

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

پژوهشها

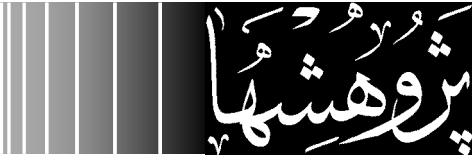
- رویکرد عوام‌گرایی کیفری به عدالت کیفری نوجوانان و جوانان؛ مطالعه تطبیقی
دکتر محمد فرجیها و محمدباقر مقدسی..... ۳
- بررسی فقهی حقوقی تغییر مهریه / حسین نصرتی و دکتر عبدالرضا اصغری..... ۲۹
- بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت / دکتر محمدعلی سعیدی و غلامرضا یزدانی..... ۵۵
- حقوق قابل اعمال بر تسلیحات هسته‌ای و دیدگاه دیوان بین‌المللی دادگستری / دکتر احمدرضا توحیدی... ۸۹
- مقایسه تهاثر با دعوی متقابل در حقوق ایران / دکتر علیرضا حسنی و محسن بشیری..... ۱۱۵
- مبانی و منابع مسئولیت کیفری تولیدکنندگان کالاهای معیوب / ابوذر علی اکبری سفید دارین..... ۱۲۹
- بررسی جعل و تخریب و اخلال رایانه‌ای / محمدباقر گرایلی..... ۱۵۹
- تحلیل مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی هابز و روسو
قادر زارع مهدوی و علی افراسیابی..... ۱۸۹

ترجمه‌ها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / محمد سلامی..... ۲۱۵
- ترجمه انگلیسی (Abstracts) / رحمت‌الله کریم‌زاده..... ۲۳۰

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
 - مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
 - مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
 - مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۰ کلمه) بیشتر نباشد.
 - دو نسخه از مقاله حروف چینی شده در محیط word به همراه دیسکت یا لوح فشرده آن ارسال گردد.
 - تیرهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و... و زیرمجموعه آنها با ۱-۱، ۲-۱، ۳-۱، ... و ۱-۲، ۲-۲، و... مشخص شود.
 - چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
 - ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
 - اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همان، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
 - منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
 - نقل قولهای مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی متر) از راست درج شود.
 - شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
 - یادداشتهای توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد) در پاورقی درج شود.
 - ارجاع در یادداشتهای به همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
 - اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
 - منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار ش. ق. یا م. (به ترتیب برای سالهای شمسی، قمری یا میلادی).
 - مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد، شماره صفحات مقاله.
 - پایگاههای اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
 - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
 - مقالات رسیده به هیچ وجه عودت داده نمی‌شود.
 - نویسندگان می‌توانند مقاله‌های خود را به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱) یا نشانی الکترونیکی (razaviunmag@gmail.com) ارسال کنند.



رویکرد عوام‌گرایی کیفری به عدالت کیفری نوجوانان و جوانان؛ مطالعه تطبیقی*

- دکتر محمد فرجیها^۱ (استادیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس)
- محمدباقر مقدسی^۲ (دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی)

چکیده

از عوام‌گرایی کیفری به عنوان ارائه پاسخهای ساده برای حل مشکلات پیچیده اجتماعی و مجرمانه یاد می‌شود. عدم توجه عوام‌گرایی کیفری به یافته‌های علمی، باعث شده که در این رویکرد، سیاستهای موقتی و تبلیغاتی بر سیاستهای علمی برتری یابند. بازنمایی رسانه‌ای جرایم جوانان، تأثیر فراوانی در گسترش عوام‌گرایی کیفری در عرصه عدالت کیفری جوانان داشته است. رسانه‌های گروهی با بزرگ‌نمایی جرایم جوانان، به هراس اخلاقی دامن زده و سیاست‌گذاران را به سمت تدوین و اجرای سیاستهای سخت‌گیرانه و عامه‌پسند سوق می‌دهند. حاکمیت عوام‌گرایی کیفری در حوزه عدالت کیفری نوجوانان و جوانان پیامدهایی مانند قانون‌گذاری در فضای احساسی، گسترش قلمرو مداخله کیفری و نادیده گرفتن اصول دادرسی افتراقی جوانان را به دنبال

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۵/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۲/۸.

داشته است. این نتایج به تصویب سیاستهای غیر کارآمد، افزایش برچسب‌زنی مجرمانه و نقض معیارهای حقوق بشری به ویژه اصول مندرج در کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک منتهی شده است. این مقاله بر آن است تا با استفاده از روش تجزیه و تحلیل اسناد و مدارک، تحلیل گفتمان مقامهای سیاست جنایی و محتوای قانون‌گذاری کیفری، ضمن توصیف تأثیر بازنمایی رسانه‌ای جرایم بر گسترش عوام‌گرایی کیفری، جلوه‌های مختلف این رویکرد را در عرصه عدالت کیفری نوجوانان و جوانان مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد. واژگان کلیدی: عوام‌گرایی کیفری، سزاگرایی، عدالت کیفری جوانان، فرهنگ جوانی.

مقدمه

نزدیکی و ارتباط پیوسته میان شاخه‌های مختلف علوم جنایی و علوم سیاسی باعث شده که در بسیاری از موارد اندیشمندان این دو رشته از یافته‌های علمی یکدیگر استفاده کنند. تأکید بر ویژگیها و خصوصیات رویکرد عوام‌گرایانه که در علوم سیاسی مطرح می‌شود (تاگارت، ۱۳۸۵) و طرح اندیشه «عوام‌گرایی کیفری»^۱ در جرم‌شناسی و سیاست جنایی از جمله این موارد است. در این رویکرد سیاست‌مداران برای جلب نظر مردم و کسب مقبولیت سیاسی به حوزه‌هایی که مورد علاقه افکار عمومی است توجه ویژه‌ای مبذول داشته و وعده‌های عامه‌پسند ارائه می‌دهند. هرچند در بسیاری از موارد، سیاست‌مداران درصدد پاسخ به انتظارات عمومی هستند؛ ولی تجربه ثابت کرده که آنها درخواستهای مردم را توجیهی برای مشروعیت بخشیدن به سیاستهای مورد علاقه می‌دانند.^۲ نامشخص بودن مبانی نظری و علمی این سیاستها، شفاف نبودن چگونگی سنجش افکار عمومی و همچنین استفاده از روشهای رسانه‌ای برای اقناع افکار عمومی نسبت به این سیاستها از جمله

1. Penal populism.

۲. «سیر آنتونی پاتمز» معتقد است که سیاست‌مداران از سزاگرایی عمومی در جهت اهداف خود استفاده می‌کنند و آنچه را که برداشت کیفری مردم می‌پندارند، اجرا می‌کنند (Bottoms, 1995: 40). «رابین» نیز دیدگاه مشابهی دارد؛ از نظر وی، در بسیاری از موارد سیاست‌مداران برنامه‌هایی را تصویب می‌کنند که تصور می‌کنند (اعم از اینکه این تصور درست باشد یا غلط) دغدغه مردم است (Rubin, 1999: 15).

نشانه‌های این موضوع تلقی می‌شوند. جلوه‌های این رویکرد را می‌توان در استناد مکرر سیاست‌مداران به نظریهٔ «جرم‌شناسی دیگری»^۱ برای توجیه افزایش جرم و ناامنی، غیر خودی دانستن متهمان و مجرمان و تلاش برای حذف و طرد فیزیکی آنها به وضوح مشاهده کرد.

این مقاله ضمن توصیف تأثیر بزرگ‌نمایی رسانه‌ای مخاطره‌ها و زیانهای ناشی از رفتارهای انحراف‌آمیز و جرایم نوجوانان و جوانان^۲ بر سیاستهای سخت‌گیرانه و عامه‌پسند، جلوه‌های مختلف عوام‌گرایی کیفری در این قلمرو از جمله سیطرهٔ فضای احساسی بر عرصهٔ قانون‌گذاری کیفری، توسعهٔ محدودهٔ اطفال و نوجوانان مشمول قوانین کیفری و نادیده گرفتن اصول دادرسی افتراقی جوانان را مورد بررسی قرار می‌دهد.

۱. بزرگ‌نمایی مخاطره‌های ناشی از دوران جوانی در رسانه‌ها

افزایش ترس و ناامنی در نتیجهٔ بازنمایی رسانه‌ای جرایم، سیاسی شدن جرم، ناامیدی نسبت به الگوهای اصلاحی-درمانی و روی‌گردانی دولتها از الگوهای رفاهی به عنوان عوامل اصلی ظهور عوام‌گرایی کیفری به شمار می‌آیند. در این میان بازنمایی رسانه‌ای بزهکاری نوجوانان و جوانان نقش فراوانی در افزایش گرایش به عوام‌گرایی کیفری در حوزهٔ عدالت کیفری جوانان داشته است. هرچند بیشتر رسانه‌ها مدعی‌اند که استقلال دارند و وامدار احزاب سیاسی نیستند و آنچه را که بیان می‌کنند بازتاب دیدگاههای مردم است، با این حال به ندرت می‌توان رسانه‌ای را یافت که جهت‌گیری سیاسی و ایدئولوژی مشخصی نداشته باشد. رسانه‌های دولتی معمولاً دیدگاههای رسمی دولت را بیان می‌کنند. رسانه‌های حزبی و سیاسی نیز دیدگاههای موافق اندیشهٔ سیاسی حزب خود را در اولویت قرار می‌دهند. هرچند

1. Criminology of the other.

۲. در مورد اینکه به چه افرادی جوان اطلاق می‌شود، توافق عمومی وجود ندارد. طبق نظر سازمان ملل متحد افرادی که در محدودهٔ سنی ۱۵ تا ۲۵ سال هستند جوان نامیده می‌شوند. با این حال در برخی کشورها معیار دوران جوانی دامنهٔ گسترده‌تری دارد. به گونه‌ای که در برخی موارد، افرادی که در فاصلهٔ سنی ۹ تا ۲۹ سال قرار دارند، جوان محسوب می‌شوند (ذکایی، ۱۳۸۶: ۷۲).

ممکن است رسانه‌های گروهی در بیشتر مواقع، در بیان اینکه مردم چگونه فکر می‌کنند ناموفق باشند، ولی با این حال، در القای این امر به مخاطبان خود که در مورد چه چیزی باید فکر کنند موفق هستند (Cohen, 1963: 13).

علاوه بر این، رسانه‌ها از طریق ارائه تصویری نادرست و غیر واقعی از گسترش میزان جرم، بسترهای حمایت عمومی از سیاستهای سزاگرایانه را فراهم می‌آورند. رد پای این واقعیت را می‌توان در حوزه انحرافهای اجتماعی و جرایم جوانان مشاهده کرد. به عنوان نمونه «استنلی کوهن» در کتاب «شیطانهای محلی و هراس اخلاقی» (Cohen, 1972) به نقش فزاینده رسانه‌ها در ارائه تصویر اغراق‌آمیز و نامناسب از جوانان و ایجاد خرده‌فرهنگ جوانان به عنوان پدیده‌ای اجتماعی، منحرف و ناهماهنگ پرداخته است. کوهن یادآور می‌شود که چگونه بازنمایی این گروه‌ها به عنوان گروه‌های شیطان‌صفت، در خدمت ایجاد نوعی هراس اخلاقی قرار می‌گیرد تا مراقبت‌ها و نظارت علیه خشونت و اضطراب و نیز کنترل اجتماعی و تقویت قانون، افزایش و گسترش یابد (طلوعی، ۱۳۸۸: ۱۹۲).

از سوی دیگر، در بازنمایی رسانه‌ای، بخش عمده‌ای از جرایم خشونت‌آمیز به جوانان نسبت داده می‌شود؛ بیش از نیمی از داستان‌هایی که درباره جوانان نوشته می‌شود متضمن ارتکاب خشونت از طرف آنهاست. برنامه‌های تلویزیونی نیز بیش از میزان واقعی، خشونت جوانان را بزرگ می‌کنند و جرایم ارتكابی آنها را بیش از میزان واقعی نشان می‌دهند.

مردم، تحت تأثیر بازنمایی رسانه‌ای تصور می‌کنند که قسمت اعظم جرایم به ویژه جرایم خشونت‌آمیز توسط جوانان ارتکاب می‌یابد. بازنمایی رسانه‌ای جرایم و تخلفهای نوجوانان و جوانان به گونه‌ای است که گویی سازوکارهای رسمی کنترل اجتماعی و نظارت والدین از اثربخشی لازم برخوردار نبوده است. عدم درک درست نسبت به واقعیتهای مجرمانه مربوط به جوانان باعث شده که در مرحله اول جوانان را سزاوار برخورد شدید دانسته و علاوه بر این، نظام عدالت کیفری را به پاسخهای ملایم نسبت به مجرمان جوان متهم سازند.

رسانه‌ها به منظور جلب مخاطب بیشتر، علاقه فراوانی به بزرگ‌نمایی وقایع جنایی

دارند. این در حالی است که تبیین‌های علمی و کارشناسی به ندرت شانس طرح در رسانه‌ها را می‌یابند. در بسیاری از گزارش‌ها شرایط زندگی و عوامل مختلفی که موجب گرایش فرد به سمت رفتارهای مجرمانه شده، نادیده گرفته می‌شود. در حالی که چنانچه رسانه‌ها به بسترها و ریشه‌های وقوع جرم اشاره کنند گرایش به سزاگرایی به میزان زیادی کاهش می‌یابد. در بسیاری از موارد زمانی که اقدام مثبتی از طرف نوجوانان جهت کاهش آثار جرم، حتی به صورت عذرخواهی ساده صورت می‌گیرد، گرایش جامعه به سزاگرایی به شدت کاهش می‌یابد (Roberts & Hough, 2005: 211-231).

۲. سيطرة فضای احساسی بر حوزه قانون‌گذاری کیفری

یکی از ایرادهای اساسی که منتقدان عوام‌گرایی کیفری به سیاست‌های عوام‌پسند وارد می‌کنند بی‌توجهی به یافته‌های علمی در سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری بر اساس ملاحظات عامه‌پسند و فاقد مبنای علمی است. این رویه به ویژه در مورد سیاست‌های کیفری که بلافاصله پس از وقوع جرم‌های خشونت‌بار و تحریک احساسات عمومی اتخاذ می‌شود، آشکارا دیده می‌شود. تجربه نشان داده که پس از وقوع حوادث جنایی مهم سیاست‌گذاران کیفری و مجریان قانون بر تدابیر سرکوبگرانه و از نگاه مردم راضی‌کننده تأکید می‌ورزند. در بیشتر موارد، قوانین تصویب‌شده در فضای احساسی بدون در نظر گرفتن امکان تأثیرگذاری و منابع مورد نیاز انسانی و مالی تصویب می‌شوند. بی‌توجهی نسبت به تواناییها و ظرفیتهای نظام عدالت کیفری پیامدهای گوناگونی را به همراه دارد. اثبات ناکارآمدی سیاستها به فاصله اندکی پس از تصویب تدابیر غیر علمی و در نتیجه تلاش برای اصلاح این گونه سیاستها از جمله این پیامدهاست (Lewis, et al., 2009: 75-89). بررسی فرایند تدوین و تصویب قوانین کیفری ناظر به جوانان بیانگر تقارن زمانی میان وقوع حوادث جنایی شدید مانند قتل و سرقت مسلحانه با تصویب قوانین سزاگرایانه است. حال آنکه گذشت زمان و تکرار حوادث مشابه علی‌رغم اعمال سیاستهای سزاگرایانه، نشان داده که این سیاستها از اثربخشی لازم برخوردار نبوده است. گاهی حرکت بر مبنای فضای احساسی به میزانی گسترش می‌یابد که می‌توان گفت سیاست‌گذاران به منظور جلب

رضایت مردم از اصول و مبانی سیاست‌گذاری که متضمن بررسی، مطالعه و کار کارشناسی است، عدول می‌کنند؛ بنابراین جای تعجب نیست که بسیاری از سیاست‌مداران، مشتریان مشتاق گزارش‌های مربوط به نظرسنجی از افکار عمومی هستند و تلاش دارند از طریق برگزاری جلسه‌های حضوری با مردم از دیدگاه‌های آنان نسبت به مسائل مختلف حوزه عدالت کیفری آگاهی یابند (گروهی از نویسندگان شورای اروپا، ۱۳۸۴: ۱۲۷).

مروری بر تحولات نظام قانون‌گذاری کیفری در مورد جوانان در کشورهای مختلف، مؤید حاکمیت رویکرد احساسی بر حوزه قانون‌گذاری است. برای نمونه تصویب «قانون جرم و بی‌نظمی»^۱ و اتخاذ تدابیر سخت‌گیرانه مانند لغو «اماره عدم امکان ارتکاب جرم توسط اطفال ۱۰ تا ۱۴ سال»^۲، پیش‌بینی «طرح ممنوعیت رفت و آمد شبانه اطفال»^۳ و «صدور قرار علیه والدین»^۴ در انگلستان را می‌توان پیامد تحریک احساسات عمومی و ایجاد فضای احساسی پس از قتل کودک دو ساله‌ای به نام «جیمز بالگر»^۵ در سال ۱۹۹۳ توسط دو پسر ده ساله دانست (مهرا، ۱۳۸۳: ۱۶۴-۱۶۷).

با این حال بسترها و شرایط سیاسی-اجتماعی در برخی از جوامع به مثابه مانعی در برابر فشار افکار عمومی برای تصویب قوانین کیفری سزاکرایانه عمل کرده است. برای نمونه در کانادا قتل زنی به نام «رنا ویرک»^۶ در سال ۱۹۹۷ توسط یک گروه نوجوان، توجه رسانه‌ها را به خود جلب کرد. به گونه‌ای که در سال ۲۰۰۰ بسیج عمومی (کمپین) یک میلیون امضا برای تشدید مجازات نوجوانان به راه افتاد. علاوه بر این در انتخابات مرکزی کانادا در سال ۲۰۰۰ گروه‌های مخالف وعده دادند که چنانچه در انتخابات پیروز شوند اصلاحاتی در جهت تشدید برخورد با نوجوانان انجام خواهند داد. حتی برخی از گروه‌ها از کنار گذاشتن سیاست جنایی افتراقی

1. Crime and disorder act (1998).
2. Doli incapax.
3. Local child curfew schemes.
4. Parenting orders.
5. James Bulger.
6. Reena Virk.

عدالت کیفری نوجوانان نیز سخن به میان آوردند (Tufts & Roberts, 2002: 46-64). هرچند، در قانون عدالت کیفری جوانان که در سال ۲۰۰۲ به تصویب رسید، سیاستهای سزاگرایانه جز در موارد محدود به رسمیت شناخته نشد. مقاومت سیاست‌گذاران کانادایی در برابر عوام‌گرایی کیفری ناشی از عوامل مختلفی مانند: فرهنگ حاکم، اعتماد سیاست‌گذاران به دیدگاههای کارشناسان عدالت کیفری، مدیریت مناسب ارائه آمار جنایی و چند حزبی بودن نظام سیاسی این کشور است (Pratt, 2007: 153-158).

کاهش سن اطفال و نوجوانان مشمول رسیدگی در محاکم بزرگسالان در ژاپن را نیز باید جلوه‌ای از این رویکرد دانست. در سال ۱۹۹۷ پس از ارتکاب قتل یک کودک توسط نوجوان ۱۴ ساله‌ای، سیاست‌گذاران برای رفع نگرانی عمومی وعده دادند که تحوّل گسترده‌ای را در نظام عدالت کیفری نوجوانان ایجاد خواهند کرد. از این رو در سال ۲۰۰۰ قانون عدالت کیفری جوانان با رویکردی سخت‌گیرانه و پیش‌بینی تدابیری از جمله صدور اختاریه علیه والدینی که فرزندانشان مرتکب جرم شده‌اند، تصویب شد (Fenwick, 2006: 146-158).

تقارن زمانی تصویب قوانین کیفری با حوادث جنایی ارتكابی در حوزه نظام تعیین کیفر نیز مشاهده می‌شود؛ برای نمونه، اولین قانون مجازات اجباری استرالیا در پاسخ به جرایم رو به رشد جوانان تصویب شد و هدف مشخص آن مجرمان جوان مکرر بود. این قانون به دلیل اعتراض ۲۰ هزار نفر که نسبت به سهل‌گیری نظام عدالت کیفری جوانان معترض بودند، تصویب شد.

این گونه سیاست‌گذاری احساسی و فاقد مبنای علمی باعث می‌شود که گاهی پس از فرو نشستن احساسات عمومی و برطرف شدن فضای احساسی، قانون‌گذار به عقب‌نشینی از رویکرد سزاگرایانه مجبور شود. برای مثال، در سال ۲۰۰۰ در استرالیا پسر بچه ۱۵ ساله‌ای به اتهام سرقت وسایلی به ارزش ۹۰ دلار از مدرسه به ۲۸ روز حبس اجباری محکوم شد. وی در زمان تحمل حبس، خودکشی کرد. این واقعه موجب شد که مردم به شدت از مجازاتهای اجباری انتقاد و خواهان مداخله دولت شوند. در نتیجه به دنبال فشارهای مردم، دولت پذیرفت که مقررات اصلاح شود و اختیارات بیشتری

به قضات در تعیین مجازات مناسب اعطا شود (Roberts, et al., 2003: 104-108).

تصویب «قانون ممنوعیت به کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره» (مصوب ۱۳۷۳) و قانون «اصلاح قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیر مجاز می‌نمایند» (مصوب ۱۳۸۶) را شاید بتوان از جلوه‌های قانون‌گذاری کیفری مبتنی بر شرایط خاص سیاسی و حوادث جنایی دانست.

تحلیل شرایط و بسترهای پیشنهاد و تصویب طرح ممنوعیت به کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره بیانگر فضای احساسی حاکم بر این فرایند است. طرفداران مداخله کیفری در حوزه استفاده از تجهیزات ماهواره، مبارزه با تهاجم فرهنگی را از جمله اهداف تصویب این قانون ذکر کرده‌اند. موافقان معتقد بودند که تصویب آن گامی است در جهت مبارزه با تهاجم فرهنگی دشمن، رفع نگرانی شدید مردم متدین که به طور مداوم از طریق مطبوعات و ملاقات حضوری از مجلس درخواست کرده‌اند با تصویب قانون ممنوعیت، جوانان را از خطر برنامه‌های ماهواره‌ای محافظت کند، مبارزه با تهدیدهای امنیت اجتماعی و الگوهایی که پوششهای بد و ضد ارزشی را ترویج می‌کنند (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۳). این اظهارنظرها و طرفداری از استفاده از ابزارهای کیفری برای مقابله با تهاجم فرهنگی در حالی مطرح شد که پژوهش علمی در زمینه تأثیر احتمالی این مداخله در کاهش استفاده از تجهیزات ماهواره و نیز پیامدها و عواقب اجتماعی، سیاسی و جرم‌شناختی آن انجام نشده بود. علاوه بر این، بسیاری از جرم‌شناسان در خصوص اینکه آیا چنین اقداماتی را باید جرم‌انگاری و تحت شمول حقوق کیفری قرار داد تردید دارند. به زعم جرم‌شناسان توسعه دامنه جرم‌انگاری موجب تورم قوانین کیفری، سردرگمی شهروندان و ورود عده زیادی به چرخه عدالت کیفری خواهد شد. بنابراین باید همواره در جرم‌انگاری، اصل ضرورت مورد توجه قرار گیرد (گسن، ۱۳۷۱).

علاوه بر این همزمانی تصویب قوانین کیفری با حوادث جنایی را می‌توان در تصویب قانون «اصلاح قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیر مجاز می‌نمایند» نیز مشاهده کرد. این قانون در واکنش به احساسات جریحه‌دار شده مردم پس از تکثیر و توزیع سی‌دی حاوی تصاویر مستهجن

هنرپیشه‌ای جوان تصویب شد. به دلیل اینکه پس از پخش این سی‌دی احساسات عمومی جریحه‌دار شده بود، بدون اینکه مخالفتی با آن صورت گیرد به سرعت تصویب شد. این گونه قانون‌گذارانی مبتنی بر ملاحظات و دغدغه‌های روزمره به رغم جلب رضایت بخشهایی از جامعه ممکن است در عمل پیامدهای ناخواسته جرم‌زایی را به همراه داشته باشد.

۳. توسعه محدودۀ اطفال و نوجوانان مشمول قوانین کیفری

رویکرد عوام‌گرایی کیفری، پاسخهای سیاسی ساده برای حل مشکلات پیچیده اجتماعی ارائه می‌کند. عدم نگاه جامع‌گرای به پدیده مجرمانه باعث شده که عموماً از راهکارهای کیفری و سرکوبگر استفاده کند و از سازوکارهای غیر کیفری و پیشگیرانه حمایت نکند. از این رو، این رویکرد از سازوکارهایی مانند: جرم‌انگاریهای جدید، تشدید کیفرها، مادی کردن جرایم از رهگذر عدم ضرورت احراز عنصر روانی جرم، کاهش سن مسئولیت کیفری و جرم‌انگاریهای مبهم و عملی که به گسترش قلمرو مداخله کیفری منتهی می‌شود، حمایت می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۴۸).

در برخی موارد، گسترش دامنه مداخله کیفری از رهگذر کاهش سن مسئولیت کیفری صورت می‌گیرد. در این الگو، تعداد بیشتری از اطفال تحت شمول قوانین کیفری قرار گرفته و در صورت ارتکاب جرم مسئول شناخته می‌شوند. به عنوان نمونه در ایرلند سن مسئولیت کیفری ۷ سال، اسکاتلند و ایرلند شمالی ۸ سال است (دوگلاس، ۱۳۸۳: ۱۸۹). در استرالیا در بیشتر ایالتها سن مسئولیت کیفری ۱۰ سال و حتی در دو حوزه کمتر از این رقم است. در کانادا سن مسئولیت کیفری ۱۲ سال است و پیشنهاداتی برای کاهش آن به ۱۰ سال ارائه شده است (Roberts, et al., 2003: 119).

در انگلستان نیز از سال ۱۹۹۸ اماره عدم امکان ارتکاب جرم توسط اطفال ۱۰ تا ۱۴ سال کنار نهاده شده است. پیش از تصویب قانون جرم و بی‌نظمی و به استناد این اماره، اطفال ۱۰ تا ۱۴ ساله فاقد اهلیت جنایی بودند مگر اینکه اثبات می‌شد طفل در زمان ارتکاب جرم خطا بودن عملش را می‌دانسته است. با لغو این اماره، اطفالی که

در فاصلهٔ سنین ۱۰ تا ۱۴ سال قرار دارند به صورت کلی دارای مسئولیت کیفری هستند (پاک‌نهاد، ۱۳۸۵: ۱۲۳-۱۵۱). علاوه بر این از سال ۱۹۹۴ سیاست «اخطارهای پیاپی»^۱ پایان یافت. وزیر کشور وقت انگلستان بیان کرد که: «از هم‌اکنون اولین شانس مجرمان آخرین شانس آنها خواهد بود. مجرمان بدانند که مجازات خواهند شد. تذکر دادن به مجرمان خطرناک یا تکرار تذکر موجب انتقال پیام اشتباه به مجرمان و مردم خواهد شد» (Newburn, 1997: 450). وزارت کشور در گزارش رسمی با عنوان «دیگر عذری پذیرفته نیست»^۲ تلاش کرد بسیاری از سازوکارهای غیر سزاگرا مانند قضاودایی، اخطارهای مکرر و اجرای با تأخیر و نامناسب قانون را به عنوان نقطه ضعف عدالت کیفری معرفی کند. تلاش شد جوانان در قبال جرایمشان مسئولیت پذیرتر و تعقیب پذیرتر شوند (Pratt, 2007: 104-113).

این گونه سیاستهای عوام‌گرایانه انگلستان و تلاش برای گسترش قلمرو مداخله کیفری از رهگذر قانون‌گذاری در زمینه رفتارهای ضد اجتماعی مورد انتقاد «کمیته سازمان ملل متحد در زمینه حقوق اطفال»^۳ قرار گرفته است. نادیده گرفتن کنوانسیون حقوق کودک باعث شد نهاد «ائتلاف حقوق اطفال انگلستان»^۴ طی گزارشی انگلستان و ولز را در معرض اتهام نادیده گرفتن کنوانسیون حقوق کودک قرار دهد (Children's rights alliance, 2005). این تدابیر سخت‌گیرانه موجب شد در سال ۲۰۰۴، ریاست کمیته سازمان ملل متحد در زمینه حقوق اطفال،^۵ نسبت به اتخاذ اقدام‌های فوری به منظور جلوگیری از نقض کنوانسیون حقوق کودک به انگلستان هشدار دهد (Goldson & Muncie, 2006: 91-106).

در ایران، توسعه قلمرو مداخله کیفری به واسطه جرم‌انگاریهای مبهم در حوزه فرهنگ جوانی و تفسیرهای سلیقه‌ای و موسع از آن توسط نهادهای عدالت کیفری صورت گرفته است. مطالعه قوانین مختلف کیفری نشان می‌دهد که در برخی

1. Caution after caution.
2. No more excuses.
3. UN committee on the rights of the child.
4. The children's rights alliance for England.
5. Jaap Doek.

موارد، قانون‌گذار بدون توجه به اصول قانون‌نویسی مانند ضرورت شفافیت قوانین، از عبارات مبهم استفاده کرده است؛ این امر باعث تفسیر موسّع قوانین می‌شود. استفاده از عباراتی مبهم مانند «فعل حرام» آن چنان که در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی آمده است، باعث شده که مجموعه غیر محصور و نامشخصی از رفتارها جرم شمرده شوند. این شیوه جرم‌انگاری بستر مناسبی را برای پاسخ‌گویی به هراس اخلاقی اعضای جامعه از رهگذر تفسیر موسّع نهادهای عدالت کیفری فراهم کرده است. این در حالی است که بخش عمده‌ای از اقدامهای مشمول تدابیر پلیسی به طور صریح از طرف قانون‌گذار منع نشده و پلیس با توسل به تفسیرهای موسّع از این عناوین مبهم و استناد به لزوم پاسخ‌گویی به دغدغه عمومی و درخواست مردم اقدام به دستگیری افرادی خاطی می‌کند.

باید به این نکته مهم اشاره کرد که استفاده از قوانین کیفری باید به عنوان آخرین ابزار، مورد توجه قرار گیرد و در مرحله اول باید برای کنترل رفتارها از ابزارهای غیر کیفری استفاده کرد. برای نمونه در بسیاری از موارد به جای توسّل به راهکارهای کیفری می‌توان از پاسخهای آموزشی، فرهنگی، حمایت اجتماعی، حقوقی و دیگر تدابیر مبتنی بر مشارکت اجتماع بهره جست. کارشناسان و صاحب نظران اصلاح قوانین کیفری برای تفکیک میان جرایم واقعی از خطاهای اداری و انحرافات اجتماعی بیشتر بر اصل «صدمه» تأکید می‌کنند. بر اساس این معیار، ابزارهای کیفری باید صرفاً در مورد رفتارهایی که متضمّن صدمه یا تهدید جدی به جامعه است به کار گرفته شود. غیر اخلاقی بودن و مغایر بودن برخی از رفتارها با فرهنگ عمومی شرط لازم برای جرم‌انگاری یک رفتار است؛ اما شرط کافی نیست. قلمرو مداخله‌های کیفری باید محدود به خطرهایی شود که ارزشهای اجتماعی بنیادین را به طور جدی نقض کرده و مورد تهدید قرار می‌دهد. بخش عمده‌ای از مداخلات کیفری در حوزه فرهنگ جوانی متضمّن هیچ گونه صدمه و آسیبی به دیگران نیست. علاوه بر این، صدمه و آسیب ناشی از برخی رفتارها ضرورت ایجاد تدابیر مناسب را مطرح می‌سازد اما این امر لزوماً به مفهوم تعیین پاسخ کیفری نسبت به آن رفتار نیست (فرجیها، ۱۳۸۷).

تجربه ثابت کرده که گسترش دامنه مداخله کیفری در حوزه جوانان تأثیری بر کاهش این رفتارها نداشته و تنها موجب ورود عده زیادی از آنها به چرخه نظام عدالت کیفری خواهد شد. این امر در عمل باعث افزایش انگ زنی به جوانان و تحمیل هزینه‌های فراوان به نظام عدالت کیفری می‌شود. علاوه بر این، افزایش برچسب زنی گاهی به بروز واکنشهای منفی و اتخاذ شیوه‌های اعتراضی از طرف جوانان منتهی خواهد شد. اگر مردم استقلال فردی، سبک زندگی انتخابی و حریم خصوصی خود را در معرض تهدید ببینند دیر یا زود قوانینی که آنها را از این حقوق طبیعی منع می‌کنند به چالش کشیده و در چنین شرایطی جامعه با توده عظیمی از برچسبهای مجرمانه و اتهامهای نامشخص مواجه خواهد شد. همبستگی اجتماعی که از طریق ابزارهای قهرآمیز کیفری ایجاد می‌شود ممکن است به دلیل خصوصیت ارعابی کیفرها در کوتاه مدت مؤثر باشد، اما در طولانی مدت به دلیل سبکهای مختلف زندگی با مشکل روبه‌رو می‌شود (زینالی، ۱۳۸۹: ۴۱۲-۴۲۵).

از این رو، برخی از مقامهای عدالت کیفری از اجرای طرحهایی مانند «طرح ارتقای امنیت اجتماعی» و تفسیرهای انتظامی از آن، که موجب ورود عده زیادی از جوانان به چرخه عدالت کیفری می‌شود، انتقاد و استفاده از ابزار کیفری را برای حل مسائل فرهنگ جوانی، نادرست دانسته‌اند. برای نمونه رئیس سابق قوه قضاییه از دستگیری زنان و دختران به خاطر بدحجابی انتقاد و بیان کرده‌اند: «کشاندن زنان و جوانان به کلانتری غیر از ضرر اجتماعی منفعتی ندارد» (روزنامه اعتماد، ۱۳۸۶/۲/۴: ۱). با این حال، مقامهای پلیس بر اساس پیش فرضهای خود از جمله اینکه اجرای این گونه طرحها موجب کاهش جرایم به ویژه تجاوز، مزاحمت و... شده و اجرای آن تقاضای اصلی اکثریت مردم است همچنان از سیاست توسعه دامنه مداخله کیفری در حوزه اطفال و نوجوانان حمایت می‌کنند.

۴. نادیده انگاشتن اصول دادرسی افتراقی

اگر تا چند دهه پیش، تأمین و تضمین حقوق و منافع نوجوانان از اصول بنیادین نظام عدالت کیفری بود، ولی در سایه گسترش عوام‌گرایی کیفری به عرصه

سیاست گذاری، بسیاری از اصول بنیادین عدالت کیفری نوجوانان نادیده گرفته شده است؛ به گونه‌ای که در برخی موارد نهادهای بین‌المللی حقوق بشری نسبت به نقض حقوق نوجوانان ابراز نگرانی کرده‌اند.

طبق کنوانسیون حقوق کودک (مصوب ۱۹۸۹) یکی از اصول مهمی که باید در برخورد با جرایم نوجوانان رعایت شود «اصل منافع عالیۀ»^۱ کودک است. برای تحقق این هدف سازوکارهای مختلفی در نظر گرفته شده است. استفاده از زندان به عنوان آخرین راه حل و تفکیک نظام دادرسی اطفال از بزرگسالان از جمله این سازوکارهاست. علاوه بر این در سال ۲۰۰۶ کمیسیون اروپا «استراتژی اتحادیه اروپا» را در زمینه حقوق اطفال چاپ کرد که در آن رعایت اصل منافع عالیۀ طفل به عنوان یک اولویت بیان شده و تأکید شده این اصل باید به مثابه چراغ راهنمایی برای برخورد با اطفال باشد؛ نیز تأکید شده که باید با اطفال قانون شکن، با احترام و متناسب با شأن آنها برخورد شود و آسیب‌پذیری و عدم آگاهی کامل آنها از نتایج رفتارشان به رسمیت شناخته شود. با این حال مطالعه سیاست کیفری کشورهای مختلف در سالهای اخیر نشان می‌دهد که بسیاری از سیاست‌گذاران تحت تأثیر رویکرد عوام‌گرایی کیفری این اصول را نادیده گرفته و برنامه‌هایی را تصویب و اجرا کرده‌اند که با اصول بنیادین عدالت کیفری نوجوانان و جوانان در تعارض است.

استدلال طرفداران این رویکرد، افزایش آمار جرایم نوجوانان و افزایش بی‌اعتمادی مردم به نظام عدالت کیفری جوانان است. با این حال، افزایش آمار خشونت جوانان تا حدود زیادی گمراه‌کننده است و بیشتر نتیجه سیاسی شدن جرم و رویکرد رسانه‌هاست که تلاش دارند نظام عدالت کیفری را به سمت عدالت استحقاقی سوق دهند. گرایشهای موجود در زمینه جرایم نوجوانان، پیامد افزایش سریع جوانانی که نامشان در دهه ۱۹۹۰ در نظام عدالت کیفری به ثبت رسیده است، نیست؛ بلکه نتیجه تغییر در چگونگی واکنش اجتماعی به اقدامات نوجوانان است (Estrada, 2001: 647). علاوه بر این، طرفداران عوام‌گرایی کیفری بر این باورند که

1. Best interest principle.

جرم در هر حالتی جرم است و صرف نظر از مرتکب، آثار مشابه و یکسان دارد؛ لذا از اِعمال مجازاتهای مشابه بزرگسالان نسبت به جوانان حمایت می‌کنند. به زعم این عده، ارتکاب جرایم خشونت‌آمیز توسط نوجوانان نشان می‌دهد که امروزه نوجوانان می‌توانند انواع شدید رفتارهای مجرمانه را مرتکب شوند. آنها بر این باور بودند که نظام عدالت کیفری جوانان مؤثر نیست و آنها را به سمت ارتکاب جرم سوق می‌دهد (Pratt, 2007: 111). از این رو در نظامهای مختلف حقوقی تدابیری برای یکسان‌سازی فرایند عدالت کیفری جوانان و بزرگسالان ارائه شده است.

تا قبل از دهه ۱۹۷۰، سیاست عدالت کیفری جوانان بر پایه این اصل بنیان نهاده شده بود که از ورود جوانان به حوزه مداخله نظام رسمی عدالت کیفری جلوگیری و از راهکارهای هشدار و اخطار غیر رسمی استفاده شود. با این حال، در دهه‌های اخیر این سیاست مورد بازنگری قرار گرفته و تلاش شده برخورد با جوانان مانند بزرگسالان باشد. از این رو، در دهه ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ بیشتر ایالتها و نظام قضایی فدرال آمریکا راهکارهایی برای تسهیل محاکمه جوانان در دادگاههای بزرگسالان پیش‌بینی کردند. بین سالهای ۱۹۹۲ و ۱۹۹۷ حداقل ۴۴ ایالت، قوانینی را تصویب کردند که محاکمه جوانان در دادگاه بزرگسالان را تسهیل می‌کرد. در صورت محاکمه در این دادگاه، جوانان مسئولیتی مشابه بزرگسالان داشته و حتی تا زمان رأی دادگاه عالی در سال ۲۰۰۵ مبنی بر ممنوعیت اعدام نوجوانان، چنانچه جرمی مرتکب می‌شدند که مجازاتش مرگ بود به اعدام محکوم می‌شدند (Cavadino & Dignan, 2002: 217).

در این کشور، سن معمولی برای محاکمه نوجوانان بر اساس مقررات دادگاههای بزرگسالان، ۱۴ سال است. پژوهشهای انجام شده نشان می‌دهد تنها در سال ۱۹۹۶، ۱۰ هزار پرونده برای محاکمه نوجوانان در دادگاههای بزرگسالان مطرح شده است. نیمی از پرونده‌ها مربوط به جرایم غیر خشونت‌آمیز و جرایم مواد مخدر بود. این امر نشانگر یکی از نتایج منفی عوام‌گرایی کیفری است. سیاستهای سزاگرایانه در پاسخ به جرایم شدید پیش‌بینی شده‌اند؛ با این حال، بسیاری از نوجوانانی را که مرتکب جرایم خرد شده‌اند نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. طرفداران اندیشه رسیدگی به اتهامات جوانان در دادگاههای بزرگسالان به

اهدافی مانند ارائه مجازات مناسب و حفاظت از امنیت عمومی استناد می‌کنند. در بسیاری از حوزه‌ها، سن، معیار مهمی در تصمیم‌گیری است. در بیشتر موارد پذیرفته شده که چنانچه متهم ۱۷ سال داشته باشد باید در دادگاههای بزرگسالان محاکمه شود. در کانادا نیز مردم بر این باورند که به اتهامات متهمان ۱۶-۱۷ سال نیز باید در دادگاههای بزرگسالان رسیدگی شود. از طرف دیگر در خصوص تعیین سن حداقل ۱۴ سال برای محاکمه در دادگاه بزرگسالان نوعی اتفاق نظر وجود دارد. علاوه بر این، سابقه کیفری نوجوانان و جوانان نیز شاخص مهمی در تصمیم‌گیری است. بنا بر پژوهشهای انجام‌شده زمانی که نوجوان سابقه کیفری نداشته، تنها یک چهارم پاسخ‌دهندگان از محاکمه نوجوان در محاکم بزرگسالان حمایت کرده‌اند. حال اگر متهم دو بار سابقه کیفری داشته باشد نیمی از پاسخ‌دهندگان با محاکمه وی در دادگاه بزرگسالان موافقت کرده‌اند.

نوع جرم ارتكابی نیز معیار مهمی است؛ در نظرسنجیهای انجام‌شده زمانی که نوجوان مرتکب جرایم مالی شدید شده یا مواد مخدر همراه داشته دوسوم پاسخ‌دهندگان با اعمال مجازاتهای بزرگسالان مخالفت کرده‌اند، ولی زمانی که شخص مرتکب جرایم خشونت‌آمیز شده یا مواد مخدر معامله می‌کرده، دوسوم پاسخ‌دهندگان با اعمال مجازاتهای همسان بزرگسالان نسبت به جوانان موافقت کرده‌اند (Roberts, et al., 2003:117-118). علاوه بر این، به منظور رفع دغدغه مردم در لایحه «قانون مجازات جوانان خشن»^۱ آمریکا پیشنهاد شده که دادستان کل می‌تواند جوانان ۱۳ سال به بالا را که مرتکب قتل، تجاوز، حمله شدید، سرقت مسلحانه و جرایم شدید مرتبط با مواد مخدر شده‌اند همانند بزرگسالان تعقیب کند. علاوه بر این، برای جوانانی که در زمان ارتکاب جرم، مواد مخدر و یا سلاح گرم همراه داشته و در دادگاههای بزرگسالان محاکمه شده‌اند، حداقل مجازات اجباری پیش‌بینی شده است (Hart, 1998: 129-142).

این وضعیت به سیاست کیفری کشورهای اروپایی و آمریکایی محدود نمی‌شود.

1. Violent youth criminal act.

در ژاپن، طبق قانون عدالت کیفری جوانان، کاهش سن مسئولیت اطفالی که در دادگاههای بزرگسالان قابل محاکمه هستند از ۱۶ به ۱۴ سال پذیرفته شده است. طبق این قانون، نوجوان ۱۴ ساله‌ای که مرتکب جرم شدید شده، ممکن است پرونده‌اش برای تعقیب کیفری، به دادستان ارجاع شود. تصمیم‌گیری نسبت به ارجاع پرونده به دادستان بر عهده قاضی دادگاه خانواده است و این امر اختیاری است. پس از سال ۲۰۰۱ مقامهای قضایی این اختیار را تنها در تعدادی از پرونده‌های شدید اعمال کردند. با این حال در مورد مجرمان ۱۶ تا ۲۰ سال این وضعیت دستخوش تغییرات اساسی شده است. طبق این قانون دادگاه خانواده باید تمامی مظنونان نوجوان متهم به قتل را که بیش از ۱۶ سال دارند به دادستان تحویل دهد تا دادستان متهمان را برای احراز مجرمیت به دادگاه بفرستد. این در حالی است که در سابق این امر اختیاری بود و در عمل نیز صورت نمی‌گرفت (Fenwick, 2006: 146-158).

در فرانسه نیز از سال ۲۰۰۲ بیش از ۱۰ قانون به تصویب رسیده است. گرچه برخی از این قوانین ماهیت بازپرورانه دارند، ولی با این حال در اکثر آنها مجازاتهای شدید پیش‌بینی شده و تلاش شده این اطمینان به مردم داده شود که مجرمان در زندانهای با امنیت بالا نگهداری می‌شوند. در بیشتر موارد به مجرمان مکرر، مجرمان جنسی و نوجوانان بزهکار توجه شده است. در سال ۲۰۰۲ اولین مرکز بازداشت جوانان بزهکار ایجاد شد. در حال حاضر تعداد این مراکز به ۶ مورد رسیده است. این مراکز سن نوجوانان بزهکاری را که در آنها نگهداری می‌شدند از ۱۶ به ۱۳ سال کاهش داده‌اند (Shea, 2009: 83-102).

علاوه بر این، این رویکرد در گفتمان مقامهای سیاست جنایی برخی از کشورها نیز مشاهده می‌شود. به عنوان نمونه «سارکوزی»، در ایام تبلیغات انتخابات ریاست جمهوری فرانسه در سال ۲۰۰۷ وعده داد که در صورت پیروزی در انتخابات، مجرمان مکرری را که بیش از ۱۶ سال سن دارند در دادگاههای بزرگسالان محاکمه کند. حتی برخی موفقیت انتخاباتی سارکوزی را مدیون اعلامیه وی قبل از انتخابات (در زمان آشوبهای شهری در سال ۲۰۰۵) می‌دانند. وی در این اعلامیه بیان کرد که «جوانان تبه‌کار در مناطق فقیرنشین همانند تفاله‌هایی هستند که باید از طریق

شیلنگ آب، جامعه را از لوٹ آنها پاک کرد».

خانم «مرکل»، صدر اعظم آلمان، نیز در انتخابات محلی در سال ۲۰۰۸ طرحهایی برای ایجاد اردوگاههای اصلاحی - آموزشی به ویژه برای جوانان مهاجر ارائه داد. وی بیان کرد: «علی‌رغم اینکه آمارها نشان می‌دهند که جرایم ارتكابی غیر آلمانیها کاهش یافته، میزان ارتكاب جرایم جوانان ثابت مانده و در ۱۵ سال گذشته جرایم جوانان تنها ۱۲ درصد کل جرایم را تشکیل می‌دهد، ولی با این حال ما مجرمان جوان خارجی فراوانی داریم».

تغییرات قانونی نظام عدالت کیفری جوانان اسپانیا نیز نشان می‌دهد که سیاستهای جدید از اصل «منافع عالیة» کودک فاصله گرفته و از پاسخهای شدید حمایت می‌کنند. دادگاههای جدید اطفال در ایرلند و دادگاههای جدید برای نوجوانان ۱۶ و ۱۷ سال در اسکاتلند تلاش کرده‌اند که برخی نیازهای خاص جوانان را کنار نهاده و رفتاری همانند دادگاههای بزرگسالان با جوانان داشته باشند. در سوئد نیز تسامح صفر و افزایش تدابیر سزاگرایانه علیه جوانان به بحث اصلی محافل سیاسی تبدیل شده است (Muncie, 2008: 109).

عوام‌گرایی کیفری با این اعتقاد که ناامیدی مردم نسبت به اجرای مجازات از عوامل اصلی افزایش ترس و ناامنی است از مجازاتهایی که به اعلام و افشای نام و هویت مجرمان منتهی می‌شود، حمایت می‌کند. از این رو و در راستای تحقق این هدف، بدون ملاحظه نتایج منفی مانند انگ‌زنی و تحقیر افراد، برنامه‌هایی برای اعلام نام و هویت مجرمان پیش‌بینی شده است (Pratt, 2000: 131-151). سیاست «نامش را بگو، آبرویش را ببر»^۱ و مجازاتهایی مانند «مطلع ساختن اجتماع»^۲ نسبت به مجرمان خاص به ویژه مجرمان جنسی و مکرر از جمله دیگر مصادیق رویکرد عوام‌گرایانه کیفری است (Sample & Evans, 2009: 211-242). این رویکرد حتی پا را فراتر نهاده و از اعلام هویت متهمانی که هنوز مجرمیت آنها اثبات نشده نیز حمایت می‌کند. دامنه این سیاست به عدالت کیفری جوانان نیز گسترش یافته است.

1. Naming and shaming.
2. Community notification.

مضاف بر این رویکرد عوام‌گرایانه باعث شده در نتیجه فشار سازمانهای خبری، محدودیتهایی که نسبت به آزادی رسانه‌ها در زمینه چاپ هویت جوانان بزهکار پیش‌بینی شده بود لغو شود؛ زیرا این سازمانها مدعی‌اند این محدودیتهای تهدیدی علیه آزادی اطلاع‌رسانی است و امنیت عمومی را خدشه‌دار می‌سازد. در نتیجه برخی نظامهای کیفری چاپ محدود اطلاعات متهمان جرایم خشونت‌آمیز را مجاز دانسته‌اند. طبق قانون عدالت کیفری کانادا چاپ نام مجرمان جوان خشن مجاز دانسته شده است. به نظر می‌رسد مردم تنها نسبت به چاپ نام مجرمان جرایم خشونت‌آمیز موافق هستند. بسیاری از حوزه‌های تغییراتی ایجاد کرده‌اند که سازمانهای خاص به ویژه سازمانها و نهادهای عدالت کیفری بتوانند به سوابق کیفری نوجوانان دسترسی داشته باشند (Roberts, et al., 2003: 119-120).

در ژاپن، طی سالهای اخیر پلیس دستورالعملی را برای معرفی و شناسایی مظنونان نوجوان در جریان تحقیقات کیفری صادر کرده است. پیشتر، قانون نسبت به این امر که آیا مقام تحقیق می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی و قبل از ارجاع پرونده به دادگاه نسبت به معرفی نوجوان مظنون اقدام کند یا نه، سکوت کرده بود. با این حال اغلب حقوق‌دانان معتقد بودند که قاضی تحقیق نمی‌تواند چنین عملی را انجام دهد؛ زیرا که اعلام نام نوجوان در مرحله تحقیقات ناقض اصل حمایت و حفاظت از وی است. پلیس نیز پیش از این، بر اساس دستورالعمل سال ۱۹۹۸ عمل می‌کرد که بر اساس آن تنها هویت مظنونان ۲۰ سال به بالا اعلام می‌شد. با این حال طبق دستورالعمل جدید پلیس می‌تواند در شرایط خاص هویت نوجوانان بیش از ۱۴ سال را اعلام نماید. شرایط معرفی مظنون عبارتند از اینکه نوجوان، مظنون به ارتکاب جرم شدید باشد، احتمال ارتکاب مجدد جرم وجود داشته و احتمال قوی نسبت به وجود نگرانی در میان مردم نسبت به خطر مظنون وجود داشته باشد (Fenwick, 2006: 146-158).

علاوه بر این، در برخی از نظامها، بدون توجه به اصل فردی کردن مجازاتها، مجازاتهای اجباری نسبت به جوانان پیش‌بینی شده است. طرفداران این مجازاتها، استفاده از آن را راهکار مناسبی برای از بین بردن تبعیض در آرای قضایی و کاهش بی‌اعتمادی به نظام عدالت کیفری جوانان می‌دانند. با این حال از دیدگاه «کمسیون

اصلاح حقوق استرالیا»^۱ «این مجازاتها باعث افزایش شدت مجازاتها شده و قادر نیست که شرایط خاص هر پرونده را مد نظر قرار دهد. این ضمانت‌اجراهای کیفری قادر نیست مانع وقوع رفتارهای مجرمانه شود و به اعمال رفتار تبعیض‌آمیز نسبت به گروه‌های خاص منتهی می‌شود. بدیهی است، این مجازاتها برخی اصول و معیارهای حقوق بشری مانند اصل تناسب، الزام به استفاده از حبس نوجوانان به عنوان آخرین راه حل و برای مدت کوتاه و الزام به ارزیابی مجدد مجازاتها توسط دادگاه عالی را نقض می‌کنند» (Warner, 2007: 321-347).

عوام‌گرایی کیفری و سیاستهای مورد حمایت این رویکرد، آثار ناخوشایندی بر عدالت کیفری جوانان بر جا گذاشته است. میلیونها کودک به ویژه پسران، بخش قابل توجهی از زندگیشان را تحت کنترل و نظارت مقامهای مراقبت و نظام دادرسی و مراکزی از قبیل خانه‌های اطفال، خانه‌های مراقبت، زندان، مؤسسات حبس و مدارس اصلاح می‌گذرانند. این اطفال در معرض خشونت قرار دارند و مجازاتهای بدنی در بسیاری از کشورهایی که مؤسساتی از این صنف دارند به طور صریح ممنوع نشده است. جمعیت فراوان این مراکز، شرایط بد مؤسسات، تبعیض و ضعف آموزشی مدیران این نهادها، احتمال خشونت علیه اطفال را افزایش می‌دهد. علاوه بر این تدابیر مؤثری جهت شکایت، مراقبت و نظارت بر این مؤسسات وجود ندارد (United Nations general assembly, 2006: 16). در بیشتر موارد، کمیته سازمان ملل متحد در زمینه حقوق اطفال، نسبت به نقض مواد ۳۷، ۳۹ و ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک اظهار نگرانی کرده است. با این حال، به دلیل فقدان ضمانت اجرا در بیشتر موارد تذکرات این کمیته بی‌اثر بوده است.

در انگلستان از سال ۱۹۹۳ تعداد کودکانی که حبس شده‌اند به دو برابر افزایش یافته است. در هلند از سال ۱۹۹۰ به بعد تعداد مکانهای حبس نوجوانان به سه برابر افزایش یافته است و سن افرادی که مشمول برنامه‌های مداخله اولیه قرار می‌گیرند از ۱۲ به ۱۰ سال کاهش یافته است. در بلژیک مباحث عمومی در زمینه فقدان امنیت

1. Australian law reform commission.

باعث شده که ترس از جرایم جوانان افزایش یافته و مداخله پلیس در زمینه قرارهای منع عبور و مرور و تسامح صفر، مشروع تلقی شود (Muncie, 2008: 109).

کمیته سازمان ملل متحد در زمینه حقوق اطفال، از سیاست برخی از کشورهای اروپایی مانند: دانمارک، سوئیس، اتریش، ایرلند، انگلیس، آلمان، هلند، فرانسه و پرتغال در زمینه عدالت کیفری جوانان انتقاد کرده است. از جمله نسبت به عدم جداسازی اطفال از بزرگسالان در زندان، عدم استفاده از زندان به عنوان آخرین راه حل، استفاده از تدابیر سخت گیرانه به جای تدابیر آموزشی، افزایش تعداد اطفال محبوس، شرایط بد زندان، عدم اتخاذ تدابیری برای جدا کردن دادرسی جوانان از بزرگسالان، تسهیل رسیدگی به اتهامات جوانان در دادگاههای بزرگسالان، افزایش طول مدت حبس اطفال و تبعیض نظام عدالت کیفری جوانان نسبت به اقلیتها انتقاد شده است. طبق آمار بیش از صد هزار زندانی در کشورهای عضو اتحادیه اروپا، شهروندان این کشورها نبوده و ملیت خارجی دارند (Goldson, & Muncie, 2006: 91-106). در سال ۲۰۰۶ بیان شد که تخمین زده می شود بیش از ۹ میلیون نفر، در یک لحظه در سراسر دنیا در مؤسسات کیفری نگهداری می شوند. یک میلیون نفر از این رقم را جوانان تشکیل می دهند. در زمینه حبس جوانان، پس از آمریکا کشورهای هلند، انگلیس، ولز و آلمان قرار دارند.

تحقیقات مختلف نشان داده که علی رغم ادعای سیاستمداران مبنی بر کاهش ارتکاب جرم در نتیجه اجرای سیاستهای عوام پسندانه، این سیاستها کارآمد نبوده و در کاهش ارتکاب جرم تأثیری نداشته اند. طبق تحقیقات، محاکمه جوانان در دادگاههای بزرگسالان لزوماً موجب کاهش ارتکاب جرم نمی شود. بر اساس نتایج تحقیقات، از میان دو گروه همسان از لحاظ جنس، سن و سوابق مشابه، مجرمان محاکمه شده در دادگاههای بزرگسالان، بیشتر از گروه دیگر در طی دو سال مرتکب جرم شده بودند (Bishop & Fraizer, 1997: 111-143). علاوه بر این، میان نرخ ارتکاب جرم و نرخ محکومیت به حبس ارتباطی نیست. از این رو، کمیسیون اروپا تأکید کرده که «نرخ بالای ارتکاب جرم ضرورتاً به افزایش محکومیت به حبس منتهی نمی شود و برعکس. بالا بودن نرخ جمعیت کیفری ضرورتاً به کاهش ارتکاب جرم منتهی نمی شود و برعکس» (European sourcebook of crime and criminal justice statistics, 2003: 193).

در رویکرد عوام‌گرایی کیفری، راهکارهای سزاگرایانه در مقایسه با سازوکارهای پیشگیرانه، رفاهی و ترمیمی شانس بیشتری برای تصویب و اجرا دارند. برای نمونه، قوه قضاییه در سال ۱۳۸۳ لایحه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان را با رویکرد جرم‌شناختی و رعایت اصول دادرسی افتراقی تهیه و به مجلس ارائه کرد. امید می‌رفت با تصویب این لایحه، تحولات چشم‌گیری در حوزه عدالت کیفری جوانان محقق شود. با این حال، با وجود گذشت قریب ده سال از تهیه و ارائه این لایحه، هنوز تصویب نشده است. این در حالی است که لوایح و طرحهایی که رویکرد سزاگرایانه و سخت‌گیرانه داشته‌اند در مدت کوتاهی تصویب و نهایی شده‌اند (امیدی، ۱۳۸۷: ۴۳-۵۴).

از سوی دیگر، مطالعه سیاست جنایی قضایی ایران در حوزه جرایم نوجوانان به‌ویژه در پرونده‌هایی که رسانه‌ای می‌شوند نشان می‌دهد، دادگاهها به تفاوت‌های موجود میان نوجوانان و بزرگسالان توجه نکرده و رویکرد یکسانی نسبت به آنها اتخاذ می‌کنند. طبق تحقیقات انجام‌شده قرارهای کیفری صادرشده نسبت به متهمان نوجوان از نظر نوع و شدت، تفاوت چندانی با متهمان بزرگسال ندارد و قضات در صدور قرارهای کیفری، بیشتر نوع و جرم ارتكابی را ملاک قرار می‌دهند و به سن متهم توجه نمی‌کنند. عدم توجه به تفاوت‌های اطفال با بزرگسالان در تعیین کیفر نیز مشاهده می‌شود. به گونه‌ای که جز در پرونده‌های محدود، قضات بیشتر به تعیین مجازات حبس نسبت به نوجوانان گرایش دارند. علاوه بر این دادگاهها در تعیین مجازات شدیدی مانند شلاق تفاوتی میان اطفال و بزرگسالان در زمینه نوع شلاق، شدت ضربات وارده و محل اجرای مجازات قائل نمی‌شوند (کایدانی، ۱۳۸۸: ۳۹-۸۶).

نتیجه‌گیری

عدالت کیفری جوانان ظرفیتها و قابلیت‌های فراوانی برای تأثیرپذیری از رویکردهای عوام‌گرایانه دارد. عوام‌گرایی کیفری در حوزه عدالت کیفری جوانان، به صورت قانون‌گذاری کیفری در فضای احساسی، توسعه محدود اطفال و نوجوانان مشمول قوانین کیفری و نادیده گرفتن اصول دادرسی افتراقی جوانان متجلی شده است. این رویکرد باعث می‌شود قوانین ناکارآمد و غیر مؤثر در حوزه جوانان تصویب شود،

به گونه‌ای که در برخی موارد به فاصله کوتاهی قانون‌گذاران ناگزیر از تغییر قوانین شده‌اند. گسترش مداخله کیفری نیز موجب ورود تعداد زیادی از جوانان به چرخه عدالت کیفری و افزایش انگ‌زنی شده است. علاوه بر این تصویب قوانین شتاب‌زده و فاقد مبنای علمی باعث شده که در بسیاری از موارد معیارهای حقوق بشری ناظر به جوانان نادیده گرفته شود.

پیامدهای ناخوشایند عوام‌گرایی کیفری، تجدید نظر در رویکرد سیاست‌گذاران را اجتناب‌ناپذیر ساخته است. از این رو ضروری است سیاست‌گذاران رویکرد عقلانی و علمی اتخاذ کنند. همچنان که در برخی از کشورها تلاش شده با نگاهی جامع‌تر به جرایم جوانان، سیاست‌گذاری صورت گیرد. علی‌رغم اینکه در دو دهه گذشته بسیاری از کشورها تحت تأثیر رویکردهای عوام‌گرایانه از الگوهای رفاهی فاصله گرفته و به الگوهای سزاگرایی گرایش پیدا کرده‌اند، با این حال در سالهای اخیر با مشاهده ناکارآمدی سیاستهای عوام‌گرایانه در کاهش ارتکاب جرم، تلاش کرده‌اند بار دیگر سیاستهای افتراقی و پیشگیرانه را در حوزه عدالت کیفری جوانان احیا کنند. به عنوان نمونه، در برخی از کشورها آسیب‌پذیری نوجوانان به ویژه کودکان در معرض خطر، پذیرفته شده و بر تقدم اجرای راهکارهای پیشگیرانه نسبت به این گروه از اطفال تأکید شده است.

برخی از نظامهای عدالت کیفری سیاستهای سخت‌گیرانه نسبت به بزهکاری و انحرافات اجتماعی نوجوانان و جوانان را ناشی از خواست و اراده عمومی می‌دانند. در حالی که در بیشتر موارد چگونگی سنجش دیدگاهها و نظرات مردم مشخص نشده است. تجزیه و تحلیل مطالعات تطبیقی نیز حاکی از آن است که ضریب همبستگی معناداری میان تماس با پلیس و کاهش میزان انحرافات اجتماعی جوانان وجود ندارد. به عبارت دیگر، منطق بازدارندگی خاص و عام مبنی بر اینکه تجربه سر و کار داشتن با پلیس و دریافت تذکر شفاهی یا دادن تعهد کتبی مانع تکرار رفتارهای انحرافی آموخته می‌شود، در مورد جوانان و نوجوانان کارساز نیست. برعکس، این تماسها موجب ایجاد نگرش منفی در جوانان نسبت به پلیس می‌شود و احساس ترس، نگرانی و نارضایتی را در آنان افزایش می‌دهد.

کتاب‌شناسی

۱. امیدی، جلیل، «گفتمان سیاست جنایی مجلس هفتم»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره‌های ۶۲ و ۶۳، ۱۳۸۷ ش.
۲. پاک‌نهاد، امیر، «رویکرد نوین حقوق انگلستان به بزهکاری اطفال»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۱۹، ۱۳۸۵ ش.
۳. تاگارت، پل، پوپولیسیم، ترجمه حسن مرتضوی، چاپ دوم، آشتیان، ۱۳۸۵ ش.
۴. دوگلاس، گیلیان، «حق کودک بر خطاکاری: مسئولیت کیفری و صغیر نابالغ»، تلخیص و ترجمه نسرين مهرا، *مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۱۳، ۱۳۸۳ ش.
۵. ذکایی، محمدسعید، *جامعه‌شناسی جوانان ایران*، آگاه، ۱۳۸۳ ش.
۶. *روزنامه اعتماد*، شماره ۱۳۷۵، سه‌شنبه ۱۳۸۶/۲/۴.
۷. زینالی، امیرحمزه، «مبانی مداخله حقوق کیفری ایران در حوزه فرهنگ و چالشهای فراروی آن»، در: نجفی ابرنآبادی، علی حسین، *مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی*، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۸. طلوعی، وحید، «بررسی مناسبات نظری خرده‌فرهنگ جوانان: گذر اوقات فراغت و پیشگیری از وقوع جرم»، در: فرجیها، محمد و رحمت‌الله صدیق سروسستانی، *مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیشگیری از جرم (پیشگیری از جرم با رویکرد جامعه‌شناختی)*، چاپخانه معاونت آموزش ناجا، ۱۳۸۸ ش.
۹. فرجیها، محمد، «جرم‌انگاری فرهنگی جوانی»، *مجموعه مقالات ارائه‌شده در همایش دولت، جوانان و حقوق عمومی*، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۷ ش.
۱۰. کایدانی، فاطمه، *ارزیابی سیاست جنایی قضایی ایران در زمینه بزهکاری اطفال*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد خرم‌آباد، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. گروهی از نویسندگان شورای اروپا، *گزارش جرم‌زدایی اروپا*، ترجمه واحد ترجمه مرکز مطالعات توسعه قضایی، تهران، سلسبیل، ۱۳۸۴ ش.
۱۲. گسن، ریمون، «بحران سیاستهای جنایی کشورهای غربی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۱۰، ۱۳۷۱ ش.
۱۳. *مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی*، دوره چهارم، اجلاس سوم، ۲۵۳-۲۵۴، ۱۳۷۳ ش.
۱۴. مهرا، نسرين، «ترمیمی شدن عدالت کیفری صغار در انگلستان و ولز»، در: *علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)*، تهران، سمت، ۱۳۸۳ ش.
۱۵. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا» (دبیاچه ویراست سوم)، در: لازرژ، کریستین، *درآمدی بر سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۰.
16. Bishop, D. & Fraizer, C., *The transfer of juveniles to criminal court: Does it make a difference?*, Crime & Delinquency, Vol. 42, 1997.
17. Bottoms, A. E., *The philosophy and politics of punishment and sentencing*, In Clarkson, C. & Morgan, R. (Eds.), *The politics of sentencing reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
18. Cavadino, M. & Dignan, J., *The penal system: An introduction*, Sage, London, 2002.

19. Children's rights alliance, *State of children's rights in England*, London, CRA for England, 2005.
20. Cohen, B. C., *The press and foreign policy*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1963.
21. Cohen, S., *Folk devils and moral panics*, Routledge, London, 1972.
22. Estrada, F., *Juvenile violence as a social problem*, British Journal of Criminology, Vol. 41(4), 2001.
23. *European sourcebook of crime and criminal justice statistics*, 2nd Edition, Den Haag, Wodc, 2003.
24. Fenwick, M., *Japan: From child protection to penal populism*, in Muncie, J. & Goldson, B. (Eds.), *Comparative youth justice*, Sage, London, 2006.
25. Goldson, B. & Muncie, J., *Rethinking youth justice: Comparative analysis, international human rights and research evidence*, Youth Justice, Vol. 6(2), 2006.
26. Hart, T. C., *Causes and consequences of juvenile crime and violence: Public attitudes and question-order effect*, American Journal of Criminal Justice, Vol. 23(1), 1998.
27. Lewis, Ch., Brooks, G., Ellis, T. & Hamai, K., *Comparing Japanese and English juvenile justice: Reflections on change in the twenty-first century*, Crime Prevention & Community Safety, Vol. 11, 2009.
28. Muncie, J., *The punitive turn in juvenile justice, cultures of control and rights compliance in Western Europe and the USA*, Youth Justice, Vol. 8 (2), 2008.
29. Newburn, T., *Youth, crime, and justice*, in Maguire, M., Morgan, R. & Reiner, R. (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
30. Pratt, J., *Penal populism*, Routledge, London, 2007.
31. Pratt, J., *Sex crimes and the new punitiveness*, Behavioral Sciences & the Law, Vol. 18, 2000.
32. Roberts, J. V. & Hough, M., *Sentencing young offenders: Public opinion in England and Wales*, Criminal Justice, Vol. 5, 2005.
33. Roberts, J. V., Stalans, L. J., Indermaur, D. & Hough, M., *Penal populism and public opinion: Lessons from five countries*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
34. Rubin, E. L., *Introduction: Minimizing harm as a solution to the crime policy conundrum*, in Rubin, E. L. (Eds.) *Minimizing harm: A new crime policy for modern America*, Boulder Co: West View Press, 1999.
35. Sample, L. L. & Evans, M. K., *Sex offender registration and community notification*, in Wrights, R. G. (Eds.), *Sex offender laws: Failed policies, new directions*, Springer, New York, 2009.

36. Shea, E., *Elections and the fear of crime: the case of France and Italy*, European Journal on Criminal Policy & Research, Vol. 15, 2009.
37. Tufts, J. & Roberts, J. V., *Sentencing juvenile offenders, comparing public preferences and judicial practice*, Criminal Justice Policy Review, Vol. 13, 2002.
38. United Nations general assembly, *Report of the independent expert for the United Nations on violence against children*, 61st Session, A/61/299, Geneva, United Nations, 2006.
39. Warner, K., *Mandatory sentencing and the role of the academic*, Criminal Law Forum, Vol. 18, 2007.

بررسی فقهی حقوقی تغییر مهریه*

- حسین نصرتی (دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
- دکتر عبدالرضا اصغری (عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

چکیده

مهریه، مالی است که مرد به عناوینی مانند هبه یا عوض بضع و... با اختلافی که در تعابیر فقهاست به تملک زوجه درمی آورد و نه کس دیگر. یکی از انواع مهریه مهرالمسمی است که در آن مرد هنگام ازدواج مالی را به عنوان مهریه مشخص می کند که زن نیز آن را قبول می کند و به مجرد عقد نکاح به تملک زن درمی آید. در مواردی به عللی همچون دسترسی مشکل به مهرالمسمی یا رایج نبودن آن یا عدم تمایل زوجه به آن و... طرفین توافق می کنند که زوج مال دیگری را به عنوان مهریه به زوجه بدهد. این عمل تبدیل مهریه است و اینکه آیا بعد از تبدیل به بدل عنوان مهرالمسمی صدق می کند یا نه؟ بحث مهمی است که آثار حقوقی خاصی نیز بر آن بار می شود، بحث این مقاله درباره شیوه‌های تبدیل مهرالمسمی و آثار آن است. واژگان کلیدی: مهریه، مهرالمسمی، تبدیل مهریه، تعهد، قرارداد.

مقدمه

مهریه، یکی از احکام فقهی است که بر اساس آن، مرد، مالی را که نشان از علاقه و محبت او به زن بوده، به وی عطا می‌کند. چارچوب و چگونگی مهریه از ویژگی‌های بارز نظام حقوقی اسلام بوده و همین ساختار مهریه، باعث متمایز شدن این نظام حقوقی از سایر نظامها می‌شود. یکی از انواع مهریه، مهرالمسمی است که در آن، مرد هنگام ازدواج مالی را به عنوان مهریه مشخص می‌کند که زن نیز آن را قبول می‌کند و به مجرد عقد نکاح به تملک زن درمی‌آید. از آنجا که مرد مهریه را مشخص می‌کند، این عمل وی را تسمیه المهر گویند. حال، در بسیاری موارد به دلایلی همچون دسترسی مشکل به مهرالمسمی، رایج نبودن آن یا عدم تمایل زوجه به آن و... طرفین توافق می‌کنند که زوج مال دیگری را به عنوان مهریه به زوجه بدهد. مواردی نظیر: ارزش کیفیت، کمیت، همسانی یا ناهمسانی قیمی آن با مال نخستین بستگی به تراضی طرفین دارد. به عنوان مثال، طرفین هنگام عقد نکاح مهریه را ۳۰۰ سکه طلا تعیین کرده ولی بعداً توافق می‌کنند که مرد، فلان خودرو را به زن بدهد؛ حال بحث در این است که آیا بر این خودرو عنوان مهرالمسمی صدق می‌کند یا اینکه مهرالمسمی صرفاً همان مالی است که هنگام عقد نکاح به عنوان مهریه مشخص شده است (۳۰۰ سکه) و این دومی، دیگر مهرالمسمی نام نخواهد گرفت.

اهمیت این مطلب هنگامی روشن می‌شود که به آثار و ویژگی‌های خاص مهرالمسمی توجه داشته باشیم، مثلاً در هنگام طلاق این مهرالمسمی است که به زن داده می‌شود نه بدل آن. در طلاق پیش از نزدیکی، نصف مهرالمسمی به زن برگشت داده می‌شود. زن به سبب عدم پرداخت مهرالمسمی می‌تواند از تمکین خودداری کند. در صورت طلاق، بحث نما و منافع مربوط به نما و منافع مهرالمسمی است نه بدل آن و....

مبحث تبدیل مهریه به صورت دو فرض زیر قابل طرح است که در دو بخش به توضیح آن می‌پردازیم:

۱. ایجاد قرارداد جدید به جای قرارداد مهریه: اولین فرض تحلیلی مسئله این است که قرارداد دوم را نشانه پایان توافق قراردادی نخستین بدانیم. در این صورت،

طرفین، قراردادی جدید را جایگزین قراردادی کرده‌اند که موضوع آن پرداخت مهرالمسمی بوده است. در این فرض، بحث بسیار شبیه به مقولهٔ تبدیل تعهد از طریق تغییر دادن موضوع تعهد خواهد بود. بدین ترتیب، عنوان مهرالمسمی بر موضوع جدید صادق نخواهد بود.

۲. جابه‌جایی توافقی موضوع مهریه: در این نگرش که بر پایهٔ توجه به ارادهٔ واقعی طرفین بنا شده، این عقیده هست که هیچ دلیلی برای پافشاری بر ابطال قرارداد نخستین مهریه و قرار دادن عقدی جدید به جای آن وجود ندارد. بلکه با توجه به ارادهٔ واقعی طرفین و احترام به آن می‌توان دریافت که قصد و ارادهٔ واقعی طرفین این بوده که صرفاً خواسته‌اند در همان حدود عقد مهریه، با تراضی، مالی را به جای مالی دیگر جابه‌جا کنند و هیچ یک از قواعد حقوقی نیز در این زمینه، دچار اشکال و خدشه نخواهد شد و طبق آن عنوان مهرالمسمی بر موضوع جدید نیز صادق است.

بخش اول: ایجاد قرارداد جدید به جای قرارداد مهریه

فصل اول: چیستی قرارداد جدید

گفتار اول: رابطهٔ زن و شوهر در قرارداد مهریه

هر چند فقها و حقوق‌دانان در چیستی مَعْوَضِ عقد مهریه اختلاف نظر دارند؛ ولی همگی اتفاق نظر دارند که به دنبال قرارداد مهریه، رابطه‌ای میان زن و شوهر به وجود می‌آید که در نتیجهٔ آن مرد متعهد و زن متعهدله می‌شود. در تعریف تعهد آمده است: رابطه‌ای حقوقی است که به موجب آن شخص در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می‌شود خواه سبب ایجاد آن رابطه، عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۷۱).

هر تعهدی باید شرایط و ارکان تعهد را داشته باشد:

۱. موضوع تعهد: عبارت از تکلیفی است که متعهد در برابر متعهدله دارد. این موضوع باید دارای سه شرط باشد: ۱. معلوم یا دست‌کم قابل تعیین باشد و یکی از دو چیز به طور نامعلوم تلقی نشود؛ ۲. مقدور باشد؛ ۳. متعهد قدرت بر تسلیم داشته باشد.

۲ و ۳. متعهد و متعهدله:

برای تصور تعهد، وجود شخصی به عنوان طلبکار یا صاحب حق و شخص دیگری به عنوان متعهد یا مدیون ضروری است. به هر حال، لزوم وجود طلبکار و بدهکار برای تحقق تعهد به اندازه‌ای بدیهی است که هرگاه این دو صفت در یک شخص جمع شود تعهد ساقط می‌شود (همان: ۷۰).

گفتار دوم: قلمداد کردن قرارداد جدید به عنوان یکی از انواع تبدیل تعهد

ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران درباره تبدیل تعهد می‌گوید:

وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود.

پس در تبدیل تعهد، تعهد جدید به جای تعهد اصلی می‌نشیند و این دو تعهد باید با هم متغایر باشند این تمایز یا به تغییر دین (موضوع یا منشأ آن) است و یا به تغییر داین و مدیون (سنهوری، ۱۳۷۰: ۲۹۸).

یکی از راههای حصول تبدیل تعهد به تبدیل دین، تبدیل دین به وسیله تبدیل مورد تعهد است. چنانکه کسی به دیگری ۱۰۰ لیره مدیون باشد و داین و مدیون به تراضی آن را به ۱۰۰۰۰۰ ریال تسعیر نمایند، در نتیجه این امر ۱۰۰ لیره که مورد تعهد سابق بوده است به ۱۰۰۰۰۰ ریال تبدیل شده و مورد تعهد جدید قرار می‌گیرد (امامی، ۱۳۷۱: ۳۳۴).

از دیگر اقسام تعهد، تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین است. در این قسم طرفین توافق می‌کنند که تعهد جدید به جای تعهد سابق بنشیند. دین جدید ممکن است از نظر متعلق موضوع تعهد و یا سبب پیدایش تعهد با دین سابق فرق داشته باشد. مثلاً موضوع تعهد سابق پول بوده و به جای آن یک سود سالانه مادام العمر قرار دهند (ماده ۷۶۸ ق.م.؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۷۳۵).

به هر حال، با توجه به توضیحاتی که درباره شرح بحث دادیم و توضیحات حقوق دانان می‌توان انعقاد قرارداد جدید به عقد مهریه را یکی از انواع تبدیل تعهد شمرد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۴۱).

فصل دوم: شرایط انعقاد قرارداد جدید

گفتار اول: وجود تسمیة المهر معتبر

مهریه باید به صورت صحیح و معتبر توسط زوجین تعیین شده باشد و از آنجا که تسمیة مهریه یک قرارداد است باید تمام شرایط صحت یک قرارداد را داشته باشد، بنابراین فرض عدم تعیین مهریه (مانند تفویض بضع) و یا وجود یک قرارداد نامشروع درباره مهریه از محل بحث ما خارج است. مثلاً چیزی مهریه قرار داده شود که مالیت نداشته باشد یا نامشروع باشد یا یکی از طرفین یا هر دوی آنها بر آن اکراه شده باشند یا هر دو یا یکی از آنها دارای اهلیت نباشند. وجود تسمیة معتبر به خاطر ماهیت خاص عمل جانشینی تعهد جدید است.

چون اساس تبدیل تعهد، جانشینی تعهد جدید به جای تعهد سابق است پس نوعی ملازمه و رابطه عوض و معوض بین سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد جدید می توان یافت؛ یکی از نتایج منطقی این رابطه، لزوم وجود تعهد صحیح قبلی می باشد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۴۴ و ۱۴۸).

برای تحقق تبدیل تعهد لازم است تعهد قدیمی که موضوع اسقاط در تبدیل تعهد خواهد بود صحیحاً وجود داشته باشد (توکلی کرمانی، ۱۳۸۰: ۱۰۹؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۲۸۷).

بعداً به ارتباط بطلان قرارداد اول با دوم اشاره خواهد شد.

گفتار دوم: ایجاد تعهد مشروع بر موضوع جدید به جای مهرالمسمی

تعهد جدید باید یک تعهد مشروع و صحیح و دارای عناصر حقوقی مورد نیاز باشد (ماده ۱۹۰ ق.م.ا). بنابراین چنین تعهدی، اگر به علل قانونی باطل باشد آنچه بر عهده مرد می ماند همان مهرالمسمی است و نه جانشین آن. به عنوان مثال: اگر در تعهد جدید میان زن و مرد مسلمان توافق شود که به جای مهریه، مقدار خاصی مشروبات الکلی تحویل داده شود، این قرارداد باطل نبوده و ذمه مرد همچنان به مهرالمسمی مشغول است.

از دیگر شرایط اختصاصی، پیدایش تعهد جدید است. در صورتی که معلوم شود تعهد جدید به علت فقدان یکی از شرایط، به وجود نیامده است کشف می گردد که تعهد قبلی ساقط نشده... (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۲۸۷).

البته همان طور که خواهیم گفت لازم نیست در تعهد جدید آنچه مورد تعهد قرار می‌گیرد از نظر ارزش یا کمیت مانند مهرالمسمی باشد بلکه طرفین در تعیین میزان و نوع آن مختارند.

گفتار سوم: اختلاف دو تعهد در موضوع

برای صحت قرارداد جدید لازم است که موضوع تعهد جدید چیزی غیر از دادن مهرالمسمی (موضوع تعهد سابق) باشد. مثلاً اگر مهرالمسمی دو تن برنج است موضوع تعهد جدید باید چیزی غیر از آن باشد (مثلاً یک خودرو).

برای اینکه قصد تبدیل تعهد واضح باشد باید تعهد جدید با تعهد قدیم در یکی از ارکان مهم متغایر باشد؛ بنابراین تغییر موضوع یا منشأ دین، اضافه یا الغای شرط، تغییر داین یا مدیون، متضمن تغییراتی است که به وضوح حاکی از قصد تبدیل تعهد است (توکلی کرمانی، ۱۳۸۰: ۱۰۹).

برای ایجاد تعهد نو باید یکی از عوامل اساسی تعهد پیشین تغییر کند و عامل تازه‌ای آن را صورت بخشد، موضوع تعهد و بدهکار و طلبکار سه رکن مهم تعهد است که در ماده ۲۹۲ ق.م. تغییر یکی از آنها سبب تبدیل تعهد است (سنهوری، ۱۳۷۰: ۳۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۱۴؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۳۹).

گفتار چهارم: قصد جانشین کردن قرارداد جدید به جای عقد مهریه

۱. ضرورت وضوح قصد

قصد طرفین بر انعقاد عقد جدید مهریه، باید واضح و روشن باشد؛ به طوری که شک و شبهه‌ای در انجام این امر از سوی زن یا شوهر نباشد.

دو طرف باید قصد ایجاد تعهد جدید را داشته باشند. تغییرات اساسی در تعهد پیشین نشانه وجود قصد نوسازی است ولی با آن ملازمه ندارد، دادرس باید در هر دعوی وجود انشای تعهد جدید را از سوی هر دو طرف احراز کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۲۱). اعمال یا گفتار که دلالت آن روشن نباشد نمی‌تواند مثبت تبدیل تعهد گردد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۵۱).

در فرانسه هم، به موجب ماده ۱۲۷۳ ق.م. این کشور، در تبدیل تعهد اراده طرفین باید به روشنی به دست آید (همان).

۲. اصل عدم انعقاد قرارداد جدید به جای عقد مهریه

باید قصد زوجین بر انعقاد عقد جدید احراز شود و با احتمال و گمان نمی‌توان این امر را محقق دانست؛ چون اصل، عدم تبدیل تعهد است.

در صورت بروز شک برای دادگاه در احراز قصد تبدیل، اصل عدم تبدیل تعهد جاری خواهد شد (همان: ۱۵۴).

هرگاه در وقوع تبدیل تعهد تردید شود، اصل، عدم آن است و وقوع آن باید ثابت شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۲۸۸).

در مقام تردید نسبت به وقوع تبدیل تعهد، باید اصل عدم را جاری ساخت خواه منشأ تردید سقوط یا ایجاد تعهد یا ترکیب بین آن دو باشد؛ این اصل در ماده ۱۲۷۳ ق.م. فرانسه به صراحت اعلام شده است ولی در حقوق ما نیز از اصول کلی برمی‌آید و در مصداقهای مشابه مورد استفاده قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۲۵).

شایان ذکر است اثبات تبدیل مهریه، تابع قواعد عمومی اثبات دعوی است، در نتیجه بار اثبات بر عهده مدعی انعقاد عقد جدید است (زن یا شوهر) زیرا این امر، خلاف اصل است.

فصل سوم: آثار انعقاد عقد جدید به جای عقد مهریه

گفتار اول: سقوط تعهد بر دادن مهرالمسمی

۱. از بین رفتن تعهد اول و آزادی ذمهٔ زوج از پرداخت مهرالمسمی

با انعقاد عقد جدید، تعهد بر دادن موضوع جدید، جانشین تعهد بر اعطای مهرالمسمی می‌شود پس تعهد بر پرداخت مهرالمسمی ساقط شده، ذمهٔ مرد از پرداخت مهرالمسمی رها می‌شود. اگرچه ذمهٔ او به دادن موضوع تعهد جدید مشغول می‌شود.

در این فرض (تغییر موضوع تعهد) نظر مشهور این است که تعهد سابق از بین می‌رود و تعهد جدیدی به جای آن می‌نشیند (همان: ۳۰۱).

با تحقق تبدیل، ذمهٔ متعهد به تعهد سابق، به کلی ساقط می‌شود (توکلی کرمانی، ۱۳۸۰: ۱۰۹).

در قانون مدنی نیز تبدیل تعهد یکی از اسباب سقوط تعهد محسوب شده است

(مواد ۲۶۴ و ۲۹۲ ق.م.ا.)

۲. زوال توابع و تضمینات مهرالمسمی

با از بین رفتن تعهد، توابع و تضمینات نیز دیگر فلسفه‌ای برای وجود ندارند. ماده ۲۹۳ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت...».

منظور از توابع و تضمینات امور گوناگونی است که به نحوی به تعهد مرتبط است؛ به طوری که وجود آنها بدون تعهد اصلی بی دلیل است. دکتر جعفری لنگرودی در این باره می‌نویسد:

«بر سقوط تعهد، آثار ذیل مترتب است:

۱. با سقوط آن خسارتی به تأخیر آن تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا تعهدی وجود ندارد تا از تأخیر آن سخنی به میان آید.
 ۲. پساکرد (اخطار عندالمطالبه) آن تعهد که ساقط شده است؛ زیرا اخطار پساکرد وقتی مفید است که تعهدی وجود داشته باشد.
 ۳. وثائق عینی تعهد قدیم ساقط می‌شوند چون موضوع آن وثائق برافاده است (ماده ۱۲۷۸ ق.م.ا. فرانسه و ماده ۲۹۳ ق.م.ا. ایران).
 ۴. وثائق شخصی^۱ (عقد ضمانت و کفالت).
 ۵. دعوی ابطال تعهد سابق منتفی الموضوع می‌شود» (۱۳۵۷: ۷۳).
- در اثر سقوط تعهد اصلی، آنچه وابسته به آن است از بین می‌رود... آنچه رخ می‌دهد به منزله پرداخت آن است و به همان گونه اصل دین و تمام توابع آن از بین می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۶۴).

پس اگر درباره مهرالمسمی تضمیناتی از طرف زوج یا اقوام وی داده شود، در صورت انعقاد قرارداد جدید قاعدتاً تمام این تضمینات از بین می‌رود. از سوی دیگر، زن هم نسبت به مهرالمسمی حق حبس داشته و می‌تواند تمکین و انجام وظایف زناشویی را مشروط به پرداخت مهریه کند؛ ولی در صورت انعقاد قرارداد جدید چون این کار به منزله پرداخت مهریه و سقوط آن است حق حبس نیز از بین خواهد رفت....

1. Caution.

۳. تراضی بر بقای تضمینها و توابع

زن و شوهر می‌توانند توافق کنند که با وجود انعقاد قرارداد جدید، تضمینها و توابع مهرالمسمی برای تعهد جانشین آن باقی بماند. این توافق، یک عقد غیر معین مشمول ماده ۱۰ ق.م. بوده و لازم است، البته باید صریح باشد.

در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند (ماده ۲۹۳ ق.م.).

باقی ماندن توابع و تضمینات خلاف اصل است؛ بنابراین باید ثبوت آن احراز گردد.

بیان صریح اعم است از اینکه به طور مستقیم برای بقای توابع گفته شود یا از عبارت یا گفته و عملی به روشنی استنباط شود (همان: ۲۶۴).

البته در نفوذ تراضی دو طرف باید به این نکته توجه کرد که اثر شرط بقای توابع محدود به رابطه آن دو شود و به حقوق اشخاص ثالث صدمه نزنند. اگر موضوع تعهد جدید ارزشی بیشتر از موضوع تعهد اول داشته باشد قسمت اضافه بدون تضمین باقی می‌ماند، مگر با توافق طرفین.

گفتار دوم: ایجاد تعهد جانشین

۱. تبعیت قرارداد جدید از شرایط قراردادی خود

تعهد جدید که به خاطر سقوط تعهد بر مهرالمسمی ایجاد می‌شود، مستقل بوده، در شکل، ماهیت و شرایط تابع مفاد تراضی زن و شوهر می‌باشد. پس می‌تواند معین یا غیر معین، بیع، صلح، هبه، معوضه و یا یک معاوضه ساده باشد میان مهرالمسمی و مال جانشین آن.

البته آنچه با مهرالمسمی مبادله می‌شود لازم نیست هم‌ارزش آن باشد؛ از طرفی قرارداد جدید می‌تواند شرایط و تضمینات خاص خود را داشته باشد.

یکی از آثار ایجاد تعهد، تبعیت تعهد از شرایط خاص قرارداد است. تعهد جدید تابع شرایط ویژه قرارداد تبدیلی تعهد است در حالی که تعهد سابق مؤجل بوده است تعهد کنونی می‌تواند حال باشد و برعکس (همان: ۳۳۰).

۲. عدم صدق مهرالمسمی بر موضوع تعهد جدید

دیگر نمی‌توان بر موضوع تعهد دوم نام مهرالمسمی نهاد؛ زیرا مهرالمسمی آن است که زن و شوهر در قرارداد مهریه بر آن توافق کرده و آن را بر مرد فرض کرده‌اند. پس بر مال مورد توافق در قرارداد دوم که جانشین مهرالمسمی شده نام مهرالمسمی صدق نخواهد کرد. عبارات فقها در این باره مؤید کلام ماست. این عبارات در ذیل حدیث «فضیل» آمده است:

«لخروجه عن المفروض» (الفاضل الهندی، ۱۴۱۶: ۴۷۴/۷).

«فلان المستحق بالطلاق نصف المفروض والعوض غیره» (الطباطبایی، ۱۴۱۲: ۴۴۵/۱).

«فالثابت بالطلاق نصف المسمی دون المدفوع وفاء» (الجواهری، ۱۳۶۵: ۹۲/۳-۹۳).

«یستحق بالطلاق نصف المفروض لا غیره وعوض المسمی خلافه» (العاملی، ۱۴۱۳: ۴۰۱/۱-۴۰۲).

«لأنّ هذا كلّه لا یثبت صداقاً بالتسمیه فی النکاح» (السرخسی، ۱۴۰۶: ۱۲/۲۱).

۳. پیراستگی تعهد جدید از توابع و تضمینات تعهد بر مهرالمسمی

ایرادات، توابع و تضمینات تعهد مهرالمسمی، بر تعهد جدید وارد نمی‌شوند و مانند این است که زن و شوهر از ابتدا با یکدیگر رابطه حقوقی برقرار کرده‌اند.

دین تبدیل شده در گذر از مرحله تحوّل تصفیه می‌شود و آنچه به عنوان تعهد جدید باقی می‌ماند طلب عادی است؛ نه وثیقه‌ای همراه دارد و نه امتیازی؛ عریان از همه تعلقات پیشین، تابع اراده آفرینندگان خویش و زاده اراده آنان است. دین جدید، رابطه خود را از نظر چگونگی رجوع، شرایط و قیود تعهد گذشته خود حفظ نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۳۱).

در مورد بحث ما، پیراسته شدن تعهد جدید از تضمینات مهرالمسمی به علت ویژگیهای خاص مهریه اهمیت زیادی دارد:

۱. در مهرالمسمی زن حق حبس دارد و می‌تواند تا پرداخت مهریه از انجام وظایف زناشویی مانند تمکین خودداری کند، ولی در صورت انعقاد قرارداد جدید به علت سقوط تعهد بر مهرالمسمی، زن دیگر حق خودداری از انجام آن وظایف را

نداشته و در صورت خودداری ناشزه محسوب می‌شود.

۲. در غیر طلاق خلع و مبارات، وقوع طلاق منوط به پرداخت کامل مهریه از طرف مرد است. در صورت انعقاد قرارداد جانشین، مهرالمسمی پرداخت شده محسوب می‌گردد؛ بنابراین مرد بدون نگرانی از بابت مهرالمسمی می‌تواند زن را طلاق دهد.

۳. در بسیاری موارد، مهرالمسمی دارای تضمینات محکم تری نسبت به تعهد جانشین آن است. مثلاً پدر مرد یا یکی از اقوام، مهرالمسمی را ضمانت می‌کند؛ ولی همان طور که گذشت در تعهد جانشین چنین اموری وجود ندارد.

گفتار سوم: رابطه موجود میان تعهد بر مهرالمسمی و تعهد جانشین آن

۱. ارتباط انشایی

آنچه در تبدیل تعهد، موضوع انشای زوجین قرار می‌گیرد، اسقاط و جانشینی است. یعنی ساقط کردن تعهد بر مهرالمسمی در عوض ایجاد یک تعهد جدید به جای آن و مانند عوضین در هر معامله بین آن دو ملازمه وجود دارد (پیدایش یکی هم‌زمان با زوال دیگری)؛ ولی موضوع تعهد را نباید با موضوع قرارداد تبدیل تعهد اشتباه کرد؛ موضوع تعهد عبارت از مال یا عمل است، در صورتی که موضوع قرارداد تبدیل تعهد، جانشینی دو تعهد سابق و لاحق است که در حقیقت پیدایش یکی، عوض زوال دیگری است. تبدیل تعهد سبب سقوط تعهد و در عین حال منشأ ایجاد تعهد است. قراردادی^۱ است بر سقوط تعهد قدیم و عقد^۲ و در هر صورت تصرفی قانونی^۳ است (سنهوری، ۱۳۷۰: ۲۹۸).

۲. تأثیر متقابل دو تعهد بر یکدیگر

الف: تأثیر تعهد دوم بر تعهد بر مهرالمسمی

۱. بطلان: در صورت بطلان تعهد دوم، تعهد بر مهرالمسمی ساقط نخواهد شد؛ چون تعهد بر مهرالمسمی در صورتی ساقط می‌شود که یک تعهد درست و معتبر

1. Convention.
2. Contract.
3. Act juridique.

جایگزین آن شود.

در صورتی که معلوم شود تعهد جدید به علت فقدان یکی از شرایط به وجود نیامده است، کشف می‌گردد که تعهد قبلی ساقط نشده و تبدیل تعهد انجام نگردیده است (شهبیدی، ۱۳۷۷: ۱۴۸).

این شرایط می‌تواند شرایط عمومی تعهدات و یا شرایط اختصاصی باشد. اگر به دلیلی تعهد جانشین ایجاد نشود یا باطل باشد رابطه پیشین نیز باقی می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۱۳).

۲. تعلیق: اگر تعلیق از نوع معتبر و صحیح باشد تا تحقق معلق علیه، قرارداد جدید به جای قرارداد مهریه جایگزین نخواهد شد. هرگاه ایجاد تعهد معلق به شرط باشد تبدیل زمانی انجام می‌شود که شرط تعلیق تحقق یابد (همان: ۳۱۰).

البته در صورت عدم تحقق معلق علیه تعهد بر مهرالمسمی برگشته و قرارداد جدید کأن لم یکن تلقی می‌شود. در فرض عدم تحقق معلق علیه یا شرط فاسخ، تعهد جدید زایل و در نتیجه تعهد قدیم به طور قهقراپی اعاده می‌گردد... (سنهوری، ۱۳۷۰: ۳۰۲).

ب: تأثیر قرارداد مهرالمسمی بر تعهد جدید

۱. بطلان: لازمه ایجاد تعهد جدید، وجود قرارداد معتبر مهرالمسمی است و در صورت بطلان قرارداد مهرالمسمی، تعهد جدیدی به وجود نخواهد آمد. این امر به خاطر خاصیت و ماهیت ویژه تبدیل تعهد است.

اگر عقدی که سبب ایجاد این تعهد است به دلیلی باطل باشد تبدیل تعهد صورت نمی‌پذیرد چرا که ایجاد تعهد جدید منوط به استحاله و زوال تعهد پیشین است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۱۰).

حتی اگر تعهد جدید هیچ اشکال حقوقی هم نداشته باشد، باز هم باطل بودن تعهد اولی تأثیرگذار خواهد بود.

اگر گفته شود که در صورت بطلان تعهد قدیم تعهد جدید به وجود نمی‌آید، این

به دلیل طبیعت و ماهیت معاوضی بودن قرارداد تبدیل تعهد است والا تعهد به نوبه خود و علی حده صحیح و معتبر است (توکلی کرمانی، ۱۳۸۰: ۱۰۹).

۲. تعلیق: تعهد جدید نیز در صورت معلق بودن قرارداد مهرالمسمی (البته به طور صحیح) معلق خواهد ماند و در صورت عدم تحقق معلق علیه تعهد جدید به همراه قرارداد مهرالمسمی سقوط می کند.

اگر تعهد معلق به وجود شرطی باشد یا تحقق حادثه‌ای بتواند آن را منحل سازد باز هم تعهد موجود قابل تبدیل است، منتها تعهد نیز همانند تعهد اصلی معلق به شرط است و با انحلال آن تعهد بر هم می خورد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۱۰).

۳. انتقال تضمینات از قرارداد مهرالمسمی به تعهد جدید

پیراستگی تعهد جدید از تضمینات تعهد بر مهرالمسمی مانع از آن نیست که با توافق زن و شوهر تضمینات و توابع از قرارداد مهرالمسمی به تعهد جدید منتقل شود. این امر توافقی است لازم و معتبر که مشمول ماده ۱۰ ق.م. است.

در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت، مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند (ماده ۲۹۳ ق.م.). امکان تراضی بر بقای توابع وجود دارد و این امکان نتیجه پیوند میان اسقاط و ایجاد تعهد است (همان: ۳۳۲).

انتقال تضمینات از تعهد اصلی به تعهد جدید با توافق داین و مدیون ممکن است (سنهوری، ۱۳۷۰: ۳۲۲).

بخش دوم: جابه‌جایی توافقی موضوع قرارداد مهریه

فصل اول: چیستی جابه‌جایی توافقی

گفتار اول: تغییر موضوع مهریه بدون نیاز به انعقاد قرارداد جدید

پرسش اصلی در این بخش این است که آیا می توان بدون نیاز به انعقاد قراردادی جدید و رها از قیود و آثار آن، موضوع مهریه را تغییر داد؟ به عبارتی آیا اراده طرفین تعهد می تواند فراتر از نهادهای حقوقی (تبدیل تعهد) و بی توجه به آن،

تغییری در موضوع تعهد دهد؟ آیا زن و شوهر می‌توانند با تراضی، موضوع مهریه خود را تغییر دهند و در عین حال باز هم عنوان مهرالمسمی بر موضوع جدید صدق کند و دیگر آثار نیز بر آن مترتب شود؟

گفتار دوم: تغییر موضوع تعهد، امری مرسوم در جامعه

وقتی به عرف و جامعه ایران می‌نگریم، می‌بینیم بازرگانان و مردم بی‌آنکه در ذهن خود توجهی به تبدیل تعهد و ارکان و آثار آن داشته باشند، موضوع تعهد خود را تغییر می‌دهند بدون اینکه ترسی از سقوط تعهد قدیم و ظهور تعهد جدید داشته باشند و یا به انعقاد عقدی جدید و جانشینی آن با قرارداد فعلی احساس نیاز کنند.

بازرگانان ما و مشاوران حقوقی آنان برای تغییر اوصاف و قیود و حتی موضوع تعهد، در اندیشه جانشین ساختن تعهدی جدید به جای دین سابق نیستند و به طور معمول هنگام وفای به عهد و گاه پیش از آن، شرایط و موضوع دین را تغییر می‌دهند و با ایرادی هم روبه‌رو نمی‌شوند. بارها دیده شده است که بر قرارداد مستمر و در حال اجرای خود، ضمیمه و الحاقیه می‌نویسند و در مفاد تعهد تغییرات اساسی می‌دهند و تضمینها و توابع دین را نگه می‌دارند. به نظر می‌رسد که از لحاظ نظری نیز این اقدام با مانعی روبه‌رو نباشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۰۲).

گفتار سوم: برتری اصل آزادی اراده و کاهش اهمیت و کاربرد تبدیل مهریه
اصل آزادی اراده، یکی از اصول پیشرفته و پذیرفته شده در حقوق کشورهای گوناگون است که بر اساس آن، انسانها می‌توانند با استناد به اراده آزاد خود، قراردادها و حالت‌های حقوقی را ایجاد کرده یا از بین ببرند. پس در موضوع بحث ما هم اگر اراده زوجین بر تغییر موضوع مهریه بدون اعتنا به تبدیل مهریه تعلق گرفت باید به اراده آنها احترام گذاشت. از طرفی تبدیل تعهد اهمیت خود را از دست داده است و نمی‌توان هرگونه تغییر در موضوع را داخل در بحث تبدیل تعهد نمود.

امروزه این تأسیس (تبدیل تعهد) دیگر کارآمد نیست چون به خاطر احترام به اراده انسانها و شناسایی حکومت آنها بر روابط اجتماعی و به رسمیت شناختن مفاد تراضی دو طرف به عنوان قانون حاکم بر عقد، دیگر برای تغییر ارکان تعهد و تبدیل آن به التزامی دلخواه نیازی به نهاد تبدیل تعهد نیست (همان: ۳۰۰).

فصل دوم: ارکان جابه‌جایی توافقی

گفتار اول: توافق زن و شوهر بر جابه‌جایی موضوع جدید با موضوع اصلی

الف. لزوم وجود ارکان توافق

این توافق، یک توافق معتبر و لازم است که مانند دیگر توافقات غیر معین، لزوم و اعتبار آن را می‌توان از مواد ۱۰ و ۲۱۹ ق.م. به دست آورد، البته باید شرایط عمومی صحت قرارداد (ماده ۱۹۰ ق.م.) را داشته باشد.

۱. اهلیت: زن و شوهر برای تغییر موضوع تعهد باید اهلیت داشته باشند. در صورت عدم اهلیت زن و شوهر، این توافق باید توسط ولی، قیم یا دیگر مراجع قانونی ذی‌صلاح طبق موازین قانونی انجام پذیرد.

۲. وجود موضوع جدید: موضوع جدید باید تمام شرایط یک موضوع معتبر را داشته باشد. مثلاً قابل تملک، زوج باشد و زوجه حق انتقال آن را داشته باشد؛ چرا که این موضوع جدید عنوان مهرالمسمی را دارد، پس باید دارای تمامی شرایط لازم باشد.

۳. رضایت طرفین: تغییر موضوع مهریه در مرحله اول متوجه حقوق زوجین است؛ از این رو باید با رضایت کامل آنها و به دور از هر نوع اکراه و اجبار انجام گیرد.

۴. مشروعیت جهت: تغییر موضوع مهریه نباید در راستای اهداف غیر مشروع باشد، و گرنه این تغییر، بی‌اثر خواهد بود. مثلاً زوج برای اینکه اموال خاصی از وی به دست طلبکارانش نیفتد با توافق زوجه، این اموال را با عملیات تغییر مهریه، مهرالمسمی قرار می‌دهد، در اینجا قصد شوهر نامشروع است؛ لذا این تغییر بی‌تأثیر خواهد بود.

ب. صراحت توافق بر جابه‌جایی

تغییر مهریه ممکن است با نهادهای حقوقی مشابه اشتباه شود، از این رو توافق زوجین باید صریح باشد؛ چرا که برخی اوقات، نهادهایی چون ضمانت و رهن شامل مواردی شبیه توافق بر تغییر می‌باشند.

ج. اثبات توافق

همچون سایر توافقه‌های موجود میان افراد، در صورت اختلاف، برای اثبات چنین توافقی باید بر اساس قواعد عمومی اثبات دعوی عمل نمود؛ یعنی از ادله‌ای همچون: اقرار، اسناد، شهادت و قسم که در قانون مدنی به تفصیل آمده، بهره گرفت.

فصل سوم: ماهیت حقوقی جابه‌جایی توافقی

گفتار اول: شکل کلی جابه‌جایی توافقی

اصل در همه قراردادهای، حاکمیت اراده طرفین است. آنها می‌توانند تا زمانی که با قواعد کلی و آمره نظام حقوقی حاکم معارض نباشد (ماده ۱۰ ق.م.) قراردادهای خصوصی منعقد کنند و سپس به دلخواه و با رضایت یکدیگر تغییراتی در آن ایجاد نمایند. طرفین، آفرینندگان عقد هستند - که دارای ماهیتی اعتباری است - و با رعایت برخی اصول توان هرگونه دگرگونی را در آفریده خود دارند و هیچ اجباری نیست که این توافق حتماً در قالب نهاد حقوقی باشد. پس به نظر می‌رسد تغییر مهریه را بتوان ثمره توافق زوج (متعهد) و زوجه (متعهدله) برای ایجاد یک تغییر در قرارداد مهریه، بدون تغییر اصل قرارداد دانست. پس قرارداد مهریه باقی است و ساقط نمی‌شود و هر آنچه از تضمینات و شرایط در آن بوده است به قوت خود باقی خواهد بود و صرفاً با توافق طرفین در قرارداد تغییری داده می‌شود.

این عمل، شبیه شرط الحاقی است که به وفور در معاملات روزمره بازرگانان دیده می‌شود و کسی هم آنان را محکوم به پیروی از قوانین تبدیل تعهد نمی‌داند؛ بلکه آن را تغییری در ساختمان عقد می‌دانند که سازندگان در آن ایجاد می‌کنند.

گفتار دوم: جابه‌جایی توافقی موضوع قرارداد و بحث وفای به مقابل

الف. چستی وفای به مقابل

وفای به مقابل،^۱ نهادی حقوقی است که گاهی با تغییر مهریه یکسان تلقی می‌شود. گاهی تعهد از بین می‌رود ولی نه به سبب ایفای عین تعهد، بلکه به سبب موردی

1. Dation en paiement.

که به منزلهٔ وفای به تعهد است؛ یعنی به وسیلهٔ وفای به مقابل که به معنای ایفای تعهد به وسیلهٔ تأدیة موضوع متفاوت با مورد تعهد است.

در وفای به مقابل، داین به عوض استیفای عین تعهد، موضوع دیگری را استیفا می‌نماید. به عبارتی، اگر داین با مدیون در مورد استیفای موضوع دیگری به جای مورد تعهد توافق نماید و داین نیز عملاً آن را دریافت دارد، تعهد سابق ساقط شده و ذمهٔ مدیون آزاد می‌گردد؛ اما نه به واسطهٔ وفای به عهد^۱ بلکه از طریق وفای به مقابل (سنه‌وری، ۱۳۷۰: ۲۸۳).

ب. نقاط اشتراک وفای به مقابل با جابه‌جایی توافقی

۱. لزوم رضایت طرفین: مانند همهٔ قراردادها رضایت متعهد و متعهدله در آنها شرط است؛ بنابراین اجبار متعهدله به دریافت موضوع متفاوت جایز نیست و صرفاً با رضایت وی چنین ایفایی ممکن خواهد بود (همان: ۲۸۷).

۲. دارا بودن اهلیت: هر دو طرف باید دارای اهلیت لازم باشند. از لزوم داشتن اهلیت برای تغییر مهریه بحث شد. برای وفای به مقابل هم می‌توان گفت که داین باید دارای اهلیت استیفای دین به همان شیوهٔ یادشده در وفای به عهد باشد. زیرا ایفای به مقابل، متضمن معنای استیفای دین است، مدیون باید علاوه بر اهلیت ایفای دین، دارای اهلیت تصرف نیز باشد؛ زیرا او دین خویش را از طریق تملیک مالی به داین ایفا می‌کند.

ج. نقاط افتراق این دو

۱. عدم محدودیت نوع موضوع جدید در جابه‌جایی توافقی بر خلاف بحث وفای به مقابل:

موضوع وفای به مقابل باید انتقال ملکیت^۲ باشد؛ بنابراین فعل یا ترک فعل نمی‌تواند موضوع این توافق قرار گیرد و توافق مقرض و مقترض مبنی بر نگارش کتاب معینی به جای تأدیة مبلغ مورد قرض از ناحیهٔ مدیون، ایفای به مقابل محسوب نمی‌شود (همان: ۲۸۸).

1. Paiement.

2. Datio.

در حالی که در تغییر مهریه چنین محدودیتی وجود ندارد؛ بلکه طرفین می‌توانند بر جایگزینی هر مال، فعل، ترک فعل یا چیز دیگری که بتوان آن را مهریه قرارداد توافق کنند. مثلاً اگر موضوع اولی ۱۰۰ سکه طلا بوده، طرفین می‌توانند آموزش قرآن، هنر یا هر صفت دیگری را صدق قرار دهند و لزوماً نباید مهرالمسمی از نوع عین باشد که انتقال ملکیت در آن لازم باشد.

۲. جابه‌جایی توافقی صرفاً تغییری در شرایط قرارداد است بر خلاف وفای به مقابل: تغییر در مهریه، در حقیقت نمودی از آزادی اراده و حاکمیت آن است تا سازندگان قرارداد در ساختمان آن دگرگونی ایجاد کنند، بدون اینکه بحث سقوط تعهد و یا دیگر بحثها مطرح باشد. در حالی که «وفای به مقابل مسقط تعهد است و همزمان متضمن ایفای تعهد و در عین حال تملیک موضوع جدید» (همان).

در قانون قدیم فرانسه وفای به مقابل نوعی وفای به عهد بود که در آن با توافق طرفین موضوع دیگری به جای موضوع اصلی قرار می‌گرفت. بنابراین ایفای به مقابل همچون وفای به عهد موجب زوال بلاواسطه تعهد می‌شود، ولی از طریق تادیه موضوع متفاوت با مورد تعهد و نه از طریق ایفای موضوع اصلی تعهد (همان: ۲۹۰).

۳. سقوط کلیه تضمینات دین اصلی در وفای به مقابل بر خلاف جابه‌جایی توافقی موضوع قرارداد: در فرض سقوط تعهد در وفای به مقابل کلیه تضمینات و لواحق نیز ساقط می‌شود.

وفای به مقابل موجب زوال تضمینات دین اصلی ولو در فرض مستحق‌الغیر در آمدن آن می‌شود... زوال تضمینات در چنین موردی در حقوق فرانسه پذیرفته شده است؛ ماده ۲۳۸ ق.م. فرانسه (همان).

لیکن تغییر مهریه بر خلاف وفای به مقابل، اصولاً سقوط تعهد نیست، بلکه نوعی دگرگونی در ساختمان قرارداد است. بنابراین تضمینات و دیگر لواحق هیچ‌گونه تغییری نمی‌کنند و در جای خود هستند؛ چون اصولاً دگرگونیها در جهت تضمینات نیست.

ج. صدق مهرالمسمی بر موضوع جدید

در صورت وقوع نزدیکی میان زوجین و رضایت آنها بر تغییر مهریه، اگر طلاق رخ دهد زوج باید نصف موضوع جدید را به زوجه بدهد و اگر قبلاً زوجه دریافت کرده است، وی نیز باید نصف موضوع جدید را به زوج مسترد کند و دیگر به موضوع قدیم اعتباری نیست؛ چون بر این موضوع جدید مهرالمسمی صدق می‌کند. همچنین اگر در طلاق خلع و مبارات، زوجین بر طلاق به شرط استرداد مهرالمسمی توسط زوجه توافق کنند و قبلاً یا بعداً مهریه را تغییر داده باشند، در این صورت هم آنچه به زوج داده می‌شود موضوع جدید (مهرالمسمی) می‌باشد. همچنین اگر زوجه در جریان معامله‌ای مهرالمسمی را عوض یا معوض قرار دهد و قبلاً این تغییر رخ داده باشد، آنچه منتقل می‌شود موضوع جدید (مهرالمسمی) است.

همچنین اگر زن مهرالمسمی را برای کسی وصیت کند و یا قبل از دریافت آن فوت نماید آنچه به موصی له یا ورثه می‌رسد موضوع جدید (مهرالمسمی) می‌باشد.

بخش سوم: سابقه فقهی بحث

فصل اول: حدیث فضیل

با بررسی و تفحصی که در قرآن کریم و احادیث ائمه علیهم‌السلام درباره این موضوع به عمل آمد، تنها یک حدیث پیدا شد که به طور صریح و مستقیم درباره موضوع حاضر در آن بحث شده بود. در این حدیث از امام صادق علیه‌السلام درباره فرضی سؤال می‌شود که مرد با توافق زن به ازای هزار درهم مهرالمسمی، یک عبد آبق و یک بُرد جبره به وی می‌دهد. امام علیه‌السلام با وجود رضایت زوجه آن را بی‌اشکال دانسته و در ادامه در پاسخ پرسشی درباره طلاق قبل از دخول می‌فرماید: زن دیگر حق مهر ندارد و باید نصف مهرالمسمی (۵۰۰ درهم) را رد کند، عبد و بُرد هم مال زن می‌باشد....

متن حدیث شریف چنین است:

محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن الحسن بن محبوب

عن جميل بن صالح عن الفضيل، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاها عبداً له آبقاً وبرداً حبرة بألف درهم التي أصدقها. قال: إذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس إذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد. قلت: فإن طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال: لا مهر لها وتردّ عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها (العالمی، ١٤١٤: ٢٨٣-٢٨٢/٢١؛ الكليني، ١٣٦٣: ٣٨٠/٤).

فصل دوم: نظرات و آرای فقها

فقهای زیادی در کتابهای خود به بحث و ارائه نظر درباره این حدیث پرداخته‌اند: (الحلی، ١٤١٠: ١٩٠؛ الشهید الثانی، ١٤١٣: ٣٤٢/٨؛ السبزواری، ١٤٢٣: ١٨٢؛ الفاضل الهندی، ١٤١٦: ٤٤٥/٧؛ الطباطبائی، ١٤١٢: ٤٤٥/١٠؛ الشهید الفانی، ١٤١٠: ٣٦٧/٥؛ الجواهری، ١٣٦٥: ٩٣-٩٢/٣١؛ ابن ادریس، ١٤١٠: ٥٨٧/٢؛ الصدوق، ١٤١٥: ٣٢٨؛ البحرانی، بی تا: ٥٢٢-٥٢٣/٢٤؛ الحلی، ١٤٠٩: ٥٥٠-٥٥١/٢؛ الخوانساری، ١٤٠٥: ٤١٣/٤؛ الروحانی، ١٤١٢: ١١٩/٢٢؛ السیستانی، ١٤١٤: ٩٦/٣؛ اللکرانی، ١٤٢١: ٤٣٧؛ الحلی، ١٤٢٠: ١٧؛ العالمی، ١٤٠٧: ٤٠١-٤٠٢/١؛ النراقی، ١٣٨٢: ٧٩٣)

در اینجا نمونه‌هایی را ذکر می‌کنیم:

«لو أعطها عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً ثم طلق رجع بنصف المسمى دون العوض» (الحلی، ١٤١٠: ١٩٠).

«لو أعطها عوضاً عن المهر عبداً آبقاً وشيئاً آخر ثم طلقها قبل الدخول كان له الرجوع بنصف المسمى دون العوض وكذا لو أعطها متاعاً أو عقاراً فليس له إلا نصف ما سمّاه» (الطباطبائی، ١٤١٢: ٤٤٥/١٠).

«لو أعطها عوض المهر المسمى متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً آخر ثم طلق قبل الدخول رجع بنصف مثل المسمى أو قيمته دون نصف نفس المسمى والعوض. أمّا الأول فلانتقاله إليه بالمعوضة الجديدة فيكون بها كالعين التالفة أو الموهوبة له أو لغيره بمعوضة أو غير معوضة وأمّا الثاني: فلأنّ المستحقّ بالطلاق نصف المفروض والعوض غيره فليس له الرجوع في نصفه» (الشيخ الصدوق، ١٤١٥: ٣٢٨).

«إذا تزوج الرجل امرأة بألف درهم، فأعطاها عبداً له آبقاً وبرداً حبرة بألف التي أصدقها فلا بأس بذلك إذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلا مهر لها وتردّ عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها» (الفاضل الآبي، ١٤٠٨: ١٤٠/٢).

«لو اعتاضت عن المهر بدونه أو أزيد عنه أو بمغايره جنساً أو وصفاً ثم طلقها رجع بنصف المسمى لأنه الواجب بالطلاق لا بنصف العوض لأنه معاوضة جديدة لا تعلق له بها» (الشهيد الثاني، ۱۴۱۰: ۳۶۷/۵).

فقهای عامه نیز با اینکه چنین حدیثی ندارند؛ ولی با توجه به مطابقت حکم این حدیث با چهارچوبهای متداول حقوقی، نظیر کلام فقهای شیعه را دارند (السرخی، ۱۴۰۶: ۱۲/۲۱، ۹۳ و ۱۲۶/۲۴؛ المصری، ۱۴۱۸: ۲۶۰/۳).

فصل سوم: بررسی و تحلیل حدیث شریف و نظرات فقها

آنچه در نگاه نخست از این حدیث به دست می آید عدم صدق مهرالمسمى بر موضوع جدید است. در مرحله اول شاید گفته شود که مفاد حدیث با نتیجه بحث ما در تغییر مهریه که عنوان مهرالمسمى را بر موضوع جدید صادق دانستیم ناسازگار است.

لیکن ما معتقدیم این نظر، هیچ گونه منافاتی با حدیث شریف ندارد. به این بیان که حدیث شریف ناظر به حالتی است که میان زوجین معامله و معاوضه ای غیر از قرارداد مهریه منعقد می شود بدین صورت که زوجه شیء جدیدی را در عوض مهرالمسمى (ما فی الذمه زوج) از وی می گیرد.

این معامله می تواند صلح، بیع یا فقط معاوضه باشد. دلیل ما بر این کلام شواهد زیر است:

۱. وجود باء مقابله در عبارت «فأعطاها عبداً له آبقاً وبردأ حبرة بألف درهم»؛ یعنی این در مقابل آن. این گونه عبارت بیشتر در حالت بیع یا معاوضه که در آن تقابل عوض و معوض وجود دارد، استفاده می شود.

۲. ضمیمه کردن برد حبره با عبد آبق به منظور معاوضه و معامله بوده است؛ چرا که عبد آبق به تنهایی نمی تواند عوض یا معوض قرار گیرد. از این رو، برد حبره به آن ضمیمه شده است تا بتواند عوض یا معوض قرار گیرد.

۳. عبارت «إذا هی قبضت ورضیت بالعبد» نیز می تواند دلیل بر وقوع معاوضه و معامله میان زوجین باشد؛ چون در معامله، قبض دارای چنین اهمیت و اعتباری است.

۴. مهم‌ترین دلیل ما بر اینکه این حدیث ناظر بر وقوع معامله‌ای میان زوجین است، آرا و نظرات فقهای عظام است که از زمان شیخ مفید تا دوران معاصر، همگی درباره این حدیث متفق القولند که در اینجا حدیث ناظر به وقوع نوعی معاوضه و معامله میان زوجین است؛ نتیجه این نظر، سقوط تعهد زوج بر تسلیم مهرالمسمی و اشتغال ذمه وی به دادن موضوع معامله جدید است.

تقریباً تمام فقهای که این حدیث را بیان کرده‌اند در توضیح این حدیث از کلمه «عوض» استفاده نموده‌اند که بیانگر وجود معاوضه میان زوجین است.

مرحوم شهید ثانی (۱۴۱۰: ۳۶۷/۵)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۵: ۹۲/۳۱-۹۳)، صاحب الحدائق الناضره (البحرانی، بی‌تا: ۵۲۲/۲۴-۵۲۳) صاحب الشرائع (الحلی، ۱۴۰۹: ۵۵۰/۲) و صاحب فقه الصادق (الروحانی، ۱۴۱۲: ۱۱۹-۱۲۱) در توضیحات خود از عبارت «لأنه معاوضه جدیدة» استفاده کرده‌اند.

صاحب الجواهر (نجفی، ۱۳۶۵: ۹۲-۹۳) و آقای روحانی (۱۴۱۲: ۱۱۹-۱۲۱) حتی از کلمه بیع استفاده کرده‌اند و مرحوم ابن ادریس (۱۴۱۰: ۵۸۷) از عبارت «بیع یا صلح» استفاده کرده است.

بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که حدیث شریف، ناظر به بحث تغییر مهریه نیست و می‌تواند ناظر به انعقاد قرارداد جدید به جای قرارداد مهریه باشد و یا حداقل فروض دیگری که در آن میان مهرالمسمی و عوض آن، تبادل و معاوضه صورت می‌گیرد؛ نه بحث ما که در آن صرفاً نوعی تغییر ایجاد می‌شود. بنابراین در فرض حدیث که انعقاد قرارداد جدید به جای عقد مهریه است یا معاوضه آن، به طور مسلم مهرالمسمی بر عوض صدق نمی‌کند و با انعقاد قرارداد جدید، مهرالمسمی ساقط می‌شود پس کلام ما منافاتی با حدیث شریف ندارد.

نتیجه‌گیری

از مباحث فوق نتیجه می‌شود که برای تعیین نوع تعهد در تبدیل مهریه باید به نکات زیر توجه کنیم:

۱. لزوم تحلیل اراده زوجین (العقود تابعة للقصد): اصولاً مبنای تعیین هر عمل

حقوقی اراده طرفین می‌باشد که آنها انعقاد چه عملی را اراده کرده‌اند. بنابراین ابتدا باید به سراغ اراده طرفین رفت و آن را تحلیل نمود و تا هنگامی که می‌توان از تحلیل اراده طرفین به مراد آنها پی برد نمی‌توان ایجاد نهادی حقوقی را بر آنها تحمیل نمود. به عبارت بهتر، درباره ایجاد یا عدم ایجاد نهادی حقوقی توسط طرفین اصل بر عدم آن است، مگر اینکه اراده طرفین در ایجاد آن احراز گردد.

۲. برتری اراده طرفین بر قالبهای حقوقی کهن (عدم لزوم درج این تغییر در تبدیل تعهد): تبدیل تعهد یک نهاد حقوقی کهن است. این عمل حقوقی نخستین گام به سوی جدایی تعهد از شخصیت دو طرف، انتقال و تبدیل آن بود. در عمل، تعهد به شکل دلخواه تغییر می‌کرد و تبدیل می‌شد و آنچه در قصد مشترک دو طرف می‌آمد نیز همین تحوّل و تبدیل ساده بود. ولی چون از لحاظ نظری نمی‌توانستند تعهد را از قید رابطه دو شخص آزاد کنند آنچه را رخ می‌داد به دو عمل وابسته و ملازم تقسیم می‌کردند: سقوط تعهد پیشین و ایجاد تعهد جدیدی که جایگزین آن می‌شد. لیکن امروزه این تأسیس دیگر کارآمد نیست چون به خاطر احترام به اراده انسانها و شناسایی حکومت آن بر روابط اجتماعی و به رسمیت شناختن مفاد تراضی دو طرف به عنوان قانون حاکم بر عقد، دیگر برای تغییر ارکان تعهد و تبدیل آن به التزامی دلخواه، نیازی به نهاد تبدیل تعهد نیست. پس زوجین می‌توانند در مفاد قرارداد مهریه تغییرات اساسی ایجاد کنند و تضمینها و توابع دین را نگاه دارند. به نظر می‌رسد که از لحاظ نظری هم، این اقدام با مانعی روبه‌رو نباشد. اگر آنان قادرند تعهدی را ساقط کنند، چرا توان تغییر آن را نداشته باشند؟ پس لزومی ندارد که برای یک سری تغییرات در قرارداد، رابطه موجود (عقد مهریه) را گسسته و قراردادی نو بیافرینند. بنابراین تا هنگامی که تغییر موضوع تعهد احراز نشود تحت عنوان تبدیل تعهد نخواهد بود. زیرا دو طرف بنای اجرای تعهد را دارند نه سقوط آن را.

کتاب شناسی

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ یازدهم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۱ ش.
۲. ابن ادریس الحلّی، السرائر، الطبعة الثانية، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۰ ق.
۳. توکلی کرمانی، سعید، انتقال تعهد، تهران، دانشور، ۱۳۸۰ ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران، چاپخانه مشعل آزادی، ۱۳۵۷ ش.
۵. الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، الطبعة الثانية، قم، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۶. الحلّی، ابن فهد، المهذب البارع، تحقیق مجتبی عراقی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۷ ق.
۷. الروحانی، السيد محمدصادق، فقه الصادق، الطبعة الثالثة، قم، مؤسسة دار الكتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۸. السرخسی، المبسوط، بیروت، دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۴۰۶ ق.
۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد، انتقال و سقوط تعهدات، تهران، مرکز ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۷۰ ش.
۱۰. السيد الخوانساری، جامع المدارک، تحقیق علی اکبر غفاری، الطبعة الثانية، طهران، مكتبة الصدوق، ۱۴۰۵ ق.
۱۱. السيستاني، السيد علی، منهاج الصالحين، قم، مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني، ۱۴۱۴ ق.
۱۲. الشهيد الثاني، شرح اللمعة، قم، مطبعة امير، ۱۴۱۰ ق.
۱۳. همو، مسالك الافهام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ چهارم، تهران، حقوق دان، ۱۳۷۷ ش.
۱۵. الشيخ الصدوق، الممنوع، لجنة التحقيق التابعة لمؤسسة الامام الهادي، ۱۴۱۵ ق.
۱۶. الطباطبایي، السيد علی، رياض المسائل، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۲ ق.
۱۷. العاملی، السيد محمد، نهاية المرام، تحقیق مجتبی عراقی، علی بناه اشتهااردی، حسین یزدی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. العلامة الحلّی، تحرير الاحكام، تحقیق ابراهيم بهادری، قم، مؤسسة الامام الصادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
۱۹. همو، مختلف الشیعه، الطبعة الثانية، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. الفاضل الآبی، كشف الرموز، تحقیق علی بناه اشتهااردی، حسین یزدی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۸ ق.
۲۱. الفاضل الهندی، كشف اللثام، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۶ ق.
۲۲. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحرير الوسيلة، قم، تحقیق و نشر مرکز فقه الاثمة الاطهار (ع)، ۱۴۲۱ ق.
۲۳. قاسم زاده، سیدمرتضی، حقوق مدنی، اصول قراردها و تعهدات نظری و کاربرد، تهران، ۱۳۸۳ ش.
۲۴. کاتوزیان، امیرناصر، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، تهران، یلدا، ۱۳۷۴ ش.
۲۵. الکلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تحقیق علی اکبر غفاری، الطبعة الخامسة، طهران، دار الكتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ ش.
۲۶. المحقق البحرانی، الحدائق الناضرة، تحقیق محمدتقی الايروانی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، بی تا.
۲۷. المحقق الحلّی، المختصر النافع، الطبعة الثانية، طهران، قسم الدراسات الاسلامیه فی مؤسسة البعثة،

- ۱۴۱۰ ق.
۲۸. همو، *شرائع الاسلام*، تحقیق السيد صادق الشيرازي، الطبعة الثانية، طهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۲۹. المحقق السبزواری، *کفاية الاحکام*، تحقیق مرتضى واعظی اراکی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۲۳ ق.
۳۰. المصری، ابن نجيم، *البحر الرائق*، تحقیق الشيخ زکریا عمیرات، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۳۱. النجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، تحقیق الشيخ عباس القوچانی، الطبعة الثانية، طهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ش.
۳۲. النراقی، احمد، *الحاشية على الروضة البهية*، تحقیق رضا الاستادی، محسن الاحمدی، قم، کنگره بزرگداشت ملامهدی و ملااحمد نراقی، ۱۳۸۲ ش.

بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت*

- دکتر محمدعلی سعیدی^۱ (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
- غلامرضا یزدانی (دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

چکیده

هر چند در فقه امامیه و حقوق ایران، اصل انتقال فوری مالکیت پذیرفته شده، از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی نمی‌باشد، لذا طرفین می‌توانند با درج شرط ذخیره مالکیت در قرارداد، زمان انتقال مالکیت را معلق به تحقق شرطی نمایند. ماهیت این شروط، تعلیق انتقال مالکیت است نه تعلیق قرارداد. در اثر این شرط، تا زمانی که شرط، محقق نشده است، مالکیت برای فروشنده باقی می‌ماند و به خریدار منتقل نمی‌شود ولی خریدار نوعی حق عینی نسبت به مبیع به دست می‌آورد. بعد از انعقاد قرارداد بیع، اگر مبیع به خریدار تحویل داده شود، ید خریدار نسبت به مبیع، امانی خواهد بود. پرداخت ثمن به خریدار، اثر قهقرایی در انتقال مالکیت ندارد و طرفین می‌توانند در خصوص اثر آن نیز توافق نمایند و اگر چنانچه خریدار قبل از پرداخت ثمن، ورشکسته شود و

عین مبیع نزد او باشد، فروشنده می‌تواند تقاضای استرداد آن را بنماید.
واژگان کلیدی: شرط، ذخیره، مالکیت، تعلیق، حق عینی.

مقدمه

یکی از ویژگی‌های قرارداد فروش، طرفینی بودن تعهدات طرفین قرارداد است که به موجب آن، فروشنده، تعهد به انتقال مبیع و خریدار نیز تعهد به پرداخت ثمن می‌کند. در عمل، غالباً خریدار قادر به پرداخت فوری و یک‌باره ثمن نیست مگر اینکه به او فرصتی داده شود تا مبیع را بفروشد یا در فرایند تولید به کار بندد و از منفعتی که از تولید به دست می‌آورد، ثمن را بپردازد. در نتیجه، خریدار نیازمند فرصت مناسبی است تا بتواند با فراهم کردن ثمن، آن را به فروشنده پرداخت نماید. از طرفی، همواره این خطر وجود دارد که قبل از اینکه خریدار، ثمن کالا را بپردازد، ورشکست شده و یا اساساً از پرداخت ثمن امتناع کند؛ در نتیجه، فروشنده‌ای که اقدام به فروش نسبه‌ای کالاهای خود می‌نماید، نیازمند تأمین است تا از بازپرداخت ثمن کالا اطمینان حاصل کند. در عمل همیشه برای فروشندگان این امکان وجود ندارد که از تک‌تک مشتریان خود، وثیقه‌های عینی دریافت نمایند؛ زیرا از طرفی نگهداری وثیقه‌های عینی، نیازمند مکان مناسبی است - علاوه بر اینکه نگهداری این گونه وثیقه‌ها هزینه زیادی بر عهده فروشنده می‌گذارد - از طرف دیگر، در تجارت کنونی، آنچه بسیار مهم بوده و حرف اول را می‌زند، سرعت بالای مبادلات تجاری است. اخذ وثیقه‌های عینی، باعث کند شدن جریان مبادلات بازرگانی می‌شود؛ در نتیجه این فکر و ایده در معاملات و تجارت‌های کلان پیشنهاد شده است که به جای دریافت وثیقه عینی از مشتریان، که هم دارای هزینه بوده و هم باعث کند شدن جریان مبادلات می‌شود، فروشنده از مکانیسمی استفاده نماید که بدون اخذ وثیقه عینی، از بازپرداخت ثمن اطمینان حاصل کند. این مکانیسم معاملاتی که از سوی حقوق‌دانان کشورهای اروپای قاره‌ای پیشنهاد شده و در معاملات این کشورها رواج یافته، «شرط ذخیره مالکیت» است. به موجب این شرط، فروشنده در عقد، شرط می‌نماید تا زمانی که ثمن به طور کامل، پرداخت نشده (یا هر شرط دیگری)، مالکیت مبیع، برای او حفظ و ذخیره گردد. با این مکانیسم،

انتقال مالکیت تا زمانی که شرط مورد نظر محقق نشده، به تأخیر می‌افتد. این شرط را «شرط ذخیره مالکیت» یا «شرط حفظ مالکیت» نام‌گذاری کرده‌اند. در حقوق فرانسه این شرط با عنوان «la reserve de propriete» و در حقوق انگلیس با عنوان «retention of title» و «reservation of title» معروف است.

در این مقاله، ابتدا به پیشینه قانون‌گذاری درباره شرط ذخیره مالکیت اشاره خواهد شد و در همین راستا، با توجه به اینکه ذخیره مالکیت از جهت تحلیلی باعث تأخیر در انتقال مالکیت می‌شود، به زمان انتقال مالکیت در نظامهای حقوقی مختلف دنیا توجه نموده و در ادامه، ماهیت حقوقی، انواع و آثار آن مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

پیشینه قانون‌گذاری

در حقوق ایران، هیچ مستند و دلیلی درباره شرط ذخیره مالکیت وجود ندارد. هرچند ادعا شده (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۷۶) که قانون‌گذار ایران در برخی مقررات خاص به طور مبهم به آن اشاره نموده است؛ مانند قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و دستورالعملهای آن و همچنین در تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱/۳/۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام و آیین‌نامه اجرایی این قانون.

ماده ۱۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ مقرر می‌دارد:

بانکها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم در گسترش امر مسکن، با هماهنگی وزارت مسکن و شهرسازی، واحدهای مسکونی ارزان‌قیمت به منظور فروش اقساطی و یا اجاره به شرط تملیک احداث نمایند.

برابر ماده ۹ همین قانون:

بانکها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی در چهارچوب سیاستهای بازرگانی دولت، منابع مالی لازم را بر اساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونیهای قانونی قرار دهند.

ماده ۹ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی مسکن مصوب شورای پول و اعتبار

۱۳۶۳/۱/۱۹ مقرر می‌دارد:

بانکها مکلفند به منظور اخذ تأمین کافی جهت ایفای تعهدات خریدار شش دانگ واحد مسکونی را تا وصول کلیه مطالبات بانک در این مورد به وثیقه بگیرند.

علاوه بر این، برابر ماده ۱۳ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی وسایل تولید، ماشین آلات و تأسیسات: بانکها مکلفند به منظور حصول اطمینان از حسن اجرای قرارداد و وصول مطالبات خود، اموال موضوع معاملات این دستورالعمل را به وثیقه خود درآورند و طبق تبصره این ماده اگر موضوع معامله، مصرف انحصاری یا محدود داشته باشد و یا در اثر نصب و بهره‌برداری، استفاده مجدد از آن مقرون به صرفه نباشد، بانک علاوه بر وثیقه گرفتن اموال موضوع معاملات، مبادرت به اخذ وثیقه اضافی نیز خواهد نمود (همان).

به نظر نگارنده، از هیچ یک از قوانین و مواد پیش گفته نمی‌توان درباره شرط ذخیره مالکیت مطلبی استنباط کرد؛ چرا که مواد فوق به ویژه ماده ۹ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی، مربوط به «رهن المبیع» است نه «شرط ذخیره مالکیت». در رهن المبیع، فروشنده بعد از فروش مبیع به خریدار، برای اینکه از وصول ثمن و طلب خود، اطمینان حاصل نماید، مبیع را نزد خود به رهن می‌گذارد. در «رهن المبیع» عقد بیع به طور صحیح و معتبر واقع شده و مالکیت مبیع نیز به خریدار منتقل می‌گردد، گرچه بعد از آنکه مبیع، ملک خریدار شد، فروشنده آن را به عنوان وثیقه، نزد خود نگه می‌دارد. اما در شرط ذخیره مالکیت، بعد از انعقاد قرارداد بیع، مالکیت مبیع به مشتری منتقل نمی‌شود بلکه هنوز کماکان، بایع مالک مبیع باقی می‌ماند و زمانی مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود که ثمن پرداخت شود. ماده ۹ دستورالعمل اجرایی فروش اقساطی مقرر نموده: «بانکها مکلفند... شش دانگ واحد مسکونی را... به وثیقه بگیرند»؛ عنوان «وثیقه» زمانی صحیح است که خود بانک (بایع) دیگر مالک مبیع نباشد، بلکه مال دیگری را در دست خود نگه دارد.

به هر حال، در حقوق ایران، هیچ دلیل و منبعی درباره شرط ذخیره مالکیت وجود ندارد؛ البته این به معنای عدم پذیرش و بطلان چنین شروطی در قرارداد بیع نیست. در حقوق آلمان، قانون‌گذار شرط ذخیره مالکیت را مورد توجه قرار داده و در خصوص آن مقرراتی وضع نموده است. ویژگی قانون‌گذاری آلمانی در خصوص

شرط ذخیره مالکیت در این است که علاوه بر تبیین دقیق ماهیت شرط ذخیره مالکیت، آثار آن را به طور مشخص معین نموده است؛ بر خلاف حقوق فرانسه که به آثار شرط ذخیره مالکیت اشاره ننموده و در نتیجه، در دکترین حقوقی این کشور، در خصوص آثار آن، نظریه‌های مختلفی بیان شده است.

ماده ۴۵۵ قانون مدنی آلمان مقرر نموده است:

هرگاه با بیع مالکیت مال منقولی را تا تأدیة کامل ثمن برای خود حفظ کند، در حالت تردید، چنین توافقی به معنای انتقال مالکیت، معلق بر شرط تعلیقی که عبارت است از دفع کامل ثمن، همراه با حفظ حق فسخ عقد در صورتی که مشتری در تأدیة تأخیر نماید، تلقی خواهد شد.

در توضیح این ماده گفته شده: وقتی انتقال مالکیت معلق بر تأدیة ثمن می‌گردد، با عدم پرداخت ثمن معلق‌علیه واقع نشده و بر مبنایی که عدم وقوع معلق‌علیه را شرط فاسخ بدانیم، باید چنین قراردادی خودبه‌خود منفسخ گردد. اما وجهی که مطرح است این است که حالت تعلیق به صورتی که در نظر گرفته شده است که اگر معلق‌علیه واقع شود تبعاً مالکیت را منتقل کند. اما اگر معلق‌علیه که انجام عملی ارادی از سوی خریدار است و مورد تعهد او قرار گرفته است، محقق نگردد؛ در این حالت اختیار بقا یا زوال عقد به دست بایع سپرده شده و او بین فسخ رابطه حقوقی بین آنها یا ابقای آن و مطالبه ثمن مخیر شده است.^۱

قانون‌گذار آلمان با ابراز چنین تمایلی، شرط را شرط فاسخ که خودبه‌خود منجر به زوال عقد گردد در نظر نگرفته است. چون حصول یا عدم حصول شرط (و معلق‌علیه) می‌تواند شرط انفساخ (فاسخ) یا شرط فسخ باشد و قانون‌گذار آلمان عدم حصول شرط و معلق‌علیه را شرط فسخ رابطه حقوقی‌ای که با بیع متضمن شرط حفظ مالکیت ایجاد شده، در نظر گرفته است (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۷۲).

در حقوق فرانسه صحت شرط ذخیره مالکیت مورد اختلاف واقع نشده است.^۲

1. Davies Iwan, "Retention of title clauses in sale of goods contracts in Europe", p.37.
2. Perochon Francoise, La reserve de propriete dans la vente de meubles corporals, n.28, p.34.

مقرراتی را که در این خصوص در فرانسه وضع شده می‌توان به صورت زیر نظام‌مند کرد:^۱

۱- قانون ۱۲ مه ۱۹۸۰ که مقرر می‌دارد: شرط ذخیره مالکیت بین طرفین صحیح و علیه شخص ثالث لازم الاجراست. ولی اگر دادرسی ورشکستگی در خصوص اموال مشتری بدهکار شروع شده باشد، علیه طلبکاران دیگر خریدار ورشکسته قابلیت اجرا ندارد.

۲- قانون ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۷ در خصوص تصفیه.

۳- قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ که قانون ۱۹۶۷ را فسخ نموده است و در ماده ۱۲۱ اصولی را برای شروط ذخیره مالکیت بیان کرده است.

۴- قانون ۱۰ ژوئن ۱۹۹۴: این قانون، قانون ۱۹۶۷ را اصلاح نموده و تأثیر شرط ذخیره مالکیت را توسعه و تقویت کرده است؛ تا جایی که شامل کالاهای فروخته شده که با کالاهای دیگر خریدار ترکیب شده بودند، می‌شود. البته برای اجتناب از فریب کاری می‌باید شرکت نامه مکتوبی در خصوص انتقال وجود داشته باشد.

در حقوق انگلیس، با توجه به پذیرش اصل آزادی اراده و حاکمیت اراده در قراردادها و با توجه به مفاد مدلول ماده ۱۷ قانون بیع کالاها که تعیین زمان انتقال مالکیت را به اراده و خواست طرفین منوط کرده، شرط ذخیره مالکیت پذیرفته شده است.^۲

حقیقت این است که شرط ذخیره مالکیت در اروپای شرقی رشد و تکامل پیدا کرده است؛ ولی با این حال، با حقوق انگلیس بیگانه نیست. در سال ۱۸۹۵ مجلس اعیان، آن را صرفاً مثالی بر عدم مداخله دولت در قراردادهای خصوصی تلقی نموده بود. اگر قراردادی نمایانگر این باشد که طرفین آن اراده نموده‌اند که مالکیت تا زمان معینی منتقل نشود، هیچ قاعده و اصل حقوقی، مانع تأثیر این خواست و اراده

1. Davies Iwan, op. cit., p.24.

2. Davies, William, "Romalpa thirty years on - still an enigma?", Hertfordshire Law Journal 4, p.1.

نمی‌باشد. این مصوبه قضایی ابتدایی در حقوق انگلیس و همین‌طور مقرراتی مانند قانون بیع کالاها زمینه مناسبی برای توسعه شرط ذخیره مالکیت به نظر می‌رسد. لذا این جای تعجب است که قبل از سال ۱۹۷۶، شرط ذخیره مالکیت در حقوق انگلیس کاملاً ناشناخته بوده است. هرچند شروط بیع مانند قرارداد اجاره به شرط تملیک، امور متداول و رایجی است؛ اما تازگی و ویژگی شرط ذخیره مالکیت این است که فروشنده را قادر می‌سازد تا خود را مالک کالاهاى فروخته شده محسوب کند.^۱

قاعده انتقال فوری مالکیت

در نظامهای حقوقی دنیا، وضعیت یکسان و هماهنگی درباره انتقال مالکیت، حاکم نیست. در حقوق ایران و فرانسه و بسیاری از کشورها مانند بلژیک، فنلاند و پرتغال، قاعده انتقال فوری مالکیت پذیرفته شده است. در حقوق انگلستان، زمان انتقال مالکیت، بسته به اراده طرفین است؛ ولی در فرض اطلاق (یعنی صورتی که طرفین برای زمان انتقال مالکیت توافق نکرده باشند) قاعده مذکور پذیرفته شده است. در حقوق آلمان وضعیت کاملاً متفاوتی حاکم است و قاعده انتقال فوری مالکیت پذیرفته نشده است. در حقوق این کشور، قرارداد بیع باعث انتقال مالکیت نمی‌شود؛ بلکه بعد از تحقق بیع، برای انتقال مالکیت، باید مجدداً طرفین بر انتقال توافق نمایند. به عبارت دیگر، قرارداد بیع صرفاً برای طرفین قرارداد باعث ایجاد «اباحه تصرف» در کالاهاى مورد قرارداد می‌شود و کاری به انتقال مالکیت ندارد. همچنین بین توافق بر ایجاد ماهیت حقوقی بیع و انتقال مالکیت، تمایز ایجاد داده شده است.^۲

توصیف شرط ذخیره مالکیت

در حقوق آلمان، قانون مدنی این کشور در ماده ۴۵۵ وضعیت حقوقی شرط ذخیره

1. Davies, William, op. cit., p.1.

2. Badia Fiesolana, San Domenico (fi), Etude compare sur la ptopriete utilisee come surete, p.17; and also see: Giorgio Monti, Gilles Nejnand and Wolf J. Reuter, "The future of reservation of title clauses in the European community", p.870; and: Jarno Tepora, "Reservation of title as secutity and in the adminstration of property", p.3.

مالکیت را به طور روشن تبیین نموده است.^۱

طبق این ماده که مقرر کرده: «چنین توافقی به معنای انتقال مالکیت، معلق بر شرط تعلیقی» می‌توان گفت: قانون‌گذار آلمان، شرط ذخیره مالکیت را شرط تعلیقی می‌داند، به طوری که درج شرط ذخیره مالکیت در قرارداد، باعث تعلیق انتقال مالکیت بر تحقق یک امری که غالباً پرداخت کامل ثمن می‌باشد، می‌شود.

در حقوق انگلیس دو دیدگاه در ماهیت شرط ذخیره مالکیت وجود دارد: برخی شرط ذخیره مالکیت را نوعی وثیقه می‌دانند^۲ و برخی دیگر آن را صرفاً شرطی می‌دانند که فقط به قصد تعلیق و تعیین زمان انتقال مالکیت درج می‌شود.^۳

در حقوق فرانسه، به دلیل عدم تبیین دقیق ماهیت آن در قانون، دکترین حقوقی، نظریات مختلفی را ارائه کرده است؛ برخی معتقدند که با درج شرط ذخیره مالکیت در قرارداد، نفس و اساس عقد معلق می‌شود و به اصطلاح، تعلیق در انشا صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، اثر شرط ذخیره مالکیت این است که تا شرط محقق نشود و ثمن به طور کامل پرداخت نگردد، اساساً عقد بیعی واقع نشده است.^۴ برخی دیگر بر این عقیده‌اند که شرط حفظ مالکیت به معنای تعلیق انتقال به تأدیة تمام ثمن است و تحقق شرط، اثر قهقرایی دارد یعنی با تحقق شرط و معلق علیه، مالکیت از لحظه عقد منتقل می‌شود؛ ولی تا شرط (تأدیة ثمن) محقق نشده مبیع متعلق به فروشنده است و اگر شرط واقع نشود او می‌تواند در مبیع تصرف کند.^۵ گروهی دیگر چنین اظهار نموده‌اند که با شرط حفظ مالکیت، بیع منجزاً همراه با شرط فاسخ معلق واقع می‌شود و مالکیت با عقد انتقال می‌یابد؛ ولی با پرداختن اقساط ثمن، باعث انحلال بیع از آغاز آن می‌شود. در هر حال، خریدار ضامن تلف مبیع است و مبیع از لحظه انحلال به فروشنده برمی‌گردد.^۶

1. M. Pedamon, La reserve de propriete en droit allemand et en droit francais, 1982.

2. In Re Bond Worth. {1980}.

3. Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd {1976} - Clough Mill Ltd v. Martin {1985} - Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG {1991}.

4. Jacques Ghestin, et Bernard Desche, Traite des contrats (La Vente), p.654, N590.

5. Mazeaud (H. L. J.) Lecons de droit civil, Tome 3 (vente et echange), N922.

6. Mazeaud (H. L. J.), op. cit., Tome 3 (vente et echange), N922.

در نهایت، گروهی دیگر بیان داشته‌اند که بیع با شرط ذخیره مالکیت، عقدی است منجز که انتقال مالکیت در آن به تأخیر افتاده است و انتقال مالکیت، معلق نمی‌شود و پرداخت کامل ثمن کاشف از انتقال مبیع از حین عقد به مشتری است.^۱

در حقوق ایران، هیچ دلیل و مدرک قانونی درباره شرط ذخیره مالکیت وجود ندارد، در رویه قضایی نیز از شرط ذخیره مالکیت خبری نیست. دکترین حقوق ایران نیز به این پدیده حقوقی توجه چندانی ننموده است. لذا در مقام تطبیق با نظریاتی که در حقوق اروپایی در این خصوص ایراد شده و با توجه به مفهوم این شرط و اراده طرفین در قراردادی که دارای شرط ذخیره مالکیت بوده و فلسفه و حکمتی که منجر به رواج این شرط در معاملات تجاری شده؛ ظاهراً نظریه ماهیت تعلیقی داشتن شرط ذخیره مالکیت از پشتوانه علمی برخوردار است؛ یعنی شرط ذخیره مالکیت باعث تعلیق انتقال مالکیت می‌شود.

انواع شروط ذخیره مالکیت

ذخیره مالکیت ممکن است به شکل‌های مختلفی انجام گیرد. اقسام و انواع ذخیره مالکیت بی‌شمار است؛ اما آنچه که در بازارهای مختلف دنیا کاربرد بیشتری دارد، چند شیوه مشهور است که حقوق دانان مختلف آنها را مورد توجه قرار داده‌اند.

در حقوق فرانسه، انواع شرط ذخیره مالکیت را سه قسم،^۲ در حقوق انگلیس گاه دو،^۳ گاه سه^۴ و گاه چهار^۵ قسم دانسته‌اند.

1. Mazeaud (H. L. J.), op. cit., Tome 3 (vente et echange), N922.
2. Davies Iwan, op. cit., Article 5, by Marc Saint - Cene. p.27.
3. Larry Coltman, Hill Hofstertter LLP, ... , "A practical guide to retention of title claims": "Although there are numerous version of R. O. T. clause in a variety of contractual documentation, there are broadly two types of such clauses".
4. Davies Iwan, op. cit., p.106: "Typically, there are three parts to the reservation of title or "Romalpa" clause".
5. Giorgio Monti, Gilles Nejnan and Wolf J. Reuter, "The future of reservation of title clauses in the European community", p.874; and also see: Davies, William, "Romalpa thirty years on - still an enigma?", p.4.

شروط معروف و متداول ذخیره مالکیت را می‌توان به چهار دسته تقسیم کرد: شرط ساده ذخیره مالکیت؛ که به دنبال آن فروشنده، مالک کالاهای انتقال داده شده، باقی می‌ماند. شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع، به دنبال توسعه ادعای فروشنده برای کالاهایی که خریدار از مبیع تولید کرده است، می‌باشد. شرط تعمیم به عواید ناشی از فروش مبیع، توسعه‌دهنده حق فروشنده به هر فعالیت خریدار که ممکن است نسبت به کالاها انجام داده باشد، می‌باشد. در نهایت، شرط پرداخت تمام بدهی، به دنبال اعطای حق نسبت به همه کالاهای انتقال داده شده به خریدار به منظور تسویه همه بدهیهای که خریدار به فروشنده دارد، می‌باشد.

۱. شرط ساده.^۱

۲. شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع.^۲

۳. شرط شرط تعمیم به عواید ناشی از فروش مبیع.^۳

۴. شرط پرداخت تمام بدهی.^۴

در ادامه به توضیح بیشتر هر یک از شروط چهارگانه یادشده می‌پردازیم:

مبحث اول: شرط ساده ذخیره مالکیت

اشاره شد شرط ذخیره مالکیت توضیح می‌دهد که فروشنده صرفاً مالک مبیع باقی می‌ماند.^۵ به عبارت دیگر، طبق شرط ساده ذخیره مالکیت، تا زمانی که ثمن به طور کامل پرداخت گردد مالکیت کالاها (مبیع) در دارایی فروشنده باقی می‌ماند.^۶ در این نوع شرط، خریدار از فروش یا استفاده از مبیع، ممنوع نبوده و حتی بدون وجود شرط صریح در این خصوص در قرارداد، این حق برای مشتری به طور ضمنی ایجاد می‌شود؛ زیرا وقتی فروشنده، قبل از آنکه مشتری، ثمن را بپردازد، مبیع را در اختیار

1. Simple Clause (Einfacher Eigentumsvorbehalt).

2. Manufacturing Clause.

3. Proceeds Clause.

4. All Debts Clause.

5. Giorgio Monti, Gilles Nejnan and Wolf J. Reuter, op. cit., p.874.

6. Davies Iwan, "Retention of title clauses in sale of goods contracts in Europe", p.106.

او قرار می‌دهد، این به معنای اذن و اجازه تصرف در مبیع است.

حقوق آلمان و انگلیس

در حقوق آلمان، برای صحت و لازم الاجرا بودن این شرط، اشکالی وجود ندارد. همچنین، در محاکم انگلیس نیز به همین ترتیب عمل می‌شود.^۱ با این وجود، اخیراً (سال ۱۹۸۵) در پرونده «مارتین»^۲ دادگاه بدوی از پذیرش این امر امتناع کرده و بیان داشت که صرفاً برای فروشنده یک وثیقه ایجاد شده است؛ نه اینکه مالکیت برای او حفظ و ذخیره شده باشد. در این پرونده، در جریان فروش مقداری نخ، فروشنده برای خود شرط ذخیره مالکیت را درج کرده بود، قاضی «گاف»^۳ رأی داد: «از آنجایی که خریدار مالکیتی نسبت به نخهای استفاده‌نشده به دست نیاورده است، نمی‌تواند نخها را از خواهان (فروشنده) مطالبه کند؛ بنابراین کاملاً ساده است که خواهان مالک نخهاست». هرچند برخی از نویسندگان (دریافت‌کنندگان پرونده) این‌گونه استدلال را قبول نکردند. آنها مدعی شدند که حقوق اعطاشده به خریدار توسط فروشنده، مقدار زیادی است و حقوقی که برای فروشنده باقی می‌ماند، در آن حد نیست که او را مالک مبیع بدانیم.^۴

البته، طبق حقوق انگلیس، که قائل به تجزیه‌پذیر بودن مالکیتند، فروشنده می‌تواند مالکیت حقوقی را برای خودش حفظ کند ولی مالکیت ذی‌نفعی را به خریدار منتقل نماید. متأسفانه در حقوق انگلیس مفهومی دقیق از «مالکیت» ارائه نشده و این مفهوم تقریباً مبهم است. پروفیسور «هنر» پیشنهاد داده است: مالکیت یک خاصیت ابقایی دارد و مالکیت، نهایت ابقاست، حتی اگر برخی از مشخصه‌های مالکیت به دیگران اعطا شود.^۵

در حقیقت سؤالی که برای دادگاه باید مطرح می‌شده این است که آیا حقوقی که

1. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit., p.874.

2. Clough Mill Ltd v. Martin {1985}.

3. Goff LJ.

4. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit., p.874.

5. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit., p.874.

برای فروشنده باقی می‌ماند به اندازه‌ای هست که او را مالک تلقی کنیم؟ دادگاه بدوی به دنبال این سؤال و تجزیه مفهوم مالکیت نرفته و از این مطلب غفلت نموده است. اما در مقابل، به خواست و اراده طرفین توجه کرده است (چیزی که ماده ۱۹ قانون بیع کالاها به آن اشاره کرده است). دادگاه بدوی به جای اینکه بپرسد: «فروشنده چه جزء از مالکیت را برای خود حفظ کرده است؟» این سؤال را طرح کرده است که: «طرفین چه چیز را اراده کرده‌اند؟ آیا طرفین اراده کرده‌اند که تا زمانی که شرط معنا حاصل شود (ثمن مثلاً پرداخت گردد) فروشنده، مالک مبیع باقی خواهد ماند؟»^۱ قاضی «گاف» اظهار داشته است: «این موضوع بستگی به تصمیم طرفین دارد. اگر «الف» مبیع را به «ب» تحویل دهد و به او اجازه دهد که در مبیع تصرف حقیقی یا حقوقی کند و نیز قرار بگذارند تا زمانی که مبیع توسط خریدار فروخته نشود یا به کار گرفته نشود، فروشنده «الف» مالک باقی بماند، هیچ دلیلی برای اینکه قانون اثری بر این قرارداد و توافق ارادی بار نکند، وجود ندارد».^۲

البته خریداران در این پرونده این استدلال را هم مطرح کرده‌اند: هدف از اشتراط این بوده است که برای فروشنده یک تأمین و وثیقه‌ای به وجود بیاید، لذا باید به شرط ذخیره مالکیت، صرفاً به عنوان یک وثیقه نگاه کرد و از طرفی چون این وثیقه به ثبت نرسیده، باطل خواهد بود.

قاضی «گاف» به این استدلال هم پاسخ داده و اظهار داشته است: «صرفاً زمانی می‌تواند یک وثیقه ایجاد شود که ابتدا خریدار مالک مبیع گردد (و بعد آن را به عنوان وثیقه در اختیار فروشنده قرار دهد) و چون هیچ ملکیتی به خریدار منتقل نشده است و فروشنده، مالک باقی مانده است، وثیقه نمی‌تواند ایجاد شود».^۳ تصمیمات قضایی بعدی، در محاکم انگلستان، صحت و اعتبار شرط ذخیره مالکیت را مورد تأیید قرار داده‌اند که خود یادآور تداوم حمایت قضایی روشنی از شرط ذخیره مالکیت می‌باشد.

1. Ibid.

2. Ibid.

3. Ibid., p.878.

حقوق فرانسه و بلژیک

در حقوق فرانسه، در صحت این شرط جای تردید نیست، ولی با این وجود باید بین دو موضوع، تمایز قائل شد:

۱. صحت شرط ساده ذخیره مالکیت (تأثیر قراردادی بین طرفین).
۲. قابل اجرا بودن آن علیه شخص ثالث.

در حقیقت این نوع شرط در حقوق فرانسه و بلژیک، بین طرفین عقد، صحیح است؛ ولی نمی‌تواند علیه شخص ثالث لازم الاجرا باشد. در حالی که اگر شرطی بین فروشنده و خریدار باطل باشد، هیچ وقت علیه ثالث، قابل استناد نخواهد بود. موضوع قابل استناد بودن عموماً در پرونده‌های ورشکستگی یا پرونده‌های مشابه آن مطرح می‌شود.

دیوان عالی بلژیک رأی داد: شرط ذخیره مالکیت بعد از شروع رسیدگی ورشکستگی، علیه طلبکاران خریدار، قابل استناد نیست.^۱ به عبارت دیگر، بعد از شروع به رسیدگی ورشکستگی خریداری که مبیع را به همراه شرط ذخیره مالکیت خریداری نموده است، دیگر فروشنده نمی‌تواند به شرط خود در قرارداد با خریدار استناد کند. در نتیجه، فروشنده اگر بخواهد از شرط ذخیره مالکیت استفاده کرده و درخواست استرداد مبیع را بنماید، باید قبل از شروع رسیدگی ورشکستگی خریدار، به درخواست استرداد اقدام کند. این شرط و قید که «فروشنده باید قبل از شروع رسیدگی ورشکستگی، حق خود را اعمال کند»، برای شرط ذخیره مالکیت، وضعیت نامناسبی را ایجاد کرده است؛ زیرا فروشنده باید دائماً بر وضعیت خریدارانش نظارت داشته باشد تا اینکه بتواند حقی که توسط ذخیره مالکیت برای او ایجاد می‌شود قبل از اینکه آنها ورشکسته شوند، اعمال نماید. این کار و اینکه فروشنده دائماً وضعیت تمامی خریدارانش را مورد بررسی و نظارت قرار دهد، در عمل غیر ممکن است؛ به ویژه در جایی که فروشنده در حجم انبوهی اقدام به فروش کالاهای خود می‌نماید و با خریداران زیادی مواجه است.

1. Decisions of 7 Feb. 1933, Cited in: Giorgio Monti, Gilles Nejnan and Wolf J. Reuter, "The future of reservation of title clauses in the European community", p.876.

این نظریه و رویکرد دیوان عالی بلژیک، مبتنی بر «تئوری عمل به ظاهر»^۱ است. مطابق این تئوری، انتظارات قراردادی طرف قرارداد نمی‌تواند نادیده گرفته شود. یعنی اگر خریدار کالایی را در اختیار دارد، ظاهر این است که مالک آن کالا است. به عبارت دیگر، دیگران او را مالک کالا می‌دانند. برخی این عقیده را توجیهی منسوخ می‌دانند و معتقدند که چون این تئوری بر روابط اقتصادی و اجتماعی مبتنی است، می‌باید در مواقع تغییرات اقتصادی و اجتماعی تغییر نماید.^۲

در اصلاحات بعدی قانون بلژیک، به این نقیصه این قاعده توجه شده و در نتیجه قانون‌گذار به فروشنده، از تاریخ شروع به رسیدگی ورشکستگی خریدار، ۵۰ روز فرصت داده است تا اگر تمایل داشته باشد، دعوای استرداد مبیع را اقامه نماید.

در حقوق فرانسه، قبل از سال ۱۹۸۰ وضعیت حقوقی حاکم بر شرط ساده ذخیره مالکیت، نظیر حقوق بلژیک بود؛ یعنی شرط ذخیره مالکیت، صحیح تلقی می‌شد ولی علیه طلبکاران خریدار بعد از شروع به رسیدگی ورشکستگی، قابل استناد نبود.

در سال ۱۹۸۰ ماده ۶۵ قانون ورشکستگی سال ۱۹۶۷ توسط قانون ۱۲ مه اصلاح شد. این ماده اصلاحی به فروشنده اجازه اعمال حق استرداد مبیع را حتی بعد از صدور حکم ورشکستگی خریدار اعطا نمود؛ البته در صورتی که شرط ذخیره مالکیت، به طور مکتوب بین طرفین قرارداد، مورد توافق قرار گیرد.

حقوق ایران

در حقوق ایران همان طور که مکرر بیان شد، درباره شرط ذخیره مالکیت، قانونی وجود ندارد. از طرفی در رویه قضایی ایران نیز اثری از این شرط نمی‌توان یافت. همچنین در فقه اسلامی این شرط مورد توجه قرار نگرفته است. در نتیجه با توجه به فقدان مقررات قانونی در مورد شرط ذخیره مالکیت، باید سراغ قواعد عمومی قراردادها رفت. با توجه به پذیرش اصل آزادی اراده در حقوق ایران، می‌توان این شرط را صحیح تلقی نمود. خصوصاً اینکه در قرارداد بیع، طرفین می‌توانند زمان

1. Theory of appearance.

2. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

انتقال مالکیت را از زمان انعقاد قرارداد، متمایز نمایند؛ و اصل انتقال فوری مالکیت، از قواعد آمره نبوده و صرفاً در فرض اطلاق، اعمال می‌شود.

ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

طبق این ماده، قراردادهای خصوصی در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

ادله شرعی و فقهی نیز می‌تواند اثبات‌کننده صحت این نوع از شروط باشد؛ زیرا قواعد «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» طرفین را به توافقات و قراردادهای خود ملزم می‌نمایند.

در باره اثر این شرط و اینکه آیا فروشنده به استناد این شرط می‌تواند اقدام به اقامه دعوی استرداد میبع نماید و اینکه آیا این شرط در مقابل سایر طلبکاران خریدار، قابل استناد است، در مباحث بخش دوم به آن خواهیم پرداخت.

مبحث دوم: شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از میبع^۱

شرط تعمیم به عواید آن است که فروشنده شرط نماید میبع و هر کالایی که از میبع ساخته می‌شود، مادام که خریدار ثمن را نپرداخته است، در ملکیت او باشد. در حقیقت، این شرط علاوه بر میبع، کالاهایی را که در ساخت آنها از میبع استفاده شده است، شامل می‌شود. در این نوع از شرط، هرگاه از میبع برای ساخت کالای دیگری استفاده شود، کالای ساخته شده در ملکیت فروشنده خواهد بود.

تأسیس این نوع از شروط به این خاطر است که در عمل، خریداری که میبع را دریافت می‌کند، غالباً در میبع، تصرف حقوقی یا مادی می‌نماید. یا از میبع در کار تولید استفاده کرده و یا آن را به غیر منتقل می‌کند. در این موارد، وضعیت تضمین و تأمین که برای فروشنده وجود دارد، چه حالتی پیدا می‌کند؟ فروشنندگان برای اینکه تضمینی که با شرط ذخیره مالکیت، برای آنها به وجود می‌آید، (ذخیره

1. Manufacturing clause.

مالکیت تا زمان پرداخت ثمن) دچار تغییر و دگرگونی به نفع خریدار نگردد، گاهی از شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع، در قرارداد استفاده می‌نمایند؛ اما درج این شروط با دو اشکال عمده مواجه است:

اولاً: کالایی که در ساخت آن از مبیع استفاده شده است، توسط خریدار و با دسترنج و کار او ساخته شده است، با چه توجیه حقوقی و اخلاقی، این کالا به ملک فروشنده وارد شود؟ ثانیاً در فرض ترکیب و اختلاط اموال، مسئله چه حکمی پیدا می‌نماید؟ برای مثال فرض کنید خریدار چند کالا از چند فروشنده، خریداری نموده است و تمام فروشندگان در قرارداد خود با خریدار، اقدام به درج شرط ذخیره مالکیت، به صورت تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع نموده‌اند؛ در این صورت، محصول نهایی در ملک کدام یک از فروشندگان وارد شده است؟ در ادامه به بررسی این نوع شرط در حقوق کشورهای مختلف می‌پردازیم:

حقوق آلمان

حقوق این کشور روشن‌ترین مفهوم را از این نوع شروط ارائه نموده است. قانون مدنی آلمان، قواعد شکلی فوق‌العاده‌ای را وضع نموده که در نهایت به تمایل محاکم به حمایت از دارندگان شرط ذخیره مالکیت منتهی شد.^۱ در حقیقت، این قانون بین دو فرض، یعنی جایی که مبیع از مواد خامی است که با مواد دیگر مخلوط می‌شود و جایی که مبیع از موادی است که با مواد دیگر مونتاژ می‌شود، تفکیک نموده است:

۱. مبیع از موادی است که با مواد دیگر مونتاژ می‌گردد:

در جایی که مبیع از موادی است که با مواد دیگر صرفاً مونتاژ شده و با آنها مخلوط نمی‌گردد به نحوی که در آنها حل شود، ماده ۹۴۷ قانون مدنی اعمال می‌گردد.

طبق این ماده (در صورت فقدان هرگونه شرط قراردادی بر خلاف) اگر کالای نهایی از چند کالا تشکیل شود که متعلق به چند نفر باشند، همه مالکان اولیه، صاحب کالای جدید خواهند شد مگر اینکه فقط یک جزء، جزء اساسی باشد که در این صورت، مالک همان جزء، مالک محصول نهایی خواهد شد (مشروط بر

1. Davies Iwan, op. cit., p.37.

اینکه غرامت سایر شرکا را بدهد).

۲. مبیع از موادی است که با مواد دیگر مخلوط می‌شوند:

اگر مبیع از موادی باشد که با مواد دیگر مخلوط می‌گردد، در این صورت ماده ۹۵۰ قانون مدنی آلمان، درباره آنها اعمال می‌گردد. این ماده مقرر می‌نماید: هرگاه با مونتاز چند کالا، محصول جدیدی به دست آید، مونتازکننده علی‌رغم حقوقی که دیگران ممکن است در این اجزا داشته باشند، مالکیت محصول نهایی را کسب خواهد کرد. در نتیجه اعمال این ماده درباره این نوع کالاها، شرط ذخیره مالکیت هیچ تأثیری نخواهد داشت. به این معنا که اگر فرضاً کسی مالش را به دیگری فروخت و در قرارداد خود شرط ذخیره مالکیت را درج نمود و قبل از اینکه خریدار، ثمن را بپردازد و مالکیت مبیع به او منتقل شود، او در مبیع تصرف کرد و با مونتاز مبیع با کالای دیگر، محصول جدیدی تولید نمود، محصول جدید مال او خواهد شد؛ ولو اینکه قبل از به کارگیری مبیع در تولید، مبیع، ملک فروشنده بود. در اینجا تنها چیزی که برای فروشنده به وجود می‌آید یک حق دینی است علیه خریدار که خریدار در مقابل آن مسئول است. با توجه به این نتیجه‌ای که از فروش این نوع کالاها حاصل می‌شود، فروشندگان در عمل تلاش می‌کنند که با درج نمودن یک شرط، قرارداد خود را از نفوذ ماده ۹۵۰ خارج نمایند. به این صورت که در قرارداد شرط می‌کنند خریدار به وکالت از طرف فروشنده، در مبیع تصرف می‌کند؛ نتیجه آن است که کالای نهایی مال فروشنده می‌شود.^۱

البته برخی از حقوق‌دانان معتقدند: ماده ۹۵۰ از قواعد آمره بوده و طرفین قرارداد نمی‌توانند با توافق آن را قبول نکنند. با وجود این، محاکم آلمان (اصولاً دیوان عالی فدرال) معمولاً چنین شرطی را اجازه می‌دهد.^۲

حقوق انگلستان

در حقوق انگلستان چنین شرطی باطل تلقی می‌شود. یعنی شرطی که مالکیت نسبت

1. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

2. Ibid.

به کالاهای تولیدی از مبیع را برای فروشنده ذخیره کرده و مالکیت فروشنده را بر کالاهای نهایی اثبات نماید، باطل است. مبنای حقوقی‌ای که به موجب آن، این نتیجه به دست می‌آید، این است که حق مالکیت فروشنده، از تعهدی ناشی می‌شود که در پشت حق خریدار است و تعیین می‌کند که تولید و ساخت در غالب موارد، مالکیت را به خریدار منتقل می‌کند. لذا چیزی که به فروشنده می‌رسد، نوعی وثیقه است و از طرفی چون این وثیقه، ثبت نشده است، باطل است. این وضعیتی است که توسط چنین شرط ذخیره مالکیت، ایجاد می‌شود، ادعا شده که این وضعیت، استثنایی است بر این حقیقت که اگر محصول جدید فقط به واسطه کالاهایی که موضوع شرط ذخیره مالکیتند، تولید شده باشد، فروشنده باید بتواند ادعا نماید که محصول جدید، هنوز مال اوست.^۱

از جهت اخلاقی نیز بطلان این نوع شرط ذخیره مالکیت توجیه‌پذیر است؛ زیرا اگر به موجب این نوع شرط ذخیره مالکیت، فروشنده را مالک کالای نهایی تلقی نماییم، در حقیقت یک مال بادآورده را به فروشنده تقدیم کرده‌ایم؛ چرا که مبیع در اختیار خریدار بوده و او با صرف نیروی کار خود، از آن کالای دیگری ساخته است. حال صحت این نوع شرط ذخیره مالکیت به این معناست که مال تولیدشده متعلق به فروشنده است نه خریدار. به علاوه اگر کالای جدید از کالاهایی ساخته شود که از دو یا چند نفر خریداری شده‌اند و هر فروشنده‌ای در قرارداد فروش خود، شرط ذخیره مالکیت را درج نموده باشد، چه حالتی پیدا خواهد شد؟ بر خلاف حقوق آلمان، حقوق انگلیس به این سؤال پاسخی نداده و وضعیت این حالت را پیش‌بینی نکرده است.

در نتیجه چنین شرطی، مشکلات عملی ایجاد شده و از طرفی از نظر اخلاقی نیز این شرط توجیهی ندارد؛ زیرا به مقتضای این شرط، فروشنده مالک ثروتی بادآورده می‌شود که حاصل کار و تلاش و صرف نیروی خریدار است. چرا فروشنده باید از زحمت و کار خریدار، بدون اینکه بخواهد بهای آن را بپردازد، بهره‌مند گردد؟!

1. Ibid.

در دعوی «بردن»^۱ فروشنده مقداری «صمغ»^۲ را به خریدار فروخت و در قرارداد شرط ذخیره مالکیت درج نمود. به دنبال آن، خریدار، صمغها را در تولید به کار بُرد و با استفاده از آنها، اقدام به ساخت «نئوپان» کرد. در این دعوا، دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که با به کارگیری صمغها در جریان تولید، ماهیت اصلی آنها تغییر یافته و در نتیجه مالکیت فروشنده نسبت به آنها از بین رفته است، برای فروشنده حقی نسبت به کالاهای ساخته شده قائل نشد.^۳

از این رأی شاید بتوان استنباط کرد که معیار و میزان برای استماع دعوی فروشنده در مورد استرداد مبیع این است که اگر مبیعی که در کار تولید مورد استفاده قرار گرفته، قابل شناسایی بوده و هویتش تغییر نکرده باشد، در این صورت، به استناد شرط تعمیم به محصولات ساخته شده از مبیع، قابل استرداد است.

چرمی که بریده شده و شکل داده شده تا از آن کیف دستی ساخته شود، دیگر به عنوان چرم فروشنده، قابل شناسایی نیست. همچنین صمغی که مخلوط گردیده تا از آن نئوپان ساخته شود یا پشمی که به نخ تبدیل شده و سپس از آن قالیچه بافته شده^۴ و یا مقوایی که پرینت و تایپ شده است،^۵ اینها به نحوی تغییر شکل داده‌اند که دیگر قابل شناسایی نباشند، در این موارد، فروشنده، حق عینی خود بر مبیع را از دست می‌دهد و صرفاً یک حق دینی علیه خریدار پیدا می‌کند. اما در موردی که یک موتور موضوع قرارداد بوده و به یک ژنراتور بزرگ‌تر متصل شده است، دادگاه انگلیس رأی داد که: این مبیع، قابل شناسایی است و با اتصال به ژنراتور، تغییر ماهیت نداده است؛ زیرا می‌توان موتور را از ژنراتور جدا کرد. همچنین فولادی که موضوع قرارداد بیع بوده و پس از قرارداد، خریدار آنها را به قطعات باریک‌تر بُرش داده است، هنوز به عنوان مبیع، قابل شناسایی است.^۶

1. Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd {1981} .

2. Resin.

3. Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd {1981}.

4. Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd .

5. Re Bond Worth Ltd {1980} .

6. Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG {1990}.

در یک پرونده قدیمی، الوارها و چوبهایی که از درختان کهنه شده بودند، به عنوان درختان فروشنده، قابل شناسایی اعلام شد.^۱

محاکم در اعمال ملاک قابل شناسایی بودن یا نبودن مبیع، به شدت اختلاف نظر دارند. پیش‌بینی تصمیمات آینده بر مبنای پرونده‌های حقوقی موجود، آن قدر مشکل است که توصیه شده، فروشندگان به دقت مقرر نمایند که با چه عملی، کالاها تغییر یافته تلقی خواهند شد.^۲

تنها راه حل برون‌رفت از این بلا تکلیفی، دکترین حقوقی انگلیس است که باید برای مشخص کردن سرنوشت این شرط راهکاری را ارائه دهند.

دو راه برای حل این مشکل ارائه شده است. به عبارت دیگر دو معیار برای قابل شناسایی بودن کالاها پیشنهاد شده است:

۱- معیار شناخت صنعتی

۲- معیار توجه به نتیجه

اول- معیار شناخت صنعتی^۳

سؤالی که باید به آن پرداخت این است که آیا مالکیت به دلیل به کارگیری مبیع در تولید کالای جدید به خریدار منتقل می‌شود؟ یعنی تصرف مادی خریدار در مبیع، باعث انتقال مالکیت مبیع به او می‌شود؟

کسانی که معیار «شناخت صنعتی» را پذیرفته‌اند، معتقدند: با تصرف خریدار در مبیع، مالکیت مبیع به او منتقل می‌شود. ملاک و معیار، عدم امکان استرداد مبیع توسط فروشنده، تصرف همراه با تغییر خریدار در مبیع است. این نظریه در ابتدا توسط «لرد اردنبری»^۴ و «لرد میفیلد»^۵ در دعوی «تیسان»^۶ مورد قبول قرار گرفت.

1. Pongakawa Sawmill Ltd v. New Zealand Forest Products Ltd {1992}.

2. A. Hicks, "Retention of title: latest development" {1992} J. B. L. 398, 400. Cited in: Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit.

3. Industrial recognition.

4. Lord Ordinary.

5. Lord Mayfield.

6. Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG {1990}.

در این دعوی، ایشان به طور دقیق و موشکافانه‌ای به فرایند تولید کالای جدید توسط خریدار پرداختند: «آنها در ابتدا توسط خریدار برش زده شد. سیم‌پیچها مسطح و بعداً قطع شده‌اند. چون قطعه‌های بریده‌شده، قابل فروش نبوده و اگر هم قابل فروش باشند، باید در بازار متفاوتی به فروش برسند. چنین شواهدی دلالت می‌کند که آنها (مبیع) تغییر شکل داده است و نمی‌توان آنها را همان آهنهای اولیه قلمداد کرد.^۱ هر چند این نظریه در اکثر موارد کارساز است، به نظر برخی، نمی‌تواند معیار جامع و کاملی تلقی شود؛ چرا که صرف تغییر و تبدیل مبیع، اگر بتواند باعث انتقال ملکیت مبیع به مشتری شود، در مواردی که مبیع به خودی خود و به مرور زمان تغییر یابد و در تغییر آن، خریدار هیچ نقشی نداشته باشد، انتقال مالکیت مبیع به خریدار در این حالت توجیهی ندارد. لذا برای تکمیل این نظریه و معیار، باید بین تصرفاتی که خریدار در کالا انجام داده و باعث تغییر آن می‌گردد و تصرفاتی که همراه با تغییر نیست، تفاوت قائل شد.

دوم- معیار توجه به نتیجه

بر اساس این معیار، به هر میزانی که خریدار در مبیع تصرف نموده است، ملکیت مشتری به او منتقل می‌شود. مزیت این معیار در این است که فروشنده و خریدار با همدیگر، امکان مالکیت مشترک را نسبت به مبیع پیدا می‌کنند. این معیار توسط قانون بیع کالاهای ۱۹۹۵ پذیرفته شده بود. این معیار از جذابیت بیشتری برخوردار است؛ زیرا انتظارات قراردادی هر دو طرف قرارداد را تأمین می‌نماید.^۲

حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، شروط تعمیم‌یافته، بی‌چون و چرا مورد پذیرش واقع شده و صحیح تلقی گردیده‌اند و در عمل نیز توسط تجار و بازرگانان مورد استفاده قرار می‌گیرند. در حقوق فرانسه، به دنبال مذاکرات پارلمانی که منجر به قانون ۱۲ مه ۱۹۸۰ شد، یک اصلاح پیشنهاد شد که هدف این پیشنهاد، توسعه ماده ۶۵ قانون

1. Giorgio Monti, Gilles Nejnan and Wolf J. Reuter, op. cit.

2. Ibid.

ورشکستگی ۱۹۶۷ در مورد شروط تعمیم‌دهنده بود. اما این پیشنهاد توسط کمیسیون قوانین^۱ رد شد. این کمیسیون به طور صریح اظهار نمود که این پیشنهاد فقط باید در مورد شروط ساده ذخیره مالکیت اعمال گردد.^۲

نتیجه‌گیری

به جز در حقوق آلمان که چهارچوب این نوع از شروط نسبتاً روشن مشخص شده است، در سایر نظامهایی که مورد بررسی قرار گرفت، این نوع از شروط، وضعیت مشخصی نداشته و اعتبار و کارکرد آنها تقریباً به میزان شروط ساده ذخیره مالکیت می‌باشد.

مبحث سوم: شرط تعمیم به عواید ناشی از فروش مبیع^۳

غالباً خریدار بعد از خرید کالا (مبیع)، آن را به فروش می‌رساند یا در تولید به کار می‌گیرد. در نتیجه، فروشندگان شرط ذخیره مالکیت را به عواید ناشی از فروش دوباره مبیع توسط خریدار، سرایت می‌دهند.^۴ به این صورت که شرط می‌کنند عواید ناشی از فروش دوباره مبیع، در حساب جاری خاصی سپرده شده و به عنوان امانت به وی واگذار شود.

حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، فقط یک تصمیم وجود دارد که مالکیت فروشنده نسبت به عواید فروش خریدار را تأیید می‌نماید.^۵

در پرونده «رمالپا»، دادگاه رابطه امانی را بین طرفین احراز کرده و فروشنده را سزاوار تعقیب عواید ناشی از فروش مبیع دانست؛ در معامله بین خریدار اصلی و خریداران بعدی، خریدار اصلی به عنوان اصیل تلقی گردید؛ ولی در رابطه بین

1. Commission des lois.

2. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter. Op. cit.

3. Proceeds clause.

4. Davies Iwan, "Retention of title clauses in sale of goods contracts in Europe", p.110.

5. Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd {1976}.

فروشنده و خریدار اصلی، خریدار، نماینده فروشنده به حساب آمد؛ در نتیجه، مبیعی که توسط خریدار اصلی به خریداران بعدی فروخته شده بود، متعلق به فروشنده اصلی بود و لذا عواید ناشی از این معاملات بعدی به فروشنده تعلق دارد.^۱

این تنها رأیی است که در حقوق انگلیس، بر صحت این نوع از شروط می‌توان یافت. محاکم این کشور برای اینکه چنین شروطی صحیح تلقی گردند، لازم می‌دانند که یک رابطه امانی بین فروشنده اصلی و خریدار اصلی وجود داشته باشد. پرونده‌های متعددی آشکار کرد که اثبات چنین رابطه امانی چقدر دشوار است. در حقیقت، محاکم انگلستان برای اثبات چنین رابطه‌ای بین فروشنده و خریدار تمایل ندارند؛ چرا که هرگاه خریدار اصلی، حق فروش مبیع را داشته باشد، این فروش به حساب خود اوست نه فروشنده. در نتیجه، در حال حاضر صحت این شروط در حقوق انگلستان به شدت مورد تردید است.

حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، مفهومی با عنوان «subrogation re'elle» (نیابت واقعی) مطرح است که به موجب آن وقتی کالایی که موضوع حقی است، ناپدید می‌گردد، کالای جدیدی که جایگزین آن می‌شود موضوع همان حق قرار خواهد گرفت.^۲ در مواردی که کالایی موضوع شرط ذخیره مالکیت است، اگر این کالاها مجدداً توسط خریدار به فروش برسند، کالاهایی که به دست خریدار خواهند رسید، موضوع این حق قرار خواهند گرفت.^۳

سازوکار قائم مقامی را در مواد مختلفی از قوانین مدنی و برخی مقررات موضوعه فرانسه می‌توان پیدا کرد. ماده ۱۲۲ قانون ۲۵ ژانویه مقرر می‌نماید: «...فروشنده می‌تواند در عوض کالاها (مبیع)، عواید آنها را استرداد نماید».^۴

1. Ibid.

2. J. Hansenne, "Les biens", pp.47-75. Cited in: Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit.

3. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit.

4. Ibid.

حقوق آلمان

در حقوق آلمان، ماده ۳۹۸ قانون مدنی، اجازه انتقال دعوی را داده است؛ در نتیجه خریدار بعد از فروش مبیع و تحصیل ثمن، می‌تواند این ثمن را به فروشنده واگذار نماید.

نتیجه‌گیری

حقوق انگلیس، به طور کامل، آثار و نتایج این دسته از شروط را بر آنها بار نمی‌کند. به عنوان مثال، محاکم انگلیس خود را در پیچ و خمهای قواعد انصافی مبهم گم کرده‌اند و صرفاً با این توجیه که «شروط تعمیم به عواید» نوعی وثیقه ایجاد می‌کنند، این حقیقت را که فروشندگان بدون پیدا کردن حق تقدّم در دعاوی مربوط به مبیع، اقدام به فروش کالاهای خود نمی‌کنند، نادیده می‌گیرند (ر.ک: ماده ۳۹۸ ق.م. آلمان).

مبحث چهارم: شرط پرداخت تمام بدهی^۱

در این نوع از شروط بر اساس توافق طرفین، انتقال مالکیت مبیع به خریدار، معلق به پرداخت تمام بدهیهای خریدار می‌شود. به عبارت دیگر معلق علیه عبارت است از پرداخت تمام بدهی یا اجرای همه تعهداتی که خریدار به فروشنده مدیون است.^۲

حقوق انگلیس

در حقوق آلمان و انگلیس، این نوع شرط به طور وسیع مورد استفاده قرار گرفته است. البته ادعا شده که دلایل اخلاقی و حقوقی برای باطل دانستن این نوع از شروط وجود دارد.^۳ حتی ادعا شده که این نوع از شرط، بر خلاف نظم عمومی است.^۴ درباره این نوع از ذخیره مالکیت و اثر آن در حقوق انگلیس اختلاف زیادی وجود دارد؛ برخی با اغراق آمیز شمردن این شرط، منکر توانایی این شرط در ذخیره

1. All debts clause.

2. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, op. cit.

3. Ibid.

4. On consequentialist ground, it could be suggested that this clause is against public policy.

مالکیت به این شکل شده‌اند و اثر آن را صرفاً ایجاد وثیقه می‌دانند.^۱ در مقابل، «لرد کیت»^۲ معتقد است: این شروط صحیحند و اثر آنها همان ذخیره مالکیت است. بعد از وضع مواد ۱۷ و ۱۹ قانون بیع کالاها، ایشان اظهار داشته است که این شرط، مشروع و قانونی است.^۳

به هر ترتیب این نوع از شروط ذخیره مالکیت، توسط مجلس اعیان در پرونده Armour مورد پذیرش واقع شده است. این پرونده، مهم‌ترین پرونده در حقوق انگلیس در خصوص این نوع از شروط ذخیره مالکیت می‌باشد.

جریان دعوی از این قرار بود که یک شرکت آلمانی به نام «تی‌سون»^۴ مقداری «فولاد» به یک شرکت اسکاتلندی فروخت و فروشنده در قرارداد فروش برای خود شرط ذخیره مالکیت درج نمود. به این ترتیب که مقرر نمود: «مالکیت کالاهای تسلیمی برای ما (فروشنده) باقی خواهد ماند، تا وقتی که همه دیونی که شما (خریدار) به ما بدهکار هستید از جمله هرگونه باقی مانده حساب موجود در زمانهای گذشته و... تصفیه شوند».

در جریان تصفیه شرکت خریدار، مقداری فولاد که ثمن آنها پرداخت نشده بود، هنوز موجود بود، در نتیجه فروشنده به استناد شرط ذخیره مالکیت، استرداد آنها را درخواست نمود ولی مدیران تصفیه، به این تقاضا توجهی نکردند و اظهار داشتند که این شرط صرفاً یک نوع وثیقه و رهنی برای مبیع تلقی می‌گردد. دادگاه بدوی این شرط را باطل اعلام نمود؛ زیرا تلقی دادگاه این بود که این شرط، نوعی رهن المبیع می‌باشد و طبق مقررات اسکاتلند شرط رهن المبیع بر ثمن باطل است چون قبض، شرط صحت رهن است. این رأی در دادگاه تجدیدنظر نیز مورد تأیید قرار گرفت.

در نهایت، فروشنده از دادگاه «لردها» درخواست تجدیدنظر کرد و دادگاه نیز به

1. Davies Iwan, op. cit., p.107.

2. Lord Keith.

3. Giorgio Monti, Gilles Nejnand Wolf J. Reuter, op. cit.

4. Thyssen Edelstahlwerke

صحت ادعای فروشنده رأی داد و این نوع از شروط را صحیح اعلام نمود. به این دلیل که به استناد ماده ۱۷ قانون بیع کالاها، طرفین در تعیین زمان و چگونگی انتقال مالکیت آزاد هستند، از سوی دیگر نمی‌توان این نوع شرط را رهن المبیع تلقی نمود؛ زیرا خریدار هنوز مالک مبیع نشده است تا بتواند آن را به رهن نزد فروشنده قرار دهد.

حقوق آلمان

این شروط در حقوق آلمان با عنوان «Kontokorrentvorbehalt» معروف است. ظاهر و چگونگی این شروط در حقوق این کشور، همانند حقوق انگلیس است. ابتدا، خریدار تمام سود و عوایدی را که از فروش مبیع به دست آورده، به فروشنده واگذار می‌کند و تا زمانی که تمامی تعهدات قراردادی خود را با فروشنده به اتمام نرسانده باشد، این عواید به او مسترد نخواهد شد.^۱

از جهت عملی، ادعا شده است که این نوع شروط غیر منصفانه است؛ زیرا مادام که خریدار تمامی تعهدات قراردادی خود را نپرداخته است، از مالک شدن مبیع، ممنوع می‌گردد. برخی دیگر نیز معتقدند که این نوع از شروط، باطل و بلااثر می‌باشد.^۲ در مقابل، محاکم آلمان در صورتی که طرفین قرارداد تاجر باشند، به این نوع شروط ترتیب اثر می‌دهند.^۳

البته، دادگاه مدنی فدرال در صورتی که از این نوع شرط، به نفع فروشنده، سوء استفاده شود آن را باطل تلقی نموده است. مثلاً فرض کنید جایی که قیمت وثیقه‌هایی که نزد فروشنده گذاشته می‌شود، از قیمت دین اصلی تجاوز نماید،^۴ این

1. Giorgio Monti, Gilles Nejan and Wolf J. Reuter, op. cit.

2. Davies Iwan, op. cit, Article 6, P41

۳. به عنوان مثال، دادگاه فدرال چنین رأی صادر نموده است:

The title in goods is transferred from the seller to the purchaser, so long as the latter has settled all the claims against him at one point in time, notwithstanding the fact that later on new obligations arise from the business relationship between the two persons (BHC, Neue Juristische Wochenschrift 1978, p.632. Cited in: Davies Iwan, op. cit., Article 6, p.41).

4. BGHZ vol. 94, pp.105, 111. Cited in: Davies Iwan, op. cit., Article 6, p.41.

وضعیت باعث می‌شود که فروشنده یک ثروت بادآورده را به دست آورد، در نتیجه، محاکم در این وضعیت، ماده ۱۳۸ قانون مدنی را اعمال می‌نمایند.^۱ طبق این ماده، تمامی توافقاتی که بر اساس نوعی ضعف و محجوریت منعقد شده‌اند، باطل می‌باشند.

حقوق فرانسه

شرط «پرداخت تمامی بدهی» در حقوق فرانسه به صورت خیلی استثنایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. ماده ۶۵ قانون ورشکستگی ۱۹۶۷ اجازه طرح دعوی را برای استرداد «کالاهای موضوع شرط ذخیره مالکیت» می‌دهد. این ماده با زبان همه‌فهمی که دارد می‌تواند این نوع از شروط را هم شامل شود.^۲

اثر شرط ذخیره مالکیت

در قرارداد دارای شرط ذخیره مالکیت، مهلتی برای پرداخت ثمن تعیین می‌شود و تا سررسید موعد مقرر، ملکیت مبیع به خریدار منتقل نمی‌شود. مشتری مکلف است در سررسید تعیین شده، ثمن را بپردازد. بعد از فرا رسیدن سررسید مقرر، دو حالت ممکن است پیش آید؛ در حالت اول، مشتری اقدام به پرداخت ثمن می‌کند و تعهد خود را انجام می‌دهد و ممکن هم هست که مشتری به هر دلیل در سررسید مقرر، از پرداخت ثمن امتناع نماید.

مبحث اول: پرداخت ثمن در سررسید

با فرا رسیدن سررسید پرداخت ثمن، مهلت خریدار برای پرداخت ثمن به اتمام می‌رسد و اگر در این هنگام، مشتری ثمن را پرداخت نماید، بدون شک، ملکیت مبیع به او منتقل خواهد شد. از این لحظه، تمام وابستگی و روابطی که فروشنده با مبیع داشت از او سلب می‌شود و تمام ویژگیهای مالکیت به خریدار منتقل می‌شود.

سؤالی که در این فرض مطرح می‌شود این است که اثر تحقق شرط چیست و از چه زمانی این شرط تأثیر خواهد کرد؟ آیا با تحقق شرط، مالکیت از زمان انعقاد

1. Giorgio Monti, Gilles Nejnan and Wolf J. Reuter, op. cit.

2. Ibid.; Also see: Davies Iwan, op. cit., Article 5, p.27.

عقد به خریدار منتقل می‌شود یا از زمان تحقق شرط؟ همان طور که اشاره شد، تعیین زمان تأثیر شرط در اختیار طرفین بوده و این اراده آنهاست که می‌تواند زمان تأثیر شرط را تعیین کند و در فرض اطلاق و جایی که طرفین ترتیبی را مقرر نکرده‌اند، شرط از زمان تحقق، تأثیر خواهد کرد.

مبحث دوم: عدم پرداخت ثمن در سررسید

در بیعی که دارای شرط ذخیره مالکیت است، اگر مشتری در زمان مقرر، اقدام به پرداخت ثمن ننماید و به تعهدات قراردادی خود عمل نکند، وضعیت عقد چه خواهد شد؟ آیا عقد به حیات اعتباری خود ادامه خواهد داد یا اینکه منفسخ می‌شود و یا برای فروشنده حق فسخ ایجاد می‌گردد؟

حقوق آلمان

در حقوق آلمان، ماده ۴۵۵ مستند و دلیل این امر است. این ماده می‌گوید: ... چنین توافقی به معنای انتقال مالکیت، معلق بر شرط تعلیقی تلقی خواهد شد که عبارت است از دفع کامل ثمن، همراه با حفظ حق فسخ عقد در صورتی که مشتری در تأدیه تأخیر نماید.

همان طور که ملاحظه می‌شود برابر این ماده، عدم تحقق معلق علیه در سررسید، شرط فسخ است؛ به عبارت دیگر، اگر معلق علیه (پرداخت ثمن) انجام نگیرد، در این حالت، اختیار بقا یا زوال عقد در اختیار فروشنده بوده و او مخیر است که عقد را فسخ نماید یا اینکه آن را ابقا کرده و ثمن را مطالبه کند.

این مقرر قانونی درباره شرط ذخیره مالکیت، استثنایی بر قواعد عام که موادی نظیر ماده ۳۲۶ قانون مدنی، عهده‌دار بیان آنها هستند، تلقی شده است؛^۱ چرا که قاعده اولیه در حقوق آلمان، در فرضی که بدهکار در موعد مقرر از ادای دین خود استنکاف نماید، این است که طلبکار مجدداً مدتی برای پرداخت به او بدهد و اگر وی دوباره از پرداخت دین خود سرپیچی کرد، طلبکار حق فسخ پیدا خواهد کرد.

1. Davies Iwan, op. cit., Article 6, by Bernd Waas, p.38.

ولی در شرط ذخیره مالکیت، اگر در سررسید پرداخت ثمن، خریدار، ثمن را نپردازد، برای فروشنده حق فسخ ایجاد می‌شود و لازم نیست که فروشنده مجدداً به خریدار مهلتی جهت پرداخت دین خود بدهد.

حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس در فرض خودداری خریدار از پرداخت ثمن، فروشنده علاوه بر استفاده از حق حبس و استرداد مبیع (که در مباحث بعدی به آنها اشاره خواهد شد) می‌تواند با فروش مجدد مبیع، قرارداد را فسخ نماید.

ماده ۴۸ قانون ۱۹۷۹ به صورت یک قاعده عام مقرر می‌دارد: هرگاه خریدار از پرداخت ثمن استنکاف نماید و کالا فاسدشدنی باشد یا اینکه فروشنده به خریدار اطلاع دهد که قصد فروش مبیع را دارد، و خریدار در ظرف مهلت معقولی، ثمن را نپردازد؛ فروشنده می‌تواند مبیع را به ثالث بفروشد و اگر از این طریق متضرر شد، علیه خریدار دعوای مطالبه خسارت را اقامه نماید. در پرونده «میل» قاضی پرونده اظهار نمود که فروشنده می‌تواند مبیع را مجدداً به عنوان مال خود به فروش برساند؛ ولی باید پولهایی را که قبلاً از خریدار اول دریافت کرده است، به او مسترد دارد.^۱

حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، ظاهراً ابتدا برای فروشنده حق فسخ ایجاد نشده و او صرفاً می‌تواند علیه خریدار اقدام به اقامه دعوای استرداد مبیع نماید.

حقوق ایران

با توجه به حاکمیت «اصل آزادی اراده‌ها» در حقوق ایران، طرفین می‌توانند نسبت به اثر عدم تحقق معلق علیه توافق کنند. اما در فرض اطلاق، عقد چه حالتی پیدا خواهد کرد؟ در اینجا چند احتمال وجود دارد: ۱. منفسخ شدن عقد؛ ۲. ایجاد حق فسخ برای فروشنده

۱- منفسخ شدن عقد: طبق این احتمال، عدم تحقق معلق علیه (پرداخت ثمن)،

1. Clough Mill Ltd v. Martin {1985}.

باعث انفساخ عقد می‌شود. در این احتمال، عدم تحقق معلق‌علیه، یک نوع شرط فاسخ معلق در نظر گرفته شده است.

این احتمال با اشکالاتی مواجه است از جمله اینکه با هدف و فلسفه «شرط ذخیره مالکیت» منافات دارد (عسکری، بی‌تا: ۱۴۱)؛ علت اینکه طرفین اقدام به درج شرط ذخیره مالکیت در قرارداد خود می‌نمایند این است که فروشنده مطمئن گردد ثمن را به دست خواهد آورد. حال اگر تأثیر «عدم پرداخت ثمن» را انفساخ (انحلال قهری) عقد بدانیم، داستان برعکس شده و امتیازی برای خریدار ایجاد می‌شود و این شرط هیچ فایده‌ای برای فروشنده نخواهد داشت؛ چرا که تا زمانی که سررسید پرداخت ثمن نرسیده است، خریدار می‌تواند ثمن را نپردازد و بعد از فرا رسیدن اجل، با استتکاف خریدار از پرداخت ثمن، عقد خودبه‌خود منحل و منفسخ می‌شود؛ در نتیجه، فروشنده فرصتی پیدا نمی‌کند که از شرطی که در حقیقت به نفع او در قرارداد درج شده بود، استفاده نماید.

۲- ایجاد حق فسخ برای فروشنده: طبق این احتمال، با استتکاف خریدار از پرداخت ثمن، فروشنده حق فسخ پیدا می‌کند و می‌تواند عقد را فسخ نماید و یا اینکه ابقا نموده و ثمن را مطالبه کند.

اصل اولیه در قراردادها «اصالة اللزوم»^۱ است. این اصل تقریباً در بیشتر نظام‌های حقوقی جهان پذیرفته شده است. در حقوق ایران، مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی را از مبانی این اصل می‌دانند و در فقه امامیه، فقها برای اثبات آن به ادله مختلفی اشاره می‌کنند که مهم‌ترین آنها «استصحاب بقای ملک خریدار بر مال خریداری شده است» (ر.ک: شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۸/۳).

برابر این اصل هیچ کدام از طرفین نمی‌توانند عقد را بر هم بزنند مگر در صورت وجود خيار یا اقاله (ماده ۲۱۹ ق.م.). حال آیا در مورد بحث می‌توان مبنایی برای حق فسخ خریدار قائل شد یا خیر؟

ماده ۲۳۹ قانون مدنی مقرر نموده است:

هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم

1. Pacta sunt servanda.

از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

این ماده در جایی که یکی از طرفین قرارداد از انجام تکالیف قانونی خود استنکاف نماید، سه ضمانت اجرا مقرر کرده است: ۱. اجرای اجباری قرارداد؛ ۲. اجرای نیابتی؛ ۳. حق فسخ

آیا این سه ضمانت اجرا که در این ماده بیان شده است، در عرض همنند یا در طول هم؟ به عبارت دیگر، آیا باید به ترتیب رفتار شود و ابتدا شخص متخلف را مجبور به انجام تعهدات قراردادی کرد و اگر نشد، در صورتی که تعهد او نیابت بردار بود، با هزینه او تعهدات او را انجام داد و اگر هیچ کدام از این دو میسر نشد، حق فسخ برای طرف پیدا می شود یا اینکه این ضمانت اجراها در عرض همنند و از همان ابتدا متعهدله، هر کدام را که برای او میسر بود، می تواند انجام دهد؟ در حقوق ایران، این مطلب اختلافی است؛ مشهور معتقدند که این ضمانت اجراها در طول همنند ولی در مقابل برخی اعتقاد دارند که اینها در عرض هم بوده و از همان ابتدا برای متعهدله، حق فسخ معامله ایجاد می شود.^۱

در هر صورت، در بیعی که دارای شرط ذخیره مالکیت باشد، التزام به اینکه این ضمانت اجراها در طول همنند، باعث بی فایده کردن شرط ذخیره مالکیت می شود (عسکری، بی تا: ۱۴۳)؛ زیرا هدف فروشنده از اینکه از سازوکار شرط ذخیره مالکیت استفاده می کند این است که اگر با اعسار یا استنکاف مشتری از پرداخت ثمن مواجه شد، به راحتی بتواند با استرداد میبع، مانع تحقق ضرر گردد. حال اگر قرار باشد، فروشنده در جایی که با استنکاف خریدار مواجه می شود، اجرای اجباری تعهدات او را از دادگاه مطالبه کند و نتواند ابتدا سراغ فسخ قرارداد و استرداد میبع برود، سؤال این است که چه فرقی بین بیع دارای شرط ذخیره مالکیت و بیع فاقد شرط ذخیره مالکیت وجود دارد؟ زیرا در بیعی که فاقد این شرط است، فروشنده ابتدا اجرای اجباری و سپس اجرای نیابتی و در نهایت اگر هیچ کدام مقدور نبود،

1. Mirghasem Jafarzadeh, "Buyer's right to withhold performance and termination of contract".

حق فسخ پیدا کرده و اقدام به فسخ قرارداد می‌نماید؛ حال اگر در بیعی که دارای این شرط است، فروشنده‌ای که با امتناع خریدار از تسلیم ثمن مواجه شده است، نتواند در ابتدا عقد را فسخ کند و مجبور باشد سراغ اجرای اجباری و نیابتی برود و در نهایت سراغ فسخ عقد را بگیرد، چه فرقی بین این دو قسم بیع خواهد بود؟

لذا به نظر می‌رسد اگر در بیعهای معمولی بپذیریم که ضمانت اجراهای مقرر در ماده ۲۳۹ در طول همدند، ولی در بیعی که دارای این شرط است این نظریه قابل پذیرش نیست و باید اینها را در عرض هم دانست.

در نتیجه اگر فروشنده با امتناع و استنکاف خریدار مواجه شد، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت و می‌تواند قرارداد را فسخ و مبیع را استرداد نماید.

درباره اینکه فسخ از چه زمانی اثر می‌کند، در حقوق ما گفته شده که فسخ نسبت به آینده تأثیر می‌کند و ماقبل را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۹/۵). البته به عقیده ما، این مطلب در فرض اطلاق است و گرنه در خصوص زمان تأثیر فسخ نیز اراده طرفین نقش فعالی دارد و آنها می‌توانند با توافق خود زمان آن را مشخص کنند.^۱

در حقوق فرانسه با توجه به ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی، نویسندگان آن نظام حقوقی معتقدند که فسخ، قرارداد را از ابتدا منحل می‌کند.

در حقوق مصر نیز همین برداشت وجود دارد. قانون مدنی این کشور در ماده ۱۶۰ مقرر می‌دارد:

«إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض»؛ اگر عقد فسخ شود متعاقدین به حالتی که انگار عقدی وجود نداشته برمی‌گردند....

ماده مذکور، قاعده عامی است که نویسندگان آن نظام حقوقی معتقدند در تمامی انواع فسخ (قضایی، اتفاقی و قانونی) نافذ است. بنابراین فسخ بیع، اثر رجعی دارد و این اثر از زمان پیدایش عقد پدیدار می‌شود (سنهوری، بی‌تا: ۸۲۶/۴).

۱. این نظریه در فقه امامیه طرفدارانی هم دارد (ر.ک: خمینی، ۱۴۱۸: ۱۲۸/۲).

کتاب شناسی

۱. پیرهادی، محمدرضا، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران، شالیزه، ۱۳۸۶ ش.
۲. خمینی، سیدمصطفی، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۳. سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
۴. شیخ انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. عسکری، حکمت الله، *توافق طرفین بر تعیین زمان انتقال مالکیت در حقوق ایران و انگلیس*، دانشگاه شهید بهشتی، بی تا.
۶. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ ش.
7. Badia Fiesolana, San Domenico (fi), *Etude compare sur la ptopriete utilisee come surete*.
8. Davies Iwan, "Retention of title clauses in sale of goods contracts in Europe", Ashgate, Dartmouth, 1999.
9. Davies, William, "Romalpa Thirty years on - still an enigma?", *Hertfordshire law Journal* 4 (2).
10. Giorgio Monti, Gilles Nejnán and Wolf J. Reuter, "The future of reservation of title clauses in the European community", *International and Comparative Law Quarterly*.
11. Jacques Ghestin, et Bernard Desche, *Traite des contrats (La Vente)*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1990.
12. Larry Coltman, Hill Hofstertter LLP, ..., "A practical guide to retention of title claims", March 2009.
13. Mazeaud (H. L. J.) *Lecons de droit civil, Tome 3 (vente et echange)*, Editions de Montchrestien, 7e, edition, 1987.
14. M. Pedamon, *La reserve de propriete en droit allemand et en droit francais*, 1982.
15. Perochon Françoise, *La reserve de propriete dans la vante de meubles corporels*, Paris, LITEC, 1988.

Cases

16. Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd {1976}.
17. Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG {1990}.
18. Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd {1981}.
19. Clough Mill Ltd v. Martin {1985}.
20. Kursell v. Timber Operators and Contractors Citation Only Provided {1923}.
21. Pongakawa Sawmill Ltd v. New Zealand Forest Products Ltd {1992} .
22. Re Bond Worth Ltd {1980}.

حقوق قابل اعمال بر تسلیحات هسته‌ای و دیدگاه دیوان بین‌المللی دادگستری*

- دکتر احمدرضا توحیدی
- استادیار گروه حقوق بین‌الملل دانشگاه قم

چکیده

بعد از بمباران اتمی ژاپن در سال ۱۹۴۵، اقدامات متعددی در توسعه حقوق بین‌الملل قراردادی مرتبط با فعالیتها و اقدامات هسته‌ای صورت گرفته است؛ اما مسئله کاربرد سلاحهای هسته‌ای اصولاً در قالب استراتژیهای نظامی محصور ماند و به همین دلیل حقوق بین‌الملل نتوانست در این باره پاسخی قاطع داشته باشد. به عنوان نمونه دیوان بین‌المللی دادگستری در پاسخ به سؤال مجمع عمومی ناچار شد مجموع مقررات مرتبط با این مسئله را مرور نماید؛ اما این مرجع قضایی نیز همانند دکتترین در عین آنکه کاربرد این سلاحها را مخالف اصل تمایز (ممنوعیت به کارگیری سلاحهای غیر هدفمند)^۱ می‌داند در وضعیت پارادوکس قرار گرفته بود؛ زیرا از یک طرف در چارچوب حقوق توسل به زور ناچار بود به حق طبیعی دفاع مشروع اعتراف نماید و از

سوی دیگر ارزش والای حیات انسانی و جامعه بشری که تا حدود زیادی در قالب عهدنامه‌های مربوط به حقوق بشردوستانه تضمین گردیده‌اند اجازه به کارگیری هر نوع سلاح و شیوه جنگی را تجویز نمی‌نمایند. بر همین اساس در این مقاله به دنبال آن هستیم تا توسل و به کارگیری سلاح هسته‌ای را از نگاه دیوان، قواعد منع توسل به زور و قواعد حقوق بین‌الملل، مورد تأمل بیشتر قرار دهیم؛ زیرا سنجش تحولات حقوقی دهه گذشته مستلزم تحقیق و دقت در رویه بین‌المللی می‌باشد.

واژگان کلیدی: تهدید به کاربرد، سلاح هسته‌ای، حقوق بشردوستانه، منع توسل به زور، حقوق بین‌الملل.

مقدمه

خصوصیت منحصر به فرد سلاح‌های هسته‌ای و عواقب فوق‌العاده دهشتناک به کارگیری آنها، این نوع سلاح‌ها را به بزرگترین نگرانی جامعه بین‌المللی تبدیل کرده است. پیشرفت تکنولوژی ساخت این سلاح‌ها، امروزه خطر آثار ویرانگر ناشی از آنها را به مراتب بیش از گذشته نموده است. به موازات این تحولات کیفی و رشد سرسام‌آور فناوری هسته‌ای، مسابقه تسلیحاتی قدرتهای بزرگ و در رأس آنها ایالات متحده آمریکا در انباشت، ذخیره‌سازی و توسعه کمی این سلاح‌ها، نابودی نوع بشر و کره حیات را در صورت وقوع جنگ هسته‌ای به امری محتمل تبدیل ساخته است. گرچه تا امروز گام‌های مختلف و گسترده‌ای جهت تدوین قواعد معاهداتی در این باره برداشته شده است از جمله می‌توان به معاهده NPT، معاهده منع جامع آزمایش‌های هسته‌ای ۱۹۹۶، رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد مشروعیت یا عدم مشروعیت تهدید و به کارگیری این سلاح‌ها اشاره کرد. البته دیوان به خصوصیت بالقوه فاجعه‌آمیز سلاح‌های هسته‌ای و عدم امکان مهار آثار مهلک و منهدم‌کننده آنها در فضا و زمان می‌پردازد و می‌گوید: «آنها این توانایی را دارند تا همه تمدن و کل اکوسیستم سیاره را از بین ببرند» (Opinion, 1996: para. 35)؛ زیرا برخی از ویژگیهای این سلاح‌ها، همچون رهاسازی مقادیر عظیم حرارت، انرژی و نیز تشعشع پر قدرت و طولانی صدمات و آسیب‌های ناشی از به کارگیری این سلاح‌ها را در مقایسه با سلاح‌های دیگر به مراتب بیشتر می‌نماید؛ بنابراین ویژگی و

آثار منحصر به فرد سلاحهای هسته‌ای و به ویژه قابلیت نابودکنندگی و اعمال ایجاد رنج و درد وصف‌ناپذیر بر بشر و توانایی اعمال صدمه به نسلهای آینده از پارامترهایی است که باید مورد توجه قرار گیرد. بر این اساس می‌توان گفت که میزان شدت و سخت‌گیری رژیم حقوقی حاکم بر ممنوع‌سازی و یا محدودسازی سلاحها، ارتباط مستقیمی با میزان خطر و آثار مخرب آنها دارد و در نتیجه، هر چه قدرت انهدام و آثار ویرانگر و آسیبهای ناشی از به کارگیری سلاحی بیشتر باشد، به همان نسبت امکان استفاده از آن نیز باید محدودتر و حتی ممنوع گردد. خصوصاً آنکه بر مبنای قواعد منشور ملل متحد، از جمله بند ۴ ماده ۲ و ماده ۵۱ که در واقع به طور عمده ترجمان حقوق بین‌الملل عرفی است، توسل به زور در روابط بین‌المللی کشورها ممنوع می‌باشد. لذا در این بحث به بررسی موضوع تهدید و به کارگیری تسلیحات هسته‌ای از منظر قواعد منع توسل به زور و حقوق بین‌الملل پرداخته می‌شود.

مهمترین معاهدات در قلمرو سلاح هسته‌ای

در ژوئن ۱۹۶۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد طی قطعنامه ۲۳۷۳/۲۲ از همه دولتها دعوت نمود تا طرح معاهده NPT را امضا و تصویب کنند و پس از آنکه اصلاحاتی دیگر به این طرح وارد شد، سرانجام در اول ژوئیه ۱۹۶۸ به صورت معاهده در آمد و بدین ترتیب برای امضای دولتها مفتوح گذارده شد. در ۵ مارس ۱۹۷۰ این معاهده رسماً به اجرا در آمد. واقعیت این است که معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای که در جهت حفظ وضع موجود بر آمده بود (ممتاز، ۱۳۷۵: ۳۶) درست در جهت مخالف منظور تهیه کنندگان با حسن نیت آن گام برداشت. مجمع عمومی که در قطعنامه ۲۰۲۸ سال ۱۹۶۵ «اهم مطالب و خطوط کلی معاهده منع گسترش را تبیین نمود» (همان) انتظار داشت معاهده منع گسترش، عاری از گریزگاههایی باشد که به قدرتهای هسته‌ای و یا غیر آن، امکان تکثیر مستقیم و یا غیر مستقیم سلاح هسته‌ای را بدهد. وانگهی این معاهده طبق نظر مجمع، باید توازن معقول در مسئولیت و تعهدات مشترک قدرتهای هسته‌ای و دیگر دولتهای عضو

برقرار کند، در حالی که تبعیض آمیز بودن و نابرابری تعهدات و حقوق دولتهای هسته‌ای و غیر هسته‌ای عضو معاهدات مذکور، امری است که اغلب بر آن اذعان دارند (ر.ک: فلسفی، ۱۳۷۳؛ ش ۱۸ و ۱۹؛ بیگزاده، ۱۳۷۴؛ ش ۱۶ و ۱۷/۲۵۱-۲۹۲).

یکی دیگر از مهمترین معاهدات در این موضوع، معاهده منع جامع آزمایشهای هسته‌ای^۱ (۱۹۹۶) می‌باشد که این معاهده به موجب قطعنامه ۵۰/۲۴۵ مورخ ۱۷ سپتامبر ۱۹۹۶ برابر با ۲۶ شهریور ۱۳۷۵ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد با ۱۵۸ رأی موافق در برابر ۳ رأی مخالف^۲ و ۵ رأی ممتنع^۳ به تصویب رسید^۴ و در ۲۴ سپتامبر همان سال برای امضای کلیه دولتها در مقر ملل متحد در نیویورک مفتوح گردید و در همان اولین روز افتتاح معاهده، ۷۶ دولت آن را امضا کردند.^۵ اکنون این تعداد به ۱۵۴ دولت بالغ گردیده، ولی تنها ۵۱ دولت آن را تصویب نموده‌اند. جمهوری اسلامی ایران از جمله کشورهایی است که در همان اولین روز گشایش معاهده برای امضا، آن را امضا نموده است.

جالب اینکه در فاصله ۵۱ ساله بین نخستین آزمایش هسته‌ای در ۱۶ ژوئیه ۱۹۴۵ و انعقاد CTBT در ۲۴ سپتامبر ۱۹۹۶ بیش از ۲۰۰۰ آزمایش هسته‌ای در سراسر جهان، به ثبت رسیده است.^۶ این میزان آزمایش هسته‌ای، تمایل شدید دولتها به گسترش کمی و کیفی، افقی و عمودی سلاحهای هسته‌ای را نشان می‌دهد و به عبارت دیگر، از تعداد آزمایشهای مذکور، کمترین نسبت آنها به آزمایشهای صلح آمیز اختصاص داشته است. گو اینکه تمرکز این آزمایشها بر اهداف نظامی و تسلیحاتی چندان هم به دور از واقعیت نبوده است. در نهایت باید گفت وضعیت سلاحهای هسته‌ای در وضعیت کنونی، تمایلات جهانی به تحدید یا گسترش سلاحهای هسته‌ای، چالشهای حقوقی فراروی گسترش افقی این سلاحها در پهنه

1. CTBT.

۲. بوتان، لیبی و هند.

۳. کوبا، لبنان، موریتانی، سوریه، جمهوری متحد تانزانیا.

4. 35 IL, 1439, (1996).

5. Homepage of CTBT Provide: <www.CTBT.org> .

6. Supra n. 4.

مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی و اتهامات یک سویه علیه برخی کشورها دایر بر فعالیت غیر صلح‌آمیز از جمله مؤلفه‌های مهم و شایان توجه در این خصوص هستند.

عدم توسل به زور در روابط بین‌المللی کشور

منشور ملل متحد به طور عمده برگردانی از حقوق بین‌الملل عرفی است و چارچوب حقوق بین‌الملل کلاسیک به شمار می‌آید. از این جهت این سند مهم در میان قواعد حقوق بین‌الملل موضوعه هم از حیث اهمیت محتوای قواعد مندرج در آن و هم از حیث برتری تعهدات دولتها در چارچوب منشور، در طبقه‌بندی اسناد و معاهدات بین‌المللی در درجه اول قرار گرفته است. مهمترین انگیزه تدوین و تصویب منشور ملل متحد حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است. در پرتو آن گام نهادن در مسیر اهداف دیگر امکان‌پذیر خواهد بود؛ زیرا ارتباط کاملاً مستقیمی با مسئله خلع سلاح یا کنترل آن دارد. قابل ذکر است در میثاق جامعه ملل بحث خلع سلاح ایده غالب بود که البته به نتیجه نرسید. لیکن منطق منشور ملل متحد، خلع سلاح کامل نیست، بلکه در منشور ملل متحد مدیریت و قاعده‌مند کردن سلاحها مد نظر قرار گرفته است و همچنان که در مقدمه منشور آمده است ملل متحد متعهد می‌شوند تا اصول منع استفاده از زور و روشهای تضمین آن را پذیرفته و به آن جامعه عمل بپوشانند. مطابق این اصول، استفاده از نیروی مسلح جز در موارد مربوط به «منافع مشترک» ممنوع خواهد بود.

ایده منشور ظاهراً واقع‌بینانه‌تر از تفکر خلع سلاح مندرج در میثاق است؛ زیرا استفاده از زور را در امور مربوط به منافع مشترک تجویز می‌نماید. از طرف دیگر در چارچوب منشور ملل متحد، دولتها برای تأمین امنیت خود به «سیستم امنیت جمعی» متکی خواهند بود که در آن صورت منطقاً اتکای تک‌تک دولتها به توانمندی نظامی و تسلیحاتی قابل توجه نخواهد بود.

ماده ۲۶ منشور ملل متحد موضوع ارتباط منطقی وظیفه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و قاعده‌مند کردن تسلیحات تحت لوای مسئولیت شورای امنیت را به

خوبی نشان می‌دهد. مطابق محتوای این ماده آرزو شده است که حداقل منافع انسانی به تولید و انباشت سلاح اختصاص یابد، بنابراین ملاحظه می‌شود که صحبت از تحریم خلع سلاح کامل نیست. بند ۱ ماده ۱۱ منشور ملل متحد نیز اختیاراتی فرعی و ثانوی در این باره به مجمع عمومی اعطا کرده است. چنانکه ملاحظه می‌شود در حقیقت منشور ملل متحد به مثابه قانون اساسی بین‌المللی اصول راهنما را در خود جای داده و مسائل جزئی و فنی هر حوزه از موضوعات بین‌المللی با الهام از این اصول باید در قالب عهدنامه‌ها و مقاله‌نامه‌ها تبلور یابند. موضوع سلاحهای اتمی نیز از این قاعده مستثنا نیست. اصول الهام‌بخش منشور در بحث سلاحهای هسته‌ای مواد ۱۱ و ۲۶ منشور می‌باشند. با وجود این، مهمترین محمل حقوقی مندرج در منشور ملل متحد که به طور غیر مستقیم به موضوع سلاحهای هسته‌ای و استفاده صلح آمیز از آن انرژی و نیز وظایف شورای امنیت مربوط می‌شود، اصول عدم توسل به زور و استثنای مهم آن یعنی دفاع مشروع و مجازاتهای قهری سازمان ملل در قالب فصل هفتم منشور می‌باشد. لذا در این مدخل وارد بحث تعارض حق جنگیدن و چگونگی جنگیدن و قواعد جنگی خواهیم شد.

بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد مقرر می‌دارد:

اعضای سازمان در روابط بین‌المللی از توسل به زور بر ضد تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولتها و نیز به هر شکلی که مغایر اهداف ملل متحد باشد، اجتناب خواهند ورزید.

همچنین ماده ۵۱ منشور ملل اشاره می‌کند:

هیچ یک از مقررات منشور حاضر به حق طبیعی دفاع مشروع دولتها اعم از دفاع مشروع فردی یا گروهی که در حین تجاوز به آنها به آن تمسک خواهند جست خدش‌های وارد نخواهد کرد، تا هنگامی که شورای امنیت اقدامات مقتضی را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ نماید.

میان قاعده عدم توسل به زور مندرج در بند ۴ ماده ۲ و قاعده مسلم حقوق بین‌المللی (ملهم از حقوق داخلی) یعنی حق طبیعی و ذاتی دفاع مشروع، مندرج در ماده ۵۱ منشور ملل متحد یک ارتباط منطقی وجود دارد. در واقع حق دفاع مشروع

قاعده‌ای است که تکمیل‌کننده سیستم امنیت جمعی است. بدین توضیح که در چارچوب منشور ملل متحد حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به شکلی متمرکز بر عهده شورای امنیت گذارده شد. لیکن در صورت وقوع تجاوز و تا زمانی که شورای امنیت فرصت مداخله و سازماندهی مقابله با تجاوز را پیدا نماید مدتی طول خواهد کشید؛ زیرا شورای امنیت یا باید از دولتهای عضو تقاضای نیرو کرده و تحت کنترل و فرماندهی خود عملیات سرکوب تجاوز را اداره کند و یا باید طی قطعنامه‌ای انجام این وظیفه را به دولت یا سازمانی بین‌المللی واگذار نماید.^۱ در هر حال در این بین، زمان زیادی از دست خواهد رفت. از این روست که دولت قربانی تجاوز حق دارد اقدامات مقتضی را جهت دفع تجاوز -البته با رعایت اصول و موازین مربوط- اتخاذ نماید.

اصل تناسب و اصل ضرورت و موقتی بودن از معیارهای مفروض قاعده دفاع مشروع می‌باشند. ناگفته نماند که ماده ۵۱ منشور اشاره‌ای به این معیارها نمی‌کند لیکن در حقوق بین‌الملل عرفی که قاعده دفاع مشروع در آن نشو و نما کرده است اصول و معیارهای مذکور از شرایط جدایی‌ناپذیر اجرای حق ذاتی دفاع مشروع به شمار می‌آیند (ر.ک: زمانی، ۱۳۷۵: ش ۲۰/۲۵۱-۲۹۷).

امروزه پیرامون اصل عدم توسل به زور که در دکتترین حقوق بین‌الملل کلاسیک مهم‌ترین دستاورد منشور ملل تلقی می‌شود،^۲ بسیار گفته و نوشته شده است. بعد از ممنوعیت مطلق توسل به قوای قهری، نقض و تخلف از آن عمدتاً در سایه قاعده دفاع مشروع توجیه شده است. بر این اساس دولتها تلاش می‌کنند توسل به زور را تحت لوای قواعد دیگر حقوقی توجیه نمایند، چرا که اصل عدم توسل به زور امروزه به عنوان یک تعهد الزام‌آور و یک قاعده عام و آمره (Jus cogens) قابل خدشه نیست.

هنگامی که توسل به زور مطلقاً ممنوع باشد توسل ابتدایی به هر سلاحی اعم از

۱. ر.ک: متن سخنرانی دکتر جمشید ممتاز که در تاریخ ۱۳۸۱/۷/۸ در مرکز مطالعات عالی بین‌المللی دانشگاه تهران ایراد گردیده است.

۲. گرچه در صحنه عمل، به کارگیری زور در جامعه بین‌المللی به کرات مشاهده شده و می‌شود.

هسته‌ای و یا غیر هسته‌ای ممنوعیت مطلق دارد. در این راستا برخی دولتهای دارندهٔ سلاحهای هسته‌ای برای نشان دادن حسن نیت خود در رقابتهای تسلیحاتی و اطمینان بخشیدن به جامعهٔ بین‌المللی اعلام کرده‌اند که اولین استفاده کننده از سلاح اتمی نخواهند بود^۱ و در این راستا دکترین «توسل اول ممنوع»^۲ در روابط بین‌الملل در حال استقرار است. اما نباید فراموش کرد که قاعدهٔ دفاع مشروع به عنوان حق ذاتی در قالب حقوق توسل به زور هنوز مدخل خطرناکی در جهت توسل به این سلاحهاست.

قواعد ناظر بر تسلیحات اتمی

بررسی قلمروی از حقوق بین‌الملل که ممکن است متضمن ممنوعیت توسل به سلاحهای هسته‌ای باشد، از مسائل حائز اهمیت است که هرگونه پاسخی به مشروعیت یا عدم مشروعیت تهدید و کاربرد آن، بدون توجه به نکتهٔ فوق میسر نمی‌باشد. چنانکه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قبال سؤال مجمع عمومی، تلاش می‌نماید تا از میان مجموعهٔ متنوع و گستردهٔ قواعد و مقررات حقوقی بین‌المللی، قواعد مرتبط با موضوع را شناسایی و مورد بررسی قرار دهد (Beldsoe and Boczek, 1987: 394).

مخالفان مشروعیت توسل به سلاحهای هسته‌ای، بر این عقیده‌اند که این ممنوعیت را می‌توان از قواعد ناظر بر به کارگیری زور در روابط بین‌الملل، مندرج در منشور سازمان ملل متحد، حقوق راجع به محیط زیست، قواعد و مقررات ناظر بر حقوق بشر و حقوق بشردوستانهٔ بین‌المللی یا حقوق مخاصمات مسلحانه، احراز نمود. اما دیوان برخی از منابع حقوقی مورد استناد را بی‌ارتباط با مسئلهٔ مطروحه قلمداد نمود (Opinion, 1997: para. 24 ff). لذا نقد و بررسی نظر دیوان در اعلام عدم ارتباط یا غیر قابل اجرا بودن این مقررات، قابل بررسی و تأمل است.

طرفداران عدم مشروعیت کاربرد سلاحهای هسته‌ای، توسل به این سلاحها و

۱. دولتهای اتحاد جماهیر شوروی سابق و چین (دارندگان سلاح اتمی) از این دسته هستند.

2. "No first use".

تلفات جانی ناشی از آن را تجاوز به «حق زندگی»^۱ و محروم ساختن خودسرانه افراد بشر از چنین حقی، که در ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۲ تضمین شده است، قلمداد نموده‌اند. متقابلاً، این استدلال از طرف مخالفان وجود داشته است که این سلاحها هرگز در میثاق پیش‌بینی نشده‌اند؛ زیرا اصولاً هدف از تدوین میثاق، اجرای آن قواعد در زمان صلح بوده است. اما به نظر دیوان، قواعد و مقررات مربوط به حقوق بشر، از جمله ماده ۶ میثاق که فقط سلب خودسرانه زندگی را ممنوع می‌سازد، در زمان جنگ نیز اجرا می‌شود و حق زندگی را نمی‌توان تحت هیچ شرایطی با اجرای ماده ۴ میثاق^۳ معلق نمود. مع الوصف، از آنجا که کشتن، یک ویژگی ذاتی جنگ است، تعیین اینکه آیا وقوع سلب زندگی در یک مخاصمه مسلحانه خودسرانه بوده است یا نه و اینکه چه چیزی به منزله سلب خودسرانه زندگی است، باید فقط با مراجعه به حقوق خاص حاکم و ضابطه‌ای در خارج میثاق صورت پذیرد. دیوان این حق را حقوق قابل اعمال در مخاصمه مسلحانه، که به منظور تنظیم رفتار و عملیات جنگی طراحی شده است، می‌داند (Ibid.: para. 25).

به این ترتیب، تنها در صورتی اقدام به کشتن در یک مخاصمه مسلحانه می‌تواند به عنوان کشتن خودسرانه، از نقطه نظر ماده ۶ میثاق تلقی شود که چنین اقدامی مغایر با حقوق بشردوستانه باشد (Ibid.). در نتیجه، ضابطه مورد بحث باید به ویژه در

1. The "Right to life" in the light of international humanitarian law is interpreted in D. Weissbrodt and B. Andrus, "The Right to life during Armed Conflict: Disabled People's Internationnal v. United States", 29 Harvard International Law Journal 59 (1988).
2. International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly on 16 December 1966, reproduced in 6 International Legal Materials 368 (1967).

بند اول ماده ۶ میثاق مقرر می‌دارد که حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است و هیچ فردی را نمی‌توان خودسرانه از چنین حقی محروم کرد. مشابه این مقرر در کنوانسیون اروپایی (ماده ۲) و نیز آمریکایی (ماده ۴) حقوق بشر وجود دارد.

۳. طبق این ماده، چنانچه خطری عمومی و استثنایی موجودیت ملتی را تهدید نماید، امکان اتخاذ تدابیری خارج از الزامات مقرر در میثاق، تحت شرایطی وجود دارد.

حقوق مربوط به حق توسل به جنگ^۱ و حقوق ناظر به رفتار جنگی^۲ یافت شود که به عقیده دیوان، به منظور حکومت بر کاربرد سلاحها از جمله سلاحهای هسته‌ای در مخصصات مسلحانه طراحی شده‌اند.

به نظر دیوان، میثاق تا آنجایی در زمان جنگ قابل اجراست که تخلف از آن صریحاً مجاز شمرده نشده باشد (Ibid.). این اظهار نظر، هم از نظر ماهوی و هم از لحاظ شکلی حائز اهمیت می‌باشد؛ زیرا گرچه حق زندگی ممکن است چیزی به حقوق بشر دوستانه نیفزاید، اما قواعد و مقررات دیگر مندرج در معاهدات راجع به حقوق بشر از آنچه که در حقوق بشر دوستانه قراردادی یا عرفی وجود دارد فراتر می‌رود. به علاوه معاهدات مربوط به حقوق بشر از ضمانت اجرایی قوی‌تر و مؤثرتری در مقایسه با معاهدات حقوق بشر دوستانه، برخوردار می‌باشند.

در مورد استدلال دیگر مخالفان، یعنی ممنوعیت توسل به سلاحهای هسته‌ای بر طبق کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرم نسل‌کشی^۳، دیوان خاطرنشان می‌سازد که کاربرد این سلاحها، همانند هر سلاح غیر هسته‌ای، در صورتی در حکم کشتار دسته‌جمعی و نقض کنوانسیون مربوط محسوب می‌شود که چنین کاربردی با عنصر «قصد نابودی» نسبت به یک گروه معین، آن گونه که در ماده دوم کنوانسیون پیش بینی شده است، همراه باشد (Ibid.: para. 26). بعضی از دولتها با استناد به معاهدات و اسناد بین‌المللی مختلف، چنین استدلال کرده‌اند که بر طبق معیارهای موجود مربوط به حفاظت و حمایت از محیط زیست، هر نوع کاربرد سلاحهای هسته‌ای نامشروع است (Ibid.: para. 27). دیوان در پاسخ به این استدلال، ضمن تأیید این نکته که به کارگیری سلاحهای هسته‌ای می‌تواند موجب یک فاجعه برای محیط زیست گردد؛ وجود تعهد کلی کشورها به تضمین احترام محیط زیست کشورهای

1. jus ad bellum.

2. jus in bello.

3. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted by General Assembly Resolution 260 A (III) of 9 December 1984, reprinted in A. Roberts and R. Guelff (eds.), Documents on the Laws of War, Clarendon Press & Oxford University Press, New York, 1982, at 157.

دیگر و نواحی خارج از صلاحیت و کنترل ملی را امروزه بخشی از مقررات حقوق بین‌الملل ناظر به محیط زیست می‌داند (Ibid.: para. 29).

اما در نهایت این استدلال را که استفاده از سلاحهای هسته‌ای، به موجب معاهدات عام یا حقوق عرفی راجع به محیط زیست، ممنوع شده است رد می‌کند و اظهار می‌دارد تا آنجا که به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل اول ژنو راجع به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی ۱۹۷۷^۱ مربوط می‌شود، این مقررات حمایت بیشتری از محیط زیست به عمل می‌آورند و متضمن «محدودیتهای قوی برای کلیه دولتهایی که این مقررات را پذیرفته‌اند» می‌باشند (Ibid.: para. 31). به عقیده دیوان، معاهدات مربوط به محیط زیست بر آن نبوده‌اند که دولتها را از تمسک به «حق دفاع از خود» محروم سازند، اما دولتها باید ملاحظات زیست‌محیطی را به هنگام ارزیابی اینکه در تعقیب اهداف نظامی مشروع خود چه چیزی ضروری و متناسب است، مورد توجه قرار دهند (Ibid.: para. 30). همچنین با اشاره به قطعنامه ۴۷/۳۷ مجمع عمومی^۲ درباره حمایت از محیط زیست در زمانهای مخاصمه مسلحانه، آن را مؤید دیدگاه کلی می‌داند که در اجرای حقوق حاکم در مخاصمه مسلحانه، ملاحظات زیست‌محیطی باید مورد توجه قرار گیرند و اینکه «نابودی محیط زیست که به موجب ضرورت نظامی توجیه نشده و عمداً صورت پذیرد، آشکارا مغایر با حقوق بین‌الملل موجود است» (Ibid.: para. 32).

در نتیجه، به نظر دیوان گرچه حقوق بین‌الملل موجود مربوط به حمایت از محیط زیست صریحاً کاربرد سلاحهای هسته‌ای را ممنوع نمی‌سازد، در چارچوب اجرای اصول و قواعد اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه، عوامل مهم زیست‌محیطی باید مورد توجه قرار گیرند (Ibid.: para. 33). لذا می‌توان استدلال نمود که زیان

1. Geneva protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 12 December 1977 (Protocol I), reprinted in 16 International Legal Materials 1391 (1977).

بند ۳ ماده ۳۵ پروتکل اول به کار بردن شیوه‌ها یا وسایل جنگی را که هدف آنها وارد آوردن خسارات شدید، گسترده و درازمدت بر محیط زیست طبیعی باشد و یا احتمال وجود چنین اثراتی وجود داشته باشد ممنوع می‌سازد. ماده ۵۵ پروتکل نیز متضمن تعهد کشورها به حفاظت از محیط زیست در برابر آسیبهایی این گونه می‌باشد.

2. General Assembly Resolution 47/37 of 25 November 1992.

گسترده، درازمدت و شدید ناشی از به کارگیری سلاحهای هسته‌ای به محیط زیست، استدلالی کلیدی به نفع منع مطلق مشروعیت چنین سلاحهایی است،^۱ البته دیوان دو اصل ضرورت و تناسب را در این رابطه به عنوان معیار قابل اعمال قلمداد می‌نماید (Ibid.: para. 30).

اینکه آیا ارجاع دیوان به این دو اصل به محدودیتهای کلی تری اشاره دارد که در بافت حقوق راجع به دفاع مشروع نهفته است و یا اینکه اصل تناسب خسارت جنبی در چارچوب حقوق بشردوستانه، مورد نظر می‌باشد، به وضوح معلوم نیست. اگر متمایل به برداشت اخیر شویم، معنای آن این است که «محیط زیست، یک هدف غیر نظامی است و حتی حمله به یک هدف نظامی باید متوقف شود، اگر اثر حمله بر محیط زیست از ارزش هدف نظامی، تجاوز نماید» و در نتیجه «به صرف این واقعیت که حملات در منطقه‌ای صورت پذیرفت که سکنه انسانی کم و یا هیچ نداشت، نمی‌توان به آسانی استدلال نمود که قاعده تناسب نقض نشده است» (Beck, 1997: 52).

دیوان، قواعد حقوقی اعمال‌پذیر در این باره را به سه زمینه خاص یعنی مقررات منشور در مورد توسل به زور، حقوق مخاصمات مسلحانه و هر معاهده خاص دیگری که ممکن است با موضوع ارتباط داشته باشد، محدود نمود (Opinion, 1997: para. 34). در بررسی صحیح و اعمال قواعد ناظر بر توسل به زور و حقوق مخاصمات مسلحانه، دیوان لزوم توجه به ویژگیهای خاص و منحصر به فرد سلاحهای هسته‌ای را همچون توان تخریبی فوق العاده این سلاحها، توانایی آنها در وارد کردن تلفات انسانی بی‌شمار و قابلیت آنها در صدمه رساندن حتی به نسلهای بعدی، مورد تأکید قرار می‌دهد (Ibid.: para. 36).

مسئله مشروعیت یا عدم مشروعیت توسل به سلاحهای هسته‌ای در پرتو مقررات

1. See generally P. Weiss, B. Weston, R. Falk and S. Mendlowitz, "Draft Memorial in support of the application by the World Health Organization for an advisory opinion by the International Court of Justice on the legality of the use of nuclear weapons under International law", 4 *Transnational Law and Contemporary Problems* 2 (1994), at 24 ff.

منشور راجع به تهدید یا توسل به زور، از جمله بند ۴ ماده ۲ و ماده ۵۱^۱ مورد توجه دیوان قرار می‌گیرد (Ibid.: para. 37 ff) و با اشاره به اینکه اصول و مقررات منشور در خصوص ممنوعیت تهدید یا به کارگیری زور و حق دفاع از خود به سلاح خاصی اشاره نداشته، در مورد هر نوع توسل به زور، صرف نظر از نوع سلاح به کار گرفته شده، اجرا می‌شود، خاطر نشان می‌سازد:

سلاحی که در حال حاضر، خواه به موجب معاهده و یا عرف، فی نفسه نامشروع می‌باشد، به دلیل کاربرد آن برای هدفی مشروع بر طبق منشور مشروع نمی‌شود (Ibid.: para. 39).

بدین ترتیب، در اجرای مقررات مربوط به دفاع مشروع و حق توسل به زور در مورد کاربرد سلاحهای هسته‌ای، دیوان به اتفاق آرا به نتیجه مندرج در بند C(۲) ۱۰۵ می‌رسد. دیوان حق توسل به زور و حق ذاتی دفاع از خود را خواه به صورت فردی و خواه به صورت دسته‌جمعی، طبق ماده ۵۱ منشور، مشروط به محدودیتهایی می‌داند که برخی از آنها در خود این ماده تصریح شده و برخی دیگر در کنه مفهوم دفاع مشروع وجود دارند (Ibid.: para. 40) که این محدودیتها عبارتند از شرایط ضرورت و تناسب که عرفی بودن ماهیت آنها، مورد تأیید دیوان نیز قرار گرفته است (Ibid.: para. 41).

اصل تناسب در جایی اعمال می‌شود که استفاده از سلاحی مجاز بوده و هدف انتخابی نیز در مفهوم حقوق بشردوستانه، هدفی نظامی باشد. در چنین حالتی، اگر تلفات و صدمات جنبی قابل پیش‌بینی ناشی از حمله با چنین سلاحی در مقایسه با ارزش اهداف نظامی، بیش از حد باشد، استفاده از آن ممنوع است.^۲ در نتیجه، در

۱. بند ۴ ماده ۲ منشور، کشورهای عضو را از تهدید یا توسل به زور علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری منع می‌نماید و ماده ۵۱ که مکمل آن می‌باشد، حق ذاتی دفاع از خود را خواه به صورت فردی یا دسته‌جمعی به رسمیت می‌شناسد.

2. Doswald - Beck, supra note 56, at 44. For more details see generally B. L. Brown, "The proportionality principle in the humanitarian law of warfare: Recent efforts at codification", 10 Cornell International Law Journal, 1976, at 134-155. The concept of proportionality and its areas of application is also discussed by J. Delbruck, "Proportionality" in 7 Encyclopedia of Public International Law, ed. By R. Bernhardt, North - Holland Publishing Company, Amsterdam, 1984, at 396-400.

تعیین اینکه به کارگیری سلاح مشخصی در مورد خاصی مشروع است یا نه، ضروری است که هم اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی و هم مقتضیات حق دفاع از خود مورد توجه قرار گیرد. به همین دلیل است که دیوان، گرچه اصل تناسب را فی نفسه مانعی در به کارگیری سلاحهای هسته‌ای در مقام دفاع از خود نمی‌داند، تأکید می‌نماید:

توسل به زوری که بر طبق حقوق ناظر به دفاع از خود متناسب می‌باشد، به منظور مشروع بودن همچنین باید مقتضیات حقوق قابل اعمال در محاصمه مسلحانه را که به‌ویژه شامل اصول و قواعد حقوق بشردوستانه می‌باشد، تأمین کند (Ibid.: para. 42).

حکومت حقوق بشردوستانه بین‌المللی بر کلیه طرفهای یک محاصمه مسلحانه، صرف نظر از اینکه کدام یک از آنها در مقام دفاع از خود است، از دیرباز به رسمیت شناخته شده است. حداقل دو قرن است که دولتها با رویه خویش و حقوقدانان با آثار و نظرات خود آن را تأیید و تصدیق نموده‌اند. تنها نکته مورد اختلاف عبارت از این بوده است که آیا در یک محاصمه مسلحانه، محدودیتهایی که در کنه حقوق ناظر به دفاع از خود، یعنی ضرورت و تناسب، در مفهوم کلی وجود دارد، علاوه بر محدودیتهای خاص حقوق بشردوستانه، اعمال می‌گردد یا نه؟ گرچه دیوان هرگز استفاده از سلاحهای هسته‌ای را به عنوان یک تدبیر متناسب در دفاع از خود نمی‌پذیرد، اما با یادآوری اینکه شورای امنیت از تضمینهای امنیتی داده‌شده توسط قدرتهای هسته‌ای استقبال کرده است (Ibid.: para. 45) و این دلالت بر آن دارد که همه کاربردهای سلاحهای هسته‌ای ناقض مقررات منشور دربارهٔ توسل به زور نیست، مع الوصف، رعایت اصول و قواعد حقوق بشردوستانه را علاوه بر مقتضیات دفاع از خود، در به کارگیری سلاحی خاص، مورد تأکید قرار می‌دهد. اما به نظر می‌رسد که در نتیجه‌گیری نهایی دیوان، این باور لحاظ نشده است؛ در غیر این صورت، بند E (۲) ۱۰۵ حاصل آن نمی‌بود.

با توجه به آنکه حق دفاع از خود تابع رعایت اصل تناسب است، می‌توان استنباط نمود که برای تضمین رعایت اصل تناسب، باید درجه و شدت زور به کار گرفته‌شده یعنی اسلحه و مهماتی که یک کشور ممکن است به طور قانونی مورد

استفاده قرار دهد، با زور و اسلحه و امکانات طرف مقابل، قابل مقایسه و متناسب باشد. به علاوه، شرایط ضرورت و تناسب مستلزم این می‌باشد که نتیجه به کارگیری سلاحهای هسته‌ای در فرض دفاع از خود، قابل پیش‌بینی باشد تا فقط حمله و تجاوز صورت گرفته را با شدت قابل مقایسه‌ای تلافی نماید که با هیچ وسیله دیگری قابل خنثی کردن نیست.

اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا شدت و حد استثنایی زور و صدماتی که از کاربرد سلاحهای هسته‌ای ایجاد می‌شود با محدودیتهای موجود در مجموعه حقوق دفاع از خود، در رابطه با «اصل تناسب» سازگاری و انطباق دارد.

آنچه از بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی، در خصوص رابطه بین حقوق ناظر به دفاع از خود و حقوق بشردوستانه استنباط می‌شود این است که در بعضی موارد از دفاع مشروع، اصول و قواعد حقوق بشردوستانه اعمال نمی‌گردد. این نتیجه‌گیری نه تنها در تناقض آشکار با بندهای ۴۱ و ۴۲ رأی دیوان می‌باشد که لزوم رعایت حقوق بشردوستانه را مورد تأکید قرار می‌دهد، بلکه مثل این است که گفته شود در شرایط حاد خطر، فرد می‌تواند اجرای قواعد و اصول حقوق بشردوستانه را به منظور برخورد و مواجهه با حمله یا تجاوز ترک کند؛ در حالی که این قواعد اصولاً برای رعایت در چنین وضعیتهایی وضع شده‌اند.

بطالان این دیدگاه، توسط دیوان نورنبرگ، در پرونده‌های متعددی مورد تأکید قرار گرفته است (Ibid., Dissenting Opinion of Judge Weeramantry: 81-82). این در حالی است که اکثریت قضات، اشاره‌ای به استنباط خویش از اصل تناسب ننموده و یا آن را اصولاً بی‌ارتباط با موضوع بحث دانسته‌اند، تنها تنی چند از آنان،^۱ با تکیه بر این اصل، اظهار می‌دارند که در بعضی موارد آثار جنبی سلاحهای هسته‌ای بیش از حد نمی‌باشد.

قابل ذکر است دولتهایی که معتقدند تهدید یا توسل به سلاحهای هسته‌ای در بعضی شرایط مشروع می‌باشد، در تقویت ادعای خود، به دکترین و رویه

1. See e.g. Opinion, Dissenting Opinion of Vice - President Schwebel, at 7 and Dissenting Opinion of Judge Higgins, paras. 20-21.

بازدارندگی استناد می‌نمایند (Opinion, 1997: para. 66) و اذعان می‌دارند که پس از به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای توسط ایالات متحده آمریکا در ۱۹۴۵، این تکنولوژی به تدریج در اختیار چند کشور بزرگ قرار گرفت. از آن زمان تا کنون، توان هسته‌ای به عنوان یک وسیله بازدارنده تلقی شده است. به موجب سیاست بازدارندگی دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای یا دولتهایی که تحت حمایت قدرتهای هسته‌ای قرار دارند سعی می‌کنند تا از تجاوز نظامی، با اثبات اینکه چنین تجاوزی بی‌فایده خواهد بود، ممانعت به عمل آورده، به این ترتیب، به قصد استفاده از سلاح‌های هسته‌ای جنبه باورپذیری دهند.^۱ از نظر آنها، این سیاست بهترین شیوه برای تضمین این است که سلاح‌های هسته‌ای هرگز مورد استفاده قرار نگیرند.

دیوان با بیان اینکه حامیان دکترین بازدارندگی همیشه حق کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را در اعمال حق دفاع مشروع در برابر حمله‌ای نظامی که منافع حیاتی آنها را تهدید نماید، برای خود محفوظ داشته‌اند (Ibid.)، به وجود و استمرار اعتقاد به رویه بازدارندگی در معدودی از کشورها، در بخش اعظم دوران جنگ سرد اشاره می‌نماید (Ibid.: para. 67). دیوان همچنین وجود تضاد مستمری را تصدیق می‌نماید که بین باور و اعتقاد حقوقی در حال شکل‌گیری، درباره عدم مشروعیت استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، که در قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد، از جمله قطعنامه غالباً مورد استناد ۱۶۵۳^۲ متجلی است، از یک طرف، و اعتقاد همچنان قوی به رویه بازدارندگی از طرف دیگر، خودنمایی می‌نماید (Ibid.: para. 73).

گرچه دیوان این استدلال را که سیاست بازدارندگی نقش اساسی در امور امنیتی بین‌المللی ایفا نموده است، تصدیق می‌نماید اما وجود باور و اعتقاد حقوقی غالب را در این باره با توجه به شکاف عمیق در جامعه بین‌المللی در خصوص این مورد منتفی می‌داند (Ibid.: para. 67). مع الوصف، به نظر می‌رسد که تضاد مورد بحث،

1. H. Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of nuclear weapons", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. - Feb. 1997, at 58-59.
2. General Assembly Resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961.

در نتیجه گیری نهایی دیوان در عبارت دوم بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی، با غلبه نظریه بازدارندگی متجلی گردیده است.

شاید سلاحهای هسته‌ای توانسته باشند از مواجهه مستقیم بین قدرتهای بزرگ جلوگیری نموده باشند، اما بدون شک، تهدید هسته‌ای هرگز نتوانسته از بروز منازعات بی‌شماری که در آن افراد بی‌گناه و غیر نظامیان بیشترین هزینه را پرداخته‌اند، جلوگیری نماید. در نتیجه، سیاست بازدارندگی تنها در رابطه با کشورهای دارای سلاحهای هسته‌ای موضوعیت داشته است. مضافاً، دیری نخواهد پایید که در صورت دسترسی آسان یا ممکن به تکنولوژی هسته‌ای توسط کشورهای دیگر، تکیه بر سیاستهای دفاعی مبتنی بر بازدارندگی هسته‌ای، زیر سؤال خواهد رفت. از این رو، تنظیم معاهده‌ای برای منع کامل و جامع اکتساب، تولید، تملک، استقرار و آزمایش سلاحهای هسته‌ای باید در رأس برنامه‌ها قرار گیرد.

ابراز ناتوانی دیوان، در اعلام نظر درباره قانونی یا غیر قانونی بودن توسل به سلاحهای هسته‌ای، بسیار تأسف برانگیز است که بر اساس تصریح به جهل بر شناسایی حق دفاع مشروع از خود بنا گردیده است. در این ابراز عقیده که وضعیت حاد دفاع مشروع ممکن است توسل به سلاحهای هسته‌ای را توجیه‌پذیر سازد، دیوان خلط شگفتی بین حق توسل به جنگ «*jus ad bellum*» و حقوق ناظر به رفتار جنگی «*jus in bello*» مرتکب می‌شود.

در حالی که قاعده بنیادین حقوق بشردوستانه مبتنی بر آن است که حقوق ناظر به رفتار جنگی باید در همه حال به طور یکسان توسط طرفین مورد احترام قرار گیرد، فارغ از اینکه کدام طرف در مقام دفاع از خود می‌باشد، دیوان امکان عدول از اصول و قواعد مربوط به رفتار جنگی را در بعضی از موارد دفاع مشروع منتفی نمی‌داند؛ در حالی که حتی خود دولتهای هسته‌ای نیز که نزد دیوان ظاهر شده‌اند همگی پذیرفته‌اند یا مورد مناقشه قرار نداده‌اند که هر نوع تهدید یا به کارگیری قانونی سلاحهای هسته‌ای باید با رعایت هم حقوق راجع به حق توسل به زور و هم حقوق ناظر به رفتار جنگی صورت پذیرد (Ibid.: para. 22; Dissenting Opinion of Judge Higgins: para. 29)؛ در واقع، دیوان به جای پاسخ به این سؤال که در چه شرایطی استفاده از سلاحهای

هسته‌ای ممکن است با اصول کلی حقوق بشردوستانه منطبق باشد و یا اثبات اینکه مثلاً چنین تهدید یا استفاده‌ای ضرورتاً ناسازگار با حقوق ناظر به رفتار جنگی نیست، یکی از اصول اساسی حقوق راجع به مخاصمات مسلحانه، یعنی اصل تساوی کشورهای متخاصم را از نظر حقوق جنگ،^۱ مورد تردید قرار داده است.

برداشتی که می‌توان از نظر اکثریت قضات دیوان، در دو بخش از بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی به عمل آورد، این است که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای به طور ناگزیر موجب نقض حقوق ناظر به رفتار جنگی است، اما دیوان این احتمال را که ممکن است در بعضی شرایط نامعین، حق توسل به زور، در شکل یک مورد حاد دفاع از خود، استفاده از این سلاحها را توجیه‌پذیر سازد، رد نمی‌کند.^۲ چنین دیدگاهی فوق‌العاده تأسف‌برانگیز است و یافته‌ای تا این حد مغایر با اساس حقوق بشردوستانه، در واقع دلیلی بر بی‌اعتباری خود (این استدلال) می‌باشد؛ زیرا اگر منشور اقدام دولتی را در توسل به زور در مقام دفاع از خود مشروع قلمداد کرده باشد، اما از روشها و وسایل جنگی‌ای استفاده نماید که طبق حقوق مخاصمات مسلحانه مغایر با حقوق بشردوستانه باشد، عمل آن دولت غیر قانونی است. برعکس، اگر دولتی همه مقررات بشردوستانه را رعایت نماید، اما توسل آن دولت به زور تجاوز کارانه باشد و یا از آنچه که می‌تواند در مقام دفاع از خود متناسب تلقی شود تجاوز نماید، اقدام آن دولت مشروع نخواهد بود.^۳

دیوان و قواعد حاکم در مخاصمات مسلحانه

به نظر دیوان، علاوه بر لزوم رعایت مقررات منشور در خصوص استفاده از زور، با به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای، هرگونه «تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، همچنین باید با الزامات حقوق بین‌الملل حاکم در مخاصمات مسلحانه، به ویژه با

1. Protocol I, supra note 48, Preamble and Article 96, para. 3 (C).

2. See Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 29; Separate Opinion of Judge Fleischhauer.

۳. حتی خود دیوان نیز در قسمت‌های مختلف نظر مشورتی، به ویژه در قسمت‌های C و D بند (۲) ۱۰۵، به شکلی این نکته را تأیید می‌نماید.

الزامات اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی... مطابقت داشته باشد» (Opinion, 1997: para. 105 (2) D).

برای احراز اینکه آیا حقوق بین‌الملل متضمن قواعد خاصی راجع به عدم مشروعیت کاربرد سلاحهای هسته‌ای می‌باشد، دیوان ابتدا به بررسی موضوع در حقوق بین‌الملل قراردادی و آنگاه عرفی می‌پردازد و سپس در صدد برمی‌آید تا موضوع را در پرتو اصول و قواعد بشردوستانه اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه و نیز حقوق بی‌طرفی مورد مطالعه قرار دهد (Ibid.: para. 51) و همان‌طور که قبلاً اشاره شد، در این مقام به دنبال «ممنوعیت» می‌گردد تا مشخص سازد که آیا در حقوق بین‌المللی قراردادی و یا عرفی هیچ منعی راجع به کاربرد سلاح هسته‌ای وجود دارد یا نه؟

طرفداران غیر قانونی بودن سلاحهای هسته‌ای، این‌گونه استدلال نموده‌اند (Ibid.: para. 54) که این سلاحها باید همانند سلاحهای سمی تلقی گردند که بر طبق اعلامیه دوم لاهه ۱۸۹۹؛^۱ بند (الف) ماده ۲۳ مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷^۲ و پروتکل ژنو ۱۹۲۵^۳ ممنوع اعلام گردیده است. در این اسناد، به ترتیب به کارگیری «پرتابه‌هایی که هدف انحصاری آنها عبارت است از پخش گازهای خفکان‌آور یا مضر»، «سم یا سلاحهای سمی» و «گازهای خفه‌کننده سمی یا گازهای دیگر و کلیه مایعات، مواد یا وسایل مشابه در جنگ» صریحاً منع شده است.

البته دیوان، ضمن رد این استدلال که سلاحهای هسته‌ای تا حدودی به گازهای سمی شبیه می‌باشند، مقرر می‌دارد که بر طبق هیچ یک از مقررات پیش‌گفته

1. The Second Hague Declaration of 29 July 1899, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 35.
2. Hague Convention (IV) Respecting the Law and Customs of War on Land, 18 October 1907, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 43.
3. Geneva Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 137.

نمی‌توان کاربرد سلاحهای هسته‌ای را ممنوع قلمداد کرد (Ibid.: para. 56)؛ زیرا مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه هیچ تعریفی از «سم یا سلاحهای سمی» ارائه نمی‌دهند و پروتکل ژنو ۱۹۲۵ نیز معنای «مواد یا وسایل مشابه» را مشخص نمی‌سازد. به علاوه، دیوان مدعی است، رویه دولتها ثابت می‌نماید که این واژه‌ها در مفهوم متعارف خود به عنوان سلاحهایی هستند که «اثر اصلی یا حتی انحصاری آنها عبارت از مسموم ساختن یا خفه کردن می‌باشد» (Ibid.: para. 55).

دیوان همچنین می‌افزاید، روالی که تا کنون در رابطه با سلاحهای دارای قدرت نابودی وسیع وجود داشته این بوده است که به وسیله اسناد خاصی نامشروع اعلام شوند؛ از جمله جدیدترین این اسناد عبارتند از: کنوانسیون ۱۹۷۲ در خصوص سلاحهای باکتریولوژیکی (بیولوژیکی)^۱ و کنوانسیون ۱۹۹۳ پاریس در رابطه با سلاحهای شیمیایی.^۲ اما «هر یک از این اسناد در شرایط و به دلایل خاص خود مورد مذاکره و تصویب قرار گرفته‌اند» و «در معاهداتی که صریحاً کاربرد بعضی از سلاحهای دارای قدرت نابودی وسیع را منع می‌نمایند، دیوان هیچ ممنوعیت خاصی راجع به توسل به سلاحهای هسته‌ای نمی‌یابد» (Ibid.: para. 57). در نتیجه، با توجه به عدم ممنوعیت صریح و اینکه موضوع سلاحهای هسته‌ای در طول مذاکرات منتهی به این اسناد هرگز مطرح نشده است، نمی‌توان به آن اسناد و معاهدات به عنوان منبع ممنوعیت تهدید یا توسل به سلاحهای هسته‌ای نگریست.

ارزیابی و استدلال دیوان، در رد ملاک تحریم مقرر در بند (الف) ماده ۲۳ مقررات لاهه و پروتکل ۱۹۲۵ نسبت به سلاحهای هسته‌ای، بدون اشکال نمی‌باشد.^۳ این ادعا که متون مورد بحث فقط سلاحهایی را ممنوع می‌سازند که «اثر اصلی یا حتی انحصاری آنها عبارت از مسموم ساختن یا خفه کردن می‌باشد»، مبتنی بر چه

1. Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, 10 April 1972.
2. Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 13 January 1993.
3. For more details see David, *supra* note 6, at 25-27.

مبنای قطعی است؟ اگر مبتنی بر رویه می‌باشد، آن رویه کدام است؟ با چه منطقی می‌توان پذیرفت که سلاحهای سمی منحصرأ آنهايي می‌باشند که سم پخش می‌کنند، بدون اینکه هیچ اثر زیان‌بار دیگری بر قربانی داشته باشند؟ آیا متصور نیست که اثر مسموم‌سازی یک موشک سمی بیش از اثر مسموم‌سازی آن باشد؟

اینکه به کارگیری تیرها و گلوله‌های سمی تحت پوشش چنین ممنوعیتی می‌باشد، از دیرباز پذیرفته شده است؛ هرچند که سم مکانیزم مجروح‌کننده اصلی نیست. این واقعیت که سلاحهای هسته‌ای منتج از رادیواکتیویته اولیه یا القاشده دارای آثاری مشابه با آثار ناشی از سم می‌باشند، نه تنها در محافل علمی که توسط خود دولتها به هنگام تعریف سلاحهای هسته‌ای، مورد قبول واقع شده است. مثلاً به موجب پروتکل سوم موافقتنامه‌های ۱۹۵۴ پاریس، سلاح هسته‌ای عبارت است از:

هر سلاحی که حاوی سوخت هسته‌ای یا ایزوتوپهای رادیواکتیو می‌باشد یا برای دارا شدن یا مورد استفاده قرار دادن چنین سوخت یا ایزوتوپهایی طراحی می‌شود و با انفجار یا تغییر هسته‌ای مهارنشده‌ی دیگر سوخت هسته‌ای یا با رادیواکتیویته سوخت هسته‌ای یا ایزوتوپهای رادیواکتیو، دارای قابلیت انهدام وسیع، صدمه وسیع یا مسمومیت وسیع است.^۱

از این رو، حتی اگر آثار اولیه یک سلاح هسته‌ای توأم با انفجار و حرارت باشد، مسمومیت، اثر متعاقب آن می‌باشد و در نتیجه، همانند یک تیر یا گلوله سمی که گرچه اثر اولیه آن صدمه رساندن به بدن قربانی است اما به دلیل پخش سم مشمول تحریم می‌باشد، سلاحهای هسته‌ای را نیز باید بر طبق بند (الف) ماده ۲۳ مقررات لاهه ممنوع قلمداد نمود.

از طرف دیگر، تفسیر دیوان درباره مفاد پروتکل ژنو ۱۹۲۵، به هیچ وجه با کار مقدماتی منتهی به تصویب آن که در خصوص مورد، ساکت است، سازگار نمی‌باشد.^۲ مضافاً اینکه از مقایسه بین اعلامیه ۱۸۹۹ لاهه و پروتکل مورد بحث به وضوح می‌توان پی برد که متن عبارت و نیز روح حاکم بر پروتکل با تفسیر مضیق

1. Protocol III to the Paris Agreements of 23 October 1954 on Arms Control, Annex II.

2. See David, *supra* note 6, at 25.

دیوان، دایر بر اینکه پروتکل فقط به سلاحهایی اشاره دارد که «اثر اصلی یا حتی انحصاری آنها عبارت از مسموم یا خفه کردن می‌باشد» کاملاً مغایر است؛ زیرا پروتکل نه تنها «گازهای خفه کننده یا مسموم کننده یا گازهای دیگر» را ممنوع می‌سازد، بلکه این منع شامل «کلیه مایعات، مواد یا وسایل مشابه» نیز می‌شود. بنابراین اگر دیوان ممنوعیت سم را فقط در چارچوب معاهده بررسی نمی‌کرد و آن را در پرتو حقوق عرفی نیز مورد توجه قرار می‌داد، در این صورت سلاحهای هسته‌ای را از شمول سم خارج نمی‌ساخت، چنانکه لاقفل دو تن از قضات دیوان،^۱ سلاحهای هسته‌ای را از جمله به خاطر اینکه یکی از آثار اصلی آنها سم است، ممنوع می‌دانند.

قبول ادعای دیوان مبنی بر اینکه رویه دولتها سلاحهای هسته‌ای را از قلمرو اجرای بند (الف) ماده ۲۳ مقررات لاهه و پروتکل ۱۹۲۵ ژنو خارج می‌سازد، نیز با مشکل مواجه می‌باشد؛ زیرا بر خلاف این ادعا، ما با رویه‌ای مواجهیم که اجرای این اسناد را در مورد سلاحهای هسته‌ای تأیید می‌نماید: قطعنامه شماره ۱۶۵۳ سال ۱۹۶۱ مجمع عمومی سازمان ملل متحد،^۲ در عباراتی خیلی کلی مقرر می‌دارد که به کارگیری این سلاحها تحت شمول اسنادی همچون کنوانسیونهای ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه و پروتکل ۱۹۲۵ ژنو قرار می‌گیرد. مجمع عمومی این قطعنامه را در هر قطعنامه بعدی که متضمن تقییح توسل به سلاحهای هسته‌ای است، مکرراً یادآوری نموده است.^۳

دیوان، سلاحهای هسته‌ای را به دلیل اینکه دارای انفجار و حرارت نیز می‌باشند، غیر قابل مقایسه با سلاحهای شیمیایی می‌داند. بر این اساس، افزوده شدن ویژگی انفجاری به یک سلاح شیمیایی آن را از عداد شیمیایی بودن خارج می‌سازد، بنابراین در صورت پذیرش استدلال دیوان باید نتیجه بگیریم که با افزوده شدن بر

1. See Opinion, Dissenting Opinions of Judge Koroma, at 11-13, and Judge Weeramantry, at 57-59.

2. See supra note 34.

3. See e.g., General Assembly Resolutions 2936 (XXVIII) of 29 November 1977 and 35/152 D of 12 December 1980.

قدرت نبود کنندگی سلاحی، کاربرد آن سلاح از مشروعیت بیشتری برخوردار گردد و یا اینکه تلفیق آثار قانونی یک سلاح با آثار غیر قانونی آن، چنین سلاحی را مشروع سازد. قاضی ویرامانتری از این استدلال دیوان این گونه نتیجه می‌گیرد که «اگر عملی متضمن پیامدهای هم قانونی و هم غیر قانونی باشد، اولی دومی را توجیه می‌کند و یا موجه می‌سازد».^۱ این تناقض آشکار که بر استدلال دیوان مترتب می‌شود، با هیچ منطقی سازگار نمی‌باشد. اینکه دیوان، علی‌رغم علم به غیر قابل مقایسه بودن قدرت انفجار و حرارت سلاحهای اتمی با بقیه سلاحها و نیز اذعان به این امر که «پدیده تشعشع رادیواکتیو مختص سلاحهای هسته‌ای است» (Opinion, 1997: para. 35)، چگونه می‌تواند از این واقعیتهای در استنتاج خویش چشم‌پوشد جای تأمل دارد.

نتیجه‌گیری

اگر توسل و استناد به دکترین بازدارندگی را درباره تسلیحات هسته‌ای، مشروع و مقبول بدانیم پس باید نتیجه بگیریم که تمام دولتها باید به خاطر امنیت خود اجازه یابند تا از سلاحهای هسته‌ای برخوردار باشند یا به منظور تضمین بقای خویش و شرایط حاد دفاع از خود، زیر چتر حمایت هسته‌ای [دارندگان این سلاحها] قرار گیرند. اما این نتیجه‌گیری با روح و نص معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای و همچنین مفهوم تمدید نامحدود این معاهده و قسمت F (۲) بند ۱۰۵ رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، مغایر و ناسازگار خواهد بود.^۲

چنانکه قاضی فوجیتا در مقاله‌ای که متکی بر تحلیل بشردوستانه از ابعاد مختلف رأی دیوان است،^۳ اذعان می‌دارد آنچه دیوان در مورد بسط حقوق خلع سلاح خواه

1. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, at 62.

۲. دیوان در آخرین بخش از بند پایانی نظر مشورتی خویش، به اتفاق آرا مقرر می‌دارد: «تعهدی به ادامه توأم با حسن نیت مذاکرات منتهی به خلع سلاح هسته‌ای، در کلیه ابعاد آن، و به نتیجه رساندن آنها، تحت کنترل دقیق و مؤثر بین‌المللی وجود دارد».

3. H. Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of nuclear weapons", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. - Feb. 1997, at 58-59.

به عنوان مجرای مستقل به منظور تحکیم صلح و امنیت بین‌المللی پایدار و خواه جلوه‌ای از تلاشهای هم‌تراز با حقوق بشردوستانه در مورد محدودسازی یا منع کاربرد سلاح هسته‌ای ابراز داشته، هرچند نقطه قوتی برای تسریع در مسیر تحول حقوق بین‌الملل جنگ و صلح، و مبنایی برای تأمین خواسته‌های سازمانهای غیر دولتی طرفدار صلح و خلع سلاح جهانی بوده اما صرفاً تبیینی قراردادی از معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای است که اولاً محدودیتهای قراردادی را با خود همراه دارد و ثانیاً قابل بسط به سایر تعهدات و معاهدات راجع به سلاحهای هسته‌ای نبوده بلکه مختص به معاهده عدم گسترش باقی می‌ماند.

البته بر خلاف دیدگاه مذکور، تعهد به خلع سلاح هسته‌ای با حقوق بشردوستانه، در راستای ارتقای ظرفیتهای اصل تفکیک و منع درد و رنج غیرضروری و به وسیله اصل نامحدود بودن حق انتخاب و به کارگیری شیوه‌ها و ابزارهای جنگی است؛ امری که ادراک کامل پهنه کاربرد سلاح در مناقشات مسلحانه و دسته‌بندی موارد مجاز و ممنوع را از تلقیهای صرفاً بشردوستانه خارج می‌سازد و لزوم توجه به کلیه قواعد قابل اعمال بر ابزارهای جنگی و تسلیحات اعم از حقوق توسل به زور و حقوق خلع سلاح را ضروری می‌سازد. در نهایت باید اذعان داشت که عملی شدن و تحکیم روند ایفای تعهد خلع سلاح هسته‌ای عمومی و کامل، با خارج ساختن یکی از سلاحهای کشتار جمعی از گردونه سلاحهای مجاز (مقرر در حقوق صلح)، ابهامات ناظر بر قابلیت اعمال حقوق بشردوستانه بر این سلاح را برطرف خواهد ساخت و منع مطلق به کارگیری این سلاحها را قوام خواهد بخشید.

کتاب‌شناسی

۱. بیگزاده، ابراهیم، «بدیع بودن معاهده گسترش سلاحهای هسته‌ای در قلمرو حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره‌های ۱۶-۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵ ش.
۲. زمانی، سیدقاسم، «حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه»، *مجله حقوقی*، شماره ۲۰، ۱۳۷۵ ش.
۳. فلسفی، هدایت‌الله، «نابرابری دولتها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای: تصورات و واقعیات»، *مجله حقوقی*، شماره‌های ۱۹-۱۸، ۱۳۷۳-۷۴ ش.
۴. ممتاز، جمشید، *حقوق بین‌الملل سلاحهای کشتار جمعی*، ترجمه و تحقیق امیرحسین رنجبریان، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵ ش.
5. B. L. Brown, "The proportionality principle in the humanitarian law of warfare: Recent efforts at codification", 10 Cornell International Law Journal, 1976.
6. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted by General Assembly Resolution 260 A (III) of 9 December 1948, reprinted in A. Roberts and R. Guelff (eds.), Documents on the Laws of War, Clarendon Press & Oxford University Press, New York, 1982, at 157.
7. General Assembly Resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961.
8. General Assembly Resolution 47/37 of 25 November.
9. General Assembly Resolutions 2936 (XXVIII) of 29 November 1977 and 35/152 D of 12 December 1980.
10. H. Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of nuclear weapons", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. - Feb. 1997.
11. International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996 (hereinafter referred to as "Opinion").
12. International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly on 16 December 1966, reproduced in 6 International Legal Materials 368 (1967).
13. L. Doswald - Beck, "International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. - Feb. 1997.
14. P. Weiss, B. Weston, R. Falk and S. Mendlowitz, "Draft Memorial in support of the application by the World Health Organization for an advisory opinion by the International Court of Justice on the legality of the use of nuclear weapons under International law", 4 Transnational Law and Contemporary Problems 2 (1994).
15. R. Beldscoe and B. Boczek, the International Law Dictionary, (Oxford, Clarendon Press Ltd, 1987).

16. R. Bernhardt, North - Holland Publishing Company, Amsterdam, 1984.
17. The “Right to life” in the light of international humanitarian law is interpreted in D. Weissbrodt and B. Andrus, “The Right to life during Armed Conflict: Disabled People’s Internationnal v. United States”, 29 Harvard International Law Journal 59 (1988).
18. <www.CTBT.org> .



مقایسه تهاتر با دعوای متقابل در حقوق ایران*

- دکتر علیرضا حسنی^۱ (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان)
- محسن بشیری (کارشناس ارشد حقوق خصوصی)

چکیده

تهاتر در لغت به معنای «تبادل کالا، پایاپای، بر یکدیگر دعوای باطل نمودن» و در اصطلاح فقه و حقوق نیز «سقوط تعهد به سبب بدهکار بودن طرفین معامله به یکدیگر» می‌باشد.

حقوقدانان تهاتر را به پنج قسمت تقسیم کرده‌اند که عبارتند از: تهاتر قهری، قراردادی، قضایی، اختیاری و ایقاعی که شرایط تحقق تهاتر در اقسام مختلف متفاوت است و با دعوای متقابل نیز تفاوت‌های عمده‌ای دارد از جمله اینکه تهاتر غالباً قهری است و به موجب قانون وقوع آن ممکن بوده و نیاز به تقدیم دادخواست از جانب خواننده ندارد لکن دعوای متقابل طرح ادعایی مستقل در برابر خواهان و از جانب خواننده است که اثبات آن نیاز به بررسی قضایی داشته و تقدیم دادخواست در این مورد ضروری است. اما ظرافت

مسئله در اینجاست که در برخی موارد وقوع تهاتر با موانعی روبه‌روست و به عبارت بهتر باید قبلاً وجود دین و برخی شرایط در دادگاه به اثبات رسیده باشد و در این زمینه تقدیم دادخواست ضروری است و همین نکته گاه باعث خلط دعوای متقابل و تهاتر می‌گردد.

در این مقاله سعی شده است ابتدا انواع تهاتر تعریف و سپس با دعوای متقابل مقایسه گردد.

واژگان کلیدی: دعوای متقابل، تهاتر قهری، تهاتر قراردادی، تهاتر قضایی، تهاتر اختیاری، تهاتر ایقاع.

مقدمه

ارتباط نزدیک تهاتر و دعوای متقابل، به ویژه از حیث قلمرو و نقش دفاعی، ضرورت مقایسه این دو را ایجاب می‌کند. هنگامی که خواننده با ادعایی مواجه می‌شود سه گزینه پیش رو دارد: اول طرح ایرادات یا اعتراض به عدم رعایت شرایط شکلی؛ دوم دفاع به معنای اخص و گزینه سوم طرح دعوای متقابل است (شمس، ۱۳۸۲: ۱/۴۱۹).

دعوای متقابل یکی از راههای دفاعی خواننده است که بر خلاف سایر طرق دفاعی، طرح آن نیاز به تقدیم دادخواست دارد در عین حال قانون‌گذار دفاعیات دیگری را که شیوه طرح آنها می‌توانست مورد اختلاف نظر قرار گیرد، در ماده ۱۴۲ قانون جدید آ.د.م. پیش‌بینی نموده و خواننده را در مقام طرح آنها، از تقدیم دادخواست متقابل معاف دانسته است. بر پایه این ماده «دعوای متقابل به موجب دادخواست اقامه می‌شود، لیکن دعوای تهاتر، صلح، فسخ رد خواسته و امثال آن که برای دفاع از دعوای اصلی اظهار می‌شود، دعوای متقابل محسوب نمی‌شود و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارد». از بین دفاعیات مذکور در این ماده موضوع تهاتر بیش از بقیه نیاز به بررسی دارد تا معلوم شود در چه مواردی نیاز به تقدیم دادخواست دارد و در چه مواردی به عنوان دفاع به معنای اخص باید شمرده شود (همو، ۱۳۸۷: ۳/۵۴). برای دعوای متقابل شرایطی شمرده‌اند که شامل شرایط عمومی و شرایط ویژه می‌باشد: شرایط عمومی دعوای متقابل همان شرایط اقامه دعواست و شرایط ویژه شامل اقامه آن از سوی خواننده، اتحاد منشأ و یا ارتباط کامل آن با دعوای اصلی و نیز اقامه آن در مهلت مقرر می‌باشد (همان).

اقسام تهاتر

در نوشته‌های حقوقی تهاتر به قهری (قانونی)، قراردادی، قضایی، ایقاعی و اختیاری تقسیم شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰۹۵-۱۰۹۶؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۰۴ و ۱۰۶؛ امامی، بی تا: ۳۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۶۲) با این توضیح که به موجب ماده ۲۹۵ ق.م. تهاتر اصولاً قهری است و توافق طرفین یا حکم قاضی فقط زمینه‌ساز تهاتر قهری است نه اینکه اقسامی را در مقابل آن به وجود بیاورد. بنابراین هر کجا که تهاتر به طور مطلق به کار می‌رود، مقصود همان تهاتر قهری است.

تهاتر قهری (قانونی)

چنانچه از عنوان این تهاتر برمی‌آید، سقوط دیون طرفین قهراً و بدون مداخله یا توافق و رضایت طرفین و یا مراجع قضایی به نحوی که با هم معادله نمایند، انجام می‌پذیرد و از لحاظ اینکه به حکم قانون و بدون تراضی طرفین یا حکم دادگاه صورت می‌گیرد به آن تهاتر قانونی نیز می‌گویند (صفایی، ۱۳۸۲: ۲۶۲/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۶۲). در ماده ۲۹۵ ق.م. نیز از این تهاتر نام برده شده است برای مثال اگر کسی از دیگری مقداری پول قرض بگیرد و در مدت زمانی که ذمه او همچنان مشغول است کالایی را به نسیه به او بدهد و بفروشد، در صورت حصول شرایط تهاتر، دو دین مزبور در مقابل هم واقع می‌شوند و به میزان دین کمتر با هم تهاتر می‌شوند بی آنکه طرفین آن را خواستار باشند (باقری، ۱۳۸۲: ۲۶۸).

تهاتر قراردادی

مطابق اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده، طرفین می‌توانند با توافق و تراضی، شرایطی را که مانع از تهاتر دو دین است از میان برداشته تا زمینه ایجاد تهاتر فراهم آید. به عنوان مثال اگر یکی از دیگری یک تن پسته طلبکار باشد و در عین حال یک تن کشمش به او مدیون گردد، هر دو شخص به هم مدیون می‌باشند، ولی دین هر یک، از جنس مشخصی است که به علت اختلاف در نوع جنس تهاتر قهری ممکن نیست اما آنها می‌توانند توافق کنند که اختلاف جنس از بین برود، به این معنا که هر دو جنس یا

به پسته تبدیل شود و یا به کشمش، تا تهاتر قهری حاصل گردد (رسایی‌نیا، ۱۳۷۶: ۲۱۵).
به نظر می‌رسد اراده طرفین در حقیقت سبب وجود این تهاتر نیست بلکه تهاتر
در هر حال قهری و به حکم قانون است لکن طرفین با یکسان کردن وضعیت دو
دین و ایجاد شرایط تحقق و رفع موانع، زمینه وجود تهاتر قهری را فراهم کرده‌اند.

تهاتر قضایی

تهاتر قضایی یا اعلام قضایی تهاتر در موردی به کار می‌رود که طرفین در حصول
شرایط تهاتر قهری با یکدیگر اختلاف داشته باشند. در این صورت پس از طرح
دعوی و احراز شرایط تهاتر قهری به وسیله دادگاه، تهاتر قضایی ایجاد می‌شود و از
آنجا که تساقط دو دین با اعلام دادگاه صورت می‌گیرد آن را تهاتر قضایی
نامیده‌اند. در این نوع تهاتر رأی قضایی، دینی را که ثابت نبوده ثابت می‌کند و مانند
تهاتر قراردادی زمینه ایجاد تهاتر قهری فراهم می‌گردد. لذا در قانون مدنی سخنی از
تهاتر قراردادی یا قضایی به میان نیامده و در ماده ۲۹۵ ق.م. آمده است: «تهاتر قهری
است و...» بنابراین رأی قاضی یا اراده طرفین فقط زمینه‌ساز تهاتر قهری است.

تهاتر اختیاری

بیشتر حقوق دانان، تهاتر اختیاری و قراردادی را در یک گروه آورده‌اند به این اعتبار
که در هر دو، اراده اشخاص شرایط تهاتر را تغییر می‌دهد اما برخی تهاتر اختیاری را
از تهاتر قراردادی تفکیک نموده و استدلال کرده‌اند که گاه اراده ذی‌نفع در تهاتر
می‌تواند مانع قانونی سرشکن شدن دو دین را از میان بردارد بدون اینکه تراضی
طرفین تحقق یابد (مارتی و رینو و ژستار، به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۷۳) در این صورت اراده
کسی که مورد حمایت قرار گرفته است بر طرف دیگر تحمیل می‌شود و دادگاه را
نیز ناچار به تهاتر می‌کند و زمینه تهاتر قهری را فراهم می‌آورد. به عنوان مثال:
طلبکاری برای وصول طلب حال خود طرح دعوی کرده و از دادگاه درخواست
تأمین نماید و در مقام اجرای قرار، تأمین طلب مؤجل خوانده از خویش را به عنوان
مال قابل تأمین معرفی نماید و از دادگاه بخواهد که پس از احراز طلب موضوع
خواسته، آن را با طلبی که خوانده از او دارد تهاتر کند، در این فرض، خواهان با

درخواست تأمین طلب مؤجل خوانده به تهاتر اختیاری دست زده و از آیین دادرسی و تشریفات قابل تردید تهاتر قضایی گریخته است در نتیجه، خواست و اراده او بر طرف تهاتر و دادگاه تحمیل می‌شود و به دشواری می‌توان وضعی را که او ایجاد کرده است از سنخ تهاتر قراردادی شمرد بنابراین بهتر است که تهاتر اختیاری را قسم تازه‌ای از تهاتر شمرد که از دید اکثر حقوق دانان پنهان مانده است.

تهاتر ایقاعی

این نوع تهاتر نیز از منظر دکترین حقوقی پنهان مانده و به ظاهر تنها دکتر شهیدی از آن نام برده و بیان داشته‌اند: «تهاتر ایقاعی عبارت است از تساقط دیون دو شخص که متقابلاً مدیون هم هستند به اراده یکی از ایشان» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۸۴) مثلاً اگر یکی از طرفین دو یا چند دین با وثیقه‌های متفاوت به دیگری داشته باشد، تهاتر به اراده مدیونی که دیون متعدد دارد، واقع خواهد شد، مشروط به اینکه به استثنای شرط تقابل، سایر شرایطی که برای تهاتر قهری لازم است موجود باشد بنابراین تشخیص اینکه تأدیه بابت کدام دین است فقط با مدیون دیون متعدد است. از طرف دیگر، حکم به سقوط قهری هر یک از دو دین با دین طرف دیگر، ترجیح بلامرجح خواهد بود و بدیهی است اگر مجموع دیون متعدد مساوی با دین مدیون دیگر یا کمتر از آن باشد، به طور قهری تهاتر واقع شده و هر دو وثیقه آزاد می‌گردد. اسقاط مدت دین به وسیله مدیون نیز در مواردی که سایر شرایط تهاتر قهری موجود باشد، زمینه حصول تهاتر ایقاعی را فراهم می‌سازد (همان: ۱۸۴).

مقایسه تهاتر قهری با دعوای متقابل

مقایسه از حیث تعریف

ماده ۲۹۴ ق.م. ایران بدون اینکه تعریفی از تهاتر ارائه دهد آن را در زمره اسباب سقوط تعهدات به شمار آورده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰۸۹/۱). برخی نویسندگان حقوقی با ملاحظه آثار و خصایص تهاتر آن را چنین تعریف کرده‌اند: «تهاتر عبارت است از تساقط دو دین یا مجموع دیونی که دو شخص در برابر یکدیگر به عهده دارند تا

میزان کمترین آن دو» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۷۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰۸۹). وفق مواد ۱۷، ۱۸ و ۱۴۲ ق.آ.د.م. تهاتر از طرق دفاعی دانسته شده است ولی از تعریف دعوی متقابل استنباط می‌شود که دعوی طاری است و علاوه بر جنبه دفاعی واجد حالت تهاجمی بوده و می‌تواند حاوی مطالبه چیزی اضافه از خواهان دعوی اصلی نیز باشد. به علاوه وقوع تهاتر در صورت اجتماع شرایط آن قهری و بدون دخالت اراده طرفین صورت می‌گیرد اما دعوی متقابل حتی در صورت اجتماع شرایط آن، به اقدام قضایی نیاز داشته و محتاج تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی است.

مقایسه از حیث فایده

فایده تهاتر تأدیۀ دین و ایفای تعهد است و مانع از پرداخت مکرر دیون، صرف وقت و هزینه ایفای تعهدات متقابل است و خطرات ناشی از جابه‌جایی اموال، نظیر سرقت و مفقود شدن را منتفی می‌سازد به علاوه فایده تأمینی نیز دارد؛ زیرا اگر طرفین ملزم باشند تعهد خود را عیناً انجام دهند ممکن است پس از ایفای یکی از دو طرف، ایفاکننده مواجه با اعسار طرف دیگر شده و از طلب خود محروم شود (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۷۲).

بعضی از اقسام دعوی متقابل نیز فوایدی شبیه تهاتر دارد، از جمله صرفه‌جویی در وقت که خواهان با اقامه دعوی متقابل ضمن تعیین تکلیف دعوی اصلی برای رسیدن به خواسته خود از اقامه دعوی مستقل بی‌نیاز می‌گردد همچنین همانند تهاتر خواهان با محکوم علیه معسر مواجه نمی‌گردد (فایده تأمینی) و خوانده دعوی متقابل نمی‌تواند اموال خود را از بین برده یا جابه‌جا نماید و در مقابل خواهان (محکوم له) ادعای اعسار نماید (صدرزاده افشار، ۱۳۷۲: ۳/۳۷۷). به علاوه دعوی متقابل فایده‌های دیگری نظیر جلوگیری از صدور احکام متناقض و معافیت از دادن تأمین اتباع بیگانه دارد.

مقایسه از حیث شرایط

برای وقوع تهاتر شرایط ذیل الزامی است:

۱- تقابل بین دو دین: تهاتر منحصراً بین دیونی واقع می‌شود که بر عهده هر یک از دو شخص در برابر دیگری است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۷۹). در دعوی متقابل نیز ادعای خوانده (خواهان دعوی تقابل)، فقط در برابر خواهان دعوی اصلی است اما در تقابل

بین دو دین (در تهاتر)، بر خلاف دعوی متقابل، اتحاد منشأ لازم نیست در حالی که وحدت منشأ و ارتباط بین دو خواسته از شرایط اساسی دعوی متقابل است از طرفی در تهاتر، هر دو دین باید معین نیز باشند ولی در دعوی متقابل معین بودن شرط نیست.

۲- تمائل در موضوع دو دین: وفق ماده ۲۹۶ ق.م. تهاتر منحصراً بین دو تعهدی واقع می‌شود که موضوع آنها از یک جنس باشد؛ مثلاً موضوع هر دو، وجه نقد باشد، ولی اگر موضوع یکی وجه نقد و دیگری پنبه و یا گندم باشد هر چند قیمت آنها در بازار معین باشد تهاتر جایز نیست (سنهوری، بی‌تا: ۸۹۰/۳) در صورتی که موضوع این دو دین ناشی از یک منشأ بوده و با یکدیگر ارتباط کامل داشته باشند در قالب دعوی متقابل قابل طرح است. بین دو دینی که موضوع هر دو فعل یا ترک فعل و یا به طریق اولی یکی فعل و دیگری ترک فعل است و هر دو نیز مشابه یکدیگرند، اگرچه مباشرت مدیون نیز در اجرای تعهد شرط نباشد تهاتر صورت نمی‌گیرد ولی در تمامی این موارد دعوی متقابل قابل طرح است.

۳- موضوع دو دین کلی باشد: تهاتر هنگامی موجب سقوط تعهدات می‌شود که موضوع دو دین، کلی یعنی قابل انطباق بر افراد متعدد باشد مانند: پول، گندم، ... و اگر موضوع آن دو یا یکی از آنها عین معین باشد تهاتر حاصل نمی‌شود (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۷۵) اما اگر موضوع چنین تعهدی بین خواهان و خوانده دارای یک منشأ باشد در قالب دعوی متقابل قابل طرح است.

۴ و ۵- یکی بودن زمان و مکان تأدیه: زمان و مکان تأدیه دو دین در تهاتر باید یکی باشد در حالی که در دعوی متقابل چنین شرطی لازم نیست.

۶- آزاد بودن دو دین: تهاتر بین دو دینی واقع می‌شود که موضوع، حق شخص یا اشخاص ثالث قرار نگرفته باشد (همان: ۱۷۷). به نظر می‌رسد در صورتی که موضوع خواسته خوانده دعوی اصلی نزد خواهان به نفع شخص ثالث بازداشت شده باشد، وی نمی‌تواند نسبت به استرداد آن اقامه دعوی متقابل نماید (همان: ۱۷۷)، ولو اینکه دارای یک منشأ و یا ارتباط کامل باشد؛ زیرا همان طور که حصول تهاتر موجب تضییع حق شخص ثالث نسبت به دین مزبور می‌شود همین طور پذیرش دعوی متقابل نیز نسبت به آن، به حق شخص ثالث لطمه می‌زند (شمس به نقل از: عبدی نودری، ۱۳۸۸: ۱۳۸).

۷- قابل استماع بودن دعوای دو دین: یعنی یکی از دو دین موضوع تهاتر، مشمول مرور زمان نشده باشد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۷۸)، اما هرگاه مدت مرور زمان منقضی نشده باشد تا آخرین وقتی که برای اقامه دعوی متقابل فرصت باقی است، مدعی تقابل حق اقامه دعوی دارد.

۸- هر دو دین معین باشد: یعنی هیچ کدام از طرفین مردد بین دو یا چند دین نباشد در غیر این صورت تهاتر قهری نخواهد بود بلکه اراده مدیونی که چند دین دارد در تعیین دینی که مقابل دین مدیون دیگر قرار می گیرد لازم است. در دعوای متقابل نیز باید شرایط یک دعوی از جمله منجز و مشخص و معین بودن خواسته را داشته باشد.

مقایسه از حیث آثار

سقوط دو دین و تضمینات آن از آثار تهاتر می باشد، در صورتی که دو دین مساوی نباشد، تا حد کمترین آن دو، ساقط می گردد و مازاد دین بزرگتر همچنان بر ذمه مدیون باقی می ماند (همان: ۱۸۲). از آثار برخی اقسام دعوای متقابل نیز براءت ذمه خواننده دعوی متقابل و ایفای دین او می باشد.

مقایسه از حیث آیین دادرسی و مسائل شکلی

وفق ماده ۱۴۲ ق.آ.د.م. «دعوای متقابل به موجب دادخواست اقامه می شود لیکن دعوای تهاتر، صلح، فسخ، رد خواسته و امثال آن که برای دفاع از دعوای اصلی اظهار می شود دعوای متقابل محسوب نمی شود و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارد». بنابراین طرح دعوای متقابل نیاز به دادخواست دارد در حالی که اثبات تهاتر بدون دادخواست و اقامه دعوی جایز است. اظهار دعوای تهاتر قهری به عنوان دفاع، بر خلاف دعوای تقابل، محدود به اولین جلسه رسیدگی نیست و در هر مرحله ای از دعوای بدوی باشد با تجدید نظر و حتی مرحله اجرای حکم قابل استناد است در حالی که دعوای متقابل خاص مرحله بدوی و آن هم محدود به جلسه اول رسیدگی است.

مقایسه تهاتر قضایی با دعوای متقابل

در حقوق ایران موضوع تهاتر قضایی در موارد قانونی فاقد سابقه طرح و بحث بوده،

رویه قضایی نیز در این رابطه فقیر است (عبدی نوذری، ۱۳۸۸: ۱۴۱). در ادامه، تهاتر قضایی و دعوی متقابل از حیث مفهوم، موارد و شکل طرح دعوی و قلمرو آن مقایسه می‌شود:

مقایسه از حیث مفهوم

«تهاتر قضایی یا اعلام قضایی تهاتر، تهاتری است که حصول آن با رأی قضایی اثبات می‌گردد و این وضعیت هنگامی پیش می‌آید که وجود اصل دین یا میزان آن و یا وجود شرایط حصول تهاتر مورد انکار مدیون قرار گرفته و مشکوک باشد و با رسیدگی قضایی، امور مذکور و وقوع تهاتر اثبات گردد» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۸۵). برخی نویسندگان حقوقی نیز تعریف تهاتر قضایی را با دعوی متقابل یکی دانسته و گفته‌اند: «تهاتر قضایی تهاتری است که حاکم در نتیجه دعوی متقابل مدعی علیه، نسبت به طلبی که نمی‌تواند مورد تهاتر قهری واقع شود، حکم به آن می‌دهد» (عدل، ۱۳۴۲: ۱۹۱). لازم به توضیح است که اگر موضوع دعوی متقابل و خواسته دعوی اصلی هر دو کلی و متماثل و یا وجه نقد باشد، غیر از شرط مسلم و معلوم بودن مقدار دین، اجتماع سایر شرایط تهاتر ضروری است و گرنه حصول تهاتر مشکل به نظر می‌رسد و اصولاً می‌توان گفت: تفاوت تهاتر قضایی با دعوی متقابل در همین موضوع است؛ زیرا خواسته دعوی متقابل در موضوعات مختلف و متنوعی می‌تواند باشد در حالی که موضوع تهاتر امری مشخص و محدود است که در غیر آن موارد، تهاتر قضایی قابل طرح نیست. علاوه بر آنچه گفته شد برای تهاتر وحدت منشأ یا ارتباط بین دو دین لازم نیست. بنابراین قاعده کلی این است که در هر دین واجد شرایط با هر منشأ تهاتر قضایی جایز است مگر دیونی که استثنا شده‌اند (سنهوری، بی‌تا: ۹۰۱) در حالی که در دعوی متقابل اتحاد منشأ و یا ارتباط کامل بین دو دعوی از شروط اساسی می‌باشد. احراز منظور قانون‌گذار از کلمه «ارتباط کامل» در تعیین محدوده طرح دعوی متقابل و تهاتر قضایی حائز اهمیت است. آیا می‌توان گفت در دعوی تهاتر همواره بین دو دین ارتباط کامل وجود دارد و در مواردی که خواننده حق طرح دعوی تهاتر را دارد می‌تواند به جای آن طلب خود را در قالب دعوی متقابل مطالبه نماید؟ برای مثال در موردی که مستأجری در مقابل دعوی مطروحه

از سوی موجر برای مطالبه اجاره‌بها ادعا می‌کند او نیز از بابت ارثیه و یا ثمن مبیعی که به موجر فروخته است از وی طلبکار است؛ آیا طرح دعوی متقابل از سوی خواننده ممکن است و بین دو دعوی ارتباط کامل وجود دارد؟ ممکن است گفته شود بین دو دعوی ارتباط کامل وجود ندارد و لذا خواننده تنها می‌تواند به تهاتر استناد کند و یا اینکه دعوی مستقلی اقامه نماید (متین دفتری، ۱۳۷۶: ۱/۲۱۲). بنابراین در حقوق ما برخی موارد وجود دارد که دعوی تهاتر قضایی قابل طرح است اما اقامه دعوی متقابل ممکن نیست. از طرفی ممکن است گفته شود اتخاذ تصمیم در مورد طلب خواننده در سرنوشت دعوی اصلی مؤثر است و ادعای خواهان را به طور کلی و یا نسبی خنثی می‌نماید، از مصادیق ارتباط کامل بوده و خواننده می‌تواند دعوی متقابل اقامه نماید (همان: ۴۱۱/۱؛ واحدی، ۱۳۷۹: ۴۹). اگرچه به نظر دکتر شمس این نظر قابل تأمل بوده و از مصادیق ارتباط کامل نمی‌باشد (به نقل از: عبدی نوذری، ۱۳۸۸: ۱۴۵) تهاتر قضایی و دعوی متقابل در عین حال دارای وجه اشتراک نیز هستند. هر دو در دادگاه و با ادعای خواننده در دفاع از دعوی اصلی صورت می‌گیرند و دعوی طاری هستند.

مقایسه از حیث موارد اجرا (قلمرو) و شکل طرح دعوا

آیا تهاتر قضایی نسبت به دعوی اصلی همانند دعوی متقابل، دعوی مستقلی است یا همانند تهاتر قهری و قراردادی نوعی دفاع در برابر دعوی اصلی محسوب می‌گردد. فایده این بحث آن است که اگر تهاتر قضایی را دعوی مستقلی بدانیم نیاز به تقدیم دادخواست دارد. در مورد این موضوع بین نویسندگان حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد. عده زیادی از نویسندگان تهاتر قضایی را دعوی می‌دانند که در نتیجه دادخواست متقابل، دادگاه نسبت به طلبی که نمی‌تواند مورد تهاتر قهری واقع شود، حکم می‌دهد و گفته‌اند: «اگر حاکم بعد از رسیدگی به دعوی متقابل ملاحظه نماید که مثلاً مدعی باید ۱۰۰۰ تومان از مدعی علیه بگیرد و مدعی علیه هم باید ۷۰۰ تومان از مدعی دریافت کند این دو مبلغ را تا ۷۰۰ تومان تهاتر نموده و فقط حکم می‌نماید مدعی علیه ۳۰۰ تومان به مدعی بدهد این عمل حاکم تهاتر قضایی را تشکیل می‌دهد (عدل، ۱۳۷۳: ۱۹۱). نویسنده دیگری می‌نویسد: «چنانکه مدعی در

دادگاه طبق اجاره‌نامه، مطالبه مال الاجاره خانه خود را بنماید و مستأجر به استناد شرط مندرج در آن مدعی شود که به مقدار خواسته در خانه تعمیر نموده و آن دو دین با یکدیگر تهاتر شده است و مدعی از او طلبی ندارد و یا آنکه مستأجر دادخواست متقابل به دادگاه تقدیم و مطالبه هزینه تعمیرات را بنماید، دادگاه در هر دو صورت پس از رسیدگی به دعوای طرفین، هرگاه دعوای مستأجر را ثابت دید و او را محق دانست رأی به تهاتر آن دو دین می‌دهد و هرگاه اضافه‌ای بماند مدیون را نسبت به آن مقدار محکوم می‌نماید» (امامی، ۱۳۷۵: ۳۴۲/۱). عده دیگری از نویسندگان تقدیم دادخواست را برای تهاتر قضایی لازم می‌دانند بدون اینکه دلیل و مبنای نظر خود را ارائه نمایند (متین دفتری، ۱۳۷۶: ۱۳۸۵؛ صدرزاده افشار، ۱۳۷۲: ۳۷۶). بعضی نیز با عنایت به ماده ۴۸ ق.آ.د.م. گفته‌اند: «اصل این است که رسیدگی به هر دعوایی محتاج تقدیم دادخواست می‌باشد و عدم لزوم دادخواست یک استثناست که قدر متیقن آن تهاتر قهری است ولی در مورد تهاتر قضایی همچنان باید به اصل رجوع کنیم (امینی جزئی، ۱۳۷۲: ۱۶۹). بنابراین به نظر می‌رسد عده‌ای از نویسندگان حقوقی که دادخواست را لازم نمی‌دانند به ماده ۱۴۲ ق.آ.د.م. استناد می‌نمایند که مقرر داشته است: «دعوی متقابل به موجب دادخواست اقامه می‌شود لیکن دعوای تهاتر، صلح، فسخ، رد خواسته و امثال آن که برای دفاع از دعوای اصلی اظهار می‌شود دعوای متقابل محسوب نمی‌شود و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارد» و در برابر قائلان به ضرورت تقدیم دادخواست، نظر به ماده ۴۸ ق.آ.د.م. دارند.

در پاسخ به این مسئله به دو نحو می‌توان استدلال کرد:

۱- تنها تهاتر قهری است که طرح آن نیازی به تقدیم دادخواست ندارد و تهاتر قضایی نیاز به تقدیم دادخواست دارد. بنابراین هرگاه ثبوت دین متقابل بر ذمه خواهان مسلم نباشد یا اینکه بر فرض مسلم بودن ثبوت اصل دین بر ذمه خواهان، مقدار آن معلوم نباشد، طرح دعوای تهاتر محتاج به تقدیم دادخواست از سوی خواننده است؛ زیرا منطقاً به این مورد دفاع اطلاق نمی‌شود بلکه یک دعواست.

۲- لازم نبودن تقدیم دادخواست و تکلیف به رسیدگی به دعوای تهاتر به عنوان دفاع، محدود به مواردی نیست که ادعایی از سوی خواننده مسلم و معین باشد بلکه

دادگاه در هر حال با طرح ادعای تهاتر مکلف به رسیدگی است بنابراین دادگاه نمی‌تواند با این استدلال که این ادعا از سوی خواننده محقق نیست رسیدگی به آن را منوط به طرح دعوی مستقل و تقدیم دادخواست جداگانه نماید. مطابق حکم تمیزی صادره از شعبه چهارم دیوان عالی کشور: «اگر از طرف مدیون به استناد قرارداد مدرکی دفاعاً اظهار شود که مبلغی بابت غرامت از داین طلب داشته و تهاتر محقق گردیده است رسیدگی به اظهار مزبور به منظور احراز طلب خواهان که در نتیجه آن برائت ذمه مشارالیه در حدود مقررات می‌باشد لازم است و دادگاه نباید با استدلال به اینکه ادعای خواننده بابت غرامت هنوز مسلم نشده و از حیث میزان و غیره قابل رسیدگی است بدون رسیدگی به موضوع مذکور تهاتر را رد کند (متین دفتری، ۱۳۳۰: ۱۲۲، رأی شماره ۱۹-۲۰/۵/۱۲/۱۳۳۷). بنابراین موضوع ماده ۱۴۲ ق.آ.د.م. اعم است از اینکه دین موضوع دعوی تهاتر دین مسلم و معین باشد، به این معنا که مستند به سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه باشد و یا اینکه دینی باشد که اصل آن و یا میزانش مورد اختلاف است و ماده نیز در این مورد اطلاق دارد و دلیلی بر انصراف آن به مورد تهاتر قهری وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰۹۶). بنابراین به طور خلاصه می‌توان گفت تهاتر موضوع ماده ۱۴۲ ق.آ.د.م. همان تهاتر قهری است اما از آنجا که مسلم و معین بودن دو دین از شرایط تحقق تهاتر قهری در حقوق ایران نمی‌باشد، محلی برای تفکیک باقی نمی‌ماند و دعوی تهاتر را به طور مطلق اعم از آنکه دین مقابل مسلم و معین یا متنازع فیه باشد یا خیر در بر می‌گیرد و هیچ دلیلی برای تفکیک وجود ندارد (امینی جزئی، ۱۳۷۲: ۱۷۰).

از دو استدلال فوق‌الذکر می‌توان چنین نتیجه گرفت که تهاتر قضایی که در حقوق فرانسه از حیث مفهوم، مترادف با دعوی متقابل تلقی شده است در دادگاه و با ادعای خواننده در دفاع از دعوی اصلی صورت می‌گیرد و موارد آن صرفاً در مورد دو دین متقابلی است که امکان تهاتر قانونی و اختیاری در آن وجود ندارد و لازم هم نیست که بین دو دین متقابل رابطه‌ای وجود داشته باشد تا تهاتر قضایی تحقق یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۶۲)؛ زیرا اگر تهاتر قانونی ممکن باشد از زمان تلاقی دو دین و به طور قهری و به حکم قانون واقع می‌شود و خواننده نیازی به طرح دعوی طاری ندارد بلکه کافی است که به تهاتر قانونی استناد نماید و قاضی مکلف است در صورت

اثبات وقوع تهاثر به آن حکم دهد. همچنین اگر تهاثر اختیاری یا قراردادی برای خواننده ممکن باشد او می‌تواند به صرف اراده خود چنین تهاثری را جاری سازد و از زمان اعلان اراده او تهاثر واقع می‌شود و احتیاجی به طرح دعوی طاری ندارد.

به طور کلی محل جریان تهاثر قضایی جایی است که از شرایط تهاثر قانونی یکی از دو شرط مسلم و معین بودن مقدار دین موجود نباشد (البته سایر شرایط تهاثر برای تحقق تهاثر قضایی نیز ضروری است و وقوع هیچ یک از اقسام تهاثر بدون این شرایط متصور نیست).

همچنین تماثل موضوع دو دین در تهاثر قضایی شرط است بنابراین فقدان یکی از دو شرط مسلم و معین بودن دو دین و عدم امکان تهاثر اختیاری موجب توسل خواننده به تهاثر قضایی می‌شود پس هرگاه خواهان به استناد سند کتبی برای مطالبه دینی که مقدارش معلوم است، اقامه دعوی نماید و خواننده ادعا کند که او نیز دینی بابت خسارت بر ذمه خواهان دارد و تقاضای صدور حکم به تهاثر را بنماید و خواهان طلب خواننده را انکار کند یا آن را بپذیرد ولی معلوم نبودن مقدار آن را ایراد کند (سنه‌وری، بی‌تا: ۹۳۹/۳) در این صورت خواننده نمی‌تواند با استناد به تهاثر قانونی و یا تهاثر اختیاری در مقام دفاع بر آید؛ زیرا شرایط تهاثر قانونی جمع نیست و خواننده نیز به تنهایی نمی‌تواند از شرط منعده صرف نظر کند بلکه رضایت خواهان لازم است و او از این کار اجتناب می‌ورزد پس برای خواننده چاره‌ای جز توسل به تهاثر قضایی باقی نمی‌ماند و گاهی ممکن است دین خواهان نیز مورد نزاع باشد و یا اینکه مقدارش معلوم نباشد (همان).

نتیجه گیری

از آنچه بررسی شد چنین به نظر می‌رسد که طرح دعوی تهاثر قضایی در قالب دادخواست متقابل الزامی است و طبعاً باید سایر شرایط دعوی متقابل به ویژه موعد اقامه آن نیز رعایت گردد ولی اتحاد منشأ و ارتباط کامل که از شرایط اساسی دعوی متقابل می‌باشد در مورد تهاثر قضایی لازم‌الرعایه نیست لکن تهاثر قهری به حکم قانون با وجود شرایط حاصل می‌شود و اعلام آن توسط خواننده و در مقام دفاع نیازی به دادخواست جداگانه ندارد.

کتاب‌شناسی

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ شانزدهم، اسلامیه، ۱۳۷۵ ش.
۲. امینی جزئی، منصور، تهاتر قهری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲ ش.
۳. باقری، احمد، بررسی مبانی فقهی قانون مدنی، سقوط تعهدات، مهر، ۱۳۸۲ ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴ ش.
۵. همو، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۶. رسایی‌نیا، ناصر، حقوق مدنی و تعهدات، آوای نور، ۱۳۷۶ ش.
۷. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون، ج ۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۸. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره بنیادین، ج ۳، چاپ دوم، ۱۳۸۷ ش.
۹. همو، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، ج ۱، چاپ پنجم، ۱۳۸۲ ش.
۱۰. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجلد، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. صدرزاده افشار، محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی علامه طباطبایی، ج ۳، ۱۳۷۲ ش.
۱۲. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، بی جا، ۱۳۸۲ ش.
۱۳. عبدی نوذری، زهرا، بررسی تطبیقی تهاتر و آثار ناشی از آن در حقوق ایران، اسلام و انگلیس، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، ۱۳۸۸ ش.
۱۴. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچین، قزوین، بحرالعلوم، ۱۳۷۳ ش.
۱۵. قانون تجارت ایران.
۱۶. قانون مدنی ایران.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی (قرارداد و ایقاع)، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۱ ش.
۱۸. همو، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، چاپ سوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۱۹. همو، قواعد عمومی قراردادها (مسئولیت مدنی)، ج ۴، تهران، به‌نشر، ۱۳۶۸ ش.
۲۰. همو، نظریه عمومی تعهدات، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۲۱. متین‌دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، تهران، آیدا، ۱۳۷۶ ش.
۲۲. همو، مجموعه رویه قضایی، بخش حقوقی، چاپخانه آفتاب، ۱۳۳۰ ش.
۲۳. واحدی، جواد، آیین دادرسی مدنی ۳، جزوه درسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹ ش.

مبانی و منابع

مسئولیت کیفری تولیدکنندگان کالاهای معیوب*

- ابوذر علی‌اکبری سفید دارین^۱
- عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور - مرکز آمل

چکیده

در عصر حاضر، جامعه روزبه‌روز به سوی صنعتی شدن گام برمی‌دارد و افراد زیادی نیز با انگیزه منفعت‌طلبی و سودجویی به تولید محصولات صنعتی با حجم وسیع اقدام می‌کنند، در نتیجه حجم وسیع این تولیدات، آثار و نتایج زیان‌بار ناشی از مصرف آنها را به دنبال خواهد داشت.

در حقوق کلاسیک، اصل آزادی اراده و تقصیر، مبنای مسئولیت تولیدکنندگان قرار می‌گرفت، ولی در زمان حاضر، به علت پیچیدگیهای اثبات تقصیر و پاره‌ای مصلحت‌اندیشیهای اجتماعی ناشی از آثار زیان‌بار استفاده از محصولات صنعتی، ارائه الگوی نوینی برای مسئولیت کیفری تولیدکنندگان محصولات صنعتی بدون نیاز به احراز تقصیر در فرایند تولید، امری ضروری به نظر می‌رسد. در این راستا، استفاده از قواعد موجود در منابع

فقهی و یافتن مصادیقی که به استناد آنها بتوان با تولیدکننده‌ی خاطی برخورد کرد می‌تواند به عنوان مبنایی مناسب در تدوین یک سیاست کیفری کارآمد برای مقابله با تولیدکنندگان خاطی گردد.

در نهایت، شایان ذکر است که در نظام قانون‌گذاری کنونی نیز قواعد و مقرراتی وجود دارد که ضمانت‌اجراهایی را برای برخورد با تولیدکنندگان متخلف مقرر نموده و بررسی اجمالی این قوانین، خالی از فایده نخواهد بود. **واژگان کلیدی:** مسئولیت کیفری، تولیدکننده، کالای معیوب، مبنای، منابع.

مقدمه

تنوع خواسته‌ها و نیازهای مادی بشر امروز و میل او برای تجربه‌های گوناگون، زندگی آدمیان را دستخوش تحولات بنیادین نموده است. تولید روزافزون کالاها و محصولات صنعتی متنوع، پاسخی به نیازهای مادی رو به رشد بشر است.

از این دیدگاه، صنعتی شدن جامعه و تولیدات زیاد همراه با رعایت استانداردهای مربوط، سرنوشت حتمی جوامع امروزی قلمداد می‌شود. اما تولید کالا و ارائه خدمات، آن هم در این حجم وسیع، خالی از اشکال نخواهد بود؛ زیرا وسوسه سود سرشار و منافع کلان تولید، گاهی باعث می‌شود تولیدکنندگان کالا و خدمات، به عمد یا بر اثر تقصیر با زیر پا نهادن قواعد و ضوابط قانونی و متعارف، کالایی را تولید کنند که مطابق استاندارد نبوده و موجب مسئولیت آنها شود. بنابراین، پیش‌بینی راهکارهای مناسب قانونی و تعیین مبنای منطقی برای تشخیص حدود و ثغور چنین مسئولیتی - حتی زمانی که تولیدکننده، عمد یا تقصیری در تولید محصولات معیوب نداشته باشد - امری ضروری و مطابق نیاز جوامع امروزی است. چراکه امروزه دیگر نمی‌توان روابط میان افراد را بر توافقی‌های انجام‌شده میان آنها استوار دانسته و اصل آزادی قراردادها را که در عرصه‌های گوناگون حاکمیت داشت همچنان حاکم بر روابط افراد - حداقل در بعضی زمینه‌های مهم و حساس که صدمه به تمامیت جسمانی را به دنبال دارد - تلقی نمود. در همین راستا، در سالهای اخیر، حقوق معاصر بیشتر کشورها به ویژه کشورهای پیشرفته و صنعتی، شاهد رشد مداخله‌گرایانه دولتها در روابط اجتماعی و مالی اشخاص حقیقی و حقوقی شده که نتیجه آن وضع قوانین حمایتی آمره از اقشار ضعیف و آسیب‌پذیر جامعه است.

در نظر گرفتن مسئولیتها، تعیین وظایف و وضع دستورالعملهای مختلف در زمینه تولید و نظارت بر کار تولیدکنندگان و عرضه کنندگان محصولات صنعتی نیز به این دلیل مورد توجه دولتها قرار گرفته و در نهایت هدف از تصویب این قوانین، حمایت از مصرف کنندگان و پیشگیری از تحمیل یک جانبه شرایط و مفاد قرارداد از سوی تولید کنندگان و فروشندگان بر مصرف کننده می باشد. بر این اساس، تولید کننده صرف نظر از عمد یا جهل در تولید محصولات معیوب، صرفاً به دلیل ایجاد محیط یا کالای خطرناک می تواند مسئول شناخته شود.

بنابراین مسئولیت مطلق و ناشی از ایجاد خطر تولید کنندگان بر مبنای سود سرشاری که از تولید، نصیب آنان می شود در کنار مسئولیت ناشی از تقصیرشان، می تواند مبنای حقوقی مناسبی برای وضع قوانینی به منظور مقابله کیفری با تولید کنندگان قلمداد گردد. در نظام تقنینی ما، علاوه بر «قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو مصوب ۲۳ خرداد ۱۳۸۶» و «قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب ۱۵ مهر ۱۳۸۸» که به طور خاص به مسئولیت تولید کنندگان پرداخته اند، قوانین متفرقه دیگری نیز وجود دارند که تولید کنندگان را مکلف به رعایت ضوابط و معیارهای حفاظت فنی در امر تولید و توزیع و عرضه فرآورده ها یا مصنوعات نموده و برای تولید کنندگان متخلف ضمانت اجرای کیفری پیش بینی کرده است. در متون فقهی نیز قواعدی وجود دارد که می تواند مبنای برخورد کیفری با تولید کنندگان خاطی قرار گیرد. با توجه به این مقدمه، پرسشها و فرضیه های این پژوهش به شرح زیر می باشد:

- ۱) آیا با جستجو در منابع فقهی می توان قواعد و روایاتی یافت که مبنای وضع قوانینی در برخورد با تولید کننده کالای معیوب قرار گیرد؟
 - ۲) در حقوق کیفری ایران چه منابع قانونی برای مقابله کیفری با تولید کنندگان محصولات صنعتی معیوب وجود دارد؟
- فرضیه ها:

۱. قواعد و اصولی نظیر قاعده «الاضرر» و «تسبیب» و برخی روایات می تواند مبنای مناسبی برای وضع قوانین کیفری در برخورد با تولید کننده کالای معیوب تلقی گردد.
۲. در صورتی که مصرف کالای معیوب سبب ورود خسارت شود؛ با فراهم بودن

ارکان مسئولیت، تولیدکننده از باب تسبیب و با استفاده از مواد قانون مجازات اسلامی حسب مورد به پرداخت دیه و حبس محکوم می‌گردد. ضمناً قوانین خاصی مانند: قانون نظام صنفی کشور، قانون تعزیرات حکومتی، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و... نیز می‌تواند برای برخورد کیفری با تولیدکنندگان محصولات معیوب قرار گیرد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. مسئولیت کیفری

دهخدا، مسئولیت کیفری را ضمان، متعهد بودن، مسئول بودن و موظف بودن تعریف نموده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۳/۲۰۹۰۷). همین‌طور مسئول را کسی دانسته‌اند که فریضه‌ای بر دمه دارد که اگر به آن عمل نکند از او بازخواست شود (معین، ۱۳۷۷: ۴۰۷۷/۳). همچنین این واژه از ریشه «سأل» به معنای زیر سؤال بردن، بازخواست کردن، مؤاخذه کردن و پاسخگو نیز آمده است (آذرنوش، ۱۳۸۴: ۲۷۳).

در تعریف اصطلاحی نیز مسئولیت به تعهد قانونی شخص برای رفع ضرری که به دیگری وارد کرده، تعریف شده است. خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود وی یا از فعالیت او ناشی شده باشد. در همین معنا لفظ ضمان را در فقه به کار برده‌اند و معنای آن هر نوع مسئولیت اعم از مالی و کیفری است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۶۴۲). در کتب فقهی در مباحث مربوط به پرداخت دیات به ضمان و مسئولیت پرداخت دیه اشاره شده است. بنابراین تنها در صورتی که قائل به نظری باشیم که دیه را مجازات می‌داند می‌توانیم بپذیریم ضمان به کاررفته در متون فقهی به معنای مسئولیت کیفری می‌باشد.

در مفهوم اعم، مسئولیت را می‌توان الزام شخص به پاسخ‌گویی در قبال اعمال زیان‌آور خویش دانست. ولی به اعتبار زشتی عمل و نوع واکنش قانون‌گذار در قبال اعمال زیان‌آور، مسئولیت به انواع مختلف تقسیم می‌گردد: زمانی، اعمال زیان‌آور شخص او را ملزم به جبران خسارت ناشی از عمل می‌نماید؛ در این نوع مسئولیت که آن را مسئولیت مدنی می‌نامند حداکثر چیزی که شخص ملزم به انجام آن است

اعاده وضع سابق و جبران خسارت مالی وارده می‌باشد. مسئولیت مدنی، مسئولیتی است که در قبال خسارت زدن شخص یا افراد تحت مراقبت و اداره وی یا اشیای تحت حفاظت وی، به دیگران، ایجاد می‌گردد و در واقع، الزام شخص به جبران خسارتی است که به دیگری وارد کرده است (منتقمی، ۱۳۸۵: ۱۰).

در برخی موارد، عمل نامشروع شخص، علاوه بر ایراد خسارت به دیگران (یا حتی بدون ایراد خسارت مادی) به دلیل تعارض با نظم عمومی و ارزشهای حاکم بر جامعه، عنوان مجرمانه یافته و مرتکب آن سزاوار کیفر شناخته می‌شود.

از مسئولیت کیفری تعاریف مختلفی شده است از جمله:

- مسئولیت جزایی الزام شخص است به پاسخ‌گویی در قبال تعرض به دیگران (شامبیاتی، ۱۳۸۸: ۲۲/۲).

- مسئولیت کیفری عبارت است از: الزام به دادن جواب از نتایج اعمال بزهکارانه و تحمل مجازاتی که از طرف قانون برای آن پیش‌بینی شده است (استفانی و لواسور و بولوک، ۱۳۸۳: ۴۸۳/۱).

- «التزام» یا «مجبور بودن» شخص نسبت به عمل پیامدهای جزایی رفتار مجرمانه خود، مسئولیت کیفری نامیده می‌شود (العوی، ۱۹۸۵: ۱۲).

- مسئولیت جزایی را التزام شخص مکلف به پاسخ‌گویی آثار و نتایج زیان‌بار فردی و اجتماعی جرمی که انجام داده نیز تعریف کرده‌اند (ولیدی، ۱۳۷۸: ۲۹۸).

باید توجه داشت که صرف ارتکاب جرم برای اعمال کیفر علیه مرتکب آن کافی نبوده؛ بلکه شخص باید شایستگی سرزنش و عقاب جامعه را داشته باشد و عمل او در نظر جامعه سرزنش‌پذیر باشد. در تشخیص اینکه شخص سزاوار تحمل کیفر است یا نه، به وضعیت روانی او در لحظه ارتکاب جرم توجه می‌شود؛ زیرا هر انسانی از لحاظ مادی قدرت لازم برای ایجاد نتیجه مجرمانه را داشته، حتی مجنون و کودک نیز قادرند مرتکب قتل یا سرقت و سایر عناوین مجرمانه گردند؛ با این وجود، امکان دارد قانون‌گذار به لحاظ فقدان رکن روانی (در مورد مجنون) یا عدم شمول قوانین جزایی (در مورد صغیر) عنوان مجرمانه آنها را به رسمیت نشناخته و به لحاظ اینکه فاقد اهمیت جنایی هستند آنها را دارای مسئولیت کیفری نداند (میرسعیدی، ۱۳۸۳: ۵۰/۱).

در پایان شایان ذکر است از آنجا که امروزه کالاهای صنعتی در حجم وسیع توسط کارخانه‌های صنعتی به عنوان اشخاص حقوقی تولید و روانه بازار می‌گردد و کارگران شاغل در آنها نیز صرفاً برنامه‌ها و طرحهای مدیران فنی ارشد خود را اجرا می‌نمایند، دو موضوع بسیار مهم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و مسئولیت کیفری ناشی از عمل ارتكابی دیگران نیز باید مورد توجه و بررسی قرار گیرد که برای پرهیز از اطالۀ کلام به آنها اشاره نمی‌شود.

۱-۲. تولیدکننده

در کشور ما تعریف مشخصی از تولیدکننده وجود ندارد. در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان نیز قانون‌گذار صرفاً تولیدکنندگان را از عرضه‌کنندگان کالا و خدمات محسوب کرده و تعریفی از تولیدکننده ارائه نداده است.

در تعریف تولیدکننده می‌توان گفت: شخصی است که کالایی را از مواد اولیه خام یا از ترکیب چند کالای ساخته‌شده دیگر می‌سازد. می‌توان در تعریفی دیگر از تولیدکننده، وی را شخصی دانست که عملاً کالایی را ساخته و به بازار عرضه کرده است؛ این تعریف شامل سازنده‌ای که فقط بخشی از یک کالا را تولید کرده نیز می‌شود. معمولاً کشاورزان و تهیه‌کنندگان محصولات کشاورزی را تولیدکننده نمی‌نامند مگر آنکه بر روی محصولات کشاورزی عملیاتی انجام داده و به صورت فرآورده‌های خاص به بازار مصرف عرضه کرده باشند (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵: ۴۹). ماده ۳ مصوبه شماره ۸۵/۷۳۴ به تاریخ ژوئیه ۱۹۸۵ جامعه اروپا تولیدکننده را چنین تعریف کرده است: «تولیدکننده عبارت است از سازنده کالای نهایی، تولیدکننده مواد اولیه یا سازنده بخشی از اجزای تشکیل‌دهنده کالا و هر شخصی که با درج نام، نشان تجاری یا سایر علامتهای اختصاصی بر کالا، خود را به عنوان تولیدکننده آن معرفی می‌کند» (منتقمی، ۱۳۸۵: ۳۸). تولیدکننده در قوانین کشورهای مختلف نیز تعریف شده است که به عنوان نمونه یک مورد ذکر می‌گردد:

قانون مسئولیت ناشی از عیب تولید مصوب ۱۵ دسامبر ۱۹۸۹ آلمان مقرر کرده است: «از نظر این قانون، تولیدکننده به کسی اطلاق می‌شود که محصول نهایی یا بخش

عمده و اساسی یا یک جزء تشکیل دهنده آن را ساخته است. علاوه بر آن، هر شخص دیگری که با استفاده از نصب نام خود یا علامت تجاری یا هر گونه علائم مشخصه دیگر، خود را به عنوان تولید کننده معرفی نماید، از نظر این قانون تولید کننده به حساب می آید. اشخاصی که دارای مشخصات زیر باشند نیز تولید کننده محسوب می شوند:

۱- کسی که در زمینه فعالیت تجاری خویش اقدام به وارد نمودن محصولی به منظور فروش، اجاره، اجاره به شرط تملیک یا هر شکل دیگر از توزیع در مناطق تحت شمول جامعه اقتصادی اروپا نماید.

۲- چنانچه سازنده محصول مشخص نباشد، هر شخصی که توزیع کننده آن محصول باشد به عنوان تولید کننده شناخته خواهد شد، مگر اینکه شخص اخیر (توزیع کننده) ظرف مهلت یک ماه از تاریخ دریافت درخواست جبران خسارت، تولید کننده یا عرضه کننده محصول مورد نظر را به زیان دیده معرفی نماید» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۸۴).

ملاحظه می شود که اطلاق عنوان تولید کننده به بندهای ۱ و ۲ فقط برای حفظ حقوق مصرف کننده صورت گرفته است؛ زیرا در مفهوم اخص، تولید کننده به معنای سازنده کالای نهایی، تولید کننده ماده خام یا سازنده یک جزء تشکیل دهنده از کالا تلقی می گردد، ولی قانون گذار به منظور رعایت حقوق مصرف کننده، توزیع کننده کالا را نیز مادامی که ظرف یک ماه از تاریخ دریافت درخواست جبران خسارت، تولید کننده یا عرضه کننده محصول مورد نظر را به زیان دیده معرفی نکند به عنوان تولید کننده شناخته است. در قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان نیز قانون گذار به منظور حمایت از مصرف کننده، کلیه عرضه کنندگان کالا را در برابر مصرف کنندگان مسئول دانسته و عرضه کنندگان در این قانون، کلیه تولید کنندگان، وارد کنندگان، توزیع کنندگان، فروشندگان کالا و ارائه کنندگان خدمات... را شامل می شود.

۳-۱. محصول

در تعریف محصول می توان گفت: به هر آنچه که در نتیجه کار انسان حاصل شده و به دست می آید محصول می گویند. در ماده ۲ قانون آلمان، محصول به اموال منقولی گفته می شود که مستقلاً یا به صورت تابعی از مال غیر منقول مورد استفاده قرار گیرد

(همان: ۸۰). در قوانین دیگر نیز محصول شامل مال منقول دانسته شده، اعم از اینکه آن مال جزئی از مال منقول و غیر منقول دیگر باشد (همان: ۸۳). بدین ترتیب آجری که در ساختمان به کار رفته، محصول منقول است؛ هر چند به طور تبعی در ردیف اموال غیر منقول قرار گرفته است. در این قوانین، محصولات کشاورزی، دام‌پروری، زراعی، ماهیگیری و شکار از دایره شمول تعریف محصول استثنا شده و منظور از آن محصولات زراعی اولیه، محصولات خاک، دامداری و ماهیگیری است که مورد پردازش اولیه قرار گرفته و به طور مستقیم و ابتدا به ساکن تولید می‌شوند و مواردی را که اشخاص اقدام به بسته‌بندی و توزیع این محصولات با نام تجاری مخصوص می‌کنند شامل نمی‌شود. در مجموع، با در نظر گرفتن حقوق و مصالح مصرف‌کننده، در تعریفی موسّع می‌توان گفت محصول عبارت است از: «همه مصنوعات ساخت بشر و کالاهای صنعتی ساخته‌شده کارخانه‌ها و محصولات کشاورزی (البته آنهایی که با استفاده از عناوین و علائم تجاری بسته‌بندی شده و در سطح گسترده عرضه شده‌اند) و خدمات»^۱. در حقوق انگلستان نیز مطابق قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۹۸۷، محصول، هر نوع کالا از جمله اعیان، محصولات کشاورزی، کشتیها، هواپیماها و وسایل نقلیه را شامل می‌شود. با وجود این، قانون یادشده عیبهای محصولات شکار و کشاورزی را هرگاه آن محصول فرایند صنعتی را سپری نکرده باشد استثنا کرده است (Hunt, 2000: 204).

۱-۴. عیب

از آنجا که عیوب موجود در کالا موجب ایراد صدمه به مصرف‌کننده شده و تولیدکننده نیز به دلیل تولید کالای معیوب و از باب تسبیب مسئول خسارت وارده قلمداد می‌گردد و بنا به تصریح ماده ۱۸ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۸۸/۷/۱۵ در صورتی که کالا یا خدمات عرضه شده معیوب باشند و

۱. در ادبیات اقتصادی، به هر کارکرد یا پیشه‌ای که تقاضایی برای آن وجود داشته باشد خدمت می‌گویند. بنابراین تعمیر اتومبیل، لوله کشی، نظافت، توصیه‌های پزشکی و... که قابل برآورد به پول می‌باشند خدمت محسوب شده و ارائه‌کننده آن مطابق مقررات در برابر صدمات، جنایات و خسارات وارده مسئول است (امیدی و سعادت‌مندی، ۱۳۷۴: ۵۰).

به واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف‌کننده وارد گردد، متخلف، به پرداخت جزای نقدی محکوم خواهد شد. ارائه تعریفی مختصر از مفهوم عیب ضروری به نظر می‌رسد. با بررسی آرای فقها در این باره به دست می‌آید که عیب نقصی است که از ارزش کالا یا انتفاع متعارف آن بکاهد. قانون مدنی از عیب تعریفی ارائه نکرده و به نظر عرف گذارده، چنانچه در ماده ۴۲۶ مقرر داشته «تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت می‌باشد و بنابراین ممکن است بر حسب ازمنه و امکانه مختلف باشد؛ زیرا عرف در محلی ممکن است امری را عیب بدانند و در محل دیگر آن را عیب نشناسد و یا در زمانی عیب بشمارد و در زمان دیگر به آن ترتیب اثر ندهد.

از جمله مشهورترین تعاریفی که در متون فقهی از مفهوم عیب ارائه شده عبارت است از: «وهو کلّ ما زاد عن الخلقه الأصلية أو نقص، عيناً كالإصبع أو صفة كالحمى ولو يوماً؛ یعنی عیب، هر چیزی است که نسبت به خلقت اصلی و اولی (که همان خلقت غالب افراد نوع است) فزونی یا کاستی داشته باشد، خواه عین باشد مانند انگشت زاید و یا صفت مانند تب اگرچه در یک روز» (شهید اول، ۱۳۸۷: ۲۵۲/۱).

درباره عیب تعاریف مختلفی ارائه شده و تقسیم‌بندیهای گوناگونی نیز از آن صورت گرفته که از جمله تقسیم آن به عیب پنهانی و آشکار و عیب موجود در مرحله طرح یا تولید یا تعلیم و... می‌باشد که بحث در مورد آنها موجب اطاله کلام می‌شود. در مجموع، به نظر می‌رسد اگر در تعریف عیب گفته شود: «نقصی است که از ارزش کالا یا انتفاع متعارف آن بکاهد» به همه موارد عیب دست یافته‌ایم (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۴۲).

باید توجه داشت که منظور، عیبهایی است که در کالا وجود دارد و در نهایت منجر به ایراد صدمه به مصرف‌کنندگان می‌گردد؛ بنابراین هدف از ارائه تعاریف گوناگون از عیب، دستیابی به ضابطه‌ای است که به دنبال آن بتوان کالایی را معیوب محسوب کرد. در بند ۴ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵ در تعریف عیب آمده است: «منظور از عیب در این قانون، زیاده، نقیصه یا تغییر حالتی است که موجب کاهش ارزش اقتصادی کالا یا خدمات گردد».

بند الف ماده ۳ قانون مسئولیت ناشی از عیب تولید مصوب ۱۵ دسامبر ۱۹۸۹ آلمان، محصول را زمانی معیوب می‌داند که از آن درجه امنیت و سلامت که عرفاً با

توجه به اوضاع و احوال و شرایط، مورد انتظار است، برخوردار نباشد (همان: ۸۳). بند ۱ ماده ۱۸۶ قانون مدنی جدید هلند نیز که به مسئولیت ناشی از کالاهای معیوب پرداخته، کالا را هنگامی معیوب محسوب می‌کند که ایمنی‌ای را که شخص حق دارد انتظار داشته باشد فراهم نیاورد (همان: ۸۹). بنابراین کالای معیوب، کالایی است که به لحاظ نقص در طرح یا تولید یا معرفی نتواند امنیت و سلامتی را که عرفاً از یک کالا انتظار می‌رود برای مصرف‌کنندگان تأمین کند.

۲. سیر تاریخی مسئولیت تولیدکنندگان محصولات صنعتی

هرچند در منابع قدیمی مواردی را می‌توان یافت که در آن به مسئولیت صانع یا فروشنده به علت کوتاهی و تخلفات آنها در امر تولید یا فروش اشاره شده؛ اما بی‌گمان توجه به مسئولیت تولیدکنندگان محصولات صنعتی با این حجم گسترده، ضرورت جامعه کنونی بوده و بحثهایی پیرامون آن با شروع انقلاب صنعتی و پیدایش آثار زیان‌بار حاصل از تولیدات کارخانه‌ها مطرح شده است. اینکه در ابتدا، مبنای برخورد با تولیدکننده و فروشنده‌ی خاطی چه قواعدی بوده و دولتها در دوره‌های مختلف با این قانون‌شکنی چگونه برخورد کرده‌اند می‌تواند رهگشای ما در طرح مباحث پیش رو باشد، ولی از آنجا که در ابتدا روابط تولیدکننده (فروشنده) با مصرف‌کننده (خریدار) در چارچوب قواعد مسئولیت مدنی قرار دارد، در دو مبحث جداگانه این سیر تاریخی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. سیر تاریخی مسئولیت مدنی تولیدکنندگان محصولات صنعتی

اگر پیشینه مسئولیت تولیدکنندگان و افراد مرتبط با تولید (توزیع‌کنندگان، واسطه‌ها، فروشندگان کالا و...) بخواهد با دقت مورد بررسی قرار گیرد مسئولیت اولیه این افراد را باید در قواعد مسئولیت مدنی جستجو کرد. تاریخ نشان می‌دهد که در آغاز تحولات مسئولیت مدنی بیشتر تکیه بر جبران زیان بوده است، قانون‌گذاران سعی می‌کردند که زبانی را جبران‌نشده باقی نگذارند و رابطه مادری میان اعمال شخص و نتایج آن را کافی می‌دانستند. رفته‌رفته این فکر به وجود آمد که کسی را باید مسئول شناخت که از نظر

اخلاقی قابل سرزنش باشد. طبق این نظر، مسئولیت، مفهومی اخلاقی است، هر کس باید در گرو خطاهای خود باشد و به طور نوعی نمی‌توان در این باره داوری کرد. ولی در این مبنای نو تردید شده و دیری نپایید که برخی به نکوهش آن پرداختند، مبنای اخلاقی تازه‌ای به میدان آمد و این زمزمه قدیمی با انگیزه جدید دوباره آغاز شد که: «هر کس سود کاری را می‌برد، باید زیانهای آن را نیز تحمل کند». این فکر تازه نیز با گذشت زمان رونق پیشین را از دست داد و هرچند آثاری را از خود به جا نهاد ولی نتوانست نظریه مرسوم تقصیر را یکسره از میان بردارد و در برخورد اندیشه‌ها به جای اینکه پیروزی کامل یابد، خود نیز تعدیل شد. این تحول تاریخی، دورنمای روزی را نوید می‌دهد که دولت تضمین اجتماعی را خود به عهده بگیرد و با وضع مالیاتها و اخذ عوارض از همه مردم به تناسب در آمد یا خطری که می‌آفرینند مبلغی را برای جبران خسارت آنان بگیرد و به جای مؤسسات بیمه کنونی عهده‌دار جبران زیانهایی شود که در نتیجه زندگی اجتماعی به بار می‌آید (همان، ۱۳۸۶: ۱۸۰). آخرین مرحله از این تحولات مسئولیت محض که اصطلاحاً «مسئولیت ناشی از کالا» نامیده می‌شود برای شناسایی و بیان مواردی استفاده می‌شود که در آنها شخص یا مالی به طریقی به واسطه کالای معیوب یا خدمات نامناسب آسیب یا خسارتی می‌بیند. مفهوم اصطلاح مذکور این است که هرگاه مصرف‌کننده با مصرف کالایی آسیب ببیند، سازنده کالا یا عرضه‌کننده آن و یا سایر اشخاص مرتبط با امر تولید به طور مطلق ملزم به جبران خسارت خواهند بود؛ زیرا در این نوع مسئولیت، برای مسئول دانستن آنها اثبات تقصیر ضرورت ندارد؛ بلکه تحقق یافتن دو شرط برای مسئول تلقی شدن لازم است: وجود عیب در کالای مورد نظر در زمان تحویل آن و سبب نزدیک تلقی شدن عیب موجود در وارد آمدن خسارت (منتقمی، ۱۳۸۵: ۱۳). به بیان دیگر، عیب موجود در کالا سبب وقوع حادثه و ایراد خسارت شده باشد.^۱

۱. باید افزود که در آخرین مرحله تحول، برخی از دادگاههای آمریکایی با نقض قواعد مربوط به «مسئولیت محض» چهره‌ای از مسئولیت مطلق یا مسئولیت بی‌عیب تولیدکننده را پذیرفته‌اند؛ بدین معنا که تولیدکننده صرف نظر از وجود یا عدم وجود عیب هنگام طراحی کالا مسئول خسارت ناشی از مصرف آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۴).

۲-۲. سیر تاریخی مسئولیت کیفری تولیدکنندگان محصولات صنعتی

در دوران گذشته، تکالیف و وظایفی که برای تولیدکننده در نظر گرفته شده بود فاقد جنبه کیفری و بیشتر به منظور پیشگیری از ورود خسارت و به لحاظ حفظ حقوق مصرف‌کننده این تکالیف بر تولیدکننده بار شده بود. به عنوان نمونه: «ژوستی نین» در الواح دوازده‌گانه خود، برای مصرف‌کنندگان حق برخورداری از اطلاعات و ایمنی قائل بود که در این صورت، چون کیفیت کالا برای مصرف‌کنندگان کاملاً آشکار بود، معمولاً تولیدکننده در مقابل حوادث ناشی از آن مسئولیتی نداشت؛ مگر در موارد غش و تقلب در موضوع معاملات که نسبت به این موارد حکمرانان در ساخت و توزیع آنها حساسیت نشان می‌دادند؛ یا به موجب قوانین دیگری در قرون وسطی پیشروان و تولیدکنندگان مواد غذایی می‌بایستی در انظار عمومی به تولیدپردازند تا مصرف‌کنندگان از سلامت تولیدات اطمینان داشته باشند (امیدی و سعادت‌مندی، ۱۳۷۴: ۱۰).

حقیقت این است که در دوران گذشته، برای برخورد با تولیدکننده خاطی و جبران زیانهای وارده به مصرف‌کننده کالای معیوب از قواعد مسئولیت مدنی استفاده می‌شده و تعیین مجازات برای تولیدکننده قانون‌شکن و متخلف و برخورد کیفری با او به طور موردی و آن هم بر اساس فرامین پادشاهی صورت می‌گرفت؛ ولی پیدایش انقلاب صنعتی و ورود حجم وسیع از محصولات به بازارها و پیامدهای ناگوار ناشی از مصرف آنها حکومتها را به این فکر واداشت که برای پیشگیری از تولید کالای معیوب و زیان‌آور و مقابله با تولیدکنندگان این گونه کالاها به تصویب ضمانت‌اجراهای کیفری اقدام کنند.

از آنجا که مصرف‌کنندگان مواد خوراکی، دارویی و بهداشتی افراد زیادی از جامعه بوده و عدم رعایت موازین فنی در تولید آنها ممکن است آثار زیان‌باری را در سطح وسیعی از جامعه ایجاد نماید، ابتدا در بیشتر کشورها قانون‌گذاران به تصویب مقررات کیفری به منظور برخورد با تولیدکنندگان متخلف این مواد اقدام کردند. در ایران نیز قدیمی‌ترین واکنش جدی در برابر تولیدکننده که جنبه کیفری داشت قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی

مصوب ۱۳۳۴/۳/۲۹ و اصلاحات بعدی آن و قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی مصوب ۱۳۴۶ و اصلاحات سال ۱۳۵۳، نمونه‌های آشکار استفاده از ابزار کیفری در حمایت از امنیت و سلامت مصرف‌کننده بود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۰). پس از انقلاب نیز قانون‌گذار با وضع قوانین مختلف (که اشاره خواهد شد) مسئولیت کیفری تولیدکنندگان را مورد توجه قرار داد. قانون‌گذار ایران در آخرین اقدام، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان را به تصویب رسانده است.

۳. مبانی فقهی مسئولیت کیفری تولیدکنندگان

نیرو و جاذبه پنهانی‌ای که پشتیبان قانون است و انسان را به اجرای قواعد آن وادار می‌سازد مبنای حقوق می‌نامند (همو، ۱۳۷۷: ۱۹). صرف نظر از بحث‌های نظری که آیا مبنای اصلی حقوق، عدالت است یا قدرت حکومت، باید گفت اگر بخواهیم مردم به اوامر و نواهی قانون‌گذار با رضایت قلبی گردن نهاده و قوانین را بپذیرند باید قوانینی وضع نماییم که دارای مبانی و پشتوانه‌های قوی بوده و با نظام عقیدتی مردم سازگار باشد. در کشور ما نیز برای تحقق این مهم می‌توان از روایات و قواعد اسلامی برای مبناسازی استفاده نمود. اگر در کتب و منابع فقهی به دنبال آن باشیم که بحثی پیرامون مسئولیت کیفری تولیدکنندگان محصولات صنعتی پیدا نموده و به متون و روایاتی دست یابیم که در این زمینه دارای حکمی باشند؛ به این نتیجه می‌رسیم که منبع خاص و مطلب صریحی در این خصوص وجود ندارد. البته در منابع فقهی مواردی وجود دارد که به ضمانت افراد در قبال خسارات ناشی از اعمال آنها اشاره شده است. به عنوان نمونه: در شرح لمعه در باب ضمان مریبی شنای طفل آمده است: *و یؤیده ما روی من ضمان الصانع وإن اجتهد وفي القواعد علل الضمان بالتفریط ومقتضاه أنه لو لم یفرط فلا ضمان؛* روایتی که وارد شده صانع علی‌رغم تلاش و کوشش ضامن است، مؤید آن است (ضمان مریبی شنای کودک) و در قواعد *علت ضمان، تفریط وی بیان شده و مقتضای این امر آن است که اگر او تفریط نکرده باشد ضامن نیست* (شیروانی، ۱۳۸۶: ۱۴/۱۷۸).

مبنای روایی بحث بالا به نقل از صاحب شرح لمعه حدیثی از امام صادق علیه السلام

است که فرموده‌اند:

كُلُّ أَجِيرٍ يُعْطَى الْأَجْرَةَ عَلَى أَنْ يُصْلِحَ فَيُفْسِدَ فَهُوَ ضَامِنٌ؛ هر اجیری که به او اجرت داده می‌شود تا عملی را به درستی انجام دهد، اگر کار را درست انجام ندهد ضامن است (حرّ عاملی، بی‌تا: ۲۷۱/۱۳).

در این حدیث، افراد نسبت به اموری که به آنها واگذار شده مسئول تلقی گردیده و موظف به حُسن انجام کار هستند و در مقابل انجام ناصحیح امور می‌توان آنها را مورد مؤاخذه و بازخواست قرار داد.

علاوه بر این می‌توان از قاعده «التعزیر لکلّ عمل حرام» برای وضع قواعد و ضمانت اجراهای کیفی مناسب برای مقابله با تولید کنندگان کالای معیوب، آنگاه که عمل آنها از مصادیق فعل حرام می‌باشد، استفاده نمود. طبق این قاعده، حاکم می‌تواند مرتکب هر فعل حرامی را به میزان مصلحت تعزیر نماید:
 من فعل محرّمًا أو ترك واجبًا إلهیًا عالمًا عامدًا عزّره الحاکم حسب ما یراه من المصلحة (خویی، ۱۴۲۸: ۴۰۷/۴۱).

هرچند بحثهای گوناگونی در مورد پذیرش یا عدم پذیرش این قاعده به طور مطلق و تعارض آن با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و نیز معنا و مفهوم فعل حرام مطرح گردیده، ولی به طور کلی باید توجه داشت که این قاعده از اهمیت به سزایی در فقه جزایی برخوردار است؛ زیرا مبنای مشروعیت بسیاری از قوانین جزایی و نیز اسلامی بودن آنها، همین قاعده است. بسیاری از اعمالی که در قوانین موضوعه فعلی، به ویژه بخش تعزیرات، جرم‌انگاری شده و برای آنها مجازات تعیین گردیده، مستند و دلیل خاصی برای آنها در شرع مقدس اسلام وارد نشده است. با وجود این، شورای نگهبان این قوانین را مخالف شرع تشخیص نداده؛ چون این اعمال همگی «حرام» محسوب می‌شوند و هر عمل حرامی قابل تعزیر است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۲۹۲). بعضی از حقوق‌دانان نیز در تأیید این قاعده، تعیین مجازات توسط دولت را برای هر عملی که مفسده بوده و پیامد منفی داشته باشد مجاز دانسته و معتقدند: از آنجا که شریعت اسلام برای حفظ نظام اهتمام زیادی قائل است و هر آنچه را که موجب نزاع، مخاصمه، هتک اعراض و آبرو و ریختن خون انسانهای بی‌گناه

می‌شود، ممنوع اعلام می‌دارد؛ زیرا در برابر این امر مهم وظیفه سنگینی بر عهده دارد. از این رو، با توجه به اینکه اجرای حدود و تعزیرات در موارد منصوصه برای این مقصود کفایت نمی‌کند، باید این اختیار برای حکومت اسلامی وجود داشته باشد که هر عملی را که مفسده و پیامد سوء داشته، به درجه‌ای که امنیت اجتماعی و حقوق عامه و مصالح جامعه را به خطر بیندازد و موجب تجرّی مردم بر ارتکاب معاصی شود، ممنوع اعلام نموده و برای ارتکاب آن مجازات خاصی مقرر نماید (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۲۴۶/۴). بنابراین هرچند بررسی کاربرد این قاعده در جرم‌انگاری برای افعال حرامی که در شرع مجازات خاصی برای آن در نظر گرفته نشده، خود بحث ما این قاعده نیز می‌تواند مبنای مناسبی برای تعیین مجازات در مورد تولیدکننده کالای معیوب محسوب گردد؛ زیرا در اسلام تقلب و خرید و فروش کالاهایی که به جان یا جسم اجتماع (مردم) ضررهای مهم و قابل ملاحظه‌ای وارد کند حرام دانسته شده است (هاشمی‌نژاد، بی‌تا: ۱۵۸). ایراد ضرر جسمانی به دیگران نیز از مصادیق بارز فعل حرام است که یکی از پیامدهای استفاده از کالاهای معیوب می‌تواند باشد. در پایان یادآوری این نکته ضروری است که در کلام وحی کسب مال و ثروت از طریق نامشروع مورد نهی قرار گرفته و در آیات ۱۸۸ سوره بقره و ۲۹ سوره نساء دستور داده شده است: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾ بی‌تردید، تولید کالاهای معیوب یا تقلب در امر تولید یا عرضه کالاها و کسب منفعت از این شیوه، یکی از زمینه‌های نامشروع کسب درآمد بوده که با عنایت به نهی خداوند، حرام تلقی می‌گردد.

۱-۳. برخی از مصادیق مسئولیت جزایی در فقه

در فقه اسلامی انجام بعضی امور هنگام معامله، مذموم و حرام شمرده شده است که می‌تواند در این بحث برای برخورد با تولیدکننده خاطی و سایر افراد مرتبط با تولید مانند: توزیع کنندگان، فروشندگان و... مورد استفاده قرار گیرد، از آن جمله عبارتند از:

۱-۳-۱. نجش

واژه نجش به فتح نون و سکون یا فتح جیم در لغت به معنای پراکندن سخن، بحث

کردن از چیزی و جمع کردن است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۴/۲۳۳۴۹).

نجش با نون مفتوحه و جیم ساکنه یا جیم مفتوحه به خاطر حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله که ضعف سند آن با اجماع منقول جبران شده است - چنانچه در جامع المقاصد نیز آمده - حرام است؛ چون حدیث به لعن ناجش و منجوش له دلالت دارد. در حدیث دیگری پیامبر صلی الله علیه و آله می فرماید: «با یکدیگر نجش نکنید». عقل نیز بر قبیح بودن این عمل گواهی می دهد چون غش و تلیس و اضرار است. نجش چنانچه از عده‌ای از فقها نقل شده به این معناست که شخصی بر قیمت کالایی که نمی خواهد آن را بخرد بیفزاید تا این قیمت زیادی را به گوش دیگری برساند تا او نیز کالا را به قیمت بیشتری بخرد، به شرط اینکه بین مرتکب این عمل و بایع تبانی شده باشد یا اینکه اصلاً تبانی نشده باشد، همچنان که برخی از فقها این گونه حکم نموده و نجش را این طور معنا کرده‌اند: «شخصی کالای دیگری را بستاید تا آن را رواج دهد به شرطی که بین او و بایع تبانی باشد یا اینکه تبانی هم نباشد». حرمت نجش با عنایت به تفسیر دوم، خصوصاً در صورتی که بین ناجش و بایع تبانی نباشد نیازمند دلیل است و در این صورت عده‌ای از فقها قائل به کراهت شده‌اند (انصاری، ۱۳۸۳: ۱۶۴/۱).

۳-۱-۲. غش

واژه غش به معنای ظاهر کردن خلاف آنچه در دل باشد، خدعه کردن و گول زدن آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۱/۱۶۷۳۰).

غش حرام بوده و در این باره اختلافی نیست. روایات متواتری درباره حرمت آن وجود دارد. از جمله از پیامبر صلی الله علیه و آله با سندهای متعدد نقل شده است: «در زمره مسلمانان نیست هر کس با مسلمانی غش کند». ظاهر اخبار این است که غش در صورتی است که آن چیز مغشوش، مخفی بماند مانند آمیختن آب با شیر و مخلوط کردن مرغوب با نامرغوب در چیزهایی مانند روغن یا قرار دادن حریر در جای سرد تا وزن بیشتری بگیرد، اما اگر امتزاج و مخلوط کردن به گونه‌ای باشد که مخفی نماند حرام نیست؛ چون غش از آن منصرف است. و به مواردی که امتزاج و مخلوط کردن طوری باشد که آشکار گردد غش اطلاق نمی گردد (انصاری، ۱۳۸۳: ۱۰۲/۱).

۲-۳. قواعد فقهی

۱-۲-۳. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر به عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی می‌تواند بیشترین کاربرد را در این بحث داشته باشد؛ چون طبق این قاعده، مردم از ضرر رساندن به همدیگر منع شده و در صورت ایراد خسارت، ملزم به جبران آن هستند.

طبق این قاعده، هرگاه کسی ضرری به دیگری وارد کند باید از عهده جبران آن برآید. بین فقها درباره مفاد این قاعده اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای عقیده دارند: حکم ضرری در اسلام وجود ندارد لذا هرگاه وجوب حکمی در اسلام سبب ورود ضرر گردد آن وجوب برداشته می‌شود، در مقابل، برخی نیز معتقدند موضوع ضرری در اسلام موجود نیست (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۳۷/۱). قاعده «لاضرر و لاضرار» که یکی از پرکاربردترین قواعد فقهی است متضمن ضرورت تدارک زیان است؛ چه این زیان ناشی از عدم اجرای قرارداد باشد و چه ناشی از ضمانات قهری. وقتی کسی از کالایی آسیب دید تفاوتی نمی‌کند که قراردادی موجود باشد یا نباشد (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵: ۵۹). صرف نظر از مباحث نظری یادشده در مورد این قاعده، می‌توان گفت: طبق این قاعده، ضرر زدن به دیگران مشروعیت ندارد و هرگاه عمل شخصی منشأ ایراد خسارت به دیگران گردد آن شخص باید از عهده جبران خسارت برآید. بنابراین تولیدکننده‌ی خاطی نیز که کالای معیوب او باعث ایراد خسارت به مشتری گردیده، ملزم به جبران خسارت است.

۲-۲-۳. قاعده غرور

مطابق این قاعده هرگاه شخصی کاری انجام دهد که باعث فریب خوردن شخص دیگر شده، و از این رهگذر، ضرر و زبانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت وارده برآید. شخص اول را «غار» (فریب‌دهنده) و شخص دوم را «مغرور» (فریب‌خورده) و این قاعده را «قاعده غرور» گویند؛ طبق این تعریف، لازم نیست شخص اول قصد نیرنگ و خدعه داشته باشد و حتی ممکن است خودش هم از دیگری فریب خورده باشد، بلکه همین مقدار که او

کاری انجام دهد که دیگری با توجه به آن فریب بخورد، برای صدق غرور کافی است (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۶۳/۱). برابر این قاعده اگر عمل تولیدکننده و سایر عوامل مرتبط با تولید از جمله عرضه کنندگان و واسطه‌ها موجب اغفال و فریب مشتری شده و مصرف‌کننده در انتخاب کالای مورد نظر خود مغرور (فریب‌خورده) گردد می‌تواند برای جبران خسارت، حسب مورد به شخصی که موجب این امر شده مراجعه نماید. همان طور که در ابتدای این مبحث اشاره شد هرچند این قاعده و به طور کلی قواعد مورد بحث، اصولاً مسئولیت مدنی تولیدکنندگان را اثبات می‌نمایند؛ ولی آنجا که حفظ نظم عمومی و حساسیت موضوع، دخالت قانون‌گذار کیفری در امور مدنی را ایجاب می‌نماید، این قواعد می‌تواند به عنوان یکی از مبانی و دلایل برخورد کیفری با تولیدکننده‌ی خاطی قلمداد گردد. از طرفی هرچند برای احراز مسئولیت (غار) به منظور جبران خسارت احراز آگاهی او شرط نیست و به طور مطلق مسئول می‌باشد ولی در مواردی که (غار) با علم و آگاهی به قصد نیرنگ و خدعه اعمالی انجام می‌دهد که موجب فریب (مغرور) شده و در نهایت زیانی به او وارد می‌نماید با توجه به علم و عمد (غار) می‌توان عمل او را در مواردی سزاوار مجازات دانست.

۳-۲-۳. قاعده من له الغنم فعلیه الغرم

طبق این قاعده هر کس که سودی از کاری عاید او می‌شود غرامت آن کار هم با اوست. مسئولیت ناشی از این قاعده، کاملاً اخلاقی است و بر خلاف آنچه تصور شده، مسئولیت اخلاقی در اینجا نیاز به وجود تقصیر ندارد. عدالت اجتماعی اقتضا می‌کند که ثروتمندان به همان میزان که سرمایه کسب می‌کنند عهده‌دار ضررهای عمل خویش نیز باشند هرچند که هیچ تقصیری نکرده باشند (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵: ۷۱).

می‌توان گفت: این قاعده، رابطه تنگاتنگی با مسئولیت تولیدکنندگان دارد. یعنی چنانچه کسی از سود و انتفاع بیشتری برخوردار است و جامعه وسایل و ابزار بیشتری در اختیار او قرار داده، اگر در استفاده از این ابزار، اعمالی را مرتکب شود که باعث خسارت و ضرر به دیگران گردد، باید ضرر و زیان ناشی از عمل خود را جبران نماید و چنانچه عمل او دارای عنوان مجرمانه باشد مجازات آن را هم باید تحمل

کند. شرکتهای بزرگ که امروزه در قالب اشخاص حقوقی در حجم وسیع به فعالیتهای اقتصادی از جمله تولید کالا می‌پردازند مطابق این قاعده در برابر ضررهای ناشی از محصولات خود مسئول بوده و حتی بدون نیاز به احراز تقصیر صرفاً به لحاظ محیط سودآوری که ایجاد کرده‌اند ملزم به پاسخ‌گویی (به صورت جبران خسارت یا تحمّل مجازات) می‌باشند.

شایان ذکر است مسئولیت مدیران شرکتهای تولیدی در برابر تخلفات کارگران که با تولید کالای معیوب سبب ایراد خسارت به مصرف‌کننده می‌شوند در چارچوب این قاعده قابل بررسی می‌باشد.

۳-۲-۴. قاعدهٔ تسبیب

در تسبیب، شخص به طور مستقیم مباشر تلف کردن مال و ورود خسارت به دیگران نیست، بلکه مقدمات تلف را فراهم می‌کند یعنی کاری انجام می‌دهد که در نتیجهٔ آن، تلف واقع می‌شود. مانند اینکه پوست موزی را در پیاده‌رو می‌اندازد و شخصی بر روی آن قدم می‌گذارد و آسیب می‌بیند.

هرچند لزوم تقصیر در هیچ یک از مواد قانونی به صراحت ذکر نشده، ولی مستنبط از مواد قانونی این است که در تسبیب، وجود تقصیر، شرط ایجاد مسئولیت است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۹-۳۰).

در تسبیب، متضرر (خریدار) باید تقصیر فروشنده را ثابت نماید و علاوه بر آن، باید ثابت کند بین تقصیر فروشنده و ضرر وارده به او، رابطهٔ سببیت وجود داشته و دلیل ورود ضرر تقصیر فروشنده می‌باشد، تا مسئولیت فروشنده محقق گردد که اثبات این امر توسط مصرف‌کننده با توجه به نابرابری عرضه‌کنندگان کالا و خدمات^۱ و مصرف‌کنندگان امری دشوار و در بسیاری موارد ناممکن است. لذا بسیاری از زیانهای

۱. از عرضه‌کنندگان کالا و خدمات در اینجا به معنایی که در بند ۲ مادهٔ ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۸۸/۷/۱۵ آمده، یاد شده است. یعنی کلیهٔ تولیدکنندگان، واردکنندگان، توزیع‌کنندگان، فروشندگان کالا و ارائه‌کنندگان خدمات اعم از فنی و حرفه‌ای و همچنین کلیهٔ دستگاهها، مؤسسات و شرکتهایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است و به طور مستقیم یا غیر مستقیم به صورت کلی یا جزئی کالا یا خدمات به مصرف‌کننده ارائه می‌نمایند.

وارده به مصرف کننده جبران نشده باقی می ماند. در کتب فقهی، در بحث «موجبات ضمان» مباحث مربوط به تسبیب مطرح شده و موجبات ضمان (اعم از مسئولیت کیفری و مدنی) تحت دو عنوان مباشرت و تسبیب مورد بررسی قرار می گیرد. در بررسی مصادیق موجبات ضمان به تسبیب، یکی از مواردی که می تواند در بحث ما مورد استفاده قرار گیرد و در کتب فقهی نیز به آن اشاره شده است «مسئولیت تعمیر کننده کشتی» می باشد که عین عبارت صاحب جواهر در این مورد نقل می گردد:

لو أصلح سفينة وهي سائرة مثلاً أو أبدل لوحاً منها فغرقت بفعله مثل أن سمّر مسماراً فقلع لوحاً أو أراد ردم موضع أي سدّ فرجته فانهتك فهو ضامن في ماله ما يتلف من مال أو نفس بلا خلاف أجده في الثاني لأنه شبيه عمد باعتبار قصده الفعل دون القتل، بل والأول مع فرض التفريط، بل ومع عدمه مع فرض استناد التلف إليه، وإن قال في المسالك: «هو مبني على ضمان الصانع وإن اجتهد وقد تقدّم» وربّما فصل بين ما أوجب عليه أو كان لمصلحتهم خاصّة فلا ضمان وإلا ضمن، كان لمصلحة أو بأجرة ونحوها وهو كما ترى... (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۱۳/۴۳).

ملاحظه می شود طبق عبارت فوق شخصی که کشتی در حال سیر را تعمیر می کند و مثلاً با برداشتن میخی موجب شود تخته ای جدا گردد یا بخواهد جلوی روزنه ای را که آب از آن می آید ببندد ولی با کارش باعث ایجاد شکاف بیشتر شود و با این عمل سبب غرق شدن کشتی شود، ضامن جان یا مال دیگران خواهد بود. در ضمان تعمیر کننده ای که با قصد ایراد خسارت، اقدام به سوراخ کردن کشتی می نماید و یا در انجام مرتکب تفريط (تقصیر) می شود تردید و اختلافی وجود ندارد و حتی بنا به قولی صرف استناد تلف به عمل تعمیر کننده برای مسئول دانستن او کافی است؛ چرا که فرض بر ضمان صانع است حتی اگر تمام تلاش خود را به کار برده باشد. هدف از ذکر این مطلب، بررسی و تشریح موارد اختلافی نیست؛ بلکه توجه به این نکته است که تعمیر کننده کشتی در کلام فقها موضوعیت نداشته و حکم مذکور را می توان به همه سازندگان کالا تسری داد و در صورتی که تولید عمده یا توأم با تقصیر کالای معیوب توسط آنها سبب ورود خسارت جانی گردد آنها را مسئول (حسب مورد سزاوار قصاص یا پرداخت دیه) تلقی نمود.

۴. منابع قانونی مسئولیت کیفری تولیدکنندگان

۴-۱. مقررات عام

تا قبل از قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو که تحت تأثیر فضای حاکم بر کشور و به دلیل آتش‌سوزیهای خودروی پژو ۴۰۵ تولیدی شرکت ایران خودرو، در تاریخ ۱۳۸۶/۳/۲۳ توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید، قانونی که به‌طور خاص به مسئولیت تولیدکنندگان کالاهای صنعتی بپردازد، در نظام تقنینی ایران وجود نداشت.^۱ در این دوران علاوه بر قوانین خاصی که می‌توانست مورد استفاده قرار گیرد و در مبحث بعدی به آنها اشاره خواهد شد به منظور برخورد کیفری با تولیدکننده‌ی خاطی باید از قواعد مربوط به تسبیب استفاده می‌گردید؛ چون تولیدکننده و سازنده کالا، مباشر ایراد صدمه به مصرف‌کننده نیستند، بلکه مقدمات حوادث زیان‌آور را فراهم می‌آورند و با تولید کالای معیوب، سبب ورود خسارت به مصرف‌کنندگان می‌گردند.^۲ شایان ذکر است وقتی تولیدکننده را به عنوان مسبب ورود خسارت و به دنبال آن دارای مسئولیت کیفری قلمداد می‌کنیم به مواردی توجه داریم که کالای معیوب تولیدی سبب ورود خسارت بدنی به مصرف‌کننده شده و تولیدکننده به این دلیل و از باب تسبیب مسئول پرداخت دیه می‌باشد؛ لذا تنها زمانی که دیه را مجازات بدانیم، می‌توانیم الزام تولیدکننده را به جبران خسارت بدنی وارده به مصرف‌کننده در قالب پرداخت دیه، نوعی مسئولیت کیفری بدانیم. از طرفی، هرگاه بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت و یا عدم رعایت نظامات توسط تولیدکننده منجر به تولید کالای معیوب گردد که استفاده از آن مرگ

۱. شایان ذکر است که بحث تصویب لایحه‌ای تحت عنوان لایحه حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان از سالها قبل در مجلس شورای اسلامی مطرح بود و پیش‌نویس اولیه این لایحه که از سوی سازمان برنامه و بودجه تهیه شده بود پس از تقدیم به مجلس به کمیسیون امور بازرگانی و توزیع مجلس شورای اسلامی ارجاع شد و پس از مباحثات و بررسیهای لازم و اصلاحات صورت گرفته، کلیات لایحه در جلسه علنی ۱۳۷۲/۱۱/۲۴ به تصویب رسید (برای اطلاع بیشتر ر.ک: منتقمی، ۱۳۸۵: ۸۵).
۲. قاعده تسبیب به عنوان یکی از قواعد فقهی در مبحث مبانی مورد اشاره قرار گرفت و از آنجا که این قاعده، جامعه قانون نیز به خود پوشیده و ضمانت اجرای قانونی یافته در این قسمت نیز مجدداً به عنوان منابع مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مصرف کننده را به دنبال داشته باشد، مسئولیت کیفری تولید کننده را در چارچوب ماده ۶۱۶ قانون مجازات اسلامی می توان مورد بررسی قرار داد.

در مبحث مربوط به تسبیب، باید توجه داشت هرگاه سبب با قصد ایراد خسارت جانی و مالی اقدام کند نسبت به نتایج ناشی از کار خود مسئول است چه تعدی و تفریط (تقصیر) در کار باشد یا نه، و اگر سبب، قصد ایراد خسارت جانی و مالی را نداشته باشد اینکه ضمان او مشروط به تقصیر باشد امری مورد اختلاف است. از آنجا که فرض بر این است که تولید کننده با قصد ایراد خسارت اقدام به تولید کالای معیوب نمی نماید بررسی این موضوع خالی از فایده نخواهد بود. توجه به موادی همچون ۳۴۷، ۳۵۰، ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی که ضمان را نفیاً و اثباتاً دایرمدار تقصیر گرفته اند، نشان می دهد که از دیدگاه قانون گذار در خسارت ناشی از تسبیب، تقصیر شرط است. البته از دیدگاه برخی از فقها، ضمان دایرمدار استناد فعل به فاعل است خواه تقصیری صورت گرفته باشد یا نه. بنابراین نمی توان به عنوان قاعده ای کلی مدعی شد تقصیر در حوادث ناشی از تسبیب شرط ضمان است یا نه (قیاسی، ۱۳۷۵: ۱۱۵).

شرط ضمان در تسبیب، عدوانی بودن سبب است و سبب در صورتی مسئول جنایت قلمداد می گردد که غیر شرعی و غیر قانونی بوده یا از نظر عرف و عادت فعل وی یک اقدام عدوانی قلمداد گردد، هر چند از نظر شرع حرام نباشد (صادقی، ۱۳۷۸: ۸۰). تحقق تعدی و تفریط، منوط به وجود قصد تجاوز از حد مجاز و متعارف و التفات جانی بر آثار فعل خود نبوده و کافی است اعمال ارتكابی جانی بدون علم یا ظن به تأثیر آن در معرض این باشد که جنایت بر آن مترتب شود (همان: ۸۲). رابطه سببیت نیاز به ارتكاب فعلی دارد که طبق حقوق کیفری، غیر قانونی است. نیاز به ویژگی نامشروع بودن به این دلیل است که رابطه سببیت به این اعتبار که شرط مسئولیت کیفری است تا هنگامی که فعل، نامشروع نباشد نمی تواند مطرح شود؛ چون فعل مشروع مسئولیتی به همراه ندارد (نجیب حسنی، ۱۳۸۵: ۵۵).

در مجموع می توان گفت: در صورتی می توان از مباحث سببیت در اثبات مسئولیت تولید کننده استفاده نمود که اولاً تقصیر تولید کننده ثابت شود و ثانیاً رابطه استناد بین تقصیر و زیان ناشی از آن نیز به اثبات برسد، بدین معنا که دلیل ورود

خسارت به مصرف کننده تقصیر تولید کننده در تولید کالای معیوب می باشد.

۲-۴. مقررات خاص

در این قسمت به قوانینی اشاره می گردد که به طور خاص به تخلفات عرضه کنندگان کالا و خدمات (اعم از تولید کنندگان، وارد کنندگان، توزیع کنندگان و فروشندگان کالا و...) پرداخته و ضمانت اجرایی را برای آنها در نظر گرفته است.

۲-۴-۱. مقررات راجع به تقلب در مواد غذایی، آرایشی، بهداشتی و دارویی

الف- اولین قانونی که در این زمینه قابل ذکر است قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوراکی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴/۳/۲۹ می باشد؛ این قانون مشتمل بر ۲۵ ماده بوده و در تاریخ ۱۳۶۷/۱/۲۳ اصلاح شده و در آن برای تولید کنندگان و عرضه کنندگان و... داروهای تقلبی مجازاتهایی مقرر شده است.

ب- قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی مصوب ۱۳۴۶/۴/۲۲.

ج- قانون نظام صنفی مصوب ۸۲/۱۲/۲۴ که در فصل هشتم آن تحت عنوان تخلفات و جریمه ها به جرایمی از قبیل گران فروشی، کم فروشی، تقلب و... اشاره شده است.

د- قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ مصوب مجمع تشخیص مصلحت

نظام که دارای ۵۶ ماده است. در این قانون نیز تخلفاتی همچون گران فروشی، کم فروشی و تقلب، احتکار، عرضه خارج از شبکه، عدم درج قیمت و... تعریف شده و مجازات آنها نیز مقرر شده است.

ه- قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ مجمع

تشخیص مصلحت نظام که مشتمل بر ۴ فصل و ۴۴ ماده می باشد. در فصل سوم این قانون برای تولید مواد خوردنی، آشامیدنی، آرایشی و بهداشتی ضوابطی در نظر گرفته شده و تولید کننده را در صورت تخطی از ضوابط، دارای مسئولیت کیفری دانسته است.

۲-۴-۲. قانون اصلاح قوانین و مقررات مؤسسه استاندارد و تحقیقات

صنعتی ایران

این قانون که دارای ۳۰ ماده است در سال ۱۳۷۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی

رسید و جایگزین قوانین مصوب ۱۳۴۹ گردید. همان طور که در ماده ۱ این قانون آمده، مهم‌ترین وظیفه آن، تعیین و نشر استانداردهای ملی به عنوان استاندارد رسمی و نظارت بر اجرای استانداردهای اجباری توسط مؤسسه استاندارد به منظور حفظ و ارتقای سطح کیفی تولیدات و ایمنی و پیشگیری از وقوع جرم علیه مصرف‌کنندگان و جبران ضررهای وارده است. ضمانت‌اجراهای مقرر در این قانون، به دو صورت می‌باشد: ۱. ضمانت‌اجراهایی که با ذکر مجازاتها یا اقدامات محدودکننده، بدون اینکه وقوع جرایم موجب آنها مقید به صدمه یا خسارت علیه کسی باشد و صرفاً نظر به پیشگیری دارند مانند ماده ۹، ۱۰، ۱۱ و ۱۳ این قانون؛ ۲. ضمانت‌اجراهایی که مقید به نتیجه یا ضرر مادی به مصرف‌کننده است مانند ماده ۱۲.

۴-۲-۳. قانون تجارت الکترونیک

این قانون در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. قانون یادشده از جمله قوانینی است که در آن تکالیفی برای تولیدکننده پیش‌بینی شده و برای نقض حقوق مصرف‌کننده ضمانت اجرا تعیین گردیده است. به عنوان مثال در ماده ۳۳ عدم ارائه اطلاعات مؤثر از سوی تولیدکننده در راستای تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جرم شناخته شده است.

۴-۲-۴. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو

این قانون دارای ۱۱ ماده و ۸ تبصره است که در جلسه علنی ۱۳۸۶/۳/۲۳ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۶/۳/۳۰ به تأیید شورای نگهبان رسید. این قانون به دنبال مشکلات فنی‌ای که در تولید برخی از خودروها وجود داشت و باعث ایجاد خساراتی هم شده بود، به تصویب رسید. در قانون یادشده تکالیفی برای عرضه‌کننده خودرو پیش‌بینی شده و عرضه‌کننده طبق بند ۲ ماده ۱ اعم است از تولیدکننده یعنی شخص (حقیقی یا حقوقی) که خودروی تولیدی خود را مستقیم یا با واسطه به فروش می‌رساند و واردکننده خودرویی که اقدام به فروش آن می‌کند. هرچند متأسفانه این تکالیف، در حد ارائه خدمات پس از فروش (گارانتی) بوده و ضمانت‌اجراهای آن نیز صرفاً بایدها و نبایدهایی است که برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده ناکافی است.

۴-۲-۵. قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان

این قانون، تنها قانونی است که به طور تخصصی به مسئولیت عرضه کنندگان کالا و خدمات از جمله تولید کنندگان پرداخته، پس از سالها بحث و گفتگو در جلسه علنی روز چهارشنبه ۱۳۸۸/۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی تصویب شده و در تاریخ ۸۸/۸/۲۳ به تأیید شورای نگهبان رسید. این قانون که دارای ۲۲ ماده و ۱۵ تبصره است در ماده ۲ کلیه عرضه کنندگان کالا و خدمات را که مطابق بند ۱ ماده ۱ شامل تولید کنندگان، وارد کنندگان، توزیع کنندگان، فروشندگان کالا و ارائه کنندگان خدمات می شود مسئول صحت و سلامت کالا دانسته است و مشتری در صورت معیوب بودن کالا یا عدم انطباق کالا با شرایط تعیین شده در قرارداد، حسب مورد اختیار فسخ معامله یا دریافت ارزش را خواهد داشت. در قسمت اخیر ماده نیز مقرر شده که در صورت فسخ معامله از طرف مشتری، پرداخت خسارت از سوی عرضه کننده منتفی است. به نظر می رسد منظور از خسارت در این قسمت «ارزش» می باشد؛ دلیل نگارش ماده، شخص نیست چرا که در صورت وجود عیب یا عدم تطابق کالا با مشخصات تعیین شده، استفاده از خیار عیب یا تخلف از وصف طبق ضوابط کلی مذکور در قانون مدنی میسر می باشد.

در تبصره این قانون، قانون گذار عرضه کننده کالای معیوب را که آگاه از عیب بوده و خساراتی نیز از این عیب حاصل شده سزاوار مجازات دانسته است. ملاحظه می گردد که اولاً: قانون گذار مشخص نکرده منظور از خسارت چیست و آیا همه انواع آن، اعم از خسارت بدنی، مالی و... را شامل می گردد یا نه؟ ثانیاً در ماده ۱۸ صرف ورود خسارت به مصرف کننده به واسطه وجود عیب در کالا را برای تعیین جزای نقدی کافی دانسته و آگاهی یا تقصیر عرضه کنندگان را لازم نمی داند که با حکم مذکور در تبصره ماده ۲ مغایر می باشد.

در مواد ۳ الی ۸ تکالیفی برای عرضه کنندگان کالا و خدمات و تولید کنندگان مقرر شده است. در فصل سوم تشکیل انجمنهای حمایت از حقوق مصرف کنندگان پیش بینی شده و وظایف و اختیارات این انجمنها در ماده ۱۲ احصا گردیده است. در ماده ۱۴ به منظور تسهیل و تسریع در رسیدگی به تخلفات و در راستای

استیفای حقوق مصرف‌کنندگان، به انجمنهای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان اجازه داده شکایت رسیده از افراد حقیقی یا حقوقی را مورد بررسی قرار داده و در صورت عدم توافق طرفین یا جهت رسیدگی به سازمان تعزیرات حکومتی ارجاع نمایند. سازمان مذکور هم موظف است شکایات مربوط به اصناف مشمول قانون نظام صنفی را در مواردی که دارای عنوان مجرمانه نباشد بر اساس قوانین و مقررات مربوط رسیدگی و حکم لازم را صادر و اجرا کند. در فصل پنجم با عنوان «جریمه‌ها و مجازاتها» نیز در صورت وجود خسارات ناشی از عیب یا تخلفات مذکور در مواد ۳ الی ۸ جزای نقدی برای عرضه‌کنندگان پیش‌بینی شده است.

بررسی کاستیها و ایرادات این قانون، با توجه به اهمیت موضوع و فراوانی موارد قابل بررسی، خود می‌تواند موضوع مقاله جداگانه‌ای قرار گیرد؛ ولی به اختصار می‌توان به نکات زیر اشاره کرد:

۱. شیوه نگارش ماده ۱۴ نشان می‌دهد اول باید شکایات رسیده از افراد حقیقی یا حقوقی در انجمنهای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مورد بررسی قرار گیرد و تلاش برای حصول توافق و سازش بین شاکی و متشاکی صورت پذیرد و در صورت عدم تحقق این امر، برای رسیدگی به سازمان تعزیرات حکومتی ارجاع گردد. البته ظاهر ماده، به صراحت بیانگر این مطلب نیست؛ چون استفاده از کلمه «یا» این اختیار را به انجمنها داده است که تصمیم بگیرند برای رسیدن به سازش تلاش کنند یا پرونده را به سازمان تعزیرات حکومتی ارسال کنند.

۲. طبق مواد ۱۴ و ۲۲ این قانون، سازمان تعزیرات حکومتی مرجع صالح رسیدگی به تخلفات مندرج در این قانون معرفی شده و به شکایات مربوط به «اصناف» مشمول قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۴ آن هم در صورتی که دارای عنوان مجرمانه نباشد رسیدگی می‌نماید. در ماده ۲۲ نیز مقرر گردیده که از تاریخ تصویب این قانون، هیئتهای بدوی و تجدید نظر مذکور در ماده ۷۲ قانون نظام صنفی کشور، دیگر صالح به رسیدگی نخواهد بود.

طبق این مواد، اولاً: سازمان تعزیرات حکومتی فقط به شکایات مربوط به «اصناف» مشمول قانون نظام صنفی رسیدگی می‌نماید؛ در نتیجه مرجع رسیدگی به

شکایات رسیده در مورد وزارتخانه‌ها، مؤسسات، سازمانها یا شرکتهای دولتی و نهادهای عمومی غیر دولتی که مطابق ماده ۹۰ قانون نظام صنفی از شمول این قانون مستثنا شده‌اند مشخص نیست.

ثانیاً: سازمان تعزیرات حکومتی برای رسیدگی به مواردی که دارای عنوان مجرمانه می‌باشد صلاحیت ندارد و در این گونه موارد، ظاهراً دادگاههای عمومی صالح به رسیدگی می‌باشند.

قانون گذار، مواردی مانند عدم نصب برچسب قیمت، عدم ارائه اطلاعات لازم درباره کالا و... را تخلف صنفی محسوب کرده و رسیدگی به این تخلفات را اگر توسط اصناف صورت پذیرد در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی قرار داده است؛ بنابراین استفاده از کلماتی مانند مجازات و جزای نقدی را که ارتکاب جرم را به ذهن تداعی می‌کند در قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان باید ناشی از بی توجهی مقنن یا ناآشنایی وی با مفاهیم حقوقی دانست.

۴-۲-۶. قانون ارتقای کیفی تولید خودرو و سایر تولیدات صنعتی داخلی
این قانون دارای ۱۴ ماده و ۶ تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه ۱۳۸۹/۲/۲۶ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۹/۳/۵ به تأیید شورای نگهبان رسیده است. در ماده ۱ این قانون، وزارت صنایع و معادن مکلف شده است ظرف مدت ۳ ماه برنامه و سیاستهای مرتبط با اجرای استانداردهای مختلف در امر تولید را تهیه و پس از تصویب هیئت وزیران جهت اجرا به کلیه خودروسازان و مراکز ذی ربط ابلاغ نماید. هدف از تصویب این قانون، همان طور که از عنوان آن پیداست، ارتقای سطح کیفی تولیدات داخلی با اجرای استانداردهایی می‌باشد که توسط وزارت صنایع و معادن اعلام می‌گردد. در این قانون، برای تولیدکنندگان و واردکنندگان متخلف یعنی آنهایی که اقدام به تولید خودروهای غیر استاندارد نموده یا کالاهایی وارد کشور می‌کنند که مورد تأیید مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران نمی‌باشد ضمانت اجرایی پیش‌بینی شده است که طبق تبصره ۱ مواد ۲ و ۳ عبارتند از: ممنوعیت شماره گذاری خودروهای تولیدی توسط نیروی انتظامی و ممنوعیت توزیع کالاهای وارداتی.

نتیجه‌گیری

به منظور وضع و تصویب قوانین، شناخت اصول و قواعد حقوقی فقهی و بررسی روایات و احادیث وارده از معصومان علیهم‌السلام ضروری است؛ چون قوانینی پایدار، کم‌عیب و مورد قبول مردم می‌باشند که برخاسته از فرهنگ حاکم بر جامعه و عقاید مذهبی و اصول مسلم حقوقی باشند. یادداشت‌برداری از قوانین سایر کشورها هرچند گاهی ضروری است ولی زمانی کارآمد خواهد بود که این قوانین بومی شده و با فرهنگ و اصول حقوقی کشور سازگار گردد. بررسی پیشینه تقنینی کشور نشان می‌دهد متناسب با نیاز جامعه، قانون‌گذار ابتدا به موضوع تخلفات صورت گرفته در تولید مواد خوردنی، آشامیدنی و آرایشی و... پرداخته و با وضع قوانین به مقابله با تولیدکنندگان متخلف این مواد اقدام کرده و با حرکت هر چه بیشتر به سوی صنعتی شدن، نیاز به وضع قوانینی جامع‌تر و تخصصی‌تر از سالهای قبل احساس می‌شود که قوانینی نیز در سالهای اخیر به تصویب رسیده است. ولی پراکندگی این قوانین و برخوردهای متفاوت قانون‌گذار با تخلفات افراد مرتبط با امر تولید و توزیع کالا یکی از ایرادات اصلی وارده به مقنن بوده و بازنگری در قوانین و تصویب یک قانون که ناسخ همه قوانین قبلی در این رابطه بوده و دقت در نگارش قانون یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر می‌باشد.

هرچند تصویب قوانین متناسب و مورد نیاز، اولین قدم جهت تحقق عدالت است، مهم‌تر از تصویب قانون، نظارت بر اجرا و برخورد قاطع با قانون‌شکنان می‌باشد. اطمینان متخلف از اینکه در صورت تخلف قطعاً به قهر قانون دچار خواهد شد او را از ارتکاب این عمل باز می‌دارد؛ نه صرفاً ضمانت اجراهای هرچند شدید در نظر گرفته شده در قانون.

کتاب شناسی

۱. آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی، چاپ پنجم، تهران، نی، ۱۳۸۴ ش.
۲. استفانی، گاستون، ژرژ لوسور و برنار بولوک، حقوق جزای عمومی، ترجمه دکتر حسن دادبان، چاپ دوم، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۳ ش.
۳. امیدی، مهرانگیز و علیرضا سعادت‌مندی، نگاهی به حقوق مصرف‌کننده، تهران، سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۴ ش.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، چاپ سوم، قم، آرموس، ۱۳۸۳ ش.
۵. جعفری تبار، حسن، مسئولیت سازندگان و فروشندگان کالا، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵ ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ نهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷ ش.
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد، قواعد فقه جزایی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷ ش.
۸. الخوئی، السید ابوالقاسم، مبانی تکلمة المنهاج (قضا و حدود)، جلد ۴۱، چاپ سوم، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۸ ق.
۹. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، چاپ دوم (از دوره جدید)، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
۱۰. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، چاپ یازدهم (چاپ دوم مجد)، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. شهید اول، محمد بن جمال‌الدین مکی العاملی، اللمعة الدمشقیة، ترجمه و تبیین علی شیروانی و محسن غروی‌ان، چاپ یازدهم، قم، دار الفکر، ۱۳۷۸ ش.
۱۲. شیروانی، علی، ترجمه و تبیین شرح لمعه، چاپ هفتم، قم، دار العلم، ۱۳۸۶ ش.
۱۳. صادقی، محمدهادی، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸ ش.
۱۴. عوجی، مصطفی، المسؤولية الجنائية، بیروت، نوفل، ۱۹۸۵ م.
۱۵. قیاسی، جلال‌الدین، تسبیب در قوانین کیفری، قم، مدین، ۱۳۷۵ ش.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، چاپ ششم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
۱۷. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی (وقایع حقوقی)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۱۸. همو، مسئولیت ناشی از عیب تولید، چاپ دوم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.
۱۹. همو، مقدمه علم حقوق، چاپ بیست و سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش جزایی)، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۲۱. همو، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ چهاردهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۲۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ دوازدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۷ ش.
۲۳. منتقمی، فروغ، مسئولیت سازندگان و فروشندگان کالا در حقوق ایران، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، ۱۳۸۵ ش.
۲۴. میرسعیدی، سیدمنصور، مسئولیت کیفری (قلمرو و ارکان)، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
۲۵. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۳، تصحیح و تحقیق و تعلیق رضا

- استادی، الطبعة السابعة، بيروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۲۶. نجیب حسنی، محمود، *رابطه سببیت در حقوق کیفری*، ترجمه سیدعلی عباس نیای زارع، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۵ ش.
۲۷. ولیدی، محمد صالح، *حقوق جزای عمومی*، تهران، بهرام، ۱۳۷۸ ش.
۲۸. هاشمی نژاد، سید عبدالکریم، *مسائل عصرها*، چاپ ششم، بی جا، بی تا.
29. Hunt, Martin, *A level and as level law*, Sweet & Maxwell, London, 2000.

بررسی جعل و تخریب و اخلال رایانه‌ای*

□ محمدباقر گرایلی

□ عضو هیئت علمی جامعه المصطفی العالمیه

چکیده

رایانه با توجه به قابلیت‌های بسیار زیاد همچون دقت بالا، سرعت زیاد، ذخیره‌سازی حجم زیاد اطلاعات، خستگی‌ناپذیری، تبادل سریع اطلاعات، دسترسی آسان و محاسن بی‌شمار دیگر، امکانات زیادی را برای بشر به ارمغان آورده است که یکی از بزرگترین آنها ایجاد دهکده جهانی یا پدیده فراملی می‌باشد.

در کنار فواید بسیار رایانه که در عصر ارتباطات به وجود آمد، این پدیده همچون هر پدیده دیگر موجبات سوء استفاده برخی را نیز فراهم نموده است. در چنین شرایطی عده‌ای سودجو در صدد سوء استفاده از این فناوری در راستای اهداف پلید خویش برآمدند که با توجه با مزایا و امتیازات رایانه جلوه‌های نوینی از بزهکاری پا به عرصه وجود گذاشت.

با توجه به قانون جرایم رایانه‌ای مصوب (۱۳۸۸/۳/۵) این مقاله پس از

بررسی کلی جرایم رایانه‌ای، جرم جعل رایانه‌ای و تخریب و اختلال در داده‌ها را از منظر فقه و حقوق بررسی می‌کند.
واژگان کلیدی: جرایم رایانه‌ای، جعل رایانه‌ای، تخریب رایانه‌ای، قانون جرایم رایانه‌ای.

انواع جرایم رایانه‌ای

جرایم رایانه‌ای را می‌توان در سه رتبه یا نسل دسته‌بندی نمود:

۱- جرایم نسل اول: تقریباً از سالهای ۱۹۶۰ به بعد در کشورهای پیشرفته با به خطر افتادن حقوق فردی شروع شد. کثرت پدیده سرقت برنامه‌ها، جاسوسی رایانه‌ای، سابوتاژ رایانه‌ای، استفاده غیر مجاز سیستم‌های رایانه‌ای جرایم اقتصادی مرتبط با رایانه، نفوذ در رایانه دیگران، تحت عنوان جرایم رایانه‌ای^۱ متجلی گردید.
۲- جرایم نسل دوم: (جرایم علیه داده‌ها) هم‌زمان با گسترش سریع تکنولوژی اطلاعات در قلمرو زندگی و گسترش ارتباطات بین‌المللی و تکنولوژی مخابرات و ماهواره در دهه ۹۰، شاهد موج تازه‌ای از جرایم مرتبط با رایانه بوده‌ایم. در این دوره زمانی پیشرفتهای زیاد تکنولوژی بویژه تکنولوژی تلفنی و مخابراتی، کامپیوتری و نیز شبکه جهانی اینترنت منجر به اعمال مجرمانه و خرابکارانه علیه خطوط ارتباطی و داده‌ها در زمینه تکنولوژی شد و بدین ترتیب نسل دوم جرایم رایانه‌ای تحت عنوان جرایم علیه داده‌ها^۲ که ترکیب تکنولوژی مخابراتی و تکنولوژی رایانه می‌باشد بروز پیدا نمود.

۳- جرایم نسل سوم یا جرایم سایبر: رایانه آنگاه قدرت خود را به معنای واقعی به نمایش گذارد که در آستانه هزاره سوم «محیط سایبر»^۳ را به جهانیان عرضه نمود، این فضای مجازی از چنان قدرتی برخوردار است که به جرئت می‌توان گفت هر آنچه را که انسان بتواند تصور کند می‌تواند نمونه مجازی آن را در این محیط بیابد و در حوزه‌های مختلف در جهت مثبت و منفی از آن استفاده کند. امروزه این

1. Computer Crimes.
2. Crimes Against Data.
3. Cyber Space.

فضای مجازی توان جراحی مجازی، رانندگی مجازی و خلبانی مجازی و... را برای کسب مهارت در اختیار بشر قرار داده است و این ابزار کارآمد بشر همچون هر وسیله دیگری در عین اینکه در راستای تسهیل و روان‌سازی و پیشرفت زندگی بشر بسیار تأثیرگذار و نافع بوده، در مقابل برای مجرمان نیز بستری بسیار مناسب برای ارتکاب جرایم مختلف به وجود آورده است بدون آنکه مرتکب، اثر خاصی از خود بر جای گذارد یا مجرم خود را در معرض خطر قرار دهد، مرتکب جرم شده و از پیامدهای آن می‌گریزد. این جرایم تحت عنوان «جرایم سایبر»^۱ یا (جرایم در محیط مجازی) معروف شدند که دربرگیرنده تمامی جرایم نسل قبلی البته به شکل کاملاً نوین چه از لحاظ نحوه ارتکاب و چه دادرسی در یک محیط مجازی می‌باشند.

لازم به ذکر است که از لحاظ لغوی «Cyber» به معنای مجازی و غیر ملموس است لکن با توجه با گستردگی مفهوم سایبر و اطلاق آن به تمام افعال و اقدامات واقع شده در محیط شبکه‌های بین‌المللی و بی‌شمار بودن مصادیق سایبر به توصیه متخصصان و دانشمندان صاحب نام این رشته، یافتن لغت معادل یا ترجمه آن به زبانهای دیگر مجاز نمی‌باشد و باید مانند لغت «تلفن»، لغت «سایبر» نیز به عنوان یک لفظ و معنای مشترک بین‌المللی استعمال شود (باستانی، ۱۳۸۶: ۴۹-۶۳).

جرایم رایانه‌ای دارای انواع مختلف و گسترده‌ای از قبیل کلاهبرداری رایانه‌ای، سوء استفاده از شبکه تلفنی، سوء استفاده از کارتهای اعتباری، جعل رایانه‌ای، سابوتاژ، ایجاد خسارت، نفوذ کردن و... می‌باشد که به جهت رعایت اختصار از ذکر آنها خودداری می‌نماییم.

ویژگیهای جرایم کامپیوتری

با توجه به قابلیت‌های رایانه و شبکه جهانی از قبیل قابلیت تراکم اطلاعات و فرایندها، قابلیت دستیابی به سیستمهای رایانه‌ای در سراسر دنیا، آسیب‌پذیری سیستمهای الکترونیکی، در هم آمیختگی شبکه جهانی با تجارت، گنجینه‌های اطلاعاتی و

1. Cyber Crimes.

عمومیت گستردگی این شبکه ویژگیهای ذیل را می‌توان برای جرایم رایانه‌ای و سایبری شمرد:

- ۱- شیوه ارتکاب آنها آسان است.
- ۲- با مبلغ اندک خسارت هنگفتی می‌تواند وارد نماید.
- ۳- می‌توان بدون حضور فیزیکی در یک حوزه قضایی معین در آن حوزه مرتکب این گونه جرایم شد.
- ۴- کثرت قربانی و بزه‌دیده.
- ۵- در اغلب موارد غیر قانونی بودن آنها روشن نمی‌باشد.
- ۶- با پیشرفت تکنولوژی رایانه، راههای ارتکاب جرم فنی و تخصصی تر گشته و راههای مقابله با آن دشوارتر می‌شود.
- ۷- پراکندگی مرتکبان در تمام سنین از ۱۰ تا ۶۰ سال و مشاغل مختلف و اعم از لحاظ جنسی.
- ۸- بالا بودن رقم سیاه^۱: تخمین زده می‌شود ۵ درصد جرایم رایانه‌ای به مقامات مجری قانون گزارش می‌شود (سازمان ملل، ۱۳۷۶: ۲۲) که این بالا بودن رقم سیاه به چند عامل بستگی دارد:
 - الف) تکنولوژی پیشرفته و سرعت بالای عملیات ارتکاب جرم.
 - ب) به دلیل عدم وجود سابقه و شناخت و آثار جرم، بزه‌دیدگان و مأموران پس از مدتی از وقوع جرم متوجه آن می‌شوند.
 - ج) بسیاری از بزه‌دیدگان توان تشخیص، پیشگیری و مقابله با حوادث مربوط به این گونه جرایم را ندارند. به عنوان مثال: اطلاعات بدون ذره‌ای جابجایی و تغییر، کپی برداری می‌شوند که تشخیص آن غیر ممکن است چه رسد به کشف آن.
 - د) عدم تمایل بزه‌دیدگان برای اعلام وقوع جرم خصوصاً در بخش تجارت که این خود می‌تواند ناشی از هراس از تبلیغات سوء و یا سلب اعتماد سرمایه‌گذاران باشد.
- ۹- فراملی بودن جرایم رایانه‌ای و اینترنتی که گستره این جرایم را به وسعت دنیا

1. Black Number.

گسترش داده است.

۱۰- چالش خیزی در حوزه تعقیب و رسیدگی.

به هر حال قانون جرایم رایانه‌ای اخیراً (۱۳۸۸/۳/۵) در مجلس به تصویب رسیده است، این قانون مشتمل بر دو بخش و ۵۴ ماده می‌باشد: بخش اول به جرایم و مجازاتها و بخش دوم به آیین دادرسی اختصاص دارد. در این قسمت با تمرکز بر روی مبحث اول (جعل) و مبحث دوم (تخریب و اختلال در داده‌ها) از فصل دوم (جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سیستمهای رایانه‌ای و مخابراتی) از بخش اول، به علاوه برخی از مواد مباحث عمومی از قبیل تعلیق، تشدید را بررسی خواهیم کرد.

جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سیستمهای رایانه‌ای و مخابراتی

این بخش از قانون دارای هشت فصل می‌باشد که فصل اول آن، جرایم علیه محرمانگی داده‌ها و سیستمهای رایانه‌ای و مخابراتی و لزوم رعایت حق خلوت و حریم خصوصی اشخاص و پس از آن جرایم بر ضد امنیت می‌باشد. فصل دوم این بخش، به بررسی جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سیستمهای رایانه‌ای و مخابراتی پرداخته که تمرکز این مقاله بر روی این فصل می‌باشد. این فصل در سه مبحث به بررسی این جرایم پرداخته است که مبحث اول آن اختصاص به جعل و مبحث دوم آن اختصاص به تخریب و اختلال در داده‌ها و مبحث سوم آن به سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه اختصاص دارد.

جعل

ماده ۶ درباره جعل بیان می‌دارد:

هر کس به طور غیر مجاز مرتکب اعمال زیر شود، جاعل محسوب و به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد:
الف) تغییر یا ایجاد داده‌های قابل استناد یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانۀ داده به آنها.

ب) تغییر داده‌ها یا علائم موجود در کارتهای حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا تراشه‌ها یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانة داده‌ها یا علائم به آنها.

قبل از ورود به بحث جعل رایانه‌ای، این جرم را از منظر فقه و حقوق مختصراً مورد بررسی قرار می‌دهیم.

تعریف جعل در لغت و حقوق

علامه دهخدا معنای «جعل» را چنین بیان کرده است: «ساختن، کردن، قرار دادن، زشتی را نیکو گردانیدن، مبدل ساختن، دگرگون کردن، ...» (علامه دهخدا، لغت‌نامه دهخدا: کلمة جعل).

دکتر جعفری لنگرودی در معنای «جعل» چنین گفته است: «به فتح جیم: به معنای تزویر و وضع است و مزور و وضاع به معنای جاعل است، همه آنها به معنای ساختن امر است از روی قصد و بر خلاف واقع مانند سند مجعول و سکه قلب و نحو اینها» (۱۳۷۰: زیر واژه).

جعل در معنای اصطلاحی خود از معنای لغوی فاصله نگرفته و در حقوق انگلستان عبارت است از: «ساختن یک مدرک تقلبی به قصد آنکه شخص سازنده یا شخص دیگری به وسیله آن کسی را اغوا به پذیرش آن به عنوان اصل کند تا بدین ترتیب او به ضرر خود عملی را انجام داده یا از انجام آن سر باز زند» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ۲۴۲).

در حقوق کانادا و استرالیا نیز تعریفی مشابه تعریف حقوق انگلستان شده است (همان: ۲۴۳).

در حقوق ایران، ماده ۵۲۳ ق.م.ا. «جعل» را چنین بیان کرده است: «جعل و تزویر عبارتند از: ساختن نوشته یا سند یا ساختن مهر یا امضای اشخاص رسمی یا غیر رسمی یا خراشیدن یا تراشیدن یا قلم بردن یا الحاق یا محو یا اثبات یا سیاه کردن یا تقدیم یا تأخیر سند نسبت به تاریخ حقیقی یا الصاق نوشته‌ای به نوشته دیگر یا کار بردن مهر دیگری بدون اجازه صاحب آن و نظایر اینها به قصد تقلب».

این ماده از «جعل» تعریفی ارائه نکرده بلکه مصادیقی از آن را ذکر نموده است و حتی عنصر قانونی جعل هم نمی‌باشد چرا که برای آن مجازاتی را بیان نکرده است. اما علمای حقوق تعاریفات خاصی از «جعل» کرده‌اند که تکیه‌گاه اصلی آن «قلب متقلبانہ حقیقت به زیان دیگری» می‌باشد (همان: ۲۴۵) که دکتر میرمحمدصادقی به این تعاریف خدشه وارد می‌کند.

بعضی دیگر «جعل» را چنین تعریف نموده‌اند: «تغییر عالمانه سند یا نوشته به ضرر دیگری به یکی از طرق قانونی جعل» (ساریخانی، ۱۳۸۴: ۳۱۰).

گارسون، حقوقدان فرانسوی در این باره می‌نویسد: «جعل در اسناد عبارت است از: متقلب کردن سند به قصد تضییع غیر به طریقی که در قانون ذکر شده است» (همان).

دکتر گلدوزیان «جعل» را چنین تعریف می‌کند: «عبارت است از قلب متقلبانہ حقیقت به زیان دیگری به یکی از طرق مذکور در قانون در یک سند نوشته یا چیز دیگر» (گلدوزیان: ۱۳۷۲: ۴۰۸).

دکتر میرمحمدصادقی پس از اشکال و نقد بسیاری از تعاریف، «جعل» را چنین تعریف می‌کند: «ساختن یا تغییر دادن آگاهانه نوشته یا سایر چیزهای مذکور در قانون به قصد جا زدن آن به عنوان اصل برای استفاده خود یا دیگری و به ضرر غیر» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ۲۴۷).

حقوقدانان سعی نموده‌اند که تعریفی دقیق و نه شرح الاسمی از جعل ارائه دهند. با توجه به اختلاف مشارب این تعاریف در چند نکته مشترکند:

- ۱- جعل، واقعی جلوه دادن غیر واقع است به طور متقلبانہ.
- ۲- موضوع آن سند اعم از رسمی و عادی است و ملحقات به آنها مثل مهر و....
- ۳- هدف از آن تقلب است.
- ۴- باید به یکی از طرق مذکور در قانون باشد.
- ۵- به ضرر دیگری باشد.

باید متذکر شد که این تعاریف دارای نکات افتراقی است که دایره مصادیق جعل را موسع و مضیق می‌سازد که از پرداختن به آن خودداری می‌کنیم.

جعل در قانون

در قانون مجازات اسلامی جرم جعل تحت عنوان (جعل و تزویر) آمده است و با توجه به اینکه در فقه صرفاً از تزویر یاد شده است ولی در قانون این دو به یکدیگر عطف گرفته شده‌اند که نظر بعضی بر این است که قانون این دو را مترادف می‌داند، لکن اصح این است که بگوییم: این دو دارای معنای واحد و مصادیق متفاوت می‌باشند که از ماده ۵۲۳ قانون مجازات هم این نظریه برداشت می‌شود که صدر ماده، جعل و بقیه ماده، تزویر باشد در عین حال تعریفی از جعل در قانون وجود ندارد. دکتر میرمحمدصادقی بعد از نقد دیگر تعاریف جعل را چنین تعریف می‌نماید: «ساختن یا تغییر دادن آگاهانه نوشته یا سایر چیزهای مذکور در قانون به قصد جاذب آن به عنوان اصل برای استفاده خود یا دیگری و به ضرر غیر» (همان: ۲۴۸). بنابراین جرم جعل و تزویر مانند دیگر جرایم علاوه بر ارکان سه گانه قانونی، مادی و معنوی نیاز به یک رکن دیگر نیز دارد و آن رکن ضرری است که باید حتماً ضرری متوجه غیر شود تا جرم تحقق یابد.

ارکان جرم جعل و تزویر

۱- عنصر قانونی

در ق.م.ا.، مواد ۵۲۳ تا ۵۴۲ به جرم جعل اختصاص دارد. ماده ۵۲۳ مصادیقی از جعل و تزویر را بیان کرده، لکن چون مجازاتی مقرر نداشته، نمی‌تواند به تنهایی عنصر قانونی جرم جعل باشد. ماده ۵۲۳ چنین مقرر می‌دارد: «جعل و تزویر عبارتند از: ساختن نوشته یا سند یا ساختن مهر یا امضای اشخاص رسمی یا غیر رسمی، خراشیدن یا تراشیدن یا قلم بردن یا الحاق یا محو یا اثبات یا سیاه کردن یا تقدیم یا تأخیر تاریخ سند نسبت به تاریخ حقیقی یا الصاق نوشته‌ای به نوشته دیگر یا به کار بردن مهر دیگری بدون اجازه صاحب آن و نظایر اینها به قصد تقلب».

در مواد فوق‌الذکر دو نوع جعل مورد اشاره قرار گرفته است:

الف- جعل عام: ماده ۵۲۳.

ب- جعل خاص: مثل جعل اسکناس در ماده ۵۲۶ یا مدرک تحصیلی در ماده ۵۲۷.

۲- عنصر مادی

به نظر برخی از حقوقدانان عنصر مادی در جرایم به رفتار فیزیکی، اوضاع و احوال و در جرایم مقید به همراه نتیجه تقسیم می‌شود. عمل فیزیکی در جرم جعل به دو دسته تقسیم می‌شود:

۱- جعل فیزیکی: یعنی نوشته یا سند و متن آن به انحصار مذکور در ماده ۵۲۳

مخدوش گردد که قانون مجازات به ده مورد آن اشاره کرده است:

الف. جعل احکام یا امضا یا مهر یا فرمان یا دستخط مقامات دولتی (مواد ۵۲۴ و

۵۲۵).

ب. جعل مهر، تمبر، منگنه، یا علامت یکی از شرکتها یا مؤسسات یا ادارات

دولتی یا نهادهای انقلاب اسلامی یا نهادهای عمومی غیر دولتی و یا شرکتها و

تجارتخانه‌های غیر دولتی (مواد ۵۲۵، ۵۲۸ و ۵۲۹).

ج. جعل احکام دادگاهها یا اسناد یا حواله‌های صادره از خزانه دولتی و منگنه یا

علامتی که برای تعیین عیار طلا یا نقره به کار می‌رود (بند سوم و چهارم ماده ۵۲۵).

د. جعل اسکناس رایج داخلی یا خارجی یا اسناد بانکی یا اسناد و اوراق بهادار و

حواله‌های صادره از خزانه (بند ۵ ماده ۵۲۵).

ه. جعل مدرک تحصیلی (ماده ۵۲۷).

و. جعل در اسناد و نوشته‌های غیر رسمی (ماده ۵۳۶).

ز. جعل در اسناد و نوشته‌های رسمی (مواد ۵۳۲ و ۵۳۳).

ح. عکس برداری از اوراق و مدارک (ماده ۵۳۷).

ط. جعل گواهی پزشکی (ماده ۵۳۸).

ی. صدور گواهی نامه خلاف واقع (مواد ۵۳۹ و ۵۴۰).

ک. شرکت در آزمون به جای دیگری یا شرکت دادن دیگری به جای خود

(ماده ۵۴۱).

۲- **جعل مفادی:** در این جعل خدشه فیزیکی به سند وارد نمی‌شود بلکه مطالب متناسب به دیگری را به طرز تحریف شده در سند یا نوشته وارد می‌نماید: ماده ۵۳۴ به ۴ مورد اشاره می‌کند:

الف. تحریف نوشته در مفاد یک نوشته یا سند با قرارداد رسمی.

ب. تغییر یا جعل اسامی اشخاص.

ج. امر باطلی را صحیح یا صحیحی را باطل جلوه دادن.

د. چیزی که به آن اقرار نشده، اقرار شده جلوه دادن.

در رابطه با شرایط و اوضاع و احوال جعل باید گفت: اولاً جعل در سند و نوشته ممکن است. ثانیاً در اسناد مجعول جعل معنا ندارد. ثالثاً با سند مجعول باید امکان به اشتباه انداختن اشخاص متعارف وجود داشته باشد. رابعاً باید ساختنی و تقلبی باشد نه اینکه حاوی اطلاعات کذب باشد یعنی سند یا نوشته باید دروغی راجع به خود بگوید (همان: ۲۹۰ به بعد).

۳- عنصر معنوی

جرم جعل از جرایم عمدی است و در آن سوء نیت مرتکب شرط است؛ یعنی مرتکب می‌داند که عمل ارتكابی او طبق قوانین جزایی، جرم است و به نظم عمومی لطمه می‌زند و در قانون برایش مجازات تعیین شده است و می‌داند که این عمل موجب اضرار به غیر است در عین حال از طریق راههای مذکور در قانون به دیگری ضرر وارد می‌سازد.

ذیل ماده ۵۲۳ آمده است: «به قصد تقلب». این شبه جمله دو مطلب را القا می‌کند: اولاً: مرتکب، علم و عمد نسبت به عمل ارتكابی دارد و ثانیاً: به وسیله این تقلب قصد اضرار به غیر را دارد، حال فرقی نمی‌کند که این اضرار به غیر مادی یا معنوی یا یک ضرر اجتماعی باشد.

بنابراین عنصر روانی جعل را می‌توان به این نحو ترسیم نمود: قصد ساختن یا تغییر دادن (سوء نیت عام) در عین حال قصد فریب دیگری را هم دارد و قصد اضرار به غیر.

لذا جعل از روی شوخی یا غیر آگاهانه یا به دستور غیر، جعل نمی‌شود که اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در این زمینه اظهار نظر نموده است (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ۳۱۲؛ پیمانی، ۱۳۷۴: ۱۲۰؛ ولیدی، بی‌تا: ۱۵۹).

در قانون جدید نوع جدیدی از جعل با عنوان جعل رایانه‌ای به قانون اضافه شده است که لازم است نقاط اشتراک و افتراق آن با جعل سنتی و فقهی مورد بررسی قرار گیرد.

ارکان جعل رایانه‌ای

عنصر قانونی

در قوانین موضوعه ایران، ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای درباره جعل رایانه‌ای می‌باشد. این ماده مقرر می‌دارد:

هر کس به طور غیر مجاز مرتکب اعمال زیر شود، جاعل محسوب و به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد: الف) تغییر یا ایجاد داده‌های قابل استناد یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانۀ داده به آنها. ب) تغییر داده‌ها یا علائم موجود در کارتهای حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا تراشه‌ها یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانۀ داده‌ها یا علائم به آنها.

در کنار ماده فوق شورای اروپا جرم جعل رایانه‌ای را چنین تعریف کرده است: «وارد کردن، تغییر، محو یا موقوف‌سازی داده‌های کامپیوتری یا برنامه‌های کامپیوتری یا دیگر مداخلات در زمینه داده‌پردازی از طریق یا تحت شرایطی که در قوانین ملی تشریح شده است، متشکل جرم جعل است اگر به خاطر هدفهای مرسوم، چنین جرمی ارتکاب یافته باشد» (باستانی، ۱۳۸۶: ۵۴).

عنصر روانی

در مواد ۶ و ۷ قانون جرایم رایانه‌ای جرایم رایانه‌ای اصطلاحات معمول در رابطه با عنصر روانی دیده نمی‌شود، لکن در صدر ماده ۶ چنین آمده است: «هر کس به طور

غیر مجاز مرتکب اعمال زیر شود...». به نظر می‌رسد قانونگذار با بیان این کلمات در صدد اشاره به عنصر روانی جرم جعل بوده است.

در تحلیل عنصر روانی با توجه به آنچه در جعل سنتی بیان گردید که عنصر روانی آن عمد می‌باشد در این ماده عنصر روانی مبهم بیان شده و به نوعی در عنصر روانی جرم تعمیم قائل شده است و شامل عمد و غیر عمد می‌گردد. سوء نیت به معنای عمد در تحقق آن شرط نمی‌باشد و اگر مرتکب صرفاً به صورت غیر مجاز مرتکب موارد مذکور در بند «الف و ب» شود اگرچه به صورت غیر عمدی مجرم محسوب شده و مستحق مجازات می‌باشد ولی با توجه به اصول کلی حقوق جزا و تفسیر قوانین به نفع متهم و با توجه به اینکه هر جرمی نیازمند عنصر روانی می‌باشد و از دیگر سو این جرم از جرایم مادی محض نمی‌باشد، عنصر روانی جعل رایانه‌ای علم و عمد می‌باشد و علاوه بر آن با توجه ادامه ماده ۶ نیازمند سوء نیت خاص است و مرتکب علاوه بر قصد مجرمانه باید قصد نتیجه را که در بند «الف و ب» آمده داشته باشد.

به عبارت دیگر مرتکب در جرایم رایانه‌ای در عین اینکه باید نسبت به عمل ارتكابی علم داشته و عمداً مرتکب آن شود، باید نتیجه عمل را نیز قصد نموده باشد و تغییر داده‌ها یا علائم موجود در کارتهای حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا تراشه‌ها یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانة داده‌ها یا علائم به آنها را اراده کرده باشد.

عنصر مادی

رکن مادی در جرم جعل رایانه‌ای فعل مثبت به صورت تغییر و ایجاد و وارد کردن می‌باشد که به نظر می‌رسد حذف یا متوقف ساختن را که در پیش‌نویس قانون ذکر شده بود، نیز شامل می‌شود. در جعل سنتی، جعل بر روی اسناد و نوشته‌ها صورت می‌گیرد.

لکن آیا می‌توان به داده‌های رایانه‌ای اسناد و نوشته اطلاق نمود؟ به نظر می‌رسد با توجه به توضیحات پیش گفته می‌توان بر آنها سند اطلاق کرد.

در اسناد شرط است که به ضرر غیر باشد، در این ماده به طور ظریفی به این نکته اشاره می‌نماید. ماده چنین بیان می‌دارد: «... داده‌های قابل استناد...» این کلمه «قابل استناد» چند نکته را القا می‌نماید: اولاً جعل در مورد همه داده‌های رایانه‌ای معنا ندارد بلکه باید این داده‌ها قابل استناد باشد یعنی دارای ارزش معنوی برای ارائه به دادگاه، محل کار، اشخاص حقوقی و حقیقی باشد، بنابراین صرف تغییر یا ایجاد داده‌های رایانه‌ای جعل نمی‌باشد بلکه حتماً باید این داده‌ها قابل استناد باشد لذا اگر شخصی در فایلی که هیچ‌گونه اثر حقوقی بر آن مترتب نمی‌باشد تغییر ایجاد نماید مرتکب جعل نشده است. ثانیاً از این کلمه استفاده می‌شود که در جعل رایانه‌ای عنصر ضرر نیز شرط است، قابلیت استناد به نفع شخص و علیه دیگری است یا شخص متضرر هر که باشد ولو جامعه. ثالثاً ماده اطلاق دارد و نوع استناد و مرجع استناد و شخص استنادکننده خصوصیتی ندارد بلکه اگر این داده رایانه‌ای قابلیت استناد را داشته باشد کفایت می‌کند.

در ادامه ماده آمده است: «... یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانه داده به آنها». سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود این است که آیا صفت «متقلبانه» فقط صفت برای دو مورد اخیر است که همان ایجاد و وارد کردن باشد و یا اینکه به جمله قبل نیز سرایت داده می‌شود؟

در جواب باید گفت: از ظاهر جمله چنین استنباط می‌شود که این صفت اختصاص به جمله اخیر دارد و در جمله اول مهم قابل استناد بودن داده‌ها می‌باشد و در جمله دوم ایجاد و وارد کردن متقلبانه داده.

به عبارت دیگر در تغییر و ایجاد داده‌های قابل استناد قبلاً فایل یا داده‌های رایانه‌ای وجود نداشته و مرتکب آنها را ایجاد کرده و اگر هم وجود داشته در محتوای آنها تغییری ایجاد نکرده بلکه آنها را جابجا نموده است ولی در جمله دوم، از قبل فایل و داده‌های رایانه‌ای وجود داشته و مرتکب در محتوای داده‌ها بوسیله ایجاد مطلب در محل مورد نظر و یا وارد کردن داده از محل دیگر به آنها به صورت متقلبانه تغییر ایجاد کرده است.

در ادامه ماده به داده‌های موجود در کارتهای حافظه و یا قابل پردازش در

سامانه‌های مخابراتی و رایانه‌ای می‌پردازد.

در بند «ب» ماده ۶ مصداق دیگری از جعل رایانه‌ای را بیان می‌دارد: «تغییر داده‌ها یا علائم موجود در کارتهای حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا تراشه‌ها یا ایجاد یا وارد کردن متقلبانه داده‌ها یا علائم به آنها». در این بند نسبت به بند الف صرفاً موضوع تغییر داده‌ها عوض شده است و به جای داده‌های قابل استناد، کارتهای حافظه یا قابل پردازش... آمده است و بر اساس توضیحات قبل مفهوم آن روشن می‌باشد.

در ماده ۷ به مثابه استفاده از سند مجعول بیان می‌دارد هر کس داده‌ها یا کارتها یا تراشه آن را استفاده کند مجرم بوده و به مجازات مندرج در ماده قبل محکوم خواهد شد.

نکته قابل توجه در این مواد این است که قانونگذار برای بیان عنصر روانی و مادی از اصطلاحات عام مانند غیر مجاز و تغییر استفاده نموده است تا شمول حداکثری مصادیق را در پی داشته باشد لکن اصطلاحات عام بر خلاف رویه قانونگذاری جزایی می‌باشد و امکان تفسیر موسع قوانین را فراهم می‌سازد و باعث تضییع حقوق شهروندی می‌گردد.

ولی اشکال اخیر با تفسیر قوانین به نفع متهم و لزوم تفسیر مضیق قوانین، رفع می‌گردد.

سؤال: در ماده ۶ برای جعل رایانه‌ای و استفاده از داده‌های رایانه‌ای مجعول مجازات تعیین نموده است، حال سؤال مهم این است: با توجه به ویژگیهای جرایم رایانه‌ای از قبیل کثرت بزه‌دیدگان، کمی هزینه ارتکاب، پراکندگی قربانیان و سن پایین قربانیان... آیا مجازات تعیین شده متناسب با وخامت جرم می‌باشد؟

در جواب باید گفت: به نظر می‌رسد قانونگذار تناسب را به قدر کفایت رعایت نموده است و وخامت این جرم مجازات بیشتری را می‌طلبد تا بدین وسیله بتواند بازدارندگی کافی و لازم را ایجاد نماید.

سؤال دیگر اینکه آیا قانون مذکور برای تزویر رایانه‌ای جایگاهی قائل شده

است؟

جواب این سؤال کمی مشکل می‌باشد زیرا قانونگذار عنوان مبحث ۱ از فصل دوم را صرفاً جعل رایانه‌ای قرار داده و از تزویر یاد نکرده است ولی در عین حال جواب می‌تواند مثبت باشد، چرا که به نظر می‌رسد مراد مقنن از «... تغییر داده‌ها یا وارد کردن متقلبانۀ داده‌ها...» چیزی معادل تزویر می‌باشد.

نکته دیگری که در این ماده موجب نقص و کاستی شده است: این ماده، عنصر مادی جرم جعل رایانه‌ای را صرفاً (تغییر داده یا ایجاد، یا وارد کردن متقلبانۀ داده‌ها) دانسته در حالی که راههای دیگری نیز وجود دارد که از شمول این مواد خارج است ولی در عین حال می‌تواند مصداق جعل باشد مثل جابجایی یک پوشه از یک فایل به فایل دیگر بدون هیچ گونه تغییری. لذا در تعریف شورای اروپا برای رفع این اشکال چنین آمده است: «... و دیگر مداخلات در زمینه داده‌پردازی...» (باستانی، ۱۳۸۶: ۵۴).

نکته دیگری که موجب اشکال این ماده است این است که این ماده صرفاً به داده‌های کامپیوتری اشاره نموده در حالی که تعریف شورای اروپا بین داده رایانه‌ای و برنامه رایانه‌ای تفکیک قائل شده است و برای جامع‌سازی تعریف در کنار داده‌های کامپیوتری از برنامه رایانه‌ای نام برده است، بجا بود که در این ماده نیز بین داده و برنامه تمایز قائل می‌شد و از برنامه‌های رایانه‌ای نیز یاد می‌کرد؛ زیرا برنامه رایانه‌ای قابل جعل می‌باشد ولی در عین حال داده رایانه‌ای نیز نمی‌باشد.

تعریف شورای اروپا حاوی نکته بسیار ظریفی است، تعریف مقرر داشته: «جعل عبارت است از تغییر، محو، موقوف‌سازی و... از طریق یا تحت شرایطی که در قوانین ملی تشریح شده است».

در توضیح این عبارت باید چنین گفت: به عنوان مثال در حقوق ایران روشهای سه‌گانه عنصر مادی جعل رایانه‌ای باید از طریق یکی از روشهای مذکور در ماده ۵۲۳ ق.م.ا. باشد.

به عبارت اخری موارد مذکور ماده ۵۲۳ زیرمجموعه عنصر مادی تغییر، ایجاد، حذف یا متوقف کردن قرار دارند.

به نظر می‌رسد که تعریف ماده ۶ ما را از ذکر دیگر موارد بی‌نیاز می‌سازد.

تخریب و اخلال در داده‌ها

بررسی حقوقی جرم تخریب

عنصر قانونی

در قانون مجازات اسلامی به دو نوع تخریب اشاره شده است:

- ۱- تخریب اموال تاریخی و فرهنگی: مواد ۵۵۸ تا ۵۶۹ که این مواد قابل تعمیم به تخریب رایانه‌ای نمی‌باشد و موضوع مواد، تخریب خاص می‌باشد.
- ۲- تخریب و اتلاف اموال و حیوان: دیگر مواد ۶۷۵ تا ۶۸۹. به عنوان مثال ماده ۶۷۷ بیان می‌دارد: «هر کس عمداً اشیای منقول یا غیر منقول متعلق به دیگری را تخریب نماید یا به هر نحو کلاً یا بعضاً تلف نماید و یا از کار اندازد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد».

در این ماده به جای «اموال» از کلمه «اشیا» استفاده کرده و اشیا عام می‌باشد و هر چیزی را که عنصر اختصاص به دیگری در آن باشد شامل می‌شود.

لغت‌نامه دهخدا «شیء» را به چیز معنا کرده است و «چیز» متبادر از آن، باید بهره‌ای از وجود خارجی داشته باشد در حالی که داده‌های رایانه‌ای و فضای سایبر، هیچ‌گونه وجود خارجی و واقعی ندارند و این غیر واقعی بودن فضای سایبر در رایانه باعث گردید بعضی آن را «توهم» یا «فضا و اجتماع شکل گرفته در رایانه» بنامند (باستانی، ۱۳۸۶: ۶۴). لذا این ماده شامل داده‌های رایانه‌ای نمی‌گردد.

شاید این مسئله به ذهن متبادر گردد که این ماده از جهت دیگری نیز شامل داده‌های رایانه‌ای نمی‌گردد؛ زیرا ماده بیان داشته: «... اشیای منقول و غیر منقول...» منقول و غیر منقول در این ماده اشاره به نقل فیزیکی دارد، یعنی: اشیایی که در خارج قابل جابجایی فیزیکی باشند مثل میز، صندلی، لباس، خودرو و... منقول و اشیایی که این خاصیت را ندارند مثل زمین، خانه و... غیر منقول می‌باشند، و از آنجا که داده‌های رایانه‌ای منقولند و نه غیر منقول، لذا این ماده شامل آن نمی‌شود. در مورد این مسئله باید گفت: اگر «شیء» بودن داده‌های رایانه‌ای ثابت می‌بود این

اشکال محل تأمل بود لکن با توجه به غیر واقعی بودن و عدم وجود خارجی فضای سایبر این اشکال منتفی می‌باشد.

ماده دیگری که در قانون مجازات در مورد اتلاف وجود دارد، ماده ۶۸۱ است که موضوع آن «اتلاف اسناد دولتی» است. با توجه به اشکالی که در مورد ماده ۶۷۷ بیان گردید این ماده نیز قاصر از شمول مکتوبات رایانه‌ای و فضای سایبر می‌باشد. به عبارت دیگر در تفسیر به نفع متهم مواد فوق - مکاتبات رایانه‌ای از شمول این مواد خارج می‌شوند.

بر این اساس مواد قانون مجازات با توجه به موضوعات خاص خود، شامل تخریب رایانه‌ای نمی‌گردد لذا در قانون ماده ۸ به بعد به تخریب رایانه‌ای اختصاص داده شده است.

مواد ۸ و ۹ قانون جرایم رایانه‌ای بیان می‌دارد:

ماده ۸- هر کس به طور غیرمجاز داده‌های دیگری را از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حاملهای داده حذف یا تخریب یا مختل یا غیر قابل پردازش کند به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده میلیون (۱۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

ماده ۹- هر کس به طور غیر مجاز با اعمالی از قبیل وارد کردن، انتقال دادن، پخش، حذف کردن، متوقف کردن، دستکاری یا تخریب داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری، سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری را از کار بیندازد یا کارکرد آنها را مختل کند، به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده میلیون (۱۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

این ماده به عنوان عنصر قانونی جرم تخریب رایانه‌ای قابل استناد می‌باشد.

عنصر مادی

بر اساس مواد ۸ و ۹ عنصر مادی در جرم تخریب رایانه‌ای یکی از موارد ذیل می‌باشد:
الف: حذف، ب: تخریب، ج: مختل کردن، د: غیر قابل پردازش نمودن. و موضوع این افعال و اعمال، داده‌های رایانه‌ای متعلق به دیگری است

در ادامه عنصر مادی، ماده ۹ چنین بیان می‌دارد: هر کس به طور غیر مجاز با اعمالی از قبیل وارد کردن، انتقال دادن، متوقف کردن، دستکاری یا تخریب داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری، سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری را از کار بیندازد یا کارکرد آنها را مختل کند.... به نظر می‌رسد تمام این موارد عنصر مادی جرم تخریب می‌باشد.

نکته قابل ذکر در عنصر مادی: فرض بر این است که مقنن حکیم بوده و از اطناب مُمِل و ایجاز مخل خودداری می‌کند، بسیاری از قیود مذکور در این مواد در یکدیگر قابل هضم می‌باشند و نیاز به ذکر ندارند. به عنوان مثال «تخریب کردن» اعم از «غیر قابل پردازش کردن» است. به عبارت دیگر اصل در قید، احترازی است و فرض بر این است که مقنن با هر قیدی چیزی را داخل و خارج کرده در حالی که بسیاری از این قیود توضیحی است.

نکته مهم دیگری که در این ماده به چشم می‌خورد این است که این ماده از کلمه «مختل نماید» استفاده نموده، «مختل نمودن» مترادف با «ایجاد اختلال» می‌باشد که با ماده ۱۰ از همین فصل سازگار می‌باشد.

به عبارت دیگر عنوان مبحث دوم از فصل دوم، تخریب یا اختلال در داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی می‌باشد که مشتمل بر ۴ ماده است، ولی مشخص نیست کدام ماده در مورد تخریب و کدام ماده در مورد اختلال در داده‌ها می‌باشد. در نهایت به نظر می‌رسد مواد ۸ و ۹ اختصاص به تخریب داشته و ماده ۱۰ اختصاص به اختلال دارد.

در عین حال این تفکیک مورد خدشه و اشکال می‌باشد؛ زیرا کلمات این مواد با هم تداخل داشته و هم‌پوشانی دارند و مجازات در هر دو ماده مشابه هم بوده و در نهایت فلسفه تفکیک بین مواد ۸ و ۹ مشخص نیست و از دیگر سو اگر این تفکیک را بپذیریم در این دو ماده مقنن از اصطلاح «مختل نماید» استفاده نموده که این اصطلاح مناسب با اختلال در داده‌ها می‌باشد که حسب فرض در ماده ۱۰ ذکر شده است.

مگر اینکه این تفکیک را رد نموده و بگوییم عنوان مبحث مانند فصل جرایم تعزیری و بازدارنده از قانون مجازات اسلامی صرفاً عنوان مشیر به مطالب قرار گرفته

در این مبحث بوده و دیگر بین مواد ترتیب منطقی وجود ندارد.

مواد ۸ و ۹ مرتکبان جرایم فوق را به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده میلیون (۱۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم نموده است.

با توجه به اینکه انقلاب اطلاعاتی، جهان را تبدیل به دهکده جهانی نموده است و گاهی بعضی از تخریبها می‌تواند آثار بسیار زیانباری را برای جامعه، کشور و یا حتی در سطح بین‌المللی داشته باشد، مجازات مذکور در این ماده متناسب با تمام مصادیق این جرم نمی‌باشد؛ به عنوان مثال اطلاعات موجود در سایتهای نظامی و امنیتی را تخریب کند یا اطلاعات مرکز هدایت برق کشور را تخریب نماید، او مستحق مجازات بیش از این و حتی متفاوت می‌باشد که در این ماده ذکر نشده، مانند سازندگان و اشاعه‌دهندگان کرما و ویروسها و بمبهای منطقی که می‌تواند در شبکه جهانی در سطح بسیار گسترده و وسیع خسارت وارد نماید که خطرناکترین این طرق بمبهای منطقی زمانی است که به صورت اتوماتیک خود را تکثیر نموده و تخریب زیادی به دنبال دارند و کشف آن نیز بسیار مشکل می‌باشد.

به عنوان مثال «بمب اینترنت» که به وسیله یک دانشجوی آمریکایی شناخته شد ۶ هزار کامپیوتر شبکه اینترنت را در حدود چند روز در سال ۱۹۹۸ بلوکه کرد، از کنار ویروسها نیز نباید به سادگی گذشت چرا که تهاجم یک ویروس در یکی از رایانه‌ها ممکن است باعث از میان رفتن اطلاعات مربوط به چندین سال شود و تعداد زیادی کامپیوتر را آلوده سازد (خداقلی، ۱۳۸۳: ۹۱).

گاهی یک تخریب و نفوذ در سایتهای مخابراتی ولو به صورت بازی و کنجکاوی می‌تواند سرنوشت یک جنگ را تغییر دهد (باستانی، ۱۳۸۶: ۵۸).
در بعضی دیگر از موارد، تخریب به قصد براندازی و مقابله با نظام جمهوری اسلامی شکل می‌گیرد که مجازات متناسب با عمل مجرمانه نمی‌باشد.

مقنن در این ماده با توجه به مقدمه‌ای که برای این قانون ذکر شد در صدد بوده رویه جدیدی را در تعیین مجازات اتخاذ نماید و از عنوان «حبس زدایی» استفاده کند. لکن گرچه به حسب ظاهر در بسیاری از مواد این قانون از مجازات جزای

نقدی استفاده کرده در عین حال به نظر می‌رسد حوزه خاص و مصادیق خاصی را در نظر داشته و برای آن مجازات تعیین نموده؛ زیرا در بسیاری از این تخریبه‌ها شخصی دستمزد هنگفتی نصیب خود می‌سازد و یا در طرف مقابل شخصی صرفاً از سر کنجکاوای مرتکب تخریب بسیار جزئی گردیده که مستحق مجازات سنگین حداقل این ماده نمی‌باشد لذا بجا بود مقنن با ایجاد مکانیسم و معادله، درآمد روزانه و میزان درآمد حاصل از جرم مجازات را معین می‌نمود.

از حیث مرتکب این ماده تفکیکی را قائل نشده لکن در ماده ۲۶ همین قانون مباحثی مطرح شده که در مبحث جعل پیرامون آن بحث شد.

سؤال: جرم تخریب جرمی مطلق است یا مقید؟

با توجه به الفاظ به کاررفته در این ماده که بیان داشته «مختل نماید» یا «تخریب نماید...» و با توجه به ماهیت این جرم، این جرم مقید بوده و مستلزم ایراد خسارت می‌باشد و تا قبل از ایراد خسارت، اگر خود این افعال جرم باشند به مجازات همان جرم محکوم می‌شوند و اگر فی‌نفسه جرم نباشند با شرایط آن می‌تواند شروع به جرم باشد.

این نکته نیز قابل ذکر است که این جرم و جرم اخلال در داده‌ها جرمی آنی بوده و عنصر مادی آن استمرار در زمان ندارد و به محض وقوع عنصر مادی واقع می‌شود.

اخلال در سیستم

عنصر قانونی

این جرم دارای ماده مشابهی در ق.م.ا. نمی‌باشد. لذا عنصر قانونی این جرم صرفاً ماده ۱۰ این قانون خواهد بود، ماده ۱۰ بیان می‌دارد که:

هر کس به طور غیر مجاز با اعمالی از قبیل مخفی کردن داده‌ها، تغییر گذر واژه یا رمزنگاری داده‌ها مانع دسترسی اشخاص مجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی شود، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

عنصر مادی

عنصر مادی این جرم در این ماده یکی از موارد ذیل می‌باشد:

فعل مثبت از قبیل مخفی کردن داده‌ها، تغییر گذر واژه یا رمزنگاری داده‌ها مانع دسترسی اشخاص مجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای....

نکته قابل توجه در ماده ۱۰ این است که باید به وسیله عنصر مادی مذکور در ماده مانع دسترسی اشخاص مجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی شود. بنابراین اگر اعمال مذکور مانع دسترسی نشود دیگر از شمول این ماده خارج شده و باید در مواد دیگر عنوان مجرمانه‌ای برای آن جستجو نمود که این قید در این ماده موجب وهن ماده شده است چه بسا اختلال در سیستم ایجاد مانع در دسترسی نباشد بلکه صرفاً دسترسی را مشکل نماید.

در بسیاری از موارد مجرمان با مشکل‌سازی در مسیر دسترسی به داده‌ها برای خود زمان خریداری می‌کنند در عین حال بر اساس این ماده مرتکب جرم اختلال نشده‌اند.

شورای اروپا در خصوص اختلال در سیستم، متن ذیل را پیشنهاد نموده است: «وارد کردن، تغییر، محو، یا موقوف‌سازی داده‌ها یا برنامه‌های کامپیوتری یا مداخله در سیستمهای کامپیوتری یا قصد اختلال و جلوگیری از عملکرد یا سیستم ارتباطات» (خداقلی، ۱۳۸۳: ۹۷).

پس از مقایسه متن پیشنهادی شورای اروپا و ماده ۱۰ قانون جرایم رایانه‌ای به این نتیجه می‌رسیم که این مواد که به مبحث تخریب و اختلال در سیستم اختصاص دارد از به هم ریختگی و تداخل موضوعات و عدم تفکیک در عنصر مادی رنج می‌برد.

موضوع مورد حمایت در هر قانون سیستمهای رایانه‌ای و مخابراتی می‌باشد که در ماده ۸ در مقابل جرم تخریب حمایت شده و در ماده ۹ و ۱۰ در مقابل جرم اختلال، لکن عناصر مادی به کار برده شده در ۳ ماده قابل تفکیک نمی‌باشد.

در حالی که برداشت از تخریب، از کار انداختن و غیر قابل استفاده کردن است و برداشت ما از اختلال ایجاد مانع در عملکرد صحیح سیستم، با این حال ماده ۸ بیان داشته: «هر کس به طور غیر مجاز داده‌های دیگری را از سامانه‌های رایانه‌ای یا

مخابراتی یا حاملهای داده حذف یا تخریب یا مختل یا غیرقابل پردازش...». در ماده ۹ بیان داشته: «هر کس به طور غیر مجاز با اعمالی از قبیل وارد کردن، انتقال دادن، پخش، حذف کردن، متوقف کردن، دستکاری یا تخریب داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری، سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری را از کار بیندازد یا کارکرد آنها را مختل کند».

منظور از «از کار بیندازد...» در ماده ۹ چیست؟ منظور از «غیر قابل پردازش کند» در ماده ۸ چیست؟ این دو چه تفاوتی دارند؟ آیا مترادفند یا خیر؟ به نظر می‌رسد که می‌شد این دو ماده را ساده‌تر و رساتر انشا نمود که اولی صرفاً به تخریب و ماده ۱۰ به اخلال اختصاص یابد.

سؤال دیگری که به ذهن می‌آید این است که هدف مقنن از این تفکیک چیست؟ هدف مقنن یکی از سه مورد ذیل می‌تواند باشد:

۱- اختلاف در عنصر مادی: با توجه به توضیحاتی که بیان گردید، مقنن در این تفکیک به هدف خود نرسیده و این ۲ ماده در بسیاری از مصادیق هم‌پوشانی دارند. به عنوان مثال اگر کسی با پاک کردن یا صدمه زدن به داده‌های رایانه‌ای سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی متعلق به دیگری را تخریب کند یا از کار بیندازد یا مختل نماید، این مصداق می‌تواند هم تخریب باشد و هم اختلال در سیستم.

۲- اختلاف در مجازات: هدف دیگری که می‌توان از این تفکیک داشت اختلاف در مجازات است که مقنن به این هدف هم نائل نگشته و مجازات هر دو جرم را یکسان دانسته است.

۳- اختلاف در هدف جرم: هدف در هر دو جرم حمایت از سیستم‌های رایانه‌ای و مخابراتی است که در هر دو جرم یکسان است.

بر این اساس مناسب بود که مقنن در این موارد حکمتی را در نظر می‌گرفت و بر اساس آن رویه تفکیک را اعمال می‌نمود.

سؤال

آیا جرایم مذکور در مبحث دوم و سوم این فصل یعنی تخریب و اخلال در سیستم، جرایم تعزیری هستند یا بازدارنده؟

با توجه به مواد ۱۶ و ۱۷ قانون مجازات اسلامی که بیان داشته است:
تعزیر تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر
حاکم واگذار شده است از قبیل....

در فقه نیز تعزیر را چنین تعریف کرده‌اند: آنچه که میزان عقوبت در شرع
مشخص و مقدر نباشد (حلی، ۱۴۰۹: ۹۳۲/۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲/تعزیر).
از تعاریف قانون و فقه چنین فهمیده می‌شود که ملاک در تعزیر این است که
مجازات برای جرم بیان شده ولی نوع و مقدار آن مشخص نیست و از آنجا که
عقوبت به قول فلاسفه از امور تعلقیه می‌باشد و در مقابل چیزی است پس به ناچار
نوع جرم در شرع آمده است لکن میزان و نوع مجازات آن در شرع نیامده است،
مثل وطی بهائم، رشوه و امثال آن و ارتکاب محرمات.

با توجه به اینکه جرایم رایانه‌ای و سایر از جرایم فنی می‌باشد و در شرع دارای
هیچ گونه سابقه‌ای نمی‌باشد و نمی‌تواند تخریب شرعی را به خاطر مجازی بودن و
غیر واقعی بودن فضای سایر و رایانه و اینکه موضوع تخریب و جعل در شرع
رسائل و نوشته‌جات خارجی و در تخریب اموال حقیقی عینی خارجی می‌باشد، لذا
بر جرایم رایانه‌ای قابل انطباق نمی‌باشد و از تحت سیطره جرایم تعزیری خارج
است.

ماده ۱۷ مجازاتهای بازدارنده را چنین تعریف می‌کند:
تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات
مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد از
قبیل....

با توجه به تعریف فوق و مطالب پیش گفته و تفاوت ماهوی بین جعل و تخریب
عرفی و شرعی و جعل و تخریب رایانه‌ای و عدم انطباق آنها بر یکدیگر، چنین
می‌توان استنباط نمود که جرایم رایانه‌ای در عداد جرایم بازدارنده بوده و بر اساس
ماده ۱۷۳ آ.د.ک. می‌تواند مشمول مرور زمان قرار گیرد.

عنصر روانی

با توجه به صدر مواد ۸، ۹ و ۱۰ که بیان داشته: «هر کس به طور غیر مجاز اعمالی...» در این مواد همان‌طور که در مواد مربوط به جعل بیان گردید این کلمات اشاره ضمنی به عنصر روانی جرم دارد و به صورت عام همه اشکال عنصر روانی را شامل می‌شود و تنها ملاک برای عنصر روانی به طور غیر مجاز بودن آن می‌باشد.

سؤال: اگر کسی اعمال مذکور در مواد فوق را بدون علم و عمد مرتکب شود آیا مشمول مجازات مواد فوق خواهد بود؟

جواب: به نظر می‌رسد گرچه ماده عمومیت دارد و ملاک مجازات غیر مجاز بودن عمل ارتكابی می‌باشد لکن قائل شدن به این تعمیم خلاف اصول حقوقی و حقوق شهروندی می‌باشد.

تعلیق مجازات جرایم رایانه‌ای

با توجه به وجود عناوینی مثل جعل و تخریب، کلاهبرداری و امثال آن در قانون مجازات اسلامی، در عین حال در این قانون انواع جدید از این جرایم پیش‌بینی شده که دارای پسوند رایانه‌ای می‌باشند.

سؤال: جرایم رایانه‌ای از قبیل جعل و تخریب یا اخلال در سیستم، قسمی از جعل و تخریب مذکور در قانون مجازات هستند یا تقسیم آن می‌باشند؟

در پاسخ باید بیان داشت به نظر می‌رسد با توجه به خصوصیات پیش‌گفته رایانه و فضای سایبر، به طور کلی جرایم رایانه‌ای از شمول جرایم با عناوین در قانون مجازات اسلامی خارج بوده و به عبارت دیگر جرایم رایانه‌ای از قبیل جعل و تخریب و... تقسیم جرایم مذکور در قانون مجازات اسلامی می‌باشند، لذا از نظر احکام متفاوت می‌باشند.

پس از پاسخ به سؤال فوق، سؤال دیگری مطرح می‌گردد:

سؤال: بر اساس مطالب پیش‌گفته معلوم گردید که جرایم رایانه‌ای، در عداد جرایم بازدارنده می‌باشند و بر اساس ماده ۲۵ جرایم و محکومیت‌های بازدارنده می‌تواند مشمول تعلیق مجازات گردد، لکن بر اساس بند ۲ ماده ۳۰ ق.م.ا. که بیان می‌دارد:

اجرای احکام جزائی زیر قابل تعلیق نمی‌باشند:

بند ۲: مجازات کسانی که به جرم اختلاس یا ارتشا یا کلاهبرداری یا جعل یا استفاده از سند مجعول یا... محکوم شوند.

در بند ۲ این ماده جعل از شمول تعلیق مجازات جرایم تعزیری و بازدارنده خارج شده است حال اگر ما جرم رایانه‌ای را قسم جرم جعل مذکور در قانون مجازات اسلامی بدانیم در جهت تعلیق و عدم تعلیق در جعل رایانه‌ای نه می‌توان به ماده ۲۵ و نه می‌توان به بند ۲ ماده ۳۰ استناد نمود؛ زیرا این مواد برای جعل عرفی مذکور در ق.م.ا. انشا گردیده است و بیان گردید که جعل عرفی شامل جعل رایانه‌ای نمی‌گردد و قسم یکدیگر می‌باشند حال که چنین استنباط نمودیم که در کنار جعل عرفی نیاز به نهاد دیگری به نام جعل رایانه‌ای ضرورت دارد، لازم بود که قواعد مربوط به تعلیق آن نیز بیان می‌شد.

سؤال: جرایم مذکور در این فصل از قبیل جعل و اخلال در سیستم، جرایم مطلق هستند یا مقید؟

با توجه به منطوق مواد ۶، ۸، ۹ و ۱۰ این قانون، جرایم مذکور در این مواد، جرم مقید می‌باشند یعنی باید تقلب کامل شود و به نتیجه برسد یا جرم ماده ۵ به وقوع بپیوندد و همچنین ماده ۶ و ۷، بنابراین شروع به جرم در این جرایم قابل تصور می‌باشد.

سؤال: این جرایم آنی هستند یا مستمر؟

با توجه به عنصر مادی این جرایم از قبیل ایجاد، حذف و یا متوقف نمودن در جعل و پاک کردن و صدمه زدن در تخریب و اختلال این جرایم، از جرایم آنی می‌باشند.

تخفیف و تشدید مجازات و سایر مسائل

مواد ۲۶ و ۲۷ بیانگر موارد تشدید می‌باشد و ذکری از تخفیف به میان نیاورده است.

در رابطه با خصوصیت مرتکب که یکی از عوامل مشدده جرم دانسته شده چنین بیان می‌دارد.

در این ماده آمده است:

در موارد زیر، حسب مورد مرتکب به بیش از دو سوم حداکثر یک یا دو مجازات مقرر محکوم خواهد شد:

الف) هر یک از کارمندان و کارکنان اداره‌ها و سازمانها یا شوراهای و شهرداریها و مؤسسه‌ها و شرکتهای دولتی و یا وابسته به دولت یا نهادهای انقلابی و بنیادها و مؤسسه‌هایی که زیر نظر ولی فقیه اداره می‌شوند و دیوان محاسبات و مؤسسه‌هایی که با کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و یا دارندگان پایه قضایی و به طور کلی اعضا و کارکنان قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأموران به خدمت عمومی اعم از رسمی و غیر رسمی به مناسبت انجام وظیفه، مرتکب جرم رایانه‌ای شده باشند.

ب) متصدی یا متصرف قانونی شبکه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که به مناسبت شغل خود مرتکب جرم رایانه‌ای شده باشد.

ماده ۲۶ به جهت خصوصیت مرتکب تقریباً کامل و شامل می‌باشد و اشکالی که به موارد مشابه وارد است که معمولاً بخشی از کارکنان را شامل نمی‌شد بر این ماده وارد نمی‌باشد. این ماده حتی نهادهایی را که زیر نظر رهبری فعالیت می‌کنند نیز نام برده است.

سؤال: مواردی که در این ماده ذکر شده تمثیلی است یا استقرایی؟

جواب: با توجه به نهادهای متعددی که در این ماده از آنها یاد شده به نظر می‌رسد موارد مذکور در این ماده استقرایی می‌باشد نه تمثیلی، گرچه آینده نگری و به جهت جلوگیری از فرار عده‌ای از قانون اقتضا می‌نمود که با ذکر کلماتی مانند: از قبیل... موارد را به صورت تمثیلی یاد می‌کرد.

نقطه قوت دیگر این ماده در بند «ب» این ماده است. با توجه به سیاست خصوصی سازی بسیاری از فعالیتهای رایانه‌ای و مخابراتی در اختیار بخش خصوصی بوده و دولت صرفاً نقش نظارت را بر عهده دارد. بر اساس بند «ب» که بیان داشته «متصدی یا متصرف قانونی شبکه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که به مناسبت شغل خود مرتکب جرم رایانه‌ای شده باشد» در صورتی که مرتکب، کارمند بخش خصوصی باشد و مرتکب اعمال مذکور در قانون جرایم رایانه‌ای شود باز هم بر اساس این

ماده از عوامل مشدده جرم برخوردار می‌باشد.

نکته قابل توجه دیگر در این ماده اجباری بودن تشدید است متن ماده ۲۶ چنین بیان می‌دارد: «در موارد زیر، حسب مورد، مرتکب به بیش از دو سوم حداکثر یک یا دو مجازات مقرر محکوم خواهد شد» و دیگر در صورت وجود جهات تشدید قاضی نمی‌تواند به بهانه‌های مختلف از تشدید مجازات خودداری نماید و بدین وسیله میزان بازدارندگی مجازات را بالا برده است.

بند «ج» ماده ۲۶ علت تشدید را موضوع جرم قرار داده و بیان داشته در صورتی که موضوع جرم «داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، متعلق به دولت یا نهادها و مراکز ارائه‌دهنده خدمات عمومی باشد». در این صورت مورد از موارد تشدید بوده و مرتکب الزاماً محکوم به مجازات مشدد می‌شود.

بند «د» این ماده، تشدید را در صورت سازمان‌یافتگی بیان می‌نماید و بند «ه» تشدید را در صورت گسترده بودن سطح ارتکاب جرم. لکن بر اساس ویژگیهای جرایم رایانه‌ای قبلاً بیان شد که میزان وخامت جرم و مجازات متناسب نمی‌باشد

ماده ۲۷ موارد تشدید را بر اساس تکرار جرم بیان می‌نماید لکن در این ماده تشدید از موارد اختیاری قاضی می‌باشد.

این فصل از جهاتی دارای اشکال می‌باشد:

۱- جرایم مذکور در مواد این قانون دارای ماهیت خاصی می‌باشند که هم برای نظام و هم برای جامعه مضرات زیادی می‌تواند در پی داشته باشد و از دیگر سو کشف این جرایم با مشکلات خاصی همراه می‌باشد لذا مناسب بود قانونگذار در راستای تسهیل کشف این جرایم، بایی را به موارد تخفیف اختصاص می‌داد.

۲- تخفیف و تشدید از مسائل حقوق جزای عمومی می‌باشد که در ماده ۶۷ اول ق.م.ا. آمده است و موجبات تخفیف در آن برای همه جرایم به طور یکسان ذکر شده است، لذا ذکر مجدد آن در مواد فوق اطناب ممل و حشو زائد است و علاوه بر آن با توجه به این پیش فرض که مقنن حکیم است و اقتضای حکمت مقنن این است که از هر زیادی چیزی را اراده کرده باشد، این موارد بیهوده بوده و موجب

سر در گمی می‌گردد.

این مواد که به ذکر موارد تشدید پرداخته است از این جهت مناسب است که موارد تشدید را استقصا نموده است و حتی کارکنان مؤسساتی را که این شبهه بوده که کارمند دولت محسوب نمی‌شوند نیز برشمرده است، لکن خلأ بسیار مهمی که در این ماده رویت می‌شود این است که بسیاری از کسانی را که در مؤسسات خارجی مقیم ایران شاغلند شامل نمی‌شود، مانند شاغلان در بانکهای خارجی یا شرکت‌های کامپیوتری و شرکت‌های مشابه دیگر که به علت کارمند بودن به اسناد و امکانات بیشتری دسترسی دارند و ارتکاب جرم از ناحیه آنها صدمات بیشتری را می‌تواند در پی داشته باشد. لذا بجا بود که کارمندان شرکت‌های خارجی مقیم ایران نیز مشمول تشدید می‌شدند.

اشکال کلی که در این فصل به چشم می‌خورد این است که با توجه به اینکه سن مرتکبان جرایم رایانه‌ای کودک «۷ یا ۸ سال» تا سنین بالا را در بر می‌گیرد مناسب بود مقنن ماده‌ای را برای کودکان مرتکب اختصاص می‌داد لکن شاید در جواب گفته شود که وضعیت کودک بر اساس مواد عمومی قانون مجازات مشخص است لذا نیازی به ذکر نبوده است. در جواب می‌توان گفت:

اولاً: در بسیاری از موارد جرایم رایانه‌ای، کودک صرفاً به علت راهنمایی بزرگسالان این کار را انجام می‌دهد و یا اینکه بر اثر کنجکاوی و یا با مشارکت بزرگسال مرتکب جرم می‌شود که استخراج بعضی از این موارد از اصول کلی مشکل است و با قانون می‌توان وحدت رویه ایجاد نمود.

ثانیاً: بر فرض صحت این ادعا بسیاری از مواد نیاز به ذکر نداشت و از اصول کلی حقوق قابل استخراج بود.

نتیجه‌گیری

با توجه به گسترش روزافزون کاربرد رایانه در زندگی بشر و تأثیر آن در همه جوانب زندگی بشری از جمله پزشکی، نجوم، هوا فضا، جغرافیا، فیزیک، شیمی و دهها زمینه دیگر و با توجه به ویژگیهای این مصنوع بشر از جمله دقت بالا، سرعت

زیاد، ذخیره‌سازی حجم زیاد اطلاعات، خستگی‌ناپذیری، تبادل سریع اطلاعات، دسترسی آسان و محاسن بی‌شمار دیگر، زندگی بشر بدون آن تقریباً غیر ممکن می‌باشد لکن در کنار فواید بسیار زیاد رایانه، این پدیده همچون هر پدیده دیگر توسط عده‌ای مورد سوء استفاده قرار گرفته است که بر اساس ادله قطعی شرعی این اعمال دارای حرمت می‌باشند.

مقنن ما برای جلوگیری از ارتکاب جرایم مرتبط با رایانه، قانون جرایم رایانه‌ای را به تصویب رسانده است که تا حدی پاسخ‌گوی نیازهای جامعه در قبال این جرایم می‌باشد در عین حال دارای نقایصی است که می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

الف: در رابطه با عنصر روانی جرایم رایانه‌ای این قانون دچار نوعی ابهام است.

ب: تناسب بین وخامت جرم و مجازات رعایت نشده است.

ج: برنامه‌های رایانه‌ای از شمول حمایت این قانون خارج می‌باشد.

د: تصویب این قانون می‌رساند که این جرایم قسیم جرایم سنتی می‌باشد لذا در رابطه با حقوق جزای عمومی در بسیاری از موارد از جمله تعلیق مجازات و... در آن ابهام وجود دارد و مناسب بود مقنن این ابهام را مرتفع می‌نمود.

ه: در مورد جعل و اخلال رایانه‌ای بعضی اصطلاحات زائد وجود دارد و در عین حال بعضی از مصادیق مهم از جمله ایجاد اشکال در مسیر دسترسی به داده‌ها از شمول قانون خارج هستند.

و: این قانون نسبت به تخفیف مجازات ساکت است.

ز: در این جرایم در بسیاری موارد انگیزه مرتکب تأثیرگذار است که از آن یاد نشده است.

ح: اگر این جرایم به قصد براندازی نظام باشد مورد حکم قرار نگرفته است.

کتاب‌شناسی

۱. ابن منظور، *لسان العرب*.
۲. اسحاقی، محمد، «بزهکاری پیشرفته»، *فصلنامه دانش انتظامی*، پیش شماره ۳ و ۴، پاییز و زمستان ۱۳۷۸ ش.
۳. اصلانی، حمیدرضا، *حقوق فناوری اطلاعات*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴ ش.
۴. باستانی، برومند، *جرایم کامپیوتری و اینترنتی جلوه‌ای نوین از بزهکاری*، چاپ دوم، تهران، بهنامی، ۱۳۸۶ ش.
۵. بجنوردی، محمدحسن، *القواعد الفقهیه*.
۶. پیمانی، ضیاءالدین، *جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی*، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴ ش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط دانشنامه حقوقی*، چاپ پنجم، گلشن، ۱۳۸۰ ش.
۸. حسینی، بیژن، *جرایم اینترنتی علیه اطفال و زمینه‌های جرم‌شناسی آن*، تهران، نشر افراز، ۱۳۸۳ ش.
۹. حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام*، چاپ افست، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. خداقلی، زهرا، *جرایم کامپیوتری*، آریان، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*.
۱۲. ربیر، اولریش، *جرایم رایانه*، ترجمه محمدعلی نوری، مصطفی بختیاری، رضا نخجوانی و احمد رحیمی مقدم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۱۳. ساریخانی، عادل، *جزای اختصاصی ۳، جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی*، دانشگاه قم، ۱۳۸۴ ش.
۱۴. سازمان ملل، *تشریح بین‌المللی سیاست جنایی*، شماره‌های ۴۳ و ۴۴، ۱۹۹۴، ترجمه دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک سازمان برنامه و بودجه کشور، ۱۳۷۶ ش.
۱۵. *قانون جرایم رایانه‌ای*.
۱۶. گلدوزیان، ایرج، *جزای اختصاصی، جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی*، چاپ چهارم، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۲ ش.
۱۷. معاونت کشف جرایم ناجا، «ابعاد حقوقی جرایم رایانه‌ای»، *فصلنامه دانش انتظامی*، شماره‌های ۲ و ۳، تابستان ۱۳۷۹ ش.
۱۸. همو، «جرایم رایانه‌ای و اشاعه مفاسد اخلاقی»، *فصلنامه دانش انتظامی*، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۰ ش.
۱۹. همو، «کلاهبرداری رایانه‌ای»، *فصلنامه دانش انتظامی*، شماره ۱، بهار ۱۳۸۰ ش.
۲۰. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۵ ش.
۲۱. میرمحمدصادقی، حسین، *جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی*، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲ ش.
۲۲. نوری، محمدعلی و رضا نخجوانی، *حقوق حمایت از داده‌ها*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳ ش.
۲۳. ولیدی، محمدصادق، *حقوق جزای اختصاصی جرایم مالی علیه آسایش عمومی*، بی‌تا.

تحلیل مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی هابز و روسو*

- قادر زارع مهدوی^۱ (کارشناس ارشد علوم سیاسی)
□ علی افراسیابی^۲ (دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی)

چکیده

بی تردید نظریات فلسفی، نقش بسزایی در بسط و توسعه علم در جوامع بشری داشته است، به گونه‌ای که می‌توان ادعا کرد این نظریه‌ها زیربنای علم را تشکیل می‌دهند. علوم جنایی نیز از این اصل مستثنا نبوده و در مسیر تحولات تکاملی خود از نظریات فلسفی بهره برده است. این مقاله به دنبال پاسخ‌گویی به یک پرسش اساسی است: مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم بر اساس فلسفه سیاسی هابز و روسو چگونه تحلیل می‌شوند؟

برای پاسخ‌گویی به این سؤال، نظریه‌های فلسفی هابز و روسو که در ارتباط با انسان و اجتماع بیان شده، بررسی شده است تا بر مبنای آن بتوان مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم را تحلیل نمود. در دیدگاه مبتنی بر نظریات هابز، فرض وجود انسان منفعت‌طلب و تجاوزگر از یک سو و

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۱۲/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۲/۸.

محدودیت منابع از سوی دیگر ایجاب می‌کند که انسانها در شرایط طبیعی مدام به یکدیگر تجاوز نمایند. در این وضعیت ضروری است انسانها برای نیل به منافع بلندمدت به قرارداد اجتماعی متوسل شوند. ترسی که از قدرت مجازاتگر مبتنی بر قرارداد اجتماعی حاصل می‌شود انسانها را مجبور می‌کند به حقوق یکدیگر تجاوز ننمایند. در این دیدگاه، سیاست پیشگیری از جرم در قالب یک مدل دولتی شکل می‌گیرد و بر بازدارندگی عمومی مجازاتها، پیشگیری وضعی و طرد بزهکاران مبتنی است. در دیدگاه مبتنی بر نظریات روسو، بیان می‌شود انسان موجودی نوع دوست، عادل و عاقل است. انسان دارای دو نوع انگیزه درونی نوع دوستی و خودخواهی است که گرایش به نوع دوستی در وضع طبیعی بیشتر از وضع مدنی است. در وضع مدنی، نابسامانیهای موجود در بسترهای اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی، انسان عادل را به سوی بی‌عدالتی - که بزهکاری یک نوع از آن است - سوق می‌دهد. در رویکرد روسویی، سیاست پیشگیری از جرم در قالب مدل اجتماعی جلوه‌گر شده و به بازپذیری اجتماعی بزهکاران، پیشگیری اجتماعی از جرم و تضمین امنیت انسانی بها می‌دهد. مصالح اجتماعی در عصر حاضر، ایجاب می‌کند که سیاست پیشگیری از جرم به صورت هوشمند از آموزه‌های مثبت هر دو رویکرد استفاده نماید. به گونه‌ای که با رعایت اولویت از راهبردهای پیشگیرانه اجتماعی و وضعی استفاده نموده و به منظور کاهش انتقادات اخلاقی وارد بر پیشگیری وضعی، مقررات حقوقی برای قاعده‌مند کردن آن تأسیس نماید. واژگان کلیدی: فلسفه سیاسی هابز، فلسفه سیاسی روسو، پیشگیری وضعی، پیشگیری اجتماعی، قرارداد اجتماعی.

مقدمه

رویکرد سیاست جنایی در زمینه پیشگیری از جرم، از نظریات فلسفی بی‌بهره نیست. با نگاهی اجمالی به تاریخ تحولات علم، ملاحظه می‌شود که این موضوع سه مرحله را سپری نموده است: در مرحله نخست آن، تئوریهای ارائه شده دارای پشتوانه ربّانی است، تمام موضوعاتی که اکنون در گستره علم قابل تبیینند، با توجیحات ربّانی و ماورای طبیعی توجیه و تبیین می‌شدند. در این مرحله، برای تبیین موضوعات از رهگذر تحلیل و بررسی مجالی متصور نبوده و حتی بررسی موضوعات به صورت عقلانی یا علمی، با مجازات همراه بود. در مرحله دوم که به مرحله عقلانی شناخته

شده، موضوعات اجتماعی در گستره تحلیل عقلانی فلاسفه قرار گرفته و بیان می‌شود که عقل انسان قادر به تبیین موضوعات و اداره امور دنیوی است. برای اثبات این توانایی، فلاسفه اقدام به نظریه پردازی درباره موضوعات جامعه محور و طبیعی نموده و برای مدیریت جامعه تئوریهای خود را بیان کردند. در مرحله سوم که نظریات آن دارای پشتوانه علمی است، تبیین موضوعات اجتماعی و طبیعی مستلزم آن است که واقعیت و محتوای موضوعات بررسی شود. در این صورت، نتیجه تحقیقات عین واقعیت است، هر نظریه‌ای که در خصوص موضوعات اجتماعی بیان می‌شود، باید نتیجه تحقیقات علمی بوده و به وسیله واقعیات قابل اثبات باشد. در این مرحله است که تبیین موضوعات اجتماعی علاوه بر تحلیلهای عقلانی، به تحلیل واقعیتهای نیازمند است تا وقایع، خود نظریات علمی را بنا کنند. بیان این تحولات به هیچ عنوان به معنای ابطال یافته‌های مراحل قبل به وسیله مراحل بعدی نیست؛ بلکه با ورود هر مرحله، علم به گستره جدیدی دست یافته که تکمیل کننده موضوعات قبل است. هر چند در برخی موارد نیز شاهد ابطال برخی مقوله‌ها از سوی فلاسفه و محققان می‌باشیم.

علوم جنایی در مفهوم عام و جرم‌شناسی پیشگیری از جرم در مفهوم خاص، از تحولات بیان شده مستثنا نیست. از این رو، در این نوشتار سعی می‌کنیم نظریه‌های فلسفی اساسی و اصلی را در پیشگیری از جرم، رصد نماییم تا در ادامه بتوانیم مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم را بر مبنای تئوریهای شناسایی شده تحلیل کنیم.

تحقیق درباره مبانی فلسفی پیشگیری از جرم، محقق را با دو رویکرد غالب، یعنی رویکرد هابزی و رویکرد روسویی مواجه می‌نماید که آموزه‌های هر یک از آنها به شیوه‌ای خاص، معادله جرم و به دنبال آن نحوه پیشگیری از آن را تبیین می‌نماید. گرچه این نظریه‌ها مستقیماً در خصوص پیشگیری از جرم بحث نکرده‌اند، ولی پدیدآورنده مدل و گونه‌ای خاص از آن هستند. هر یک از این رویکردها پشتوانه نظری مستحکمی داشته و تحولات حقوقی و سیاسی گسترده‌ای را ایجاد کرده‌اند. مسائلی که در این تحقیق به آنها پرداخته خواهد شد عبارتند از: فلسفه سیاسی هابز و روسو چه تعبیری از انسان و جامعه دارد؟ هر یک از این مبانی فلسفی در کدام یک از نظامهای سیاسی با اقبال مواجه می‌شود؟ رویکرد فلسفه سیاسی هابز

و روسو به انسان و جامعه، چه مدلی و گونه‌ای از پیشگیری از جرم را ایجاد می‌کند؟ برای رسیدن به مدلی مطلوب از سیاست پیشگیری از جرم که از آموزه‌های مثبت هر دو رویکرد بهره می‌برد، چه تدبیری را می‌توان به کار گرفت؟

برای پاسخ‌گویی به سؤالات یادشده، مطالب این نوشتار در سه بخش ارائه می‌شود: در بخش نخست، مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی هابز تحلیل خواهد شد. در بخش دوم، تأثیر فلسفه سیاسی روسو بر مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم بیان می‌شود. در بخش سوم، برای ترسیم یک مدل مطلوب از سیاست پیشگیری از جرم که از آموزه‌های مثبت هر دو رویکرد بهره می‌برد مطالبی ارائه خواهد شد.

بخش نخست: تحلیل مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی هابز

برجسته‌ترین فیلسوف سیاسی عصر جدید، توماس هابز بود که بر خلاف فلاسفه مسیحی قرون وسطا و به شیوه فلاسفه یونان باستان، مواضع فکری خود را صرفاً بر اساس برداشت خود از طبع بشر و شرایط زندگی انسان بنا کرد (بشیریه، ۱۳۸۳: ۱۹؛ برای آگاهی بیشتر ر.ک: طاهری، ۱۳۷۵: ۲۰۴). هابز فلسفه سیاسی خود را بر مبنای تبیین دو وضعیت - یعنی وضع طبیعی و مدنی - ایجاد کرد. وی بیان کرد در وضع طبیعی که در آن دولت وجود ندارد، رقابتی بی‌پایان حاکم است که در آن هر کس به دنبال منافع شخصی خویش^۱ بوده و به دلیل محدودیت منابع، این رقابت به تعارض و نزاع می‌انجامد. رویکرد فلسفه سیاسی هابز به انسان ایجاب می‌کند نزاع بین انسانها - که بزهکاری یک نوع از آن است - در وضعیت طبیعی اجتناب‌ناپذیر باشد. این وضعیت انسانها را بر آن می‌دارد که برای پایان دادن به نزاع، با یکدیگر صلح نمایند. هابز از این صلح‌نامه با عنوان «قرارداد اجتماعی» یاد می‌کند (بشیریه، ۱۳۸۳: ۱۵). انسانهای

۱. هابز با ارائه مفهوم «صیانت ذات» بیان کرد که انسان هماهنگ با سایر موجودات، طبیعتاً متمایل به حفظ خویش است. عقل با تکیه بر این تمایل طبیعی فرمان می‌دهد که انسان باید لوازم ضروری حفظ حیات خود را فراهم کند (کانت، ۱۳۸۸: ۱۴).

طبیعی پس از انعقاد قرارداد اجتماعی، قدرت واحد ایجاد می‌نمایند (هابز این قدرت را لویاتان نامید) که صلاحیت انحصاری استفاده از قدرت علیه ناقضان قرارداد را داراست. به تعبیر هابز، این قدرت مجازاتگر دولت است که مانع از تجاوز انسانها به یکدیگر می‌شود. در واقع ترس از مجازات، انسانها را مجبور می‌کند تا به حقوق یکدیگر تجاوز ننمایند. از این رو، قرارداد اجتماعی و قدرت مجازاتگر حاصل از آن، نظم پایدار را در جامعه ایجاد می‌کند و مانع از تجاوز انسانها به یکدیگر می‌شود. از این منظر، مبنای صلح و ثبات در جامعه، قدرت عمومی است و بدون آن جنگ و نزاع بین انسانها حتمی است.

چنین تعبیری از انسان باعث می‌شود تا فلسفه عمومی او بر دو اندیشه استوار گردد: ۱. حقوق بر اصل سودمندی استوار بوده و فاقد هرگونه مفهوم و رنگ اخلاقی است؛ ۲. دولت باید در اجرای قرارداد اجتماعی که شهروندان به آن پیوسته‌اند، آرامش اجتماعی را تأمین کند (پرادل، ۱۳۸۸: ۳۹). گرچه هابز مدافع حقوق طبیعی بوده و از این منظر با ایده‌های روسو، کانت و مونتسکیو هم‌سو بود، دغدغه‌های امنیتی وی سبب شده بود تا در دیدگاه وی، قانون نه به عنوان ابزاری برای دفاع از حقوق شهروندان، بلکه ابزاری تلقی شود که هر لحظه وظایف شهروندان را به آنها اعلان کرده و مشروعیت تدابیر امنیتی قدرت سیاسی را تأیید می‌کند. «در فلسفه سیاسی هابز، حق طبیعی افراد در خدمت صلح عمومی قرار می‌گیرند» (کانت، ۱۳۸۸: ۲۰)؛ یعنی به تعبیر امروزی می‌توان مدعی بود که در دیدگاه هابز، ارزش امنیت عمومی فراتر از امنیت خصوصی، برابری و آزادیهای شهروندان است و در مواقع لزوم می‌توان برای تأمین امنیت عمومی سایر ارزشها را فدا کرد. طبق فلسفه سیاسی هابز، در یک طرف انسانها قرار دارند که بنا به طبیعت منفعت‌گرای خود، برای کسب منافع بیشتر به حقوق یکدیگر تجاوز می‌نمایند و در طرف دیگر، ساختارهای قدرت سیاسی را می‌توان تصور نمود که توسط قدرت سرکوبگر خود، عدالت و نظم عمومی را تأمین می‌نمایند. به تعبیری دیگر، انسان منشأ بی‌عدالتی و ساختارهای قدرت سیاسی منشأ عدالت است. طبیعی است تعبیر وی از انسان و دولت، مدل و گونه‌ای خاص از پیشگیری از جرم را ایجاد می‌کند

که در ادامه مطالب این بخش، ذیل دو مبحث به تحلیل آنها پرداخته می‌شود.

مبحث نخست: تحلیل مدل پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی

هابز

از آنجا که سیاست پیشگیری از جرم، یکی از گزینه‌های سیاست عمومی حاکم بر جوامع بشری است و تحلیل و تبیین مدل پیشگیری از جرم بدون تبیین مدل‌های سیاسی مناسب آن ممکن نیست، در این مبحث ابتدا به این پرسش پاسخ داده می‌شود که کدام یک از مدل‌های سیاسی بر مبنای فلسفه سیاسی هابز بنا شده است؟ پس از آشنایی با این مدل، می‌توان به این پرسش پاسخ داد که چه مدلی از پیشگیری از جرم با فلسفه سیاسی هابز همسوست؟

همان گونه که قبلاً بیان شد، مدل‌های سیاسی بر مبنای سه جریان ایدئولوژیک: لیبرال، برابری طلب و قدرت طلب شکل می‌گیرند (مارتی، ۱۳۸۱: ۶۰). برای دستیابی به این ایدئولوژیها چهار نوع نظام سیاسی شکل می‌گیرد که عبارتند از: ۱. مدل سیاسی توتالیتر؛ ۲. مدل سیاسی اوتوریتر؛^۱ ۳. مدل سیاسی سوسیالیست یا جمهوری خواه که نوع افراطی آن را می‌توان در مدل آنارشیست جستجو کرد؛ ۴. مدل سیاسی لیبرال.^۲ تقسیم‌بندیهای دیگری نیز در ادبیات سیاسی - حقوقی به چشم می‌خورد. به عنوان نمونه، برخی از نویسندگان، مدل‌های سیاسی را به دو گونه دولت قانونمند و دولت رفاه تقسیم کرده‌اند.

هر یک از مدل‌های سیاسی برای فعلیت بخشی به یکی از ارزشهای آزادی، برابری یا ارزشهای ایدئولوژیک از قبیل نژاد، مذهب و... یا ترکیبی از این ارزشها بنا شده‌اند. از میان چهار مدل ارائه شده، مدل لیبرال به ارزش آزادی، مدل سوسیالیست

۱. در برخی از منابع علوم سیاسی «اوتوریته» معادل authority آمده است. به نظر می‌رسد اصطلاح «اوتوریته» درست تر است. در این نوشتار، از اصطلاح «اوتوریتر» که معادل اصطلاح فرانسوی *authoritaire* است، استفاده شده تا با عنوان توتالیتر هم وزن باشد.

۲. ر.ک: افراسیابی و زارع مهدوی، «تأثیر مدل‌های سیاسی بر مدل‌های پیشگیری از جرم»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*. شایان ذکر است در دوره معاصر، گفتمان حاکم بر نظامهای سیاسی غرب، مبتنی بر مدل ترکیبی لیبرال دموکراسی است (مشکات، ۱۳۸۵: ۱). در این مدل، تمام جریانهای قدرت گرا، آزادی گرا و مساوات طلب که خود موجد یکی از انواع مدل‌های سیاسی‌اند، با هم جمعند.

به ارزش برابری، و مدل‌های اوتوریتر و توتالیتر به ارزش‌های ایدئولوژیک، نژادپرستانه و... که عموماً قدرت سیاسی را حمایت می‌کنند، پایبند هستند. به عبارت دیگر، در مدل‌های اخیر آزادی و برابری فرد انسان، فدای نوع انسان، مذهب، رنگ، زبان و... می‌شود. در مدل‌های لیبرال و برابری خواه به تقویت فرد و بخش خصوصی اولویت داده می‌شود. ولی در مدل‌های استبدادی - اوتوریتر و توتالیتر- به تقویت قدرت عمومی و اقتدار دولت تأکید می‌شود. حال سؤالی که مطرح می‌شود اینکه دلیل این گوناگونی چیست؟ چرا برخی از مدل‌ها به فرد انسان، برخی دیگر به نوع انسان، رنگ و... بها می‌دهند؟ در پاسخ باید بیان کرد این گوناگونی، تابعی از رویکرد مدل‌های سیاسی به انسان و ساختارهای سیاسی است. به گونه‌ای که در مدل‌های سیاسی لیبرال و برابری خواه بیان می‌شود که انسان موجودی عاقل، عادل و مصلحت‌اندیش است که توان تشخیص خیر از شر را داراست. از این رو، آزاد گذاردن انسان از قید و بندهای غیر ضروری، برای تقویت عقلانیت و ابتکار فردی ضروری است. خردمندی و آزادی دو مقوله جدایی‌ناپذیرند که بدون یکدیگر به نقطه مطلوب رهنمون نمی‌شوند. بنابراین به هر میزان دایره آزادیهای فردی تعدیل شود، به همان میزان نیز تعقل فردی محدودتر خواهد شد. ولی در مدل‌های اوتوریتر و توتالیتر بیان می‌شود که انسان موجودی ناقص است که توان درک امور را ندارد، در این صورت اگر به حال خود رها شود، به راه خیر و صلاح نخواهد رسید. این مدل‌ها نخبه‌گرایی و نخبه‌های ایدئولوژیک، نژادی و... به صورت متمرکز سیاست‌گذاری و تعقل می‌کنند و نتیجه تعقل خود را بر همه مردم و قلمرو سیاسی اعمال می‌کنند. حال با اشاره به این مطالب روشن می‌شود که آموزه‌های فلسفی هابز با مدل‌های سیاسی اوتوریتر و توتالیتر همبستگی دارد؛ چرا که در این مدل‌ها، مثل آموزه‌های هابز بیان می‌شود که آزاد گذاردن انسانها برای بقا و مصالح فردی و اجتماعی مضر است. از این رو طیف وسیعی از قید و بندهای حقوقی و کیفری برای محدودسازی انسان استفاده می‌شود تا از رهگذر آنها، انسانها از مسیرهای خیر و صلاحی که قدرت سیاسی به آن پایبند است، خارج نشوند. همچنین اگر تقسیم‌بندی اخیر دولت قانونمند و دولت رفاه- را به شیوه پیشین تحلیل نماییم، ملاحظه می‌شود که

رویکرد هابزی در دولتهای رفاه^۱ با اقبال مواجه می‌شود؛ چرا که در این دولتها، همان گونه که از نامش استنباط می‌شود، دولت منشأ رفاه شهروندان است و برای انجام این رسالت در فعالیتهای اقتصادی مشارکت می‌نماید که این امر، خود پیام‌آور نوعی توتالیتراریسم است که در آن، دولت اقتدار خود را به اقتصاد سرایت می‌دهد و از طریق در دست گرفتن قدرت اقتصادی، شهروندان را به اطاعت مجبور می‌کند.^۲ همچنین دولت رفاه، مغایر با تئوری دولت کوچک است که در دهه‌های اخیر نظریه‌پردازی شده است. در دولت رفاه، اقتصاد به عنوان ابزاری برای کنترل نرم شهروندان استفاده می‌شود. طرح جامع دولت رفاه برای نخستین بار از سوی حزب کارگر در انگلستان ارائه شد.^۳ در بسیاری از کشورهای دیگر، از جمله در کشورهای اروپای غربی، اسکاندیناوی و نیوزیلند چنین برنامه‌هایی اجرا شده است. کامیاب‌ترین نمونه این مدل سیاسی در کشور سوئد در حکومت ۳۰ ساله حزب سوسیالیست بعد از جنگ جهانی دوم ملاحظه می‌شود (آشوری، ۱۳۸۷: ۱۶۵). دولتهای

۱. اگرچه دولت رفاه با گرایشات برابری‌خواه سوسیالیستها بنا شده تا دولت را به انجام سیاستهایی به منظور نیل به برابریهای اجتماعی و به ویژه اقتصادی بین شهروندان مکلف نماید و از این حیث انتظار می‌رود که به نفع بخش اجتماعی باشد، این ایده از یک سو ابتکار فردی را تعدیل می‌کند و از سوی دیگر به توسعه اقتدار دولت در بخش اقتصادی می‌انجامد. از همین رو، در دهه‌های اخیر این ایده جای خود را به ایده دولت کوچک داده است. به نظر می‌رسد که اصطلاح دولت رفاه فاقد انسجام درونی و مفهوم قابل توجیه است؛ چرا که باید بررسی شود چرا دولت رفاه گر است. دولت، رفاه را از چه بخشی تأمین می‌کند. اگر به جای اشتغال شهروندان به آنها رفاه می‌دهد، در این صورت لازم نیست که دولت رفاه نامیده شود. اگر از مالیات و حقوق دیگر شهروندان به طبقات ضعیف کمک می‌کند، در این صورت بی‌عدالتی است و اگر هم اهداف اخلاقی بتواند آن را توجیه نماید، باز هم این شهروندان هستند که رفاه را ایجاد می‌کنند، نه دولتی که در این میان مثل پدر خانواده اموال فرزندان را تقسیم می‌کند.

2. See: Stephen Baskerville (2008), From Welfare State to Police State.
 ۳. محافظه‌کاری در سنت سیاسی انگلستان پایگامی قوی و مشخص دارد (آشوری، ۱۳۸۷: ۲۹۸). با سیری کوتاه در معادلات سیاسی کشورهای جهان، می‌توان استنباط کرد جریانات سیاسی با رویکرد محافظه‌کار، از چشمه‌هایی آب می‌خورند که تئورسینهای انگلیسی آنها را ایجاد کرده‌اند. پیشگیری وضعی از جرم نیز که خود یک سیاست محافظه‌کار در مدیریت پدیده جنایی است، برای اولین بار در انگلستان با حمایت مالی وزارت کشور بنا شد. از همین رو، از این سیاست تحت عنوان جرم‌شناسی اداری نیز یاد می‌شود.

مبتنی بر مدل‌های سیاسی هابز، با عنوان «دولت لویاتان» نیز شناخته شده‌اند که هر لحظه به دنبال حجیم‌سازی دولت و محدودۀ دخالت آن هستند (برای آگاهی بیشتر ر.ک: توحیدی‌فام، ۱۳۸۱: ۲۰۰). باید توجه داشت که هر اندازه دولت و ابزارهای کنترلی آن افزایش یابد، به همان اندازه آزادیهای شهروندان محدودتر می‌شود. از همین رو، از اوایل دهه ۷۰ سده بیستم به صورت جدی با تئوری دولت رفاه مخالفت شده و شعار «دولت کوچک بهترین مدل نظام سیاسی است» از سوی نظریه‌پردازان ارائه شده است. با روشن شدن این همبستگی بین فلسفۀ سیاسی هابز و جریانهای سیاسی قدرت‌طلب که به تقویت اقتدار و حجم دولت پایند هستند، روشن می‌شود مدل پیشگیری مناسب فلسفۀ سیاسی هابز - که در ادامه تبیین خواهد شد - با نظامهای سیاسی استبدادی پیوند دارد.

برای تبیین مدل پیشگیری مناسب فلسفۀ سیاسی هابز، ابتدا لازم است به صورت مختصر مطالبی درباره مدل‌های پیشگیری از جرم بیان شود تا در ادامه بتوان بیان کرد کدام یک از این مدل‌ها با آموزه‌های هابز همسوست. قبلاً بیان شد که پیشگیری از جرم در قالب دو مدل دولتی و جامعه‌ی قابل تحلیل است^۱ (افراسیابی و زارع مهدوی، ۱۳۸۸: ۱۶۵). در این مبحث، مدل‌های پیشگیری از جرم یا مدل‌های سیاست جنایی تبیین و تشریح نشده، بلکه فقط مطالبی مطرح می‌شوند که به موضوع این نوشتار مرتبط است. بنابراین مدل‌های مذکور، از نظر میزان مشارکت بخش اجتماعی در سیاست‌گذاری و اجرای سیاست‌های پیشگیرانه تحلیل می‌شود؛ چرا که تحلیل میزان مداخله بخش اجتماعی در سیاست‌گذاری و اجرای سیاست جنایی، نمایانگر رویکرد سیاست جنایی از انسان، بخش اجتماعی و غیر دولتی است. به گونه‌ای که اگر رویکرد این سیاست از انسان مثبت باشد، به مداخله شهروندان، بخشهای غیر دولتی و اجتماعی در سیاست‌گذاری و اجرای سیاست جنایی اقبال نشان می‌دهد، در غیر این صورت، مداخله بخش اجتماعی را محدود و محدودتر می‌نماید. تحلیل

۱. برخی از محققان یک مدل‌واره سه‌گزینه‌ای از پیشگیری از جرم را با عنوان مدل لیبرال، محافظه‌کار و رادیکال ارائه نموده‌اند (برای آگاهی از این مدل‌واره، ر.ک: رابرت وایت، ۲۰۰۵: ۱۰۰). برای آگاهی از مدل پیشگیری از جرم در کشورهای آمریکا، هلند، انگلیس، سوئد و فرانسه، ر.ک: ابراهیمی، ۱۳۸۸: ۳۶).

مدلهای پیشگیری از جرم از منظر ترکیب اعضای شرکت کننده در تصمیم‌سازی و اجرای تصمیمات سیاست جنایی، حاکی از آن است که در مدل دولتی، از سویی ترکیب سیاست‌گذاران و مجریان سیاستهای پیشگیری از جرم، محدود به بازیگران دولتی است و برای بخش اجتماعی و غیر دولتی نقشی تصوّر نمی‌شود. از سوی دیگر، سیاستهای پیشگیرانه عموماً از تدابیر بازدارندگی کیفی و پیشگیری وضعی از جرم بهره می‌برد (همان: ۱۸۷). ولی در مدل اجتماعی، ترکیب و تنوع بازیگران پیشگیری از جرم گسترش می‌یابد و جامعه مدنی، جامعه محلی و شهروندان به عنوان بازیگران اصلی عرصه سیاست‌گذاری و اجرا، به معادلات پیشگیری از جرم وارد می‌شوند. همچنین در مدل‌های اجتماعی، تدابیر غیر متمرکز در قالب شوراهای محلی و شهرستانی پیشگیری از جرم که به صورت ابتکاری اقدام به تدوین سیاستهای پیشگیرانه می‌نمایند متداول شده که نقش ارزنده‌ای در مدیریت جرم ایفا می‌کند. پس از تبیین مدل‌های پیشگیری از جرم، سؤالی که مطرح می‌شود اینکه کدام یک از این مدلها با فلسفه سیاسی هابز هماهنگ است؟

با توجه به مباحث بیان‌شده، در پاسخ به این سؤال می‌توان ادعا کرد مدل دولتی پیشگیری از جرم با فلسفه سیاسی هابز همسوست. ولی بلافاصله پس از بیان این مطلب سؤالی در ذهن ایجاد می‌شود که چنین رویکردی تا چه اندازه با واقعیت سازگار است؟ آیا دولت می‌تواند بدون بهره‌مندی از تعقل و تلاش بخش اجتماعی، پدیده جنایی را مدیریت نماید؟ در مقام پاسخ به این سؤالات باید توجه داشت که وقوع پدیده جنایی در جامعه، حاکی از نزاع بین انسانها و تجاوز آنها به حقوق یکدیگر است؛^۱ صرف نظر از اینکه ریشه این نزاع فردی (هابزی) است یا اجتماعی (روسویی)، سیاستهای پیشگیرانه برای کنترل یا کاهش آن ترسیم و اجرا می‌شود. فلسفه سیاسی هابز مدعی است که دولت قادر به پایان دادن این نزاع بوده و می‌تواند پدیده جنایی را کنترل نماید. دولت در راستای اجرای این رسالت، سیاست‌گذاری و اجرای سیاستهای پیشگیرانه را تحت اقتدار خود در می‌آورد، ولی اینکه توانسته است این

۱. البته نباید فراموش کرد نوع دیگری از جرایم وجود دارد که از سوی دولت و علیه حقوق مدنی و سیاسی شهروندان واقع می‌شود.

وظیفه را انجام دهد یا خیر، سؤالی است که پاسخ‌گویی به آن مستلزم بررسی تحولات نقش دولت در پیشگیری از جرم است. در تحلیل توانایی دولت در پیشگیری از جرم باید گفت: این تحولات در دهه‌های اخیر حاکی از آن است که در صحت موضوع توانایی دولت در کنترل پدیده جنایی، به مقدار قابل ملاحظه‌ای تردید شده است. برای اینکه ورود جامعه مدنی، جامعه محلی و شهروندان در سیاست جنایی^۱ نشانگر ناتوانی دولت در ایفای نقش خود بوده است. سیاست جنایی در ابعاد کیفری و غیر کیفری خود، در دهه‌های اخیر به گونه‌ای فزاینده از سرمایه‌های اجتماعی در راستای کنترل پدیده جنایی بهره برده است؛ به طوری که مداخله هیئت منصفه در فرایند عدالت کیفری، تأسیس نهادهای حقوقی، اعلان جرم و شکایت شاکی خصوصی و استفاده از مجازاتهای اجتماعی و جانشین حبس، نمونه‌هایی از سیاست جنایی مشارکتی در تدابیر کیفری است. در ابزارهای غیر کیفری پیشگیری از جرم نیز نمونه‌های بسیاری از عقب‌نشینی سیاستهای دولتی پیشگیری از جرم، به نفع تدابیر اجتماعی ملاحظه می‌شود. به گونه‌ای که در دهه ۸۰ سده بیستم میلادی «رویکرد چندنهادی»^۲ و در دهه ۹۰ «مشارکت بین نهادی»^۳ در پیشگیری از جرم به رسمیت شناخته شد (گالینگ، ۱۹۹۷: ۱۱۳). این موارد بیانگر ناتوانی قدرت سیاسی دولت در کنترل پدیده جنایی بوده و نظریات هابز را با چالش مواجه نموده است. بدیهی است این بیانات به معنای نادیده گرفتن مسئولیت قدرت سیاسی در پیشگیری از جرم نیست. بی تردید سیاستهای دولتی که به صورت مستقیم یا غیر مستقیم در راستای کنترل جرم طراحی و اجرا می‌شود، تأثیر چشمگیری بر مقوله بزهکاری در جوامع بشری دارد و عموماً موجب کاهش جرایم می‌شود.^۵

۱. ورود جامعه مدنی، جامعه محلی و شهروندان در سیاست جنایی تحت عنوان سیاست جنایی مشارکتی در علوم جنایی بررسی می‌شود (برای آگاهی بیشتر ر.ک: رستمی، ۱۳۸۷: ۵۱).

2. Multi-agency.

3. Inter agency partnership.

4. Daniel Gilling.

۵. برای آگاهی از تأثیر سیاستهای اقتصادی دولت بر نرخ جرم ر.ک: نوروزی و افراسیابی، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۱۴. در این مقاله بیان شده است که متمرکزسازی فرصتهای شغلی و مراکز اشتغال‌زا در برخی از مناطق کشور، به تولید جرم می‌انجامد.

در جمع‌بندی مطالب ارائه‌شده می‌توان گفت: رویکرد هابز، مدلی از سیاست جنایی مضیق و دولتی را ایجاد می‌کند که در آن، قدرت سیاسی پاسخ‌دهی به انحراف و جرم را تحت اقتدار خود در می‌آورد. در چنین رویکردی، دولت، سیاست‌گذاری و اجرای سیاست جنایی را بر عهده می‌گیرد و از بخش اجتماعی، فقط برای اهداف اجرایی استفاده می‌کند. به عبارت بهتر، دولت از توان فیزیکی بخش اجتماعی در راستای اجرای سیاست جنایی بهره می‌برد، ولی از توان عقلی این بخش در سیاست‌گذاری جنایی استفاده نمی‌کند.

مبحث دوم: تحلیل مدل پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی هابز

در یک تقسیم‌بندی رایج، پیشگیری از جرم به دو گونه اجتماعی و وضعی تقسیم شده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۰: ۷۶۰). در هر یک از این گونه‌ها، برای پیشگیری از جرم روشهای خاصی اتخاذ می‌شود؛ هرچند وجه اشتراک آنها در «پیشگیری از جرم» است. سؤالی که در این مبحث به آن پرداخته می‌شود اینکه کدام یک از گونه‌های پیشگیری وضعی یا اجتماعی از جرم با فلسفه سیاسی هابز همسوست؟

برای پاسخ‌گویی به این سؤال، ابتدا باید مطالب مختصری درباره هر یک از گونه‌های پیشگیری اجتماعی و وضعی از جرم ارائه شود. در تعریفی که از سوی اداره پیشگیری از جرم دادگستری استرالیا ارائه شده است، «پیشگیری اجتماعی از جرم به دنبال پیشگیری از طریق تغییر جامعه به جای تغییر در محیط فیزیکی است. بنابراین تدابیر پیشگیری اجتماعی، از رهگذر تغییر در شرایط اجتماعی اقدام می‌نماید» (Social Crime prevention fact sheet, 2007: 1). تعاریف مشابه دیگری نیز از سوی جرم‌شناسان و ادارات پیشگیری از جرم ارائه شده است (برای آگاهی بیشتر رک: محمد نسل، ۱۳۸۷: ۵۰). وجه اشتراک تعاریف ارائه‌شده در این است که پیشگیری اجتماعی به دنبال پیشگیری از رهگذر تغییر در شرایط اجتماعی است. کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی تعریفی متفاوت از تعریف یادشده ارائه نموده و بیان داشته است که تغییر در محیط فیزیکی نیز در گستره تدابیر پیشگیری اجتماعی از جرم قرار دارد (همان). به نظر می‌رسد علت این اختلاف نظرها در این است که بخش

مهمی از تدابیر پیشگیری وضعی از رهگذر تغییر در محیط فیزیکی اجرا می‌شود. برای رفع این اختلاف نظرها می‌توان گفت: در تغییراتی که به منظور پیشگیری از جرم در محیط فیزیکی انجام می‌شود باید تفصیل قائل شد؛ به گونه‌ای که در هر یک از تدابیر پیشگیرانه اجتماعی و وضعی، تغییر در محیط فیزیکی با برخی تفاوتها مفروض است. «پیشگیری وضعی از جرم، مدعی رهیافتی روش‌شناختی است که فارغ از ویژگیهای فردی و روان‌شناختی به مطالعه پیرامون جرم می‌پردازد؛ به عبارت دیگر، پیشگیری بدون تغییر در شخصیت افراد و تنها از رهگذر تغییر در وضعیت و کاهش فرصت جرم» (فلسون و کلارک، ۱۳۸۸: ۱۶۷؛ رنه سیو، ۱۳۸۸: ۱۹۱). در تبیین پیشگیری وضعی از جرم باید اضافه نمود که این رویکرد از رهگذر تغییر در محیط بلاواسطه جرم و به طور خاص نسبت به پیشگیری از جرایم خاص اقدام می‌کند. اینکه در پیشگیری وضعی محیط بلاواسطه جرم خاص تغییر می‌یابد و ابزارهای پیشگیرانه خاص و متناسب با آن جرم خاص در مکانها نصب می‌شود، با تدابیر پیشگیری اجتماعی از جرم هیچ منافاتی ندارد؛ زیرا آن دسته از تدابیر پیشگیری اجتماعی که از رهگذر تغییر در محیط فیزیکی به دنبال پیشگیری از جرم هستند، بدون تمرکز بر یک جرم خاص و با هدف ایجاد مراکز تفریحی، پارکها و مراکز ورزشی برای پر کردن اوقات فراغت مردم انجام می‌شوند. برای متمایز کردن تدابیر پیشگیری اجتماعی از پیشگیری وضعی، می‌توان ادعا کرد تدابیر پیشگیری اجتماعی تلاش می‌کنند از رهگذر توسعه ساختارها و محیطهای جامعه‌گرا، از وقوع بزهکاری در جامعه بکاهند؛ یعنی پیشگیری از جرم از طریق توسعه اجتماعی. این تدابیر، نه برای ایجاد موانع فیزیکی یا نصب تجهیزات کنترلی برای کنترل بزهکاران بالقوه، بلکه برای تقویت شخصیت اجتماعی اشخاص و ابزارهای بازدارنده درونی آنها ترسیم و اجرا می‌شوند. ولی تدابیر پیشگیری وضعی از جرم، تدابیری محدودکننده و کنترل‌گر هستند که به طور مداوم فعالیتهای شهروندان را کنترل و محدود می‌نمایند. راهبردهای پیشگیری وضعی به دنبال پیشگیری از جرم از رهگذر توسعه فعالیتهای اجتماعی نیستند؛ بلکه برعکس سعی می‌کنند از راهبردهای محدودکننده و کنترلی که معمولاً فعالیتهای شهروندان را محدود می‌نمایند، بهره ببرند.

در مقایسه با تدابیر پیشگیری اجتماعی که با هدف تقویت نیروی بازدارنده درونی، تقویت حس شرم و ارتقای اوصاف انسانی، از رهگذر رفع آسیبهای اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی در جامعه و ایجاد بسترهای اجتماعی جامعه‌پذیری تدوین و اجرا می‌شود؛ تدابیر پیشگیری وضعی، با تغییر در وضعیتهای پیش‌جنایی و ایجاد موانع بازدارنده بیرونی به دنبال پیشگیری از جرم است. مبنای نظری پیشگیری وضعی مبتنی بر آن است که هر انسانی به دلیل ذات منفعت‌خواه و سودجوی خود ممکن است هر لحظه مرتکب جرم شود (کلارک، ۱۹۹۷: ۵). از منظر پیشگیری وضعی، تدابیر پیشگیری اجتماعی هر اندازه قوی و کارآمد هم باشد، نمی‌تواند سرشت منفعت‌خواه و فرصت‌طلب انسان را تغییر دهد. بنابراین باید از ابزارهای بازدارنده محیطی برای کنترل رفتارهای انسان استفاده نمود. حال پس از بیان این مطالب، می‌توان به سؤال طرح‌شده در ابتدای مبحث پاسخ داد.

در پاسخ می‌توان ادعا کرد که فلسفه سیاسی هابز با رویکرد پیشگیری وضعی از جرم تناسب بیشتری داشته و با آن همسوست؛ چراکه از یک سو تمرکز تدابیر پیشگیرانه آن، ناظر به کنترل انسانهاست و از سوی دیگر بیان می‌کند که ممکن است هر انسانی مرتکب جرم شود. بنابراین ضروری است برای کنترل انسانهای فرصت‌طلب، تدابیر کنترلی ویژه‌ای استفاده شود. همچنین، کاربرد اندیشه‌های فلسفی هابز در پیشگیری واکنشی از جرم، تأثیرات خاصی در حقوق کیفری^۱ داشته است: از آنجا که حق کیفر از قرارداد اجتماعی ناشی می‌شود و امنیت عمومی هدفی است که انسانها در جستجوی آن هستند، بنابراین لازم است این امنیت از طریق تنبیه تأمین گردد؛ زیرا در این رویکرد، انسانها فقط از طریق تهدید به تنبیه سر عقل می‌آیند، هر چند هدف از این مجازات تنها باید سودمندی عمومی و توجه به آینده باشد و برای رسیدن به این هدف کافی است زیان و درد حاصل از آن بیشتر از فایده‌ای باشد که از ارتکاب جرم به دست می‌آید (پرادل، ۱۳۸۸: ۳۹) تا از این طریق، انسانهای منفعت‌طلب با مقایسه منافع و آسیبهای ناشی از جرم که

۱. تدابیر متداول در حقوق کیفری در طبقه‌بندی پیشگیری کیفری از جرم قرار دارد.

در مجازات احتمالی نهفته است، از ارتکاب جرم منصرف شوند.

در جمع‌بندی مطالب این بخش می‌توان گفت که در فلسفه سیاسی هابز، از سویی بیان می‌شود که بی‌عدالتی و خودخواهی، ریشه در امیال طبیعی انسان دارند و انسان طبیعی، خودخواه و تجاوزگر است. از سوی دیگر، ساختارهای جامعه مظهر عدالت‌گستری و تأمین امنیت عمومی هستند. طبیعی است که چنین رویکردی از انسان - به عنوان موجودی تجاوزگر و منفعت‌طلب - و جامعه - به عنوان مظهر عدالت و امنیت عمومی - گرایشات خاصی را در گستره پیشگیری از جرم ایجاب می‌نماید که در ادامه بیان می‌شود: ۱. دولت، سیاست‌گذاری و اجرای سیاستهای پیشگیری از جرم را عهده‌دار می‌شود؛ ۲. هدف تدابیر پیشگیری از جرم، مردم هستند، در نتیجه محور تدابیر پیشگیری از جرم بر کنترل وضعی و گسترش ابزارهای نظارتی محسوس و نامحسوس مبتنی می‌شود؛ ۳. سایه‌کنترلی دولتی به همه وضعیها و مکانها گسترش می‌یابد و پیام‌آور یک جامعه پادگانی و پلیسی است که در آن تمام رفتارهای شهروندان تحت کنترل دولت است و موانع متعددی برای پیشگیری از جرم تعبیه شده است؛ ۴. سیاست جنایی به بازدارندگی عام مجازاتها و پیشگیری وضعی از جرم، بیشتر بها می‌دهد؛ ۵. تأمین امنیت ملی بر امنیت انسانی مقدم می‌شود؛ ۶. سیاستهای پیشگیرانه پسینی به طرد بزهکاران از جامعه و مجازاتهای شدید مبتنی می‌شود.

بخش دوم: تحلیل مدلها و گونه‌های پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی روسو

دیدگاه هابز درباره انسان و نحوه ایجاد قرارداد اجتماعی از جهات متعددی نقد شد.^۱

۱. اسپینوزا معتقد بود که «امیال طبیعی انسان [که منفعت‌گرایی یکی از آنهاست] نوعی اسارت است و انسان در بند آنها نمی‌تواند از اراده آزاد برخوردار باشد» (بشیریه، ۱۳۸۳: ۲۶). از منظر اسپینوزا، هر چیزی که از امیال انسان نشئت گرفته باشد، نمی‌تواند عادلانه باشد. انسان وقتی می‌تواند در راستای عدالت گام بردارد که نه به دنبال ارضای امیال طبیعی، بلکه در راستای خواسته‌های عقلانی‌اش عمل نماید. بنابراین قرارداد اجتماعی‌ای که بر منفعت‌جویی امیال طبیعی انسان مبتنی باشد، نمی‌تواند عادلانه باشد.

ژان ژاک روسو معتقد بود که انسان طبیعی، عادل و نوع دوست است، «انسان ذاتاً آزاد از قید و بندهای اجتماعی است زیرا آزاد به دنیا می آید» (نوربها، ۱۳۸۵: ۱۰۲) و این بسترهای اجتماعی است که روح عدالت را از انسان جدا ساخته و او را به سوی بی عدالتی سوق می دهد. به نظر روسو، «انسان دارای دو انگیزه اصلی است: یکی خودخواهی و دیگری نوع دوستی» (بشیریه، ۱۳۸۳: ۲۷). هر یک از این انگیزه‌ها در بستر خاص خود امکان رشد دارند. انگیزه نوع دوستی در وضع طبیعی، مجال بیشتری برای تعالی و رشد دارد، ولی انگیزه خودخواهی و منفعت جویی در وضع مدنی بر نوع دوستی غالب است. بنابراین از منظر روسو، انسان طبیعی، عادل و نوع دوست است. این تعبیر، دارای این اشکال است که زندگی جمعی و مدنی برای انسانها اجتناب ناپذیر است. چگونه می توان عدالت خواهی انسان طبیعی را ضمن زندگی در جوامع مدنی حفظ نمود؟

روسو در مقام حل این مسئله می گوید: سیاستهای عمومی که از قرارداد اجتماعی ناشی می شود، باید ریشه در اراده عمومی داشته باشد تا از این رهگذر بتوان عدالت فردی را در ساختارهای جامعه حفظ نمود. اگر چنین سازوکاری ایجاد شود، اراده همگانی، مظهر اراده عقلانی هر یک از اعضای جامعه خواهد بود. این مدل در انقلاب فرانسه به رسمیت شناخته شده و از آنجا به دیگر کشورهای دنیا صادر شد. فرایند انتخابات مجالس قانون گذاری که در بیشتر جوامع بشری متداول است، از مدل روسو درباره نحوه حکومت عادلانه اقتباس شده است. در این رویکرد، اگر سیاستهای عمومی حاکم بر جامعه، جلوه ای از اراده های عموم باشد، مطلوب خواهد بود؛ زیرا سیاستهایی که از صافی عقل عمومی عبور می کند، مطلوب تر از سیاستهایی است که از صافی عقل تک گفتار دولت گذشته است. این سازوکار موجب می شود که عقلانیت و عدالت افراد انسانی، در سیاستهای عمومی حاکم بر جامعه جلوه گر شود. در نتیجه می توان گفت که در این رویکرد، فرد انسان مظهر عدالت و نوع دوستی است و بی عدالتیهای اجتماعی ریشه در بسترهای اجتماعی نابسامان دارد. چنین رویکردی از انسان طبیعی و ساختارهای قدرت سیاسی، مدلها و راهبردهای خاصی از سیاست جنایی را ایجاب می کند که در ادامه به آنها اشاره می شود (برای آگاهی بیشتر ر.ک: آشوری، ۱۳۸۷: ۲۵۱-۲۵۲).

مبحث نخست: تحلیل مدل پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی

روسو

در این مبحث نیز طبق روال قبل، ابتدا مدل سیاسی متناسب با رویکرد فلسفی روسو را تحلیل می‌نماییم. سپس به تحلیل مدل پیشگیری از جرم خواهیم پرداخت. در این مبحث اول از بخش نخست، درباره مدلهای سیاسی بحث شد. بنابراین، در این بخش، از مباحث مربوطه اجتناب شده و فقط به همین مقدار بسنده می‌شود: آموزه روسو در کدام یک از مدلهای سیاسی با اقبال مواجه است؟ کدام یک از مدلهای پیشگیری از جرم، بر فلسفه سیاسی روسو مبتنی است؟

در پاسخ به سؤال نخست می‌توان گفت که رویکرد روسو در جوامعی با اقبال مواجه است که نظام سیاسی آنها بر مدل لیبرال یا ترکیب لیبرال - دموکراسی مبتنی است؛ زیرا رویکرد لیبرال بر آن است که فرد انسان توان تشخیص خیر و شر را داراست و اگر فردیت وی تقویت شود، به همان اندازه، امکان رقابت، ابتکار فردی و عقلانیت فردی اش تقویت می‌شود. ابتکار و عقلانیت فردی، فقط در شرایط لیبرال یا آزاد رشد کرده و تقویت خواهد شد، از این رو سیاستهای عمومی که از جمله آنها سیاست جنایی است، از سویی باید سیاست حداقل باشد و قید و بندهای حاصل از آن باید به کمترین میزان ممکن باشد تا در پرتو این حداقلی، آزادیهای فردی و ابتکار و عقلانیت فردی حاصل از آن، به بیشترین میزان ممکن برسد. از سوی دیگر، سیاست پیشگیری از جرم، باید از مشارکت حداکثری بخش اجتماعی و غیر دولتی در سیاست‌گذاری و اجرای سیاست جنایی بهره‌برد؛ چرا که به هر میزان از تعقل و تلاش جمعی در سیاست پیشگیری از جرم بهره‌گیری شود، به همان میزان نیز سیاست مطلوبی نتیجه خواهد شد. همچنین اگر از منظر دیگری این موضوع تحلیل شود، می‌توان بیان داشت که رویکرد روسویی در دولتهای قانونمدار که به تعبیر دیگری دولتهای کوچک عنوان شده‌اند، جلوه می‌نماید؛ چرا که در این دولتها، قدرت سیاسی فقط مسئول نظم و امنیت جامعه بوده و در امور اقتصادی، فرهنگی و... مداخله نمی‌کند. حتی در موضوعات امنیتی و نظم عمومی نیز دامنه مداخله قدرت سیاسی تا حد ممکن

محدودتر شده است؛ چرا که تمرکز قدرت، حتی از نوع دموکراتیک آن نیز منشأ بی‌عدالتی و استبداد است. به همین دلیل، تلاش می‌شود تا حد ممکن از تمرکز قدرت اجتناب شده و قدرت سیاسی در میان نهادهای دولتی و اجتماعی توزیع شود. در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که مدل پیشگیری از جرم در طبقه‌بندی روسویی، مبتنی بر مدل اجتماعی است؛ چرا که در مدل اجتماعی، مشارکت عمومی و مشارکت نهادهای اجتماعی در سیاست‌گذاری و اجرای سیاست جنایی از اهمیت خاصی برخوردار است. در سیاست جنایی روسویی، بهره‌مندی از سرمایه‌های اجتماعی، عامل پیشرفت و کارآمدی این سیاست در مدیریت پدیده جنایی و پیشگیری از جرم محسوب می‌شود. همچنین در آن بخش از تدابیری که به پیشگیری پسینی یا پیشگیری کیفری از جرم مربوط می‌شود، می‌توان ادعا کرد که بر اساس آموزه روسو انتظار می‌رود بازپذیری اجتماعی بزهکاران^۱ از رهگذر اجرای مجازاتها و پرهیز از انگ‌زنیهای طردکننده، در رأس تدابیر سیاست جنایی قرار گیرد؛ چرا که فرض بنیادین این نظریه‌ها بر این امر استوار است که بزهکاران طبیعتاً انسانهایی نوع‌دوست هستند و بنا به دلایلی از طبیعت انسانی خود دور شده‌اند. از این رو، اجرای سیاستهای بازپذیرانه، می‌تواند بزهکار را به طبیعت انسانی‌اش نزدیک نماید. بنابراین هدف بنیادین سیاستهای پیشگیرانه پسینی (پیشگیری کیفری) در این رویکرد، بر بازپذیری اجتماعی بزهکاران و پرهیز از برجسب‌زنی طردکننده مبتنی است. ولی در مدل مبتنی بر رویکرد هابز، سرکوب کیفری و برجسب‌زنی طردکننده برای دستیابی به بازدارندگی عمومی و ناتوان‌سازی بزهکاران در پیش گرفته می‌شود تا از رهگذر طرد بزهکاران از جامعه و سرکوب آنها، دفاع از جامعه تأمین شود. به تعبیر دیگر در دیدگاه روسویی، رویکرد ادغام و بازپذیری اجتماعی بزهکاران برای

۱. برای آگاهی بیشتر از بازپذیری اجتماعی بزهکاران و الزامات آن ر.ک: افراسیابی، «امکان بازپذیری اجتماعی بزهکاران در بسترهای کیفری و پساکیفری»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۱۵. بازپذیری اجتماعی بزهکاران، رویکردی است که به منظور پذیرش مجدد بزهکار در جامعه، توأم با عدم پذیرش رفتار جنایی وی ترسیم و اجرا می‌شود. در این رویکرد، رفتار جنایی بزهکار طرد می‌شود، ولی خود فرد به عنوان شخصی که بنا به دلایلی مرتکب جرم شده و بنا به ذات پویایی‌اش امکان تحوّل و بازگشت به جامعه را دارد، موضوع تدابیر بازپذیرانه قرار می‌گیرد تا بتواند به زندگی جمعی باز گردد.

دفاع از جامعه در پیش گرفته می‌شود، ولی در دیدگاه هابزی، دفاع از جامعه از رهگذر سرکوب، طرد و ناتوان‌سازی بزهکاران اجرا می‌شود.

به نظر می‌رسد که در سیاست جنایی اسلام، دیدگاه روسویی از انسان ملاک است؛ چرا که در آموزه‌های دینی و اسلامی توبه بزهکاران مورد پذیرش قرار گرفته و به این موضوع در مقررات کیفری اسلام نیز اشاره شده است. پذیرش توبه در سیاست جنایی اسلام مؤید این موضوع است که انسان دارای طبیعت اخلاق‌گرا و عدالت‌محور است و شخصی که بنا به دلایلی به سمت بزهکاری و بی‌عدالتی سوق یافته، می‌تواند از کرده خود پشیمان شده و به ذات عدالت‌محورش بازگردد. و گرنه، اگر بنا بود انسان دارای ماهیتی تجاوزگر و گرگ‌صفت فرض شود، توبه وی مفهوم نداشت؛ چرا که تائب شخصی است که از لحاظ وجدانی پشیمان شده و قصد جبران اعمال گذشته خود را دارد. فقط در صورتی می‌توان نهاد توبه را توجیه کرد که انسان دارای ماهیتی عدالت‌محور باشد. همان‌طور که در قرآن کریم بیان شده است: ... خداوند حال هیچ قومی را دگرگون نخواهد کرد تا زمانی که خود آن قوم حالشان را تغییر دهند... (ر.ک: رعد/ ۱۱). از این رو، می‌توان ادعا کرد که خداوند، انسانها را به سمت تعقل و تلاش برای تشکیل جامعه‌ای مطلوب راهنمایی کرده است. این رهنمودها شاهی بر این مدعاست که در آموزه‌های اسلامی، انسان به عنوان موجودی عاقل و توانمند فرض شده که توانایی تأسیس جامعه‌ای مطلوب را داراست.^۱

مبحث دوم: تحلیل گونه پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی

روسو

عصارة نظریات روسو بر این موضوع مبتنی است که «فساد از اجتماع ناشی می‌شود و جامعه انسان را آلوده ساخته، او را به سوی ارتکاب جرم سوق می‌دهد» (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۵۱). یعنی بی‌عدالتیها و بزهکاریهایی که توسط انسان واقع می‌شود، ریشه در بی‌عدالتیها و آسیبهایی دارد که در اجتماع نهفته است. «در اندیشه‌های او انسان به‌طور طبیعی موجودی خوب است، این نهادهای اجتماعی هستند که انسان را به

۱. برای آگاهی بیشتر از آموزه‌های قرآن کریم درباره پیشگیری از جرم ر.ک: رشادتی، ۱۳۸۷.

تباهی می‌کشاند» (محمودی، ۱۳۸۶: ۱۹۴). با چنین تعابیری، طبیعی است که تمرکز تدابیر پیشگیری از جرم نیز بر شناسایی آسیبهای اجتماعی و حذف یا کنترل آنها مبتنی باشد. در واقع می‌توان ادعا کرد که از منظر کلان جامعه‌شناختی، ریشه بسیاری از جرایم در بسترهای آسیب‌گونه اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی نهفته است. فقدان فرصتهای شغلی مشروع، پایین بودن سطح سواد، فقر، شکاف طبقاتی و بسیاری از عوامل دیگر، ریشه در بسترهای اجتماعی آسیب‌گونه دارد. در جامعه‌ای که سیاستهای ناعادلانه اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی در آن نهادینه شده است، وقوع طیف وسیع جرایم، از جرایم علیه اموال تا جرایم سیاسی و تروریستی دور از انتظار نیست. در واقع، اگر به گونه‌شناسی نهادهای اجتماعی تأثیرگذار در افزایش یا کاهش نرخ جرم اقدام شود، ملاحظه می‌شود که این نهادها دو گونه‌اند: دسته اول: سیاستها و فعالیتهای برخی از نهادها، ارتباط مستقیم با پدیده جنایی دارند. نهادهای تابعه نظام عدالت کیفری و نهاد پلیس از جمله آنهاست که به طور مستقیم با جرم و ناهنجاری درگیر است. اقدامات جاری این نهادها تأثیر مستقیم بر کنترل پدیده جنایی در جامعه دارد. دسته دوم، نهادهایی هستند که سیاستهای روزمره آنها به صورت غیر مستقیم در افزایش یا کاهش نرخ جرم مؤثر است. این نهادها که بیشتر در حیطه قوه مجریه قرار دارند و می‌توانند نقش بسزایی در پیشگیری از جرم داشته باشند، متأسفانه مورد توجه افکار عمومی نیستند. وقتی جرمی واقع می‌شود، افکار عمومی، پلیس و نظام عدالت کیفری را آماج انتقادات خود قرار می‌دهد؛ در حالی که در واقع مسئولیت بسیاری از جرایم با نهادهای تابعه قوه مجریه است که با سیاستهای اشتباه خود اقدام به تولید جرم می‌کنند. این بیانات به معنای آن نیست که نظام عدالت کیفری و پلیس از این مباحث خارجند، بلکه از این حیث است که نهادهای قوه مجریه علی‌رغم تولید جرم از دایره انتقادات افکار عمومی مصون هستند. در جامعه‌ای که: ۱. برای فرصتهای شغلی، صنعت، فرهنگ، زبان و مذهب، پایتخت‌نشینی امتیاز به شمار می‌آید؛ ۲. تنوع فرهنگ، مذهب، زبان، رنگ، نژاد و... به رسمیت شناخته نمی‌شود؛ ۳. واردات و صادرات کالا و خدمات بدون ملاحظه فرصتهای شغلی داخل کشور و وضعیت اشتغال کشاورزان صورت می‌گیرد؛

۴. ساخت و ساز مسکن، تولید خودرو و... بدون در نظر گرفتن استانداردهای امنیتی و پیشگیرانه انجام می‌شود و... چگونه می‌توان از نهادهای نظام عدالت کیفری و پلیس انتظار داشت که پدیده جنایی را کنترل کنند. بنابراین، طرفداران نظریات روسو معتقدند که برای پیشگیری از جرم، باید ریشه بی‌عدالتهای اجتماعی خشک شود. در این راستا، بدیهی است که در گام نخست به آسیب‌شناسی اقدامات نهادهای دولتی اقدام شود تا از رهگذر هماهنگ‌سازی تدابیر جاری نهادهای اجتماعی با ملاحظات پیشگیرانه، از اتخاذ تصمیمات جرم‌زا پیشگیری شود. از سوی دیگر، سیاستهایی در راستای پیشگیری اجتماعی از جرم ترسیم شود تا فرایند رشد و جامعه‌پذیری اشخاص، در یک بستر سالم و مطلوب سپری شود. بنابراین می‌توان مدعی بود که در رویکرد روسویی به پیشگیری اجتماعی از جرم اولویت داده می‌شود؛ چرا که اجرای تدابیر مبتنی بر پیشگیری اجتماعی از جرم، از سویی به حذف آسیبهای موجود در ساختارهای قدرت سیاسی می‌انجامد و از سوی دیگر بسترهای آموزشی، تفریحی، شغلی و... برای تقویت فرد انسان و ابتکار و عقلانیت وی ایجاد می‌شود.

در مقام جمع‌بندی مطالب این بخش می‌توان گفت که در رویکرد روسویی، انسان، فردی عادل، عاقل و نوع‌دوست است و اینکه در برخی مواقع اقدام به بی‌عدالتی می‌کند، ریشه در ساختارهای اجتماعی ناعادلانه دارد. بنابراین چنین نگاهی به انسان و ساختارهای اجتماعی ایجاب می‌کند که پیشگیری از جرم دارای ویژگیهای زیر باشد: ۱. جامعه مدنی، جامعه محلی و شهروندان در فرایند سیاست‌گذاری و اجرای سیاستهای پیشگیری از جرم نقش پررنگ دارند؛ ۲. تأکید تدابیر پیشگیری از جرم بر اصلاح ساختارهای اجتماعی و بنیان‌گذاری آنها بر مبنای عدالت است. در این راستا، راهبردهای مبتنی بر پیشگیری اجتماعی از جرم حیاتی است؛ ۳. تلاش می‌شود تا از حقوق شهروندان در برابر اقدامات خودسرانه دولت حمایت شود و در این راستا، تأسیسات حقوقی برای دستیابی به این هدف ایجاد می‌شود؛ ۴. مجازاتها از لحاظ شدت خفیفند و هدف از اجرای مجازات، بازپذیری اجتماعی آنهاست؛ چرا که ذات نوع‌دوستی و عدالت‌خواهی انسان ایجاب می‌کند که برای بازگشت بزهکاران به ماهیت انسانی خود، تلاش شود.

بخش سوم: بهره‌گیری از جنبه‌های مثبت آموزه‌های فلسفی

برای دست‌یابی به سیاست جنایی مطلوب

اینکه منشأ جرم فردی است یا اجتماعی، از منظر فلسفی تحلیل شد. ولی باید توجه داشت که صرف نظر از مباحث اشاره‌شده، جرم و ناهنجاری به عنوان یکی از عوامل سالب آسایش عمومی و ناامنی در جوامع کنونی وجود دارد و گریزی از آن نیست. موضوعی که باید بررسی شود این است که برای کنترل جرم و مدیریت مطلوب آن چه باید کرد؟ آیا می‌توان بنا به دیدگاه‌های فلسفی و اخلاقی، راهبردهای پیشگیرانه مبتنی بر رویکرد هابزی (پیشگیری وضعی از جرم) را کنار گذاشت؟ آیا می‌توان برای کنترل جرم، در حریم خصوصی شهروندان وارد شد و حقوق بنیادین افراد را نقض نمود؟ آیا می‌توان امنیت خصوصی افراد را فدای امنیت عمومی نمود؟ سؤالاتی از این قبیل که فرا رویمان قرار دارد، به استفاده یا عدم استفاده از راهبردهای مبتنی بر پیشگیری وضعی از جرم و چگونگی تعدیل انتقادات اخلاقی و حقوق بشری وارد بر آن مربوط می‌شود؛ زیرا این راهبردها، اگرچه امنیت عمومی را برای شهروندان به ارمغان می‌آورد، امنیت خصوصی آنها را به طور قابل توجهی محدود می‌کند.

بی‌تردید راهبردهای مبتنی بر پیشگیری اجتماعی از جرم مطلوب است، چرا که زمینه‌های رشد و تعالی انسان در زندگی جمعی را فراهم می‌نماید و هیچ منافاتی با امنیت خصوصی و خلوت شهروندان ندارد؛ ولی باید توجه داشت که راهبردهای پیشگیری اجتماعی به هر شکل هم اجرا شوند نمی‌توانند از وقوع برخی جرایم پیشگیری کنند. هرچند این راهبردها در پیشگیری از جرایم خیابانی و سنتی (جرایم یقه‌آبیها) کارآمد است، در پیشگیری از جرایم اقتصادی، جرایم کینه‌توزانه مانند قتل عمدی، جرایم تفریحی، جرایم شغلی کارکنان دولت و جرایم سیاسی دولت علیه شهروندان و شهروندان علیه دولت اثربخش نیست. برای پیشگیری از این جرایم به‌ناچار باید از راهبردهای پیشگیری وضعی از جرم بهره‌مند شد. ولی بهره‌مندی از راهبردهای پیشگیری وضعی، مشکل دیگری را پیش رویمان قرار می‌دهد و آن عبارت است از تعارض این راهبردها با آموزه‌های حقوق بشری. بر خلاف

راهبردهای پیشگیری اجتماعی که توسعه‌محورند و به توسعه فعالیت‌های اجتماعی انسانها می‌انديشند، راهبردهای پیشگیری وضعی از جرم، عموماً محدودیت‌محورند؛ یعنی این راهبردها مدام دایره آزادیهای خصوصی و خلوت شهروندان را محدود می‌نمایند. به عبارت دیگر، تضمین امنیت عمومی به قیمت نقض امنیت خصوصی و محدودسازی فعالیت‌های شهروندان تمام می‌شود.

همچنین، اجرای تدابیر مبتنی بر پیشگیری وضعی از جرم، اجتناب‌ناپذیر است. این سیاست نه تنها توسط قدرت سیاسی، بلکه از سوی شهروندان و شرکتهای خصوصی نیز به طور چشمگیری استفاده می‌شود. بنابراین بحث درباره استفاده یا عدم استفاده از تدابیر پیشگیری وضعی، فایده عملی در پی ندارد. موضوعی که شایسته بررسی است اینکه چگونه می‌توان از انتقادات وارد بر پیشگیری وضعی کاست. به عنوان نمونه، استفاده از دوربینهای مداربسته در معابر عمومی و فروشگاهها و مغازه‌ها به صورت فزاینده استفاده می‌شود.^۱ آیا بر نحوه نصب و استفاده از این ابزارها نظارت می‌شود؟ آیا قانون یا آیین‌نامه‌ای برای کنترل استفاده‌کنندگان از این ابزارها وضع شده است؟ آیا ضروری نیست دولتی که برای تمام اقدامات شهروندان و کنشهای آنها برنامه‌ریزی کرده و آنها را تحت کنترل گرفته است، تدابیر کنترلی خود را نیز تحت نظارت درآورد؟ مدت زمانی که تصاویر ضبط‌شده توسط این سیستمها می‌تواند حفظ شود چقدر است؟ چه کسانی صلاحیت بازبینی این تصاویر را دارند؟ آیا فروشگاهها و مغازه‌هایی که از دوربین مداربسته استفاده می‌کنند، مکلف به نصب تابلو «این مکان مجهز به سیستم دوربین مداربسته است» نمی‌باشند تا شهروندان با آگاهی از این موضوع، رفتارهای خود را تنظیم نمایند؟ بدون تردید، پاسخ به این سؤالا و سؤالات مشابهی که می‌تواند در زمینه پیشگیری وضعی مطرح شود، مثبت است؛ زیرا عموماً سیاست پیشگیری وضعی از جرم با آزادیها و خلوت شهروندان در تعارض است. از این رو، ضروری است که برای این تدابیر هم برنامه‌های نظارتی و کنترلی پیش‌بینی شود. موضوعی که باید بر آن تأکید شود، اینکه نظارت بر تدابیر جاری دولت در

۱. برای آگاهی از تدابیر پیشگیرانه مبتنی بر نظارت ویدیویی و دلایل موفقیت و شکست آن و نیز راهکارهای ارتقای اثربخشی آن، ر.ک: کوسن، ۱۳۸۴: ش ۱۵ و ۱۶/۳۳۳-۳۴۰.

راستای پیشگیری از جرم، باید از سوی نهادهای بی طرف که با رأی مستقیم مردم به این امر گمارده می شوند، انجام شود تا اجرای مقررات نظارتی تضمین شود. نگارنده اعتقاد دارد که برای کاهش انتقادات اخلاقی وارد بر پیشگیری وضعی از جرم، تأسیس حقوق پیشگیری وضعی از جرم ضروری است؛ چرا که مقید کردن سیاست پیشگیری از جرم به مقررات حقوقی و الزام آور، می تواند از موارد استفاده خودسرانه و غیر ضروری پیشگیری وضعی از جرم در جامعه بکاهد.

نتیجه گیری

همان گونه که ملاحظه شد، می توان مدلها و گونه های پیشگیری از جرم را بر مبنای فلسفه سیاسی هابز و روسو تحلیل نمود. فلسفه سیاسی هابز مبنای مناسبی برای سیاست پیشگیری از جرم در جوامع مبتنی بر مدلهای سیاسی توتالیترو اتوریتیر فراهم می کند. پیشگیری از جرم در این جوامع بر مدل دولتی مبتنی است. همچنین مشارکت بخش اجتماعی در سیاست جنایی مبتنی بر مدل دولتی، محدود است. اگر بیان می شود که «سیاست جنایی مطلوب، نیازمند تعقل و تلاش جمعی دولت و بخش اجتماعی است»، در مدل دولتی پیشگیری از جرم، عموماً از بخش خصوصی استفاده نمی شود و اگر هم از توان این بخش در برخی موارد خاص بهره گیری شود، فقط برای اهداف اجرایی است. سیاست پیشگیری از جرم در الگوی هابزی، از تدابیر مبتنی بر پیشگیری وضعی از جرم در بُعد کنشی، و از تدابیر مبتنی بر طرد و ناتوان سازی بزهکاران در بُعد واکنشی به صورت فزاینده بهره می برد.

فلسفه سیاسی روسو مبنای مناسبی را برای پیشگیری از جرم در جوامع مبتنی بر مدل سیاسی لیبرال یا مدل بازینی شده آن یعنی مدل ترکیبی لیبرال - دموکراسی فراهم می آورد. سیاست پیشگیری از جرم در این جوامع، بر مدل اجتماعی مبتنی است که در آن، از تعقل و تلاش بخش اجتماعی در سیاست جنایی بهره گیری می شود. در این سیاست، از تدابیر مبتنی بر پیشگیری اجتماعی از جرم در پیشگیری کنشی، و تدابیر مبتنی بر اصلاح و بازپذیری اجتماعی بزهکاران در پیشگیری واکنشی به صورت فزاینده استفاده می شود.

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، داریوش، *دانشنامه سیاسی (فرهنگ اصطلاحات و مکتبهای سیاسی)*، تهران، مروارید، ۱۳۸۷ ش.
۲. ابراهیمی، شهرام، «مطالعه تطبیقی مدلهای پیشگیری از جرم: خاستگاه، تأثیر و تحولات»، مجموعه مقالات همایش ملی علمی - کاربردی پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه، ج ۲، ۱۳۸۸ ش.
۳. افراسیابی، علی و قادر زارع مهدوی، «تأثیر مدلهای سیاسی بر مدلهای پیشگیری از جرم؛ با تأکید بر مدلهای معاصر»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۱۳، ۱۳۸۸ ش.
۴. افراسیابی، علی، «امکان بازپذیری اجتماعی بزهکاران در بسترهای کیفری و پساکیفری موجود»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۱۵، ۱۳۸۹ ش.
۵. همو، «تحلیل مدیریت پیشگیری از جرم به منظور ترسیم الگویی مطلوب برای آن»، *فصلنامه حقوق و مصلحت*، ۱۳۸۹ ش.
۶. بشیریه، حسین، *حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت*، دانشگاه تهران، نشر گرایش، ۱۳۸۳ ش.
۷. همو، *لیبرالیسم و محافظه‌کاری: تاریخ اندیشه‌های سیاسی قرن بیستم*، چاپ نهم، تهران، نی، ۱۳۸۸ ش.
۸. پرادل، ژان، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، سمت، ۱۳۸۸ ش.
۹. توحیدفام، محمد، *دولت و دموکراسی*، انتشارات روزنه، ۱۳۸۱ ش.
۱۰. جرج ولد، توماس برنارد، جفری اسنیس، *جرم‌شناسی نظری*، ترجمه علی شجاعی، تهران، سمت، ۱۳۸۰ ش.
۱۱. رستمی، ولی، «نقش سازمانهای مردم‌نهاد در پیشگیری از جرم»، *مجموعه مقالات و سخنرانیهای پیش‌همایش اولین همایش پیشگیری از جرم در پلیس و پیشگیری از جرم*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۱۲. رشادتی، جعفر، *پیشگیری از جرم در قرآن*، تهران، دفتر تحقیقات کاربردی ناجا، ۱۳۸۷ ش.
۱۳. رنه سیوه، «توجیحات فلسفی پیشگیری وضعی از جرم»، ترجمه مجید قورچی بیگی، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۱۳، ۱۳۸۸ ش.
۱۴. ستوده، هدایت‌الله، *آسیب‌شناسی اجتماعی*، چاپ چهاردهم، تهران، آوای نور، ۱۳۸۴ ش.
۱۵. طاهری، ابوالقاسم، *تاریخ اندیشه‌های سیاسی در غرب*، تهران، قدس، ۱۳۷۵ ش.
۱۶. غرایان زندی، داود، «چشم‌انداز امنیت انسانی در خاورمیانه»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، شماره ۳، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. فلسون و کلارک، «اخلاق پیشگیری وضعی از جرم»، ترجمه مجید قورچی بیگی، *فصلنامه مطالعات پیشگیری وضعی از جرم*، شماره ۱۲، ۱۳۸۸ ش.
۱۸. کانت، امانوئل، *فلسفه حقوق*، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، چاپ سوم، نقش‌نگار، ۱۳۸۸ ش.
۱۹. کوسن، موریس، «نظارت ویدئویی؛ دلایل موفقیت و شکست»، ترجمه شهرام ابراهیمی، *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴ ش.
۲۰. گلدوزیان، ایرج، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۱. مارتی، می‌ری دلماس، *نظامهای بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ج ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۱ ش.
۲۲. محمد نسل، غلامرضا، *پلیس و سیاست پیشگیری از جرم*، تهران، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا، ۱۳۸۷ ش.

۲۳. محمودی، سیدعلی، *فلسفه سیاسی کانت اندیشه سیاسی در گستره فلسفه نظری و فلسفه اخلاق*، چاپ دوم، نگاه معاصر، ۱۳۸۶ ش.
۲۴. مشکات، محمد، «سنجش لیبرال دموکراسی»، *پژوهشنامه انقلاب اسلامی*، سال ششم، شماره ۱۳، ۱۳۸۵ ش.
۲۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات درس پیشگیری از جرم*، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹-۸۰ ش.
۲۶. نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ هفدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۵ ش.
۲۷. نوروزی، بهرام و علی افراسیابی، «رویکرد جامعه‌محور به پیشگیری از جرم در پلیس ایران»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۱۴، ۱۳۸۹ ش.
29. Baskerville, Stephen, *From Welfare State to Police State*, The independent Review, 2008.
30. CA: Stanford University Press.
31. Clark. R., *situational crime prevention, successful case studies*, Harrow and Heston publishers, second edition, Guilderland, New York, 1997.
32. Gilling Daniel, *crime prevention, theory, policy and politics*, University of plymouth , First published in 1997 by UCL Press, 1997.
33. Gottfredson, M. and T. Hirschi, *A General Theory of Crime*, Berkeley, 1990.
34. *Social Crime prevention fact sheet*, Department of justice, South Australia, obtained from: <www.cpu.sa.gov.au/preventionunit> , 2007.
35. White, Robert, *Situational Crime Prevention: Models, Methods and Political Perspectives*, (Crime Prevention Studies), Monsey, NY: Criminal Justice Press, 2006.

موجز المقالات

الاتجاه الشعبيّ (التيسيريّ) الجزائريّ إلى العدالة الجزائيّة للشباب؛ دراسة مقارنة

- الدكتور محمّد فرجيهما (أستاذ مساعد بقسم القانون بجامعة تربية المدرّس)
- محمّد باقر المقدّسي (طالب في مرحلة الدكتوراه بجامعة تربية المدرّس)

لقد طرّحت سياسة الشعيبة (التيسيريّة) الجزائيّة كعرض أجوبة بسيطة وساذجة لحلّ المشاكل الاجتماعيّة الإجراميّة الغامضة وعدم اعتناء الشعيبة الجزائيّة إلى الإنتاجات والمعطيات العلميّة الحديثة أسفر عن ترجيح إجراءات وأساليب مؤقتة وإعلاميّة على الأساليب والطرق العلميّة. من المعلوم إشاعة وعرض جرائم الشباب عبر وسائل الإعلام لها أثر هامّ في توسيع الشعيبة الجزائيّة في حقل العدالة الجزائيّة للشباب. فوسائل الإعلام عبر سياسة التأكيد على جرائم الشباب تسبّب الخوف الخلقّي وتدعو المشرّعين والمقنّين إلى تأسيس وسلوك أساليب قاسية التي تدعمها عامّة الناس. لا شك أن سيطرة السياسة الشعيبة الجزائيّة في مجال العدالة الجزائيّة للشباب أسفرت عن عراقيل ومشاكل جمّة كالتشريع في الفضاء العاطفيّ وتوسيع نطاق التدخّل الجزائيّ

وعدم الاعتناء بأصول المحاكمة الافتراقية للشباب وهذه النتائج أدت إلى المصادقة على اتخاذ إجراءات غير فاعلة وارتفاع مستوى التهم الإجرامية ونقض حقوق الإنسان خاصة المبادئ المطروحة في الاتفاقية الدولية لحقوق الأطفال. هذه المقالة ترمي إلى دراسة ومناقشة الوثائق والمستندات وتبيين الخطاب في سلطات السياسة الجزائية وكذلك مضمون التشريع الجزائري، ضمن دراسة آثار العرض الإعلامي للجرائم في توسيع الشعبية الجزائية وتستههدف مناقشة الجوانب العدة لهذا الاتجاه في حقل العدالة الجزائية للشباب.

الكلمات الرئيسية: السياسة الشعبية (التيسيرية) الجزائية، الجزائية، العدالة الجزائية للشباب، الثقافة الشبابية.

تبديل المهر

- حسين النصرتي (طالب في مرحلة الدكتوراه بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- الدكتور عبدالرضا أصغري (عضو الهيئة التدريسية بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

المهر مال يدفعه الزوج إلى الزوجة أو يملكه إياها تحت عناوين خاصة كالهبة أو عوض البضع وغير ذلك مع خلاف في كلمات الفقهاء في هذا الصعيد. أحد أقسام المهر المسمى وهو مال يعطيه الزوج عند الزواج كمهر معين والذي تقبله الزوجة وتتملكه فور وقوع عقد النكاح. ولكن في موارد خاصة وذلك تحت ظروف وعلل محددة كصعوبة الوصول إلى المهر المسمى أو عدم شيوعه أو بسبب عدم ميل الزوجة إليه أو... يتوافق الطرفان على أن يعطى الزوج مالا آخر بدل المهر إلى الزوجة وهذا ما يسمى بتبديل المهر والسؤال هنا أنه بعد تبديل المهر إلى البديل هل يصدق عليه عنوان المهر المسمى أم لا؟ وهذه مناقشة هامة ولها آثار قانونية خاصة. الدراسة الراهنة ترمي إلى معالجة أساليب تبديل المهر المسمى إلى البديل ومعالجة آثار هذا التبديل.

الكلمات الرئيسية: المهر، المهر المسمى، تبديل المهر، التعهد، العقد.

دراسة مقارنة لشرط التحفظ بالملكية

- الدكتور محمد علي سعدي (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- غلامرضا اليزداني (طالب في مرحلة الدكتوراه بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

رغم أنه قد قبل مبدأ نقل الفوري للملكية في فقه الإمامية والقانون الإيراني، لكن هذا لا يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظم العام، لذلك لظرفي العقد أن يشترط شرط التحفظ بالملكية في العقد ولكل منهما تعليق نقل الملكية على توفر شرط. لا شك أن ماهية هذه الشروط تعليق نقل الملكية، لا تعليق العقد، وبالتالي أثر هذا الشرط بقاء الملكية للبايع إلى ما لم يتحقق الشرط ولا ينقل هذا الشرط إلى المشتري ولكن ههنا شبهه حق عيني للمشتري على المبيع. ومن المعلوم بعد وقوع عقد البيع وإعطاء المبيع إلى المشتري تعتبر يد المشتري بالنسبة إلى المبيع يد أمائية ولا ثمرة لدفع الثمن إلى المشتري في إيجاد الأثر القهقرائي في نقل الملكية ولطرفين أن يتوافقا حول الشؤون المتعلقة بأثر هذا النقل. ولو أفلس المشتري قيل دفع الثمن مع بقاء العين عنده، للبايع أن يسترد المبيع.

الكلمات الرئيسية: الشرط، التحفظ بالملكية، التعليق، الحق العيني.

التهديد واستخدام الأسلحة النووية

في نطاق مبدء منع التمسك إلى العنف وقواعد القانون الدولية

□ أحمد رضا التوحيدي

□ أستاذ مساعد بجامعة قم

الخصوصية الفريدة للأسلحة النووية وآثار استخدامها المخيفة قد بدلت هذا القسم من الأسلحة إلى أكبر قلق للمجتمع الدولي. وازدهار تقنية صنع هذه الأسلحة قد صير مخاوف وخطورة آثار استخدامها الهدامة أكثر ممّا مضى. وإلى جانب هذه التطورات الكيفية والنمو الهائل والتقنية النووية وسباق التسلح للقوى الكبرى وفي قمّتها الولايات المتحدة الأمريكية في جمع وادّخار والتوسيع الكمي لهذه الأسلحة، طبعاً في حالة وقوع حرب نووية من المحتمل جداً الإفضاء إلى إبادة الإنسان وكرة الأرض. مع أنه قد خطت خطوات منوعة وواسعة النطاق في مجال التشريع والمصادقة على قواعد تعاهدية منها معاهدة NPT ومعاهدة الحظر الشامل للاختبارات النووية سنة ١٩٩٦. كما تجدر الإشارة إلى الرأي الاستشاري للمحكمة الدولية في مجال شرعية أو عدم شرعية استخدام هذه الأسلحة. ففي هذا الصعيد تشير المحكمة الدولية إلى كون الأسلحة النووية خطيرة بالقوة وعدم امكان الرقابة على آثارها الهالكة في الفضاء

والزمان وتقول: «هذه الأسلحة بإمكانها أن تبيد الحضارة والحياة الطبيعيّة على كوكب الأرض». والمحكمة على أساس المراجع التي بأيديها ضمن الإعاز إلى عدد من خصائص وآثار هذه الأسلحة كتحرير قدر هائل من الحرارة والطاقة والتشعشع القويّ وطويل المدّة، ترتأي أنّ الخسائر الفادحة والأضرار الناجمة عن الخصوصيّتين الأوليين لهذه الأسلحة أكثر خطورة بالمقارنة مع بقيّة أنواع الأسلحة وتنصّ أنّ ظاهرة التشعشع خاصّة بهذا النوع من الأسلحة. فعليه الخصوصيّة الخاصّة بالأسلحة النوويّة على الوتيرة التي شرحناها أعلاها، وخاصّة قابليّتها للإيذاء وإيراد الألم والوجع الكثير على أبناء الإنسان وكذلك قوتها الشديدة في إلحاق الخسائر الفادحة على الأجيال المقبلة، كلّ هذه من الأسباب التي يجب الانتباه إليها أشدّ الانتباه. ونستطيع أن نفهم أنّ ههنا علاقة مباشرة بين كميّة التشديد والتغليظ التي يجريها التدبير القانونيّ السائد على حظر وتحديد هذه الأسلحة وبين كميّة الخسائر وآثارها المدمّرة. ومن المعلوم كلّما كانت قوّة التدمير وآثارها المروّعة والأضرار الناجمة عن استخدامها أكثر، كان استخدامها أحدّ وأشكل بل لا بدّ وأن يحظر إطلاقاً. وهذا في حال أنّه على أساس قواعد إعلان المنظّمة الأمم المتّحدة ومن جملتها البند الرابع من المادّة (٢) والمادّة (٥١) والتي في الواقع تعتبر ترجمان عن قانون العرف الدوليّ، البنود التي تنصّ على أنّ استخدام العنف في العلائق الدوليّة بين مختلف البلاد غير جائز. هذه الدراسة تروم مناقشة موضوع التحديد واستخدام الأسلحة النوويّة من منظار القواعد المانعة من اللجوء إلى العنف وكذلك من منظار القانون الدوليّ.

الكلمات الرئيّسة: التهديد، استخدام الأسلحة النوويّة، حظر التوسّل إلى العنف، إعلان الأمم المتّحدة، القانون الدوليّ.

مقارنة التهاتر بالدعوى المتقابلة في قانون إيران

- الدكتور علي رضا حسني (أستاذ مساعد بالجامعة الحرّة الإسلاميّة بدمغان)
- محسن البشري (ماجستير بفرع القانون الخاص)

التهاتر في اللغة، تبادل البضاعة والتعامل ودعوى أحد الطرفين على الآخر البطلان وفي اصطلاح الفقه والقانون سقوط التعهّد بسبب دين طرفي العقد بعضهما إلى الآخر.

قد قسّم القانونيون التهاثر إلى خمسة أقسام هي: التهاثر القهري، التهاثر العقدي، التهاثر القضائي، التهاثر الاختياري، التهاثر الإيقاعي. وشرط تحقق التهاثر في كل من هذه الأقسام الخمسة مختلفة. وتجدر الإشارة إلى أنّ بين التهاثر والدعوى المتقابلة فرق وبون شاسع فمن جملة هذه الفروق: أنّ التهاثر على الأغلب قهري ووقوعه بسبب القانون ممكن ولا يحتاج إلى المرافعة من جانب المدعى عليه ولكن الدعوى المتقابلة هي ادعاء مستقل من جانب المدعى عليه أمام المدعى وإثباته يحتاج إلى دراسة قضائية وعرض المرافعة في هذا المجال أمر واجب جدًّا. ولكن دقة المسألة هنا في أنّه بعض الأحيان يواجه التهاثر عراقيل ومشاكل، وبعبارة أحسن لا بدّ وأن يثبت قبل كلّ شيء وجود الدين وتوفّر عدّة من الشروط وفي هذا المضمار عرض المرافعة لازم وهذه المسألة أحياناً تؤدّي إلى خلط الدعوى المتقابلة بدعوى التهاثر. لقد درسنا في هذه الدراسة أولاً تعريف أنواع التهاثر، ثمّ قارناه بالدعوى المتقابلة.

الكلمات الرئيسية: الدعوى المتقابلة، التهاثر القهري، التهاثر العقدي، التهاثر القضائي، التهاثر الاختياري، التهاثر الإيقاعي.

مباني ومنابع المسؤولية الجزائية لمنتجي البضائع المعيبة

- أبوذر علي أكبري سفيد داربن
- عضو الهيئة التدريسية بجامعة پیام نور بآمل

يخطو العصر الراهن صوب الصناعة يوماً فيوماً. وعدد كثير من الأشخاص ينتجون بضائع صناعية في حجم هائل ويتم ذلك بدافع جلب المصلحة والمنفعة وهذا الحجم الكثير من السلع والبضائع واستهلاكها له آثار مخربة. ففي الحقوق الكيلاسيكية كان يعتبر مبدء حرية الإرادة والتقصير أساساً لمسؤولية المنتجين ولكن في عصرنا الراهن بسبب مشاكل وعراقيل إثبات التقصير وكذلك عدد من المصالح الاجتماعية الناجمة عن الآثار الخطيرة لاستهلاك المنتجات الصناعية من الضروريّ جدًّا عرض نموذج حديث للمسؤولية الجزائية لمنتجي السلع الصناعية وهذا لا يحتاج إلى إحراز التقصير في مسيرة الإنتاج. وعليه الاستفادة من القواعد الموجودة في الآثار الفقهيّة والعثور على مصاديق يمكن التعويل عليها على غرض المواجهة للمنتجين الخاطئين، أمر حسن في تأليف سياسة

جزائية فاعلة لمكافحة هؤلاء المنتجين. وفي نهاية الجولة تجدر الإشارة إلى أن في النظام التشريعي الحالي توجد قواعد وقوانين ألزمت ضمانات اجراء حول طريقة مكافحة المنتجين الخاطئين، لذلك الدراسة الإجمالية لهذه القواعد لا تخلو عن فائدة قطعاً. الكلمات الرئيسية: المسؤولية الجزائرية، المنتج، السلعة المعيوبة، المباني، المنابع.

دراسة التزوير والتخريب والإخلال الكمبيوترية

□ محمّد باقر گرايلي

□ عضو الهيئة التدريسية بجامعة المصطفى العالمية

لقد زوّدنا الكمبيوتر طاقات واستعدادات كثيرة ومنحنا حصائل غفيرة ولا يكون ذلك إلا بسبب قدراته العالية جداً كالدقة الكثيرة والسرعة الشديدة الخاطفة وتخزين حجم كبير من المعلومات وعدم السامة والمبادلة السريعة للمعلومات والتناول السهل وليفر من إيجابيات أخرى ومن أهم هذه كلها تكوين القرية العالمية أو ظاهرة ما وراء الوطنية. ولكن مع الفوائد الجمة التي منحها الكمبيوتر في عصر الاتصالات، هذه الظاهرة كبقية الظواهر المادية قدّمت للبعض أسباب إساءة الاستخدام منها. فعدد من منتهزي الفرص استهدفوا الاستفادة السيئة وغير الشرعية من هذا الفن في سبيل تحصيل أغراضهم الفاسدة وعند لفت النظر إلى ميزات الكمبيوتر الخاصة، ظهرت ملامح ومعالج حديثة من الجريمة. تطرّق الكاتب في دراسته هذه، ناظراً إلى القانون المصادق عليه خاصاً بالجرائم الكمبيوترية، وذلك دراسة شاملة للجرائم الكمبيوترية، جريمة التزوير الكمبيوترية، التخريب والإخلال في المعطيات من وجهة نظر الفقه والقانون وتم ذلك بصورة ملخصة. الكلمات الرئيسية: الجرائم الكمبيوترية، التزوير الكمبيوترية، التخريب الكمبيوترية، قانون الجرائم الكمبيوترية.

تحليل وتقرير نماذج وأساليب الوقاية من الجريمة

على مبنى فلسفة هوبز وروسو السياسية

□ قادر الزارع مهدي (ماجستير في العلوم السياسية)

□ علي أفراسيبي (طالب في مرحلة الدكتوراه بقانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة قم)

لا ريب أن للنظريات الفلسفية أثر بالغ الأهمية في بسط وتوسيع العلم في المجتمعات الإنسانية والعلوم الجزئية لا تستثنى من هذه القاعدة فإنها قد استخدمت النظريات الفلسفية في مسيرة التطورات المتزايدة والمزدهرة. تستهدف المقالة هذه، الإجابة عن سؤال رئيس وهو أنه كيف يمكن تقرير نماذج وأساليب الوقاية من الجريمة على أساس الفلسفة السياسية لهوبز وروسو؟ لذلك قد ناقشنا النظريات الفلسفية لهوبز وروسو المتعلقة بالإنسان والمجتمع على أمل أن نستطيع عبر هذه المناقشة تبين شتى النماذج والأساليب للوقاية من الجريمة. فعلى رأي هوبز الإنسان موجود طالب المصلحة ومتعدّد يهدف الوصول إلى مصالحه ومنافعه وقلة المنابع والثروات وعزتها تسبّب في الحالة الطبيعية - اشتباكات بين الإنسان وبقية أبناء نوعه طيلة الزمن؛ وهذه الحالة تسوق الإنسان إلى التمسك بالعقد الاجتماعيّ على غرض الحصول على مصالحه طويلة المدّة والخوف الحاصل من السلطة المعاقبة المبتنية على العقد الاجتماعيّ يلزم الإنسان أن لا ينتهك حقوق الآخرين. في هذه الرؤية أسباب الوقاية من الجريمة تتحقّق في إطار نموذج إداريّ وبيتنى على الممانعة العامة للعقوبات والوقاية الوضعية وطرده المجرمين. ولكن في وجهة نظر روسو، الإنسان موجود محبّ لأبناء نوعه وعادل عاقل. للإنسان دافعان نفسيّان مختلفان هما حبّ الآخرين وحبّ نفسه، والميل إلى حبّ الآخرين في الحالة الطبيعية أكثر من الوضع المدنيّ. ففي الوضع المدنيّ النقائص والسلبيّات الموجودة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية تقود الإنسان العادل إلى الظلم ومن المعلوم اقتراف الجرائم أحد هذه الأنواع. ففي الرؤية الروسوية سياسة الوقاية من الجريمة تظهر في إطار نموذج اجتماعيّ وتعتنى بإعادة القبول الاجتماعية للمجرمين والوقاية الاجتماعية من الجريمة وضمّان الأمن الإنسانيّ. في العصر الراهن، المصالح الاجتماعية توصي سياسة الوقاية من الجريمة أن تستخدم إيجابيات كلتا الطريقتين (الهوبزية والروسوية) بشكل هادف، ولا بدّ أن تستفيد مراعية للأولوية، الطرق الاجتماعية والحالة الطبيعية الواقية من الجريمة وعلى سياسة الوقاية من الجريمة تأسيس معايير حقوقية لتحقيق قاعدة لهذه الأمور وذلك على غرض الإنقاص من النقود الخلقية الواردة على الوقاية الوضعية (الحالة الطبيعية).

الكلمات الرئيسية: الفلسفة السياسية لهوبز، الفلسفة السياسية لروسو، الوقاية

الوضعية، الوقاية الاجتماعية، العقد الاجتماعيّ.

philosophical theories of Hobbes and Rousseau about man and society. In view of Hobbes, man is a profit-seeking and an aggressive existent and limited resource make people in a natural state to violate the rights of each other constantly. This situation requires that men for achieving their long-term interests should resort to social contract. The fear of punishing power of social contract prevents the people to violate the rights of each other. On this idea, the policy of crime prevention formulates in a governmental model and it is based on the general deterrence of punishments, situational prevention and boycotting offenders. In view of Rousseau, man is an altruistic, just and wise existent. Man has two internal motives: altruism and egoism that inclination to altruism in the natural state is more than civil one. In civil state, economic, social, cultural and political turmoil lead righteous man to injustice that offence is a kind of them. The policy of crime prevention in the form of social model has been displayed in the approach of Rousseau. He values the social re-admission of the offenders, social prevention and ensuring human security. Social interests in the modern age require that the crime prevention policy in an intelligent way enjoy from positive dimensions of these two approaches in a manner that with regarding to the priority of the social and situational crime prevention strategies and due to decreasing the moral criticism of the situational prevention, establishes legal regulations for its formulation.

Key words: *Political philosophy of Hobbes, Political philosophy of Rousseau, Situational prevention, Social prevention, Social contract.*

of information, easy access, and other numerous benefits, it has brought large facilities for the human being, the largest is the global village or transnational phenomenon. Beside the large benefits of computer in the age of communications, this phenomenon like others has provided some misuses for some. In such circumstances, some jobbers attempt to misuse from this technology on their evil goals. Given to the benefits and advantages of the computer, new kinds of offences have appeared. Given to the law of computer crimes that has been approved in 5/3/1388, after total investigation of computer crimes, this article tries to consider the penalty of computer forging, destruction and disruption of data in jurisprudence and law briefly.

Key words: *Computer crimes, Computer forging, Computer destruction, Law of computer crimes.*

Analyzing the Models and Ways of Crime Prevention upon Political Philosophy of Hobbes & Rousseau

- Ghader Zare Mahdavi (*An M.A in political science*)
- Ali Afrasiabi (*A PhD student in criminal law & Criminology*)

There is no doubt that philosophical theories have a basic role in development of the science in human societies. This is not an exception for the criminal sciences and it has also enjoyed from philosophical theories through evolutionary path. This paper attempts to answer a basic question: how the strategies and models of crime prevention can be analyzed upon the political philosophy of Hobbes & Rousseau? To answer this question, we should analyze the

produce industrial products in an enormous amount and this enormous amount of products will naturally lead to the harmful results originated from their consumption. In the classical law, the principle of freedom of the will and fault was the base of responsibility of producers, but at the present time, due to complexities of proving the fault and some social interests raised from deleterious effects of using industrial products, providing a new paradigm for criminal liability of industrial products without the need to establish fault in the production process seems to be essential. In this regard, applying existing rules in juridical sources and finding some applications as evidences that we can on the base of them confront with the delinquent manufacturers, it can be a suitable basis for formulating an efficient criminal policy to confront with delinquent manufacturers. Finally, it is noteworthy that in the current legislative system there are also rules and regulations that set the guarantees performances to deal with manufacturer violation that considering them is not useless.

Key words: *Criminal liability, Producer, Defective goods, Principles, Sources.*

Considering of Computer Forging, Destruction and Disruption

- *Muhammad Bagher Geraeli*
- *A member of academic board of Al-mostafa International University*

Given to the high capability of computer as high accuracy, high speed, high volume data storage, inexhaustible, rapid exchange

jurisprudence and law is “exemption from undertaking due to the indebtedness of both parties to each other”. Jurists have divided the “barter” into five parts: natural barter, conventional, judicial, optional and unilateral. The conditions of fulfilling of the barter in these different kinds are varied. They also have major differences with counterclaims, including, barter is often natural and on the base of the law its occurrence is possible and need not to submit a petition from defendant, however, it is the counterclaim of a separate alleged claim against plaintiff that its demonstration needs to a juridical consideration and the delivery of the petition is necessary in this case. But the delicacy of the issue is that in some cases the occurrence of the barter faces with some obstacles, in other words, having debts and some other conditions must have been proved already and in this case the delivery of the petition is necessary and sometimes it is this point that gives rise to confusion of counterclaim and barter. At first, this article attempts to define the kinds of barter and then compare it with the counterclaim.

Key words: *Counterclaim, Natural barter, Conventional barter, Juridical barter, Optional barter, Unilateral barter.*

Principles and Sources of Criminal Liability of Manufacturers of Defective Goods

- *Aboozar Ali Akbari Sefid Darbon*
- *A member of academic board of Payam Noor University of Amol*

The present century steps towards industrialization day by day. Many people who have the motive of profit-seeking attempt to

of features of these weapons like releasing huge amount of heat and long and high power energy and radiation, this court says that the injuries and damages caused by these two features of nuclear weapons are more than others. Therefore, the unique characteristic and effects of nuclear weapons are parameters that must come into consideration. Thus, we can understand that the severity and strictness of legal regime governing the ban or limit of weapons have a direct relationship with their danger and damaging effects. In conclusion, the more devastating effects of the power and the destruction and damage caused by use of a weapon, the more limitation and prohibition must be applied. In particular, on the rules of the UN Charter, including paragraph 4 of Article 2 and Article 51, which is mainly the translation of customary of international law, using force in international relations between countries is prohibited. Therefore, in this discussion we examine the threat and the use of nuclear weapons from the perspective of the rules of prohibition of using force and international law.

Key words: *The threat and use of nuclear weapons, Prohibiting the use of force, The UN Charter, International law.*

Comparing Barter with the Counterclaim in Law of Iran

- *Dr. Alireza Hasani (Assistant professor of Azad University of Dameghan)*
- *Mohsen Bashiri (An M.A of Private Law in Azad University of Dameghan)*

Lexical meaning of the word “barter” is “exchanging of goods, clearing, canceling each other out of lawsuit” and its meaning in

Key words: *Requirement, Reserving, Ownership, Suspension, Objective right.*

Threatening and Using of Nuclear Weapons in Accordance with the Principle of Prohibition of Using Force and Rules of International Law

□ *Dr. Ahmad Reza Towhidi*

□ *Assistant professor of Qum University*

The unique feature of nuclear weapons and terrible consequences of using them have made these weapons one the biggest concern of the international community. Today, progress of the technology of manufacturing of these weapons has increased the danger of devastating of them far more than the last. Alongside with the qualitative development and soaring growth of nuclear technology, arms race of great powers, at the top the US, has made possible the destruction of humanity and their lives, through accumulation and storage and quantitative development of them, if the nuclear war happens. Of course, various steps have been made about rules of treaties, including the treaty of NPT and the Treaty of Prohibition of Comprehensive Nuclear Test 1996. It may be referred to the International Court of Justice Advisory Opinion about legitimacy or illegitimacy of threatening and using of these weapons that the potentially catastrophic feature of nuclear weapons and impossibility of controlling their destroying and fatal effects have been mentioned in that court. It is said that: “they are able to destroy the whole civilization and ecosystem of the planet”. Articulating some

Is it called definite mahr after its changing? There is an important discussion. This action have special legal effects. This article is about the ways of changing of definite mahr and its effects.

Key words: *Marriage portion, Definite mahr, Changing of marriage portion, Undertaking, Contract.*

Comparative Consideration of the Condition of the Reserving Ownership

- *Dr. M. A. Saeidi (Assistant professor of Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Gholamreza Yazdani (A PhD student of Razavi University of Islamic Sciences)*

Although the principle of immediate transition of the ownership has been accepted in Shiite jurisprudence and the Law of Iran, it is not one of the commanding rules and public order. Thus, by inserting the condition of reserving ownership in the contract, both contracting parties can suspend the time of transferring of the ownership to fulfilling of this requirement. The nature of these requirements is suspending of the ownership not the contract. Due to this requirement, the ownership remains for the seller and dose not transfer to the costumer till its fulfilling, but the costumer acquires a kind of objective right to this object of sale. After the settlement of the contract, if the object of the sale is delivered to the costumer, the hand of the costumer in regard to the object of the sale will be a trust hand. Paying the price to the costumer has not a retrogressive effect in transferring of the ownership and the both parties also can agree on that effect. If the costumer become bankrupt before paying the price and the object of the sale is available, the seller can ask for its restitution.

outcomes like legislating in the emotional space, expanding the realm of criminal procedure and ignoring the principles of judgment. These results have led to approve inefficient policies, increasing of criminal accusation and violating the criteria of human right specially the principles contained in International Convention on the Rights of the Child. Reviewing the influence of disclosing crimes in media on spreading of criminal popularism, this article attempts to consider the different aspects of this approach in the field of criminal justice of youth through the analysis of documents and evidences, analysis of discourse of officials of criminal policy and contents of criminal legislation.

Key words: *Criminal popularism, Retributive, Criminal justice of the youth, Culture of the youth.*

Changing of Marriage Portion

- *Husien Nosrati (A PhD student of Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Dr. A. Asghari (A member of academic board of Razavi University)*

Marriage portion is a property that a man gives to his wife under the titles of donation or instead of marriage in accordance with the different interpretations of jurisprudents. One of the kinds of marriage portion is definite mahr that the husband specifies a property as a marriage portion and the wife accepts it and it becomes her belonging upon marriage. In some cases, with some reason like difficult access to definite mahr or because it is not common or the none-tendency of the wife, two parties agree that the husband changes it into another property. This work is changing of marriage portion.

Abstracts

Penal Popularizing Approach to Criminal Justice of the Adolescents and Youth: Comparative Studies

- *Dr. M. Farajiha (Assistant professor of Tarbiat Modares University)*
- *M. Bagher Mughadasi (A PhD student of criminal law and criminology)*

Criminal popularism is regarded as a simple answer for solving the complex social and criminal problems. Disregarding of criminal popularism to scientific findings has caused priority of provisional and propagatory policies to scientific one. Media disclosing of the crimes of the youth has much influenced on spreading of criminal popularism in the field of criminal justice. Mass media have attempted to provoke moral panic through highlighting of youth crimes and led the politicians to formulate and implement strict and popular policies. Sovereignty of criminal popularism in the scope of criminal justice of youth has followed some

Table of contents

Researches:

Penal Popularizing Approach to Criminal Justice of the Adolescents and Youth: Comparative Studies/ Dr. M. Farajiha & M. Bagher Mughadasi	3
Changing of Marriage Portion/ Husien Nosrati & Dr. A. Asghari	29
Comparative Consideration of the Condition of the Reserving Ownership Dr. M. A. Saeidi & Gholamreza Yazdani	55
Threatening and Using of Nuclear Weapons in Accordance with the Principle of Prohibition of Using Force and Rules of International Law/ Dr. Ahmad Reza Towhidi	89
Comparing Barter with the Counterclaim in Law of Iran Dr. Alireza Hasani & Mohsen Bashiri	115
Principles and Sources of Criminal Liability of Manufacturers of Defective Goods Aboozar Ali Akbari Sefid Darbon	129
Considering of Computer Forging, Destruction and Disruption Muhammad Bagher Geraeli	159
Analyzing the Models and Ways of Crime Prevention upon Political Philosophy of Hobbes & Rousseau/ Ghader Zare Mahdavi & Ali Afrasiabi	189

Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Muhammad Salami	215
English Translation/ Rahmatollah Karimzadeh	230