

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

سرِ مقالِبِ

۳ ضرورت جرم‌زدایی از انحرافات

پژوهشها

۷ لزوم یا عدم لزوم ارسال اظهارنامه دربارهٔ برات به رؤیت و سفته‌عندالمطالبه/ دکتر امیرحسین فخاری

۱۷ مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل/ دکتر حمیدرضا نیکبخت

۵۱ مفهوم و جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی قهری و قراردادی/ حمیدرضا اصلانی

۹۵ مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها/ مهدی عزیززاده

۱۲۷ مبانی اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری در حوزهٔ ادیان/ دکتر ایرج گلدوزیان و بهمن حسین جانی

۱۴۷ قضازدایی در حقوق جزای اسلامی/ دکتر محمدهادی صادقی

جایگاه قانونی توسل به شاخصهای زیستی- روانی- اجتماعی در تشخیص حالت خطرناک

۱۶۹ دکتر محمدعلی بابایی

۱۸۷ پژوهشی در جرم استفاده از سند مجعول/ حسین فتح‌آبادی

رژیم حقوقی دریای خزر در معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ ایران و شوروی و تحولات پس از فروپاشی

۲۱۱ احمدرضا توحیدی

۲۵۳ جنبشهای بازگشت به کیفر در سیاست جنایی کشورهای غربی: علل و جلوه‌ها/ حسن کاشفی اسماعیل‌زاده

ترجمه‌ها

۲۹۵ بلاایای طبیعی و حقوق بین‌الملل/ تحقیق و ترجمهٔ دکتر ابراهیم بیگ‌زاده و دکتر محمد حبیبی

اقدامهای موقت در کمیتهٔ حقوق بشر سازمان ملل متحد

۳۰۵ Gino J. Naldi/ ترجمهٔ دکتر فرهاد خمایی‌زاده

نظارت ویدیویی؛ دلایل موفقیت و شکست

۳۲۳ موريس كوسن (Mourice Cusson)/ ترجمهٔ شهرام ابراهیمی

ترجمهٔ حکم‌ها

۳۴۱ ترجمهٔ عربی (موجز المقالات)/ میرزا عزیززاده

۳۵۸ ترجمهٔ انگلیسی (Abstracts)/ رجبعلی محمدآبادی

راهنمای پذیرش مقالات

- نکاتی که باید در مقالات ارسالی رعایت گردد:
- علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشد.
- نباید در نشریه دیگری چاپ یا برای مجله‌ای ارسال شده باشد.
- متناسب با یک شماره آماده شود و طولانی و دنباله‌دار نباشد.
- مقالات ترجمه شده با نقد و تحلیل تکمیل شده باشد و متن اصلی نیز ارسال گردد.
- حداقل دارای پنج کلید واژه و چکیده فارسی حاوی ۱۲۰ تا ۱۵۰ کلمه باشد و در صورت امکان به عربی و انگلیسی ترجمه شده باشد.
- حجم مقاله حداکثر ۲۵-۳۰ صفحه باشد.
- دو نسخه از مقاله به صورت تایپ شده به همراه دیسکت یا لوح فشرده ارسال گردد.
- برای تسریع در چاپ باید رسم الخط فرهنگستان زبان و ادب فارسی ملاک قرار گیرد.
- پانوشتها مطابق الگوی مجله تخصصی تنظیم گردد.
- در پایان مقاله، فهرست منابع و مآخذ به شکل زیر در صفحه‌ای جداگانه آورده شود:
نام خانوادگی مؤلف، نام مؤلف، عنوان اثر، مترجم، تعداد جلد، نوبت چاپ، محل انتشار، نام ناشر، سال انتشار.
- نام و نام خانوادگی نگارنده یا مترجم، درجه علمی، سمت، آدرس کامل پستی، شماره تلفن و پست الکترونیکی (E_mail) نیز ارسال گردد.
- مجله در ویرایش و کوتاه کردن مقالات آزاد است.
- مقالات مندرج در مجله، صرفاً بیانگر دیدگاه نویسندگان است.
- مقالات و مطالب به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱) و یا به نشانی پست الکترونیکی (razavi-magazine@imamreza.net) ارسال گردد.

ضرورت جرم‌زدایی از انحرافات

جامعه بشری برای ادامه حیات خود نیازمند امنیت، و جهت رشد و رسیدن به کمال انسانی، همواره محتاج عدالت است. بدون امنیت، هیچ جامعه‌ای در مسیر تحول قرار نمی‌گیرد و هر تحوّل بدون عدالت، برای جامعه بشری کم‌ارزش است. صرف رشد و ترقی مادی، هرگز انسانها را به سرمنزل مقصود نمی‌رساند و نبود عدالت، ناخرسندی جوامع را در پی داشته است. بر همین اساس در جوامع پیشرفته، به رغم تحولات بنیادی و ایجاد امکانات فراوان مادی و آماده بودن بستر رشد و ترقی، بیشتر شهروندان از بی‌عدالتی ناراضی‌اند و برای نشان دادن ناخشنودی خود، معترض هستند و حتی گاهی با ارتکاب اعمال خشنوت‌آمیز و ایجاد ناامنی، شورش می‌کنند. از وظایف خطیر قدرت حاکم، علاوه بر ایجاد امنیت، گسترش عدالت و جلوگیری از ناعدالتی است تا برای بهره‌مندی تمام افراد جامعه، بستر مناسب ایجاد گردد. فلسفه اصلی وضع قوانین و مقررات، بخصوص قوانین کیفری و تعیین ضمانت اجراهای آن، تحقق همین امر است.

قانونگذاران باید به مقتضای فرهنگ حاکم بر جامعه و با توجه به ارزشها و نیازهای مردم و نیز نیازهایی که برای رشد و ترقی در آینده، فراوی جامعه می‌باشد، با وضع

قوانین، برای دولت و مردم تکالیفی معین سازند.

قانونگذار مسئول و آگاه، همیشه می‌کوشد در فرایند قانونگذاری، ضرورتها را برای برقراری امنیت و عدالت بیابد و باید و نبایدها را براساس همین ضرورتها کشف و برای آن مقررات لازم وضع کند.

در قلمرو حقوق کیفری و جرم‌شناسی، در کنار وظایف و مسئولیتهای متعدد قانونگذار، اختیار وی در تعیین بایدها و نبایدها مطرح است. قانونگذار تا چه میزان می‌تواند با وضع قوانین، آزادی فردی و اجتماعی افراد جامعه را محدود سازد یا حق دارد و یا مصلحت اقتضا می‌کند در زندگی شخصی و اجتماعی آنان دخالت کند؟ به عبارت دیگر، اگر همه اعمال افراد جامعه به «هنجار» و «ناهنجار» تقسیم شود، آیا حکومت باید در مقابل همه ناهنجاریها واکنش نشان دهد و برای همه آنها ضمانت اجرایی کیفری در نظر گیرد.

پر واضح است که درگیری حکومت (به پشتوانه قوانین کیفری) با تمام ناهنجاریهای موجود در جامعه، به عللی قابل توجیه نیست؛ زیرا اولاً هنجار یا ناهنجار بودن یک عمل بر اساس ارزشها و باورهای افراد جامعه نمود می‌یابد و این باورها و ارزشها که ریشه در فرهنگ و تمدن و تاریخ هر جامعه دارد، فراوان و گوناگون است و واکنش به همه ناهنجاریها به سبب کثرت آن، ناممکن می‌نماید و هر حکومتی درصدد واکنش به همه ناهنجاریها برآید، جز ناکامی و عجز، نتیجه‌ای نخواهد گرفت و در نتیجه، بسیاری از قوانین، متروک و بلااجرا خواهد ماند.

ثانیاً واکنش دولت به همه ناهنجاریها به علت کثرت آن، از نظر روانی بر افراد جامعه اثر منفی خواهد داشت و در مدت کوتاه، مردم را در مقابل حکومت قرار می‌دهد. مردم به دلیل برخورداری از روحیه آزادی خواهی و تمایل به آزادی اراده، نوعاً مایل نیستند برای بسیاری از اعمالی که مرتکب می‌شوند، مورد مؤاخذه قرار گیرند. دخالت گسترده دولت در زندگی روزمره آنان که ناشی از مجرمانه تلقی کردن همه ناهنجاریهاست، آنها را از نظر روحی آزار می‌دهد و در نتیجه، اعتراض شدید به حکومت و حتی شورش را در پی خواهد داشت.

ثالثاً چون وظیفه حکومت، ایجاد امنیت و گسترش عدالت است، ضرورت عدم

پرداخت به همه ناهنجاریها واضح خواهد بود؛ زیرا بسیاری از این ناهنجاریها نقشی در امنیت و عدالت ندارد. حکومت در صورت درگیر شدن با پدیده‌هایی که ارتباطی با وظایف وی ندارد، از پرداختن به وظایف خود بازمی‌ماند و نمی‌تواند رسالتش را انجام دهد.

با توجه به آنچه ذکر شد، به نظر می‌رسد تفکیک ناهنجاریها به دو دسته «جرم» و «انحراف» و حذف ضمانت اجرایی که در واکنش به انحرافات در قوانین در نظر گرفته شده است و واگذار کردن واکنش به انحرافات به مردم و نهادهای کاملاً مردمی در قالب امر به معروف و نهی از منکر که دستور مؤکد اسلامی است و عدم دخالت دولت در آن، بویژه در قالب حقوق کیفری، از وظایف اولویت‌دار حکومت باشد.

در پایان، با توجه به رویکرد جدید نظام کیفری ایران و اتخاذ سیاست جنایی مناسب در راستای قضازدایی و حبس‌زدایی، شایسته است جامعه حقوقی ایران؛ اعم از قوه قضائیه و اساتید محترم حقوق و فقیهان عالی‌قدر در راستای جرم‌زدایی از انحرافات، حرکت خود را آغاز کنند. بدیهی است در صورت تحقق این امر، ارائه تعریف دقیقی از جرم و انحراف با توجه به فرهنگ خودی و تکالیف حکومت برای تفکیک صحیح آن دو از هم، توسط خردپیشگان جامعه، به‌ویژه فقها ضروری است.

والسلام

لزوم یا عدم لزوم ارسال اظهارنامه درباره برات به رویت و سفته عندالمطالبه

□ دکتر امیرحسین فخاری
□ استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

قانون تجارت، دارنده برات و سفته را موظف کرده است تا وجه آنها را در «روز وعده» مطالبه کند. وی در صورتی که سند را در سررسید به متعهد آن ارائه کند و با عدم تأدیه روبه‌رو شود، موظف است وخواست ارائه کند. این نوشتار، پس از بررسی مفهوم وخواست، به موضوع دلیل لازم برای اثبات مطالبه وجه سند تجاری از سوی دارنده آن می‌پردازد و با ارائه استدلالهایی در این باره، تبیین می‌کند که ارائه وخواست برای چنین اثباتی کافی است و ادعای «لزوم ارسال اظهارنامه» از سوی دارنده سند تجاری، فاقد مبنا و توجیه حقوقی است.

کلید واژگان: قانون تجارت، اسناد تجاری، برات، سفته، اظهارنامه.

طرح مطلب

در اسناد تجاری، سررسید اهمیت فراوانی دارد. چنان که ماده ۲۴۱ قانون تجارت

مقرر می‌دارد، موعد پرداخت برات یا بی‌وعده تعیین می‌شود یا به‌وعده. اصطلاح به‌رؤیت، مترادف بی‌وعده به کار رفته است و اگر بدین صورت تعیین سررسید شده باشد، انتخاب زمان پرداخت با دارنده سند و فی‌المجلس است. در صورتی که موعد تأدیه به‌وعده باشد، به سه صورت باید معین شود: به‌وعده از رؤیت، به‌وعده از تاریخ صدور سند و زمان معین از حیث روز و ماه و سال.

به موجب ماده ۳۰۹ و ۲۴۱ قانون تجارت، مقررات راجع به موعد پرداخت برات نیز درباره سفته لازم‌الرعايه است؛ بنابراین، سررسید سفته نیز ممکن است بی‌وعده یا به‌رؤیت تعیین شود. قانون‌گذار در ماده ۳۰۷ قانون تجارت، اصطلاح «عندالمطالبه» را هم به کار برده است که با «بی‌وعده» و «به‌رؤیت» مترادف است و هم ممکن است به‌وعده از تاریخ رؤیت یا تاریخ صدور صادر گردد و یا تاریخی معین به عنوان سررسید قید شود.

ماده ۲۷۹ قانون تجارت این وظیفه را به عهده دارنده برات گذاشته است که پرداخت برات را در سررسید مطالبه کند.

به تصریح ماده ۳۰۹ همان قانون، ماده ۲۷۹ در مورد سفته نیز لازم‌الاجراست. این وظیفه، کاملاً توجیه‌پذیر است؛ زیرا براتگیر و متعهد سفته، هیچ‌گونه تکلیفی برای پیدا کردن دارنده سند ندارند تا دین خود را ایفا کنند؛ چه بسا دارنده سند را شناسند. حتی اگر بدانند سند هنگام صدور، در وجه چه کسی صادر شده است، معلوم نیست که به وسیله او به دیگری منتقل نشده باشد. می‌دانیم که اسناد تجارتي از قابلیت نقل و انتقال برخوردارند و ممکن است در فاصله بین تاریخ صدور و تاریخ سررسید، به دفعات مورد واگذاری قرار گرفته باشند.

با وجود آنکه ماده ۲۷۹ قانون تجارت فقط دارنده برات را موظف می‌کند که «روز وعده، وجه برات را مطالبه کند»، باید توجه داشت که متعهد سند تجارتي ضرورت دارد با تحویل گرفتن سند، به پرداخت آن مبادرت کند، در غیر این صورت، یعنی اگر بدون اخذ سند، وجه را تأدیه کند، ممکن است با این خطر مواجه شود که سند به دیگری انتقال یافته باشد و متعهد در قبال شخصی که سند را در دست دارد، همچنان مسئول باقی بماند و ممکن است ناگزیر شود مبلغ سند را

مجدداً به او پردازد و حتی گرفتن رسید از دریافت‌کننده وجه، متعهد سند را در قبال ارائه‌کننده آن، بری‌الذمه نمی‌کند.

ماده ۲۵۰ قانون تجارت با توجه به خطری که به آن اشاره شد، مقرر می‌دارد: «هریک از مسئولین تأدیة برات می‌تواند پرداخت را به تسلیم برات و اعتراض‌نامه و صورت حساب متفرعات و مخارج قانونی که باید پردازد، موکول کند.»

بنابراین، امضاکنندگان اسناد تجارتي که در مقابل دارندگان این اسناد، مسئولیت تضامنی دارند، شخصی را باید به عنوان دارنده سند بشناسند که اصل سند را در دست داشته باشد و حتی احراز این امر، کافی نیست و لازم است با گرفتن سند به پرداخت آن اقدام کنند، مبدا که این سند به دیگری منتقل شود که در این صورت، نسبت به پرداخت به او مسئول خواهند بود.

حال باید دید اگر دارنده سند نتواند با ارائه سند به مسئول پرداخت، آن را وصول کند، چه باید کرد؟ قانون تجارت برای او وظیفه‌ای مبنی بر «اعتراض یا واخواست عدم تأدیة» مقرر ساخته است.

الف) نقش واخواست و آثار آن

قانون تجارت تعریفی از واخواست را به دست نداده است، اما مبحث دهم فصل نخست باب چهارم آن قانون که مشتمل بر ۵ ماده است، به این موضوع اختصاص داده شده است.^۱ در این مواد توضیح داده شده که در چه مواردی باید واخواست به عمل آید و واخواست‌نامه باید متضمن چه نکاتی باشد و ترتیب ثبت و ابلاغ آن از چه قرار است و به چه کسانی باید ابلاغ شود.

فرهنگ حقوقی کاپیتان، واخواست را چنین تعریف کرده است:

سند خارج از جریان دادرسی که عموماً توسط مأمور ابلاغ تنظیم می‌شود، مگر در موارد استثنایی که به وسیله سردفتر به عمل می‌آید، بدین منظور که به طور رسمی، عدم تأدیة برات را در سررسید محقق سازد. در حقوق مربوط به اسناد تجارتي، دو نوع واخواست وجود دارد:

۱. مواد ۲۹۳-۲۹۷ قانون تجارت.

واخواست نکول (ماده ۱۱۹ قانون تجارت)؛
و واخواست عدم تأدیه (ماده ۱۶۲ قانون تجارت).
اگر واخواست در مهلت‌های مقرر قانونی که اصولاً فردای روز سررسید است، به عمل نیاید، ظهرنویسان بری‌الذمه می‌شوند.^۱

فرهنگ *Lexique* تعریف زیر را از واخواست به دست داده است:
سند رسمی تنظیم یافته توسط مأمور ابلاغ یا سردفتر، حسب تقاضای دارنده سند تجارتي به منظور تحقق رسمی:
یا عدم تأدیه سند در سررسید (واخواست عدم تأدیه)،
یا امتناع از قبول برات از جانب براتگیر (واخواست نکول).^۲

با توجه به این تعاریف، معلوم می‌شود که دارنده سند، تکلیفی غیر از این ندارد که اگر سند را در سررسید به متعهد آن ارائه کرد و با عدم تأدیه روبه‌رو شد، به واخواست اقدام کند؛ به عبارت دیگر، نه در مقررات بین‌المللی حاکم بر اسناد تجارتي و نه در قانون تجارت ایران، نصی یافت نمی‌شود که بر اساس آن، دارنده سند موظف باشد دلیلی غیر از واخواست ارائه کند که دال بر این باشد که سند را در سررسید به منظور مطالبه وجه آن به متعهد ارائه کرده است.

۱. در تأیید این نظر که واخواست به تنهایی کافی است، برای اثبات مراجعه دارنده سند به منظور درخواست قبولی یا مطالبه وجه سند، می‌توان به دو ماده قانون تجارت استناد کرد:

یکی ماده ۲۳۶ که مقرر می‌دارد:

نکول برات به موجب تصدیق‌نامه‌ای که رسماً تنظیم می‌شود، محقق می‌گردد.
تصدیق‌نامه مزبور موسوم است به اعتراض (پروتست) نکول.

هنگامی که دارنده برات، سند را برای گرفتن قبولی به براتگیر ارائه می‌کند، ممکن است براتگیر کتباً مراتب نکول خود را در آن منعکس سازد و نیز ممکن

۱. Vocabulaire juridique de Henri CAPITANT, les jresses universites de France ۱۹۳۰.

۲. Lexique de termes jusedique, Dallos ۱۹۷۲.

است از قبول و نکول، امتناع کند و یا اینکه به طور مشروط، قبولی را بنویسد. در هر صورت، برات، نکول شده به شمار می‌رود. وقتی براتگیر از قبول و نکول خودداری می‌کند، وخواست نکول دلیل تلقی می‌شود بر اینکه سند به او ارائه شده و او نیز از قبول یا نکول خودداری کرده است و لازم نیست دلیل دیگری برای اثبات این امر، ابراز گردد.

مادهٔ دیگر مورد استناد، مادهٔ ۲۹۴ است که مقرر می‌دارد:

اعتراض نامه باید مراتب زیر را دارا باشد:

۱. سواد کامل برات با کلیهٔ محتویات آن اعم از قبولی و ظهرنویسی و غیره؛
۲. امر به تأدیة وجه برات.

مأمور اجرا باید حضور و غیاب شخصی که باید وجه برات را بدهد و علل امتناع از تأدیة یا از قبول و همچنین علل عدم امکان امضا یا امتناع از امضا را در ذیل اعتراض نامه قید و امضا کند.

پس طبق مادهٔ مزبور که برات باید متضمّن دستور دارندهٔ برات به براتگیر یا صادرکنندهٔ سفته به پرداخت وجه سند باشد، متضمّن این معناست که تنظیم وخواست، خود دلیل است بر اینکه دارندهٔ سند، وجه آن را مطالبه کرده است.

چنان که مادهٔ ۲۹۳ قانون تجارت مقرر می‌دارد، وخواست نامه به بدهکار واقعی سند (یعنی در برات به براتگیر یا شخصی که در آن سند برای تأدیة عندالاقضاء معین شده است و شخص ثالثی که برات را قبول کرده است و در سفته به صادرکنندهٔ آن) ابلاغ می‌شود و به هیچ وجه ضرورت ندارد به برات دهنده و ظهرنویسان و ضامنان ابلاغ گردد. چون مخاطبان وخواست نامه، اشخاصی هستند که به پرداخت وجه سند موظف‌اند، تردیدی نیست که این سند برای این منظور تنظیم می‌شود که دلیل بر مطالبه به شمار رود. اگر این هدف را برای وخواست قائل نباشیم، فایده‌ای بر آن مترتب نیست که در این صورت، باید اقدام برای تنظیم وخواست نامه را عملی لغو بدانیم و می‌دانیم که نباید به قانون‌گذار ارتکاب عمل لغو را نسبت داد.

۲. ذکر این نکته نیز لازم است که مسلماً دارندهٔ برات پیش از اقدام به وخواست، وجه سند را مطالبه کرده که با عدم تأدیة مواجه شده است و با

واخواست، عدم تأدیه را مسجّل می‌سازد. این برداشت منطقی هم از واخواست وجود دارد که وقتی دارنده سند، زحمت تنظیم واخواست‌نامه را به خود می‌دهد و هزینه سنگین واخواست را می‌پردازد و برای ثبت آن در دفتر ثبت واخواست‌ها وقت صرف می‌کند و پس از مدتی مجدداً مراجعه می‌کند و نسخه‌ای از واخواست‌نامه ابلاغ شده را از دایره واخواست مطالبه می‌کند، نشان می‌دهد که نخست با رجوع به متعهد، وجه سند را مطالبه کرده و به نتیجه نرسیده است.

۳. مطلب قابل توجه دیگر این است که صدور برات به‌رؤیت و سفته عندالمطالبه، در زمان حاضر رایج نیست و رسم صدور این گونه اسناد به زمانهایی برمی‌گردد که چک متداول نبوده است. در زمان حاضر، اگر قرار باشد تعیین زمان پرداخت به اراده دارنده سند موکول گردد، از ابزار چک استفاده می‌شود که مالیات آن بسیار ناچیز است و هیچ بازرگانی حاضر نیست برای این قبیل پرداختها از برات و سفته استفاده کند که باید بابت مبلغی که تعیین می‌کند، مالیات سنگینی بپردازد.

با این وصف، نباید نادیده گرفت که به‌طور معمول، استفاده کنندگان از تسهیلات بانکی، علاوه بر قراردادهایی که با بانکها می‌بندند و تعهداتشان به روشنی مشخص می‌شود، برای تضمین انجام دادن آن تعهدات، سفته‌های دو امضایی به بانکها می‌دهند که سررسید آنها عندالمطالبه تعیین می‌شود.

۴. چنانچه سررسید برات و سفته به‌وعده، از تاریخ صدور برات یا تاریخ معین از حیث روز و ماه و سال باشد، حتی اگر دارنده سند به واخواست اقدام نکند و به استناد سند مزبور، علیه براتگیر، قبول کننده و صادر کننده سفته اقامه دعوا کند، دعوی او مسموع است و دادگاه باید به محکومیت خوانده حکم صادر کند. دارنده فقط برخی از امتیازهای مربوط به اسناد تجارتي را از دست می‌دهد؛ مثلاً حق مراجعه به ظهرنویسان را ندارد و اگر برات‌دهنده هم ثابت کند که محل برات را نزد براتگیر تأمین کرده بوده، مسئولیت او هم ساقط می‌شود و برای صدور قرار تأمین خواسته هم باید بابت جبران خسارات احتمالی تأمین بدهد.

اما از آنجا که برات و سفته مورد گفت‌وگو در دست دارنده آن، دلیل اشتغال ذمه براتگیر و صادر کننده سفته است و اگر بر پرداخت کردن وجه سند دلیلی اقامه

نکنند، باید حکم محکومیت آنان به پرداخت مبلغ سند صادر شود. به هیچ وجه معمول نیست که دادگاهها از اقامه کنندگان دعوا دلیل بخواهد که پرداخت وجه طلبشان را در سررسید مطالبه کرده‌اند. اما اگر سررسید برات به رؤیت یا به وعده از رؤیت و سررسید سفته عندالمطالبه تعیین شده باشد، این نظر ابراز گردیده که لازم است دارنده سند نخست به موجب اظهارنامه، وجه سند را مطالبه کند.

در ذیل در مقام آن هستیم که ثابت کنیم که در اسنادی که سررسید آنها به گونه فوق معین شده باشد، اگر واخواست به عمل آمده باشد، هیچ ضرورتی نیست که به طور جداگانه، وجه سند مطالبه شود و در مواردی هم که واخواست نشده باشد، اظهارنامه تنها وسیله مطالبه وجه سند به شمار نمی‌رود.

ب) عدم توجیه لزوم ارسال اظهارنامه

ماده ۲۲۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

در مورد عدم ایفای تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید، مگر اینکه برای ایفای تعهد، مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد، و اگر برای ایفای تعهد، مدتی مقرر نبوده، طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام تعهد با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد رامطالبه کرده است.

دکتر جعفری لنگرودی در ذیل همین ماده می‌نویسد: «نحوه مطالبه مذکور در ماده ۲۲۶ قانون مدنی را ماده ۷۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی بیان کرده است.»^۱
در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۹، ماده ۱۵۶ جایگزین ماده ۷۰۹ قانون قدیم شده است و جز چند تغییر عبارتی بی‌اهمیت، ماده ۷۰۹ عیناً تکرار شده است. ماده جدید چنین مقرر می‌دارد:

هرکس می‌تواند قبل از تقدیم دادخواست، حق خود را به وسیله اظهارنامه از دیگری مطالبه نماید، مشروط به اینکه موعد مطالبه رسیده باشد. به طور کلی، هرکس حق دارد اظهاراتی را که راجع به معاملات و تعهدات خود با دیگری دارد

۱. جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۱۹۶.

و بخواهد به طور رسمی به وی برساند، ضمن اظهارنامه به طرف ابلاغ نماید.

نظریه مشورتی شماره ۷/۳۱۴۲، مورخ ۱۳۶۲/۸/۱۲ اداره حقوقی وزارت دادگستری مقرر می‌دارد:

مطالبه وجه سفته در سفته‌های عندالمطالبه، زمانی تحقق می‌یابد که متعهد از تیت متعهدله برای مطالبه سفته مستحضر شود و این آگاهی، وقتی قانوناً محقق می‌شود که مراتب، طبق ملاک ماده ۷۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی از طریق اظهارنامه رسمی به بدهکار ابلاغ شده باشد؛ بنابراین در سفته‌های مذکور، نحوه مطالبه وجه سفته، ارسال اظهارنامه رسمی و زمان محاسبه و اخواست، تاریخ ابلاغ این اظهارنامه به بدهکار خواهد بود.^۱

به دلایل زیر، عقیده آقای دکتر جعفری لنگرودی و نظریه اداره حقوقی وزارت دادگستری، مبنای حقوقی موجهی ندارد.

۱. در ماده ۱۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی اشخاص مکلف نشده‌اند که حتماً قبل از تقدیم دادخواست، حق خود را به وسیله اظهارنامه رسمی از دیگری مطالبه کنند. در ماده مزبور، فعل «می‌تواند» به کار رفته است؛ بنابراین، حق مطالبه اشخاص به ارسال اظهارنامه منوط نیست، همچنان که کسانی که به استناد اسنادی، اقامه دعوا می‌کنند و الزام متعهد به انجام دادن تعهد را درخواست می‌کنند، در اغلب موارد، قبلاً حق خود را با ارسال اظهارنامه مطالبه نکرده‌اند.

۲. در مواردی که مطالبه حق از دادگاه به مطالبه آن از برات‌دهنده موقوف باشد، اظهارنامه، طریقیّت دارد، نه موضوعیّت. طبق ماده ۲۲۶ قانون مدنی، اگر در قرارداد برای اجرای تعهد، مدت ذکر نشده باشد، ولی اختیار زمان اجرا با متعهدله بوده و ثابت کند که اجرای تعهد را خواستار شده است، حق مطالبه خسارت را دارد. قانون‌گذار در این ماده، مقرر نکرده است که مطالبه، حتماً باید به طریق ارسال اظهارنامه صورت گرفته باشد.

قانون آیین دادرسی مدنی هم در ماده ۷۰۹ سابق و هم در ماده ۱۵۶ فعلی، راه

۱. مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران (در زمینه مسائل مدنی از سال ۱۳۶۲ به بعد)، تهیه و تنظیم: غلامرضا شهری و امیر حسین آبادی، نشر روزنامه رسمی.

انحصاری مطالبه را در ارسال اظهارنامه ندانسته و ممکن است از راه دیگری نیز تحقق یابد؛ مثلاً ارسال تلگراف، تلکس، فاکس و واخواست.

۳. فایده مطالبه حق از راه اظهارنامه، طبق قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ به مواردی مربوط بود که در قرارداد، در خصوص خسارت تأخیر تأدیه، توافقی به عمل نیامده بود. در این صورت، اگر متعهدله، خواسته را به وسیله اظهارنامه مطالبه می کرد، خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ ابلاغ اظهارنامه محاسبه می شد و اگر اظهارنامه ارسال نشده بود، مبدأ محاسبه، تاریخ اقامه دعواست. ماده ۷۲۱ هم نشان دهنده الزامی نبودن ارسال اظهارنامه، برای مطالبه حق است. وانگهی، در صورت واخواست اسناد تجارتي، ماده ۷۲۱ درباره آن اسناد حکومت نداشت؛ زیرا ماده ۳۰۴ قانون تجارت مقرر می دارد:

خسارت تأخیر تأدیه مبلغ اصلی برات که به واسطه عدم تأدیه اعتراض شده است، از روز اعتراض و خسارت تأخیر مخارج اعتراض و مخارج برات رجوعی فقط از روز اقامه دعوا محسوب می شود.

۴. در خصوص عدم لزوم ارسال اظهارنامه درباره براتهای به رؤیت و سفته‌های عندالمطالبه، می توان به ماده ۲۵۵ قانون تجارت نیز استناد کرد که مقرر می دارد: «روز رؤیت در برواتی که به وعده از رؤیت است و روز صدور برات در برواتی که به وعده از تاریخ صدور است، حساب نخواهد شد.» بنابراین، اگر ارسال اظهارنامه در براتهای به رؤیت ضروری می بود، باید در این ماده مقرر می گردید که روز ابلاغ اظهارنامه محاسبه نمی شود.

نتیجه

وظایف دارنده سند تجاری و ضمانت اجرای عدم ایفای آن وظایف، مشخصاً در قانون تجارت تعیین شده است و در هیچ بندی از آن، دارنده سند (در براتهای به رؤیت و سفته‌های عندالمطالبه) به مطالبه وجه سند با یک نوشته موظف نشده است، بلکه تنها موظف است اگر سند تأدیه نشد، واخواست کند. ضمناً هنگامی سند

واخواست می‌شود که دارنده آن به متعهد مراجعه و وجه آن را مطالبه کند، اما به او پرداخت نگردد. پس او به وظیفه مطالبه وجه سند عمل کرده است و نهایتاً برای اثبات اینکه پرداخت را خواستار شده، وظیفه واخواست به عهده وی محول شده است.

اساساً فایده واخواست عدم تأدیه، مسجّل و محقق ساختن عدم تأدیه است. اگر این فایده را در نظر نگیریم، انجام دادن این تشریفات، بی فایده و لغو است. بنابراین تردیدی نیست که درباره اسناد مورد بحث، واخواست، متضمن این فایده است که دارنده سند، سند را برای مطالبه وجه آن به متعهد ارائه و متعهد از پرداخت خودداری کرده است و به هیچ وجه لزوم ارسال اظهارنامه علاوه بر واخواست، توجیه پذیر نیست. اما در مواردی که نسبت به این قبیل اسناد، واخواست به عمل نیامده باشد، حسب ماده ۲۲۶ قانون مدنی، لازم است که دارنده سند، پرداخت مبلغ موضوع سند را مطالبه کرده باشد که حتی در این گونه موارد نیز تنها راه مطالبه، اظهارنامه نیست، بلکه ممکن است مطالبه با هر وسیله‌ای به عمل آید.

مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی^۱

در حقوق تجارت بین الملل

- دکتر حمیدرضا نیکبخت^۲
- دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

قراردادهای دولتی با آنکه در تجارت بین المللی از مقبولیت و گستردگی بسیاری برخوردار است، بنا به دلایل متعددی همچون نابرابری دو طرف، بحث‌انگیز بوده و ابهامها و خطرهای حقوقی و همچنین سیاسی و اجتماعی بسیاری در پی داشته است. این وضعیت، نگرانیهایی را نسبت به آینده قراردادهای مزبور برای طرفهای قرارداد (که بخشهای دولتی و خصوصی کشورمان نیز به گونه‌ای درگیر این قراردادها هستند) ایجاد می‌کند. این نوشتار، با بررسی نکات اساسی این قراردادها، مانند خصوصیات، چگونگی مذاکره، موقعیت طرفها، تفاوت بین دولتها و ماهیت آنها از یک سو و مواد تخصصی - حقوقی عمده قراردادهای مزبور، همچون قانون قابل اعمال، شرط ثبات، روش حل و فصل اختلافات و قوه قاهره از سوی دیگر، باعث

۱. State Contracts.

۲. hr-nikbakht@sbu.ac.ir

می‌شود تا طرفهای آن بتوانند آنها را بهتر و موفق‌تر منعقد کرده و در فضایی آرام و دور از سوء تفاهم اجرا کنند.

کلید واژگان: قراردادهای دولتی، تجارت بین‌الملل، قانون قابل اعمال، ماده (شرط) ثبات، روشهای حل و فصل اختلافات.

مقدمه

امروزه کشورها در تجارت بین‌الملل معمولاً به دو صورت فعال‌اند؛ هم از طریق اشخاص خصوصی (بخش خصوصی) و هم از طریق دولت یا مؤسسات و سازمانهای دولتی (بخش دولتی). این فعالیت، در قالب تنظیم قراردادهای کوچک و بزرگ یا ساده و پیچیده صورت می‌گیرد. کشورهای در حال توسعه غالباً از طریق بخش دولتی، واردکننده و یا میزبان تجارت بین‌الملل و کشورهای توسعه‌یافته از طریق بخش خصوصی، صادرکننده و میهمان این تجارت به شمار می‌روند. البته تجارت بین‌الملل در بین کشورهای توسعه‌یافته یا کشورهای در حال توسعه نیز به صورت دادوستدهای متقابل جریان دارد.

از میان قراردادهای متنوع و مختلف رایج در عرصه تجارت بین‌الملل، نوعی از قراردادها موسوم به قراردادهای دولتی (قراردادهایی که یک طرف آن دولت و طرف دیگر شخص خصوصی خارجی است) به رغم اینکه نسبت به سایر قراردادها مقبولیت و گستردگی بیشتر دارد، در حقوق تجارت بین‌الملل بحث‌انگیزتر بوده و با ابهامها و خطرهای حقوقی و همچنین سیاسی و اجتماعی بیشتری مواجه است. این وضعیت، بدین سبب است که مسائل غیرمتعارفی در آنها مطرح است؛ از قبیل طرفین نابرابر، قدرت معاملاتی نابرابر، موضوعات قراردادی حیاتی و اقتصادی بسیار مهم، عدم انسجام و تثبیت و یک‌نواختی قواعد حقوقی یا قوانین حاکم، تأثیرات سیاسی و اجتماعی.

در این قراردادها، یک طرف آن، دولت با ابزار و امکانات حاکمیت است و طرف دیگر، شخص خصوصی خارجی با ابزار و امکانات سرمایه‌ای و اقتصادی و بعضاً با حمایت و اغراض پنهان دولتهای خود. گرچه دولتها انعقاد این قراردادها را برای خود مفید و لازم می‌دانند، از اثرهای جانبی آنها نگران‌اند که بعضاً هم ممکن است ناروا باشد.

ممکن است اعمال و اقدامهای اشخاص خارجی طرف قرارداد در جهت اجرای قرارداد در کشور دیگر، نوعی مداخله در امور داخلی دولت، یا نوعی بهره‌کشی از کشور مربوط تلقی گردد، یا آن دولت، چنین قراردادهایی را مانع آزادی اراده یا حاکمیت و اعمال اقتدار حکومتی خود بداند و یا به تدریج از نیاز به استفاده از توانایی و تخصص یا سرمایه‌گذاری اشخاص خارجی در آن کشور بکاهد. شخص خصوصی خارجی هم از این نگران است که از طرف دولت، در روند قرارداد مشکلی ایجاد شود و با توسل به ویژگیهای حاکمیتی‌اش در اجرای قرارداد مانع ایجاد کند؛ مثلاً با استفاده از قدرت قانون‌گذاری خود، بعضی از قوانین مرتبط را تغییر دهد و عملاً اجرای قرارداد را غیر ممکن سازد و یا طرف دیگر را در اجرای آن با زیان عمده مواجه کند و حتی ممکن است به اعمالی مانند ضبط یا مصادره اموال طرف قرارداد اقدام کند. بنابراین، دو طرف قرارداد نسبت به اطمینان از آینده وضعیت قرارداد نگران‌اند. از این رو، به سبب این شرایط خاص و اینکه در کشور ما نیز چنین قراردادهایی هم برای بخش دولتی و هم برای بخش خصوصی مطرح است و هر کدام به گونه‌ای با این قراردادها درگیرند، این مقاله، برآن است تا برای انعقاد هرچه بهتر و موفق‌تر و همچنین ایجاد فضایی آرام و دور از زمینه‌های سوء تفاهم برای اجرای آنها به تبیین نکات اساسی در این قراردادها بپردازد، ابهامهای موجود در این باره را مطرح سازد و روش برطرف کردن و شفاف ساختن آنها را ارائه کند.

در نوشتار حاضر، در بخش نخست، نکات اساسی مربوط به قراردادهای دولتی، مانند خصوصیات، نحوه مذاکره، موقعیت طرفین، تفاوت بین دولتها و ماهیت آنها و در بخش دوم، مواد تخصصی - حقوقی عمده این نوع قراردادها، همچون قانون حاکم، ماده ثابت، روش حل و فصل اختلافها (دعاوی) و قوه قاهره بررسی می‌شود.

نکات اساسی مربوط به قراردادهای دولتی

الف) مفهوم قراردادهای دولتی

مراد از قراردادهای دولتی، قراردادهایی است که از سوی دولتها (اعم از مؤسسات

دولتی فاقد ماهیت حقوقی مجزا از دولت یا دارای شخصیت حقوقی مستقل) با اشخاص خصوصی خارجی (اعم از حقیقی یا حقوقی) منعقد می‌شود. قراردادهای موافقتنامه‌های بین دولتها یا بین دولت و سازمانهای بین‌المللی داخل این بحث نیست.^۱ روشن است که یک دولت می‌تواند وارد قراردادهای متنوع با طرفهای خصوصی خارجی شود.

کلاً این قراردادها را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

۱. قراردادهای مربوط به معاملات ساده؛ از قبیل قراردادهای مربوط به خرید و فروش (صادرات و واردات) کالاهای مورد نیاز یا تولیدات معمولی یک کشور؛ مثل غلات، روغن، شکر، منسوجات و وسایل حمل و نقل کوچک و بزرگ و.... این قراردادها با عنوان کلی «قراردادهای خرید و فروش» نیز شناخته می‌شوند.

۲. قراردادهای مربوط به معاملات پیچیده و مهم؛ از قبیل قراردادهای مربوط به کشف، استخراج معادن و مخازن طبیعی؛ قراردادهای مشترک تولیدی، کمکهای فنی و انتقال فن آوری؛ قراردادهای مربوط به امور کشاورزی و سازندگی، تأسیسات صنعتی (کارخانه‌ها و نیروگاهها)؛ قراردادهای ساختمانی عمده برای احداث شهر، شهرکها، بندرها، جاده‌ها، بزرگراهها و فرودگاهها؛ و از این قبیل. این قراردادها با عنوان کلی «قراردادهای اجرای پروژه» یا «قراردادهای طولانی‌مدت» هم معروف‌اند. در این دو دسته از قراردادهای جنبه‌های حقوقی مشترک فراوان وجود دارد، ولی از آنجایی که دسته دوم، همان‌طور که اشاره شد، از پیچیدگی و اهمیت زیادی برخوردار است و اجرای غالب این نوع قراردادها ممکن است برای مدتهای طولانی

۱. عنوان قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل، بر قراردادهایی که یک دولت با یک شخص دولتی (عمومی) خارجی از باب تجارت و تصدّی و نه از باب حاکمیت، منعقد می‌کند، نیز اطلاق می‌شود که مورد نظر این نوشتار می‌باشد. این بحث، شامل قراردادهای سرمایه‌گذاری بین اتباع بیگانه و دولت سرمایه‌پذیر که هدف آن، تشویق و حمایت متقابل طرفهای متعاقد از سرمایه‌گذاری اتباع یکدیگر در قلمرو طرف متعاقد دیگر است، نیز می‌شود. چنین قراردادهایی معمولاً براساس معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری (Bilateral Investment Treaties - BITs) منعقد می‌شود که این معاهدات نیز عموماً دارای همان اوصاف و خصوصیات قراردادهای دولتی است که در این نوشتار بحث می‌شود.

سالها) ادامه یابد، در این مقاله، بیشتر بررسی می‌شود.^۱

ب) خصوصیات قراردادهای دولتی

قراردادهایی که بین دولتها و اشخاص خصوصی خارجی منعقد می‌شود، با قراردادهایی که بین اشخاص خصوصی از دو کشور مختلف منعقد می‌شود، تفاوتی دارد. پاره‌ای از این تفاوتها از این قرار است:

۱. قراردادهای دولتی مورد بحث، غالباً برای یک مدّت طولانی ۵ تا ۲۰ سال و حتی بیشتر منعقد می‌شود.

۲. غالباً دولت طرف قرارداد، یک کشور در حال توسعه است و طرف خصوصی خارجی، یک شرکت بزرگ یا چندملیتی است که موجودیت حقوقی آن در کشورهای صنعتی و توسعه یافته قرار دارد.

۳. در این قراردادها تا حدّ زیادی، عناصر سیاسی و اجتماعی ممکن است مؤثر باشد؛ چون بعضاً دولت طرف قرارداد مجبور است قسمتی از خاک یا سرزمین خود را در اختیار طرف دیگر نهد، یا امکانات خاصی از لحاظ مالکیت، صادرات و واردات برای وی فراهم کند و یا حتی مقررات و قوانینی اختصاصی در امور خاصی، مانند مالیات، حقّ مالکیت، اجاره، گمرک و... برای عملکرد طرف دیگر وضع کند، یا ممکن است افکار عمومی در سرنوشت قراردادی که موضوع آن، منابع حیاتی کشور است، نقشی اساسی داشته باشد؛ از این رو، موضوعاتی نظیر حقّ مالکیت یا حقّ اعمال حاکمیت که از موارد خاصّ قراردادهای دولتی است، در قراردادهای خصوصی مطرح نیست.

۴. خطر عمده‌ای این قراردادها را تهدید می‌کند؛ بدین معنا که چون یک طرف قرارداد، دولت با در دست داشتن کلیه ابزارهای قدرت است، ممکن است در هر شرایطی و در هر مرحله‌ای، بنا به صلاح دید خود، قرارداد را یک طرفه فسخ کند و یا شرایطی از آن را تغییر دهد و چنانچه طرف خصوصی، حقّی داشته باشد، آن را

۱. در این نوشتار، از ورود به جزئیات و بحث در مسائل و مشکلات حقوقی مبتلا به در قراردادهای دولتی خودداری می‌شود. برای آگاهی از تفصیل بیشتر در این باره، ر.ک:

H. R. Nikbakt, State Contracts and Arbitration, Exeter University (U.K.), Law Library Thesis, ۱۹۹۱.

نادیده بگیرد و هیچ‌گونه غرامتی هم نپردازد.^۱

۵. این قراردادها ممکن است مورد سوء استفاده دولت متبوع شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد قرار گیرد و به ابزاری برای مداخله در امور سیاسی و اقتصادی کشور دولت طرف قرارداد (خصوصاً در کشورهای ضعیف و در حال توسعه) تبدیل شود؛ بنابراین، این احتمال هست که دولتها، قراردادهای منعقد شده از سوی اتباع خود را در جهت اهداف سوء خود سوق دهند.^۲

۶. چگونگی حل اختلاف در این نوع قراردادها از مسائل مهم و پیچیده است. اصولاً در قرارداد، مقرراتی درج می‌شود که تا حد امکان از بروز اختلاف جلوگیری کند و نیز قرارداد را از حالت تزلزل خارج سازد و از فسخ، ابطال یا تغییر یک‌جانبه آن جلوگیری کند؛ با وجود این، اختلاف در بعضی موارد اجتناب‌ناپذیر است و در سطح بین‌المللی، دیوان دادرسی مشخصی برای رسیدگی به چنین اختلافی وجود ندارد. از این رو، در این قراردادها طرفین معمولاً روش حل اختلاف (دعوا) را از راه داوری بین‌المللی بر سایر روشها ترجیح می‌دهند.^۳

ج) مذاکره

نخستین مرحله مذاکره در تنظیم قراردادهای دولتی، مشخص کردن موضوع

۱. بدیهی است که هیچ‌گاه چنین اختیار یک‌طرفه‌ای برای دولتها در این‌گونه قراردادها پیش‌بینی نمی‌شود و بحثهای فراوانی در حقوق بین‌الملل درباره فسخ یک‌طرفه یا نقض قراردادها با پرداخت یا بدون پرداخت غرامت، مطرح است. اما ویژگیهای این قراردادها باعث فسخ بسیاری از آنها در صحنه بین‌المللی شده که معمولاً در قالب ملی کردن موضوع قراردادها، مصادره اموال بیگانگان، اخراج بیگانگان از کشور یا وضع قوانین بازدارنده بوده است.

۲. اشخاص خصوصی خارجی طرف قراردادهای دولتی قاعداً خود چنین اهدافی ندارند و معمولاً به دنبال جنبه‌های اقتصادی قرارداد و منافع شخصی خود هستند، لکن دولتهای متبوع آنها ممکن است چنین نیاتی را داشته باشند و شرکت‌های خصوصی را پوششی برای اجرای نیات خود بدانند.

۳. شخص خصوصی خارجی در قراردادهای خرید و فروش با دولت، معمولاً با روشهای مبادلات بانکی، تضمینهای لازم را از طرف دولتی برای اجرای قرارداد می‌گیرد و در قراردادهای اجرای پروژه، علاوه بر آن، بر صلاحیت محاکم و گاهی بر صلاحیت قوانین آن دولت تمکین نمی‌کند تا در صورت نقض قرارداد از سوی دولت یا مواردی چون ملی کردن یا مصادره سرمایه یا اموالش، راهی برای احقاق حق داشته باشد.

قرارداد است. هدف از مذاکره، رسیدن طرفین به فهم و درکی کامل از ماهیت و دامنهٔ قراردادی است که می‌خواهند منعقد کنند؛ چراکه کلیهٔ جوانب و زوایای آن باید بدون هیچ ابهام و تردیدی برای طرفین روشن شود. این فرض که یک طرف قرارداد، همهٔ جوانب امر را می‌داند و اطلاعات کامل را در اختیار طرف دیگر نیز قرار می‌دهد، اشتباه است. در مذاکره، هر یک از طرفین باید جزئیات لازم را از طرف دیگر بخواهد، در واقع، هر دو طرف باید به طور کامل به تبادل خواسته‌ها و انتظاراتشان از همدیگر و نیز از قرارداد بپردازند.

در مواردی، دولت طرف قرارداد، از موضوع آن یا پروژهٔ مورد نظرش، در حدود کلیات آگاهی دارد، در واقع، اصطلاحاً طرح خامی از آن را در اندیشه دارد؛ از این رو، باید در برخی موضوعات حتی قبل از ورود به بحث از تنظیم قرارداد، مطالعات جزئی اجرایی را دربارهٔ آن داشته باشد تا بتواند به نتیجه یا تصمیم‌گیری نهایی بپردازد و سایر دستگاه‌های مربوط را آگاه کند و در صورت لزوم، موافقت یا مجوز سایر اشخاص یا ارگانها را (همچون اعضای کابینه یا بخش خاصی از کابینه یا قوهٔ مقننه و یا سایر مراجع ذی‌ربط) کسب کند. ممکن است دولت مربوط به کسب اطلاعات مشخص و مفصّلی نیاز داشته باشد مبنی بر اینکه موضوع قرارداد منظور، چه تأثیری در توسعه و پیشرفت بخشهای مربوط کشورش می‌گذارد و از نظر اقتصادی نیز چه منافعی را نصیب کشورش می‌کند؛ یعنی، مثلاً از نظر مسائل کارگری و ایجاد اشتغال و به‌کارگیری اتباع آن، تا چه اندازه مؤثر خواهد بود و چه تحرّک و انگیزه‌ای را برای سایر صنایع یا فعالیتهای تجاری ایجاد خواهد کرد. برای روشن شدن موارد فوق، لازم است افزون بر شروطی که در قرارداد ذکر می‌شود، یادداشتی دربردارندهٔ نکات لازم (گزارش توجیهی) نیز به دولت ارائه گردد؛ برای نمونه، حسب موضوع قرارداد تخمینی از بازدهی موضوع مورد قرارداد، تخمین مقدار خریدهایی که در داخل کشور انجام خواهد شد، تخمین به‌کارگیری کارگران محلی در موضوع قرارداد و دستمزدهایی که به آنها پرداخت خواهد شد، تخمین مالیاتی که از طرح ایجادشده در اثر قرارداد اخذ خواهد شد و پیش‌بینی صرفه‌جویی در ارز خارجی و بنا به مورد، پیش‌بینی ایجاد یا افزایش توان صادراتی

از موضوع قرارداد و ارزش خارجی که عاید دولت خواهد شد و...، ممکن است برای انعقاد قراردادی خوب و مطمئن، مفید باشد؛ از جمله اینکه توضیحات توجیهی در قرارداد ممکن است حمایت عمومی را در کشور دولت طرف قرارداد جلب کند. می‌توان قسمتهایی از آنچه در گزارش یا یادداشت توجیهی آمده است، به صورت کلی در مقدمه یا دیباچه قرارداد درج کرد تا از آنها در مراحل بعدی برای تفسیر قرارداد استفاده گردد، اما باید تلاش شود مطالب به گونه‌ای باشد که تعهدات یا الزامهایی افزون بر شرایط قرارداد برای طرفین ایجاد نکند.

از طرف دیگر، شخص خصوصی خارجی نیز برای انعقاد قرارداد با یک دولت به اطلاعات جامع نیاز دارد. مذاکرات برای این منظور، منبع مهمی به شمار می‌رود. او برای انعقاد یک قرارداد مؤثر و فراگیر که منافعش را تأمین کند، باید اطلاعات کافی از اوضاع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور دولت طرف قرارداد داشته باشد. نخست اینکه باید شناخت و آگاهی خوبی از قوانین آن کشور داشته باشد، خصوصاً اینکه معمولاً دولت‌ها تأکید دارند که قانون کشورشان، قانون قابل اعمال (قانون حاکم) بر قرارداد باشد؛^۱ از این رو، شخص خصوصی خارجی باید مطالعه و تحقیقی عمیق از اوضاع مختلف کشور دولت مربوط به عمل آورد و آگاه باشد که قانون اساسی آن کشور، از اهمیت خاصی برخوردار است.^۲

مطالعه اوضاع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور دولت طرف قرارداد، در بسیاری از موارد، ممکن است آینده قرارداد و عملی یا اجرایی بودن آن را روشن سازد. برای اطلاع از این اوضاع و جو سرمایه‌گذاری یا انتقال سرمایه و نیروی کار و فن‌آوری در کشور طرف قرارداد، دولت متبوع شخص خصوصی از طریق وزارت امور خارجه یا دفتر اقتصادی-تجاری مربوط، کمک بزرگی برای او خواهد بود. سازمانهای دیگر دولت متبوع نیز ممکن است در برخی از زمینه‌های مذکور،

۱. معمولاً طرفین قراردادهای دولتی، مذاکره و تنظیم قرارداد را به وسیله نمایندگان خود که قاعدتاً حقوق‌دان (وکیل یا مشاور حقوقی) نیز در میان آنها می‌باشد، انجام می‌دهند. امور حقوقی و قانونی مذاکرات و قرارداد بر عهده حقوق‌دانان تیم مذاکره‌کننده است.
۲. در این باره، توضیحاتی را در صفحات بعدی می‌آوریم.

اطلاعات خوبی برای شخص خصوصی، از کشور مورد نظر داشته باشند. همچنین گاهی دولت متبوع شخص خصوصی، ممکن است مناسب بودن مذاکره برای انعقاد قرارداد را به وی اعلام کند.^۱ سفارتخانه کشور دولت طرف قرارداد در کشور متبوع شخص خارجی و انتشارات سازمان ملل نیز ممکن است اطلاعات خوبی به شخص خصوصی ارائه دهد.

اهمیت آگاهی از قانون اساسی کشور دولت طرف مذاکره، بدین سبب است که اساساً ماهیت دولت را برای شخص خارجی، حدود اختیارات دولت یا مؤسسه‌ای خاص که ممکن است طرف قرارداد باشد و همچنین شرایط و چگونگی انعقاد قرارداد از سوی دولت را مشخص می‌کند. بعلاوه، پاسخ سؤالاتی درباره محدودیتهای دولت در بخش تجارت یا اقتصاد، محدودیتهای موجود برای خارجیان یا سرمایه‌گذاری خارجی و وجود حمایت‌های احتمالی برای اشخاص خارجی در قرارداد با دولت و امثال این موارد را روشن می‌کند.

قوانین وضع شده دولت نیز باید بررسی شود؛ زیرا این کار، مقررات قابل اعمال بر سازمانها و شرکتهای خارجی طرف قرارداد و همچنین چگونگی، اشکال و وضعیت سازمانهای تجاری خصوصاً شرکتهای خارجی و ثبت آنها را تعیین می‌کند. همچنین بررسی قوانین مالیاتی و قوانین مربوط به صادرات و واردات و محدودیتهای آنها در کشور طرف قرارداد و نیز مقررات مربوط به کنترل و خروج ارز از کشور، حدود منافع اقتصادی و مشکلات احتمالی شخص خصوصی خارجی را روشن می‌کند.

افزون بر این، اهمیت آگاهی از این قوانین و مقررات ممکن است به این دلیل باشد که موضوع همه آنها در کنترل طرف دولتی بوده و احتمال تغییر آنها از سوی

۱. باید در نظر داشت که در قراردادهای مورد بحث ممکن است دولت متبوع شخص خارجی با دولتی که طرف قرارداد آینده خواهد بود، ملاحظات خاص سیاسی - اقتصادی داشته باشد؛ مثلاً تحریم اقتصادی یا تعهدات کمک اقتصادی به آن کشور را وضع کرده باشد. در این صورت، آگاهی شخص خارجی از این ملاحظات برای انعقاد قرارداد با دولت مربوط لازم است؛ زیرا یا انعقاد قرارداد را مانع خواهد شد، یا انعقاد آن را تسهیل خواهد کرد.

دولت و ایجاد خطر برای طرف خصوصی خارجی را در بر داشته باشد. شخص خصوصی خارجی نیز با اطلاع از این قوانین برای اطمینان از برخورداری از سود لازم، انتقال سود و سرمایه خود به خارج از آن کشور در هر زمان و نیز اجرای قرارداد در شرایط مناسب بدون مواجه شدن با مشکلات غیر منتظره، تدابیر لازم را می‌اندیشد. یادآوری می‌شود که ممکن است معاهدات بین‌المللی دو یا چند جانبه بین دولت طرف قرارداد و دولت متبوع شخص خصوصی خارجی نیز وجود داشته باشد که حقوقی را برای شخص خصوصی خارجی مقرر کرده باشد؛ مانند تعهد به رفتار غیر تبعیض‌آمیز، یا پرداخت غرامت عادلانه در صورت مصادره اموال و یا قواعدی را برای رسیدگی به اختلافات طرفین و اجرای احکام صادره از سوی مراجع خاص پیش‌بینی کرده باشد.^۱ اطلاع از چنین معاهداتی نیز همانند موارد فوق، از مسائل مهمی است که ممکن است در مذاکرات تبیین گردد.

در هر صورت، به کارگیری حقوق دانی مبرّز و تأثیرناپذیر از کشور دیگر نه تنها از نظر اینکه از قانون کشور خود مطلع‌اند، بلکه بدین سبب که بسیاری از جنبه‌های وضعیت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور خود را هم می‌دانند، ممکن است مفید باشد.

درباره طرف دولتی، قطعاً نمایندگانی از دولت، مأمور مذاکره و تهیه مقدمات قرارداد خواهند بود. گرچه این نمایندگان، اصولاً از طرف سازمانهای دولتی‌اند، این احتمال هست که آنها از طبقه وزرا یا اجزایی از کابینه یا معاونان آنها باشند. این افراد، گرچه ممکن است از لحاظ پست و مقام، شایستگی و توانایی لازم را دارا باشند، بعید است که بیشتر آنها از ملاحظات تجاری و مشکلات عملی حقوقی یا رسوم تجاری که ممکن است قرارداد با آن مواجه باشد، اطلاع کافی داشته باشند.

بنابراین، آنچه تاکنون در خصوص نیاز شخص خصوصی به اطلاعات ذکر شد، در بسیاری از موارد، برای دولت طرف قرارداد نیز مطرح است. طرف دولتی نیز برای اجرای قرارداد، به آگاهی از کفایت و توانایی شخص خصوصی خارجی

۱. نمونه این گونه معاهدات، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری است که در قسمتهای بعدی به آن می‌پردازیم.

علاقه دارد. ممکن است شخص خصوصی، یک مؤسسه بزرگ پیمانکاری و دارای شهرت جهانی باشد، اما برای نمایندگان طرف مذاکره مهم است که از فعالیتهایش آگاه باشند و بدانند چه فعالیتهایی برای موفقیت موضوع مورد قرارداد به کار گرفته می‌شود؛ برای مثال، امکانات تحقیقاتی، لوازم فن آوری و در صورت لزوم، امکانات پخش و بازاریابی وی چیست؟ برای این منظور، یک یادداشت یا گزارش سابقه که در آن، شخص خصوصی معرفی شده و عملکردش در کشورها، مکانها و شرایط مختلف با درجه موفقیتش بیان شده باشد، لازم خواهد بود. در هر صورت، فرض آن است که طرف دولتی، با به کار بردن کلیه تمهیدات و آشنایی کامل با طرف خارجی خود، تمامی جوانب موضوع قرارداد برایش روشن و از کلیه حقوق و مزایای قرارداد خود آگاه است.

در مذاکرات معمولاً آگاهی از حدود اختیارات و مسئولیتهای نمایندگان دولتی برای طرف خصوصی خارجی لازم است؛ بنابراین، اگر فرضاً طرف دولتی قرارداد، یکی از ارکان دولت یا مؤسسه‌ای از دولت باشد، باید حدود اختیارات وی و همچنین ماهیت حقوقی و گستره فعالیتش برای طرف خارجی مشخص شود؛ زیرا ممکن است این اشکال شود که آیا اصولاً مذاکره کننده، صلاحیت لازم را برای مذاکره یا انعقاد قرارداد داشته است یا نه و آیا طرف قرارداد، مؤسسه دولتی به شمار می‌رود یا نه و استقلال حقوقی او چگونه است؟ بنابراین، باید با دلایل و اسناد قطعی، مانند سند نمایندگی و اساسنامه مؤسسه، مشخص گردد که نمایندگان دولت دارای کلیه اختیارات و وضعیتهای لازم برای انعقاد قرارداد هستند و تصمیم یا امضای آنها، نافذ، الزام‌آور و اجرashدنی است.

درباره تکنیک یا فن مذاکره باید متذکر شد که اساساً به سختی می‌توان ادعا کرد که یک راه جامع و کامل وجود دارد، یا یک روش بر دیگر روشها برتری دارد؛ بنابراین، نمی‌توان راه خاصی را برای مذاکره تجویز کرد. این امر، به توانایی، تجربه و حتی شخصیت مذاکره کننده بستگی دارد. یک مذاکره کننده کارآمد حتی ممکن است از تجربه و سوابق کاری دیگران نیز بهره گیرد، اما در نهایت، در شرایط و موارد خاص، باید با اتکا به نظر و درایت خود عمل کند. چنانچه مذاکره توسط

نماینده انجام می‌شود، گاهی لازم است در جهت نفع و صلاح اصیل خود در رفع نارساییها و موانع با طرف دیگر نیز همکاری کند تا به تفاهمی مشترک از موضوعات برسند، در واقع، باید تلاش کند تا طرفین را از هر لحاظ، شکلی یا ماهیتی به همدیگر نزدیک سازد. به هر صورت، در نهایت، طرفین یا نمایندگان آنها باید مطمئن شوند که از تمام نکات لازم و جوانب قرارداد و همچنین مقررات حقوقی مربوط به آن، کاملاً آگاه‌اند.

همان‌طور که گفته شد، هدف از مذاکره، تنظیم موافقت‌نامه‌ای (قراردادی) است که کاملاً برای طرفین آن مفهوم، و فاقد نکات مبهم و نامعلوم باشد. طرفین مذاکره‌کننده تلاش می‌کنند پیش‌نویسی از قرارداد را تهیه کنند که با در نظر گرفتن ملاحظات خاص سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، تجاری و حقوقی که ممکن است با آن مواجه شود، با موضوع قرارداد مناسبت تنگاتنگی داشته باشد.

باید در نظر داشت که ممکن است مذاکره‌کننده از طرف دولت برای نهایی کردن مذاکرات و امضای قرارداد، به تصویب یا تأیید اقدامهای خود از سوی سایر ارکان دولت یا قوه مقننه نیاز داشته باشد؛ از این رو، همیشه ممکن است آنها بازکردن مجدد هر قسمت از مذاکرات قبلی را خواهان باشند تا بررسیها و توضیحات لازم را داشته باشند. به هر حال، اگر طرف دیگر مذاکره (شخص خصوصی خارجی) از ابتدای مذاکرات، نکات خاص و بنیادی را درک و بررسی کرده باشد، در این موارد، مشکلی در پیش رو نخواهد داشت.

(د) موقعیت طرفین

برخلاف قراردادهای خصوصی بین دو تبعه بیگانه، یا یک موافقت‌نامه بین دو دولت، موقعیت طرفین قرارداد در قراردادهای دولتی یکسان و برابر نیست. در این قراردادها یک طرف آن، دولت با تمامی ابزارهای قدرت و کنترل است،^۱ درحالی که طرف دیگر، شخصی خصوصی است که چنین خصیصه‌ای را ندارد. دولت

۱. در قراردادهای دولتی که طرف دولتی آن، مؤسسه‌های دولتی باشد، نیز در مواردی، خصوصیات و موقعیت خاص دولت مطرح است.

طرف قرارداد ممکن است یک کشور کوچک یا از کشورهای در حال توسعه باشد که با این حال، دارای تمامی اختیارات، حقوق و مصونیت‌هایی است که در روابط حقوق بین‌الملل برای دولتها متصور است و می‌تواند از همه آنها بهره‌مند شود و در صورت لزوم، آنها را به اجرا گذارد. دولت، دارای قدرت قانون‌گذاری است و می‌تواند با اعمال این قدرت، بسیاری از شرایط قرارداد را کنترل و یا محدود کند و قوانین و مقرراتی را که در لوای آنها قرارداد اجرا می‌شود، تغییر دهد یا نسخ کند و عملاً اجرای قرارداد را غیر ممکن سازد.

قلمرو حاکمیت یا سرزمین دولت طرف قرارداد، محلّ اجرای قرارداد است و شخص خصوصی خارجی باید در این قلمرو، عملیات اجرایی خود را انجام دهد؛ از این رو، دولت به مثابه میزبان و شخص خصوصی خارجی، میهمان است. برای شخص خارجی موارد فراوانی در کشور میزبان و در محدوده اختیارات دولت طرف قرارداد مطرح است که با نظر و تصمیم دولت و معمولاً به صورت وضع قوانین و مقررات از سوی دولت کنترل می‌شود؛ مواردی از قبیل ورود و خروج افراد مورد نیاز شخص خصوصی خارجی به کشور مذکور، نقل و انتقال آزادانه اموال مورد نیاز، حمل و نقل و ارتباطات داخل و خارج از کشور، استفاده از اموال دولتی در داخل کشور و نیز بعضاً استفاده از اموال خصوصی دیگران و سلب مالکیتشان از آنها به منظور بهره‌برداری شخص خصوصی خارجی از آنها برای اجرای قرارداد، در هر جا که لازم باشد، صدور مجوز یا اخذ مجوزهای لازم برای ساختمان و احداث تأسیسات، امکان به کارگیری کارگران محلی و خارجی، تنظیم روابط بعضی از مؤسسات داخلی با شخص خارجی، نقل و انتقال ارز خارجی به داخل و خارج از کشور، پرداخت عوارض مختلف مربوط به صادرات و واردات و مالیات، انتقال عواید مربوط به شخص خصوصی خارجی، سرمایه و امکانات وی به خارج از کشور، و موارد مشابه دیگر.

دولت، دارای حقّ حاکمیت است و می‌تواند با توسل به این حق، قراردادهایی را که خصوصاً به منابع طبیعی یا حیاتی آن کشور یا ارائه بعضی از خدمات مهم، مربوط می‌شود، لغو و باطل کند، اموال و سرمایه شخص خارجی را مصادره یا ملی

کند و حتی از پرداخت غرامت به او امتناع ورزد.^۱ این خطر، زمانی بیشتر است که قانون حاکم بر قرارداد، قانون کشور طرف دولتی باشد؛ زیرا دولت می‌تواند با استفاده از قدرت قانون‌گذاری خود، قانون حاکم را نیز تغییر دهد، یا قانون جدیدی را وضع کند و در نتیجه، اجرای تعهدات خود یا مؤسسه‌اش را مشکل یا کاملاً غیر ممکن سازد، یا حتی عملاً باعث ابطال قرارداد یا اجرا نشدن آن گردد.

نابرابری موقعیت طرفین قرارداد دولتی در هنگام بروز اختلاف یا اقامه دعوا از مشکلات مهم، به‌ویژه برای شخص خصوصی طرف قرارداد، خواهد بود؛ زیرا مسئولیت دولتها تابع قواعد حقوقی بین‌المللی است، در حالی که مسئولیت اشخاص خصوصی، تابع قوانین ملی است. چنانچه اختلافی بین دو دولت به وجود آید، قواعد حقوق بین‌الملل عمومی بر آن حاکم می‌باشد و اگر بین دو شخص خصوصی (بیگانه) ایجاد شود، با قوانین داخلی یک کشور مرتفع می‌شود.^۲ اما هنوز این مسئله که اختلاف بین اشخاص خصوصی خارجی و دولتها تابع چه قانونی است، حل نشده و نظریه‌ها در این باره، بسیار متفاوت است. همچنین در سطح بین‌الملل، دادگاه یا مرجعی نیست که شخص خصوصی بیگانه بتواند با توسل به آن، علیه یک دولت، اقامه دعوا کند. رسیدگی به اختلاف بین شخص خصوصی خارجی و دولت، ممکن است با یک روش زمان‌بر و سخت دیپلماتیکی انجام گیرد، به این صورت که دولت متبوع شخص خصوصی، دعوای تبعه‌اش را با عنوان حمایت دیپلماتیک^۳ بر عهده گیرد و آن را در یک دادگاه بین‌المللی (دیوان بین‌المللی دادگستری)^۴ اقامه کند. از طرف دیگر، اقامه دعوا علیه یک دولت در دادگاههای داخلی کشوری غیر از کشور آن دولت نیز با موانع خاصی روبه‌رو است که باعث می‌شود دادگاه مزبور نتواند به

۱. اینکه آیا این‌گونه اعمال از طرف دولتها با قواعد حقوق بین‌الملل مغایر است یا نه، محل بحث جدی حقوق‌دانان حقوق بین‌الملل است.

۲. اینکه آیا باید فقط قوانین داخلی (ملی) بر روابط اشخاص خصوصی (با عنصر خارجی) حاکم باشد یا قواعد حقوقی فرامرزی نیز ممکن است بر این روابط حاکم باشد، از بحثهای جدی حقوق‌دانان بین‌المللی و برخی از نظامهای حقوقی داخلی است.

۳. Diplomatic Protection.

۴. International Court of Justice.

دادخواهی شخص خصوصی خارجی علیه یک دولت پردازد؛ مثلاً «اصل مصونیت قضایی»^۱ و «نظریه عمل دولتها»^۲ ممکن است از موانع عمده احقاق حق شخص خارجی از یک دولت باشد.^۳

همچنین به فرض اینکه شخص خصوصی خارجی بتواند نهایتاً دولت ناقض قرارداد را تعقیب قضایی کند و حکم محکومیت او را بگیرد، در مرحله اجرای حکم هم بدین سبب که محکوم علیه، یک دولت است، با مشکلات و موانع مهمی روبروست، خصوصاً اینکه ممکن است دولت با کمک دو اصل فوق، اجرای حکم را کاملاً عقیم سازد.

ه) وضعیت دولتهای طرف قراردادها

دولتهای طرف قرارداد با اشخاص خصوصی خارجی، همان گونه که گذشت، غالباً از کشورهای در حال توسعه‌اند و در موارد اندکی ممکن است این دولتها از کشورهای توسعه یافته باشند. در هر صورت، شرایط و اوضاع حاکم بر انعقاد قرارداد با دولت، در کشورهای مختلف متفاوت است. یک کشور ممکن است از سیستم حقوقی بسیار پیشرفته تر، قانون مدنی پیشرفته، قوانین سرمایه گذاری خاص، قوانین مالیاتی و حتی قانون خاص برای موضوع قرارداد (مثل قوانین منابع طبیعی) برخوردار باشد، اما در کشور دیگر، یک سیستم حقوقی ابتدایی و مبهم حاکم باشد. همچنین سیستم قضایی یک کشور ممکن است شهرت خوبی از نظر توانایی و استقلال در دادرسی داشته باشد، در حالی که کشور دیگر، چنین شهرتی را نداشته باشد، تا آنجا که تعهد غیر رسمی یک دولت در عرصه تجارت بین الملل از نظر

۱. «Principle of Sovereign Immunity»؛ براساس این اصل، دولتها و نمایندگانشان و قسمتی از اموال دولتی از تعقیب و محاکمه شدن در دادگاههای کشور خارجی یا از اقدامهای اجرایی علیه آنها معاف هستند.

۲. «Act of States»؛ براساس این نظریه، دادگاههای داخلی صلاحیت ندارند اعتبار، نفوذ یا مشروع بودن عمل دولت دیگری (نظیر وضع قانون یا صدور یک فرمان و...) را که در محدوده قلمرو آن دولت صورت گرفته، بررسی و داوری کنند.

۳. بر هر دو اصل مذکور، به ویژه اصل مصونیت قضایی دولتها، محدودیتهای فراوانی وارد شده است که بحث از آن، مقاله ای دیگر را می طلبد.

اعتبار مالی ممکن است همچون تعهد رسمی دولت دیگر قابل اتکا و الزام آور باشد. قانون اساسی یا بعضی قوانین دیگر وضع شده در بعضی از کشورها ممکن است تسهیلات و مقرراتی برای حمایت از قراردادهای دولتی مثل موارد مرتبط با سرمایه گذاری خارجی، پیش بینی کرده باشد و یا دولت طرف قرارداد، طرف معاهدات بین المللی دو یا چند جانبه ای باشد که مشارکت اشخاص خصوصی خارجی را در توسعه اقتصادی- تجاری کشورش، تشویق و تسهیل کند و آنها را در مقابل خطرهای احتمالی حفظ و حمایت کند. در یک کشور ممکن است محرکهای خاصی برای انعقاد قراردادهای دولتی یا مواردی مانند سرمایه گذاری و جذب سرمایه های خارجی در یک کشور [کشور سرمایه پذیر خارجی] پیش بینی شده باشد، اما در یک کشور دیگر، ممکن است انواع محدودیتهای حقوقی در این باره وجود داشته باشد؛ مثلاً تمام یا بخشی از فعالیتهای خاص اقتصادی در رشته های معین به بخش عمومی واگذار شود و هر قراردادی در این باره، به بخش عمومی منحصر باشد، یا اینکه قانوناً برای اجرای هر قرارداد مهمی باید به نسبتی از نیروی کار محلی استفاده گردد و یا اینکه آموزش اتباع آن کشور بخشی از قرارداد مربوط باشد.

سرانجام اینکه بعضی از کشورها، خصوصاً کشورهای در حال توسعه، در صورت نقض تعهدات و قراردادهایشان، برخی از مقررات و اصول موجود بین المللی در این باره را معتبر نمی دانند، بلکه آنها را قدیمی، کهنه و یک طرفه به نفع کشورهای پیشرفته می دانند؛ از این رو، برای آنها اهمیتی قائل نیستند، در حالی که برخی دیگر، به ویژه کشورهای پیشرفته، بر نفوذ، اعتبار و اعمال آنها تأکید دارند. حال، باید به این نکته نیز اشاره کرد که اگر قرار است مؤسسه ها یا سازمانهایی از دولت، طرف قرارداد باشند، باید ماهیت حقوقی و استقلال آنها دقیقاً مشخص شود؛ چه این مؤسسه ها و سازمانها متفاوت اند، بعضی، از هر نظر مستقل اند و آیین نامه اداری و اجرایی خاص خود را دارند و می توانند در امور مربوط به خود تصمیم بگیرند که در مقابل، دولت، فقط نقش ناظر یا کنترل کننده دارد. حتی این قبیل مؤسسه ها یا سازمانها به کارهایی می پردازند (صرفاً فعالیتهای تجاری) که ارکان

دولت نیز آنها را انجام نمی‌دهند، در حالی که برخی دیگر، جزئی از دولت به شمار می‌روند و به عنوان وسیله و بازوی او، دستورها و تصمیمهای او را اجرا می‌کنند و تقریباً استقلالی از دولت ندارند. مسلّم است که در چنین صورتی، بین دولت و این قبیل مؤسسه‌ها یا سازمانهای دولتی تفاوتی نیست. اهمیت تمایز بین این دو دسته از مؤسسه‌ها و سازمانها (که هر دو دولتی نامیده می‌شوند) به سبب این اعتقاد است که در محدوده حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق تجارت بین‌الملل، فقط قراردادهای دسته دوم ممکن است از ضوابط و قواعد حاکم بر اعمال دولتها (اعمال حاکمیت) تبعیت کند و در هنگام بروز اختلاف و اقامه دعوی مربوط به این قراردادها، مزیت و امتیازات ویژه‌ای که برای دولتها ممکن است وجود داشته باشد؛ مثل اصل مصونیت دولتها، یا اقامه دعوا علیه طرف دولتی در دادگاههای کشور آن دولت، اعمال‌شدنی است.

در همین راستا، باید در نظر داشت که مؤسسه‌ها و سازمانهای دولتی نیز که شخصیتی مستقل از دولت نیستند، ممکن است از لحاظ وظایفی که بر عهده دارند، متفاوت باشند؛ یعنی هر کدام در انجام دادن امر خاصی تخصص داشته باشند؛ از این رو، انعقاد قرارداد خاصی ممکن است در محدوده وظایف یک مؤسسه دولتی نباشد، بلکه در تخصص مؤسسه‌ای دیگر باشد. بنابراین، در انعقاد یک قرارداد با مؤسسه‌ها و سازمانهایی از دولت باید به حدود وظایف و اختیارات آنها هم توجه شود و هر تردید احتمالی در این باره را باید از ابتدا برطرف کرد و یا در هر شرایطی، دولت را طرف مسئول در قرارداد درج کرد، در غیر این صورت، ممکن است دولت به آسانی به صورت مانعی در اجرای تعهدات مذکور در قرارداد یکی از سازمانهایش یا وابسته به خودش ظاهر شود؛ مثلاً مقرراتی وضع کند که مؤسسه یا سازمان دولتی طرف قرارداد نتواند تعهداتش را به خوبی ایفا کند، یا بدون اینکه مسئولیتی برای خود تصور کند، قرارداد را فسخ کند، یا اجرای قرارداد را به اجرا شدن یا فراهم آمدن شرایط خاص دیگری که خارج از عهده مؤسسه یا سازمان دولتی و در اختیار دولت است، مقید سازد و دولت نیز در این باره، با آن مؤسسه یا سازمان وابسته، به طور شایسته‌ای همکاری نکند.

(و) ماهیت حقوقی قراردادهای دولتی

موضوع ماهیت حقوقی قراردادهای دولتی و آثار منتج از آنها، موضوع بسیار گسترده‌ای است که در این مقاله، مجالی برای تفصیل آن نیست، اما اهمیت آن باعث می‌شود که اشاره‌هایی به آن داشته باشیم. قواعد یا قوانین خاصی، به‌ویژه در سطح بین‌المللی، وجود ندارد که ماهیت حقوقی این نوع قراردادها را مشخص کند؛ آیا همانند قرارداد بین دو شخص خصوصی و موضوع حقوق خصوصی است، یا همانند قرارداد بین دو دولت و موضوع حقوق بین‌الملل عمومی است.

توافق طرفین قرارداد در متن و شروط قرارداد ممکن است تا حد زیادی تعیین‌کننده ماهیت قرارداد باشد؛ بنابراین، برای شناسایی ماهیت حقوقی قراردادهای دولتی ممکن است از قانون حاکم بر قرارداد که مورد نظر طرفین است، کمک گرفت. اگر این قانون، قانون داخلی یک کشور باشد، با موردی که این قانون، غیر از یک قانون داخلی است (مثلاً قواعد حقوقی بین‌المللی یا عرف و رسوم تجارت بین‌الملل [در صورت وجود داشتن]) وضعیت متفاوت خواهد بود.

در قوانین داخلی یک کشور ممکن است قانون خاصی دربارهٔ قراردادهای دولت با اشخاص خصوصی خارجی وجود نداشته باشد، اما شاید بتوان در مجموع قوانین کشورهایی که با چنین قراردادهایی درگیرند، مقررات مختلفی را یافت که با موضوع مرتبط باشد.^۱ این قوانین و مقررات در کشورهای مختلف ممکن است متفاوت باشد، به گونه‌ای که مثلاً در یک کشور، این قراردادها در محدودهٔ قواعد حقوق عمومی و در کشور دیگری، تحت مقررات حقوق خصوصی باشد، به طوری که بین دولت و اشخاص خصوصی خارجی به عنوان دو طرف قرارداد، هیچ فرقی وجود نداشته باشد. قانون اساسی یک کشور نیز ممکن است کاملاً به دولت اجازهٔ انعقاد قرارداد با اشخاص خارجی را ندهد، یا با شرایط خاصی، این اجازه را بدهد، یا شیوهٔ حل اختلاف در این قراردادها را به روش خاصی مشخص کند؛ مثلاً فقط صلاحیت

۱. قوانین سرمایه‌گذاری خارجی، قانون واگذاری سهام، برخی از حقوق منابع طبیعی به خارجیها یا قواعد و مقررات عمومی قراردادها در یک کشور از این نوع است.

دادگاههای داخلی را بپذیرد و یا مراجع قضایی خاصی (جدا از مراجع عمومی) را برای رسیدگی به این گونه دعاوی تعیین کند، یا قرارداد داوری را که دولت یک طرف آن باشد، نپذیرد، یا این حق را برای دولت محفوظ بدارد که هر کجا اقتضا کند و بنا به هر دلیلی که خودش تشخیص دهد، قراردادش را فسخ یا نقض کند و یا اگر مؤسسه یا سازمانی دولتی طرف قرارداد است، آن را منحل کند یا ماهیت آن را تغییر دهد و قراردادش را باطل اعلام کند، یا اجرای آن را غیر ممکن سازد و حقی هم برای طرف دیگر قرارداد قائل نباشد.

اهمیت موضوع ماهیت قراردادهای دولتی بدین سبب است که در صورت فقدان توافق طرفین، تعیین کننده قانون یا قواعد حاکم بر قرارداد و در نتیجه، تعیین کننده وضعیت آینده قرارداد، حقوق و تکالیف قانونی طرفین آن خواهد بود. ماهیت قرارداد به طرفین قرارداد این نگرش را می دهد که تا چه اندازه قادرند به ثبوت و اعتبار شرایط قرارداد در آینده امیدوار باشند. اگر فرضاً ماهیت قراردادهای دولتی را خصوصی یا عمومی و تابع قوانین داخلی کشور دولت طرف قرارداد بدانیم، در واقع، آنها را با اوصاف مذکور در بالا، دستخوش اراده دولت قرار داده ایم، یا اگر آنها را کاملاً خصوصی و تابع قوانین ملی (غیر از کشور دولت طرف قرارداد) بدانیم، با این تفسیر روبه رو هستیم که این نوع قراردادها در قالب قراردادهای خصوصی داخلی به هیچ وجه با اراده یک طرف، فسخ شدنی یا تغییرپذیر نیست؛ یعنی قرارداد در این سیستم، نتیجه توافق اراده دو طرف است و فسخ یا تغییر آن، جز با توافق هر دو طرف ممکن نیست. این نظر هم وجود دارد که در محدوده قوانین ملی، چنین قراردادهایی به عنوان قراردادهای عمومی ممکن است در شرایطی مثل رعایت نفع عمومی یا تغییر اوضاع، ایجاد تغییر در شرایط قرارداد و حتی ابطال آن از طرف دولت، میسر باشد. از طرف دیگر، اگر آنها را دارای ماهیت توافقها و پیمانهای بین المللی دولتها بدانیم، قرارداد تابع قانون داخلی نخواهد بود. در این صورت، نه تنها قرارداد را از سیطره اراده یک طرفه خارج کرده، بلکه آن را تحت ضوابط و مقررات حقوق بین المللی قرار داده ایم؛ بدین معنا که عده ای بر این عقیده اند قراردادهای دولتی، قراردادهای نیمه بین المللی است که باید تابع قواعد و ضوابط حقوق بین الملل باشد. افزون بر این،

معتقدند اصول حاکم بر قراردادهای بین دولتها و معاهدات، بر قراردادهای دولتی نیز اعمال شدنی است؛ از این رو، اصول شناخته شده بین المللی همچون اصل محترم شمردن پیمانها^۱ یا اصل حسن نیت یا اصل حسن اراده^۲ بر قراردادهای دولتی حاکم بوده و آنها را در هر شرایطی، نقض نشدنی و تغییرناپذیر می کند.

در اینجا بر آن نیستیم که نظریه های مختلف را درباره دو سیستم ملی و بین المللی یا فراملی بودن ماهیت قراردادهای دولتی که بحثی بسیار گسترده است، بررسی کنیم، بلکه فقط به ذکر این نکته بسنده می کنیم که در هر دو سیستم، نظریه های موافق و مخالف بسیار، ولی در حد نظریه وجود دارد. در عمل، در هر دو سیستم، تلاش می شود که قراردادهای دولتی را در هر شرایطی فسخ نشدنی و یا تغییرناپذیر بدانند؛ اگرچه این تلاشها درباره سیستم ملی، خصوصاً در مقایسه قراردادهای دولتی با قراردادهای عمومی داخلی، ضعیف و بی نتیجه بوده است.

با عنایت به موارد فوق، به منظور رفع ابهام بجاست که طرفین تنظیم کننده قرارداد، ماهیت آن را در خود قرارداد روشن سازند؛ یعنی چه نوع محدودیتهایی که قرارداد برای طرفین ایجاد می کند، مشخص کنند و تأکید کنند که قرارداد به هیچ وجه، یک طرفه فسخ شدنی یا تغییرپذیر نیست و یا هر تغییری در شرایط قرارداد بدون توافق طرف دیگر، بی اعتبار و تخلف از قرارداد است و برای متخلف، مسئولیت آور است.

مواد (بندهای) حقوقی در قراردادهای دولتی

در هر قراردادی، از جمله قراردادهای دولتی، هر یک از مواد و شروط آن، اهمیت خاصی دارد و نمی توان گفت کدام یک از مواد آن، از اهمیت بیشتری برخوردار است و بالعکس. برخی از مواد، به دلیل موقعیت خاص و نقش تعیین کننده ای که در

۱. «Principle of Pacta Sunt Servanda»؛ این اصل مقرر می دارد که قرارداد در هر شرایطی و با

هر بهایی، باید محترم شمرده شود.

۲. «Principle of Good Will or Good Faith»؛ بنا بر این اصل، قرارداد باید با حسن نیت

رعایت و اجرا شود.

مواقع ضروری و حساس برخوردار است، شایسته است که مذاکره کنندگان یا تنظیم کنندگان قرارداد، بیشتر به آنها دقت کنند. باید به موادی از قرارداد که جنبه حقوقی دارد و چگونگی رسیدگی به اختلافهای طرفین را بیان می کند و در زمانهای بحرانی یا مواقع اختلاف کارآیی ویژه دارد، توجه خاصی شود؛ از این رو، در این بخش، معمول ترین این مواد، یعنی قانون قابل اعمال یا قانون حاکم،^۱ ماده ثبات قرارداد،^۲ روش حل اختلافها (دعاوی)^۳ و قوه قاهره^۴ را بررسی می کنیم.

الف) قانون قابل اعمال یا قانون حاکم بر قرارداد

در وهله نخست، باید به این نکته توجه کرد که قرارداد، خود، قانون حاکم بر طرفین قرارداد است؛ از این رو، باید تا حد امکان، جامع، روشن، صریح، عاری از کلی گویی و ابهام باشد. انتظار طرفین از قرارداد و مواردی که تاکنون اشاره شد، نظیر وضعیت کار و کارگری، منافع کارگران، مسئله رفت و آمد یا اقامت و اشتغال به کار افراد خارجی مرتبط با قرارداد در کشورهای ذی ربط، مقررات گمرکی و مالیاتی، مسئله نقل و انتقال سرمایه و اموال مورد نیاز شخص خصوصی خارجی به داخل یا خارج از کشور مربوط و سایر موارد ضروری، باید به صراحت و روشنی در قرارداد مشخص شود، به ویژه باید به رابطه شرایط قرارداد با قوانین دولت طرف قرارداد توجه شود. همچنین مواردی که در این قوانین یافت نمی شود و وجود آنها ضرورت دارد، باید در قالب توافق طرفین در قرارداد گنجانده شود.

شرح صریح و دور از ابهام شرایط قرارداد، فهم، درک و تفسیر آن را آسان می کند و تا حد بسیار زیادی از مشکلات و حتی تعارضها و نهایتاً اختلافهای بین طرفین می کاهد. همچنین برای مؤسسه ها و سازمانهای خاصی از دولت که در قرارداد دخیل اند، ولی مستقیماً در تنظیم آن مشارکت ندارند، نیز راهگشا بوده و مذاکره کنندگان و تنظیم کنندگان قرارداد از طرف دولت را قادر می سازد که

۱. Applicable Law or Governing Law Clause.
۲. Stabilization Clause.
۳. Disputes Settlement Clause.
۴. Force Majeure Clause.

مشکلات و اعتراضهای چنین مؤسسه‌ها و سازمانهایی را به راحتی پاسخ دهند. گرچه شفافیت و جامعیت قرارداد ممکن است از بروز بسیاری از اختلافها جلوگیری کند، بدان معنا نیست که در چنین قراردادی، هیچ اختلافی بین طرفین رخ نمی‌دهد؛ چرا که گاهی، بروز اختلاف اجتناب‌ناپذیر بوده و ممکن است دلایل مختلفی نیز داشته باشد. اختلاف ممکن است در خصوص صلاحیت یا اهلیت طرفین برای انعقاد قرارداد، اجرا نشدن پاره‌ای از شرایط قرارداد، تفسیر قرارداد و موارد منتهی به نقض قرارداد (خواه به علت قصور یک طرف و خواه به سبب قوه قاهره یا خارج از کنترل طرفین) و اعتبار (تشکیل یا نفوذ) قرارداد یا هر شرطی از قرارداد باشد، چه از لحاظ شکلی و صوری و چه از لحاظ ماهوی؛ مثل انعقاد قرارداد بدون رعایت تشریفات مقرر قانونی، یا انعقاد قرارداد از روی اکراه و اجبار، یا تعارض قرارداد با برخی از قواعد آمره قانونی و یا اصول نظم عمومی محل اجرای قرارداد. بنابراین، بسیار مهم و ضروری است که طرفین باید از قبل، قانونی را تعیین و مشخص کنند که بر چنین اختلافهایی حکومت کند و طرفین یا مراجع صالح بتوانند با رجوع به آن، ابهام یا اختلاف ایجادشده را حل و فصل کنند. چنین قانونی را اصطلاحاً «قانون قابل اعمال»، «قانون حاکم بر قرارداد»،^۱ «قانون صالح» و یا «قانون مناسب»^۲ می‌نامند. موضوع قانون حاکم یا مناسب، بحث مفصل و گسترده‌ای است که پیوسته از سوی حقوق‌دانان، تجزیه و تحلیل می‌شود.^۳

حال، به ذکر کلیاتی در این باره، بسنده می‌کنیم. در قراردادهای دولتی ممکن است یکی از چهار سیستم حقوقی ذیل، به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شود:

۱. قانون ملی یکی از طرفین قرارداد یا قانون ملی یک کشور ثالث؛
۲. قواعد حقوق بین‌الملل؛

۱. Applicable or Governing Law.

۲. Proper Law.

۳. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۱-۲۲، ۱۳۷۷، ص ۱۸۳؛ و نیز همان، شماره ۳۹، ۱۳۸۳، ص ۱۶۳.

۳. يك مجموعه قواعد حقوقی جدا از سیستم ملی و بین‌المللی (قواعد حقوقی فراملی)؛ مانند اصول کلی حقوق مشترک (شناخته‌شده) بین سیستمهای حقوقی مختلف^۱، اصول و قواعد ناشی از خود قرارداد (در صورتی که به تفصیل تنظیم شده باشد)^۲ و یا مخلوطی از عرف، سنتها، قواعد تجاری و قوانین وضع شده ملی^۳؛

۴. ترکیبی از چند سیستم حقوقی فوق.^۴

انتخاب یکی از سیستمهای فوق و درج آن به طور صریح در قرارداد، از بسیاری از مسائل و مشکلات احتمالی در آینده جلوگیری می‌کند. در غیر این صورت، مرجع رسیدگی کننده با توسل به راههایی که برایش میسر است، از جمله استناد به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین (یک سیستم حقوقی داخلی یا بین‌المللی) برای یافتن قانون مناسب یا حاکم بر قرارداد در اختلافهای احتمالی اقدام می‌کند.^۵ البته این امر ممکن است اتلاف وقت و هزینه زیادی را در پی داشته باشد و نیز احتمالاً به اعمال قانونی منجر شود که حداقل به هیچ‌وجه مورد نظر یکی از طرفین نباشد.

در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد باید دقت شود؛ زیرا همان‌طور که پیش از این گفته شد، سیستمهای مختلف حقوقی فوق، ماهیتهای متفاوتی برای قرارداد ایجاد می‌کند؛ مثلاً عقیده بر آن است که انتخاب قواعد حقوق بین‌الملل به قرارداد، ماهیتی بین‌المللی می‌بخشد، در حالی که انتخاب سیستمی که نه ملی باشد و نه بین‌المللی، ماهیتی نیمه بین‌المللی و یا فراملی برای آن فراهم می‌کند.

هرگاه ماهیت قرارداد تغییر کند، شرایط مسئولیت طرفین قرارداد نیز تغییر می‌کند؛ از این رو، این امر ممکن است خصوصاً برای طرف دولت، محدودیتهایی

۱. General Principles of Law.

۲. Lex Contractus.

۳. Lex Merchant or Lex Mercatoria.

۴. برای مثال، می‌توان قانون ملی دولت طرف قرارداد و اصول کلی حقوقی مشترک در سیستمهای حقوقی مختلف را به عنوان قانون حاکم انتخاب کرد، یا جنبه‌های مختلفی از قرارداد را تابع سیستمهای حقوقی مختلف قرار داد.

۵. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۷-۲۸، ۱۳۷۸، ص ۱۳۵.

ایجاد کند؛ بدین صورت که دولتی که تنها در قبال دولت دیگری مسئولیت بین‌المللی دارد، با بین‌المللی شدن قرارداد، در قبال شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد نیز از نظر بین‌المللی مسئول شناخته می‌شود؛ یعنی هر تخلّف یا نقضی در قرارداد از سوی دولت، تابع قواعد و قوانین بین‌المللی به شمار می‌رود.

از طرف دیگر، انتخاب قانون داخلی مبین این است که نظر طرفین قرارداد این نبوده است که قواعد و قوانین بین‌المللی بر روابط آنها حاکم باشد، به خصوص اگر قانون ملی طرف دولتی، قانون حاکم باشد که در این صورت، مسئولیت دولت براساس قوانین و مقررات داخلی خودش سنجیده می‌شود، افزون بر آن، ممکن است دولت با استفاده از اقتدار حاکمیتی خود، همان‌گونه که گذشت، در قبال تعهدات قراردادی از خود رفع مسئولیت کند؛ بنابراین، بدیهی است که دولت طرف قرارداد، مصرّانه تلاش کند که قانون حاکم، قانون ملی کشورش باشد و همچنین مایل نباشد به لحاظ استقلال^۱ و منزلت حاکمانه^۲ خود و بنا بر اصل برابری دولتها^۳، تابع قانون کشور دیگری باشد.

شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد نیز به لحاظ اینکه خود را از خطر تغییر شرایط یا نقض یک جانبه قرارداد از طرف دولت مصون دارد و در صورت بروز خطر، از سوی قواعد یا قوانین بین‌المللی حمایت شود، اصرار می‌ورزد که قرارداد را بین‌المللی کند و یا حداقل آن را از محدوده قوانین داخلی دولت طرف قرارداد خارج گرداند. باید در نظر داشت که در صورت عدم تعیین صریح قانون حاکم بر قرارداد، ممکن است مرجع رسیدگی‌کننده به اختلاف مربوط، براساس تفسیری که خود از ماهیت قرارداد می‌کند، آن را تابع یکی از سیستم‌های فوق بداند؛ یعنی در چنین حالتی، طرفین قرارداد تعیین قانون حاکم را در اختیار مرجع رسیدگی‌کننده گذاشته‌اند. البته رویه‌های قضایی و داوری بین‌المللی عمدتاً از آن حاکی است که دولتها در قراردادهایشان با اشخاص خصوصی خارجی، تابع قواعد حقوق بین‌الملل

۱. Independency of States.

۲. Dignity of States.

۳. Equality of States.

ب) ماده (شرط) ثبات قراردادهای

برای ثابت ماندن شروط و مواد اساسی قرارداد و مصونیت یافتن قرارداد از خطرهای غیر معمول تجاری، ماده‌ای در قراردادهای دولتی درج می‌گردد که اصطلاحاً «ماده (شرط) ثبات قرارداد» نامیده می‌شود. در حقیقت، این ماده (شرط) باید حقوق طرفین قرارداد را تثبیت کند، اما عملاً طرف دولتی را از توسل به قدرت قانون‌گذاری و اجرایی خود برای تغییر شرایط یا فسخ قرارداد به طور یک جانبه منع می‌کند؛ بنابراین، اگرچه شرط ثبات قرارداد، شخص خصوصی خارجی را از مداخله و تصمیم‌گیری یک جانبه درباره شرایط قرارداد باز می‌دارد، عملاً مانعی است برای دولت طرف قرارداد مبنی بر اینکه مقررات و قوانین جاری کشورش را که به هر شیوه‌ای با قرارداد ارتباط دارد، همچنان بسان زمان انعقاد قرارداد، ثابت نگهدارد و به هیچ عملی که به تغییر وضعیت و شرایط قرارداد منجر شود، اقدام نکند. در نتیجه، این شرط، دولت را از دست یازیدن به اقدامهایی نظیر ضبط، مصادره یا ملی کردن اموال و منافع طرف دیگر قرارداد (شخص خصوصی خارجی) منع می‌کند.

معمولاً در ماده ثبات قرارداد، برای تجدید مذاکرات بین طرفین، پیش‌بینی‌های لازم به عمل می‌آید که طبق آن، طرفین در مواعدهای معینی به بررسی مجدد شروط مهم و اساسی قرارداد می‌پردازند و آنها را با شرایط و اوضاع جدید تطبیق می‌دهند. ماده مذکور، مزایای دیگری نیز دارد؛

۱. برای مثال، رویه‌های بین‌المللی نسبتاً زیادی وجود دارد که پیش‌بینی روش حل اختلاف به وسیله داور بین‌المللی، وجود شرط ثبات، اشاره به اصولی چون حسن نیت و حسن اراده در اجرای قرارداد در قراردادهای دولتی، این برداشت را برای مراجع رسیدگی کننده به دعوا ایجاد کرده است که قانون حاکم مورد نظر طرفین، قواعد حقوق بین‌الملل بوده است. مواردی هم وجود دارد که مراجع رسیدگی کننده به اختلاف در قراردادهای دولتی با اعتقاد به اینکه ماهیت موضوع قراردادهای دولتی با قراردادهای خصوصی متفاوت است، آن را تابع قواعد حقوق بین‌الملل یا قواعد حقوقی فرامرزی دانسته‌اند. یادآوری می‌شود که تمایل کشورهای در حال توسعه و نیز قطعنامه‌های سازمان ملل، برخلاف رویه‌های قضایی بین‌الملل، این نظریه را حمایت می‌کند که قراردادهای دولتی باید تابع قانون ملی دولت طرف قرارداد باشد.

۱. به طرفین این فرصت را می‌دهد که هر گاه هر کدام، خسارت و ضرر و زیانی غیر منتظره را احتمال بدهد یا متحمل آن شود، باب مذاکره را با دیگری بگشاید و از آن وضع، جلوگیری کند.

۲. این ماده، خود باعث استحکام قرارداد می‌شود؛ چون دیگر دلیلی برای توسل به اقدامهای یک طرفه برای نقض قرارداد و یا بطلان آن وجود ندارد، به‌ویژه آنکه دولت طرف قرارداد را از مبادرت به اقدامهایی نظیر ملّی کردن یا مصادره موضوع قرارداد منع می‌کند.

درباره تأثیر حقوقی این ماده و اعتبار محدودیتهای حاصل از آن از نظر دولت مربوط، جای بحث و تأمل است. نتیجه آنکه این ماده، قدرت یا اختیار اعمال حاکمیت دولت را (در موارد خاص) محدود می‌کند؛ از این رو، بحث اصلی این است که آیا امکان محدود کردن قدرت حاکمیت یک دولت وجود دارد و اینکه اگر دولتی، خود را به اعمال نکردن قدرت حاکمیتش مقید کند، آیا همیشه در این حالت باقی می‌ماند؟ پاسخ به این سؤالها، احتمالاً مثبت نیست؛ زیرا:

اولاً اصول معتبر و شناخته‌شده بین‌المللی که به دفعات در قطعنامه‌های سازمان ملل هم تأکید شده است، حاکمیت دائمی دولتها را بر منابع طبیعی کشورشان محرز و مسلم می‌داند؛ از این رو، هر قراردادی که در این زمینه‌ها به محدودیت این حاکمیت منجر شود، ممکن است بی‌اعتبار شمرده شود.

ثانیاً یک دولت، مسئول حفظ منافع عمومی کشورش است و هر گاه احساس کند که این منافع، به خطر افتاده یا خواهد افتاد، ممکن است خود را محق بداند که هر قرارداد یا تعهدی را حتی با دربرداشتن ماده ثابت قرارداد، نادیده بگیرد و در جهت خلاف آن یا نقض آن عمل کند که در این صورت، حتی از نظر قواعد حقوقی بین‌المللی نیز بیش از پرداخت غرامت متعارف به طرف دیگر قرارداد، مسئولیتی نخواهد داشت.

بنابراین، برای نمونه می‌توان گفت که مصادره اموال یا منافع اشخاص خارجی (که ممکن است نقض و ابطال قرارداد دولتی را دربرداشته باشد) به دلیل نفع عمومی، موجه و مشروع به شمار می‌رود. در هر حال، وجود ماده ثابت قرارداد در

این شرایط نیز تا حدی، مفید و مورد استفاده شخص خارجی طرف قرارداد خواهد بود؛ برای مثال، در صورت نقض قراردادی که این ماده در آن مندرج است، شخص خصوصی طرف قرارداد، مستحقّ غرامت بیشتری خواهد بود.

ج) شیوه حلّ و فصل اختلافهای طرفین

در قراردادهای دولتی روش حلّ و فصل اختلافها معمولاً به دو صورت پیش‌بینی می‌شود:

۱. شیوه‌های دوستانه (مذاکره مستقیم و به کارگیری مساعی خود).

۲. کمک گرفتن از دیگران (اشخاص ثالث).

در شیوه دوم، در وهله نخست، از راه واسطه و میانجیگری و سپس اقامه دعوا در یک دیوان داوری یا در یک دادگاه قضایی، اختلافها را حلّ و فصل می‌کنند. در برخی از قراردادها ممکن است فقط صورت دوم و فقط مورد اخیر آن برای حلّ و فصل اختلافها به کار گرفته شود.

در سطح بین‌المللی، روش خاص و واحدی برای رسیدگی به اختلافها در قراردادهای دولتی وجود ندارد. همان‌طور که پیش از این گذشت، هیچ دادگاه قضایی یا دیوان داوری بین‌المللی‌ای وجود ندارد که شخص خصوصی بتواند در آنجا علیه یک دولت خارجی اقامه دعوا کند. البته ممکن است بین دولت طرف قرارداد با دولت

۱. در سطح بین‌المللی شاید بتوان به تعداد محدودی از نهادهای بین‌المللی اشاره کرد که اشخاص خصوصی به وسیله آنها می‌توانند علیه دولت خارجی اقامه دعوا کنند، اما محدودیت برای رجوع به آنها به حدی است که عملاً دسترسی قشر زیادی از اشخاص خصوصی از آنها را غیر ممکن می‌سازد؛ از جمله «دادگاه دائمی» داوری (Permanent Court of Arbitration) که نقش فراهم آوردن امکانات اداری و معرفی داورهای واجد شرایط در دعاوی علیه دولت را می‌تواند داشته باشد. رجوع به این دادگاه به مواردی منحصر است که دعوا علیه یک دولت عضو «معاهده ۱۹۰۷ لاهه» (Hague Convention on the Pacific Settlement of Disputes, ۱۹۰۷) باشد.

دیگری، «مرکز بین‌المللی حلّ و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری» (ICSID) است. این مرکز، صرفاً به داوری در دعاوی اشخاص خصوصی علیه دولتی می‌پردازد که دولت طرف دعوا و همچنین دولت متبوع شخص خصوصی (خواهان)، عضو «معاهده حلّ و فصل دعاوی بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر» (مفتوح برای امضا در واشنگتن از ۲۷ اسفند ۱۳۴۳ ه.ش. برابر با ۱۸ مارس ۱۹۶۵ م.) باشند، و ضمناً دعوا هم صرفاً به یک قرارداد سرمایه‌گذاری مربوط باشد، نه قراردادهای دیگر.

متبوع شخص خصوصی خارجی، معاهدات دو یا چند جانبه‌ای حاکم باشد که روش خاصی برای حل اختلافهای قراردادی بین هر یک از دولتها و تبعه دولت دیگر مقرر کند. امروزه، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری متقابل و فراوانی بین دولتهای مختلف وجود دارد که هدف آنها تسهیل سرمایه‌گذاری در بخشهای مختلف کشور هر یک از طرفین معاهده از سوی اتباع طرف دیگر است. در این معاهدات، مقررات مختلفی در خصوص قراردادهای مربوط به سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده است؛ از جمله مقررات ویژه روش حل اختلاف اتباع یک دولت با دولت دیگر در قراردادهای دولتی.

در هر صورت، طرفین قراردادهای دولتی باید روشی برای حل و فصل اختلافهای احتمالی، پیش‌بینی کنند و آن را به صورت یک ماده، در قرارداد بگنجانند. در این صورت، واضح است که طرف دولتی ترجیح می‌دهد که هر دعوی در خصوص قرارداد، در دادگاههای کشورش بررسی شود؛ چراکه دولتها معمولاً صلاحیت دادگاههای کشورهای دیگر را نمی‌پذیرند؛ چون آن را خلاف اصول استقلال، شأن و برابری دولتها می‌دانند. از طرف دیگر، برای شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد نیز پذیرش اینکه دعوايش در دادگاه کشوری رسیدگی شود که دولت آن کشور خود طرف دعواست، سخت خواهد بود. این سختی ممکن است دلایل مختلفی داشته باشد؛ مثلاً آن شخص تصور کند که چنین دادگاهی نمی‌تواند بی‌طرف باشد و دادرسی عادلانه‌ای را برگزار کند، و یا مقررات دادرسی در آن کشور برای وی بغرنج، هزینه‌ساز و وقت‌گیر است.

در خصوص اقامه دعوا در دادگاههای کشور ثالث یا حتی کشور متبوع شخص خارجی طرف قرارداد نیز همان‌طور که قبلاً اشاره شد، این خطر برای وی وجود دارد که دولت طرف دعوا با توسل به اصل مصونیت قضایی دولتها یا نظریه عمل دولتها، به صلاحیت آن دادگاه ایراد وارد کند و آن را از رسیدگی به دعوا باز دارد.^۱

۱. حتی اگر دولت طرف قرارداد به موجب ماده «روش حل و فصل اختلافها» صلاحیت محاکم کشور ثالث را بپذیرد و یا در قرارداد، از «اصل مصونیت دولتها» صرف نظر کند، بین حقوق دانان بین‌المللی در این باره که در چنین شرایطی آیا دادگاههای غیر از کشور دولت خوانده، صلاحیت رسیدگی به دعوا را دارند یا نه، اختلاف نظر وجود دارد.

بنا بر این دلایل و مزیت‌های ذاتی داوری، در قراردادهای دولتی، معمولاً حل اختلافها به شیوه داوری پیش‌بینی می‌شود. با گزینش این روش، طرفین قرارداد موافقت می‌کنند که یک یا چند نفر (داور) که مستقیم یا غیر مستقیم انتخاب می‌کنند، به اختلاف آنها رسیدگی کنند و این رأی برای آنها الزام‌آور باشد. وضعیت و موقعیت طرفین دعوا در مقابل دیوان داوری، یکسان و برابر است و نظریه غالب در سطح بین‌المللی این است که با موافقت ارجاع اختلاف به داوری، دولت طرف دعوا از امتیازهایی که در دادگاههای قضایی کشورش برایش فراهم است، صرف نظر می‌کند؛ یعنی دولت طرف دعوا نمی‌تواند با تمسک به اصول و نظریه‌های بین‌المللی که مانع صلاحیت دادگاههاست، مانع اجرای داوری شود.

در خصوص داوری نیز باید به چند نکته توجه کرد. در یک قرارداد دولتی ممکن است شیوه حل اختلاف به صورت شرط داوری (شرط ارجاع‌دهنده دعوا به داوری) در قرارداد درج شود (شرط ضمن عقد اصلی)^۱ و آیین داوری به هر صورتی که طرفین موافق باشند با جزئیات لازم، در قرارداد مشخص شود. همچنین ممکن است شرط داوری به صورت یک ماده کلی در قرارداد قید شود و سپس برای آیین یا تشریفات داوری به قواعد سازمانها یا مؤسسه‌های بین‌المللی داوری اشاره کرد؛ مثل قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس،^۲ قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (قواعد داوری آنستیرال)^۳ یا دیگر قواعد موجود در مؤسسه‌های داوری بین‌المللی فعلی.^۴ این ارجاع دعوا به داوری را می‌توان در قالب یک توافقنامه مجزا (قرارداد داوری) مشخص کرد که کلیه جزئیات آیین یا تشریفات داوری را دربرگیرد، یا به قواعد داوری سازمان

۱. برای آگاهی از استقلال این شرط از عقد اصلی، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «استقلال شرط داوری»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۹-۲۰، ۱۳۷۶، ص ۲۵۹.

۲. International Chamber of Commerce (ICC).

۳. Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Arbitration Ruled) - Resolution ۳۱/۹۸ Adopted by General Assembly on ۱۵ Dec ۱۹۷۶.

۴. برای مثال، قواعد داوری اتاق بازرگانی استکهلم، دادگاه داوری لندن یا دادگاه داوری سوئیس.

داوری خاصی اشاره کند.

برگزاری داوری را نیز می‌توان براساس شرایط تعیین شده و توافقات طرفین، بر عهده داور یا داوران گذاشت (داوری اختصاصی یا موردی)،^۱ یا آن را به یک سازمان داوری بین‌المللی، مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) یا مراکز داوری مشهور در برخی از کشورها واگذار کرد (داوری سازمانی).^۲

مشخص شدن آیین یا تشریفات داوری (خواه در صورت موردی یا در صورت سازمانی) در قرارداد یا شرط داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. قواعد یا قانون حاکم بر داوری را نیز باید مشخص کرد؛ زیرا یک داور بر خلاف یک قاضی دادگاه که مجبور است آیین دادرسی موجود در کشور خویش را اعمال کند، چنین اجباری ندارد، بعلاوه، چنین آیینی نیز برای او وجود ندارد. وجود داور براساس توافق طرفین است و حدود اختیاراتش نیز از سوی طرفین تعیین می‌شود؛ از این رو، باید براساس توافق طرفین و نیز براساس قواعد یا قوانینی که طرفین تعیین کرده‌اند، عمل کند، در غیر این صورت، باید به گونه‌ای مناسب و مقتضی و با در نظر گرفتن مصلحت طرفین، این قواعد یا قوانین را تعیین کند. در صورت اخیر، بی‌تردید، هم دیوان داوری و هم طرفین، با مشکلاتی روبه‌رو خواهند بود و نتیجه نیز ممکن است برای طرفین یا یکی از آنها خوشایند نباشد. در واقع، تعیین چنین قواعد یا قوانینی با توافق طرفین از قبل، در بسیاری از موارد راهگشا خواهد بود؛ برای نمونه، توافقات قبلی طرفین درباره چگونگی تشکیل دیوان داوری و آغاز داوری و مسائلی که به داوری ارجاع شده است (حدود و اختیارات داور)، تسهیل‌کننده برگزاری داوری خواهد بود.

کمک این دادگاهها در خصوص اقدامهای احتیاطی تأمینی قبل و بعد از آغاز داوری (مثل صدور حکم توقیف و ضبط موقت اموال)، یا در حین اجرای رأی داوری (خصوصاً شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی)، عمدتاً به قانون حاکم بر آیین داوری یا قانون محل داوری بستگی دارد که با مشخص بودن این قانون یا محل داوری، داوری بسیار آسان‌تر برگزار خواهد شد.

۱. Ad hoc Arbitration.

۲. Institutional Arbitration.

تعیین محلّ داوری (مقرّ داوری)^۱ نیز از نکاتی است که باید به آن توجه خاص شود. محلّ داوری ممکن است کشور یکی از طرفین قرارداد یا کشور ثالث باشد.^۲ در تعیین محلّ داوری باید ملاک‌هایی مهم و سرنوشت‌ساز مدّ نظر باشد؛ برای مثال، مترقی بودن قوانین محلّ داوری خصوصاً قوانین مربوط به داوری، عضویت در کنوانسیون‌های بین‌المللی اجرای آرای داوری،^۳ عدم مداخله ناروا در امر داوری (چه از طریق مراجع قضایی و چه از طریق مراجع اجرایی)، همکاری مراجع قضایی محلّ داوری با داور و تسهیل اجرای رأی داوری در محل، وجود اموالی از طرفین یا یک طرف قرارداد (احتمالاً خواننده) در محل و در نهایت، پایین بودن هزینه برگزاری داوری و سهولت رفت و آمد افراد مرتبط با دعوا (سهولت دسترسی به کشور محلّ داوری)، از اموری است که یک کشور را از جایگاه مناسبی برای اجرا یا برگزاری امر داوری برخوردار می‌کند.

باید توجه داشت که امروزه تعیین مقرّ داوری، تأثیر زیادی بر اجرای داوری و اعتبار اقدامها و رأی دیوان داوری دارد؛ چراکه بسیاری از کشورها، طی چند دهه اخیر، دارای قوانین داوری (تجاری) بین‌المللی شده‌اند که بر داوریه‌های انجام‌شده در قلمرو آنها حاکمیت دارد؛ بدین صورت که این داوریه‌های صورت گرفته، در صورتی مورد توافق (انتخاب) آنها و معتبر خواهد بود که در قالب آن قانون بگنجد؛ برای مثال، اگر قواعد و قوانین مورد توافق طرفین، خلاف قواعد آمره آن قانون نباشد، از سوی دیوان داوری، اعمال‌شدنی است، در غیر این صورت، رأی آن داوری از نظر مقرّ داوری، اعتباری ندارد، یا مثلاً قانون محلّ داوری، موارد دخالت یا کمک دادگاههای مقرّ داوری در داوری یا چگونگی و زمان اعتراض به اقدامهای دیوان

۱. Seat of Arbitration.

۲. اگر طرفین قرارداد در خصوص محلّ داوری توافق نکرده باشند، دیوان داوری، این محل را با توجه به خصوصیتی که خود برای طرفین مناسب می‌داند، تعیین خواهد کرد که ضرورتاً به معنای محلّی که مورد رضایت طرفین باشد، نیست.

۳. برای مثال، عضویت کشور محلّ داوری (مقرّ داوری) در عهدنامه ۱۹۵۸ نیویورک درباره شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باعث می‌شود رأی داوری صادرشده در این کشور، در بسیاری از کشورهای دیگر (عضو عهدنامه) براساس قواعد آن عهدنامه که مطلوبیت جهانی دارد، اجرا شود.

داوری و رأی داوری را مشخص می‌کند. خلاصه آنکه اجرای داوری با نظارت و کنترل قانون داوری (تجاری) بین‌المللی کشور مقرر داوری است.^۱

(د) قوه قاهره

اجرای قراردادهای دولتی همان‌گونه که پیش از این گذشت، معمولاً به یک دوره زمانی طولانی نیاز دارد. در این مدت، این احتمال هست که وضعیتهایی به وجود آید که از اراده و کنترل یکی از طرفین خارج باشد و بر اجرای قرارداد از ناحیه او تأثیر گذارد؛ مثلاً بلایایی طبیعی، چون زلزله، سیل، طوفان و... (که اصطلاحاً قضا و قدر الهی نامیده می‌شوند)، یا اعمال انسانی، مانند جنگ، شورش، انقلاب، عملیات خراب‌کاری، تصادفات، تحریمها و... هر یک از این موارد، ممکن است مانع از اجرای کلی یا جزئی قرارداد شود، یا اجرای تعهدات یکی از طرفین را به تأخیر اندازد.

در سیستمهای حقوقی مختلف، چنین وضعیتهایی، عنوانهای حقوقی خاصی دارد؛ مانند «قوه قاهره»^۲ در سیستمهای حقوقی نوشته، «عقیم شدن یا انتفای قرارداد»^۳ در سیستمهای حقوقی عرفی. آثار حقوقی متفاوتی بر این عنوانها اطلاق می‌شود. در صورتی که قرارداد تحت این عنوانها قرار گیرد، سؤالها یا حتی اختلافهایی بین طرفین مطرح خواهد شد که به وضعیت قرارداد و وضعیت خسارتهای وارده به طرف مقابل پس از واقعه مربوط می‌شود. بنابراین، ضرورت دارد طرفهای مذاکره‌کننده به طور خاص، درباره احتمال بروز حالت قوه قاهره در طول اجرای قرارداد تمهیداتی ببینند و تا حد امکان، مصادیق و آثار آن را در قرارداد مشخص کنند.^۴

۱. حقوق دانان داوریهای بین‌المللی بر آن‌اند که ضرورتی ندارد داوریهای بین‌المللی به قانون مقرر داوری وابسته باشد، بلکه امکان دارد براساس قواعد بین‌المللی، داوریهای بین‌المللی نیز اجراشدنی و معتبر باشد.

۲. Force Majeure.

۳. Frustration.

۴. برای آگاهی بیشتر در این باره، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد»، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶، ص ۹۷.

نتیجه گیری

از آنچه تاکنون مطرح گردید، می توان دریافت که در تهیه پیش نویس و تنظیم یک قرارداد دولتی، مشکلات و ملاحظات خاصی وجود دارد. این قراردادها غالباً به منافع عمومی یک کشور و منابع ملی و حیاتی آن مربوط می شود و نمی توان آنها را با قراردادهای ساده بین افراد خصوصی مقایسه کرد و نمی توان آنها را بی تأثیر از عوامل سیاسی، اقتصادی و اجتماعی آن کشور دانست. بعلاوه، طرف دیگر این قراردادها شخص خصوصی خارجی است که غالباً از توان مالی زیادی برخوردار است که می تواند بر امور سیاسی، اقتصادی و اجتماعی آن کشور تأثیر گذار باشد.

طرفین این قراردادها به فکر تأمین حداکثر سود و منافع خود هستند. دولتهای مربوط، به ویژه دولتهای کشورهای در حال توسعه، خود را به چنین قراردادهایی نیازمند می بینند؛ زیرا درآمد حاصل از موضوع این قراردادها که عموماً پروژه های بسیار بزرگ و ملی است، معمولاً قسمت عمده ای از بودجه دولت را تأمین می کند و نیز برای ادامه طرحهای اقتصادی دیگر و کمک به بهبود و توسعه شرایط اقتصادی و اجتماعی آن کشور از اهمیت بالایی برخوردار است. شخص خصوصی خارجی نیز در صدد کسب بهره کامل خود است و ممکن است برای اجرای قرارداد به سرمایه گذاری عمده ای در کشور طرف قرارداد اقدام کند و امکانات و وسائل بسیار زیادی را به داخل کشور مربوط انتقال دهد و آنها را به کار گیرد. بنابراین، هر دو طرف قرارداد منطقاً باید مراقب منافع خویش باشند و اقدامهای لازم را برای تنظیم قرارداد به عمل آورند به گونه ای که در اجرا با اشکال و مانع مواجه نگردند و در صورت نقض احتمالی یا سوء استفاده از آن از سوی یک طرف، حقوق طرف دیگر محفوظ بماند.

امروزه بسیاری از دولتها به دلایل مختلفی از جمله به لحاظ شهرت بین المللی و نفع اقتصادی خود در انعقاد قراردادهای دولتی و جلب سرمایه های خارجی، برخورد رفتارشان نسبت به طرف دیگر منطقی و منصفانه است، خصوصاً با این فرض که اشخاص خصوصی خارجی با اغراض سیاسی و استعماری یا استثمارگری وارد قرارداد

نمی‌شوند و در عین حال که در صدد تأمین منافع مادی خود می‌باشند، در پیشبرد اقتصادی کشور طرف قرارداد نیز مشارکت دارند؛ بنابراین، در کنار حفظ حسن تفاهم و حسن رفتار طرفین نسبت به یکدیگر، با مطالعه و آمادگی کافی و با اطمینان از اینکه طرفین از کلیه مشکلات و موانع آگاهی یافته و آنها را درک کرده‌اند و سرانجام، با تنظیم قراردادی جامع، صریح و روشن، می‌توان نگرانیها و خطرهای احتمالی را از میان برداشت. با وجود این، نباید انتظار داشت که به کلی هیچ مشکلی در آینده بروز نخواهد کرد. با تدابیر حقوقی و قضایی مناسب و حمایت طرفین به گونه‌ای که در این نوشتار گذشت، می‌توان کمترین مشکل در اجرای قرارداد و حلّ عادلانه اختلافها را انتظار داشت.

به نظر می‌رسد در مذاکره برای تنظیم و انعقاد یک قرارداد دولتی جامع باید نخست، خواسته طرف دولتی یا موضوع قرارداد و سپس توانایی شخص خصوصی خارجی و در صورت لزوم، نکات توجیهی او از قرارداد به روشنی مطرح کرد و در مرحله بعد، مسائل و مشکلات انعقاد و اجرای قرارداد تبیین گردد. بنابراین، در غالب موارد مناسب خواهد بود پس از طی این مراحل، دولت طرف قرارداد، یک نمونه از قرارداد را که تمامی نکات مهم و ضروری موضوع قرارداد را در بر داشته باشد، ترسیم کند و آن را اساس و مبنای تنظیم قرارداد خود با شخص خارجی قرار دهد. تحقق این امر ممکن است یک دستورالعمل فراهم شده از قبل برای شخص خصوصی باشد که با فکر و اندیشه‌ای مشخص وارد قرارداد با دولت شود، و از این جهت که قرارداد در یک فرصت مناسب و با شفافیت کافی تنظیم می‌شود، از هرگونه سوء تفاهم و بسیاری از اختلافها در آینده جلوگیری کند؛ بدین ترتیب، طرفین به منظور ایجاد جوّی تفاهم‌آمیز گام برداشته و نیز زمینه را برای هرچه بهتر و عادلانه‌تر شدن مبادلات تجاری-اقتصادی بین‌المللی فراهم می‌کنند.

مفهوم و جایگاه تقصیر

در مسئولیت مدنی قهری و قراردادی

- حمیدرضا اصلانی^۱
- دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

مسئولیت مدنی به دو شاخه قهری و قراردادی تقسیم می‌شود. مسئولیت مدنی قهری به نقض تعهدات قانونی یا عرفی شخص در عرصه اجتماع اختصاص دارد، اما مسئولیت مدنی قراردادی به جبران خسارت‌های ناشی از نقض تعهد قراردادی ناظر است. مفهوم و نقش تقصیر در این دو گونه مسئولیت، از مسائلی است که به لحاظ عدم صراحت قوانین و مقررات مربوط از یک سو و قانونگذارهای متشتت و پراکنده از سوی دیگر، همواره مورد اختلاف حقوق‌دانان بوده است. تبیین مفهوم تقصیر و همچنین نقش تقصیر در تحقق مسئولیت در این دو حوزه، مسئله‌ای کلیدی و تعیین کننده در روشن ساختن نقاط اشتراک و افتراق دو نوع مسئولیت مدنی قهری و قراردادی است. همچنین تفاوت نقش این دو قسم از حیث اثبات تقصیر نیز ممکن است به

تنقیح بحث کمک کند. در این مقاله این مباحث با نگاهی مقایسه‌ای و انتقادی بررسی می‌شود. همچنین در برخی از مسائل مهم، نظری گذرا به حقوق انگلیس افکنده می‌شود.

کلید واژگان: مسئولیت مدنی، تقصیر، جبران خسارت، حقوق مدنی.

مقدمه

حقوق مسئولیت مدنی شاخه‌ای از دانش حقوق است که به رغم قدمت مباحث آن، هنوز هم مسائل پیچیده‌ای دربردارد که حل آنها به تحلیل علمی و دقیق حقوق دانان و ارباب فن نیازمند است. از مهم‌ترین این مباحث، نحوه تعامل و همچنین جایگاه دو شاخه از مسئولیت مدنی؛ یعنی مسئولیت مدنی قهری و قراردادی در مقایسه با یکدیگر است.

امروزه به رغم پاره‌ای تردیدها و مخالفتها، تمایز میان این دو شاخه از مسئولیت مدنی تقریباً پذیرفته شده است. از مهم‌ترین آثار پذیرش این امر، سنگین تر شدن بار مسئولیت علمی حقوق دانانی است که با این نظر همداستان شده‌اند؛ زیرا توجه و تحلیل علل و مبانی و همچنین آثار این افتراق و جدایی، وظیفه‌ای دشوار است. در نوشتار حاضر با فرض پذیرفتنی بودن چنین تفکیکی، برآنیم تا یکی از وجوه مورد بحث تمایز میان مسئولیت مدنی قهری و قراردادی را بررسی کنیم.

آنچه در این مقاله بررسی می‌شود، جایگاه و نقش تقصیر در مسئولیت مدنی قهری و قراردادی است. این بحث از آنجا ناشی می‌شود که به اعتقاد برخی حقوق دانان و صاحب نظران در مسئولیت مدنی قهری، «تقصیر» زیان‌زننده در ارتکاب فعل زیانبار، اساس و بنیان مسئولیت است و سرپیچی از آن، امری استثنایی و خلاف قاعده می‌باشد که نیازمند دلیل یقینی است؛ از این رو تقصیر زیان‌زننده، شرط مسئولیت اوست، اما در مسئولیتهای قراردادی، از آنجا که قرارداد، قانون خصوصی طرفین است و اراده ایشان بر این امر دائر گشته که عدم حصول نتیجه معهود در قرارداد برای متعهد، ضمان آور باشد، به اثبات تقصیر متعهد قراردادی نیازی نیست و عدم ایفای تعهد قراردادی خود، تقصیر یا دست کم اماره‌ای بر تقصیر است. گذشته از آنکه این نظریه‌ها با وسعت و شمولشان، توانایی پاسخگویی به همه مسائل و فروع بحث را ندارد و تعدیل و تنسیق آنها با شرایط و اوضاع خاص حاکم

بر هر گونه از دعاوی، ضروری است، به نظر می‌رسد تبیین مفهوم تقصیر و آثار آن و در نتیجه، تبیین چگونگی وظیفه اثبات آن در هر یک از دو شاخه مسئولیت مدنی بتواند کمک شایانی به جایگاه نقش تقصیر در این بحث کند.

مفهوم تقصیر در مسئولیتهای مدنی قهری و مقایسه آن با مسئولیتهای مدنی قراردادی و چگونگی اثبات تقصیر در هر یک از این دو حوزه را در دو فصل بررسی می‌کنیم.

هدف این مقاله، در درجه نخست، شناسایی وضعیت بحث در حقوق داخلی است، نه انجام دادن یک تحقیق تطبیقی؛ از این رو، اشاره به حقوق خارجی تنها صبغه مقارنه و تقریب موردی دارد؛ زیرا انجام دادن یک کار تطبیقی در این موضوع در قالب یک مقاله و در عین حال، جامع تقریباً غیر ممکن است.

مفهوم تقصیر (تخلف)

برای شناسایی وجوه افتراق و یا اشتراک مسئولیت مدنی قراردادی و قهری از حیث تقصیر، نخستین و بهترین راه حل، تشخیص ماهیت و جوهره ذاتی این مفهوم در هر یک از این دو حوزه می‌باشد؛ از این رو، آن را در دو مبحث پی می‌گیریم.

تقصیر در مسئولیت قراردادی

به رغم بدهت اولیه مفهوم واژه «قرارداد»، بحث و اختلاف نظر در دایره شمول و گستره آن بسیار است.^۱ با این حال، با توجه به موضوع مقاله از پرداختن به مباحث فنی در این خصوص که در میان اهل فن رواج دارد، پرهیز کرده، این واژه را در عام‌ترین و فراگیرترین مفهوم خود، یعنی «عمل انشایی دوجانبه الزام آور که نتیجه آن، ایجاد اثر یا رابطه حقوقی میان طرفین باشد، بررسی می‌کنیم.^۲

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ هشتم، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۵۳۲؛

سیدمرتضی قاسم‌زاده، *مبانی مسئولیت مدنی*، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۲۹ به بعد.

۲. با لحاظ کردن همین تعریف، هر جا واژه‌های معادل «قرارداد» را به کار می‌بریم، همین مفهوم را مد نظر داریم.

از مهم‌ترین اصول حاکم بر قراردادهای «اصل لزوم» است. این اصل، نه تنها از اصول مسلم فقهی در فقه امامیه و بالتبع، در نظام حقوقی ایران به عنوان یک حقوق استنادپذیر است، بلکه در قانون مدنی نیز البته به شکلی محدودتر، پذیرفته شده است (ماده ۲۱۹ ق.م.). مفهوم این اصل، از یکسو، مؤید خلاف قاعده و استثنایی بودن امکان برهم زدن و انحلال یکجانبه عقود است و از سوی دیگر، مفید لازم‌الاتباع بودن مفاد مطلق قراردادهاست، حتی قراردادهای جایز و فسخ‌پذیر تا زمان بقای آنها.^۱ بر اساس این، ایفای تعهدات و تکالیفی که هر یک از طرفین قرارداد به صورت مستقیم (مثل حمل بار در قرارداد حمل و نقل) یا غیر مستقیم (مثل تکلیف بایع به تسلیم مبیع) بر عهده گرفته‌اند، بر هر یک از آنها لازم است. از آنجا که در عالم حقوق، تکلیف بدون ضمانت اجرا اصولاً بی‌فایده و بی‌ثمر است؛ از این رو، سرپیچی از این تکلیف برای متخلف، ضمان آور است و این، معنای عام مسئولیت مدنی قراردادی است (مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ ق.م.). یادآوری می‌کنیم که آنچه در این مقاله، به عنوان مسئولیت قراردادی بحث می‌شود، تنها ضمان متعهد به جبران زیانهای ناشی از پیمان‌شکنی خودش است، نه استرداد و یا در موارد مصرح قانونی، تقسیط و مواضعه در عوض قراردادی؛ زیرا مبنای این دو تکلیف با یکدیگر کاملاً متفاوت است.

توضیح اینکه فرض استنکاف متعهد از ایفای تعهد به دو شکل متصور است: نخست، خودداری او از انجام دادن تعهد به طور کلی (عدم ایفای حتی جزئی از تعهد) و دوم، ایفای تعهد به طور ناقص یا در شرایطی غیر از آنچه میان طرفین مقرر بوده است.

در فرض نخست، بنا بر ادله‌ای که بزودی بررسی می‌کنیم، متعهد متخلف، نه تنها باید خسارتهای ناشی از نقض عهد خود را جبران کند، بلکه در صورتی که عوض قراردادی را پیشتر دریافت کرده باشد، با انحلال عقد (مثلاً در اثر اعمال خیار تخلف

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: سیدمصطفی محقق داماد، «اصل لزوم در عقود و مجاری آن در فقه امامیه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۲-۱۱، ۱۳۷۲-۱۳۷۱، ص ۴۵.

از شرط از سوی طرف مقابل به موجب ماده ۴۴۴ ق.م.ا. به بازگرداندن عوض دریافتی مکلف می‌باشد. در فرض دیگر نیز در صورتی که متعهد، تعهدش را به طور ناقص اجرا کند (مثل نقاش ساختمانی که نیمی از ساختمان را رنگ آمیزی کند)، ممکن است متعهدله عمل انجام شده را به عنوان بخشی از متعهدبه، قبول کند که در این صورت، مطابق ملاک مواد ۴۴۱ و ۴۴۲ ق.م.ا. عوض تقسیط می‌شود. همچنین متعهدله می‌تواند با استناد به خیار تبعض صفقه، کل عقد را فسخ کند که در این صورت، طبق قاعده تقابل عوضین، باید عوض دریافتی مسترد شود.^۱

برای حصول و ثبوت مسئولیت مدنی قراردادی، حداقل وجود سه شرط ضروری است: نخست، وجود قراردادی معتبر و لازم‌الاتباع میان طرفین؛ دوم، خودداری متعهد از ایفای تکلیف خود به نحو معهود؛ سوم، وارد شدن زیان و خسارتی از نقض عهد متعهدبه شخص متعهدله یا معین بودن خسارت ناشی از این نقض عهد میان طرفین.^۲

در بحث حاضر از این سه شرط، شرط دوم را (خودداری متعهد از ایفای تعهد) بررسی می‌کنیم؛ زیرا این شرط ممکن است منبع وارد شدن زیان به متعهدله قراردادی باشد. البته توضیح این نکته ضرورت دارد که حسب فرض اولیه، طرفین قرارداد، عوارض، اوصاف و قیود متعهد به قراردادی را در روابط بین خود دقیقاً تعیین می‌کنند و حتی در صورت فقدان چنین اوصافی در قرارداد طبق مواد ۲۲۴ و ۲۲۵ ق.م.ا. این اوصاف از طریق تفسیر قرارداد قابل وصول می‌باشد؛ از این رو، عدم ایفای تعهد قراردادی را نه تنها می‌توان به پرهیز کامل از انجام تکلیف قراردادی (که قدر متیقن از تقصیر قراردادی است) ناظر دانست، بلکه ایفای تعهد به نحوی که فاقد اوصاف معهود باشد، نیز با اجتماع سایر شرایط لازم تقصیر قراردادی خواهد بود.

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، به نشر، ۱۳۶۹ ش، ج ۵، ص ۸۹۷ و ۱۰۴۶؛ سیدحسن امامی،

حقوق مدنی، چاپ شانزدهم، اسلامی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۵۱۷.

۲. برخی حقوق دانان، شرایط حصول مسئولیت قراردادی را دو شرط ذکر کرده‌اند که به نظر می‌رسد تحلیل دقیق این نظر، مؤید آن است که این دو شرط در واقع، به سه شرط مورد اشاره تحلیل‌پذیر است. ر.ک: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمنان فهری - مسئولیت مدنی)، چاپ دوم، دانشگاه

تهران، ۱۳۶۹، ص ۱۸.

یادآوری این نکته نیز ضروری است که مراد از واژه «تقصیر» در این مباحث، صرف عدم ایفای تعهد (مفهوم عام تقصیر) می‌باشد، نه عنصر معنوی فعل زیانبار (عمد یا بی احتیاطی و...) که این مفهوم اخیر را می‌توان در مسئولیت مدنی قراردادی، «مفهوم خاص تقصیر» نامید.

حال به بررسی صور مختلف تقصیر قراردادی و استثنائات آن می‌پردازیم و متعاقباً مبنا و معیار تقصیر قراردادی و در پایان نیز نقش آن را در مسئولیت قراردادی بحث می‌کنیم.

صور مختلف تقصیر قراردادی (مفهوم عام تقصیر)

قرارداد، قانون خصوصی طرفین است و در حدود مدلول خود که مخلوق اراده انشایی طرفین است، بر روابط ایشان حکومت دارد؛ از این رو، ایفای تعهد قراردادی طبق مفاد قرارداد بین دو طرف بهترین راه براءت ذمه متعهد است و اصولاً هرگونه تخلفی ولو جزئی از مفاد آن، به منزله نقض عهد بوده و برای متخلف، ضمان به همراه دارد. هرچند این حکم در حقوق ایران با چنین صراحتی در نصوص قانونی پیش‌بینی نشده است، از مفاد ماده ۲۲۱ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر کسی تعهد بر اقدام به امری را بکند و یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارات طرف مقابل است...» می‌توان حکم مشابهی را استخراج کرد. با این توضیح که هرگونه تخلف متعهد در مقام ایفای تعهد باعث می‌شود که نتوان آنچه او بجای آورده است، جزئاً یا کلاً، منطبق با عمل معهود تلقی کرد؛ از این رو، او متخلف به شمار آمده و مشمول ماده فوق قرار می‌گیرد.

این قاعده در حقوق انگلیس نیز تقریباً به همین شکل، پذیرفته شده است و قاعده بنیادین در مبحث اجرای تعهد قراردادی را «انجام دادن عمل معهود به صورتی که دقیقاً با شرایط مقرر در قرارداد منطبق باشد»^۱، دانسته شده است.^۲

ممکن است تخلف از مفاد قرارداد، صور مختلفی داشته باشد. این مفهوم در

۱. Strictly in accordance with the terms of contract.

۲. Paul Richards, *Law of Contract*, ۴th ed., Pitman Publishing, ۱۹۹۹, p.۲۶۷.

کامل‌ترین شکل خود، فرضی را شامل می‌شود که متعهد قراردادی نه‌تنها عمل مورد تعهد را ایفا نمی‌کند، بلکه قصد ایفای آن را در آینده، ولو به طور ناقص نیز ندارد، یا آنکه در مقام ایفای تعهد، ماهیتی را که با ماهیت معهود مغایر است، ایفا می‌کند که این فرض نیز به لحاظ آنکه به هیچ‌وجه ایفای تعهد به شمار نمی‌رود، تخلف قراردادی می‌باشد. این فرضها هرچند از لحاظ نظری، شکل اکمل عدم ایفای تعهد می‌باشد، آنچه بیشتر در عمل رخ می‌نماید، تعرض به اوصاف، شروط یا قیود عمل معهود است، نه خودداری از ایفای کلی آن؛ از این رو، ذیلاً به بررسی این موارد می‌پردازیم.

«کمیت عمل یا کالایی» که ایفای آن به موجب قرارداد بر عهده متعهد است، از مهم‌ترین اوصافی است که عدم رعایت آن از سوی متعهد به منزله نقض تعهد بوده و برای او ضمان‌آور است. این مفهوم از مواد ۲۷۷ و ۲۲۱ ق.م. که مطلق تخلف از مفاد قرارداد را ضمان‌آور تلقی کرده و متعهدله را در عدم پذیرش جزء متعهدبه مختار دانسته است، استفاده می‌شود. روشن است که معیار در تشخیص تخلف از کمیت معهود، محاسبات و سنجشهای میکروسکوپی نیست و همچنین در مقام تشخیص، این امر، نباید معیار عرف را به نحو مطلق، مفسر اراده طرفین دانست، بلکه بهترین راه حل، جمع بین این دو معیار شخصی و عینی است؛ یعنی اینکه عرف با لحاظ مفاد قرارداد، آیا کمیت ایفا شده را منطبق با قرارداد تلقی می‌کند یا خیر؟ مشابه این حکم در حقوق انگلستان نیز پذیرفته شده است.^۱ از سوی دیگر، ایفای تعهد، نه‌تنها دربرگیرنده خود موضوع تعهد (ماهیت ذاتی آن) است، بلکه اجزا و توابع آن را نیز شامل می‌شود و عدم رعایت این حکم نیز ممکن است مسئولیت قراردادی به دنبال داشته باشد (ملاک مواد ۳۸۳ و ۳۵۶ و ۲۲۵ و ۲۲۰ ق.م.).

«کیفیت عمل معهود» نیز هرچند به راحتی قابل سنجش و اندازه‌گیری نیست، لیکن در صورتی که طرفین در قرارداد بین خود، نسبت به آن تعیین تکلیف کرده باشند، باید متابعت شود و تخلف از آن ضمان‌آور است. این مهم در قلمرو قراردادها تا بدانجا گسترش دارد که حتی برتر بودن کیفیت آنچه ایفا می‌شود،

۱. Paul Richards, Ibid.

نسبت به آنچه بر عهده متعهد بوده است، نمی توان مستمسکی برای الزام متعهدله به پذیرش کار یا مالی غیر از موضوع تعهد دانست (ماده ۲۷۵ ق.م. و حتی این گونه ایفای تعهد نیز نقض عهد و ضمان آور است.

در این خصوص نیز قانون گذار در ماده ۲۷۹ ق.م. مقرر می دارد: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد، متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفا کند، لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب است، نمی تواند بدهد.» این حکم قانون گذار به منزله حاکمیت معیار عرف در تشخیص ایفای تعهد با کیفیت معهود یا عدم آن است. همچنین در مواردی که موضوع تعهد، تسلیم عین شخصی است، فقدان کیفیت معهود موجب می شود که نتوان تعهد را ایفا شده دانست؛ از این رو، قانون گذار، خیار تخلف وصف را برای طرف زیان دیده از این تخلف مقرر کرده است.

«شخص» یا «شخصیت ایفا کننده تعهد»؛ ممکن است متعهد در مواردی نخواهد یا نتواند خود، شخصاً به ایفای مدلول تعهد قراردادیش قیام کند. در چنین فرضی، سؤال این است که آیا شخص دیگری می تواند تعهد را ایفا کند و متعهد را از مسئولیت قراردادی برهاند یا هرگونه تغییر در شخص متعهد به منزله تقصیر قراردادی متعهد و برای او ضمان آور است؟

در پاسخ به این سؤال، باید میان این دو فرض تفکیک قائل شد. فرض نخست، صورتی است که ماهیت عمل و تعهد به گونه ای است که خصوص شخص متعهد مورد نظر متعهدله و قید مطلوب باشد. در چنین صورتی، تردیدی نیست که عدم ایفای تعهد از جانب متعهد ولو آنکه شخص دیگری حاضر به ایفای آن باشد، تقصیر قراردادی و در نتیجه برای متعهد ضمان آور است. اما در صورتی که فعل معهود از افعالی نباشد که خصوص شخص متعهد در ایفای آن مد نظر متعهدله باشد، این اختلاف هست که آیا می توان با ایفای عمل از جانب غیر، ذمه متعهد را بری دانست یا آنکه حتی در چنین صورتی نیز تقصیر قراردادی او محقق است؟ در این خصوص، باید گفت اگر طرفین قرارداد به رغم آنکه انجام دادن فعل معهود از سوی متعهد، خصوصیتی ندارد، صریحاً در قرارداد، لزوم ایفای آن را از سوی شخص مزبور شرط بدانند، تردیدی نیست که تخلف از این امر، تقصیر قراردادی

متعهد را به دنبال دارد. در این باره، ماده ۲۶۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد، به وسیله دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له». اما در فرضی که چنین تصریحی وجود ندارد، بنا بر اجازه حاصل از منطوق ماده ۲۶۷ و مفهوم مخالف ماده ۲۶۸ ق.م. ایفای تعهد از جانب شخصی غیر از متعهد نیز صحیح^۱ و بری‌کننده اشتغال ذمه اوست و نمی‌توان عدم ایفای تعهد از جانب مدیون را در چنین فرضی، تقصیر قراردادی تلقی کرد.

«زمان ایفای تعهد» نیز از قیود و اوصافی است که عدم رعایت آن به شکل مندرج در قرارداد یا به صورتی که تفسیر قرارداد بدان حکم می‌کند، ممکن است موجد این سؤال باشد که آیا تخلف از قرارداد، تقصیر قراردادی و ضمان آور است یا آنکه وضعیت به گونه دیگری است؟

در این خصوص، باید میان دو فرض تفکیک قائل شد. در فرض نخست، طرفین در قرارداد، زمان خاصی را برای اجرای تعهد مقرر نکرده باشند و البته از طریق قواعد تفسیر (نظیر: مواد ۲۲۵ و ۲۲۴ و ۲۲۰ ق.م.) نیز نمی‌توان زمانی را برای ایفای تعهد تعیین کرد (با این توضیح که اصل، در صورت سکوت طرفین، لزوم اجرای فوری قرارداد است). در چنین فرضی طبق حکم مندرج در ماده ۲۲۶ ق.م. برای حکم به ثبوت ضمان ناشی از نقض تعهد قراردادی، لازم است که متعهدله دو امر را به اثبات برساند:

۱. داشتن اختیار تعیین موقع ایفای تعهد؛

۲. مطالبه انجام دادن تعهد.^۲

۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۱۶؛ سیدعلی حائری شایبغ، شرح قانون مدنی، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۵۵.

۲. البته از آن جهت که برای احراز هر شرطی، اثبات آن ضروری است و قانون مدنی نیز قانون ماهوی ناظر بر جنبه‌های ثبوتی قضیه است و لزوم اثبات آن، امری بدیهی است؛ از این رو، حکم قانون‌گذار در ماده مزبور مبنی بر اینکه متعهدله باید مطالبه انجام دادن تعهد را به عنوان شرط مسئولیت طرف مقابل اثبات کند، حکمی زائد است و کافی بود که قانون‌گذار صرف مطالبه را شرط مسئولیت معرفی می‌کرد، نه اثبات مطالبه را. (مهدی شهیدی، حقوق مدنی (آثار قراردادهای و تعهدات)، مجمع علمی و فرهنگی مجلد، چاپ اول، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۲۲۳).

فقدان هریک از این دو شرط، طبق مفهوم ماده ۲۲۶ ق.م. به رهایی متعهد از مسئولیت منجر می‌شود. البته برخی معتقدند در این فرض، تفویض اختیار تعیین موقع ایفای تعهد به متعهدله باید بر مهلت عرفی حمل شود، در غیر این صورت، اگر این مهلت نامحدود تلقی شود، مورد تعهد مجهول خواهد بود.^۱

فرض دوم، زمان یا ظرف زمانی خاصی برای ایفای تعهد میان طرفین مقرر شده باشد. در چنین فرضی، مسئولیت مدنی قراردادی متعهد به انقضای مدت مقرر منوط است، لکن در چنین فرضی، مطالبه انجام دادن تعهد از سوی متعهدله، شرط مسئولیت متعهد نیست^۲ و صرف انقضای مدت و عدم ایفای تعهد برای مسئول شناختن متعهد کافی است.^۳

نکته جالب توجه اینکه مقید بودن تعهد به زمان به نحو وحدت یا تعدد مطلوب که در برخی آثار در مبحث ایفای تعهدات قراردادی بررسی شده است، در بحث حاضر منشأ اثر نیست؛ زیرا مراد از طرح این بحث در این آثار، تعیین ایفا یا عدم ایفای تعهد قراردادی برای مشخص شدن استحقاق یا عدم استحقاق متعهد نسبت به عوض قراردادی است، در حالی که در بحث حاضر حتی در فرضی که مورد تعهد از حیث زمان در زمره مواردی باشد که تعدد، مطلوب تلقی می‌شود، باز هم عدم ایفای تعهد در زمان مقرر مسئولیت مدنی قراردادی متعهد (البته در حدود خسارتهای وارده) را به دنبال دارد.

مشابه این وضعیت در حقوق انگلستان نیز وجود دارد؛ زیرا طبق قواعد «کامن‌لا» و همچنین ماده ۴۱ قانون اموال مصوب ۱۹۲۵ م. که در دعاوی متعدد در مجلس اعیان نیز تأیید شده است، زمان ایفای تعهد، برای تعهد اصولاً یک قید اساسی است، مگر در مواردی که خلاف آن از سوی طرفین مقرر شود. نتیجه این حکم، امکان فسخ قرارداد و مطالبه خسارتهای ناشی از عدم رعایت این قید است و در مواردی نیز که زمان قید اساسی برای تعهد به شمار نیاید (تعدد مطلوب)، نیز هر چند امکان

۱. همان، ص ۲۲۴.

۲. ر.ک: ماده ۲۲۶ ق.م.

۳. سیدعلی حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، ج ۱، ص ۲۰۵.

فسخ قرارداد منتفی است، امکان مطالبه خسارات^۱ پابرجاست.^۲

«مکان ایفای تعهد» نیز از اوصاف و قیود وابسته به تعهد است که عدم رعایت آن از سوی متعهد ممکن است به مسئولیت قراردادی او منجر شود. بنابراین اگر طرفین قرارداد، طبق حکم مقرر در ماده ۲۸۰ ق.م. محلّ خاصی را معین کرده باشند، ایفای تعهد باید در همان محل صورت گیرد، در غیر این صورت، محلّی که بنا به عرف جاری معاملات، مشابه محلّی که باید معین شود، ملاک عمل است. البته در صورت فقدان چنین عرفی، محل انعقاد قرارداد، محلّ اجرای تعهدات ناشی از آن می‌باشد. هر چند ماده ۲۸۰ ق.م. درباره مسئولیت قراردادی متعهد در صورت تخلف وی در ایفای تعهد در مکان مشخص شده به شرح مقرر در این ماده، حکمی ندارد، لکن با توجه به ماده ۲۲۱ ق.م. که مطلق تخلف از تعهد قراردادی را ضمان آور دانسته است، مسئولیت متعهد در صورت عدم ایفای تعهد در محلّی که به موجب ماده ۲۸۰ ق.م. معلوم می‌شود، تردیدناپذیر است.

مبنای تشخیص تقصیر قراردادی

یادآوری می‌شود که برای مسئولیت قراردادی متعهدله، اصولاً به اثبات تقصیر متعهد (مفهوم خاص تقصیر) در عدم ایفای تعهد نیازی نیست، مگر در موارد استثنایی و مصرّح (نظیر عقود امانی)، و متعهد طبق مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. تنها در صورت اثبات دخالت حادثه خارجی در وقوع زیان از مسئولیت تبرئه می‌شود؛ بنابراین، زیان دیده طبق این مواد به اثبات تقصیر زیان‌زننده نیازی ندارد. برخی بزرگان در این مسئله، به لزوم تحقق عنصر تقصیر برای تحقق مسئولیت قائل شده‌اند؛ اگرچه وجود آن را در نظر قانون‌گذار مفروض تلقی کرده و متعهدله را بی‌نیاز از اثبات دانسته‌اند.^۳ اما به نظر می‌رسد این وضعیت حقوقی، مؤید عدم دخالت عنصر تقصیر (در مفهوم خاصش) در مرحله ثبوت و تحقق مسئولیت مدنی قراردادی در مطلق تعهدات

۱. Damages.

۲. J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, ۲۷th ed., Oxford University Press, ۱۹۹۸, p. ۴۷۶.

۳. ر.ک: مهدی شهیدی، *حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)*، ج ۳، ص ۶۳، ۶۶، ۱۹۹ و ۲۳۷.

است؛ هر چند لزوم تحقق عنصر تقصیر در عقود خاصی (نظیر عقود امانی) از تصریح قانون‌گذار از یک سو و اعمال قواعد و اصول خاص (نظیر قاعده ائتمان) از سوی دیگر ناشی می‌شود.

دلیل این ادعا آن است که اولاً: اگر قانون‌گذار لزوم وجود مفهوم خاص تقصیر را در مسئولیت مدنی قراردادی همچون مسئولیت مدنی قهری ضروری می‌داند، بدان تصریح می‌کرد،^۱ اما با آنکه در مقام بیان بوده است، چنین حکمی را مقرر نکرده است.

ثانیاً: مفروض تلقی شدن تقصیر متعهد قراردادی این تالی فاسد را دارد که اثبات عدم تقصیر،^۲ اصولاً باید موجب براءت متعهد قراردادی شود، در حالی که قانون‌گذار چنین حکمی را نپذیرفته است و تنها اثبات دخالت حادثه خارجی را که تنها یکی از صور عدم تقصیر متعهد است، موجب براءت او دانسته است و اثبات مطلق بی‌تقصیری و به‌کارگیری احتیاطات لازم را زائل‌کننده مسئولیت متعهد قراردادی تلقی نکرده است.

بنابراین به نظر می‌رسد تنها در صور خاصی از مسئولیت قراردادی (نظیر عقود امانی)، تحقق تقصیر (به مفهوم خاص کلمه) شرط مسئول شناخته شدن متعهد است، اعم از اینکه وظیفه اثبات آن بر عهده متعهدله بوده یا آنکه قانون‌گذار با تأسیس اماره خلاف‌پذیر برای تسهیل اثبات به کمک زیان‌دیده آمده باشد.

در چنین فرضهایی که به تحقق تقصیر نیاز است، این پرسش مطرح است که آیا برای تشخیص تقصیر متعهد قراردادی در چنین مواردی باید به قرارداد بین طرفین رجوع کرد، یا آنکه این امر باید با مراجعه به قانون صورت پذیرد و یا منبع دیگری را برای این مهم باید برگزید؟ از سوی دیگر، باید مشخص شود که معیار تشخیص تقصیر چیست؟ آیا معیار شخصی را باید برگزید یا آنکه معیار عینی برتری دارد؟ حقوق‌دانان، چه در حقوق داخلی و چه در حقوق خارجی (از جمله حقوق فرانسه)، معیارهای مختلف و متفاوتی را برای تمیز دادن تقصیر پیشنهاد

۱. ر.ک: ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی؛ همچنین مواد ۳۳۳، ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مدنی.

۲. اعم از دخالت حادثه خارجی موضوع مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی.

داده‌اند.^۱ برخی معیار «نامشروع بودن عمل» و پاره‌ای دیگر، «تجاوز از رفتار عادی» را انتخاب کرده‌اند و دیگران نیز تخلف شخص را از تکلیفی که به موجب عرف یا قرارداد دارد، تقصیر شمرده‌اند. شاید بتوان ادعا کرد که با توجه به جامع و مانع نبودن هیچ‌یک از این تعاریف، تعریف پلانیول، استاد فرانسوی، که تقصیر را «تجاوز از تعهدی که شخص به عهده داشته است»، معرفی کرده،^۲ از دیگر تعاریف، بدین سبب که نسبت به آنها از انعطاف و انطباق‌پذیری بیشتری برخوردار است، کامل‌تر و جامع‌تر باشد؛ هرچند تعریف مذکور به تقصیر قراردادی اختصاص نداشته و بلکه حتی ظهور در تقصیر در مسئولیت مدنی قهری دارد. به هر حال، این تعریف از تقصیر در حقوق داخلی با مفاد مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ ق.م. در خصوص تعریف تقصیر نیز انطباق‌پذیر است؛ چراکه ماده ۹۵۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری»؛ ماده ۹۵۲ نیز اعلام می‌دارد: «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.» و ماده ۹۵۳ نیز تقصیر را «اعم از تعدی و تفریط» معرفی می‌کند. از جمع این مواد چند نتیجه به دست می‌آید:

۱. تعریف تقصیر در این مواد به مسئولیت مدنی قهری یا قراردادی اختصاص ندارد و اطلاق این مواد، مفید آن است که تعریف به هر دو شق ناظر است. توضیح آنکه واژه «مال» در ماده ۹۵۲ شامل حقوق مالی (ذمه ناشی از عقد) نیز می‌گردد.
۲. معیار تشخیص تقصیر در این مواد، هم نوعی و هم شخصی است؛ زیرا روشن است که رجوع به اذن یا قرارداد به منزله استناد به معیار شخصی و رجوع به چیزی متعارف، به منزله استناد به معیار عینی است.
۳. امکان اعمال هر دو معیار شخصی و نوعی برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی قراردادی با این توضیح توجیه‌پذیر است که در صورت وجود شرط یا تصریح قراردادی یا هرگونه دلالت یقینی دیگر بر وجود تکلیف خاص قراردادی به لحاظ

۱. برای آگاهی از این معیارها و تعاریف، ر.ک: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)، ص ۱۸۶ به بعد.

۲. همان.

آنکه دلالت چنین شرط یا تصریح قراردادی بر اراده طرفین از دلالت حکم عرفی قوی تر است، عمل به آن بر عمل به حکم عرف مقدم و ارجح است و در صورت فقدان چنین دلالتی، رجوع به معیار عرف (معیار عینی) جایگزین اراده مجهول یا مفقود طرفین می گردد. در هر حال، با بودن دلالت قراردادی (شخصی) جایی برای اعمال مدلول قانونی یا عرفی (عینی) نیست.

۴. از آنجا که از یک سو عمل به مفاد قرارداد، حکمی متعارف است و از سوی دیگر، اغلب عقود، دست کم در پاره‌ای جهات، مفید اذن به امری از سوی یکی از متعاقدان برای دیگری می باشد؛ از این رو، عدم ذکر واژه «قرارداد» در ماده ۹۵۱ ق.م. در مقام تعریف واژه «تعدي»، به تعریف آن در حوزه مسئولیت‌های قراردادی خللی وارد نمی کند.

خلاصه این نتایج این است که در نظر قانون گذار ایران در مسئولیت قراردادی، تقصیر (در مواردی که احراز آن ضرورت دارد) در درجه اول، با رجوع به قرارداد بین طرفین و با معیار شخصی سنجیده می شود، در غیر این صورت، با اعمال معیار قانون یا عرف (معیار عینی)؛ برای مثال، در صورتی که در یک قرارداد وکالت، طرفین نسبت به زمان مراجعه وکیل به دادگاه برای مطالعه پرونده و تقدیم لایحه توافق کرده باشند، برای تحقق تقصیر وکیل از نظر به تأخیر در ایفای تعهد قراردادی خود، کافی است وجود تصریح قراردادی و عدم انجام موضوع تعهد در زمان مقرر (که هر چند امری عدمی است، لکن از راه ملازم وجودی آن؛ یعنی الصاق وکالت‌نامه و یا لایحه به پرونده، اثبات شدنی است) احراز شود (بنا بر این فرض که وکیل نیز نتواند وقوع قوه قاهره را اثبات کند) که این امر، به منزله رجوع به معیار شخصی است. اما در همین مثال، اگر طرفین نسبت به تعیین چنین زمانی توافق نکرده باشند، باید با رجوع به عرف (عرف خاص) و همچنین نصوص قانونی (که به منزله معیار نوعی است) تقصیر تلقی شدن یا نشدن تأخیر وکیل را احراز کرد. این حکم، در فقه امامیه و حقوق داخلی نیز از سوی فقها و حقوق دانان پذیرفته شده است.^۱

۱. ر.ک: مهدی شهیدی، حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)، ج ۳، ص ۲۳۵.

استثناها و علل موجهه در تقصیر قراردادی

در گفتار نخست، صور مختلف تقصیر قراردادی (در مفهوم اعم) شناسایی شد. براساس آنچه ارائه شد، دست کم شش گونه تخلف قراردادی تصور می‌شود؛ هرچند این صور، اصولاً از مصادیق تقصیر قراردادی به شمار می‌روند، لیکن بدان معنا نیست که حدوث آنها همیشه برای متعهد ضامن‌آور باشد، بلکه در موارد خاصی حتی متعهد هم مسئول نیست. این موارد را که با عنوان استثنائات و علل موجهه تقصیر قراردادی بررسی می‌کنیم، عبارت است از: «حق حبس»، «قوة قاهره» و «تقصیر متعهدله». علت نام‌گذاری این گفتار به استثنائات و علل موجهه، آن است که برخی از عناوین مورد بررسی در این گفتار، نظیر حق حبس و تقصیر متعهدله، موجب موجه و قانونی شدن نقض عهد از جانب متعهد می‌شود؛ از این رو، جزء علل موجهه به شمار می‌روند، ولی از آنجا که قوة قاهره، حادثه‌ای خارجی و غیر ارادی است که به قطع رابطه سببیت میان عمل مرتکب و زیان وارده منجر می‌شود، نمی‌توان آن را توجیه‌کننده تقصیر متعهد دانست، بلکه باید آن را استثنایی بر احکام کلی مسئولیت تلقی کرد.

حق حبس

در قراردادهای معوض، دو مورد معامله وجود دارد که در مقابل یکدیگر قرار گرفته است؛ از این رو، اصولاً دو تکلیف (تعهد) قراردادی نیز وجود دارد. برای مثال، در عقد بیع که شایع‌ترین عقود است، مبیع و ثمن دو مورد معامله است که به موجب حکم مقرر در بندهای ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ ق.م.، هریک از بایع و مشتری، به تسلیم عوض قراردادی خود ملزم است؛ از این رو، خودداری هریک از ایفای تعهد قراردادی، تخلف و ضامن‌آور است. مشابه این وضعیت، در همه عقود معوض (اعم از تملیکی و عهدی) وجود دارد.

با آنکه تعهد قراردادی به محض انعقاد قرارداد به وجود می‌آید و حسب شرایط مقرر در قرارداد (اعم از زمان و مکان و...) برای طرفین لازم‌الاتباع می‌باشد که نتیجه آن، لازم‌الوفاء بودن تعهدات ناشی از آن است، قانون در مواردی به یک یا هر دو

طرف قرارداد اجازه داده است که از ایفای تمام یا پاره‌ای از تعهدات قراردادی خود تا زمان مبادرت طرف مقابل به ایفای تعهدش خودداری کند. این حق قانونی (که در واقع، نوعی دادگستری خصوصی به شمار می‌آید) به این سبب که ایفای تعهد قراردادی یک طرف را تا زمانی که طرف مقابل به ایفای تعهد اقدام کند، محبوس می‌کند، حق حبس نام دارد.^۱

صرف نظر از اختلاف نظرهایی که میان فقها و البته حقوق دانان در خصوص مطابق قاعده بودن یا خلاف قاعده بودن این حق (که واجد آثار مهمی در باب دایره شمول و مصادیق آن است) وجود دارد،^۲ باید گفت در مصادیقی که این حق به رسمیت شناخته شده است، تردیدی نیست که می‌توان آن را استثنایی بر آنچه در باب مسئولیت مدنی قراردادی متعهد متخلف مقرر شده است، تلقی کرد؛ زیرا متعهد بر اساس اجازه حاصل از حکم قانون‌گذار، در عدم ایفای تعهد، مختار است. این اختیار، زائل‌کننده مسئولیت او از هرگونه خسارت است. این حکم در موارد احتمالی مشابه که قانون‌گذار اجازه عدم ایفای تعهد را داده باشد، اعمال‌شدنی است.

قوة قاهره

اصطلاح «قوة قاهره» در قانون به کار نرفته است. این اصطلاح، معادل عبارت فرانسوی «Force Majeure» است که در دکترین و ادبیات حقوقی داخلی و خارجی به صورت گسترده‌ای مورد تحلیل قرار گرفته است و شرایط و موارد آن به تفصیل بیان شده است.^۳ اختلاف آرا در باب مفهوم و دامنه شمول قوة قاهره بسیار است و البته پر واضح است که هیچ‌یک از این نظریه‌ها را نمی‌توان به عنوان فصل‌الخطاب و راه حل قاطع حقوقی در موارد مشتبه معرفی کرد. بر اساس این، مبنا و ملاک در این بحث، شرایط و قیودی است که از منطوق و یا مفهوم قوانین و مقررات موجود برمی‌آید.

۱. ر.ک: مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ ق.م.؛ مواد ۳۷۱ و ۳۹۰ ق.ت.

۲. ر.ک: مهدی شهیدی، حقوق مدنی (آثار قراردادهای و تعهدات)، ص ۱۵۴ به بعد.

۳. برای آگاهی از مفهوم قوة قاهره، ر.ک: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)، ص ۲۹۳.

ماده ۲۲۱ ق.م. ضمان آور بودن عدم ایفای تعهد را صریحاً مقرر داشته است، اما این حکم در ماده ۲۲۹ با استثنا مواجه شده است؛ زیرا به موجب ماده اخیر، اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که دفع آن از حیطة اقتدار او خارج است، نتواند از عهده تعهد خود بر آید، به تأدیة خسارت محکوم نخواهد بود. ملاحظه مفاد این ماده، مبین آن است که مانع شدن حادثه‌ای خارجی در مسیر ایفای تعهد و غیر قابل دفع بودن آن از سوی متعهد، دو شرط اساسی حادثه‌ای است که می‌تواند در صورت وقوع، متعهد را از مسئولیت مدنی قراردادی برهاند. به این دو، باید شرط سوم نیز افزود و آن غیر قابل پیش‌بینی بودن حادثه مزبور در زمان انعقاد عقد است؛ زیرا در صورتی که وقوع حادثه برای متعاقدان یا دست کم متعهد قراردادی قابل پیش‌بینی باشد، در واقع، با علم و اطلاع از وجود مانع و به زیان خود به پذیرش تعهد اقدام کرده است، در نتیجه باید مسئولیت ناشی از آن را نیز بر عهده گیرد.^۱

حادثه‌ای که واجد اوصاف مذکور باشد، به موجب ماده ۲۲۹ ق.م. موجب برائت ذمه متعهد خواهد بود؛ زیرا در چنین فرضی می‌توان گفت که اصولاً رابطه سببیت میان تخلف متعهد از ایفای تعهد و خسارتهای وارد شده به متعهدله در اثر دخالت عامل قوی تر قطع می‌شود؛ بنابراین مسئولیت قراردادی متعهد در اثر قوه قاهره زائل می‌گردد.^۲ یادآوری می‌شود که قانون‌گذار در ماده ۲۲۷ ق.م. وظیفه اثبات وقوع حادثه خارجی را بر عهده متعهد متخلف گذاشته است که نتیجه این حکم، مسئول باقی ماندن متعهد نسبت به خسارتهای ناشی از عدم ایفای تعهد قراردادی در صورت عدم توفیق او در اثبات دخالت حادثه خارجی است.

تقصیر متعهدله

متعهد قراردادی طبق حکم مقرر در ماده ۲۲۱ ق.م. (بنا بر فرض اولیه) مسئول جبران خسارتهای وارد شده در اثر عدم ایفای تعهد است. با این حال، اگر متعهدله، خود در وقوع یا توسعه دامنه زیانهای وارد از این رهگذر، جزئاً یا کلاً، مدخلیت و تأثیر

۱. همان، ص ۲۹۵.

۲. مهدی شهیدی، حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)، ج ۳، ص ۶۴.

داشته باشد، پرسش این است که نقش و کارکرد این تأثیر در تحقق مسئولیت و همچنین دامنه مسئولیت متعهد چیست؟ به نظر می‌رسد نقش و عملکرد متعهدله در این مسئله به دو گونه تصور شود.

فرض نخست، متعهدله خود کلاً یا جزئاً، موجب عدم ایفای تعهد از سوی متعهد می‌شود؛ برای مثال، معماری تعهد می‌کند که پس از اخذ پروانه ساختمانی و تهیه مصالح ساختمانی از سوی مالک، بنایی را در ملک وی احداث کند. ولی مالک در اخذ مجوز و تهیه مصالح ساختمانی کوتاهی می‌کند. در چنین فرضی تردیدی نیست که عدم ایفای تعهد قراردادی را نمی‌توان به متعهد منسوب کرد؛ از این رو، تقصیر و در نتیجه، مسئولیت او تا حدودی که از تقصیر متعهدله ناشی بوده، منتفی است. بنابراین، نتیجه این حکم، براءت متعهد است. در اثبات آنچه گفته شد، می‌توان به حکم مقرر در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. استناد کرد که اثبات علت خارجی غیر قابل انتساب به متعهد را که مانع ایفای تعهد شده یا می‌شود، موجب براءت ذمه متعهد از جبران خسارتهای وارد شده می‌داند؛ زیرا عدم تهیه مقدمات قراردادی لازم از سوی متعهدله نسبت به متعهد، حادثه خارجی غیر قابل انتساب تلقی می‌گردد.

از این حکم، معلوم می‌شود که در صورت عدم ایفای تعهد از جانب متعهد و وظیفه اثبات دخالت زیان‌دیده در حدوث زیان (رابطه سببیت بین عملکرد متعهدله و عدم ایفای تعهد منجر به حدوث زیان) بر عهده اوست و عدم توفیق او در اثبات این امر، موجب می‌شود که اصل اولیه مسئولیت متعهد، بلامعارض باقی بماند^۱ که البته این نیز از عدم دخالت سایر اسباب (از جمله خود متعهد) در نقض تعهد ناشی می‌شود. در حقوق انگلیس نیز وضعیت مشابهی حاکم است؛ زیرا گفته شده که مطابق اصل اولیه، متعهد قراردادی، مسئول زینهای ناشی از نقض تعهد قراردادی خود است، مگر آنکه اثبات شود که عملکرد متعهدله (خواهان) زنجیره سببیت میان عمل متعهد و خسارتهای را قطع کرده است.^۲

فرض دوم این است که عدم ایفای تعهد، تنها به متعهد منتسب است و متعهدله

۱. همان، ص ۷۷.

۲. Paul Richards, Ibid., p.۳۲۱; J. Beatson, Ibid., p.۵۸۳.

در آن نقشی ندارد، لکن پس از نقض عهد متعهد و حدوث زیان، متعهدله که می‌توانسته با اقدامهای خود، دامنه خسارتها را کاهش دهد، از این عمل خودداری می‌کند. در چنین فرضی، هرچند همه ارکان مسئولیت قراردادی موجود است، لکن این پرسش مطرح است که آیا قوت رابطه سببیت میان ترک فعل متعهدله (در جلوگیری از گسترش زیان) و زیان وارد شده، توان آن را دارد که رابطه سببیت نخستین میان عدم ایفای تعهد متعهد و زیانهای وارد شده را قطع کرده یا دست کم تقلیل دهد؟

برخی ضمن طرح هر دو صورت مسئله به یکسانی راه حل در هر دو شق آن قائل شده‌اند، لکن در مقام تعلیل، تنها به توجیه مبنای تحلیلی صورت نخست پرداخته‌اند، به این صورت که در این شرایط، متعهد را نمی‌توان نسبت به خسارتهای ناشی از عمل متعهدله مسبب و مقصر دانست.^۱ به نظر می‌رسد این تحلیل، صحیح بوده و هر دو شق آن پذیرفتنی است؛ زیرا علاوه بر اینکه قصور متعهدله نسبت به کاهش میزان خسارت، نوعی اقدام علیه خود به شمار می‌رود، عرف نیز خسارت وارد شده از این رهگذر را بیش از متعهد به متعهدله قابل انتساب می‌داند. این حکم عرف در مقام تشخیص و احراز رابطه سببیت، در دانش حقوق پذیرفته شده است.

خلاصه کلام آنکه در این فرض نیز همانند فرض نخست، یکی از ارکان مسئولیت؛ یعنی: انتساب پذیر بودن زیان به عمل متعهد (رابطه سببیت) موجود نیست؛ از این رو، مسئولیت متعهد تا حدودی که به قصور متعهدله انتساب پذیر باشد، تقلیل می‌یابد. مشابه همین وضعیت در حقوق انگلیس نیز وجود دارد که ذیل عنوان «Mitigation of Damages» بررسی می‌شود و مسئولیت متعهد تا حدودی که قصور زیان‌دیده موجب توسعه خسارتها شده است، تقلیل می‌یابد.^۲

نقش تقصیر در مسئولیت قراردادی

بر خلاف مسئولیت مدنی قهری که (به استثنای موارد خاص و منصوص؛ نظیر:

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)، ج ۳، ص ۷۶.

۲. J. Beatson, Ibid., p. ۵۸۳.

مسئولیت غاصب و متلف) عنصر معنوی به معنای «مسامحه و بی احتیاطی» یا «عدم رعایت نظامات دولتی» و...، شرط تحقق مسئولیت است. اصولاً در تحقق مسئولیت مدنی قراردادی، صرف عدم ایفای تعهد برای تحقق ضمان عقدی کافی است و زیان دیده (متعهدله) به اثبات عنصر معنوی و تقصیر اخلاقی (سرزنش پذیر بودن عمل) نیازی ندارد و تقصیر قراردادی به مفهوم عام کلمه اصولاً برای تحقق مسئولیت کافی است. این مهم از چند طریق به شرح ذیل توجیه پذیر است:

اولاً، ماده ۲۲۱ ق.م. مقرر می دارد: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد». همان طور که می بینیم در این ماده، مطلق تخلف از ایفای تعهد قراردادی، ضمان آور معرفی شده و به استثنای شرط مندرج در انتهای ماده،^۱ شرط دیگری به عنوان عنصر معنوی تقصیر (مانند لزوم احراز مسامحه، بی احتیاطی و یا سرزنش پذیر بودن عمل در نظر عرف) لازم دانسته نشده است و مقنن، صرف نقض عهد را برای تحقق مسئولیت کافی دانسته است. سکوت قانون گذار در مقام بیان و عدم شرطیت، مثبت این ادعاست.

ثانیاً، طبق مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. تنها مستمسکی که متعهد می تواند برای خلاصی از مسئولیت مدنی بدان دست یازد، اثبات رابطه سببیت میان حادثه خارجی (صورت خاصی از بی تقصیری) و عدم ایفای تعهد است. این حکم، مؤید آن است که اثبات مطلق بی تقصیری، به حال متعهد سودی ندارد و متعهد متخلف باید دخالت عامل خارجی را اثبات کند تا فرض قانون گذار مبنی بر مسئولیتش را بی اثر کند؛ از این رو، باید گفت مسئولیت مدنی قراردادی نسبت به ارتکاب یا عدم ارتکاب تقصیر (مفهوم خاص تقصیر) مفهومی لابشرط و مطلق است.^۲ این ایراد که چون بی تقصیری، امری عدمی است، پس اثبات آن امکان پذیر نیست، وارد نیست؛ زیرا امر عدمی هر چند مستقیماً اثبات شدنی نیست، در مواردی اثبات آن از طریق اثبات

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: مهدی شهیدی، حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)، ج ۳، ص ۲۵۴.

۲. برای آگاهی از نظر مخالف، ر.ک: همان، ص ۶۳، ۶۶ و ۲۳۷.

ملازم وجودی آن امکان پذیر است؛ برای مثال، اگر در بیعی که در شهر محل سکونت خریدار واقع می شود و او ادعا کند که مطابق عرف محل انعقاد قرارداد (که طبق قواعد قانون مدنی در صورت سکوت طرفین، حاکم بر عقد می باشد) بایع باید قبل از تسلیم مبیع، فلان تعمیر را در آن به عمل آورد؛ چرا که در اثر انجام ندادن این تکلیف قانونی، مبیع، تولید خسارت کرده و زیانهایی را به خریدار وارد می کند و جبران این خسارت از باب مسئولیت مدنی قراردادی مطلوب اوست. اگر حکم مقرر در مواد ۲۲۱، ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. را دال بر فرض تقصیر بدانیم، فروشنده می توانست با اثبات عدم اطلاع از عرف جاری شهر به دلیل غریب بودن و تازه وارد بودن (که عرفاً ملازم وجودی عدم آگاهی به عرف شهر است)، از مسئولیت رهایی یابد، در حالی که طبق مواد فوق، بایع تنها با اثبات وقوع حادثه خارجی می تواند از مسئولیت مبرا شود و اثبات بی تقصیری (عدم اطلاع از حکم عرف) سودی به حال او ندارد.

ثالثاً، اگر قانون گذار لزوم وجود تقصیر (مفهوم خاص آن) را در مسئولیت مدنی قراردادی ضروری می دانست، همچون مسئولیت مدنی قهری بدان تصریح می کرد،^۱ اما با آنکه در مقام بیان بوده است، چنین حکمی را مقرر نکرده است. بر اساس این، می توان ادعا کرد که از نظر قانون گذار ایران، اصولاً عدم ایفای تعهد قراردادی به شکل معهود (تقصیر به مفهوم عام) و حصول زیان و خسارت ناشی از نقض عهد و رابطه سببیت میان این دو، سه شرط لازم و کافی برای تحقق مسئولیت مدنی قراردادی است و به اثبات مفهوم خاص تقصیر نیازی نیست مگر در موارد خاصی که صریحاً حکم خلاف از سوی قانون گذار وضع شده باشد (نظیر عقود امانی). وقوع «فورس ماژور» که در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. به عنوان استثنای این حکم مقرر شده است، نیز از این نظر توجیه پذیر است که در چنین فرضی، رابطه سببیت میان نقض عهد متعهد و حصول زیان به دلیل دخالت عامل خارجی قوی تر قطع می شود؛ بنابراین، این مورد نیز استثنا به معنای واقعی کلمه نیست.

۱. ر.ک: ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی؛ همچنین مواد ۳۳۳، ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مدنی.

بنابراین، یکی از تفاوت‌های تقصیر در این دو گونه مسئولیت این است که هرچند در مسئولیت مدنی قهری، اصولاً اثبات تقصیر مرتکب فعل زیانبار (در مفهوم خاص آن) برای تحقق ضمان لازم است، مگر موارد خاصی (نظیر اتلاف و مسئولیت غاصب نسبت به منافع تفویض شده در اثر غضب) که قانون‌گذار صریحاً خلاف آن را مقرر کرده باشد،^۱ اما در مسئولیت مدنی قراردادی اصولاً اثبات این گونه تقصیر متعهد برای تحقق ضمان ضرورتی ندارد، مگر در پاره‌ای عقود خاص (عقود امانی) که قانون‌گذار صریحاً اثبات آن را برای مسئول شناختن متعهد لازم دانسته است.

دلیل این سخن آن است که تدقیق در منطوق و مفهوم احکام مقرر در مواد ۲۲۱، ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. به صورت مطلق ذکر شده است، مؤید آن است که این مواد، احکام کلی ناظر بر مطلق معاملات می‌باشد که در موارد خاص، نظیر مواد ۴۹۳ و ۵۵۶ ق.م. در باب تعهد مستأجر به حفظ عین مستأجره و تعهد مضارب در حفظ مال مضاربه و امثال آن (که لزوم اثبات تقصیر این گونه متعهدان قراردادی را برای تحقق ضمان، ضروری دانسته است) با استثنا مواجه شده است و حکم قانونی کلی که بتوان با کمک آن، لزوم اثبات تقصیر در مطلق تعهدات قراردادی را اثبات کرد، وجود ندارد. از طریق قیاس و استحسان نیز نمی‌توان به این مهم دست یافت؛ بنابراین، آنچه از سوی برخی مبنی بر لزوم اثبات تقصیر متعهد (هرچند به معنای عمد و بی‌احتیاطی یا اهمال) در موارد تخلف از انجام دادن تعهد قراردادی در حقوق ایران مطرح شده،^۲ ظاهراً پذیرفتنی نبوده و تنها در عقود خاص، آن هم در حدود تصریح مقنن پذیرفتنی است.

همچنین بر این اساس باید گفت عدم ایفای تعهد قراردادی را نمی‌توان آن گونه که برخی از حقوق‌دانان ادعا کرده‌اند، عین تقصیر (مفهوم خاص آن) تلقی کرد؛^۳ زیرا از یک سو بررسی مقررات مربوط به مسئولیت قراردادی مؤید آن است که قانون‌گذار اصولاً تقصیر متعهد قراردادی را در احراز مسئولیت او ذی‌مدخل ندانسته

۱. ر.ک: مواد ۳۲۰ و ۳۲۸ ق.م.

۲. مهدی شهیدی، حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)، ص ۶۷.

۳. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی، با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم، ۱۳۷۶، ص ۲۷۸.

است تا به توجیه نحوه احراز تقصیر به این شکل نیاز باشد. از سوی دیگر، برشمردن تقصیر در زمره ارکان و شرایط مسئولیت متعهد قراردادی در عقود خاص (مثلاً عقود امانی) از سوی قانون گذار و مقایسه آن با احکام سایر عقود و ملاحظه سکوت در مقام بیان مقنن در این عقود و همچنین در بخش قواعد عمومی، مبین آن است که احراز عنصر تقصیر جز در موارد مصرح قانونی در مسئولیت متعهد قراردادی مدخلیتی ندارد و این، از اختلافهای اساسی میان مسئولیت مدنی قهری و قراردادی است. بدون پذیرش این نظر، طبق نظر حقوق دانانی که عدم ایفای تعهد قراردادی را تقصیر در مفهوم خاص آن تلقی کرده اند، تمایز میان عقود امانی و سایر عقود از حیث جایگاه و نقش تقصیر از بین می رود.

تقصیر در مسئولیت قهری

صور مختلف تقصیر در ضمانتهای قهری

در فرضی که میان طرفین دعوای جبران خسارت، رابطه قراردادی معتبری که تنظیم کننده روابط بین طرفین باشد، وجود نداشته باشد یا زیان دیده نخواهد بر مبنای ضمان عقدی، دعوای خود را پی گیری کند، بنا بر نظر اقوی، حل و فصل اختلاف و تعیین مسئولیت احتمالی زیان زنده بر مبنای قواعد مسئولیت مدنی قهری (ضمانتهای قهری) صورت می پذیرد. هر چند در خصوص اینکه آیا غصب و استیفای مشروع را بتوان در زمره اسباب مسئولیت مدنی قهری برشمرد، میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد، به تبعیت از قانون گذار، این چهار مصداق را در زمره اسباب ضمان قهری تلقی می کنیم و از این پس نیز مراد از اسباب مسئولیت مدنی به صورت مطلق، همه این عنوانها خواهد بود (مسئولیت مدنی به معنی اعم). با این حال، مسئولیت مدنی در مفهوم خاص، تنها اتلاف و تسبیب را در بر می گیرد.

برای تحقق مسئولیت مدنی قهری و صرف نظر از استثنای مصرح قانونی، اصولاً تحقق سه رکن ضروری است:

۱. فعل زیانبار؛

۲. تحقق ضرر؛

۳. رابطه سببیت میان فعل زیانبار و حدوث ضرر.

تقصیر در مواردی که تحقق آن برای ثبوت مسئولیت ضروری باشد، و صف عارض بر رکن نخست؛ یعنی فعل زیانبار است؛ زیرا معیار تقصیر هر چه باشد، فعل مرتکب را باید با آن سنجید. برای شناسایی تقصیر در مسئولیت مدنی قهری، شناسایی صور مختلف آن و تقسیم‌بندیهای گوناگون ارائه شده، ضروری است.

انواع تقصیر از حیث ماهیت

از یک منظر، تقصیر را به لحاظ ماهیت آن می‌توان به «فعل»^۱ و «ترک فعل»^۲ تقسیم کرد. در مواردی که زیان‌زننده عرفاً یا قانوناً به خودداری از انجام دادن عملی مکلف است، نادیده گرفتن این تکلیف قانونی و حدوث زیان ناشی از این نقض تکلیف، برای او ضمان آور خواهد بود. اما در مواردی که موضوع تکلیف شخص، انجام دادن فعلی مثبت است که به موجب عرف یا قانون برای او مقرر شده است، در چنین فرضی، ترک فعل و خودداری از ایفای تعهد مزبور، منشأ ضمان خواهد بود.

قانون مدنی در مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ هریک از این دو شکل تقصیر را با عنوانهای متفاوت تعریف کرده است.^۳ در این مواد قانونی، قانون‌گذار بدون آنکه تعدی (فعل) و تفریط (ترک فعل) و یا تقصیر (فعل یا ترک فعل) را به مسئولیت قهری یا قراردادی محدود کند، هریک را تعریف کرده است. برای آنکه در موردی که زبانی حادث می‌شود، روشن شود که فعل زیان‌زننده برای تحقق مسئولیت ضرورت دارد یا ترک فعل او، باید ماهیت تکلیف را تعیین کرد تا به تبع آن، ماهیت تقصیر نیز روشن شود؛ برای مثال، اگر تکلیف شخص دائر بر قرار ندادن شیئی در

۱. Act.

۲. Omission.

۳. ماده ۹۵۱ ق.م.: «تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری.»؛ ماده ۹۵۲ ق.م.: «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.» و در ماده ۹۵۳ تقصیر اعم از تعدی و تفریط معرفی شده است.

معبر عمومی باشد،^۱ فعل مثبت او (یعنی قرار دادن آن شیء در معبر) تقصیر تلقی می‌شود. شناسایی ماهیت تقصیر از این نظر مفید است که در برخی منابع ضمان قهری، هم فعل و هم ترک فعل زیان‌زننده، مسئولیت‌زاست (نظیر تسبیب)، لکن در پاره‌ای موارد، تنها فعل مثبت می‌تواند ضمان‌آور باشد (نظیر اتلاف)؛ بنابراین، اگر زیان‌دیده بخواهد با استناد به قواعد اتلاف، جبران خسارت‌های وارده را بخواهد، باید لزوماً ارتکاب فعل مثبت (تعدی) زیان‌زننده را به اثبات برساند، لکن اگر بر مبنای قواعد تسبیب عمل کند، اثبات ترک فعل نیز ممکن است او را به مقصود برساند.^۲

انواع تقصیر از حیث درجه

گذشته از تقسیم‌بندی تقصیر به فعل و ترک فعل که بررسی شد، این مفهوم از حیث شدت و ضعف عنصر معنوی زیان‌زننده و همچنین درجه انطباق عمل با معیارهای پذیرفته‌شده عرفی یا قانونی به عمد؛ مسامحه، بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی؛ و عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی تقسیم‌پذیر است.

عمد: با توجه به تعریف مندرج در مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ ق.م. و همچنین ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، در ضمان‌آور بودن فعل زیان‌بار عمدی تردیدی نیست و حتی در اغلب موارد، علاوه بر ضمانت اجراهای مدنی، قانون‌گذار با توسل به ضمانت اجراهای کیفری به مقابله با چنین اعمالی پرداخته است.

مقایسه بین تقصیر عمدی در مسئولیت مدنی قهری با قراردادی، مبین آن است که در حالی که در ضمان عقدی، دخالت عنصر عمد در ارتکاب تقصیر (مفهوم عام تقصیر قراردادی) در اصل و میزان مسئولیت قراردادی متعهد هیچ مدخلیتی ندارد، در ضمانت‌های قهری اصولاً اثبات عمد، موجب می‌شود زیان‌دیده از ارائه دلیل دیگری برای اثبات مسئولیت زیان‌زننده معاف شود (به استثنای موارد خاصی همچون ضمان غاصب که همچون ضمان عقدی اثبات یا عدم اثبات عمد، در مسئولیت مدنی او مدخلیتی ندارد). در مواردی نیز اثبات عمد، موجب ثبوت

۱. ماده ۳۴۵ قانون مجازات اسلامی.

۲. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۹۲.

مسئولیت تام برای زیان‌زننده شده و او را از استناد به علل موجهه یا معاذیر قانونی معافیت از مسئولیت محروم می‌کند؛ مثلاً کسی که به عمد با یک دستگاه بیل مکانیکی به اتومبیل شخص دیگری که در محل غیر مجاز پارک شده است، خسارت می‌زند، نمی‌تواند برای رهایی از مسئولیت یا کاهش آن به تقصیر زیان‌دیده در پارک کردن اتومبیل در محل ممنوع استناد کند، حال آنکه در تقصیرهای سبک‌تر همچون بی‌احتیاطی، اثبات تقصیر زیان‌دیده می‌تواند به تعدیل مسئولیت زیان‌زننده کمک کند. شایان ذکر است که مراد از عمد در اینجا، قصد اضرار به غیر است، نه صرف آگاهانه بودن ارتکاب فعل.^۱

از جمله تفاوت‌های تقصیر عمدی با سایر درجات تقصیر، این است که معیار تشخیص آن شخصی بوده و با مراجعه به ادله کاشف از اراده درونی شخص می‌توان آن را احراز کرد؛ چراکه عنصر عمد با اراده درونی مرتکب ارتباط تام دارد، اما در سایر درجات تقصیر، معیار نوعی (مقایسه عمل مرتکب با عمل انسان متعارف) راهگشای احراز تقصیر مرتکب است.

مسامحه و بی‌احتیاطی: این دو، مراتب سبک‌تر تقصیرند که در اغلب مواردی که تقصیر، شرط مسئولیت مدنی قهری است، با احراز آن، ضمان زیان‌زننده محقق می‌گردد.

تعریف مندرج در مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ ق.م. در تعریف تقصیر و شقوق آن، از آن جهت که معیار نوعی را برای تمیز تقصیر مقرر کرده است، با این شکل از تقصیر انطباق‌پذیر می‌باشد؛ زیرا هر چند معیارهای مختلفی برای تشخیص فعل خطای (تقصیر) از سوی حقوق‌دانان پیشنهاد شده است، معیار نوعی بیش از سایر نظریه‌های مورد وفاق واقع شده است.

تبصره ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی نیز صریحاً بی‌احتیاطی را از مصادیق تقصیر ذکر کرده است. همچنین ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی نیز بی‌احتیاطی را در کنار عمد، یکی از صور تقصیر که شرط مسئولیت زیان‌زننده است، معرفی می‌کند.

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)، ص ۱۹۳.

در ماده ۳۳۵ قانون مدنی نیز مسامحه در کنار عمد، یکی از صور تقصیر به کار رفته است. بنابراین، بی تردید مسامحه یا بی احتیاطی را می توان از صور تقصیر در مسئولیتهای قهری دانست.

از جمله تفاوت های مسئولیت مدنی قهری با قراردادی در این بخش آن است که همان طور که پیشتر اشاره شد، در تحقق ضمان عقدی به اثبات مسامحه یا بی احتیاطی متعهد قراردادی در عدم ایفای تعهد نیازی نیست و صرف عدم ایفاء، ضمان آور است، مگر در موارد استثنایی منصوص، اما در مسئولیت مدنی قهری، اثبات عمد یا دست کم بی مبالاتی و بی احتیاطی مرتکب فعل زیانبار برای تحقق مسئولیت، ضروری است، مگر در مواردی که صریحاً خلاف آن مقرر شده باشد.^۱ در حقوق انگلیس نیز وضع چنین است و مواردی که برای تحقق مسئولیت به اثبات تقصیر نیازی نیست، «مسئولیت مطلق»^۲ نامیده اند.

همچنین در مواردی که قانون گذار برای انجام دادن فعالیت های خاص (معمولاً خطرناک)، رعایت ضوابط و مقررات ویژه ای را که معمولاً برای تضمین امنیت کارها مقرر شده است (نظامات دولتی)، الزامی تلقی کند، عدم رعایت آنها تقصیر تلقی شده و با اجتماع سایر شرایط، ضمان مرتکب را در پی دارد؛ برای مثال، عدم رعایت ضوابط ایمنی از سوی کارشناس نصب تجهیزات گازسوز که به نشت لوله ها و انفجار ساختمان منجر گردد، از مصادیق عدم رعایت نظامات دولتی است که به موجب حکم مقرر در تبصره ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی، ضمان مقصر را به دنبال دارد.

عدم مهارت: این مرتبه نیز در پاره ای موارد ممکن است تقصیر تلقی شده و مسئولیت مرتکب را در پی داشته باشد. به نظر می رسد به رغم آنکه این موارد در تبصره مذکور به صورت مجزا از مصادیق تقصیر ذکر شده است، لکن بازگشت آنها

۱. B.S. Markesine, S.F. Deakin, *Tort Law*, ۴th ed., Oxford University Press, ۱۹۹۹, p.۱۸.

۲. strict liability.

۳. Ibid., p.۲۰.

به مسامحه و بی احتیاطی است. در واقع، می توان گفت شخص فاقد مهارت، معمولاً به انجام دادن کاری که در آن مهارت ندارد، دست نمی زند، در غیر این صورت، چنین عملی بی احتیاطی به شمار می رود. بنابراین، مشخص می گردد که هر چند معیار شناسایی مهارت یا عدم مهارت، شخصی است، پس از احراز عدم مهارت، معیار نوعی است که مشخص می کند آیا چنین شخصی می تواند به انجام دادن عملی دست بزند یا خیر.

تقصیر در حقوق انگلیس، طبق تقسیم بندی مرسوم در مسئولیت قهری، سه گونه است: سوء نیت،^۱ قصد^۲ و مسامحه^۳.^۴ همچنین یادآوری می شود که در حقوق انگلیس، مسامحه و بی مبالاتی هم به عنوان عنصر معنوی مسئولیت مدنی قهری، شرط مسئولیت و هم به عنوان یکی از اقسام مستقل فعل زیانبار، ضمان آور تلقی شده است که مفهوم نخست با بحث حاضر منطبق می باشد.^۵

مبنای تشخیص تقصیر در ضمانتهای قهری

در این گفتار، بررسی اجمالی معیار تشخیص تقصیر (معیار شخصی و معیار نوعی) در ضمانتهای قهری ارائه می شود. در بحث تقصیر در مسئولیت قهری از آنجا که بنا به فرض، رابطه از پیش تعیین شده قراردادی میان طرفین دعوا وجود ندارد تا بتوان بدان مراجعه کرد، لاجرم باید گفت مراد از شخصی بودن تقصیر، در نظر گرفتن خصوصیات شخصی زیان زننده در ارتکاب فعل زیانبار و منظور از عینی بودن، مقایسه عمل این شخص با معیار نوعی و انسان متعارف است. همچنین بحث دیگر این است که صرف نظر از اینکه در چنین مقایسه ای، شرایط شخصی زیان زننده باید معیار واقع گردد، یا شرایط یک انسان متعارف، سؤال اساسی تر این است که هریک

۱. Malice.

۲. Intention.

۳. Negligence.

۴. Ibid., p. ۱۹.

۵. W.V.H. Rogers, Winfield & Jolowicz, *On Tort*, ۱۳th ed., London, Sweet & Maxwell, ۱۹۸۹, p. ۷۲.

از این دو حالت با چه چیزی باید مقایسه شود؟

در خصوص مسئله نخست باید گفت صرف نظر از اختلافهای نظری اهل فن، به نظر می‌رسد معیار و مبنا در مقام تشخیص تقصیر زیان‌زننده از نظر قانون‌گذار ایران در مسئولیتهای قهری، اصولاً همان معیار نوعی است و رفتار زیان‌زننده با رفتار یک انسان متعارف (البته در شرایط خاصی که حادثه زیانبار رخ داده است)^۱ مقایسه می‌شود، مگر در موارد خاص و منصوصی که خلاف آن از سوی قانون‌گذار مقرر شده باشد. دلیل این ادعا آن است که در حوزه الزامهای خارج از قرارداد، از جمع مفاد مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ ق.م. چنین برمی‌آید که تقصیر، فعل یا ترک فعلی است که با آنچه متعارف (مورد پذیرش عرف) است، منطبق نباشد. در واقع، اگر قانون‌گذار معیار تقصیر را حالات و اوصاف درونی و نفسانی مرتکب تلقی می‌کرد، در این مواد بدانها اشاره می‌کرد، لکن با وجود اینکه در مقام بیان بوده، از این کار خودداری کرده است و فقط به مقایسه عمل با عمل متعارف بسنده کرده است. همچنین نص قانونی دیگری که به صورت عام و یا مطلق، چنین حکمی را مقرر بدارد، وجود ندارد و این سکوت در مقام بیان، حجیت دارد. البته توضیح این نکته لازم است که در میان مراتب و درجات تقصیر که بیشتر بررسی شد، عمد مرتکب از این نظر، وضعیت و جایگاهی متمایز دارد و با توجه به ماهیت آن، معیار شخصی تنها راه احراز آن است، با این وصف، این حکم از ماهیت ویژه عمد ناشی بوده و استثنایی بر آنچه گفته شد، تلقی نمی‌گردد.

در باب تعریف تقصیر و تبیین معیار آن از حیث مرجع مقایسه، برای شناسایی عمل تقصیرآمیز از غیر آن نیز اختلاف نظر بسیار است و تعریفهای زیادی نیز از سوی اندیشمندان در این باب ارائه شده است که بررسی همه آنها از حوصله این نوشتار خارج است، لکن به نظر می‌رسد جامع‌ترین این تعریفها که از انعطاف بیشتری نیز برخوردار است، تعریف پلانیول، استاد فرانسوی، باشد که تقصیر را تجاوز از تعهد قبلی شخص می‌داند؛ با این توضیح که منبع تعهد، خواه عرف باشد،

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمن قهری - مسئولیت مدنی)، ص ۱۹۰.

یا قانون موضوعه و یا حتی سایر منابع حقوق (همچون رویه قضایی در نظام کامن‌لا)، از آنجا که بنا به فرض، این تعهد برای مرتکب از قبل وجود داشته است، بنابراین، چنین نقض عهده‌ی از انسان متعارف انتظار نمی‌رود و رفتار دور از انتظار نیز سرزنش‌پذیر و ضمان‌آور است.

با این همه به نظر می‌رسد بحث از تشخیص مرجع مقایسه برای شناسایی تقصیر در حقوق داخلی، چندان ضروری نیست؛ زیرا همان‌گونه که بیشتر اشاره شد، مفاد مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ قانون مدنی که تنها تعریف قانونی از تقصیر است، صریحاً لزوم غیر متعارف بودن عمل (مراجعه به عرف) را برای تحقق تقصیر شرط می‌داند؛ از این رو، می‌توان چنین نتیجه گرفت که در حقوق ایران، معیار تمیز تقصیر، نوعی و در هر حال، قانونی است؛ با این توضیح که قانون، خود با احاله امر به عرف، راه استناد بدان را هموار ساخته است. بر اساس این، می‌توان ادعا کرد که در حقوق ایران، تقصیر در حوزه مسئولیت مدنی قهری، تجاوز از تعهدات قانونی شخص است که از جمله این تعهدات، انجام دادن عمل طبق حکم متعارف است.

در پایان، ذکر این نکته ضروری است که بر اساس آنچه گفته شد و با رجوع به نصوص قانونی، به ویژه مواد مذکور، آنچه شخص قانوناً مجاز به انجام دادن آن باشد، تقصیر به شمار نمی‌رود. از سوی دیگر، ارتکاب عملی که انجام دادن آن صریحاً به موجب قانون منع شده و همچنین هر عملی که عرف آن را ناروا بداند، طبق مدلول مواد مذکور، تقصیر تلقی می‌شود، در نتیجه، تقصیر همان فعل نامشروع است.

برخی حقوق دانان در باب عناصر مسئولیت، بدون مجوز قانونی، نامشروع بودن عمل و تقصیر را دو شرط مستقل مسئولیت مدنی قهری دانسته‌اند که در کنار شرط سومی، یعنی ورود خسارت، برای زیان‌زننده ایجاد مسئولیت می‌کند^۱ که ظاهراً بنا بر آنچه گفته شد، این استدلال احتمالاً پذیرفتنی نیست؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، عمل تقصیرآمیز در هر حال، خلاف قانون و نامشروع است و در مقابل، ارتکاب هر

۱. عبدالمجید امیری قائم‌مقامی، حقوق تعهدات، انتشارات دانشگاه تهران، ۲۵۳۵، ج ۱، ص ۱۵۱ به بعد.

عمل خلاف قانون و نامشروعی نیز تقصیر است؛ بنابراین، این دو در واقع، یک شرط بیشتر نیست. همچنین در مواردی نیز که قانون‌گذار، تحقق تقصیر را شرط مسئولیت ندانسته است، بر خلاف آنچه برخی گفته‌اند،^۱ به در نظر گرفتن «شرط نامشروع بودن عمل» برای توجیه خلأ تقصیر نیازی نیست؛ زیرا قانون‌گذار در این موارد، سه شرط مسئولیت (یعنی فعل زیانبار، تحقق زیان و رابطه سببیت میان این دو) را برای تحقق مسئولیت کافی تلقی کرده و به احراز و اثبات عنصر دیگری از جمله تقصیر یا نامشروع بودن عمل، نیازی ندیده است. اصولاً باید در نظر داشت که اضرار به غیر، خود بنا بر اصل اولیه، نامشروع است و مشروع بودن آن، مانع ثبوت مسئولیت است، نه آنکه نامشروع بودن چنین عملی، شرط تحقق مسئولیت باشد.

استثناها و علل موجهه تقصیر در ضمانتهای قهری

هرچند تقصیر به مفهومی که گذشت، اصولاً شرط تحقق مسئولیت مدنی در ضمانتهای قهری است، مواردی وجود دارد که حدوث آنها زائل‌کننده مسئولیت مدنی زیان‌زننده است. این موارد، بعضاً زائل‌کننده عنصر تقصیر بوده و از این حیث، استثنایی بر صور مشروحه تقصیر می‌باشد و در مواردی نیز بدون تأثیر بر عنصر تقصیر، رابطه سببیت میان فعل زیانبار و زیان وارده را از بین برده و با این شیوه، مسئولیت را منتفی می‌سازد. ذیلاً مواردی را که تحت این دو فرض قابل بررسی است، ارائه می‌کنیم:

اضطرار

هرگاه شخصی برای دفع ضرر از خود، ناگزیر به دیگری زیانی وارد سازد، این پرسش هست که آیا در چنین فرضی که اضطرار (انتخاب اقل‌الضررین) نام دارد، مسئولیت مدنی زیان‌زننده منتفی است یا خیر؟ تردیدها از این نکته ناشی می‌شود که از یک سو تحمیل جبران چنین زیانی بر زیان‌زننده با قواعد اخلاق و عقل که اصولاً اساس قواعد حقوقی نیز می‌باشد، ناسازگار است و از سوی دیگر، بدون جبران

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)، ص ۱۷۱.

ماندن خسارت وارد شده به شخص دیگری که بنا به فرض، در وقوع زیان نقشی نداشته است، تنها به این دست آویز که فعل زیانبار برای احتراز از زیان بزرگ تر ارتکاب یافته است، ناعادلانه است.

صرف نظر از اختلاف نظرهای مبنایی فوق، باید دید که اقتضای قواعد در این بحث چیست؟ پیش از هر چیز باید به خاطر داشت که در فرض ایراد زیان از روی اضطرار، آنچه ممکن است محلّ تردید واقع شود، تقصیر آمیز بودن (نامشروع بودن) فعل زیانبار است، در غیر این صورت، حدوث زیان و رابطه سببیت میان فعل زیانبار و خسارتهای وارد شده، بنا به فرض، محرز است. بنابراین، می توان نتیجه گرفت که بحث اضطرار به فرض آنکه استثنایی بر تقصیر تلقی گردد، تنها در مواردی از مسئولیت مدنی استناد پذیر است که تقصیر، شرط مسئولیت است، در غیر این صورت (نظیر اتلاف و ضمان غاصب نسبت به منافع عین مغضوب و یا مسئولیت دارنده وسیله نقلیه موتوری) اضطرار نمی تواند موجب زوال مسئولیت گردد.

در سایر مواردی که تقصیر، شرط مسئولیت است (مثل تسبیب)، به نظر می رسد با تعریفی که از تقصیر ارائه شد، به ویژه با مدّ نظر قرار دادن تعریف قانونی مندرج در مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ ق.م. از این مفهوم، می توان ارتکاب فعل زیانبار را در شرایط اضطراری، زائل کننده تقصیر دانست که نتیجه آن، انتفای مسئولیت است (الضرورات تبیح المحظورات). دلیل این سخن نیز آن است که عرف به عنوان معیار تمیز تقصیر و رفتار ناروا چنین عملی را ممنوع نمی داند؛ از این رو، تقصیر آمیز بودن آن، محلّ تردید است و با شک در مسئولیت عدم و براءت ذمه، مقتضی عدم مسئولیت اوست.

لازم به یادآوری است که فعل زیانبار را می توان در شرایطی، اضطراری دانست که این شرایط از عمل خود زیان زننده ناشی نبوده و عمل ارتکاب یافته برای دفع خطر، ضروری و نیز با خطر مزبور متناسب باشد (ملاک ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی). از سوی دیگر، در موارد خاصی، با وجود احراز وضعیت اضطراری، زیان زننده خود مسئول باقی می ماند که این وضعیت، خلاف قاعده و معلول نص می باشد (برای مثال، می توان به تبصره ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد که

دیه و ضمان مالی را از حکم موضوع صدر ماده، مستثنا کرده است).

مقایسه میان مسئولیت مدنی قهری و قراردادی از حیث نقش اضطرار، مؤید آن است که در مسئولیتهای قراردادی از آنجا که اصولاً تقصیر در مسئولیت متعهد جایگاهی ندارد، استثنائات آن نیز جایگاهی ندارد، لکن در مواردی از مسئولیت مدنی قراردادی که تقصیر متعهد، شرط مسئولیت اوست (مثل عقود امانی)، عدم ایفای تعهد از روی اضطرار که زائل کننده تقصیر است، همچون مسئولیتهای قهری مبتنی بر تقصیر از باب انتفای شرط (تقصیر) موجب انتفای مشروط (مسئولیت مدنی) می گردد.

دفاع مشروع

دفاع مشروع، زائل کننده عنصر تقصیر است؛ زیرا عرف که معیار تشخیص تقصیر است، کسی را که در مقام دفاع از مال یا جان خود، به شخص متعدی، زیان وارد می سازد، مقصر نمی داند؛ بنابراین، در صورتی از مسئولیت مدنی قهری که تقصیر شرط مسئولیت است، در اینکه اضرار به شخص مهاجم موجب انتفای تقصیر و نتیجتاً انتفای مسئولیت است، تردیدی وجود ندارد. همچنین از آنجا که ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی به نحو اطلاق و بدون اشاره به شقوق خاصی از اسباب مسئولیت مقرر می دارد: «کسی که در مقام دفاع مشروع موجب خسارت بدنی یا مالی شخص متعدی شود، مسئول خسارت نیست، مشروط بر اینکه خسارت وارده بر حسب متعارف متناسب با دفاع باشد». بنابراین، در سایر مواردی که تقصیر شرط مسئولیت مدنی زیان زنده نیست (مثل اتلاف)، بر اساس اطلاق این حکم، مسئولیت زیان زنده با اجتماع سایر شرایط نیز منتفی می گردد.

همچنین بنا به منطوق ماده فوق، اولاً، اقدام شخص باید مشروع باشد؛ پس مقاومت در مقابل قوای دولتی که در مقام ادای وظایف قانونی خود و البته در حدود متعارف به وی تعرض می کنند، دفاع مشروع تلقی نمی شود (حکم ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی).

ثانیاً، در صورتی که به حکم عرف، اقدام شخص با حمله اولیه متناسب نبوده و

عرفاً زائد باشد، موجب زوال مسئولیت نخواهد شد.

قوة قاهره

مفهوم قوة قاهره بیشتر در حوزه مسئولیت مدنی قراردادی بررسی شد. حادثه خارجی و غیر قابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیری که موجب شود شخصی به دیگری زیانی وارد سازد، قوة قاهره در مسئولیت مدنی قهری را تشکیل می‌دهد.^۱ خاطرنشان می‌کنیم که چنین حادثه‌ای به قطع رابطه سببیت میان فعل مرتکب و خسارتهای وارد شده منجر می‌شود. هرچند بنا بر عادت مألوف، اکراه و اجبار در ایراد زیان به صورت مستقل به عنوان موارد استثنای پذیر در مسئولیت مدنی قهری بررسی می‌شود، به نظر می‌رسد بنا بر خصوصیات که برای قوة قاهره (خارجی بودن و غیر قابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر بودن) ذکر شد، اکراه و اجبار را نیز می‌توان نوعی قوة قاهره، ولی با منشأ انسانی تلقی کرد؛ از این رو، این عناوین نیز دست‌کم در فرضی که درجه تأثیر آنها زیاد است، تحت عنوان قوة قاهره بررسی‌شدنی است.

در مسئولیتهای قراردادی همان‌گونه که بیشتر بررسی شد، از آنجا که اثبات بی‌تقصیری صرف از سوی متعهد در مسئولیت یا عدم مسئولیت او تأثیری ندارد، اهمیت اثبات قوة قاهره در آن بیش از مسئولیتهای قهری است؛ زیرا تنها به مدد اثبات قوة قاهره می‌توان از مسئولیت‌رهایی یافت (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانونی مدنی). اما در مسئولیتهای قهری از آنجا که اصولاً و صرف نظر از استثنای خاص، احراز تقصیر، شرط مسئولیت زیان‌زننده است، اهمیت اثبات قوة قاهره در آن نسبت به موارد مشابه در مسئولیتهای قراردادی کاهش می‌یابد؛ زیرا زیان‌زننده با اثبات بی‌تقصیری که مرتبه‌ای پایین‌تر از اثبات دخالت قوة قاهره است، به مقصود نائل می‌گردد. با این حال، در مواردی که خواننده دعوی مسئولیت مدنی قهری توان اثبات دخالت چنین عنصری را داشته باشد، از مسئولیت‌رهایی می‌یابد.

همچنین باید گفت دخالت قوة قاهره در حدوث زیان، همیشه به گونه‌ای نیست که زائل‌کننده تام رابطه سببیت میان فعل زیانبار و زیان وارد شده، باشد، بلکه ممکن

است زائل‌کننده نسبی این رابطه باشد؛ از این رو، در چنین مواردی منطقیاً باید به کاهش مسئولیت زیان‌زننده به میزان انتساب‌پذیری به تقصیر او قائل شد.

یادآوری می‌شود که در موارد استثنایی و خاصی حتی قانون‌گذار در صورت وقوع قوه قاهره نیز مسئولیت سبب ورود زیان را منتفی ندانسته است. در این باره می‌توان به مسئولیت غاصب نسبت به منافع عین مغضوب اشاره کرد.

بنابراین به نظر می‌رسد نقش قوه قاهره در مسئولیت مدنی قهری همچون مسئولیت مدنی قراردادی، زائل‌کننده رابطه سببیت میان فعل زیانبار و خسارت‌های وارد شده (ولو به صورت نسبی) باشد؛ از این رو، قوه قاهره، استثنایی بر فعل تقصیری زیان‌زننده به معنای خاص کلمه به شمار نمی‌رود و ذکر آن در زمره استثنائات تقصیر از باب مسامحه در تعبیر می‌باشد.

دخالت اشخاص دیگر در حدوث خسارت

مراد از این عنوان در اینجا، مداخله کلی یا جزئی هر شخصی غیر از زیان‌زننده (ولو خود زیان‌دیده) در حدوث تمام یا بخشی از زیان است. چنین فرضی از آنجا که اصولاً زائل‌کننده همه یا جزئی از رابطه سببیت میان فعل زیانبار ارتکاب‌یافته از سوی زیان‌زننده با زیان وارد شده، می‌شود؛ بنابراین، کاهش مسئولیت او را به دنبال دارد. البته چنین رابطه‌ای در فقه و البته حقوق مسئولیت مدنی تحت عنوان کلی «تداخل اسباب» بررسی می‌شود که فروض متنوع و متعددی را دربرمی‌گیرد که بررسی همه آنها و نظریه‌های مطرح‌شده در دکترین و رویه قضایی و مقررات مربوط، در این مقال نمی‌گنجد.^۱

ورود زیان در این فرض، از آنجا که به طور تام به زیان‌زننده فرضی که خواننده دعواست، انتساب‌پذیر نمی‌باشد و مسئولیت تام او را به دنبال نداشته و منطقیاً تا میزانی که انتساب‌پذیر به چنین شخصی باشد، پذیرفتنی است. علت این نکته نیز قطع شدن رابطه سببیت است و نمی‌توان آن را استثنایی بر اعمال تقصیرآمیز زیان‌زننده به مفهوم واقعی کلمه تلقی کرد.

در پایان، یادآوری می‌شود که هرچند برخی نویسندگان^۱ در میان استثنائات و علل موجهه تقصیر «قاعده غرور» را نیز مطرح کرده‌اند، به نظر می‌رسد مطابق مدلول قاعده «المغرور یرجع إلی من غره»، در مواردی که تقصیر، شرط مسئولیت است، مغرور شدن زیان‌زننده در مقام ایراد زیان را نمی‌توان زائل‌کننده تقصیر دانست، بلکه در چنین فرضی، تقصیر و ضمان زیان‌زننده بلامعارض باقی می‌ماند، لکن می‌تواند به غار رجوع کند.

جایگاه و نقش تقصیر در مسئولیت مدنی قهری

همان‌گونه که می‌دانیم، مسئولیت مدنی در معنای اعم کلمه، غضب، اتلاف، تسبیب، استیفای مشروع و... را شامل می‌شود، لکن معنای اخص آن، تنها اتلاف و تسبیب را دربرمی‌گیرد.^۲ در این گفتار، جایگاه و نقش تقصیر در مسئولیت مدنی قهری به معنای خاص کلمه به طور اجمال بررسی می‌شود.

معمولاً اضرار به غیر و تلف مال متعلق به غیر توسط شخص (حق مالی) تحت دو عنوان «اتلاف» و «تسبیب» مطالعه می‌شود. تلف کردن مستقیم و بی‌واسطه را «اتلاف» (بالمباشره) و تلف کردن باواسطه را «اتلاف به» «تسبیب» می‌نامند.^۳

قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ ش. نیز بدون آنکه مقررات قانون مدنی را صریحاً نسخ کرده باشد، مقرراتی را در باب مطلق اضرار به غیر و متعاقباً صور خاصی از آن را مقرر کرده است، ولی اصطلاح اتلاف یا تسبیب را به کار نبرده است. قانون مجازات اسلامی در مقررات مندرج در مواد ۳۱۶ به بعد، با عنوان «موجبات ضمان»، جنایت (وارد کردن زیان به غیر) را به دو صورت «بالمباشره» و «بالتسبیب» تحقق‌پذیر دانسته است که تعریف این دو عنوان در مواد ۳۱۷ و ۳۱۸ همان قانون مؤید آن است که مراد قانون‌گذار، همانا دو واژه «اتلاف» و «تسبیب» به شرح فوق است.

۱. سیدمرتضی قاسم‌زاده، مبانی مسئولیت مدنی، ص ۲۳۱.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)، ص ۱۳۳.

۳. سیدعلی حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، ج ۱، ص ۳۱۷.

بررسی مقررات فوق، مؤید آن است که قانون‌گذار در هیچ‌یک از نصوص قانونی، حکم صریحی را در باب لزوم تحقق تقصیر یا عدم لزوم آن در هریک از این دو عنوان به نحو اطلاق مقرر نکرده است و تنها در پاره‌ای موارد، برای مصادیق تسبیب (جنایت بالتسبیب)، لزوم وجود تقصیر را (اعم از عمد یا مسامحه و یا بی احتیاطی و...) بیان کرده است.

در مقابل، مقرراتی وجود دارد که قانون‌گذار به طور استثنایی در ایراد زیان بالتسبیب، عدم لزوم تحقق تقصیر را ذکر کرده است (مواد ۳۶۰ و ۳۶۱ قانون مجازات اسلامی). از سوی دیگر، مقرراتی نیز وجود دارد که مطلق ایراد زیان به مال یا جان یا سایر حقوق متعلق به غیر را (اعم از آنکه بالمباشره باشد یا بالتسبیب) در صورتی ضمان آور می‌داند که با تقصیر همراه باشد (ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی). همچنین این بررسی، مؤید آشفتگی و تشتت پیچیدگی در نقش تقصیر در تحقق مسئولیت مدنی قراردادی و قهری از حیث قاعده بودن و یا خلاف قاعده بودن لزوم یا عدم لزوم تقصیر است.

بنابراین، ضروری است برای روشن شدن جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی قهری و مقایسه آن با مسئولیت مدنی قراردادی در کنار قاعده «الجمع مهما أمکن، أولى من الطرح»، از قوانین و همچنین آرای علمای فن و سابقه فقهی بحث، سود جویم.

در خصوص جایگاه و نقش تقصیر در اتلاف بر خلاف ادعای برخی،^۱ باید گفت قاعده کلی مقرر در ماده ۳۲۸ قانون مدنی با تصویب ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی نسخ نشده است؛ زیرا قاعده «الجمع مهما أمکن، أولى من الطرح» و عدم نسخ (استصحاب بقای اعتبار قانون)، اقتضای عدم نسخ قانون مقدم توسط قانون مؤخر را دارد و از آنجا که در بحث حاضر نیز قاعده مقرر در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی اطلاق داشته و به مطلق اضرار به غیر (اعم از اتلاف یا تسبیب) ناظر است، حکم مقرر در ماده ۳۲۸ قانون مدنی بنا بر قرائن متعدد به اتلاف بالمباشره اشعار دارد؛ از

۱. عبدالمجید امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۱، ص ۱۶۱

این رو، وحدت موضوع که شرط نسخ است، موجود نیست و عام (مطلق) مؤخر نیز بنا بر قواعد اصولی، ناسخ خاصّ مقدم نمی‌باشد. بر اساس این، باید گفت تقصیر در اتلاف به هیچ‌روی شرط مسئولیت نمی‌باشد؛ از این رو، میان مطلق مسئولیت مدنی قراردادی (صرف نظر از موارد استثنایی و مصرّح) و مسئولیت مدنی قهری ناشی از اتلاف، مشابهت وجود دارد.

در خصوص جایگاه تقصیر در تسبیب نیز باید گفت هر چند قانون‌گذار صریحاً در هیچ نصّ قانونی، لزوم تحقّق آن را در مطلق تسبیب مقرر نکرده است، اولاً اجماع فقیهان و حقوق‌دانان بر آن است که تقصیر در تسبیب، شرط مسئولیت بوده و برخی آن را جبران‌کننده با واسطه بودن ایراد زیان و تسهیل‌کننده احراز رابطه سببیت میان فعل زیانبار و خسارت حادث می‌دانند.^۱

ثانیاً اطلاق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی با در نظر گرفتن آنچه پیشتر در باب عدم نسخ ماده ۳۲۸ قانون مدنی ذکر شد، مؤید آن است که تقصیر (اعم از عمد یا بی‌احتیاطی) در اتلاف بالتسبیب، شرط مسئولیت زیان‌زننده است.^۲

ثالثاً مواد ۳۳۳، ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مدنی که در مقام تبیین چند مصداق رایج تسبیب است، در همه فروض، تحقّق تقصیر را شرط ضمان تلقی کرده است. رابعاً قانون‌گذار در مواد ۳۱۶ به بعد قانون مجازات اسلامی نیز به کرات تقصیر زیان‌زننده را شرط مسئولیت او در جنایات و اضرارهای بالتسبیب معرفی کرده و موادی همچون ۳۶۰ و ۳۶۱ آن نیز احکامی استثنایی است که باید در حدود نص، تفسیر شده و از توسعه آنها پرهیز کرد.

خلاصه سخن آنکه در مسئولیت مدنی قهری در موارد تسبیب (اتلاف باواسطه) اصولاً تقصیر زیان‌زننده شرط مسئولیت می‌باشد، مگر آنکه خلاف آن صریحاً از سوی قانون‌گذار مقرر شده باشد. بر اساس این، میان این قسم مسئولیت مدنی قهری با مسئولیت مدنی قراردادی (که همان‌طور که پیشتر در عدم مدخلیت تقصیر در تحقّق آن اشاره شد) از نظر جایگاه عنصر تقصیر، اختلاف وجود دارد.

۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۹۳.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)، ص ۱۳۷.

اثبات تقصیر

اثبات تقصیر در مسئولیت قراردادی

قبلاً گذشت که تقصیر در مسئولیت مدنی قراردادی در معنای اعمش، عدم ایفای تعهد و در معنای اخصش، هرگونه تخلف متعهد از ایفای تعهد به نحو معهود را که با عمد یا بی احتیاطی یا مسامحه (عنصر معنوی) همراه باشد، دربرمی گیرد. از سوی دیگر همان گونه که پیش از این اشاره شد، نصوص قانونی مربوط به مسئولیت متعهد قراردادی، مبین آن است که اصولاً برای تحقق مسئولیت او به اثبات و احراز تقصیر (تقصیر به معنای اخص) نیازی نبوده و صرف اثبات عدم ایفای تعهد (تقصیر به معنای اعم) برای تحقق مسئولیت او کافی است؛ از این رو، اثبات بی تقصیری (رعایت احتیاطات لازم) به حال او سودی ندارد. همچنین از آنجا که نظام حقوقی ایران، نظامی قاعده‌ای و مبتنی بر اصول و قواعد است، هرگونه اظهار نظری باید با اصول و مبانی حاکم بر نظام حقوقی کشور منطبق باشد.

بنا بر آنچه گفته شد، دربارهٔ وظیفهٔ اثبات تقصیر قراردادی، دو فرض وجود دارد که باید میان آن دو تفکیک قائل شد. فرض نخست جایی است که مراد از تقصیر قراردادی، مفهوم عام آن (صرف عدم ایفای تعهد) باشد و متعهد به نیز فعل مثبت باشد. از آنجا که در چنین فرضی، متعهدله در مقام اثبات ایفا نشدن تعهد (به طور کلی یا جزئی) است و در واقع، تحلیل وضع نیز مبین آن است که او در مقام نفی و انکار قرار دارد؛ از این رو، طبق قواعد مسلم عقلی و اصولی از جمله «اصل عدم» و قاعدهٔ «البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر»، از اثبات عدم ایفای تعهد بی نیاز است و در صورت ادعای او مبنی بر ایفا نشدن تعهد به نحو معهود (مفهوم عام تقصیر)، متعهد باید برای رهایی از مسئولیت، دلیل اثباتی ایفا شدن متعهد به را ارائه کند. این ادعا با این استدلال نیز اثبات شدنی است که همان گونه که گفته شده، مدعی کسی است که ادعای او خلاف می باشد و در این بحث نیز از آنجا که ادعای متعهدله مبنی بر عدم ایفای تعهد، طبق اصل اولیهٔ عدم است؛ بنابراین، ادعای طرف مقابل او مخالف بوده و بار اثبات بر عهدهٔ طرف مقابل (متعهد منکر) قرار می گیرد.

بنابراین، هرگاه در روابط قراردادی کارفرما و پیمانکار ساختمانی اختلاف شود و کارفرما مدعی عدم آمادگی شدن به موقع ساختمان گردد (تخلّف قراردادی)، پیمانکار باید آمادگی بودن ساختمان در موعد مقرر را اثبات کند. لکن در صورتی که متعهد به فعل منفی (ترک فعل) باشد، وضعیت دقیقاً برعکس بوده و متعهد باید دلیل ایفای تعهد و مرعی داشتن آن را اقامه کند.

لکن در فرض دوم که جبران خسارت‌های قراردادی ناشی از تقصیر متعهد در ایفای تعهد قراردادی (تقصیر به مفهوم خاص) مورد مطالبه متعهدله است، دو حالت وجود دارد که باید میان آن دو تفکیک قائل شد.

۱. رابطه قراردادی طرفین در قالب یکی از عقود معینه و خاصی است که قانون‌گذار صریحاً متعهد چنین قراردادی را امین دانسته است (نظیر مضاربه و ودیعه و...).

همان‌گونه که می‌دانیم، قانون‌گذار شرط ضمان متعهد را در این قبیل قراردادها، ارتکاب تقصیر به مفهوم خاص از جانب متعهد مقرر کرده است.^۱ در این فرض، از آنجا که وصف امانت و همچنین اعتماد اولیه متعهدله به متعهد مؤید آن است که شخصیت امین، آن درجه از اعتماد و اطمینان را برای متعهدله فراهم کرده است که عادتاً و عرفاً ارتکاب تقصیر (به مفهوم خاص) از چنین شخصی مورد انتظار نبوده و امری خلاف ظاهر حال او به شمار می‌رود؛ بنابراین، ادعای ارتکاب تقصیر، ادعایی خلاف ظاهر بوده و به دلیل نیازمند است و اقامه چنین دلیلی نیز بر عهده متعهدله می‌باشد؛ زیرا او بر خلاف ظاهر سخن می‌گوید.^۲ مضمون «قاعده ائتمان» (ما علی الأئمن إلا الیمین) نیز به همین معناست.

۲. رابطه قراردادی طرفین در قالب سایر قراردادها (قراردادهای غیر امانی) باشد. قانون‌گذار، در این گونه قراردادها خلاف دسته پیشین، مقررات ویژه‌ای را در باب نحوه مسئولیت متعهد و نقش تقصیر در تحقق مسئولیت برای هریک از قراردادها مقرر نکرده است؛ بنابراین، برای تبیین بحث، باید با استفاده از قواعد عمومی به

۱. ر.ک: مواد ۴۹۳، ۵۵۶، ۵۶۹، ۶۱۲ و... قانون مدنی.

۲. مهدی شهیدی، حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)، ج ۳، ص ۲۳۷.

مطلوب دست یافت. بر اساس این، باید گفت همان گونه که قبلاً اشاره شد طبق قواعد مقرر در مواد ۲۲۱، ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی به نظر می‌رسد قانون‌گذار اساساً تحقق تقصیر (به مفهوم خاص) را شرط مسئولیت متعهد قراردادی ندانسته است؛ از این رو، امری که تحقق آن، در تحقق نتیجه شرطیتی ندارد، بحث از بار اثبات آن نیز بی‌ثمر و غیر ضروری خواهد بود.

آنچه گفته شد، مقتضای اصول و قواعد کلی در بحث حاضر بود، لکن در مواردی که قانون‌گذار بنا بر پاره‌ای مصالح با تأسیس اماره (اعم از خلاف‌پذیر و خلاف‌ناپذیر)، تکلیف تحمّل‌کننده بار اثبات را تعیین کرده است، باید از راه‌حلهای فوق دست کشید و به مقررات خاص عمل کرد.

اثبات تقصیر در مسئولیت قهری

مفهوم صور مختلف تقصیر در مسئولیتهای قهری پیش از این بررسی شد و دیدیم که تقصیر بدین مفهوم، در بیانی ساده، عبارت است از عدم ایفای تعهدات قانونی (از جمله تعهداتی که عرفاً ایفای آن بر شخص لازم است) از سوی زیان‌زننده به نحوی که چنین رفتاری در همان شرایط از انسانی متعارف سر نمی‌زند. از سوی دیگر، همان گونه که گفته شد، لزوم اثبات تقصیر تنها در مواردی از مسئولیت مدنی لازم است که قانون‌گذار، تحقق آن را شرط مسئولیت قرار داده باشد و یا به عبارت بهتر و دقیق‌تر، در مواردی که قانون، اثبات تقصیر را شرط مسئولیت معرفی نکرده است، به اثبات آن نیازی نیست و بحث حاضر منصرف از چنین مواردی است.

با در نظر داشتن مقدمه فوق و در جهت تبیین وضعیت بار اثبات تقصیر در این گونه مسئولیت باید گفت از آنجا که سیستم حقوقی ایران بر نظام قاعده‌ای مبتنی است، از این رو، در همه مسائلی که قانون‌گذار خود صریحاً تکلیف امری را مشخص نکرده باشد، باید به یاری اصول و قواعد مبنایی حاکم بر این نظام، به راه‌حلی مقبول دست یافت. در بحث حاضر نیز نص صریح قانونی که تحمّل‌کننده بار اثبات را تعیین کرده باشد، وجود ندارد. بنابراین باید گفت بنا بر اصل اولیه برائت و عدم مسئولیت، هیچ شخصی در برابر دیگری مسئول نیست مگر آنکه خلاف آن

مدلل گردد.^۱ از سوی دیگر، بنا بر «قاعده بینه»، اقامه دلیل وظیفه طرفی است که در مقام ادعا قرار دارد و نیز می دانیم که مدعی شخصی است که خلاف اصل یا ظاهر سخن می گوید. بنابراین، خلاصه نتیجه ای که می توان گفت چنین است که از آنجا که اصل اولیه، براءت است و زیان دیده در مقام دادخواهی خلاف آن را ادعا می کند، پس وظیفه اثبات و تهیه دلیل آن، وظیفه اوست.

در اینجا یادآوری دو نکته ضرورت دارد: نخست اینکه آنچه گفته شد، مقتضای قاعده و اصول اولیه بود و این، بدین مفهوم نیست که از ابتدا تا انتهای دادرسی، وظیفه تهیه کلیه ادله مورد استفاده در دادرسی بر عهده زیان دیده باشد، بلکه هریک از طرفین که خلاف اصل یا ظاهر را ادعا کند، مسئولیت تهیه دلیل بر عهده خود اوست و این، با آنچه پیشتر گفته شد، منافاتی ندارد؛ برای مثال، اگر خواهان، دلیل اقامه کند که زیان زننده (خوانده) رفتار نامتعارف و بی احتیاطانه داشته است و در مقابل، خوانده مدعی شود که رفتار او در اثر اجبار شخص ثالثی صورت گرفته است، وظیفه اقامه دلیل برای چنین ادعایی که خلاف ظاهر است، بر عهده زیان زننده است.

دوم اینکه آنچه گفته شد، مقتضای قواعد و اصول حاکم بر بحث است و در هر موردی که قانون گذار، خود صریحاً یا از طریق تأسیس امارات قانونی، وظیفه تحمل بار ارائه دلیل را مقرر کرده باشد، باید بر اساس این احکام قانونی عمل شود.

نتیجه گیری

۱. در حوزه مسئولیت قراردادی، تقصیر به دو مفهوم تصورشدنی است. نخست، مفهوم عام تقصیر و آن به معنای «صرف عدم ایفای تعهد قراردادی به نحو معهود» است که دست کم شش فرض را دربرمی گیرد: عدم ایفای تعهد به طور کلی، عدم ایفای تعهد با کمیّت معهود، عدم ایفای تعهد با کیفیت معهود، عدم ایفای تعهد از سوی شخص متعهد، عدم ایفای تعهد در زمان مقرر و در نهایت، عدم ایفای تعهد

۱. ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی

در مکان مقرر.

دوم، مفهوم خاص تقصیر که در واقع، عدم ایفای تعهد را در صورتی که با حداقلی از عنصر معنوی یا خطا همراه باشد، دربرمی گیرد.

در مسئولیت مدنی قهری تقصیر به مفهوم فعل یا ترک فعلی است که انسانی متعارف، در همان شرایط، از آن خودداری می کند؛ از این رو، تقصیر از حیث ماهیت به فعل و ترک فعل تقسیم می شود. از سوی دیگر، از حیث درجه نیز می توان تقصیر را به عمد؛ مسامحه، بی احتیاطی و بی مبالائی؛ عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی تقسیم کرد.

۲. خودداری از ایفای تعهد در مقام اعمال حق حبس و حدوث قوه قاهره و در نهایت، تقصیر متعهدله از مواردی است که حدوث آنها زوال تقصیر قراردادی را در پی دارد. اضطرار، دفاع مشروع، قوه قاهره و دخالت شخص ثالث، مهم ترین استثنائات و علل موجهه تقصیر در مسئولیت قهری است.

۳. معیار تشخیص تقصیر قراردادی در درجه اول، معیار شخصی است و این، بدان معناست که برای تمیز تقصیر، نخست باید به مفاد قرارداد بین دو طرف رجوع کرد و با تفسیر آن به این مهم دست یافت، اما در صورت سکوت قرارداد یا اجمال و ابهام آن، مراجعه به معیار نوعی برای تشخیص تقصیر ضرورت دارد. معیار تشخیص تقصیر در مسئولیتهای قهری اصولاً معیار نوعی و عینی است؛ از این رو، جز در خصوص عمد که به لحاظ ماهیت تقصیر در آن، حالات و خصوصیات مرتکب لحاظ می گردد، در سایر موارد، رفتار شخص با رفتار یک انسان متعارف در همان شرایط مقایسه می شود.

۴. در مسئولیت مدنی قراردادی تحقق تقصیر به مفهوم عام آن، شرط مسئولیت است، لکن تقصیر به مفهوم خاص، اصولاً نقشی در تحقق ضمان ندارد (نه اینکه قانون گذار با تأسیس اماره قانونی، تقصیر متعهد قراردادی را مفروض دانسته باشد) و متعهدله نیازی به اثبات تقصیر متعهد در مقام عدم ایفای تعهد ندارد مگر در موارد خاص و منصوص که قانون گذار تحقق تقصیر را شرط مسئولیت متعهد معرفی کرده است؛ همچون عقود امانی.

تقصیر در مسئولیت مدنی قهری به مفهوم خاص (اتلاف و تسبیب)، جایگاه و نقشی دوگانه دارد. با این توضیح که تقصیر، در اتلاف هیچ نقشی در تحقق مسئولیت ندارد؛ از این رو، اثبات بی تقصیری متلف در ضمان او بی تأثیر است، لکن اصولاً در تسبیب، تقصیر شرط مسئولیت است و بدون تقصیر، ضمان مسبب منتفی است، مگر آنکه خلاف آن صریحاً از سوی قانون گذار مقرر شده باشد.

۵. در خصوص بار اثبات تقصیر در مسئولیت قراردادی باید قائل به تفکیک شد. با این توضیح که در مواردی که متعهدله خسارت‌های ناشی از صرف عدم ایفاء تعهد (تقصیر به مفهوم عام) را مطالبه می‌کند، در فرضی که موضوع تعهد، فعل مثبت متعهد بوده باشد، طبق اصل عدم، متعهد باید ایفاء تعهد را اثبات کند، لکن در فرضی که موضوع تعهد، ترک فعل متعهد باشد، بر خلاف صورت نخست که متعهدله خلاف اصل عدم را ادعا می‌کند، باید برای اثبات مدعای خود، دلیل اقامه کند. با وجود این، در مواردی که متعهدله در مقام مطالبه خسارت‌های ناشی از عمد یا بی احتیاطی یا مسامحه (تقصیر به مفهوم خاص) متعهد می‌باشد، نیز باید قائل به تفکیک شد. با این توضیح که اگر عقد مورد نظر در زمره عقود باشد که قانون گذار صریحاً تحقق تقصیر را شرط ضمان متعهد برشمرده است (عقود امانی)، متعهدله باید تقصیر متعهد را اثبات کند، اما در خصوص سایر عقود، چون تحقق تقصیر، شرط ضمان متعهد نیست، از این رو، نه متعهدله به اثبات تقصیر متعهد نیاز دارد و نه متعهد می‌تواند برای رهایی از مسئولیت، بی تقصیری خود را اثبات کند و اثبات دخالت قوه قاهره از سوی متعهد که از سوی قانون مقرر گردیده است، نیز به منزله اثبات بی تقصیری نیست، بلکه زائل کننده رابطه سببیت میان فعل متعهد و زیان حاصل است.

در مسئولیت مدنی قهری در مواردی که اثبات تقصیر ضرورت دارد، از آنجا که خواهان اصولاً مخالف براءت مدعی ضمان خوانده می‌باشد، اثبات لوازم این ادعا را بر عهده داشته و در نتیجه، اثبات تقصیر زیان‌زننده تکلیف اوست. این حکم در مواردی است که قانون گذار با تأسیس اماره، کسی را که باید دلیلی ارائه کند، جابه‌جا نکرده باشد.

مبانی اصل حسن نیت

و رفتار منصفانه در قراردادها

- مهدی علیزاده^۱
- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

ضرورت رعایت «حسن نیت و رفتار منصفانه» در قراردادها به عنوان اصلی مهم در جهت ایجاد اهدافی مانند بررسی چگونگی تهیه و تنظیم شروط قراردادها، برقراری تعادل و توازن در رفتار طرفهای قرارداد، توجه به دگرگونی عصر حاضر در ایجاد، انعقاد و تفسیر قراردادها، تغییر شرایط قراردادی و حمایت از «حقوق مصرف کنندگان» در قبال «قرارداد استاندارد»، جایگاه ویژه‌ای در حقوق قراردادها و همچنین معاملات قراردادی بین‌المللی یافته است، به گونه‌ای که در حقوق داخلی کشورهای متعدد و اسناد بین‌المللی مطرح و مورد نظریه‌پردازی قرار گرفته است و تلاش شده تا به طور صریح یا ضمنی در تنظیم شروط قراردادها و تصمیمات دادگاهها تأثیرگذار باشد.

کلید واژگان: حسن نیت، رفتار منصفانه، حقوق تجارت بین‌الملل، شروط قراردادی.

پیشرفت شگفت‌انگیز صنایع، گسترش وسایل ارتباط جمعی و تعامل نظام‌های حقوقی متفاوت با یکدیگر، دگرگونی بسیاری را در روابط و مناسبات افراد در سطح جامعه، منطقه و جهان در پی داشته است. این دگرگونی، ساختار مطالعاتی دانشها را متحول کرده، کمیت و کیفیت موضوعات آنها را با فراز و نشیبهای متفاوتی روبه‌رو ساخته است؛ برای مثال، تحولات گسترده و پرشتاب روابط تجاری در چند دهه اخیر، توسعه حقوق، از جمله حقوق قراردادهای و تجارت در بسیاری از کشورها را موجب شده است. در نتیجه، بررسی برخی از موضوعات همچون حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهای که نزد پیشینیان معلوم و مفروض بوده و به عنوان موضوعی فرعی با گستره‌ای بسیار محدود، مطرح می‌شده است، امروزه بنا به دلایل متعددی، اهمیت خاصی پیدا کرده و به صورت عنوانی مستقل و موضوعی با سرفصلهای خاص، توسعه یافته است.

اندیشمندان و حقوق‌دانان نیز کوشیده‌اند از راه تحولات مزبور، نظام حقوقی خود را پایه‌ای آن به شکلی مناسب، منطقی و هماهنگ با مقتضیات زمان به پیش برند و آن را حفظ کنند. از این رو، به طور فردی یا گروهی، به مطالعه و بررسی موضوعات جدید مورد نیاز، از جمله موضوع حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهای بر پایه مبانی و ادبیات نظام حقوقی خود پرداخته‌اند. همان‌گونه که می‌آید، این حقوق‌دانان، مقالات و کتابهای متعددی را با این رویکرد نگاشته‌اند و اصل مزبور را در نظامهای مختلف حقوق داخلی، عرفهای تجاری و حقوق قراردادهای بین‌المللی مطرح ساخته‌اند. حتی دولتها و مراجع رسیدگی را سوق داده‌اند تا به دگرگونی عصر حاضر در ایجاد و انعقاد قراردادهای^۱ و همچنین تغییر اوضاع پس از آنها توجه

۱. Good Faith and Fair Dealing in Contracts.

۲. چگونگی انعقاد قراردادها در عصر کنونی، دگرگونی ژرفی یافته است و از شکل ساده گذشته آن که بیشتر جنبه خصوصی داشت و معمولاً با حضور رودرروی طرفهای قرارداد و مذاکره آنها با یکدیگر شکل می‌گرفت، خارج شده است. امروزه جنبه عمومی و اجتماعی قرارداد غلبه دارد و بسیاری از طرفهای پیشنهاددهنده قرارداد به جای مذاکره مستقیم با یکایک طرفهای خود، قراردادهای

کنند و نسبت به حمایت از «حقوق مصرف کنندگان»^۱ در قبال قراردادهایی که اصطلاحاً «قرارداد استاندارد»^۲ یا «قرارداد الحاقی»^۳ گفته می‌شود، بی تفاوت نباشند. همچنین بر چگونگی تهیه و تنظیم شروط آنها نظارت کنند و به منظور رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه و برقراری تعادل در این گونه قراردادهای دخالت کنند.

امروزه دولت‌ها بر اساس اصل مزبور، وظیفه خود می‌دانند تا با تدوین مقرراتی جامع و کارآمد با ضمانت اجراهای مناسب که در بردارنده اصل حسن نیت و رفتار منصفانه و مبتنی بر آن باشد، از سودجویی نامتعارف پیشنهاددهندگان آن جلوگیری کنند و مانع از آن شوند که عرضه کنندگان گریزان از وجدان بتوانند با شناسایی موقعیت برتر خود^۴ از یک سو و آسیب‌پذیری تقاضاکنندگان کالا یا خدمات از سوی دیگر، شروط قراردادی را به نفع خود و به زیان طرف دیگر تنظیم کنند؛ شروطی که معمولاً مشمول عناوین اکراه، تدلیس و اشتباه به معنای متداول آنها نمی‌شود، اما نتایج زیانباری را برای مشتریان، نظم تجاری جامعه و حقوق قراردادهای به همراه دارد.

بنابراین، «حسن نیت و رفتار منصفانه» به عنوان اصلی مهم در جهت ایجاد اهداف

→ و شروط پیش‌ساخته دلخواهی را تنظیم می‌کنند و به صورت مکتوب در معرض دید همه درخواست کنندگان قرار می‌دهند، بی آنکه به آنها مجال مذاکره، تغییر و یا تعدیل شرایط قرارداد را بدهند. استفاده از این قراردادها به دلیل ایجاد تسریع در مبادلات، کاهش هزینه‌ها، بهره‌وری بهینه از زمان و سودآوری بیشتر، بسیار رواج یافته است، تا جایی که برخی همچون «اسلوسون» (Slawson) بیان کرده‌اند: «بیش از نود درصد قراردادهای منعقد شده با این گونه قراردادهای انجام می‌پذیرد. خرید بلیط اتوبوس، قطار و هواپیما، بارنامه‌های حمل و نقل کالا، افتتاح حساب در بانکها، تقاضای انشعاب آب، برق، گاز، تلفن و فاضلاب، دریافت قبض استفاده از پارکینگ، قراردادهای بیمه و مانند آن از این نوع قراردادهاست». (ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۳۰؛ عبدالحسین شیروی، قراردادهای استاندارد (الحاقی) در حقوق کامن‌لا با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا، ص ۶۸).

۱. Consumer Law.

۲. Standard-Form Contracts.

۳. Adhesion Contract.

۴. برای مثال، برخورداری از تجربه بالا و فرصت کافی در تنظیم قرارداد، توان اقتصادی برتر و یا در اختیار داشتن برخی از امتیازهای انحصاری یا نیمه‌انحصاری را می‌توان در شمار موقعیتهای برتر چنین عرضه کنندگانی برشمرد.

مزبور، جایگاهی ویژه و نقشی مؤثر و روزافزون در حقوق قراردادهای و همچنین معاملات بین‌المللی یافته است، به گونه‌ای که در حقوق داخلی کشورهای متعدد و اسناد بین‌المللی، مورد نظریه‌پردازی قرار گرفته است. تلاش شده تا به طور صریح یا ضمنی در تنظیم شروط قراردادهای و تصمیمهای دادگاهها تأثیرگذار باشد. این اصل را می‌توان از جنبه‌های مختلفی، همانند مفهوم، مبانی، قلمرو، کارکردها، ضمانت اجراها مورد بررسی قرار داد.

در این نوشتار تلاش می‌شود، مبانی چنین اصلی در فقه شیعه و حقوق ایران بررسی شود و تبیین گردد که آیا اصلی با این عنوان و یا این ماهیت در فقه شیعه و حقوق ایران مطرح شده و مورد نظریه‌پردازی قرار گرفته است یا نه. در صورت نخست، مبانی و منابع آن چیست؟ اگر تاکنون به چنین اصلی پرداخته نشده است، آیا می‌توان با بررسی منابع فقهی و حقوق ایران آن را استخراج و استخراج کرد تا در گستره تقنین به منظور سیاست تقنینی و در گستره عمل در دادگاهها و مراجع شبه قضایی برای جلوگیری از رفتار قراردادی غیر منصفانه طرفی علیه طرف دیگر به کار گرفته شود؟ و سرانجام، مبانی‌ای که بر استنباط این اصل دلالت کند، چیست؟

برای این منظور، در این نوشتار، نخست، مفهوم اصل، پیشینه و جایگاه آن در حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی بعضی از کشورها و سپس مبانی فقهی و حقوقی آن در فقه شیعه و حقوق ایران بررسی می‌شود و سرانجام، نتیجه بحث بیان می‌گردد. در بررسی موارد مزبور، نخست موضوع حسن نیت و رفتار منصفانه در برخی از نظامهای حقوقی داخلی کشورهای دیگر و یا اسناد بین‌المللی بررسی می‌گردد و همزمان با آن، اصل مزبور در فقه شیعه و حقوق ایران تبیین می‌گردد.

مفهوم‌شناسی

«حسن نیت» و «رفتار منصفانه» به ترتیب، ترکیبی اضافی و وصفی است که در لغت به «نیک بودن نیت یا نیکی در نیت» و «رفتار از روی عدل و انصاف یا راستی و صداقت» معنا شده است. در مقابل دو اصطلاح یاد شده، «سوء نیت» و «رفتار

ظالمانه» قرار دارد.^۱ در معنای اصطلاحی دو ترکیب مذکور، بین حقوق دانان اختلاف وجود دارد که در ذیل به آن می‌پردازیم.

الف) نظامهای حقوقی و حقوق تجارت بین‌المللی

درباره مفهوم اصطلاحی «حسن نیت» و «رفتار منصفانه» بین حقوق دانان دو دیدگاه وجود دارد.

در دیدگاه نخست، برخی این دو اصطلاح را از مفاهیم مبهم دانسته‌اند^۲ و معتقد بوده‌اند تعریف آنها ناممکن است^۳ که به نظر می‌رسد برای اثبات چنین ادعایی، دو شیوه استدلال را برگزیده‌اند؛ یک شیوه همان استدلالی است که بعضی از حقوق دانان در تعریف اصطلاحی «حقوق» مطرح می‌کنند.^۴ این حقوق دانان نیز معتقدند «حسن نیت» و «رفتار منصفانه» از مفاهیم ذهنی است و بر خلاف واقعیت‌های خارجی، تجربه و شدنی نیست؛ بنابراین، تعریف دو اصطلاح مزبور کاری دشوار یا ناممکن است و اگر کسی بخواهد آنها را تعریف کند به گونه‌ای که واقعاً معرف آنها باشد، باید آنها را کاملاً تبیین و زوایای مبهم آنها را بررسی کند که در این صورت، دیگر به تعریف آنها نیازی نیست. در نتیجه، تعریف مفاهیم مزبور بدون تبیین تفصیلی آنها دشوار و یا ناممکن است و در صورت امکان این کار، وجود تعریف به شکل رایج بیهوده خواهد بود.

شیوه دوم استدلال گروه مزبور، این است که مفاهیم «حسن نیت» و «رفتار

۱. محمد معین، فرهنگ معین، چاپ اول، مدرسه دارالهیجره، ۱۴۰۹ ق، ج ۱، ص ۱۳۵۵ و ج ۴، ص ۴۳۹۵؛ علی اکبر دهخدا، لغت‌نامه، چاپ اول، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ ج ۶، ص ۷۸۶۷ و ج ۱۳، ص ۱۹۱۲۶.

۲. «بیانکا» و «بونل» و همکاران، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه مهراپ داراب‌پور، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۱۴.

۳. Paul J. Powers, *Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, ۱۸ Journal of Law and Commerce, ۱۹۹۹, p.۳۳۴.

۴. پرویز صانعی، حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران، چاپخانه دانشگاه، ۱۳۴۷، ص ۱۷؛ دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۳۶.

منصفانه»، از مفاهیم انتزاعی است که برای انتزاع آنها باید مصادیقی در خارج موجود باشد تا این انتزاع ممکن باشد، در حالی که چنین نیست. این استدلال، در حقوق تجارت بین‌المللی بیشتر مطرح است؛ چرا که تأکید شده است که کنوانسیونهای بیع بین‌المللی کالا باید به صورت مستقل و بدون ارجاع به حقوق داخلی کشورها تفسیر و اجرا شود، حال آنکه تجارت بین‌المللی نوظهور است و عرفهای طولانی و ثابت حقوق داخلی در آن وجود ندارد تا چنین انتزاعی را انجام داد.^۱

در دیدگاه دوم، بسیاری از حقوق‌دانان، هر چند پذیرفته‌اند «حسن نیت» و «رفتار منصفانه»، وجود عینی و خارجی مشخصی ندارد و از مفاهیم ذهنی یا انتزاعی است و نمی‌توان آنها را با توصیف ابعاد، ویژگیهای خارجی و بیان ذاتیات و عرضیات تعریف کرد، تعریف لفظی و توضیح مفهوم اصطلاحی دو اصطلاح مزبور را امری ممکن و سودمند می‌دانند؛ از این رو، دو اصطلاح مزبور در قرارداد، به «صداقت، بی‌طرفی فعال و حس همکاری اجتماعی»، «صداقت در رفتار یا گفتار مورد نظر در قرارداد»، «وفاداری به قصد مشترک توافق شده و پای‌بندی به انتظارات موجه طرف دیگر» یا «وضع فکری کسی که اشتباهاً به عملی حقوقی اقدام می‌کند، با این تصور که عمل او طبق قانون است، در حالی که چنین نیست»^۲ تعریف کرده‌اند.^۳ البته برخی از این حقوق‌دانان مانند «سامرز»،^۴ بهترین شیوه تعریف «حسن نیت» را تعریف غیر مستقیم آن (از راه تعریف «سوء نیت») دانسته و بیان کرده‌اند که حسن نیت باید تعریف شود، البته نه براساس اینکه چیست، بلکه براساس اینکه حسن نیت چه نیست؛^۵ به بیانی دیگر، حسن نیت باید به طور غیر مستقیم و با بیان مصادیق سوء نیت تعریف شود.^۶

۱. تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کالا، ج ۱، ص ۱۱۴؛ مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه بهروز اخلاقی و فرهاد امام، چاپ اول، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۷۹، ص ۱۷.
۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۱۵.

۳. Paul J. Powers, Ibid., p. ۳۳۸.

۴. Summers.

۵. Ibid., p. ۳۳۹.

۶. «تعرف الأشياء بأضدادها»؛ اشیا به واسطه ضدهایشان، شناسانده می‌شود.

ب) فقه شیعه و حقوق ایران

بررسی عنوانهای مترادف و متضاد با اصطلاحهای حسن نیت و رفتار منصفانه و همچنین برخی از بابهای فقهی^۱، به ویژه بابهای مرتبط با عقد بیع^۲ همچون آداب تجارت، مکاسب محرّمه، خیارات و مانند آن، نشان می‌دهد که فقه شیعه دو اصطلاح مزبور را از مفاهیم ذهنی و انتزاعی که نمی‌توان آنها را با روش توصیف و ویژگیهای خارجی و بیان ذاتیات و عرضیات تعریف کرد، دانسته است، اما با وجود این، در صدد تعریف آن با دو شیوه «تبیین تفصیلی» و «توضیح مفهوم اصطلاحی» می‌باشد.

در شیوه تبیین تفصیلی که اهتمام بیشتری بر آن بوده، تلاش شده است از یک سو، نمونه‌های افعال مثبت که از آنها حسن نیت و رفتار منصفانه در قرارداد انتزاع می‌گردد، و از سوی دیگر، نمونه‌های افعال منفی که از آنها سوء نیت و رفتار غیر منصفانه یا فریبکارانه در قرارداد انتزاع می‌گردد، تبیین شود. نتیجه تقابل آنها با یکدیگر و به بیانی دیگر، انجام دادن افعال نوع نخست و پرهیز از افعال نوع دوم از سوی طرفهای قرارداد یا معامله، حسن نیت و رفتار منصفانه در قرارداد را پدید می‌آورد.^۳

۱. هر نظام حقوقی منابعی دارد که تعاریف و قواعد حقوقی متداول و جاری در آن نظام را تشریح و ایجاد می‌کند. این منابع حسب نظامهای حقوقی، متفاوت است. منابع مزبور در حقوق اسلامی عبارت است از: کتاب (قرآن)، سنت، اندیشه‌های فقهی کاشف از رأی معصوم علیه السلام، عقل، سیره مشرعه و بنای عقلا. (محمد بن محمد بن نعمان بغدادی (شیخ مفید)، *تذکری فی اصول الفقه*، چاپ دوم، بیروت، دارالمفید، ۱۴۱۴، ص ۷؛ محمد بن ادریس حلی، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲؛ جعفر بن حسن حلی (محقق حلی)، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم، مؤسسه سیدالشهدا، ۱۳۶۶ ش، ج ۱، ص ۲۸؛ آخوند خراسانی، *کفای فی الاصول*، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ص ۶).

۲. عقد بیع از عقود اساسی و پایه در فقه به شمار می‌رود و بسیاری از قواعد عمومی قراردادها و حقوق قراردادها در آن تبیین می‌شود.

۳. کتابهای فقهی بسیاری وجود دارد که می‌توان اثبات موضوع مزبور را در آنها بررسی کرد؛ برای نمونه، ر.ک: جعفر بن حسن حلی (محقق حلی)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۶۱ به بعد؛ حسن بن یوسف اسدی (علامه حلی)، *قواعد الاحکام فی معرفی الحلال و الحرام*، ج ۲، ص ۵ به بعد؛ مرتضی انصاری، *المکاسب*، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۶ به بعد؛ ابوالقاسم خویی، *مصباح الفقاهه*، چاپ اول، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷ به بعد؛ روح الله موسوی خمینی (امام خمینی)، *المکاسب المحرمه*، ج ۱، ص ۳ به بعد؛ همو، *البیع*، چاپ چهارم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۴، ص ۳ به بعد.

در شیوه توضیح مفهوم اصطلاحی، تعریف مستقلی در آثار فقهی برای حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها ذکر نشده است و اینکه فقیهان، منابع فقهی را با توجه به این موضوع خاص و رویکرد ادبیاتی و ساختاری مورد مطالعه و پردازش قرار داده باشند، تاکنون متداول نبوده است. اما اصطلاحهای مترادف و متضادی با دو اصطلاح مذکور در آثار فقهی و همچنین تفاسیر و منابع روایی بیان گردیده^۱ که می توان تعریف اصطلاحی زیر را برای اصل مزبور بیان کرد: «حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها، رعایت رفتار صادقانه و عادلانه طرفهای قرارداد است که بر پایه توافقی صریح یا ضمنی طرفها، اهداف قرارداد و قانون یا عرف، در مراحل مقدماتی مذاکرات، انعقاد، اجرا، تفسیر و ضمانت اجراهای قرارداد اعمال می شود».

دو اصطلاح «حسن نیت» و «رفتارهای منصفانه» در قوانین مصوب ایران نیز به کار نرفته است، اما به این دو اصطلاح در برخی از آثار حقوقی به طور ضمنی و اختصاری اشاره شده است. حسن نیت در برخی آثار حقوقی، براساس حقوق فرانسه تعریف شده است^۲ و در آثار مرتبط با حقوق تجارت بین المللی کالا موضوع اصل حسن نیت در اسناد بین المللی بررسی شده است.^۳

با وجود این، مواد مدون در قانون مدنی ایران که از قوانین ماهوی مهم و پایه به شمار می رود، به گونه ای است که می توان توجه قانون گذار ایرانی و حقوق دانان را به این اصل و همچنین تعریف آن را براساس شیوه «تبیین تفصیلی» را به دست آورد.

بر پایه مبنای «مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی»^۴ در شرح و

۱. مصادیقی از آنها در فصل تبیین مبانی خواهد آمد.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۱۵؛ همو، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش، ج ۳، ص ۱۶۶۱ و ج ۲، ص ۱۲۳۳، ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۵۵ و ۸۹.

۳. بیانا و بونلی و همکاران، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ج ۱، ص ۱۱۴؛ مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، ص ۱۷.

۴. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

توضیح ماده ۷-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی،^۱ موادی همچون ۲۳۵، ۲۳۸، ۲۵۲، ۳۰۳، ۳۵۴، ۴۱۶، ۴۲۲، ۴۳۸ و ۴۳۹ قانون مدنی از موادی است که می‌توان برای اثبات ادعای مزبور به آنها استدلال کرد.

بعلاوه، با استفاده از مواد مزبور می‌توان تعریفی از نوع «توضیح مفهوم اصطلاحی» را مطابق با همان تعریف اصطلاحی در فقه، استنباط و بیان کرد.

پیشینه و جایگاه

الف) نظامهای حقوقی و حقوق تجارت بین‌الملل

آنچه دربارهٔ پیشینهٔ تعهد به حسن نیت مطرح است، نشان می‌دهد که توجه و پای‌بندی به اصل مزبور، به دلیل هم‌سنجی و سازگاری آن با ساختار درونی و فطری بشر، از گذشته همچون ابتدای دوران رم وجود داشته است^۲ و افراد جامعه و طرفهای قرارداد، نه به حکم قانون و ضمانت اجراهای قانونی، بلکه بنا به اهمیت اخلاق حسنه و وجدان در نزد آنان، اجرای آن را در قراردادها و وظیفهٔ خود می‌دانستند.

الزام به حسن نیت در کشورهای غربی که از حقوق رم الهام گرفته است، در قرنهای یازدهم و دوازدهم، نمود بیشتری یافته است و در حال حاضر نیز در قانون مدنی بسیاری از کشورهای دارای حقوق مدون (رومی-ژرمنی) مانند بسیاری از کشورهای اروپایی همچون فرانسه^۳، بلژیک، ایتالیا و از همه گسترده‌تر در قانون مدنی آلمان^۴ و همچنین در حقوق کشورهای دارای حقوق عرفی (کامن‌لا) مانند

۱. مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ص ۲۰.

۲. Paul J. Powers, Ibid., p. ۳۳۶.

۳. برای مثال، ر.ک: به مواد ۱۱۳۴، ۱۱۳۵، ۱۱۴۱، ۱۱۴۷، ۱۱۴۸، ۱۲۴۰ قانونی مدنی فرانسه. ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه، انصاف را در کنار عادت و قانون، از منابع التزامهای قراردادی می‌شناسد. (قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۵۶).

۴. Peter Schlechtriem, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Rome ۱۹۹۷, p. ۱.

انگلستان^۱ و ایالات متحده آمریکا^۲، به‌ویژه در قانون تجارت یکنواخت آن^۳ وجود دارد. این اصل، حتی در روابط تجاری کشورهای سوسیالیست گذشته نیز مورد توجه بوده است.^۴

توسعه پرشتاب روابط و مناسبات تجاری در چند دهه اخیر، توسعه حقوق تجارت و شاخه‌های آن در سطح بین‌المللی را موجب شده است و حقوق‌دانان در این باره بسیار کوشیده‌اند تا با اصلاح، توسعه و تدوین مقررات حقوقی تجاری، اصول و مقرراتی مناسب و هماهنگ با مقتضیات زمان در سطح بین‌المللی به وجود آورند. در مبادلات تجاری بین‌المللی نیز بنا به دلایل متعددی، به اصل مزبور، توجه ویژه‌ای شده است؛ برای مثال، می‌توان به مقررات «کمیسیون سازمان ملل درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا»^۵ و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۶ مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۷، به عنوان دو سند حقوقی کاربردی اشاره کرد. گروه تحقیق کمیسیون فوق در جلسه نهم بررسی «قانون متحدالشکل انعقاد قراردادهای بیع بین‌المللی کالا»، در ۱۹۷۸ م، ماده جدیدی (ماده ۵) را به این قانون افزود. این ماده که در مورد حسن نیت و رفتار منصفانه است، مقرر می‌دارد:

طرفین در جریان انعقاد قرارداد، باید اصل رفتار منصفانه را مراعات کرده، با حسن نیت رفتار کنند.

درباره وجود چنین ماده‌ای و همچنین کیفیت بیان آن، در جلسه یازدهم کمیسیون مذکور در سال ۱۹۷۸ م. بحث‌های طولانی بسیاری انجام شد و پیشنهادها و راه‌حلهای متفاوتی برای تدوین آن ارائه گردید. سرانجام، پیشنهاد سومی از سوی

۱. Roy Goode, *The Concept of "Good Faith" in English Law*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Rome, ۱۹۹۲, No. ۲, p. ۱.

۲. Allan E. Farnsworth, *The Concept of "Good Faith" in American Law*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Rome, ۱۹۹۳, No. ۱۰, p. ۱.

۳. مواد ۱-۲۰۳.

۴. Paul J. Powers, *Ibid.*

۵. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

۶. Principles of International Commercial Contracts.

کمیسیون پذیرفته شد که بیان می‌کرد: «رعایت حسن نیت در مادهٔ مربوط به تفسیر و اعمال مقررات گنجانده شود». در نتیجهٔ این پیشنهاد، مادهٔ ۶ که با مادهٔ ۱۳ پیش‌نویس قبلی هماهنگ بود، بدین صورت اصلاح شد:

در تفسیر و اعمال این کنوانسیون باید به ویژگی بین‌المللی بودن و ضرورت ترویج اعمال یکنواخت و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌المللی توجه کرد.

اصلاحات ویرایشی در «کنفرانس وین» نسبت به این مقررہ انجام شد و نهایتاً به صورت بند ۱ مادهٔ ۷ کنوانسیون تدوین یافت که بیان می‌کند:

در تفسیر این کنوانسیون باید به ویژگی بین‌المللی بودن آن و ضرورت ترویج اعمال یکنواخت در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌المللی توجه شود.^۱

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به عنوان سند بین‌المللی دیگری در مادهٔ ۷ فصل ۱ صریحاً دربارهٔ موضوع حسن نیت مقرر می‌دارد:

۱. در تجارت بین‌المللی هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و رفتار منصفانه اقدام کند.

۲. طرفین نمی‌توانند این تکلیف را مستثنا یا محدود کنند.

مقررات دیگری در فصلهای مختلف این اصول وجود دارد که اعمال مستقیم یا غیر مستقیم اصل حسن نیت و رفتار منصفانه را موجب می‌شود؛^۲ برای مثال، مادهٔ ۱۵ فصل ۲ آن بیان می‌کند:

۱. هر طرف برای مذاکره آزاد است و مسئول ناکامی در دستیابی به توافق نیست.

۲. با وجود این، طرفی که انجام یا قطع مذاکره را با سوء نیت همراه می‌سازد، مسئول زیانهای است که موجب شده است بر طرف دیگر وارد شود.

۳. به ویژه این امر برای یک طرف سوء نیت به شمار می‌رود که با قصد عدم دستیابی به توافق با طرف دیگر، وارد مذاکره شود یا آن را ادامه دهد.

همچنین مادهٔ ۲۰ همان فصل نیز مقرر می‌دارد:

۱. بیانا و بونلی و همکاران، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ج ۱، ص ۱۱۴.

۲. مؤسسهٔ بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ص ۲۰.

۱. هیچ شرط مندرج در شروط استاندارد، اگر دارای خصیصه‌ای باشد که طرف دیگر، به طور متعارف امکان ندارد انتظار آن را داشته باشد، نافذ نخواهد بود، مگر اینکه طرف دیگر، صریحاً آن را بپذیرد.^۱

۲. برای تعیین اینکه یک شرط دارای ویژگی مزبور هست یا نه، باید به محتوا، زبان و نحوه ارائه شرط مزبور توجه کرد.

بنا بر ماده مزبور، شروط غیرمنتظره در قراردادهای استاندارد نافذ نیست. غیرمنتظره بودن شرط در چنین قراردادهایی ممکن است به دلیل مفاد، چگونگی ارائه یا زبان باشد. شرح سند مزبور برای شرط غیرمنتظره ناشی از نحوه ارائه، به مثال زیر اشاره کرده است:

«الف» که یک شرکت بیمه فعال در کشور «X» است، از شرکتهای وابسته به «ب» شرکتی که در کشور «Y» به ثبت رسیده است، می‌باشد. شروط استاندارد «الف»، تقریباً پنجاه شرط را دربردارد که با قلم ریز چاپ شده است. در یکی از این شروط، قانون کشور «Y» به عنوان قانون اعمال‌شدنی تعیین شده است. [اما همین] شرط تا وقتی که با «چاپ درشت» یا به هر شکل مناسب دیگری که توجه طرف قبول‌کننده آن شروط را جلب کند، ارائه نشود، اثری قانونی نخواهد داشت؛ زیرا مشتریانی که در کشور «X» هستند، به طور متعارف، انتظار ندارند که در شروط استاندارد شرکتی که در کشورشان فعالیت دارد، قیدی راجع به انتخاب قانون قرارداد بیابند که بر اساس آن، قانونی خارجی به عنوان قانون حاکم بر قراردادشان تعیین شده است.^۲

یا در ماده ۸ فصل ۳ بیان شده است:

در صورتی که یک طرف بر اثر تدلیس طرف دیگر، به انعقاد قرارداد، ترغیب و هدایت شده باشد، می‌تواند قرارداد را ابطال کند. تدلیس عبارت است از بیان یا رفتار یا عدم افشای فریبکارانه اوضاعی که طبق معیارهای متعارف تجاری برای معامله منصفانه، طرف دیگر موظف به افشای آنها بوده است.

یا در بند ۲ ماده ۱ فصل ۴ بیان شده است:

۱. Surprise Clause.

۲. مؤسسه بین‌المللی بکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ص ۸۱.

۱. قرارداد باید طبق قصد مشترک طرفین تفسیر شود.

۲. اگر نتوان چنین قصدی را احراز کرد، قرارداد باید طبق معنایی تفسیر شود که شخصی متعارف از همان نوع طرفین، در اوضاعی مشابه، آن معنا را برای قرارداد در نظر می‌گرفت.

مواد بسیار دیگری در این باره وجود دارد که به دلیل پرهیز از طولانی شدن بحث از طرح آنها خودداری می‌کنیم.

(ب) فقه و حقوق ایران

موضوع حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها در ابعاد مختلف، اما با ادبیات نظام حقوق اسلامی و متناسب با شرایط زمانی و مکانی، ابتدا در مهم‌ترین و بنیادی‌ترین منابع استنباطی فقه یعنی آیات و روایات و بیشتر با شیوه تبیین تفصیلی مطرح گردیده است. دانشمندان و فقهای دوره حضور و ادوار پس از آن، بر پایه منابع فقهی نام‌برده، به موضوع حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها توجه داشته‌اند و آن را در قسمت‌های آداب تجارت، مکاسب محرّمه، بیع و خیارات بررسی کرده‌اند. این بررسی با رویکرد و گرایش فقهی اهل حدیث در آثاری همچون *فقه الرضا*^۱ و *المقنع*^۲ (دوره غیبت صغرا ۲۳۹-۲۶۰ ق.) تا اواخر قرن چهارم قمری^۳ یا فقه

۱. علی بن بابویه قمی، *الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع)* (فقه الرضا)، چاپ اول، مشهد، المؤتمر العالمی للإمام الرضا (ع)، ۱۴۰۶، ص ۲۵۰.

۲. محمد بن علی بابویه قمی (شیخ صدوق)، *المقنع*، چاپ اول، قم، مؤسسه الامام الهادی (ع)، ۱۴۱۵، ص ۳۶۱.

۳. این گرایش که در اوایل دوره غیبت صغرا تا نیمه دوم قرن چهارم بر جامعه علمی شیعه چیره بود، دنباله‌رو و استمرار گرایش سنت‌گرای دوره حضور بوده است. هواداران این مکتب با اجتهاد به صورت کوششی فکری بر اساس استنباط عقلی، میانه‌ای نداشتند. بنابراین، هرگز به فکر جدا کردن فقه از حدیث و تدوین کتابهای فقهی مستقل برنیامدند و از نوشتن مطالب فقهی با عباراتی جز نص عبارات روایات مذهبی پرهیز داشتند. اینان به دو گروه تقسیم می‌شوند: گروهی که روایات را با اصول علم رجال و علم حدیث نقّادی می‌کردند و هر روایتی را با هر کیفیت و وضعی نمی‌پذیرفتند. گروه دیگر، طرفدار پیروی بی‌قید و شرط از احادیث بوده و با مبانی اصول فقه، قواعد جرح و تعدیل احادیث و قوانین استدلالی بیگانه بودند. (حسین مدرسی طباطبایی، *مقدمه‌ای بر فقه شیعیه*، ترجمه محمد آصفی، چاپ اول، مشهد، بنیاد پژوهشهای اسلامی، ۱۳۶۷، ص ۳۷).

استدلالی و تحلیلی^۱ در آثاری همچون *المقنعه*^۲، *شرائع الاسلام*^۳ و نظایر آن (از نیمه قرن چهارم به بعد) دیده می‌شود.

بنابراین، تاریخچه طرح و بررسی موضوع این اصل، در فقه شیعه، به آغاز قرن نخست هجری باز می‌گردد. این سیر طرح و بررسی در مکتب شیخ مرتضی انصاری (قرن سیزده هجری) تحوّل اساسی یافته و با دقت‌های علمی و بی‌نظیر وی و فقهای بعد از او، به شکلی بسیار ظریف و فنی درآمده است. طرح کلی‌ای که وی پایه‌ریزی کرد، تاکنون بر جوامع علمی شیعه حکم فرماست و همچنان اساس کار فقه و اصول فقه شیعی است.^۴

برای بررسی موضوع حسن نیت و رفتار منصفانه در حقوق ایران می‌توان به جلد نخست *قانون مدنی مصوّب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷* ش. که مشتمل بر ۹۵۵ ماده است، رجوع کرد. این قانون، بهترین منبعی است که می‌توان اصل مزبور را در آن مطالعه و بررسی کرد. به این ترتیب، پیشینه تاریخی بررسی اصل حسن نیت در حقوق ایران، به آغاز قانون‌گذاری در بعد از انقلاب مشروطه، یعنی سال ۱۳۲۴ ق. برمی‌گردد.

مبانی و ادله حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها

این قسمت، درصدد بررسی مبانی اصل مزبور در نظام‌های حقوقی، حقوق تجارت بین‌المللی، فقه شیعه و حقوق ایران است؛ از این رو، ادله بسیاری همچون «لزوم رعایت صداقت و پرهیز از فریبکاری»، «لزوم رعایت عدالت و انصاف»، «لزوم تصرف از روی رضا»، «عدم استیفای ناروا»، «پرهیز از وارد ساختن زیان ناروا»،

۱. این گرایش متمایل به فقه تحلیلی و استدلالی دوره حضور بوده و کوشیده است تا فقه اجتهادی شیعی به صورت مجموعه‌ای مدوّن و مستقل از مجموعه‌های حدیثی تدوین شود. مجموعه‌ای مستقل، اما براساس مجموعه‌های حدیثی و در چارچوب آن که به شکل تفریع فروع از اصول و با کمک استدلال عقلی و اعمال فکر و اجتهاد و نظر، تدوین شود. (حسین مدرسی طباطبایی، *مقدمه‌ای بر فقه شیعه*، ص ۴۰).

۲. محمد بن محمد بن نعمان بغدادی (شیخ مفید)، *المقنعه*، ص ۵۸۶.

۳. جعفر بن حسن حلّی (محقق حلّی)، *شرائع الاسلام*، ج ۲، ص ۲۶۵.

۴. مکتب شیخ مرتضی انصاری را می‌توان در آثاری همچون *فرائد الاصول و المکاسب* بررسی کرد.

«پرهیز از بیع غرری»، «معامله به قصد فرار از دین»، «معامله به قصد محروم کردن ورثه از ارث»، «مسئولیت فروشنده قبل از قبض» و... وجود دارد که می‌توان مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در نظامهای مزبور را در آنها جست‌وجو کرد. برای نمونه به برخی از آنها به اختصار اشاره می‌کنیم:

رعایت صداقت و پرهیز از فریبکاری

الف) نظامهای حقوقی و حقوق تجارت بین‌المللی

حفظ روحیه صداقت و عدم فریبکاری در طرفهای قرارداد یا ایجاد این حالت در آنها از جمله مبانی اصل حسن نیت است که رویکرد قانون‌گذاران نظامهای حقوقی مختلف را به این اصل، موجب شده است؛ از این رو، صداقت و پرهیز از فریبکاری در قراردادها مبنایی برای تدوین اصل مزبور در سندهای حقوقی داخلی و بین‌المللی شده است؛ برای مثال، ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه تأکید دارد که قراردادهای منعقدشده قانونی را باید با حسن نیت اجرا کرد. ماده مزبور و مواد مشابه دیگر، ضمن آنکه بر رعایت حسن نیت در قراردادها تصریح دارد، بر این قضیه نیز دلالت دارد که طرفهای قرارداد نباید از صداقت و عدم فریبکاری دوری گیرند؛ چراکه انجام دادن چنین اموری با رعایت حسن نیت در قراردادها تنافی و تضاد دارد.

حقوق قراردادهای انگلستان، نمونه دیگری است. حقوق مزبور، علاوه بر بررسی تأثیر مباحثی در قرارداد، مانند اشتباه،^۱ اکراه و اعمال نفوذ ناروا^۲ و شروط قراردادی غیر عادلانه که به صورت قانون نیز تصویب شده است،^۳ فصلی نیز به بحث «سوء عرضه»^۴ اختصاص می‌دهد؛ بدین ترتیب، موضوع صداقت و عدم فریبکاری و در نهایت، تبیین تفصیلی و غیرمستقیم اصل حسن نیت در قراردادها را دنبال می‌کند.

نویسندگان «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا» ۱۹۸۰ م، در مقدمه کنوانسیون مزبور

۱. Mistake.
۲. Duress and Undue Influence.
۳. Unfair Contract Terms Act ۱۹۷۷.
۴. Misrepresentation.

بر این نکته تصریح دارند که توسعه تجارت بین‌المللی، براساس برابری و نفع متقابل، عنصر مهمی در جهت ارتقای مناسبات دوستانه بین دولتهاست و این موضوع، بر مبنا بودن صداقت و عدم فریبکاری در قراردادهای تجاری بین‌المللی تأکید دارد؛ چراکه ارتقای مناسبات دوستانه با نیرنگ و فریبکاری ممکن نیست.

ماده ۷ کنوانسیون مزبور و همچنین ماده ۷ فصل نخست اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز بر رعایت حسن نیت در قراردادهای تجاری بین‌المللی تصریح دارد. افزون بر این مواد که بر مبنا بودن صداقت و عدم فریبکاری برای اصل حسن نیت دلالت دارد، مواد مشابه دیگری نیز در دو سند مذکور وجود دارد که مستقیم یا غیرمستقیم، بر این مدعا تصریح دارد؛ برای مثال، ماده ۱۵ فصل دوم اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مسئولیت زیانهای ناشی از مذاکرات همراه با سوء نیت و ماده ۸ فصل سوم اصول مزبور، مسئولیت زیانهای ناشی از فریب و فریبکاری در قراردادها را بررسی می‌کند، یا ماده ۳۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی، فروشنده را بر رعایت تطابق اوصاف کالای تسلیمی با اوصاف قرارداد ملزم می‌کند و بیان می‌دارد: فروشنده باید کالایی را تسلیم کند که دارای مقدار و واجد کیفیت و وصف مقرر در قرارداد باشد....

ب) فقه شیعه و حقوق ایران

فقه یا نظام حقوقی شیعه با آنکه به اراده و تراضی طرفهای قرارداد احترام گذاشته و به آن، به عنوان اصل اولی، بسیار اهمیت داده، با استفاده از شیوه‌های توضیح مفهوم اصطلاحی و تبیین تفصیلی، قوانین آمرانه‌ای را تقنین کرده است که از افزون‌خواهیهای طرف یا طرفهای قرارداد خارج از حد اعتدال، عرف متعارف و قانون جلوگیری شود. این نظام کوشیده است با این شیوه، راه افرادی که بخواهند با انجام دادن اعمال مدلسانه و یا غیر منصفانه به صداقت، راستی و عدالت در معامله آسیب برسانند، مسدود سازد و از اخلال در امنیت و آسایش روانی طرفهای قرارداد و افراد جامعه جلوگیری کند. ادله بسیاری در این باره وجود دارد که از سویی بر ضرورت رعایت صداقت و درستی در قرارداد (از جمله قراردادهای تجاری)

تصریح می کند و از سویی دیگر، تأکید می کند که عنصر فوق، از مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها می باشد. برخی از این ادله، عبارت است از:

۱. «... إذا بعث فأحسینی ولا تغشی...»؛^۱ هنگامی که خرید و فروش می کنی، نیک عمل کن و نیرنگ زن.

عبارت «فأحسینی»، در صدر بیان پیامبر اسلام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خطاب به زینب عطاره (عطرفروش) به دلیل امر به فعل مثبت نیک عمل کردن، بر لزوم رعایت این ویژگی از سوی طرفهای قرارداد دلالت می کند و بدیهی است که به تبع آن، معامله نیز دارای این ویژگی می شود. در نتیجه، این فراز از روایت، بیان می کند که ضرورت رعایت نیک عمل کردن در معامله، شرط ضمنی و مفروغ عنه است که بدون لزوم نیاز به تفحص احراز آن در طرف قرارداد یا تصریح وجود آن در قرارداد، باید در موارد مزبور، نهادینه شده باشد.

گستره کاربردی «نیک عمل کن» در این روایت، با توجه به در مقام بیان بودن پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و عبارت «إذا بعث»، به زمان انعقاد معامله اختصاص دارد، اما از حیث مفهوم عام است و صادقانه و عادلانه بودن رفتار و گفتار طرفهای قرارداد را در تمامی مراحل آن (یعنی از ابتدای تشکیل قرارداد و حتی آنچه به قبل از آن مربوط است، تا اجرای قرارداد) شامل است.

بعلاوه، صیغه نهی «لا تغشی» که بر لزوم ترک فعل (حرمت) دلالت می کند و همواره به فعل منفی (زیانبار) تعلق می گیرد، بیان می کند که معامله کننده نباید با حيله و نیرنگ، طرف دیگر را بفریبد. ضرورت پرهیز از نیرنگ و فریبکاری در معامله نیز شرط ضمنی و مفروغ عنه است و تصریح به پرهیز از آن در زمان انعقاد و اجرای قرارداد ضرورتی ندارد؛ بنابراین، تصریح بر آن، جنبه تأکیدی دارد، تا تأسیسی.

مفهوم لغوی «غش» چند معنا دارد؛ از جمله: «فریب دادن» و «خیانت کردن».^۲

۱. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۸۷.

۲. خلیل بن احمد فراهیدی، العین، چاپ دوم، مدرسه دارالهیجره، ۱۴۰۹ ق، ج ۴، ص ۳۴۰؛ اسماعیل بن حماد جوهری، صحاح اللغی، چاپ چهارم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۷ ق، ج ۳، ص ۱۷۸؛ ابن منظور، لسان العرب، چاپ اول، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق، ج ۶، ص ۱۵۴ و ۳۲۳.

اطلاق آن، هر قسم از فریبکاری و نیرنگ را دربرمی گیرد، اما اصطلاح فقهی آن، معمولاً به شیوه خاصی از نیرنگ که همان مخلوط یا ممزوج کردن شیء خارج از مورد معامله با مبیع است، اطلاق می شود.^۱ بنابراین، دامنه کاربرد اصطلاحی غش، در مقایسه با مفهوم لغوی آن، محدودتر است. با وجود این، با توجه به کاربرد هر دو مفهوم در منابع روایی و فقهی بخش تجارت، برای تشخیص هر یک از آنها ناگزیر باید از قرینه‌ها یاری گرفت؛ برای مثال، فروش پارچه سامری در سایه، غش شمرده شده^۲ و با توجه به قرینه حالیه و بیانیه موجود در روایت مزبور، غش به معنای لغوی آن به کار رفته است.

نتیجه اینکه صدر روایت بیانگر ضرورت رعایت رفتار صادقانه و عادلانه و قسمت آخر آن، بیانگر ضرورت پرهیز از فریبکاری در معامله است؛ بنابراین، روایت ممکن است دلیلی بر رعایت صداقت و عدم فریبکاری در قرارداد و همچنین مبنایی برای لزوم رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها به شمار آید.

۲. «غبنُ المسترسلِ سُحتٌ»؛^۳ فریب کسی که به دیگری اعتماد کرده حرام است. از واژه «غبن» در فرمایش حضرت صادق علیه السلام که بر حرمت آن دلالت دارد، مفهوم لغوی آن، یعنی «فریب دادن دیگری» مراد است، در نتیجه، به صرف قرارداد اختصاص ندارد و فریبکاری طرفهای قرارداد (از جمله قراردادهای تجاری) نیز مصداقی از آن است و حکم عام این روایت، آن را نیز دربردارد.

۳. «... و لایدلُس...»؛^۴ و (در هنگام دادوستد) نیرنگ‌بازی نمی کند.

۱. محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش، ج ۲۲، ص ۱۱۱؛ مرتضی انصاری، *المکاسب*، ج ۱، ص ۲۷۵، ابوالقاسم خوبی، *مصباح الفقاهه*، ج ۱، ص ۲۹۸.
۲. هشام بن حکم می گوید: حضرت موسی بن جعفر علیه السلام در حالی که سواره بود، از کنار من می گذشت. به من گفت: یا هشام، فروش در سایه غش است و غش حلال نیست (محمد بن حسن حرّ عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۲، ص ۳۴۲).
۳. محمد بن یعقوب کلینی، *الاصول الکافی*، تحقیق علی اکبر غفاری، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ ق، ج ۵، ص ۱۵۳؛ محمد بن علی بابویه قمی (شیخ صدوق)، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ج ۳، ص ۲۷۲، محمد بن حسن حرّ عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۲، ص ۲۹۳.
۴. محمد بن حسن حرّ عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۲، ص ۲۸۵.

عبارت «لایدلس» در روایت نبوی، به دلیل «لای نافی»، اجازه هرگونه فریبکاری از سوی طرف معامله یا قرارداد را نفی می‌کند و بیان می‌کند که طرفهای قرارداد، از جمله قرارداد خرید و فروش کالا اجازه ندارند با حيله و خدعه، دیگری را بفریبند؛ چراکه آن نیز از مصادیق تصرف بدون تراضی یا استیفای نارواست. بنابراین، ضرورت پرهیز از نیرنگ و فریبکاری در قرارداد یا دادوستد، از مفاد مفروغ‌عنه قرارداد و یا شرط ضمنی آن است و تصریح به پرهیز از آن در انعقاد و اجرای قرارداد، ضروری نیست؛ چراکه تصریح به آن، دارای ماهیت امر قانونی است و فقط جنبه تأکیدی دارد، نه تأسیسی.

مفهوم لغوی «تدلیس»، «فریب دادن و خیانت کردن» است^۱ و شامل هر قسم از فریبکاری و نیرنگ است، اما اصطلاح فقهی آن، معمولاً به شیوه خاصی از نیرنگ که همان پنهان کردن عیب کالای مورد معامله یا برتر نشان دادن صفت آن، اطلاق می‌شود.^۲ بنابراین، دامنه کاربرد مفهوم اصطلاحی آن، در مقایسه با مفهوم لغویش، محدودتر است. با وجود این، هر دو مفهوم در منابع روایی و فقهی بخش تجارت به کار رفته است و برای تشخیص هریک از آنها ناگزیر باید از قرینه‌های یاری گرفت.

فقهها نیز در مکاسب محرمه، با استفاده از آیات و روایات، افعالی را که ممکن است به صداقت، حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها آسیب رساند، بیان کرده‌اند و آنها را جرم (گناه) به شمار آورده‌اند و به ممنوع بودن و غیر مجاز بودن (حرمت) استفاده از افعالی همچون «تدلیس»، «غش»، «نجش»، «تطفیف»،^۳

۱. خلیل بن احمد فراهیدی، العین، ج ۷، ص ۲۲۸؛ اسماعیل جوهری، الصحاح فی اللغة و العلوم، چاپ چهارم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۷ ق، ج ۲، ص ۱۴۳؛ فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، چاپ دوم، مکتبه نشر الثقافة الاسلامیه، ۱۴۰۸ ق، ج ۲، ص ۴۹.

۲. زین الدین جبعی عاملی (شهید ثانی)، الروضی البهیسی، چاپ اول، قم، انتشارات داوری، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ص ۳۹۶؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۱۷.

۳. به ورود شخص ثالث در معامله می‌گویند، در حالی که قصد خرید ندارد و فقط می‌خواهد بهای کالا را به طور کاذب افزایش دهد و خریدار واقعی را فریب دهد تا کالا را به قیمت بیشتری بخرد. این عمل، ممکن است با تبانی و یا بدون تبانی با فروشنده همراه باشد.

۴. کم فروشی.

«تغیر»^۱ و «غبن»^۲ حکم داده‌اند. اینان در قسم مربوط به عقد بیع و خیارات، ضمانت اجراهای حقوقی (احکام وضعی) این افعال را یعنی «عدم نفوذ»، «حق فسخ» یا «حق ارش» بررسی کرده‌اند. نتیجه این بررسی، این است که دلایل مزبور و ادله بسیار دیگری، بر ضرورت رعایت صداقت و عدم فریبکاری و حسن نیت در قرارداد بیع و سایر قراردادها دلالت دارد.

بنا بر ادله فوق، عدم توجه به ضرورت رعایت صداقت و عدم فریبکاری در قراردادها، عنصری برای ایجاد حکم ثانوی حق خیار، حق ارش یا بطلان و اقامه دعای کیفری یا حقوقی علیه فریب‌دهنده است؛ برای مثال، می‌توان به خیار تدلیس، تخلف از وصف، تخلف از شرط و... اشاره کرد که از حکمهای ثانوی است و به دلیل رعایت نکردن صداقت و فریبکاری طرف قرارداد، از بین برنده حکم اولی الزام قرارداد است. بعلاوه، این نوع اقدامها ممکن است حکم تکلیفی و مسئولیت کیفری نیز برای مرتکب فریبکاری، به همراه آورد. بنابراین، ضرورت صداقت و عدم فریبکاری ممکن است به عنوان مبانی از مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه که اصل آن را در نظام حقوقی شیعه به اثبات می‌رساند، مورد استفاده قرار گیرد. یادآوری می‌شود که بحث از گستره کاربرد آن به نوشتار دیگری نیاز دارد.

قوانینی همچون قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی، تعزیرات حکومتی و مانند آنها نیز در نظام حقوقی ایران وجود دارد که می‌توان ضرورت رعایت صداقت و پرهیز از فریبکاری، تقلب و ارتکاب تقصیر عمدی یا غیر عمدی در قراردادها را از آنها استنباط کرد، تا آنجا که عنصر مزبور را به عنوان مبانی از مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها برشمرد. برخی از مواد قانونی مزبور که بر ضرورت رعایت چنین عنصری در قراردادها دلالت دارد، چنین است:

اگر بایع تدلیس نموده باشد، مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین

۱. یکی از طرفهای قرارداد به قصد فریب و در زبان افکندن طرف دیگر، نسبت به عیوب قرارداد یا موضوع قرارداد، به‌ویژه عیوب پنهانی آن، بدون آنکه تبری بجوید، سکوت کند و آنها را به وی اطلاع ندهد.

۲. گران‌فروشی. البته گاهی ممکن است، فروشنده از بهای کالایی که قصد فروش آن را دارد، بی‌اطلاع باشد و خریدار آگاه، آن را ارزان بخرد که می‌توان به آن «ارزان‌خری» اطلاق کرد.

است باع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری.^۱

این ماده، به صراحت طرفهای قرارداد را از تدلیس و به بیانی دیگر، از «... عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود»^۲ بر حذر داشته است؛ از این رو، تدلیس در قرارداد را ممنوع بر شمرده و ضمانت اجرای حقوقی آن را «خیار تدلیس» مقرر کرده است و به طرف فریب خورده، حق تعیین سرنوشت قرارداد را اعطا کرده است.^۳

قانون گذار در این باره مقرر می‌دارد:

مرتکب هر یک از اعمال زیر در مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی به مجازاتهای مقرر در این قانون محکوم خواهد شد:

۱. عرضه یا فروش جنسی به جای جنسی دیگر.
۲. مخلوط کردن مواد خارجی به جنس به منظور سوء استفاده.
۳. عدم رعایت استاندارد یا فرمول ثبت شده در مواردی که تعیین فرمول و رعایت آن و همچنین تعیین استاندارد و رعایت آن الزامی می‌باشد.
۴. فروش و عرضه جنس فاسد و یا فروش و عرضه جنسی که موعده مصرف آن گذشته باشد.
۵. به کار بردن رنگها و اسانسها و سایر مواد اضافی غیر مجاز در مواد خوردنی یا آشامیدنی یا آرایشی یا بهداشتی و یا لوازم بازی کودکان.
۶. ساختن مواد تقلبی خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی.^۴

قانون گذار در این ماده، مواردی از فریبکاری و تقلب در تهیه، عرضه و فروش را بر شمرده و آنها را «جرم کیفی» دانسته و برایشان مجازاتی که جنبه کیفی دارد، پیش بینی کرده است. مبنای این گونه قانون گذاری ممکن است صداقت، حسن نیت، رفتار منصفانه و عدم فریبکاری که از عوامل مهم برای حفظ منافع اشخاص و اجتماع در قراردادها و همچنین نظم عمومی است، باشد.

۱. ماده ۴۳۹ قانون مدنی.

۲. ماده ۴۳۸ قانون مدنی.

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۳۲۵ به بعد.

۴. ماده ۱ قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی مصوب ۱۳۴۶ ش.

الف) نظامهای حقوقی و حقوق تجارت بین‌المللی

واژه‌های عدالت و انصاف، کاربردی گسترده دارد و در ایجاد استحکام روابط افراد جامعه یا جوامع بین‌المللی از جمله روابط قراردادی آنها با یکدیگر، بسیار بااهمیت است، به گونه‌ای که در شمار مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها بوده و موجب رویکرد قانون‌گذاران نظامهای حقوقی به سوی چنین اصلی شده است.

برای مثال، ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه و ماده ۱۰۷ قانون مدنی الجزایر و مصر، انصاف را در کنار عادت و قانون، از منابع التزامهای قراردادی معرفی کرده‌اند و یا انگلستان، قانونی با عنوان «قانون شروط قراردادی غیر عادلانه» را به تصویب رسانده است.

همچنین وجود تعادل بین دو عوض و رعایت عدالت معاوضی در قراردادها در رویه‌های قضایی آلمان و حقوق سوئیس دارای اهمیت ویژه‌ای می‌باشد تا آنجا که یکی از دلایل تعدیل قراردادها به شمار می‌رود؛ مثلاً حقوق دانان سوئسی، مطالبه حق را در شرایطی که تعادل دو عوض، به سختی بر هم خورده است، رفتاری بر خلاف حسن نیت می‌دانند.^۱

تعادل بین دو عوض و منصفانه بودن آنها در تجارت بین‌المللی و اسناد مرتبط به آن، بسیار بااهمیت است تا آنجا که عدم رعایت آن، از سوی طرف یا طرفهای قرارداد ممکن است به ابطال آن منجر شود؛ برای مثال، ماده ۱۰ فصل سوم اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به موضوع «اختلاف فاحش» تعهدات طرفهای قراردادها می‌پردازد و بیان می‌کند:

اگر در زمان انعقاد قرارداد، قرارداد یا شرطی از آن، به طور غیر قابل توجیه، مزیت بیش از حدی به طرف دیگر واگذار کند، طرف اول می‌تواند قرارداد یا شرط منفرد مزبور را ابطال کند....

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۸۹.

ب) فقه شیعه و حقوق ایران

طرفهای قرارداد، بنا بر منابع و ادله نظام فقه شیعه، عملاً ملزم‌اند در زمان ایجاد و اجرای قرارداد، آنچه طبق قانون (شرع) و عرف، حق طرف دیگر است، به او بدهند و آنچه طبق آنها حقیقتاً است، دریافت کنند. به دیگر سخن، آنها ملزم‌اند در ایجاد و اجرای قرارداد، براساس عدالت و انصاف رفتار کنند و قراردادی عادلانه را به وجود آورند تا بدین وسیله، تضییع یا اتلاف حقوق طرف دیگر را فراهم نکنند؛ بنابراین، طرفهای قرارداد موظف‌اند در صورت اطلاق قرارداد، رفتار خویش را در هنگام اعمال ایجادکننده قرارداد بر عدالت مبتنی دارند. برخی از نصوص و ظواهر مناسبی که می‌توان از آنها در خصوص ضرورت عدالت و انصاف در قرارداد استفاده کرد، عبارت است از:

۱. ﴿... و أوفوا الكيلَ و الميزانَ بالقسط...﴾؛^۱ پیمانانه و ترازو را با عدالت ایفا کنید.

موضوع آیه مذکور، به تعیین مقدار عوض یا عوضین در قرارداد بیع، اشاره می‌کند و نقش عدالت در تحقق وفای به پیمانانه و اقامه وزن در آن را نشان می‌دهد و بیان می‌دارد که در قرارداد بیع، مطلق وزن و یا پیمانانه کردن، اعم از اینکه با عدالت توأم باشد یا نه، مقصود شارع نیست، بلکه وزن و پیمانانه کردنی در خرید و فروش اعتبار دارد که بر قسط استوار باشد. در این صورت، مفهوم مخالف آن، چنین است که اگر در پیمانانه یا وزن کردن، به عدالت رفتار نگردد به آنها وفا نشود. نتیجه چنین کاری این است که معامله‌ای غیر منصفانه و ناعادلانه که یکی از طرفها در آن متضرر و مغبون است، صورت می‌گیرد.^۲

بنابراین، عدالت، نقش سببیت در وفای به پیمانانه و همچنین به پا داشتن وزن دارد و نبود آن، مساوی با نبود وفای به پیمانانه و وزن خواهد بود و این نبود وفا، خلاف

۱. انعام/ ۱۵۲.

۲. فضل بن حسن طبرسی، مجمع البیان، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۹ ق، ج ۲، ص ۴۸۳؛ سید محمد حسین طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ اول، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۷ ق، ج ۷، ص ۳۸۹؛ میرزا محمد مشهدی، کنز الدقائق و بحر الغرائب، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۶ ش، ج ۴، ص ۴۸۹.

هدف استفاده از پیمانانه و ترازو در خرید و فروش است و آیه مزبور با استفاده از صیغه‌های امر «أوفوا» که ظهور در وجوب دارد، بر آن دلالت دارد.

۲. «التاجر فاجرٌ و الفاجرُ فی النارِ إلا مَنْ أَخَذَ الْحَقَّ و أعطى-الحق»؛^۱ تاجر ستمکار است و ستمکار (روز قیامت) در آتش جهنم قرار دارد مگر تاجری که آنچه حق (اوست) دریافت کند و آنچه که حق (طرف دیگر) است به او بدهد.

واژه «حق» در روایت نبوی مزبور عام است و ممکن است حقوق طرفهای معامله در مرحله مذاکره، تنظیم، اجرا، ضمانت اجراها و تفسیر قرارداد را شامل شود. این روایت، به عدالت در قرارداد تصریح و ظهور در این دارد که یکی از الزامهای عملی طرفهای قرارداد بیع، رعایت حقوقی است که در اثر قرارداد بیع، برای هر یک از طرفها پدید می‌آید و این امر، موجب اقامه قسط می‌شود. بر اساس این حدیث نبوی، معامله کنندگان باید از ظلم، اجحاف و تضییع حقوق یکدیگر برحذر باشند و هیچ کدام، دیگری را متضرر نسازد.

۳. «یا معشرَ التَّجَارِ... تجافوا عن الظلم، أنصفوا المظلومین...»؛^۲ ای گروه تاجران! ... درون خود را از ستم کردن (به طرف دیگر) تهی کنید، انصاف را در حق ستمدیدگان رعایت کنید، ...

گرچه امیر مؤمنان علیه السلام در این روایت، به واژه‌های حسن نیت، رفتار منصفانه و عدالت در قراردادها تصریح ندارد، به واژه‌های مترادف و متضاد تصریح دارد که به دلیل صیغه امر و نهی، بر رعایت چنین مواردی در قراردادها دلالت دارد. دقت در کلام فقها در برخی مباحث، از جمله احتکار و خیارات نیز این نتیجه را دربردارد که ایشان به حسن نیت، عدالت و رفتار منصفانه در قراردادها توجه دارند.

یکی از مؤیدهای فقهی که بر رعایت عدالت، انصاف، حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها دلالت دارد و می‌توان در موضوع اختیارات دولتها در حمایت

۱. محمد بن یعقوب کلینی رازی، *الکافی*، ج ۵، ص ۱۵۰؛ محمد بن علی بابویه قمی (شیخ صدوق)، *من لایحضره الفقیه*، ج ۳، ص ۱۹۴؛ محمد بن حسن حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۲، ص ۲۸۲.
۲. محمد بن حسن حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۲، ص ۲۵۸.

از حقوق مصرف کننده نیز از آن بهره برد، دیدگاه فقها در بحث احتکار است. ایشان در این بحث تصریح دارند که اگر شرایطی پدید آید که کالای مورد نیاز مردم در بازار کمیاب شود، دارندگان کالای مزبور باید آن را با قیمت عادلانه عرضه کرده، به فروش رسانند. حال اگر فروشنده‌ای چنین نکند و بخواهد به دلیل نیاز عمومی و اضطراری مصرف کنندگان، آن کالا را به قیمتی ناعادلانه و نامتعارف بفروشد، جلوگیری از عمل وی و چنین اجحافی از سوی حکومت واجب است؛^۱ برای مثال، شهید ثانی در این باره آورده است:

حاکم برای کالایی که فروشنده، به دلیل نایابی آن در بازار و احتیاج شدید مردم به آن از حدّ اعتدال در قیمت گذاری تجاوز کند، قیمتی (عادلانه) [را برای آن] تعیین می کند و مستند جواز عمل حاکم در این نوع قیمت گذاری، اضرار منفی‌ای است که در عمل فروشندهٔ اجحاف کننده وجود دارد و این اضرار منفی، براساس «قاعدهٔ لاضرر» و روایت نبوی، مورد نهی و پرهیز قرار گرفته است.^۲

دومین مؤید فقهی بر لزوم رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه در قرارداد، کلام مرحوم خوئی در تبیین شرط ضمنی بودن تساوی و تعادل بین عوضها در قرارداد بیع است. ایشان با شرح کلام علامه حلی دربارهٔ خیار غبن آورده است:

علامه حلی در *تذکره الفقهاء* برای ثابت کردن خیار غبن، به قول خداوند متعال که فرموده: «إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ» استدلال کرده است. با این ادعا که معاملهٔ غبنی، تجارت همراه با تراضی نیست؛ چرا که زیان دیده، هر گاه نسبت به غبنی بودن معامله اطلاع یابد، هرگز به چنین معامله‌ای رضایت نخواهد داد. بنابراین، تساوی ارزش اقتصادی دو عوض که در معامله غبنی مفقود است، وصفی

۱. محمد بن حسن طوسی (شیخ طوسی)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۲، ص ۱۹۵؛ حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)، *مختلف الشیعه*، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق، ج ۵، ص ۳۸؛ محمد مکی (شهید اول)، *اللمعی الدمشقیه*، چاپ اول، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ ق، ص ۹۹؛ علی کرکی (محقق کرکی)، *جامع المقاصد*، چاپ اول، مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۸ ق، ج ۴، ص ۴۰؛ احمد اردبیلی (مقدّس اردبیلی)، *مجمع الفائدی و البرهان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ ق، ج ۸، ص ۲۰؛ مرتضی انصاری، *المکاسب*، ج ۴، ص ۳۷۳؛ ابوالقاسم خوئی، *مصباح الفقاهه*، ج ۵، ص ۴۹۳؛ روح الله موسوی خمینی (امام خمینی)، *البیع*، ج ۳، ص ۴۱۰.

۲. زین الدین جبعی عاملی (شهید ثانی)، *الروضی البهیة*، ج ۱، ص ۲۹۲.

از اوصاف کالای مورد معامله و قیدی برای آن است نه از ارکان معامله؛ بنابراین، فقدان تساوی ارزش اقتصادی دو عوض مورد معامله، باعث بطلان معامله نیست، بلکه سبب ایجاد خیار فسخ برای زیان‌دیده است.^۱

قوانین مدوّن و مواد قانونی مناسبی نیز در نظام حقوقی ایران هست که بر رعایت عدالت و انصاف در قراردادهای حاکم است. از جمله این مواد، ماده ۴۱۶ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد:

هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.

قوانین مربوط به جلوگیری از غبن و جبران آن، در واقع، تمهیدهای گوناگونی برای ایجاد تعادل میان دو مبنای آزادی و عدالت در قراردادهاست. آزادی مهم‌ترین مبنای نفوذ پیمانهاست و طرفهای قرارداد باید براساس آن، آزادانه با هم مذاکره کنند و در صورت رسیدن به توافق، قانون، رابطه الزامی خود را وضع می‌کند، سپس آنها به آن پایبند می‌شوند و دیگران نیز به آن احترام می‌گذارند. اما بنا بر عدالت و انصاف نیز طرفهای قراردادی که می‌خواهند با آزادی با یکدیگر روبه‌رو شوند، باید با برابری نیز از هم جدا شوند. ستمی به طرف یا طرفها روا نشود و توانمند از بی‌تجربگی، ناآگاهی و نیاز طرف ناتوان استفاده ناروا نکنند.

بنابراین، اساس غبن و تبدیل الزام به وضعیت ناپایدار در خیار آن به دلیل رعایت نکردن عدالت، انصاف و تعادل بین عوضهای موضوع قرارداد در زمان انعقادش است.^۲ ماده مزبور نیز، افزون بر اشاره به چنین موضوعی که ممکن است آگاهانه یا ناآگاهانه باشد، ضمانت اجرای آن را که جنبه حقوقی دارد، تبیین می‌کند.

اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...^۳

۱. ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهی، ج ۶، ص ۲۹۱ (به نقل از: حسن بن یوسف حلّی (علامه حلّی)، تذکری الفقهاء، ج ۱، ص ۵۲۲).

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۲۰۵ به بعد.

۳. ماده ۳۸۷ قانون مدنی.

طبق این ماده، تلف مبیع قبل از قبض از مال بائع و او ناگزیر از رد ثمن به خریدار است. این حکم، مبنی بر عدالت معاوضی و رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد که منسوب به اراده ضمنی طرفین و طبیعت معاوضه است.^۱

قانون تعزیرات حکومتی نیز با تعریف گران‌فروشی^۲ و کم‌فروشی^۳، این دو را از مصادیق افعال تجاوزگرایانه به عدالت و انصاف در قراردادهای بیع برشمرده و حتی به عنوان «قیمت عادلانه»^۴ نیز تصریح کرده است.

همچنین قانون تعزیرات حکومتی در ماده ۴ خود، گران‌فروشی و کم‌فروشی را در شمار جرائم کیفری دانسته و برای جلوگیری از ارتکاب چنین اعمالی در قراردادها، مجازاتهایی از نوع تعزیری پیش‌بینی کرده است.

احتکار، عبارت است از نگهداری کالا به صورت عمدۀ با تشخیص مرجع ذی صلاح و امتناع از عرضه آن به قصد گران‌فروشی یا اضرار به جامعه، پس از اعلام ضرورت عرضه [آن] توسط دولت....

ماده مزبور، دلالت دارد که خودداری از عرضه کالا به قصد گران‌فروشی یا اضرار به جامعه، خلاف حسن نیت، عدالت و رفتار منصفانه است و طرفهای قرارداد بیع باید از آن پرهیز کنند، در غیر این صورت، مراجع صالح طبق قانون مجازند که آنها را به فروش اجباری با قیمت عادلانه ملزم کنند.^۵

عدم زیان ناروا و سوء استفاده از حق

الف) نظامهای حقوقی و حقوق تجارت بین‌الملل

موضوع «سوء استفاده از حق» از عواملی است که رویه قضایی آلمان برای تعدیل قرارداد با استدلال به آن، بیان می‌کند:

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۵۶؛ همو، عقود معین، ج ۱، ص ۱۵۲ و ۲۰۴.

۲. ماده ۲ قانون تعزیرات حکومتی و بند «ب» ماده ۱ قانون تشدید مجازات محتکران و گران‌فروشان.

۳. ماده ۳ قانون تعزیرات حکومتی.

۴. تبصره ۱ ماده ۳ قانون تشدید مجازات محتکران و گران‌فروشان.

۵. تبصره ۱ ماده ۳ قانون تشدید مجازات محتکران و گران‌فروشان.

دو طرف قرارداد بایستی در برابر هم با «حسن نیت» رفتار کنند و بر همین مبنا اجرای قرارداد را بخواهند. طرفی که اجرای تعهد دیگری را مطالبه می‌کند در حالی که آنچه خود در برابر می‌پردازد به دلیل کاهش ارزش پول و گرانی قیمت‌ها، جوهر و ماهیت خود را از دست داده است، برخلاف حسن نیت رفتار می‌کند.^۱

حقوق سوئیس نیز به طور معمول از همین استدلال، در توجیه تعدیل یا انحلال قراردادها پیروی می‌کند. حقوق‌دانان سوئیسی مطالبه حق را در شرایط به هم خوردن تعادل دو عوض، رفتاری بر خلاف حسن نیت می‌دانند. رویه قضایی سوئیس نیز تأکید دارد که پرداخت دین با پولی که ارزش خود را از دست داده است، با قواعد مربوط به حسن نیت در قراردادها منافات دارد و گونه‌ای از سوء استفاده از حق است.^۲

ب) فقه شیعه و حقوق ایران

زیان (ضرر) یا زیان وارد کردن، در نظام حقوقی شیعه نفی شده است. در اینکه زیان از سوی قانون‌گذار (شارع) به صورت حکم ضرری یا از سوی افراد باشد، فرقی نیست. همچنین فرقی ندارد که زیان وارد شده به خود یا دیگری و یا جامعه باشد. بنابراین، هر اقدامی که ضرر مادی یا معنوی را موجب شود، از نظر فقه شیعه پذیرفتنی نیست.

در این نظام، اگر شخصی، زانی ناروا وارد کند، علاوه بر مسئولیتش در جبران زیان وارد شده و ملزم بودنش به برگرداندن وضع تا جایی که امکان دارد به حالت سابق، ممکن است در برخی موارد معین، به دلیل چگونگی شرایط ورود زیان، دارای مسئولیت کیفری نیز بشود؛ چراکه ایجاد زیان ممکن است در اثر فعل غیر ارادی و بدون قصد فاعل آن یا در اثر فعل ارادی و توأم با سوء نیت باشد. پیدایش زیان در صورت دوم نیز ممکن است در نتیجه ارتکاب افعال زیان‌زننده و یا سوء استفاده از حق باشد.

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۸۹.

۲. همان.

دلیل فقها برای چنین مبنایی، قاعده مشهور، مهم و بسیار پرکاربرد «لاضرر»، برگرفته شده از آیات و روایات از جمله حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام»^۱ است. اهمیت و گستره کاربرد قاعده مزبور، بدان حد است که بسیاری از فقها در تألیفات و تقریراتشان، به آن پرداخته و حتی بسیاری از ایشان، آن را مستقلاً مورد تحقیق قرار داده‌اند.^۲

عدم ورود زیان ناروا به دیگری و عدم سوء استفاده از حق در حقوق ایران، موضوعی بسیار مهم و مورد توجه است، به گونه‌ای که قانون اساسی نیز به آن تصریح دارد. اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این باره مقرر می‌دارد:

هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

این حکم که مبنی بر عدم اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی از راه اعمال حق است، عام و مشتمل بر همه نوع حق حتی حقوق قراردادی است. نتیجه حکم مزبور این است که طبق اصل یادشده، ایجاد قراردادهای توأم با زیان ناروا، جایز نیست و این، همان مفهوم ضرورت رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهاست.

در ماده ۴۸۴ قانون مدنی نیز آمده است:

موجر نمی‌تواند در مدت اجاره در عین مستأجره تغییری دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد.

همچنین ماده ۴۸۵ قانون مذکور مقرر می‌دارد:

۱. محدثان شیعه و سنی، این روایت را با اندکی تفاوت نقل کرده‌اند. ر.ک: محمد بن حسن حرّ عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۷، ص ۲۲۰؛ احمد بن حنبل، *مسند احمد*، بیروت، دارالصادر، ج ۱، ص ۳۱۳.
 ۲. شیخ مرتضی انصاری، *رسائل فقهیه*، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲۳، ص ۱۰۴؛ *کفای الاصول*، ص ۳۸۰؛ علی حسینی سیستانی، *القاعده لا ضرر و لا ضرار*، چاپ اول، قم، مهر، ۱۴۱۴ ق، ص ۱؛ محمد حسن بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، چاپ اول، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱، ص ۲۰۸؛ ناصر مکارم شیرازی، *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۱۱ ق، ص ۲۹.

اگر در مدت اجاره در عین مستأجره، تعمیراتی لازم آید که تأخیر در آن، موجب ضرر موجد باشد، مستأجر نمی‌تواند مانع تعمیرات مزبوره گردد؛ اگر چه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عین مستأجره کلاً یا بعضاً استفاده نماید. در این صورت، حق فسخ اجاره را خواهد داشت.

مواد مزبور، با تبیین تعارض بین اعمال حق موجد و مستأجر، دلالت دارد که اعمال حق باید به گونه‌ای باشد که موجب زیان ناروا به طرف دیگر نشود و این حکم، مطابق با عدم زیان ناروا و سوء استفاده از حق است و ممکن است مبنایی برای حسن نیت و رفتار منصفانه در قرارداد به شمار رود.

نظم قراردادها

از اهداف اصلی ایجاد قرارداد و حقوق مربوط به آن، در نظامهای حقوق داخلی، حقوق بین‌المللی، فقه شیعه و حقوق ایران، تأمین نظم در روابط اجتماعی و اقتصادی اشخاص حقیقی و حقوقی است. ضرورت چنین هدفی، در گذشته بسیار بدیهی بوده است و عقل نظری و عملی و به پیروی از آن، عرفهای گوناگون به خوبی آن را درک کرده‌اند.

امروزه گستره هدف مزبور، توسعه بسیاری یافته و در مرحله گذر از نظمهای داخلی به سوی ایجاد نظمهای فراملی و بین‌المللی است. در سالهای اخیر، تلاشهای فراوانی نیز برای تدوین قوانین فراملی^۱ و یکسان‌سازی قوانین بین‌المللی انجام یافته است؛ برای مثال، بیع بین‌المللی به دلیل نیازهای کاربردی به آن، توجه متخصصان حقوق بین‌الملل را به خود جلب کرده است. «مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی» نخستین گامهای لازم را از سال ۱۹۲۹ م. برداشته و «کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل» نیز آن را در سال ۱۹۶۸ م. ادامه داده است. در همین زمینه، تاکنون اسناد متعددی مانند: «کنوانسیون مربوط به قانون

۱. میشل ویرالی، «تفکری بر تئوری حقوق فراملی»، ترجمه ناصر صبح‌خیز، مجله حقوقی، ش ۳، سال ۱۳۶۴، ص ۸۷.

متحدالشکل ناظر بر بیع بین‌المللی اموال منقول»، «کنوانسیون مربوط به قانون متحدالشکل ناظر بر انعقاد قراردادهای بیع بین‌المللی اموال منقول»، «کنوانسیون سازمان ملل متحد مربوط به بیع بین‌المللی کالا» و «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی» لازم‌الاجرا شده است.^۱

مشهود است که ایجاد نظم در روابط اجتماعی و اقتصادی اشخاص با قراردادهای حقوق قراردادی، اعم از داخلی یا بین‌المللی، مستلزم آن است که نخست خود آنها بر مبنای ساختاری منطقی و منظم پایه‌ریزی شود و دیگر اینکه براساس این مبنا نیز به پیش رود. برای پیشرفت قراردادهای بر پایه نظم، عناصر متفاوتی باید رعایت شود. برترین عنصر، وجود حسن نیت در طرفهای قرارداد در تمامی مراحل آن است؛ چراکه رفتارهای همراه با سوء نیت و یا غیر منصفانه در اعمال قراردادی، نوعی ناهنجاری عمده به شمار می‌رود و ساختار اصولی حقوق قرارداد و نظم آن را بر هم می‌زند. همچنین الزام قرارداد را متزلزل می‌کند و به فسخ یا بطلان آن منجر می‌شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه گذشت، نتیجه‌های زیر را می‌توان به دست آورد:

الف) اصطلاح خاصی با عنوان «حسن نیت و رفتار منصفانه» و همچنین اصل و یا سرفصل خاصی که به طور اختصاصی و همه‌جانبه به چنین موضوعی پرداخته باشد، در نظام حقوقی شیعه و ایران متداول نبوده است. اما با توجه به ادبیات این نظامهای حقوقی و بررسی عنوانهای مترادف یا متضاد با اصطلاحهای مزبور در قراردادهای همچنین برخی از سرفصلهای منابع مزبور، به‌ویژه منابع مرتبط با عقد بیع (آداب تجارت، مکاسب محرمه، و...)، چنین نتیجه می‌شود که نظام حقوقی شیعه و ایران به «حسن نیت و رفتار منصفانه» با عنوانهای مشابه دیگری توجه کرده است. بعلاوه، این نظام، هرچند حسن نیت را از مفاهیم ذهنی و انتزاعی دانسته است، با استفاده از دو

۱. جرزى راژسكى، «تدوين تدريجى حقوق تجارت بين‌المللى»، ترجمه ناصر صبح‌خیز، مجله حقوقی، ش ۲، سال ۱۳۶۴، ص ۴۱؛ ژان پی‌یر پلانتر، «حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌المللی؛ کنوانسیون سازمان ملل متحد»، ترجمه ایرج صدیقی، مجله حقوقی، ش ۱۴ و ۱۵، سال ۱۳۷۰، ص ۲۸۵.

شیوه «تبیین تفصیلی» و «توضیح مفهوم اصطلاحی»، آن را تعریف کرده است. در فقه شیعه و حقوق ایران با استفاده از شیوه تبیین تفصیلی تلاش شده است از یک سو، نمونه‌های افعال مثبت و از سوی دیگر، نمونه‌های افعال منفی تبیین شود که نتیجه تقابل این دو با یکدیگر و به بیانی دیگر، انجام دادن افعال نوع نخست و پرهیز از افعال نوع دوم از سوی طرفهای قرارداد، حسن نیت و رفتار منصفانه در قرارداد را به وجود می‌آورد.

در شیوه توضیح مفهوم اصطلاحی نیز با استفاده از توضیح مفهومی اصطلاحهای مترادف و متضاد با اصطلاحهای حسن نیت و رفتار منصفانه که در منابع دو نظام حقوقی مزبور وجود دارد، می‌توان تعریفی مناسب را برای اصل مزبور به دست آورد که به آن اشاره شد.

ب) مباحث و مبانی بسیاری در نظام حقوقی شیعه و ایران از قبیل «لزوم رعایت صداقت و پرهیز از فریبکاری»، «لزوم رعایت عدالت و انصاف»، و... وجود دارد که بر پذیرش اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها دلالت دارد؛ گرچه ممکن است از نظر ادبیات حقوقی و همچنین نسبت به مفهوم، مبانی، قلمرو قرارداد یا کیفیت ضمانت‌اجراهای مورد نیاز آن و کاربردش در تفسیر قراردادها بین این نظامها با دیگر نظامهای حقوقی، وجوه اشتراک یا افتراقی وجود داشته باشد.

بنابراین، اصل مزبور از اصول پذیرفته شده در نظام حقوقی شیعه و ایران است که در مباحث مختلف به صورت پراکنده مورد توجه قرار گرفته است. اگر به این پراکندگی، انسجام داده شود و در سرفصلی خاص و مستقل بررسی شود، از یک سو، می‌توان از منافع این اصل، بهتر بهره برد و از آن به خوبی برای هدایت و کنترل عرفهای تجاری، دگرگونیهای عصر حاضر در ایجاد و انعقاد قراردادها، تنظیم شروط قراردادی و تغییر اوضاع پس از انعقاد قراردادها استفاده کرد. همچنین با تمسک به آن، تعارض آزادی اراده با عدالت و انصاف قراردادی را سامان‌مندتر حل و مبانی خیارها را با گستره توسعه یافته تری تفسیر و تبیین کرد. از سوی دیگر، اصل حسن نیت و رفتار منصفانه پذیرفته شده در نظام حقوقی شیعه و ایران را بهتر می‌توان به نظامهای حقوقی دیگر شناساند و با تطبیق دادن آن با اصل موجود در نظامهای

حقوقی دیگر، به ویژگیها و نواقص آن پی برد.



مبانی اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری

در حوزه ادیان

- دکتر ایرج گلدوزیان^۱
- بهمن حسین جانی^۲

چکیده

جرم، مسئولیت کیفری و مجازات، سه ضلع طلایی حقوق کیفری است. اعمال مجازات به احراز مسئولیت کیفری و احراز آن به احراز مجرمیت منوط است. مجرمیت، دو جنبه مادی و روانی دارد و تازمانی که آن دو احراز نگردد، محقق نمی شود، اما مسئولیت کیفری، جنبه موضوعی و مادی ندارد، بلکه جنبه کاملاً شخصی و روانی دارد. سن، عقل، آگاهی و اختیار، ارکان مسئولیت کیفری است. در روزگار باستان، افزون بر عامل ارتکاب جرم (مجرم)، بستگان او نیز مسئول بودند، اما به موجب یکی از اصول بنیادین حقوق کیفری، مقرر شد که هر کس باید خود پاسخگوی اعمال مجرمانه منتسب به خود باشد، نه دیگران. این اصل، «اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری» نام دارد. دین، یکی از مبانی مهم این اصل است که در این نوشتار به بررسی

۱. استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (igoldoz@chamran.ut.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (Melkiades110@yahoo.ca).

ریشه‌های آن در ادیان مختلف می‌پردازیم.
کلید واژگان: گناه، جرم، مجازات، مسئولیت کیفری، اصل شخصی بودن
 مسئولیت کیفری.

درآمد

مسئولیت کیفری، حلقه و پل ارتباطی میان جرم و مجازات^۱ و از این رو از مهم‌ترین مباحث حقوق کیفری است که در مطالعه آن باید مسائل تاریخی، فلسفی، جامعه‌شناختی و حقوقی لحاظ شود. بدون شک، هیچ مسئله‌ای در حقوق کیفری از تعیین اصول حاکم بر مسئولیت کیفری مبنایی‌تر نیست؛ چرا که طبق مسئولیت کیفری، هر کس به سبب تقصیر منتسب به خود، در برابر اعمال مجرمانه‌اش پاسخگوست.^۲

همان‌طور که بر جرم و مجازات اصولی مانند اصل قانونی بودن جرم، عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری ماهوی، منع توسل به قیاس، اصل قانونی بودن مجازات، اصل تساوی افراد در برابر مجازات، اصل شخصی بودن مجازات، اصل فردی کردن مجازات و لزوم تناسب میان جرم و مجازات حاکم است، بر مسئولیت کیفری نیز اصولی حاکم است.

«اصل فردی بودن مسئولیت کیفری» و «اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری»، اصول حاکم بر مسئولیت کیفری هستند. اصل فردی بودن مسئولیت کیفری، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، اصل شخصی بودن مجازات و اصل فردی کردن مجازات، چهار اصل متمایز از یکدیگرند که در برخی مواقع با یکدیگر خلط می‌شوند. در واقع، هریک از این اصول دارای محتوا و مضمونی خاص و متمایز از دیگری است.

زمانی که مسئولیت کیفری جمعی بود، هر واقعه‌ای که برای یکی از اعضای اجتماعی روی می‌داد، بر همه تأثیر می‌گذاشت و به سبب عملی که یکی از اعضا

۱. رضا نوربها، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۵۳.

۲. محمدعلی اردبیلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ چهارم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۷۴.

مرتکب می‌شد، سایر افراد نیز مسئول بودند؛^۱ زیرا در آن زمان، جمع، واحد اجتماعی به شمار می‌آمد و با تبدیل واحد اجتماعی از جمع به فرد، «اصل فردی بودن مسئولیت کیفری» در برابر «جمعی بودن مسئولیت کیفری» پدید آمد.

در همین زمان، اصل دیگری در حقوق کیفری به نام «اصل شخصی بودن مجازات» بنیان نهاده شد. به موجب این اصل، مجازات فقط باید بر مجرم اعمال گردد، نه بر اعضای خانواده و خویشان او. آثار مجازات نیز باید به مجرم محدود شود و نباید به اشخاص ثالث سرایت کند.^۲ پیش از تثبیت این اصل، مجازات افزون بر مجرم، بر اشخاص دیگری که به هیچ وجه در ارتکاب جرم دخالت نداشتند، بار می‌شد.^۳

در چنین زمانی، حقوق کیفری بر پایه جرم و مجازات استوار بود. مجازات بر مجرم اعمال می‌شد و صغیر، مجنون، مکره یا مضطر بودن او تأثیری نداشت و موجب معافیت از اجرای مجازات نبود؛ زیرا مطابق اصل شخصی بودن مجازات، مجازات بر شخص مجرم اعمال می‌شد^۴ و چون مسئولیت کیفری، موضوعی و مادی بود، به صرف ارتکاب جرم و صرف نظر از عامد یا غیر عامد، صغیر یا مجنون بودن عامل، مجازات بر او اعمال می‌شد.

پس از گذشت این برهه، احراز شرایط مسئولیت کیفری برای اعمال مجازات، ضروری شناخته شد و مجازات بر کسی اعمال می‌شد که یک تقصیر به او منتسب باشد. بدین ترتیب، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری پدید آمد که به موجب آن، مجازات فقط بر فرد مسئول (عافل، بالغ، آگاه و مختار) اعمال می‌شود، نه هر فردی که مرتکب جرم شود؛ بنابراین، هر فرد باید در برابر عمل مجرمانه خود یا نتیجه

۱. پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی، چاپ هفتم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۶۶.

۲. مرتضی محسنی، دوره حقوق جزای عمومی (مسئولیت کیفری)، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۴.

۳. Rocer Merle & Andre Vitu, *Traité de Droit Criminel*, Paris, Cujas, ۱۹۶۷, p.۵۰۱.

۴. ایرج گلدوزیان، بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۱-۳)، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳، ص ۳۳۶.

مجرمانه‌ای که به بار آورده است، پاسخگو باشد، نه دیگران.^۱

انعکاس اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری را می‌توان به وضوح در تبصره ۷ ماده ۹ قانون مطبوعات ملاحظه کرد.^۲ این تبصره مقرر می‌دارد:

مسئولیت مقالات و مطالبی که در نشریه منتشر می‌شود، به عهده مدیر مسئول است، ولی این مسئولیت، نافی مسئولیت نویسنده و سایر اشخاصی که در ارتکاب جرم دخالت داشته باشند، نخواهد بود.

فکر مسئولیت هر کس در قبال عمل خود؛ یعنی در مقابل تغییراتی که در عالم خارج با عمل خود ایجاد می‌کند، تاریخچه‌ای طولانی دارد.^۳ مسئولیت در حقوق کیفری، جنبه کاملاً شخصی و درونی دارد^۴ و مانند روزگار باستان، جنبه موضوعی و مادی ندارد. بدین لحاظ، دادرس باید شرایط تحقق مسئولیت کیفری را در فرد متهمان احراز کند.

مسئولیت کیفری پدیده‌ای مقدم بر مجازات است و تا زمانی که دادرس، آن را احراز نکند، مجازات اعمال‌نشده‌ی نیست و هنگامی که این مسئولیت احراز شد، دادرس باید برای مجرم مجازات تعیین کند و این مجازات با توجه به شخصیت مجرم، تعداد دفعات و شرایط ارتکاب جرم تعیین می‌شود و در این مرحله، اصل فردی کردن مجازات اعمال می‌شود؛ به عبارت دیگر، مسئولیت، اساس مجازات و فردی کردن، معیار اعمال آن است.^۵ اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، ریشه در ادیان، اخلاق و عرف دارد.

در این پژوهش، به جست‌وجوی ریشه و مبنای مسئولیت کیفری در ادیان

۱. محمدعلی اردبیلی، «مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر در حقوق کیفری ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، پاییز ۱۳۷۴ - بهار ۱۳۷۵، شماره ۱۶-۱۷، ص ۲۲۳.

۲. بهمن حسین جانی، *حقوق جزای اختصاصی (۱)*، چاپ اول، تهران، نسل نیکان، ۱۳۸۲، ص ۲۲۹.

۳. رنه گارو، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*، ترجمه ضیاءالدین نقابت، تهران، ابن سینا، ۱۳۴۸، ج ۱، ص ۴۷۵-۴۷۶.

۴. گاستون استفانی و همکاران، *حقوق جزای عمومی*، ترجمه حسن دادبان، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی علیه السلام، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۴۳۲.

۵. ژان پرادل، *تاریخ اندیشه‌های حقوق کیفری*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۳، ص ۱۲۱.

مختلف می‌پردازیم. بدین منظور، ادیان بودا، زرتشت و یهود را در قسمت ادیان باستانی و ادیان مسیح و اسلام را در قسمت ادیان تکامل یافته، مورد پژوهش قرار می‌دهیم. این پژوهش، در خصوص ریشه و مبنای اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری در حوزه ادیان اختصاری است؛ چرا که به اعتراف برخی مورخان نامدار ادیان، مطالعه عمیق تنها یک دین، به زمانی بیش از عمر یک پژوهشگر نیازمند است.^۱

ادیان باستانی

آیین بودا

بودا خود هرگز به تعلیم یک خدای مشخص، پرستش یا نهی آن پرداخت و تنها راه نجات آدمی را از دنیای آکنده از درد و رنج جست‌وجو می‌کرد، اما طرفداران او پس از مرگش برای وی، مقام الوهیت قائل شدند و رفته‌رفته، خدایان بی‌شمار دیگری نیز مورد پرستش آنان قرار گرفت. به تدریج، این اندیشه در میان بوداییان قوت گرفت که نه یک بودای واحد، بلکه بوداهای متعددی وجود داشته‌اند.^۲

بودا در آیین خود اصول اخلاقی نیز گنجانده است؛ زیرا می‌گفت:

باید خشم را با خیرخواهی، بدی را با خوبی، خودخواهی را با ایثار و نوع‌دوستی را با راستگویی مغلوب کرد. هرگز دشمنی با دشمنی آرام نمی‌شود، بلکه با نیک‌خواهی آرامش می‌پذیرد و این یک حقیقت جاودانی است.^۳

دیدگاه اخلاق‌گرایانه بودا در راستای این امر که هر کس باید بار گناه خویش را به دوش کشد، حرکت نمی‌کند؛ زیرا آموزه او، این است که نباید بدی را با بدی

۱. میرچا الیاده، رساله در تاریخ ادیان، ترجمه جلال ستاری، چاپ دوم، تهران، انتشارات سروش، ۱۳۷۶، ص ۲۳.

۲. فیلسین شاله، تاریخ مختصر ادیان بزرگ، ترجمه منوچهر خدایار محبی، بی‌نوبت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶، ص ۱۱۱.

۳. راهول، بودیسم (بررسی تعالیم بودا)، ترجمه قاسم خاتمی، چاپ دوم، تهران، انتشارات طهوری، ۱۳۵۴، ص ۱۳۳.

پاسخ داد، بلکه باید بدی را با نیکی مغلوب و دگرگون کرد. بنابراین از گفته‌های بودا، آموزه شخصی بودن مسئولیت را نمی‌توان استنتاج کرد، اما این سخن بدان معنا نیست که وی چنین آموزه‌ای را رد می‌کند، بلکه بدین معناست که بودا می‌خواهد بدی با مستحیل شدن در نیکی از بین برود و هنگامی که بدی از میان رود، دیگر اعمال آدمی به وصف بد بودن متصف نمی‌گردد تا به سبب آن مسئول باشد.

دیدگاه «لائوتزه»^۱، بزرگ‌ترین فیلسوف پیش از کنفوسیوس که پیروانی در منطقه هندوچین دارد، مانند «بودا» بر این امر مبتنی است که نباید بدی را با نیکی پاسخ داد. اما «کنفوسیوس» که پنج قرن قبل از میلاد مسیح می‌زیست، مانند لائوتزه مایل نبود، بدی را با نیکی پاسخ دهد. یکی از شاگردانش از او پرسید:

در این باره که آزار را باید با مهربانی پاسخ داد، چه می‌گویی؟ کنفوسیوس با خشوتی بیش از خشونت متعارف خود گفت: «در آن صورت، مهربانی را چه جواب می‌دهی؟ آزار را با عدالت جواب ده و مهربانی را با مهربانی».^۲

به نظر می‌رسد از دید او بتوان آموزه شخصی بودن مسئولیت را استنباط کرد؛ چرا که وی معتقد است آزاردهنده را باید با عدالت متنبه ساخت و تنبیه باید بر همان فرد آزاردهنده که توانایی درک آن را دارد، اعمال شود.

در آیین بودیسم، انسان هنگامی که متولد می‌شود، یک «سادهو»^۳ (بی‌گناه) است و سادهو در هنگام تولد، سرشت انسان است.^۴ با وجود اینکه همه، یک سادهو متولد می‌شوند، انسان در برابر خطای خود پاسخگوست و سادهو بودن ممکن نیست دستاویزی برای فرار از خطا باشد؛ چرا که هرکس مسئول خطای خود است و دیگری مسئول خطاهای زندگی فرد خاطی نیست.^۵ از دیدگاه پیروان این آیین، انسان هنگامی مسئول شناخته می‌شود که «سازانا»^۶ او آغاز شود. و در چنین

۱. Laotezeh.

۲. ویل دورانت، تاریخ تمدن (مشرق‌زمین گاهواره تمدن)، ج ۱، ص ۷۲۹.

۳. Sadhute.

۴. باگوان راجنیش اوشو، راز بزرگ، ترجمه روان کهریز، چاپ دوم، تهران، باغ نو، ۱۳۸۱، ص ۲۰۵.

۵. همان، ص ۲۷۹.

۶. «Sazana»؛ «سازانا» به معنای «آموزش روحی برای تحقق یا تکامل حیات» است.

وضعیتی، چنانچه از انسان خطایی سرزند، وی را پاسخگو می‌داند.^۱ انسان به لحاظ مختار بودن، پاسخگوی خطاهای خود است. هیچ کس نمی‌تواند ما را به جلو یا عقب کشاند و شیطان نیز قدرت گمراه کردن انسان را ندارد.^۲

آیین زرتشت

در ایران پیش از زرتشت، آیین مزدیسنا حاکم بود که پیروان آن به چند خدا اعتقاد داشتند. در کنار اهورامزدا، خدای میترا (خدای مهر یا خورشید) را قرار می‌دادند و خدای ناهید یا آناهیتا نیز این دو را همراهی می‌کرد.

زرتشت با ظهور خود آیین پیشین را اصلاح کرد و شرک ایرانیان را به سوی یکتاپرستی سوق داد و مردم را به پرستش خدای متعال (اهورامزدا) فراخواند؛ آفریننده‌ای که نورانی، باعظمت و بسیار بزرگ، خوب و زیباست.

اوستا، کتاب مذهبی زرتشتیان، تعلیمات و گفتارهایی را در موارد مختلف اخلاقی، دینی و حقوقی دربردارد. این کتاب، بر اساس «پندار»، «گفتار» و «کردار» نیک استوار است و بر پنج کتاب «یسنا»، «یسپر»، «وندیداد»، «یشتها» و «خرده‌اوستا» مشتمل است.^۳ اساس حقوق زرتشتی در کتاب «وندیداد» گنجانده شده است. در این کتاب، مقررات کفوری نیز پیش‌بینی شده است که در ذیل، نمونه‌هایی از آن را نقل می‌کنیم:

۱. بند سی و چهارم از فرگرد چهارم بیان می‌دارد:

ای مقدس دادار گیتی، اگر کسی به کسی زخمی زند که از آن، خون جاری شود، سزایش چیست؟ پس گفت: «پنجاه ضرب با سیخ اسبرانی و نود ضرب تازیانه به او زده می‌شود».^۴

۲. بند سی و هفتم از همین فرگرد مقرر می‌دارد:

هفتاد ضرب با سیخ اسبرانی و هفتاد ضرب تازیانه به او زده می‌شود و چنانچه بار

۱. همان، ص ۳۱۴.

۲. همان، ص ۱۶۱.

۳. محمدجواد مشکور، *گفتاری دربارهٔ دینکرد*، بی‌نوبت، تهران، نشریهٔ اسپند، ۱۳۲۵، ص ۱۰۶-۱۲۳.

۴. جلیل دوست‌خواه، *اوستا*، چاپ اول، تهران، انتشارات مروارید، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۶۹۵.

دوم، مرتکب همان جرم شود، نود ضرب با سیخ اسبرانی و نود ضرب تازیانه به او زده می‌شود.

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، در این آیین، اصل شخصی بودن مجازات به وضوح به رسمیت شناخته شده است.

در دین زرتشت، اصل شخصی بودن مجازات استثنا ندارد. با وجود این، یکی از نویسندگان در این باره می‌نویسد:

مطابق مندرجات ونیداد، برای پدر و مادر دختری که از شرم آنان، جنین خود را سقط کند، مجازات زخم عمدی مقرر است و این امر، به منظور وارد کردن مسئولیت به اشخاصی است که جرم به صورت غیر مستقیم، متوجه آنهاست.^۱

این نویسنده، برداشت نادرستی از مقررات «ونیداد» کرده است؛ زیرا بند ۱۲ فرگرد پانزدهم در این باره بیان می‌دارد:

اگر آن زن از شرم مردم، میوه زندگی خود را در زهدان خویش نابود کند، گناه کشتن فرزند بر گردن او و پدر اوست و پادافره^۲ گناه کشتن آگاهانه بر هر دوی آنها رواست.^۳

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، در این بند، سخنی از پدر و مادر دختر به میان نیامده است و مقصود از «او و پدر او»، مادر و پدر جنین است. مادر به سبب سقط جنین و پدر به سبب زنا کردن با آن زن، مسئول هستند؛ زیرا بند ۱۲ به بند ۱۱ همین فرگرد عطف دارد و در آن پیش‌بینی شده است که اگر مردی با دختری همخوابگی کند و آن دختر از او آبستن شود، نباید از شرم مردم، میوه زندگی را که در زهدان خویش دارد، نابود کند.

در این بند، از کشتن آگاهانه سخن گفته است؛ بنابراین، قتل به طور قطع، به عمدی و غیر عمدی تقسیم شده است؛ از این رو، در دین زرتشت به قصد مجرمانه

۱. آوا واحدنوایی، احکام زندان در اسلام، ترجمه محمدحسن بکایی، چاپ سوم، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۲، ص ۵۸.
 ۲. مجازات.
 ۳. جلیل دوست‌خواه، اوستا، ج ۲، ص ۸۲۷.

نیز توجه شده است. در *اوستا* مجرمان به صغیر (نابرنای) و کبیر (برنای) تقسیم شده‌اند. صغار نیز با توجه به روایات به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ صغار تا ۸ سال که بنا به روایات منقول، غیر مسئول تلقی می‌شوند و صغار ۸ تا ۱۶ سال که مجازاتشان خفیف‌تر است.^۱

در *اوستا*، نابرنای، مسئولیت کیفری ندارد. مستی نیز تنها در صورت سلب کامل اراده و اختیار، مانع مسئولیت کیفری است.^۲ بنابراین، می‌توان گفت: در دین زرتشت نیز اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری به رسمیت شناخته شده است و فرد به صرف انجام دادن عملی بر ضد اشخاص یا مذهب، مجازات نمی‌شود، بلکه لازمه اعمال مجازات، احراز شرایط و ارکان مسئولیت کیفری است. در این دین نیز مجازات بر فرد مسئول بار می‌شود و هر کس باید در برابر اعمال خود پاسخگو باشد.

آیین یهود

در دین یهود، میان عدالت و رحمت الهی، پیکاری مداوم در کار است. نام «الوهیم» به عدالت‌ورزی و «یهوه» به رحمت خداوند اشاره دارد و چیرگی رحمت بر عدالت محض به رغم شرارت آدمیان، زمینه‌ساز استمرار جهان دانسته می‌شود.

در دین یهود نیز همچون دین زرتشت، مقررات کیفری پیش‌بینی شده است و بدین دلیل که قتل عمد از غیر عمد متمایز شده است، به عمد و اراده مرتکب توجه شده است. در آیات ۱۲-۱۴ فصل بیست و یکم از «سفر خروج» آمده است:

کسی که مردی را چندان بزند تا بمیرد، البته باید کشته شود. اما اگر بی‌کمین نشستش [اتفاقی و بدون قصد] همین خدا، آن را به دستش جاری ساخت، آنگاه به تو مقامی را تعیین می‌نمایم تا به آنجا بگریزد و اگر کسی به رفیقش جبراً درآید و او را به حيله بکشد، او را هم از مذبح من بیرون آور تا که بمیرد.^۳

در مقررات کیفری تورات، اصل شخصی بودن مجازات پذیرفته شده است.

۱. آوا واحدنواپی، احکام زندان در اسلام، ص ۶۴.

۲. همان، ص ۶۵.

۳. کتاب مقدس (عهد عتیق و عهد جدید)، ترجمه فاضل‌خان همدانی، ویلیام گلن و هنری مرتن، چاپ اول، تهران، انتشارات اساطیر، ۱۳۸۰، ص ۱۴۲.

پدران به عوض پسران و پسران به عوض پدران کشته نمی شوند و هر کس برای گناه خود کشته می شود. در این باره، آیات ۲۳-۲۵ فصل بیست و یکم از «سفر خروج» آمده است:

و اگر اذیت دیگر رسیده باشد، آنگاه جان عوض جان باید داده شود، چشم به عوض چشم، دندان به عوض دندان، دست به عوض دست، پا به عوض پا، سوختن به عوض سوختن، زخم به عوض زخم، لطمه به عوض لطمه.^۱

در دین یهود نیز مجازات بر فرد مسئول بار می شود و کسی که فاقد مسئولیت است، مجازات نمی شود؛ برای نمونه، در آیه ۲۵ فصل بیست و دوم از «سفر توریه» مثنی «آمده است:

اگر مردی دختر نامزدی [زن جوانی] را در صحرا بیابد و آن مرد به زور آورده، با او بخوابد، آنگاه آن مردی که با او خوابیده است، به تنها بمیرد و به دختر چیزی کرده نشود.^۲

بدین ترتیب، در این آیین نیز اعمال مجازات به احراز مسئولیت کیفری منوط است و هنگامی که این مسئولیت، احراز شد، فقط فرد مسئول باید در برابر اعمال خود پاسخگو باشد و اعضای خانواده، خویشان و دوستانش در برابر اعمال او پاسخگو نیستند؛ زیرا هر کس باید پاسخگوی عمل خود باشد.

ادیان تکامل یافته

آیین مسیح

حضرت مسیح در میان قوم یهود، در فلسطین ظهور کرد. ظهور او با فرمانروایی «اوکتاویانوس» (۲۷ پ.م.-۱۴ م.)، نخستین قیصر روم، مصادف بود و آیین او به تدریج در میان مردم روم و یونان رواج یافت. از حضرت عیسی عَلَيْهِ السَّلَام آورده اند که می فرمود:

۱. همان.

۲. همان، ص ۳۷۳.

شما اندیشیده‌اید که گفته شده است: چشم در برابر چشم و دندان در برابر دندان، اما من به شما می‌گویم: در برابر بدی با بدی ایستادگی نکنید، بلکه کسی که گونه‌ راست شما را سیلی نواخت، گونه‌ چپ صورتتان را نیز در برابر او قرار دهید و کسی که خواست با تو مخاصمه و دشمنی کند و جامه‌ات را ربود، عبای خود را نیز به او واگذار.^۱

او به مانند «بودا» و «لائوتزه» می‌خواهد با استفاده از اصول اخلاقی، بدی را در نیکی مستحیل سازد و پیروان خود را در این جهت ارشاد کند که اعمال بد و ناشایست را حتی در برابر اعمال بد مرتکب نشوند. حضرت مسیح علیه‌السلام با توجه با آموزه‌های آیین یهود، اصل شخصی بودن مجازات را به رسمیت می‌شناسد، اما معتقد است نباید بدی را با بدی پاسخ داد. جمعی بودن مسئولیت نیز در آیین مسیح به چشم نمی‌خورد. تا این زمان، از نظر مذهبی، مفهوم جرم با مفهوم گناه مترادف است. از نظر کلیسا نیز جرم، عملی است که اخلاق، آن را مذموم دانسته و از طرف خدا منع گردیده است و هرگاه کسی آن را مرتکب شود، از دستور خالق سرپیچی کرده است و از نظر اخلاقی نیز پاسخگوست؛ در نتیجه، چون ارتکاب گناه فقط شخص مرتکب را در آخرت با عذاب الهی مواجه می‌کند، از این رو، ارتکاب جرم نیز باید فقط شخص مجرم را در معرض مجازات قرار دهد.

با ترویج این آیین در پهنه گیتی، کلیسا که حقوق روم را درک کرده بود و انعکاسهای فکری حقوق دانان روم باستان در آن رسوخ کرده بود، کارهای مهمی انجام داد و حقوق دانان شهیری پرورش داد که آموزه‌های آنان اکنون خمیرمایه بیشتر قوانین کیفری کشورهای دنیاست. حقوق دانان کلیسایی در زمان خود، کارهای مفیدی انجام دادند و حقوق رومی با توجه به سلیقه و ذوق آنها در حقوق کلیسا نفوذ کرد و حقوق عرفی نیز بدین وسیله به حقوق کلیسا وارد شد. بدین ترتیب، گهگاهی به حقوق رومی، عناصری را افزوده‌اند که هرچند این عناصر در ظاهر با اهمیت به نظر نمی‌رسد، موجب ترقی علوم جزایی گردیده است و بدون

۱. عوض احمد ادریس، دیه، ترجمه علیرضا فیض، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۲، ص ۸۱.

شک حقوق قدیم کلیسا در قوانین جزایی جوامع متمدن نفوذ قطعی داشته است.^۱ تا پیش از قرن دوازدهم میلادی، گناه از جرم عادی منفک نبود و کلیسا بین آنچه امروز «تقصیر واجد آثار خارجی و غیر واجد» می‌گوییم، تفاوتی قائل نبود و بین مجازاتهای کلیسایی به معنای اخص و مجازاتهای توبه‌ای فرقی وجود نداشت. تا این دوران، جرم، هم تجاوز ساده از موازین اخلاقی و هم تابع مجازاتهای مذهبی کلیسایی بود. اولیای کلیسا افزون بر انسان، علیه موشها، حلزونها و کرمها نیز حکم تکفیر دادند و حتی تا قرن هیجدهم، محاکمه‌های بزرگ و باشکوهی علیه گرگها، گاوها و خوکها برپا شد. علت اینکه بعضی حیوانات را [از سوی کلیسا] به طور دسته‌جمعی محاکمه می‌کردند، این بود که مراجع عرفی وقتی برای محاکمه افراد صلاحیت داشتند که متهم دارای شخصیت باشد و بتوان آن را زندانی کرد، در حالی که گروه حیوانات [دارای شخصیت نبودند و] نمی‌توانستند آنها را زندانی کنند.^۲ هنگامی که مجازات اعدام درباره حیوانات اجرا می‌شد، هدف از اجرای آن، امحا و زدودن آثار جنایتی بود که حیوان مرتکب شده بود.^۳

«گراسین»^۴، کشیش ایتالیایی سده دوازدهم و پایه‌گذار علوم و حقوق شرعی، در حکمی به سال ۱۱۴۰ م. از این تعریف که «گناه، یک کار بد عمدی است»، الهام گرفته و اضافه می‌کند که «ارکان تشکیل‌دهنده اراده، قصد و اختیار است.» وی می‌کوشد، معنای دقیق و ازه‌ها را تعیین کند و آنچه گناه یا جرم (بزه) است، به وضوح از هم بازشناسد، اما توفیق چندانی نمی‌یابد. وی زمانی به این کار اقدام کرد که بزه و گناه در هم آمیخته بود، به طوری که مفهوم بزه در مفهوم گناه داخل بود، اما عکس آن، صادق نبود.^۵

۱. ام. ال. آب مه، «مسئولیت جزایی در حقوق کلیسایی قرون وسطی»، ترجمه علی اردلانی، کانون وکلا، سال هفدهم، شماره ۹۹، آذر - دی ۱۳۴۴ ش، ص ۴۰-۴۱.

۲. ام. بواریه، «خصوصیات مسئولیت جزایی در جوامع باستانی»، ترجمه علی اردلانی، کانون وکلا، سال شانزدهم، شماره ۹۳، آذر - دی ۱۳۴۳ ش، ص ۹۳.

۳. همان، ص ۴۳.

۴. Grasin.

۵. همان، ص ۴۳.

از نظر یکی از آباء کلیسا (سنت توما) گناهان دارای عنوانهای جرائم رومی، مانند سرقت، نزاع، عصیان و قتل می‌باشد. بدین ترتیب، هر جرمی، تحمیل کیفری سزادهنده را اقتضا می‌کند که به دست بزه‌دیده‌ای که انتقام‌جویی، وجود او را فراگرفته، تحمیل نمی‌شود، بلکه به دست عدالت کیفری است.

بدین سان، مفهوم مسئولیت اخلاقی ناشی از گناه با مسئولیت کیفری ناشی از جرم تلاقی می‌یابد، اما این بدان معنا نیست که عدالت دنیوی با عدالت الهی یکی است. این تلاقی، عدالت کیفری را «عدالتی سزادهنده» توجیه می‌کند و نتیجه آن، این است که بین خطا و کیفر باید تناسبی وجود داشته باشد.^۱ حقوق کلیسایی بین خطاهایی که اثر و تجسم خارجی دارد و تقصیرهایی که واجد آثار خارجی نیست و درونی است، تمیز قائل می‌شود.

دسته نخست که با دلیل خارجی اثبات پذیر است، به شرط آنکه مهم باشد و قطعیت و حتمیت آنها به ثبوت برسد، در حیطه خطر ارتکاب گناه جای می‌گیرد و در صلاحیت خاص کلیسا قرار می‌گیرد و نام آنها جرم خواهد بود.

دسته دیگر، به وجدانیات مربوط است و فقط مورد عقوبتهای مذهبی قرار می‌گیرد و در مورد اقرارکنندگان به چنین امری، خدا قضاوت می‌کند، نه قدرت کلیسایی.^۲

نخستین تأثیر دانشمندان حقوق کلیسا درباره مسئله‌ای آشکار می‌شود که آن را عنصر معنوی و اخلاقی جرم می‌نامیم. از دید آنان، انتساب پذیری جرم به فاعل بدون تردید از نظر مادی لازم است، اما کافی نیست و مرتکب باید از نظر اخلاقی نیز مسئول باشد؛^۳ از این رو، ملاحظه می‌شود که شخصی و ذهنی بودن مسئولیت، صبغه مذهبی نیز دارد؛ زیرا بدیهی است زمانی که مذهب بر همه شئون زندگی مردم حاکم است، سیستم جزایی آنان نیز از مذهب متأثر است.

همان‌طور که گفتیم، حقوق دانان کلیسایی سه کار مهم انجام دادند که موجب

۱. همان، ص ۴۲.

۲. همان، ص ۴۵-۴۶.

۳. همان، ص ۴۵.

ترقی علوم جزایی گردید:

۱. جرم را از گناه که از نظر آنان، انسان در مقابل خدا پاسخگو و مستوجب استغفار و توبه است، تفکیک کردند.
 ۲. موضوع دقیق مسئولیت جزایی را تعیین کردند.
 ۳. اراده را شرط لازم مسئولیت کیفری دانستند.
- بدین ترتیب، در آیین مسیح نیز اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری به رسمیت شناخته شده است.

آیین اسلام

مردم عربستان پیش از ظهور اسلام، انتقام‌گیری جمعی را یک وظیفه، از رکنهای حفظ اجتماع، نشانه افتخار، دوام و شرافت، و ترمیم لطمه و زیان تحمیلی می‌دانستند و غرامت گرفتن را نوعی بی‌شرمی و مایه سرافکنندگی می‌دانستند. فرد بدوی در این شبه جزیره، شخصیت خود را از دست داده بود و جزئی از شخصیت قبیله و عشیره شده بود و این امر، به سبب اعتقادی بود که باور کرده بودند.

پیش از ظهور اسلام، امت عرب دارای دین واحدی نبود، حکومت واحدی نیز نداشت که از مصالح آنها حمایت کند و قانون واحدی نبود که زندگی آنها را سروسامان بخشد، بلکه در عشایر و قبایل متعددی وجود داشت و هر عشیره‌ای برای خود، دولتی داشت و دارای قانون ویژه‌ای بود که از عادت نیاکانشان و تقلید از آنها نشئت می‌گرفت. هر عشیره برای خود دولتی مستقل بود که در میان افراد خود، حکمرانی می‌کرد و روابط آن با سایر عشایر، مانند روابط حکومت‌های امروزی با یکدیگر بود و از قانون معامله به مثل پیروی می‌کرد.^۱ در این دوران که دوره جاهلی نامیده می‌شود، روح کینه‌توزی، دشمنی، تعصب، خون‌خواهی و قبیله‌کشی به وفور وجود داشت. همچنین خاندان و قبیله، دو کانون بنیادین و شناخته شده جامعه بود.^۲

۱. عوض احمد ادریس، دبه، ص ۱۱۱.

۲. محمدحسین ساکت، نهاد دادرسی در اسلام، بی‌نوبت، مشهد، انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۶۵، ص ۳۰.

در چنین وضعیتی بود که دین اسلام ظهور کرد.

یکی از مهم ترین و بلکه اساسی ترین مختصات نظام کیفری اسلام، تأسیس و برقراری اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است. حقوق جزای اسلامی از تلافی صحف ابراهیم علیه السلام، اسفار موسی علیه السلام و انجیل عیسی علیه السلام، تشریح شد و مانند سایر تعالیم و احکام اسلام از فرهنگ و آیینی نشئت گرفت که مستند به علم و حکمت الهی، متکی بر مصالح و نیاز بشر و تأمین کننده سعادت و کمال اوست.^۱

پس از استقرار آیین اسلام، جرائم و تخلفات تحت نظم و قاعده خاصی قرار گرفت و اصول و قواعدی اساسی برای رسیدگی به جرم و اثبات مسئولیت کیفری و اعمال مجازات برقرار شد. در کلیه جرائم برای اثبات مسئولیت، بر خورداری مرتکب از «شرایط عامه تکلیف» (عقل، بلوغ و اختیار) و علم بر حرمت آن عمل ضرورت یافت و به همین سبب، در نظام کیفری اسلام، اطفال، دیوانگان و مردگان از تعقیب و مجازات مصون شناخته شدند.^۲

در این آیین، طبیعی بودن خطاکاری انسان، او را از مسئولیت کیفری نمی رهند و در صورت وجود شرایط عامه تکلیف، وی را انسانی مسئول می داند. آدمی به لحاظ آنکه از قوه عقل، تدبیر و آزادی اراده برخوردار است، مسئول رفتار خویش شناخته می شود و در پرتو این مهم است که سازندگی و تهذیب نفس او معنا می یابد و می توان از او چنین انتظاری داشت. از دیدگاه اسلام، تشریح کیفر به مفهوم پذیرش آزادی انتخاب و اراده انسان است؛ زیرا تشریح کیفر، فرع بر تکلیف پذیری آدمی است و در شرایط عامه تکلیف، این بحث مطرح است که در فرض نبود هریک از آن شرایط، تکالیفی وجود ندارد؛ از این رو، عقابی متوجه شخص نیست. در واقع، شرایط عامه تکلیف بیان کننده تعریفی است که اسلام از انسان مسئول دارد و بدون وجود این شرایط، سخن گفتن از مسئولیت فرد بی معناست.^۳

۱. محمد صالح ولیدی، حقوق جزا (مسئولیت کیفری)، چاپ سوم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۲، ص ۸۸.

۲. همان، ص ۸۹.

۳. محمود میرخلیلی و محمدعلی حاجی ده آبادی، دانشنامه امام علی علیه السلام، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۰، ج ۶، ص ۲۵۶.

اگر فرد برای جرائمی که مرتکب نشده است، به پاسخگویی مجبور باشد، امنیت او تأمین شدنی نیست؛ از این رو، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری ممکن است یکی از پایه‌های امنیت فردی منظور گردد.

این اصل، بدان معناست که شخص فاعل، تنها فردی است که می‌تواند در خصوص جرم خاصی متهم واقع شود، نه کس دیگری و هیچ کس نمی‌تواند از مسئولیت شانه خالی کند؛ هرچند با قربانی (یا قاضی)، قرابت نسبی یا رابطه دوستی داشته باشد. براساس مقررات این آیین، هر کس که مرتکب عمل ممنوعه‌ای شود، خواه مباشر باشد یا معاون، باید طبق قواعد مسئولیت مورد پیگرد قرار گیرد.^۱

در آیه‌هایی از قرآن کریم، ریشه این اصل را می‌توان دید:

۱. ﴿لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَ هُمْ يُسْأَلُونَ﴾؛^۲ او از آنچه می‌کند (در برابر هیچ کس) مورد سؤال و مؤاخذه قرار نمی‌گیرد، در حالی که همه آنها مورد سؤال و مؤاخذه قرار می‌گیرند.

در تفسیر این آیه گفته شده است که سؤال بر دو گونه است؛ یک نوع آن سؤال توضیحی است که انسان می‌خواهد نکته اصلی و هدف واقعی کاری را بداند، این گونه سؤال در افعال خدا نیز جایز است. اما نوع دیگر، سؤال اعتراضی است، با این مفهوم که عمل انجام شده، نادرست و غلط است. قطعاً این نوع سؤال در افعال خداوند حکیم معنا ندارد، اما جای آن در افعال دیگران بسیار است.^۳

۲. ﴿وَلْتُسْأَلُنَّ عَمَّا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾؛^۴ ... از آنچه انجام می‌دادید، سؤال می‌شوید.

۳. ﴿وَ أَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾؛^۵ برای انسان جز آنچه به سعی خود انجام داده است، نخواهد بود.

۱. Osman Al-Saleh, «The Islamic Criminal Justice System», Quoted in: G. Eftekhari, *Law Text*, Tehran, Yalda Publication, ۱۹۹۳.

۲. انبیاء / ۲۲.

۳. احمدعلی بابایی، برگزیده تفسیر نمونه، زیر نظر آیه الله مکارم شیرازی، چاپ یازدهم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۱۶۱.

۴. نحل / ۹۳.

۵. نجم / ۳۹.

۴. ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ و مَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾؛^۱ هر کس عمل صالحی انجام دهد، برای خود و هر که عمل بدی انجام دهد، به زیان خود عمل کرده است.
۵. ﴿و لَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾؛^۲ هیچ کس چیزی نیندوخت مگر برای خود.
۶. ﴿و لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾؛^۳ هیچ کس بار گناه دیگری را به دوش نمی گیرد.

این آیه‌ها، نمونه‌هایی است که می‌توان گفت بر اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری تأکید دارند. در منطق قرآن، تواناییهای فطری انسان مبنای مسئولیت است؛ زیرا انسان مسئول از نظر اسلام، تنها موجودی است که با تکیه بر نیروی عقل و تصمیم‌گیری، خصیصه تکلیف‌پذیری دارد؛ بدین معنا که می‌تواند در برابر سائقه امیال و غرایز درونی و عوامل بیرونی و محیط زندگی خود ایستادگی کند و توانایی دارد تا مسیر فعالیت خود را در چارچوب قواعد حاکم بر جامعه تنظیم کند. این ویژگی، انسان را به صورت موجودی تکلیف‌پذیر در آورده است.^۴

بنابراین، در نظام حقوقی اسلام، بر اساس ویژگی تکلیف‌پذیری انسان، هر کس در مقابل انجام دادن هرگونه اعمال و رفتار - اعم از تکالیف عبادی یا وظایف و مقررات اجتماعی - پاسخگو خواهد بود و هر نوع اعمال و رفتار انسان با حسابرسی دقیق، محاسبه و ارزیابی می‌شود، به طوری که هر عملی دارای واکنش متناسبی است و در روز قیامت نیز هر انسانی در مقابل آنچه در طول حیات خویش انجام داده است، پاسخگو خواهد بود.^۵

اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری را افزون بر آیه‌های قرآنی می‌توان در سنت و سیره پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و امامان معصوم عَلَيْهِمُ السَّلَام ملاحظه کرد. محمد بن ادریس شافعی در کتاب احکام القرآن می‌گوید، پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فرمود: «آگاه باشید که

۱. فصلت/ ۴۶.

۲. انعام/ ۱۶۴.

۳. فاطر/ ۱۸.

۴. محمد صالح ولیدی، حقوق جزا (مسئولیت کیفری)، ص ۲۹۱.

۵. همان.

هیچ کس به سبب گناه پدرش یا به سبب گناه برادرش بازخواست نمی شود.^۱ در دیدگاه امام علی علیه السلام روش برخورد با مجرم، تابعی از نوعی نگرش است که در آن باید به عنصر روانی و ذهنی متهم داشت. آن حضرت، مجرم را انسانی متعارف، مسئول و مستحق مؤاخذه، اما سزاوار رحمت و شفقت می داند و بزهکاری را امری عارضی می شمارد، نه ذاتی.^۲

در قضیه ای، چند نفر نزد عمر آمدند و گواهی دادند که فلان زن با مردی اجنبی در بیابان زنا کرده است. عمر به سبب اینکه آن زن، شوهر داشت، دستور سنگسار کردن او را داد. زن به درگاه خدا عرض داشت: «خدایا، تو می دانی که من بی گناه هستم!». عمر از گفتار زن خشمگین شد و گفت: «آیا شهود را تکذیب می کنی؟» امیر مؤمنان علیه السلام که ناظر قضیه بود، فرمود: «زن را برگردانید، شاید در ارتکاب این عمل معذور بوده است.» زن را برگرداندند و از حالش سؤال کردند. زن گفت: «روزی من و مرد همسایه، شتران خود را به چرا بردیم و چون شتران من شیر نداشتند، مقداری آب همراه خود بردم، اما در بین راه آب تمام شد و چون زیاد تشنه بودم، از مرد همسایه آب خواستم. وی تقاضایم را نپذیرفت مگر اینکه با او زنا کنم. من از این کار ابا داشتم تا اینکه نزدیک بود از تشنگی هلاک شوم و با کراهت به زنا با او تسلیم شدم.» امیر مؤمنان علیه السلام فرمود: «اگر کسی که مضطر شود، بدون نافرمانی و ستم مرتکب جرمی گردد، گناهی بر او نیست.»^۳

همان طور که ملاحظه می گردد، امام علی علیه السلام فقط به عنصر مادی توجه ندارد، بلکه به عنصر ذهنی و روانی متهم نیز توجه می کند و مسئولیت را نه فقط مادی، بلکه ذهنی نیز می داند. چنانچه به قضاوت های ایشان در باب مسائل کیفری بنگریم، به چنین نتیجه ای می رسیم.

در اسلام اگر کسی با آگاهی و از روی اختیار، مرتکب عمل نامشروعی شود،

۱. فروغ تنکابنی، با مجازات های اسلامی آشنا شویم، بی نوبت، تهران، نشر جهاد و نشر روح، ۱۳۵۸، ص ۳۱.

۲. محمود میرخلیلی و محمدعلی حاجی ده آبادی، دانشنامه امام علی علیه السلام، ج ۶، ص ۳۸۳.

۳. همان، ص ۳۹۷.

مسئول است؛ یعنی انسان باید نتایج اعمال نامشروع خود را که از روی اختیار و با درک معانی و نتایج آن اعمال انجام می‌دهد، تحمل کند. از این بیان، آشکار می‌شود که مسئولیت جزایی بر سه پایه قرار گرفته است:

۱. نامشروع بودن عمل؛

۲. مختار بودن فاعل؛

۳. درک عمل و آگاهی فاعل از آن.^۱

از این رو، اشخاص غیر بالغ، مجنون و مکره، مسئولیت جزایی ندارند. حدیث «رفع»^۲ نیز بر این دلالت دارد که مسئولیت فقط مادّی نیست، بلکه ذهنی نیز می‌باشد. مباحث الجاء (اجبار)، اکراه، اضطرار، اشتباه (حکمی و موضوعی)، مستی، ارتکاب قتل در حین خواب، صغر و جنون در نظام کیفری اسلام بیان‌کننده توجّه ویژه به ذهن و روان متهم و انتساب‌پذیر بودن جرم به اوست. در فقه جزایی امامیه با توجّه به ادلّه لفظی (کتاب و سنت)، این مباحث گسترش و تکامل یافته است، اما شیوه فقها در این مباحث بدین صورت است که آنها را به طور مجزا بررسی نمی‌کنند، بلکه در کنار جرائم مستوجب حد، قصاص، دیه و تعزیر از آنها بحث می‌کنند.

نتیجه‌گیری

اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری که یکی از اصول بنیادین حقوق کیفری است، بیان‌کننده این امر است که هر کس در قبال جرم منتسب به او به پاسخگویی ملزم است. انتساب جرم به مجرم به احراز شرایطی همچون عقل، بلوغ، آگاهی و اختیار است. اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری مانند دیگر اصول حقوقی، مبنا و ریشه دارد. اگر اصول حقوقی را به آب روانی که از چشمه‌ساری می‌تراود، مانند کنیم، سفره‌های آبدۀ این چشمه، مبانی حقوق نام دارد.

۱. احمد الوائلی، احکام زندان در اسلام، ص ۲۷۱.

۲. «رفع القلم عن الصبی حتّی یحتلم و عن المجنون حتّی یفیک و عن النائم حتّی یتیقظ.»

اخلاق، دین و عرف، سفره‌های سیمین فام اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است و از این میان، دین یکی از مبانی مهم این اصل به شمار می‌آید. اصل شخصی بودن مسئولیت در ادیان مورد بررسی، به رسمیت شناخته شده است. در این ادیان، هر کس به سبب گناه خود، در برابر خدایش مسئول است و هیچ کس به سبب گناه دیگری مؤاخذه نمی‌شود و صرف ارتکاب گناه، موجب مسئولیت گناهکار نمی‌شود، بلکه لازم است که فردی عاقل، بالغ و مختار، عمداً مرتکب گناه شود. بنابراین، ارتکاب گناه در حالت اکراه، اجبار و اضطرار، اصولاً مسئولیت‌آور نیست. بدین ترتیب، دین را می‌توان یکی از مهم‌ترین مبانی اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری به شمار آورد.

قصاص دایی در حقوق جزای اسلامی

- دکتر محمدهادی صادقی^۱
- دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شیراز

چکیده

رسیدگی و حل و فصل دعاوی ناشی از جرائم کیفری، معمولاً در صلاحیت مقامات قضایی است. قصاص دایی، خارج سازی عملیات رسیدگی و حل و فصل دعاوی مزبور از فرایند اقدامات رسمی کیفری است. قطع و فصل مزبور در نظامهای حقوقی مختلف ممکن است به شیوه‌های گوناگون انجام پذیرد. این نوشتار، به پاره‌ای از سیاستهای جنایی اسلام و گرایش قانون‌گذار اسلامی در امر قصاص دایی می‌پردازد و پس از تبیین مفهوم قصاص دایی و موضوع بزه دیده و قصاص دایی، برخی از شیوه‌های غیر کیفری حقوق جزای اسلامی در حل و فصل غیر کیفری دعاوی جزایی، مانند «حق آشتی» و «حق سازش و مصالحه» و همچنین سیاستهای ترغیبی قانون‌گذار را درباره استفاده از آنها بررسی می‌کند. کلید واژگان: قصاص دایی، کیفرزدایی، حقوق جزای اسلامی، حق آشتی، حق سازش و مصالحه.

امکان کنار گذاشتن عکس‌العملهای رسمی نسبت به رفتارهای مجازات‌شدنی از سیاستهای حاکم بر حقوق جزای اسلامی است که نه تنها به اعمال نکردن کیفر منتهی می‌شود، بلکه لزوم صدور حکم محکومیت و پیگردهای رسمی را نیز منتفی می‌سازد. پیش‌بینی حقوقی که به موجب آن، امتناع زیان‌دیده را از اعلام شکایت و خودداری از تعقیب قضایی به دنبال دارد، نقشی مؤثر در اجرای سیاست «کیفرزدایی» دارد؛ هرچند این امتناع از صلح و سازش وی با مرتکب و یا اعتماد نداشتن به دستگاه پلیس و عملکرد مقامات قضایی نشئت بگیرد.^۱

کیفرزدایی، هر نوع تمایل در تمسک به تدابیر غیر کیفری و حریص نبودن در مجازات را شامل می‌شود. «قضازدایی» نیز صورتی از کیفرزدایی در این مفهوم عام است.

مفهوم قضازدایی

پیش‌بینی راه‌حلهایی که فرصت حلّ و فصل دعاوی را خارج از قلمرو و اقدامات دستگاه قضایی فراهم می‌سازد، از جلوه‌های سیاست کیفرزدایی به شمار می‌رود. از این کوشش که به منظور پرهیز از تماس بزهکاران با دستگاه عدالت کیفری صورت می‌پذیرد، به «غیرقضایی ساختن» تعبیر شده است.

مراد از قضازدایی خارج ساختن عملیات مربوط به رسیدگی و حلّ و فصل دعاوی ناشی از جرم کیفری (که معمولاً در صلاحیت مقامات قضایی است) از گردونه اقدامات رسمی است. این قطع و فصل ممکن است به شیوه‌های گوناگونی انجام گیرد؛ از قبیل: بازجویی پلیسی، میانجیگری، مصالحه و.... نکته اساسی در این گونه اقدامات در برخی موارد، خارج ساختن رسیدگی به دعاوی از مدار عدالت کیفری و حتی از مداخله پلیس است؛ یعنی قطع و فصل دعوا به وسیله بخش اجتماعی.^۲

در سیاست جنایی اسلام، کوششهایی که گاه از ارزش خاصی نیز برخوردار است، به روشنی از گرایش قانون‌گذار اسلامی در امر قضازدایی و پیمودن راههای

۱. ر.ک: مارک آنسل، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص ۱۱۳-۱۱۴.

۲. ریموند گسن، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی‌نیا، تهران، ۱۳۷۰، ص ۴۴.

غیر کیفری در حلّ و فصل دعاوی جزایی حکایت دارد. حکمیت و توافق طرفین، به ویژه در حلّ اختلافهای خانوادگی، چنان که امروزه از آن استقبال می‌شود،^۱ نه تنها صلاحیت و ارادهٔ انحصاری قاضی حرفه‌ای را در رفع مخاصمات منتفی می‌سازد، بلکه رسیدگیهای قضایی را در مواردی همچون طلاق، در موقعیتی فرعی و ثانوی قرار می‌دهد؛ زیرا دخالت قاضی در شرایطی توجیه‌پذیر است که تلاشهای خیرخواهانهٔ میانجی طرفین در قطع و فصل مخاصمات بی‌تأثیر بماند.^۲

تشویق بیش از حدّ طرفین به اصلاح امور و رفع مخاصمات از راه میانجیگری که در منابع اسلامی آمده است، تعارضات و دعاوی موجود در هر زمینه‌ای را در بر می‌گیرد؛ از این رو، نظریهٔ غیرقضایی ساختن، نه تنها در دعاوی مدنی مورد تأکید است، بلکه به بسیاری از منازعات کیفری نیز راه یافته است. استحباب ترغیب طرفین دعوا به سازش و برطرف کردن داوطلبانهٔ موقعیتهای تعارضی در خارج از قلمرو اقدامهای دستگاه قضایی و به دور از مشکلات ناشی از تشریفات رسیدگی قضایی، از این نظریه متأثر است. همچنین پیش‌بینی نقش جدی تمایلات بزه‌دیده در تعقیب کیفری و امکان مصالحهٔ وی با بزه‌کار، بدون توسل به سازمان و آیین دادرسی رسمی، در بسیاری از جرائم، ناشی از پذیرش تفکر قضازدایی است.

افزون بر این، امکان پذیرش شفاعت در بخش وسیعی از جرائم حتی به صورت میانجیگری میان دستگاه قضایی و مجرم به منظور فراهم ساختن امکان خارج کردن جریان دادرسی از روند کیفری و پیگرد رسمی و همچنین تشویق و توصیهٔ مؤکد به مجرم با رویکرد به ندامت داوطلبانه و خودداری از اقرار، از فرصتهای دیگری است که به موجب آن، می‌توان از قضایی کردن سازوکار جبران و ترمیم آثار جرم احتراز کرد. پیش‌بینی این سیاست (قضازدایی) و ترغیب در تمسک به سازوکارهای متنوع

۱. ر.ک: مارک آنسل، دفاع اجتماعی، ص ۱۱۷.

۲. «و إن خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من أهله و حکماً من أهلها إن بریدا إصلاحاً یوق الله بینهما إن الله کان علیماً خبیراً»؛ و اگر بیم داشتید خلافتی میان آنان (زن و شوهر) ظاهر شود، پس برگزید دآوری از خانوادهٔ مرد و دآوری از خانوادهٔ زن، تا اگر سازگاری و صلاح خواهند، خدا میانشان سازگاری ایجاد کند. همانا خداوند دانای کارآگاه است. (نساء/ ۳۵).

دیگری مانند بزه پویی، ترغیب به اقرار نکردن و...، تأکید بر دخالت سازمانهای رسمی و دستگاه قضایی را در روند رسیدگی به جرم منتفی می‌سازد و یا موقعیت آن را به صورت مداخله‌ای در حاشیه و نقشی فرعی و ثانوی قرار می‌دهد.

ایجاد انگیزه‌های خیرخواهانه تحت تأثیر سائقه‌های مذهبی و بشر دوستانه در بزه دیده به منظور در پیش گرفتن روشی مبتنی بر احسان در برخورد با بزه‌کار و آشتی دادن این دو، اقدامی است که برای تحدید مبارزه حقوقی دیرینه بین خواننده و خواهان و با هدف قطع و فصل منازعه در خارج از مسیر متداول قضایی، صورت می‌پذیرد.

گرایش به قضازدایی، نه تنها تصوّر فتور و سستی در سازمان عدالت کیفری را در پی ندارد، بلکه با اجتناب از تماس مجرمان با مسئولان مبارزه مستقیم با بزه‌کاری، مانع عادی شدن این ارتباط می‌شود؛ زیرا تلقی برخورد‌های ابتدایی از رفتار پلیس و اقدامهای مسئولان قضایی علیه مجرمان که محصول مداخله مداوم و مکرر مأموران تعقیب جزایی و اصرار بر قضایی کردن هر انحرافی است، زمینه تفکر خطرناک ضعف یا عدم کارآیی دستگاه عدالت کیفری را به وجود می‌آورد. از این رو، قانون‌گذار اسلامی به ترویج اقدامهای داوطلبانه، به ویژه با تأکید بر انگیزه‌های مذهبی و مداخله جوامع دینی، به منظور دفع ماده نزاع و رفع موقعیتهای تعارضی توجه جدی کرده است؛ زیرا بی تردید یک اقدام اختیاری یا تمهید امکانی که بزه‌کار به نوعی، اراده خود را در ایجاد شرایطی که منطبق با اهداف کیفر است، دخالت می‌دهد، تأثیری عمیق‌تر و مطمئن‌تر از اقدامهای تحکّم‌آمیز قضایی دارد که توأم با رنج و آلامی است که گاه با احساس عدم استحقاق در مجرم همراه است.

راه‌حلّ مقابله با موقعیتهای تعارض آمیز را منحصرآنباید در نظام کیفری جست‌وجو کرد؛ چرا که توجه به بازدارنده‌های درونی و تقویت آن در مجرم، بدون اصرار بر قضایی ساختن جریان تعقیب، نزدیک‌ترین و منطقی‌ترین راه برخورد با بزه‌کاری است. بنابراین، «غیرقضایی ساختن»، مفهومی ایدئولوژیک است که بر منحصر نبودن صلاحیت دستگاه قضایی در مبارزه با تبه‌کاری مبتنی است و نیز از «نظریه ناتوانی کیفر» در ایفای نقشی کامل در برابر جرم ناشی می‌شود؛ از این رو، قضازدایی، در واقع، در امتداد «مجازات‌زدایی» است.

نهضت قضازدایی در غرب، از دو دیدگاه متفاوت توسعه یافته متأثر است که یکی بر جنبه‌های نظری و ذهنی تکیه دارد و دیگری آن را برای رفع مشکلات عینی و اجرایی قلمداد کرده است.^۱ برخی، قضازدایی را مخصوصاً در دنباله توسعه، نظریه داغ باطله زدن مطرح کرده و گفته‌اند:

در واقع، اگر (براساس این نظریه) بزهدار از ناکرده‌بزه بر اثر عمل خود متمایز نیست و فقط در پی یک فرآیند دادگستری کیفری، بزهدار شناخته می‌شود، کار اساسی این است که او را از این سیستم رها کنید (و به همین سبب است که قضازدایی را به انگلیسی «انصراف» گفته‌اند).^۲

گروهی دیگر، سبب رویکرد به این اندیشه را افزایش چشم گیر پرونده‌ها در مرحله تعقیب و با هدف کاهش حجم پرونده‌های جزایی و تراکم‌زدایی در دادگاه دانسته‌اند. اما همان‌گونه که گفته شد، اصولاً تفکر قضازدایی در حقوق اسلام بر تمایل به رهایی مسئولان تعقیب از رنج پیگیریهای جزایی و مشکلات ناشی از تراکم پرونده‌ها مبتنی نیست؛ زیرا غیرقضایی ساختن، خود مفهومی است که حتی در صورت کاهش پرونده‌ها نیز بر آن تأکید می‌شود.

از طرف دیگر، از آنجا که «نظریه لکه‌دار کردن»، ضد ارزشی بودن رفتار مجرمانه را برخاسته از اقدامهای دستگاه عدالت جزایی و مرز بین تبهکار و نیک‌کردار را نه در ماهیت عمل و شخصیت متمایز از یکدیگر، بلکه در واکنشهای اعتباری و قراردادی مسئولان قضایی می‌داند، قضازدایی را فاقد اساسی منطقی و پایه‌ای دفاع‌پذیر تلقی می‌کند؛ از این رو، در نظام جزایی اسلام هیچ اقبالی نسبت به آن دیده نمی‌شود؛ زیرا احکام، در این سیستم، تابع مصالح و مفاسد واقعی و نفس‌الامری است، به گونه‌ای که با ظهور رفتار تجاوزآمیز و تخطی از اوامر و نواهی در هر شرایطی حتی اگر کشف نشده و یا مسئولان تعقیب، انگیزه‌ای برای تعقیب

۱. ر.ک: ریموند گسن، مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی، ترجمه مهدی کی‌نیا، ص ۱۸۸. و نیز، همو، «گرایشهای نو در جرم‌شناسی انگلیسی و آمریکای شمالی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۲، سال ۱۳۶۵، ص ۱۴۹.

۲. ریموند گسن، جرم‌شناسی کاربردی، ص ۴۵.

آن نداشته باشد، به مرتکب، به سان یک بز هکار نگاه می شود.

قضازدایی، بر پایه این دیدگاه، ضمن نفی این گرایش متعارف که برای تسلط بر هر شهروند، به اعمال یک سلسله اجبار (حکومتی، پلیسی، قضایی و اداری) نیاز هست که با هدف تأمین اطاعت افراد از قدرت حاکم و استمرار آن، صورت می پذیرد و نیز تردید در کارآیی کیفر و تأثیر کامل اقدامهای رسمی در حیطة اقتدار حکومت، شکل می گیرد؛ سیاستی که توجه جدی به اقدامهای داوطلبانه مجرم را (کارآمدترین تمهید در مبارزه با بز هکاری) همراه دارد.

بنابراین، قلمرو اجرای نظریه غیرقضایی ساختن در سیاست جنایی اسلام، ناباورانه گسترش یافته است و کلیه جرائم حتی جرائمی با شدیدترین و سخت ترین کیفرها را در بر می گیرد مگر آنکه جرم، مستقیماً مصالح و منافع عمومی را به خطر افکند و ترک یا غیرقضایی ساختن تعقیب، خسارتهای شدید و مفاسدی را به دنبال داشته باشد.^۱

اگرچه توسعه چشمگیر در قضازدایی، امکان گریز از اجرای کیفر و به موجب آن، رهایی مجرم را از فرآیند کیفری در پی دارد، از در پیش گرفتن صورتهای مختلفی از تدابیر غیر کیفری، مانند عکس العملهای مدنی، اداری، تربیتی و اجتماعی (در هر مورد و متناسب با جرم) ممانعت نمی کند؛ بنابراین، باید تصریح کرد که قضازدایی هرگز به معنای «خصوصی کردن اجرای عدالت کیفری» نیست، بلکه همواره، اجرای عدالت کیفری از اختیارات انحصاری مراجع رسمی تلقی می شود.

بزه دیده و قضازدایی

در ارتباط بین حل و فصل غیرقضایی، تعارض و حمایت از حقوق بزه دیدگان تردیدی وجود ندارد؛ زیرا ترک تعقیب رسمی و عدم صدور حکم به کیفر، بر امکان ترمیم خسارات بزه دیده موقوف است؛ بنابراین، ارتباط قضازدایی و فعل جبرانی (ترمیمی)، امری مهم و در خور توجه قلمداد می گردد. بعلاوه، پیش بینی جایگاهی مؤثر و مناسب

۱. همچنان که امروزه در برخی از کشورها مانند کانادا، تنها جرائم مهم که فراسوی مرز اغماض از انحراف قرار دارد، در صلاحیت دستگاه دادگستری کیفری، به معنای اخص کلمه است. ر.ک: مارک آنسل، دفاع اجتماعی، ص ۱۱۵.

برای بزه‌دیده در جریان رسیدگی‌های جزایی، نقش او را در روند غیرقضایی ساختن دعاوی بیشتر آشکار می‌سازد. تا چندی پیش، از جمله خصوصیات جالب توجه نظام عدالت جنایی این واقعیت بود که اشخاصی که خود را قربانی و متضرر از وضعیت‌های مسئله‌دار (جرم) می‌دانستند، در دادرسی‌های جزایی نقشی واقعی نداشتند.^۱ این حقیقت را نمی‌توان انکار کرد که در بسیاری از موارد، مجازات باید انتظارات طبیعی و معقول زیان‌دیده را تأمین کند تا یأس وی از تحمّل عکس‌العمل مناسب با تجاوزی که متوجه او شده است، موجبات اقدام خودسرانه، بی‌ضابطه و غیرعادلانه او را علیه مجرم فراهم نکند و گسیختگی روابط اجتماعی را سبب نشود. همچنین نمی‌توان احساس معمولاً تند زیان‌دیده را علیه متجاوز به حقوقش را نادیده گرفت. گرایش به انتقام در زیان‌دیده که یک عکس‌العمل غریزی است با مجازاتی که خواست وی در اجرای آن مؤثر است، تسکین می‌یابد.

تمایلات مطرح در خلال نظریه‌های جدید، نشان‌دهنده پذیرش مشارکت فعالانه بزه‌دیده در جریان تلاش دستگاه عدالت کیفری است؛ از این رو، نظریه نفی اراده بزه‌دیده در دادرسی‌ها که از اندیشه‌های مکتب کلاسیک متأثر بود و سالها بر نظام‌های حقوقی جهان سنگینی می‌کرد، به طور وسیع و جدّی با تردید روبه‌رو شده است.

ریموند گسن می‌نویسد:

بی‌تردید، حقوق قربانیان جرائم کیفری، یکی از مهم‌ترین موضوعات آیین دادرسی کیفری جدید است. در حالی که اخیراً برای بزه‌دیده در محاکم کیفری به عنوان مدّعی خصوصی، حقّ ناچیزی در نظر گرفته می‌شد، امروزه بزه‌دیده در حقوق کیفری، موضعی ممتاز دارد تا جایی که سخن از یک سیاست جنایی مبتنی بر حقوق بزه‌دیدگان مطرح است. دلایل این گرایش‌های جدید متعدّد است؛ دلایلی که جنبه سیاسی دارد و در عین حال، تحت تأثیر جرم‌شناسی بزه‌دیده‌شناسی^۲ قرار دارد.^۳

با توجه به دیگر گونیهایی که در تبیین مفهوم بزه‌دیده‌شناسی صورت گرفته است،

۱. ر.ک: هولسمن، «وجوه عمومی و کلی برنامه‌ریزی و سیاست جنایی»، ترجمه حسن کوشیار، فصلنامه حق، دفتر ششم، ۱۳۵۶، ص ۹۳.

۲. Victimology.

۳. ریموند گسن، جرم‌شناسی کاربردی، ص ۴۵.

مفهومی از این اصطلاح به وجود آمده است که اساساً برای دو قسم تحوّل در زمینه سیاست جنایی مبارزه می‌کند؛ همو در این باره می‌نویسد:

در درجه نخست، تأیید حقوق بزه‌دیدگان - حقّ جبران خسارت به وسیله دولت، خارج از هر دعوی حقوقی- علیه بزه‌کار است. این چشم‌انداز که تاکنون حقوق تحقیقی چند کشور مخصوصاً حقوق فرانسه را تحت تأثیر قرار داده، تدوین متون ناظر به ترمیم خسارت قربانیان خطرات و بلایای طبیعی و خطرات قهری را در پی داشته است. [دوم اینکه] تبدیل مدل سرکوب سنتی به مدل مصالحه و ترمیم خسارت وارد شده بر بزه‌دیده است. این، توجیه نوینی برای غیرقضایی ساختن است که به جنبشی ملحق می‌شود که برای الغای حقوق کیفری مبارزه می‌کند.^۱

امروزه برخی از نظامهای تقنینی، بر پایه این ملاحظات، تعقیب کیفری و به طریق اولی، محکومیت کیفری برخی از جرائم را به شکایت رسمی زیان‌دیده موکول کرده‌اند. این تفکر، اخیراً در ایتالیا و به‌ویژه پرتغال با استقبال زیادی روبه‌رو شده است.^۲ این جریان که یکی از مسائل جدید تلقی می‌شود، از جلوه‌های بارز سیاست جنایی اسلام است که در سطوح مختلف و به طور گسترده به آن توجه شده است. در نظام دادرسی جزایی اسلام، جرائم ارتكابی ممکن است موجب یکی از حقوقی باشد که در یک تقسیم‌بندی کلی از آن به حقوق الهی (حق‌الله) و حقوق بشری (حق‌الناس) تعبیر می‌شود. براساس این تقسیم‌بندی، در پی وقوع جرمی که اضرار بزه‌دیده را موجب می‌گردد، اقتدار و ولایت زیان‌دیده بر امر تعقیب و محکومیت کیفری بزه‌کار ثابت می‌شود، به طوری که در برخی موارد، اجرای واکنشهای پیش‌بینی شده بر درخواست و مطالبه مجنی علیه متوقف می‌باشد و یا ترمیم و تأمین منافع و توجه به خواست وی، در زمره معیارهای در پیش گرفتن عکس‌العملهای مناسب علیه بزه‌کار به شمار می‌رود. بنابراین، حدود اختیارات بزه‌دیده در قضا‌زدایی به جرائمی منحصر است که در نظام جزایی اسلام به عنوان حقوق‌الناس مطرح است؛ زیرا در حقوق الهی غالباً تصوّر وجود مجنی علیه منتفی است؛ اگرچه در

۱. همو، مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی، ص ۱۹۷.

۲. مارک آنسل، دفاع اجتماعی، ص ۱۱۴.

صورت وقوع صدمه بر دیگری با ارتکاب این گونه جرائم، زیان دیده در خصوص عنوانی که بر خسارت وارد شده اطلاق می گردد، هیچ حقی نخواهد یافت. ضرورت مطالبه ذی حق برای به جریان افتادن امر تعقیب از امتیازات حقوق بشری است و این امر، مشارکت گسترده بزه دیده را در جریان تعقیب و قطع و فصل دعاوی، موجب می گردد. بنابراین در کلیه جرائمی که در زمره حقوق الناس قرار دارد، اصولاً نخستین و مهم ترین نقش در به کارگیری فرآیند کیفری، بر عهده ذی حق که مستقیماً مورد تهاجم رفتار مجرمانه قرار داشته، گذاشته شده است، به نحوی که اگر تعقیب مجرم به دلیل احراز نشدن عناوین دیگری جز جرم ارتكابی بر مجنی علیه، توجیه ناپذیر باشد، اقدامات دستگاه دادگستری جزایی به صلاحیتها و اختیاراتی منحصر می شود که در قلمرو تدابیر پیشگیری و اقدامات مراقبتی (امر به معروف و نهی از منکر) محدود شده است؛ زیرا در این گونه موارد، مراجع رسمی از تعقیب ابتدایی مجرم بدون درخواست زیان دیده منع شده اند.^۱ از این رو، در جرائمی مانند قتل، افترا و کذب، اجرای کیفر مقدر به مطالبه بزه دیده منوط است؛ هر چند مجرم، داوطلبانه اعتراف کرده باشد.^۲

لزوم درخواست کیفر در حقوق الناس در نصوص روایی، نظریات حقوق دانان و دانشمندان مسلمان به طور گسترده ای بیان شده است. پیش بینی شرط درخواست بزه دیده در فرآیند رسیدگیهای جزایی در خصوص جرائم مربوط به حقوق بشری، موقعیت مناسبی را به منظور امکان اجرا نکردن کیفر و نیز غیرقضایی ساختن تعقیب و به طور کلی، رهانیدن رسیدگی به جرم از قید و بند نظام کیفری، فراهم می سازد.

قانون گذار اسلامی به رغم توجه جدی به لزوم ترمیم خسارات مادی و معنوی بزه دیده و ضرورت آرامش روانی وی پس از وقوع جرم با دخالت دادن مجنی علیه در جریان رسیدگی، وی را به عفو، گذشت، چشم پوشی و همچنین توسل به ابزارهای غیر کیفری ترغیب می کند و با این شیوه، دفع کیفر را با توجه به اراده بزه دیده ممکن می سازد، در حالی که در جرائم مربوط به حقوق خداوندی، مجرد اثبات جرم، مستلزم اجرای مجازات بوده و جز در مواردی خاص و کاملاً محدود، امکان دفع

۱. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۱۸، ص ۳۴۴.

۲. همان، ج ۱۸، ص ۳۴۳-۳۴۴.

آن میسر نیست. بنابراین، تلقی شدن بسیاری از جرائم در زمره حقوق الناس در واقع، امتنان و تفضلی از سوی شارع مقدس و به هدف کیفرزدایی است، ضمن اینکه به حقوق بزه دیده نیز توجه شده است؛ برای مثال، جرائمی مانند قتل و جنایات دیگر، گرچه از بزرگ ترین جرائم به شمار رفته و بر آثار سوء اجتماعی آن تصریح گردیده است،^۱ ضمن حق الناس دانستن آن،^۲ در ایجاد زمینه مناسب به منظور اجرا نکردن قصاص، فضای مطلوبی را در حمایت از مجرم (چنانچه اجرای کیفر فاقد سودمندی و بهره دهی لازم باشد) به وجود می آورد و اگر قصاص از جمله حدود الله به شمار می رفت، پس از اثبات جرم، ویژگیهای قطعیت، حتمیت و فوریت مجازاتهای حدی، مجالی برای تردید در اجرای آن باقی نمی گذاشت.

تأثیر اراده بزه دیده در دفع مجازات قصاص بر احسان و رحمت مبتنی بوده و تخفیفی بر مجرم از سوی پروردگار است، چنان که در قرآن کریم به آن تصریح شده است:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ، الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاَتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾.^۳

این آیه در حالی به چشم پوشی، گذشت و ترک تعقیب جزایی ترغیب می کند که آیه بعد، بر تأثیر کیفر در احیای جامعه تأکید می ورزد.^۴ در نتیجه، به سبب فراهم آمدن امکانی مناسب به منظور کیفرزدایی و تبدیل مجازات به عکس العملهای غیر جزایی، برخی از جرائم، حق مردمی صرف دانسته شده اند، در صورتی که در زمان نزول آیه قصاص و پیش از آن، قصاص در میان

۱. مائده / ۳۵.

۲. برخی از حقوق دانان اسلامی در حق الناس بودن جرائم مذکور اختلاف کرده اند. در این باره ر.ک:

شهاب الدین ابوالعباس قرافی، *الفروق*، بیروت، دارالمعرفه، ج ۱، ص ۱۵۷-۱۵۸.

۳. «ای گروه مؤمنان! نوشته شده است بر شما قصاص در کشتگان، آزاد به آزاد و بنده به بنده و زن به

زن و چون ولی دم از قاتل که برادر دینی اوست، بخواهد در گذرد بدون گرفتن دیه، آن، کاری

است نیکو. پس قاتل دیه را در کمال خشنودی و رضا ادا کند. در این حکم، تخفیف و آسانی امر

قصاص و رحمت خداوندی است. پس هر که از آن سرپیچی کند و به قاتل ظلم و تعدی روا دارد،

بر اوست عذابی دردناک.» (بقره / ۱۷۸).

۴. ر.ک: بقره / ۱۷۹.

عرب فقط از راه قتل بود به این صورت که هیچ‌گونه حدّ و مرزی نداشت و صرفاً به قوّت و ضعف قبائل بستگی داشت؛ مثلاً گاهی ده نفر را در مقابل یک نفر، یا آزاد را در مقابل بنده به قتل می‌رساندند و گاهی هم قبیله‌ای را در مقابل یک نفر نابود می‌کردند، [قوم] یهود نیز به قصاص معتقد بودند، چنان‌که در فصل ۲۱ و ۲۲ از «سفر خروج» و فصل ۳۵ از «سفر عدد» در تورات ذکر شده است، ولی اسلام در این باره، راه میانه‌ای را انتخاب کرده است؛ یعنی نه به کلی قصاص را ملغی کرده و نه آن را تنها راه انحصاری دانسته است. بدین بیان که به قصاص امر کرده و در عین حال، عفو به دیه را نیز مجاز شمرده است^۱ و عفو بزه‌دیده را که موجب ترک اعمال قصاص است، از رشد معنوی و تعالی فرهنگی و نشانه کمال زیان‌دیده دانسته است. یادآوری می‌شود که قلمرو نفوذ نقش بزه‌دیده در جریان دعاوی جزایی به مرحله شروع به تعقیب منحصر نیست، بلکه در مراحل مختلف رسیدگی و اجرای حکم می‌تواند اراده خویش را در توقف اقدامات قضایی و اعمال کیفر به کار گیرد. ترغیب به استفاده از این امکان، صورتهای اجرایی مختلفی را در جریان کیفرزدایی و مبتنی بر ویژگیهای حقوق الناس شکل داده است، به گونه‌ای که در هر یک از مراحل مذکور، اکیداً به بهره‌گیری بزه‌دیده از اختیارات خویش در غیرقضایی ساختن دعوا و یا دفع مجازات توصیه شده است.

حق آشتی

شرکت فعال بزه‌دیده در تعقیب بزه‌کار و مقابله با بزه‌کاری، نه تنها موجب تأثیر تمایل وی در به جریان انداختن امر پیگرد جزایی است بلکه ممکن است اراده وی در سرنوشت جریان رسیدگیهای جزایی حتی پس از صدور حکم و در مرحله اجرا مگر در مواردی خاص، مهم‌ترین نقش را ایفا کند.

بزه‌دیده همچنان که حق دارد مجازات مجرم را خواستار گردد، حق دارد با او از

۱. ر.ک: سیدمحمدحسین طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه بنیاد علمی فکری علامه، ج ۱،

در سازش و آشتی درآید و با این اقدام، جریان رسیدگی به جرم را از گردونه عمل مراجع رسمی خارج سازد. در حقوق جزایی اسلام، مدارک بسیاری بر حق آشتی که اعمال آن، شروع و ادامه تعقیب را متوقف می‌سازد، جز در مواردی که مصالحی خاص و جهتی دیگر مقتضی امر تعقیب است، دلالت دارد. در نصوص روایی نیز بر استفاده از این حق تأکید شده است،^۱ افزون بر آن، حق سازش در نزد فقهای مسلمان نیز اجماعی و بدون خلاف است.

بنابراین، در نظر قانون‌گذار اسلامی، کیفر برای بزهکار، امری محتوم و قطعی نیست. اگر با پیش‌بینی مجازات، تمایل مجنی علیه را در حرص بر عقوبت محدود ساخته، از طرف دیگر، امکان مناسبی را در مقابله با مجرم و هماهنگی با چگونگی تفکر و رشد تربیتی بزه‌دیده ایجاد کرده است و در این راه، برخورد ملازم با احسان را نسبت به مجرم در صورت اقتضای مصلحت، نشانه کمال معنوی و تربیتی او به شمار آورده است. علامه طباطبایی رحمته‌الله علیه در تفسیر آیه ۱۷۸ سوره بقره، درباره عفو از سوی بزه‌دیده می‌نویسد:

این طرز بیان، یک بیان تربیتی است و چنانچه سطح تربیت عمومی به اندازه‌ای بالا رود که افراد، افتخار خود را در عفو بدانند، مسلماً راه انتقام را پیش نخواهند گرفت...

بنابراین، تنها حکمی که ممکن است سعادت هر دو دسته [از مردم] را با توجه به اینکه غالباً از دسته دوم هستند، تأمین کند، همان قصاص به انضمام جواز عفو و گذشت است؛ به این ترتیب، هر ملتی که از نظر اخلاقی و تربیت اجتماعی به ترقیات کافی نائل گردد، طبعاً به حکم عفو عمل خواهد کرد (و البته اسلام هم کوشش فراوانی در راه رسیدن به یک تربیت عالی اجتماعی مبذول داشته و می‌دارد) و ملت‌هایی که دارای انحطاط اخلاقی هستند و نعمتهای الهی را کفران می‌کنند، به حکم قصاص باید در آنها عمل کرد و در عین حال، عفو هم در حق آنها جایز است.^۲

بنابراین، با پذیرش حق آشتی، مصالحه و ترغیب بزه‌دیده در به کارگیری و استفاده از این حق، افزون بر تلاش در تقویت سجایای انسانی و ارزشهای اخلاقی، کارآیی

۱. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۳۱، ح ۱.

۲. سیدمحمدحسین طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱، ص ۶۲۵-۶۲۶.

کیفر به عنوان مؤثرترین ابزار، نفی می‌شود و ضمن بیان مطلوب نبودن مجازات، گرایش به حلّ و فصل دعاوی خارج از جریان دادرسیهای رسمی به روشنی اظهار می‌شود.

الف) چشم‌پوشی

متون اسلامی، بزه‌دیدگان را به عفو و گذشت ترغیب می‌کند و این اقدام را حکایتگر و صف احسان می‌شمارد.

﴿وَالكَافِمِينَ الْغَيْظِ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾^۱ آنان که خشم خویش را فرومی‌برند و مردم را عفو می‌کنند و خداوند نیکوکاران را دوست دارد.

قرآن در جایی دیگر به پیامبر ﷺ فرمان می‌دهد که زشت‌کرداری را با نیکی و احسان پاسخ گوید:

﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ السَّيِّئَةِ﴾^۲ بدی را با آنچه نیک است، دفع کن.

در روایات نیز اغماض از خطا و چشم‌پوشی از کیفر در زمرهٔ خصلتهای نیک انسان و بیانگر شخصیت رشدیافتهٔ اوست. امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ از پیامبر اکرم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نقل می‌کند که فرمود:

«عليكم بالعفو، فإنّ العفو لا يزيد العبد إلا عزاً فتعافوا يعزكم الله»^۳؛ گذشت پیشه کنید؛ زیرا عفو و گذشت جز عزت بر بنده نمی‌افزاید. پس یکدیگر را عفو کنید تا خداوند شما را سرفراز کند.

علی عَلَيْهِ السَّلَامُ سرعت در عفو را از اخلاق بزرگواران خوانده است.^۴ در برخی روایات، این شیوه، سیرهٔ پیام‌آوران الهی و پرهیزکاران شمرده شده است؛^۵ چراکه در بسیاری

۱. آل عمران/ ۱۳۴؛ نیز ر.ک: اعراف/ ۱۹۹؛ مائده/ ۱۳؛ حجر/ ۸۵.

۲. مؤمنون/ ۹۶.

۳. محمد بن یعقوب کلینی، *اصول کافی*، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۱۰۸، باب عفو، ح ۵.

۴. عبدالواحد بن محمد تمیمی آمدی، *غرر الحکم و درر الکلم*، چاپ دوم، دانشگاه تهران، ج ۲، ص ۴، ح ۱۵۶۶، «المبادرة إلى العفو من أخلاق الكرام».

۵. محمدباقر مجلسی، *بحار الانوار*، چاپ دوم، لبنان، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳، ج ۷۱، ص ۴۲۳، باب ۹۳، ح ۶۲.

از موارد، عفو و گذشت، اصلاح فکر و عمل را به دنبال دارد و زمینه گریز از خطا و دوری از جرم را در وجود بزهکار تقویت می کند، به گونه ای که از عفو به وسیله ای کارآمد در اصلاح و رفع سوء رفتار یاد شده و بدان توصیه شده است.^۱

در نصوص روایی، «گذشت»، بیانگر معرفت و شناخت الهی^۲، بزرگواری^۳، جوانمردی^۴، زیبایی سیاست^۵ و بالاخره بخشی از دین^۶ شمرده شده است. از طرف دیگر عدم بخشش و اغماض با وجود شرایط مقتضی آن، زشت^۷ و از صفات بدترین مردم^۸ قلمداد شده است. با توجه به ادله مذکور، نه تنها در جواز عفو و اغماض بزه دیده از اعمال کیفر بر مجرم تردیدی نیست، بلکه بدان توصیه شده و نزدیک ترین اقدام به تقوا یاد شده است.^۹

علاوه بر سفارشات کلی و تشویق به عفو، قانون گذار اسلامی و حقوق دانان مسلمان در هر مورد که امکان تأثیر اراده مجنی علیه در ایجاد موانع اجرایی کیفر پیش بینی شده است، مجدداً بر آن تأکید کرده و بزه دیده را به استفاده نیکو از این حق ترغیب کرده اند.

ب) چشم پوشی در جنایات

قانون گذار اسلامی قاتل را به مجرد ارتکاب قتل، مطرود و منزوی نساخته و همچنان

→ امام صادق (علیه السلام) فرمود: «گذشت و عفو به هنگام اقتدار و توانایی، روش پیامبران و پرهیزگاران است و تفسیر عفو، آن است که خطاکار را به سبب جرم آشکارش مؤاخذه نکنی و زشتیهای نهان او را فراموش کنی و از روی احسان و انصاف، اختیارات بیشتر به او بدهی».

۱. ر.ک: میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل، مکتبه الاسلامیه، ج ۲، ص ۸۷.

۲. عبدالواحد بن محمد تمیمی ناقدی، غرر الحکم و درر الکلم، ج ۴، ص ۱۶۵، ح ۵۶۸۵: «أعرف الناس بالله أعدرهم للناس وإن لم يجد لهم عذراً»

۳. همان، ص ۵۱۷، ح ۶۸۱۵: «قبول عذر المجرم من مواجب الكرم و محاسن الشیم».

۴. همان، ج ۲، ص ۱۴۲، ح ۲۱۱۲: «المروءة... و العفو مع القدرة...».

۵. همان، ج ۳، ص ۳۷۵، ح ۴۷۹۲: «جمال السياسة... العفو مع القدرة».

۶. همان، ج ۶، ص ۲۳، ح ۹۴۰۰: «من الدين التجاوز عن الجرم».

۷. همان، ص ۶۸، ح ۹۵۴۱: «ما أقيح العقوبة مع الاعتذار».

۸. همان، ج ۴، ص ۱۶۵، ح ۵۶۸۵: «شر الناس من لا يقبل العذر و لا يقبل الذنب»؛ نیز همان، ص ۱۷۵، ح ۵۷۳۵: «شر الناس من لا يعفو عن الزلّة و لا يستر العورة».

۹. بقره/ ۲۳۷: «و أن تعفوا أقرب للتقوى».

رابطه عاطفی برادری و اخوت ایمانی را به رغم رفتار مجرمانه‌اش، پایدار و غیرمنقطع دانسته است^۱ و ظاهراً از همین رابطه عاطفی در ترغیب به عفو و اغماض از سوی اولیای دم کمک گرفته است:

«... فمن عُفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ...»^۲؛ و چون صاحب خون از قاتل که برادر دینی اوست بخواهد درگذرد، بدون دیه یا با گرفتن آن، کاری است نیکو....

مقدس اردبیلی در شرح این آیه آورده است:

خداوند از آن رو بزهکار و بزه‌دیده را برادر خوانده است که شفقت و محبت لازم را برای عفو وی در اولیای دم برانگیزد.^۳

خداوند در آیه‌ای دیگر و به هدف ایجاد انگیزه کافی در بزه‌دیده به منظور ترک کیفر، پاداش گذشت و اغماض او را بر عهده خویش می‌داند:

«و جزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إن الله لا يحب الظالمين»^۴؛ و کیفر بدی به مانند آن بد، رواست و اگر کسی، عفو کرده و بین خود و خصم را اصلاح کرد، پاداش وی بر خداست و خدا هیچ ستمکاران را دوست نمی‌دارد.

طبق این آیه، گرچه تحمیل رنج بر بزهکار به عنوان بازتاب و اثر فعل مجرمانه‌اش به صورت یک قاعده کلی بیان شده است، عفو و ترک مجازات، نیک و شایسته‌تر از اعمال کیفر بوده و عفو‌کننده، پاداشی بزرگ نزد خدای عزوجل دارد.^۵ گروهی پاداش عفو را کفاره‌ای بر کژیهای عفو‌کننده دانسته‌اند؛^۶ چراکه به

۱. ر.ک: مقدس اردبیلی، *زبدی البیان فی احکام القرآن*، تهران، مکتبه المرتضویه، ص ۶۶۷.

۲. بقره / ۱۷۸.

۳. مقدس اردبیلی، *زبدی البیان فی احکام القرآن*، ص ۶۶۷.

۴. شوری / ۴۰.

۵. مقدس اردبیلی، *زبدی البیان فی احکام القرآن*، ص ۶۸۱.

۶. علامه طباطبایی رحمته الله در تفسیر خود در شرح آیه «فمن تصدق به فهو كفارة له» (مائده / ۴۵) می‌نویسد: «هر که از اولیای قصاص چون ولی مقتول و یا خود مجنی علیه عفو کند و حق قصاص خود را ببخشد، این عفو، کفاره گناهان او یا کفاره جنایت جانی خواهد بود». (ر.ک: *المیزان فی تفسیر القرآن*، ج ۵، ص ۵۲۴).

استناد روایات، خداوند متناسب با عفو بزه‌دیده، گناهان وی را می‌بخشد،^۱ بلکه پاداش عفو نیک، پاداش بی‌حد و مرزی است که به صابران داده می‌شود.^۲ و در روایتی نقل شده است که مردی از امام ع پرسید: فردی بر من جنایت کرده است، او را ببخشایم یا نزد حاکم طرح دعوا کنیم؟ امام ع فرمود: «این حقّ توست، اگر او را عفو کنی، کاری نیکو کرده‌ای».^۳

ابن تیمیه ترغیب به عفو از جنایت را از سیره پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم در جریان رسیدگیهای جزایی یاد کرده است و می‌نویسد:

مطالبه عفو از اولیای مقتول بهتر است؛ زیرا عفو در حقّ ایشان فضیلت دارد، چنانچه حضرت حق فرموده است: ﴿و الجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له﴾^۴؛ له^۴؛ جراحات قصاص دارد، کسی که به صدقه راضی شود، کفاره گناه او خواهد خواهد بود.

از آنس روایت شده است که رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم در تمام موضوعات قتل که به حضورشان می‌رسید و قاتل در آن به قصاص محکوم می‌گردید، به عفو امر می‌فرمود.^۵

بدیهی است مطالبه کیفر بعد از چشم‌پوشی و اسقاط آن از سوی بزه‌دیده، بلاوجه و فاقد اثر خواهد بود.^۶

۱. همان، ج ۵، ص ۵۵۶.

۲. مقدس اردبیلی، *زبدی البیان فی احکام القرآن*، ص ۶۸۱.

۳. محمد بن حسن حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۸، ص ۳۲۹.

۴. مائده / ۴۵.

۵. تقی‌الدین بن تیمیه، *السیاسی الشرعی فی اصلاح الراعی و الرعی*، ترجمه رشاد، چاپ افغانستان، ص ۱۷۰.

نسایی روایت مذکور را چنین نقل کرده است: انس بن مالک گوید: «ما رأیت رسول الله رفع إلیه شیء فیہ قصاص إلا أمر فیہ بالعفو». در نقل دیگری آمده است که پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: «ما من رجل یصاب بشيء فی جسده فیصدق به إلا رفعه الله به درجة و حطّ عنه خطیئة». (ر.ک: ابن ماجه، سنن ابن ماجه، بیروت، دار الکتب العلمیة، ج ۲، ص ۷۹۸؛ ابوداود، سنن ابی داود، لبنان، دار احیاء السنه، ج ۴، ص ۱۶۹).

۶. محمد بن حسن حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۸، ص ۳۳۱، ج ۳؛ ابن نجیم، *الاشباه و النظائر*، چاپ دوم، سوریه، دارالفکر، ص ۳۷۶، برای بررسی تفصیلی تأثیر عفو در سقوط قصاص و فرضهای مختلف آن برای نمونه، ر.ک: شربینی، *معنی المحتاج*، دارالفکر، ج ۴، ص ۴۸؛ ابن حزم، *المحلی*،

ج) چشم‌پوشی در حدود و تعزیرات

چنان‌که گفته شد، امکان سقوط کیفر مبتنی بر عفو و گذشت بزه‌دیده، به جرائم حق‌الناس منحصر است. در این موارد، در تأثیر ارادهٔ مجنی علیه در جریان رسیدگی جزایی تردیدی نیست.

برخی، قذف را در حدود، از جمله حقوق‌الناس شمرده‌اند؛ گرچه برخی دیگر، آن را حق‌الله دانسته و معتقدند عفو مقذوف در هیچ شرایطی مسقط حد نخواهد بود.^۱

بیشتر حقوق‌دانان اسلامی، عفو از حد را پیش از ارجاع به حاکم، مؤثر دانسته‌اند،^۲ اما پس از طرح موضوع در محکمه، در جواز عفو و نفوذ آن اختلاف کرده‌اند.^۳

مشهور فقهای امامیه آن است که در هر مرحله‌ای، ممکن است حدّ قذف با گذشت و چشم‌پوشی بزه‌دیده ساقط گردد،^۴ اما نقش بزه‌دیده در سرقت، صرفاً به مراحل مقدماتی رسیدگی محدود است و پس از طرح دعوا در محکمه، قاضی جز ادامهٔ تعقیب چاره‌ای ندارد؛ زیرا کیفر در سرقت از حقوق‌الله تلقی شده است.^۵ این رأی بر روایات متعددی مبتنی است که در منابع روایی نقل شده است.

گروهی دیگر، قاضی را مجاز دانسته‌اند تا در محکمه و قبل از ثبوت جرائمی،

بیروت، دارالآفاق، ج ۱۰، ص ۳۶۱.

۱. ر.ک: شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، مکتبه المرتضویه، ج ۵، ص ۱۸۹؛ ابن حزم، *المحلی*،

ج ۱۱، ص ۲۸۹.

۲. ابن قدامه، *المعنی*، بیروت، دارالکتب، ج ۸، ص ۲۱۷؛ محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، چاپ دوم، دار الکتب الاسلامیه، ج ۴۱، ص ۴۲۵، کتاب الحدود.

۳. برای آگاهی از نظرات مختلف در این باره ر.ک: ابن حزم، *المحلی*، ج ۱۱، ص ۲۸۹؛ ابن قدامه،

المعنی، ج ۸، ص ۲۱۷؛ فاضل لنکرانی، *تفصیل الشریعه*، کتاب الحدود، چاپ اول، قم، ص ۳۱۵؛ موسوی اردبیلی، *الحدود و التعزیرات*، چاپ اول، مکتبه امیرالمؤمنین (ع)، ص ۴۹۸؛ و....

۴. محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۴۱، ص ۴۲۸؛ شهید ثانی، *مسائلک الافهام*، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۴۳۷-۴۳۸؛ امام خمینی، *تحریر الوسیلی*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۳، ص ۴۷۶.

۵. ر.ک: شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۷، ص ۱۰۱ و نیز ج ۸، ص ۴، ۳۷ و ۴۰؛ محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۴۰، ص ۲۶۰؛ و نیز ر.ک: ماوردی، *الاحکام السلطانی*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ص ۲۶۳ و ۲۲۳؛ ابن قدامه، *المعنی*، ج ۸، ص ۲۶۹.

مانند قذف، بزه دیده را به ترک دعوا، عفو و چشم پوشی ترغیب کند. سرخسی در این باره می نویسد:

شایسته است امام قبل از گواهی گواهان، به شاکی بگوید: «تعقیب را ترک کن و از درخواست خویش منصرف شو»؛ چراکه هنوز حد بر وی ثابت نشده است و این، نوعی چاره جویی در کیفرزدایی است. همچنان که در سرقت نیز مستحب است که به مال باخته بگوید: «دعوی خویش را قبل از اثبات جرم ترک کند».^۱

سازش و مصالحه

مصالحه، اقدامی طرفینی در انحراف جریان رسمی رسیدگیهای قضایی به یک مسیر غیر کیفری و خارج از قلمرو اقتدار دستگاه عدالت جزایی است، به نحوی که معمولاً بزه دیده و بزه کار با تسویه کامل تعارض خود با یک توافق آشتی و سازش، هر یک به گونه ای سود می جویند.

خروج از دایره رسیدگیهای پیچیده رسمی در مهیا ساختن مجنی علیه برای پذیرش جبران غیررسمی تمام یا بخشی از خسارات وارده از سوی مجرم از یک طرف و رها شدن مجرم از لکه ننگ محکومیت در دادگاه کیفری از طرف دیگر و نیز ظهور زمینه های مناسب در اصلاح و بازپروری وی با احیای احساس تشخص حاصل از اعتماد و صمیمیت موجود در فضای سازش و آشتی، ممکن است از بهره های ناشی از مصالحه تلقی شود.

مصالحه، رفع تخاصم و از در آشتی و سلم در آمدن است.^۲ در *مصباح المنیر*، آن را به معنای «خلاف فساد» و «خیر و صواب آمدن» دانسته است.^۳ صلح در اصطلاح، توافقی است که رفع موقعیتهای تعارض آمیز و قطع نزاع و مشاجره را در پی دارد.^۴ بنابراین، مراد از صلح و سازش در اینجا ترک تعقیبی است که بر تراضی و اراده طرفین مبتنی می باشد و با این ید (تراضی) به وضوح از عفو متمایز می گردد؛ اگرچه

۱. سرخسی، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفة، ج ۹، ص ۱۱.

۲. ر.ک: ابن منظور، *لسان العرب*، ج ۲، ص ۵۱۶-۵۱۷.

۳. احمد بن محمد فیومی، *مصباح المنیر*، قم، دارالهجرة، ج ۱، ص ۳۴۵.

۴. ر.ک: عبدالله بن مودود، *الاختیار لتعلیل المختار*، چاپ استانبول، ج ۳، ص ۵.

برخی، مفهوم صلح و مصادیق آن را مشمول عنوان عفو دانسته‌اند.^۱

با تکیه بر مدارک معتبر، مصالحه و سازش داوطلبانه در دعاوی از موارد مرسوم و پذیرفته شده در تاریخ قضای اسلامی است. مشروعیت و جواز سازش به دلایل فراوانی مستند است که در کتاب^۲ و سنت^۳ گرد آمده است.

امام علی علیه السلام در توصیه‌هایش به شریح قاضی، وی را به صلح و سازش توجه داده و می‌فرماید:

اعلم أن الصلح جائز بین المسلمین إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً...؛^۴ آگاه باش! صلح بین مسلمانان جایز است، مگر صلحی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند.

بنابراین، نه تنها سازش داوطلبانه طرفین دعوا، مجاز است، بلکه از امور شایسته و توصیه شده به مقامات قضایی نیز می‌باشد.

مصالحه، ممکن است بر مداخله پلیس مقدم باشد و طی آن، بزه دیده از گزارش جرم به پلیس و انعکاس آن به دستگاه قضایی خودداری کند، همچنان که ممکن است پس از طرح دعوا و گزارش آن و حتی در جریان رسیدگی و در محکمه و یا بعد از اثبات جرم واقع شود.

در متون اسلامی، تشویق به سازش از سوی قاضی به عنوان یکی از آداب شایسته قضاوت، مورد تأکید قرار گرفته است. این امر، به روشنی از تمایل دستگاه عدالت جزایی به غیرقضایی ساختن امر تعقیب حکایت می‌کند. این گرایش، نه تنها در دادرسیهای جزایی و متأثر از اندیشه کیفرزادایی مطرح است، بلکه در کلیه دعاوی مدنی نیز در صورت اقتضای مصلحت، قاضی طرفین را به صلح می‌خواند. در کشف اللثام در این باره آمده است: «و یستحبّ ترغیبهما فی الصلح»^۵. فقیهان مسلمان غالباً

۱. ر.ک: شیخ طوسی، الخلاف، قم، دار الکتب العلمیه، ج ۳، ص ۱۰۱؛ ابن حزم، المحلی، ج ۱۰، ص ۳۶۱؛ شافعی، الأم، ج ۶، ص ۹.

۲. ر.ک: حجرات / ۹ و ۱۰؛ نساء / ۱۲۸.

۳. ر.ک: ابوداود، سنن ابی داود، ج ۳، ص ۳۰۴، ح ۳۵۹۴.

۴. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۵۵، ح ۱.

۵. فاضل هندی، کشف اللثام، تهران، انتشارات فراهانی، ج ۲، ص ۱۴۹.

به این عبارت، در این خصوص توجه کرده‌اند؛^۱ چرا که صلح خیر است^۲ و ترغیب بدان، از مصادیق امر به معروف است.^۳ شیخ بهایی رحمته الله علیه در بیان مستحبات قضا می‌نویسد: «ترغیب نمودن مدعی و مدعی علیه را به صلح کردن، پس اگر از صلح امتناع نماید، حکم کند.»^۴

تأکید بر ایجاد زمینه‌های آشتی و تسویه داوطلبانه تعارض، گاه ممکن است تأخیر در حکم را حتی به رغم آنکه قاضی در مقام رسیدگی و پس از وضوح امر، مکلف به صدور آن شده است،^۵ توجیه کند. اگرچه شیخ طوسی، صدور حکم را پس از روشن شدن واقع امر نزد قاضی جایز می‌داند، امر به مصالحه و تأخیر در صدور حکم را با امید به سازش مستحب شمرده است.^۶

ابن نجیم حنفی در این باره می‌نویسد:

قاضی بعد از وجود شرایط، مکلف به حکم است و تأخیر در حکم بر او جایز نیست مگر در مواردی که بین متخاصمین خویشاوند، امید سازش باشد.^۷

در سلوک الملوک نیز آمده است:

در فتاوی کبری ذکر کرده که سزاوار است قاضی را که استعجال نکنند در قطع خصومت و دفع کند ایشان را اندکی، شاید که صلح کنند ایشان. و در عیون آورده که چون مخاصمه نمایند به قاضی، برادران یا پسران عم، سزاوار است که ایشان را اندکی مدافعت نماید و تعجیل نکند به قضا میان ایشان؛ زیرا که قضا اگرچه بر حق است، گاه هست که سبب عداوت میان ایشان می‌گردد. و صدر الشهدا گفته: این مخصوص به اقارب نیست، بلکه میان اجانب نیز سزاوار

۱. سید محمد جواد حسینی عاملی، *مفتاح الکرامه*، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ج ۱۰، ص ۳۴؛ محقق حلی، *شرائع الاسلام*، چاپ نجف، ۱۹۶۹، ج ۴، ص ۸۱؛ محمد حسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۴۰، ص ۱۴۵؛ شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۸، ص ۱۷۰.

۲. نساء/ ۱۲۸.

۳. فاضل هندی، *کشف اللثام*، ج ۲، ص ۱۴۹.

۴. شیخ بهایی، جامع عباسی، تهران، انتشارات فراهانی، ص ۳۵۶.

۵. محقق حلی، *شرائع الاسلام*، ج ۴، ص ۸۱؛ قاضی ابویعلی، *الاحکام السلطانیه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ص ۷۳.

۶. شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۸، ص ۱۷۰.

۷. ابن نجیم، *الاشباه و النظائر*، ص ۲۶۷.

است که همچنين عمل کند.

امام ظهيرالدين مرغيناني گفته: گاهي که قاضي طمع کند در اصلاح خصوص به آنکه انفاذ حکم در ميان ايشان نکند، نيکو باشد؛ زيرا که عمر فرموده: خصومت را رد کنيد، شايد که صلح کنند».

و امام ابويوسف نيز گفته: «من بر آنم که بيش از يک دو نوبت، رد ايشان نکند اگر طمع صلح باشد؛ زيرا که در زيادت، اضرار مستحق است و اگر انفاذ حکم کند، بي ترديد او را مي رسد»^۱.

رأى شافعي نيز بنا بر نقل شيخ روزبهان در بيان آيين دادرسي در فقه شافعي با نظريه مذکور هماهنگي دارد، لکن تأخير در حکم را بعد از وضوح وجه آن، به رضايت خصوم منوط مي داند:

و ايشان را پيش از حکم، به صلح خواند بعد از ظهور وجه حکم و تأخير کند يک روز يا دو روز، گاهي که از ايشان درخواست کند او را به حل - کنند از تأخير و اگر او را به حل نکنند، تأخير اصلاً جايز نيست.^۲

نتيجه گيري

بنا بر آنچه گفته شد، نپذيرفتن سريع دعوا و ايجاد مانع منطقي بدون آنکه براي بزه ديده خسارتي به وجود آورد و نيز تأخير در صدور حکم، در صورتی جايز دانسته شده است که اميد به سازش و صلح، وجود داشته باشد. اين اقدامات که با هدف جلب توافق طرفين در حلّ و فصل منازعه خود، خارج از قلمرو صلاحيت دستگاه عدالت جزايی و بدون مداخله مراجع رسمي مورد نظر است در راستای غيرقضايی ساختن رفع منازعات و مخاصمات صورت مي پذيرد.

علاوه بر مدارکي که به طور کلی، متنازعين را به سازش و مصالحه ترغيب مي کند، در موارد خاصی نيز که امکان اين توافق فراهم است، اجرائی آن، مورد تأکيد ادله فراواني قرار گرفته است؛ براي نمونه، در آيات قرآن و نيز روايات متعدد،

۱. فضل الله بن روزبهان، سلوک الملوك، چاپ اول، تهران، انتشارات خوارزمي، ۱۳۶۲، ص ۱۴۸-۱۴۹.

۲. همان، ص ۱۵۴-۱۵۵.

به سازش با مجرم در جرائم علیه نفس با صلح به دیه و ترک کیفر قصاص توجه شده است.^۱

این توافق ممکن است بر اخذ دیه با مبلغی بیشتر یا کمتر از آن صورت پذیرد که در هر حال، بر تراضی طرفین موقوف است. در غیر جنایات نیز متناسب با برداشتهای متفاوتی که در خصوص حق الله یا حق الناس بودن جرائم مطرح است، احکام سازش و مصالحه متفاوت است، چنان که سرخسی درباره سازش بزهار و بزه دیده در جرم قذف می نویسد:

چنانچه قاضی، قاذف را به حد محکوم کند، سپس بزه دیده، بدون عوض عفو و یا بالمعاوضه با مجرم سازش کند، با عفو و آشتی وی، حد، ساقط نمی گردد؛ اگرچه شافعی آن را مسقط حدّ کیفر می شناسد. منشأ اختلاف آن است که به نظر ما حیثیت غالب در قذف، حق الله است و حق الناس به منزله تابع آن است، اما شافعی حق الناس را در آن، غالب می داند؛ زیرا سبب و علت و جوب حد، تجاوز به عرض مقدوف است و آبروی او، حقّ اوست.^۲

پس سازش بزه دیده و بزهار، نه تنها جریان رسیدگی را از گردونه اقدامهای مراجع رسمی خارج می کند، بلکه حتی ممکن است در مواردی، مبنای توافق و موضوعات مورد سازش از ضوابط و مقررات پیش بینی شده در قوانین مدون خارج باشد.^۳ با وجود این، هر یک از طرفین تعارض در صورت تراضی و سازش، به شرایط مصالحه ملزم بوده و به رجوع و تخطی از موارد توافق مجاز نخواهند بود.^۴

۱. ر.ک: سید محمد حسین طباطبایی، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ج ۱، ص ۶۲۰-۶۲۱.

۲. سرخسی، *المبسوط*، ج ۹، ص ۱۱۰.

۳. برای آگاهی از احکام مصالحه، ر.ک: شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ج ۲، ص ۴۸۹؛ محمد حسن نجفی، *جواهر الكلام*، ج ۴۲، ص ۱۳-۱۴ و ۱۷؛ محقق حلی، *ترجمه مختصر نافع*، به کوشش محمد تقی دانش پژوه، چاپ دوم، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۶۲، ص ۳۷۸ و ۴۰۴؛ محمد بن حسن حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۰، ص ۳۴؛ جعفری لنگرودی، *دائری المعارف قضایی*، ج ۱، ص ۵۳۷ و ج ۲، ص ۸۶۶-۸۷۰.

۴. ر.ک: ابوالصلاح حلبی، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ص ۴۵۲-۴۵۳.

جایگاه قانونی توسل به شاخصهای زیستی - روانی - اجتماعی در تشخیص حالت خطرناک

□ دکتر محمدعلی بابایی^۱
□ استادیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی رحمته الله علیه

چکیده

قانون‌گذار، احراز حالت خطرناک را بدون ارائه ملاکی قانونی برای آن در برخی موارد، در اختیار مراجع قضایی گذاشته است. مراجع قضایی نیز با استفاده از دستاوردهای علوم مختلف خصوصاً علوم زیستی-روانی و اجتماعی، حالات زیستی-روانی و اجتماعی بزهکار را بررسی می‌کنند که نتایج آن به قضات در گرفتن تصمیم عادلانه و درعین حال امنیت‌بخش کمک می‌کند.

قانون اقدامات تأمین مصوب ۱۳۳۹، تدابیر ویژه‌ای را برای احراز حالت خطرناک با توسل به شاخصهای زیستی-روانی-اجتماعی اندیشیده بود، ولی متأسفانه به لحاظ متروک ماندن آن عملاً مفید نبوده است. صرفاً ماده ۵۲ قانون مجازات اسلامی درباره بزهکاران خطرناک دارای حالت جنون، به طور ضمنی، برای احراز حالت خطرناک، توسل به این شاخصها را به اختصار مطرح کرده است.

اما قوانین کشورهای دیگر مانند فرانسه، کانادا، هلند و انگلستان مقررات بسیار مفصل و صریحی در این زمینه دارند. کلید واژگان: حالت خطرناک، بزهکار خطرناک، شاخصهای زیستی، شاخصهای روانی، شاخصهای اجتماعی.

مقدمه

با ظهور مکتب تحقیقی در اواخر سده نوزدهم، مفاهیم رایج در حقوق جزای کلاسیک و چگونگی اقدام قضات در تعیین کیفر با انتقادهای اساسی روبه‌رو شد. نحوه نگرش علمی این مکتب به جرم، پیدایش رشته جدیدی را در زمینه علوم جنایی نوید داد که بعدها به «جرم‌شناسی» معروف شد. رسالت این رشته، در یافتن علل بزهکاری است تا با از بین بردن زمینه‌ها و علل تکوین جرم، روند رو به رشد جرائم مهار گردد؛ از محورهای مورد تأکید جرم‌شناسی در شناسایی علل بزهکاری، توجه به شخصیت بزهکار است.

طرح‌ریزی سیاست جنایی کارآمد بر مبنای توجه به شخصیت مجرم، مستلزم شناخت حالت‌های مختلف شخصیتی و مؤلفه‌های آن است. بررسی شخصیت بزهکار و مؤلفه‌های آن در جرم‌شناسی، زمانی که پیروان جبر علمی درصدد یافتن ضابطه کیفری جدیدی بودند، به درک حالتی منجر شد که «رافائل گاروفالو»^۱، یکی از بنیان‌گذاران مکتب تحقیقی، آن را «حالت خطرناک»^۲ یا «خطرناکی و هول‌انگیزی» نامید. هرچند تعابیر مشابهی برای اصطلاح مزبور قبل از مکتب تحقیقی نیز وجود داشت، همان‌گونه که «ژرمی بنتام» اصطلاح «اعلام خطر» را به کار برده بود، در حقیقت، طرفداران مکتب تحقیقی، به ویژه «گاروفالو»، مفهوم «حالت خطرناک» را ساماندهی علمی کردند.

۱. «رافائل گاروفالو»، قاضی ایتالیایی، به همراه «لومبروزو آنریکو فری» از بنیان‌گذاران مکتب تحقیقی و در عین حال از پایه‌گذاران جرم‌شناسی‌اند.

۲. گاروفالو درباره مفهوم حالت خطرناک اصطلاح «Temebilité» را به کار برد و مقصود خود را از آن از یک سو، «مشخص کردن اصرار مداوم بزهکار» و از سوی دیگر، «ارزیابی فساد ثابت و مؤثر وی و میزان شرّی» اعلام کرد که از بزهکار می‌توان انتظار داشت.

مفهوم «حالت خطرناک» پس از پیدایش و تکامل، با انتقادهای جدی روبه‌رو شده است که به رغم این انتقادات در قالب مفاهیم جایگزین، جایگاه خاصی در نظریه‌های جرم‌شناسی و حقوق کیفری دارد. این مفهوم، با توجه به پای‌بندی حقوق کیفری به اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قالب بزهدار خطرناک، وارد قوانین شده است. بازگشت به رفتار جنایی و ارتکاب جرائم خشونت‌بار در قوانین اکثر کشورها، «معیار بزهدار خطرناک» و به عبارت بهتر، «وجود حالت خطرناک در بزهدار» است. در بعضی موارد نیز بنا بر تجویز قانون‌گذار، احراز این حالت در فرد، با توسل به بعضی شاخصها به قضات محوّل شده است. در این مقاله، توسل به معیارهای زیستی، روانی و اجتماعی در احراز حالت خطرناک از سوی قضات بررسی می‌شود.

تبیین جایگاه بحث

در تحلیل حالت خطرناک گفته شده است: «حالتی نفسانی است که به انسان به عنوان موجودی اجتماعی، مربوط می‌شود».^۱ از این رو، استفاده از شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی، یکی از مهم‌ترین روشهای احراز حالت خطرناک به شمار می‌رود. در این روش، مرجع قضایی، قانوناً اجازه می‌یابد و گاهی مکلف می‌شود تا با توسل به ابزارهای مختلف، حالات و روحیات شخص، اعم از حالات جسمانی، روانی و اجتماعی را مورد کنکاش قرار دهد تا درباره‌ی خطرناکی وی، نظر خود را اعلام کند. بدیهی است دست‌یابی قاضی به این مهم، امکان‌پذیر نیست مگر با استمداد از علوم معین دیگر و نظریه‌های اهل خبره.

شاخصهای فوق، شاخصهای شخصی و اجتماعی را دربردارد که به کمک آنها می‌توان عوامل مؤثر در بزهداری را کشف و زمینه‌ی وجود حالت خطرناک فرد را ارزیابی کرد؛ بنابراین، توجه به نارساییهای زیستی و روانی و همچنین توجه به انحراف از معیارهای اجتماعی فرد، از محورهای بسیار مهم و مؤکد در این روش است.

۱. محمد کمال‌الدین، *المسئولية الجنائية*، چاپ دوم، بیروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، ۱۹۹۱ م. - ۱۴۱۱ ق، حد ۱۴۰.

یادآوری می‌شود که به تدابیر بالینی معمول در زندانها برای پیش‌بینی حالت خطرناک محکوم^۱ علیه، در این مقاله توجه نمی‌شود؛ زیرا به این تدابیر در زندانها، اساساً بعد از صدور حکم و در مرحله اجرای حکم محکومیت توجه می‌شود، در حالی که منظور از شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی مجرم در این مقاله، معیارهایی است که قاضی در مقام رسیدگی به جرم، با توسل به آنها، حالت خطرناک متهم را احراز می‌کند و اقدامهایی را برای رفع این حالت در نظر می‌گیرد.^۲

زمینه‌های نظری و عملی در شاخصهای زیستی - روانی -

اجتماعی

تکیه بر شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی، در آغاز مورد توجه دانشمندان زیست‌گرا بود، به طوری که می‌توان «سزار لومبروزو» را نخستین کسی دانست که به ضرورت آزمونهای پزشکی - روان‌پزشکی بزهکاران تأکید کرد. به دنبال وی، «گاروفالو» درباره لزوم پژوهش اجتماعی اصرار ورزید. به نظر وی، زندگی، سابقه بزهکار و روابط او با دیگران، بسیار اهمیت دارد. سن بزهکار در این نظریه، مهم‌ترین عامل به شمار می‌رود. همچنین باید خانواده بزهکار را نیز شناخت و از تربیت، شغل و هدفش در زندگی اطلاعات کافی را به دست آورد.^۳

ملاحظات مربوط به بررسیهای زیستی، روانی و اجتماعی، قبل از آنکه به سراسر قلمرو حقوق کیفری وارد شود، در آغاز با تکیه بر همین اندیشه‌ها، به سرعت جای خود را در سیستم کیفری اطفال گشود و سپس به سیستم کیفری بزرگسالان راه یافت. «الف کین برگ»، نظریه پرداز ایده ناسازگاری زیستی در بزهکاران،^۴ در کنگره

۱. البته ممکن است به مناسبت بحث، به تدابیر بالینی معمول در اداره زندانها نیز اختصاراً اشاره شود. لکن محور اصلی مقاله حاضر توسل به شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی در مقام رسیدگی به جرم است.

۲. مهدی کی‌نیا، علوم جنایی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶، ج ۳، ص ۱۴۳۴.

۳. بنابراین ایده هر فردی در برابر محرکهای خاصی بنا بر ساختار زیستی‌اش، واکنش ویژه‌ای نشان می‌دهد. اگر تعدادی از افراد جامعه به گونه‌ای هماهنگ و منطبق با ارزشهای اخلاقی رایج در جامعه، خود را وفق دهند، همه آنها رفتار یکسانی را در پیش نمی‌گیرند، بلکه بعضی واکنش خاصی را از خود نشان می‌دهند. در نتیجه، علت ارتکاب اعمال بزهکارانه این افراد در برابر محرکهای دنیای

انسان‌شناسی جنایی سال ۱۹۱۱ م.، بر لزوم یک آزمون اجباری برای دسته‌ای خاص از متهمان تأکید کرد. به نظر وی، همه افراد مشکوک به بی‌نظمی و اختلال فعالیت مغزی، باید مورد آزمون و بررسی قرار بگیرند؛ چراکه امکان حالت خطرناک در آنها وجود دارد.^۱

تأکید بر مشاهده‌های زیستی، روانی و اجتماعی پس از نظریه‌پردازی، نخست در آمریکای لاتین و سپس اروپا به قلمرو اداره زندانها وارد شد؛ آرژانتین، نخستین کشوری است که آزمون محکومان را در مرحله اجرای حکم عملی کرد. در سال ۱۹۰۷ م. «آنتونیو بالوه»، مدیر زندانبانی ملی آرژانتین، به دولت این کشور پیشنهاد کرد که یک کابینه روان‌شناسی بالینی- تجربی برای بررسی بزهکاران و به طور کلی، تعقیب هدفهای علمی تأسیس کند.

تأسیس مؤسسه جرم‌شناسی در آرژانتین به سال ۱۹۰۷ م. و همچنین در شیلی به سال ۱۹۳۶ م.، نتیجه فعالیت‌های علمی وی در تأکید بر تحقیقات زیستی، روانی و اجتماعی بود.

بنیان‌گذاری مطالعات بالینی در اروپای غربی به «ورواک» بلژیکی منتسب است. ثمره اقدامهای او، در بلژیک سپس در آلمان و اتریش و بعد در فرانسه و ایتالیا ظاهر شد؛ برای نمونه، در اتریش به ابتکار مؤسسه جرم‌شناسی «Graz» در سال ۱۹۲۵ م.، در زندان مردان، یک مرکز تحقیقات علمی تأسیس شد.^۲

مطالعه‌های مربوط به عوامل زیستی، روانی و اجتماعی، پس از آنکه در مرحله اجرای احکام کیفری به عنوان اصول کار زندانها در آمد، نفوذ خود را در قلمرو قضایی آغاز کرد. طرفداران این نظریه، چنین استدلال می‌کنند: بازداشتگاههای موقت باید آن چنان مجهز باشد که بتوان قبل از دادرسی متهم، او را دقیقاً معاینه کرد. قاضی نیز باید پیش از محاکمه، اطلاعات کافی از شخصیت متهم در دست داشته باشد.

در کنگره بین‌المللی امور زندانها که در سال ۱۹۲۵ م. در لندن تشکیل شد،

بیرون، وجود خصلتهای زیستی مختلف در ساختار شخصیت آنان است.

۱. مهدی کی‌نیا، علوم جنایی، ج ۳، ص ۱۴۳۴.

۲. همان، ص ۱۶۴۳.

«ورواک» اظهار داشت:

آزمایش پزشکی محکومان، تحوّل بزرگی به شمار می‌رود و نشان داده است که سه چهارم از زندانیان به اختلال منش و کمی هوش مبتلا بوده‌اند که قبل از محکومیت، به بیماری آنها پی برده نشده است.

وی اضافه می‌کند:

اگر متهمی ثروتمند باشد، وکیل مدافع‌اش با ذکر شواهدی چند از اعمال موکل - خود که دلالت بر ضعف قوای دماغی او دارد، از محکمه، معاینه موکل‌اش را از طرف کارشناس دماغی تقاضا می‌کند. اما وضع فقرا، اشخاص مسن، بیگانگان و متهمان با سابقه، فرق می‌کند. اگر بخشهای انسان‌شناسی زندان، دادسرا را از وضع فساد روحی و اختلال دماغی متهم آگاه نکند، بیم آن می‌رود که جریان دادرسی، بدون اطلاع از شخصیت واقعی متهم تعقیب شود.^۱

این تقاضای «ورواک» مبنی بر معاینه زیستی و روانی همه بازداشتیهای موقت همانند دیگر محکومان، به اتفاق آرا پذیرفته شد. براساس همین ایده، در زندانهای بلژیک، بخش روان‌پزشکی برای تشخیص وجود بیماریهای دماغی، کمی هوش و اختلال منش متهمان قبل از محاکمه آنها تأسیس شد. این بخشها از ۱۹۳۰ م. به بعد، طبق قانون دفاع اجتماعی، نقش مراکز مشاهده را در کادر کارشناسی ایفا می‌کند. سازمان ملل متحد نیز در ۱۹۵۱ م. مجمع اروپایی بروکسل را تشکیل داد و پس از بررسی کامل، به دولت‌های عضو سازمان ملل توصیه کرد که آزمایش پزشکی، روان‌شناسی و اجتماعی متهمان را در قوانین خود بگنجانند. این تصمیم، بی‌سابقه و ناگهانی نبود؛ زیرا کنگره‌های بین‌المللی راجع به امور زندانها در ۱۹۲۵ م. در لندن و ۱۹۵۰ م. در لاهه، مصرراً آزمون متهمان را قبل از دادرسی خواستار بود. همچنین در جریان برگزاری یک گردهمایی بین‌المللی در سال ۱۹۵۸ م. در رم، «دی تولیو» بر اصول زیر تأکید کرد:

۱. مطالعه بزهدکار و رفتار او در کلیه جوانب با استفاده از یک معاینه پزشکی و اجتماعی ماهیتاً چند بعدی؛

۲. ارزیابی شخصیت بزهدکار و حالت خطرناک او؛

۳. ضابطه‌مند کردن برنامه‌های اصلاح و درمان و لزوم اجرای آنها؛

۴. پی‌گیری اجرای برنامه‌های اصلاح، درمان و کنترل نتایج آن.^۱

کمیته مأمور مطالعه درامر خشونت و بزهدکاری در فرانسه، ضمن توصیه شماره

۹۷ چنین تأکید کرد:

با توجه به اهمیت مسائل روانی در ارتکاب جرم، باید موارد ارجاع امر به

کارشناس، فقط به جرائم جنایی منحصر نباشد، بلکه باید کلیه جرائم مهم ناشی از

خشونت، ولو از نوع جنحه نیز به کارشناس ارجاع گردد.^۲

یادآوری می‌شود که در امور کیفری، ارجاع امر به کارشناس، در دو صورت

ضرورت می‌یابد:

۱. در همان اوان تشکیل پرونده؛

۲. در هنگام قضاوت و صدور رأی نهایی.

هدف از ارجاع امر به کارشناس در صورت نخست، تعیین حالتهای روانی مجرم

در حین ارتکاب جرم و در نتیجه، تعیین میزان مسئولیت اوست، در حالی که در

صورت دوم، هدف آن است که با توجه به شخصیت حقیقی مجرم، چه نوع

مجازات برای او مناسب‌تر است. از این رو، باید موضوع مورد کارشناسی در

۱. علی حسین نجفی ابرندآبادی و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی با همکاری کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷، ص ۴۴.

جرم‌شناسی بالینی با هدف بررسی و مطالعه بزهدکاران و پیش‌بینی راه‌های مناسب برای جلوگیری از تکرار جرم، دارای یک مرکز بین‌المللی در جنوب ایتالیا است که در سال ۱۹۷۵ م. ایجاد شده است.

همچنین در نخستین کتابی که درباره جرم‌شناسی بالینی توسط «J. Ingenieros» انتشار یافت، جرم‌شناسی بالینی دارای دو قسم «علم علل جنایی» و «علل بزهدکاری» است. نویسنده معتقد است در این رشته، درمانگاهی جنایی وجود دارد که به بررسی راههای مختلف و اشکال گوناگون بزهدکاری مربوط است، به طوری که بزهدکاران به طور انفرادی معاینه می‌شوند تا درجه سازگاری و میزان خطرناکی آنها مشخص شود. همچنین تدابیر درمان جنایی، شامل اقدامهای اجتماعی یا فردی است که برای ریشه کن کردن بزهدکاری به کار می‌رود.

۲. *پاسخهایی به خشونت*، گزارش کمیته مأمور مطالعه در امر خشونت و بزهدکاری تحت ریاست آلن پرفیت (۱۳۷۸ م.)، ترجمه مرتضی محسنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ص ۱۷۵.

صورت اخیر، کامل تر و شامل آزمونهای پزشکی، روانی و اجتماعی باشد. توصیه شماره ۹۸ کمیته مذکور نیز بر اهمیت مراکز کارشناسی تأکید دارد. از آنجا که وظیفه اصلی این مراکز کارشناسی، تعیین میزان مسئولیت مجرم و تعیین میزان خطرهای احتمالی و تحولات شخصیت اوست، بنابراین، ممکن است به نوبه خود، اطلاعات گرانمایی در اختیار جرم‌شناسان بگذارد.

در رویه قضایی کشور کانادا، زمانی که شخصی مرتکب جرم شود و این ارتکاب از اختلالات روانی باشد و یا اینکه مرتکب، دارای سابقه ارتکاب جرم باشد، در وهله نخست، ارجاع امر برای بررسی روان، زیست‌شناسانه و اجتماعی وی مطرح می‌شود. در یک بررسی انجام شده در پرونده‌های افراد دارای مشکلات روانی، این نتیجه حاصل شد که این افراد، دارای شخصیت ضد اجتماعی بوده‌اند که ممکن است واقعاً یک عامل خطر^۱ به شمار رود.^۲

نظر به اینکه تصمیم‌گیری درباره حالت خطرناک یک فرد بلافاصله پس از دستگیری وی انجام می‌شود، سوال این است که آیا انجام دادن آزمایشهای پزشکی، روان‌پزشکی و اقدامهای دیگر که به کشف این حالت کمک می‌کند، باید با رضایت متهم باشد یا خیر؟ این امر در کانادا محل مناقشه است. بعضی از دادستانهای عمومی ایالتی معتقدند باید بعد از حصول رضایت متهم، به احراز حالت خطرناک او اقدام کرد؛ زیرا کشف این حالتها، هرچند به دستور مقام قضایی است، انجام دادن آن، از چارچوب اقدامهای قضایی خارج است و افرادی مانند روان‌پزشک، روان‌شناس و مددکار اجتماعی، مجری این اقدامهایند که شأن قضایی ندارند. در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند رسیدگی به حالت خطرناک و تشخیص آن با نظم عمومی و امنیت جامعه مرتبط است. اراده فرد متهم، در این امر، اهمیت چندانی ندارد و اقدام به انجام دادن آزمایشهای پزشکی، روان‌پزشکی و یا تحقیقات مددکار اجتماعی، نقض اصول اساسی عدالت تلقی نمی‌شود. به هر حال، عملاً به کارگیری شاخصهای

۱. Violence, Aggression and Dangerous Behaviour.

۲. < www.Library.edu.au/guide/med/menthealth/violence.htm > .

زیستی، روانی و اجتماعی مجرم برای احراز حالت خطرناک رایج شده است.^۱ خانم «دلماس - مارتی» در توجیه بررسی شخصیت بزهدکار تأکید می‌کند که امروزه، تحولاتی در شرف انجام است که قبلاً بدین ترتیب وجود نداشت؛ در نظر گرفتن شخصیت بزهدکار قبل و بعد از محاکمه برای پی بردن به شخصیت وی و اعمال اصل فردی کردن کیفر، و بررسی سریع وضعیت مادّی، خانوادگی و اجتماعی بزهدکار که همواره با اعتماد به اظهارات خود متهم بر نوعی قرارداد ضمنی بین بزهدکار و قاضی مبتنی است، بسیار رایج است.^۲

شاخصهای زیستی - روانی - اجتماعی در حقوق ایران

در حقوق ایران استفاده از آزمونهای پزشکی، روانی و تحقیقات اجتماعی برای کشف حالت خطرناک صریحاً بیان نشده است، اما از برخی مواد قانونی، می‌توان پذیرش ضمنی این امر را از سوی قانون‌گذار اثبات کرد. مادهٔ نخست قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوّب ۱۳۳۹ ش. در این باره مقرر می‌دارد:

مجرمین خطرناک کسانی هستند که سوابق و خصوصیات روحی و اخلاقی آنان و کیفیت ارتکاب و جرم ارتکابی، آنان را در مظان ارتکاب جرم در آینده قرار دهد؛ اعم از اینکه قانوناً مسئول باشند یا غیر مسئول.

در این ماده، قانون‌گذار به قاضی اجازه داده است در صورت مشاهدهٔ خصوصیات و حالتهای خاص در اشخاص، برای دفاع از جامعه در برابر جرائم احتمالی آنان، اقدامات تأمینی را در پیش گیرد و برای احراز حالت خطرناک در اشخاص نیز به پنج عامل اشاره کرده است که سه عامل آن؛ یعنی سوابق مجرم، خصوصیات روحی و خصوصیات اخلاقی وی، مستلزم انجام دادن آزمایشهای پزشکی، روان‌پزشکی و مطالعات اجتماعی است.

با توجه به اینکه شخصیت انسانی، تدریجی و در طول زمان شکل می‌گیرد،

۱. همان سایت.

۲. ر.ک: می‌ری دلماس - مارتی، نظامهای بزرگ سیاست جنایی، ترجمهٔ علی حسین نجفی ابرندآبادی،

چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۴۴.

بررسی سوابق افراد برای پی بردن به وضعیت فعلی او بسیار مهم است؛ بنابراین، قاضی برای پی بردن به عوامل تکوین شخصیت متهم، ناچار است گذشته وی را مطالعه کند؛ به همین سبب قانون گذار در ماده قانونی مذکور، «سوابق» را به صورت مطلق به کار برده است تا تمامی گذشته متهم را اعم از سوابق اجتماعی، زیستی و روانی نظیر وضعیت اجتماعی، وضعیت بیماری و کیفری و... دربرگیرد.

وضعیت اجتماعی و خانوادگی متهم، چگونگی گذراندن دوران کودکی و تحصیل، اشتغال، علاقه و دلبستگی به فعالیت‌هایی خاص، دوستان و محیط‌هایی که متهم از روی اجبار یا اختیار در آن به سر برده است، همگی سوابق اجتماعی وی را تشکیل می‌دهد. محکمه رسیدگی کننده برای دسترسی به این سوابق به تحقیق در این باره ناچار است.

بی‌اعتنایی قاضی به وضعیت جسمانی و سوابق بیماری فرد که در شکل‌گیری شخصیت او بی‌تأثیر نیست، وی را از تصمیم‌گیری شایسته و عادلانه دور می‌سازد. سوابق بیمار بزهکار شامل موارد زیر است: تحقیق از سوابق متهم و والدین او از نظر ابتلا به بیماری‌های روانی و امراض مقاربتی، عضوی و عفونی، مبتلا بودن مادر به بیماری‌های عفونی در زمان بارداری، اعتیاد به الکل و مواد مخدر، طبیعی و یا غیر طبیعی بودن زایمان، سابقه بستری شدن متهم یا والدین او در بیمارستان روانی، نقص عضو، ورود صدمه و جراحت و...^۱

بدین سبب که وجود سابقه کیفری، در میزان مجازات بزهکار مؤثر است، بیشتر متهمان از بیان هویت واقعی خود تا حد امکان اجتناب می‌کنند. بی‌گمان، سابقه کیفری از مهم‌ترین ابزار است که می‌توان به وجود حالت خطرناک در متهم پی برد. نکته جالب توجه این است که در بررسی سوابق کیفری متهم نباید صرفاً به جرائم ارتكابی مهم توجه شود، بلکه باید به همه جرائم ارتكابی وی توجه کرد. منظور از خصوصیات روحی متهم، ابتلا به ضایعات مغزی و اختلالات روحی (نظیر صرع و هیستری، امراض مربوط به هوش و اراده، شدت و ضعف اعصاب) و

۱. ناصر قاسمی، اقدامات تأمینی و تربیتی در حقوق کیفری ایران، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴، ص ۹۱.

ویژگیهای روانی (مانند تندخویی شدید، جنون اخلاقی، حرکت در خواب طبیعی، حالت مستی مسمومیت‌های سکرآور، کروزالی، خودبینی، قرار گرفتن در زمرة نوروژها، پسیکوپاتها، انحرافها و...) است. در اغلب موارد با استناد به این خصوصیات می‌توان تشخیص داد آیا متهم با تحمل کیفر یا بدون وجود آن (به دلیل عدم مسئولیت) به ارتکاب جرم دست می‌زند یا خیر.^۱

البته این فرض که عدم تعادل روحی، ممکن است نشانه حالت خطرناک تلقی شود، همیشه قطعیت ندارد. عدم تعادل روحی باید به حدی باشد که این افراد را به طور جدی در مظان ارتکاب جرم قرار دهد؛ زیرا در بسیاری از موارد، این افراد چنان عادی به نظر می‌رسند که به دشواری می‌توان آنها را مبتلا به اختلال و عدم تعادل روحی قلمداد کرد.^۲

تشخیص خصوصیات اخلاقی بزهکار صرفاً از راه دانش روان‌پزشکی امکان‌پذیر نیست، بلکه باید از علوم معین دیگر نیز کمک گرفت. روان‌پزشکان معتقدند گاهی خصوصیات اخلاقی، مانند شجاعت، ترس، نیکدلی، لثامت، حسادت، بخل، طمع، حرص، مال‌اندوزی و... به حدی می‌رسد که ناهماهنگی میان فرد و اجتماع را سبب می‌شود. در نتیجه، ممکن است در لحظه ارتکاب جرم بی‌پروایانه عمل کند. نمونه آشکار تأثیر ویژگیهای اخلاقی در بروز حالت خطرناک، خست بیش از حد است. اشخاص خسیس بدون اینکه مبتلا به بیماری روانی به شمار روند، به مرحله‌ای می‌رسند که حتی برای مال ناچیزی، مرتکب قتل می‌شوند.

صرف نظر از ماده نخست قانون اقدامات تأمینی که به صورت کلی بیان شده است، در ماده ۴ قانون یادشده نیز نوعی تکلیف بر انجام دادن آزمایشهایی برای احراز حالت خطرناک وجود دارد. این ماده مقرر می‌دارد:

هرگاه مجرمین معجون یا مختل‌المشاعر، محلّ نظم یا امنیت عمومی بوده و دارای

۱. علی، صدارت، حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران، کانون معرفت، ۱۳۴۰، ص ۲۹۰.

۲. Procedural Default; Prosecutor Argument of the Future Dangerousness Allowed under Jones even if There Is no Evidence of Violence, ۱۹۹۸; <www.Judges.org/capital-cases/۱۰۲.htm> .

حالت خطرناک باشند و دادگاه تشخیص دهد که برای جلوگیری از تکرار جرم، نگهداری یا معالجه مجرم در تیمارستان مجرمین لازم است، در این صورت، حکم به نگهداری یا معالجه او در تیمارستان مجرمین خواهد داد....

در ادامه این ماده چگونگی احراز حالت خطرناک بیان شده است:

هر موقع که بنابر تشخیص پزشک متخصص امراض روحی، مجرم معالجه گردید، بر حسب پیشنهاد مدیر تیمارستان و تصویب دادستان، دادگاه رسیدگی کرده و در صورت تشخیص رفع حالت خطرناک، حکم به خاتمه اقدام تأمینی خواهد داد.

از این قسمت قانون، استنباط می شود که اگر برای احراز رفع حالت خطرناک، نظر پزشک متخصص امراض روحی ضرورت دارد، بنا بر اولویت، برای احراز حالت خطرناک که مستلزم سلب آزادی فرد است، وجود نظریه پزشک متخصص امراض روحی ضروری است.

در ماده ۵۲ قانون مجازات اسلامی نیز حکمی مشابه حکم مذکور در ماده ۴ قانون اقدامات تأمینی وجود دارد. این ماده مقرر می دارد:

هرگاه مرتکب در حین ارتکاب جرم مجنون بوده و یا پس از حدوث جرم مبتلا به جنون شود، چنانچه جنون و حالت خطرناک مجنون با جلب نظر متخصص ثابت باشد، به دستور دادستان تا رفع حالت مذکور در محل مناسب نگهداری خواهد شد و آزادی او به دستور دادستان امکان پذیر است. شخص نگهداری شده و کسانش می توانند به دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل جرم را دارد، مراجعه و به این دستور دادستان اعتراض کنند. در این صورت، دادگاه در جلسه اداری با حضور معترض و دادستان و یا نماینده او موضوع را با جلب نظر متخصص، خارج از نوبت رسیدگی کرده، حکم مقتضی در مورد آزادی شخص نگهداری شده یا تأیید دستور دادستان صادر می کند. این رأی، قطعی است، ولی شخص نگهداری شده یا کسانش هرگاه علانم بهبودی را مشاهده کردند، حق اعتراض به دستور دادستان را دارند.

مرجع قضایی برای استفاده آگاهانه و جرم شناسانه از اختیارات قانونی خود برای فردی کردن پاسخهای کیفری و صدور مناسب ترین و در عین حال، عادلانه ترین حکم یا تصمیم باید از شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی استفاده کند. نیز اقناع وجدان

حرفه‌ای قاضی و وظیفه تأمین امنیت اجتماعی، ضرورت استفاده از این شاخصها را برای احراز حالت خطرناک که از راه ارجاع امر به متخصص میسر است، توجیه می‌کند.

ماده ۲۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ اجازه تحقیقات لازم را به قاضی برای احراز حالت خطرناک متهم داده است: چنانچه درباره وضعیت روحی و روانی طفل یا ولی یا سرپرست قانونی او یا وضعیت خانوادگی و محیط معاشرت طفل، تحقیقاتی لازم باشد، دادگاه می‌تواند به هر وسیله‌ای که مقتضی بداند آن را انجام دهد و یا نظر اشخاص خبره را جلب نماید.

این حکم قبلاً در ماده هفتم قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار وجود داشته است. در مواد دیگر قانون مجازات اسلامی نیز استفاده از شاخصهای سه گانه (البته نه الزاماً برای کشف حالت خطرناک متهم، بلکه برای تصمیم‌گیری نهایی قضایی عادلانه و مناسب) به چشم می‌خورد. بند ۳ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی به اوضاع خاصی که متهم تحت تأثیر آن، مرتکب جرم می‌شود، اشاره دارد؛ از قبیل: رفتار و گفتار تحریک‌آمیز مجنی‌علیه یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم.

همچنین بند ۵ ماده یادشده، توجه به وضع خاص متهم و یا سابقه او را مورد تأکید قرار داده است. طبق بند ب ماده ۲۵ قانون یادشده نیز ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق زندگی محکوم‌علیه و اوضاعی که موجب ارتکاب جرم گردیده، مطرح شده است. اعمال ماده ۷۲۸ همین قانون، قاضی را برای آگاهی از خصوصیات جرم و مجرم به کسب اطلاعات ویژه از گذشته و حال بزهکار مکلف کرده است.

از مفهوم مخالف عبارات مواد قانونی فوق استنباط می‌شود چنانچه متهم یا محکوم علیه با توجه به شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی، حالت خطرناک دارد، مشمول مساعدتهای قانونی قرار نمی‌گیرد. بهتر بود که قانون‌گذار برای احراز حالت خطرناک، دادگاهها را به انجام دادن آزمایشهای روان‌پزشکی و جلب نظر اهل خبره مکلف می‌کرد و همان‌گونه که در ماده ۴۳ قانون مجازات سوئیس چنین تأکید شده است:

قبل از هر اقدام، باید وضع جسمی و روحی متهم و همچنین استعدادهای او را مورد آزمایش قرار داد. این امر، اطلاعات دقیقی را به قاضی می‌دهد که در گرفتن

تصمیم مؤثر، موفق باشد.^۱

به علت مطرح بودن استناد به شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی حالت خطرناک در حوزه‌های خاص، ضروری است به حوزه اعمال این شاخصها در حقوق کشورهای پیشرفته، به ویژه فرانسه، توجه شود.

شاخصهای زیستی - روانی - اجتماعی در حقوق تطبیقی

بحث از حالت خطرناک در خصوص بیماران روانی از جهت گیریهای مهم در پژوهشها و قانون‌گذاریهاست.^۲ تشخیص این حالت در خصوص این بیماران، همواره با استفاده از شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی، همراه است. امروزه در کشورهای غربی، این جهت‌گیریها کاملاً نمایان است.

اصل عدم مسئولیت کیفری بیماران که در اروپای عصر رنسانس به عنوان یک پیشرفت تلقی می‌شد، امروزه در اکثر کشورهای غربی مقبول واقع شده است، ولی در محافل پزشکی و حقوقی، همواره انتقادهایی بر آن وارد است. پزشکان از یک‌سو، بر مشکل عملی تفکیک دقیق افراد به دو دسته تأکید دارند و از سوی دیگر، به آثار روانی مفهوم «عدم مسئولیت» انتقاد دارند. همچنین پزشکان معتقدند این مفهوم، احساس خطاکاری متهم را که از شرایط مقدماتی برای توفیق در درمان فرد است، بی‌اثر می‌کند. همچنین بعضی از حقوق‌دانان، به‌ویژه در آمریکا، معتقدند اختلال روانی، نباید یک دلیل ممتاز در دفاع از متهم باشد؛ زیرا در این صورت، باید فقر و مشکلات اجتماعی نیز که از عوامل مهم بزهکاری بوده و از هرگونه حالت روان‌پریشی دیگر مهم‌تر است، عامل بی‌گناهی تلقی گردد.^۳

۱. مهدی کی‌نیا، علوم جنایی، ج ۳، ص ۱۷۰۴.

۲. Lakeman, Richard Dangerousness and Mental Illness, <www.geocities.com/hostsprings/۸۵۱۷/danger.htm>; Personal Responsibility and Dangerousness. <www.mship.org/mhstatpres/amywatson> .

۳. می‌ری دلماس - مارتی، نظامهای بزرگ سیاست جنایی، ج ۱، ص ۲۰۸، به نقل از:

Morris, *Mandness and the Criminal Law*, Chicago, ۱۹۸۲.

از سوی دیگر، تقاضای بزه‌دیدگان نیز این است که حتی اگر بزه‌کار، مختل‌المشاعر است، باید جلسات محاکمه برگزار شود و دستگاه عدالت کیفری، حکم خود را صادر کند. این ایده، با اندیشه‌های «آدولف پرینس» همسوست که به برخورد با مجرمان و متهمان روانی عقیده داشت؛ زیرا این افراد نیز همانند افراد عاقل خطرناک تلقی شده، امنیت جامعه را به خطر می‌اندازند.

سوئد: بنا بر آنچه گذشت در این کشور با کنار گذاشتن مفهوم مسئولیت کیفری، این اصل را پذیرفته است که همه بزه‌کاران - صرف نظر از درجه تعادل روانی (مانند کودکان صغیر) یا حالت روانی خاص (مانند افراد مختل‌المشاعر) - باید محاکمه شوند و درباره جرائم ارتكابی، مجرم و مقصر نیز تلقی شوند. فقط در مرحله تعیین ضمانت اجراست که قاضی کیفری با توجه به حالت روانی آنها، در صورت لزوم به جای مجازات، اقدام مناسب‌تر دیگری را برمی‌گزیند.^۱

انگلیس: در عمل، نظام معمول در انگلستان نیز همانند روش معمول در سوئد است؛ زیرا دفاع از متهم با تکیه بر اختلال روانی او در موارد بسیار اندکی، امکان‌پذیر است و غیر از اتهام قتل با سبق تصمیم، اختلال روانی متهم هرگز مورد استناد و کیل واقع نمی‌شود. در پرونده‌های قتل با سبق تصمیم نیز در هنگام دفاع، ترجیحاً بر مسئولیت کیفری تخفیف یافته، تأکید می‌شود؛ از این رو، غالباً در آخرین مرحله محاکمه (مرحله تعیین مجازات) موضوع اختلال روانی متهم و احراز آن با شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی مطرح می‌شود.^۲

فرانسه: در این کشور، به محض اینکه اختلال روانی فرد یا اختلال عصبی روانی که قوه تمیز یا قدرت کنترل اعمال را از فرد سلب می‌کند، با جلب نظر کارشناسان محرز گردید^۳ اصل بر این است که مقام قضایی فقط می‌تواند قرار منع تعقیب متهم

۱. همان، ص ۲۰۹. همچنین، رک:

Dangerousness and Mental Ill Offender. < www.wa.gav/dshs/mentalhealth/commproc.doc > .

۲. Tiihonen, Jari, *Recidivist Violent Behavior and Mental Disorders*, Cambridge Press, ۲۰۰۱, p. ۱۲۲.

۳. ماده ۱-۱۲۲ قانون جزای جدید فرانسه.

را صادر کند. تصریح قانون ۱۹۹۰ م. در این زمینه، این است که اگر مقام قضایی معتقد باشد حالت روانی شخصی که قرار منع تعقیب وی صادر شده است و احتمال دارد نظم عمومی یا امنیت اشخاص را به خطر اندازد، باید بلافاصله مراتب را به استاندار اعلام کند تا بدون فوت وقت، اقدامهای مفید و مقتضی انجام شود.^۱

یادآوری می‌شود نظری که پزشک در این مرحله اعلام می‌کند، قاعدتاً نباید به نظر قبلی وی که از اختلالات روانی متهم حاکی بود، مرتبط باشد، بلکه باید بر حالت کنونی بیمار روانی مبتنی باشد؛ زیرا چه بسا بیمار روانی نسبت به زمان ارتکاب جرم، متحول شده و حال او احتمالاً بهبود یافته باشد. اما قانون جزای جدید فرانسه، در زمان سنجش برآورد حالت روانی بزهکار به این تفاوت توجهی نمی‌کند، بلکه اعزام و نگهداری اجباری فرد را در نظر می‌گیرد؛ زیرا بند ۳ ماده ۱-۱۲۲ قانون جزای جدید فرانسه درباره شخص غیر مسئول (به دلیل اختلال روانی یا عصبی روانی مذکور در بند ۱ مقرر می‌دارد: «تصمیم خروج بیمار از مؤسسه تخصصی، از سوی یک کمیسیون مرکب از نماینده مقام اداری صالح، پزشک معالج مؤسسه و یک قاضی به معرفی رئیس شعبه اول دادگاه استان اتخاذ می‌شود».^۲

قانون جزای جدید فرانسه در این زمینه، روش معمول در اغلب کشورهای اروپایی را پذیرفته است. این روش، برای تصمیم‌گیری در زمینه اقدام درمانی و تأمینی، به ویژه اعزام و نگهداری بیماران روانی، مراجع قضایی را صالح می‌داند، ولی قانون دفاع اجتماعی بلژیک (۹ آوریل ۱۹۳۰ م.)، امتیاز این تصمیم‌گیری را نه فقط به دادگاهها، بلکه به مراجع قضایی تحقیق نیز واگذار کرده بود و پیگیری و نظارت بر اجرای آن را به کمیسیونهای دفاع اجتماعی متشکل از قاضی، وکیل و پزشک محول شده بود.^۳

به هر حال ملاحظه می‌شود که در فرانسه، استفاده از شاخصهای زیستی و روانی پس از صدور قرار منع تعقیب نیز در صورت وجود اختلالات روانی متهم رایج است. در واقع، هرچند قاضی فارغ از رسیدگی قضایی شده، به لحاظ اهمیت موضوع قضایی،

۱. می‌ری، دلماس-مارتی، نظامهای بزرگ سیاست جنایی، ج ۱، ص ۲۱۰.

۲. همان.

۳. همان، ص ۲۱۱.

اختیارات خود را در تصمیم‌گیری مبنی بر حالت خطرناک فرد گسترش می‌دهد. استرالیا: در این کشور طبق قانون ۱۹۹۴ م، اگر دو متخصص علوم روانی رنج بردن متهم از اختلالات روانی و احتمال ارتکاب جرم از سوی او را تأیید کنند، متهم به سبب خطرناک تلقی شدن، در محدودیتهایی قرار می‌گیرد. در انگلستان نیز اگر حالت خطرناک چنین مجرمانی با این شرایط محرز شود، تارفع آن توقیف خواهند شد.^۱ هلند: در قانون ۱۹۸۸ م. هلند، دادگاهها به اعلام حالت خطرناک متهم مکلف شده‌اند. احراز این حالت نیز به اعلام نظر مثبت یک روان‌پزشک و یک روان‌شناس بستگی دارد که افزون بر اعلام خطرناکی، در صورت صلاح‌دید، دربارهٔ بستری کردن وی در یک بیمارستان روان، نیز نظر می‌دهند.^۲ کانادا: در این کشور بخش ۲۴ قانون ۱۹۷۷ م، علاوه بر تعیین شاخصهای قانونی برای خطرناک بودن متهم، در مادهٔ ۷۵۴ اشعار می‌دارد: مرتکب برای بررسی حالت خطرناک به مدت هفت روز زیر نظر قرار می‌گیرد و این بررسی بدون حضور هیئت منصفه است.

مادهٔ ۷۵۵ نیز تأکید می‌کند:

برای بررسی حالت خطرناک مرتکب، حضور دو نفر روان‌پزشک ضروری است. یکی از آن دو از سوی دولت و دیگری از سوی متهم انتخاب می‌شود.

در عمل، این مشکل وجود دارد که احراز حالت خطرناک به نظر دو نفر روان‌پزشک محوّل شده است. با توجه به اینکه یکی منتخب دولت و دیگری منتخب متهم است، عملاً اتفاق نظر آنها بسیار مشکل است، در نتیجه، احراز حالت خطرناک فرد، دستخوش نظریه‌های روان‌پزشکان قرار می‌گیرد.^۳

۱. M. Mega, *Appeal Court Rules Black an Never Be Free*, The Scotsman, ۳ Feb ۱۹۹۵, No.۹.

۲. Michael Petrunik, *Models of Dangerousness*, Attawa, ۱۹۹۴-۲۰۰۲, p.۶۵.

۳. R. M. Gordon and S. N. Verdun-Jones, *The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms upon Canadian Mental Health Law, Medicin and Health Care*, ۱۴ (۳-۴), pp.۱۹۰-۱۹۷.

ملاحظه می‌شود که در حقوق کشورهای یادشده، بر خلاف آنچه که در حقوق ایران به چشم می‌خورد، استفاده از شاخصهای زیستی، روانی و اجتماعی در پیش‌بینی و احراز حالت خطرناک جایگاه مهمی دارد؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، شاخصهای فوق در ایران به استناد ماده ۵۲ قانون مجازات اسلامی، صرفاً دربارهٔ بزهداران روانی خطرناک در نظر گرفته می‌شود و موارد مذکور در قانون اقدامات تأمینی، عملاً متروک مانده است. قانون‌گذار ایران با توجه به پذیرش استفاده از شاخصهای فوق در احراز حالت خطرناک، همان‌گونه که در حقوق کشورهای دیگر متداول است، باید از راه قانون‌گذاری، مراجع قضایی را در مراحل تعقیب، تحقیقات مقدماتی و دادرسی به ارجاع امر به کارشناس برای احراز میزان خطرناکی متهم مکلف کند. بدیهی است قانونی شدن چنین اقدامی از سوی مراجع قضایی، از یک سو به عدالت قضایی و از سوی دیگر، به در پیش گرفتن تدابیر امنیت‌بخش کمک خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

جست‌وجوی علل ارتکاب جرم در بزهدار و توجه به شخصیت فاعل جرم، صرف نظر از انتقادهای جرم‌شناسان جرم‌مدار و طرفداران علیت واکنش اجتماعی جرم، هنوز مورد توجه خاص بسیاری از جرم‌شناسان و قانون‌گذاران قرار دارد. توجه به شخصیت مجرم مستلزم شناخت حالات مختلف زیستی، روانی و اجتماعی بزهدار است تا بدین وسیله، اشتیاق و علاقه وی در ارتکاب جرائم بعدی و به عبارت بهتر، حالت خطرناک وی احراز گردد. عملکرد قانون‌گذار کیفری ایران در رسیدن به این هدف، چشمگیر نبوده است؛ از این رو، ضروری است قانون‌گذار تحولی را در مرحله تحقیقات مقدماتی و دادرسی از سوی مراجع قضایی تحقیق و قضات ایجاد کند و با تجویز ارجاع امر به متخصصان علوم مختلف، از جمله متخصصان علوم روانی، زیستی و اجتماعی، زمینه را برای احراز حالات خطرناک متهمان و صدور آرای مناسب و عادلانه فراهم کند تا در عین حال که عدالت را در تصمیم‌گیری به کار می‌گیرد، جامعه را نیز در آینده از خطر متهمان و بزهداران فعلی ایمنی بخشد.

بدیهی است تجربهٔ قانون‌گذاری کشورهای پیشرفته با در نظر گرفتن شرایط خاصّ جامعهٔ ما ممکن است در بعضی زمینه‌ها الگوی مناسبی ارائه دهد.

پژوهشی در جرم استفاده از سند مجعول

- حسین فتح آبادی
- عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

چکیده

جرم استفاده از سند مجعول از جرائم علیه آسایش عمومی است که ممکن است مقدمه یا وسیله ارتکاب بسیاری از جرائم مهم دیگر، خصوصاً جرائم علیه اموال باشد. در کنار این بزه، جرم جعل اسناد و نوشتجات در مواد قانونی یاد می‌شود، در حالی که قانون‌گذار نه تنها تعریفی از آن ارائه نداده، بلکه از ذکر مصادیق آن نیز خودداری کرده است.

در این مقاله، کوشش می‌شود افزون بر اشاره به پیشینه فقهی و تقنینی این جرم، ضمن ارائه تعریفی از آن با رجوع به منابع مختلف، به‌ویژه رویه قضایی و مقایسه حقوق برخی کشورها، خصوصاً انگلستان و فرانسه، عناصر، ارکان و شرایط لازم برای تحقق این جرم بررسی شود.

کلیدواژگان: حقوق کیفری، جعل، استفاده و استعمال، سند مجعول، علم به جعلی بودن سند و نوشته.

مقدمه

از جرائم مهمی که در پی توسعه و پیشرفت روزافزون روابط اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و... به وجود آمده و روزبه‌روز، پیچیدگی، ظرافت و اهمیت آن بیشتر می‌شود، «جعل» و در پی آن، استفاده از اسناد و نوشتجات مجعول و مزور می‌باشد که از جرائم مهم و مغلّب به امنیت و آسایش عمومی به شمار می‌رود. با توجه به اهمیت موضوع و لزوم بررسی هرچه بیشتر منابع مختلف آن، به منظور تبیین ابعاد مختلف، عناصر و ارکان این بزه با رجوع به منابع مختلف، قوانین و رویه قضایی، به‌ویژه آرای هیئت عمومی دیوانعالی کشور، کوشش شده است قواعد جزایی و جنبه‌های حقوقی و فنی این پدیده مجرمانه استخراج شود و عناصر اختصاصی آن براساس مبانی و اصول حاکم بر نظام کیفری کشور تجزیه و تحلیل و نظرات قانون‌گذار در تصویب مواد قانونی مربوط بررسی و تبیین گردد. در این مقاله، ابتدا پیشینه جرم استفاده از سند مجعول در حقوق جزای اسلام و ایران و سپس عناصر تشکیل‌دهنده این جرم را با مقایسه با حقوق جزای برخی از کشورهای دیگر بررسی می‌کنیم.

مبحث اول: پیشینه جرم استفاده از سند مجعول در حقوق اسلام و ایران

قدیمی‌ترین قانون مدون بشری، یعنی مجمع‌القوانین حمورابی، در ماده ۵ برای قاضی (اگر با از بین بردن حکم، آن را مخدوش کند) پرداخت جریمه‌ای معادل دوازده برابر مدعا به و انفصال ابد از شغل قضا را پیش‌بینی کرده است.^۱ در متون فقهی در آخر مبحث محاربه، از استفاده‌کننده سند مجعول و مزور با عنوان «محتال» (کسی که با استفاده از نوشتجات مزور، شهادت دروغ، مکر و حيله، اموال مردم را ببرد [تصرف کند])^۲ نام برده شده است و برای «احتیال» (کلاهبرداری از راه تزویر نوشتجات و استفاده از اسناد مجعول و مزور و دروغ)^۳ مجازات تعزیری مقرر گشته است که نوع و مقدار

۱. حسین میرمحمدصادقی، حقوق کیفری اختصاصی (۳) جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ

سوم، نشر میزان، تهران، پاییز ۱۳۸۲، ص ۲۴۰.

۲. ر.ک: قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷، مجمع تشخیص مصلحت نظام.

۳. همان.

آن به نظر امام و حاکم واگذار شده است.^۱ این جرم، در حقوق اسلام، تنها در خصوص بردن اموال و خطر و فسادی که در پی دارد، مورد توجه قرار گرفته است و به سایر ابعاد آن به گونه‌ای که در سیستم حقوق جزایی عرفی وجود دارد، نپرداخته است؛^۲ بنابراین، در فقه اسلامی می‌توان این جرم را با استناد به عناوینی کلی، مثل اکل مال به باطل^۳ یا منع تدلیس^۴ و تقلب^۵ که در قرآن کریم مکرراً اشاره شده است، ارتکاب این عمل را ممنوع و موجب عقاب و تعزیر دانست.

نخستین مقررات راجع به جعل و استفاده از سند جعلی که در کتابچه قانونی «کنت» موجود است، در سال ۱۲۹۶ ق. به امضای ناصرالدین شاه رسید.^۶ پس از آن، با تصویب قانون مجازات عمومی در ۲۴ دی ماه ۱۳۰۴ ش. در فصل سوم از باب دوم با عنوان «در جنحه و جنایت بر ضد آسایش عمومی» در مواد ۹۸، ۹۹، ۱۰۵ و ۱۰۶، استفاده از سند مجعول جدا از جرم جعل با عنوان «استفاده از سند مجعول»، قابل مجازات تلقی شد و در مواد دیگری نیز استفاده از سند مجعول خاصی را جرم معرفی کرد. در قانون مذکور، جرائم به سه دسته «جنایت»، «جنحه» و «خلاف» تقسیم شد و مجازات استفاده‌کننده از سند مجعول از نوع مجازات جاعل همان سند بود و در مواردی که اصل عمل جعل، جنایت و یا جنحه بود، استفاده از سند مجعول مزبور نیز حسب مورد، جنایی یا جنحه‌ای بود. در سال ۱۳۵۲ ش. تغییراتی جزئی در مواد مربوط به استفاده از سند مجعول به وجود آمد. قانون ۱۳۶۲ ش. مواد ۱۹ به بعد و نیز قانون تعزیرات، مصوب ۱۳۷۵ ش. در مواد ۵۲۳ به بعد، جرم جعل و استفاده از اسناد جعلی را مورد حکم قرار داد.

۱. ر.ک: حسین فتح‌آبادی، «استفاده از سند مجعول»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، سال ۱۳۷۱، ص ۸۵.
۲. ر.ک: همان، ص ۵-۸.
۳. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾؛ بقره/ ۱۸۸.
۴. ﴿مَنْ الذِّينَ هَادُوا يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَن مَّوَاضِعِهَا﴾؛ نساء/ ۴۶.
۵. ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ...﴾؛ بقره/ ۱۸۱. زیرا در بسیاری از موارد، جرم جعل و استفاده از سند مجعول در راستای تهیه مقدمات برای ارتکاب جرائم علیه اموال، مثلاً کلاهبرداری ارتکاب می‌یابد.
۶. برای اطلاع بیشتر در خصوص کتابچه قانونی «کنت» رجوع کنید به: محمدتقی دامغانی، صد سال پیش از این، چاپ اول، انتشارات شبگیر، تهران، اردیبهشت ۱۳۵۷، ص ۱۷-۱۸ و ۲۲-۲۳.

مبحث دوم: عناصر تشکیل دهنده جرم استفاده از سند مجعول

عنصر قانونی جرم استفاده از سند مجعول

در قانون تعزیرات، مواد ۵۲۴-۵۲۲ خصوصاً مواد ۵۳۵ و ۵۳۶ به عنصر قانونی جرم مذکور به صورت عام^۱ و در قوانین و مقررات پراکنده کیفری به نحو خاص، به این جرم اشاره شده است؛ همچون قانون ورود و اقامت اتباع بیگانه و قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری.

عنصر مادی جرم استفاده از سند مجعول

با ملاحظه مواد قانونی مربوط به استفاده از اسناد و نوشتجات مجعول، از جمله مواد ۵۲۳-۵۴۷ مشخص می شود که قانون گذار، مطلق استفاده آگاهانه از سند و نوشته را جرم دانسته، اما تعریفی در این باره، ارائه نداده است و جز در موارد بسیار محدود، حتی به مصادیق آن نیز اشاره نکرده است. هر چند استفاده از سند مجعول یک عنوان قانونی مستقل از جرم جعل اسناد و نوشتجات و دارای عناصر جداگانه است، مسلم است که برای تحقق عنصر مادی، نوشته و سندی که در آن، جعل صورت گرفته باشد، ضروری است. دیوانعالی کشور نیز به این اصل تصریح کرده و مقرر می دارد:

منظور قانون گذار در استفاده از اسنادی است که برابر مواد مربوط به جعل، مجعول شناخته می شود، نه استفاده از هر سند مزور؛ مثلاً کسی که ملک خود را با سند عادی اجاره داده است، دوباره همان ملک را با سند رسمی به دیگری اجاره دهد. وصول وجه اجاره سند دوم، استفاده از سند مجعول نیست؛ چون به تنظیم سند دوم معارض با سند اول جعل اطلاق نمی شود.^۲

۱. مواد ۲۱۱ به بعد قانون عقوبات مصوب.

۲. رأی شماره ۲۳۴۳ مورخ ۱۳۱۷/۱۰/۲۷ شعبه ۲ دیوانعالی کشور، مجموعه حقوقی، شماره ۲۱، سال ۱۳۱۸؛ محمد تقی امین پور، قانون کیفر همگانی آراء دیوانعالی کشور، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۳۰، ص ۶۵، ردیف ۷؛ همچنین، ر.ک: رأی شماره ۱۰۸۵۹/۱۶۹ مورخ ۱۳۱۷/۱/۲۷، به نقل از محمد عبده بروجردی، اصول قضایی جزایی دیوانعالی کشور، کتابفروشی محمدعلی علمی، تهران، ۱۳۳۶، ص ۹۱ شماره ۳۷۸ و ص ۸۹، رأی شماره ۱۲۱۷۷/۲۳۸۹ مورخ ۱۳۱۵/۱۰/۳۰ و رأی شماره ۹۰ مورخ ۱۳۱۶/۱/۱۰.

از این رو، از میان اجزای عنصر مادی لازم برای تحقق جرم مذکور، فقط به بررسی موضوع جرم، فعل مرتکب و نتیجه مجرمانه می‌پردازیم:

الف) موضوع جرم (نوشته و سند)

تعریف «نوشته»، بین حقوق دانان کیفری، مورد اختلاف است^۱ و سند در دو معنای موسّع^۲ و مضیق^۳ ممکن است به کار رود و ممکن است ذاتی و اصیل باشد؛ مثل قرارداد و وصیت‌نامه، یا اتفاقی باشد؛ مثل یک نامه عاشقانه از سوی یکی از زوجین برای فردی بیگانه که طرف مقابل، آن را مستند دعوی طلاق خود قرار دهد، یا نامه محبت‌آمیزی که شوهر به همسر خود نوشته و از عدم پرداخت نفقه به او، عذرخواهی می‌کند و این نامه، مستند دعوی ترک انفاق از سوی زن قرار گیرد.^۴

طبق ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی، سند، نوشته‌ای است که در مقام دعوا یا دفاع از دعوا استنادپذیر باشد؛ بنابراین، نوشته یعنی «مکتوب بودن» و از خصوصیات مهم آن، استنادپذیری است و اینکه ساختن، تغییر یا تحریف آن (حذف، اضافه یا استبدال) باید توان ضرررسانی به غیر را داشته باشد.

همچنین نوشته موضوع جرم جعل و بالتبع، استفاده از سند مجعول باید لزوماً بر روی چیزهایی مثل کاغذ نگاشته شده باشد و ممکن است بر روی یک پیام

۱. ر.ک: جندی عبدالملک، الموسوعی الجنائی، چاپ اول، دار احیاء التراث العربی، لبنان، بیروت، ج ۲، ص ۳۶۷، شماره ۶۵-۶۶.

۲. همان؛ همچنین ر.ک: محمد سلیمان پور، جعل اسناد در حقوق ایران و از نظر تطبیقی (رساله دکتری)، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۴۱، ص ۳۷ (بند ۳ ماده ۹۱ قانون مجازات هلند مصوب ۱۱ ژوئیه ۱۹۳۲ م.)؛ سیدجلال‌الدین مدنی، ادله اثبات دعوی، چاپ اول، اسفند ۱۳۷۰، پانویس ص ۸۰.

۳. محمد سلیمان پور، جعل اسناد در حقوق ایران و از نظر تطبیقی، ص ۳۲؛ تعریف سند در حقوق انگلستان و سوئیس و بخش ۱۱ قانون مجازات پروس مصوب ۱۸۵۱ م. بند ۲ ماده ۳۴۷؛ فریدون امامی، «مطالعه تطبیقی جعل اسناد در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۵۲، ص ۱۲۳ (۳)، ترجمه بند ۱۸۸ حقوق جزای اختصاصی «گواهی» (نویسنده فرانسوی) و آرای ۱۸ اکتبر ۱۸۴۸ و ۱۶ نوامبر ۱۸۵۰ و ۱۳ ژوئیه ۱۸۹۹ دیوان کشور فرانسه.

۴. حسین میرمحمدصادقی، حقوق کیفری اختصاصی (۳) جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ سوم، نشر میزان، پاییز ۱۳۸۲، ص ۲۴۸.

رایانه‌ای،^۱ یک قطعه سنگ حجاری شده، یک فلز و یا یک مجسمه نیز درج شده باشد؛ مثلاً متهم با ورود به سیستم رایانه، نوشته‌ای را وارد کند، یا نوشته موجود را تغییر دهد، یا بر روی سنگی، نوشته‌ای را حک کند یا نوشته موجود بر روی آن را تغییر دهد. طبق بخش ۳۲۱ قانون جزای کانادا، نوشته‌های حک شده بر روی سنگ، فلز و چیزهای مشابه، صراحتاً از شمول مقررات راجع به جعل و استفاده از سند جعلی مستثنا شده است و در حقوق انگلستان، نوشته ممکن است بر روی هر چیزی باشد و حقوق دانان مصری نیز معتقدند ممکن است نوشته (محرر) بر روی کاغذ، چوب، سنگ و... باشد.^۲ به رغم مشخص نبودن پاسخ صریح این سؤال در حقوق ایران، به نظر می‌رسد با توجه به معنای عرفی نوشته و مواد مذکور در قانون تعزیرات و قوانین دیگر و با توجه به لزوم تفسیر مضیق نصوص جزایی، باید نوشته را به قدر متیقن آن، یعنی نوشته مندرج بر روی اوراق کاغذ محدود کرد، نه به نوشته موجود بر روی سنگ، چوب، پارچه، مجسمه، برنامه رایانه، پلاک اتومبیل^۳ و فرش و...^۴

کشیدن تابلوهای نقاشی بدون جعل امضای نقاش، بسته‌بندی دور یک کالا مگر با اعتبار علامت یا نوشته‌های موجود بر روی آن، مجسمه، کاست ضبط صوت و دیسکت،^۵ کالاهای ساخته شده، تحریف گفته‌های یک شخص یا تقلید صدای وی، چسباندن عکس خود بر روی کارت شناسایی دیگری،^۶ نقشه‌های ترسیم شده از سوی مهندسان و آرشیتکتها بدون آنکه کلمات و ارقامی در آنها درج شده باشد و... موضوع جعل نیست؛ بنابراین، برای شمول مقررات کیفری بر ساختن تقلبی این موارد و استفاده از آنها باید حکم خاصی در این باره پیش‌بینی شود. درباره تمبر، علامت یا آرم شرکتها و مؤسسه‌های دولتی و غیر دولتی، منگنه یا علامتی که برای

۱. ر.ک: پیش‌نویس طرح قانون جرائم کامپیوتری «Itirev.com».

۲. حسین میرمحمدصادقی، حقوق کیفری اختصاصی (۳)، ص ۲۴۹.

۳. در حقوق ایران، طبق ماده ۷۲۰ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ ش.، دست‌کاری در پلاک اتومبیل به عنوان یک جرم خاص پیش‌بینی شده است؛ ر.ک: همان.

۴. همان.

۵. مقایسه کنید با موضوع حقوق انگلستان، به نقل از قانون جعل و قلب سکه؛ ر.ک: همان.

۶. نظریه شماره ۷۱۱۴ مورخ ۱۳۷۶/۱۰/۲۲ اداره حقوقی قوه قضائیه.

تعیین عیار طلا و نقره به کار رود و علائم استاندارد ملی یا بین‌المللی نیز چنین است.^۱

ب) فعل استفاده از سند مجعول

با دقت در مواد قانونی مربوط به استفاده از اسناد و نوشتجات مجعول مندرج در قانون تعزیرات و پیشینه و منشأ آن مشخص می‌شود که قانون‌گذار، مطلق استفاده آگاهانه از سند مجعول را جرم دانسته است؛ به همین سبب، تشخیص عنصر مادی این جرم تقریباً مشکل شده است. مسلّم است که برای تحقق این جرم همچون دیگر جرائم، لزوماً ارتکاب یک عمل یا فعل مثبت مادی و خارجی ضروری است و باید به گونه‌ای باشد که بتوان به آن، استفاده از سند مجعول اطلاق کرد. دیوانعالی کشور در تأیید این مطلب مقرر می‌دارد:

فقط داشتن شناسنامه مجعول بدون یک اقدام عملی و به کار بردن آن به منظوری خاص، استفاده از سند مجعول محسوب نمی‌شود.^۲

به نظر می‌رسد صرف نظر از اینکه در قانون، کیفیت استفاده از سند مجعول و مزوری که مجازات‌شدنی باشد، تعیین نشده است، در حالی که طبق قوانین انگلستان و آمریکا علاوه بر به کار بردن عبارت «use uttring»^۳ که به معنای «استفاده از سند جعلی» است، عبارت «possession-passing» به معنای «دست به دست کردن یا ترویج سند جعلی» را نیز به کار رفته است.^۴ به رغم اینکه در خصوص استفاده از برگ باید نحوه عملی که استفاده تلقی می‌شود، در حکم معین گردد، و

۱. ر.ک: مواد ۵۲۵، ۵۲۸، ۵۲۹ و ۵۳۰ قانون تعزیرات مصوّب ۱۳۷۵ ش.

۲. رأی شماره ۷۴ مورخ ۱۳۲۰/۱/۳۱ شعبه ۲ دیوانعالی کشور، به نقل از: احمد متین، مجموعه رویه قضایی (نظرات دیوانعالی کشور) قسمت جزایی جعل، ص ۱۸۰.

۳. Black Henry, *Compbl Black law Dictionary*, ۵th ed., U.S.A. West Publishing co, ۱۹۸۳; p.۸۰۲; *Law Texts*, Under the Supervising of Dr. G. Eftekhari, Yalda Publication P.O.B. ۱۹۳۹۵/۳۳۹۴, Tehran, ۱۹۹۱, p.۹۳; Oxford Reference, *Aconcise Dictionary of Law*, ۲nd ed., Oxford University Press, ۱۹۹۰, p.۱۷۴.

۴. ر.ک: بخش سوم قانون جعل و قلب سگّه مصوّب ۱۹۸۱ که جایگزین بخش ۶ قانون جعل مصوّب ۱۹۱۳ م. شده است. در این قانون واژه «uttering» به کار رفته است.

عدم تعیین آن، مخالف اصول و موجب نقص است،^۱ رویه قضایی و حتی آرای محاکم دیوان کشور نیز رویه و نظر قطعی مقبولی را برای آن تعیین نکرده است و حتی آرای دیوانعالی کشور بعضاً باعث ابهام و مشتبه شدن جرم استفاده از سند مجعول با سود و انتفاع مادی از آن شده است. در آثار مؤلفان حقوق جزا نیز این موضوع مشروحاً بررسی نشده است؛ بنابراین، نخست باید معنا و مفهوم استفاده مشخص گردد تا بتوان قضاوت کرد که آیا به عمل مثبت مادی خارجی که تحقق یافته است، می توان جرم استفاده از سند مجعول اطلاق کرد یا خیر؟

۱. مفهوم استفاده در جرم استفاده از سند مجعول

قانون گذار در مواد مربوط به استفاده از سند مجعول گاهی کلمه «استفاده» و گاهی کلمه «استعمال» را به کار برده است که در بادی امر، موهوم این است که این دو کلمه، دو جرم جداگانه با آثار متفاوت بوده و ممکن است گاهی «جرم استفاده» و گاهی «جرم استعمال» نوشته و سند تحقق پذیرد، حال آنکه چنین نیست. زیرا: استعمال در لغت به معنای «عمل کردن»، «به کار انداختن» و «به کار بردن» و استفاده به معنای «فایده گرفتن»، «بهره خواستن» و «سود بردن» است. این دو کلمه به لحاظ شباهتشان در مفهوم، در محاوره عرفی در معنای مترادف به کار برده می شوند و دقت کافی در معنای ویژه هر یک به عمل نمی آید [به طوری که] به کار بردن یکی به جای دیگری معمول به است. با توجه به این توضیح و با عنایت به اینکه کلمات قانون محمول بر معانی عرفیه است، می توان گفت که دو کلمه «استفاده» و «استعمال» در عرف قضایی دارای مفهومی مشترک است و آثار حقوقی مستقل از یکدیگر ندارد.^۲

اما مفهوم استفاده، مطلق است و به ظاهر خود، تمام انواع بهره بردارها را شامل می شود، همچنان که این عنوان در قانون و مواد مربوط به صورت مطلق ذکر شده و نوع یا انواع خاصی از آن، جرم تلقی نشده است.

۱. ر.ک: حکم شماره ۳۱۶ مورخ ۱۳۱۸/۱۲/۱۶، شعبه ۲ دیوانعالی کشور، به نقل از: علیرضا مصلائی، *جعل و تزویر در حقوق کیفری ایران*، خط سوم، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۵۷.
۲. نظریه شماره ۷/۷۹۱ مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۵ اداره حقوقی وزارت دادگستری.

حال سؤال این است که با توجه به روح قوانین و مقررات، آیا منظور قانون گذار نیز تلقی کردن همه انواع استفاده به عنوان جرم بوده است، یا این امر به بعضی از آنها اختصاص دارد؟ برای مثال، ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی از حیث استفاده از اسناد و نوشتجات رسمی مجعول، مطلق است و بدون اینکه نوع استفاده را مشخص کند، آن را جرم دانسته است و مقرر می‌دارد:

هر کس اوراق مجعول مذکور در مواد ۵۳۲، ۵۳۳ و ۵۳۴ را با علم به جعل و تزویر مورد استفاده قرار دهد، علاوه بر جبران خسارات وارده، به حبس از شش ماه الی سه سال یا به سه تا هجده میلیون ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد.

ماده ۵۳۶ نیز استفاده از اسناد و نوشتجات غیر رسمی مجعول و ساختگی را با بیانی مطلق، جرم دانسته است. همچنین در مواد دیگری که از استفاده و استعمال سخن به میان آمده است، استفاده، به نوع خاصی مقید نشده و ماهیت و کیفیت آن روشن نشده است. برای پاسخ به این سؤال که آیا استفاده از سند مجعول به صورت مطلق و به هر کیفیت، جرم و مشمول عنوانهای قانونی است یا خیر، استدلال شده است که با توجه به روح مقررات مربوط به استفاده از سند مجعول و رعایت اصول کلی، می‌توان گفت استفاده و استعمال سند مجعول به صورت مطلق، همه انواع استفاده و بهره‌برداری را دربر نمی‌گیرد؛ چراکه طبق یک قاعده اصولی، عنوانهای مطلق را همواره باید بر معانی ای حمل کرد که ابتدائاً و مستقیماً با اطلاق آنها به ذهن متبادر می‌شود؛^۱ به عبارتی دیگر، «الإطلاق ينصرف إلى الفرد الأكمل أو الأجل»؛ یعنی اطلاق همیشه به مصادیق کامل تر و آشکارتر منصرف می‌شود؛ مثلاً میز استفاده‌های مختلفی دارد، اما وقتی به طور مطلق گفته می‌شود «فلان شخص از میز استفاده کرد» فوراً این معنا به ذهن می‌رسد که آن شخص از میز برای نوشتن یا خواندن استفاده کرده است؛ چون این نوع استفاده از میز رایج است و هرگز این معنا که «بالای آن رفته و تابلویی را به دیوار نصب کرده باشد»، به ذهن متبادر نمی‌کند مگر اینکه این معنا به کمک قرینه‌ای به ذهن نزدیک و تفهیم شود؛ چراکه انصراف ذهن از ظهور لفظ (عبارت) در مقید ناشی

می‌شود؛ بدین معنا که مقید به سبب کثرت استعمال لفظ در آن و اینکه اراده شدن آن از لفظ شایع است و از خود لفظ، انصراف می‌یابد؛ (مثلاً هنگام گفتن «استفاده از سند مجعول»، فروختن آن به ذهن متبادر نمی‌شود). در این صورت، بی تردید برای تمسک به اطلاق مجالی نمی‌ماند؛ زیرا این ظهور، لفظ را به منزله مقید به تمسک لفظی قرار می‌دهد و در این حال، برای کلام، ظهوری در اطلاق منعقد نمی‌شود تا به أصالة الإطلاق که در حقیقت به أصالة الظهور بازمی‌گردد، تمسک شود.^۱

در این گونه موارد، عرف نیز همان معنایی را به کلمه نسبت می‌دهد که بدون قرینه و زودتر از معانی دیگر به ذهن می‌رسد و چون قانون‌گذار اهل عرف بوده و مقررات به زبان متعارف نوشته می‌شود و کلمات قانون بر معنای عرفیه حمل می‌شود؛ بنابراین، همواره باید معنای شایع و متبادر را به کلمات و عنوانهای قانونی نسبت داد. با توجه به این سخنان، دلایل زیر را می‌توان برای اثبات این نظر ذکر کرد:

اولاً، هرچند عنوان «استفاده» از نظر ادبی، مطلق و تمام انواع استفاده و بهره‌برداری از سند مجعول را شامل می‌شود، در بین انواع استفاده، پاره‌ای از آنها، مصادیقی بارز و آشکار است و به نظر می‌رسد این اطلاق، این گونه تفسیر شود که به کار بردن سند مجعول به جای سند واقعی و صحیح به منظور به دست آوردن همان نتیجه‌ای است که از به کار بردن سند حقیقی به دست می‌آید؛ زیرا از سند مجعول عادتاً این نوع استفاده به عمل می‌آید.^۲ ترویج سند مجعول در قانون جعل و سکه تقلبی عبارت است از به کار بردن یک سند مجعول به جای سند اصلی به وسیله کلمات و اعمال، اعم از اینکه پذیرفته شود یا نه؛^۳ مثلاً استفاده از گواهینامه جعلی رانندگی این گونه است که شخص با همراه داشتن آن به رانندگی پردازد و هنگامی که پلیس او را متوقف کرده و از او گواهینامه مطالبه کند، وی گواهینامه جعلی را

۱. محمدرضا مظفر، اصول فقه، ترجمه علیرضا هدایی، چاپ اول، انتشارات حکمت، تهران، زمستان ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۱۹۰.

۲. این تفسیر، در ماده ۴۷۱ قانون جزایی پاکستان و متن مواد قانون کیفری کشورهای دیگر، از قبیل هند، آمریکا، انگلیس و... آمده است.

۳. Black Henry, *Campbell Black Law Dictionary*, p.۸۰۲.

ارائه دهد. در قوانین بسیاری از کشورها نیز به همین معنا تصریح شده است؛ از قبیل برخی از ایالات آمریکا (از جمله کالیفرنیا^۱ و پنسیلوانیا^۲)، انگلستان^۳، استرالیا، نیوزیلند، ایتالیا، هندوستان، ترکیه، پاکستان، کانادا و مصر.

این انصراف، سبب می‌شود تا عبارت «استفاده از سند مجعول» به همین معنای متبادر اختصاص یابد و بر سایر انواع استفاده‌ها دلالت عرفی نداشته باشد؛ بنابراین برای مثال می‌توان گفت، فروش گواهینامه رانندگی و تسلیم آن به اشخاص در قبال اخذ مبلغی وجه و یا ارائه گواهینامه به عنوان برگ تشخیص هویت به متصدی هتل، هر چند از اعمال زشت و ضد اخلاقی به شمار می‌رود، ممکن نیست مشمول عنوان کیفری استفاده از سند مجعول قرار گیرد. در این باره، استفاده به مفهوم معنای متبادر از مقررات مربوط به عمل نیست و در قانون ایران نیز عنوان فروش سند مجعول یا مطلق ارائه آن، مستقلاً جرم تلقی نشده است.

ثانیاً، اگر در شمول مقررات مربوط به استفاده از سند مجعول نسبت به مواردی تردید شود، بدیهی است که طبق اصل براءت و قواعد کلی، تفسیر این مقررات باید به سود متهم انجام گیرد و حکم براءت نسبت به این اتهام صادر شود. با دقت در این استدلال، ملاحظه می‌شود که نتیجه گیری، مبهم بوده و استدلال، مبنای استواری ندارد؛ چرا که قانون‌گذار در مواد مربوط، مطلق استعمال نوشتجات و اسناد مجعول و مزور را بدون هیچ گونه قیدی جرم دانسته است؛ زیرا اگر قید یا محدودیتی لازم می‌بود، آن را بیان می‌کرد؛ بنابراین، اصل بر اطلاق است و هرگونه استفاده از سند مجعول با علم به جعلی بودن آن، پیگرد قانونی داشته و مقید گردانیدن اطلاق مذکور در نصوص قانونی به مستند قانونی نیاز دارد.

هنگامی که قانون‌گذار استفاده و استعمال را به طور مطلق و آن را فقط به شرط علم به جعلی بودن نوشته و سند مورد استفاده، جرم دانسته است، مصلحت و سیاست کلی

۱. California Penal Code.

۲. Pennsylvania State Police Training School, *Pennsylvania Criminal Law*, Copyright ۱۹۵۸, Section ۱۰۱۴-۱۰۲۴.

۳. Model Criminal Code, July ۱۹۹۴, p.۱۰۳.

آن است که اعتبار این اعتماد عمومی به آنها حفظ شود و از متزلزل شدن اعتماد و آسایش عمومی جلوگیری به عمل آید؛ چرا که هر گونه به کارگیری سند مجعول، مسلماً منافی و مخالف غرض قانون گذار بوده و تحت عنوان جرم مذکور قرار می گیرد.

هر گاه قانون گذار، نوشته ای را جعلی و بی اعتبار دانست، هر گونه کاربرد و استفاده از آثار آن، تحت عنوان «جرم استفاده از نوشته و سند جعلی» قرار می گیرد؛ چرا که فرض این است که چنین سندی اصلاً نباید وجود می داشت، حال که از سوی شخصی، اعم از استفاده کننده یا شخص دیگری، جعل شده است، هیچ گونه اثری جز همان مجازات قانونی جعل نباید بر آن مترتب باشد؛ بنابراین، چنانچه شخصی با به کار بردن و استفاده از آن بخواهد از آثار آن به طور غیر قانونی و نامشروع بهره مند شود و به جعلی بودن آن علم داشته باشد، مجرم شناخته می شود و قانون گذار نیز شرط و قید دیگری جز علم به جعلی بودن برای این جرم در نظر نگرفته است. در جرم بودن استفاده از ورقه شناسنامه مجعول قصد فرار از نظام وظیفه شرط نیست؛^۱ چرا که به محض ارتکاب جعل و در مرحله بعد، به محض انجام دادن عمل مثبت مادی خارجی به منظور استفاده و استعمال سند مجعول، ضرر به وقوع می پیوندد و اعتبار اسناد و نوشتهجات مخدوش می شود و اختلال در امر امنیت و آسایش عمومی را به دنبال دارد.

دکتر ولیدی در این باره می نویسد:

بنابراین، ارتکاب هر عمل مادی محسوس که عرفاً به قصد برخورداری از مزایای سند یا نوشته یا شیئی مجعول از ناحیه ارائه کننده آنها در خارج صورت می گیرد، عنصر مادی جرم استفاده یا استعمال سند یا نوشته یا شیء مجعول به شمار می رود، مشروط بر اینکه مرتکب به مجعول بودن آنها عالم باشد.^۲

البته این گفته، ارائه یکی از صور مختلف استفاده و استعمال نوشته یا سند مجعول است و ایشان قصد برخورداری از مزایا را برای استفاده لازم دانسته اند. نتیجه

۱. رأی شماره ۵۴۴ مورخ ۱۳۱۷/۳/۳، به نقل از محمد عبده بروجدی، اصول قضایی (جزایی) دیوان

عالی کشور، ص ۸۵، ش ۳۵۰.

۲. محمد صالح ولیدی، حقوق جزای اختصاصی، چاپ اول، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۹، ج ۱ و ۲،

ص ۳۲۲.

بحث قبلی (به کار بردن سند جعلی به جای سند واقعی و صحیح به منظور به دست آوردن همان نتیجه‌ای است که از به کار بردن آن سند حقیقی به دست می‌آید) نیز دقیقاً جواب این استدلال بوده و سایر ارکان مربوط به بحث را متزلزل می‌کند؛ چراکه با توجه به تعدّد و تنوّع نوشتجات و اسناد، آثار مختلف و کاربرد آنها در عرف جوامع و اهداف و انگیزه‌های افراد در به کار بردن آنها، هر سند حقیقی و اصیلی ممکن است نتایج متعدّدی داشته باشد که عرف همه آنها را بپذیرد.

در مثال پیشین، اگر از گواهینامه جعلی فقط برای ارائه به پلیس استفاده گردد، بسیاری از سوء استفاده‌های صورت گرفته از آن که باعث سلب اطمینان عمومی از اسناد و نوشتجات و اختلال در امنیت و آسایش عمومی می‌گردد، تعقیب‌ناپذیر می‌ماند؛ استفاده‌هایی از قبیل: ارائه گواهینامه رانندگی به منظور برگ تشخیص هویت در مراجع مختلف، تحویل گرفتن خودرو، شرکت در انواع آزمونهای استخدامی، وصول چک از بانکها و.... حال اگر این نتیجه را با توجه به این مثال، به گونه‌ای تفسیر کنیم که استفاده از هر سند و نوشته‌ای فقط در آنچه برای آن تهیه و تنظیم شده، جرم و تعقیب‌شدنی است، باطل بودن آن بدیهی به نظر می‌رسد و اگر آن را این گونه تفسیر کنیم که هرگونه استفاده‌ای که از سند حقیقی می‌توان کرد، با توجه به پیامدهای مختلف و کاربردهای متفاوت آن، استفاده از نوع مجعول آن نیز جرم است. در این صورت، نتیجه این تفسیر، نتیجه مطلوب ما خواهد بود.

در خصوص استناد به قاعده «الإطلاق ینصرف إلى الفرد الأكمل أو الأجمّل»، می‌توان گفت در این مسئله، قانون‌گذار در مقام بیان بوده و اگر مردد باشیم که در مقام بیان بوده یا در مقام اهمال، مقتضای اصل عقلایی این است که در مقام بیان باشد؛ چه عقلاً همچنان که متکلم را چنین در نظر می‌گیرند که متوجه است و غافل نیست و جدی است و شوخی نمی‌کند، هنگامی که درباره قانون‌گذار چنین تردیدی پیش آید، او را این چنین در نظر می‌گیرند که در مقام تفهیم و بیان است، نه در مقام اهمال و ابهام. با توجه به اینکه امکان تقیید کلام بوده است و هیچ‌گونه قرینه‌ای، اعم از متصل و منفصل بر تقیید وجود ندارد، کلام مجرد از قید، ظهور در اطلاق دارد و کاشف از این است که متکلم (قانون‌گذار) مقید را اراده نکرده است و اگر واقعاً آن را اراده کرده بود، بر او بود

که قید را بیان کند. در حالی که فرض این است که حکیم، متوجه و جدی و در مقام بیان است و مانعی برای تقيید وجود ندارد و چون قید را بیان نکرده و کلام خود را مقید ساخته است، معلوم می‌شود که اطلاق را در نظر داشته است؛ در غیر این صورت، با بیان نکردن قید، به غرض خود خلل وارد می‌کند؛ بنابراین، هر کلامی که تقيید آن میسر است، اما متکلم با اینکه متوجه، جدی و در مقام بیان است، آن را مقید نکند، ظهور در اطلاق دارد و حجّتی برای متکلم و شنونده خواهد بود؛ بنابراین، با توجه به این مطلب، اطلاق مذکور در مواد مربوط ممکن نیست مقید گردد.

دیگر اینکه در بحث قبلی به انصراف، تمسک شد؛ بدین معنا که انصراف ذهن از لفظ به برخی مصادیق یا بعضی از اصناف معنایش، مانع از تمسک به اطلاق می‌شود اما با توجه به مثال پیشین (استفاده از گواهینامه جعلی برای تشخیص هویت و ارائه به پلیس) به نظر می‌رسد که این انصراف از لفظ ناشی نیست، بلکه از سببی خارجی نشئت گرفته است. این سبب خارجی، فردی که انصراف به آن حاصل شده (ارائه گواهینامه به پلیس)، بیشتر وجود دارد، یا ممارست خارجی برای آن متعارف است؛ در نتیجه، این انصراف به ذهن آشنا و نزدیک شده است، بدون اینکه لفظ در این انصراف، تأثیری داشته باشد؛ همچون انصراف ذهن از لفظ «آب» در عراق به دجله و فرات. حق این است که این انصراف (ناشی از سبب خارجی) در ظهور لفظ در اطلاق اثری ندارد؛ بنابراین از تمسک به اطلاق ممانعت نمی‌کند؛ زیرا این انصراف، گاهی با قطع به اینکه از لفظ، خصوص مقید اراده نشده است، جمع می‌شود و به همین سبب، «انصراف بدوی» نامیده شده است؛ زیرا با تأمل و مراجعه به ذهن از بین می‌رود.^۱

از آنجا که در مسئله مورد بحث، اسناد و نوشتجات، متعدّد، متفاوت و متنوع است و آثار گوناگونی دارد و ممکن است یکی از آثار و کاربردهای آنها در عرف به لحاظ کثرت نوعی استفاده، منصرف بدان شود، در حالی که با کمی دقت و تأمل، ذهن به کاربردهای دیگری نیز منصرف می‌شود؛ از این رو، تمسک به این قاعده نیز در جرم دانستن عملی که عرف آن را استفاده می‌داند، تأثیری ندارد.

۱. محمدرضا مظفر، اصول فقه، ترجمه علیرضا هدایی، ج ۱، ص ۱۹۰.

جندی عبدالملک نقل می‌کند:

قانون، استعمالی را که مجازات می‌کند، تعریف نکرده است و راههایی را که استفاده به شمار می‌رود، نیز تعیین نکرده است؛ زیرا استفاده از سند مجعول به اشکال و کیفیات مختلف و متعدّد صورت می‌گیرد و اغراض و اهداف در استفاده از سند مجعول [با توجّه به تعدّد و تنوّع نوشتجات و اسناد و کاربردهای آنها] متفاوت می‌باشد و قاعدتاً پیش‌بینی تمام موارد آن در یک یا چند ماده قانونی، خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد؛ بنابراین، تشخیص موارد مذکور را همواره باید به نظر قاضی موکول کرد.^۱

همو می‌گوید:

استعمال سند مجعول به وسیله کلیّه روشهایی که به وسیله آن انتفاع ممکن است، حاصل می‌گردد، یا به صورتهای مشهور، یا رسیدن به فایده‌ای از طرف شخص دیگری که سند و نوشته علیه او استناد شده و یا با تقدیم سند مجعول به دادگاه برای قضاوت؛ به عبارت دیگر، استعمال، یعنی: به کار گرفتن سند مجعول در آنچه برای آن، تهیه شده است.^۲

دیوان کشور مصر نیز در آراء خود به این نکته توجّه کرده و مقرر می‌دارد:

منظور از استعمال، استفاده از ورقه مجعول و مزور است به واسطه اظهار آن، یا استناد به آن برای رسیدن به امتیاز، سود و یا اثبات حقّی.^۳

احراز نظر قانون‌گذار، از اصل تفسیر به نفع متهم مهم‌تر است و مانع از این است که هرگونه ابهام و اطلاقی را بدون بررسی و بدون در نظر گرفتن اصول کلی و نظر قانون‌گذار به نفع متهم تفسیر کنیم.

بنابراین، با توجّه به اطلاق موجود در مواد قانونی مربوط به استفاده و استعمال سند مجعول و نبودن محملی قانونی برای اختصاص آن به نوع خاصی از استفاده، این عنوان، صرف نظر از علم به جعلی بودن آن (عنصر معنوی جرم) هرگونه عملی را که صرفاً استفاده و استعمال و به کار بردن سند مجعول تلقی گردد، شامل می‌شود. استفاده از سند

۱. جندی عبدالملک، الموسوعی الجنائی، ج ۲، ص ۵۴۲، ش ۴۲۵.

۲. همان، ش ۴۲۶.

۳. همان، ش ۴۲۷.

مجعول، هر گونه استفاده‌ای است که از سند اصیل و واقعی ممکن است صورت گیرد. یکی از اشکال بارز و مصادیق برجسته استفاده از سند مجعول، به کار بردن آن به منظور استفاده و بهره‌برداری از مزایا و آثاری است که سند، قانوناً برای آن ساخته شده و غالباً از آن استفاده می‌شود. در خصوص نوشته و سند خودنوشت و عادی که به طریق جعل مادی یا معنوی ساخته شده است و در بین مردم مبادله می‌گردد، مسلّم است که طریق استفاده از آن، در هدفی منحصر است که برای آن ساخته شده است؛ مثلاً استفاده از یک مفاصاحساب و یا سند ذمه‌ای مجعول برای خودداری از پرداخت دین و یا وصول طلب غیر واقعی یا وصول بیش از مقدار طلب واقعی.

اسناد رسمی علاوه بر آثاری (استفاده‌هایی) که قانوناً دارد، از نظر عرف نیز آثار و کاربردهای مختلفی دارد که بر شمردن همه آنها در قانون بی‌اشکال نیست؛ زیرا القاء اصول وظیفه قانون‌گذار و احراز مصادیق آن، وظیفه دادرس و تشخیص موارد آن بر عهده قاضی است. قاضی در هر پرونده‌ای با توجه به موارد فوق (نوع سند، استفاده قانونی آن، کاربردهای عرفی آن، عمل متهم و...) حکم آن را معین می‌کند، در حالی که اصل ممنوع بودن تفسیر موسّع قانون جزا، ممنوع بودن قیاس در مسائل جزایی، قاعده الحدود تدرء بالشبهات، اصل براءة و تفسیر به نفع متهم، بر هر موردی حاکم می‌باشد؛ چرا که ارائه تعریفی غیر از تعریف فوق، توالی فاسدی را در پی دارد؛ مثلاً، اگر بگوییم، استفاده عبارت است از «به کار گرفتن سند مجعول در آنچه برای آن تهیه و تنظیم شده است» و یا «مطلق استعمال سند مجعول» و اینکه هر نوع استفاده‌ای به طور عام و بدون در نظر رفتن عرف، عادت، نوع سند و نوشته، آثار آن، عمل متهم و اوضاع موجود در هر قضیه، جرم است، در معنای نخست، بسیاری از موارد از تعقیب و مجازات مصون می‌ماند و در معنای دوم، اشخاصی بر خلاف انصاف و عدالت مجازات می‌شوند و یا مجازات شدیدتری به آنان تعلق می‌گیرد؛ جرم جعل و استفاده از سند جعلی در حقوق کانادا چنین تعریف شده است: در حقوق کانادا جرم جعل و استفاده از سند جعلی در ماده (۱) ۳۶۶ قانون جزای این کشور، [چنین] تعریف شده است: مطابق این ماده: «کسی مرتکب جعل می‌شود که مدرک نادرستی را با علم به نادرستی آن بسازد به قصد:

الف) اینکه مدرک به هر صورتی به عنوان مدرک درست به ضرر کسی، چه در کانادا و چه در خارج از آن، مورد استفاده یا عمل قرار گیرد؛ یا
 ب) اینکه شخص دیگری با این تصور که این مدرک صحیح است، چه در کانادا و چه در خارج از آن، برای انجام [دادن] یا خودداری از انجام [دادن] کاری، اغوا شود.^۱

۲. اشکال مختلف تحقق فعل مثبت خارجی در جرم استفاده از سند مجعول با دقت در مواد قانونی و آرای دیوانعالی کشور و قوانین کشورهای دیگر درمی یابیم که تحقق فعل مثبت مادی خارجی (صرف نظر از جنبه ماهوی و شکل ظاهر آن) که بتوان بدان استفاده از سند مجعول اطلاق کرد، متفاوت است.

در مباحث پیشین، تقریباً چگونگی ماهیت عمل خارجی برای اطلاق استفاده بر آن مشخص شد. حال، سؤال این است که آیا عمل خارجی که رکن مادی فعل مجرمانه است، به اشکال خاصی منحصر است یا خیر؟ ظاهراً پاسخ به این سؤال به انواع اسناد و نوشتجات و تأثیرات قانونی سند (هدف) و مقامات مؤثر مربوط به آن سند و همچنین قصد استفاده کننده بستگی دارد. همان طور که پیش از این گذشت، در حقوق کشورهای دیگر نیز کلمات متفاوتی در این خصوص به کار رفته است.^۲

قسمت «۳» قانون جعل انگلستان مصوب ۱۹۸۱ م. در این خصوص مقرر می دارد:
 جرم استفاده از سند جعلی وقتی محقق می شود که شخصی با قصد اغفال یا تقلب و با علم به مزور بودن سند مجعول، آن را به کار برد، تسلیم کند، انتشار دهد، واگذار کند، به آن استناد کند، به منظور دریافت وجه یا مبادله ارائه کند، در جریان بگذارد.

طرح قانون جزای نمونه استرالیا در ماده ۳۱۳ به بعد، به تعریف جعل و استفاده از سند جعلی پرداخته و قصد استفاده و اغوا کردن را لازمه تحقق آن دانسته است.^۳ قانون جرائم استرالیا مصوب ۱۹۱۴ م. نیز در ماده ۶۳ به تعریف جعل و متعاقباً استفاده از سند

۱. حسین میرمحمدصادقی، حقوق کیفری اختصاصی (۳) جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، ص ۲۴۳.

۲. Pennsylvania State Police Training School Together with United States Criminal Laws of Interest to Local and State Police Pennsylvania Criminal Law and... State Police Civic, Association Hersh Pennsylvania, ۶th ed., p. ۳۲۶ and ۳۳۲.

۳. Model Criminal Code, July ۱۹۹۴, p. ۱۰۳.

جعلی پرداخته که به موجب آن، به کار بردن مهر، امضا، مدرک ساختگی و یا تحریف شده را قابل مجازات می‌داند. در قوانین برخی از ایالات آمریکا در تعریف جعل به تغییر دادن و ساختن مدارک مکتوب و استفاده از چنین اسنادی تأکید شده است؛ از جمله قانون جزای کالیفرنیا در بخش ۴۷۰ با تفصیل بیشتری، مدارکی را که ممکن است موضوع جرم جعل و متعاقباً استفاده از سند مجعول واقع شود، برشمرده است.^۱ قانون جرائم نیوزیلند، مصوب ۱۹۶۱ م. در ماده ۲۶۴ جعل را چنین تعریف می‌کند: وارد ساختن یک مدرک نادرست با علم به نادرستی آن، به این قصد که به هر شکل، چه در داخل و چه در خارج از نیوزیلند، از آن به جای یک مدرک صحیح استفاده شود، یا به این قصد که کسی به تصور صحیح بودن آن به انجام دادن یا انجام ندادن کاری، چه در داخل و چه در خارج نیوزیلند، اغوا شود.^۲

به موجب بخش ۲۵۶، مجازات این جرم، حداکثر ده سال زندان است.^۳ در ماده ۸ پیش‌نویس قانون جرائم رایانه‌ای نیز اصطلاح «استفاده کردن» به کار رفته است. در آرای دیوان کشور از ابراز سند و نوشته مجعول در محاکم و ادارات،^۴ تقدیم سند مجعول به دادگاه،^۵ ارائه کردن سند مجعول و استناد به آن علیه طرف،^۶ تسلیم ورقه مجعول برای وصول وجه به محال‌علیه،^۷ به کار بردن برگ جعل شده در مقامات مؤثر^۸ و... تحت عنوان «استفاده و استعمال سند مجعول» یاد شده است. به

۱. J. Samaha, Criminel Law, p. ۴۹۳.

۲. R. A. Caldwell Criminel Law in Newzeland, Wellington. Butter Warths ۶th ed., ۱۹۸۱, p. ۲۴۳.

۳. Ibid.

۴. رأی شماره ۹۶۶۳-۱۱۵۰ مورخ ۱۳۱۶/۵/۲۴ شعبه ۲ دیوان عالی کشور ماده ۴۱ مصوب ۱۳۱۶، به نقل از: محمدتقی امین‌پور، قانون کیفر همگانی و آراء دیوان کشور - شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۳۰، ص ۶۵.

۵. رأی شماره ۲۱۸۴ مورخ ۱۳۱۸/۹/۶ شعبه ۵ دیوان عالی کشور ماده ۱۰ مصوب ۱۳۱۹، به نقل از: همان.

۶. همان.

۷. رأی شماره ۲۰۴۹ مورخ ۱۳۲۹/۸/۲۰ شعبه ۵ دیوان عالی کشور؛ مجله کانون وکلا، سال دوم، ش ۲۰.

۸. رأی شماره ۱۳۴۷ مورخ ۱۳۲۹/۶/۱ شعبه ۲ دیوان عالی کشور، به نقل از محمدتقی امین‌پور، کیفر

نظر می‌رسد اکثر این عبارات مترادف بوده و یک معنا دارند؛ یعنی: انجام دادن عملی مادّی به منظور حصول نتیجه‌ای که از انجام دادن همان فعل (عمل) از سند واقعی و حقیقی گرفته می‌شود؛ به عبارت دیگر، ارتکاب هر عمل مادّی محسوسی که عرفاً از ناحیه دارنده به قصد برخورداری از مزایای سند یا نوشته مجعول اعمال گردد، (هر کجا که سند قابلیت استماع پیدا کند)^۱ مشروط به اینکه مرتکب به مجعول بودن سند یا نوشته عالم باشد. استفاده از سند و نوشته نیز بسته به نوع و مزایای آن، مقصود استفاده‌کننده (دارنده) و کاربرد عرفی و قانونی ممکن است به صورت تقدیم، ابراز، ارائه، استناد، تسلیم، انتشار دادن، در جریان گذاشتن و... باشد؛ مثلاً ارسال نامه مجعول یا مزور با پست به مقصدی معین نیز یکی از مصادیق استفاده از سند جعلی شمرده شده است.^۲ حقوق‌دانان انگلیسی‌زبان در این باره تصریح کرده‌اند که «استفاده»، همه مواردی چون عرضه کردن، تحویل دادن، ارائه کردن، مبادله کردن و نظایر آنها را دربرمی‌گیرد و واژه‌ای عام است.^۳

ج) نقش ضرر در تحقق جرم استفاده از سند مجعول

جرم استفاده از سند مجعول جزء جرائم مطلق است. به محض تقدیم سند مجعول به دادگاه و استناد به آن علیه طرف بزه، استفاده از سند مجعول واقع شده به شمار می‌رود و ارائه‌کننده مستحق مجازات است، خواه آن سند، مفید واقع شده و فایده‌ای از آن حاصل گردد و یا آنکه به واسطه ثبوت مجعولیت سند در همان دادگاه ترتیب اثری به ورقه مذکور داده نشده و استفاده از آن میسر نگردد.^۴

همگانی و آراء دیوان کشور، ص ۱۷۸.

۱. علی‌آزمایش، تقریرات درس حقوق جزای اختصاصی (۳)، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

تهران، سال تحصیلی ۶۷-۶۸، ص ۶۸۱.

۲. رأی مورخ ۱۵ مارس ۱۹۱۷ دیوان کشور فرانسه، بولتن شماره ۷۶ دالوز؛ محمد سلیمان‌پور، جعل

اسناد در حقوق ایران و از نظر حقوق تطبیقی، ص ۱۳۹.

۳. برای نمونه، ر.ک: Card Cross & Jones Criminal Law, p.۳۵۷.

۴. رأی شماره ۲۱۸۴ مورخ ۱۳۱۸/۹/۶ شعبه ۵ دیوان عالی کشور، ماده ۱۰ سال ۱۳۱۹، به نقل از:

محمد تقی امین‌پور، قانون کیفر همگانی و آراء دیوان کشور، ص ۶۵ و نظریه مشورتی شماره ۷۱۷۳۸۱

مورخ ۱۳۰۳/۱۱/۱۵ اداره حقوقی قوه قضائیه.

در واقع، مقدور بودن استفاده برای تحقق جرم استفاده از سند مجعول لازم است؛ یعنی سند مورد استفاده که با علم به جعلی بودن به کار برده می‌شود، استنادپذیر و از نظر قضایی و اثبات‌کنندگی ارزشمند باشد؛ بنابراین در جایی که استفاده از سندی مجعول، غیر مقدور است و کسی بدون اطلاع از این امر، در مقام استفاده از آن برآید و به همان علت، موضوع کشف شود، به این عمل، استفاده از سند مجعول اطلاق نمی‌شود؛ مثلاً اگر فردی شماره بلیط بخت آزمایی را تغییر دهد و آن را ارائه و به آن استناد کند تا جایزه نخست را بگیرد، در صورتی که دارنده بلیط اصلی پیش از او، جایزه را گرفته باشد و چون در حقیقت استفاده ممکن نبوده، به این عمل، استفاده از سند مجعول اطلاق نمی‌شود.^۱

دیوانعالی کشور در یکی دیگر از آرای خود مقرر می‌دارد:

دادنامه که با این استدلال صادر شود: گرچه مسلم است متهم، ورقه مجعول را با علم به مجعول بودن آن برای وصول وجه به محال علیه تسلیم کرده است، ولی از جهت فقد دلیل کافی به شروع استفاده از سند مجعول تبرئه می‌شود، قابل نقض است؛ چه تسلیم حواله مجعول به محال علیه برای وصول وجه آن، خود یکی از انواع شروع به استفاده از سند مجعول است.^۲

همان‌طور که پیش از این گذشت، صرف ارائه و استناد و ابراز و... نوشته مجعول برای تحقق جرم استفاده از سند مجعول کافی است و این عمل، جرم تام بوده و اطلاق شروع به جرم برای آن خلاف مواد قانونی مربوط است؛ چراکه قانون‌گذار در مواد قانونی، صرف استفاده (ارائه و استناد و تسلیم سند مجعول را با علم به جعلی بودن آن) برای تحقق جرم کافی دانسته است و شروع به آن در فرض فوق، موردی ندارد و اگر کسی در یک دعوا به سند مجعولی استناد کرده و آن را وارد پرونده کند، با استرداد آن یا اعلام انصراف از استناد به سند مزبور نمی‌تواند از تعقیب و

۱. ر.ک: رأی شماره ۱۵۳۸/۱۹ مورخ ۱۳۲۸/۳/۱۷ که در پرونده ۲۵۶۰/۲۸ شعبه ۲ دیوانعالی جنایی

تهران مندرج است؛ محمدتقی امین‌پور، کیفر همگانی و آراء دیوان کشور، ص ۶۵، شماره ۸.

۲. رأی شماره ۲۰۴۹ مورخ ۱۳۲۹/۸/۲۰ شعبه ۵ دیوان عالی کشور، مجله کانون وکلا، ش ۲۰، سال دوم؛

محمدتقی امین‌پور، کیفر همگانی و آراء دیوان کشور، ص ۱۷۹، شماره ۹.

مبحث سوم: عنصر روانی جرم استفاده از سند مجعول (علم مرتکب)

سومین عنصر جرم استفاده از نوشته و سند، سوء نیت استفاده کننده است؛ یعنی: معرفت فاعل به مجرمانه بودن عمل ارتكابی و علم به مجعول بودن و مزور بودن نوشته و سند مورد استفاده.

قانون گذار نیز در مواد ۵۲۴-۵۳۶ قانون تعزیرات، این عنصر را شرط اصلی و اساسی برای تحقق جرم دانسته است؛ از این رو، در این جرم، شبهه و جهل موضوعی، رافع مسئولیت کیفری است و کسی که از ورقه مجعولی استفاده کند، مجازات نمی شود مگر اینکه به مجعول بودن آن آگاه باشد؛ به عبارت دیگر، قصد مجرمانه در جرم استفاده از سند مجعول به مجرد احراز علم استفاده کننده به مجعول بودن و مزور بودن نوشته و سند، صرف نظر از غرضی که به سبب آن از ورقه مجعول استفاده کرده است، محقق می گردد.^۱ در این جرم، سوء نیت یا قصد خاص خواستن نتیجه مجرمانه شرط نیست. استفاده کننده باید عمد در استفاده با علم به جعلی بودن سند و قصد ایراد ضرر، اعم از مادی و معنوی را به شخصی داشته باشد.^۲ مهم این است که باید بین علم به خلاف واقع بودن سند با علم به جعلی بودن آن تفاوت قائل شد؛ چراکه علم به خلاف واقع بودن یک سند با علم به مجعول بودن آن، تلازم ندارد، به خصوص اگر آثار و علائمی هم در آن موجود باشد که از مرجع مربوط صادر شده است.^۳

۱. جندی عبدالملک، الموسوعی الجنائی، ج ۲، ص ۵۴۴، ش ۴۳۶.

۲. حسین میرمحمدصادقی، حقوق کیفری اختصاصی (۳) جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، ص ۳۱۳؛ رأی شماره ۹۱۲ مورخ ۱۳۳۹/۲/۳۱ شعبه ۲ دیوان عالی کشور، به نقل از: احمد متین، مجموعه رویه قضایی، ص ۳۲۷.

۳. ر.ک: رأی شماره ۹۱۲ مورخ ۱۳۳۹/۲/۳۱ شعبه ۲ دیوان عالی کشور، به نقل از: احمد متین، مجموعه رویه قضایی، ص ۱۲۴.

بنابراین، اگر کسی با علم به خلاف واقع بودن تصدیق‌نامه تحصیلی (بدون اینکه مجعولیت آن محرز باشد، یا متهم به مجعولیت آن علم داشته باشد) از آن استفاده کند، این عمل مادام که منظم به اغفال نباشد، جرم محسوب نخواهد شد.^۱

همچنین در رأی دیگری مقرر می‌دارد:

در خصوص به کار بردن گواهینامه تحصیلی مجعول، اگر محرز شود که متهم به مجعول بودن گواهینامه عالم نبوده و استفاده مالی نیز نداشته، عمل، مشمول هیچ‌یک از قوانین جزایی نخواهد بود.^۲

صرف نظر از اینکه دادگاه ابتدا باید جعلی بودن نوشته و سند را اثبات کند، در جایی که شخص به استفاده از سند مجعول متهم بوده و جعلی بودن نوشته و سند به موجب دادنامه دادگاه از پیش ثابت شده باشد، به نظر می‌رسد قاضی با توجه به اوضاع، قرائن، امارات موجود در پرونده و دلایل دیگر بتواند علم متهم به جعلی بودن را احراز کند؛ مثلاً در خصوص کسی که خودش نوشته و سندی را جعل و سپس از آن استفاده کند، علم متهم به جعلی بودن محرز است. در مواردی که سند و نوشته مجعول از راه‌های دیگری به دست استفاده‌کننده رسیده باشد، قاضی باید علم متهم به مجعول بودن سند و نوشته را احراز کند. دیوانعالی کشور استدلال دادگاه بدوی را مبنی بر اینکه «چون متهم سیگارفروش بوده و در نتیجه، مدام با پول سروکار داشته، حتماً علم به مجعولیت اسکناسهایی که خرج کرده، داشته است»، رد کرده و با تأکید بر لزوم عالم بودن متهم به جعلی بودن اسکناسها، صرف سیگارفروش بودن را به معنای علم به ماهیت جعلی اسکناسها ندانسته است،^۳ که چگونگی آن با توجه به هر مورد و پرونده ممکن است متفاوت باشد.^۴

در خصوص استفاده از سند جعلی از منظر حقوق جزای اختصاصی و عمومی و

۱. رأی شماره ۲۶۳۳ مورخ ۱۳۲۷/۱۰/۲۲ شعبه ۵ دیوانعالی کشور، به نقل از: همان.

۲. رأی شماره ۲۶۱۳ مورخ ۱۳۲۷/۱۲/۱۸ شعبه ۵ دیوانعالی کشور و رأی شماره ۶۲۵ مورخ ۱۳۲۸/۴/۱۲ و رأی شماره ۶۲۶ مورخ ۱۳۲۸/۴/۱۲ شعبه ۲ دیوانعالی کشور، به نقل از: همان.

۳. ر.ک: امیرخان سپهوند، *تقریرات درس حقوق جزای اختصاصی*، ص ۳۲۷.

۴. رأی شماره ۵۳۶۶ مورخ ۱۳۴۵/۹/۱۹ هیئت عمومی دیوانعالی کشور.

آیین دادرسی کیفری امکان بررسی مسائل دیگری وجود دارد، که شرح آن در این مقال نمی‌گنجد؛ از قبیل: احکام شروع به جرم استفاده از سند جعلی،^۱ معاونت در جرم استفاده از سند جعلی، تعدد و تکرار جرم استفاده از سند جعلی، قابل گذشت بودن یا نبودن جرم استفاده از سند جعلی، آنی یا مستمر بودن جرم استفاده از سند جعلی، ممنوعیت تعلیق اجرای مجازات جرم استفاده از سند جعلی، لزوم صدور قرار بازداشت متهم به استفاده از سند جعلی در تحقیقات مقدماتی، موارد معافیت از مجازات در جرم استفاده از سند مجعول، مجازات جرم استفاده از سند جعلی (که از تعزیر تا در حکم محارب بودن در متون قانون پیش‌بینی شده است)، مرجع استفاده از سند جعلی و....

نتیجه‌گیری

از بررسی مجموع قوانین راجع به جرم استفاده از سند مجعول در حقوق کیفری ایران و حقوق کشورهای دیگر این نتایج استنباط می‌شود:

۱. ارکان، چارچوب و تعریف این جرم در نظامهای حقوقی کشورهای مختلف، تقریباً همسانی دارد.

در نظام کیفری ایران، تعریفی از جرم مذکور وجود ندارد و در قوانین متفرقه و خاص نیز به مصادیق بسیار اندکی اشاره شده است. به کار بردن سند و نوشته جعلی به جای سند اصلی و حقیقی به منظور به دست آوردن همان نتیجه‌ای که از نوشته و سند واقعی به دست می‌آید، ممکن است تعریفی از جرم استفاده از سند جعلی باشد. استفاده از سند مجعول در مقامات مؤثر، یا در جایی که بتوان به آن اعتماد و تکیه یا استناد کرد و یا در آنچه برای آن ساخته شده (جایی که قابلیت استماع پیدا کند) با استفاده از ملاک عرفی از مصادیق برجسته و بارز این جرم می‌باشد.

۲. جرم استفاده از سند مجعول با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۱۱۸۸ مورخ ۱۳۳۶/۳/۳۰ دیوانعالی کشور حتی نسبت به جاعل، جرمی مجزا به‌شمار می‌رود و اگر

۱. ر.ک: نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۰۸۷ مورخ ۱۳۷۱/۱۰/۲۳ و ۷/۷۶۸۱ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۱۵ اداره حقوقی قوه قضائیه.

- کسی هر دو را مرتکب شود، در خصوص او با رعایت تعدد جرم، حکم می‌شود.^۱
۳. استفاده و استعمال فعل مثبت مادی در قالب ارائه، انتشار و... است؛ از این رو، ترک فعل، حمل و نگهداری، دست به دست کردن، ترویج، مبادله و فروش سند جعلی، تحصیل سند جعلی برای دیگران و تسلیم ورقه مجعول به ذینفع^۲ در رویه قضایی کشور، جرم استفاده از سند جعلی به شمار نمی‌رود.
۴. با توجه به شرایط لازم برای تحقق جرم مذکور، استعمال اشیای مجعول از قبیل فیلم، نوار و هر شیئی که نوشته یا سند مکتوب شمرده نشود، از شمول تعریف جرم مذکور خارج است.
۵. «استفاده» با توجه به مطلق بودن جرم مذکور به انتفاع مادی و معنوی مرتکب یا شخص مورد نظر وی یا نتیجه ضرری ارتباطی ندارد.^۳
۶. در عنصر معنوی این جرم، صرف نظر از اثبات جعلی بودن سند باید علم مرتکب به جعلی بودن آن محرز شود و علم مرتکب به واقع امر یا خلاف واقع بودن مندرجات و محتویات سند، مطلقاً به منزله اثبات علم به جعلی بودن آن نیست.
۷. برای تحقق جرم استفاده از سند جعلی، سه شرط لازم است: الف) احراز ماهیت جعلی سند یا نوشته؛ ب) علم مرتکب به جعلی بودن سند؛ ج) احراز قابلیت ضرر.^۴
۸. سوء نیت عام، شرط تحقق جرم استفاده از سند جعلی است؛ بنابراین اگر سند مجعول سهواً در بین اسناد متهم قرار گرفته و ابراز شده باشد، جرم تحقق نمی‌یابد.
۹. با توجه به سیاست کیفری در خصوص جرائم مانع، بهتر است قانون‌گذار

-
۱. همچنین نظریه‌های مشورتی شماره ۵۲۸۱ مورخ ۱۳۷۸/۸/۹ و ۷/۵۲۰۲ مورخ ۱۳۷۸/۸/۳۰ و رأی شماره ۴۸۸۴ مورخ ۱۳۱۷/۲/۳۱ شعبه ۲ دیوانعالی کشور و رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوانعالی کشور به شماره ۶۲۴ مورخ ۱۳۷۷/۱/۱۸ و رأی شماره ۱۵۸۵ مورخ ۱۳۱۹/۵/۱۷ شعبه ۵ دیوانعالی کشور.
۲. حکم شماره ۱۳۴۷-۲۹۶۱ شعبه ۲ دیوانعالی کشور، به نقل از: علیرضا مصلائی، جعل و تزویر در حقوق کیفری ایران، ص ۲۰۲.
۳. نظریه مشورتی ۷۶۸۱/۷ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۱۵ اداره حقوقی قوه قضائیه و رأی شماره ۲۱۸۴ مورخ ۱۳۱۸/۹/۶ شعبه ۵ دیوانعالی کشور.
۴. رأی شماره ۱۹/۱۵۳۸ مورخ ۱۳۲۸/۳/۱۷ شعبه ۲ دیوانعالی کشور و حکم شماره ۷۸۲ مورخ ۱۳۱۸/۴/۱۱ شعبه ۲ دیوانعالی کشور.

حمل و نگهداری، داشتن سند مجعول، ترویج سند جعلی، دست به دست کردن، و ابراز جعل را جرم معرفی کند.

۱۰. دادگاه باید در دادنامه به چگونگی استفاده از سند مجعول تصریح کند؛ چراکه اجمال در این باره، موجب نقص دادنامه است.^۱

رژیم حقوقی دریای خزر

در معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ ایران و شوروی

و تحولات پس از فروپاشی

□ احمدرضا توحیدی^۱
□ عضو هیئت علمی دانشگاه تهران - پردیس قم

چکیده

تثبیت رژیم حقوقی دریای خزر و منابع آن، مسئله‌ای است که به دلایل اقتصادی، سیاسی، ژئوپولیتیک و امنیت انرژی، اهمیت بسیار دارد. این مسئله با فروپاشی شوروی و ایجاد کشورهای جدید، پیچیدگی‌های دیگری یافته است و تا به حال دو رژیم حقوقی «حاکمیت مشترک یا کندومینیوم» و «افراز یا تقسیم و تحدید حدود» از سوی کشورهای ساحلی دریای خزر برای آن ارائه شده است. این نوشتار به شناسایی شرایط و اقتضات لازم برای رژیم حقوقی کندومینیوم در حقوق بین‌الملل با استناد به رویه قضایی بین‌المللی می‌پردازد و سپس امکان تطبیق چنین رژیمی را با وضعیت حقوقی دریای خزر بررسی می‌کند. کلیدواژگان: رژیم حقوقی دریای خزر، رژیم حقوقی کندومینیوم، رژیم حقوقی افراز، حقوق بین‌الملل دریاها.

دریاچه خزر^۱، بزرگ‌ترین دریاچه دنیا، فاقد راه آبی طبیعی به دریاهای آزاد است و فقط با کانالهای ایجاد شده از طریق رود «ولگا» به دریای سیاه متصل است و از لحاظ حقوق بین‌الملل، جزء آبهای بسته به شمار می‌رود.^۲

دریاچه خزر از نظر وسعت، پنج برابر دریاچه سوپریور، دومین دریاچه بزرگ دنیا و واقع در آمریکای شمالی است. هم‌اکنون سطح دریای خزر از سطح آبهای آزاد، ۲۸ متر پایین‌تر و وسعت آن، بیش از ۴۶۳/۲۴۴ کیلومتر مربع است. مجموع سواحل آن ۶۳۷۹ کیلومتر است که ۶۴۰ کیلومتر آن به خاک ایران اتصال دارد. حجم آب این دریا ۷۹۰ هزار کیلومتر مکعب است. ژرفای آن به‌طور متوسط، ۱۸۰ متر و گودترین نقطه آن، ۹۸۰ متر است که در نزدیکی سواحل ایران قرار دارد.^۳

دریای خزر دست کم از دو بُعد برای کشورهای ساحلی آن اهمیت دارد: یکی پهنه سرزمینی (کف دریا، ستون آب و سطح آب و فضای فوقانی دریا) که کشورهای ساحلی حق حاکمیت و مالکیت خود را بر آن اعمال می‌کنند و دیگری به سبب اهمیت اقتصادی منابع طبیعی غیر زنده بستر و زیر بستر آن است که در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی شناخته شده است. در این باره باید اذعان داشت که ذخایر ثابت شده نفت در دریای خزر، ۳۱/۴ میلیارد بشکه می‌باشد^۴ که براساس بررسی‌هایی، ممکن است حداکثر به ۵۰ میلیارد بشکه برسد که این مقدار، چهار

۱. علت اطلاق عنوان «دریا» بر دریاچه خزر به دلیل وجود ویژگیها و شباهتهای آن به دریاست؛ از جمله: کثرت کشورهای ساحلی، وسعت قابل ملاحظه، وجود منابع نفتی و گازی زیر بستر، وجود انواع ماهیها و....

۲. در کنوانسیون ژنو ۱۹۵۸ و کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲ به تعریف دریای بسته اشاره شده است و تنها در فصل نهم کنوانسیون ۱۹۸۲ به رژیم دریاهای نیم شبه اشاره شده است. اما در تعریف ارائه شده حقوق دانان، دریاچه به یک واحد جغرافیای اطلاق می‌شود که در اثر جمع شدن آب در نقاط معینی از پستیهای زمین به وجود آمده است و به طور طبیعی به دریا نیز متصل نباشد. به نقل از: بوداغ اف بوداغ، «خزر دریاست یا دریاچه؟»، فصلنامه آسیای مرکزی و قفقاز، سال چهارم، دوره دوم، شماره ۱۰، تابستان ۱۳۷۴، ص ۱۷۰.

۳. دکتر بهمن آقایی، «رژیم حقوقی دریای مازندران»، مجموعه مقالات حقوق بین‌الملل دریاها و مسائل ایران، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۴، ص ۹-۱۱.

۴. فتح‌الله دهقان، بررسی نفت و گاز در حوزه دریای خزر و تأثیر آن بر امنیت کشور و نظام جمهوری اسلامی، تهران، همه، ۱۳۸۲، ص ۲۰-۲۱.

درصد کل ذخایر نفت جهان است و می‌تواند بر بازار جهانی تأثیر گذار باشد.^۱

در بررسی بیشتر درمی‌یابیم که ذخایر اثبات شده نفت کشورهای ساحلی این دریا (آذربایجان ۱۲، ایران ۰/۱، قزاقستان ۱۷، روسیه ۰/۳، ترکمنستان ۱/۷، ازبکستان ۰/۳ میلیارد بشکه)^۲ عامل مهم توجه و دخالت قدرتهای فرامنطقه‌ای در امر تقسیم و تعیین رژیم حقوقی خزر می‌باشد؛ بنابراین دریای خزر نیز ممکن است به عنوان یک پهنه سرزمینی واحد و یا مجموعه‌ای از بخشهای سرزمینی تفکیک شده بین کشورهای ساحلی آن مد نظر قرار گیرد. از طرف دیگر، به دلیل اهمیت منابع اقتصادی آن، معمولاً کشورها، نسبت به منابع و ثروتهای طبیعی پهنه سرزمینی مجاور خود بی تفاوت نبوده و کشورهای ساحلی این دریا نیز از این قاعده مستثنا نیستند و باید اذعان کرد که ابعاد سرزمینی و اقتصادی دریای خزر به گونه‌ای در یکدیگر تنیده است که هنوز وضعیت حقوقی آن بین کشورهای ساحلی از دیدگاه حقوق بین‌الملل کاملاً مشخص و نهایی نشده است. دریای خزر که در ساحل چندین کشور قرار دارد، ممکن است موضوع مناسباتی شود که حقوق بین‌الملل بر آن فرمان می‌راند، اما به عنوان دریای «خصوصی» و بدون ارتباط با دیگر اقیانوسها، در واقع، از نظر قواعد عمومی حقوق دریاها، از متعلقات دریا نیست.^۳

به هر حال، در نگاه اصول کلی حقوق بین‌الملل درباره دریاهای و دریاها، بسته به وسیله خاک دو یا چند دولت، تعیین رژیم حقوقی و تقسیم و تفکیک منافع، منابع (بستر و زیر بستر) آن به موجب معاهدات بین کشورهای ساحلی مشخص می‌گردد که البته بناست قاعده منصفانه بودن شیوه تقسیم نیز مد نظر قرار گیرد؛^۴

۱. عباس ملکی، «آیا دریای خزر همچنان برای همه بازیگران مهم است؟»؛

< www.caspian studies.com/recent article/farsi/tavahom.khazar.htm >.

۲. مرکز مطالعات و تحقیقات دفاعی ندسا، خزر و منافع ملی جمهوری اسلامی ایران، با همکاری مهدی بیژنی، نشر سایه روشن، تهران، ۱۳۸۱، ص ۲۷-۳۰.

۳. نگوین کک‌دین، پاتریک دیبه و آلن پله، حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه حسن حبیبی، چاپ اول، اطلاعات، تهران، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۶۸۵، به نقل از:

R. Weese, R.G.D.I.P., ۱۹۹۹, p.۴۰۵-۴۲۳.

۴. هوشنگ مقتدر، حقوق بین‌الملل عمومی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، چاپ پنجم، تهران،

از این رو، در این مقاله به رژیم حقوقی دریای خزر، توافقات منعقد شده سابق و اصول کلی حاکم بر آن بعد از جانشینی کشورهای تازه استقلال یافته به جای اتحاد جماهیر شوروی می‌پردازیم.

معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م.

معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. تنها اسناد و معاهدات موجود است که وضعیت حقوقی دریای خزر براساس آنها بین ایران و شوروی سابق تعیین شده است. قرارداد ۱۹۲۱ م. موّدت بین ایران و شوروی،^۱ حقّ داشتن نیروی دریایی را که به موجب عهدنامه ۱۸۲۸ م. ترکمنچای به صورت تحمیلی از ایرانیها در دریای خزر (مازندران) سلب شده بود، مجدداً اعاده کرد. به موجب فصل یازدهم قرارداد ۱۹۲۱ م. طرفین حق دارند، در کلیه نقاط این دریا بالسویه به کشتیرانی آزاد پردازند^۲ و هیچ‌گونه محدودیتی برای حرکت کشتیهای طرفین در این دریا وجود ندارد؛ بنابراین، روابط دو کشور در خصوص دریای خزر بر اصل تساوی مبتنی گردید.

همچنین عهدنامه ۱۹۴۰ م. بین ایران و شوروی که قرارداد بازرگانی و بحریمایی

۱. The ۱۹۲۱ Friendship Agreement.

موافقت‌نامه ۱۹۲۱ م. دوستی از یک مقدمه و ۲۶ ماده تشکیل شده است. این موافقت‌نامه توسط موافقت‌نامه ۲۷ اگوست ۱۹۳۵ م. مورد تأیید واقع شد.

برای دیدن نسخه فارسی این موافقت‌نامه، ر.ک: مجموعه معاهدات ایران، وزارت امور خارجه ایران، ۱۹۵۹ م، ص ۸۳-۹۲.

۲. متن کامل فصل یازدهم عهدنامه موّدت ۱۹۲۱ بین ایران و روسیه (اتحاد شوروی) مورخ هشتم حوت ۱۲۹۹ شمسی، مطابق با ۲۶ فوریه ۱۹۲۱ میلادی بدین شرح است: «فصل یازدهم: نظر به اینکه مطابق اصول بیان‌شده در فصل هشتم این عهدنامه، عهدنامه منعقد در دهم فوریه ۱۸۲۸ ما بین ایران و روسیه در ترکمنچای نیز که فصل هشتم آن حقّ داشتن کشتی را در بحر خزر از ایران سلب نموده بود، از درجه اعتبار ساقط است، لهذا طرفین معظمین متعاهدین رضایت می‌دهند که از زمان امضای این معاهده، هر دو بالسویه حقّ کشتیرانی آزاد در زیر بیرقهای خود در بحر خزر داشته باشند.»

(به نقل از: مجموعه قراردادها، جزوه شماره ۲: «قراردادهای ایران و اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی»، وزارت امور خارجه، تهران، ۱۳۳۸، ص ۸۸).

نامیده می‌شود،^۱ در مواد ۱۲ و ۱۳ خود بر حق کشتیرانی آزاد طرفین در کلیه نقاط دریای خزر تأکید و آن را با جزئیات بیشتری مطرح کرده است. در این قرارداد مقرر شده است که با کشتیهای هر یک از طرفین در بنادر طرف دیگر از هر حیث، مثل کشتیهای ملّی رفتار شود.^۲

از طرف دیگر، در عهدنامه ۱۹۲۱ (فصل ۵ و ۶) با توجه به وضعیت امنیت رژیم انقلابی و تازه تأسیس آن زمان جمهوری سوسیالیستی شوروی، ترتیباتی را درباره دریای خزر تعیین می‌کرد؛ از جمله فصل هفتم این معاهده که امتیاز ویژه‌ای را تنها به این کشور ساحلی به شرح زیر اعطا می‌کند:

نظر به اینکه ملاحظات مذکور در فصل «۶» می‌توانند همچنین در باب امنیت در بحر خزر مورد پیدا نمایند، لهذا طرفین معظمین متعاهدین موافق هستند که اگر در جزء افراد بحریه ایران، اتباع دولت ثالثی باشد که از بودن خود در بحریه ایران برای تعقیب مقاصد خصمانه نسبت به روسیه استفاده نمایند، دولت شوروی روسیه حق خواهد داشت که انفصال عناصر مضره مزبوره را از دولت ایران بخواهند.

در نگاهی اجمالی به تحلیل مفاد ترتیبات مذکور، شاید بتوان گفت که این امتیازات پیش‌بینی شده یک‌جانبه برای شوروی که دریای خزر را هم شامل می‌شود، با شرط تساوی حقوق دولتهای ساحلی و منع هر امتیاز و احراز «رژیم کندومینیوم» در تضاد است؛ از این رو، با توجه به این واقعیت، ترتیبات ویژه معاهده ۱۹۲۱ م. در خصوص حق یک‌جانبه مداخله نظامی دولت شوروی روسیه در خاک ایران (و دریای خزر)، بلافاصله پس از انقلاب اسلامی در ۱۳۵۷ ش.، از سوی ایران

۱. The ۱۹۴۰ Agreement on Commerce and Navigation.

موافقت‌نامه ۱۹۴۰ م. راجع به بازرگانی و کشتیرانی در ۲۵ مارس ۱۹۴۰ م. در تهران منعقد شد. این موافقت‌نامه از یک مقدمه و ۱۶ ماده تشکیل شده است. برای دیدن نسخه فارسی این موافقت‌نامه، ر.ک: مجموعه معاهدات ایران، وزارت امور خارجه ایران ۱۹۵۹ م.، ص ۲۶۶-۲۸۱.

۲. بند ۱ ماده ۱۲ معاهده ۱۹۴۰ م. بیان می‌دارد: «با کشتیهایی که زیر پرچم یکی از طرفین متعاهدین در دریای خزر سیر می‌نمایند در بندرهای طرف متعاهد دیگر، چه در حین ورود و چه در مدت توقف و چه در موقع خروج، از هر حیث مثل کشتی کشوری رفتار می‌شود».

مورد اعتراض قرار گرفت و رد شد.^۱ همچنین درباره تقسیم مناطق دریایی و تعیین حدود مرزی معاهده ۱۹۲۱ م.، به تقسیم و ایجاد مرز در دریای خزر هیچ اشاره‌ای نکرده است، ولی طرفین را به رعایت مرزهای مقرر شده، مطابق کمیسیون مرزی ۱۸۸۱ م. و معاهده مرزی ۱۸۹۳ م. ایران و روسیه تزاری در کناره‌های خشکی دریای خزر و اراضی قفقاز و آسیای مرکزی ملزم کرده است.^۲

همچنین در اسناد ضمیمه عهدنامه ۱۹۴۰ م.، دریای مازندران بارها «دریای ایران و شوروی» خوانده شده است.^۳ در این عهدنامه‌ها، طرفین همچنین متعهد می‌شوند: اتباع کشورهای ثالث که در کشتیهای طرفین متعاهدتین و در بندرهای واقع در دریای مازندران مشغول خدمت هستند، از خدمت و توقف خود در کشتیها و بنادر برای مقاصدی که خارج از حدود وظایف خدمتی محوله به آنها باشد، استفاده ننمایند.^۴

با دقت در مفاد این معاهده متوجه می‌شویم تنها شرطی که برای کشتیرانی وجود دارد، درباره دولتهای دیگر است و طرفین، حق نداشته‌اند اجازه کشتیرانی در دریای مازندران را به دولت ثالثی بدهند. در این زمینه، فصل سیزدهم از قرارداد بازرگانی و بحریمایی مقرر می‌دارد:

طرفین متعاهدتین بر طبق اصولی که در عهدنامه مورخ ۲۶ فوریه ۱۹۲۱ بین ایران و جمهوری متحده سوسیالیستی روسیه اعلام گردیده است، موافقت دارند که در

۱. یادداشت وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۱ نوامبر ۱۹۷۹ م. به سفارت اتحاد جماهیر سوسیالیستی شوروی در تهران، سند سازمان ملل متحد به تاریخ ۲۲ اوت ۱۹۸۰، NV/۸۰/۶۵.

به نظر می‌رسد با تصویب منشور سازمان ملل متحد، دیگر حق مداخله نظامی شوروی سابق مطابق ترتیبات معاهده ۱۹۲۱ م. ایران و شوروی از دیدگاه حقوق بین‌الملل مردود شده است؛ به عبارتی دیگر، ترتیبات ویژه معاهده ۱۹۲۱ م. در این خصوص، باطل می‌باشد. در این باره، ر.ک:

W. Michael Reisman, «Termination of the U.S.S.R.'s Treaty Right of Intervention in Iran», A.J.I.L., ۱۹۸۰, vol.۷۴, pp.۱۵۳-۱۴۳.

همچنین، ر.ک: مهرداد ناظمی، «دریای خزر و حقوق بین‌الملل»، ص ۲۰۰-۲۰۵.

۲. ر.ک: مواد مندرج در فصل سوم معاهده ۱۹۲۱ م. ایران و شوروی سابق.

۳. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: جمشید ممتاز، *ایران و حقوق بین‌الملل*، دادگستر، تهران، ۱۳۷۶، ص ۲۸۵.

۴. مجموعه معاهدات ایران، وزارت امور خارجه ایران، ۱۹۵۹، ص ۲۸۲.

تمام دریای مازندران کشتیهایی بجز کشتیهای متعلق به ایران یا به اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی یا متعلق به اتباع و دستگاه‌های بازرگانی و حمل و نقل کشوری یکی از طرفین معاهدتین که زیر پرچم ایران یا پرچم اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی سیر می‌نمایند، نمی‌توانند وجود داشته باشند.

درباره ماهیگیری در دریای خزر، قرارداد ۱۹۴۰ م. دارای مقررات بسیار روشنی است که صرف نظر از محدوده ده مایلی از نوار ساحلی که از لحاظ ماهیگیری انحصاراً به طرفین تعلق دارد، صید ماهی در بقیه دریای خزر برای هر دو کشور آزاد اعلام شده است. بند ۴ ماده ۱۲ این قرارداد مقرر می‌دارد:

صرف نظر از مقررات فوق هر یک از طرفین معاهدتین، ماهیگیری را در آبهای ساحلی خود تا حد ده مایل دریایی به کشتیهای خود اختصاص داده و این حق را برای خود محفوظ می‌دارند که واردات ماهیهای صیدشده از طرف کارکنان کشتیهای را که زیر پرچم او سیر می‌نمایند، از تخفیفات و مزایای خاصی بهره‌مند سازند.^۱

اما به نظر می‌رسد تساوی حقوق در امر ماهیگیری در سراسر دریای خزر به سادگی استنتاج پذیر نیست؛ زیرا حوزه اعمال حقوق مربوط به ماهیگیری شامل دو منطقه مجزاً در دریای خزر، بدین شرح است: در تمام مناطق، غیر از آبهای ساحلی دریای خزر، یعنی منطقه ماورای حد ده مایل دریایی که ماهیگیری انحصاری برای هر یک از طرفین پیش‌بینی شده است، دو کشور ساحلی در حوزه اعمال این حقوق (تمام این منطقه) بر اساس معاهده ۱۹۴۰ م.، از حقوق ماهیگیری یکسان برخوردارند. یادآوری می‌شود که در منطقه ساحلی تا حد ده مایل دریایی، کشورهای ساحلی از حقوق انحصاری ماهیگیری به صورت متقابل برخوردارند، اما حوزه اعمال این حقوق یکسان نیست. حق انحصاری ماهیگیری برای ایران فقط به آبهای ساحلی ساحل جنوبی محدود شده است، در صورتی که حوزه اعمال این حق برای شوروی سابق، آبهای ساحلی سواحل شمالی، شرقی و غربی دریای خزر به استثنای ساحل جنوبی، یعنی اکثر آبهای ساحلی دریای خزر را در برمی‌گیرد؛ بنابراین، به نظر می‌رسد محدودیت مقرر در معاهده ۱۹۴۰ م. که متوجه حقوق دو کشور در آبهای

ساحلی است، از برقراری تساوی کامل حقوق کشورهای ساحلی در زمینه ماهیگیری در سراسر دریای خزر ممانعت نکرده است.

در خصوص کشتیهای جنگی، مقررات عهدنامه‌های فوق، هیچ‌گونه تمایزی میان کشتیهای تجاری و جنگی قائل نشده است؛^۱ بنابراین، به نظر می‌رسد انواع ناوهای جنگی برای کشتیرانی در دریای خزر آزاد باشند. البته در این باره، حقوق‌دانان روسی اجازه دولت طرف مقابل را برای این منظور لازم دانسته‌اند با این توضیح که آنان معتقدند گرچه مقرراتی برای کشتیهای جنگی پیش‌بینی نشده است، اصول عمومی پیمانها و منافع مشترک در امنیت ملی ایجاب می‌کند کشتیهای جنگی یک طرف قبلاً برای ورود به آبهای طرف دیگر اجازه بگیرند.^۲

همچنین پرواز بر فراز دریای خزر و نیز مسئله منابع بستر آن از مواردی است که در قراردادهای بین دو کشور به طور صریح به آنها اشاره‌ای نشده است. این امر، تقریباً نتیجه شرایط زمانی انعقاد قراردادهاست و همچنین با توجه به روح کلی عهدنامه‌های مربوط به این دریا و نیز با تسری بخشیدن اصولی که درباره کشتیرانی و ماهیگیری پیش‌بینی شده است، می‌توان نتیجه گرفت که پرواز هواپیماهای تجاری یا نظامی بر فراز این دریا برای دولتهای ساحلی آزاد است. تنها محدودیت موجود را می‌توان ناشی از ماده ۱۳ قرارداد بازرگانی و بحری‌مایی ۱۹۴۰ م. دانست که دولتهای ثالث را از حق کشتیرانی در دریای خزر محروم می‌کند؛ بدین ترتیب، پرواز بر فراز این دریا نیز به دولتها و اتباع دولتهای ساحلی منحصر است و بدیهی است اجازه پرواز بر فراز خاک کشورها، شامل پرواز بر فراز دریای خزر نمی‌شود.

در موافقت‌نامه هوایی ۱۹۶۴ م. بین ایران و شوروی، به مسئله پرواز بر فراز دریای خزر اشاره‌ای نشده است، لکن برای تعیین محدوده منطقه اطلاعات پرواز^۳ از خط

۱. زیرا فصل یازدهم معاهده ۱۹۲۱ م. می‌گوید: «هر دو بالسویه حق کشتیرانی آزاد را در زیر بیرقهای خود در بحر خزر داشته باشند.»

۲. R. Butter William, «The Soviet Union and the Continental Shelf» Notes and Comments, *American Journal of International Law*, ۱۹۶۹, vol. ۶۳, p. ۱۰۳.

۳. Flight Information Region.

فرضی «آستارا- بندر حسینقلی» استفاده شده است. البته باید متذکر شد که تعیین منطقه اطلاعات پروازی در افراز مرز اثری ندارد و براساس مسائل فنی مربوط به ایمنی هوانوردی و امکانات فنی کشورها از لحاظ کنترل پرواز هواپیماها تعیین می گردد.

درباره منابع بستر و زیر بستر دریای خزر باید اذعان داشت با توجه به رژیم حقوقی موجود این منابع به دولتهای ایران و شوروی تعلق داشته و طرفین بالسویه می توانسته‌اند، از آنها بهره برداری کنند. در این باره، در یکی از کتابهای راهنمای حقوق بین الملل که در شوروی منتشر شده است، صریحاً اشاره شده است که منابع فلات قاره دریای خزر به دولتهای ایران و شوروی متعلق است. این مطلب را ویلیام باتلر، محقق آمریکایی متخصص در مسائل مربوط به حقوق دریاها در شوروی، ضمن مقاله‌ای در نشریه آمریکایی حقوق بین الملل مطرح کرده است.^۱

درباره مقررات حاکم بر مرزها نیز باید گفت در هیچ یک از قراردادهایی که بین ایران و شوروی سابق منعقد شده، مشخص نشده است که مرز بین دو کشور در کجای دریای خزر واقع است؛ بنابراین نمی توان هیچ حکمی را در این زمینه ارائه داد که به قراردادهای بین دو کشور مستند باشد؛^۲ بنابراین، با توجه به سکوت قراردادهای بین دو کشور باید به عملکرد گذشته دو دولت مراجعه کرد تا مشخص شود که هر یک تا چه حد، در دریای خزر، اعمال تصرف مستمر داشته‌اند، بدون اینکه طرف دیگری به آن اعتراض کند. همچنین به عقیده اکثر حقوق دانان حقوق بین الملل در این گونه مواقع، فرض بر آن است که دریا (در اینجا خزر) نیمی به یک

۱. W. E. Butler, «The Soviet Union and...», Ibid., p. ۱۰۶;

همچنین ر.ک: دکتر بهمن آقایی، «رژیم حقوقی دریای خزر»، ص ۱۹.

۲. «یو» یکی از حقوق دانان، در این باره می نویسد: «تقریباً همه دریاهای مرزی توسط معاهدات منعقد شده به وسیله دولتهای ساحلی اطراف این دریاها، تجدید حدود شده‌اند، جز دریاچه کنستانس و دریای خزر».

Yu, Sheng, «International Rivers and Lakes,» in Mohammed Bedjaoui (General Editor), *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO, Paris, ۱۹۹۱, p. ۹۹۰.

دولت (ایران) و نیمی به دولت دیگر (شوروی سابق) تعلق دارد.^۱

با وجود این، بعضی از کشورها از جمله آذربایجان، بر این باورند که از آنجا که شوروی بر قسمت بیشتر دریای خزر اعمال تصرف مستمر داشته است، پس این دریا بین دو کشور تقسیم شده است و خط فرضی «آستارا-حسینقلی» را خط مرزی دو کشور و عملیات استخراج نفت در قسمت‌هایی از دریا از سوی شوروی را ادله این تصرف می‌دانند. اما باید متذکر شد که براساس رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه لوتوس،^۲ «قواعد و نظامات حقوقی حاکم بر روابط بین کشورها، ناشی از اراده آزاد آن کشورهاست و در معاهدات یا عرف مورد قبول همگانی ظاهر می‌شود.»^۳ به طور واضح‌تر، طبق این رأی، حقوق بین‌الملل بر توافق صریح یا ضمنی دولت‌ها مبتنی است. در این مورد، اگر عملکرد دولت شوروی را عرف تلقی کنیم، باید کشور مقابل، ایران، این عملکرد را به طور ضمنی (براساس نظریه ارادی عرف بین‌الملل) می‌پذیرفت، اما ایران هرگز چنین چیزی را نپذیرفته است. در نتیجه، سکوت ایران را می‌توان در قالب جنگ سرد معنا کرد. ایران به سبب در پیش گرفتن سیاست موازنه قدرت بین دو ابرقدرت، در مقابل اقدامات شوروی سکوت کرده است؛^۴ از این رو، اقدام شوروی در استخراج نفت، غیر قانونی به نظر می‌رسد؛

۱. سیدمحمدحسین میرمحمدصادقی، «رژیم حقوقی دریای خزر از لحاظ حقوق بین‌الملل و معاهدات فی ما بین ایران و شوروی سابق»، *فصلنامه مطالعات آسیای مرکزی و قفقاز*، ش ۱۰، ص ۱۶۲.

۲. «Lotus»؛ کشتی مسافربری فرانسوی بود که دوم اوت ۱۹۲۶ م. در دریای آزاد متصل به دریای اژه، با کشتی ترک به نام «برگوت» برخورد کرد؛ در نتیجه، چند تن از کارکنان کشتی ترک کشته شدند و کشتی مزبور نیز غرق شد. چندی بعد، همان کشتی مسافربری فرانسوی وارد بندر قسطنطنیه شد و مقامات ترک، افسری را که هنگام حادثه، نگهبان کشتی بود و چهار نفر فرانسوی دیگر را پس از دستگیری، محاکمه و زندانی کرد. این امر، موجب اعتراض شدید دولت فرانسه شد و طرفین تمایل خود را به حل اختلاف از طریق داوری ابراز کردند و موضوع، طبق قرار حکمیت مورخ ۱۳ اکتبر ۱۹۲۶ م. به دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی ارجاع شد. دیوان، اعتراض فرانسه را که خواستار آن بود که دعوا در فرانسه رسیدگی شود، نپذیرفت، دیوان هر چند نظر فرانسه را که مبنی بر صلاحیت دولت صاحب پرچم دارای ریشه در یک قاعده عرفی بود، رد کرده، از نظریه ارادی عرف بین‌الملل پیروی کرده است.

۳. سیدباقر میرعباسی، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران، نشر دادگستر، پاییز ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۸۶.

۴. مرکز مطالعات و تحقیقات دفاعی ندسا، *خزر و منافع ملی جمهوری اسلامی ایران*، ص ۸۱-۸۴.

زیرا رضایت ایران حتی به صورت ضمنی محرز نیست و نمی‌توان گفت شوروی مالک بخشی از دریا بوده و دریا بین این دو کشور تقسیم گردیده است.^۱

با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که طبق رژیم حقوقی موجود بین ایران و شوروی سابق صرف نظر از یک محدوده ده مایلی انحصاری ماهیگیری، تمامی دریای مازندران تحت حاکمیت دولتهای ایران و شوروی به طور مشاع و مشترک بوده است.

رویه کشورهای ساحلی خزر پس از فروپاشی شوروی

وضعیت حقوقی دریای خزر در حقوق بین‌الملل، موضوعی چند بعدی و بسیار پیچیده است که از زوایا و دیدگاههای گوناگون تحلیل پذیر است. پدیده فروپاشی اتحاد جماهیر سوسیالیستی شوروی در سال ۱۹۹۱ م. و ظهور و جانشینی^۲ چهار کشور ساحلی جدیدالتأسیس آذربایجان، ترکمنستان، قزاقستان و روسیه به جای آن، در کنار ایران بر تازگیها و پیچیدگیهای این موضوع افزوده و اهمیت روزافزونی در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی به آن داده است. رژیم حقوقی دریای خزر و تحولات آن، طی دهه گذشته از عوامل مختلف اقتصادی، سیاسی، ژئوپولیتیک، استراتژیک و امنیت انرژی در جهان متأثر گردید، به خصوص از سالهای ۱۹۹۳ و ۱۹۹۴ م؛ یعنی تاریخ شکل‌گیری کنسرسیومهای مهم نفتی و گازی چند ملیتی در نتیجه انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری، اکتشاف و بهره‌برداری از منابع طبیعی غیر زنده بستر و زیر بستر دریای خزر از سوی این کشورهای نوظهور، توجه گسترده محافل حقوقی-سیاسی را در سطح بین‌المللی، به خود معطوف داشته است. در این میان، کشورهای

۱. M. A. Movahed, «A Brief Look at Legal Regime of the Caspian Sea», Oil and Gas Prospects in the Caspian, The ۱۹۹۵ International Conference on Tehran, ۱۰-۱۱ December, ۶۶.

۲. در تعریف «جانشینی» در ترمینولوژی حقوق بین‌الملل عمومی و سازمانهای بین‌المللی این گونه آمده است: «جایگزین شدن کامل یا ناقص حاکمیت یک کشور (سابق) به وسیله یک کشور دیگر (لاحق) در قلمرو معینی، موجب قائم مقامی کشور دوم در حقوق و تکالیف کشور اول می‌شود» (به نقل از: سیدباقر میرعباسی، حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۱، ص ۱۶۷).

حاشیه دریای خزر با در پیش گرفتن مواضع حقوقی متفاوت و بعضاً متناقض، کوشیده‌اند مواضع خود را با استناد به حقوق بین‌الملل در برابر جامعه جهانی توجیه کنند و به ادعاهای خود در خصوص حقوق مربوط به استفاده از دریای خزر و منابع طبیعی آن، مقبولیت و مشروعیت بخشند.

در این باره، دولت روسیه، جمهوریهای جدید را نسبت به تمامی تعهدات ناشی از قراردادهای ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. متعهد می‌داند.^۱ به نظر روسیه، قرارداد ۱۹۲۱ م. بین ایران و شوروی سابق که در آن، حقوق مساوی برای کشتیرانی در آبهای دریای خزر پیش‌بینی شده است، اساس نظام حقوقی بهره‌برداری از منابع دریای مازندران است و حاکمیت بر منابع این دریا، از اصول حقوق بین‌الملل مربوط به دریاها تبعیت نمی‌کند و مسئله تحدید حدود مناطق دریایی مطرح نمی‌باشد.

طبق اصول مندرج در قرارداد ۱۹۲۱ م.، استفاده از دریای خزر بین دولتهای حاشیه آن به صورت مشاع است و ظهور دولتهای جدید، به خودی خود، بر نظام حقوقی موجود در دریای خزر اثری ندارد.^۲ در همین باره، دولت روسیه در سازمان ملل، سندی را به بخش حقوق دریاها تسلیم کرده و اعلام کرده که جمهوریهای جدید را نسبت به قراردادهای ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. متعهد می‌داند.^۳

از طرف دیگر، دولت جمهوری آذربایجان صریحاً خود را نسبت به این معاهدات متعهد نمی‌داند و براساس همین برداشت، به انعقاد قراردادهایی با شرکتهای نفتی مبادرت کرده است.^۴ دولتهای ترکمنستان و قزاقستان نیز این رویه را دنبال می‌کنند. موضع جمهوری اسلامی ایران کم‌وبیش، در جهت قدرت اجرایی

۱. «Russian official...», *Tehran Times*, ۲۶ Feb ۱۹۹۵, p.۳.

همچنین ر.ک: دکتر بهمن آقایی، «رژیم حقوقی دریای خزر»، ص ۲۰.

۲. Ibid.

۳. *ماهنامه جامعه سالم*، مصاحبه با دکتر جمشید ممتاز، سال چهارم، ش ۱۸، دی‌ماه ۱۳۷۳، ص ۲۲-۲۳.
۴. کنسرسیوم نفتی آذربایجان به ریاست «برتیش پترولیوم» و «استات اویل»، شامل: «آرامکو»، «پنزیل»، «آتو کال»، «مک درموت اینترنشنال»، «اکسون»، «رامکو انرژی»، «لوک ایل» (روسیه)، «دلنا غیر» و «ترکیش پترولیوم» (ترکیه) است. به نقل از:

«Azeri oil consortium unconcerned by Caspian Low», *Tehran Times*, ۲۹ May, ۱۹۹۵.

قراردادهای ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. بوده است.^۱ در عین حال، پیشنهادهایی نیز درباره افزایش حوزه انحصاری ماهیگیری از ده مایل به بیست مایل یا بیشتر مطرح شده است که توضیح آن در ادامه می آید.

به طور کلی، پس از فروپاشی شوروی، جمهوریهای به جای مانده از آن، طبق اعلامیه آلمانی در سال ۱۹۹۱ م. پایبندی خود را به معاهدات یا قراردادهای اتحاد جماهیر شوروی سابق با سایر دولتها را اعلام کردند. اما به لحاظ تغییر فضای سیاسی این جمهوریها و طرح اهمیت منابع نفت و گاز موجود در دریای خزر، اختلافهای مربوط به رژیم حقوقی دریای خزر از سال ۱۹۹۴ م. شروع شد. حال، به منظور تشریح و توضیح این وضعیت به طرح دیدگاههای کشورهای ساحلی می پردازیم.

روسیه: این کشور تا ۱۹۹۸ م. که نخستین قرارداد دوجانبه را با قزاقستان، مبنی بر تقسیم دریای خزر شمالی منعقد کرد، براساس قراردادهای دوگانه (۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م.) به رژیم حقوقی مشاع معتقد بود. وزارت امور خارجه این کشور در ۲۸ آوریل ۱۹۹۴ م. در پاسخ به ادعاهای آذربایجان و قزاقستان مبنی بر تقسیم دریای خزر، طی نامه ای به اطلاع سفارت انگلیس رساند تا زمانی که توافق جدیدی جایگزین قراردادهای ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. نشده باشد، آن قراردادها دارای اعتبار و مبنای تعیین رژیم حقوقی دریا هستند.^۲

در حالی که روسیه تا ۱۹۹۸ م. در مواضع رسمی خود به رژیمی مبنی بر «استفاده مشترک از دریای خزر»^۳ و منع اقدامهایی که بدون توافق کلیه کشورهای ساحلی به تقسیم دریای خزر منجر شود، تأکید می کرد^۴ (مواضعی کاملاً نزدیک به مواضع ایران)،^۵ ایران و ترکمنستان نیز در همان سال، مواضع حقوقی رسمی خود را به عنوان مناسب ترین مبنا برای رژیم حقوقی دریای خزر، در قالب رژیمی تحت عنوان

۱. ماهنامه جامعه سالم، مصاحبه با دکتر جمشید ممتاز، ش ۱۸، ص ۲۲.

۲. حامدعلی موحد، «ایران و فرصتهای بهره برداری از طرحهای انرژی در آسیای مرکزی و قفقاز»، اقتصاد انرژی، ش ۱۴، تیرماه ۱۳۷۹، ص ۳۶.

۳. Join utilization.

۴. نامه ثبت شده در دبیرخانه سازمان ملل متحد به شماره A/52/324.

۵. نامه A/51/59، A/52/324.

«ترتیباتی مبتنی بر استفاده مشترک کشورهای ساحلی از دریای خزر» در بیان‌های مشترک اعلام کردند.^۱ این ترتیبات در متن لاتین با عنوان «رژیم کندومینیوم» ذکر شده است.^۲

اما کشورهای نوظهور ساحلی خزر، و همچنین روسیه از ۱۹۹۸ م. به بعد، عمدتاً با رفتارها و اقدام‌های یک‌جانبه خود، موضعی در جهت برقراری وضعیت حقوقی دیگری، یعنی «رژیم افراز یا تقسیم دریای خزر» در پیش گرفته‌اند،^۳ که به نظر می‌رسد روند روزافزون اختلاف کشورهای ساحلی در مورد رژیم حقوقی دریای خزر به گونه‌ای بوده است که اخیراً امکان مراجعه به محاکم بین‌المللی به منظور حلّ و فصل این اختلافها مطرح شده است.^۴

آذربایجان: به لحاظ مسائل و مشکلات اقتصادی که پس از فروپاشی شوروی گریبان‌گیر این جمهوری شد، استخراج منابع نفت و گاز موجود در بخش متعلق به این کشور در دریای خزر برایش اهمیت حیاتی دارد؛ از این رو، در ۱۹۹۴ م. ضمن زیر پا گذاشتن اعلامیه آلمانی، ایده تقسیم دریا را به مناطق انحصاری ملی مطرح کرد. براساس این دیدگاه، هریک از کشورهای ساحلی در بخش متعلق به خود، از حاکمیت و صلاحیت تام برخوردار می‌شوند.^۵ این کشور به سبب مخالفت‌های روسیه و قزاقستان با عقب‌نشینی از موضع پیشین خود و در پی انعقاد قرارداد دوجانبه

۱. مطابق متن فارسی بند ۴ بیانیه مشترک ایران و ترکمنستان، مورخ ۱۷ تیرماه ۱۳۷۷ ش. برابر ۸ ژوئیه ۱۹۹۸ م.، نامه A/۵۲/۳۲۴.

۲. مطابق متن لاتین (انگلیسی و فرانسه) بند ۴ نامه ایران و ترکمنستان A/۵۲/۳۲۴.

۳. موافقت‌نامه روسیه و قزاقستان در مورد تقسیم کف دریای خزر براساس خط میانی به منظور اعمال حقوق مربوط به بهره‌برداری از منابع طبیعی (نفت و گاز) زیر بستر بخش شمالی دریای خزر بین طرفین، A/۵۲/۹۸۳، S/۱۹۹۸/۶۳۹؛ موافقت‌نامه آذربایجان و قزاقستان در مورد تقسیم بستر دریای خزر براساس خط میانی، مسکو، مورخ ۲۹ نوامبر ۲۰۰۱؛ پروتکل امضا شده بین رؤسای جمهوری روسیه و قزاقستان در خصوص تقسیم و تحدید حدود بستر دریای خزر براساس خط میانی و ایجاد مناطق بهره‌برداری از منابع طبیعی زیر بستر بین طرفین موافقت‌نامه، مسکو، مورخ ۱۳ مه ۲۰۰۲.

۴. در اجلاس عشق‌آباد در سوم و چهارم اردیبهشت ۱۳۸۱، گویا احتمال مراجعه کشورهای ساحلی به محاکم بین‌المللی، از طرف ترکمنستان مطرح شده است، اما این اجلاس به صدور بیانیه ختم نشد.

۵. شهرام ترابی، «مشابهت و مغایرت مواضع کشورهای ساحلی در مورد رژیم حقوقی خزر»، فصلنامه مطالعات آسیای مرکزی و قفقاز، ش ۳۵، پاییز ۱۳۸۰، ص ۹۹.

با روسیه در ۲۰۰۱ م، به مواضع آن دو کشور گرایش پیدا کرده است. در حال حاضر عمده اختلافهای این کشور با ایران دربارهٔ میدان نفتی البرز و با ترکمنستان دربارهٔ میدان نفتی سردار می‌باشد.

قزاقستان: در ابتدای طرح ادعاهایش در خصوص مالکیت بخش مورد نظرش از دریای خزر، موضعی متفاوت از سایر کشورهای ساحلی داشت. به این صورت که این دریا را به لحاظ ارتباطش به آبهای آزاد (از طریق کانال ولگا-دن)، دریای آزاد تصور می‌کرد و آن را مشمول مقررات کنوانسیون حقوق بین‌الملل دریاها (۱۹۸۲ م) می‌دانست که براساس این مقررات، دریای خزر را نیز باید شیه سایر دریاهای آزاد، به بخشهایی چون دریای سرزمینی، منطقه انحصاری اقتصادی و آبهای آزاد تقسیم کرد. این کشور در سال ۱۹۹۸ م. در پی انعقاد قراردادی دوجانبه با روسیه و تقسیم منابع نفتی مورد اختلاف با آن کشور، رژیم حقوقی ترکیبی مورد نظر روسیه را در پیش گرفت و پس از آن، موافقت‌نامه‌های مشابه دیگری نیز با دو کشور ترکمنستان و آذربایجان منعقد کرد.

ترکمنستان: این کشور در ۱۹۹۲ م، قانونی را در مجلس ملی به تصویب رساند که براساس آن، دوازده مایل از ساحل دریای خزر را به عنوان دریای سرزمینی خود اعلام کرد.^۱ چندی بعد، پیشنهاد دیگری مبنی بر گسترش دریای سرزمینی هریک از کشورهای ساحلی از دوازده مایل به ۴۵ مایل و مالکیت مشترک آنها بر بقیهٔ دریا را ارائه کرد. این پیشنهاد نیز به سبب غلبهٔ مواضع روسیه، آذربایجان و قزاقستان در حال حاضر منسوخ است. البته یادآوری می‌شود که جمهوری ترکمنستان، گذشته از اختلافهایی که با آذربایجان دربارهٔ میدان نفتی «سردار» دارد، مواضع سه کشور فوق را پذیرفته و تنها با آذربایجان در تعیین رژیم حقوقی دریای خزر دربارهٔ چگونگی ترسیم خط میانی اختلاف دارد.

جمهوری اسلامی ایران: ایران براساس قراردادهای ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. به مالکیت مشترک پنج کشور ساحلی بر دریای خزر معتقد است؛ زیرا این موافقت‌نامه‌ها به

۱. پیروز مجتهدزاده، «ژئوپلیتیک منطقهٔ خزر و سیاست تثبیت توسعهٔ ایران»، *بولتن تحلیلی پژوهشکدهٔ مطالعات راهبردی*، ش ۱۳۸۰/۶/۱۰، ص ۸۳.

تحدید حدود دریای خزر هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند. همچنین پس از عقد موافقت‌نامه ۱۹۴۰ م.، از دریای خزر به «دریای شوروی- ایران» نام برده شده است که طبق آن، رژیم حقوقی مورد توافق دو کشور مذکور قبل از سال ۱۹۹۱ م.، رژیم حقوقی مشاع بوده است. بعلاوه، پس از فروپاشی شوروی نیز جمهوریهای به جای مانده از آن با انتشار اعلامیه آلماتی (۱۲ دسامبر ۱۹۹۱ م.) پای‌بندی و تعهد خود را به موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای بین‌اتحاد شوروی و سایر دولتها را اعلام کردند. با این تفاسیر، گزینه مورد نظر ایران در درجه نخست، رژیم حقوقی مشاع، یعنی «رژیم کندومینیوم» است^۱ و تا زمانی که رژیم حقوقی جدیدی با توافق کلیه کشورهای ساحلی تدوین نشود، این گزینه به اعتبار خود باقی است؛ از این رو، هرگونه اقدام یک‌جانبه از سوی هریک از دولتهای ساحلی با هدف تحدید حدود مناطق دریای خزر و یا اعلام ادعاهای ملی در آن مناطق، تا زمان تکمیل رژیم حقوقی، نقض رژیم حقوقی فعلی است و رهیافت ایران، تأکید بر تداوم اجرای حاکمیت و مالکیت مشترک در دریای خزر است.^۲

البته یکی از دلایل اصلی ایران در ترجیح رژیم حقوقی مشاع این است که این ترتیبات، امکان باقی ماندن پنج کشور خزر را در همسایگی جغرافیایی بلاواسطه فراهم می‌کند^۳ و این امر برای ایران حیاتی است؛ زیرا با روسیه همسایه شده و می‌تواند به همکاری روسیه برای بهره‌برداری از کانال «ولگا- دن» امیدوار باشد. همچنین گرایش چهار کشور دیگر ساحلی به تقسیم بستر دریای خزر، ایران را واداشت تا گزینه دیگری مبنی بر تقسیم دریا به پنج سهم مساوی بین پنج کشور ساحلی را مطرح کند.

بنابراین آغاز اختلافها، مخالفت ایران با بهره‌برداری یک‌جانبه دیگر کشورهای

۱. Condominium.

۲. جمشید ممتاز، سعید میرزایی ینگجه، «رژیم حقوقی دریای خزر: دیدگاههای ایران»، ترجمه امیر مسعود اجتهادی، فصلنامه مطالعات آسیای مرکزی و قفقاز، ش ۳۵، پاییز ۱۳۸۰، ص ۱۵-۱۸.

۳. پیروز مجتهدزاده، «رژیم حقوقی دریای خزر: نمایی ژئوپولیتیک از موانعی در راه همکاریهای منطقه‌ای»، ترجمه ناهید ده‌کردی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره پیاپی ۱۷۴، ۱۳۸۰، ص ۶۰.

ساحلی از منابع نفت زیر بستر دریا بوده است، به طوری که در ۱۱ نوامبر ۱۹۹۷ م. به اقدام آذربایجان در استخراج نفت از میدان نفتی «چراغ» اعتراض کرد.^۱ همچنین در ۲۳ جولای ۲۰۰۱ م. کشتی جنگی ایران با پشتیبانی نیروی هوایی خود، از فعالیت کشتی لרزه‌نگاری شرکت انگلیسی «بریتیش پترولیوم»^۲ (طرف قرارداد آذربایجان) در میدان نفتی «البرز» (واقع در سهم بیست درصدی ایران از دریای خزر) ممانعت کرد. در این واقعه، ایران، به کشتی اکتشافی اعلام کرد که هرچه سریع‌تر، آبهای ایران را ترک کند، در غیر این صورت، مورد اصابت شلیک توپهای نیروی دریایی ایران قرار خواهد گرفت.^۳ در پی این تهدید، کشتی مزبور از منطقه مورد نظر ایران، خارج شد.^۴

به دنبال این اقدام، سفیر ایران در باکو به نخست وزیر ایران احضار و یادداشت اعتراض آذربایجان به وی تسلیم شد.^۵ از طرف دیگر، «نیک براون» سفیر انگلستان در تهران، در دیدار با دبیر شورای عالی امنیت ملی ایران، تصریح کرد که شرکتهای نفتی انگلستان، به هیچ وجه مایل نیستند در مناطق نفتی دریای خزر که ایران مخالف باشد، وارد عمل و فعالیت شوند؛ بنابراین، شرکت نفت «بریتیش پترولیوم» در آبهای مورد اختلاف ایران و آذربایجان فعالیت نخواهد کرد.^۶ نشریه نیوزویک آمریکا، اقدام ایران را در خارج از مرزهای خودش و در محدوده آبهای آذربایجان معرفی کرد، اما یکی از کارشناسان ایرانی، در واکنش به این موضع، این اقدام ایران را کاملاً درست دانسته و معتقد است که حتی اگر قرار باشد دیدگاه آذربایجان درباره

۱. جمشید ممتاز و سعید میرزایی ینگجه، «رژیم حقوقی دریای خزر: دیدگاههای ایران»، فصلنامه

مطالعات آسیای مرکزی و قفقاز، ش ۳۵، ص ۱۷.

۲. روزنامه اطلاعات، ۹ مرداد ۱۳۸۰، ص ۴.

۳. داریوش اژدری، «بازدارندگی در دریای خزر»، ماهنامه حقوق و اجتماع، سال پنجم، ش ۲۴-۲۳، آبان ۱۳۸۰، ص ۴.

۴. گروه نفت، «در خزر چه باید کرد؟»، نشریه چشم‌انداز ایران، ش ۱۴، خرداد و تیر ۱۳۸۱، ص ۲۲.

۵. داریوش اژدری، «بازدارندگی در دریای خزر»، ماهنامه حقوق و اجتماع، ش ۲۳-۲۴، آبان ۱۳۸۰، ص ۵.

۶. «شرکتهای نفتی انگلیسی در صورت مخالفت ایران، به هیچ وجه در دریای خزر فعالیت نخواهند کرد»، روزنامه اطلاعات، سه شنبه ۲ مرداد ۱۳۸۰، ص ۴.

رژیم حقوقی دریای خزر، ملاک عمل باشد، اقدام آذریها در محدوده ایران بوده است.^۱ بنابراین، در تشریح موضع ایران در مورد دریای خزر، می‌توان علایق و نگرانیهای ایران مربوط به این دریا را به دو گروه تقسیم کرد: مسائلی مستقیماً مربوط به دریا و مسائلی با پی آمدهای منطقه‌ای. گروه دوم، مشابه سیاستهای کلی ایران در قبال کشورهای حوزه جنوبی شوروی سابق است: تقویت موضع منطقه‌ای، دور نگه داشتن نیروهای متخاصم و خروج از انزوا، بهره‌برداری از فرصتهای جدید به منظور تأکید بر نقش شاهراه ارتباطی و....

بنابراین در یک تحلیل کلان، برخی از مسائل و علاقه‌مندیهای ایران را که مستقیماً به دریای خزر مربوط می‌شود، می‌توان به شرح ذیل بیان کرد:

۱. ایران، خواهان بهبود موضع خویش در برابر سایر کشورهای ساحلی است؛ چراکه در دوران تزارها و شوروی سابق، دریای خزر عمدتاً در تسلط روسها و سپس شورویها بود. حال در صدد است موضع مؤثر خویش را در دوران جدید تقویت کند.

۲. در مقایسه با سایر کشورهای ساحلی، افزایش سطح آب (سه متر از سال ۱۹۷۷ م.) بیشتر بر ایران تأثیر سوء داشته است، به طوری که بخش اعظم سواحل این کشور در آب فرو رفته است؛ از این رو، ایران خواهان افزایش همکاری به منظور ریشه‌یابی مسئله و ارائه راه‌حل مؤثر آن است.

۳. نشت نفت و فضولات صنعتی کارخانجات شوروی سابق شدیداً دریای خزر را آلوده کرده است و ایران نگران وضعیت زیست‌محیطی و منابع دریایی است، به‌ویژه آنکه وضعیت اقتصادی جمعیت ساحلی ایران به این منابع وابسته است.

۴. ایران، خواهان گسترش همکاری با همسایگان ساحلی خود برای توسعه منابع انرژی دریای خزر و مشارکت در صنایع نفت و گاز این کشورهاست.

۵. ایران، در صدد تقویت امکانات کشتیرانی و بنادر به منظور نزدیکی هرچه بیشتر به سایر کشورهای ساحلی و تثبیت نقش خویش به مثابه شاهراه ارتباطی است.

۱. پیروز مجتهدزاده، «آمریکا و شبهه‌های جغرافیایی در موضع‌گیری سیاسی»، روزنامه اطلاعات، یکشنبه ۱۴ مرداد ۱۳۸۰، ص ۱۶.

۶. همچنین ایران در نظر دارد دست کم بخشی از صادرات نفت و گاز منطقه دریای خزر، از این کشور عبور کند.

۷. نهایتاً آنکه ایران در دریای خزر حضور نظامی ندارد، به همین دلیل، این کشور تقسیم ناوگان دریایی شوروی سابق بین کشورهای منطقه را نوعی تهدید قلمداد کرده و خواهان خروج نیروهای نظامی این کشورهاست.^۱

به هر حال ناکافی بودن وضعیت حقوقی منبث از معاهدات ایران و شوروی سابق برای پاسخگویی به مسائل مستحدث حقوقی کشورهای ساحلی درباره چگونگی اکتشاف و بهره‌برداری از منابع طبیعی غیر زنده کف دریا (به خصوص نفت و گاز)، چگونگی کشتیرانی و ماهیگیری از سوی کشورهای ساحلی و مسائل زیست‌محیطی دریای خزر، به اختلاف نظر در خصوص تعیین رژیم حقوقی این پهنه آبی دامن زده است. اما پرسش مهم این است که دریای خزر و منابع طبیعی آن، از چه رژیم حقوقی‌ای تبعیت کرده و تا چه حدی به کشورهای حاشیه خود تعلق دارد؟

تاکنون، دو دیدگاه اصلی از جانب کشورهای ساحلی دریای خزر ارائه شده است:

۱. رژیم حقوقی «کندومینیوم» یا حاکمیت مشترک به منظور استفاده مشترک از دریای خزر و منابع طبیعی آن از سوی همه کشورهای ساحلی؛
۲. رژیم حقوقی افراز یا تقسیم و تحدید حدود دریا به منظور اعمال حقوق حاکم بر منابع طبیعی بستر و زیر بستر دریا از سوی هریک از کشورهای ساحلی به صورت انحصاری.

بنابراین اگر کشورهای ساحلی از طریق مذاکرات به یک مفهوم مشترک حقوقی، مثلاً رژیم کندومینیوم دست یابند، طبعاً راه بر حل و فصل مسائل و اختلافها از طریق توافق این کشورها گشوده می‌شود. در این روش، می‌توان در دریاچه‌ها براساس قراردادهایی به صورت اشتراکی استفاده کرد، بدون اینکه بین کشورهای

۱. ادموند هرزیک، *ایران و حوزه جنوبی شوروی سابق*، ترجمه کاملیا احتشامی اکبری، تهران، وزارت امور خارجه، ۱۳۷۵، ص ۶۰-۶۱.

ساحلی تقسیم شود. دریاچه «تی تی کاکا» بین بولیوی و پرو و «خلیج فونسکا»، مثالهایی از حاکمیت مشترک است. از نظر حقوقی نیز خزر را می‌توان به آبهای «خلیج فونسکا» شبیه دانست که شعبه ویژه دیوان بین‌الملل دادگستری در حکم ۱۱ سپتامبر ۱۹۹۲ م. در اختلاف السالوادور با هندوراس آن را «آبهای تحت حاکمیت مشترک سه کشور ساحلی» این خلیج توصیف کرده است.^۱ اما در صورت مراجعه به مرجعی ثالث، بررسی، تفسیر و تعیین رژیم حقوقی مزبور از طریق رویه قضایی یا داوری بین‌المللی صورت می‌گیرد که در این صورت، این پرسش مطرح است که به راستی در صورت رجوع کشورهای حاشیه دریای خزر به مراجعی نظیر دیوان بین‌المللی دادگستری و استناد به رویه قضایی این دیوان در قضیه خلیج فونسکا، تا چه حد انتظار می‌رود که وضعیت حقوقی دریای خزر با پیروی از منطق این دیوان در قضیه مزبور، از دیدگاه قضات بین‌المللی با مفهوم و شرایط رژیم کندومینیوم یا حاکمیت مشترک در حقوق بین‌الملل تطبیق کند؟

بنابراین، با اشاره به نکات فوق، در ادامه این نوشتار می‌کوشیم با شناسایی شرایط و اقتضائات رژیم حقوقی کندومینیوم با استناد به رویه قضایی بین‌المللی، امکان تطبیق چنین رژیمی را با وضعیت حقوقی دریای خزر بررسی کنیم.

شرایط لازم در تحقق رژیم کندومینیوم

دو شرط کلی به منظور استقرار رژیم کندومینیوم و استناد به آن در حقوق بین‌الملل عبارت است از:

۱. برابری حقوق کشورهای ذی‌نفع در پهنه سرزمین واحد

در حقوق بین‌الملل مفهوم کندومینیوم به معنای رژیمی است که مشخصه آن، اعمال مشترک قدرت سیاسی و قضایی (حاکمیت) از سوی دو یا چند کشور، براساس اصل مساوات در قلمروی معین است که در نتیجه، قلمرو مزبور از حیطة هر نوع

۱. جمشید ممتاز، «دشواریها و چشم‌اندازهای نظام حقوقی خزر»، اطلاعات سیاسی - اقتصادی، سال دوازدهم، شماره پیاپی ۱۲۳-۱۲۴، ص ۶۷.

اعمال صلاحیت دولتی به صورت انحصاری، خارج می‌گردد؛^۱ از این رو، از کندومینیوم به «حاکمیت مشترک»^۲ دو یا چند کشور که نمی‌توانند بدون در نظر گرفتن اصل تساوی حقوق یکدیگر در قلمرو سرزمین واحد، اقدامهای یک‌جانبه به عمل آورند و گاهی نیز به رژیم حقوقی «مالکیت مشترک»^۳ که در حقوق داخلی به رژیم «مالکیت مشاع» شهرت دارد، نام برده شده است.

دانشمندان حقوق بین‌الملل در نظریه‌ها و رساله‌های خود، تعریفها، دسته‌بندیها و طیفهای متعددی را از رژیم حقوقی کندومینیوم ارائه داده‌اند که ظاهراً نبود هر نوع امتیاز انحصاری یا یک‌جانبه نسبت به پهنه سرزمینی موضوع این رژیم، از ویژگیهای مشترک و اصلی آنهاست.

۲. توافق کشورهای ذی‌نفع در ایجاد رژیم کندومینیوم

در حقوق بین‌الملل، رژیم کندومینیوم یا حاکمیت مشترک، معمولاً در اثر انعقاد یک معاهده بین کشورهای ذی‌نفع ایجاد می‌گردد.^۴ در توجیه منطقی وجود شرط توافق معاهده‌ای، خصوصیات حاکمیت در نظر گرفته می‌شود. از آنجا که حاکمیت یک کشور در قلمرو سرزمینی خود، تجزیه‌نشدنی، انتقال‌ناپذیر، مصون از مرور زمان و نیز مستقل و انحصاری است، تحدید حاکمیت (مثلاً با ایجاد رژیمی با عنوان کندومینیوم و اشتراک در حاکمیت) به صورت ضمنی، فرضی و یا استنباطی، صورت نگرفته و مستلزم توافق صریح کشورهای ذی‌نفع است.^۵

بدین ترتیب، توصیف و تعیین ماهیت حقوقی رژیم کندومینیوم در خصوص یک

۱. Droit International Public, Tome III, Sirey, Paris, ۱۹۷۷, p. ۲۲.

۲. «Common Sovereignty» and «Joint Sovereignty».

۳. «Co-Property» and «Co-Ownership».

۴. لزوم وجود یک موافقت‌نامه برای ایجاد رژیم کندومینیوم در حقوق بین‌الملل، هم در بین استادان و حقوق‌دانان بین‌المللی، هم در بین وکلا و داوران حقوق بین‌الملل و هم توسط دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری مورد تأکید و تأیید است.

۵. دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه لوتوس «Lotus» در رأی ۱۹۲۷ خود بدین صورت اشاره و تأکید کرده بود که ایجاد محدودیتها در استقلال (کشورها) به صورت ضمنی (استنباطی) و فرضی صورت نمی‌گیرد.

پهنه سرزمینی، در وهله نخست، مستلزم بررسی کامل و دقیق توافق نامه یا مجموعه‌ای از معاهدات منعقد از سوی کشورهای است که پهنه سرزمینی مربوط، در قلمرو حاکمیت آنها واقع است. در این مرحله نخستین، آنچه معمولاً باید جست‌وجو کرد، عبارات، واژه‌ها و اصطلاحات به کار برده شده از سوی طرفین در موافقت‌نامه یا مجموع معاهدات است. بنابراین اصطلاحاتی نظیر «کندومینیوم»، «حاکمیت مشترک»، «مالکیت مشترک»، «کنترل مشترک»^۱ و یا «تصاحب مشترک»^۲ از اهمیتی خاص برخوردار است.

در تعیین ماهیت حقوقی رژیم کندومینیوم با سه حالت متفاوت روبه‌رو هستیم:

۱. فقدان هرگونه سابقه معاهداتی بین کشورهای ذی‌نفع یک پهنه سرزمینی. نمونه بارز چنین حالتی، وضعیت حقوقی دریاچه «کنستانس» است که به طرح و توسعه نظریه‌های مربوط به رژیم کندومینیوم دریاچه‌ها از سوی حقوق دانان انجامید؛ نظریه‌هایی که طرح و کاربرد آنها از سوی اتریش در مذاکرات کشورهای ساحلی این دریاچه مورد موافقت دیگر کشورهای ساحلی به خصوص سوئیس قرار نگرفت و به نتیجه‌ای نرسید. با استمرار این وضعیت، به دلیل عدم توافق کشورهای ساحلی مذکور، در نهایت چنین به نظر می‌رسد که ماهیت حقوقی رژیم کندومینیوم در خصوص این دریاچه، به صورت قطعی در حقوق بین‌الملل احراز نشده است؛ چرا که حتی نهایتاً کشورهای ساحلی این دریاچه به منظور قطعی شدن وضعیت حقوقی آن به محاکم بین‌المللی، نظیر دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری رجوع نکردند و ترجیح دادند، عملاً برحسب مورد، به گونه‌ای خاص برای استفاده از این دریاچه با هم کنار بیایند.

۲. وجود موافقت‌نامه یا معاهداتی که در آن به کندومینیوم، حاکمیت مشترک و یا مالکیت مشترک کشورها در یک پهنه سرزمینی صریحاً اشاره و تأکید شده است که با استناد به این اسناد نمی‌توان این رژیم را انکار کرد، اسنادی از قبیل:

الف) کندومینیوم بین فرانسه و انگلیس در مورد جزایر «هبریدنو» براساس

۱. Common Control.

۲. Common Possession.

معاهدات ۱۸۸۷، ۱۹۰۶ و پروتکل ۱۹۱۴ م.

ب) کندومینیوم بین انگلیس و ایالات متّحده آمریکا در خصوص جزایر «کانتون» و «اندربری» در اقیانوس آرام که طبق تفاهم‌نامه سال ۱۹۳۹ م. به وجود آمد.

ج) کندومینیوم بین روسیه و ژاپن در مورد جزایر «ساخالین» که به مدت دو دهه، طبق معاهده ۱۸۵۵ م. به منظور تصاحب مشترک آن جزیره ایجاد شد و سپس با انعقاد معاهده ۱۸۷۵ م. منحل گردید.

۳. وجود معاهده و یا مجموعه معاهداتی بین کشورهای ذی‌نفع یک پهنه سرزمینی بدون اشاره صریح به واژه‌های «کندومینیوم»، «حاکمیت مشترک» یا «مالکیت مشترک» در آنها، در این صورت، تفسیر این معاهدات در حقوق بین‌الملل که خود مبحثی تخصصی است،^۱ اهمیت خاصی می‌یابد. بنابراین، علاوه بر متن خود معاهده، مقدمه، پروتکلها و یادداشتهای رسمی ضمیمه معاهده، برای احراز قصد واقعی طرفین معاهده، به رفتار کشورهای طرف معاهده نیز در اجرای معاهده بعد از تاریخ انعقاد آن، توجه می‌شود^۲ و در صورت اختلاف کشورها در تفسیر معاهده، معمولاً به محاکم بین‌المللی (قضایی یا داوری) مراجعه می‌شود.^۳ به نظر می‌رسد مسئله دریای خزر، در زمره این موارد باشد.

همان‌طور که اشاره شد، بعد از فروپاشی شوروی، دو کشور ساحلی ایران و ترکمنستان، مواضع مشترک خود را صریحاً با عنوان «رژیم کندومینیوم دریای خزر» مطرح کردند،^۴ درحالی که سایر کشورها در مواضع و نیز رفتار خود، با ابراز

۱. ر.ک: هدایت‌الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، نشر نو، ۱۳۷۹، ص ۴۳۲-۵۳۴.

۲. به استناد مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات وین ۱۹۶۹ م.

۳. براساس بند «الف» ماده ۳۶ از اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی، صلاحیت دیوان برای تفسیر معاهدات پیش‌بینی شده است.

۴. بیانیه مشترک ایران و ترکمنستان مورخ ۱۷ تیرماه ۱۳۷۷ ش. برابر ۸ ژوئیه ۱۹۹۸ م. به چهار زبان فارسی، ترکمنی، روسی و انگلیسی صادر شده است که در آن مقرر شده است که در صورت بروز هرگونه اختلاف، متن انگلیسی معتبر خواهد بود؛ یعنی متنی که عبارت «کندومینیوم» در آن منعکس شده است، نامه A/53/453، سازمان ملل متحد، مورخ ۲ نوامبر ۱۹۹۸ م.

مخالفت خود را با چنین رژیمی، موضعی مبنی بر افراز دریای خزر در پیش گرفتند؛ برای مثال، بیانیه آذربایجان درست بعد از بیانیه مشترک ایران و ترکمنستان، مبنی بر مخالفت مجدّدش با عدم تقسیم دریای خزر و نیز مخالفتش با سهم بیست درصدی ایران در صورت تقسیم آن بین کشورهای ساحلی^۱؛ موافقت‌نامه امضا شده بین آذربایجان و قزاقستان در مسکو، مورخ ۲۹ نوامبر ۲۰۰۱ م. در خصوص تقسیم بستر دریای خزر براساس خط منصف یا میانی بین یکدیگر و پروتکل امضا شده بین روسیه و قزاقستان مورخ ۱۳ مه ۲۰۰۲ م. در مورد تقسیم بخش شمالی کف دریای خزر.

البته دیوان دادگستری بین‌المللی صریحاً بر خلاف شرط وجود معاهد به منظور آغاز رژیم کندومینیوم در رأی خود درباره رژیم حقوقی «خلیج فونسکا» که بین هندوراس، السالوادور و نیکاراگوئه بود، اعلام داشت که در حالی که معمولاً رژیم کندومینیوم با یک معاهده ایجاد می‌شود، ظاهراً و حسب قاعده، دلیلی وجود ندارد که پدیده جانشینی کشورها، رژیم حاکمیت مشترک را در خصوص یک پهنه دریایی واحد و تقسیم‌نشده‌ای که به دو یا چند کشور جدید منتقل شده است، ایجاد نکند؛ به عبارت دیگر، دیوان با صدور این حکم، استثنائاً شرط توافق کشورهای ذی‌نفع را نادیده گرفت.^۲

بنابراین، به نظر می‌رسد شرط توافق کشورهای ساحلی به عنوان شرط عامی که تحقق آن، ماهیت رژیم کندومینیوم را در حقوق بین‌الملل احراز و تثبیت می‌کند، با توجه به عملکرد کشورهای ساحلی قبل و بعد از پدیده فروپاشی و جانشینی کشورها در کنار یک منطقه دریایی، ممکن است استثنائاً نادیده گرفته شود، اما ظاهراً در خصوص شرط دیگر رژیم کندومینیوم چنین استثنایی صحت نداشته باشد. در این باره، دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص شرط تساوی حقوق کشورهای ساحلی و منع هر نوع امتیاز یک‌جانبه، با تحلیلی که از محتوای ساختار

۱. نامه مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۹۸ م.، A/53/741، سازمان ملل متحد مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۹۸ م.

۲. مهرداد ناظمی، «دریای خزر و حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ج ۱۰۱، شماره ۱۸۴، ص ۱۷۰-۱۸۰.

کندومینیوم دربارهٔ منافع مشترک کشورهای ساحلی در رأی ۱۹۹۲ م. بیان داشته است، به صورتی تأکید کرده است که ظاهراً نمی‌توان آن را نادیده گرفت: کندومینیوم، در واقع، بهترین قالب حقوقی است برای شرایط اشتراک منافع، که عبارت است از تساوی کامل در استفاده از آبها، اشتراک حقوق کشورها از نظر حقوقی و منع هر امتیاز.^۱

رژیم کندومینیوم و وضعیت دریای خزر

پس از گذشت بیش از یک دهه از صدور رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص رژیم حقوقی آبهای خلیج فونسکا، تا امروز، این مورد، تنها مورد استثنایی تاریخ رویه قضایی بین‌المللی بوده است که طبق آن، وضعیت حقوقی یک پهنه دریایی بین کشورهای ساحلی آن، رژیم کندومینیوم اعلام شده است. در اینکه تقریباً تمام مناطق دریایی و دریاچه‌ای جهان بین کشورهای ساحلی مناطق مشترک، تقسیم شده‌اند (چه از راه توافق کشورهای ذی‌نفع و چه با رجوع به محاکم بین‌المللی) و تحدید حدود شده‌اند، تردیدی نیست. این واقعیت انکارناپذیر به این معنا نیست که قواعد حقوق بین‌الملل ناظر به وضعیت کلیه دریاها و دریاچه‌های جهان، به گونه‌ای روشن و تثبیت شده است که رژیم حقوقی دریای خزر نیز الزاماً تابع رژیم حقوقی افراز و تقسیم می‌باشد که بیشتر اگر روند تحولات مواضع کشورهای ساحلی خزر به گونه‌ای باشد که بیشتر به سوی رژیم افراز دریای خزر سیر کند، این امر مانع از آن نیست که امکان در نظر گرفتن رژیم کندومینیوم را به کلی بعید دانست.

پذیرفتن الگوهای مختلف چنین رژیمی با توافق کشورهای ساحلی میسر است. چنین رژیمی، طبق مواضع ایران و ترکمنستان در ۱۹۹۸ م. در قالب الگویی که فقط متوجه بخشی از دریای خزر بوده، اعمال شده است، در حالی که برای بخش دیگر آن، رژیم افراز مطرح شده است، ولی در آینده نیز می‌توان چنین رژیمی را به گونه‌ای در نظر گرفت که شامل همهٔ پنج کشور ساحلی نشود.

۱. پاراگراف ۴۰۹ رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «خلیج فونسکا».

در حقوق بین‌الملل، کشورهای ساحلی یک پهنه آبی، می‌توانند با توافق همدیگر، هریک از گزینه‌های رژیم کندومینیوم یا افراز را که بیشتر با هدف خود مطابق می‌دانند، انتخاب کنند، اما اگر چنین توافقی حاصل نشود و به محاکم بین‌المللی مراجعه کنند، کشورهایی که مواضع خود را بر رژیم کندومینیوم استوار کرده‌اند، نمی‌توانند به منظور پشتیبانی از مواضع خود در آن محاکم، به موارد متعددی از رویه قضایی بین‌المللی استناد ورزند؛ چراکه خلیج فونسکا تنها سابقه قضایی بین‌المللی قابل استناد در این زمینه است. البته بین وضعیت خلیج فونسکا و دریای خزر اشتراکاتی وجود دارد که به منظور استناد به این نوع رژیم حقوقی ممکن است مستند، منطقی و حقوقی باشد؛ پاره‌ای از این اشتراکات به قرار زیر است:

- الف) عدم تعیین رژیم حقوقی خاص و تقسیم یک پهنه آبی قبل از پدیده فروپاشی؛
- ب) وجود وضعیت فروپاشی یک کشور و ایجاد چند کشور جدیدالتأسیس و جانشینی آنها از کشور واحد اولیه؛
- ج) وجود محدوده شبه آبی بین چند کشور؛
- د) اختلاف نظر کشورهای ساحلی در خصوص رژیم حقوقی پهنه آبی واحد (دریای خزر)؛
- ه) عدم وجود معاهده خاصی بین کشورهای ساحلی که طبق آن، صریحاً رژیم کندومینیوم بین آنها ایجاد شده باشد؛
- و) با توجه به وجود منافع کشتیرانی (تجاری و ماهیگیری) در یک واحد بسته دریایی و اهمیت آن، تحدید حدود مطلق و کامل خلیج فونسکا یا دریای خزر، تبعیض و تعلق در امر تردد و کشتیرانی را ایجاد می‌کند.
- بر خلاف قضیه خلیج فونسکا، بررسی عملکرد کشورهای ساحلی دریای خزر پیش از فروپاشی شوروی امر ساده‌ای به نظر نمی‌رسد؛ چرا که دریای خزر به یک کشور واحد متعلق نبوده است و ایران نیز به عنوان کشور ساحلی دیگر، از زمانهای باستان در این منطقه حضور داشته است و هیچ‌گاه کلیه حقوق مربوط به استفاده از

دریای خزر، مثل کشتیرانی و ماهیگیری به طور مطلق و انحصاری به شوروی سابق و یا روسیه تزاری متعلق نبوده و حاکمیت این کشور نیز به صورت مطلق و انحصاری در آن اعمال نشده است. پس از فروپاشی شوروی، چهار کشور ساحلی مستقل آذربایجان، ترکمنستان، قزاقستان و روسیه، به صورت همزمان در سال ۱۹۹۱ م. در کنار کشور ساحلی قبلی ایران تأسیس شدند که پدیدهٔ جانشینی کشورها بر خلاف قضیهٔ خلیج فونسکا شامل آن نمی‌شود.

حتی اگر این نظر درست باشد که چهار کشور ساحلی مذکور در اثر جانشینی کشورها مثل قضیهٔ خلیج فونسکا، همزمان وارث دریای خزر می‌باشند، اما بر خلاف همان قضیه، وارث انحصاری تمام دریای خزر نیستند؛ بنابراین، وضعیتی که قاضی یا داور بین‌المللی با آن مواجه است، به سادگی وضعیت خلیج فونسکا نیست و وضعیت دریای خزر در این مقطع تاریخی حساس - هنگام انتقال حاکمیت در روند جانشینی کشورها - وضعیت بسیار متفاوتی است؛ چراکه در اینجا مسئلهٔ حاکمیت دو کشور ساحلی ایران و شوروی سابق در دریای خزر در دورهٔ قبل از فروپاشی مطرح است.

تحلیل وضعیت خزر برای تعیین رژیم حقوقی

به نظر می‌رسد در دورهٔ قبل از فروپاشی شوروی در حالی که هیچ مرز آبی بین‌المللی (یا اصولاً مرزی در کف دریا) بین دو کشور ساحلی در دریای خزر ایجاد نشده بود، اتحاد جماهیر سوسیالیستی شوروی هیچ‌گاه با ایران، در زمینهٔ بهره‌برداری از منابع طبیعی کف دریای خزر همکاری نکرده است؛ از این رو، عملکرد این کشور در اقدام به دعوت شرکت‌های نفتی غربی به منظور اکتشاف، مشارکت و همکاری پروژه‌های نفتی ممکن است نشان‌دهندهٔ فعالیت‌های یک‌جانبه‌ای باشد که بدون در نظر گرفتن حقوق و منافع ایران در این دوره، از سوی شوروی سابق در دریای خزر صورت گرفته است و ظاهراً هیچ واکنشی نیز از سوی ایران در برابر این فعالیتها صورت نگرفته است؛ بنابراین، در صورت مراجعهٔ کشورهای ساحلی به

دیوان بین‌المللی دادگستری، به احتمال بسیار زیاد، سکوت ایران در مقابل این رفتار یک‌جانبه شوروی سابق در زمینه بهره‌برداری نفتی از کف دریای خزر با ایراد روبه‌رو می‌شود.^۱

ظاهراً این نحوه بهره‌برداری از منابع طبیعی زیر بستر دریای خزر، زیر نظر دولت شوروی سابق در بخش عمده‌ای از سواحل به استثنای بخش جنوبی نزدیک به ایران، با فروپاشی این کشور در ۱۹۹۱ م. روند دیگری یافت. این بهره‌برداری برای روسیه به عنوان تنها کشور وارث و ادامه‌دهنده عضویت شوروی سابق در شورای امنیت سازمان ملل متحد، تنها به مناطق مقابل سواحل کاهش یافته فدراسیون روسیه در بخش شمالی دریای خزر محدود شد. از سال ۱۹۹۳ و ۱۹۹۴ م. با انعقاد قراردادهای عظیم نفتی - گازی به ترتیب با کشورهای نوظهور مستقل ساحلی قزاقستان، آذربایجان و سپس ترکمنستان و شکل‌گیری کنسرسیومهای بزرگ نفتی - گازی متشکل از مهم‌ترین شرکتهای چندملیتی نفتی و گازی جهان (آمریکایی، انگلیسی، آلمانی، فرانسوی، هلندی، بلژیکی، نروژی، ایتالیایی، ایرلندی، روسی، ژاپنی، سعودی، آذربایجانی، ترکی و...) فعالیتهای اکتشاف و بهره‌برداری از قسمت اعظم منابع طبیعی زیر بستر دریای خزر که عمدتاً تاکنون در مقابل سواحل این سه کشور شناسایی شده است، به تدریج افزایش یافت.

این امر، موجب شد که فدراسیون روسیه برای نخستین بار، با ارسال نامه‌ای رسمی به دبیرخانه سازمان ملل متحد با استناد به معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. ایران و

۱. برای مثال، آذربایجان در مواضع رسمی خود به رویه و عملکردهای گذشته در استفاده از دریای خزر تأکید کرده است و بر این مبنا، ادعا می‌کند که فعالیتهای اکتشافی ایران در بخشی از دریای خزر که بیست درصد سطح آن را تشکیل می‌دهد، با قواعد و اصول حقوق بین‌الملل در تضاد است. ظاهراً این اعتراض آذربایجان بدین دلیل است که ایران در زمان شوروی سابق در برابر فعالیتهای نفتی این کشور سکوت اختیار کرده بود و اعتراضی به آنها نکرده بود. پس از فروپاشی شوروی نیز، این رفتارها از سوی کشورهای نوظهور ادامه یافت. به نظر می‌رسد در این خصوص، مسئله تفسیر سکوت ایران در حقوق بین‌الملل مطرح است؛ مثلاً به این عنوان که سکوت ایران دلیل رضایت این کشور ساحلی تلقی نمی‌شده، بلکه به لحاظ احتیاط در روابط بین‌المللی در دوره جنگ سرد با یک ابرقدرت وقت که همسایه شمالی ایران نیز بوده است، سکوت اختیار شده بود. ر.ک: نامه آذربایجان، A/53/741، سازمان ملل متحد.

شوروی سابق، مواضع حقوقی خود را در قبال رژیم حقوقی دریای خزر تشریح کند و به فعالیتهای یک‌جانبه این کشورهای نوظهور در اکتشاف و بهره‌برداری از منابع طبیعی زیر بستر با تأکید به استفاده مشترک از دریای خزر با مشارکت همه کشورهای ساحلی، اعتراض کند.^۱ بنابراین به نظر نمی‌رسد بعد از فروپاشی شوروی، طی دوره کوتاه ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۴ م.، کشورهای ساحلی در خصوص چگونگی استفاده از دریای خزر و رژیم حقوقی آن با اختلافاتی مواجه شده باشند که به صورت اعتراضات رسمی منعکس شده باشد.

از این رو، از سال ۱۹۹۴ م. به بعد، مبحث رژیم حقوقی دریای خزر در حقوق بین‌الملل به صورت آشکار در سطح بین‌المللی مطرح شد و تاکنون در این مورد، بیش از بیست نامه رسمی از سوی پنج کشور ساحلی به صورت بیانه‌های یک‌جانبه و دوجانبه به سازمان ملل متحد ارسال شده است که عمدتاً نمایانگر اختلافها و اعتراضهای این کشورهاست.

از سال ۱۹۹۵ م. به بعد، ایران نیز با استناد به معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. با در پیش گرفتن مواضعی مشابه با مواضع روسیه در قبال رژیم حقوقی دریای خزر (به صورت بیانه مشترک با روسیه و نیز با اعلامیه‌های یک‌جانبه)، اعتراضهای خود را با ارسال نامه‌های رسمی به سازمان ملل متحد منعکس کرد. کشورهای نوظهور ساحلی نیز به منظور توجیه حقوقی و ادامه اقدامها و فعالیتهای خود در بهره‌برداری از منابع طبیعی زیر بستر (خصوصاً نفت و گاز)، با توسل به حقوق بین‌الملل دریاها و مطرح کردن عملکرد گذشته ایران و شوروی سابق در استفاده از دریای خزر، ادعاهای خود را با تأکید بر رژیم حقوقی افراز دریای خزر، با ارسال بیانه‌های پی‌درپی منعکس کردند.^۲

ادعاهای سه کشور نوظهور ساحلی بر این پایه استوار است که اتحاد جماهیر سوسیالیستی شوروی طی عملکرد گذشته خود، دریای خزر را در بخش شوروی

۱. نامه A/۴۹/۴۷۵، مورخ ۱۵ اکتبر ۱۹۹۴ م.، سازمان ملل متحد.

۲. نخستین نامه اعتراض ایران به صورت بیانه مشترک با روسیه در مورخ ۳۰ نوامبر ۱۹۹۵ م. است: نامه

A/۵۱/۵۹، به تاریخ ۲۷ ژانویه ۱۹۹۶، سازمان ملل متحد.

که حسب ادعا، در عمل با خط مستقیم فرضی آستارا- حسینقلی از بخش ایرانی تفکیک شده بود، طبق تقسیمات داخلی اداری آن کشور، براساس خط میانی بین جمهوریهای سابق خود تقسیم کرده بود و این تقسیمات بعد از فروپاشی باید به مرزهای آبی بین الملل کشورهای ساحلی دریای خزر مبدل گردد؛^۱ از این رو، متعاقباً ادعاهای مزبور از سوی ایران با اعتراض روبه رو شد. سپس در سال ۱۹۹۸ م، روسیه و قزاقستان با توافقی دوجانبه، برای نخستین بار، بخش شمالی کف دریای خزر را به منظور اعمال حقوق مربوط به بهره برداری از منابع طبیعی زیر بستر، طبق «اصل خط میانی» (منصف) ^۲ بین خود تقسیم کردند. ^۳ گفتنی است که در این توافق، آبهای سطحی به منظور استفاده مشترک برای کشتیرانی آزاد، ماهیگیری و حفاظت از محیط دریایی تقسیم نشده است. از طرف دیگر، به نظر می رسد در پیش گرفتن چنین عملکردی از جانب روسیه به عنوان کشوری ساحلی که مواضع خود را قبلاً براساس رژیم استفاده مشترک از دریای خزر، طبق اصل اتفاق آرای کشورهای ساحلی استوار کرده بود، با مفهوم حاکمیت مشترک یا رژیم کندومینیومی که شامل تمام دریای خزر شود، همخوانی ندارد.

ممکن است نتیجه گیری نهایی این باشد که وجود اختلاف نظرها و عملکردهای گوناگون دولتهای ساحلی در دریای خزر با مفهوم رژیم کندومینیوم در حقوق بین الملل کاملاً انطباق ندارد؛ چراکه حوزه کندومینیوم در پهنه آبی، معمولاً همه محتویات و اجزای آن، یعنی هوا، آب، بستر، زیربستر و منابع طبیعی متعلق به آن را شامل می شود. در این صورت، خود را با رژیم حقوقی خاص و منحصر به فردی که نه کندومینیوم

۱. ر.ک: نامه های A/52/93، A/52/424، A/53/741، سازمان ملل متحد.

۲. «Median Line» تعریف «خط میانی» یا «خط منصف» در حقوق بین الملل در ماده ۶ کنوانسیون ژنو مورخ ۲۹ آوریل ۱۹۵۸ در خصوص تحدید حدود فلات قاره چنین منعکس شده است: در صورتی که فلات قاره به قلمروهای دو یا چند کشور متصل باشد که سواحل آنها مقابل یکدیگر واقع است، تعیین مرز فلات قاره متعلق به کشورهای مذکور با توافق طرفین است. در صورت عدم توافق، مرز فلات قاره خط منصفی است که مجموع نقاط آن به صورت مساوی از نزدیک ترین خطوط مبدأ تعیین عرض دریای سرزمینی هریک از کشورهای مذکور به یک فاصله باشد مگر آن که اوضاع خاص، بر وجود خط مرزی دیگری دلالت کند.

۳. ر.ک: اسناد A/52/983، S/1998/339، سازمان ملل متحد.

واقعی است و نه یک تقسیم یا افراز معمولی، روبه‌رو می‌بینیم. در چنین رژیم خاص^۱ و یا دوگانه‌ای، احتمال می‌رود در حالی که مثلاً سطح آب برای استفاده کشتیرانی و ماهیگیری بین پنج کشور ساحلی مشترک است، بخشی از کف دریای خزر کاملاً بین بعضی کشورهای ساحلی (مثلاً بین روسیه، قزاقستان و آذربایجان) به صورت مناطق انحصاری تقسیم شود و بخش دیگری از کف آن، بین کشورهای باقی‌مانده (مثلاً بین ایران و ترکمنستان) به صورت مشاع بهره‌برداری شود.

«اصل مساوات» در رژیم حقوقی خزر

در شرایط کنونی که ظاهراً هنوز الگوی مشخصی در خصوص تعیین و تثبیت رژیم حقوقی آینده دریای خزر مورد موافقت کشورهای ساحلی آن نیست، طرح الگویی از تقسیم دریای خزر براساس سهم برابر کشورهای ساحلی در صورت تحقق فرضیه افراز، موهم این استنباط است که اعمال «اصل مساوات»، قاعداً باید رضایت عمومی و توافق همه این کشورها را فراهم کند؛ چراکه معمولاً مساوات در تقسیم با هرگونه تبعیض و اختصاص امتیازی انحصاری به برخی کشورهای ساحلی تنافی دارد و دیگر دلیلی برای نارضایتی این کشورها نسبت به حقوق خود در دریای خزر باقی نمی‌ماند؛ بنابراین، می‌توان دو برداشت کلی را از تقسیم دریای خزر براساس اصل مساوات در نظر گرفت.

۱. تقسیم سرزمینی خزر

هدف از این الگوی حقوقی، تنها تقسیم جغرافیایی یک پهنه سرزمینی به صورت سهم مساوی میان کشورهای حاشیه آن است. پهنه سرزمینی در خصوص دریای خزر بر بستر و زیربستر، ستون آب و سطح آب و همچنین فضای فوقانی دریا مشتمل است. در این الگو، منابع طبیعی دریای خزر مورد نظر نیست. در نتیجه، تقسیم سرزمینی دریای خزر براساس اصل مساوات، تک‌مرحله‌ای نخواهد بود. با توجه به تعداد کشورهای ساحلی (هم‌اکنون پنج کشور) تمامی دریای خزر، یک‌باره به پنج

۱. Sui Generis.

بخش مساوی از لحاظ وسعت هندسی تفکیک می‌گردد. در این صورت، سهمی معادل بیست درصد از دریای خزر به عنوان منطقه ملّی به هریک از این پنج کشور ساحلی به صورت انحصاری تعلق می‌گیرد.^۱

امتیاز بزرگ این الگوی تقسیم، سادگی نتیجه نهایی آن است که به دلیل تساوی کامل سهم همه کشورهای ساحلی، به هیچ‌یک از آنها در هر شرایط و با هر عنوانی، سهمی کمتر از آنچه به کشورهای دیگر تعلق می‌گیرد، اختصاص نمی‌یابد. ظاهراً این امتیاز و مقبولیت آن، از نظر افکار عمومی در همه کشورهای ساحلی باید زمینه مطلوبی برای تفاهم این کشورها در خصوص تعیین رژیم حقوقی دریای خزر، در صورت تحقق فرضیه افزایش ایجاد کند. در این باره، تنها ایران و ترکمنستان در مواضع رسمی خود، برای نخستین بار، به اصل سهم مساوی کلیه کشورهای ساحلی در صورت تقسیم آن تأکید ورزیده‌اند.

با استناد به آخرین تحولات در مواضع و نشستهای کشورهای ساحلی دریای خزر، به نظر می‌رسد ایران توانسته است همچنان پای‌بندی خود را به تقسیم دریای خزر براساس اصل مساوات و بر مبنای تعداد کشورهای ساحلی آن اعلام کند.^۲

۱. این الگوی تقسیم طبق مواضع جمهوری اسلامی ایران در صورت تحقق رژیم افزایش در دریای خزر است. مواضع ترکمنستان نیز در سال ۱۹۹۸ م. در خصوص اعمال اصل مساوات در تقسیم بر مبنای تعداد کلیه کشورهای ساحلی با مواضع ایران تطبیق می‌کند. (بیانیه مشترک رؤسای جمهور ایران و ترکمنستان در خصوص مسائل مربوط به دریای خزر در آلماتی، مورخ ۱۷ تیر ۱۳۷۷ ش. برابر ۸ اوت ۱۹۹۸ م.، سند شماره A/53/453، مورخ ۱۲ اکتبر ۱۹۹۸ م.، سازمان ملل متحد.)
۲. سخنرانی وزیر امور خارجه وقت جمهوری اسلامی ایران، در جلسه اختتامیه اجلاس دریای خزر در تاریخ ۲ دی ۱۳۸۰ ش. در مرکز مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه در خصوص سهم بیست درصدی ایران و اصل تقسیم مساوی در صورت تحقق رژیم افزایش در دریای خزر. در نشست مسئولان حقوقی کشورهای ساحلی دریای خزر که در اسفندماه ۱۳۸۰ ش. در مسکو انجام شد، مواضع ایران بر مبنای تقسیم براساس اصل مساوات و سهم بیست درصدی کشورهای ساحلی، مورد انتقاد نماینده ویژه روسیه در امور دریای خزر واقع شد. از طرف دیگر، در اجلاس سران کشورهای دریای خزر که در اردیبهشت ماه ۱۳۸۱ ش. در عشق‌آباد صورت گرفت، نه تنها هیچ بیانیه‌ای از طرف کشورهای ساحلی در خصوص رژیم حقوقی دریای خزر صادر نشد، بلکه به نظر می‌رسد هیچ کشور ساحلی دیگری جز ایران به الگوی تقسیم براساس مساوات بین کلیه کشورهای ساحلی تأکید نکرده است.

۲. تقسیم منابع طبیعی خزر در مناطق بهره‌برداری مشترک

مسئله تقسیم منابع طبیعی زنده و غیر زنده دریای خزر را می‌توان در قالب دو بخش حقوقی مجزا بررسی کرد.

الف) منابع طبیعی زنده و عمدتاً متحرک دریای خزر که به مناطق ثابت و خاصی متعلق نیست.

مسئله تقسیم این گونه منابع و سهم و میزان بهره‌برداری کشورهای ساحلی از آن را می‌توان در جای خود و در کنار مسائل زیست‌محیطی دریا، مثلاً به منظور تکمیل رژیم حقوقی برخاسته از معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م. ایران و شوروی سابق در خصوص ماهیگیری در دریای خزر، در قالب الگوهای همکاری مشترک بین کشورهای ساحلی، پیش‌بینی و حل و فصل کرد.^۱

ب) منابع طبیعی غیر زنده دریای خزر (منابع نفتی و گازی بستر و زیربستر) نهفته در مناطق ثابت و خاصی از کف دریا.

شناسایی این نوع منابع، در تعیین رژیم حقوقی نسبت به عامل اقتصادی و سایر عوامل متعدد دیگر از ارجحیت و ویژگی خاصی برخوردار است.

هدف اصلی الگوهای طرح‌شده، تقسیم منابع طبیعی غیر زنده کف دریای خزر بین کشورهای ساحلی است. در اینجا بحث تقسیم و شیوه آن، تنها متوجه مناطق ویژه‌ای از کف دریاست که منابع طبیعی غیر زنده در آنها یافت می‌شود، نه تمام کف دریا؛ بنابراین، با توجه به اینکه اگر مذاکرات کشورهای ساحلی پیرامون رژیم حقوقی افزای و تقسیم دریای خزر به دلیل اهمیت نقش عامل اقتصادی در خصوص ادعاهای متقابل نسبت به ذخایر منابع طبیعی غیر زنده در مناطق مورد مناقشه، به نتایج موفقیت‌آمیزی رهنمون نگردد، تقسیم منابع طبیعی کف دریا براساس اصل مساوات بین کشورهای ساحلی در قالب الگوهای «مناطق بهره‌برداری مشترک» به عنوان

۱. پیش‌نویس معاهدات و پروژه‌های همکاری‌های زیست‌محیطی کشورهای ساحلی دریای خزر در حال بررسی، تنظیم و اتمام است و خود، شامل بخش مفصلی از مسائل حقوقی مربوط به دریای خزر و منطقه آن در چارچوب توسعه پایدار است. (مصاحبه‌ها و جلسات با مسئول محترم بخش حقوقی سازمان حفاظت محیط زیست ایران، ۱۳۷۸-۱۳۸۱ ش.)

یکی از راه‌حلهای موقت پیش‌بینی شده در حقوق بین‌الملل، خودنمایی می‌کند. همان‌طور که اشاره شد، در پیش‌گرفتن این راه‌حلهای استثنایی، طبق حقوق بین‌الملل به توافق کشورهای ساحلی منوط بوده و جنبه الزامی ندارد؛ بنابراین، مادامی که به دلیل استمرار اختلافهای کشورهای ساحلی تقسیم سرزمینی دریای خزر عملی نشده باشد، کشورهای مزبور می‌توانند با ایجاد مناطق بهره‌برداری مشترک طبق توافقات خاص خود، از تقسیم منابع طبیعی کف دریای خزر به صورت موقت بهره‌مند شوند. از طرف دیگر، این الگوها مانع پیگیری مذاکرات کشورهای ساحلی در خصوص تقسیم سرزمینی دریا نیست.

امتیازات این راه‌حل، سرعت، پرهیز از تنش و پایان دادن به آن در میان کشورهای ساحلی و مزیت زیست‌محیطی است. همچنین باید متذکر شد که یک راه‌حل موقت چند ده ساله، به سرعت ممکن است پایان تنش و درگیری نظامی و بهره‌برداری اقتصادی و درآمد را برای کشورهای ساحلی در پی داشته باشد که خود، در ثبات سیاسی کشورهای منطقه خصوصاً اگر تازه به استقلال رسیده باشند، نقش مهمی دارد و نهایتاً وقت، انرژی و سرمایه‌ها بهتر روی مسائل فوری و حیاتی زیست‌محیطی دریای خزر متمرکز می‌شود. بنابراین به منظور رسیدن به این هدف، لازم است کشورهای ساحلی حوزه دریای خزر به الگوهای حقوقی مناطق بهره‌برداری مشترک در سایر دریاها جهان توجه کنند. پس اگر بحث تعیین رژیم حقوقی و افزاز دریای خزر با مخالفت بعضی کشورهای ساحلی روبه‌رو شود، استفاده از اصول منصفانه در تقسیم (منتج از اصول «خط میانه») در دستور مراجع حقوقی بین‌المللی قرار خواهد گرفت. به بیان ساده‌تر، خط میانی یا متساوی‌الفاصله، خطی است که هر نقطه از آن، از دو طرف سواحل کشورهای ذی‌ربط ساحلی به یک اندازه باشد.^۱ به دلیل سادگی ترسیم چنین خطی روی نقشه جغرافیایی پهنه‌ها و مناطق دریایی و دریاچه‌ای جهان، این روش به صورت متداول‌ترین روش تقسیم این مناطق درآمده است و معمولاً روش اساسی و عمده تعیین حدود به شمار می‌رود.

۱. در خصوص دریاچه‌های مرزی بین‌المللی نیز خط منصف یا میانی روشی است که در تعیین حدود یک دریاچه نسبت به سواحل کشورهای ساحلی آن، سنجیده و اعمال می‌شود.

اما اعمال بدون انعطاف این اصل، مطلوبیت چندانی نداشته و خود ممکن است گاهی به بی‌عدالتی در نتیجه تقسیم و تحدید حدود بین کشورهای ساحلی منجر شود.

به رغم تداول این روش تقسیم، مراجع بین‌المللی با توجه به اوضاع خاص (شرایط ویژه)^۱ موارد تحدید حدود، این روش را در برخی موارد تعدیل کرده و با اعمال «اصول منصفانه»،^۲ پیاده شدن تقسیمی منصفانه را در پیش گرفته‌اند. به همین سبب، از روش خط میانی در بسیاری از موارد، فقط به عنوان «روش مقدماتی»^۳ برای ترسیم محل تقریبی خطوط مرزی استفاده می‌گردد و در مراحل بعدی، به منظور دستیابی به نتیجه‌ای منصفانه در تقسیم، این روش مورد اصلاح، تغییر و تطبیق واقع شده و یا حتی کنار گذاشته می‌شود. نامطلوب‌ترین اثر اعمال خط متساوی‌الفاصله، خصوصاً در پهنه‌های آبی وسیع، آثار هندسی منفی آن است که از دور شدن تدریجی از سواحل ناشی می‌شود.

این مسئله، به سبب وجود شرایط ویژه (وضعیت جغرافیایی کشورهای ساحلی و شکل ساحل آنها) به نابرابری فاحش سهمیه اختصاص یافته به یکی از کشورهای ساحلی در مقایسه با سهمیه کشور ساحلی مجاور خود منجر می‌گردد. چنین نتایجی، مراجع بین‌المللی را بر آن داشته که با در نظر گرفتن کلیه شرایط ویژه، به اصول منصفانه تحدید حدود تأکید کرده و در هنگام صدور رأی، آنها را در نظر بگیرند.

در خصوص افراز و تقسیم دریای خزر نیز امکان پدید آمدن سهمیه غیر منصفانه بین کشورهای ساحلی (خصوصاً در مورد ایران) به دلیل وجود شرایط ویژه وجود دارد. به نظر می‌رسد بررسی قضایای تحدید حدود فلات قاره دریای شمال در سال ۱۹۶۹ م. و بررسی وجوه اشتراک آن دو، به عنوان راه‌حلی تطبیقی، امکان طرح یکی از الگوهای تقسیم عادلانه دریای خزر را بین کشورهای ساحلی آن، خصوصاً به منظور تحقق سهمیه منصفانه ایران، در اختیار می‌گذارد؛ از این رو، به بررسی

۱. Special Circumstances.

۲. Equitable Principles, Principes Équitables.

۳. Méthode de Première Pas.

مهم‌ترین وجوه مشترک دریای شمال و دریای خزر، بحث تقسیم و تحدید حدود منصفانه می‌پردازیم.

۱. تساوی تعداد کشورهای ساحلی در هر دو دریا (دریای شمال با هفت کشور ساحلی: نروژ، انگلستان، دانمارک، آلمان، هلند، بلژیک و فرانسه و دریای خزر با پنج کشور ساحلی: آذربایجان، ایران، ترکمنستان، قزاقستان و روسیه).

۲. وجود یک پهنه آبی بسته و نسبتاً وسیع در هر دو مورد: طبق رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در ۱۹۶۹ م، دریای شمال، ظاهر یک دریای بسته را دارد،^۱ در حالی که دریای خزر به عنوان یک دریاچه کاملاً بسته شناخته شده است.

۳. وجود منابع طبیعی بااهمیت کف دریا (خصوصاً نفت و گاز) و اکتشافات و بهره‌برداری همزمان از این منابع از طرف کشورهای ساحلی از سوی شرکت‌های مهم نفتی و گازی چندملیتی که باعث شده کشورهای ساحلی به منظور حفظ حقوق خود اقدام کنند.

۴. تداخل حوزه‌های حاکمیت کشورهای ساحلی با یکدیگر از یک سو و نامشخص بودن چارچوب و حدود حقوق حاکمه این کشورها بر منابع طبیعی و میزان سهم هریک تا قبل از انجام دادن تحدید حدود و تقسیم کامل کف دریا از سوی دیگر.^۲

۵. تشابهات نسبتاً چشمگیر شرایط ویژه در هر دو مورد؛ ماهیت طبیعی جغرافیایی این شرایط به دو صورت وضعیت جغرافیایی کشورهای ساحلی نسبت به یکدیگر؛ یعنی در مقابل هم بودن سواحل برخی از کشورهای ساحلی یا همجوار بودن و محصور شدن سواحل بعضی کشورها بین دیگر کشورهای ساحلی و شکل ساحل این کشورها (مقعر یا محدب بودن) نمایانگر وجود این وجه اشتراک در هر دو مورد است.

به نظر می‌رسد شرایط ویژه در خصوص تقسیم و تحدید حدود بستر و زیربستر

۱. Thus, the North Sea has to some extent the general look of an enclosed sea without actually being one, I. C. J. Reports, ۱۹۶۹, par.۳, pp.۱۳-۱۴.

۲. تداخل حوزه حاکمیت کشورهای ساحلی در هر دو مورد، متوجه کشورهای ناحیه بخش جنوبی است. مسئله میزان سهمیه کشورهای ساحلی ذی‌نفع در این ناحیه، از حساسیت خاصی برخوردار است.

دریای خزر (به ویژه در بخش جنوبی و مقعر آن که بین سه کشور آذربایجان، ایران و ترکمنستان قرار دارد) نیز از اهمیت و نقش بسزایی برخوردار باشد. در این خصوص، اوضاع طبیعی جغرافیایی ایران به عنوان کشوری ساحلی به گونه‌ای است که امکان استناد به شرایط ویژه را به منظور مطرح ساختن سهمیه منصفانه در قالب الگوهای تقسیم و تحدید حدود براساس اصول منصفانه در حقوق بین‌الملل میسر می‌سازد (همچون کشور آلمان در قضایای دریای شمال).

۶. نتایج منفی و انحرافی ناشی از اعمال اصل خط متساوی‌الفاصله در تحدید حدود بخش جنوبی هر دو دریا، به دلیل نقش شرایط ویژه که به سهمیه ناعادلانه برای بعضی کشورهای ساحلی می‌انجامد. این امر، در خصوص آلمان در دریای شمال و ایران در دریای خزر صدق می‌کند.

بنابراین با توجه به رأی «I. C. J.» در قضیه دریای شمال و اشتراکات موجود در صورت توافق کشورهای ساحلی دریای خزر به تقسیم کف دریای خزر با رعایت «اصول منصفانه»، در مرحله نخست تحدید حدود می‌توان از اصل خط میانی به عنوان روش مقدماتی استفاده کرد و سپس در مراحل بعدی، به منظور دست یافتن به تقسیمی عادلانه براساس اصول منصفانه، می‌توان در بعضی مناطق دریای خزر (مثل بخش جنوبی) این خط را تصحیح کرد، تغییر داد و یا حتی کنار گذاشت و اصول دیگری را اعمال کرد.

براساس روش و مراحل میانی که در قضایای دریای شمال توسط «I. C. J.» صورت گرفته است، طبق روش خط میانی، هفت گونه تحدید حدود بین پنج کشور ساحلی دریای خزر وجود دارد که از شمال به جنوب از این قرار است:

۱. روسیه - قزاقستان (سواحل متقابل و نیز همجوار یکدیگر)؛

۲. روسیه - آذربایجان (سواحل همجوار)؛

۳. قزاقستان - ترکمنستان (سواحل همجوار)؛

۴. قزاقستان - آذربایجان (سواحل متقابل)؛

۵. آذربایجان - ترکمنستان (سواحل متقابل)؛

۶. آذربایجان - ایران (سواحل همجوار)؛

۷. ترکمنستان- ایران (سواحل همجوار).

بر این مبنا، کف دریای خزر به پنج بخش تفکیک شده تقسیم می‌شود که هر بخش، سهمیه‌ای است که به یکی از کشورهای ساحلی اختصاص می‌یابد. چنین تقسیمی ممکن است با توافق این کشورها، کل دریای خزر را نیز دربرگیرد. با عنایت به بررسی تطبیقی تحدید حدود دریای شمال و دریای خزر، به نظر می‌رسد اعمال اصل خط میانی در مناطقی که سواحل کشورها در مقابل یکدیگر قرار دارد، برای کشورهای ذی‌ربط ساده‌تر و عادلانه‌تر باشد. نمونه بارز استفاده از روش خط میانی برای نخستین بار، در خصوص تحدید حدود کف دریای خزر در بخش شمالی آن، بین دو کشور روسیه و قزاقستان در توافقنامه‌ای که در ۱۹۹۸ م. به امضای این دو کشور رسید، به چشم می‌خورد.^۱

پیروی از اصل خط میانی از سوی سایر کشورهای ساحلی در شرق و غرب دریای خزر نیز ممکن است تا حدودی با همین شیوه بررسی شود؛ چراکه سواحل آذربایجان و قزاقستان از یک سو و سواحل آذربایجان و ترکمنستان از سوی دیگر، مقابل یکدیگر واقع شده است.

اما در بخش جنوبی، پیچیدگی تقسیم کف دریای خزر به لحاظ تعداد کشورهای ساحلی (سه کشور به جای دو کشور) در مقایسه با وضعیت جغرافیایی این کشورها (همجواری و محصور بودن کشورهای ساحلی نظیر ایران) و شکل سواحل (مقعر و محدب بودن) موقعیت منحصر به فردی است که شامل دو گونه تحدید حدود مجزا بین ایران و آذربایجان از یک سو و ایران و ترکمنستان از سوی دیگر می‌گردد. منابع و ذخایر طبیعی در بستر و زیربستر این بخش از دریای خزر از یک طرف و ادامه فعالیت و بهره‌برداری نفتی و گازی از سوی شرکتهای نفتی

۱. طبق بند «۱» سند شماره «۳» ضمیمه موافقت‌نامه تحدید حدود امضا شده از سوی روسیه و قزاقستان، مورخ ۶ ژوئیه ۱۹۹۸ م.، بستر بخش شمالی دریای خزر و زیربستر آن با روش خط میانی بین طرفین تقسیم می‌گردد، این خط بر مبنای اصل انصاف و با توافق طرفین تغییر یافته (یا اصلاح می‌شود) و این آنها به منظور استفاده مشترک برای تضمین آزادی کشتیرانی، اعمال مقررات ماهیگیری که با توافق طرفین به تصویب رسیده است و به حفاظت از محیط دریایی اختصاص یافته است.

چندملیتی برای سه کشور مذکور از طرف دیگر، تشدید و پیچیدگی تحدید حدود این بخش از دریا را موجب می‌شود؛ بنابراین، به منظور حلّ این مسئله باید کشورهای مذکور از «قاعدهٔ توافق» استفاده کنند.

طبق «قاعدهٔ توافق»، هیچ کشوری نباید به صورت یک‌جانبه به تحدید حدود مناطق همجوار پردازد و نباید بدون رضایت و توافق آنها حدّ و مرزی را بین خود و دیگر کشورهای ساحلی ایجاد کند. به نظر می‌رسد مواضع یک‌جانبهٔ آذربایجان در خصوص روش تحدید حدود بخش جنوبی براساس خط مستقیم فرضی آستارا-حسینقلی یا هر خط دیگری، بدون موافقت جمهوری اسلامی ایران به عنوان کشور همجوار ساحلی، ناقض این قاعده در حقوق بین‌الملل است.^۱ همچنین از آنجا که

۱. در خصوص تقسیم دریای خزر و ایجاد مرزها در بخش جنوبی آن بین آذربایجان، ایران و ترکمنستان، تنها آذربایجان در مواضع رسمی خود به «خط آستارا-حسینقلی» اشاره کرده و آن را به عنوان مرز بین‌المللی ایران و شوروی سابق در دریای خزر مطرح کرده است. طبق این ادعای یک‌جانبهٔ آذربایجان، حقوق حاکم بر منابع طبیعی کف دریای خزر را در بالای این خط خارج از منطقه متعلّق به ایران به شمار آورده و فعالیت‌های بهره‌برداری از این منابع را با استناد به ادامه این فعالیتها در زمان شوروی سابق، انحصاراً به خود اختصاص داده است و حقّ مشروع خود می‌داند. البته یادآوری می‌شود که اثری از «خط آستارا-حسینقلی» در هیچ‌یک از اسناد رسمی ثبت‌شده در سازمان ملل متحد در خصوص رژیم حقوقی دریای خزر (معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ م.) وجود ندارد. بعلاوه، ایران به عنوان کشور ساحلی همجوار آذربایجان، همواره وجود چنین خط صاف فرضی را تکذیب کرده است (نامهٔ ایران مورخ ۱۶ دسامبر ۱۹۹۸، A/53/890). از طرف دیگر، گویا روسیه نیز به تازگی، موضعی در تأیید مواضع ایران در خصوص نبود این خط در پیش گرفته است (سخنان نمایندهٔ ویژهٔ روسیه در امور دریای خزر، در اجلاس اسفندماه ۱۳۸۲ در مسکو). ترکمنستان نیز به عنوان یکی از سه کشور بخش جنوبی که مستقیماً ممکن بوده تحت تأثیر چنین خطی قرار گیرد، تاکنون در مواضع رسمی خود به آن اشاره‌ای نکرده و معاهدات ایران و شوروی سابق را تنها اسناد رسمی مربوط به رژیم حقوقی دریای خزر به شمار آورده است. ظاهراً، بر خلاف نظریهٔ جدید (۲۰۰۱-۲۰۰۰) بعضی حقوق‌دانان مبنی بر منظور شدن «خط آستارا-حسینقلی» در مموران‌دوم محرمانه ایران و شوروی سابق (مموران‌دوم «آرام-پگوف» مورخ ۱۵ سپتامبر ۱۹۶۲)، نسخهٔ چاپ شده و علنی این مموران‌دوم که در یک کتاب قدیمی اثر ویلیام باتلر در سال ۱۹۶۷ در خصوص آبهای سرزمینی شوروی منعکس و ضمیمه شده، غیر از تعهد دولت ایران در قبال دولت شوروی سابق در خصوص منع اجازه استقرار موشک‌های استراتژیک کشورهای بیگانه در خاک ایران، چیز دیگری را مثل خط آستارا-حسینقلی یا هر خط دیگر شامل نمی‌باشد. برای اطلاع بیشتر، ر.ک:

M. Nazemi, «L; Mer caspienne...», pp.۳۹۱-۴۰۷, ۴۷۲-۴۷۳ (Aux frontieres du reel: «la gne imaginaire Aram-pegov» ۱۹۶۲?, ligne Astera-Hassan Gholi).

اصول تحدید حدود باید با توجه به کلیه شرایط ویژه اعمال گردد، حتماً باید نقش این شرایط را در بخش جنوبی در چگونگی اعمال این اصول و نتیجه معقول حاصل از آنها بررسی کرد. از جمله شرایط جغرافیایی - طبیعی بخش جنوبی دریای خزر چنین است:

الف) محصور بودن آبهای ایران بین دو کشور همجوار آذربایجان و ترکمنستان.
 ب) مقعر بودن ساحل ایران و دماغه‌ای و محدب بودن سواحل آذربایجان و ترکمنستان؛ یعنی وضعیت شکل ساحل.
 ج) فاصله نسبتاً زیاد مناطق مورد تحدید حدود کف دریای خزر در بخش جنوبی تا ساحل هریک از سه کشور ایران، آذربایجان و ترکمنستان.

بنابراین می‌توان گفت یکی از امتیازات این الگوی تقسیم برای کشوری با شرایط ویژه، مثل ایران، نسبت به الگوی تقسیم براساس سهم برابر کلیه کشورهای ساحلی، این است که در این الگو، اصول منصفانه مستقیماً از تعداد کشورهای ساحلی و تغییرات احتمالی آن تبعیت نمی‌کند، بلکه بیشتر از وضعیت جغرافیایی - طبیعی یک کشور ساحلی متأثر است. این در حالی است که اصل مساوات در تقسیم بر مبنای تعداد کشورهای ساحلی، محفوظ ماندن سهمیه منصفانه ایران را در آینده تضمین نمی‌کند (مثلاً در صورت افزایش تعداد کشورهای ساحلی در اثر تجزیه بعضی کشورهای نوظهور ساحلی دریای خزر).

از دیگر امتیازهای الگوی تقسیم تحدید حدود براساس اصول منصفانه حقوق بین‌الملل، استناد به رویه قضایی و داوری بین‌المللی است؛ الگوی تقسیم مزبور پشتوانه حقوقی قابل استنادی دارد که ظاهراً الگوی تقسیم براساس تعداد کشورهای ساحلی پهنه‌های آبی، اعم از دریایی و دریاچه‌ای، از آن محروم است.

در نهایت می‌توان تصور کرد که این الگو براساس اصول منصفانه، فقط به کف دریا محدود نمی‌شود، بلکه با توافق کشورهای ساحلی، به صورت تقسیم واحد، سطح آب، ستون آب و فضای فوقانی آبهای دریای خزر را نیز دربرمی‌گیرد. حال اگر نتیجه چنین الگویی به سهمیه منصفانه بیست درصد منجر شود، در این صورت، این همان نتیجه‌ای خواهد بود که جمهوری اسلامی ایران بارها در مواضع رسمی

خود در صورت تقسیم دریای خزر به آن اشاره و تأکید کرده و مراتب پای‌بندی خود را نسبت به آن نشان داده است.

بنابراین، با توجه به تحولات رویه قضایی بین‌المللی از ۱۹۶۹ م. تاکنون، و با الهام‌گیری از کاربرد اصول منصفانه در تحدید حدود عادلانه در حقوق بین‌الملل و تطبیق آن با مسئله دریای خزر، دستیابی به الگوهای جامع‌تر و دقیق‌تر از آنچه به آن اشاره شد، دور از انتظار نیست، در این صورت، می‌توان امیدوار بود که بحث پیرامون عدالت و اصول منصفانه در خصوص تحدید حدود دریای خزر پیش از مطرح شدن در مراجع بین‌المللی؛ نظیر دیوان بین‌المللی دادگستری، بر فضای مذاکرات کشورهای ساحلی حاکم گردد.

در نهایت، به دلیل شرایط ویژه جغرافیایی-طبیعی بخش جنوبی که طبیعتاً تداخل حاکمیت کشورهای ساحلی ذی‌ربط بر سواحل متقابل و نیز مجاور یکدیگر، به صورت سه‌جانبه بین آذربایجان، ایران و ترکمنستان مطرح است، تحدید حدود این بخش، بسیار پیچیده است. در این بخش از دریای خزر، همانند دریای شمال در اروپا، اثر ترکیبی خطوط مرزی متساوی‌الفاصله جانبی (خطوط میانی) به دلیل وجود شرایط ویژه به کاهش سهم ایران و افزایش متقابل سهم آذربایجان و ترکمنستان منجر می‌گردد؛ بنابراین، لازم است طبق رویه قضایی بین‌المللی، با توسل به اصول منصفانه حقوق بین‌الملل در مبحث تحدید حدود، حتی‌الامکان با کنار گذاشتن «اصل خط متساوی‌الفاصله» و جایگزین کردن آن با توسل به اصول دیگر، سهم منصفانه ایران از تقسیم این بخش رعایت گردد.

نیل به چنین توافقی در خصوص این مسئله کلیدی در گرو مذاکرات و توافق سه‌جانبه کشورهای ساحلی این بخش است که این امر، در خصوص تحدید حدود و تقسیم سایر بخشها تاکنون سابقه نداشته است. برای نیل به تحدید حدود و تقسیم منصفانه بخش جنوبی از طریق توافق سه‌جانبه، در تعیین اصول منصفانه برای کشورهای ساحلی ذی‌ربط محدودیتی وجود ندارد. اما در صورت واگذاری صلاحیت تعیین و انتخاب اصول تحدید حدود این بخش به مراجعی نظیر دیوان بین‌المللی دادگستری، صرف نظر از تحولات و محدودیتهای قضایی بین‌المللی (از

جمله توجّه و یا پیروی آنان از تحولات رویه قضایی و داوری بین‌المللی در مبحث تحدید حدود مناطق دریایی از سال ۱۹۶۹ م. تاکنون) رسیدگی قضات بین‌المللی فقط به عرصه حقوقی محدود می‌شود، حال آنکه با توجّه به ابعاد مختلف و متعدد وضعیت حقوقی دریای خزر، توافق در خصوص تحدید حدود بخشی از آن، حتی اگر سه‌جانبه باشد، از عوامل و ملاحظات دیگری (مناسبات کشورهای ذی‌ربط) تأثیرپذیر است.

ناگفته پیداست که در این عرصه، به لحاظ اینکه دریای خزر دارای وضعیتی منحصر به فرد است و از نظر سیاسی، امنیتی، اکوسیستم و خصوصاً از لحاظ اقتصادی و انرژی و همچنین از لحاظ تاریخی و جغرافیایی، به دیگر دریاچه‌های مشترک بین دو یا چند کشور شباهتی ندارد و از طرفی، عرف، رویه قضایی و حتی کنوانسیونهای عام بین‌المللی ناظر بر دریاها به حلّ مسئله و تعیین رژیم حقوقی خزر کمک زیادی نمی‌کند؛ بنابراین، با توجّه به امکان تبادل امتیازات متقابل بین کشورهای ساحلی به منظور همگرایی و دسترسی به توافق مطلوب، پیشنهاد می‌شود که برای تعیین الگوی حقوقی جامع و مانع در خصوص تعیین رژیم حقوقی دریای خزر با اعمال سیاست و مذاکرات دیپلماسی فعال با کشورهای ساحلی خزر و با استفاده از دیگر پتانسیلهای موجود ممکن، اصل انصاف، اصل عدالت و شرایط ویژه دریای خزر، مبنای گفت‌وگو و تفاهم قرار گیرد.

جنبشهای بازگشت به کیفر

در سیاست جنایی کشورهای غربی: علل و جلوه‌ها^۱

□ حسن کاشفی اسماعیل زاده^۲

□ دانشجوی دکتری سیاست جنایی دانشگاه سوربن

چکیده

ظهور و رشد جنبشهای سرکوبگرانه پس از سپری شدن فترت و اکنشهای ترحم‌مدار و مجرم‌محور در سیاست جنایی کشورهای غربی، دانشمندان این رشته را به چاره‌اندیشی واداشته و این سؤال را به ذهن متبادر ساخته است که چرا سیاست جنایی کشورهای غربی از سه محور آزادی، قانون و عدالت فاصله گرفته است. نویسنده در این مقاله می‌کوشد به برخی از عوامل شکلی عمده تأثیرگذار بر سیاستهای سرکوبگرانه در کشورهای غربی به اجمال اشاره کند. کلید واژگان: سیاست جنایی، جنبشهای سرکوبگر کیفری، نمادهای بازگشت به مجازات، حقوق کیفری، پدیده جنایی، جنبشهای سرکوبگر کیفری

۱. با توجه به زیاد بودن مستندات نویسنده محترم در نوشتار حاضر، به منظور رعایت استاندارد کمی صفحات مجله از چاپ همه آنها خودداری شد. بدیهی است ارجاعات و مستندات در دفتر مجله برای استفاده خوانندگان موجود است.

۲. hkashefi@hotmail.com

امنیت گرا، اشکال جدید بزهکاری، احساس ناامنی.

درآمد

فرایند منطقه‌ای یا بین‌المللی شدن نهادهای اساسی از جمله اقتصاد، حقوق بشر، حقوق اساسی، سیاست جنایی، همه کشورها را تأثیرپذیر ساخته است. در این میان، تأثیر سیاست جنایی برخی از دولتها از این فرآیند چشمگیرتر و ژرف‌تر است، چنان که اکثر کشورهای جهان سوم به واردکنندگان، پذیرندگان و مصرف‌کنندگان بی‌بدیل سیاست جنایی و حقوق اساسی کشورهای غربی تبدیل گشته‌اند؛ هرچند مقاومت و ممانعت از پذیرش و کاربرد آرا و عقاید غربی یا خنثی‌سازی و دگرگون‌سازی آنها، همواره یکی از مباحث جنجال‌برانگیز و اساسی حقوق کیفری کشورهای توسعه‌نیافته و در حال توسعه باقی مانده است. چنین تأثیری ممکن است از عوامل گوناگونی از جمله عوامل سیاسی و علمی که به شدت به هم وابسته‌اند، نشئت بگیرد.

در فضایی همراه با نقدهای علمی، حقوقی و حتی سیاسی است که نهادهای حقوق کیفری و حقوق اساسی به نقاط ضعف و قوت کارکرد و فلسفه وجودی خویش پی می‌برند و می‌کوشند به گونه‌ای شایسته، ضمن رعایت آزادیها و حقوق فردی و اجتماعی شهروندان، به پدیده‌های جنایی، پاسخهای مناسبی بدهند.

در این نوشتار، نخست جنبشهای بازگشت به کیفر (سرکوبگر کیفری) تعریف می‌شود و ضمن برشمردن برخی واژگان مربوط به این نوع جنبشها به تبیین علت جذابیّت سیاست جنایی آمریکای شمالی^۱ در قلمرو سیاست‌گذارهای جنایی سایر دولتهای غربی می‌پردازیم. در بخش نخست مقاله، علل ظهور جنبشهای سرکوبگر غرب، پس از جنگ دوم جهانی بررسی می‌شود. به دلیل تنوع و گستردگی این جنبشهای سرکوبگر در کشورهای غربی،^۲ در بخش دوم، نمادهای بازگشت به

۱. آمریکا، کانادا و مکزیک.

۲. اصطلاح کشورهای غربی شامل کشورهای صنعتی با مشی سرمایه‌داری است. ر.ک: ریمون گسن، «بحران سیاستهای جنایی کشورهای غربی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۱، ش ۱۵، ص ۲۸۲.

مجازات را از جمله مجازات اعدام و زندان در ایالات متحده آمریکا بررسی می کنیم. بدیهی است که پژوهش همه جانبه و کامل درباره جنبشهای سرکوبگر در غرب، تحقیقی بسیار عمیق و گسترده را می طلبد که از حوصله این مقاله خارج است.

الف) تعریف جنبشهای سرکوبگر

جنبشهای سرکوبگر، جنبشهایی است که از یک سو، نظارت بر مجرم، گروههای بزهکار، افراد در معرض ارتکاب جرم یا منحرف و کنترل آنان را فوق العاده تشدید و فنی می کند و از سوی دیگر، اقدامهای بازپروری مجرم، اقدامهای پیشگیرانه از جرم و حمایت از بزه دیده را نفی می کند. دو نتیجه قهری این نهضتها را باید در گسترش شبکه کنترل اجتماعی و دولتی و نیز محدودسازی و بعضاً حذف حقوق و آزادیهای فردی (مانند حق برخورداری از آزادی رفت و آمد، اصل برائت، دادرسی عادلانه، زندگی خصوصی و منع تبعیض در برابر قانون) و اجتماعی (مانند حق اجتماعات و حق تظاهرات) جست و جو کرد که حقوق اساسی و حقوق بشر به سیانت از آنها می پردازد. در واقع، دولت با اجرای این سازوکار به اداره «ناعدالتی فردی و اجتماعی» و «فقر» می پردازد.

ب) فراوانی واژگان جنبشهای سرکوبگر

هر واژه جنایی باید در بستر سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، تاریخی و حقوقی خود بررسی شود و از کاربرد نابه جا، امتزاج، تعمیم، تفاسیر وسیع یا مضیق آن نیز اجتناب شود؛ به عبارت دیگر، باید واژگان علوم جنایی را به صورت متعادل و دقیق به کار برد. با این حال، پژوهشگران و نویسندگان از واژگان بسیار متنوعی برای تشریح و توضیح یک یا چند ویژگی جنبشهای سرکوبگر کیفی امنیت گرا استفاده می کنند. هر یک از این واژگان، همه یا بخشی از ویژگیهای مذکور را دربردارد. در واقع، یک واژه جنایی هر دو جنبه «واقعی» یا «غیر واقعی» و «فریب دهنده» را داراست و ممکن است راهی به سوی حقیقت یا گمراهی باشد.

چنین راهگشایی به نگرش و تواناییهای علمی و فلسفی ما در شناخت «پدیده جنایی» بستگی دارد. در قلمرو جنبشهای سرکوبگر کیفری امنیت گرا، حقوق دانان و جرم شناسان از واژگان متعددی استفاده کرده‌اند: تسامح صفر در برابر جرم، مدارا و تحمل در برابر جرم، صفر، عدالت محاسبه گر یا سنجشی یا تخمینی، کیفرشناسی نوین، سیاست جنایی امنیت مدار،^۱ دولت پیشگیری، دولت سرکوبگر کیفری،^۲ دولت رفاه گر، دولت حابس (حبس کننده)، کیفری کردن اجتماع یا جرم‌انگاری جامعه، کیفری کردن یا جرم‌انگاری فقر، جامعه انضباطی و

هدف از بیان این واژگان، ایجاد تحرک و پویایی در پژوهشگران جنایی برای جبران نقصان و خلأ در ادبیات جنایی است. همچنین این واژگان، بیان کننده پدیده‌های بسیار متحول و پویایی است که ممکن است اندیشه ما را به سوی افقهای نوین رهنمون سازد. از سوی دیگر، این تحول و پویایی، نشان از دشواری، پیچیدگی و ظرافت شناخت پدیده‌های سرکوبگر دارد. در چنین افقی، این پدیده‌ها پژوهشگر را به تأمل و نگرشی نوین فرامی خواند.

ج) جذائیت سیاست جنایی آمریکای شمالی

آقای «نورماندو»، جرم شناس و استاد دانشگاه مونترال، خردمندانه اظهار می‌دارد: «چندین سال است جامعه آمریکا بسیاری از اروپاییان و از جمله فرانسویان را مسحور خویش ساخته است». وی به خوبی بیان می‌کند که چگونه امروزه از «مک دونالدی شدن جهان» سخن به میان می‌آید. در واقع، ایالات متحده آمریکا از ابزارهای بسیار فنی، علمی، هنری و فرهنگی برخوردار است که امکان صدور، فروش و نمایش هر نوع محصولی، حتی محصولات علمی و حقوقی را برای این کشور میسر می‌سازد. علاوه بر این، آمریکا از دستگاه تبلیغاتی بی‌همتایی برخوردار است که دولتش را به زیبا و علمی جلوه دادن کیفرهای خشن و غیر انسانی معمول

۱. در برابر سیاستهای پیشگیری یا پیشگیرانه.

۲. در برابر دولت اجتماعی.

در آن (نظیر مجازاتهای بدنی، حبسهای طولانی مدّت و بدون امکان آزادی مشروط) قادر می‌سازد.

بسیاری از شکل‌های جدید بزهکاری و بحرانهای اجتماعی، برای نخستین بار در کشورهای آمریکای شمالی به وقوع می‌پیوندد و بروز می‌کند و سپس کشورهای اروپایی آنها را تجربه می‌کنند. آقای «پیتی»، قاضی اسبق فرانسوی دیوان اروپایی حقوق بشر، در این باره می‌نویسد: «مکاتب جرم‌شناسی آمریکا و کانادا رهیافت اهمیت‌داری را، چه از نظر کیفیت علمی و چه از نظر ویژگی داده‌ها، برای دفاع اجتماعی به ارمغان آورده است. باید در نظر داشت که بسیاری از پدیده‌های اجتماعی و تبلور یافته در شهرهای بزرگ آمریکا و کانادا، پس از پنج یا ده سال، در اروپا بروز می‌کنند.» باید توجه داشت که بعضی از مشکلات ناشی از تشکیل باندهای تبهکاری و شورش‌های حاشیه‌نشینان شهرهای اروپایی (به‌ویژه انگلستان و فرانسه) که در دهه ۸۰ میلادی اتفاق افتاد، ابتدا در دهه ۶۰ میلادی در آمریکا رخ داده بود.

آرای دیوان عالی ایالات متّحده آمریکا که بالاترین مرجع قضایی فدرال و نهادی پویا در زمینه تفسیر و اعمال قانون اساسی است، بسیار مدلل و توأم با تفاسیر غنی بوده و امکان ابراز عقیده را برای هر قاضی (موافق یا مخالف) فراهم می‌سازد. بی‌دلیل نیست که برخلاف همتای فرانسویش (شورای قانون اساسی فرانسه) منابع تفسیری در خصوص آرای این دیوان وجود ندارد. این شیوه ابراز عقیده قاضی در پایان رأی، بعداً از سوی دیوان اروپایی حقوق بشر به کار گرفته شد. امروزه، قضات برخی از کشورهای غربی از استدلال‌ها و تفسیرهای قضات دیوان عالی آمریکا در آرای خویش بهره می‌برند. بعلاوه، نوآوری، خلاقیت، بازسازی نظام‌های کیفری ایالات متّحده آمریکا و کانادا^۱ و توانایی آنان در انطباق خود با شرایط دشوار، انکارشدنی نیست. آقای «والگراو»، جرم‌شناس معروف بلژیکی، به مناسبت

۱. ر.ک: بند ۲، ماده ۴۹، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

۲. همچنان که در یکی از گزارش‌های انجام‌شده در کانادا، محققان بیان داشته‌اند: «آمریکاییان، بیشترین تجربیات جدید در زمینه مداخله و پیشگیری از بزهکاری جوانان را ارائه می‌دهند».

قدمت «عدالت ترمیمی» در کشورهای آنگلو ساکسون می گویند: «به احتمال بسیار زیاد، مدل کامن لا امکانات فراوانی را برای آزمودن شکل‌های جدید عدالت فراهم می سازد».

این امر، نتیجه سه دلیل عمده است:

۱. آمریکا ابرقدرتی با شفافیت گسترده است و قلمرو وسیعی از امکانات سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و نظامی را دارد.
۲. این کشور، بر مبنای «جامعه مدنی» (شرط اولیة کارکرد دموکراسی، پلیس و دادگستری) شکل گرفته است.
۳. در این کشور، افراد و نهادهای متعددی برای مبارزه با جرم در تلاش اند.

بخش نخست:

علل ظهور جنبشهای سرکوبگر کیفری در غرب

به برخی از عوامل عمده تأثیرگذار در سیاستهای سرکوبگرانه در کشورهای غربی به اجمال اشاره می کنیم. این نوع عوامل، به تنهایی، به تغییر سیاست جنایی یک کشور قادر نیست، بلکه همه یا برخی از آنها موجبات ظهور و رشد جنبشهای امنیت گرا را فراهم می سازد. ماهیت این عوامل ممکن است سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و حقوقی یا بین المللی باشد.

الف) احساس ناامنی

ناتوانی عدالت کیفری در مهار پدیده جنایی، بی اعتمادی عمیق و احساس ناامنی فزاینده‌ای را در بخش عمده‌ای از مردم کشورهای غربی به وجود آورده است. این امر، تقاضای مردم برای بازگشت به مجازاتهای شدید را موجب شده است که سابقاً «جنبش انسان مدار عدالت کیفری» در صدد تلطیف، تعدیل یا حذف آن بود. البته چنین تفکری به قرن حاضر منحصر نمی شود؛ زیرا در سده نوزدهم میلادی نیز «ترس» ناشی از افزایش جرائم و وحشت از طبقه کارگر و جوان که «طبقه خطرناک» تلقی می شدند، وجود داشته است.

یک پژوهش تطبیقی در اواخر دهه هشتاد میلادی در اروپا، احساس ناامنی را به روشنی نشان می‌دهد. براساس این پژوهش، یک سوم افراد، هنگام رفت و آمد شبانه، یک یا دو اقدام احتیاطی را به کار برده‌اند. بیش از نیمی از زنان در آلمان و انگلستان، اقدامهای حفاظتی و احتیاطی را هنگام خروج از خانه در شب انجام داده‌اند. ۵۴ درصد از آلمانیها و ۴۶ درصد از سوئیسیهای پرسش‌شونده اعلام کرده‌اند که از وقوع سرقت در دوازده ماه بیمناک بوده‌اند. این آمار در انگلستان و فرانسه، ۴۰ درصد و در کشورهای بلژیک و هلند، ۳۰ درصد بوده است.

اعلامیه نهایی کنفرانس اروپایی و آمریکای شمالی درباره امنیت و پیشگیری از بزهکاری در محیط شهری که در تاریخ ۱۳-۱۰ اکتبر ۱۹۸۹ م. در مونترال کانادا برگزار شد، در خصوص ترس از بزهکاری اعلام کرد: «ترس از بزهکاری، مشکلی برای شهروندان، به‌ویژه زنان و افراد سالخورده، به شمار می‌رود. این مسئله، مشکلی واقعی است. با این حال، در بسیاری از موارد، این ترس با سطح واقعی ناامنی نامتناسب است». آقای «مارک آنسل»، بنیان‌گذار «جنبش دفاع اجتماعی نوین»، می‌گوید: «بی تردید، سیاست جنایی دفاع اجتماعی در صورتی شایسته این نام است که تحولات افکار عمومی را بیشتر در نظر بگیرد، نه اینکه خود را به صورت انفعالی با آن منطبق سازد».

افکار عمومی درباره احساس ناامنی، موضوع انتقادهای بسیاری واقع شده است. بعضی از پژوهشگران تأکید می‌کنند که این پدیده‌ها قابلیت بسیار زیادی برای ارزیابی مبالغه‌آمیز دارند. در واقع، احساس ناامنی ناشی از ترس از بزهکاری که در افکار عمومی تبلور می‌یابد، براساس معیارهای واقعی، به سختی از نظر علمی، سنجش‌پذیر است. این دشواری، راه سوء استفاده از افکار عمومی را برای رسانه‌های گروهی و سیاستمداران باز می‌کند.

افکار عمومی ممکن است مانع بزرگی بر سر راه انسان برای مدارا کردن و تعدیل مجازاتهای شدید و خشن باشد و با هرگونه تحولات قانون‌گذاری مخالفت کند. اطلاعات ناچیز و بعضاً اشتباه افکار عمومی که عمدتاً از القائات رسانه‌ها و سیاستمداران عوام‌فریب تأثیر می‌پذیرد، از دلایل عمده چنین مانعی است.

سیاستمداران و رسانه‌های گروهی غالباً تصاویر و برداشتهای غلط یا جهت‌داری را از پدیده مجرمانه به مردم ارائه می‌دهند و آنان را در جوئی تصنعی از وحشت و ناامنی قرار می‌دهند که به دشواری می‌توان از آن خارج شد. این گونه تأثیر منفی، مسلماً راه را برای بازگشت به کیفر و پذیرش پاسخهای صرفاً سرکوبگر و تعدیل یا حذف حقوق و آزادیهای فردی و گروهی و از همه مهم‌تر، حقوق دفاعی، هموار می‌سازد؛ زیرا جامعه، بیش از پیش، خواهان حفظ نظم از طریق زندانهای طولانی‌مدت بدون امکان آزادی پیش از موعد، مجازات اعدام (به‌ویژه در مورد مرتکبان اعمال تروریستی و متجاوزان جنسی)، کنترل و طرد برخی از گروههای بزهکار خطرناک...، و به طور کلی، پاسخهای سریع، قاطع، شدید و نفی هرگونه اغماض در قبال بزهکاری است.

البته نمی‌توان احساس ناامنی را امری صرفاً انتزاعی یا مجرد دانست؛ زیرا افزایش جرائم و به تبع آن، افزایش بزه‌دیدگی در کشورهای غربی از سوی بسیاری از صاحب‌نظران و کارشناسان امور جنایی به اثبات رسیده است.

ب) افزایش بزه‌دیدگی

با وجود ایرادهای عمده‌ای که به درستی، دقت و کارکرد آمار جنایی گرفته شده است، این آمار افزایش میزان جرائم و تعداد بزه‌دیدگی را به خوبی نشان می‌دهد. در بین کشورهای غربی، آمریکا را می‌توان قهرمان بلامنازع جرم‌زایی و بزه‌دیده‌زایی دانست؛ زیرا در این کشور در سال ۱۹۹۵ م، ۱/۷ میلیون جرم خشونت‌آمیز به ثبت رسیده است؛ یعنی هر ۲۲ دقیقه یک قتل عمد، هر ۵ دقیقه یک تجاوز و هر ۳۰ دقیقه یک حمله مسلحانه. با مقایسه نرخ قتل عمد در فرانسه و آمریکا درمی‌یابیم که این نرخ برای هر ۱۰۰ هزار نفر در فرانسه در سالهای ۱۹۹۳ و ۱۹۹۶ م. به ترتیب ۲/۶ و ۲ مورد بوده است، در حالی که این میزان، در آمریکا در سالهای ۱۹۷۰ و ۱۹۹۳ م. به ترتیب ۱۰ و ۹/۳ مورد اعلام شده است. آمارهای قتل عمد با سلاحهای گرم تکان‌دهنده است، به گونه‌ای که در سال ۱۹۹۲ م، ۱۳۲۰۰ مورد قتل عمد در ایالات متحده آمریکا اعلام شده است، در حالی که در انگلیس ۳۳ مورد، سوئد ۳۶ مورد و

در کانادا ۱۲۸ مورد بوده است. در آمریکا در سال ۱۹۹۱ م.، ۳۸۳۱۷ نفر با سلاح‌های گرم خودکشی کرده‌اند؛ یعنی بیش از ۱۰۰ قتل در روز. بسیار شگفت‌آور است بدانیم که در این کشور، برآوردها از وجود ۶۷ میلیون قبضه سلاح گرم (از ۲۰۰ میلیون قبضه انواع سلاح‌های موجود در آمریکا) در نزد اشخاص عادی حکایت دارد.

یک پژوهش تطبیقی بین‌المللی نشان می‌دهد که مقام کشورها از نظر تعداد کلّ جرائم برای هر ۱۰۰۰ نفر بزرگسال، به ترتیب فراوانی عبارت است از: ایالات متحده آمریکا، کانادا، اروپا و ژاپن، به طوری که ساکنان آمریکا حدود ۵۰ درصد بیشتر از ساکنان کانادا در معرض بزه‌دیدگی ناشی از سرقت، ضرب و جرح، تجاوز به عنف و سرقت مسلحانه قرار دارند. ساکنان کانادا نیز ۵۰ درصد بیشتر از ساکنان اروپا و پنج برابر بیشتر از ساکنان ژاپن در معرض بزه‌دیدگی این جرائم قرار دارند. همچنین بزهکاری در ایالات متحده آمریکا، پنج تا شش برابر بیش از نرخ بزهکاری در فرانسه است.

بدیهی است که در چین جو ناامنی، آمریکاییان در سال ۱۹۹۳ م.، برای نخستین بار، ترس از جنایت را نخستین نگرانی خویش اعلام کرده‌اند. در نظرسنجی انجام شده از سوی وزارت امور شهر در مارس ۱۹۹۹ م.، ۷۴ درصد از فرانسویان معتقد بودند ناامنی، بسیار نگران‌کننده یا حتی فوق‌العاده نگران‌کننده بوده است.

ج) رسانه‌ای شدن رویکردها به بزهکاری

افزایش بزه‌دیدگی، بزهکاری و احساس ناامنی، در رسانه‌های گروهی، به‌ویژه در تلویزیون، بازتاب گسترده‌ای دارد. امروزه، این رسانه‌ها به عنوان «چهارمین قوه» در کنار قوای سه‌گانه سنتی قرار داده می‌شوند. این رسانه‌ها زمینه ترس اساساً غیر موجه از بزه‌دیدگیه واقع شدن را فراهم می‌سازند. این امر، فضایی مناسب را برای سیاستمداران عوام‌گرا فراهم می‌کند که برای قهرمان جلوه دادن خود -مانند «رمبو»- و پیشی گرفتن از یکدیگر به مشاجره با هم برمی‌آیند.

بدیهی است که بخش بسیار عمده‌ای از سیاست رسانه‌های گروهی، از ملاحظات صرفاً اقتصادی و نیز از سیاست قوای حاکمه تبعیت می‌کند. نشریات

عامیانه به دلایل مذکور به چاپ مقالات احساسی و هیجانی مربوط به قتلها، جرائم خشونت‌آمیز و بزهکاری خارجیان و جوانان، غالباً بدون هیچ‌گونه تفسیری کارشناسانه، مبادرت می‌ورزند. هرگونه توسل به حربه‌های دولتی به منظور گزارش و نمایش کمتر و اخبار و تصاویر جنایی از شانس زیادی برخوردار نیست. علاوه بر این، اصل بنیادین آزادی مطبوعات در یک جامعه دموکراتیک به دولت اجازه مداخله در این مورد را نمی‌دهد. امروزه تلویزیون به «تلویزیون بازار» تبدیل شده است. «کارل پوپر»، اندیشمند غربی، به درستی معتقد است ما همان‌طور که به آزادی نیازمندیم تا دولت از قدرتش سوء استفاده نکند، به دولت نیز نیازمندیم تا آزادی به سوء استفاده منجر نشود. هر نوع مداخله قوای عمومی در بخش رسانه‌های جمعی به بدی تعبیر می‌شود و رد می‌گردد؛ زیرا این مداخله به آسانی ممکن است به استبدادی شدن حکومت و نقض آزادی و حق کسب اطلاعات تبدیل شود.

گزارش شورای اروپا در زمینه «جرم‌زدایی» بسیار بامعناست: «رابطه صحیح بین بزه‌دیدگی و ترس از جنایت هر چه باشد، ایجاد ترس ناشی از رسانه‌های گروهی، مشکل عمده اجتماعی به شمار می‌رود». رسانه‌های گروهی، اعمال مجرمانه را غالباً بزرگ‌تر از ماهیت واقعی‌شان نشان می‌دهد و تأثیر منفی و بعضاً سوئی را بر جامعه و افکار عمومی می‌گذارد؛ زیرا اطلاعات را غالباً اشتباه و انحرافی به مخاطبان خود القا می‌کند. تصاویر ارائه شده از اعمال خشونت‌آمیز و بی‌هدف اشخاص نامتعادل در این رسانه‌ها، طبقات عظیمی از جامعه را به مطالبه برقراری نظم توسط دولت تحریک می‌کند. این گونه فشار رسانه‌ای و اجتماعی در جهت اعمال شدید سرکوب توسط دستگاه عدالت کیفری، امکان توسعه رویکردی عقلانی و انسانی‌تر را درباره یک فعل بزهکاری سلب می‌کند.

حال این سؤال مطرح است که چرا و چگونه رسانه‌های گروهی از چنین قدرت بالایی در تأثیرگذاری بر افکار عمومی و ایجاد احساس ناامنی برخوردار است؟ جدای از بحث دیرینه رابطه علیت بین صحنه‌های خشونت‌آمیز منعکس شده در رسانه‌های گروهی و ارتکاب جرم از سوی مخاطبان این گونه رسانه‌ها (به‌ویژه کودکان و نوجوانان)، به اختصار به نتایج پژوهش آکادمی روان‌پزشکی کودکان و

نوجوانان آمریکا اشاره می‌کنیم. در ایالات متحده آمریکا، کودکان، روزانه به طور متوسط، ۴۵ صحنه خشونت آمیز در تلویزیون مشاهده می‌کنند. فیلمهای حادثه‌ای یا هیجانی به طور منظم، یک «سلاخ‌خانه واقعی» را به نمایش می‌گذارد. این نوع فیلمها که خارج از آمریکا نیز به طور گسترده‌ای نمایش داده می‌شود، طی یک یا دو ساعت، بینندگان غالباً بسیار جوانی را در معرض ارتکاب قتل‌های خشونت آمیز قرار می‌دهد. بنا به نظر «ویلیام بنت»، وزیر سابق آموزش و پرورش آمریکا، در فیلم «۳ Rambo»، ۱۰۶ صحنه و در «۲ Die Hard»، ۲۶۴ صحنه (یعنی ۵۸ دقیقه از زندگی) خشونت آمیز به نمایش گذاشته شده است. تأثیر این نوع صحنه‌های مرگبار و فوق‌العاده خشونت آمیز تأمل‌انگیز است. امروزه، تلویزیون تمام اتاقهای منازل آمریکایی را به تسخیر خود درآورده است، به گونه‌ای که کودکان آمریکایی روزانه بین یک و نیم تا سه ساعت و بزرگسالان آمریکایی به طور متوسط سه ساعت، به تماشای تلویزیون می‌پردازند. بشریت هرگز به اندازه دوران ما، مستغرق و اشباع از صحنه‌های خونین و جنایت‌بار نبوده است، به طوری که امروزه به دشواری می‌توان از چنگال مخرب انبوه رسانه‌های گروهی فرار کرد.

سرانجام اینکه این گونه «بمباران رسانه‌ای» در افکار عمومی، احساس ناامنی و سوء استفاده وسیع بسیاری از سردمداران و سیاستمداران را فراهم می‌کند. از سوی دیگر، دستگاه عدالت کیفری (پلیس، دادستان و قضات) تحت فشار افکار عمومی و رسانه‌های گروهی، گاهی به نشان دادن شدت عمل بیشتری از خود مجبورند تا به سستی و سهل‌انگاری در مبارزه با جرم متهم نشوند. با این حال، تأثیر منفی رسانه‌های گروهی را نباید جدای از تقاضای بشری برای به تصویر کشاندن صحنه‌های خیالی و مهیج و عطش سیری‌ناپذیر آدمی برای کشف حقایق جنایی بررسی کرد.

(د) سیاسی شدن رویکردها به بزهکاری

مسئلاً تعامل زیادی بین «سیاست جنایی» و «دنیای سیاست» وجود دارد؛ زیرا سیاستمداران، غالباً با جرم‌انگاری رفتارها، چارچوب پاسخهای جامعه را مشخص می‌کنند. در صورتی که اگر سیاست حقوقی شود، حقوق و آزادیهای اساسی

شهروندان به گونه‌ای مطلوب، تأمین و تضمین می‌شود. اما فاجعه زمانی رخ می‌دهد که حقوق به ابزاری سیاسی و وسیله‌ای برای حکمرانی تبدیل گردد. در این صورت، حقوق و آزادیهای اساسی، معنای واقعی خود را از دست می‌دهد و تنها به واژگانی کم‌رنگ و فاقد اعتبار الزام‌آور در برابر قوای حاکم تنزل می‌یابد.

امروزه در کمتر مبارزه‌های انتخاباتی (در سطح محلی، منطقه‌ای، استانی یا کشوری) است که سیاستمداران و نامزدهای مشاغل سیاسی از مبارزه با جرم و حفظ نظم و امنیت سخن به میان نیاورند و از این نوع تبلیغات و شعارها برای کسب حداکثر آرا استفاده بهینه نکنند. این امر، یکی از ابزار موفقیت جناح راست افراطی در کشورهای غربی، به‌ویژه اروپایی، در رسیدن به قدرت بوده است. هرگز نباید فراموش کرد که انگیزه عمده سیاستمداران، کسب قدرت، ثروت، شهرت و منافع حزبی است. فساد اقتصادی، مالی، اداری و سیاسی و حتی سوء استفاده‌های جنسی سران و سیاستمداران، غالباً بدون تعقیب و مجازات باقی می‌ماند. در بهترین وضع ممکن، مجازات‌ها غالباً به صورت تعلیقی یا فوق‌العاده خفیف صادر و اعمال می‌گردد.^۱ در صورتی که اگر همین نوع جرائم از سوی افراد عادی صورت گیرد، مجازات‌ها بسیار شدید و بدون هیچ‌گونه اغماضی اعمال می‌شود.

اطلاعات جرم‌شناختی و حقوقی دولتمردان غالباً بسیار ناچیز و اشتباه است. در واقع، پرمشغله بودن حیات شغلی سیاسی، امکان شناخت صحیح و علمی از بزهکاری و بزهکاران را از این افراد می‌گیرد. با این حال، آنان مدّعی‌اند که در تمام زمینه‌های علمی و اجتماعی (اقتصادی، هنری، صنعتی، پزشکی، مهندسی، ارتباطات،...) صاحب نظرند. کمتر سیاستمداری را می‌توان یافت که در این موارد اظهار نظر نکند یا راهکار معجزه‌آسایی را ارائه نکرده باشد. رویکردهای جنایی نیز

۱. در این باره، می‌توان به جرائم مردان سیاسی فرانسه اشاره کرد که پرونده‌های آنان غالباً به دلیل مصونیت سیاسی یا پارلمانی تعقیب کیفری نشده یا مجازات‌های بسیار خفیفی از سوی عدالت کیفری اعمال شده است. همان‌گونه که مردم فرانسه پس از مرگ «فرانسوا میتران»، رئیس جمهور سابق این کشور، به تدریج از حیف و میل اموال عمومی، ارتش، اختلاس، تهدیدها و استراق سمعهای غیر قانونی این رئیس جمهور سوسیالیست آگاه شدند.

از حیطة اطلاعات و تجربیات آنان خارج نیست؛ از این رو، می‌بینیم که حتی در یک کشور پیشرفته مثل فرانسه، وزیر کشور، آقای «نیکلا سرکوزی»، وزیر اقتصاد می‌شود، یا وزیر امور خارجه، آقای «دومینیک دوویلین»، وزارت خارجه را برای کسب مقام وزارت کشور و سپس نخست وزیری ترک می‌کند. گویی تخصص تنها برای افراد عادی در هنگام تقاضای شغل مهم است، نه برای سیاستمداران.

آمریکا را می‌توان یکی از نمونه‌های بارز کشورهایی دانست که سیاسی شدن رویکردها نسبت به بزهکاری در آن مشاهده می‌شود، معرفی کرد. همچنان که آقای «باری گلدواتر»، از حزب جمهوری‌خواه، در جریان مبارزه‌های انتخاباتی ریاست جمهوری در سال ۱۹۶۴ م. گفت: «در خیابانهای ما خشونت، در بالاترین سطح مراجع اداری ما فساد، نزد جوانان ما از دست رفتن معنا و نزد افراد سالخورده اضطراب وجود دارد... در کشور ما، تهدید فزاینده علیه امنیت اشخاص (جان و مال) در خانه‌ها، کلیساها، مکانهای عمومی و محیط کار به نگرانی شدیدی برای هر شهروند مسئول در ایالات متحده آمریکا تبدیل شده است». اما آقای «نیکسون»، از حزب جمهوری‌خواه، طی مبارزه‌های انتخاباتی ریاست جمهوری در ۱۹۶۸ م. گفت: «قضات ما در تضعیف نیروهای صلح (پلیس، دستگاه قضایی) علیه بزهکاری بسیار جلو رفته‌اند. سازندگان افکار ما با ارتقای نظریه‌ای که براساس آن، هنگامی که قانون نقض می‌شود، جامعه باید سرزنش شود و نه فرد، اغراق کرده‌اند. قضات و دادگاههای ما مسئولیت عمده‌ای را در بی‌نظمیهای کنونی دارند». در واقع، نامزدهای ریاست جمهوری، مسئله «نظم و قانون» را در بطن مبارزه‌های تبلیغاتی خود قرار داده‌اند. در چنین فضایی و پس از پنج سال اجرای «سیاست نیکسونی»، ۷۳ درصد آمریکاییان معتقد بودند دادگاهها به اندازه کافی، شدت عمل از خود نشان نداده‌اند؛ چنین نگرش و تفکری از افزایش ۲۵ درصدی نگرانی طی هشت سال حکایت داشت. اما آقای «جانسون»، رئیس جمهور دموکرات آمریکا (۱۹۶۴-۱۹۶۸ م.)، پا را از این حد نیز فراتر گذاشت و مبارزه علیه جرم را رسماً اعلام کرد: «جنایت، چهره آمریکا را کریه می‌سازد. جنایت، خود را مانند تهدیدی در خیابانهای ما نشان می‌دهد، جوانان ما را فاسد می‌کند، باید آن را متوقف سازیم...، باید سوگند یاد

کنیم که آن را نه فقط کاهش دهیم، بلکه از جامعه دور سازیم».

این گونه نگرش و تبلیغات سیاسی سرکوبگر و امنیت گرا در تمام انتخابات ریاست جمهوری آمریکا و سایر انتخابات سیاسی به خوبی آشکار است. همچنان که بهره گیری فوق العاده و سوء استفاده هوشمندانه، علمی، سیاسی و رسانه ای آقای «جرج دبلیو بوش»، رئیس جمهور جمهوری خواه، از ترس ناشی از اعمال تروریستی پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ م. به کسب دوباره آرای ریاست جمهوری در نوامبر ۲۰۰۴ م. منجر شد. وی با اعلان «جنگ علیه تروریستها»، در داخل و خارج آمریکا، توانست بیش از ۵۰ درصد آرا را کسب کند و بر رقیب دموکرات خود، آقای «جان کری»، فائق آید. دل نگرانی و ترس مذکور در این دوره، بدان حد بود که تا به حال در هیچ دوره ای از انتخابات ریاست جمهوری آمریکا، مردم تا این اندازه تشویق، تحریک و علاقه مند به رأی دادن نشده بودند، به گونه ای که این امر را نوعی میهن پرستی و نجات آمریکا از شر تروریستها تلقی کردند. شرکت انبوه مردم در انتخابات اخیر در تاریخ آمریکا بی سابقه بود.

پاسخ به این سؤال که آیا فقط ایالات متحده آمریکا به صحنه سیاسی و ابزاری شدن پاسخهای سرکوبگرانه به پدیده مجرمانه تبدیل گشته است، مسلماً منفی است. مبارزه های انتخاباتی ریاست جمهوری فرانسه در سال ۲۰۰۲ م. نیز نشان داد که مسئله امنیت و مبارزه با بزهکاری چگونه به عنوان حربه های کارآمد جناح راست و جناح راست افراطی مورد استفاده قرار گرفت. آقای «لوپن»، دبیر کل حزب راست افراطی جبهه ملی فرانسه، مسئله مبارزه شدید با بزهکاری، سقط جنین (که در فرانسه در شرایطی قانونی است) و مهاجرت (قانونی و غیر قانونی) را در رأس تبلیغات خود قرار داد و توانست در دور نخست انتخابات ریاست جمهوری، ۱۷/۴ درصد آرا را کسب کند و پس از «ژاک شیراک» با ۱۹/۸ درصد آرا در ردیف دوم قرار گیرد. بدین ترتیب، زمین لرزه سیاسی ۲۱ آوریل ۲۰۰۲ م. ناشی از کسب آرا از سوی آقای «لوپن» (یک نامزد بسیار افراطی) در تاریخ انتخابات ریاست جمهوری فرانسه برای همیشه ثبت شد. وی در رسانه های گروهی و در تجمعات تبلیغاتی اش، همواره از احساس ناامنی، نبود نظم و امنیت، نرمش و عدم کارآیی پلیس و دستگاه کیفری و

فقدان شدت عمل در برابر مهاجران غیر قانونی و حتی قانونی که به نظر وی موجب بیکاری، کاهش کیفیت و کمیت خدمات اجتماعی و بیمه‌های بیماری و... به فرانسویها می‌شوند، سخن راند.

اما آقای «شیراک» نیز شدت عمل خصوصاً در برابر بزهکاری صغار و مرتکبان جرائم رانندگی را به مردم وعده داد؛ وعده‌ای که به سرعت پس از انتخاب مجدّدش به ریاست جمهوری، با تصویب قوانینی، مانند قوانین ۹ سپتامبر ۲۰۰۲ و ۹ مارس ۲۰۰۴ م. (معروف به قوانین «Perben I» و «Perben II» که ملهم از نام آقای «پربن» وزیر دادگستری وقت بود) و نیز قانون امنیت داخلی مصوّب ۱۸ مارس ۲۰۰۳ م. (معروف به قانون «سرکوزی»، نام وزیر وقت کشور) جامه عمل پوشاند. با این حال، نباید فراموش کرد که سیاسی کردن رویکردها به جرم و چگونگی مقابله با آن، فقط به احزاب راستی یا افراطی و فرالیبرالها اختصاص ندارد؛ زیرا جناح چپ فرانسه نیز تحت فشار افکار عمومی، رسانه‌های گروهی و رقبای سیاسی که به سهل‌انگاری در مبارزه با جرم یا خوش‌بینی به امر پیشگیری از بزهکاری با آن متهم می‌شد، تبلیغات گسترده‌ای را برای سرکوبی با جرم به راه انداخت تا از احزاب رقیب عقب نماند.

تأثیر جوّ تبلیغاتی و انتخاباتی ۲۰۰۲ م. بر قضاات نیز جالب توجه است. روزنامه *لوموند* مورخ ۱۳ آوریل ۲۰۰۲ م. در صفحه ۱۱ خود نوشت: «طی حدود شش ماه، تعداد قرارهای بازداشت موقت نه درصد افزایش یافته که بخشی از این افزایش از فضای مبارزات انتخاباتی ریاست جمهوری ناشی بوده است؛ زیرا قضاات احساس کرده‌اند که تحت کنترل و قضاوت افکار عمومی قرار داشته‌اند».

ه) بحرانهای ناشی از بین‌المللی شدن حقوق بشر و اقتصاد

عامل استقبال و پذیرش رویکردهای امنیت‌مدار در برابر جنایت را نمی‌توان فقط به احساس ناامنی، رسانه‌ای یا سیاسی شدن رویکردهای سیاست جنایی یا افزایش میزان جرائم و بزه‌دیدگی محدود کرد؛ زیرا ریشه‌های اقتصادی، اجتماعی و جهانی این پدیده، بسیار عمیق است.

پس از جنگ جهانی دوم، تقریباً همه کشورهای غربی، دوره شکوفایی اقتصادی و اجتماعی را در دهه‌های پنجاه، شصت و هفتاد، معروف به سی سال طلایی و افتخارآمیز، طی کرده‌اند. در این برهه از زمان، دولت اجتماعی یا دولت حمایتی، خود را به صورت خوبی نمایان ساخت. وظیفه اصلی دولت در این دوره، حفظ نظم، توزیع عادلانه ثروت، شکوفایی و توسعه اقتصادی، پذیرش و اداره مهاجران خارجی و به طور کلی، اجرای عدالت اجتماعی بوده است. در این دوره، رشد اقتصادی دولتهای غربی به اوج خود رسید. خدمات اجتماعی و بیمه‌های درمانی از سوی دولت، حمایت و تضمین شد. بیکاری به کمترین میزان کاهش یافت و بیکاران نیز از خدمات و بیمه‌های بیکاری بهره گرفتند. در چنین شرایطی، جامعه مصرفی پدیدار شد، اما فقر کاملاً ریشه کن نگردید، ضمن اینکه کار برای اکثر شهروندان و دستمزدهای مناسب، امکان مصرف متعادل را برای هر فرد یا خانواده فراهم کرد؛ از این رو، در چنین دوره‌ای، بزهکاری غالباً از نوع بزهکاری تملکی (مالی)، بزهکاری انتقالی ناشی از گذر از مقطع کودکی به مقطع نوجوانی، یا بزهکاری آسیب‌شناسانه ناشی از مشکلات فردی، خانوادگی و اجتماعی، معرفی می‌شود که عمده‌ترین بزه‌دیدگان آن، افراد ثروتمند است.

آغاز دهه هفتاد میلادی با بحرانهای اقتصادی شدید توأم بود، به‌ویژه بحران ناشی از افزایش قیمت نفت (شوگ یا تکانه نفتی)، افزایش بی‌خانمانها، افزایش بیکاری، پیدایش جنبشهای آزادیخواه، استقلال‌طلبی، مطالبات سیاسی، اجتماعی، نژادی و فرهنگی، از هم پاشیدن نظام خانواده، افزایش خانواده‌های تک‌والدینی، بحران نظام آموزشی و اقتدار قوای عمومی. در این جا سخن از بزهکاری طرد و حذف، به میان آورده می‌شود؛ زیرا جامعه مصرفی برای بسیاری از افراد و خانواده‌ها به جامعه طرد تبدیل گردیده است. اکثر بزه‌دیدگان چنین جراثمی، افراد فقیرند؛ زیرا محله‌ها و مناطق فقیرنشین، بیش از پیش محصور می‌شود و افراد فقیر به دلیل ناتوانی مالی که عمدتاً از بیکاری، شغل‌های موقت یا کم‌درآمدی ناشی می‌شود، از جابه‌جایی و نقل مکان به مناطق و محله‌های مناسب‌تر محروم‌اند.

از سوی دیگر، ثروتمندان با به‌کارگیری شیوه‌های مدرن، فن‌آوری پیشرفته ضد

بزه‌دیدگی، استخدام نیروهای امنیتی خصوصی و به طور کلی، از طریق پیشگیری وضعی، امکان آماج جرم واقع شدن خود را بسیار کم و بعضاً غیر ممکن می‌سازند؛ در چنین شرایطی، اگر بگوییم که طبقات مرفه جامعه، دیواری آهنین به دور خویش کشیده‌اند، سخن به گزاف نگفته‌ایم. ثروتمندان در صورت بزه‌دیدگی، غالباً از خدمات شرکتهای بیمه برخوردار می‌شوند، در حالی که در بسیاری اوقات، فقرا از آن محروم‌اند. در چنین زمانی است که ویژگیهای بزهکاری محلی یا بزهکاری انبوه آشکار می‌شود. اما در ایالات متحده آمریکا، جوامع محلی که بیشتر ویژگی نژادی، ملیتی و قومی دارند، فقر را در خود هضم می‌کنند. با این حال، در آمریکا بر خلاف ساختار اجتماعی و اقتصادی اروپا، افراد از تحرک اجتماعی بسیار بالایی برخوردارند؛ زیرا موانع نژادپرستی و تبعیضی جامعه، چنان قوی نیست که امکان پیشرفت و خروج از یک محله فقیر نشین را از شخص، به طور کامل سلب کند.

در چنین فضایی، وظیفه دولت ایجاد رفاه و حمایت از شهروندان نیست، بلکه وظیفه عمده‌اش، برقراری نظم و امنیت از طریق وسایل سرکوبگر پدیده‌های جنایی و پیشگیری از تعارض منافع افراد جامعه است؛ بدین ترتیب، عدالت اجتماعی به عدالت توزیعی گرایش می‌یابد. در این صورت، جامعه به عنوان عامل اصلی بزهکاری معرفی نمی‌شود (مسئولیت اجتماعی)، بلکه «فرد» و «خانواده» اوست که باید به عنوان مقصران اصلی مجازات شوند (مسئولیت فردی). مسئولیت‌بخشی به فرد، مسئول کردن کودکان و خانواده در قبال بزهکاری شخص یا افراد تحت تکفل آنان، عناصر مهم مبارزه با جرائم و پیشگیری از بزهکاری قلمداد می‌شود. رویکردهای بازپروری و اصلاح مجرم با رویکردهای تنبیهی-کیفری مبنی بر طرد مجرم جایگزین می‌شود. مهاجران خارجی به متخاصمان و خرابکاران تبدیل می‌شوند. در واقع، اقتصاد توانایی ایجاد کار و جذب نیروهای انسانی را ندارد؛ از این رو، برجسبهای مجرمانه یکی پس از دیگری، بر مهاجران و حتی نسل دوم و سوم آنان زده می‌شود؛ برجسبهایی از قبیل غاصبان مشاغل، تروریستها، معتادان، مشتریان دائمی خدمات اجتماعی رایگان، قاچاقچیان کالا و انسان، بهره‌کشان جنسی از زنان، کودکان و روسپیان.

مهاجران و به طور کلی خارجیان، جوانان، معتادان و به تازگی مسلمانان، عاملان اصلی بی‌نظمی، خشونت و بزهکاری در کشورهای غربی معرفی می‌شوند. جامعه و سیاستمداران، نوک پیکان انتقادات خود را به سوی این گروه‌ها که در واقع نخستین و بیشترین قربانیان بی‌دفاع بحرانهای اقتصادی، بی‌عدالتیها، فقر، نژادپرستی، بیکاری و خشونت هستند، نشانه گرفته و آنان را به سپر بلای تمام مشکلات اقتصادی، اجتماعی و امنیتی موجود در جامعه تبدیل کرده‌اند. بدین ترتیب، معلول بی‌امنیتی و بی‌عدالتی، خود علت ناامنیهای ملی و بین‌المللی معرفی می‌شود. آقای «دیوید کُل»، استاد دانشگاه جرج تاون واشنگتن، در کتاب *اتحاد دشمنان*، به خوبی نشان داده است که در این فرآیند، حقوق فردی خارجیان و مهاجران، بیشترین صدمه و لطمه را می‌بیند. از سوی دیگر، بزهکاری یقه‌سفیدان، تحت‌الشعاع بزهکاری‌ای قرار می‌گیرد که بسیار آشکارتر، رسانه‌ای‌تر و انبوه‌تر است؛ از این رو، مجرمان اقتصادی، سیاسی و به طور کلی، مجرمان طبقه مرفه از پنجه عدالت کیفری، جنجال رسانه‌ها و افکار عمومی مصون می‌مانند؛ اگرچه وسعت، آثار و خطرهای شوم بزهکاری آنان بسیار وخیم‌تر از بزهکاری نوع قبلی است.

این حالت، بنا به تعبیر «فیلیپ ماری»، محقق بلژیکی، مرحله گذر دولت اجتماعی به دولت کیفری یا دولت اجتماعی امنیتی است، اما باید توجه داشت که ظهور دولت اجتماعی (حمایتی) به اواخر قرن نوزدهم میلادی، به‌ویژه به زمان تصویب قوانین حمایت از زنان و کودکان، باز می‌گردد که طی آن، یکی از کارکردهای اصلی دولت را حمایت از گروههای آسیب‌پذیر جامعه و نیز توسعه رفاه اجتماعی بر مبنای همبستگی و انسجام اجتماعی می‌داند. از نظر تاریخی، دولت اجتماعی براساس نظامی بیمه‌ای توسعه یافته است که در آن تضمینهای اجتماعی از طریق تعمیم بیمه‌های اجباری صورت می‌گیرد که خطرها و تهدیدهای اصلی زندگی بشری (بیماری، بیکاری، بازنشستگی، معلولیت و...) را تحت پوشش خود قرار می‌دهد.

منطقه‌ای و جهانی شدن رویکردهای حقوق بشر و سیاستهای اقتصادی به موازات این دگرگونیها و جهشهای اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، جرم‌شناختی و حقوقی، حاکمیت و اقتدار دولتها را در زمینه سیاست‌گذاریهای جنایی و اقتصادی به طور مؤثری

کاهش می‌دهد؛ در نتیجه، دولتها دیگر یکه‌تازان و کُنشگران اصلی صحنه سیاست جنایی و اقتصاد به شمار نمی‌روند و قدرت آنان با ظهور و توسعه فزاینده نهادهای نوظهور جهانی و منطقه‌ای در قلمرو حقوق بشر و اقتصاد کم‌رنگ‌تر می‌شود.

امضا، تصویب و تکلیف اجرای مفاد اسناد بین‌المللی (اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ م.، میثاق حقوق سیاسی و مدنی ۱۹۶۶ م.، میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ م.، کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹ م.، کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک ۱۹۸۹ م. و...) و اسناد منطقه‌ای (کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر ۱۹۵۰ م.، منشور اجتماعی اروپایی ۱۹۶۱ م.، کنوانسیون اروپایی پیشگیری از شکنجه و مجازاتها یا اعمال غیر انسانی یا تحقیر آمیز ۱۹۸۷ م.، اعلامیه آمریکایی حقوق و تکالیف بشر ۱۹۴۸ م.، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ۱۹۶۹ م. و...) از یک سو و توسعه و رشد نهادهای نظارت بر این اسناد (مانند دیوان اروپایی حقوق بشر، دیوان بین آمریکایی حقوق بشر، کمیسیون بین آمریکایی حقوق بشر، کمیته اروپایی پیشگیری از شکنجه و مجازاتها یا اعمال غیر انسانی یا تحقیر آمیز، کمیته حقوق کودک، کمیته حقوق بشر، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کمیته حذف هرگونه تبعیض علیه زنان، کمیسیون حقوق بشر، دیوان عدالت جوامع اروپایی و...) از سوی دیگر، بیش از پیش رعایت قواعد عمومی و جهان‌شمولی را که در شکل‌گیری حقوق مشترک جهانی و کثرت‌گرا نقش عمده‌ای ایفا می‌کنند، به دولتها تکلیف می‌کند.

دامنه این حقوق، به طرز حیرت‌آوری، انعطاف و نرمش توسعه و تحوّل را دارد، بدین گونه که محیط زیست، شبیه‌سازی انسان، فن‌آوریهای پزشکی و...، دولت را هر لحظه به پاسخگویی جدی در برابر پدیده‌هایی با جنبه‌های مختلف وامی‌دارد که به سختی تحت نظارت یا بررسی قرار می‌گیرد و هیچ دولتی به تنهایی، توان پاسخگویی به آنها را ندارد، چنان که منطقه‌ای و جهانی شدن در این باره، امری اجتناب‌ناپذیر است. قاره اروپا با توسعه دو سازمان فراملی - شورای اروپا (۶۶ دولت عضو) معروف به اروپای بزرگ (اروپای حقوق بشر) و اتحادیه اروپا (۲۵ دولت) معروف به اروپای کوچک (اروپای کالا و اقتصاد) - در وضعیتی قرار گرفته است تا

موقعیت خود را به عنوان محیط شکل‌گیری حقوق اروپایی و آزمایشگاه جهانی شدن حقوق به تثبیت برساند.

علاوه بر این، باز شدن مرزها (به‌ویژه در سطح اتحادیه اروپا) و سهولت جابه‌جایی و حمل و نقل انسان و کالا و نیز جابه‌جایی سرمایه‌ها به کمک فن‌آوری‌های نوین از جمله رایانه، دولت‌ها را با مشکل بزرگ جرایم سازمان‌یافته و فراملی و موج مهاجران قانونی و غیر قانونی مواجه کرده است که پاسخهای انفرادی آنان به این پدیده‌ها به هیچ‌وجه مؤثر و کارساز نیست. اگر مرزها غالباً برای بزهکاران گشوده است و به آسانی از آن عبور می‌کنند، برعکس، موانع حقوقی ناشی از حاکمیت به دولت‌ها امکان تعقیب کامل و سریع تمام بزهکاران را نمی‌دهد؛ به عبارت دیگر، مرزها غالباً برای جنایتکاران گشوده‌تر است تا برای دولت‌ها.

این دگرگونی‌ها در سطح منطقه‌ای و جهانی، نه فقط تعدیل و کاهش حاکمیت و قلمرو مداخله دولت‌ها را موجب شده، بلکه فقر و بی‌عدالتی اجتماعی را گسترش داده است. امروزه، فرآیند خصوصی‌سازی نه فقط در بخش اقتصاد (مانند واگذاری سهام زیادی از سازمان برق و گاز فرانسه به بخش خصوصی) جلوه‌گر شده، بلکه قلمرو عدالت کیفری را نیز دربر گرفته است: تربیت کارآگاهان و مأموران امنیتی خصوصی، زندانهای خصوصی و....

گذر از پیشگیری اجتماعی مبتنی بر عدالت اجتماعی (غالباً الهام گرفته از نظام فرانسوی) تحت لوای دولت قیّم‌سالار به پیشگیری وضعی مبتنی بر مسئول‌سازی، آگاه‌سازی و آموزش افراد جامعه و بزه‌دیدگان بالقوه در زمینه بزهکاری (الهام گرفته از نظامهای آنگلو ساکسون) و توسعه فزاینده صنعت امنیت خصوصی، نصب دوربینهای مراقبتی در معابر و امکان عمومی و خصوصی، هشداردهنده‌های ضد سرقت، قفل‌های هوشمند، کارتهای اعتباری و... در حال تحقق است.

تعدیل وظایف دولت در چنین جوّی، مشروعیتش را به طرز فوق‌العاده‌ای، در اجرای سیاستهای اجتماعی و اقتصادی زیر سؤال می‌برد؛ زیرا دولت در تضمین کارکرد اولیه‌اش به عنوان محرک و ناظر اقتصادی، توانایی ندارد. تورّم اقتصادی به نحو چشمگیری از کنترل دولت خارج شده است (به‌ویژه پس از برقراری پول واحد

(یورو) در اتحادیه اروپا). دولت نیز در این شرایط فقط به افزایش مالیاتها و کاهش خدمات رفاهی برای جبران کسری بودجه‌های اجتماعی (رفاهی) می‌پردازد.

بدیهی است که نخستین قربانیان این تنشها، کارگران و حتی اعضای طبقه متوسط و ضعیف جامعه‌اند؛ بدین ترتیب، کاهش قدرت خرید و مصرف، تقریباً در سراسر جامعه فراگیر است. مسلماً یکی از ارکان وظایف سنتی و اساسی دولت، اعمال قدرت و استفاده از ابزار قهریه است. با توجه به انتقادهای شدید از عملکرد و مشروعیت دولت در امور اقتصادی و اجتماعی (رفاهی)، دولت در تثبیت قدرت و اعمال حاکمیت در قلمرو سنتی خود، یعنی عدالت کیفری، نیاز مبرم و فراوانی احساس می‌کند. این جاست که باید با شدت هر چه بیشتر، علیه هر نوع ناامنی و بی‌نظمی واکنش نشان دهد و ضعف ساختاری خود را در زمینه‌های رفاهی و اقتصادی بپوشاند.

خلاصه اینکه مشکلات داخلی (فقر، بی‌عدالتی و تبعیض نژادی، فرهنگی و اقتصادی)^۱ و جهشهای بین‌المللی، با شرحی که بیان شد، بسترهای مناسب ظهور دوباره جنبشهای سرکوبگرانه فوق‌العاده فنی، ظریف و حقوقی (مملو از استدلالات و پژوهشهای به ظاهر عقلانی و علمی) را فراهم ساخته است که اجتناب از آن،

۱. در این باره، می‌توان به برخی از آمارهای ارائه شده اشاره کرد. در اتحادیه اروپا تعداد افراد فقیر، بین سالهای ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۵ م. از ۴۹ میلیون نفر به ۵۰ میلیون نفر افزایش یافته است.

مطالب خانم «دوسکسن» در خصوص وضعیت فقر در فرانسه بسیار تکان‌دهنده است: «دو پدیده، سرنوشت ده سال گذشته را رقم زده است؛ افزایش انبوه فقر و بی‌ثباتی اقتصادی.

این سرنوشت، پدیده‌ای متناقض در کشوری است که از وضعیت اقتصادی مناسبی برخوردار است و چهارمین قدرت جهانی است که ثروتش هر ساله رو به فزونی است؛ کشوری که شرایط مسکن، بهداشت، تغذیه برای اکثریت ساکنانش دائماً رو به بهبود است... امروزه، شش میلیون نفر در این کشور با حداقل خدمات اجتماعی زندگی می‌کنند. از این افراد، ۱/۶ میلیون نفر کودک هستند، دو میلیون نفر حداقل درآمد معیشت (RMI) زندگی را دارند، دو میلیون نفر در شرایط اسکان نامناسب در حال گذراندن و پانصد هزار نفر بدون سرپناه‌اند.

سیزده درصد جمعیت ایالات متحده آمریکا درآمدی کمتر از حد فقر که رسماً ۱۵ هزار دلار برای یک خانواده چهار نفری در سال ۱۹۹۷ م. تعیین شده است، دارند.

در سالهای ۱۹۷۰ و ۱۹۹۳ م.، جمعیت جوانان آمریکایی زیر خط فقر به ترتیب ۱۵ و ۲۲ درصد بوده است؛ یعنی بالاترین رقم ثبت شده در بین کشورهای صنعتی.

در این کشور ثروتمند، «جانسون»، رئیس جمهور سابق آمریکا، در دهه ۶۰ میلادی «جنگ علیه فقر» را در کشور خویش رسماً اعلام می‌کند.

تقریباً امری محال می‌نماید. با این حال، ذکر این نکته ضروری است که بحران دولت حمایتی بیشتر از تحوّل در منطق، سیاست و نگرش دولت ناشی می‌شود تا از مسائل مالی و کسر بودجه؛ به عبارت دیگر، نباید عامل اقتصادی را مهم‌ترین عامل گرایش به سوی توسل به ابزارهای امنیتی دانست؛ زیرا اولویتهای حاکمیتی دولت، بعد از این در صدر جدول بودجه‌های دولت قرار می‌گیرد؛ از این روست که اولویتهای نظامی جنگی و مبارزه با تروریسم که تهدیدی بسیار جدی برای حیات داخلی و بین‌المللی کشورهای غربی و نیز دشمن درجه یک دموکراسی و آزادی اعلام شده است، از یک سو، به افزایش مالیاتهای مربوط به کار و سرمایه و از سوی دیگر، به کاهش بودجه‌های آموزشی (مراکز تحصیلی، دانشگاهها و مراکز علمی و پژوهشی) و نیز بودجه‌های رفاهی (بیمه‌های بیماری، بیکاری، بازنشستگی، معلولیت، ...) منجر می‌شود.

حال، باید به وجود یک تناقض اساسی اشاره کرد. همان‌گونه که بیان شد، توسعه و رشد فزاینده اسناد منطقه‌ای و جهانی و نهادهای کنترل نظارت بر اجرای آنها به نحو چشمگیری از حاکمیت و اقتدار دولتهای غربی کاسته است. در نتیجه این فرآیند، دولتها در صدد توسل به حقوق کیفری (عامل بنیادی اعمال حاکمیت) و سرکوبی هر نوع بی‌نظمی و ناامنی بوده‌اند تا به حاکمیت از دست‌رفته یا تضعیف شده خویش مشروعیتی دوباره بخشند. ولی هرگز نباید فراموش کرد که منطقه‌ای و جهانی شدن حقوق بشر تا حدّ زیادی، امکان توسل به حربه‌ها و امکانات بسیار سرکوبگرانه خارج از محدوده حقوق بشر و قوانین اساسی را از دولتها سلب کرده و به عنوان سدّی در سوء استفاده‌های ناشی از اعمال قدرت و حاکمیت به کار رفته است.^۱ همچنان که دیوان اروپایی حقوق بشر، تروریسم را خطری جدی برای حیات دولت مبتنی بر حقوق (یعنی دولت قانونمدار) و نهادهای دموکراتیک آن می‌انگارد. کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر در خصوص تضمین دادرسی مندرج در بند ۱ ماده ۵ (حقّ برخورداری از آزادی و امنیت) اعلام می‌دارد: «ضرورت مبارزه

۱. حتی امروزه، جریان تصویب و پذیرش قانون اساسی اتحادیه اروپا به مرحله جدید و حساسی پا می‌گذارد.

با [یک] جنایت تروریستی نمی‌تواند با توسعه مفهوم «احتمال» تا حدّ صدمه به ماهیت تضمین [مربوط] توجیه شود.» یا در رأی صادره در پرونده «Ciulla» علیه ایتالیا مورخ ۲۲ فوریه ۱۹۸۹ م.، دیوان اروپایی حقوق بشر، ضمن پذیرش اهمیت مبارزه جمهوری ایتالیا علیه بزهکاری سازمان یافته تأکید می‌کند که لیست موارد سلب آزادی مقرر در بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، حصری است و تفسیری مضیق را می‌طلبد.

و) انتقادی شدید به رویکردهای بازپروری و اصلاح مدار

بحران حاکمیت تنها گریبان گیر دولتها نشده، بلکه دامنه اقدامهای بازپروری و اصلاح بزهکاران مبتنی بر عدالت اجتماعی و پیشگیری اجتماعی را نیز دربر گرفته است. از دهه هفتاد میلادی، انتقادهای شدیدی به نظریه‌های بازپروری و طرفداران آن، از سوی برخی از پژوهشگران و جرم‌شناسان، به ویژه آمریکاییها، مطرح شد. اینان، اقدامهای مبتنی بر درمان و اصلاح مجرمان را براساس یافته‌های اصول پزشکی، روان‌شناختی، روان‌پزشکی، و اجتماعی، به عدم کارآیی در برابر تکرار جرم، هزینه‌بر بودن و حتی تحت انقیاد در آوردن روح مجرم در خدمت قوای حاکمه و بهره‌کشی از مجرم با عنوان اقدامهای انسانی و درمانی بدون رعایت حقوق دفاعی و انسانی او متهم کردند.

در ایالات متحده آمریکا عبارت «هیچ چیز عمل نمی‌کند» یا «هیچ چیز کارساز نبوده است»، از این موضوع حکایت دارد که فقط بخش کوچکی از اقدامهای بازپرورانه و اصلاح مجرم، بر کاهش تکرار جرم تأثیر مثبتی دارد. آثار مخرب اقدامهای سالب آزادی به دلیل نامشخص بودن هدف، نامعلوم بودن زمان و میزان آن، خطری جدی برای آزادی و حقوق فردی به شمار می‌رود؛ زیرا در صورت معین بودن اقدامهای کیفری، محکوم پس از سپری شدن زمان مقرر، آزادی‌اش را بازمی‌یابد، اما در موارد نامعین بودن، اقدامهای مذکور تحت عنوان اقدامهای تأمینی و تربیتی (که غالباً ماهیت کیفری خود را مخفی می‌سازد)، سرنوشت محکوم در دستان متخصصانی همچون مددکاران اجتماعی، پزشکان، روان‌پزشکان و... قرار

می‌گیرد که تقریباً از کنترل قضایی و حقوقی خارج‌اند. در فرآیند بازپروری، این متخصصان همچون قاضی، دادستان و وکیل عمل می‌کنند، در نتیجه، تفکیک وظایف قضایی و بازپروری، امری مضحک و تصنعی می‌شود. از سوی دیگر، مجرم با نقض قوانین اجتماعی، عملاً خروج خویش را از اجتماع و نقض قرارداد اجتماعی، اظهار می‌دارد و قوانین جامعه و قوای حاکم را به عنوان الگوی هماهنگ‌سازی، تطبیق و سازگاری اجتماعی نمی‌پذیرد. با توجه به چنین امری، چگونه می‌توان از سازگاری دوباره وی با جامعه سخن گفت، در حالی که فرد، جامعه و دولت را به عنوان عاملان مشروع نظم عمومی قبول ندارد؟ باز اجتماعی کردن وی باید طبق کدام معیار اجتماعی فرهنگی، ... صورت گیرد؟

با این حال، برخی از جرم‌شناسان در پاسخ به بعضی از این انتقادات، معتقدند پژوهش‌های سنجشی درباره کارآیی اقدام‌های بازپروری به نمونه‌های خاصی محدود شده است که مبین همه ویژگی‌های بزه‌کاران نیست. این پژوهش‌ها بسیار اندک و دارای نواقص عمده‌ای است؛ همچون عدم سنجش تمام ارکان بازپروری. علاوه بر این، اقدام‌های تربیتی و تأمینی به طور کامل و با بودجه مناسب، پرسنل کافی و با هماهنگی بین تمام کنشگران مسئول، به ندرت اجرا شده است. این اقدام‌ها آثار مثبت اصلاحی نیز دارد، در نهایت، حتی در صورت اجرای اقدام‌های صرفاً کیفری، مشخص نیست که نتایج به دست آمده از توقف یا کاهش نرخ تکرار جرم یا میزان جرائم، به مراتب از اقدام‌های بازپروری بهتر بوده باشد. خلاصه اینکه پذیرش نظریه تأثیر یا کارنامه صفر اقدام‌های بازپروری، به پژوهش‌های سنجشی عمیق و گسترده‌ای نیاز دارد. هر مجازات شدیدی، الزاماً انسانی نبوده و با کرامت بشری مطابق نیست و هر اقدامی اصلاحی نیز لزوماً مؤثر نیست. هنر قانون‌گذاری، تلفیق کارا بودن و انسانی بودن در اقدام‌های کیفری است.

نظام کیفری، در این فرآیند بی‌اعتبارسازی و مشروعیت‌زدایی از اقدام‌های بازپروری، برای بازیافتن مشروعیت ازدست‌رفته‌اش به کیفرشناسی نوین متوسل می‌شود؛ از این رو، اقدام‌های کیفری معین؛ زندان؛ اقدام‌های تأمینی سرکوبگر؛ کنترل شدید معتادان و بی‌خانمانها؛ برخوردهای سریع، قاطع و بدون اغماض به

تکرار کنندگان جرم، متجاوزان جنسی، جوانان بزهکار و سرکوب شدید تروریسته‌ها از جمله تدابیری است که دولتهای غربی آن را اعمال می‌کنند. همچنان که طبق ماده ۲۳-۱۳۲ قانون جزای فرانسه، مجرمی که به مجازات سالب آزادی، بدون تعلیق برای جرائم ویژه، به مدت ده سال یا بیشتر محکوم شود، نمی‌تواند در دوره تأمین، از مقررات و مزایای مربوط به تعلیق یا تخفیف مجازات، نگهداری در خارج از زندان، مجوزهای خروج (مرخصی)، نیمه آزادی و آزادی مشروط استفاده کند. مدت دوره تأمین برابر با نصف مدت مجازات یا در صورت محکومیت به حبس جنایی ابد، هجده سال است. مدت این دوره، متغیر است، همان‌گونه که دادگاه جنایی جنبه می‌تواند طی یک تصمیم ویژه، این مدت را تا دو سوم مدت مجازات یا در صورت محکومیت به حبس جنایی ابد، تا ۲۲ سال افزایش دهد.

اکنون رویکرد «آنچه عمل می‌کند و کارساز است» یا «اعمال مناسب» از سوی جرم‌شناسان و حقوق‌دانان آمریکایی مطرح شده است. فلسفه این رویکرد بر عمل‌گرایی، کنترل بزهکاری و ناامنی و مبارزه با عوامل محیطی مستقیماً جرم‌زا مبتنی است؛ بنابراین، اهداف عملی بر اهداف علمی پیشی گرفته و نواقص اهداف عملی به دلیل سودمندیشان مخفی نگه‌داشته می‌شود. منطق چنین اغماضی از افزایش جمعیت زندان، شکست پژوهشهای مربوط به درمان مجرمان و بسیاری از معایب نظام آمار جنایی (به‌ویژه مشکل «رقم سیاه») ناشی می‌شود. برای این منظور، عدالت محلی به عنوان یکی از راهکارهای معجزه‌آسای عملی به کار گرفته می‌شود.

ز) آمریکایی شدن رویکردهای جنایی

امروزه بسیاری از پژوهشگران اروپایی، خصوصاً فرانسویان، بر این باورند که جنبشهای بازگشت به کیفر (نئوکلاسیسم) - با درجات و روشهای متفاوتش در کشورها - مدل آمریکایی آن را به عنوان مرجع و مبنای برگزیده است. با این حال، باید توجه داشت که ریشه‌های تاریخی این باور به قرن نوزدهم میلادی بازمی‌گردد؛ زمانی که تعدادی از مصلحان نظام زندانها در اروپا (مانند توکویل، دوتمتر و لوکاس) با مسافرت‌های علمی - پژوهشی خویش، شیفته نوآوریها و ابداعات نظام زندانهای

آمریکا شدند که خود به طور عمده‌ای، الهام‌یافته از عقاید «جان هووارد» انگلیسی بود. نقطه عطف این نوآوریها به قرن هجدهم میلادی (۱۷۹۰) با بنای «نظام پنسیلوانیایی حبس» بازمی‌گردد. علاوه بر این، قانون اساسی ۱۷۸۷ م. ایالات متحده آمریکا در این زمینه، بر قوانین و مقررات بسیاری از کشورهای غربی (همچون اعلامیه جهانی حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ م. فرانسه و قانون اساسی ۱۹۴۶ م. ژاپن که البته مورد اخیر تحمیلی بوده است!) و حتی در تشکیل دیوان اروپایی حقوق بشر، تأثیرات فراوانی داشته است.

صرف‌نظر از مسائل انسانی و تلطیف نظام کیفری با ایجاد نهادهای ارزشمندی همچون دادگاه اطفال (تأسیس ۱۸۹۹ م. در شیکاگو) و جایگزینهای حبس (عمدتاً به دلیل تورم جمعیت کیفری و هزینه بسیار زیاد نظام زندان)، الگوهای کیفری آمریکای شمالی همواره مثبت و سازنده کارساز نیست.

اندیشمندان و سیاستمداران در فرآیند شکل‌گیری نهضت‌های سرکوبگر، نقشی بس سترگ ایفا کرده‌اند. این فرآیند را می‌توان زیرمجموعه‌ای از جدایی و دامهای سیاست جنایی آمریکای شمالی تلقی کرد؛ به عبارت دیگر، تعامل مستقیم یا غیر مستقیم و حتی بعضی اوقات، توافق پنهانی و آشکار این دو گروه، به در پیش گرفتن سیاست‌های امنیت‌گرا کمک شایانی می‌کند؛ چراکه این دو گروه، کنشگران اصلی صحنه جنبشهای سرکوبگرند.

۱. نقش اندیشه‌وران

در واقع باید گفت مواد اولیه فکری، علمی و فنی جنبشهای سرکوبگر، غالباً از سوی برخی از اندیشمندان فراهم می‌گردد. امروزه برخی از دانشمندان، جدای از مسئله انتشار و گسترش افکار سرکوبگرانه در قالب منتقل‌کنندگان عقایدی که قبلاً بیان شد، فن‌آوری را به مشکلی بزرگ برای آزادیها، حقوق شهروندان و زندگی خصوصی تبدیل کرده‌اند. کنترل‌های شدید امنیتی، ما را با این واقعیت وحشتناک روبه‌رو کرده است که اندیشیدن درباره اینکه فن‌آوری همیشه به عنوان یک راهکار باقی می‌ماند و به مشکل تبدیل نمی‌شود، اشتباه است.

ابداعات علمی و فن‌آوریهای آزمایش‌شده بر روی حیوانات ممکن است در آینده بر زندانیان، مددکاران اجتماعی و کودکان و سرانجام بر تمام اعضا جامعه آزمایش شود. علم و صنعت ما را بیش از پیش در تارهای امنیتی گرفتار کرده است که رهایی از آن، تقریباً ناممکن است. امروزه پزشکی مدرن، امکان نظارت شدید بر مادران باردار را به راحتی فراهم کرده است؛ بدین ترتیب، می‌توان کودکان در معرض خطر را تحت کنترل شدید و دقیق قرار داد. چنین تهدیداتی با گرایش تدریجی به کنار گذاشتن مفهوم «در معرض خطر» برای روی آوردن به «حالت خطرناک»، جنبه حساس‌تر و پیچیده‌تری را به خود گرفته است. در حقیقت، واژگان مبهم و مستعد تفسیرهای موسّع و متضاد حقوقی و غالباً جرم‌شناختی (مانند حالت خطرناک؛ تمایلات خطرناک؛ در معرض خطر اخلاقی، روانی، اجتماعی و...؛ بزهدکاران خطرناک؛ مجرمان غیر قابل اصلاح؛ اعمال ضد اجتماعی) راه دخالت گسترده بسیاری از مشاغل (پزشکان، روان‌شناسان، مددکاران اجتماعی و...) را به طور ظریفی هموار ساخته است. در نتیجه، زندگی خصوصی افراد با تهدیدهای نوین پنهان و آشکاری روبه‌رو است که غالباً از توجیه‌ها و دلایلی به ظاهر علمی و فوق‌العاده ماهرانه برخی از دانشمندان برخوردار است.

معمولاً خطرها، زمانی به فاجعه تبدیل می‌شود که ظرافت زیاد و شکنندگی نهادهای دموکراسی، از جمله عدالت کیفری و عدالت اجتماعی را فراموش کنیم. همان‌گونه که شعار سیاسی - جنایی «شدت عمل در برابر بزهدکاری و کنترل شدید بزهدکاری» از سوی حکومت‌های استالینی، فاشیستی و نازی در طول تاریخ و همچنین محافظه‌کاران نوین آمریکایی، حزب اصلاح‌کانادایی، حزب کارگر نوین انگلیسی و بسیاری از احزاب جناح راست افراطی امروز به این موضوع اشاره دارد؛ با این حال، باید یادآوری کرد که ابزار و شیوه‌های سیاست جنایی این نوع ایدئولوژیها تنوع ویژه‌ای دارد. دیر زمانی است که ایالات متحده آمریکا به آزمایشگاه علمی - سیاسی یا به عبارتی بهتر، به محلّ حراج و نمایش اندیشه‌ها و رهیافتهای سرکوبگرانه از قبیل «هیچ چیز عمل نمی‌کند»، «اثر صفر اصلاح و درمان»، «آنچه عمل می‌کند و کارساز است»، «پنجره‌های شکسته»، «تسامح صفر در برابر بزهدکاری» و... تبدیل

شده است.

آیا اکنون نباید از «چهارمین نسل حقوق بشر» سخن به میان آورد که می‌خواهد از کرامت انسانی، زندگی خصوصی و آزادیهای فردی و اجتماعی افراد در برابر سوء استفاده‌های علمی حمایت کند؟ به رغم تمام مشکلات ناشی از خطرهای، نمی‌توان خدمات شایسته و ارزنده اندیشمندان و دست‌آوردهای فن‌آوریهای نوین در زمینه علوم جرم‌یابی، زندانبانی و بسیاری دیگر از نهادها و تأسیسات جرم‌شناختی و حقوقی را منکر شد. اما تحولات اخیر یادآور این نکته است که تمام علوم از جمله علوم جنایی، در کنار رهیافتهای بشردوستانه ممکن است ابزار استبدادگرایی یا مطلق‌گرایی سیاسی در زندگی فردی و اجتماعی را فراهم سازد. چنین خطری ممکن است از شیوه به‌کارگیری یا ماهیت خود فن‌آوری ناشی شود، همان‌طور که علوم پزشکی و روان‌پزشکی، ماهیتاً سودمند است، اما به‌کارگیری افراطی و مغرضانه از این علوم در قلمرو سیاست جنایی، موجبات توسعه کنترل اجتماعی و محرومیت از حقوق رفاهی و اجتماعی را فراهم می‌سازد. آقای «وان در کِرکوف»، پژوهشگر بلژیکی، به خوبی بیان می‌کند که چگونه پزشکی، روان‌شناسی و روان‌پزشکی کردن رویکردها و پاسخهای سیاست جنایی در قالب جرم‌زدایی از عمل مجرمانه، بزهدار را در فرآیندی ظریف، پیچیده و طولانی نظارت اجتماعی قرار می‌دهد که در آن، تضمینهای حقوقی کنار گذاشته می‌شود.

در واقع، رهیافتهای علمی، فقط بزهدیدگی بزهدار را هدف قرار نداده است، بلکه به مرور زمان، تمام افراد جامعه را تحت نظارت خویش قرار می‌دهد؛ پدیده‌ای که بهتر است «بزهدیدگی علمی» یا «بزهدیدگی فنی» بنامیم. این نوع بزهدیدگی، همه‌جانبه و تقریباً کامل است و ممکن است تمام شهروندان را نیز دربرگیرد. «گاری مارکس»، اندیشمند آمریکایی، دو راهکار را برای پیشگیری از سوء استفاده‌های علمی در زمینه کنترل اجتماعی ارائه می‌کند:

(الف) جامعه، سوء استفاده دولت و افراد عادی از قوه قهریه را نظارت کند؛

(ب) جامعه با اشکال ظریف و نامرئی کنترل مخفی و مخرب بزهدکاران مخالفت

کند.

۲. نقش سیاستمداران

به نظر «واکانت»، جامعه‌شناس فرانسوی، لیبرالیسم واقعی یا لیبرالیسم نوین در دو سوی آتلانتیک با پیروزی سیاسی آقای «ریگان» در آمریکا و خانم «تاچر» در انگلستان در دهه هشتاد میلادی مصادف شد. این واقعه، سرآغاز اضمحلال رهیافتها و سیاستهای «کنزی» مبتنی بر توسعه رفاه اقتصادی و اجتماعی از طریق مداخله دولت است. بدین ترتیب، ارکان بنیادین نظریه دولت اجتماعی به طور جدی زیر سؤال می‌رود؛ زیرا مداخله دولت در امور اجتماعی (رفاهی)، اقتصادی و اداره سرمایه به حداقل می‌رسد، در صورتی که مداخله دولت به منظور سرپوش گذاشتن بر روی بی‌عدالتیهای اجتماعی و اقتصادی و از بین رفتن نظام بیمه‌های اجتماعی (رفاهی) و اقتصادی، در قلمرو امور کیفری (به‌ویژه زندان) به حداکثر خود می‌رسد. همچنان که تقاضای برابری در مقایسه تقاضای امنیت، تضعیف و کم‌رنگ می‌شود، اما به نظر می‌رسد چنین تفسیری درباره دولت خانم «تاچر» (۱۹۹۰-۱۹۷۹ م.) در انگلستان چندان با واقعیت مطابق نیست؛ زیرا در این دوره، اقتصاد انگلستان از وضعیت مناسبی برخوردار بود و سیاست مداخله، حداقل نسبت به کودکان بزهکار اعمال می‌شد.

بازتاب این تحولات به طور گسترده‌ای دنیای سیاست اروپا را نیز دربرگرفت. همچنان که وزیر کشور وقت فرانسه، آقای «سرکوزی»^۱، در سفر به نیویورک در اوت ۲۰۰۲ م. طوری شیفته عملکرد پلیس این شهر شد که اعمال فرهنگ «آنگلوساکسونی» را در زمینه ارائه متناوب آمار و نتایج کارکرد پلیس در فرانسه تقاضا کرد. البته قبل از او، آقای «استراو»، وزیر سابق کشور انگلیس، در مسافرتش در ۱۹۹۵ م. به نیویورک چنان مبهوت و علاقه‌مند سیاست تسامح صفر در برابر جرم و آثار اعمال آن در این شهر شد که در صدد اعمال آن در انگلستان برآمد. شهرهای نیویورک، لوس آنجلس و بوستون به نمایشگاه دائمی نمایندگان

۱. به درستی می‌توان وی را «سوپرمن رسانه‌های گروهی» و «دنیای سیاست» فرانسه دانست؛ زیرا سخنان، زندگی خصوصی و حرکات، رفتار و اعمال وی، تمام مطبوعات، تلویزیونها، ماهواره‌ها، مجلات و... را اشباع کرده است.

مجلس، کیفرشناسان و مسئولان عالی‌رتبه اتحادیه اروپا تبدیل شد. پس از مأموریتی که از سوی نخستین شرکت خصوصی زندانبانی در ایالات متحده آمریکا حمایت مالی شده بود، رئیس کمیسیون امور داخلی مجلس لردهای انگلستان، به مزایای زندان خصوصی پی برد و کشورش را به سوی تأسیس این گونه زندانها تشویق کرد. بعدها وی عضو شورای اداری یکی از شرکتهای عمده‌ای شد که بازار مجازات حبس را در اختیار داشت.

در سال ۱۹۹۷ م، نخست‌وزیر سوسیالیست وقت فرانسه، مأموریت بررسی وضعیت بزهکاری اطفال و ارائه راهکارهایی برای مقابله با آن را به دو تن از نمایندگان سوسیالیست مجلس محول کرد. در ضمیمه گزارش این دو نماینده با عنوان پاسخهایی به بزهکاری اطفال، به تجربیات مشاور امور اجتماعی سفارت فرانسه در آمریکا اشاره شده بود که به تمجید از نتایج مثبت اقدام منع عبور و مرور شبانه کودکان در برخی از شهرهای آمریکا می‌پردازد.

آقای «تراپانیه»، استاد و پژوهشگر دانشگاه مونترال، معتقد است آمریکایی شدن رویکرد عدالت کیفری در کانادا، به‌ویژه در بخش انگلیسی‌زبان، به خوبی مشهود است. تغییرات پیشنهادی از سوی دولت کانادا آینه‌ای از تغییرات ایجادشده در سالهای گذشته در آمریکاست. حزب اصلاح طلب کانادا و نزدیک به جناح راست آمریکا، تشدید مجازات جوانان ناقض قانون را تقاضا کرد. در پی موفقیت سیاسی این حزب در غرب کانادا، احزاب محافظه‌کار و لیبرال نیز به پیروی از چنین عملکردی تشویق شدند. در نتیجه، قانون فدرال مربوط به عدالت کیفری نوجوانان ناقض قانون که وضعیت کیفری کودکان بزهکار را تشدید می‌کرد، در سال ۲۰۰۲ م. به تصویب رسید و در سال ۲۰۰۳ م. لازم‌الاجرا شد.

همه این موارد نشان می‌دهد زمانی که کشورها از ارائه راهکاری برای پدیده‌ای پیچیده همچون بزهکاری ناتوان می‌مانند، اکثر اوقات، جست‌وجوی راهکارهای معجزه‌آسای پیشنهادی در قلمرو سیاست جنایی تطبیقی آنان را وسوسه می‌کند. حال به بررسی بعضی از کیفرهای شدید و اقدامهای مبتنی بر نظارت دقیق بزهکاران می‌پردازیم که بیان‌کننده فرآیند شکل‌گیری جنبشهای کیفری است.

بخش دوم: نمادهای بازگشت به کیفر در ایالات متحده آمریکا

الف) مجازات اعدام

با وجود منع اعمال مجازات اعدام در اسناد جهانی و منطقه‌ای، ایالات متحده آمریکا در سال ۲۰۰۳ م. در ردیف چهار کشوری قرار گرفت که ۸۴ درصد از مجازاتهای اعدام (یعنی حداقل ۱۱۴۶ نفر) را در دنیا اعمال کرده است. این کشور از هفت کشوری است که مجازات افراد زیر ۱۸ سال را قانونی می‌داند؛ به گونه‌ای که از ۳۸ ایالتی که مجازات اعدام در آنها اجرا می‌شود، ۱۹ ایالت اجازه مجازات اعدام افراد زیر ۱۸ سال را دارند. از سال ۱۹۷۷ م.، ۲۲ کودک در هفت ایالت آمریکا اعدام شده‌اند و اکنون نیز بیش از ۷۰ کودک در «راهروی مرگ» به سر می‌برند. در این مورد، دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده «Soering» علیه دولت انگلستان مورخ ۷ ژوئیه ۱۹۸۹ م.، دولت این کشور را به دلیل استرداد احتمالی آقای «سوئرینگ» به ایالات متحده آمریکا محکوم کرد. قضات دیوان اروپایی تأکید کردند که وجود «سندرم راهروی مرگ» به دلیل ویژگیهای غیر انسانی و وحشیانه‌اش و لطمات روانی و جسمانی که به محکوم وارد می‌کند، ناقض ماده ۳ (ممنوعیت شکنجه) کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر است. با این حال، آمریکا که از عقده برتری و ترویج دموکراسی و برقراری دولتهای مردم‌سالار در جهان به شدت رنج می‌برد، تبحری بین‌المللی در عدم تمکین از اسناد بین‌المللی حقوق بشری دارد؛ برای مثال، آمریکاییان کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ۱۹۶۹ م. و پروتکل الحاقی آن مربوط به الغای مجازات اعدام (۱۹۹۰ م.) و نیز کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ م. را امضا یا تصویب نکرده‌اند. جالب توجه اینکه فقط این کشور و سومالی، کنوانسیون اخیر را تصویب نکرده‌اند! بعلاوه، آمریکاییان، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ م. را با حق شرط در مواد ۶ و ۷ تصویب کرده‌اند؛ بدین ترتیب، آنان حق اجرای مجازات اعدام را حتی درباره افراد زیر ۱۸ سال، برای خود کاملاً محفوظ نگه داشته‌اند. آمریکا تنها کشور غربی است که در آن، مجازات اعدام اجرا می‌شود. البته در ژاپن نیز اجرای این مجازات، منع قانونی ندارد، اما عملاً اجرا نمی‌شود.

حیرت آور این است که آمریکا تنها کشوری است که آشکارا اعدام کودکان بزهکار را به رسمیت می‌شناسد و از حق اجرای آن در چارچوب حقوق بین‌الملل دفاع می‌کند.

حال این سؤال مطرح است که بالاترین مرجع قضایی فدرال (دیوان عالی) چه نظری درباره مشروعیت اعدام از دیدگاه قانون اساسی آمریکا دارد؟ نخست باید یادآوری کرد که مجازات اعدام، طی سالهای ۱۹۶۵-۱۹۷۶ م. در آمریکا ممنوع بوده است. پرونده‌های مربوط به مجازات اعدام، سه حق اساسی را مطرح می‌کند:

۱. رعایت تشریفات قانونی (پنجمین اصلحیه قانون اساسی)؛
 ۲. ممنوعیت مجازات‌های ددمنشانه و نامتعارف (هشتمین اصلحیه قانون اساسی)؛
 ۳. حمایت یکسان در برابر قوانین (چهاردهمین اصلحیه قانون اساسی).
- رویه دیوان عالی در پرونده‌های اعدام، نامطمئن، متزلزل و غالباً مبهم است. در این باره می‌توان به چندین پرونده اشاره کرد؛ مثلاً در سال ۱۹۷۲ م.، دیوان عالی به اجمال بیان کرد که مجازات اعدام و اجرای آن، کیفی ددمنشانه و نامتعارف و خلاف هشتمین و چهاردهمین اصلحیه قانون اساسی است.^۱ اما قبل از این رأی، قوانین ایالاتی که به طور منظم (سیستماتیک)، اعضای هیئت منصفه مخالف مجازات اعدام را از فرایند دادرسی خارج می‌کرد، مخالف قانون اساسی می‌دانند،^۲ ولی در سال ۱۹۷۶ م.، اعلام کرد که مجازات اعدام در همه شرایط، خلاف قانون اساسی نیست.^۳ در واقع، مداخله‌های دیوان عالی محدود به منع خودکامگی و مداخله عقلانیت بیشتر در تصمیم هیئت منصفه برای اجرای مجازات اعدام است.

پس از چراغ سبز دیوان عالی در سال ۱۹۷۶ م.، ۳۸ ایالت به برقراری دوباره مجازات اعدام اقدام کردند. نتیجه این رویکرد سرکوبگرانه تحت پوشش تفسیر قانون اساسی، وجود ۳۶۸۲ نفر محکوم به مرگ است که در ژوئیه ۲۰۰۰ م. در زندانهای آمریکا به سر می‌بردند، اما این رقم، در اول ژانویه ۲۰۰۴ م. به ۳۵۰۰ نفر

۱. *Furman v. Georgia*, ۴۰۸ U.S. ۲۳۸ (۱۹۷۲).

۲. *Witherspoon v. Illinois*, ۳۹۱ U.S. ۵۱۰ (۱۹۶۸).

۳. *Gregg v. Georgia*, ۴۲۸ U.S. ۱۵۳ (۱۹۷۶).

حال به دو پروندهٔ مربوط به مجازات کودکان و نوجوانان زیر ۱۸ سال ارجاع شده به دیوان عالی اشاره می‌کنیم. دیوان عالی در سال ۱۹۸۸ م. اعلام کرد که اعدام «تامپسون» - که هنگام ارتکاب جرم ۱۵ ساله بوده است - هشتمین اصلاحیهٔ قانون اساسی را نقض می‌کند.^۱ اما در سال ۱۹۸۹ م. پذیرفت که اعدام کودکان ۱۶ یا ۱۷ ساله و نیز بیماران روانی مطابق با هشتمین اصلاحیهٔ قانون اساسی است،^۲ با این حال، در پروندهٔ «Atkins» علیه «ویرجینیا» در ۲۰۰۲ م.، دیوان عالی، اعدام افراد عقب‌ماندهٔ ذهنی را با قانون اساسی مغایر دانست. شایان ذکر است که کمیسیون بین آمریکایی حقوق بشر در رأی اکتبر ۲۰۰۲ م. در پروندهٔ «دومینگر علیه دولت ایالات متحدهٔ آمریکا»^۳ اظهار داشت:

ایالات متحدهٔ آمریکا با محکوم کردن «میکایل دومینگر» به مجازات اعدام - که در هنگام ارتکاب جرم ۱۶ ساله بوده است - خلاف قاعدهٔ آمرهٔ بین‌المللی (Jus Cogens) مستتبط از مادهٔ ۱ اعلامیهٔ آمریکایی [حقوق و تکالیف بشر] عمل کرده است.

این کمیسیون همچنین می‌افزاید:

در صورتی که ایالات متحدهٔ آمریکا این مجازات را اجرا کند، به نقض شدید و جبران‌نشدنی حق حیات «میکایل دومینگر» محکوم شده است؛ حقی که در مادهٔ ۱ اعلامیهٔ آمریکایی پیش‌بینی شده است.

در پایان باید دو نکتهٔ اساسی را یادآوری کنیم که پژوهشهای آمریکایی نیز آن را اثبات کرده است. اولاً مجازات اعدام آرای متضاد و رویهٔ متزلزلی را نزد قضات دیوان عالی ایجاد کرده است. ثانیاً اکثر آمریکاییان، به‌ویژه پس از دههٔ هفتاد میلادی (۱۹۷۰)، با اجرای مجازات اعدام موافق هستند. گسترش چنین موافقتی ممکن است رویهٔ قضایی دیوان عالی را تا حدودی توجیه کند؛ زیرا از اواسط دههٔ هفتاد، تمایل قضات دیوان عالی برای تأیید مجازات اعدام بیشتر شده است؛ به

۱. Thompson v. Oklahoma, ۴۸۷ U.S. ۵۱۸ (۱۹۸۸).

۲. Stanford v. Kentucky, ۴۹۲ U.S. ۳۶۱ (۱۹۸۹).

۳. Domingues c. Etats-Unis d'Amérique.

عبارتی، می‌توان تأثیر افکار عمومی را بر آرای دیوان عالی و در نتیجه، در پیش گرفتن رویکرد سرکوبگرانه ملاحظه کرد.

سرانجام، دیوان عالی ایالات متحده در اوّل مارس ۲۰۰۵ م. در جریان رسیدگی به تجدید نظرخواهی مربوط به مجازات اعدام یک نوجوان، استدلال کرد: «اعدام افراد زیر ۱۸ سال با قانون اساسی آمریکا و عرف بین‌المللی مخالف است». بدین ترتیب، این دیوان، مجازات اعدام افراد زیر ۱۸ سال را لغو کرد.

ب) زندان

گسترش کیفر سالب آزادی و به تبع آن، زندان و افزایش جمعیت کیفری، مسئله خصوصی سازی و تورّم زندان و از همه مهم‌تر، نقض حقوق زندانیان را مطرح کرد. بنابراین، بدرفتاری زندانبانان با زندانیان، خشونت بین زندانیان یا خشونت زندانیان علیه زندانبانان، وضعیت بهداشتی و روانی زندانیان، مشکلات ملاقات زندانیان با خانواده‌هایشان، توزیع و پخش مواد مخدر، ایدز و مشکلات رسیدگی به شکایات زندانیان، از موارد نقض آشکار حقوق زندانیان در بسیاری از اسناد ملی و بین‌المللی است.

مشکلات ناشی از تورّم جمعیت زندانها و خشونت در زندان، مسئله رعایت حقوق زندانیان را براساس قانون اساسی آمریکا مطرح ساخته است. دیوان عالی در دو پرونده، درباره تورّم جمعیت زندانیان رأی داده است. ابتدا در سال ۱۹۸۱ م. در پرونده مربوط به شرایط حبس، دیوان عالی پذیرفت که «شرایط ناراحت کننده، بهایی از کیفری است که بزهکاران به لحاظ جرائم ارتكابی علیه جامعه می پردازند». در صورتی که شرایط حبس، حداقل اقدامات مدنی ضروری زندگی را برای زندانیان فراهم نسازد، ناقض هشتمین اصلحیه قانون اساسی خواهد بود. اما در سال ۱۹۹۲ م.، دیوان عالی از این مرحله فراتر رفت و درباره بازداشت موقت، به طور ضمنی پذیرفت که افزایش مجازات حبس ممکن است کاهش تدریجی حقوق زندانیان را به دنبال داشته باشد.

این دیوان درباره خشونت علیه زندانیان، محافظه کارانه تر عمل کرد و بیشتر به

حفظ امنیت در زندان متمایل شد تا رعایت حقوق زندانیان. همچنان که به اعتقاد خانم «تولکتر»، قاضی بلژیکی دیوان اروپایی حقوق بشر، خشونت در زندانهای آمریکا به واقعیتی مبتذل تبدیل شده و در نتیجه، رویه دیوان عالی نیز تغییر یافته است؛ زیرا دیوان عالی بعداً هشتمین اصلاحیه قانون اساسی را به طور مضیق تفسیر و اعمال کرد: «صدمات شدید وارد شده به زندانیان باید از سوی مأموران زندان عمداً وارد شده باشد.»

جالب توجه است که در یک پرونده مربوط به خشونت زندانبان - که زندانی را مورد ضرب و شتم قرار داده و در نتیجه آن، زندانی چندین دندان خود را از دست داد، دیوان عالی ضمن رد معیار صدمه عمده تأیید کرد که اعمال قدرت افراطی ممکن است مجازاتی ددمنشانه و نامتعارف تلقی شود. در این رأی، قضات مخالف که در اقلیت بودند، ضمن اظهار اینکه هشتمین اصلاحیه قانون اساسی نمی تواند به قانون ملی زندانها تبدیل شود، بیان داشتند: «جامعه ما نباید متوقع باشد که زندانیان مشمول آزادی بی قید و شرط شوند؛ زیرا نگهداری زندانیان خلاف میل آنها، هدف زندانی کردن به شمار می رود.»

علاوه بر این، بعضی از پژوهشگران آمریکایی، اصولی راهبردی را برای اداره زندان در یک جامعه دموکراتیک ارائه کردند که بر اعمال حداقل زندان، ملاحظه میزان خطرناکی مجرم مبتنی است؛ بنابراین، نظریه اصلاح و بازپروری مجرم از طریق نظام زندان، رد می شود.

مشروعیت نظام زندان به دلیل نشر و انتشار برخی از آثار اندیشمندان غربی همچون «میشل فوکو» (مراقبت و تنبیه: تولد زندان) و جرم شناسان انتقادی و نیز به دلایلی که پیشتر بیان شد، به شدت زیر سؤال رفته است. در واقع، زندان به فرآیند آموزشی مدرسه ملحق می شود؛ زیرا هدف این دو نهاد (مدرسه و زندان)، شناسایی فرد گوشه گیر، بازگرداندن فرد به اجتماع و اداره بی عدالتی اجتماعی است. با توجه به آنچه در بخش «عوامل سازنده جنبشهای سرکوبگر کیفری» گفته شد، توسل فزاینده به کیفر زندان برای حل بحران و بی عدالتی در دنیای غرب، شکلی بسیار جدی به خود گرفته است. حال برای نمونه، به این وضعیت در ایالات متحده آمریکا

می‌پردازیم.

ایالات متّحده، قهرمان طلایی بلامنازع از نظر تعداد زندانیان است. تعداد زندانیان در کشورهای غربی و به طور کلی به ازای هر ۱۰۰ هزار نفر به شرح زیر است: ایالات متّحده آمریکا ۷۰۰ نفر، روسیه ۶۷۱ نفر، اوکراین ۴۰۶ نفر، لتونی ۳۶۴ نفر، استونی ۳۵۰ نفر، لیتوانی ۲۹۱ نفر، مولداوی ۲۵۰ نفر، رومانی ۲۲۵ نفر، جمهوری چک ۱۲۰ نفر، لهستان ۲۰۷ نفر، پرتغال ۱۳۲ نفر، انگلستان و ویلز ۱۲۶ نفر، کانادا ۱۲۰ نفر، اسپانیا ۱۱۷ نفر، آلمان ۹۵/۸ نفر، هلند ۹۵/۴ نفر، ایتالیا ۹۵/۳ نفر، بلژیک ۸۵/۴ نفر، سوئیس ۷۱/۶ نفر، فرانسه ۷۷/۱ نفر، سوئد ۶۸/۵ نفر، ایرلند شمالی ۵۱/۶ نفر، نروژ ۵۹/۲ نفر، دانمارک ۵۸/۹ نفر، فنلاند ۵۸/۷ نفر و ایسلند ۳۸/۸ نفر.

در اوّل ژانویه ۱۹۹۷ م. ۱/۷۳ میلیون نفر زندانی در زندانهای ایالات متّحده به سر می‌بردند. با اضافه کردن تعداد ۳/۹۲ میلیون نفر زندانی که تحت مقررات آزادی مراقبتی یا آزادی مشروط از زندانی (محیط بسته) ترخیص شده‌اند، مجموع افراد تحت سرپرستی سازمان زندانها به ۵/۶۵ میلیون نفر می‌رسد؛ بنابراین، جمعیت تحت سرپرستی کیفری برای ۱۰۰ هزار نفر، دو هزار نفر می‌باشد. جمعیت کیفری آمریکا در سالهای ۱۹۷۹ و ۱۹۹۸ م.، ۲۳۰ و ۶۴۹ زندانی برای هر ۱۰۰ هزار نفر است (یعنی یک میلیون نفر بیشتر). در سال ۱۹۹۸ م.، بیست درصد جمعیت جوانان بزرگسال تگزاس تحت نظارت نظام عدالت کیفری قرار داشتند.

اما چگونه می‌توان این شدّت عمل و توسعه تورّم کیفری را تفسیر کرد؟ پاسخ را باید در کیفرشناسی نوین در آمریکا که به تورّم جمعیت زندانی در این کشور منجر شده است، جست‌وجو کرد.

ج) کیفرشناسی نوین آمریکایی: عامل تورّم جمعیت زندان

۱. کیفرهای واقعی

این نوع کیفرها بر دو سیاست مبتنی است: ۱. سوابق واقعی؛ ۲. کیفر واقعی.

سوابق واقعی یعنی مجازات مجرم که قبلاً به ارتکاب جرم، متهم شده، اما

محکوم نشده است، که در این صورت، مجازات او، شدیدتر خواهد بود. اما کیفر واقعی بدین معناست که زندانی قبل از انقضای ۸۵ درصد از مدّت حبس خود، نمی تواند از هیچ نوع آزادی مشروط استفاده کند. با تصویب قانون «Crime Bill» در سال ۱۹۹۴ م. دولت فدرال، اجرای کیفر واقعی را یکی از شرایط حمایت مالی از ایالات اعلام می کند.

۲. کیفر واقعاً شایسته

فلسفه این نوع کیفر از اندیشه های «بکاریا» و «بنتام» سرچشمه می گیرد. براساس این مدل کلاسیک، مجازات باید با شدّت آخرین جرم (یا جرائم) و در صورت لزوم، با شدّت مجموع جرائم قبلی متناسب باشد؛ از این رو، حوزه اقتدار قضات در توسل به مجازاتهای خفیف تر، محدودتر یا بعضاً حذف می شود.

۳. حذف آزادی مشروط و توسعه اصول راهبردی در اعطای آزادی

مشروط

پانزده ایالت آمریکا آزادی مشروط را از نظام کیفری خود حذف کرده اند. برخی دیگر نیز اصول راهبردی دقیقی را برای اعطای این آزادی تعیین کرده اند. این اصول، چند عامل را در نظر می گیرد: شدّت جرم اصلی، شدّت مجموع جرائم قبلی، حالت خطرناک و احتمال تکرار جرم.

۴. تعیین حداقل اجباری کیفرها

بسیاری از ایالات آمریکا از ۱۹۸۰ م. به بعد، کیفرهای حداقل اجباری را تعیین کردند، اما اکنون تمام ایالات آمریکا چنین کیفرهایی را در نظام عدالت کیفری خویش به کار می گیرند. دولت فدرال تقریباً برای صد نوع جرم، به ویژه جرائم مربوط به مواد مخدر و سلاحهای گرم، کیفرهای حداقل اجباری تعیین کرده است، به گونه ای که طی ده سال گذشته، مدّت حبس برای این جرائم، دو برابر شده است.

۵. حبس دائم اجباری پس از ارتکاب سومین جرم

این نوع کیفر دربارهٔ بزهکاران به عادت، به کار می‌رود. دولت فدرال و «بیل کلینتون»، رئیس جمهور وقت آمریکا، کیفر مذکور را در ۱۹۹۴ م. در «Crime Bill» گنجانند. منظور از این کیفر، آن است که بزهکار پس از ارتکاب سومین جرم، به حبس دائم یا به مدت بیست سال (براساس قانون گذاریهای ایالات)، بدون آزادی مشروط، محکوم می‌شود.

عنوان این کیفر (در صورت ارتکاب جرم برای بار سوم از جامعه خارج می‌شوی) از اصطلاح معمول در ورزش ملی آمریکاییان (بیسبال) گرفته شده است: «با دریافت سومین ضربه، از بازی خارج می‌شوی» (مشهور به قانون سه ضربه). دامنهٔ اعمال و اجرای این کیفر بسیار گسترده است، به طوری که براساس قانون گذاریهای ایالات جرائمی از قبیل جرائم خشن، جرائم جنسی، مواد مخدر و سرقت از منازل را شامل می‌شود.

از این رو، در سال ۱۹۹۵ م.، یک جوان ۲۷ ساله در کالیفرنیا به علت سرقت یک پیتزا برای بار سوم، همراه با گروهی از دوستان نوجوان خود طبق این قانون به حداقل ۲۵ سال حبس محکوم شد؛ وی قبلاً در ارتباط با جرائم سرقت و نگهداری مواد مخدر محکوم شده بود. اکنون برخی از ایالات آمریکا به تصویب «قانون دو ضربه» و تشدید بی رویه کیفرها می‌اندیشند!

۶. زندان شوک

در سال ۱۹۸۳ م.، در ایالات «جورجیا» و «اوکلاهما»، زندان شوک تأسیس شد که شامل حبس کوتاه مدت در اردوگاهی شبه نظامی بود که مقررات انضباطی در آن به شدت اعمال می‌شود. محکوم پس از این دوره، دورهٔ تعلیق مراقبت عادی یا فشرده‌ای را می‌گذراند. زندان شوک در مورد جوانان و نوجوانان بزرگسال اجرا می‌شود. علاوه بر دولت فدرال حدود سی ایالت، این نوع مجازات را اعمال می‌کنند.

بدین سان است که هزینه‌های نجومی نظام زندانهای آمریکا گذر از یک «دولت اجتماعی» را به یک «دولت حابس» نشان می‌دهد.

ج) گذر از «دولت حمایتی» به «دولت حابس»

پژوهش ارزشمند «واکانت» با عنوان «عروج دولت کیفری در آمریکا»، به خوبی توضیح می‌دهد که چگونه توسل افراطی به مجازات زندان و به تبع آن صرف هزینه‌ها و اختصاص بودجه‌های نجومی برای تأسیس و نگهداری زندانها به کاهش خدمات عمومی و رفاهی دولت برای مردم منجر شده است؛ چیزی که این پژوهشگر آن را پیدایش «دولت بزرگ زندانبان» می‌نامد.

جدای از مسئله خصوصی‌سازی و صنعتی شدن نظام زندان و مسائل مربوط به آن، می‌توان دولت آمریکا را سرآمد تمام دولتهای دنیا در قلمرو صرف هزینه زیاد برای ساخت و نگهداری زندانها دانست. رقمهای اختصاص داده‌شده به نظام زندانها در این کشور از درآمد سالانه بسیاری از کشورهای دنیا فراتر است. بدیهی است که جنون حبس کردن، به تورم فراوان بخش اداره زندانها در سطح دولت فدرال و دیگر ایالات منجر شده است.

بین سالهای ۱۹۸۲ و ۱۹۹۳ م.، بودجه سازمان زندانها، ۲۵۴ درصد افزایش یافت، حال آنکه بودجه مربوط به سایر بخشهای نظام عدالت کیفری، ۱۷۲ درصد و هزینه‌های کل ایالات متحده آمریکا، ۱۴۰ درصد افزایش یافت که یک چهارم بودجه نظام عدالت کیفری را دربرمی‌گیرد. از سال ۱۹۹۲ م.، ایالات متحده آمریکا بیش از یک میلیارد دلار به سازمان زندانها اختصاص داد: کالیفرنیا ۳/۲، نیویورک ۲/۱، تگزاس ۱/۳ و فلوریدا ۱/۱ میلیارد. از نظر استخدام نیروی کار، ادارات زندان پنجاه ایالت آمریکا پس از «والمارت» و «ژنرال موتور» (پر درآمدترین کارخانه دنیا) در رده سوم بزرگ‌ترین کارفرمایان قرار دارد. طبق آمار اداره سرشماری، آموزش و استخدام نگهبانان زندان، سریع‌ترین رشد را در بین تمام فعالیتهای دولتی در دهه گذشته داشته است. به دلیل کاهش مالیات قشر ثروتمند جامعه، افزایش بودجه زندانها فقط از طریق کاهش بودجه کمکهای اجتماعی، بهداشت عمومی و آموزش

میسر شده است. بین سالهای ۱۹۷۶ و ۱۹۸۹ م.، بودجه زندانهای ایالات متحده آمریکا دو برابر شد (بیش از ۹۵ درصد) در حالی که اعتبارات اختصاص یافته به بیمارستانها فقط ۵ درصد افزایش یافت و اعتبارات ویژه مدارس و دانشگاهها به ترتیب ۲ و ۶ درصد و بودجه خدمات اجتماعی ۴۱ درصد کاهش داشت. ایالات متحده آمریکا بین سالهای ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۳ م.، هزینه‌های زندان را ۴/۶ برابر افزایش دادند، حال آنکه در همین مدت، بودجه برنامه مربوط به کمک به خانواده‌های عائله‌مند را ۸۶ درصد کاهش دادند. آمریکا به هنگام راه یافتن «ریگان» به کاخ سفید، مبلغ ۶/۹ میلیارد دلار را برای مؤسسات زندان و ۲۷/۴ میلیارد دلار برای خانه‌های سازمانی و ارزان قیمت هزینه کرد، ولی سال بعد از آن، مبلغ این هزینه‌ها برعکس شد؛ ۱۹ میلیارد دلار برای زندانها و ۱۷ میلیارد دلار برای مسکن اجتماعی.

به درستی آیا چنین تغییری در اولویت دادن به هزینه‌ها، گذر «دولت حمایتی» را به «دولت کیفی» یا به عبارت بهتر، «دولت حابس» نشان نمی‌دهد؟ علاوه بر این، نهاد زندان به بخش صنعتی سودآور و در نتیجه، یک گروه فشار عمده‌ای تبدیل شده است که بر سیاست‌گذاری کیفی و امنیتی دولت آمریکا تأثیر می‌گذارد.

برای مثال، بخش کالیفرنایی مجازاتها در واقع، یک دولت در ایالات متحده آمریکا با بودجه‌ای ۴ میلیارد دلاری (یعنی بیش از ۸ درصد هزینه‌های عمومی) به شمار می‌رود. این سازمان ۴۲ هزار نفر را استخدام کرده است و ۳۲ زندان و ۳۸ اردوگاه مخصوص جوانان بزهکار را اداره می‌کند. دریافت بیش از هشت میلیون دلار حق عضویت سالانه، سندیکای کارکنان زندان کالیفرنیا را قادر می‌سازد که یک میلیون دلار در هر دوره انتخاباتی برای کاندیداهایی هزینه کند که با توسعه زندان موافق‌اند. دستمزد متوسط سالانه یک نگهبان زندان در کالیفرنیا از ۱۴۴۰۰ دلار در سال ۱۹۸۰ م. به ۵۵ هزار دلار در سال ۱۹۹۸ م. رسیده است؛ یعنی ۶۰ درصد بهتر از مستمری متوسط ملی زندانبانان آمریکا و یک سوم بیش از حقوق یک استادیار دانشگاه در کالیفرنیا، در صورتی که شغل نگهبانی زندان فقط به دارا بودن

دیپلم متوسطه و گذراندن شش هفته آموزش نیاز دارد. همچنین این سندیکا از سازمانهای دفاع از حقوق بزه‌دیدگان حمایت مالی می‌کند؛ زیرا جزو سرسخت‌ترین طرفداران مجازات حبس و افزایش مدت حبس هستند.

نتیجه‌گیری

امروزه شاهد ظهور ابرهای سرکوبگر در آسمان سیاستهای جنایی کشورهای غربی هستیم. این ظهور با افول دولتهای اجتماعی یا حمایتی در غرب، ارتباط زیادی دارد؛ بدین معنا که مداخله دولت در امور اقتصادی، رفاهی و اجتماعی به دلیل تنشها و بحرانهای اجتماعی و اقتصادی در سطح ملی و بین‌المللی، هر روزه کم‌رنگ‌تر و بی‌اثرتر می‌شود و به مرور، جای خود را به مداخله افراطی دولتها در امور کیفری، حفظ نظم و سرکوب هر نوع جرم یا انحراف می‌دهد. جنبشهای سرکوبگر در سه قوه قضاییه، مجریه و مقننه خود را نشان می‌دهد. مسلماً نقش سیاستمداران جامعه مدنی و رسانه‌های گروهی را نباید فراموش کرد؛ زیرا از عوامل عمده شکل‌دهنده جنبشهای سرکوبگر هستند.

یکی از خطرهای مهم پیدایش جنبشهای سرکوبگر، بی‌ثباتی و سقوط دولت قانون‌مدار است که اساسی‌ترین حافظ حقوق و آزادیهای فردی و اجتماعی است. دولتهای سرکوبگر، کم‌رنگ شدن حقوق و آزادیهای فردی را موجب شده‌اند. در چنین فضایی، انتقام‌جویی عمومی یا به عبارتی بهتر، انتقام‌جویی دولتی، خود را در قالب کیفردهی و مجازاتهای عبرت‌آموز (یعنی شدت مجازات آنقدر زیاد باشد که ارتکاب دوباره جرم را از سوی مجرم یا سایر افراد منتفی سازد)، توان‌گیری از مجرم (با توسل به حبسهای طولانی‌مدت و بدون امکان استفاده از آزادی مشروط یا تعلیق) و کنترل گروههای خطرناک یا منحرف آشکار می‌سازد. بدین‌سان، عدالت اجتماعی جای خود را به عدالت کیفری می‌دهد و کارآیی، جزء بنیادی‌ترین هدف نظام عدالت کیفری قرار می‌گیرد. مصاحبه مجله فیگارو با وزیر دادگستری فرانسه در ۶ نوامبر ۲۰۰۴ م، به خوبی مؤید این امر است. وی اظهار می‌دارد:

... دادرسیها و سازوکارهای جدید (مصالحه اتهام)، استفاده از دستبند الکترونیکی،

همراهی زندانیان در پایان مجازات و...) برای متوقف کردن بهتر منحنی بزهکاری، تأسیس یا تقویت شده است.... همچنین تأسیس ۱۳۲۰۰ مکان جدید در زندان طی پنج سال، تأسیس مراکز آموزشی بسته، استخدام فراوان قضات و کارمندان اداری، تأسیس نهاد قضات محلی و... صورت گرفته است.

بدین ترتیب، اثری از اقدامهای پیشگیرانه، حمایت از بزه‌دیدگان و بازپروری مجرم در عدالت کیفری دیده نمی‌شود.

سرانجام، نباید آنقدر بر پدیده آمریکایی شدن رویکردهای برخورد با بزهکاری اصرار کرد و ایالات متحده آمریکا را سنگ بنا و مهم‌ترین عامل در اتخاذ و اجرای سیاستهای سرکوبگر در دنیای غرب دانست، آن چنان که بسیاری از پژوهشگران غربی، به ویژه فرانسویها، به چنین کاری تمایل دارند؛ زیرا اولاً، آمریکاییان هرگز دارای این قدرت فوق‌العاده نبوده‌اند که بتوانند تمام سیاستهای امنیت‌گرای خویش را جبراً به سایر کشورهای غربی دیکته کنند. ثانیاً پیدایش زودرس پاسخهای سرکوبگر در آمریکا، مبین وضعیتی پیشرفته این کشور (غالباً در یک دهه اخیر) نسبت به سایر کشورهای غربی در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، علمی و حقوقی است. در واقع، جنبشهای سرکوبگر، معلول عوامل متعددی است که در فرآیند تحولات و دگرگونیهای جامعه ملی و بین‌المللی شکل گرفته است؛ فرآیندی که زودتر در آمریکا رخ داده است.

در نهایت، می‌توان دو سؤال زیر را مطرح کرد.

آیا طرح و بحث آمریکایی شدن رویکردها و نحوه برخورد با بزهکاری و بزهکاران از سوی اروپاییان به دلیل ضعف عمده آنان در اروپایی کردن این رویکردها در سطح جهانی - همان‌طور که قبلاً از سوی انگلیسیها، فرانسویها... به طور وسیعی انجام شده بود- نیست؟

آیا آمریکایی شدن سیاست جنایی، از ناتوانی اندیشمندان و سیاستمداران اروپایی در ارائه مدل‌های اروپایی سیاست جنایی حکایت ندارد؟!

بلایای طبیعی و حقوق بین‌الملل

□ تحقیق و ترجمه: دکتر ابراهیم بیگ‌زاده و دکتر محمد حبیبی^۱

انسان از آغاز حیات با بلایای طبیعی مواجه بوده است و این بلایا معمولاً شامل زلزله، رانش زمین، آتشفشان، سیل، طوفان، خشکسالی، تفت، بیماری مسری صعب یا لاعلاج و بالاخره سونامی است.^۲ بلایای طبیعی، نه فقط جان میلیونها انسان بی‌گناه و اغلب فقیر را گرفته و خسارتهای اقتصادی و اجتماعی زیادی به بار می‌آورد، بلکه تهدیدی فراروی جامعه بین‌المللی نیز می‌باشد.

وقوع بلایای طبیعی، دو دسته مشکل را به وجود می‌آورد:

۱. مشکلاتی که گریبانگیر افراد شده، حقوق بنیادین آنان را در معرض خطر قرار می‌دهد یا به کلی با نابودی مواجه می‌کند.

۱. نویسندگان مراتب سپاس و تشکر بی‌پایان خود را از مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد در تهران، به ویژه سرکار خانم قائم‌مقامی، برای ارائه اسناد مورد نیاز این مقاله اعلام می‌دارند.

۲. درباره برخی از این بلایا و علل بروز آنها ر.ک:

B. Sheila, «Introduction to Hazards» 1st ed, UNDP, UNDRO, Disaster Management Training programme, ۱۹۹۲, pp.۱-۳۹.

۲. معضلاتی که دامنگیر جامعه بین‌المللی شده، امنیت جمعی را با خطر روبه‌رو می‌کند. برای مبارزه با آثار شوم بلایای طبیعی، جامعه بین‌المللی کوشیده است تلاشهای خود را از نیمه نخست قرن بیستم سازماندهی کند و کمکهای خود را به قربانیان این بلایا نهادینه کند؛ اگرچه این تلاشها در دوران جامعه ملل حاصل زیادی نداشت، اما در دوران سازمان ملل متحد با موفقیت زیادی توأم بوده است، بدون آنکه کافی باشد. باید یادآوری کرد که تلاشهای جامعه بین‌المللی به طور عمده تا این اواخر، به رفع مشکلات دسته نخست، یعنی کمک به قربانیان بلایای طبیعی در قالب کمکهای بشردوستانه، معطوف بوده است و به تهدیداتی که این بلایا فراروی جامعه بین‌المللی به لحاظ امنیتی ایجاد می‌کند، توجهی نکرده است.

مجمع عمومی سازمان ملل متحد با تصویب دو قطعنامه در سالهای ۱۹۸۸ و ۱۹۹۰ م، با عنوان «کمکهای بشردوستانه به قربانیان بلایای طبیعی و وضعیتهای فوری مشابه»^۱ به مشکلات دسته نخست توجه کرده است. این رکن سازمان ملل متحد با توجه به یکی از اهداف سازمان که همکاری برای حل معضلات اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و انسانی و تشویق و ترغیب به احترام به حقوق بشر و آزادیهای بنیادین همهٔ انبای بشر، صرف نظر از نژاد، جنسیت، زبان، مذهب و... می باشد، از سازمانهای بین‌الدولی و غیر دولتی بین‌المللی می‌خواهد که برای پایان بخشیدن به آلام قربانیان بلایای طبیعی و حفظ منزلت و حیثیت انسانی آنان، کمکهای خود را ارائه کنند. همچنین از دولتها می‌خواهد که امکان فعالیت را برای این گونه سازمانها مهیا و تسهیل کنند و به آنها اجازه دهند کمکهای خود را به قربانیان در هر جایی که لازم است، برسانند.^۲

۱. ر.ک: قطعنامه

«Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situation» ۴۳/۱۳۱، ۸ Dece ۱۹۸۸؛

و قطعنامه

«Humanitarian assistance to victims of natural disaster and similar emergency situation»، ۱۴ Dece ۱۹۹۰.

۲. See Resolutions adopted on the reports of third committee, General Assembly, forty-third session, pp. ۴۰۰-۴۰۱; General Assembly forty-fifth session, pp. ۱۸۳-۱۸۴.

اگرچه این قطعنامه‌ها، مصوبّات مجمع عمومی سازمان ملل متحد است و ممکن است از نظر الزام حقوقی‌ای که ایجاد می‌کند، محلّ بحث و مجادله قرار گیرد، به نظر می‌رسد از آنجا که این مصوبّات، حقوق بنیادین بشر، یعنی حقّ حیات، منزلت، حیثیت و کرامت^۱ انسان را مطرح می‌کند، الزامی باشد. حال، اگر دولتی به ارائه کمکهای لازم به قربانیان بلائیای طبیعی واقع در قلمرو حاکمیتش قادر نباشد و بخواهد از پذیرش این کمکها هم خودداری کند، به نظر می‌رسد جامعه بین‌المللی بتواند عکس‌العمل نشان داده و حتی در صورت لزوم، با توسّل به قوه قهریه، چنین کمکهایی را در اختیار قربانیان بلائیای طبیعی قرار دهد.^۲ برای رفع هرگونه شبهه‌ای به نظر می‌رسد جامعه بین‌المللی باید صریح‌تر به مسئله توجّه کند و کنوانسیون‌های این باره، برای الزام دولتها به پذیرش کمکهای بشردوستانه (در صورت ناتوانیشان در رساندن و ارائه این کمکها) منعقد کند.

درباره دسته دوم مشکلات ناشی از بلائیای طبیعی که همان تهدیدات امنیتی است، باید گفت که سازمان ملل متحد از اواخر هزاره دوم و به خصوص از اوایل هزاره سوم، به آن توجّه کرده است. همان‌طور که دیوید پی فیدلر، نویسنده مقاله «سونامی اقیانوس هند و حقوق بین‌الملل» متذکّر شده است، هیئت عالی‌رتبه دبیر کل به مسئله تخریب محیط زیست و افزایش خسارتهای بلائیای طبیعی و وجود بیماریهای مسری، به ویژه ایدز به عنوان تهدیدات امنیت جمعی توجّه کرده است، اما باید گفت پس از انتشار این مقاله، دبیر کل سازمان ملل متحد در گزارش ۲۴ مارس ۲۰۰۵ م. خود که برای اجلاس سران که قرار است در سپتامبر ۲۰۰۵ م. در مقرّ سازمان ملل متحد برگزار شود، تهیه کرده است،^۳ به این نکته توجّه کرده است. ایشان با اشاره به سونامی اقیانوس هند و اینکه اغلب قربانیان بلائیای طبیعی، مردم

۱. Dignity or Dignité.

۲. اگرچه در این قطعنامه‌ها به حاکمیت و تمام ارضی دولتها نیز اشاره شده است، اما به نظر نمی‌رسد مانعی برای دسترسی قربانیان بلائیای طبیعی به کمکهای بشردوستانه بین‌المللی باشد.

۳. See «Dans une liberté plus grande: développement, sécurité respect des droits de l'homme pour tous» Rapport du Secrétaire Général, Assemblée Générale, A/59/2005, 24 Mars 2005.

فقیر و تهیدست هستند، گفته است اگر برای رفع مشکلات ناشی از این بلایا، از جمله تلفات انسانی و تخریب امکانات و زیربنای لازم برای حیات بشری، اقدام مناسب صورت نگیرد، این بلایا، موانع بسیار مهمی در راه تحقق اهداف هزاره برای توسعه خواهد بود؛^۱ از این رو، در نهایت، امنیت جمعی را تهدید می‌کند.

البته جامعه بین‌المللی اخیراً تلاش دیگری را نیز آغاز کرده است و آن، برگزاری «کنفرانس جهانی پیش‌گیری از بلایای طبیعی» است. این کنفرانس که در اوایل سال ۲۰۰۵ م. برگزار شد، یک استراتژی ده‌ساله را با عنوان «برنامه عملی هیوگو»^۲ تصویب کرد. در این استراتژی، به کاهش خطرهای بلایای طبیعی در ده سال آینده اولویت داده شده است.

البته دبیر کل هم برای تکمیل این تلاشها برای مبارزه با بلایای طبیعی در گزارش پیش‌گفته پیشنهاد کرده است که یک «سیستم جهانی اعلام خطر فوری برای کلیه بلایای طبیعی» ایجاد شود. برای این منظور، لازم است که دبیرخانه استراتژی بین‌المللی پیش‌گیری از بلایای طبیعی با همکاری کلیه اعضای ذیربط نظام ملل متحد، امکانات و خلأهای موجود را مشخص کند.^۳

مسئله است که نظام فعلی برای برخورد با بلایای طبیعی، کند بوده و از امکانات لازم نیز برای مقابله با آنها محروم است. اگر خواهان انسانی بامنزلت و باکرامت در جهانی امن هستیم، باید با این بلایای طبیعی که پدیده‌ای مغایر و منافی آنهاست، مبارزه کنیم. در پایان، ترجمه مقاله آقای دیوید پی فیدلر^۴ استاد دانشکده حقوق دانشگاه ایندیانا با عنوان «سونامی اقیانوس هند و حقوق بین‌الملل» نیز ارائه می‌گردد. یادآوری می‌شود که این مقاله، قبل از ایجاد سیستم اعلام خطر فوری در اقیانوس هند نوشته شده است، در حالی که پس از سونامی دسامبر ۲۰۰۴ م.، یک سیستم اعلام خطر در این منطقه ایجاد شده است که در ماه مارس ۲۰۰۵ م. نیز یک مورد را اعلام نمود.

۱. Rapport du Secrétaire Général, op.cit, pp.۲۴-۲۵.

۲. Cadre d'Action de Hyogo.

۳. Rapport du Secrétaire Général, op.cit, p.۲۵.

۴. David P. Fidler.

سونامی^۱ در اقیانوس هند که بر اثر زلزله‌ای وسیع رخ داد و موجب مرگ انسانهای بی‌شمار و ویرانی گسترده در چندین کشور گردید، منشأ تلاشهای امداد رسانی مهمی از سوی جامعه بین‌المللی شد. آثار بی‌سابقه این فاجعه، سؤالهایی را درباره نقش حقوق بین‌الملل در ارتباط با ردیابی و آمادگی و مقابله با بلایای طبیعی مطرح ساخته است. این مقاله به بررسی دو نکته می‌پردازد:

۱. در بلایای طبیعی که تا کنون رخ داده است، از حقوق بین‌الملل چگونه استفاده شده است؟

۲. آیا در تراژدی سونامی باید از حقوق بین‌الملل بیشتر استفاده می‌شد؟

۱. حقوق بین‌الملل و بلایای طبیعی

بلایا نوعاً به دو دسته تقسیم می‌شود: الف) بلایایی که از سوی انسان ایجاد می‌شود و در واقع، همان بلایای تکنولوژیک است؛ ب) بلایای طبیعی.

درباره کمک به کشورها برای جلوگیری از بلایای تکنولوژیک و آمادگی برای مقابله با آنها که بالقوه آثار و عواقب برون‌مرزی دارند از قبیل حوادث اضطراری دریایی، صنعتی و اتمی، رشته‌ای از حقوق بین‌الملل توسعه یافته است. در پی بلایای عمده تکنولوژیک، معاهده‌های بسیاری برای به‌نظم کشیدن تجاربی که کشورها در مقابله با این بلایا کسب کرده‌اند، منعقد شده است؛ برای مثال، بعد از فاجعه چرنوبیل در جمهوری اوکراین (شوروی سابق) معاهده‌های مربوط به وضعیتهای اضطراری ناشی از تأسیسات انرژی اتمی منعقد شد.^۲

بلایای طبیعی غالباً به اقدام چندین کشور و سازمان بین‌المللی و نهادهای غیر دولتی

۱. سونامی، امواج مهیبی است که بر اثر زلزله، در کف دریا ایجاد می‌شود که گاهی ارتفاع آنها به بیش از ۵۰ متر می‌رسد.

۲. Convention on the Early Notification of a Nuclear Accident, ۲۶ Sep ۱۹۸۶, ۱۴۳۹ UNTS ۲۷۵; and Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident of Radiological Emergency, ۲۶ Sep ۱۹۸۸, ۱۴۵۷ UNTS ۱۳۳.

نیازمند است. چنین اقدامی برای کمک به سازماندهی و آمادگی برای مقابله با بلایای طبیعی، مستلزم استفاده از حقوق بین‌الملل است، اما برای مقابله با بلایای طبیعی به طور عام و مقابله با سونامی به طور خاص، از حقوق بین‌الملل کمتر استفاده شده است.

۲. اعلام خطر و آمادگی برای مقابله با سونامی

کشورها در خصوص بلایای طبیعی، بر خلاف بلایای تکنولوژیک نمی‌توانند با یکدیگر همکاری کرده و سیستمی را برای جلوگیری از بروز برخی از بلایای طبیعی از قبیل زلزله و سونامی ایجاد کنند، بلکه در بهترین حالت می‌توانند سیستمی را به کار گیرند که امکان بروز حوادث بالقوه فاجعه‌آمیز را سریعاً به آنها اعلام کند تا آنها بتوانند سازمانها و گروههایی را برای مقابله با چنین حوادثی آماده کنند. زمانی که بلایای طبیعی بر چندین کشور تأثیر می‌گذارد، این انگیزه را می‌یابند که برای آمادگی و اعلام خطر، نظام چند جانبه‌ای را در بین خود ایجاد کنند.

سونامی ممکن است آثاری محلی، منطقه‌ای یا در سطح یک اقیانوس داشته باشد. آثار مخرب سونامی را می‌توان با ردیابی سریع پیش‌لرزه‌های تولیدکننده آن به وسیله نصب سیستم اعلام خطر و فعالیتهای پیش‌گیری و کاهش تلفات از طریق آمادگی قبلی کاهش داد. نصب یک سیستم فراملی برای اعلام خطر سونامی در اقیانوس آرام در اواسط دهه ۱۹۶۰ م، نتیجه خوبی در آن منطقه داشته است. ایجاد این سیستم، نتیجه تلاش چندجانبه کشورهای ساحلی اقیانوس آرام از طریق «کمسیون اقیانوس‌شناسی بین‌الدولی یونسکو» بود.^۱

به رغم اینکه اقیانوس هند شرقی به شدت در مقابل لرزه‌های کف خود که می‌تواند موجب سونامی شود، آسیب‌پذیر است، هیچ سیستم اعلام خطری در منطقه اقیانوس هند وجود ندارد؛^۲ برای مثال، اندونزی بین سالهای ۱۹۷۷ تا ۱۹۹۶ م، شش

۱. «Intergovernmental Oceanographic Commission»؛ این کمیسیون از سوی یونسکو، در سال ۱۹۶۱ م. تشکیل شد.

۲. Intergovernmental Oceanographic Commission, Tsunami Warning System in the Pacific, Master Plan, ۲nd ed., ۱۹۹۹.

سونامی محلی و منطقه‌ای ویرانگر را تجربه کرده است.^۱ نصب سیستم آمادگی و اعلام خطر در اقیانوس هند می‌تواند یک اولویّت فوری دیپلماتیک برای کشورهای منطقه، بعد از ویرانی دسامبر ۲۰۰۴ م. باشد.^۲

این اقدام ممکن است اشکال مختلفی داشته باشد؛ از جمله اینکه صرفاً سیستم اعلام خطر موجود در اقیانوس آرام به اقیانوس هند هم امتداد یابد و یا اینکه یک سیستم اعلام خطر در اقیانوس هند با انعقاد یک معاهده ایجاد شود. انعقاد این معاهده ممکن است برای دولتهای آسیب‌پذیر در مقابل سونامی، این امکان را فراهم کند که آنها هم بتوانند از اعلام خطر سونامی و آمادگی در برابر آن، که از تجارب سیستم اعلام خطر در اقیانوس آرام ناشی می‌شود، درک جامع و فراگیری به دست آورند.

۳. امداد رسانی و حقوق بین الملل

نقش حقوق بین الملل در تسهیل امداد رسانی در حوادث، دست کم از سال ۱۹۲۷ م. از سوی «کنوانسیون مؤسس اتّحادیه امداد رسانی بین المللی» به رسمیت شناخته شده بود. پیشگفتار این کنوانسیون، تمایل دولتهای عضو را برای کمک به یکدیگر در هنگام حوادث، تشویق به امداد رسانی بین المللی با هماهنگی کردن امکانات و منابع در دسترس و تسریع توسعه حقوق بین الملل در این قلمرو اعلام می‌نماید.^۳ اتّحادیه بین المللی امداد رسانی تا امروز، نخستین و تنها نمونه‌ای بوده است که به موجب آن، کشورها تلاش کرده‌اند یک ساختار جهانی مبتنی بر معاهده برای پیش‌گیری و مقابله با حوادث ایجاد کنند، اما اتّحادیه هرگز کاری انجام نداد و همراه با جامعه ملل منحل شد.^۴

۱. همان، ص ۱۱.

۲. See UNESCO Plans Global Tsunami Warning System for MID-۲۰۰۷, Press Release, ۱۳ Jan ۲۰۰۵.

۳. Convention Establishing an International Relief Union, ۱۲ July ۱۹۲۷, ۱۳۵ LNTS ۲۴۷.

۴. در این باره، به گزارش جمعیت‌های صلیب سرخ و هلال احمر با عنوان «گزارش بلایای جهانی ۲۰۰۰» رجوع کنید. وظایف اتّحادیه بین المللی امداد رسانی از نظر فنی به عهده یونسکو گذاشته شد. ر.ک:

Patrick Myers, Succession Between International Organizations ۳۶, ۱۹۹۳.

حقوق بین‌الملل، سالیان متمادی برای مقابله با حوادث و کمک به آسیب‌دیدگان، مناسب و کافی نبود. مدیر برنامه عمران ملل متحد در ۱۹۷۷ م. اعلام کرد: کارشناسان زیادی پیشنهاد کرده‌اند که کنوانسیون، بهترین وسیله برای باز کردن گره کور موجود در نظام امدادسانی است.^۱

فدراسیون بین‌المللی جمعیت‌های صلیب سرخ و هلال احمر (فدراسیون بین‌المللی) در سال ۲۰۰۰ م. به رغم وجود چندین معاهده در قلمرو امدادسانی اظهار می‌دارد: مشکل اصلی، وجود یک خلأ عمیق در حقوق بین‌الملل است. هیچ منبع مشخص و به‌طور گسترده، پذیرفته‌شده‌ای در حقوق بین‌الملل وجود ندارد که استانداردهای حقوقی، ضوابط، حقوق و تکالیف مربوط به مقابله با حوادث و بلایا و امدادسانی به آسیب‌دیدگان را تعریف و معین کند. هیچ تلاش سازمان‌یافته‌ای صورت نگرفته که قوانین پراکنده موجود را با یکدیگر هماهنگ سازد و یک حقوق عرفی را ایجاد کند یا حقوقی را از راه‌های جدید، بسط داده و متحول کند. هیچ قاعده‌ای جهانی وجود ندارد که امدادسانی بین‌المللی مؤثر و مطمئن را تسهیل کند؛ به همین دلیل، بسیاری از تلاش‌های امدادسانی عقیم مانده است.^۲

برای بررسی این وضعیت، فدراسیون بین‌المللی، طرح حق مقابله با بلایای بین‌المللی را در سال ۲۰۰۰ م. ارائه داد. این طرح، اسناد حقوقی بین‌المللی موجود در قلمرو امدادسانی در بلایا را جمع‌آوری و تحلیل کرده است.^۳

نواقص اصلی طرح تحقیقاتی، ناهماهنگی در انعقاد و محتوای معاهدات، جامع نبودن اصول حقوقی و عدم بررسی مناسب ابعاد مهم امدادسانی می‌باشد.^۴

۱. Bradford Morse, Practice, Norms and Reform of International Humanitarian Rescue Operations, ۱۵۷ Recueil des cours, ۱۲۱, ۱۸۹, ۱۹۷۷ (IV).
۲. World Disasters Report, ۲۰۰۰, Supra note ۷.
۳. International Federation of Red Cross and Red Crescent societies, International Disaster Response Laws (IDRL) Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges (۲۰۰۳).
۴. International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, IDRL Legal Research: Research into Existing IDRL Treaties, IDRL Fact Sheet No. ۶, March ۲۰۰۳.

تلاش برای استفاده از حقوق بین‌الملل در تسهیل امداد رسانی در بلایا، در معاهدات مربوط به حمل و نقل هوایی، دریایی و زمینی و مقررات گمرکی تبلور می‌یابد.^۱ اقدامهای منطقه‌ای در این باره را می‌توان در توافقه‌های خاص کشورهای منطقه مشاهده کرد؛ از جمله «موافقت‌نامه شورای اروپا» در مورد تشکیل سازمان امداد رسانی به آسیب‌دیدگان و جلوگیری از بلایای بزرگ تکنولوژیک و طبیعی و حمایت در مقابل این بلایا، مصوب ۱۹۸۷ م. با ۲۱ دولت عضو، «کنوانسیون کشورهای آمریکایی» در مورد ارائه کمکها در صورت بروز بلایا، مصوب ۱۹۹۱ م. با ۲ دولت عضو و «کنوانسیون تاپر» در مورد ارتباطات برای کاهش آثار بلایا و عملیات امداد رسانی مصوب ۱۹۹۸ م. با ۳۰ دولت عضو که از ۸ ژانویه ۲۰۰۵ م. لازم‌الاجرا شده است. این توافق‌نامه‌ها، قواعدی را برای ارائه کمکهای ارتباطی برای هر حادثه‌ای پیش‌بینی کرده است. طرح مربوط به حق مقابله با بلایای بین‌المللی در مقابله با سونامی اقیانوس هند، مشکلات مهم مربوط به امداد رسانی در بلایا را مشخص کرده است. هماهنگ‌کننده این طرح اعلام کرده است:

عملیات کمک‌رسانی در سونامی، یک بار دیگر معضلات مربوط به امداد رسانی برون‌مرزی را در کوتاه‌ترین زمان با بیشترین تأثیر آشکار کرد. سازمانهای بشردوستانه، نه فقط باید به قربانیان و زیربناهای آسیب‌دیده از سونامی کمک کنند، بلکه باید با ۱۲ دولت مختلف و ۱۲ نوع مقررات گمرکی متفاوت نیز دست و پنجه نرم کنند، در حالی که تأخیر در امداد رسانی به نیازمندان، به قیمت جان آنها تمام می‌شود.^۲

طرح مزبور به صراحت از انعقاد یک کنوانسیون جهانی درباره امداد رسانی در بلایا دفاع نمی‌کند، اما در حال حاضر، بر این امر متمرکز شده است که راههای اصلاح قواعد داخلی و بین‌المللی برای تسهیل امداد رسانی را مشخص کند. از آنجا که بیشتر بلایای طبیعی به گونه‌ای است که بر چند کشور تأثیر می‌گذارد؛ ممکن است توسعه

۱. World Disasters Report, ۲۰۰۰, Supra note ۷.

۲. International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Tsunami Operation Offers Reminder of Need for Disaster Reduction Measures, Press Release, Jan, ۱۲, ۲۰۰۵.

حقوق بین الملل دربارهٔ امداد رسانی در بلایا ضروری باشد. تجربهٔ عدم آمادگی در مقابله با سونامی اقیانوس هند ممکن است موجب این توسعه و تحوّل شود.

۴. سارس و سونامی؛ حقوق بین الملل و امنیت جمعی جامع

مسائل حقوقی بین المللی که بعد از سونامی اقیانوس هند مطرح شده است، منعکس کنندهٔ نظرهایی است که تفکر مجدد دربارهٔ مفهوم امنیت نوع بشر در مقابل تهدیدات غیر نظامی را ضروری می‌داند.

اخیراً هیئت بلند پایهٔ تعیین شده از سوی دبیر کل سازمان ملل برای مطالعهٔ تهدیدها، چالشها و تغییر امنیت جمعی جامع، امنیت را نه فقط در مقابل جنگ، بلکه در برابر امراض مسری و عوامل مخرب محیط زیست تعریف کرده است.^۱ در این چشم انداز، پیشنهاد سازمان بهداشت جهانی دربارهٔ بازنگری مقررات بین المللی بهداشت بعد از شیوع بیماری سارس در سال ۲۰۰۳ م، بالقوهٔ یک بستر جدید برای توافق جهانی امنیت جمعی می‌باشد.^۲ این هیئت بلند پایه اعلام کرده است:

تخریب محیط زیست، قدرت بالقوهٔ مخرب بلایای طبیعی را در سالهای اخیر افزایش داده است.

بیش از دو میلیارد انسان در دههٔ گذشته، با این گونه بلایا روبه‌رو شده‌اند و در همان مدت، خسارهای اقتصادی از مجموع خسارهای چهار دههٔ قبل، بیشتر بوده است.^۳

تراژدی سونامی نیز احتمالاً همانند سارس نسبت به امراض مسری، لزوم تفکر دربارهٔ بلایای طبیعی از منظر امنیت جمعی جامع را مطرح می‌کند. در این حال، توجه بیشتر بر کشورهای متمرکز خواهد بود که انسان را در مقابل بلایای طبیعی، بهتر حمایت کرده و به مردمی که با این بلایا در معرض تهدید قرار گرفته‌اند، بهتر امداد رسانند.

۱. UN Secretary -General's High- Level panel on Threats, Challenges and Change, Report a more Secure World, Our Shared Responsibility ۱-۲ (۲۰۰۵).

۲. دومین دور مذاکرات بین الدولی دربارهٔ بازنگری در مقررات بین المللی بهداشت قرار است از ۲۱-۲۵ فوریه ۲۰۰۵ م. در ژنو برگزار شود. نخستین دور این مذاکرات در نوامبر ۲۰۰۴ م. برگزار شده بود.

۳. Report a More Secure World, Our Shared Responsibility, Supra note ۱.

اقدامهای موقت

در کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد^۱

Gino J. Naldi □^۲

□ ترجمه: دکتر فرهاد خممامی زاده^۳

مقدمه

نهادهای حقوق بشر که مسئولیت نظارت بر اجرای حقوق مورد حمایت را در معاهدات مربوط به حقوق بشر به عهده دارند، معمولاً در اقدامهای مقطعی یا موقت حمایتی و فوری برای حفاظت از حقوق و اشخاص قربانی تخلفات حقوق بشری، اختیار دارند.^۴ اینکه آیا دولتهای عضو باید درخواست انجام دادن اقدامهای حمایتی

۱. مشخصات کتاب‌شناختی مقاله به شرح زیر است:

Gino J. Naldi, «Interim Measures in the UN Human Rights Committee», *International and Comparative Law Quarterly*, v. ۵۳, part ۲, Oxford University Press, April ۲۰۰۴, p. ۴۴۵.

۲. Senior Lecturer in Law, University of East Anglia.

۳. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۴. این اختیار ممکن است در خود معاهده و یا آنچنان که بیشتر معمول است، در مقررات دادرسی پیش‌بینی شده باشد؛ برای مثال، در این باره رجوع کنید به ماده (۱) ۱۰۸ قواعد اصلاحی دادرسی ←

→ کمیته سازمان ملل متحد برای مقابله با شکنجه. این ماده، به کمیته اجازه می‌دهد در موارد فوری، انجام دادن اقدامهای موقت مورد تشخیص کمیته را برای جلوگیری از ورود خسارت به قربانی یا قربانیان از دولت عضو مربوط درخواست کند. ۴، ۳۸. UN.Doc.CAT/C/۳/Rev.

در ماده (۱) ۳۹ مقررات دادگاه اروپایی حقوق بشر به شعبه یا رئیس شعبه اجازه داده شده است تا به طرفین، هرگونه اقدام موقت مورد تشخیص دادگاه را به منظور تأمین منافع طرفین یا درستی جریان رسیدگی خاطر نشان سازد.

< <http://www.echr.coe.int/ENG/Edocs/RulesofCourt۲۰۰۲.htm> > .

همچنین ر.ک:

J. G. Merrills and A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, 4th edn, Manchester MUP, ۲۰۰۱, ۳۱۷-۳۱۸.

ماده (۲) ۶۳، Art ۶۳، ۹ILM ۶۷۳، ۱۹۷۹ به دادگاه آمریکایی حقوق بشر اجازه می‌دهد در حالت فوق‌العاده و فوری و در هر زمان لازم برای اجتناب از ورود خسارتهای جبران‌ناپذیر به اشخاص، اقدامهای موقت را در پیش گیرد. دادگاه همچنین ممکن است بنا به درخواست کمیسیون بدون اینکه حتی پرونده به وی ارجاع شود در این باره اقدام کند.

همچنین ر.ک: ماده ۲۵ قواعد اصلاحی دادرسی قابل دسترس در:

< www۱.umn.edu/humanrts/oasinstr/iachreegulations.html > .

بعلاوه ماده (۱) ۲۵ قواعد اصلاحی دادرسی کمیسیون آمریکایی حقوق بشر به کمیسیون اجازه درخواست اقدامهای موقت را در موارد فوری، جدی و ضروری، برای جلوگیری از خسارتهای جبران‌ناپذیر به اشخاص می‌دهد.

< www۱.umn.edu/humanrts/oasinstr/iachreegulations.html > .

به طور کلی ر.ک:

J. Pasqualucci, *The practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge CUP, ۲۰۰۳, ch.۶.

در سیستم حقوق بشر آفریقایی کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و مردم حسب ماده ۱۱ به در پیش گرفتن اقدامهای موقت برای جلوگیری از ورود خسارتهای جبران‌ناپذیر به قربانی و همچنین در مواردی که به نفع طرفین یا انجام دادن درست دادرسی مطرح شده در نزد آن است، مجاز است قواعد دادرسی اصلاحی کمیسیون، (۱۸) ۱۹۹۷، *مجله حقوق بشر* ۱۵۴، ص ۱۶۱-۱۶۳.

دادگاه آفریقایی حقوق بشر به موجب پروتکل اعلامیه آفریقایی حقوق بشر، حقوق مربوط به ایجاد یک دادگاه آفریقایی حقوق بشر پذیرفته شده از سوی شورای OAU سران دولتها در سی و چهارمین اجلاس عادی خود در «اواگادوگو» در ۱۹۹۸ و تجدید شده در ۱۲ (۲۰۰۰) *مجله آفریقایی حقوق بین‌المللی و حقوق تطبیقی* ۱۸۷ اختیار تعیین اقدامهای موقت را دارد. بنابراین، به موجب ماده (۲) ۲۷ در موارد فوری و مهم و زمانی که جلوگیری از ورود خسارتی جبران‌ناپذیر لازم است، دادگاه اقدامهای موقت را که صلاح بدانند، در پیش می‌گیرد. ر.ک:

Gino J. Naldi, «Interim Measures of Protection in the African System for the protection of Human and Peoples Rights», (۲۰۰۲) ۲، *مجله حقوق بشر آفریقایی* ۱.

موقت را اجابت کنند، بحثهایی را برانگیخته است. هدف از این نوشتار، بررسی موضوع نیروی الزامی اقدامهای حمایتی موقت در سیستم حقوق بشر سازمان ملل متحد در پرتو نظریه‌های کمیته حقوق بشر (از این پس، کمیته نامیده می‌شود) در جریان پرونده «Piandong, Morallas and Bulan v. The Philippines»^۱ است؛ از این رو نخست نقش کمیته در تأمین حقوق فردی را به اختصار یادآور می‌شویم.

رویه رسیدگی کمیته به شکایت انفرادی

کمیته به عنوان جزئی از وظیفه حمایتی خود حسب پروتکل اختیاری الحاقی به میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی،^۲ در خصوص موارد ادعایی نقض میثاق که معمولاً «مکاتبات انفرادی» نامیده می‌شود، صلاحیت رسیدگی به درخواستهای انفرادی را دارد.^۳ این درخواست ممکن است از سوی یک کشور عضو میثاق باشد که پروتکل اختیاری را نیز تصویب کرده باشد.^۴ همچون سایر مراجع قضایی حقوق بشری، تماسها و مکاتبات باید با شرایط پذیرش منطبق باشد.^۵ اگر درخواست، پذیرفتنی تشخیص داده شود، دولت عضو مربوط قبل از تصمیم‌گیری کمیته می‌تواند به ادعاهای مطرح شده پاسخ دهد. حسب ماده (۴) پروتکل اختیاری،

۱. Communication No. ۸۶۹/۱۹۹۹, UN Doc CCPR/C/۷۰/D/۸۶۹/۱۹۹۹ (۱۹ Oct ۲۰۰۰);

قابل دسترس در:

< <http://www.۱.umn.edu/humanrts/undocs/۸۶۹-۱۹۹۹> > .

۲. ۹۹۹ UNTS ۱۷۱; (۱۹۶۷) ۶ ILM ۳۸۳.

۳. این روند، «شبه قضایی» نامگذاری شده است.

R. K. M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Oxford OUP, ۲۰۰۳, p. ۶۷.

۴. در ۱۰ اکتبر ۲۰۰۳ م. تعداد ۱۴۷ کشور عضو میثاق بودند که از این تعداد ۱۰۴ کشور به پروتکل پیوستند. اطلاعات درباره این معاهدات در وب‌گاههای سازمان ملل متحد در دسترس است:

< <http://Untreaty.un.org> > and < <http://www.unhchr.ch> > .

۵. مواد ۲ و ۳ و ۵(۲) پروتکل اختیاری. ر.ک:

D. McGoldrick, *The Human Rights Committee*, Oxford, Clarendon Press, ۱۹۹۴, pp. ۱۳۴-۴۱, ۱۶۰-۹۸.

تصمیمهای کمیته (نظریه‌ها)^۱ رسماً خصوصیت الزام آور تصمیمهای یک دادگاه حقوقی را ندارد، در عوض، از یک قدرت شبه حقوقی تشویقی برخوردار است.^۲ با وجود این، به نظر می‌رسد زمانی که کمیته، تخلفی را کشف کند توقع رعایت آن ایجاد می‌شود.^۳

اختیار کمیته درباره برقراری اقدامهای حمایتی موقت

اختیار کمیته درباره اقدامهای موقت از قواعد دادرسی اش نشئت می‌گیرد.^۴ کمیته به موجب ماده ۸۶ می‌تواند قبل از اعلام نظریه‌هایش نسبت به تقاضای رسیده به دولت عضو، او را از نظریه‌هایش نسبت به انجام دادن اقدامهای موقت برای اجتناب از وارد کردن خسارت جبران‌ناشدنی به قربانی تخلف ادعایی، مطلع کند. در چنین وضعی، کمیته به دولت عضو یادآوری می‌کند که نظریه‌هایش درباره اقدامهای موقت به مسائل ماهوی پرونده ربطی ندارد.

در عمل، گزارشگر ویژه، غالباً مسئولیت صدور درخواستهای اقدامهای موقت یا

۱. Views.

۲. McGoldrick op. cit., pp. ۱۵۱-۲; T. Opsahi, «The Human Rights Committee», In P. Alston (ed), *The United Nations and Human Rights*, Oxford OUP, ۱۹۹۲, p. ۳۶۹, at ۴۲۱; J. Rehman, *International Human Rights Law*, Harlaw Longman, ۲۰۰۳, p. ۹۱, who describes the Views as having «moral and political» force.

۳. بنابراین، موضع کمیته چنین بوده است: با توجه به اینکه یک دولت عضو که پروتکل اختیاری را می‌پذیرد، صلاحیت کمیته را برای احراز تحقق نقض میثاق را قبول کرده و اینکه حسب ماده ۲ میثاق چنین دولتی متعهد شده که در قلمروش برای همه افراد، امکان رجوع به محاکمش درباره حقوق شناخته شده در میثاق و پرداخت غرامت مؤثر و کافی را در صورت اثبات نقض فراهم آورد، کمیته امیدوار است ظرف مدت ۹۰ روز از دولت عضو اطلاعات راجع به اقدامهای انجام‌شده را در اجرای منویات کمیته دریافت کند.

UN GAOR A/۵۵/۴۰, vol.I, para. ۵۹۳.

بعلاوه، در ۱۹۹۰ م. یک روند نظارتی را برای پی‌گیری نظریه‌هایش تأسیس کرده است.

UN GAOR A/۴۵/۴۰, Annex. XI.

۴. قواعد دادرسی اصلاحی کمیته،

UN GAOR A/۵۷/۴۰, vol.I, B.

لغو آنها را به عهده دارد.^۱ اقدامات موقت، تصمیم‌هایی موقت است که کمیته باید متعاقب دریافت تقاضای جبران خسارت قبل از اعلام آرای نهایی خود اتخاذ کند.^۲ تصمیم به پذیرش تقاضای اقدام موقت، یک پیش شرط نیست. همچنین لازم نیست که قبلاً اقدامات جبرانی محلی انجام شده باشد.^۳ هدف اقدامات موقت به روشنی، حمایت و ممانعت از ورود خسارت جبران‌نشده به قربانی است.^۴ بنابراین، خسارت به قربانی، عنصری برجسته و مهم است.^۵ اقدامات موقت، عمدتاً در موارد فوری درباره اشخاص محکوم شده که در انتظار اجرای حکم و مدعی عدم محاکمه عادلانه‌اند و یا در موارد اخراج یا استرداد مجرمان محتمل، درخواست می‌شود.^۶

به عنوان یک امر حکمی، اقدامات درخواستی کمیته مبتنی بر قواعد دادرسی صرفاً یک توصیه و غیر الزامی تلقی شده است.^۷ با وجود این، به نظر می‌رسد

۱. این رویه، در جریان سی و پنجمین اجلاس کمیته پذیرفته شد. کمیته در پنجاه و پنجمین جلسه تصمیم گرفت که گزارشگر مخصوص این صلاحیت را تا زمانی که گروه کاری، تماسها و مکاتبات بخش پذیرش را عهده‌دار شود، حفظ خواهد کرد.

UN GAOR A/۵۲/۴۰, vol. ۱, para. ۴۶۷.

۲. همان، شماره ۸، بند ۵۶۵.

۳. در این باره ر.ک: اظهارات آقای «M. Scheinin»، عضو کمیته حقوق بشر.

UN Doc. CAT/C/SR. ۴۸۷, para. ۴.

۴. See *Weiss v. Austria Communication*, No. ۱۰۸۶/۲۰۰۲, UN Doc CCPR/C/۷۷/D/۱۰۸۶/۲۰۰۲ (۱۵ May ۲۰۰۳); discussed below.

دادگاه داخلی حقوق بشر اعلام کرده است که اقدامات موقت نه تنها ماهیت بازدارندگی و حفظ یک وضعیت حقوقی را دارد، بلکه اساساً حمایتی نیز می‌باشد؛ زیرا از حقوق بشر حمایت می‌کند.

Provisional Measures in the La Nacion Newspaper case, Order of ۷ sep. ۲۰۰۱, Annual Report of Inter-American Court of Human Rights, ۲۰۰۱, vol. II, Appendix XXXVI, para. ۴.

۵. به نظر کمیته، حسب ماده ۸۶، نتایج نامقبول، خسارت‌های جبران‌ناپذیر تلقی نمی‌شود.

Canepa v. Canada, Communication No. ۵۵۸/۱۹۹۳, UN Doc CCPR/C/D/۵۵۸/۱۹۹۳ (۱۹۹۴), para. ۷.

۶. همان، شماره ۸.

۷. McGoldrick, op.cit. ۲۰۲; Smith, op.cit. ۶۸; A. H. Robertson and J. G. Merrills, *Human Rights in the World*, ۴th ed. Manchester MUP ۱۹۹۶, ۵۷, Who describes them as a moral force.

موافقت با چنین درخواستهایی عموماً مناسب بوده است.^۱ قطعاً در راستای حفظ علّت وجودی اقدامهای موقت، کمیته این پیش‌بینی را داشته است که یک دولت عضو، روند رسیدگی را تا زمانی که کمیته درباره اقدامهای موقت اعلام نظر کند، به حالت تعلیق درمی آورد. با وجود این، کمیته با توجّه به اجابت نکردن درخواست اقدامهای موقت از سوی یک دولت عضو در خصوص اعمال یک مجازات جبران‌نشده، اخیراً دولتهای عضو را به اجرای چنین درخواستهایی متعهد کرده است.

رویه کمیته در اعلام اقدامهای موقت

با اجرا نشدن درخواست کمیته از یک دولت عضو درباره تعلیق دادرسی در پرونده «Piandiong et al v. The Philippines»، کمیته آن را نقض فاحش تعهدات آن دولت حسب پروتکل اختیاری تلقی کرد. واقعیات موجود در پرونده روشن بود. مرتکبان یک فقره سرقت توأم با قتل به مرگ، محکوم شده بودند. این رأی در دیوان عالی کشور تأیید شد و رئیس جمهور نیز بعداً با تقاضای عفو مخالفت کرد.^۲ سپس ادعای نقض ماده ۶ (حق حیات) و ماده ۱۴ (حق محاکمه عادلانه) میثاق به کمیته منعکس شد. کمیته به استناد ماده ۸۶ از دولت عضو درخواست کرد از اجرای حکم اعدام تا زمانی که پرونده در کمیته در حال رسیدگی است، خودداری کند، اما دولت عضو به رغم این درخواست، حکم اعدام را اجرا کرد.

کمیته هنگام بررسی ماهوی درخواست مطرح‌شده، توجّه ویژه‌ای را به بی‌توجهی دولت عضو نسبت به درخواست کمیته مبذول داشت. نظر به اهمیت

۱. در این باره، ر.ک: اظهارات «Martin Scheinin»، در منبع ذکر شده شماره ۱۲ بند ۳.
 ۲. تمام آرای محکومیت به مرگ به طور اتوماتیک در دیوان کشور مجدداً رسیدگی می‌شود. اختیارات رئیس جمهور از جمله درباره عفو در ماده ۷ بخش ۱۹ قانون اساسی پیش‌بینی شده است. ر.ک: دومین گزارش فیلیپین،

تصمیم کمیته، نظریه‌های کمیته را به طور مشروح می‌آوریم:

یک دولت عضو میثاق با پیوستن به پروتکل اختیاری، صلاحیت کمیته حقوق بشر را برای وصول تقاضاهای انفرادی در خصوص ادعاهای نقض هر یک از حقوق تصریح شده در میثاق و رسیدگی به آن می‌پذیرد. یک دولت با الحاق به پروتکل متعهد می‌شود با کمیته در جریان رسیدگی به درخواستهای واصله و بعد از آن، در انعکاس نظریه‌های کمیته به دولت عضو و فرد درخواست کننده، با حسن نیت، همکاری کند. (ماده ۵-۱ و ۵-۱). بر خلاف تعهدات یک دولت عضو است که با اقدامهای خود در روند رسیدگی به درخواستهای رسیدگی و یا اعلام نظریه‌های کمیته، مانع ایجاد کند یا به نحوی، اجرای آنها را خنثی سازد.^۱

یک دولت عضو، جدا از هرگونه تخلف از مفاد میثاق در صورت انجام دادن اقدامهایی که به نحوی مانع از بررسیهای کمیته نسبت به ادعای نقض حقوق یک قربانی شود، یا آن را خنثی کند و یا اعلام نظریه‌های کمیته را بی نتیجه و بی فایده سازد، تعهدات خود را به موجب پروتکل اختیاری نقض کرده است.... اگر دولت عضو از طرح درخواست آگاه باشد و با این حال، قبل از رسیدگی کمیته و اعلام نظریه‌هایش، اقدامهای اجرایی را نسبت به قربانی انجام دهد، حسب مفاد پروتکل، مرتکب نقض تعهدات خود شده است، خصوصاً اگر بعد از درخواست کمیته حسب ماده ۸۶ مبنی بر خودداری آن دولت از اقدام اجرایی، به این اقدام مبادرت کند، توجیه‌ناپذیر است.^۲

کمیته با رد این استدلال دولت عضو که پذیرش درخواست اقدامهای موقت، مانع اجرای عدالت است، اعلام کرد دولتهای عضو نمی‌توانند به طور یک جانبه شرایطی محدود کننده را بر صلاحیت کمیته و حقوق شاکیان در ارجاع تقاضاهایشان تحمیل کنند.^۳ نهایتاً کمیته به این نتیجه رسید:

اقدامهای موقت موضوع ماده ۸۶ مقررات کمیته که در راستای اجرای ماده ۳۹ میثاق در پیش گرفته می‌شود، به منظور ایفای نقش تعیین شده در پروتکل برای کمیته الزامی است. نادیده گرفتن این قاعده خصوصاً با انجام دادن اقدامهای

۱. در بند ۵-۱، «تأکید» اضافه شده است.

۲. در بند ۵-۲، «تأکید» اضافه شده است.

۳. بند ۵-۳.

برگشت ناپذیر، از قبیل اعدام یا اخراج قربانی از کشور، حمایت از حقوق تصریح شده در میثاق از طریق پروتکل اختیاری را تضعیف می‌کند.^۱

بنابراین، کمیته اعلام کرد کوتاهی در اجرای اقدامهای موقت، حسب مقررات پروتکل، نقض تعهدات از سوی دولت تلقی می‌شود، نه نقض قواعد ماهوی میثاق. در واقع، کمیته، چنین تخلفی را در این مثال احراز نکرد.^۲ به نظر می‌رسد استدلال کمیته بر مبنای این واقعیت شکل گرفته است که حسب ماده ۱ پروتکل، دولت‌ها باید در خصوص تعهدات مندرج در معاهدات منعقدشده با حسن نیت عمل کنند و از انجام دادن اقدامهای مغایر با اهداف و مقاصد کنوانسیون اجتناب کنند.^۳ ماده ۲۸ میثاق به عنوان یک مبنای حقوقی جایگزین تلقی شده است.^۴ چنین استدلال شده است که پروتکل اختیاری به کمیته اختیار می‌دهد ارجاعات انفرادی را استماع کند. نظریه‌های کمیته در تفسیر معاهدات بر مبنای اختیارات ناشی از ماده ۲۸ میثاق اعلام می‌شود. این اختیارات، درخواست اقدامهای ترمیمی موقت را نیز شامل می‌شود. بعلاوه، کمیته در راستای پیشبرد هدف اصلی پروتکل، یعنی گسترش حمایت مؤثر از حقوق بشر پیش می‌رود.^۵ کمیته می‌خواهد مطمئن شود که دولت‌ها هیچ اقدامی در جهت تضعیف قدرت و عملکرد تصمیمهای نهایی نداشته باشند. گرچه کمیته صریحاً اعلام نکرده است که درخواستهای اقدامهای موقت از نظر حقوقی به دولت‌ها تحمیل می‌شود، نتیجه نهایی، به جهات عملی، اساساً همان است.

گرچه کمیته، قبلاً نارضایتی خود را از دولتهای عضو کمیته به سبب اجابت نکردن عمدی درخواستهای اقدام موقت اعلام کرده است، اعلام نظر کمیته در این

۱. بند ۴-۵.

۲. بند ۸.

۳. به نظر کمیته، هدف و مقصود پروتکل اختیاری، ارزیابی الزامهای یک دولت حسب میثاق در نزد کمیته است (General Comment, No. ۲۴, UN Doc HRI/GEN/۱/Rev ۵, para. ۱۳).

۴. Schenin, above n. ۱۲, para. ۲.

۵. Cf, e.g. *Provisional Measures in the Miguel Agustin Pro Juarez Human Rights Center et al case*, Order of ۳۰ Nov ۲۰۰۱, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights, ۲۰۰۱, vol.II, Appendix XLVI.

باره، تعجب آور نیست. کمیته با اعلام کردن نظر خود در پرونده «Piandiong» نشان داد که صبرش را در برابر بی تفاوتی دولتهای عضو در قبال اقدامهای موقت از دست داده است. در پرونده‌های «Mansuraj et al v. Sierra Leon»^۱ و «Glen Ashby v. Trinidad and Tobago»^۲ زمانی که پرونده ایشان در کمیته در حال رسیدگی بود و با وجودی که کمیته درخواست خودداری موقت از اجرای حکم اعدام را کرده بود، شاکیان اعدام شده بودند. در این باره، کمیته ابتدائاً کوتاهی دولت در اجابت درخواستهایش را محکوم^۳ و سپس نگرانی خود را در این باره ابراز کرد^۴ و متعاقباً اعلام داشت که دولتهای عضو، تعهداتشان را حسب پروتکل الحاقی، مثل مورد «Piandiong» نقض کرده‌اند.^۵ در واقع، کمیته در پرونده «Glen Ashby» با نشان دادن عکس العمل شدیدتری، اعلام داشت که رفتار دولت مربوط، نشان‌دهنده کوتاهی شدید در رعایت حتی ابتدایی‌ترین درجه حسن نیت لازم برای یک دولت عضو میثاق و پروتکل اختیاری است.^۶

باید یادآوری کرد که کمیته در پرونده‌های بعدی، روش خود را در قبال اقدامهای موقت تعدیل کرد. در پرونده «Saidov v. Tajikestan»^۷ به‌رغم

۱. *Mansaraj et al v. Sierra Leon, Gborie et al v. Sierra Leon and Sesay et la v. Sierra Leon*, Communications Nos. ۸۳۹/۲۹۹۸, ۸۴۰/۱۹۹۸ and ۸۴۲/۱۹۹۸, UN GAOR A/۵۶/۴۰, Vol.I, Annex X, sect. M (۱۶ July ۲۰۰۱).
۲. *Glen Ashby v. Trinidad and Tobago*, Communication No. ۵۸۰/۱۹۹۴, UN GAOR A/۵۶/۴۰, vol.II, Annex XI, sect. A (۲۱ Mars ۲۰۰۲)
۳. *Mansaraj et al v. Sierra Leon, Gborie et al v. Sierra Leon, and Sesay et al v. Sierra Leon*, para. ۲۴۰.
۴. UN Doc CCPR/C/۶۴/D/۸۳۹-۸۴۱/۱۹۹۸.
۵. *Mansaraj et al v. Sierra Leon, Gborie et al v. Sierra Leon, and Sesay et al v. Sierra Leon*, paras. ۵-۱, ۵-۳; *Glen Ashby v. Trinidad and Tobago*, paras. ۱۰-۹, ۱۰-۱۰.
۶. *Ibid.*, para. ۱۰-۹.
۷. Communication No. ۹۶۴/۲۰۰۱.

کمیته، رویه مشابهی را در «پرونده ازبکستان» در پیش گرفت. موضوع مربوط به اعدام ۶ نفر بود که شکایاتشان در کمیته در حال رسیدگی بود (UN GAOR A/۵۸/۴۰, vol.I, para. ۱۴۱).

درخواست اقدامهای موقت به وسیله گزارشگر مخصوص، شاکی اعدام شده بود؛ بنابراین، کمیته، تاجیکستان را زیر سؤال برد.^۱ مورد مهم تر، پرونده «Weiss v. Austria»^۲ بود که در آن، شاکی مدعی بود که استرداد وی از سوی استرالیا به آمریکا متضمن نقض حقوق بشر است. کمیته، برای اینکه فرصت بررسی خطر ورود خسارتهای جبران ناپذیر به شاکی را داشته باشد، از دولت استرالیا، درخواست اقدامهای موقت کرد. با وجود این، قبل از میسر شدن اثبات این امر، استرالیا استرداد را انجام داد با این استدلال که درخواست اقدامهای موقت، الزام آور نیست.^۳ به نظر کمیته، استرداد شاکی قبل از اینکه کمیته بتواند مسئله جبران ناپذیر بودن ضرر را رسیدگی کند، نقض مفاد پروتکل تلقی می شود.^۴ از اینکه استرالیا دعوت مندرج در ماده ۸۶ را برای ارائه دلیل در این خصوص که آیا استرداد، متضمن ورود خسارت جبران ناپذیر شده است یا نه، اجابت نکرده است، کمیته، ابراز نگرانی کرد.^۵

نکته حائز اهمیت در این پرونده، این است که اولاً، احراز جبران ناپذیر بودن ضرر، یک شرط قبلی برای درخواست اقدامهای موقت نیست و ثانیاً، اقدامهای موقت درخواستی، در حالی که کمیته در حال رسیدگی به وجاهت آنهاست، نیز الزامی تلقی می شود. این تحولات، دامنه حمایتی اقدامهای موقت را گسترش می دهد.

تحولات اخیر حقوق بشر در سایر کشورها

جالب است یادآوری شود که تصمیمهای کمیته در سیستمهای منطقه ای منعکس شده است؛ خصوصاً در آفریقا و اروپا که اقدامهای موقت درخواستی از سوی

۱. UN GAOR A/58/40, vol.I, para. 130.

۲. Communication No. 1086/2002, UN Doc CCPR/C/77/D/1086/2002 (15 May 2003).

۳. بند ۳-۵.

۴. بند ۱-۷.

۵. همان.

ارگانهای نظارتی، تحت حکومت قواعد دادرسی است و نه مقررات معاهده. بررسی کوتاه تحولات صورت گرفته در این کشورها موضوع را روشن می کند.

آفریقا

در آفریقا، کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و مردم^۱ به روشنی اعلام کرده است که از دولتها انتظار دارد درخواست اقدامهای موقت را اجابت کنند.^۲ کمیسیون آفریقایی در پرونده «International Pen, Constitutional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr and Civil Liberties Organization v. Nigeria» یک نویسنده فعال به نام «Ken Saro-Wiwa» را به وسیله رژیم نظامی نیجریه به رغم این واقعیت که کمیسیون درخواست اقدامهای موقت را پذیرفته و تقاضای توقف حکم اعدام را کرده بود، زیر سؤال برد.^۳ این کمیسیون اعلام کرد که نیجریه نسبت به ماده ۱ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم، متعهد بوده است و یکی از وظایف کمیسیون، همکاری با دولتها در اجرای تعهداتشان حسب مفاد منشور است.^۴

بنابراین، کمیسیون آفریقایی، دولت نیجریه را به سبب اجرا نکردن تعهداتش درباره اقدامهای موقت، ناقض ماده ۱ منشور آفریقایی دانست.^۵ این کمیسیون همچنین اضافه کرد که اجرای حکم اعدام در مقابل ایرادات و دفاعیه‌های مطرح شده از سوی کمیسیون و افکار عمومی جهانی علیه آن، امری است که امیدواریم هرگز تکرار نشود و اینکه گفته شود این مورد، نقض منشور است، ساده‌انگاری‌ای بیش نیست.^۶

۱. The African Commission on Human and Peoples' Rights.

۲. ر.ک: ماده ۱۱۱، زیرنویس شماره ۱.

۳. Communication Nos. ۱۳۷/۹۴، ۱۳۹/۹۴، ۱۵۴/۹۶، and ۱۶۱/۹۷ (۲۰۰۰) International Human Rights Reports ۲۷۴. see further, Naldi op. cit., ۶-۸.

۴. بندهای ۱۱۳ و ۱۱۴.

۵. بند ۲۸۵.

۶. در بند ۱۱۵، «تأکید» اضافه شده است.

آمریکا

در سیستم آمریکایی،^۱ دادگاه آمریکایی حقوق بشر^۲ اعلام کرده است اقدامهای موقت مقرر شده از سوی این دادگاه، الزام آور است.^۳ دادگاه در پرونده «Constitutional Court Case» مقرر کرد که قاعده مندرج در ماده (۲) ۶۳ کنوانسیون، دولت عضو را به انجام دادن اقدامهای موقت تعیین شده از سوی دادگاه مکلف می کند؛ زیرا:

در اینجا یک اصل اساسی حقوق بین الملل درباره مسئولیت دولتی که مورد حمایت رویه قضایی بین المللی نیز می باشد، وجود دارد که به موجب آن، دولتها باید تعهدات قراردادی بین المللی خود را با حسن نیت^۴ انجام دهند.^۵

لازم الاجرا بودن دستور اقدامهای موقت دادگاه آمریکایی حقوق بشر مبنای قراردادی دارد^۶ و ناشی از نقش قضایی دادگاه است.^۷

با وجود این، مقایسه مورد فوق با کمیسیون آمریکایی حقوق بشر، دید مناسبی به دست می دهد؛ زیرا اختیار کمیسیون برای درخواست اقدامهای پیشگیرانه بر قواعد دادرسی مبتنی است. کمیسیون، برخلاف دادگاه آمریکایی حقوق بشر، نمی تواند دولتی را آمرانه^۸ به انجام دادن اقدامهای پیشگیرانه مجبور کند، بلکه فقط حق درخواست^۹ دارد.

۱. ر.ک: زیرنویس شماره ۱.

۲. Inter-American Court of Human Rights.

۳. Cf. Pasqualucci op. cit., ۳۱۶-۳۱۸.

۴. Pacta Sunt Servanda.

۵. Provisional measures, Order of the Inter-American Court of Human Rights of ۱۴ Aug ۲۰۰۰, in *Provisional Measures-Compendium: July ۲۰۰۰-June ۲۰۰۱*, Series E, No.۳, paras. ۱۳-۱۵.

۶. A. A. Cancado Trindade, Preface, Inter American Court of Human Rights, *Provisional Measures-Compendium: July ۲۰۰۰-June ۲۰۰۱*, Series E, No.۳, paras. ۱۳-۱۵.

۷. Pasqualucci op. cit., ۳۱۷.

۸. Order.

۹. Request.

در اینجا نه الزام، بلکه یک انتظار و توقع اجرا^۱ وجود دارد. برای اقدامهای پیشگیرانه کمیسیون، خصیصه بازدارندگی قائل شده‌اند.^۲ به نظر دادگاه آمریکایی حقوق بشر، دولتها باید با حسن نیت و به طور مؤثری^۳ به تمام مقررات کنوانسیون عمل کنند. دادگاه آمریکایی در پرونده «James et al v. Trinidad and Tobago»^۴ «Tobago» درباره دستورات مبنی بر انجام دادن اقدامهای موقت، اعلام کرد:

دولتها باید کاملاً مقررات کنوانسیون، از جمله مقررات مربوط به کمیسیون را رعایت کنند و نیز باید از ورود خسارتهای جبران‌ناپذیر جلوگیری کنند. در چنین مواردی، اعدام قربانیان، وضعیتی جبران‌ناپذیر ایجاد می‌کند که با اهداف و مقاصد کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر مغایر است.^۵

همچنین دادگاه آمریکایی در پرونده «Colotenango v. Guatemala»

اعلام کرد:

دولتها باید اقدامهای لازم را برای حفظ جان و تمام حقوق هر شخصی که حقوقش در معرض تهدید است، انجام دهند. این وظیفه در مواردی که اشخاص درگیر پرونده‌های مطرح شده در نهادهای نظارتی کنوانسیون آمریکایی هستند،

۱. Expectation of compliance.

۲. C. Cerna, «The Internal-American Commission on Human Rights: Its Organisation and Examination of Petitions and Communications», in D. Harris and S. Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford Clarendon Press, ۱۹۹۸, ۶۵, at ۱۰۸.

۳. Effectiveness.

۴. *Provisional measures in the James et al case*, Order of ۲۶ Nov ۲۰۰۱, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights, ۲۰۰۱, vol.II, Appedix XI, II.

۵. بندهای ۱۰ و ۱۲ در پرونده «Loayzo Tomayo v. Preu» دادگاه آمریکایی اعلام کرد دولت باید برای اجرای توصیه‌های کمیسیون تمام تلاش خود را به کار گیرد.

Ser C. No. ۳۳ (۱۹۹۷) para. ۷۹.

به نظر می‌رسد این نتیجه‌گیری با موضع قبلی دیوان مبنی بر اینکه توصیه‌ها دارای خصیصه الزامی آرای قضایی که نقض آنها مسئولیت عمومی دولت خاطی را در پی خواهد داشت، نمی‌باشد و اجرا نکردن توصیه‌ها به ایجاد مسئولیت بین‌المللی برای دولت منجر نخواهد شد، منطبق نیست.

Caballero Degado and Santana case. Ser C. No. ۲۲ (۱۹۹۵) para. ۶۷

بیشتر جلوه گر می شود.^۱

به نظر می رسد نظریه های اخیر، ابهامهای مربوط به طبیعت الزام آور اقدامهای موقت را برطرف کرده باشد. کمیسیون همواره این اختیار را داشته است که از دادگاه آمریکایی، صدور دستور اقدامهای موقت را درخواست کند.^۲ اگر دادگاه آمریکایی نیز با صدور اقدامهای موقت موافق باشد، دولت مربوط باید آن را دقیقاً اجرا کند.

اروپا

در اروپا اخیراً تحولات مشابهی رخ داده است. در پرونده «Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey»^۳، موضوع استرداد مخالفان دولت ازبکستان به این کشور به رغم اقدامهای موقت مقرر شده از سوی رئیس شعبه دادگاه اروپایی حسب ماده ۳۹ مقررات دادگاه مطرح بود.^۴ دادگاه اروپایی حقوق بشر اعلام کرد هر دولت عضو که انجام دادن اقدامهای موقت از او درخواست شده باشد، باید مطاع باشد و از هرگونه اقدام یا ترک فعل منجر به تضعیف قدرت یا تأثیرگذاری رأی نهایی اجتناب کند.^۵ از این رو، درباره ترکیه نتیجه گرفت که این دولت با انجام ندادن اقدامهای موقت، تعهدات خود را حسب کنوانسیون اروپایی نقض کرده است.^۶

این تصمیم، مواضع پیشین را در پرونده «Cruz Varas v. Sweden»^۷ مبنی

۱. *Provisionals Measures in the Colotenango case*, Order of ۵ Sept ۲۰۰۱, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights, ۲۰۰۱, vol.II, Appendix XXXIII, para.۳.

۲. کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، ماده (۲)۶۳؛ ماده (۲)۲۵ قواعد دادرسی دادگاه.

۳. رأی ۶ فوریه ۲۰۰۳، قابل دسترس در:

< <http://www.echr.coe.int/ENG/Judgments> > .

۴. ر.ک: زیرنویس شماره ۱.

۵. بند ۱۱۰.

۶. بند ۱۱۱.

۷. سری A، شماره ۲۰۱، ۱۹۹۱.

بر اینکه این اقدامها از نظر فنی، الزام‌آور نیست، تغییر می‌دهد.^۱ در پرونده مذکور، دادگاه اروپایی حقوق بشر به این نتیجه رسید که با نبود یک مقررۀ صریح در کنوانسیون اروپایی، اقدامهای موقت بر مبنای قواعد دادرسی، موجب یک تعهد بین‌المللی برای دولتهای عضو نیست.

کمیته سازمان ملل متحد برای مبارزه با شکنجه

این کمیته نیز فرصت پرداختن به موضوع اقدامهای موقت را یافته و اعلام کرده است که از دولتهای عضو انتظار دارد درخواستهای کمیته را درباره انجام دادن اقدامهای موقت اجابت کرده و بر رعایت آنها نظارت کنند.^۲ شاکی در پرونده «TPS v. Canada» مدعی بود که اخراج و فرستادنش به کانادا او را در معرض یک شکنجه واقعی قرار داده است.^۳ به درخواست کمیته مبارزه با شکنجه از دولت کانادا برای اخراج نکردن او تا زمانی که تقاضای وی در حال رسیدگی است، بی‌اعتنایی شد. استدلال دولت کانادا این بود که درخواست اقدامهای موقت صرفاً جنبه توصیه‌ای دارد و آمره نیست؛^۴ از این رو، کمیته، نگرانی خود را به این شرح ابراز کرد:

دولت عضو با تصویب کنوانسیون مبارزه با شکنجه و پذیرش اختیاری صلاحیت کمیته حسب ماده ۲۲ درباره وصول و بررسی تقاضاهای ارائه‌شده، متعهد است با

۱. Merrills and Robertson, above n.۱, ۳۱۸.

۲. UN GAOR A/۵۸/۴۴, Chapter V, B, para.۱۶۲.

باید در نظر داشت که قاعده اصلی دادرسی در این پرونده اجرا شده بود. ماده (۹) ۱۰۸ از جمله مقرر می‌داشت که کمیته می‌تواند از دولت عضو درخواست انجام دادن اقدامهایی را برای جلوگیری از ورود خسارتهای جبران‌ناپذیر به شخص یا اشخاصی کند که مدعی قربانی تخلف دولت شده‌اند.

UN Doc HRI/GEN/۳, ۱۷۱.

درباره اختیارات کمیته مبارزه با شکنجه برای درخواست اقدامهای موقت، ر.ک: زیرنویس شماره ۱.

۳. Communication No.۹۹/۱۹۹۷, UN GAOR A/۵۵/۴۴, annex VIII, sect A (۱۶ May ۲۰۰۰).

۴. پاراگراف (۲) ۸.

حسن نیت در اجرای پروسه مربوط همکاری کند. اجابت درخواست اقدامهای موقت در مواردی که کمیته انجام دادن این اقدامها را ضروری می‌داند، برای جلوگیری از وارد شدن ضرر جبران‌ناپذیر به شخص مورد نظر که نتیجه رسیدگی کمیته را نیز بی‌تأثیر می‌سازد، اساسی است. کمیته، نگرانی عمیق خود را نسبت به اجرا نشدن درخواستش مبنی بر انجام دادن اقدامهای موقت از سوی دولت عضو ابراز می‌کند.^۱

«Gubriel Camara»، عضو کمیته، در نظریه انفرادی خود اعلام کرد که اختیار کمیته مبارزه با شکنجه در درخواست اقدامهای موقت، از صلاحیت اعطاشده به کمیته حسب ماده ۲۲ کنوانسیون نشئت می‌گیرد. اگر یک دولت عضو، درخواست کمیته مبارزه با شکنجه را اجابت نکند، این امر نه تنها ماده ۲۲ را بی‌معنا و بی‌اثر می‌سازد، بلکه اگر نگوییم با نص این ماده مغایرت دارد، با روح آن در تضاد است.^۲

دیوان دادگستری بین‌المللی

اگرچه دیوان دادگستری بین‌المللی ماهیتی متفاوت از محاکم فوق دارد، رجوع به رأی اخیر آن در پرونده «LaGrand case»^۳، (دعوی آلمان علیه آمریکا) برای اطلاع مفید است. در این رأی، نهایتاً اعلام شد که اقدامهای موقت حمایتی تجویز شده حسب ماده ۴۱ اساسنامه دیوان برای دولتهای درگیر پرونده، الزام‌آور است. دیوان با اعمال روش تفسیر معاهدات بر مبنای مقصود و هدف آنها، به این نتیجه رسید که اساسنامه دیوان باید به گونه‌ای تفسیر شود که دیوان را به اجرای وظایف قضایی خود توانا سازد. برای حفظ انسجام در رسیدگیها، اقدامهای موقت باید الزام‌آور باشد. بعلاوه، این واقعیت که طرفین یک پرونده باید از انجام دادن اقدامهای تشدیدکننده دعوا یا ضرررساننده به تصمیم‌گیری نهایی دیوان اجتناب کنند، نتیجه‌گیری مذکور را تأیید می‌کند.

۱. پاراگراف (۱) ۱۶.

۲. نظر انفرادی «Guibril Camara»، عضو کمیته، پاراگراف ۱.

۳. ICJ Rep ۲۰۰۱، ۴۶۶، paras. ۹۹-۱۰۳.

نتیجه گیری

اهمیت پرونده «Piandiong» نشان‌دهنده این واقعیت است که کمیته در آن توانست نظر خود را درباره اجرای ماده ۸۶ اعلام کند. کمیته دریافت که درخواست انجام دادن اقدامهای موقت برای یک دولت عضو، باید الزام آور باشد و اجرا نکردن ارادی این درخواست، نقض پروتکل اختیاری می‌باشد. این یافته را باید یک تحول بی‌نهایت مثبت ارزیابی و از آن استقبال کرد. اقدامهای موقت، قسمت اصلی وظایف حمایتی کمیته را تشکیل می‌دهد. نقش حمایتی کمیته باید با ارزش دادن به اعمال مؤثر حق طرح دعوی انفرادی، به اندازه کافی تقویت شود.^۱

کمیته در برخی موارد، نگرانی شدید خود را درباره بی‌توجهی دولتها به درخواستهای اقدامهای موقت که به تضعیف نقش حمایتی کمیته منجر می‌شود، ابراز کرده است. توجه مستدل کمیته در این نتیجه‌گیری که با رویکرد پویا و روبه‌تکامل معاهدات حقوق بشری هماهنگ است، صرفاً از این حیث که در پی تأمین بیشترین حمایت از افراد در معرض خطر است، قابل دفاع است،^۲ همان‌طور که دادگاه اروپایی حقوق بشر اعلام کرده است معاهدات حقوق بشری باید طوری تفسیر شود که حقوق مندرج در آنها عملاً و به شکل مؤثر اجرا شود، نه اینکه صرفاً جنبه نظری و فرضی داشته باشد.^۳ این دیدگاه سنتی که با انجام دادن یک تفسیر

۱. این، پاسخ به نگرانی کسانی است که کمیته را عنصر بی‌اثری می‌دانند. برای نمونه، ر.ک:

H. J. Steiner, «Individual claims in a world of massive violations: What role for the Human Rights Committee?» in P. Alston and J. Crawford (eds), *The Future of Human Right Treaty Monitoring*, Cambridge CUP ۲۰۰۰, ۱۵; G. Robertson, *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*, ۲nd edn, London Penguin, ۲۰۰۲, ۵۲-۸.

هم دادگاه اروپایی حقوق بشر و هم دادگاه آمریکایی حقوق بشر بر اهمیت اصل اجرایی بودن در این باره تأکید کرده‌اند. ر.ک:

Mamatkulov and Abdorasulovic v. Turkey, para.۱۰۹; *Colotenango v. Guatemala*, para.۵.

۲. *Wemhoff v. Germany*, Series A, vol.۷ (۱۹۶۸); *Compulsory Membership of Journalists Association*, case (۱۹۸۶) ۲۵ ILM ۱۲۳.

۳. *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, para.۱۰۵.

کاملاً حقوقی، قواعد دادرسی را الزام آور نمی‌دانست، دیگر مناسب به نظر نمی‌رسد. ارزیابی «Pasqualucci» در سیستم آمریکایی که به موجب آن، اقدامهای موقت به صورت ابزاری فعال برای مبارزه با تخلفات حقوق بشر درآمده است^۱ نیز در سیستم سازمان ملل متحد اعمال شدنی است. بعلاوه، کمیته نشان داده است که رهبری این نهضت را به عهده دارد و نظراتش در سایر ارگانهای حقوق بشر، پذیرفته و اعمال شده است. این تحولات درباره اقدامهای موقت، قاعدتاً باید بیشترین حمایت را از بعضی از آسیب پذیرترین افراد تأمین کند.

۱. Pasqualucci, op. cit., ۲۹۴.

نظارت ویدیویی؛ دلایل موفقیت و شکست^۱

- موریس کوسن^۲
- ترجمه: شهرام ابراهیمی^۳

مقدمه مترجم

اقدامهای وضعی و موقعیت‌مدار برای پیشگیری از جرم، پیشینه‌ای طولانی داشته و از دیرباز با شیوه‌های مختلفی، از قبیل نظارت و مراقبت، افزایش موانع و مشکلات در ارتکاب جرم و جاذبه‌زدایی از اهداف مورد نظر مجرم، اجرا می‌شده است. امروزه در کنار کنشگران انسانی (یعنی مأموران پلیس، نگهبانان، سرایداران و فروشندگان فروشگاه‌های زنجیره‌ای) تکنولوژی هم در قالب سیستم‌های هشداردهنده خطر، سیستم‌های نظارت و مراقبت تلویزیونی، دوربین‌های نظارتی و سیستم‌های کنترل

۱. La Vidéosurveillance: Les raisons des ses succès et ces échecs.

این مقاله در هجدهمین کنگره جهانی جرم‌شناسی در تاریخ ۱۶-۱۰ اوت ۲۰۰۳ م. در شهر ریودوژانیرو ارائه شده است.

۲. «Mourice Cusson»؛ استاد جرم‌شناسی دانشگاه مونترال کانادا.

۳. دانشجوی دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (shahramshiraz@yahoo.fr).

ورودها با کارت مغناطیسی به کمک این نوع از پیشگیری آمده و به آن، جنبه فنی بخشیده است. با این حال، محدودیتها و نارساییهای فن آوری، انکارناپذیر است و نمی توان آن را نادیده گرفت. از جمله سؤالهایی که در این باره مطرح می گردد، آن است که آیا صرف به کارگیری دستگاههای مراقبت و نظارت، موجب پیشگیری از بزهکاری می گردد یا باید با اندیشه و خرد و مداخله انسانی، توأم و آمیخته شود؟ نویسنده در این مقاله ضمن پاسخ به این سؤال، با تحلیل جرم شناختی دوربینهای مراقبت و نظارت، به این نتیجه رسیده است که چنانچه تجهیزات امنیتی با یک مطالعه قبلی و توجیه منطقی نصب شده باشد و با یک مداخله شایسته و به هنگام همراه باشد، عملکرد موفقیت آمیزی دارد.

* * *

مفهوم عام نظارت

«نظارت» یکی از روشهای متداول پیشگیری از جرم است.^۱ با مطرح شدن مسئله ای جنایی در یک واحد تأمین امنیت خصوصی یا عمومی، نخستین چیزی که به ذهن متبادر می شود، نظارت و کنترل، نگهبانان بیشتر و تأمین امنیت قوی تر، روشنایی مناسب تر و بهترین سیستم هشداردهنده است.^۲ معمولاً در مراکز پلیس، بودجه مراقبت به مراتب بیشتر از بودجه تحقیق است. مسئله مراقبت و نظارت - همراه با

۱. پیشگیری وضعی جرم از گذشته تا کنون به شیوه های مختلفی اجرا می شده است. افزایش خطر دستگیری یا شناخته شدن مرتکب با نظارت و کنترل، یکی از این شیوه ها به شمار می رود و مواردی همچون تحت نظر قراردادن ورودی و خروجیها در اماکن عمومی، نظارت رسمی، مثل گشت پلیس، استفاده از نیروهای امنیتی، نظارت به وسیله کارمندان و نظارت طبیعی، مانند روشن کردن خیابانها و ایجاد فضای قابل دفاع را دربرمی گیرد. در این موارد، با کنترل وضعیت مشرف به ارتکاب جرم، خطر دستگیری و کشف بالا رفته و اسباب انصراف مجرم فراهم می شود. در اینجا مأموران پلیس، نگهبانان بانک، سرایداران و فروشندگان فروشگاههای زنجیره ای، کنشگران انسان به شمار می روند، اما امروزه الکترونیک هم در قالب دوربینهای مخفی، هشداردهنده ها و آشکارکننده ها به کمک پیشگیری وضعی آمده است. این نظارتها به معنای حضور قانون و یادآور وجود حاکمیت است. (م)
۲. در این باره ر.ک: موریس کوسن، «امنیت خصوصی؛ ماهیت، چالش، آینده»، ترجمه علی اوسط جاویدزاده، مجله امنیت، ش ۱۵ و ۱۶، ص ۴۶.

فن آوریهای مربوط به کنترل یا بدون آن- در رأس آمار فعالیت مراکز تأمین امنیت خصوصی قرار دارد. حتی در پیشگیری زودرس نیز نظارت، نقش بسیاری ایفا می‌کند. در واقع، یکی از نخستین مطالبی که به پدر و مادر کودکان پرخاشگر آموزش داده می‌شود، نظارت دقیق برای مداخله، هنگام انجام دادن اعمال ناشایست و تشویق کودکان هنگام رفتار مناسب از سوی این دسته از کودکان می‌باشد....

ولی آیا اختصاص میلیونها ساعت برای نظارت، به امنیت و تأمین آن کمکی کرده است یا خیر؟ اگر به نتایج تحقیقات ارزیابی‌کننده اعتماد داشته باشیم، پاسخ برحسب مورد، متفاوت خواهد بود.

- زمانی که شمار نگهبانان و شبگردها را در اکثر نقاط شهر افزایش می‌دهیم، با وجود اینکه نظارتی فشرده در یک نقطه جرم‌زا موجب کاهش بزهکاری در همان نقطه می‌شود، میزان کل بزهکاری تغییر نخواهد کرد.^۱

- افزایش شمار نیروهای پلیس در کاهش بزهکاری تأثیری ندارد، در حالی که در زمان اعتصاب پلیس، میزان بزهکاری به سرعت افزایش می‌یابد.^۲

- بهبود عمومی وضعیت روشنایی خیابانها که شرط لازم نظارت طبیعی در شب است، هیچ‌گونه تأثیر پیشگیرانه‌ای نداشته است. برعکس، روشنایی مناسب در محلی ناامن، بزهکاری را به شدت کاهش داده است.^۳

- نظر «نیومن»^۴ درباره معماری فضاهاى مراقبت‌پذیر، برخلاف ارزیابیهای انجام شده است، ولی زمانی که شرایط برای مراقبت در یک پارکینگ یا مغازه فراهم

۱. L.W. Sherman and J. Eck, «Policing for Crime Prevention», in L.W. Sherman and et al eds., *Evidence-Based Crime Prevention*, London, Routledge, ۲۰۰۲, p.۲۹۵-۳۲۹.

۲. Idem.

۳. K. Pease, «A Review of Street Lighting Evaluations», in K. Painter, N. Tilley, eds., *Surveillance of Public Space. Crime Prevention Studies*, Monsey, New York, Criminal Justice Press, ۱۹۹۹, vol.۱۰, p.۴۷-۷۶.

۴. O. Newman, *Defensible Space: Crime prevention Through Urban Design*, New York, Macmillan, ۱۹۷۲.

باشد، میزان تکرار جرم کاهش می‌یابد.^۱

پرسش این است که چرا نظارت و مراقبت در یک جا مؤثر و در جای دیگر ناکارآمد است؟ این سازوکارها در چه شرایطی مؤثر واقع می‌شود؟ درباره کدام دسته از جرمها؟

بهترین روش برای روشن کردن موضوع، بررسی مواردی است که به تازگی درباره نظارت ویدیویی به دست آمده است.^۲

مراقبت ویدیویی و افزایش میزان استفاده از آن

در واقع، آنچه امروزه «تلویزیون مدار بسته» می‌نامیم، یکی از شیوه‌های نظارت و مراقبت است که در دهه اخیر، به گستردگی در محیطهای اجتماعی به کار می‌رود. کافی است که برای قدم زدن، وارد شهر شوید تا ناخواسته، خود را در مقابل دوربینهای کنترل کننده فروشگاههای بزرگ، مراکز تجاری، کارخانه‌ها، انبارها، محل سکونت سالمندان، بیمارستانها، ایستگاههای قطار، ورزشگاهها، خیابانها و پارکها که به سیستمهای هشدار دهنده (ابزارهای کشف و مراقبت) مجهز هستند، مشاهده کنید.^۳

بنابراین امروزه ملاحظه می‌شود که تلویزیونهای مدار بسته به ابزارهای مورد علاقه مراکز امنیت خصوصی تبدیل شده است. استفاده از این دستگاهها در

۱. B. Poyner, «Situational Crime Prevention in Two Parking Facilities», *Security Journal*, ۱۹۹۱, vol.۲, n°۲, pp.۹۶-۱۰۱; M. Cusson, *prévenir la délinquance*, Paris, Presses Universitaires de France, ۲۰۰۲, p.۱۲۹-۱۳۰.

۲. در خصوص نقش نظارت در پیشگیری وضعی ر.ک: امیرحسین نیازپور، «بزهکاری به عادت و پیشگیری از آن»، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۵۵ به بعد.

۳. بدیهی است این نوع پیشگیری، مستلزم اقدامها و تدابیری است که خلوت افراد و زندگی انسانها را تحت الشعاع خود قرار می‌دهد. از طرف دیگر، پیشگیری وضعی سبب می‌شود، با جامعه‌ای پلیسی و صد درصد محافظت شده روبه‌رو شویم؛ بنابراین، این نوع فن آوری ما را به سوی دنیایی تمامیت خواه که در آن، حریم زندگی خصوصی همواره دستخوش تهدید، تعدی و تجاوز است، سوق می‌دهد و ممکن است به نیرویی تبدیل شود که کنترل آن دشوارتر گردد. (م)

انگلستان و هلند، به‌ویژه در مراکز تجاری، صنعتی و حتی راه‌های عمومی، بسیار افزایش یافته است. وقتی بدانیم که شناسایی خودکار چهره‌های مظنون با این شیوه، به سرعت صورت می‌پذیرد، بدیهی است که در آینده روشن نظارت ویدیویی تردیدی باقی نمی‌ماند.^۱ البته نظارت ویدیویی موضوع ارزیابی‌های مختلف واقع شده است که با وجود متفاوت بودن نتایج آنها تنها به بررسی تحقیقات «ولش»^۲ و «فارینگتون»^۳ می‌پردازیم.

آثار نظارت ویدیویی

«ولش» و «فارینگتون» ۴۶ مورد از برنامه‌های تلویزیون مدار بسته را ارزیابی کردند.^۴ تجزیه و تحلیل هجده برنامه، آنان را بدین نتیجه رساند که نه برنامه به کاهش بزهکاری منجر شده است و نه برنامه دیگر، نتایج مورد نظر را به دنبال نداشته است. نظارت ویدیویی در پارکینگها بیشترین کارایی را داشته است. ۹۰٪ این برنامه‌ها به کاهش سرقت اتومبیل و وسایل داخل آن منتهی شده است.

چرا نظارت ویدیویی فقط در نیمی از برنامه‌ها نقش پیشگیرانه داشته است؟ «ولش» و «فارینگتون» این پرسش را مطرح نکرده و در نتیجه بدان نیز پاسخ نداده‌اند، بلکه از کنار شرایط اجرای این سیستم به راحتی گذشته‌اند. آنان به ماهیت پدیده‌ی جنایی که هریک از برنامه‌ها برای مقابله با آن طرح‌ریزی شده بود، نپرداخته‌اند و از

۱. در کشور فرانسه، حدود یک‌صد هزار نفر در بخش امنیت خصوصی به عنوان عامل، کارمند و کارشناس فعالیت می‌کنند. البته اگر فروشندگان، تکنسینها و نصب‌کنندگان دستگاههای امنیت و ایمنی را به آمار فوق اضافه کنیم، تعدادشان یقیناً بیش از این تعداد خواهد بود. در ایالت کبک کانادا بیش از ۶۰۰ هزار نفر به عرضه‌ی وسایل یا خدمات در زمینه امنیت کمک می‌کنند. بیش از ۱۰۰۰ مؤسسه نیز خدمات خصوصی یا تحقیقات در مورد جرائم و مجرمان را ارائه می‌دهند. برای اطلاع بیشتر، ر.ک: علی حسین نجفی ابرندآبادی، مباحثی در علوم جنایی (تقریرات)، به کوشش شهرام ابراهیمی، ج ۱، ص ۱۰۳۱ به بعد.

۲. Welsh.

۳. Farrington.

۴. B.C. Welsh and D.P. Farrington, *Crime Prevention Effects of Closed Television: A Systemetic Reviv*, London, Home Office Research Study, ۲۰۰۲.

اوضاعی که دوربین در آن عمل می‌کند، سخنی به میان نیاورده‌اند؛ از این رو، می‌توان گفت فرضیهٔ آنان این بوده است که تلویزیون مداربسته به تنهایی و بدون توجه به مشکلات مورد اشاره و شرایط اجرا، نقش پیشگیرانه‌ای دارد. ولی آیا از نظر منطقی می‌توان اعتقاد داشت که تلویزیون مداربسته ممکن است خودبه‌خود و به طور مکانیکی بر میزان بزهکاری تأثیر بگذارد؟ باید گفت در هر صورت، تلویزیون مداربسته یک ابزار است و هر ابزاری فقط در صورت فراهم بودن شرایط خاصی، مؤثر است. این نتیجه‌ای است که مسئولان قطار شهری مونترال عملاً به آن رسیده‌اند.^۱

شکست نظارت ویدیویی در قطار شهری مونترال

بررسی تأثیر دوربینهای نظارت در سیزده ایستگاه قطار شهری مونترال یکی از ارزیابیهای «ولش» و «فارینگتون» بود که «گراند مزُن»^۲ و «ترمبلی»^۳ نتایج آن را در سال ۱۹۹۷ م. منتشر کردند. نتایج این بررسی نشان داد که تلویزیون مداربسته در فرایند ایجاد تأخیر در ارتکاب جرم کاملاً با شکست روبه‌رو شده است. با وجود این، «ولش» و «فارینگتون» از ذکر نتایج بررسی «گراند مزُن» و «ترمبلی» مبنی بر توضیح مفصل علل عدم موفقیت دوربینهای نظارت و اینکه دوربینها بدون رعایت موقعیت مکانی و جغرافیای جنایی (توزیع جرمها) به کار گرفته شده بودند، غفلت کردند. تجهیزات مورد استفاده مسئولان قطار شهری بسیار ابتدایی بود. این تجهیزات، تصویرهایی سیاه و سفید و مبهم از مظنون می‌فرستادند. بدتر از آن،

۱. تجهیزات امنیتی مانند هر ابزار دیگری تنها در صورتی ارزشمند است که به طور صحیح به کار گرفته شوند. استفاده از سیستمهای مراقبت از راه دور نیز تنها در صورتی سودمند است که با اندیشه و خرد و مداخلهٔ انسانی توأم و آمیخته شوند. اگر سیستمهای مراقبتی بدون مطالعه قبلی نیازها و بررسی مکان مورد نظر نصب شوند، اگر نگهبان که در برابر صفحه نمایش قرار می‌گیرد، دقیق و باهوش و خردمند نباشد و اگر به دنبال ردیابی، مداخله انجام نگیرد، این سیستمها سرمایه‌گذاریهای بی‌فایده و نیز پرهزینه خواهد بود. برای اطلاع بیشتر، ر.ک: موریس کوسن، «امنیت خصوصی؛ ماهیت، چالش، آینده»، ترجمهٔ علی اوسط جاویدزاده، *مجلهٔ امنیت*، ش ۱۵ و ۱۶، ص ۴۶.

۲. Grandmaison.

۳. Tremblay.

دوربینها نیز بیهوده می‌چرخند؛ زیرا هیچ‌کس به صفحه نمایشگر توجه نمی‌کرد و هیچ وسیله‌ای مردم را از وجود دوربین آگاه نمی‌ساخت.

حال باید پرسید که تصویرهای مبهم دوربینهای مخفی نقاط رؤیت‌ناپذیر که هیچ‌کس نیز به آن توجه نمی‌کرد، چگونه نقش پیشگیرانه خواهد داشت؟

نگاه راهبردی

می‌دانیم که نظارت ویدیویی، گاهی مؤثر و گاهی ناکارآمد است؛ بنابراین، بررسی دلایل و شرایط این کارایی یا ناکارایی ضرورت دارد. چرا همین فن‌آوری در جایی موجب کاهش سرقت می‌شود و در جایی دیگر، چنین اثری ندارد؟ پاسخ به این پرسش را می‌توان با مقایسه طرّحهای تلویزیون مداربسته موفق و ناموفق و در بررسی پنج نکته ذیل به دست آورد:

الف) کیفیت نصب؛

ب) ماهیت مسئله جنایی؛

ج) راه‌حل مناسب؛

د) شرایط عینی و واقعی‌ای که نظارت ویدیویی در آن انجام می‌شود؛

ه) دلایلی که به سبب آن، بزهکاران از ارتکاب جرم منصرف شده یا فعالیت مجرمانه خود را استمرار بخشیده‌اند.

حال، هشت نکته در خصوص دلایل موفقیّت تأمین امنیت با نظارت ویدیویی در مواردی و عدم موفقیّت آن در موارد دیگر ارائه می‌شود:

۱. بزهکاران حرفه‌ای، نقاط ضعف و قوت دستگاههای نظارت ویدیویی را

می‌شناسند و براساس این شناخت عمل می‌کنند.^۱

۱. در پیشگیری وضعی، فرض بر آن است که انسان اصولاً موجودی معقول و حسابگر است. انسانها در همه زمینه‌ها، ناخودآگاه به محاسبه دست می‌زنند و مرتکب خطر شدید نمی‌شوند. بزهکاران نیز به عنوان بخشی از انسانها از این قاعده کلی مستثنا نیستند. اگر بپذیریم که آنها نیز در پی کسب سود هستند، می‌توانیم با بالا بردن هزینه‌های ارتکاب جرم از سود حاصله کم کرد و بدین شیوه، آنها را از ارتکاب جرم منصرف سازیم؛ بنابراین، در پیشگیری وضعی، فرض آن است که عمل مجرمانه، اگرچه نامشروع و غیر قانونی است، از یک منطق تبعیت می‌کند. (م)

میزان سرقت در خیابانهای شهر «دوون پرت»^۱ استرالیا که دوربینهای نظارت در آنجا نصب شده بود، کاهش و در خیابانهای مجاور و فاقد دوربین، افزایش یافت. افزون بر آن، سارقان به هیچ وجه به خانه‌های مجهز به دوربین وارد نشدند.^۲ در ایستگاههای قطار شهری لندن، میزان سرقت در زاویه‌های کور مجاور دوربین افزایش یافت. در شهر «ولورهامتون»^۳ انگلستان، یک دوربین، روزها رو به پارکینگی و شبها رو به بام خانه‌ای گرفته می‌شد؛ زیرا تا پیش از این، سارقان از پشت بام وارد منزل می‌شدند. زمانی که «تیلی»^۴ میزان سرقتهای اتومبیل در پارکینگ را بررسی می‌کرد، هفده روز پیش از نصب دوربین و پنج روز پس از نصب را در نظر گرفت. در طول شب (یعنی زمانی که جهت‌گیری دوربین به طرف پارکینگ نبود) میزان سرقت افزایش یافت و از میزان سرقت پنج فقره پیش از نصب، به هشت فقره پس از نصب رسید. خود بزهداران نیز می‌گفتند ایستگاهها در طول شب، فاقد نظارت و مراقبت بود؛ بنابراین، در آن ساعتها سرقت می‌کردند.

این ملاحظات نشان می‌دهد که سارقان، خود را با زمان مراقبت منطبق و حتی گاهی سیستم دستگاہ مراقبت را مختل می‌کردند؛ امری که برخی از آنان نیز آن را تأیید کردند. «شور» و «دیتن»^۵ برای شناخت دیدگاههای افراد حرفه‌ای، از سی بزهدار در شهر «اردری»^۶ (یعنی جایی که دوربینهای نظارت الکترونیکی به طور جدی، بزهداری را کاهش داده بود) تحقیق کردند. نتایج این تحقیق این بود که پرسش‌شوندگان، دقیقاً از اینکه تحت نظارت دوربینها قرار دارند، آگاهی داشتند که

۱. Devonport.
۲. V. Goodwin, Evaluation of the Denonport CCTV Scheme, Tasmania Police, Crime Prevention and Community Safety Council, ۲۰۰۲.
۳. Wolverhampton.
۴. N. Tilly, *Understanding Car Parks Crime and CCTV: Evaluation lessons from safer cities*, London, Home office, Police Research Group, Crime Prevention Paper, No. ۴۲, ۱۹۹۳.
۵. E. Short and J. Ditton, Seen and Now Heard, *British Journal of Criminology*, vol. ۳۷, N. ۳, p. ۴۰۴-۴۲۸.
۶. Airdrie.

آنان را محتاط و محافظه کار می‌کرد؛ از این رو، در برابر دوربین از انجام دادن رفتارهای مشکوک خودداری می‌کردند.^۱ با وجود این، آنان به خوبی می‌دانند که برخی از مراکز شهر، به ویژه خیابانهای حاشیه‌ای و بن‌بستها، از نظارت دقیق دوربینها خارج است؛ بنابراین، از اینکه در محله‌های خارج از زاویه دید دوربین مرتکب جرم می‌شوند، احساس فخر می‌کنند. برخی از آنان حتی در لحظات چرخش دوربین به زاویه دیگر، سرقت مورد نظر را مرتکب می‌شوند. موضوع آگاهی بزهکاران از نقاط ضعف و استفاده از آن با این نظریه «بتنام» منطبق است که اعتقاد داشت «قدرت باید رؤیت‌پذیر و ثابت باشد». در بیشتر وقتها، دوربینهای مراقبت، کاملاً رؤیت‌پذیر، ولی متحرک‌اند. بزهکاران نیز می‌دانند که جهت دوربین در آن لحظه به چه سمتی است. راه‌حلّ مقابله با این وضعیت و قرار دادن بزهکاران در وضعیت مبهم، این است که دوربین را پشت یک شیشه رنگ‌شده تیره و تار قرار داد؛ نظارت‌شوندگان در این حالت از وجود دوربین آگاه‌اند، ولی جهت حرکتش را نمی‌دانند.

۲. نظارت ویدیویی ممکن است جرّمها را بیشتر کاهش دهد، ولی این نتایج، تنها درباره جرمهای مشهود و رؤیت‌پذیر میسر است.

استفاده از دوربینهای نظارت ویدیویی در شهر «برنلی»^۲ انگلستان در سال ۱۹۹۵ م. مجموعه‌ای از جرّمها از قبیل سرقت اتومبیل، سرقتهای با کیفیت مشدده، سرقت از

۱. آثار پیشگیرانه دوربینهای مداربسته، موقت و فقط در همان زمان و مکان خاص نتیجه‌بخش است و فراتر از آن اثری ندارد. مادامی که اقدامهای تقویت‌کننده سبیل جرم وجود دارد، مؤثر و به محض کاستن از این حمایت، امکان بزه‌دیدگی رو به فزونی می‌نهد. بزهکار مصمم نیز با وجود پیشگیری وضعی ممکن است از ارتکاب جرم صرف نظر نکند. بزهکار خود را با اوضاع جدید هماهنگ می‌کند و به دنبال سبیلی می‌گردد که بی‌دفاع است. در پیشگیری وضعی با پدیده‌هایی به نام جابه‌جایی بزهکاری یا جرم مواجه هستیم. جابه‌جایی جرم؛ یعنی هنگامی که از یک سبیل خاص محافظت شود، بزهکار هدف مجرمانه خود را در جایی دیگر، با روشی دیگر و در زمانی دیگر به کار می‌برد؛ به عبارت دیگر، بزهکار با رؤیت موانع در هنگام تعرض به یک سبیل منحرف می‌شود، ولی تصمیم وی به ارتکاب جرم از بین نمی‌رود و سبیل دیگری را که محافظت شده نیست، انتخاب می‌کند. برای اطلاع بیشتر، ر.ک: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، مباحثی در علوم جنایی (تقریرات)، ج ۱، ص ۱۲۵۵ به بعد.

۲. Burnley.

اشخاص و حتی کلاهبرداری و بی‌رونقی بازار مواد مخدر را کاهش داد.^۱ از مطلب فوق دو نتیجه به دست می‌آید: نخست اینکه بزهدکاران اتفافی و کم‌شهامت به محض مشاهده دوربین از ارتکاب جرم خودداری می‌کنند؛ دوم، بزهدکاران حرفه‌ای با علم به اینکه مرکز شهر، مکان مناسبی برای انجام دادن فعالیتشان نیست، تصمیم می‌گیرند که در مکانهای خلوت مرتکب جرم نشوند. کار آیی نظارت ویدیویی نسبت به سرقتهای مربوط به اتومبیل بسیار جالب بود. در «هارت لولپل»،^۲ دوربینهایی با کیفیت عالی در ایستگاهها نصب شد. آگهیهایی نیز تحت نظارت بودن این مکانها را نشان می‌داد. شبانه‌روز، صفحه‌های نمایشگر تحت نظارت و بررسی بود. پلیس و نگهبانان محله نیز با آنها در ارتباط بودند. این وضعیت به دستگیری سارقان و اعلام محکومیت آنان در ملاء عام منجر شد. اعمال این تدابیر، کاهش بسیار سرقت اتومبیل را موجب شد.^۳

باز کردن در یک منزل یا اتومبیل با یک قلاب یا وسایل خاص، مشهود و وقت گیر است. افزون بر آن، سرقت از داخل منزل و به طریق اولی، سرقت اتومبیل و حرکت دادن آن به زمان خاصی نیاز دارد و همین مقدار وقت برای دستگیر شدن کافی است. زمانی که تلویزیون مدار بسته در مکان رؤیت‌ناپذیر به کار گرفته شود، آثار آن متغیر خواهد بود؛ بدین صورت که در برخی از مغازه‌ها جرم کاهش می‌یابد و در برخی دیگر، تغییری ایجاد نمی‌شود.^۴ کسی که مسیر ارتکاب جرم را انتخاب می‌کند، رویارویی با بزهدیده و گواهان را نیز می‌پذیرد. چرا او باید از دوربینهای مراقبت ویدیویی بترسد؟ زیرا اگر می‌خواست شناخته نشود، می‌توانست

۱. R. Armitage, G. Smyth and K. Pease, «Burnley CCTV Evaluation», in K. Painter, N. Tilley ed, *Surveillance of Public Space. Crime Prevention Studies*, Monsey, New York, Criminal Justice Press, ۱۹۹۹, vol. ۱۰, p. ۲۲۵-۲۵۰.

۲. Hartlepool.

۳. N. Tilly, *Understanding Car Parks Crime and CCTV: Evaluation lessons from safer cities*, op.cit.

۴. J.E. Eck, «Preventing Crime at Places», in L.W. Sherman and et al eds., *Evidence-Based Crime Prevention*, London, Routledge, ۲۰۰۲, p. ۲۴۱-۲۹۴.

برای همیشه تغییر قیافه بدهد، یا با نقاب ظاهر شود؛ بنابراین، در جایی که هنگام فرار بتوان او را ردیابی کرد، صرف وجود دوربین، او را منصرف نخواهد کرد.
۳. در مکانهای بسته، نظارت ویدیویی، حداکثر کارآیی را دارد؛ یعنی جایی که بزهدکاران نمی‌توانند پس از ارتکاب جرم به راحتی فرار کنند.

در آوریل سال ۱۹۸۸ م.، مقامهای شهر لندن میزان دوربینهای ایستگاه آکسفورد را به دو برابر افزایش دادند. دوربینها بهترین کیفیت را داشتند؛ دارای چشم‌انداز و زاویه دید گسترده و امکان تغییر جهت دوربین در زاویه‌های مختلف. افزون بر آن، پلیس قطار شهری، شمار نگهبانان را افزایش داد. با وجود این تلاشها، سرقتهای مختلف (از جمله: سرقت از اشخاص) بیشتر شد. «وب» و «لای کوک»^۱ علت این شکست را وضعیت خاص قطار شهری دارای شش سکو، هشت ورودی و خروجی و چهارده پله متحرک است. سارقان پس از ارتکاب سرقت، از راه خروجیهای متعدد و نیز پریدن در یک واگن به راحتی می‌گریختند؛ به گونه‌ای که هرچند از احتمال قرار گرفتن در مقابل دوربین و صفحه نمایشگر احساس خطر می‌کردند، می‌دانستند که می‌توانند به راحتی و از راه پریچ و خم ایستگاه از دید تعقیب کنندگان خارج شوند و بگریزند.

در ایستگاه دیگری به نام «کلفام»^۲، دستگاههای مراقبت به همان کیفیت دستگاههای ایستگاه آکسفورد بود، ولی وضعیت ورودی و خروجی آن متفاوت بود. این ایستگاه فقط یک راه خروجی داشت که مأموران آن را کنترل می‌کردند. در اینجا احتمال دستگیری مجرمی که دوربین، وی را شناسایی کرده بود، افزایش یافت. کاهش جرمهای ایستگاه کلفام با ایستگاه آکسفورد قیاس‌پذیر نبود. میزان سرقتهای با کیفیت مشدده از ۵۲ مورد پیش از نصب به هشت مورد پس از نصب

۱. B. Webb and G. Laycock, *Reducing Crime on the London Underground: An Evaluation of Three Pilot Projects*, London, Home office, Crime Prevention Unit, N.۳۰, ۱۹۹۲.

۲. Clapham.

رسید (۸۵٪ کاهش).^۱

به طور کلی، شانس موفقیت و تأثیر آثار پیشگیرانه مراقبت ویدیویی در مکانهای بسته و شبه‌بسته از مکانهای باز بیشتر است. به همین دلیل، به محض استقرار دوربینهای مراقبت در محل سکونت سالمندان، پارکینگها، انبارها، شهرهای تاریخی و محصور، میزان بزهکاری به طور جدی کاهش یافت. معمولاً بزهکارانی که به سمت مکانهای بسته، به ویژه جایی که ورودی و خروجیها تحت کنترل بود، حرکت می‌کردند، احساس آسیب‌پذیری می‌کردند و به آرامی تعقیب می‌شدند. اما نتایج در خیابانهای شهرهای بزرگ امیدوارکننده نبود.

۴. به طور کلی، سازوکار مراقبت مرکب از بهترین شرایط دید، مراقبت مستمر و امکان مداخله به هنگام، ممکن است بزهکاری را کاهش دهد.

در یکی از شهرهای انگلستان، یک پارکینگ کاملاً تحت مراقبت شبکه‌ای از دوربینهای متحرک با زاویه دید گسترده بود. صفحه نمایشگر در هر لحظه کنترل می‌شد و تصویرها به منظور مداخله به هنگام به ایستگاه پلیس ارسال می‌گردید. این امر، سرقت اتومبیلها را ۸۹٪ کاهش داد.^۲ در یک پارکینگ چندطبقه، به نصب سیستم تلویزیون مداربسته اکتفا نشد، بلکه میزان روشنایی نیز افزایش یافت و دیوارها با رنگهای روشن رنگ‌آمیزی شد. این امر، سرقت اتومبیل را ۴۴٪ و سرقت از داخل اتومبیل را ۶۹٪ کاهش داد. بنابراین، صرف استفاده از یک نوع فن‌آوری کافی نیست، بلکه باید از رؤیت‌پذیری فضاهای تحت پوشش دوربینهای مراقبت نیز اطمینان حاصل کرد.

۵. مراقبت ویدیویی گاهی به شکل زود هنگام تأثیر می‌گذارد و گاهی با مرور زمان ناکارآمد می‌شود.

۱. B. Webb and G. Laycock, op.cit.; voir aussi É. Heilmann, M. N. Mornet, L'impactque de la vidéosurveillance sur les désordres urbains, la cas de la Grande-Bretagne, *Les cahiers de la sécurité intérieure*, ۲۰۰۱, N.۴۶, p.۱۹۷-۲۱۱; É. Heilmann, «La vidéosurveillance, une réponse efficace à la criminalité?», *Criminologie*, ۲۰۰۳, vol.۳۶, N.۱, p.۹۹-۱۰۲.

۲. Ibid.

زمانی که نمودار بزهکاری را در طول زمان استقرار دستگاههای مربوط به تلویزیون مدار بسته و قبل از آن را تجزیه و تحلیل می‌کنیم، گاهی با کاهش میزان جرم در طول استقرار و حتی پیش از شروع به کار دوربینها روبه‌رو می‌شویم.^۱ این نتیجه زود هنگام، اثری اعلامی دارد؛ زیرا نفس استقرار دوربینهای مراقبت، جنبه ارباب‌انگیزی دارد.

تصمیم به استقرار سیستم مراقبت ویدیویی، بیان‌کننده این است که مردم تصمیم گرفته‌اند از هیچ چیز نگذرند. این، تفسیری است که بزهکاران بالقوه از این عمل ارائه می‌دهند.

به طور کلی، حداکثر اثر بازدارندگی مراقبت ویدیویی در طول دوران استقرار و بی‌درنگ پس از شروع به کار آن خواهد بود. پس از آن، این بازدارندگی، به تدریج کاهش می‌یابد و گاهی به طور کامل بی‌اثر می‌شود. «مدت کارآمدی» مراقبت ویدیویی در مغازه‌ها از سه ماه و در قطار شهری لندن از دوازده ماه تجاوز نکرد.^۲

۶. تبلیغات و اطلاع‌رسانی، بهبود نتایج مراقبت ویدیویی را در کوتاه‌مدت در پی دارد.

تأثیر زود هنگام تلویزیون مدار بسته، بیان‌کننده نقش تبلیغات و اطلاع‌رسانی درباره استقرار دوربینهای مراقبت است. جز در مواردی که دلایلی خاص، مخفی بودن دوربینها را توجیه می‌کند، می‌توان دوربینها را در مقابل دید مردم قرار داد و حتی از رهگذر آگهیها یا سایر روشهای اطلاع‌رسانی، مردم را از وجود دوربینها آگاه کرد. صرف به تفکر واداشتن افراد کم‌شهامت به اینکه کاملاً تحت مراقبت‌اند - هر چند دقیقاً چنین نباشد - برای جلوگیری از انحرافهای احتمالی آنان کافی است؛ با

۱. B. Brown, «CCTV in Three Town Centers in England», in R.V. Clarke, ed. *Situational Crime Prevention, Successful Case Studies*, ۲nd ed., Guilderland, New York, Harrow and Heston, ۱۹۹۷; R. Armitage, G. Smyth, K. Pease, «Burnley CCTV Evaluation», in op.cit., p. ۲۲۵-۲۵۰.

۲. B. Webb and G. Laycock, *Reducing Crime on the London Underground: An Evaluation of Three Pilot Projects*, op.cit.

وجود این، در ماههای اولیه، دستگاههایی که باعث دستگیری کسی نشد، از رده خارج شد. مازول و همکارانش برای رفع این ضعف، پیشنهاد تغییر مکان دوربینها را به محل دیگر مطرح کردند.

۷. شانس موفقیت نظارت ویدیویی به منظور رسیدن به هدفهای مورد نظر در جایی است که میزان جرم بالا باشد و از این سازوکار برای مداخله منظم استفاده شود.

در سال ۲۰۰۰ م، در یک انبار بزرگ تأمین کننده لباس بوتیکهای منطقه مونترال، شرکتها از تلویزیون مدار بسته به منزله یکی از عناصر و ابزارهای اصلی حمایت از اموال در برابر سرقت استفاده کردند.^۱ در طول زمستان ۲۰۰۱ م، یعنی دوره شروع فعالیت دوربینها، نسبت به دوره مشابه سال پیش، کاهش بسیار اندک (۰.۸٪) خسارت به ثبت رسید. در طول بهار - تابستان ۲۰۰۱ م، در مقایسه با فصل مشابه سال پیش، درصد کاهش خسارتها بسیار (۶۰٪) بود. چه چیزی موجب این کاهش محسوس شد؟ یکی از دلایل این بود که چون عاملان تأمین امنیت و کاربران از باقی ماندن بدون فعالیت در برابر صفحه‌های نمایشگر خسته بودند، تصمیم گرفتند تا از مراقبت تلویزیونی برای فعال سازی و نیز اخطار دادن به کارگرانی که قواعد مربوط به سلامت و امنیت کار را نقض می کردند، استفاده کنند.

بدین ترتیب، از نوامبر ۲۰۰۰ م. تا ژوئن ۲۰۰۱ م، دوازده اخطار در طول دو ماه صادر شد. (بیشتر میزان این اخطارها در دو ماه، پنج مورد بود) بنابراین، به دنبال افزایش اخطار، میزان ورود خسارت در انبار مذکور، به طور جدی کاهش یافت. با شنیدن منظم اخطارها از بلندگو، کارگران می دانستند که تحت نظراند. با توجه به فراوانی جرمهای مربوط به نقض قواعد سلامت و امنیت کار و نیز مشهود بودن آن، مراقبان برای مداخله، فرصت کافی داشتند و این امر، هوشیاری و فعال شدن آنان را در پی داشت.

۱. Y. Cameron, Les effets d'un systèmes de sécurité sur les vols commis par les employés, *Revue internationale de criminology et de police technique et scientifique*, ۲۰۰۳, N°۲, p.۱۶۷-۱۶۵.

بررسی سایر مشاهده‌ها نشان می‌دهد که حداکثر کارآیی نظارت، به طور کلی، به فراهم بودن دو شرط زیر منوط است:

۱. اعمال نظارت در جایی که فراوانی جرمها بالاست؛

۲. استفادهٔ مراقبان از این سازوکار برای مداخلهٔ منظم در جرمهای خرد.

تحقیقات متعدد انجام‌شده دربارهٔ گشتهای پلیس نشان می‌دهد که اگر توجه و هدف این اقدامها، مراکز جرم نیز باشد، به طور جدی بزهکاری کاهش می‌یابد. همین‌گونه است زمانی که مداخلهٔ پلیس به شکل کشی و پیشگیرانه و به منظور واداشتن جوانان به رعایت مقررات مربوط به حضور در مدرسه و نیز ساعت‌های منع رفت‌وآمد، انجام گیرد.^۱

بی‌حوصلگی و خستگی از مشکلاتی است که مراقبان با آن روبه‌رو هستند. این وضعیت، سبب کاهش تمرکز آنان و پنهان ماندن جرم ارتكابی از دید آنان می‌شود. خود مراقبان نیز به عدم یادآوری موارد ارتكابی و بی‌دقتی اذعان دارند؛ با وجود این، فراهم کردن فرصت مداخلهٔ منظم و به موقع مراقبان، در جلوگیری از ارتكاب افعال مجرمانه، بی‌نزاکتیاها و به طور کلی، نقض مقررات، به امری مطلوب و مورد انتظار تبدیل می‌کند. این امر، سبب تعامل بیشتر مراقبان و مراقبت‌شوندگان می‌شود و عدهٔ اخیر را از انجام دادن جرمهای سنگین باز می‌دارد.

۸. کارآیی عمدهٔ مراقبت ویدیویی، ناشی از توسل به قدرت و خشونت نیست.

برخی از ملاحظه‌های پیش‌گفته در شناخت بهتر چگونگی تأثیر مراقبت ویدیویی بر بزهکاران به ما کمک می‌کند. در این بخش، سه موضوع را باید از هم تفکیک کرد: الف) تلویزیون مداربسته، مراقبان را در عدم دستگیری متخلفان، منصرف و پشیمان، راهنمایی و کمک می‌کند؛

ب) نگاه دوربین موجب می‌شود مراقبت‌شوندگان در ارزیابی خود از احتمال دستگیری و میزان خطر، تجدیدنظر کنند؛

ج) مراقبت‌شوندگان از اینکه تحت نظر دیگران‌اند، احساس شرمساری کنند.

الف) شناسایی، دستگیری و منصرف کردن بزهکاران

پلیس انگلستان در شهر «نیوکاسل»، شانزده دوربین با کیفیت عالی را در خیابانهای شلوغ، پر مشتری و جرم خیز مستقر کرد. تصویرهای دریافتی به پایگاه پلیس، یعنی جایی که صفحه‌های نمایشگر شبانه‌روز تحت نظر بود، فرستاده می‌شد. به محض ارتکاب یک جرم یا یک فعالیت مشکوک، نگهبانان با فراخوانی مراقبان و بدون تأخیر در محل حاضر می‌شدند. این شیوه به دستگیری افرادی که در صفحه نمایشگر مشاهده می‌شدند، منتهی می‌شد. در نتیجه، میزان سرقت، سرقت اتومبیل و نیز سرقت از داخل اتومبیل در منطقه تحت مراقبت به طور محسوسی کاهش یافت، در حالی که در سایر نقاط شهر در میزان این نوع جرمها تغییری ایجاد نشد.^۱

با وجود این، این مطلب فقط بیان‌کننده بخش کوچکی از برنامه‌های مراقبت ویدیویی است. در واقع، کاهش بزهکاری به دستگیری بزهکاران منوط نیست؛ چراکه این نتیجه، در بیشتر وقتها حتی بدون دستگیری یک مجرم نیز به دست می‌آید؛ بنابراین، می‌توان گفت امر دیگری غیر از ترس از دستگیری در ذهن افراد تأثیر می‌گذارد. این امر، ممکن است از محاسبه خطر یا شرمساری ناشی از انجام دادن فعل ناشایست در مقابل دید دیگری نشئت بگیرد.

ب) محاسبه خطر

همان‌گونه که اشاره شد، جهت‌گیری دوربین در یک زاویه موجب می‌شود بزهکاران بالقوه در ارزیابی خود از میزان خطر تجدید نظر کنند و طبق آن به ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم تصمیم بگیرند.^۲ همچنین، دیدیم که بزهکاران

۱. B. Brown, «CCTV in Three Town Centers in England», in R.V. Clarke, ed. *Situational Crime Prevention, Successful Case Studies*.

۲. این امر، یادآور دیدگاههای بنتام است. وی معتقد بود هر فردی به طور ناخودآگاه بنا بر محاسبه خوبی و بدی حاصل از کردار خود، امور خویش را اداره می‌کند. اگر دریابد که نتیجه عملی که از آن سود می‌برد، کیفر خواهد بود، در آن صورت، این اندیشه با نوعی قدرت، وی را از ارتکاب آن عمل باز می‌دارد. برای اطلاع از نظرات بنتام، ر.ک: ژان پرادل، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرنآبادی، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۶-۶۷.

حرفه‌ای از بررسی نقاط ضعف یک دستگاه مراقبت دریغ نمی‌کند. آنان از فعالیت در مکانهای بسته به لحاظ ترس از دستگیری و نیز از سرقت در مقابل دوربینها، به علت مشهود بودن این نوع اعمال، خودداری می‌کنند. این ملاحظات نشان می‌دهد که بزهکاران در نهایت، موقعیتها را بررسی می‌کنند و چنانچه نظارت ویدیویی واقعاً میزان ترس آنان را افزایش دهد، از اجرایی کردن مقاصد خود پرهیز می‌کنند، در واقع، گذر از اندیشه به فعل مجرمانه متوقف می‌شود.^۱

ج) احساس رسوایی و شرمساری

مجرمان بالقوه فقط یک استفاده‌کننده عادی و تأثیرناپذیر نیستند. گاهی، همین افراد تحت تأثیر ملاحظات اخلاقی قرار می‌گیرند و تغییر عقیده می‌دهند؛ بنابراین، ممکن است نگاه یک فرد دیگر، موجب بیداری حس خیرخواهی یا شرارت شود؛ برای نمونه، من به اطراف خودم می‌نگرم و متوجه می‌شوم که یک دوربین در جهت حرکت من کار گذاشته شده است. من از این وضعیت، احساس شرمساری کرده و از این حرکت صرف نظر می‌کنم. در همان حال، ممکن است در این موقعیت، نگاه دوربین از حالت من، تصویر یک مجرم خرابکار دریافت کرده باشد.

نتیجه‌گیری: به سوی یک نظریه عمومی مراقبت

فهرستی مستدل و مستند از تحقیقات ارزیابی‌کننده همچون تحقیقات «ولش» و «فارینگتون» به تجزیه و تحلیلهایی که مشتمل بر شمار بسیاری از برنامه‌های موفق و ناموفق بوده است، کمک می‌کند. در واقع، بررسی دلایل این موفقیتها و شکستها، پیشنهادهایی سازنده و روشنگر برای محققان و نیز مسئولان اجرایی در پی دارد. تلویزیون مداربسته در میان سایر تدابیر امنیتی، چیزی فراتر از یک شگرد نظارتی

۱. البته باید خاطر نشان کرد که دو دسته از بزهکاران توانایی محاسبه سود و زیان را ندارند؛ از این رو، پیشگیری وضعی درباره آنها، ممکن نیست کارآیی چندانی داشته باشد. گروه نخست مجرمان، مختل المشاعر هستند و گروه دوم، کودکان بزهکار هستند که توانایی محاسبه سود و زیان را ندارند.

نیست و فقط ممکن است یک سری دستورهای بسیار کلی صادر کند. این امر، ممکن است فرضیه‌هایی اجرایشدن برای سایر شکل‌های مراقبت ارائه دهد. افزایش کارایی مراقبت هنگامی که راه‌های فرار و خروج به حداقل می‌رسد، ما را در ارائه فرضیه‌ای بسیار عمومی کمک می‌کند. سایر فرضیه‌هایی که می‌توان در این خصوص پیشنهاد داد، به شرح زیر است:

۱. مراقبت با تحریک بزهاکاران بالقوه به تغییر ذهنیت و واداشتن آنها به ارزیابی از میزان خطر، یا مراقبت با شرمسار کردن آنان، آثار پیشگیرانه خواهد داشت؛
 ۲. مراقبت‌شوندگان می‌توانند نقاط ضعف دستگاهها را شناسایی و از آن سوء استفاده کنند.

یک دستگاه مراقبت با فراهم بودن شرایط زیر به بیشترین کارایی در کاهش بزهاکاری می‌رسد:

۱. برای جرمهایی به کار رود که زمان ارتکاب آنها طولانی است و نیز علیه بزهاکارانی که جرئت تعرض به بزهدیدگان را ندارند.
۲. مراقبت، واقعی و با مداخله به‌هنگام باشد.
۳. در مکانهایی به کار رود که فرار بزهاکاران از آنجا به آسانی ممکن نباشد.
۴. برای تعداد زیادی از جرمها یا بی‌نواکتیها انجام شود و فرصت لازم را نیز برای تماس مستمر مراقبت‌کنندگان و مراقبت‌شوندگان ایجاد کند.

موجز المقالات

بعث الإعلان واجب أو لا؟

دراسي عن الكميالي المشروطي بالرؤيى والسفتجى عند طلب

التسديد

□ الدكتور أمير حسين فخّاري

□ أستاذ في كَلِيَّة الشَّرِيعَة بِجامعة الشَّهيد بهشتي

لقد كَلَّف قانون التَّجَارَة من يملك الورقة التَّجَارِيَّة (الكميالية) و السَّفْتَجَة، أن يطلب مبلغهما في «اليوم الموعود». فإذا أراهما المالك، المدين في تاريخ الاستحقاق و واجه عدم تسديد مبلغهما من جانبه فعلى المالك أن يعمد إلى النُّكْرَة أي الاحتجاج لعدم الوفاء.

و لقد درس الكاتب في هذا المقال كلاً من مفهوم النُّكْرَة، و الدليل الواجب لإثبات مبلغ المستند التَّجَارِيّ من قبل من يملكها. و بعد عرض براهين يستدلُّ بها في هذا المجال، يبيّن أن إراءَة النُّكْرَة بوحدها تكفي لإثبات حقّ المالك على المدين و بناءً على هذا فإنّ دعوى «لزوم بعث الإعلان» من جانب من يملك المستند التَّجَارِيّ

لتحقيق دينه على المدين، تفقد الأساس و التّسويغ القانونيين.

المفردات الرئيسي: قانون التجارة، المستندات التجاريّة، الورقة التجاريّة (الكميّالة)، السّفّتجة، الإعلان.

مراجعي تنظيم الاتّفاقيات الحكوميّ في صعيد قانون التجاريّ الدوليّ

□ الدكتور حميدرضا نيكبخت

□ أستاذ مساعد في كليّة الشريعة بجامعة الشهيد بهشتي

رغم أنّ الاتّفاقيات الحكوميّة في مستوى التجارة الدوليّة تتمتع بالمقبوليّة و الشمول في نطاق واسع، إلا أنّها تثير الجدل و البحث. و ذلك لأنّ هناك دلائل عديدة تبين عدم موازنة أطراف هذه الاتّفاقيات و لإجل ذلك فإنّها تواجه إبهامات و أخطاراً قانونيّة فضلاً عن أنّها تواجه أخطاراً أكثر في كلّ من المجالين السياسيّ و الاجتماعيّ. و بالتالي فإنّ هذه الطّروف تسبّب قلقاً لكلّ من أطراف الاتّفاقيّة و منها القطاع العامّ و القطاع الخاصّ في بلادنا. و ذلك لأنّ لكلّ من الأقسام الحكوميّة و الخاصّة نشاطاتٍ في حقل التجارة الدوليّة؛ و على هذا الأساس فإنّ هكذا الاتّفاقيات تتعرّض للأخطار الآنفه.

و لقد تمّ في هذا المقال دراسة هذه الاتّفاقيات من جانبيين؛ الجانب الأوّل: دراسة ما يتعلّق بشأنها من ملاحظات أساسيّة و هي كالآتي: المفاوضات؛ مواصفاتها و نوعيّتها، و موقع أطرافها، و الاختلاف بين الحكومات و ماهيّتها. و الجانب الثاني يضمّ دراسة الموادّ التّخصّصيّة و القانونيّة الرئيسة للاتّفاقيات المذكورة. و هذه الموادّ كما يلي: القانون الخاضع للتّطبيق، شرط الثّبات، أسلوب حسم الخلافات، و القوّة القاهرة. و ختاماً فإنّ هذه الدّراسة سوف توفرّ الأرضيّة لأطراف هذه الاتّفاقيات في القطاعين العامّ و الخاصّ لأنّ يكونوا على وعي و واجب فيرموها في صياغة أفضل و نجاح أكثر بعيدين عن إساءة التّأويل و بالتالي تُطبّق موادّها في أجواء يسودها الهدوء و الاطمئنان.

المفردات الرئيسي: الاتّفاقيات الحكوميّة، التجارة الدوليّة، القانون الخاضع

مفهوم التقصير و مكانته في المسؤوليّ المدنيّ القسريّ و العقديّ

- حميدرضا أصلاني
- طالب في مرحلة الدكتوراه لفرع القانون الخاصّ في جامعة الشهيد بهشتي

تنقسم المسؤولية المدنية إلى فرعين هما: الفرع القسري، و الفرع العقدي. و تخصصّ المسؤولية المدنية انتهاك المواطن كلاً من الالتزامات القانونية، و الفردية الموجودة في ساحة المجتمع، بينما المسؤولية الاتفاقيّة تشرف على تعويض الخسائر الناجمة عن انتهاك الاتفاقيّة. و جدير بالذكر أنّ مفهوم التقصير و دوره في مجال المسؤولية المدنية بكلا قسميها، من القضايا الخلافيّة في الأوساط القانونية و ذلك لأنّ القوانين و المقررات المتعلّقة بشأن التقصير في المسؤولية المدنية، من جانب تفقد الصراحة؛ و من جانب آخر هناك تقنيات متشعبة تفرق بعضها عن بعض و من ثمّ فإنّ مفهوم التقصير و مكانته في هاتين المسؤوليّتين كان و لا يزال مثار الخلاف عند علماء القانون. و من هذا المنطلق فإنّ تبين مفهوم التقصير و كذلك إيضاح دوره في إنجاز المسؤولية المدنية في الفرعين الآنفين، لهما دور رئيس و حاسم في إيضاح القواسم المشتركة و المفترقة بين هاتين المسؤوليّتين المدنيّتين: القسريّة و الاتفاقيّة. و يمكن القول بأنّ تبين فروقهما في صعيد إثبات التفريط ممّا يساعد عالم القانون على تنقيح المبحث و الموضوع. و في نهاية المطاف تمّ في هذا المقال دراسة مقارنة و نقدية عمّا أسلفنا من المسائل الخلافيّة إلى جانب نظرة عابرة إلى قانون إنكلترا في بعض القضايا الهامة من المسؤولية المدنية القسريّة و الاتفاقيّة.

المفردات الرئيسة: المسؤولية المدنية، التقصير، تعويض الخسارة، الحقوق المدنية.

أساسيات مبدأ سلامي النبي و السلوك العادل في الاتفاقيات

□ مهدي عليزاده
□ الماجستير في القانون الخاص

إنّ لمراعاة «سلامة النية و السلوك العادل» في كلّ من الاتفاقيات و قانون العقود و الصفقات الدوليّة مكانةً خاصّةً بحيث صار مطمح التّنظير في القانون الداخليّ عند الدّول المختلفة و في الوثائق الدوليّة؛ و لأجل ذلك فإنّ هناك محاولات صريحةً و تلوحيّةً على الصّعيد الدّوليّ لأن يؤخذ هذا المبدأ بعين الاعتبار في تنظيم شروط الاتفاقيات و إجراءات المحاكم.

فهذا المبدأ يعتبر أصلاً هاماً لتحقيق الغايات التّالية: دراسة كفيّة إعداد الشّروط في الاتفاقيات و تنظيمها، و استتباب التّعادل و الموازنة في سلوك أطراف الاتفاقيّة، و الاكتراث بتطوّرات العصر الرّاهن بما لها من دور هامّ في إنشاء الاتفاقيات ثمّ عقدها و تفسيرها، و تحويل ما يسود الاتفاقيات من الأجواء و الأوضاع و أخيراً دعم «حقوق المستهلكين» حيال «اتفاقيّة المواصفات الموحّدة».

المفردات الرّئيسي: سلامة النية، السلوك العادل، قانون التجارة الدوليّة، شروط الاتفاقيّة.

دراسي في مبدأ الفرديّ للمسؤوليّي العقوبيّي عند الأديان

□ الدّكتور إيرج گلدوزيان و بهمن حسين جاني

هناك ثلاثة أضلاع ذهبيّة لقانون العقوبات و هي كما يلي: الجرم، و المسؤوليّة العقوبيّة، و العقوبة. و لكنّ ممارسة العقوبة و إنجازها رهن إنجاز الإجرام. و للإجرام جانبان: الجانب الماديّ، و الجانب المعنويّ. و طالما لا يتحقّق هذان الجانبان لا يمكن إنجاز الإجرام، بيد أنّ المسؤوليّة العقوبيّة تفقد الجانب الموضوعيّ و الماديّ، بل لها طابع فرديّ و نفسيّ بحت. و أمّا أسس المسؤوليّة العقوبيّة مثل: السّن، و العقل، و الاختيار. هذا، و في العصور القديمة كان أقرباء المجرم و عاقلته يتحمّلون أعباء جريمة يمارسها المجرم، فضلاً عن مسؤوليّة المجرم نفسه. و لكنّه، وفقاً لإحدى

المبادئ الأساسية لقانون العقوبات، قد تقرر أن يكون كل أحد مسؤولاً عما يوجه إليه من الأعمال الإجرامية ليس إلا، وهذا المبدأ هو ما يسمى «مبدأ الفردية للمسؤولية العقوبية». ويجدر بالذكر أن الدين واحد من المبادئ الهامة لهذا المبدأ. وقد حاولنا في هذا المقال أن نعالج جذور هذا المبدأ في الأديان المختلفة.

المفردات الرئيسية: الذنب، الجرم، العقوبة، المسؤولية العقوبية، مبدأ الفردية للمسؤولية العقوبية.

إزالي القضاء في قانون العقوبات الإسلامي

- الدكتور محمد هادي صادق
- أستاذ مساعد في كلية الشريعة بجامعة شيراز

إن معالجة الدعاوي الناجمة عن جرائم العقوبات و حسمها، من صلاحيات السلطات القضائية عادة؛ ولكن إزالة القضاء تأخذ اتجاهاً معاكساً في هذا الصدد، بمعنى أنها تدعو إلى مراجعة الدعاوي و حسمها خارجة عن الأطر التقليدية الدارجة في السلطة القضائية؛ فبذلك يغير هذا الاتجاه مسار الإجراءات الرسمية في صعيد العقوبات. والجدير بالذكر أنه يمكن أن تختلف أساليب إزالة القضاء في الأنظمة القانونية المختلفة.

و انطلاقاً من النزعة الأنفة فإن الكاتب قد عالج في مقاله هذا بعضاً من سياسات الإسلام الجنائية. و بعد تبين نزعة المقنن الإسلامي في حقل إزالة القضاء و قضية المصابين بالجنحة و إزالة القضاء فإنه قد درس بعض الأساليب غير العقوبية في قانون العقوبات الإسلامية لحسم التدايعات الجزائية دون استخدام الأساليب الدارجة في قانون العقوبات التقليدية التي تسود الجهاز القضائي في الفترة الراهنة.

و إليك نماذج من أساليب إزالة القضاء التي تعتمد على التعاليم الإسلامية في أرضية التحكيم إبان مراجعة التدايعات، و هي كما يلي: «حق التصالح»، «حق تسوية النزاع أو المصالحة»، و الأساليب التحفيزية الأخرى يصادق عليها أصحاب التقنين ليرغبوا بها أطراف النزاع إلى الإفادة من أسلوب إزالة القضاء.

المفردات الرئيسية: إزالة القضاء، إزالة العقوبة، قانون العقوبات الإسلامية، حق

المكانى القانونيى لاستخدام المعالم الحيويى و النفسىى و الاجتماعيى

فى تمييز الحالى الخطرى

- الدّكتور محمدعلى بابائي
- أستاذ مساعد فى جامعة الإمام الخمينيى الدّوليّة

لقد اعتبر المقنّن تمييز الحالة الخطرة فى بعض الأوقات، من صلاحيّات السّلطات القضائيّة؛ و ذلك دون أن يُبرز ضابطاً لهذا الاعتبار. و أمّا السّلطات القضائيّة فهم بدورهم يدرسون حالات الجانح الحيويّة و النفسية و الاجتماعيّة و ذلك باستخدامهم إنجازات العلوم المختلفة على سبيل العموم، و إنجازات علم الحياة و علم النفس و علم الاجتماع على وجه الخصوص. و ممّا يجدر ذكره أنّ نتائج استخدام الأسلوب الآنف تساعد القضاة ليّخذوا قراراً عادلاً، و فى نفس الوقت مؤمناً.

و إنّ قانون الإجراءات التّأمينيّة، المصادق عليه عام ألف و ثلاثمئة و تسعة و ثلاثين هجريّاً شمسيّاً (١٩٦٠ م)، كان قد قرّر إجراءات خاصّة فى ضوء المعالم الحيويّة و النفسية و الاجتماعيّة؛ بيد أنّه، و مع الأسف، كان هذا القانون و لايزال حبراً على الورق و لأجل ذلك لم يكن مفيداً. نعم هناك مادّة قانونيّة عن الجانحين الخطرين الذين تعريضهم حالة الجنون، و هي المادّة الثانية و الخمسون من موادّ قانون العقوبات الإسلاميّة إلا أنّ هذه المادّة تحدّثت عن هؤلاء الأشخاص أي مرتكبي الجنحة بصورة تلوحيّة و أشارت إلى أنّ إحراز الحالة الخطيرة تسوّغ استخدام المعالم الثلاثة الآنفة.

و أمّا قوانين البلدان الأخرى مثل فرنسا، و كندا، و هولندا، و إنكلترا فلها أحكام كثيرة، مسهبة و محدّدة المعالم.

المفردات الرّئيسيى: الحالة الخطرة، الجانح الخطر، المعالم الحيويّة، المعالم النفسية، المعالم الاجتماعيّة.

دراسى فى الجرم النَّاجم عن الإفادى من المستند المزور

□ حسين فتح آبادي

□ عضو الهيئة التدريسية في جامعة آزاد الإسلامية بمشهد

إنَّ الجرم النَّاجم عن الاستفادة من المستند المزور يعدُّ من أجرام تعكّر الرّاحة العامّة فلذلك يمكن أن يكون ذريعةً لارتكاب جرمٍ كثيرة هامّة أخرى و خاصّةً الجرم ضدّ الأموال و الممتلكات. و إنّ هذه الجنحة تُذكر في الموادّ القانونيّة إلى جانب تزوير المستندات و المكتوبات، بينما المقنّن لم يعرف به و حسب، بل لم يذكر لها مصاديق أيضاً!

و لقد حاول الكاتب في هذا المقال أن يدرس كلاً من العناصر و الأُسس و الظروف التي لها دور في تكوّن المستند المزور، و ذلك بعد إشارة عابرة إلى خلفيّة التزوير في حقلي الفقه و التقنين فضلاً عن التعريف بتزوير المستندات و الوثائق. و قد تمّ ذلك من خلال الرجوع إلى المصادر المختلفة و خاصّةً الأسلوب القضائيّ المقارن في قانون بعض البلدان كإنكلترا و فرنسا على وجه الخصوص.

المفردات الرئيسيّة: قانون العقوبات، التزوير، الاستفادة و الاستخدام، المستند المزور، العلم بالتزوير.

نظام بحر خزر القانونى فى ضوء معاهدتى ١٩٢١ م. و ١٩٤٠ م. بين إيران و السوفياتي

□ أحمد رضا توحيدى

□ عضو الهيئة التدريسية في جامعة طهران - پردیس قم

إنّ نظاماً قانونياً يتبعه بحر خزر و ماله من الشّروات، يحظى بأهميّة بالغة. و ذلك بالدلائل الاقتصادية، و السياسيّة، و الجغرافيّة السياسيّة، و أمن الطّاقة. و هذه القضية بعد انهيار الاتحاد السوفياتي و انبثاق دول جديدة، واجهت تعقيدات أخرى. هذا، و إلى حدّ الآن قد اقترحت الدّول المطّلة على هذا البحر نظامين قانونيين اثنين لحسم هذه المشكلة، هما: «نظام الحكم المشترك أو ما يسمّى كندومينيوم»، و «تقسيم البحر

و ثرواته من خلال التّحديد».

و هذا المقال قد عالج فيه الكاتب معرفة الطّروف و الملابس الواجبة لنظام الحكم المشترك القانونيّ (كندومينيوم) في القانون الدّوليّ و ذلك من خلال الاستناد إلى الأسلوب القضائيّ الدّوليّ. و بالتالي فإنّه قد درس إمكان تطبيق نظام مثل هذا النّظام لواقع بحر خزر القانونيّ.

المفردات الرّئيسي: النّظام القانونيّ لبحر خزر، نظام الحكم المشترك (كندومينيوم)، نظام القسمة القانونيّ، قانون البحار الدّوليّ.

حركى الرّجوع إلى العقوبي في سياسى الدّول الغريبيّ الجنائيّ؛ أسباب و مظاهر

□ حسن كاشفي إسماعيل زاده
□ طالب في مرحلة الدكتوراه، فرع قانون العقوبات و السّياسة الجنائيّة في جامعة سوربن الفرنسيّة
إنّ نشوء الحركات القمعيّة و ازديادها و ذلك بعد مضيّ الفترة الزّمنيّة من ردود الفعل الإشفاقية و الإجماعية، ممّا دفع علماء فرع قانون العقوبات و السّياسة الجنائيّة إلى أن يبحثوا عن حلّ لهذه الظّاهرة. و لذلك فإنّ هذه الحركة القمعيّة تثير الأذهان و تجعلها تطرح السّؤال التّالي: لماذا ابتعدت سياسة الدّول الغريبيّة الجنائيّة عن المحاور التّلاثة الآتية: الحرّيّة، و القانون، و العدالة؟

و لقد حاول الكاتب في هذا المقال أن يدرس بصورة إجماليّة بعضاً من الأسباب الشّكليّة الهامّة و المؤثّرة على السّياسات القمعيّة الرّاهنة في الدّول الغريبيّة.

المفردات الرّئيسي: السّياسة الجنائيّة، الحركات القمعيّة العقوبيّة، رموز الرّجوع إلى العقوبات، قانون العقوبات، الظّاهرة الجنائيّة، الحركات القمعيّة العقوبيّة الأمتيّة، الأساليب الحديثّة للجنحة، السّعور بعدم الأمان.

Movement of Returning to Punishment in Criminal Policy of Western Countries: Reasons and Manifestations

- *Hassan Kashefi Ismailzadeh*
- *Ph.D. Student of Penal Law and Criminal Policy in Sorban University of France*

Appearance and growth of repressive movements, after expiration of the interval between piteous and offender centred reactions in criminal policy of western countries, has induced the scholars of this field to seek remedy and raised the question as to why the criminal policy of western countries has stayed away from the three pillars of liberty, law, justice. The author, in this article, tries to glance at some important procedural factors which impress the repressive policies in western countries.

Key Words: *Criminal policy, Repressive penal movements, Symbols*

of returning to punishment, Criminal law, Criminal phenomenon, New types of delinquency, Insecurity feeling, Security inclined.

Legal System of the Caspian Sea under the Treaties of ۱۹۲۱ and ۱۹۴۰ between Iran and Russia

- *Ahmad Reza Tawhidi*
- *A Member of Teaching Staff of Tehran University – Qum Pardis*

A legal system from which the Caspian Sea and its sources should follow, is a matter of substantial importance from economical, political, geopolitical and energy security point of view. After Russia liquidation and the emergence of new countries, the subject has underwent further complications and up to now two kinds of legal systems namely, “joint sovereignty or condominium” and “partition and delimitation” have been proposed by coastal states of the Caspian Sea.

This article, on the basis of international case law, deals with the recognition of the necessary terms and requirements

for the legal system of “condominium” in international law and then examines the possibility of conformity of such system with the legal state of the Caspian Sea.

Key Words: *Legal system of the Caspian Sea, Legal system of condominium, Legal system of partition, International law of the sea.*

A Research on the Offence of Utilizing A Forged document

- *Hoseyn Fath Abadi*
- *A Member of Teaching Staff of Islamic Azad University of Mashhad*

The offence of utilizing a forged document is of the offences against public welfare which can be an introduction or a means to committing many other important offences particularly offences against property.

In statutes, this guilt is stated beside the offence of forgery of documents and writings while the legislator not only has not presented any definitions for it, but refused to mention its instances as well.

This article is seeking to refer to the justice and legislative record of this offence as well as presenting a definition for it.

Then, with reference to different sources specifically judicial precedent, it is trying to compare the law of some countries, particularly England and France, with each other. Finally, it deals with the elements, essentials and necessary requirements for the fulfilment of this guilt.

Key Words: *Criminal law, Forgery, Utilization and application, Forged document, Knowledge of being forged.*

The Legal Status of Resorting to Biological, Psychological and Social Indicators in Distinguishing a Dangerous State

- *Dr. Mohammad Ali Babai*
- *Assistant Professor of International University of Imam Khomeyni*

The legislator, in certain cases, has turned proving a dangerous state without presenting any legal criteria for it, over to the judicial authorities. Legal authorities also, using the achievements of different sciences particularly biological, psychological and social sciences, examine the biological, psychological and social states of an offender which its results help the judges make equitable and safe giving decisions.

Security measures Act ۱۳۳۹, had provided for particular

measures for establishing a dangerous state by resort to biological, psychological and social indicators, but, unfortunately, as the law was abandoned, it hasn't been effectively useful. Concerning the dangerous offenders of a state of insanity, only article ۵۲ of Islamic criminal law has implicitly and briefly put forward resorting to these indicators for establishing a dangerous state. However, the laws of other countries including France, Canada, Holland and England involve too detailed and explicit regulations in this regard.

Key Words: *Dangerous state, Dangerous offender, Biological indicators, Psychological indicators, Social indicators.*

In this article we will examine the roots of the principle in different religions.

Key Words: *Sin, Guilt, Punishment, Criminal liability, The principle of individualization of criminal liability.*

Judgement Removing in Islamic Criminal Law

- *Dr. Mohammad Hadi Sadeghi*
- *Associate Professor in the Law Faculty of Shiraz University*

Proceedings and settlement of claims arising from criminal offences, usually come within the jurisdiction of judicial authorities. Judgement removing, termination of proceedings and settlement of the aforementioned claims are considered from the process of official criminal measures. The aforementioned settlement may be applied through various

methods in different legal systems.

This article deals with certain criminal policies of Islam and the tendency of Islamic law-maker towards judgement removing. After explaining the concept of judgement removing and the subject of victim and judgement removing, it examines some of non-criminal methods of Islamic criminal law concerning non-criminal settlement of penal actions, such as “right of reconciliation” and “right of compromise” as well as persuasive policies of the law-maker towards their application.

Key Words: *Judgement removing, Penalty removing, Islamic criminal law, Right of reconciliation, Right of compromise.*

drawing up of contractual terms and courts' decisions.

Key Words: *Good will, Fair conduct, International commercial law, Contractual terms.*

The Basis for the Principle of Individualization of Criminal Responsibility within the Scope of Religions

- *Dr. Iradj Goldouzian*
- *Bahman Hoseyn jani*

Crime, criminal responsibility and punishment are the three golden parts of criminal law. Exercising punishment depends on establishing criminal liability and its establishing also depends on proving criminality. Criminality is of two material

and mental aspects, so that it will not be carried out unless those ones are established. As far as criminal liability is concerned it has no objective and material aspects, but it merely enjoys a personal and mental nature. Age, wisdom, consciousness and authority are the elements of criminal liability. In ancient times, further to the principal offender, his relatives were also responsible, but in accordance with one of the fundamental principles of criminal law, it was laid down that everybody himself should be accountable for his own criminal deeds, not the others. This principle is called “the principle of individualization of criminal liability”. Religion is one of the important bases of this principle.

two compulsory and contractual civil liability. Additionally, the differences between these two with respect to the burden of proving fault may also help us with the rectification of the discussion. In this article, these subjects are dealt with comparatively and critically. In addition, a glance is taken at English law in some important issues.

Key Words: *Civil liability, Fault, Compensation of damages, Civil law.*

Fundamentals of the Principle of “Good Will and Fair Conduct in” Contracts

- *Mahdi Alizadeh*
- *Senior Expert of Private Law*

The necessity of observance of “good will and fair conduct” in contracts, as an important principle in creating goals such as examining the process of preparing and drawing up of contractual terms, establishing equivalence and balance between contractual parties, observing the present age changes in making, concluding and interpreting contracts, alteration of contractual circumstances and protection of consumers' rights against “form contract”, has enjoyed a particular status in contract law as well as international contractual dealings so that it has been put forward and theorized in municipal law of various countries and international documents, and has been attempted to make it be influential, expressly or implicitly, in of stability, method of settlement of disputes and force major on the other hand all of which help their parties form them better and more successfully and then enforce them in a pacific atmosphere without any misunderstanding.

Key Words: *Governmental contracts, International trade, Applicable law, article, Condition of stability, Methods of settlements of disputes.*

The Concept and Status of Fault in Compulsory and Contractual Civil Liability

- *Hamid Reza Aslani*
- *Ph. D. Student of Private Law in Shahid Beheshti University*

Civil liability is classified into compulsory and contractual

branches. Compulsory civil liability is concerned with the breach of legal or customary obligations of a person in the society arena, but contractual civil liability deals with the compensation for damages arising from the breach of a contractual obligation. The concept and function of fault in these two sorts of responsibility are of the affairs on which lawyers –due to ambiguity of the related statutes and regulations on the one hand and the scattered or decentralized legislation on the other hand- have invariably disagreed. Explaining the concept of fault and its function in fulfilment of responsibility within these two areas, is a basic and decisive factor in determining the common and different grounds of the protest is enough for such proving and the claiming of “the necessity of dispatching declaration” by the owner of the commercial paper for the aforementioned proving, is of no due legal basis and justification.

Key Words: *Commercial law, Commercial papers, Bill, Promissory note, Declaration.*

A Review of Regulating Governmental Contracts in Commercial International Law

- *Dr. Hamid Reza Nik Bakht*
- *Associate Professor in the Law Faculty of Shahid Beheshti University*

Notwithstanding that governmental contracts enjoy a high acceptability and expansion in commercial international law, it,

due to various reasons such as mutual imbalance, has been disputable and confronting numerous ambiguities as well as legal, political and social dangers.

This state, creates concern about the future destiny of the aforementioned contracts for the contractual parties including the governmental and private sectors of our country each of which is involved in such contracts somehow.

This article, deals with the essential points of these contracts such as characteristics, method of negotiation, position of the parties, distinctions among the states and their nature on one hand and the technical and legal articles of most of the aforementioned contacts such as the applicable law, condition

Abstracts

Necessity or Non-necessity of Sending a Declaration Concerning a Sight Bill and a Demand Promissory Note

□ *Dr. Amir Hoseyn Fakhari*

□ *Professor of the Law Faculty of Shahid Beheshti University*

Commercial law has obligated the owner of a bill and a promissory note to demand the related sums on due date. If he delivers the bill to its promisor on the due date and faces non-payment, he is obliged to protest.

This article, after examining the concept of protest, deals with the subject of the essential reason for proving the demand of the sum relating to the commercial paper by its owner. Then, by giving reasons in this context, it states that offering a

Table of contents

Editorial:

Necessity of Decriminalization of Deviations

۳۶۶

Researches:

Necessity or Non-necessity of Sending a Declaration Concerning a Sight Bill
and a Demand Promissory Note/ Dr. Amir Hoseyn Fakhari ۷

A Review of Regulating Governmental Contracts in Commercial
International Law/ Dr. Hamid Reza Nik Bakht ۱۷

The Concept and Status of Fault in Compulsory and Contractual Civil
Liability/ Hamid Reza Aslani ۵۱

Fundamentals of the Principle of “Good Will and Fair Conduct in” Contracts
Mahdi Alizadeh ۹۵

The Basis for the Principle of Individualization of Criminal Responsibility
within the Scope of Religions/ Dr. Iradj Goldouzian & Bahman Hoseyn jani ۱۲۷

Judgement Removing in Islamic Criminal Law/ Dr. Mohammad Hadi Sadeghi ۱۳۷

The Legal Status of Resorting to Biological, Psychological and Social
Indicators in Distinguishing a Dangerous State/ Dr. Mohammad Ali Babai ۱۴۹

A Research on the Offence of Utilizing A Forged document/ Hoseyn Fath Abadi ۱۷۷

Legal System of the Caspian Sea under the Treaties of ۱۹۲۱ and ۱۹۴۶
between Iran and Russia/ Ahmad Reza Tawhidi ۱۸۹

Movement of Returning to Punishment in Criminal Policy of Western
Countries: Reasons and Manifestations/ Hassan Kashеfi Ismailzadeh ۲۳۳

Translations:

Natural Disasters & International Law/ Trans. by: Dr. I.Beigzadeh & Dr. M.Habibi ۲۴۵

Provisional Actions in UN Human Rights Committee
Gino J. Naldi/ Trans. by: Dr. Farhad Khomamizadeh ۲۵۵

Video Control; The Reasons of Success & Failure/M.Cusson/ Trans. by: Ibrahimi ۲۶۳

Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Mirza Alizadeh ۲۴۱

English Translation/ Rajab Ali Mohammad Abadi ۲۵۸

مجله حقوقی
تألیفات
شماره ۵۳
تابستان ۱۳۸۶

صاحب امتیاز: مکتبہ علم رسالہ رضوی

سرمدیر: غلام نبی گلستانی

مدیر مسئول: محمد باقر فرزانه

fgGF

- T مدیر اجرایی
محمد ربیع میرزایی
- T امور توزیع و اشتراک
علی جانفزا
- T ویراستار
عبدالله غلامی
- T طراح جلد
جواد سعیدی
- T چاپ و صحافی
چاپخانه روزنامه قدس
- T شمارگان
۲۰۰۰ نسخه

سال پنجم، بهار و تابستان ۱۳۸۴، شماره ۱۵ و ۱۶
بها: ۱۰۰۰ تومان

fgGF

اعضای هیئت تحریریه:

آیة الله محمد واعظزاده خراسانی (استاد)، آیة الله محمد هادی معرفت (استاد)
حجة الاسلام و المسلمین صادق لاریجانی، حجة الاسلام و المسلمین محمد علی مهدوی راد (استاد یار)
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی (دانشیار)، حجة الاسلام و المسلمین محمد باقر فرزانه
آقای داود حیدری ابهری

fgGF

تلفن و دورنگار: ۰۵۱۱-۲۲۳۰۷۷۲
نشانی: مشهد مقدس، صندوق پستی ۹۱۷۳۵-۴۶۱
آدرس اینترنت: www.magiran.com/razavi
پیام نگار: razavi_magazine@imamreza.net

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»



Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences

Quarterly Research of Humanities (Theology & Law)

Specialized Issue; Law

Vol. ۵, No. ۱۵ & ۱۶, Spring & Summer ۲۰۰۵

fg^GF

Proprietor: Razavi University of Islamic Sciences

Managing Director: M.B. Farzane

Editor -in- Chief: G.N. Golestani

Executive Director: M.R. Mirzaie

Cover Page Lay-out: J. Saeedi

Publisher: Quds Daily Press

fg^GF

Editorial Board:

۱. M. Vaezzade khorasani (*Professor*)
۲. M.H. Marifat (*Professor*)
۳. S. Larijani
۴. M.A. Mahdavi rad (*Assistant Professor*)
۵. A.H. Najafi abrand abadi (*Associate Professor*)
۶. M.B. Farzane
۷. D. Heidari abhari

fg^GF

Tel & Fax: ۰۵۱۱-۲۲۳۰۷۷۲

Address: Iran, Mashhad, P.O. Box: ۹۱۷۳۵-۴۶۱

Web Site: www.magiran.com/razavi

E.mail: razavi_magazine@imamreza.net

مجله تخصصی فلسفه علوم رضوی

نحوه اشتراک

- سالنمای (دوره صحافی شده) شماره
 ○ همه شماره ها (شامل حقوق، علوم قرآنی، فلسفه)
- فقط ویژه هیات
- فقط ویژه حقوق
- شروع اشتراک از شماره: به تعداد:
- مبلغ واریزی: شماره فیش:
- نام شعبه مبدأ: کد شعبه:

ارسال وجه اشتراک به صورت پستی قابل قبول است.

مشخصات مشترک

- نام و نام خانوادگی / مؤسسه:
- مدرک و رشته تحصیلی:
- نشانی:
-
-
- تلفن:

نشانی: مشهد، حرم مطهر، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دفتر مجله، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱؛ تلفن و نمابر: ۲۲۳۰۷۷۲-۰۵۱۱

هزینه پست سفارشی	بقیه سالنها	سالها ۱ (۱۳۸۰)	تاشماره ۱۱	تک شماره	اشتراک یک ساله	راهنمای
۳۰۰۰ ریال	۲۵۰۰۰ ریال	۱۵۰۰۰ ریال	۳۰۰۰ ریال	۵۰۰۰ ریال	۲۰۰۰۰ ریال	اشتراک

- توضیحات
۱. فصلنامه در هر شماره، ویژه یکی از رشته‌های حقوق، علوم و آرائش و فلسفه است.
 ۲. دانشجویان و طلاب محترم با ارائه کسر کارت تحصیلی از ۲۰٪ تخفیف برخوردار می‌شوند.
 ۳. ولاری مبلغ بیشتر از ۲۰۰۰۰ ریال بدایع است و مبلغ دلزیند، به حساب شما منظور خواهد شد.
 ۴. دوره‌های صحیحی شده با پست سفارشی ارسال می‌شود، لذا هزینه پست سفارشی هم باید وارزیند.
 ۵. مبلغ اشتراک به حساب جاری شماره ۸۱۸۸/۹ بانک ملت شعبه آستان قدس رضوی مشهد (کد ۴۹۴۱/۱) به نام دانشکده علوم اسلامی رضوی وارزیند.
 ۶. اصل فیش فرم اشتراک را در دست نگه‌دارید. صندوق پتر ۴۶۱-۹۱۷۳۵ ارسال یا به شماره ۰۵۱۱-۲۳۳۰۷۷۲ فاکس کنید و فیش را نزد خود نگه‌دارید.