





به موجب مجوز شماره ۳/۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن‌آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می‌باشد.

فصلنامه علمی - پژوهشی قوه قضائیه

سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۲ / تابستان ۱۳۹۲

-
- صاحب امتیاز / قوه قضائیه
 - مدیر مسئول / علیرضا امینی
 - سردبیر / حسین میرمحمدصادقی
 - مدیر اجرایی / مهدی صبوری پور
 - شمارگان / ۸۰۰۰ نسخه
 - قیمت / ۳۲۰۰۰ ریال
 - حروف چینی، صفحه‌بندی و چاپ / مطبوعات و انتشارات پژوهشگاه قوه قضائیه
 - نشانی / کدپستی ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴
 - تلفکس / ۰۲۱-۲۲۰۹۱۸۶۹
 - پایگاه الکترونیکی www.jij.ir
 - پست الکترونیکی majaleh_hoghooghi@jpri.ir

اعضای هیأت تحریریه

به ترتیب حروف الفبا

محمد آشوری / استاد دانشگاه تهران

ربیعا اسکینی / استاد پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای

محمدعلی اردبیلی / استاد دانشگاه شهید بهشتی

نجادعلی الماسی / استاد دانشگاه تهران

محمدجواد جاوید / دانشیار دانشگاه تهران

سام سوادکوهی‌فر / استادیار دانشگاه آزاد اسلامی

جعفر کوشا / دانشیار دانشگاه شهید بهشتی

علی حسین نجفی ابرندآبادی / استاد دانشگاه شهید بهشتی

همکاران علمی

دکتر محمدرضا ویژه / دکتر محمدرضا رفیعی / دکتر محمد جواد شریعت باقری / دکتر مرتضی

نصیری / دکتر حسن بادینی / دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی / دکتر حسین غلامی / دکتر علی

صفاری / دکتر محمد علی اردبیلی / دکتر قاسم زمانی / دکتر رضا موسی زاده / دکتر حسین صفایی

/ دکتر جواد کاشانی / دکتر منصور رحمدل / دکتر غلامحسین کوشکی / دکتر باقر شاملو / دکتر لیلا

دادخدایی / دکتر عباس ذاقلی / دکتر همایون حبیبی / دکتر بهزاد پورسید / دکتر طهمورث بسیریه

/ دکتر علیرضا میرکمالی / آقای علی محمد غلامی

راهنمای تدوین مقالات

راهنمای تدوین:

- مقاله نباید بیش از سی صفحه یا کمتر از ده صفحه باشد.
- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:
- ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
- ❖ کلید واژگان
- ❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک
- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه
- ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.
- ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نوبت چاپ، نام ناشر، سال چاپ، شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر اولیه آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ - در منابع لاتین، ذکر نام نام خانوادگی، نام کتاب، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op. cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.
- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی شود.
- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است، مقاله، بازگردانده نمی شود.



۷.....ضموابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری

محمد امامی / مهستی سلیمانی

۴۳.....رویکردی تطبیقی در حقوق حاکم بر قراردادها

دکتر فرهاد پروین / عظیم اکبری رودپشتی

بومی سازی سیاست جنایی با تأکید بر نقد اهمّ مدلهای غربی و گفتمانهای فقهی سیاست

۷۱.....جنایی

مهدی خاقانی اصفهانی / محمدعلی حاجی ده آبادی

۱۰۳.....کارکردهای پیشگیرانه شفافیت در سیاست جنایی

دکتر عادل ساریخانی / روح الله اکرمی سراب

۱۳۳.....دگرگونیهای مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران

محسن شریفی / دکتر محمد جعفر حبیب زاده / دکتر محمد عیسائی تفرشی / دکتر محمد

فرجیها

۱۸۵.....ضابطه کنترل در نظام مسئولیت بین المللی؛ وحدت یا تعارض رویه قضایی بین المللی

دکتر امیر حسین ملکی زاده

۲۲۱.....شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح

محسن ناظمی زاده / مجتبی نیک دوستی

۲۴۹.....بررسی انتقادات وارد بر نهاد بازپرسی

ایمان یوسفی

۲۸۳.....نگرش تطبیقی به جبران خسارات وارد شده بر محکومان بیگناه؛ از نظر تا واقعیت

بهنام یوسفیان شوره دلی / لیلا رسولی آستانی

ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری

محمد امامی*

مهستی سلیمانی**

چکیده

ارائه ضوابطی جهت «تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری»، با هدف شفاف‌سازی حوزه صلاحیت این مرجع، کاری لازم و مفید است. قوانین، نظریه‌های حقوق‌دانان و آرای دیوان عدالت اداری، از جمله منابعی هستند که در این جهت می‌توانند مورد استفاده قرار گیرند. پژوهش حاضر، با بررسی این منابع به تبیین ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری پرداخته و سعی در ارائه ضابطه مطلوب در این باره سعی و تلاش کرده است.

واژگان کلیدی: دیوان عدالت اداری، صلاحیت، ضوابط تشخیص، رویه قضایی، دادرسی.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول)

Vr_emami@yahoo.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شیراز



۱. درآمد

دیوان عدالت اداری، از جمله نهادهای اساسی است که به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی، زیر نظر قوه قضاییه رسیدگی به دعاوی مردم، علیه تصمیمات و اقدامات واحدها، مأموران دولتی و احقاق حقوق آنها را برعهده دارد. یکی از مسائل مهم و پرمناقشه در این زمینه، به محدوده صلاحیت دیوان عدالت اداری در برابر محاکم عمومی دادگستری مربوط است. با وجود تفکیکی که در نظام قضایی ما میان دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری و محاکم عمومی دادگستری وجود دارد، شناسایی ضوابطی که بر اساس آن، قضات دیوان به تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان بپردازند، از اهمیت زیادی برخوردار است. شناسایی و معرفی این ضوابط، بر شفافیت حوزه صلاحیت این مراجع می‌افزاید و از تعرض و تجاوز هر یک از این مراجع به محدوده صلاحیت دیگری مانع خواهد شد.

مفاد اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و مواد ۱۰ و ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری (ماده ۱۳ و ۱۹ قانون سابق)؛ در باب دعاوی قابل طرح در دیوان، به طور واضح و شفاف تنظیم نشده است. علاوه بر این، در زمینه نوع صلاحیت دیوان عدالت اداری در مقابل صلاحیت محاکم عمومی دادگستری، اختلاف نظر وجود دارد که این، تبعاً موجب اختلاف نظر دکتربین حقوقی، در معرفی دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری شده است. از سوی دیگر، رویه قضایی در چنین فضای مبهم و متشتتی در حال شکل‌گیری بوده است. به دلیل تأثیرپذیری آرای قضایی از استنباط قضات از قوانین و نیز از نظریه‌های حقوق‌دانان، بدیهی است ابهام و تشتت موجود در حوزه قانون و دکتربین، به آرای قضات نیز راه پیدا کند و طبیعتاً تعارض میان آرای قضات دیوان را نیز شاهد باشیم. اما از آن جا که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، قانوناً به ایجاد وحدت رویه و حل تعارضات ملزم است؛ رویه‌ی سی ساله دیوان عدالت اداری، مطمئناً باید قدمی برای حل این تعارضات برداشته و رویه‌ی واحدی را حاکم ساخته باشد. البته ایجاد رویه‌ی قضایی واحد، لزوماً به این معنا نیست که آن رویه فاقد ایراد و اشکال است.



با لحاظ چنین شرایطی، شناسایی ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان، مستلزم آن است که به طور جامع در رابطه با اشارات قانون، دکترین مطرح شده و نیز رویه قضایی موجود در باب دعاوی قابل طرح در دیوان، پژوهشی صورت گیرد؛ پژوهشی که در خلال آن، محدودیت‌ها و ظرفیت‌های قانونی تبیین گردد؛ مباحث مطرح شده در دکترین بررسی و نقد شود؛ رویه‌ی اتخاذ شده در آرای قضایی دیوان عدالت اداری کشف گردد و نهایتاً به شناسایی ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری منجر شود. پژوهش حاضر، با در نظر گرفتن این هدف، به مطالعه‌ی ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری از منظر قانون، دکترین و رویه‌ی قضایی می‌پردازد.

۲. ضوابط تشخیص از منظر قانون

قانون، منبع مهم و اولیه برای کشف ضوابط است. ما نیز در ابتدا به بیان ضوابط از منظر قانون می‌پردازیم. متأسفانه، قانون، در حد انتظار، درباره‌ی صلاحیت دیوان بیانی روشن و شفاف ندارد؛ به گونه‌ای که موجب سرگردانی و استنباط‌های متعارض شده است که در ذیل به اجمالی از آن اشاره می‌کنیم:

بر اساس اصول ۱۵۹ و ۱۷۳ قانون اساسی، در مورد نوع صلاحیت دیوان، دو دیدگاه وجود دارد: گروهی اصل ۱۵۹ را به دادگاه‌های دادگستری ناظر دانسته و عنوان می‌کنند از این اصل، صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری قابل استنباط است. لذا صلاحیت دیوان عدالت اداری که در اصل ۱۷۳ به طور مجزا ذکر شده است؛ در برابر صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری قرار داشته و صلاحیتی خاص است.^۱ در مقابل، برخی دیوان عدالت اداری را از مصادیق دادگاه‌های دادگستری محسوب کرده و اصل ۱۵۹ را به کل نظام دادگستری ناظر می‌دانند. لذا دیوان عدالت اداری را در کنار محاکم حقوقی و کیفری، به عنوان مرجعی

۱. صدرالحافظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، شهریار، چاپ اول، ۱۳۷۲، ص ۹۹. و بهشتی، محمدجواد و نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ص ۲۵۰



با صلاحیت عام در صنف خود، یعنی صنف اداری تلقی می‌کنند.^۱ بدیهی است عام یا خاص دانستن صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به دعاوی مطروح شده در آن، بر محدوده‌ی صلاحیت دیوان و ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در آن اثرگذار است.

در مورد اصل ۱۷۳ نیز، بعضی بر این باورند که صلاحیت دیوان عدالت اداری در اصل مذکور غیرقابل خدشه است و لذا قانون‌گذار در رابطه با دیوان، باید در چارچوب این اصل به قانون‌گذاری بپردازد. اما برخی دیگر معتقدند بنا به صلاحیتی که قانون اساسی در قسمت اخیر اصل ۱۷۳ در تعیین حدود اختیارات و همچنین قسمت اخیر اصل ۱۵۹ در تشکیل و تعیین صلاحیت دادگاه‌های دادگستری - که دیوان عدالت جزئی از آن است - برعهده‌ی قانون‌گذار عادی گذاشته است؛ قانون‌گذار عادی می‌تواند فراتر از صلاحیت تعیین شده در قانون اساسی، برای دیوان عدالت اداری تعیین صلاحیت کند؛ هرچند به رعایت حداقل صلاحیت تعیین شده در قانون اساسی برای دیوان ملزم است.^۲ این دو دیدگاه متفاوت راجع به نوع صلاحیت دیوان و حدود اختیار قانون‌گذار در تعیین محدوده‌ی صلاحیت دیوان، موجب ارائه‌ی ضوابط متفاوت، البته با استفاده از اصول و مواد قانونی واحد شده است.

اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و مواد ۱۰ و ۱۲ قانون جدید دیوان عدالت اداری (ماده‌ی ۱۳ و ۱۹ قانون سابق) در مورد صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشند. هرچند این اصول و مواد قانونی تا حدودی حوزه‌ی صلاحیت دیوان را مشخص نموده‌اند؛ برای تشخیص دعاوی قابل طرح در حوزه‌ی صلاحیت دیوان ضابطه‌ی شفاف و روشنی ارائه نکرده‌اند.

در مورد شخصیت خواهان، در اصل ۱۷۳ از واژه‌ی «مردم» و در اصل ۱۷۰ که در زمینه‌ی با شکایت از تصمیمات عام‌الشمول است؛ از واژه‌ی «هر کس» استفاده شده است.

^۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، دراک، چاپ هفتم، ۱۳۸۴، ص ۳۸۴

^۲. سلیمانی، مهستی، ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۰، ص ۵۷



اما بهتر بود به جای واژه‌های مذکور، به ترتیب از عبارت «اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی» و واژه‌ی «هر شخص» استفاده می‌شد. این نحو تقنین موجب شده است دکترین حقوقی در بیان مصادیق مفاهیم مردم و هر کس، به اختلاف دچار شود. عده‌ای واژه‌های مردم و هر کس را تنها به اشخاص حقوق خصوصی ناظر می‌دانند^۱ و عده‌ای تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی؛ اعم از خصوصی یا عمومی را مشمول واژه هر کس قلمداد می‌کنند.^۲

در قانون دیوان، استعمال اصطلاحات حقوقی در معرفی شخصیت خواهان رعایت شده است. در مواد ۱۰ و ۱۲، عبارت «اشخاص حقیقی و حقوقی» استعمال شده است. در مورد ماده ۱۲، عموماً اعتقاد بر این است که اشخاص حقیقی و حقوقی، شامل تمامی اشخاص، اعم از عمومی و خصوصی است و قانون‌گذار در مواد مذکور، منظور از واژه‌ی هر کس در اصل ۱۷۰ را روشن نموده است. بنابراین، تمامی اشخاص، اعم از عمومی و خصوصی، حق طرح شکایت نسبت به تصمیمات عام‌الشمول اداری را دارند؛ اما در تفسیر عبارت مذکور در ماده‌ی ۱۰ قانون دیوان، به دلیل وجود واژه‌ی مردم در اصل ۱۷۳ قانون اساسی، اختلاف نظر ایجاد شده است. گروهی بر این عقیده‌اند که اشخاص حقیقی و حقوقی در ماده‌ی ۱۰ را باید با توجه به واژه‌ی مردم در اصل ۱۷۳ تفسیر کرد. لذا باید مصادیق آن را به اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی محدود دانست؛ اما بعضی دیگر معتقدند که قانون‌گذار، بنا به صلاحیتی که به موجب اصل ۱۵۹ در تعیین صلاحیت دادگاه‌ها داشته است، همچنین قسمت آخر اصل ۱۷۳ که تعیین حدود اختیارات را به قانون عادی سپرده است؛ حوزه شخصیت خواهان در دیوان را توسعه داده است. بنابراین، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی، از حق طرح دعا در دیوان عدالت اداری برخوردارند.^۳

^۱. صدرالحافظی، سیدنصرالله، منبع پیشین، ص ۱۱۰

^۲. صدرالحافظی، سیدنصرالله، ص ۱۰۷

^۳. صدرالحافظی، سید نصرالله، منبع پیشین، صص ۱۰۷-۱۱۰ و سلیمانی، مهستی، منبع پیشین، ص ۸۵



در مورد شخصیت خوانده در اصل ۱۷۳، از عبارات واحدهای دولتی و مأمورین دولتی، استفاده شده است. همچنین مقرر شده است از آیین‌نامه‌های دولتی می‌توان در دیوان شکایت کرد. لذا می‌توان این‌گونه برداشت کرد که در این مورد، مقامات صادرکننده آیین‌نامه در دیوان عدالت، در جایگاه خوانده قرار می‌گیرند.

در اصل ۱۷۰، از شخصیت خوانده نامی برده نشده است؛ اما مقرر شده است قضات مکلفند از اجرای تصویب نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که با قوانین و مقررات اسلامی مخالف یا از حدود اختیارات قوهی مجریه خارج است، خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان بخواهد. از آن جا که در تصویب آیین‌نامه‌های خلاف قانون، از عبارت «خارج از حدود اختیارات قوهی مجریه» استفاده شده است؛ عده‌ای اظهار می‌کنند تنها از کسانی می‌توان در دیوان شکایت کرد که به قوهی مجریه متنسب باشند؛ زیرا شرط شکایت، خارج بودن از حدود اختیارات قوهی مجریه است. علاوه بر این، واژهی «دولتی»، در عبارات واحد دولتی یا آیین‌نامهی دولتی، ظهور در قوهی مجریه دارد. همچنین صلاحیت خاص و محدود دیوان موجب می‌شود محدوده‌ی صلاحیت دیوان را به طور محدود تفسیر کنیم و آن را به قوهی مجریه محدود بدانیم. نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان که به قرینه‌ی قوهی مجریه در اصل ۱۷۰، منظور از دولت را در اصل ۱۷۰، قوهی مجریه دانسته، از مستندات دیگر این گروه است.^۱

اما بعضی دیگر، معتقدند که اولاً، اصل ۱۷۰، در مقام بیان صلاحیت دیوان نیست و برای تبیین صلاحیت دیوان باید به اصل ۱۷۳ رجوع کرد؛ ثانیاً، طبق اصل ۱۷۰، شکایت از «این گونه مقررات» در صلاحیت دیوان قرار داده شده است؛ نه لزوماً مقررات خارج از حدود قوهی مجریه؛ ثالثاً، از سایر تصمیمات اداری خلاف قانون یا شرع نیز می‌توان در دیوان شکایت کرد و خروج از حدود اختیارات قوهی مجریه، یکی از مصادیق رسیدگی در دیوان است؛ رابعاً، نظریه‌ی تفسیری مذکور، واژه‌ی دولت را در اصل ۱۷۰ تبیین و به قرینه قوهی مجریه، واژه‌ی دولت را در این اصل، به قوهی مجریه تفسیر کرده است. لذا تفسیر

^۱. صدرالحافظی، سید نصرالله، همان، صص ۱۳۷-۱۳۸



مزبور نباید به اصل ۱۷۳ که چنین قرینه‌ای در آن وجود ندارد، سرایت داده شود.^۱ علاوه بر این، طبق ماده‌ی ۱۰ قانون دیوان، واحدهای دولتی، اعم است از وزارت خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها، سازمان تامین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و نهادهای وابسته به آن‌ها. در ماده‌ی ۱۲ نیز صراحتاً از مؤسسات عمومی غیردولتی نام برده شده است. بر همین اساس، می‌توان گفت ذکر برخی سازمان‌های مستقل از قوه‌ی مجریه، نظیر شهرداری‌ها یا برخی نهادهای انقلابی و مؤسسات عمومی غیردولتی که لزوماً به قوه‌ی مجریه وابسته نیستند، در بیان مصادیق واحد دولتی؛ حاکی از صلاحیت دیوان نسبت به نهادهای خارج از قوه‌ی مجریه است. بر این اساس، گفته می‌شود که دولت، مفهوم گسترده‌ای دارد که تمام واحدهای اجرایی حکومتی را شامل می‌شود و به قوه‌ی مجریه محدود نیست.

در زمینه ماهیت و موضوع دعاوی نیز، قانون اساسی از شفافیت لازم برخوردار نیست. اصل ۱۷۳، آیین‌نامه‌های دولتی را به عنوان تصمیم قابل شکایت معرفی کرده است که تنها مصادیقی از تصمیم اداری است. بیان یک مصداق در این مقرر، که در مقام بیان صلاحیت یک مرجع است، مناسب به نظر نمی‌رسد. این اصل، همچنین بر احقاق حق شاکیان واحدها، مأمورین و آیین‌نامه‌های دولتی در دیوان تأکید کرده است. این مقرر با توجه به کلیت این عبارات، برای تشخیص دعاوی قابل طرح به لحاظ ماهوی و موضوعی ضابطه مشخصی به دست نمی‌دهد. این امر موجب شده است عده‌ای دیوان را در تمامی دعاوی علیه دولت، صالح بدانند.

^۱. امامی، محمد و استوار سنگری، کوروش، حقوق اداری، جلد ۱، میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۱۷۴؛ استوار سنگری، کوروش، مفهوم دولت در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و انعکاس آن در صلاحیت دیوان عدالت اداری، در مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری، صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، دانشگاه آزاد اسلامی (الف)، چاپ اول، ۱۳۸۸، صص ۲۷۷-۲۷۹؛ نعیمی، عمران، صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، دانشگاه آزاد اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۳۹ و شریعت باقری، محمد جواد، یک دیوان عدالت اداری دیگر، در دیوان عدالت اداری، بازخوانی جایگاه، صلاحیت و دادرسی قضایی، پژوهشنامه مرکز پژوهش استراتژیک، شماره ۱، ۱۳۸۸، ص ۱۶



اصل ۱۷۳، از یک طرف به مصادیق تصمیمات اداری، یعنی آیین‌نامه و تصویب نامه پرداخته و از طرف دیگر، جهات رسیدگی در دیوان را که خلاف قانون بودن، خلاف شرع بودن و خارج شدن از حدود اختیارات است؛ مورد اشاره قرار داده است که هرچند شفافیت بیش تری نسبت به اصل ۱۷۳ در مورد ماهیت رسیدگی شفافیت بیشتری دارد؛ از آن جا که به رسیدگی به تصمیمات عام الشمول محدود است و بیان مصادقی دارد؛ صلاحیت ماهوی را کاملاً روشن نمی‌نماید.

از ماده‌ی ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، این گونه بر می‌آید که می‌توان از تصمیمات و اقدامات مأمورین و واحدها و آرای مراجع شبه قضایی در صورت مخالفت با قانون و تصمیمات استخدامی، به استناد تضييع حقوق استخدامی شکایت کرد. از ماده‌ی ۱۲ آن قانون نیز چنین برداشت می‌شود که می‌توان از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و موسسات عمومی غیردولتی، از حیث مخالفت مدلول آن‌ها با قانون شکایت کرد. بر اساس ماده‌ی ۱۲ که در واقع توضیحی بر احقاق حق در اصل ۱۷۳ است، مقرر شده که تقاضای احقاق حقوق تضييع شده‌ی اشخاص در صورتی در دیوان قابل طرح است که تصمیمات، اقدامات و مقررات از حیث خلاف قانون بودن، عدم صلاحیت مرجع مربوط، تجاوز و سوء استفاده از اختیارات، تخلف در اجرای قوانین و خودداری در اجرای وظایف؛ موجب تضييع حقوق اشخاص شده باشد. بنابراین، هر نوع تضييع حق توسط دولت، در دیوان قابل شکایت نیست.

البته در خصوص حدود صلاحیت دیوان در زمینه احقاق حق، اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای دیوان را تا احقاق حق کامل دارای صلاحیت دانسته و ماده‌ی ۱۱ قانون دیوان و تبصره‌ی ماده‌ی ۱۰ و اطلاق واژه‌ی «احقاق حق» را دلیلی بر ادعای خود می‌دانند. گروهی دیگر صلاحیت دیوان را به رسیدگی به ادعای تخطی از قانون، شرع و حدود صلاحیت و دیگر جهات رسیدگی ذکر شده در ماده‌ی ۱۲ محدود دانسته و دیوان را فراتر از آن، دارای صلاحیت نمی‌دانند. این گروه تبصره‌ی ماده‌ی ۱۳ را که صلاحیت دیوان را به تصدیق خسارت محدود دانسته و همچنین صلاحیت خاص دیوان و صلاحیت عام دادگاه‌های



دادگستری را دلیلی بر درستی ادعای خود عنوان می‌کنند^۱. البته در تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۰ قانون جدید^۲، «عبارت تصدیق خسارت به صدور رأی در دیوان» بر «وقوع تخلف» تغییر یافته است. ولی با وجود عبارت اول تبصره، که تعیین میزان خسارت را با دادگاه عمومی دانسته، این اختلاف همچنان باقی است. و هریک از دو گروه، می‌توانند به استدلالات پیشین خود تکیه کنند.

می‌توان گفت اصول و مواد قانونی، در تشخیص دعاوی قابل طرح ضوابط مشخص و شفافی ارائه نکرده‌اند. مقرره‌های مذکور، با استفاده از بیان مصداقی، کلی‌گویی و اشارات متعارض و در مواردی سکوت، موجب ابهام در حوزه‌ی صلاحیت دیوان عدالت اداری شده‌اند. این امر، زمینه را برای اظهار نظرهای بعضاً متعارض در زمینه‌ی دعاوی قابل طرح در دیوان و ضوابط تشخیص آن، فراهم کرده است.

۳. ضوابط ارائه شده از سوی دکترین

تحقیقات صورت گرفته راجع به صلاحیت دیوان، عموماً حول سه محور خواهان، خوانده و موضوع صوت گرفته و در هر یک از این سه حوزه نظریات گوناگونی ارائه شده است. از این رو، در این قبیل تحقیقات به ارتباط میان نظریات مطرح شده در هر یک از این سه جنبه از دعاوی، توجهی نشده است. بررسی و پژوهش در منابع، ما را به این امر رهنمون گشت که بین نظریه‌های حقوقدانان راجع به نوع صلاحیت دیوان و ضوابط مطرح شده در هر یک از سه جنبه‌ی دعاوی؛ ارتباط معنا داری وجود دارد. لذا ابتدا با تبیین نظریات مطرح شده از سوی دکترین راجع به نوع صلاحیت دیوان؛ با توجه به مبنای فکری و نوع استدلالات و مستندات به کار رفته در ارائه‌ی ضوابط، هر یک از آن‌ها را بر یکی از نظریه‌هایی که در باب نوع صلاحیت دیوان ارائه شده است؛ مبتنی یافتیم.

^۱. صدرالحافظی، سید نصرالله، منبع پیشین، صص ۱۹۴-۱۹۷

^۲. «تعیین میزان خسارات وارده شده از ناحیه‌ی مؤسسات و اشخاص مذکور در بند ۱ و ۲ این ماده پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف با دادگاه عمومی است»



این توضیح ابتدایی لازم است در مطالعات آیین دادرسی برای صلاحیت ذاتی، سه جهت صنف و نوع و درجه ذکر شود؛ در یک رویکرد، پس از پذیرش وجود سه صنف مدنی، کیفری و اداری در نظام تقسیم صلاحیت، نوع دادگاه از لحاظ عمومی یا اختصاصی بودن در هر صنف مطرح می‌شود و به تبع سه صنف مذکور، سه نوع مرجع عمومی و سه دسته مرجع اختصاصی در نظر گرفته می‌شود.^۱ به عبارتی، در این رویکرد، نوع دادگاه در هر صنف مشخص می‌شود و به این اعتبار، در هر صنف، یک مرجع با صلاحیت عام وجود دارد و دیگر مراجع، استثنایی یا اختصاصی هستند. پس، به اعتبار سه صنف اداری، مدنی و کیفری ما سه مرجع عمومی داریم: (۱) دادگاه‌های عمومی حقوقی در صنف دادگاه‌های مدنی؛ (۲) دادگاه‌های عمومی جزایی در صنف دادگاه‌های کیفری (۳) دیوان عدالت اداری در صنف دادگاه‌های اداری. هریک از این سه مرجع در حیطه‌ی صلاحیت خود، دارای مرجعیت عام هستند؛ یعنی حق رسیدگی به تمام دعاوی در حوزه‌ی خود (مدنی، کیفری و اداری) دارند؛ مگر مواردی که طبق قانون استثنا شده و در صلاحیت مرجع دیگر قرار گرفته باشد.

اما در رویکرد دیگر، مراجع رسیدگی را به اعتبار صنف، به دادگاه‌های حقوقی و جزایی و نیز به مرجع قضایی دادگستری و غیر دادگستری تقسیم می‌کنند. همچنین در تقسیم دادگاه‌ها، به لحاظ نوع که شامل مراجع عمومی و اختصاصی می‌شود؛ این رویکرد، بدون توجه به صنف دادگاه‌ها، کلیه‌ی مراجع رسیدگی کننده را به دو دسته‌ی عمومی و اختصاصی تقسیم کرده و دیوان عدالت اداری را در دسته‌ی مراجع اختصاصی قرار می‌دهد.^۲ در واقع،

^۱. جهت اطلاعات بیشتر رک: شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، دراک، چاپ هفتم، ۱۳۸۴، صص ۳۸۶-۳۸۹.

متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۱، چاپ سوم، ۱۳۴۰، ص ۴۱۶ و واحدی، قدرت‌الله، آیین

دادرسی مدنی، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، ص ۳۳۴

^۲. جهت اطلاع بیشتر رک: بهشتی، محمد جواد و مردانی، نادر، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۶،



در این رویکرد، تقسیم دادگاه به عمومی و اختصاصی، ذیل صنف پذیرفته نشده است؛ بلکه مستقل از صنف، کلیه محاکم، اعم از دادگستری و غیر دادگستری، به دو نوع عمومی و اختصاصی (استثنایی) تقسیم شده و از میان تمامی محاکم، تنها دادگاه‌های عمومی حقوقی و دادگاه عمومی جزایی دارای صلاحیت از نوع عام دانسته شده‌اند و صلاحیت مراجع دیگر، از جمله دیوان عدالت اداری، صلاحیتی خاص و استثنایی معرفی می‌شود. در ادامه به طور خلاصه، سه دیدگاهی که متأثر از دو رویکرد مذکور بوده و در آن‌ها، درباره‌ی نوع صلاحیت دیوان و ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح ارائه گردیده، آورده شده است.

۱-۳. دیدگاه نظریه صلاحیت خاص دیوان عدالت اداری

از دیدگاه قائلین به این نظریه، دیوان عدالت اداری، دارای صلاحیت خاص و استثنایی در برابر محاکم عمومی دادگستری است. در دسته بندی دادگاه‌ها به عمومی و اختصاصی، محاکم عمومی حقوقی و جزایی در زمره‌ی دادگاه‌های با صلاحیت عام قرار دارند و بقیه مراجع، از جمله دیوان عدالت اداری دارای صلاحیت خاص بوده و از مراجع اختصاصی محسوب می‌شوند. بنا به همین صلاحیت خاص، دیوان عدالت اداری، تنها در دعاوی ای که قانون‌گذار صراحتاً در صلاحیت این مرجع قرار داده باشد؛ دارای صلاحیت است. این محدودنگری به حوزه‌ی صلاحیت دیوان، موجب شده است که ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان، با تفسیر بسیار مضیقی از قانون ارائه شود. بر اساس این نگاه حداقلی، خصوصی بودن شخصیت خواهان، محدود بودن شخصیت خوانده به قوه مجریه و محصور بودن دیوان در رسیدگی به دعاوی با موضوعیت تخطی از قواعد حقوق عمومی به عنوان سه ضابطه در تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان ارائه می‌شود.

با این توضیح که جایگاه خواهان در دیوان عدالت اداری، به دلیل صراحت اصل ۱۷۳ مختص مردم است. بنابراین، خصوصی بودن شخصیت خواهان، به عنوان ضابطه‌ای برای تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، باید مورد توجه باشد، که بر اساس آن،



تنها اشخاص حقوق خصوصی حق طرح دعوا در دیوان دارند و در صورتی که دادخواستی از سوی اشخاص حقوق عمومی مطرح شود، به دلیل عدم رعایت این ضابطه رد خواهد شد. تنها استثنا بر این ضابطه، البته از نظر گروهی از قائلین به این نظر، در خصوص تصمیمات عام‌الشمول است که با توجه به نص اصل ۱۷۰، امکان اقامه‌ی دعوا برای اشخاص حقوق عمومی شناخته شده است.^۱

جایگاه خواننده در دیوان نیز به دلیل همان نگاه حداقلی به قوه‌ی مجریه محدود است؛ زیرا دولت در اصول قانون اساسی و مواد قانون دیوان، بنا به صلاحیت خاص دیوان، باید به نحو مضیق تفسیر شود و ذکر قوه‌ی مجریه در اصل ۱۷۰ قرینه‌ای برای اثبات این محدودیت است. بنابراین، شکایات علیه واحدهای خصوصی و غیردولتی، همچنین نهادهای وابسته به دیگر قوا، در دیوان عدالت اداری امکان پذیر نیست، مگر این که قانون صراحتاً شکایت علیه آن را در صلاحیت دیوان قرار داده باشد. ملاک ارائه شده برای شخصیت خواننده در این رویکرد، معیاری سازمانی است که به قوه‌ی مجریه وابسته است. عدم چنین مشخصه‌ای نشان از عدم صلاحیت دیوان خواهد داشت.^۲

در باب موضوع و ماهیت دعوا نیز این رویکرد صلاحیت دیوان را به رسیدگی به دعاوی تخطی از قواعد حقوق عمومی منحصر می‌داند. اصول و قواعد حقوق عمومی، از یک طرف قوانین نوشته شده‌ی حقوق عمومیرا شامل می‌شوند و از طرف دیگر، اصول حقوقی نانوشته و عرف اداری را. اگر تصمیم اداری با خلاف قانون اساسی، قانون عادی، شرع، اصول کلی حقوق عمومی (نظیر اصل استمرار، اصل انطباق، اصل تساوی، اصل رعایت سلسله مراتب هنجارها و...) مخالف باشد؛ قاعده‌ی حقوق عمومی نقض شده و دیوان در رسیدگی به آن صالح است. از منظر این رویکرد، دیوان عدالت اداری صرفاً در حیطه‌ی تخطی از وظایف و اختیاراتی که بر حسب قانون برای واحد مربوط تعریف شده،

^۱. صدرالحافظی، سید نصرالله، همان، صص ۱۱۰-۱۱۴

^۲. صدرالحافظی، سید نصرالله، همان، ص ۱۳۸



صلاحیت دارد و دعاوی مدنی، حتی اگر ناشی از تخطی اداره از قواعد حقوق عمومی باشند؛ در صلاحیت دیوان قرار ندارد.^۱

در واقع بر اساس ضوابط ارائه شده در این نظریه، تنها اشخاص حقوق خصوصی نسبت به تخطی از قواعد حقوق عمومی به طرفیت نهادهای وابسته به قوه مجریه می توانند در دیوان شکایت کنند و در صورت عدم رعایت هر یک از این ضوابط، دعاوی مطرح شده رد خواهد شد. این رویکرد به ضوابط شخصی (مبتنی بر شخصیت خواهان و ضابطه‌ی ماهوی در کنار هم، برای تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عقیده دارد. اما محدودنگری و تفسیر مضیق قوانین از سوی قائلین به این نظر، موجب شده است که صلاحیت دیوان، بسیار تنگ و محدود فرض شود. به استناد اساس این نظریه که خاص دانستن صلاحیت دیوان است، باید این نکته را نیز بیان کرد که هر جا در صلاحیت دیوان عدالت اداری شک و شبهه‌ای پیش آید، بنا به صلاحیت عام مراجع عمومی دادگستری و صلاحیت خاص دیوان عدالت، به صلاحیت محاکم عمومی رأی داده می‌شود.

۲-۳. دیدگاه نظریه‌ی صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در کلیه‌ی دعاوی علیه

دولت

این نظریه، به صلاحیت عام دیوان عدالت اداری قائل است و این مرجع را در برابر محاکم عمومی حقوقی و جزایی، دارای صلاحیت عام می‌داند. بدیهی است عام دانستن صلاحیت دیوان، موجب تفسیری موسع از قوانین خواهد شد. اما ضابطه‌ای که از منظر این رویکرد ملاک تفکیک بین مراجع عمومی حقوقی و دیوان عدالت اداری معرفی می‌شود؛ ضابطه‌ای بر اساس شخصیت طرف دعا (خواننده) است؛ به این معنا که در این رویکرد، کلیه‌ی دعاوی علیه دولت، اعم از مدنی و اداری، در دیوان و دعاوی علیه اشخاص خصوصی، در محاکم عمومی حقوقی باید اقامه شود.

^۱. صدرالحافظی، سید نصرالله، همان، ص ۱۶۰



بنابراین، از منظر این رویکرد، دولتی بودن شخصیت خواننده، آن هم به معنای وسیع کلمه، تنها شرط پذیرش دعوا است. به این ترتیب، تنها ضابطه‌ی تشخیص نیز ضابطه‌ی شخصی مبتنی بر عمومی بودن شخصیت خواننده است؛ یعنی برای طرح دعوا در دیوان عدالت اداری، کافی است طرف دعوا دولت باشد و شخصیت عمومی یا خصوصی خواهان و موضوع دعوا اهمیتی ندارد و دیوان صلاحیت دارد به تمامی دعاوی علیه دولت رسیدگی کند.^۱ عام دانستن صلاحیت دیوان در تمامی دعاوی علیه دولت، حتی دعاوی مدنی که در صلاحیت عام دادگاه‌های حقوقی است؛ ایراد اساسی وارد بر این رویکرد است که طبعاً پذیرش این رویکرد را مشکل می‌کند؛ چراکه صلاحیت عام در دعاوی مدنی با محاکم عمومی حقوقی است.

۳-۳ دیدگاه نظریه‌ی صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در تخطی از قواعد حقوق عمومی و دعاوی ناشی از آن

از منظر قائلین به این نظریه، دیوان عدالت اداری، همانند محاکم عمومی دادگستری، دارای صلاحیت عام است. اما در این رویکرد، ملاک تفکیک دعاوی قابل طرح در دیوان، نسبت به دو مرجع عمومی دیگر را ضابطه‌ی شخصی مبتنی بر شخصیت عمومی خواننده و ضابطه‌ی ماهوی مبتنی بر تخطی از قواعد حقوق عمومی تشکیل می‌دهد؛ به این معنا که دعوایی در دیوان عدالت اداری قابل طرح است که اولاً، موضوع آن تخطی از قواعد حقوق عمومی یا تضییع حق به واسطه‌ی تخطی از آن باشد و ثانیاً، خواننده از اشخاص حقوق عمومی باشد. در این دیدگاه، شخصیت خواننده در دیوان در قوه‌ی مجریه محصور نیست؛ بلکه دولت به معنای عام، آن خواننده دعوا است.

از منظر این رویکرد، شخصیت خواهان در پذیرش دعوا اهمیتی ندارد و به عنوان یک ضابطه نباید بر صلاحیت دیوان تأثیرگذار باشد. همچنین این رویکرد، دیوان را در رسیدگی به دعاوی تخطی از قواعد حقوق عمومی و دعاوی ناشی از آن، دارای صلاحیت عام می

^۱. صدرالحافظی، سید نصرالله، همان، ص ۱۵۸



داند. بنابراین، در دعوایی که به ادعای تضییع حقوق اقامه می‌گردد، برای دیوان صلاحیت عام قائل است. البته در نوع خاصی از دعاوی تضییع حق، یعنی دعاوی مسئولیت مدنی که ناشی از تخطی از قواعد حقوق عمومی است؛ در زمینه صلاحیت عام دیوان، میان طرفداران این رویکرد اختلاف نظر وجود دارد؛ به طوری که عده‌ای رسیدگی به این دعا را همانند سایر دعاوی ناشی از تخطی از قواعد حقوق عمومی در صلاحیت عام دیوان می‌دانند؛ اما گروهی این نوع دعا را در صلاحیت عام محاکم عمومی دادگستری دانسته، برای دیوان در این نوع دعا صلاحیتی قائل نیستند.^۱

این رویکرد به نحو منطقی‌تری با محدوددهی صلاحیت دیوان برخورد کرده است؛ اما از این جهت که دیوان را در دعاوی مدنی ناشی از تخطی از قواعد حقوق عمومی دارای صلاحیت عام می‌داند؛ دارای ایراد است؛ زیرا رسیدگی به دعاوی حقوقی (مدنی) که ناشی از تخطی از قواعد حقوق عمومی است، در صلاحیت عام محاکم عمومی حقوقی است و اگر بنا به نص قانون، دیوان در این زمینه صلاحیت داشته باشد، این صلاحیت را باید خاص دانست.

۴. ضوابط اتخاذ شده در رویه قضایی

مطالعه‌ی آرای دیوان^۲ نشان می‌دهد قضات دیوان به دلیل این که از نظرات متفاوت دکترین متأثر بوده‌اند، نسبت به نوع صلاحیت دیوان در دعاوی مختلفی که در این مرجع مطرح می‌شود، رویکرد واحدی اتخاذ نکرده‌اند. لذا نمی‌توان با قاطعیت گفت که رویه قضایی مبتنی بر ضوابط کدام رویکرد، دعاوی قابل طرح در دیوان را تشخیص می‌دهد.

^۱. صدرالحافظی، سیدنصرالله، همان، صص ۱۹۴-۱۹۸

^۲. برای دستیابی به آرای استناد شده با استفاده از شماره‌ی رأی و تاریخ صدور به منابع ذیل رجوع کنید به:

نرم افزار لوح حق. نسخه‌ی بهار ۸۷



در مورد شخصیت خواهان در دیوان عدالت اداری، آرای دیوان گویای این نکته مهم است که از منظر رویه‌ی قضایی شخصیت خواهان در حوزه‌ی صلاحیت شعب، متفاوت با حوزه‌ی صلاحیت هیأت عمومی متفاوت است. از زمان صدور رأی وحدت رویه‌ی ۳۷-۳۸-۳۹ در سال ۶۸^۱، که دعاوی واحدهای دولتی را در شعب دیوان عدالت اداری غیرقابل طرح دانسته است؛ این رویکرد بر شعب دیوان حاکم بوده است که دولتی بودن شخصیت خواهان که در اکثر موارد با ملاک‌های سازمانی و شکلی احراز می‌شود؛ مانع پذیرش دعوا در دیوان عدالت اداری است.^۲ دیدگاه دیگری سعی داشته است دولت به ماهو دولت را از دولتی که در شأن و جایگاه اصیل خود قرار ندارد؛ تفکیک کند و بر اساس آن، ممنوعیت واحدهای دولتی در طرح دعوا در رأی وحدت رویه‌ی سال ۶۸ را به مواردی مربوط کند که دولت بالاصاله طرح دعوا می‌کند؛ اما چنین رویکردی تنها در رأی وحدت رویه‌ی ۱۵۵ به تاریخ ۷۱/۷/۲۵^۳ و رأی وحدت رویه‌ی ۲۱۱ مورخ ۱۳۷۸/۴/۱۹ منعکس شده و مورد

^۱. «نظر به این که در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات واحدهای دولتی تصریح گردیده و با توجه به معنی عرفی و لغوی کلمه‌ی مردم، واحدهای دولتی از شمول مردم خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود و مستفاد از بند یک ماده‌ی ۱۱ دیوان نیز اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی می‌باشند. علی‌هذا شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد» (دادنامه‌ی ۳۷-۳۸-۳۹ به تاریخ ۱۳۶۸/۷/۱۰)

^۲. برای نمونه می‌توانید به آرای ذیل مراجعه کنید: دادنامه‌ی ۷۹ به تاریخ ۱۳۷۴/۵/۱۴؛ دادنامه‌ی ۱۷۶ به تاریخ ۱۳۷۴/۱۰/۲؛ دادنامه‌ی ۱۴۵ به تاریخ ۱۳۷۴/۸/۲۷؛ دادنامه‌ی ۶۰۲ که در تاریخ ۱۳۷۴/۱۰/۲۶؛ دادنامه‌ی ۱۲ به تاریخ ۱۳۸۰/۱/۲۶؛ دادنامه‌های ۲۹۴، ۲۹۵ و ۲۹۶ به تاریخ ۱۳۸۰/۹/۱۱؛ دادنامه‌ی ۲۵۴ به تاریخ ۱۳۸۲/۷/۶؛ دادنامه‌ی ۶۷ که به تاریخ ۱۳۸۷/۳/۲۰؛ دادنامه‌ی ۸۵/۲/۱۷ به تاریخ ۱۳۸۷/۳/۲۰

^۳. «هرچند سازمان اوقاف در عداد واحدهای دولتی قرار دارد و مطابق مقررات و رأی شماره‌ی ۳۹.۳۸.۳۷ مورخ ۶۸/۷/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در مقام ایجاد وحدت رویه‌ی صادر شده، رسیدگی به شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی جز نسبت به مصوبات و نظامات دولتی از قلمرو صلاحیت دیوان خارج است؛ لیکن حکم مذکور ناظر به مواردی است که واحد دولتی بالاصاله و در مقام حفظ حقوق دولت مبادرت به تقدیم دادخواست کند؛ در حالی که به موجب احکام و مقررات قانون مدنی، در باب ماهیت حقوقی عقد وقف و نتایج و آثار مترتب بر آن، مال موقوفه متعلق حق دولت نیست و درآمد و عواید آن جزء بودجه‌ی عمومی دولتی محسوب نمی‌شود و سازمان



استقبال قضات قرار نگرفته است. رویه‌ی غالب و حاکم در میان اکثر قضات، ضابطه دانستن خصوصی بودن شخصیت خواهان است؛ به نحوی که با اثبات دولتی بودن شخصیت خواهان، به واسطه‌ی معیارهای شکلی و سازمانی، به عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری رأی داده می‌شود. بنابراین، می‌توان با قاطعیت گفت از دیدگاه رویه‌ی قضایی، شخصیت خصوصی خواهان، از جمله ضابطه‌های مهم تشخیص قابلیت طرح دعا در حوزه‌ی صلاحیت شعب دیوان است.

اما در حوزه‌ی صلاحیت هیأت عمومی دیوان، با توجه به رویه‌ی سی ساله، می‌توان اذعان کرد شخصیت خصوصی یا عمومی خواهان، در پذیرش یا عدم پذیرش دعا اهمیت ندارد و به عنوان ضابطه‌ای در تشخیص صلاحیت مطرح نیست^۱. بنابراین، با قاطعیت می‌

اوقاف در اداره‌ی امور موقوفات، در واقع و نفس الامر، مجری نیات و اهداف واقف و حافظ منافع و حقوق موقوف علیهم است و به نیابت و نمایندگی قانونی آنان عهده دار تولیت و اداره‌ی امور موقوفات می‌باشد، و تبعاً در صورت تضییع حقوق آن‌ها می‌تواند به نمایندگی قانونی موقوف علیهم، حسب مورد به مراجع قضایی و از جمله دیوان عدالت اداری شکایت کند....»

- ۱- در دادنامه‌ی ۳۲۷ مورخ ۱۳۸۱/۹/۱۰، شاکی، نیروی انتظامی و مشتکی عنه، شورای عالی اداری است.
- در دادنامه‌ی ۳۵ به تاریخ ۱۳۸۳/۲/۱۳، شاکی، صدا و سیما و مشتکی عنه، هیأت وزیران است.
- در دادنامه‌ی ۵۸ به تاریخ ۱۳۸۵/۲/۱۰، شاکی، بخشداری فریدون کنار و مشتکی عنه، وزارت کشور است.
- در دادنامه‌ی ۵۰۱ و ۵۰۲ به تاریخ ۱۳۸۳/۱۰/۶، شاکی، سازمان صنایع نیروهای مسلح و شرکت مهندسی تعمیرات هواپیمایی فجر آشیان و مشتکی عنه، سازمان تأمین اجتماعی است.
- در دادنامه‌ی ۵۷ به تاریخ ۱۳۸۲/۲/۷، شاکی، شورای شهر گرمه جاجرم و مشتکی عنه، استانداری خراسان است.
- در دادنامه‌ی ۳۸۶ به تاریخ ۱۳۸۴/۷/۲۴، شاکی، شرکت ملی گاز ایران و مشتکی عنه، وزارت کشور است.
- در دادنامه‌ی ۴۳۲ به تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۲۸، شاکی، رئیس قوه‌ی قضاییه و مشتکی عنه، هیأت وزیران است.
- در دادنامه‌ی ۳۸۹ به تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۱، شاکی، قائم مقام دبیر شورای نگهبان و مشتکی عنه، هیأت وزیران است.
- در دادنامه‌ی ۲۲۹ به تاریخ ۱۳۸۲/۶/۱۶، شاکی، قائم مقام دبیر شورای نگهبان و مشتکی عنه، وزیر کشور و استان داران است.

- در دادنامه‌ی ۱۳۰ به تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱، شاکی، سازمان بازرسی کل کشور و مشتکی عنه، وزیر نیرو است.
- در دادنامه‌ی ۱۱۸۱ به تاریخ ۱۳۸۶/۱۰/۹، شاکی، سازمان بازرسی کل کشور و مشتکی عنه، وزارت امور اقتصاد و دارایی است (برای آگاهی بیش تر رک: کوروش استوار سنگی، مفهوم دولت) بررسی نهادهای رسمی جمهوری



توان گفت خصوصی بودن شخصیت خواهان، در حوزه‌ی صلاحیت شعب، ضابطه‌ای جهت تشخیص دعاوی است که عدم رعایت آن، موجب رد دعوا می‌شود؛ در صورتی که شخصیت خواهان در حوزه‌ی صلاحیت هیأت عمومی اهمیتی ندارد و خصوصی بودن شخصیت خواهان، به عنوان ضابطه‌ای جهت تشخیص دعاوی قابل طرح در حوزه‌ی صلاحیت هیأت عمومی در نظر گرفته نمی‌شود.

شخصیت خوانده، از منظر رویه‌ی قضایی، ضابطه‌ای مهم به شمار می‌رود. در مورد شخصیت خوانده، در هیأت عمومی و شعب دیوان، به نحو یکسان بر خورد شده است و شخصیت خوانده در قوه‌ی مجریه محصور دانسته نشده است. بنابراین، رویکرد صلاحیت خاص که صلاحیت دیوان را در قوه‌ی مجریه محصور دانسته است؛ در دیوان عدالت اداری پذیرفته نشده است (در میان آرای که دیوان به تصمیمات اداری قوه‌ی قضاییه^۱، مؤسسات عمومی، نهادهای عمومی غیردولتی و نهادهای نامتمرکز، نظیر شوراها^۲ و شهرداری‌ها صادر

اسلامی ایران، استاد راهنما: اردشیر امیر ارجمند، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران (ب)، ۱۳۸۸، صص ۳۰۸-۳۱۲).

^۱ نظیر دادنامه‌ی شماره‌ی ۵۹ در تاریخ ۱۳۷۸/۱ به خواسته‌ی ابطال بند الف ماده‌ی ۶ آیین دادرسی دیوان عدالت اداری؛ دادنامه‌ی شماره‌ی ۳۸۱ در تاریخ ۱۳۷۹/۱۲/۷ به خواسته‌ی ابطال بخشنامه‌ی شماره‌ی ۱۴۰.۷۷.۷۵۲۲۶.۹۲ مورخ ۱۳۷۷/۱۱/۱۱ معاون قضایی دادستان کل کشور؛ دادنامه‌ی شماره‌ی ۲۱ الی ۲۸ در تاریخ ۱۳۷۷/۱۰/۱۲ به خواسته‌ی ابطال بخشنامه‌ی شماره‌ی ۱.۷۷.۱۱۲۱۸ مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۱۲ معاون اجرائی قوه‌ی قضاییه؛ دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۱۴ در تاریخ ۱۳۸۰/۴/۱۰ به خواسته‌ی ابطال اصلاحیه‌ی دستورالعمل نحوه‌ی رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز مصوب رییس قوه‌ی قضاییه؛ دادنامه‌ی ۱۸۵ به تاریخ ۱۳۸۶/۳/۲۰ به خواسته‌ی ابطال بخشنامه‌ی شماره‌ی ۲/۱۶۰۲/۲۶۱۴ مورخ ۱۳۸۲/۸/۱۷ معاون طرح‌ها و برنامه‌های قوه‌ی قضاییه؛ دادنامه‌ی ۱۵۰۰ در تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۱۴ به خواسته‌ی ابطال تصمیم ۶۰/ق/۱۰۷۹۶ مورخ ۱۳۸۶/۴/۶ مدیر کل کارگزینی قضات و شماره‌ی ۱۶/۳۹۱۲ مشاور معاون اداری - مالی قوه‌ی قضاییه، دادنامه ۴۳۸ به تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲۸ به خواسته‌ی اعلام تعارض آرای صادر شده از شعب ۲۵ و ۱۲ تجدید نظر دیوان عدالت اداری که رأی وحدت رویه‌ی ای است که در آن بر صلاحیت دیوان نسبت تصمیمات هیأت اجرایی مرکز امور مشاوران قوه‌ی قضاییه تأکید شده است و...

^۲ نظیر دادنامه‌ی ۴۰۶ به تاریخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۲ به خواسته‌ی ابطال مصوبه‌ی مورخ ۱۳۷۸/۵/۲۱ شورای اسلامی شهر تهران؛ دادنامه‌ی ۵۵۵ به تاریخ ۱۳۸۳/۱۱/۱۴ به خواسته‌ی ابطال مصوبه‌ی ۱۴۲ جلسه‌ی مورخ ۷۹/۱۲/۱ شورای اسلامی شهر تهران؛ دادنامه‌ی ۱۷۲ به تاریخ ۸۴/۴/۲۶ به خواسته‌ی ابطال مصوبه‌ی هشتاد و یکمین جلسه‌ی مورخ



کرده است) مهم‌تر از همه این که دیوان، مراجع شبه قضایی ذکر شده در بند ۲ ماده‌ی ۱۳ قانون سابق را که در بند ۲ ماده‌ی ۱۰ فعلی انعکاس یافته‌است، حصری ندانسته و در آرای بسیاری به شکایت علیه نهادها و مراجع شبه قضایی ذکر نشده در آن مقرر، رسیدگی کرده است.^۱ این موارد، نشان دهنده‌ی عدم گرایش به رویکرد صلاحیت خاص دیوان است. اما در کنار این مصادیق، مواردی نیز وجود دارد که نشان می‌دهد رویه‌ی قضائی هنوز با وضعیت ایده آل فاصله دارد؛ وضعیتی که در آن، به تصمیمات کلیه‌ی واحدهای متصدی امر عمومی رسیدگی کند. عدم رسیدگی دیوان به تصمیمات اداری نهادهایی نظیر قانون وکلا، قانون سردفتران و دفترباران، دانشگاه آزاد و اعمال معیارهای صرفاً شکلی در تشخیص دولتی بودن؛ همگی حاکی از این است که دیوان عدالت اداری، هرچند صلاحیت خود را از قوه‌ی مجریه فراتر می‌داند؛ هنوز به ملاک واحدی برای تشخیص نهادهای تحت کنترل خود نرسیده است. علاوه بر این، صالح ندانستن دیوان نسبت به آرای مراجع شبه قضایی، در مواردی که قانون، «محکمه‌ی صالح» را به عنوان مرجع تجدیدنظرخواهی از آرای این مراجع معرفی کرده است؛ نشان می‌دهد محدودنگری به حوزه‌ی صلاحیت دیوان، در میان قضات دیوان نفوذ دارد و به اتخاذ چنین رویه‌هایی منجر شده است. اما در مجموع،

۱۳۷۹/۴/۹ شورای اسلامی شهر اهواز؛ دادنامه‌ی ۱۴۸،۱۴۷،۱۴۶ به تاریخ ۸۴/۴/۵ به خواسته‌ی ابطال دس‌نورالعمل شماره‌ی ۱۷۷۴ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۸ شورای اسلامی شهر کرمان؛ دادنامه‌ی ۴۰۹ به تاریخ ۱۳۸۴/۹/۶ ابطال مصوبه‌ی شماره‌ی ۱۶۰/۴۶۰/۱۶۷۲۵ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۲ شورای اسلامی شهر تهران؛ دادنامه‌ی ۵۶۱ به تاریخ ۸۴/۱۰/۱۱ به خواسته‌ی ابطال مواد ۳ و ۵ مصوبه‌ی شماره‌ی ۵/۸۲/۲۳۴۲ مورخ ۱۳۸۲/۴/۲۳ شورای اسلامی شهر کرج و...

^۱. برای نمونه، شورای عالی ثبت در مواردی که به رسیدگی به مسائل ثبتی مبادرت می‌کند، یک مرجع شبه قضایی است که البته در بند ۲ ماده‌ی ۱۱ به آن اشاره نشده است. اما در رأیی که به شماره‌ی دادنامه‌ی ۱۴ به تاریخ ۱۳۷۴/۲/۹ صادر شده است؛ این شورا در زمره دادگاه‌های اداری موضوع بند ۲ ماده‌ی ۱۱ در نظر گرفته شده است. همچنین رأیی در باره‌ی صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به آرای صادر شده از شعب تعزیرات حکومتی صادر شده است. در متن رأی به صلاحیت مطلق دیوان در رابطه با مراجع شبه قضایی اشاره شده است. این رأی به شماره‌ی دادنامه‌ی ۲۵۲ به تاریخ ۱۳۸۰/۸/۱۳ صادر شده است و...



رویکرد صلاحیت عام، در آرای دیوان نفوذ و آثار بیش‌تری داشته و منشاء پذیرش دعاوی علیه نهادهای خارج از قوه‌ی مجریه شده است.

علاوه بر ضوابط شخصی مذکور، از ضوابط ماهوی در تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان استفاده شده است. صالح ندانستن دیوان در تصمیمات تقنینی، قضایی، سیاسی و عدم پذیرش شکایت از اعمال خصوصی دولت، نشان از ضابطه‌ای دارد که می‌توان آن را «اداری بودن عمل مورد شکایت» نامید. پذیرش رسیدگی به تقاضای ابطال تصمیمات، با ادعای خلاف قانون بودن، خلاف شرع بودن و خروج از حدود اختیارات؛ نشان دهنده‌ی ضابطه‌ی ماهوی دیگری است تحت عنوان «ضابطه‌ی تخطی از قواعد حقوق عمومی». در زمینه‌ی تبعات ناشی از تخطی از قواعد حقوق عمومی، با توجه به آرای وحدت رویه‌ای که صلاحیت دیوان تا مرحله‌ی احقاق حق و الزام به اعاده‌ی حقوق را مورد تأیید قرار داده اند؛^۱ می‌توان گفت غلبه با رویکردی است که دیوان را در این نوع دعاوی به تبع دعاوی اداری دارای صلاحیت می‌داند. همچنین کنترل عدم مغایرت مصوبات با قانون اساسی، فرامین رهبری و اصول مهمی نظیر تفکیک قوا، گویای تمایل رویه‌ی قضایی به رویکردی موسع نسبت به صلاحیت ماهوی دیوان است. اما عدم رسیدگی به جنبه‌ی قانونیت قراردادهای^۲ و عدم کنترل مصوبات اداری مادون به ادعای مخالفت با مصوبات اداری بالاتر؛ حاکی از گرایش به رویکرد محدودنگر به حوزه‌ی صلاحیت دیوان است.

۱. دادنامه‌ی ۹۳ به تاریخ ۱۳۸۲/۳/۴ در زمینه‌ی اعلام تعارض آرای شعب ۶، ۱۳ و ۲۰؛ دادنامه‌ی ۱۱۴ به تاریخ ۱۳۷۲/۶/۲۰ در خصوص اعلام تعارض آرای شعب ۶، ۹ و ۱۵؛ دادنامه‌ی ۱۴۲۷ است به تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۵ در خصوص اعلام تعارض آرای صادر شده از شعب اول و چهارم تجدیدنظر و..

۲. در مورد صلاحیت دیوان نسبت به قراردادهای اداری اختلاف نظر وجود دارد. گروهی بر این باورند که قراردادهای اداری، مشمول تصمیمات اداری قابل شکایت در دیوان نیست و رسیدگی به قراردادهای را به طور کلی در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری می‌دانند؛ اما از نظر برخی دیگر، باید میان رسیدگی به جنبه‌ی ای از قراردادهای اداری که تحت سیطره‌ی حقوق اداری است و جنبه‌ی حقوقی آن تفاوت قائل شد و گفت، رسیدگی به جنبه‌ی اداری قراردادهای اداری در صلاحیت دیوان عدالت است؛ اما رسیدگی به جنبه‌ی خصوصی این قراردادها، مثل اختلاف در مفاد قرارداد یا در آثار ناشی از آن در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری قرار دارد و نباید به طور مطلق برای همه‌ی جنبه‌های قرارداد اداری، یک مرجع را صالح دانست. رویه‌ی قضایی دیوان نشان می‌دهد که قضات دیوان به رویکرد اول



البته باید در ارائه‌ی ضابطه‌ی ماهوی میان حوزه‌ی صلاحیت شعب و هیأت عمومی تفاوت قائل شد. به این ترتیب: از آن جا که هیأت عمومی دیوان تنها به ادعای تخطی از قواعد حقوق عمومی نسبت به تصمیمات عام الشمول اداری رسیدگی می‌کند و طرح دعاوی علیه تصمیمات موردی و دعاوی‌ای نظیر استیفای حق را نمی‌پذیرد و این دعاوی را به شعب ارجاع می‌دهد؛ می‌توان گفت ضابطه‌ی ماهوی در هیأت عمومی، عام الشمول بودن تصمیم اداری و تخطی از قواعد حقوق عمومی است.

اما در حوزه‌ی صلاحیت شعب، علاوه بر ضوابط اداری بودن عمل و تخطی از قواعد حقوق عمومی در اصل عمل اداری، ضابطه‌ی ناشی بودن دعاوی حقوقی از تخطی از قواعد حقوق عمومی و پیوستگی آن با دعاوی اداری مطرح است؛ زیرا شعب دیوان تنها در صورتی به دعاوی حقوقی رسیدگی می‌کند که اولاً، ناشی از تخطی اداره از قواعد حقوق عمومی باشد؛ ثانیاً، به دنبال دعاوی اداری مطرح شود.

البته با توجه به استثنائات ذکر شده در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲، این ضابطه نیز به جمع ضوابط در حوزه صلاحیت هیأت عمومی اضافه می‌شود که شکایت مطرح شده، شکایت علیه واحدهای ذکر شده در این تبصره نباشد.. توضیح بیش‌تر این‌که در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، نهادهایی از حوزه‌ی صلاحیت هیأت عمومی دیوان خارج شده‌اند. تصمیمات قضایی قوه‌ی قضاییه، آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و تصمیمات رئیس قوه‌ی قضاییه، شورای نگهبان قانون اساسی (مصوبات و تصمیمات آن)، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای عالی امنیت ملی؛ واحدهایی هستند که در این تبصره ذکر شده‌اند. با توجه به صراحت این ماده در عدم صلاحیت دیوان نسبت به

گرایش داشته و دیوان را به رسیدگی به قانونیت قراردادها صالح ندانسته‌اند. در واقع تئوری قراردادهای اداری، چنان که شایسته بوده است در نظام حقوقی ما جایگاه خود را پیدا نکرده و چندان به تفاوت‌های مهم این نوع قرارداد با قراردادهای خصوصی عنایت نشده است. به همین دلیل، هنوز به دادرسی ویژه برای رسیدگی به این نوع تصمیمات اداری که تصمیم‌گیری در خصوص آن نیازمند آشنایی با مقتضیات عمل اداری است، احساس نیاز نشده است و رویه‌ی قضایی کماکان رسیدگی به قراردادها را بدون توجه به تفاوت‌های اساسی قراردادهای اداری نسبت به قراردادهای خصوصی در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری می‌داند.



تصمیمات این نهادها، می‌توان گفت یکی از ضوابطی که قضات دیوان عدالت جهت رسیدگی به دعاوی در نظر دارند، این است که تصمیم مورد شکایت، تصمیم اتخاذ شده از سوی این نهادها نباشد.

در مجموع می‌توان گفت رویه قضایی دیوان، در ارائه‌ی ضابطه، میان حوزه‌ی صلاحیت شعب و هیأت عمومی قائل به تفکیک است. این تفکیک در مورد جنبه‌ی ماهوی دعوا به دلیل تفاوت دعاوی قابل طرح در شعب و هیأت عمومی، طبیعی است، اما در خصوص شخصیت خواهان از منطوق اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ متأثر است. توضیح بیش‌تر این که در اصل ۱۷۰، از واژه‌ی «هرکس» در زمینه‌ی دعاوی ابطال استفاده شده است و از آن جا که رسیدگی به دعاوی ابطال تصمیمات عام الشمول، بر اساس قانون دیوان به هیأت عمومی واگذار شده است، از منظر قضات، هرکس، اعم از شخص عمومی یا خصوصی حق طرح دعوا در هیأت عمومی را دارد. اما در مقابل، متأثر از واژه‌ی «مردم» در اصل ۱۷۳ که برای سایر دعاوی قابل طرح در دیوان است، از منظر قضات، شخصیت خواهان در شعب دیوان به اشخاص حقوق خصوصی محدود است.

۵. رویکرد مطلوب در ارائه‌ی ضوابط تشخیص

انتقادی که به نظر ما بر دکتترین و رویه‌ی قضایی وارد است، این که در ارائه‌ی ضوابط تشخیص و تعیین محدوده‌ی صلاحیت دیوان، به نوع صلاحیت دیوان در دعاوی مطرح شده توجه کافی نشده است. دکتترین حقوقی، صلاحیت دیوان را یا مطلقاً عام، یا خاص معرفی می‌کنند و رویه‌ی قضایی نیز به اهمیت و تأثیر گذاری این مسئله چندان توجهی نداشته است.

به نظر می‌رسد، نگاه صحیح در این باره آن است که دیوان عدالت اداری در بعضی دعاوی، دارای صلاحیت عام و در بعضی دیگر دارای صلاحیت خاص است. توضیح بیشتر اینکه در اصل ۱۵۹ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون



است؛ نهاد دادگستری، به طور کلی بدون تفکیک اجزا و ارکان آن، به عنوان مرجع رسمی تظلمات و شکایات شناخته شده است. اصطلاحاتی که قانون اساسی در اصول بعد، جهت تشریح وظایف قوه قضاییه، برای اجزای آن به کار می‌برد؛ با اصطلاح «دادگستری» متفاوت است. این اصول، گویای عمومیت لفظ دادگستری در اصل ۱۵۹ و اصطلاحات محاکم و دادگاه در دیگر اصول است و اینکه هر گاه مقنن قصد اشاره به محکمه‌ی خاصی داشته است، برای آن، پسوند یا نام خاصی به کار برده است، مانند محاکم نظامی، محاکم عمومی، دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت لفظ دادگستری در اصل ۱۵۹، همه‌ی محاکم، از جمله دیوان عدالت اداری را شامل می‌شود.

نکته‌ی دیگر اینکه در اصل ۱۵۹، تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها به حکم قانون منوط شده است؛ چنانکه در اصل ۱۶۱ بیان می‌دارد: «دیوان عالی کشور، به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه‌ی قضایی که طبق قانون به آن محول می‌شود، بر اساس ضوابطی که رئیس قوه‌ی قضاییه تعیین می‌کند تشکیل می‌گردد»؛ و در اصل ۱۷۳ نیز راجع به دیوان عدالت اداری آمده است: «حدود و اختیارات و نحوه‌ی عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند». تشکیل دادگاه‌ها، تعیین صلاحیت و حدود اختیارات آنها توسط قانون عادی، همگی نشان دهنده‌ی اهمیت قانون عادی در سامان دادن به نظام دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها است. این مسئولیت با رعایت حداقل‌های صلاحیتی که در اصول قانون اساسی برای برخی نهادها تعیین شده است؛ باید همراه باشد. به عبارتی آنچه مهم است، این که در تعیین صلاحیت‌ها مواردی که طبق قانون اساسی در صلاحیت مرجعی قرار داده شده است، از آن گرفته نشود و ذکر صلاحیت‌های برخی از محاکم در قانون اساسی، به معنی محدودیت قانون عادی در گسترش صلاحیت این محاکم نیست؛ چرا که بنا به اصل ۱۵۹، تعیین صلاحیت دادگاه‌ها؛ البته با رعایت حداقل‌های قانون اساسی، بر عهده‌ی قانون عادی گذاشته شده است. بنابراین، قانون‌گذار عادی می‌تواند صلاحیت هر یک از محاکم را تعیین کند و صلاحیت محاکم مذکور در قانون اساسی، نظیر دیوان عالی



کشور و دیوان عدالت اداری را گسترش دهد؛ اما حق ندارد صلاحیت‌های تعیین شده برای آنها را در قانون اساسی محدود کند.^۱

برای دستیابی به چگونگی تقسیم صلاحیت میان دادگاه‌ها توسط قانون‌گذار عادی؛ نگاهی به قانون، ما را به این امر رهنمون می‌سازد که بر اساس نظام تقسیم صلاحیت‌ها، سه صنف حقوقی، کیفری و اداری در نظام حقوقی ما وجود دارد. هر یک از این سه صنف، دارای مرجعی با صلاحیت عام و تعدادی مراجع اختصاصی است؛ به این ترتیب که محاکم عمومی حقوقی، در صنف حقوقی؛ محاکم عمومی کیفری، در صنف دادگاه‌های کیفری؛ و دیوان عدالت اداری، در صنف اداری دارای مرجعیت عام هستند؛ یعنی جهت رسیدگی به تمامی دعاوی مطرح در صنف مربوط به خود صلاحیت دارند؛ مگر اینکه بنا به نص قانون این صلاحیت تخصیص خورده باشد.^۲ نکته مهم دیگر اینکه، امکان تخصیص صلاحیت عام سه مرجع عمومی (حقوقی، کیفری و اداری) وجود دارد. این تخصیص، دو نتیجه دارد: نخست، این که دعوایی که در صلاحیت عام یک مرجع عمومی است، بنا به نص قانون، از حوزه صلاحیت آن مرجع خارج می‌شود. در این حالت، مرجع مربوط در آن باره دیگر صلاحیتی ندارد. دوم، این که مرجع دیگری بنا به نص قانون، صلاحیت رسیدگی به دعوایی را که در صلاحیت عام مرجع دیگر بوده است؛ به دست می‌آورد. این صلاحیت برای آن مرجع، صلاحیتی خاص است که به نص قانون محدود و محصور است. بنابراین، بنا به نص قانون، ممکن است صلاحیت عام هر یک از سه مرجع عمومی، تخصیص بخورد یا صلاحیت رسیدگی به دعوایی را پیدا کنند که در صلاحیت عام آن‌ها قرار ندارد؛ نظیر صلاحیت خاصی که قانون‌گذار برای دادگاه‌های کیفری در دعاوی حقوقی قائل شده است و رسیدگی به دعوی جبران ضرر و زیان به تبع دعوی کیفری را در صلاحیت محاکم کیفری قرار داده و صلاحیت عام دادگاه‌های حقوقی را تخصیص زده است.

^۱. سلیمانی، مهستی، منبع پیشین، ص ۵۷

^۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، دراک، چاپ هفتم، ۱۳۸۴، ص ۳۸۷



نتیجه اول

دیوان عدالت اداری، در صنف اداری، یعنی هر دعوی که به عنوان دعوی اداری مورد شناسایی قرار گیرد؛ باید دارای صلاحیت در نظر گرفته شود؛ مگر اینکه نص قانون این صلاحیت را از این مرجع گرفته باشد. در ارائه ضوابط، لازم است ضوابطی جهت شناخت و تفکیک دعوی اداری از دعوی کیفری و حقوقی ارائه دهیم تا بتوانیم دعوی قابل طرح در دیوان را معرفی کنیم. ضمن اینکه در نصوص قانون به دنبال استثنائات وارد بر صلاحیت عام دیوان در دعوی اداری باشیم؛ نظیر تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲ قانون دیوان که دعوی اداری علیه مراجع خاصی را از صلاحیت دیوان خارج کرده است. بر همین اساس، پس از شناسایی صلاحیت عام برای دیوان در دعوی اداری، جهت ارائه ضوابط تشخیص دعوی قابل طرح در دیوان؛ در گام بعد باید به شناسایی دعوی اداری و تفکیک آن از دو نوع دعوی دیگر پرداخت.

می‌توان گفت معیارهای تشخیص اداری بودن دعوا، معیارهای ماهوی است؛ به این معنا که دعوایی، اداری است که:

اولاً، نسبت به اعمال اداری اقامه شود؛ یعنی اعمالی که اداره در جهت حفظ نظم عمومی و خدمات عمومی و با برخورداری از امتیازات ویژه انجام می‌دهد. در یک تقسیم‌بندی، اعمال اداری را به «اعمال اداری یک جانبه» و «اعمال اداری دو جانبه» تقسیم می‌کنند. تصمیمات یک جانبه اداره، تصمیماتی هستند که بنابر قصد و اراده‌ی اداره، برای مردم حق و تکلیف ایجاد می‌کنند. اما تصمیمات دو جانبه، از قصد و اراده‌ی اداره و طرف مقابل به وجود می‌آیند. تصمیمات یک جانبه، نمود اقتدار اداره و استفاده از امتیاز ویژه در اجرای وظایف است؛ زیرا ایجاد حق و تکلیف برای عموم یا دسته‌ای از اشخاص، به طور یک جانبه و بدون این که اراده‌ی اشخاص طرف حق و تکلیف در آن نقشی داشته باشد؛ نمونه‌ی بارز و کامل استفاده از امتیازات ویژه و اقتدار اداره است. بنابراین، درباره‌ی تصمیمات یک جانبه اداره، در صلاحیت دیوان عدالت اداری هیچ شکی نیست؛ اما در خصوص تصمیمات دو جانبه‌ی اداری این توضیح لازم است: از آن جا که قواعد حقوق عمومی و قواعد حقوق



خصوصی در قراردادهای اداری با یکدیگر آمیخته شده است؛ قسمتی از قراردادهای اداری که باید بر اساس ضوابط حقوق اداری صورت گیرد؛ تحت سیطره‌ی این قواعد بوده و باید دیوان را در این حوزه صالح دانست. اما در قسمت دیگر که با قراردادهای خصوصی تفاوتی ندارد؛ چون تحت سیطره‌ی قواعد خصوصی قرار دارد، محاکم عمومی حقوقی (مدنی) صالح هستند. به عبارتی، با توجه به صلاحیت عام دیوان در دعاوی تخطی از قاعده‌ی حقوق عمومی باید گفت دیوان عدالت اداری در جنبه‌ای از این قراردادها که تحت ضوابط حقوق اداری قرار دارند؛ صلاحیت دارد.

ثانیاً، این دعاوی به ادعای نقض قواعد حاکم بر اعمال عمومی اقامه‌ی دعوا شود. بنابراین، مهم‌ترین ضابطه برای تشخیص دعاوی اداری و به تبع آن دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، اولاً، اداری بودن عمل مورد شکایت و ثانیاً، ادعای نقض قواعد حقوق عمومی در انجام دادن عمل اداری است.

از آن جا که انجام دادن اعمال اداری تنها از سوی دارندگان شخصیت حقوق عمومی امکان دارد؛ تنها نسبت به این اشخاص می‌توان در دیوان شکایت کرد. به این ترتیب، از درون ضابطه‌ی ماهوی، ضابطه‌ای شخصی بیرون می‌آید که عمومی بودن شخصیت خواننده نام دارد. در حقوق اداری لفظ اداره که متصدی انجام دادن اعمال اداری است، شامل تمام سازمان‌هایی می‌شود که وظیفه‌ی حفظ نظم عمومی و اجرای خدمات عمومی را با برخورداری از امتیازات ویژه‌ای که اقتضای اجرای این وظایف است، بر عهده دارند. اشخاصی که در نظام حقوق اداری ما به لحاظ انجام دادن امر عمومی، از حقوق و امتیازات ویژه بر خوردار هستند؛ سازمان‌های اداری خوانده می‌شوند که همگی در مواردی که از امتیازات ویژه خود استفاده می‌کنند، تحت لوای حقوق اداری بوده و باید تحت کنترل قضایی دیوان باشند. باید توجه داشت اجرای خدمات عمومی توسط بخش به اصطلاح غیردولتی (به معنای عدم وابستگی سازمانی به دولت مرکزی)، باعث از میان رفتن مقتضیات انجام دادن خدمات عمومی نمی‌شود؛ به این معنا که کلیه‌ی اشخاص حقوق عمومی تحت نظارت دولت مرکزی، در انجام دادن خدمات عمومی از امتیازات و حقوق



ویژه‌ای برخوردارند و عدم وابستگی سازمانی به دولت مرکزی، مانع استفاده از این اقتدار و امتیاز نیست؛ چراکه لازمه‌ی انجام دادن خدمات عمومی، استفاده از حقوق و امتیازات ویژه در شرایطی است که اصول و قواعد حاکم بر اجرای خدمات عمومی، استفاده از این امتیازات را ایجاب کند. زمانی که اجرای خدمت عمومی برای نهادی تعریف می‌شود، برخورداری از امتیازات ویژه را نیز به همراه خواهد داشت؛ امری که در مورد نهادهای عمومی غیردولتی و نظام‌های حرفه‌ای، شاهد آن هستیم. دیدگاه ایده آل این است صلاحیت دیوان را به نهادهای که از امتیازات ویژه جهت انجام دادن امر عمومی برخوردار است، گسترش دهیم تا بدین ترتیب بر تمامی سازمان‌های دارای قدرت ویژه کنترل قضائی اعمال شود؛ چرا که به جز قانون‌گذاری، قضایی و سیاسی که سیستم کنترلی خاص خود را دارند؛ تمامی اعمال اداری باید در سیطره‌ی کنترل دادرس اداری باشد تا به واسطه‌ی این کنترل، بتوان از قانون صیانت کرد و حاکمیت قانون را عملاً نه صرفاً در حد وضع قانون، بر تمامی اعمال اداری حاکم ساخت.

این نکته را نیز باید اضافه کرد که شخصیت خواهان بر اداری بودن دعوا تأثیری ندارد و به عنوان یک ضابطه در نظر گرفته نمی‌شود. بنابراین، در حوزه‌ی صلاحیت عام دیوان، سه ضابطه در تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان باید رعایت گردد: (۱) اداری بودن عمل؛ (۲) ادعای نقض قواعد حقوق عمومی؛ (۳) عمومی بودن شخصیت خواننده. این ضوابط در خصوص آن دسته از دعاوی که به ادعای ابطال تصمیم یا اقدام اداری در هیأت عمومی یا شعب دیوان اقامه می‌شود؛ کاربرد دارند.

علاوه بر این دعاوی، دعاوی‌ای در دیوان مطرح می‌شوند که با دعاوی ابطال اندکی متفاوت هستند. دعاوی استخدامی، یکی از این دعاوی اداری است که با توجه به موضوع آنها که تضییع حقوق استخدامی است، ضوابط آن کمی متفاوت می‌شود. در این نوع دعاوی نیز، مهم‌ترین ضابطه، ضابطه‌ای ماهوی است؛ یعنی موضوع دعوا، تصمیم اداری در زمینه‌ی حقوق استخدامی است و ادعای مورد رسیدگی، تضییع حقوق استخدامی است. از آن جا که رابطه‌ی استخدامی تنها میان کارمندان دولت و نهادها و سازمان‌های مشمول قانون



استخدام قابل شکل گیری است؛ شاکی در این نوع دعاوی، لزوماً کارمند دولت و مشتکی عنه، مشمولین قانون استخدام می‌باشند. بنابراین، در این نوع دعاوی، این ضوابط باید رعایت گردد: (۱) تصمیم یا اقدام اداری در حقوق استخدامی؛ (۲) ادعای تضییع حقوق استخدامی؛ (۳) وجود رابطه‌ی استخدامی بین شاکی و مشتکی عنه (کارمند بودن شاکی، تحت شمول قانون استخدام بودن مشتکی عنه).

رسیدگی شکلی به آرای مراجع شبه قضایی نیز از جمله دعاوی قابل طرح در حوزه‌ی صلاحیت عام دیوان است. بنا به صلاحیت عامی که دیوان عدالت در دعاوی اداری دارد و بر اساس بند ۲ ماده‌ی ۱۰، رسیدگی شکلی به آرای مراجع شبه قضایی نیز در صلاحیت دیوان قرار داده شده است. شخصیت خواهان در این نوع دعاوی اهمیتی ندارد؛ زیرا هدف، نظارت بر آرای این شورا است و اهمیتی ندارد که یک سازمان دولتی، یا یک شخص خصوصی چنین شکایتی را مطرح کرده باشد. همچنین بنا به صلاحیت عام دیوان در رسیدگی به آرای این مراجع، موارد ذکر شده در بند ۲ ماده‌ی ۱۰ را باید تمثیلی دانست و صلاحیت دیوان را به مراجع ذکر شده محدود و محصور نکرد. بنابراین، در خصوص این نوع دعاوی، می‌توان ضوابط زیر را ارائه کرد: اولاً، رأی صادر شده از یک مرجع شبه قضایی باشد؛ ثانیاً، دعوا به ادعای نقض قوانین یا مخالفت با آن صورت گرفته باشد. ضوابط مذکور، همگی در دعاوی‌ای که در حوزه‌ی صلاحیت عام دیوان مطرح می‌شوند؛ کاربرد دارند.

نتیجه دوم این که:

براساس این نکته که سه مرجعی که دارای صلاحیت عام در صنف مربوط به خود هستند، ممکن است بنا به نص قانون (که به لحاظ رعایت مصالح صلاحیت رسیدگی به دعاوی را پیدا کنند که در صلاحیت عام آن‌ها قرار ندارد؛ باید گفت در رابطه با دیوان نیز چنین وضعیتی وجود دارد. به نظر ما صلاحیتی که دیوان عدالت اداری نسبت به دعاوی تضییع حق و مسئولیت مدنی به تبع دعاوی اداری بر اساس تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۰، ماده‌ی ۱۱ و ماده‌ی ۱۲ دارد؛ صلاحیتی خاص و استثنایی است که قانون به دیوان عدالت اداری اعطا



کرده است. در واقع از آنجا که دیوان عدالت اداری، در دعاوی حقوقی و کیفری دارای صلاحیت ذاتی نیست، اگر به حکم صریح قانون، رسیدگی به این نوع دعاوی به این مرجع واگذار شود؛ این صلاحیت برای دیوان، صلاحیتی خاص است که صلاحیت عام مرجع عمومی دیگر را تخصیص زده است، چنان که بر اساس تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۳ که آمده است: «تعیین میزان خسارت وارده از ناحیه‌ی مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای ۱ و ۲ این ماده (ماده‌ی ۱۰) پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف با دادگاه عمومی است»، قانون‌گذار رسیدگی به ادعای خسارت را تا قبل از مرحله‌ی تعیین میزان خسارت در صلاحیت دیوان قرار داده است و صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی حقوقی را در رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی در مواردی که از تصمیم یا اقدام اداره، ضرری به شخصی وارد شده باشد و به دنبال دعوای اداری شخص، خواهان رسیدگی به آن باشد؛ تخصیص زده است و برای دیوان در این نوع دعاوی صلاحیت خاصی را لحاظ کرده است. همچنین در ماده‌ی ۱۱، الزام به اعاده‌ی حقوق اشخاص و در ماده‌ی ۱۲، احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات و اقدامات اداری به علت تخطی از قواعد حقوق عمومی باعث تضییع حقوق اشخاص شود، در صلاحیت دیوان دانسته شده است. لازمه‌ی احقاق حق و اعاده‌ی حقوق تضییع شده، رسیدگی به جنبه‌ی حقوقی این نوع دعاوی است که از رسیدگی به جنبه‌ی قانونیت تصمیم یا اقدام اداره فراتر است و در اصل در صلاحیت عام دادگاه‌های حقوقی قرار دارد؛ اما با توجه به این مواد در صلاحیت دیوان قرار گرفته است. این حوزه، حوزه‌ی صلاحیت خاص دیوان است و با توجه به خاص بودن، در تبیین ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در این حوزه، باید به نص قانون محدود و محصور بود و نمی‌توان از عبارات قانونی تفسیر موسع کرد. بدیهی است ضوابط ما در این حوزه با ضوابط ارائه شده در حوزه‌ی صلاحیت عام متفاوت است.

بر همین اساس، باید گفت در حوزه‌ی صلاحیت خاص دیوان؛ یعنی صلاحیتی که دیوان برابر با قانون نسبت به دعاوی مدنی به دنبال دعوای اداری دارد، شخصیت شاکی به لحاظ تصریح اصل ۱۷۳ قانون اساسی، به واژه‌ی «مردم»، باید به اشخاص خصوصی محدود



فرض شود و نمی‌توان به استناد عبارت «اشخاص حقیقی» و «حقوقی» در مواد ۱۰ و ۱۲ قانون دیوان، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی، اعم از عمومی و خصوصی را برای طرح شکایت صالح دانست؛ زیرا این عبارات باید در محدوده‌ی واژه‌ی مردم در اصل ۱۷۳ تفسیر شود.

اما در مورد شخصیت خوانده در این نوع دعاوی، می‌توان گفت از آن جا که دعاوی حقوقی به دنبال دعاوی اداری مطرح می‌شوند، شخصیت خوانده در دعاوی حقوقی تابع شخصیت خوانده در دعاوی اداری است؛ زیرا دیوان نسبت به رسیدگی به دعاوی حقوقی (مدنی) ای مکلف شده است که به دنبال دعاوی اداری مطرح می‌شود. بنابراین، همانند دعاوی اداری، شخصیت خوانده در دعاوی مدنی شامل مفهوم موسع دولت، یعنی تمامی نهادهای اداری، اجرایی می‌شود.

اما ضوابط مهم دیگر برای تشخیص دعاوی حقوقی (مدنی) قابل طرح، ضوابط ماهوی هستند. اولین ضابطه‌ی ماهوی این است که دعاوی حقوقی‌ای که به ادعای تضییع حق شخصی مطرح می‌شوند؛ ناشی از تخطی اداره از قواعد حقوق عمومی باشند که این مهم صراحتاً در بند ۱ ماده‌ی ۱۲ آورده شده است. بنا به این ضابطه، دعاوی حقوقی در صورتی قابل طرح در دیوان است که منشاء تولید آن، عمل اداری قابل شکایت در دیوان - که در آن از قواعد حقوق عمومی تخطی صورت گرفته است - باشد. ضابطه‌ی مهم دیگر این که این دعاوی به طور مستقل در دیوان قابل طرح نیستند و در ادامه‌ی دعاوی اداری قابلیت رسیدگی دارند. همانند دعاوی ضرر و زیان ناشی از جرم که تنها در ادامه‌ی رسیدگی به دعاوی کیفری قابلیت رسیدگی در دادگاه‌های کیفری دارند.

بنابراین، ضوابط تشخیص دعاوی حقوقی (مدنی) قابل طرح در دیوان، این ضوابط را شامل می‌باشد: ۱) خصوصی بودن شخصیت خواهان؛ ۲) عمومی بودن شخصیت خوانده؛ ۳) ناشی بودن تضییع حق از تخطی از قواعد حقوق عمومی در انجام دادن عمل اداری ۴) به دنبال دعاوی اداری مطرح شدن.



ضوابط تخصیص دعاوی قابل طرح در/ ۳۷

این صلاحیت در نوع خاصی از دعاوی تضییع حق به نام دعاوی مسئولیت مدنی تا مرحله‌ی قبل از تعیین میزان خسارت است. به موجب تبصره‌ی ماده‌ی ۱۰، تعیین میزان خسارت پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف؛ یعنی رسیدگی به کلیه‌ی ارکان مسئولیت مدنی، توسط دیوان، با دادگاه‌های عمومی دادگستری است.



برآمد

در این پژوهش به ارائه‌ی ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری پرداختیم و دیدیم که با استفاده از قوانین واحد، چگونه ضوابط متفاوت و گاه متعارضی از سوی دکترین ارائه شده است.

به نظر می‌رسد در جهت ارائه‌ی ضوابطی که در تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان کاربرد دارند؛ باید به رویه‌ی قضایی تکیه کرد؛ چراکه در شرایطی که استنباط‌های متعارض از قانون، موجب اختلاف نظرات دکترین در ارائه‌ی ضوابط شده است؛ رویه‌ی قضایی دیوان، به خصوص در مواردی که به رأی وحدت رویه منجر شده است؛ لازم‌الاتباع می‌باشد؛ هرچند این رویه با نگاه ایده‌آل به حوزه‌ی صلاحیت دیوان فاصله داشته باشد. البته این، بدان معنا نیست که کسانی که رویکرد اتخاذ شده توسط رویه‌ی قضایی را با قانون و وضعیت ایده‌آل منطبق نمی‌دانند، مخالفت خود را ابراز ندارند؛ بلکه باب نقد و بحث در این باره باید باز باشد تا به تدریج با روشنگری در بین قضات دیوان، رویه‌ی قضایی به حالت ایده‌آل شکل بگیرد. البته کم و کاستی‌های قانون را نباید نادیده گرفت و باید در اصلاح آن نیز کوشید.

در مجموع می‌توان گفت رویه‌ی قضایی دیوان در ارائه‌ی ضابطه میان حوزه‌ی صلاحیت شعب و هیأت عمومی به تفکیک قائل شده است. موارد زیر به عنوان ضوابط در حوزه‌ی صلاحیت شعب در دیوان مطرح است: (۱) خصوصی بودن شخصیت خواهان؛ (۲) دولتی بودن شخصیت خوانده (فراتر از قوه‌ی مجریه)؛ (۳) اداری بودن عمل؛ (۴) تخطی از قواعد حقوق عمومی؛ (۵) ناشی بودن دعوا از تخطی از قواعد حقوق عمومی و پیوستگی آن با دعوای اداری، در خصوص دعوای استیفای حق؛ (۶) حصری ندانستن مراجع شبه قضایی ذکر شده در بند ۲ ماده‌ی ۱۳، در مورد صلاحیت دیوان در رسیدگی به شکایت از آرای مراجع شبه قضایی.



در حوزه صلاحیت هیأت عمومی نیز این موارد برای تشخیص دعاوی قابل طرح لحاظ شده است: ۱) دولتی بودن شخصیت خوانده (فراتر از قوهی مجریه)؛ ۲) اداری بودن عمل مورد شکایت و عام الشمول بودن آن؛ ۳) تخطی از قواعد حقوق عمومی.

البته با توجه به استثنائات ذکر شده در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲، این ضابطه نیز به جمع ضوابط در حوزه صلاحیت هیأت عمومی اضافه می‌شود که شکایت مطرح شده، شکایت علیه واحدهای ذکر شده در این تبصره نباشد.

به استناد رویکرد مطلوب و ایده‌آل عمده ایرادی که بر رویه‌ی قضایی می‌توان وارد کرد، این است که رویه‌ی قضایی در تشخیص دعاوی قابل طرح، میان صلاحیت شعب و هیأت عمومی به تفکیک قائل شده است. در صورتی که بهتر بود میان حوزه صلاحیت عام و خاص دیوان به تفکیک قائل شده و با توجه به صلاحیت عام یا خاص دیوان و مختصات هر دعوا در رابطه با قابلیت طرح دعاوی، نظر می‌داد.

به نظر ما رویکرد مطلوب در باب صلاحیت دیوان و ضوابط تشخیص آن، این است که دیوان عدالت اداری، در دعاوی اداری دارای صلاحیت عام و در دعاوی حقوقی (مدنی) که در قانون برای این مرجع در نظر گرفته شده است، دارای صلاحیت خاص و استثنایی است. در ارائه‌ی ضوابط تشخیص باید مراقب بود که در کدام حوزه از صلاحیت دیوان هستیم؛ چراکه نحوه‌ی تفسیر قوانین و کاربرد اصول حقوقی در هریک از این دو حوزه متفاوت است. در حوزه صلاحیت عام اصل بر صلاحیت دیوان است، مگر نص، مخالف آن باشد و در موارد شک باید به صلاحیت دیوان رأی داده شود؛ اما در حوزه صلاحیت خاص ما به نص قانون محدود هستیم و برای تفسیر موسع از قانون اجازه نداریم. در موارد شک نیز باید به صلاحیت مرجع عام در آن رابطه رأی بدهیم.

در همین جهت، تبیین ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در حوزه صلاحیت عام دیوان به شناخت دعاوی اداری و تفکیک آن از دعاوی حقوقی (مدنی) و کیفری و شناخت استثنائات وارد بر این صلاحیت عام در قانون نیاز است و ارائه‌ی ضوابط در حوزه صلاحیت خاص دیوان با محوریت نصوص قانونی در این زمینه باید صورت گیرد.



فهرست منابع

کتاب‌ها

- امامی، محمد، استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- بهشتی، محمدجواد، مردانی، نادر، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران: دراک، چاپ هفتم، ۱۳۸۴.
- صدر الحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ اول، ۱۳۷۲.
- زاهدی، عاطفه، قانون دیوان عدالت اداری در آیین قوانین مرتبط و رویه‌ی قضایی، تهران: خرسندی، ۱۳۸۸.
- متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۱، تهران: چاپ سوم، ۱۳۴۰.
- نرم افزار لوح حق، تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها - معاونت پژوهشی - دفتر فناوری‌های نوین مجموعه قوانین و مقررات کشور، بهار ۸۷.
- واحدی، قدرت الله، آیین دادرسی مدنی، تهران: نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.

مقالات:

- استوار سنگری، کوروش، «مفهوم دولت در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و انعکاس آن در صلاحیت دیوان عدالت اداری»، در مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری، صلاحیت قضایی و دادرسی اداری. تهران: دانشگاه آزاد اسلامی. (الف)، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- شریعت باقری، محمد جواد، «یک دیوان عدالت اداری دیگر»، در دیوان عدالت اداری، بازخوانی جایگاه، صلاحیت و دادرسی قضایی، پژوهشنامه‌ی مرکز پژوهش استراتژیک، شماره‌ی ۱، ۱۳۸۸.



ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در/ ۴۱

نعیمی، عمران، «صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی»، در مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری، صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸.

پایان نامه:

استوار سنگری، کوروش، مفهوم دولت (بررسی نهارهای رسمی جمهوری اسلامی ایران، استاد راهنما: اردشیر امیر ارجمند، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران (ب)، ۱۳۸۸.

سلیمانی، مهستی، ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، استاد راهنما: محمد امامی، دانشگاه شیراز، دانشکده، حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۰.

منابع اینترنتی:

<http://www.rooznamehrasmi.ir/Archive/SResult.asp>
<http://www.divan-edalat.ir/Default.aspx?tabid>

رویکردی تطبیقی در حقوق حاکم بر قراردادها

دکتر فرهاد پروین*

عظیم اکبری رودپشتی**

چکیده

تنوع موضوعات قراردادی و گستره وسیع آن، باعث شده که حقوق حاکم بر آن، در حقوق بین‌الملل خصوصی، همواره در مرکز توجه و بحث‌ها باشد. در حقوق ایران، ماده ۹۶۸ قانون مدنی، مورد بررسی‌های متعدد بوده است. این بررسی‌ها به طور عمده، بر رویکرد انتقادی و دوران بحث بین امری یا تکمیلی تفسیری بودن آن، مبتنی بوده است. این مقاله با نگاهی دقیق‌تر به این ماده نشان می‌دهد با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، بحث امری یا تکمیلی و تفسیری بودن ماده مذکور، فاقد آثار عملی است و حتی با فرض امری بودن، متعاقدين ایرانی و یا ایرانی و خارجی حق انتخاب حقوق حاکم بر قرارداد را دارند؛ زیرا اصل «حاکمیت اراده»، از اصول مسلم حقوقی در حقوق بین‌الملل خصوصی است و در صورت فقدان آن، عناصر جایگزین متفاوتی از طرف حقوق‌های مختلف ارائه شده است که از بین آن‌ها، معیار «حقوقی که با قرارداد بیشترین و نزدیک‌ترین پیوندها را دارد»، در راه پیدا کردن گستره جهانی است.

واژگان کلیدی: قرارداد، حقوق حاکم، حاکمیت اراده، ماده ۹۶۸ قانون مدنی.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

** کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی



درآمد

حقوق بین‌الملل خصوصی، بر خلاف حقوق بین‌الملل عمومی، حقوقی عام و فراگیر و دارای مقررات یکنواخت و هماهنگ، در همه نقاط جهان نیست. به همین سبب اصطلاح «کاربرد حقوق خصوصی در روابط بین‌المللی» مناسب‌تر به نظر می‌رسد. حقوق بین‌الملل خصوصی، صرف‌نظر از محدود کنوانسیون‌هایی که در این مورد وجود دارند به طور عمده، بخشی از حقوق خصوصی داخلی است که به روابط مدنی و تجاری دارای عناصر خارجی می‌پردازد. در هر رابطه مدنی و تجاری دارای عناصر خارجی، هر عنصر ارتباطی، مثل تابعیت، محل وقوع مال، محل تنظیم سند، محل اجرای قرارداد و نظایر آن، حقوق مربوط به خود را به عنوان یکی از گزینه‌های حقوق صالح برای اجرا مطرح می‌سازد. از آنجا که مصادیق مختلف حقوق خصوصی (داخلی و خارجی) در عرض یکدیگر هستند و از طرفی دیگر معمولاً محتوای حقوق‌های خصوصی در تعارض، یکسان نیستند؛ این امر باعث بروز پدیده مهم و مؤثر تعارض حقوق‌ها می‌شود. برای حل این تعارض، حقوق هر کشور، در بخشی از حقوق خصوصی خود دارای مقرراتی در مورد تعارض حقوق‌ها است.

مقررات حل تعارض هر کشور به دو صورت: ۱- قواعد حل تعارض؛ ۲- قواعد ماهوی، تعارض بین حقوق‌ها را حل و فصل می‌کند.^۱

قواعد حل تعارض و قواعد ماهوی، چون بخش بین‌المللی حقوق خصوصی داخلی است، رنگ ملی دارد و بدیهی است با قواعد حل تعارض و قواعد ماهوی بخش بین‌المللی حقوق خصوصی کشور دیگر، ممکن است دارای وجوه اشتراک، یا وجوه افتراق باشد.

قواعد حل تعارض، راه حل ماهوی را نشان نمی‌دهند؛ بلکه حقوقی را که راه حل ماهوی صالح را در بر دارد، تعیین می‌کنند. به عبارت دیگر، کسب حقوق حاکم در دو مرحله

^۱. به عنوان مثال: ماده ۹۶۲ قانون مدنی: «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود»؛ یک قاعده حل تعارض است و ماده ۹۷۹ قانون مدنی در مورد شرایط در خواست تابعیت ایرانی برای بیگانگان که سن درخواست را «هجده سال تمام» ذکر می‌کند؛ یک قاعده ماهوی است که تعارض بین حقوق ایران و حقوق بیگانه را در مورد سن درخواست تابعیت حل می‌کند.



است: مرحله اول، تعیین حقوق صالح و مرحله دوم، مراجعه به حقوق صالح برای استخراج راه حل ماهوی. در حالی که قواعد ماهوی، مستقیماً در یک مرحله، خود، حقوق صالح را ارائه می‌کنند.

در حقوق ایران نیز، مقررات حاکم بر قراردادهای خصوصی بین‌المللی از قواعد مذکور مستثنا نبوده و در این زمینه قواعد حل تعارض و نیز قواعد ماهوی وجود دارند. ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است»؛ و ماده ۹۷۵ قانون مدنی در منع اجرای قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه؛ هر دو در زمره قواعد ماهوی هستند که در قراردادهای خصوصی، دارای عنصر خارجی لازم‌الرعايه است. همچنین، مواد ۲۶ تا ۳۰ قانون تجارت الکترونیکی، تحت عنوان «زمان و مکان ارسال و دریافت داده‌پیام»؛ قواعد ماهوی هستند که در تعیین محل وقوع عقد در قراردادهای تجاری الکترونیکی نقش تعیین‌کننده دارند. بدیهی است «محل وقوع عقد» در تعیین حقوق حاکم بر قراردادها مؤثر است و از وحدت ملاک آن‌ها می‌توان در قراردادهای غیر تجاری و غیرالکترونیک استفاده کرد. از سوی دیگر، ماده ۹۶۸ قانون مدنی که اصل را بر صلاحیت قانون محل وقوع عقد در مورد تعهدات ناشی از عقود دانسته و نیز ماده ۲۷ قانون دאوری تجاری بین‌المللی که اصل را بر صلاحیت قواعد حقوقی منتخب طرفین قرارداده است؛ هر دو از قواعد حل تعارض هستند.

مطالب این تحقیق در دو قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد: نقش متعاقدين در حقوق حاکم بر قرارداد در حقوق ایران و برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی قسمت اول بحث را تشکیل می‌دهد. در قسمت دوم نیز حقوق حاکم، در صورت فقدان قانون منتخب طرفین قرارداد بررسی می‌شود.

قسمت اول: نقش متعاقدين در حقوق حاکم بر قرارداد

در این قسمت، ابتدا به بررسی حقوق حاکم بر قراردادها در حقوق ایران پرداخته می‌شود و سپس بررسی تطبیقی آن با مهم‌ترین کنوانسیون‌های بین‌المللی بررسی می‌گردد.



۱- حقوق ایران

در حقوق ایران، در مورد حقوق حاکم بر قراردادها، قواعد حل تعارض و نیز قواعد ماهوی متعددی دخالت دارند که نظر به اهمیت قانون مدنی، بررسی را از ماده ۹۶۸ قانون مدنی آغاز می‌کنیم:

۱-۱ جایگاه ماده ۹۶۸ قانون مدنی

قانون مدنی به‌عنوان قانون بنیادی و زیربنایی حقوق خصوصی ایران، دارای یک قاعده مهم حل تعارض در مورد حقوق حاکم بر قراردادها است. ماده ۹۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است، مگر این‌که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

هر چند اصطلاح «عقود» در این ماده عام است، با توجه به سایر مقررات، این ماده شامل تمامی عقود نمی‌شود. به‌عنوان مثال، طبق ماده ۷ قانون مدنی، اتباع خارجی مقیم ایران، به شرط این‌که کشورشان با ایران دارای معاهده باشد، از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه تابع دولت متبوع خود هستند.^۱ استثنای دیگر، «عقود» مذکور در ماده ۹۶۸ قانون مدنی، نقل و انتقالات غیرمنقول واقع در ایران است؛ زیرا ماده ۸ قانون مدنی چنین مقرر کرده است:

«اموال غیرمنقول که اتباع خارجه در ایران، بر طبق عهود، تملک کرده یا می‌کنند، از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود».

البته در مورد مال غیرمنقول، در قلمرو خارج از مقررات امری محل وقوع مال و در روابط قراردادی بین طرفین، امکان اجرای حقوق حاکم بر آثار تعهدات وجود دارد. ممکن است چنین به نظر برسد که مفاد ماده ۹۶۸ قانون مدنی با ماده ۹۶۶ همان قانون در تعارض است

^۱ پروین، فرهاد، نگاهی دیگر به احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران، مجله حقوقی، شماره ۲۴، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۸، ص ۲۷۴



زیرا ماده ۹۶۶ قانون مدنی بیان نموده است که «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول یا غیرمنقول، تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع می‌باشند». در نگاه اول به نظر می‌رسد که «عقود» مذکور در ماده ۹۶۸، قراردادهای مربوط به معاملات اشیای منقول، مثل بیع کالا را شامل نمی‌شود و این قراردادهای، طبق ماده ۹۶۶ صرفاً تابع حقوق کشور محل وقوع مال است؛ اما بنابر قاعده‌ی «الجمع مهما امکن اولی من الطرح»^۱ به نظر می‌رسد بین مواد ۹۶۶ و ۹۶۸ قانون مدنی تعارضی وجود ندارد؛ زیرا با توجه به این‌که پایگاه عینی اموال منقول و غیرمنقول، کشور محل وقوع مال است و حقوق قراردادی، در صورت مغایرت با مقررات امری کشور محل وقوع مال، قابلیت شناسایی و اجرا را ندارد، در هر توافق قراردادی مربوط به اموال منقول یا غیرمنقول، باید مقررات امری کشور محل وقوع مال را محترم شمرد. کشور محل وقوع مال، ممکن است در مواردی مثل نحوه تملک بیگانگان، خروج یا عدم خروج اموال از کشور و برخی امور مربوط به تصرف و مالکیت، مقرراتی امری داشته باشد که گریزی از آن‌ها نیست ولی خارج از مقررات امری کشور محل وقوع مال (که معمولاً این اوامر و نواهی، به ویژه در مورد اموال منقول متعدد و گسترده نیست) در بسیاری از مسائل حقوق قراردادی، مثل نحوه انجام تعهدات، شروط ضمن عقد و آثار تعهدات به طور کلی، ماده ۹۶۸ قانون مدنی قابلیت اجرا دارد.

ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در مورد حقوق حاکم بر آثار تعهدات است و در مورد حقوق حاکم بر شرایط اساسی تشکیل قرارداد، قابلیت استفاده ندارد. به نظر می‌رسد در این مورد قاعده حل تعارض وجود ندارد و به ناچار طبق اصول کلی حقوقی باید به اصل رجوع کرد. اصل در تعارض قوانین، اجرای حقوق ماهوی مقرّر *lex fori* است.^۲ در این جهت قانون مدنی در مورد شرایط اساسی تشکیل قرارداد، دارای ماده مهم ۱۹۰ است که در آن چنین ذکر شده است:

^۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۴، ص ۷۸

^۲. Pierre GHIHO, Droit International Privé, l'Hermès, Lyon, ۱۹۹۲, p. ۶۳



«برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

- (۱) قصد طرفین و رضای آنها؛ (۲) اهلیت طرفین؛ (۳) موضوع معین که مورد معامله باشد؛ (۴) مشروعیت جهت معامله».

با توجه به عدم قاعده حل تعارض در مورد حقوق حاکم بر شرایط اساسی تشکیل قرارداد، ماده ۱۹۰ قانون مدنی در قراردادهای بین‌المللی نیز مجری است. از بین شروط مذکور در ماده ۱۹۰، لازمه اجرای بند ۲ در مورد «اهلیت طرفین» با توجه به ماده ۹۶۲ قانون مدنی، رجوع به قانون متبوع خارجی است. گر چه ماده ۹۶۲ با ذکر تعبیر «هرکس» ناظر بر اشخاص حقیقی است اما با وحدت ملاک می‌توان آن را به شخص حقوقی نیز تسری دارد. قدیمی‌ترین عامل ارتباط برگزیده شده، جهت تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی، که توسط مکتب ایتالیایی (مکتب شارحان حقوق رم) که در قرون وسطی پیشنهاد شد، «عامل محل انعقاد» (*lex loci contractus*) است که به سرعت نیز مورد پذیرش بسیاری از سیستم‌های حقوقی قرار گرفت. تا قبل از قرون وسطی، برای این‌که قرارداد معتبر و قابل اجرا باشد، باید به شکلی معین منعقد می‌شد و آزادی اراده در مورد ایجاد و در خصوص آثار قرارداد وجود نداشته است. از قرن ۱۲ میلادی به بعد، به تدریج موضوع تأثیر اراده بر قراردادها مطرح و مورد پذیرش واقع شد.^۱

کورتیوس که از آخرین نمایندگان مکتب ایتالیایی است، اولین بار به اختیار طرفین در تعیین قانون حاکم به طور ضمنی اشاره می‌نماید.^۲ بعدها، دومولن، موسس مکتب فرانسوی، در قرن شانزدهم، عقیده وی را تکمیل کرده و بیان می‌دارد که طرفین حق دارند قانونی غیر از قانون محل انعقاد عقد را بر تعهدات قراردادی خود حاکم کنند. چون قرارداد ناشی از خواست و اراده متعاملین است آنان حق خواهند داشت آزادانه هر قانونی را که مایل هستند انتخاب کنند.^۳

^۱. خمامی زاده، فرهاد، قواعد غیر دولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، دانشگاه

شهید بهشتی، ۱۳۸۵ ص ۲۱۰

^۲. Mozhang, International Law Review, Volume ۲۰۰, fall ۲۰۰۶, p. ۵۱۶

^۳. نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل در نظام حقوقی ایران، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۸۳، ص ۷۹



امروزه عمومیت پذیرش اصل حاکمیت اراده به حدی رسیده است که برخی آن را جزء اصول کلی حقوقی می‌دانند. موسسه حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۱ در تصویب‌نامه‌ای در خصوص حاکمیت یا استقلال اراده طرفین قراردادهای بین‌المللی، از «حاکمیت اراده» به عنوان یکی از «اصول اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی» نام برده است.^۱

در ماده ۱۰ قانون مدنی و نیز ماده ۲۷ قانون داوری بازرگانی بین‌المللی ۱۳۷۶، صراحتاً آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به رسمیت شناخته شده است و چنان‌که خواهیم دید، ماده ۹۶۸ قانون مدنی نیز با اصل حاکمیت اراده در تعارض نیست. ممکن است این سؤال به ذهن برسد که به‌ویژه در بند دوم ماده ۹۶۸ قانون مدنی که طرفین خارجی هر قانون دیگری را می‌توانند انتخاب کنند، آیا انتخاب آنها حتماً باید حقوق مرتبط با قرارداد باشد یا هر حقوقی، گرچه بی‌ارتباط با قرارداد را می‌توانند برگزینند. با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، جهت ادعای حصر قانون منتخب طرفین، به حقوق مرتبط با قرارداد دلیلی وجود ندارد. «قانون دیگر» اصطلاحی عام است که نمی‌توان، بدون «نص»، آن را مقید کرد. در بسیاری از قراردادهای کشتی‌رانی و یا دریایی، گرچه با انگلستان ارتباطی ندارد، به سبب سوابق طولانی حقوق انگلیس در امور کشتی‌رانی و دریایی، طرفین، حقوق انگلیس را به عنوان قانون حاکم بر می‌گزینند.

در قسمت اخیر ماده ۹۶۸، که طبق آن، متعاقدين غير ایرانی می‌توانند «قانون دیگری» غیر از قانون محل وقوع عقد را انتخاب کنند، آیا «قانون دیگر» منتخب طرفین، می‌تواند حقوق غیردولتی باشد؟ ممکن است گفته شود با توجه به این‌که «قانون»، مظهر مهم‌ترین منبع حقوقی در نظام حقوقی رومن - ژرمن است؛^۲ همان‌طور که «قانون محل وقوع» عقد، همان حقوق کشور محل وقوع قرارداد است؛ «قانون دیگر» مذکور در ماده ۹۶۸ قطعاً حقوق

^۱. نیکبخت، حمیدرضا، تعارض قوانین در قراردادهای، مجله حقوقی، شماره ۳۲، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی

جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۴، ص ۵۰

^۲. داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی، در آمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین

صفایی، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۹۹



کشور دیگری، غیر از محل وقوع قرارداد است، و حقوق غیردولتی را نمی‌توان «قانون» محسوب کرد. اما می‌توان گفت، قانون در مفهوم کاملاً عام خود، به معنی «مقررات» است که می‌تواند حقوق دولتی و یا غیردولتی باشد؛ به ویژه وقتی که طرفین می‌توانند هر حقوق دولتی خارجی، حتی غیرمرتبط با قرارداد را برگزینند، دلیلی وجود ندارد که نتوانند حقوق‌های غیردولتی مثل کنوانسیون‌ها و مقررات نمونه‌ای که مؤسسات غیردولتی، پیشنهاد می‌کنند را برگزینند. بدیهی است رعایت «نظم عمومی»، مانع هر گونه سوءاستفاده احتمالی در همه موارد خواهد بود.

سؤال دیگر این که حقوق حاکم می‌تواند مجموعه‌ای از چند حقوق باشد و یا این که آیا «قانون دیگر» می‌تواند بین چند حقوق مردد و نامعین باشد؟ به عنوان مثال، آیا طرفین می‌توانند قید کنند که قرارداد تابع حقوق‌های ایران و فرانسه است (به نحو اجتماع) یا این که قید کنند قرارداد تابع حقوق ایران یا فرانسه است (به نحو شناور)؟

در نگاه اول، ممکن است چنین به نظر برسد که این انتخاب‌های مردد و نامعین و یا جمع چند حقوق به معنی عدم انتخاب و در واقع باطل است و حقوق منتخب در قرارداد باید حقوقی معین و مشخص باشد. در مقابل، می‌توان گفت ذکر کلمه «قانون»، کاربرد نوعی حقوق حاکم است که معمولاً حقوق کشوری خاص است و در انتخاب چند حقوق به نحو «اجتماع» (حقوق ایران و فرانسه) یا به نحو «شناور» (مثل حقوق ایران یا فرانسه) منعی وجود ندارد. اصل، «صحت شروط قراردادی» است و این گونه انتخاب‌ها گستره حقوق منتخب طرفین را نشان می‌دهد و بر بطلان انتخاب دلیلی وجود ندارد؛ به ویژه که در مورد آثار تعهدات، برخلاف موضوعاتی چون احوال شخصیه، تفاوت‌ها و تعارضات بین حقوق‌های مختلف چندان زیاد نیست و در بسیاری از موارد، مثل لزوم وفای به عهد، صحت و لزوم قراردادها، امکان فسخ، لزوم جبران خسارت و نظایر آن، مقررات حقوق‌ها کم و بیش یکسان است. با توجه به اصل احترام به حاکمیت اراده اشخاص و اصل صحت قراردادها و شروط آن، و اینکه هدف حقوق خصوصی حفظ منافع اشخاص است، این گونه انتخاب‌ها معتبر و لازم‌الاجرا است و در مواردی که اجرای این گونه انتخاب‌ها امکان نداشته



باشد، باید به راه‌حل‌های جایگزین متوسل شد. همان‌طور که در صورت انتخاب قانونی مشخص و معین ممکن است موانعی چون نامقدور بودن در اجرا یا مخالفت با نظم عمومی حادث شود.

۲-۱. امری یا تکمیلی و تفسیری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی

در این مورد، بحث‌های متعددی مطرح شده است. برخی به درستی گفته‌اند که امری یا تکمیلی و تفسیری بودن قاعده حل تعارض، به امری یا تکمیلی و تفسیری بودن موضوع آن در حقوق وابسته است. موضوعاتی که در حقوق داخلی امری هستند و بخشی از نظم عمومی محسوب می‌شوند و توافق بر خلاف آن‌ها امکان ندارد؛ قاعده حل تعارض مربوط به آن‌ها نیز امری است، مثل احوال شخصیه. موضوعاتی که در حقوق داخلی اصولاً تکمیلی و تفسیری هستند و توافق بر خلاف آن‌ها پذیرفته شده است، مثل آثار قراردادها و تعهدات، بدیهی است که در صحنه بین‌المللی نیز، قاعده حل تعارض مربوط به آن‌ها تکمیلی و تفسیری است.^۱

با این استدلال، ماده ۹۶۸ قانون مدنی نیز که به آثار تعهدات ناظر است؛ باید تکمیلی و تفسیری باشد. بنابراین، طرفین، یک ایرانی و یک خارجی، حق انتخاب حقوق حاکم را دارند و اگر انتخاب نکردند، تابع قانون کشور محل وقوع عقد است. با این تفسیر، خارجی‌ان نیز حق انتخاب حقوق حاکم را دارند و در صورت عدم انتخاب، تابع قانون کشور محل وقوع عقد است. اما لحن ماده، که قسمت اخیر آن، حق انتخاب حقوق صالح را منحصرراً برای قراردادهایی مجاز دانسته است که همه طرفین آن غیرایرانی باشند، و نیز سوابق تاریخی تصویب آن، نشان می‌دهد که این ماده امری است. طبق شرح مذاکرات تصویب قانون مدنی، در شور اول آن، عبارت «اتباع خارجه بوده»، وجود نداشته و عبارت مذکور در شور دوم اضافه شده است و هدف از آن نیز به نظر می‌رسد که حمایت از اتباع ایران بوده است. توضیح این که در زمان تصویب این قانون (۱۳۱۳-۱۳۱۴) غالباً خارجی‌ان،

^۱. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص ۲۱۱



به ویژه اهالی روسیه برای انعقاد قرارداد برای پروژه‌های مختلف به ایران می‌آمدند. حال، به منظور رعایت این اصل که قراردادهای منعقد با آن‌ها (در ایران و توسط مقامات ایران) نتواند تابع حقوق دیگری جز حقوق ایران باشد، چنین عباراتی اضافه شده است. بنابراین، بر خلاف طبیعت اصل حاکمیت اراده در مورد قراردادها، قاعده حل تعارض آن (ماده ۹۶۸ قانون مدنی) امری است و در مقابل نص، جای اجتهاد نیست.^۱

از نظر رویه عملی، یکی از مؤلفین، به استناد رأی شماره ۱۴۷۸، مورخ ۵۲/۱۰/۱۷ شعبه هفتم دیوان عالی کشور معتقد است که رویه قضایی به نظریه تخییری و تفسیری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی گرایش دارد. در رأی پرونده مذکور، در تقاضای اجرای رأی داور خارجی، مربوط به موسسه پنبه لیورپول و طرف مقابل ایرانی آن چنین ذکر شده است: «ماده ۹۶۸ قانون مدنی، تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد می‌داند، مگر این‌که متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. بنابراین، طبق قسمت اخیر این ماده، تراضی مبنی بر این‌که قرارداد تابع مقررات موسسه لیورپول است، منع قانونی ندارد».^۲

اما نظریه مذکور، قابل تأمل به نظر می‌رسد زیرا از متن رأی، مشخص است که شعبه مذکور متنی از قانون مدنی را در دسترس داشته که در ماده ۹۶۸ آن، عبارت «اتباع خارجه بوده و» وجود نداشته است. توضیح این‌که در برخی از مجموعه قوانین چاپ شده، به ویژه در گذشته، متن ماده ۹۶۸، با حذف قید «اتباع خارجه» به همان صورتی درج شده که در رأی مذکور به آن اشاره شده است. در نسخه‌ای از قانون مدنی چاپ ۱۳۵۶ که در اختیار نگارنده است، متن ماده ۹۶۸ بدین صورت چاپ شده است: «تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است مگر این‌که متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار

^۱. نایینی، احمدرضا، مشروح مذاکرات قانون مدنی (گردآوری و تحقیق)، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی،

۱۳۸۶، صص ۱۱۲ و ۲۰۵

^۲. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داورهای تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۲۸۷



داده باشند^۱. بدیهی است با حذف قید «اتباع خارجه»، هر خواننده‌ای تخییری و تکمیلی بودن ماده ۹۶۸ را استنباط می‌کند.

رییس وقت شعبه ۲ دادگاه شهرستان تهران معتقد است: «... طرفین عقد ایرانی هستند و یا یک طرف ایرانی و طرف دیگر خارجی است و در هر دو صورت، محل وقوع عقد ایران است، به صراحت ماده ۹۶۸ قانون مدنی. تعهدات ناشی از عقد در هر مورد فرض مذکور، تابع قانون ایران است و قرارداد خصوصی طرفین به این‌که قانون خارجی حاکم بر تعهدات ناشی از عقد واقع بین آنان باشد، به علت مغایرت با متن امری ماده ۹۶۸، باطل خواهد بود»^۲.

از مصوبه ۱۳۸۱/۳/۲۹ هیأت وزیران در اجرای بند «ز» تبصره ۲۱ قانون بودجه ۱۳۸۱ کشور، موضوع تأمین و تضمین منابع مالی خارجی برای سرمایه‌گذاری، چنین مستفاد می‌شود که هیأت وزیران، در قرارداد با طرف خارجی، نقش محل انعقاد قرارداد در تعیین قانون حاکم بر قرارداد را امری دانسته و از بانک مرکزی خواسته است برای انعقاد قرارداد محل مناسبی را تعیین کند. در این تصویب‌نامه ذکر شده است: «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مجاز است به منظور اجرای بند «ز» تبصره ۲۱ قانون بودجه ۱۳۸۱ کل کشور، قراردادهای لازم را با طرف‌های خارجی منعقد نماید و با توجه به ماده ۹۶۸ قانون مدنی قانون حاکم و متناسب با آن دادگاه رسیدگی‌کننده را تعیین نماید. قوانین ناظر به تعهدات قراردادی اعم از قوانین ماهوی حاکم و دادگاه رسیدگی‌کننده بر اساس ماده ۹۶۸ قانون مدنی با تعیین محل مناسب برای انعقاد قرارداد توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مشخص خواهد شد»^۳.

موضوع تازه‌ای که این مقاله در پی اثبات آن است، این‌که بحث امری یا تکمیلی تفسیری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی؛ به ویژه برای قراردادهای منعقد شده در ایران، فاقد آثار عملی

^۱. حجتی اشرفی، غلامرضا، مجموعه قوانین اساسی - مدنی (تدوین)، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۵۶

^۲. گیتی، خسرو، نظم عمومی، ر.ک.



است. حتی با فرض امری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸، دو ایرانی یا یک ایرانی و تبعه خارجه، در قرارداد منعقد شده در ایران و قراردادهای منعقد شده در خارج از کشور، می‌توانند حقوق منتخب خود را که می‌تواند غیر از مقررات ماهوی محل وقوع قرارداد باشد، به‌عنوان حقوق حاکم بر قرارداد انتخاب کنند زیرا در فرضی که دو ایرانی، یا یک ایرانی و خارجی قراردادی را در ایران منعقد می‌کنند، طبق ماده ۹۶۸، تابع محل وقوع عقد، ایران است و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران (کشور محل انعقاد قرارداد) مقرر می‌دارد:

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

بنابراین، دو ایرانی، یا یک ایرانی و تبعه بیگانه که قراردادی را در ایران منعقد می‌کنند و آثار تعهدات ناشی از آن را به عنوان مثال، تابع حقوق تعهدات سوییس قرار می‌دهند، این توافق با توجه به ماده ۱۰ قانون ایران معتبر است مگر این‌که حقوق تعهدات سوییس مخالف نظم عمومی ایران باشد که اصولاً در بخش قراردادهای و تعهدات ناشی از عقود، بر خلاف مبحث احوال شخصیه، حقوق‌های مختلف به تفاوت‌های بارز دچار نیستند و در بسیاری از موارد، مثل موارد فسخ، وفای به عهد، لزوم جبران خسارت و شروط ضمن عقد، وجوه تشابه، متعدد و گسترده است. اگر گفته شود، ماده ۹۶۸ قانون مدنی که بیان می‌کند که تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است، و وقتی محل وقوع عقد ایران است، الزاماً باید حقوق ایران صالح باشد و ذکر هر حقوق دیگری غیر از حقوق ایران، بر خلاف قسمت اول ماده ۹۶۸ است؛ در پاسخ می‌توان گفت اولاً، ماده ۱۰ قانون مدنی نیز جزئی از حقوق ایران است و این ماده اصل حاکمیت اراده و توافق طرفین را (به شرط مراعات ماده ۹۷۵ قانون مدنی: عدم مغایرت با نظم عمومی، اخلاق حسنه، جریحه‌دارکردن احساسات عمومی) به رسمیت شناخته است. بنابراین، انتخاب حقوق هر کشوری، حتی انتخاب حقوقی غیردولتی، مثل کنوانسیون بیع بین‌المللی، طبق ماده ۱۰ مذکور صحیح است و این انتخاب (در فرض امری بودن ماده ۹۶۸) چیزی جز رعایت کامل ماده ۹۶۸ و حقوق ایران (محل انعقاد قرارداد) نیست.



ثانیاً، اصولاً حساسیت حقوق کشور نسبت به سایر حقوق‌ها در مورد تفاوت در اسامی (سویس یا ایران یا فرانسه) نیست بلکه این حساسیت نسبت به برخی تفاوت‌های محتوایی است که برای حقوق کشوری دیگر، غیر قابل تحمل است. به عبارت دیگر، اصرار یک کشور بر اجرای حقوق خودش، به خاطر تعصب خاص نسبت به نام خودش نیست بلکه اصرار مبنای این اجرای محتوایی است. به زبان دیگر، در تعیین حقوق صالح، مظروف و محتوی است که اهمیت دارد نه ظرف و نام مظروف. مصداق بارز این موضوع، مقررات ماده ۶ قانون مدنی ایران است که طبق آن، «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران، ولو این‌که مقیم در خارجه باشند، مجری خواهد بود». در نگاه اول ممکن است چنین به نظر آید که جهت شناسایی و اجرای احکام خارجی در مورد احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارج حتماً باید دادگاه خارجی در حکم خود قید کند که رأی، بر مبنای اجرای حقوق ایران صادر شده است در حالی‌که آرای بسیاری از دادگاه‌های خارجی در مورد احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارج از کشور صادر، و در ایران مورد شناسایی و اجرا قرار گرفته است، در حالی‌که اصلاً نامی از حقوق ایران در آن‌ها نیست و طبق حقوق خارجی مقر دادگاه که معمولاً محل اقامت ایرانیان مقیم خارج از کشور بوده، صادر شده است. اما با احراز این‌که محتوای حکم با مقررات امره ماهیتی احوال شخصیه حقوق ایران تعارض نداشته، مورد شناسایی و اجرا قرار گرفته، گر چه نام «ایران» نیز در رأی نبوده است. به عنوان مثال، شعبه ۲۰۲ دادگاه عمومی تهران، در رسیدگی ۷۴/۹/۱۲ خود به خواسته تنفیذ حکم طلاق صادر شده از دادگاه عالی کالیفرنیا (در حالی که تشریفات طلاق مورخ ۱۳۶۰/۷/۲۴ در مرکز اسلامی کالیفرنیا جنوبی انجام شده بود) بر تنفیذ طلاق واقع شده به موجب رأی صادر شده از دادگاه کالیفرنیا رأی صادر می‌نماید.^۱ در حکم دیگری به تاریخ ۷۹/۵/۳، دادگاه خانواده تهران می‌گوید: با توجه به اینکه طرفین از اقلیت‌های مذهبی ارامنه ایران بوده و طلاق،

^۱. رک: مجله گزارش، شماره ۶۲



مطابق مقررات دین مسیح صادر و اجرا شده است، حکم صادر شده از دادگاه کالیفرنیا را تنفیذ می‌نماید.^۱

بنابراین، این حساسیت به نام «حقوق ایران» (وقتی که محل انعقاد قرارداد ایران است)، حساسیت نسبت به اسم و ظرف نیست، بلکه حساسیت به مسما و مظروف است و هر حقوقی که از لحاظ ماهوی با حقوق ایران در تعارض آشکار نباشد، مورد پذیرش است؛ گر چه نام «ایران» در آن نباشد. بنابراین، حقوق کشور محل وقوع عقد با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند حقوق یک کشور خارجی باشد (با رعایت ماده ۹۷۵ قانون مدنی). در نتیجه، حتی دو ایرانی، در ایران برای قراردادی که محل اجرای آن هم در ایران است، هر چند در فرض امری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در قرارداد منعقد در ایران، با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، همان‌طوری که می‌توانند محتوای حقوق تعهدات سوییس را جزو شروط ضمن عقد قرار دهند، می‌توانند حقوق حاکم را حقوق سوییس (با رعایت ماده ۹۷۵ قانون مدنی) قرار دهند. بدیهی است نظم عمومی در روابط خصوصی بین‌المللی از حقوق خصوصی داخلی مضیق‌تر و محدودتر است.^۲

برای قراردادهای منعقد شده در خارج از کشور، که یکی از طرفین ایرانی و دیگری غیرایرانی است، با توجه به این که قریب به اتفاق حقوق‌ها در قراردادهای بین‌المللی، به طرفین انتخاب آزادانه حقوق حاکم را اجازه می‌دهند، آنها می‌توانند با توجه به اصل حاکمیت اراده در محل وقوع عقد، حقوقی غیر از محل وقوع عقد را انتخاب کنند. بنابراین، حتی در فرض امری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در حکومت قانون کشور محل وقوع عقد بر قرارداد، دو ایرانی یا ایرانی و خارجی، با توجه به اذعان همگانی مبنی بر این که «حاکمیت قانون تعیین شده با اراده طرفین نسبت به قرارداد، امروزه به عنوان یک اصل در حقوق بین‌الملل خصوصی معرفی شده است»^۳، با اجازه حاصل از حقوق محل

^۱. ر.ک: پورنوری، www.vakil.net

^۲. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص ۱۳۱

^۳. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات، نشر دادگستر، ۱۳۸۵، ص ۲۹۴



وقوع عقد، طرفین ایرانی یا ایرانی و خارجی هر حقوقی را می‌توانند، به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد قرار دهند. تنها تفاوت قسمت اول و دوم ماده ۹۶۸ قانون مدنی این است که اتباع خارجی، مستقیماً می‌توانند هر حقوقی را بر قرارداد حاکم قرار دهند و اتباع ایرانی یا متعاقدین ایرانی و خارجی با اجازه‌ی حاصل شده از محل وقوع عقد می‌توانند هر حقوقی را بر قرارداد حاکم قرار دهند.

۳-۱. راه‌های تعیین غیرمستقیم قانون حاکم

با توجه به معیار اساسی «محل وقوع عقد» در تعیین حقوق حاکم در قانون مدنی، طرفین قرارداد می‌توانند مستقیماً، با توجه به اصل حاکمیت اراده مورد قبول محل وقوع عقد، حقوق حاکم را انتخاب کنند و یا به طور غیرمستقیم، بدون تصریح به حقوق حاکم، براساس توافق بر نحوه انعقاد قرارداد و یا انتخاب اقامتگاه، باعث تغییر محل وقوع قرارداد و در نتیجه تغییر حقوق حاکم بر قرارداد شوند.

۱-۳-۱. توافق بر نحوه وقوع قرارداد

در عقود که طرفین قرارداد، هم‌زمان در مکان واحدی حضور فیزیکی ندارند، در مورد چگونگی انعقاد معامله چهار نظریه: «اعلام قبول»، «ارسال قبول»، «وصول قبول» و «اطلاع از وصول قبولی»، ارائه شده است.^۱ با توجه به ماده ۱۹۱ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند؛ به نظر می‌رسد که گرچه در عقود، به طور معمول، معیار ایجاد اثر حقوقی، اعلام قبول است؛ در عقود از راه دور، اعلام قبول نمی‌تواند بر قصد انشا و عزم شخص بر اجرای معامله، دلالت عرفی کند. نظریه ارسال قبول، با توجه به این‌که معمولاً ارسال، به سادگی قابل استرداد نیست، و نیز قابل اثبات است، در عقود از راه دور، ملاک وقوع عقد، طبق ماده ۱۹۱ قانون مدنی، در حقوق ایران است. مواد قانون مدنی به دو بخش امری و تکمیلی یا تفسیری تقسیم می‌شود. در حقوق خصوصی، به ویژه در مبحث تعهدات و قراردادهای

^۱ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۱۶۱



غیر احوال شخصیه، اصل بر تکمیلی و تفسیری بودن مواد است. قسمت اول ماده ۱۹۱، در مورد تحقق عقد با قصد انشا، با توجه به ماده ۱۹۰ که قصد طرفین را از شرایط اساسی صحت معامله برشمرده است، امری به نظر می‌رسد و نمی‌توان توافق کرد که عقد، بدون قصد محقق شود. اما قسمت دوم ماده ۱۹۱ در مورد «مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»، تعیین کننده آنچه بر قصد دلالت دارد، عرف است و می‌تواند تلفظ، اشاره یا عمل، مثل قبض و اقباض باشد (مواد ۱۹۲ و ۱۹۳ قانون مدنی). بنابراین، نحوه دلالت بر قصد به مواد مذکور در قانون مدنی منحصر نیست و می‌تواند، نحوه دلالت بر قصد و به همین ترتیب، نحوه انعقاد معامله با توافق تعیین شود. منعی به نظر نمی‌رسد که توافق کنند که عقد، پس از وصول قبول یا در صورت اطلاع از وصول قبول منعقد گردد. این توافق بر نحوه وقوع عقد، به طور غیرمستقیم به معنی انتخاب قانون حکم بر آثار تعهدات است که تابع محل وقوع می‌باشد. با توافق بر نحوه وقوع، محل وقوع را نیز طرفین عقد تعیین کرده‌اند و حقوق حاکم، حقوق کشور محل وقوع عقد است که با توافق بر نحوه وقوع قرارداد معین شده است

۱-۳-۲. از راه تعیین اقامتگاه انتخابی

بسیار از اشخاص حقیقی و به ویژه اشخاص حقوقی، قرارداد را در محل اقامت خود منعقد می‌کنند. در عقود راه دور، چه در نظریه محل ارسال قبول یا محل اعلام قبول، محل اقامت قبول‌کننده که محل اعلام قبول یا ارسال قبول است، در تعیین محل وقوع عقد و در نتیجه قانون حاکم بر قرارداد نقش تعیین‌کننده دارد.

طبق ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی، هر یک از طرفین قرارداد می‌تواند محلی غیر از اقامتگاه حقیقی خود را به عنوان اقامتگاه انتخابی برگزیند. در این صورت «نسبت به دعاوی راجع به آن معامله، محلی که انتخاب شده است اقامتگاه او محسوب خواهد شد».



در انعقاد قراردادها از راه داده‌پیام^۱ و در قراردادهای تجاری الکترونیکی، با توجه به این که انعقاد این گونه قراردادها در فضای مجازی است و امکان ارسال و دریافت داده‌پیام مشخص و معین نیست، ماده ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی چنین مقرر نموده است:

«اگر محل استقرار سیستم اطلاعات یا محل استقرار دریافت داده‌پیام مختلف باشد؛ مطابق قاعده زیر عمل می‌شود:

الف) محل تجاری یا کاری اصل‌ساز محل ارسال داده‌پیام است و محل تجاری یا کاری مخاطب، محل دریافت داده‌پیام است مگر آن که خلاف آن توافق شده باشد ...».

بنابراین طرفین می‌توانند با توافق محلی غیر از محل تجاری یا کاری اصل‌ساز را به عنوان محل ارسال تعیین کنند و نیز می‌توانند محلی غیر از محل تجاری یا کاری مخاطب را به عنوان محل دریافت تعیین کنند و به این ترتیب، این توافق باعث تغییر محل وقوع عقد خواهد شد.

نحوه نگارش ماده ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی نشان می‌دهد که در عقود از راه دور، صرف اعلام اراده، برای تحقق رابطه حقوقی بسنده نمی‌کند بلکه «ارسال» و در نتیجه محل ارسال (با توجه ماده ۱۹۱ قانون مدنی) موجب تحقق قرارداد است. هم‌چنین طرفین می‌توانند بر نحوه وقوع عقد توافق کنند. بدین معنی که با توافق، اعتبار ارسال قبول، از زمان وصول آن به قبول‌کننده یا اطلاع وی از قبول باشد و حتی مکان وقوع عقد را با توافق تعیین کنند و به نظر نمی‌رسد مکان وقوع از شرایط اساسی صحت معامله و از قواعد امری باشد. اصل این که «عقد محقق می‌شود به قصد انشا» و این که برای تشکیل قرارداد، ایجاب و قبول لازم است، امری به نظر می‌رسد ولی در آنچه که دلالت بر قصد می‌کند و در زمان

^۱. ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷:

الف) داده‌پیام (Data Message) هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت یا پردازش می‌شود.

ب) اصل‌ساز (Originator) منشأ اصلی داده‌پیام است که داده‌پیام به وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می‌شود اما شامل شخصی که در خصوص داده‌پیام به عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد»



و در مکان وقوع به نظر می‌رسد توافق طرفین معتبر است. از این گذشته، اگر در امری بودن یا تکمیلی و تفسیری بودن امری در حقوق خصوصی به تردید دچار شدیم، با توجه به ماهیت حقوق خصوصی، به ویژه در حقوق قراردادها و امور مالی و تجاری بنظر می‌رسد اصل بر تکمیلی و تفسیری بودن مقررات است. همان‌طور که دیدیم ماده ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی به طرفین قرارداد حق انتخاب محلی غیر از محل واقعی تجاری یا کاری ایجاب‌کننده یا قبول‌کننده را می‌دهد. به همین ترتیب، ماده ۲۷ همان قانون در مورد زمان دریافت داده‌پیام، به اشخاص امکان توافق بر زمان وقوع عقد را می‌دهد زیرا ماده ۲۶ قانون تجارت الکترونیکی به عنوان معیار کلی چنین بیان می‌دارد: «ارسال داده‌پیام، زمانی تحقق می‌یابد که به یک سیستم اطلاعات خارج از کنترل اصل‌ساز یا قائم‌مقام وی وارد شود». سپس ماده ۲۷ همان قانون بیان می‌دارد:

«اگر سیستم اطلاعاتی مخاطب برای دریافت داده‌پیام معین شده باشند، دریافت زمانی محقق می‌شود که ...»

بنابراین، طرفین می‌توانند برای دریافت داده‌پیام، بر سیستم اطلاعاتی مخاطب یا هر سیستم اطلاعاتی دیگر توافق کنند. از وحدت ملاک مواد ۲۷ و ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی که انتخاب زمان و ارسال و دریافت قصد انشا و انتخاب زمان و مکان وقوع عقد را ممکن می‌سازد نتیجه می‌گیریم که با توجه به این‌که قراردادهای الکترونیکی ویژگی خاص حقوقی ندارند و در این گونه قراردادها صرفاً از وسایل الکترونیکی برای ابراز و ارسال قصد انشا استفاده می‌شود، این‌گونه توافق‌ها ویژه قراردادهای تجاری الکترونیکی نیست. در کلیه عقود و قراردادها، به استثنای عقود مربوط به احوال شخصیه، امکان انتخاب زمان و مکان وقوع عقد وجود دارد. بدیهی است به این ترتیب، حقوق حاکم بر عقد نیز از این طریق توسط طرفین قرارداد انتخاب می‌شود.

۴-۱. مقایسه ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی

ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی، مصوب ۲۶ شهریور ۱۳۷۶، با عنوان قانون حاکم، چنین مقرر کرده است:



۱- داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود مگر این که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

۲- در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض، مناسب تشخیص دهد.

۳- داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند بر اساس عدل و انصاف، یا به صورت کدخدانسانه تصمیم بگیرد.

۴- داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مدنظر قرار دهد.

در نگاه اول به نظر می‌رسد که بین این ماده و ماده ۹۶۸ قانون مدنی تفاوت‌های بارزی وجود دارد زیرا ماده ۹۶۸ به طرفین حق انتخاب حقوق حاکم را نمی‌دهد و بر اساس این ماده، صرفاً قرارداد تابع محل وقوع عقد است. در حالی که طبق ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، طرفین نه تنها می‌توانند حقوق حاکم را انتخاب کنند بلکه حقوق حاکم، با توجه به عبارت «قواعد حقوقی» می‌تواند حقوق غیردولتی باشد. از این تعارضات ظاهری نتیجه گرفته‌اند که ماده ۲۷ مذکور مخصص ماده ۹۶۸ قانون مدنی است.^۱ در مورد داوری‌های تجاری بین‌المللی، به مفهومی که در موارد ۱ و ۲ آن بیان شده است^۲ ماده ۲۷ مذکور و در قراردادهای بدون شرط داوری یا قراردادهایی که داوری تجاری بین‌المللی محسوب نشوند، ماده ۹۶۸ قانون مدنی مجری است.

چنان‌که در صفحات قبل دیدیم با نگاهی نو به ماده ۹۶۸ قانون مدنی و حتی در فرض امری بودن آن، بین آن و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی تعارضی اساسی وجود

^۱. نیکبخت، حمیدرضا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی،

شماره ۳۱-۳۲، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹، ص ۱۴۵

^۲. جنیدی، لعیا، قانون داوری تجاری بین‌المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۸، ص ۱۵۳



ندارد زیرا وقتی قانون وقوع عقد کشورها، امکان انتخاب هر نوع قانونی را به اشخاص می‌دهد و اصل حاکمیت اراده را نظام حقوق خصوصی قریب به اتفاق کشورهای مختلف جهان به رسمیت شناخته‌اند، اشخاص می‌توانند (مثل ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی) حقوق حاکم را انتخاب کنند. این دو ماده در جهت یکدیگر بوده و بین آن‌ها تعارض اساسی وجود ندارد. ممکن است به نظر برسد که معیار حقوق حاکم در صورت فقدان قانون منتخب طرفین در دو ماده مذکور، متعارض است زیرا در ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در صورت عدم انتخاب، قانون محل وقوع عقد، قانون جایگزین است و در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانون جایگزین، قواعد حل تعارض مناسب موضوع، با انتخاب داور است. اما در واقع بین این دو ماده، تعارض اساسی وجود ندارد زیرا قانون محل وقوع عقد، مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی را با قواعد حل تعارض خود حل و فصل می‌کند و داور نیز بر اساس قواعد حل تعارض مناسب موضوع، رسیدگی خواهد کرد. در مسائل حقوق تجارت بین‌الملل و قراردادهای تشابه در قواعد حل تعارض کشورها بیش از تفاوت‌ها است. با این حال، بین مواد سه تفاوت غیر اساسی وجود دارد:

- ۱- در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین قرارداد، به طور مستقیم است؛ در حالی که ماده ۹۶۸ قانون مدنی انتخاب حقوق حاکم، با مجوز حقوق محل وقوع عقد است.
- ۲- در ماده ۲۷ مذکور، طرفین همیشه می‌توانند حقوق غیردولتی را انتخاب کنند. در حالی که در ماده ۹۶۸ قانون مدنی انتخاب حقوق غیردولتی باید با مجوز حقوق محل وقوع عقد باشد و برخی از حقوق‌ها، مثل کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، با انتخاب حقوق غیردولتی توسط متعاقدين موافق نیستند.
- ۳- طبق بند سوم ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد»؛ در حالی که در ماده ۹۶۸ قانون مدنی، قاضی دادگاه نمی‌تواند نقش داور میانجی و تصمیم‌گیری کدخدامنشانه را بر عهده گیرد.



استثنائاً، طبق ماده ۴۷ قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۸۷، شورا می‌تواند داور منتخب طرفین باشد.

بنابراین، در حقوق حاکم بر قراردادها، بین ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللى هیچ‌گونه تعارضى وجود ندارد و در موارد تفاوت‌های سه‌گانه مذکور، هر یک از این دو ماده در گستره خود حاکم است. حال، پس از بررسی موضوع در حقوق ایران، راه‌حل‌های ارائه‌شده در مهم‌ترین کنوانسیون‌های بین‌المللى، به طور تطبیقى، بررسی می‌شوند.

۲- کنوانسیون‌های بین‌المللى:

می‌توان گفت که کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در حقوق حاکم بر تعهدات قراردادی کشورهای عضو اتحادیه اروپا، مهم‌ترین و گسترده‌ترین منبع در سطح جهان است زیرا علاوه بر اجرا در کشورهای اروپایی، راه‌حل‌های ارائه‌شده در این کنوانسیون، بسیاری از کشورهای غیراروپایی را تحت تأثیر قرار داده و این کنوانسیون مورد اقتباس قرار گرفته است. طبق ماده ۳ این کنوانسیون، طرفین قرارداد می‌توانند حقوق حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند که این حقوق باید حقوق ملی یک کشور باشد و نمی‌تواند حقوق غیردولتی باشد. از نظر این کنوانسیون، انتخاب حقوق غیردولتی، به منزله عدم انتخاب حقوق حاکم است.^۱ حقوق منتخب طرفین می‌تواند حقوقی باشد که با قرارداد هیچ ارتباطی ندارد.^۲ اصل حاکمیت اراده در کنوانسیون رم، در برخی قراردادهای خاص، مثل قراردادهای مربوط به مصرف‌کننده و حقوق کار محدودیت‌هایی پیدا می‌کند.^۳

کنوانسیون مکزیکو، ۱۷ مارس ۱۹۹۴، در مورد حقوق قابل اجرا در تعهدات قراردادی بین‌المللى مربوط به اتحادیه کشورهای امریکای شمالی، راه‌حلی مشابه کنوانسیون رم

^۱. لاگارد، پل، حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، ترجمه محمد اشتری، مجله حقوقی، شماره ۲۰، دفتر خدمات بین‌المللى جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۵، ص ۳۱۶

^۲. Jean-Baptiste RACINE, fabrice SIRIENEN, Droit du Commerce International, Dalloz ۲۰۰۷, p. ۱۷۰.

^۳. Racine, Ibid, p. ۱۷۶



برگزیده است. به موجب ماده ۱ این کنوانسیون، قراردادی بین‌المللی است که محل سکونت عادی یا اقامت متعاقدين در کشورهای مختلف باشد یا اهداف قرارداد مربوط به بیش از یک کشور باشد.^۱

طبق ماده ۲ کنوانسیون مکزیکو، حقوق حاکم، اگر چه به دولت متعاقد مربوط نباشد، اجرا می‌شود. در ماده ۷ این کنوانسیون چنین مقرر شده است:

«قرارداد، تابع حقوق منتخب طرفین است. توافق باید صریح باشد، یا اگر هیچ توافق صریحی نیست، از رفتار و شروط قراردادی مشخص باشد که یک کل تلقی می‌شود. [رفتار و شروط] این انتخاب می‌تواند به تمام قرارداد یا بخشی از آن مربوط باشد. انتخاب دادگاه معین توسط طرفین، لزوماً به معنی انتخاب حقوق حاکم نیست.»

در جهت بررسی تطبیقی با حقوق چین می‌توان گفت از زمانی که چین عضو سازمان تجارت جهانی شده، دعاوی بین‌المللی در آن افزایش یافته است. این کشور مانند دیگر کشورها، اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است. هم قانون مدنی ۱۹۸۶ چین و هم قانون قراردادهای ۱۹۹۹، مقرر می‌دارد که طرفین یک قرارداد خارجی می‌توانند حقوق حاکم بر حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد را برگزینند. محدودیت‌های آن، عدم لطمه به منافع اجتماعی و عمومی چین است. به هر حال، این توافقات نباید با قواعد امری حقوق چین مخالف باشد.^۲

قسمت دوم: حقوق حاکم در فقدان انتخاب توسط متعاقدين

۱- حقوق ایران

در حقوق ایران، باید بین قراردادهای تجاری بین‌المللی و سایر قراردادها تفکیک قائل شد. طبق ضابطه ماده قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶، قرارداد بین‌المللی بدین معنا است که یکی از طرفین در زمان انعقاد قرارداد داوری، به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد.

۱. Inter American Convention on the law applicable to International Contracts, Mexico, ۱۹۹۴, available at www.oas.org/juridico/english/treaties

۲. Mozhang, International Civil Litigation in China, available at www.bc.edu/bc-org



بر اساس بند ۲ ماده ۲۷ این قانون «داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد». بنابراین، در صورت عدم تعیین حقوق حاکم توسط طرفین قرارداد، داور، خود، در این مورد اقدام خواهد کرد. اما انتخاب داور، آزادانه و بدون شاخص نیست. در مورد اصطلاح «قواعد حل تعارض» وجود دو گزینه محتمل است: نخست این که، معیار، قواعد حل تعارض مقر داوری است که با موضوع متناسب است. با توجه به اینکه قانون و دادگاه مقر داوری بسیاری از خلأها را پر می‌کند و داوری در بسیاری از موارد از آن‌ها استمداد می‌جوید؛ این گزینه تقویت می‌شود. اما در مقابل، با عنایت به این که در مواردی مثل داوری on line (برخط) اصلاً داوری فاقد مقر است و در مواردی نیز انتخاب مقر داوری صرفاً به سبب نزدیکی داوران یا بی‌طرفی آن‌ها بوده است؛ و با توجه به ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال، که ماده ۲۷ مذکور ترجمه آن است، به نظر می‌رسد که گزینه قواعد حل تعارضی که داور خود مناسب موضوع تشخیص می‌دهد، دارای قوت بیشتری است. به موازات تعیین حقوق حاکم توسط داور، براساس قواعد حل تعارض مناسب موضوع، طبق بند ۴ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی «داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع را مورد نظر قرار دهد».

در مورد سایر قراردادهای، یعنی قراردادهای بدون شرط داوری و یا غیرتجاری و یا غیربین‌المللی، طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در صورت عدم تعیین حقوق حاکم، در هر حال حقوق ماهوی کشور محل انعقاد قرارداد حاکم است.

۲- کنوانسیون‌های بین‌المللی

طبق ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در صورت عدم انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین، قرارداد تابع حقوق کشوری است که با آن بیش‌ترین و نزدیک‌ترین ارتباط را دارد. این راه حل تحت تأثیر تئوری اروپایی (proximité) است که طبق آن، یک رابطه حقوقی، به سازمان حقوقی کشوری وابسته است که با آن نزدیک‌ترین پیوندها را دارد و صلاحیت رسیدگی متعلق به دادگاه دولتی است که با آن رابطه نزدیک دارد. اساس این ایده بر



تفکرات ساوینی، مرکز ثقل روابط حقوقی و تعیین پایگاه برای این روابط، استوار است ولی از ایده‌های وی فراتر رفته است.^۱

معیار اصلی کنوانسیون برای حقوق دارای بیشترین ارتباط با قرارداد، حقوق کشور محل سکونت معمولی طرفی است که اجرای تعهد شاخص قرارداد را برعهده دارد و اگر متعهد مزبور، شرکت یا شخص حقوقی باشد، مرکز اداره آن شخص است.^۲ معیار تعهد شاخص (prestation caracteristique) در رویه قضایی سوییس به خوبی شناخته شده و توسط کنوانسیون تعریف نشده است. منظور از تعهد شاخص، تعهدی است که پرداخت در ازای آن انجام می‌شود. در اغلب قراردادهای معوض باید پولی پرداخت شود؛ مثل ثمن در بیع، اجاره‌بها در عقد اجاره، حق بیمه در قرارداد بیمه، بلیت در قرارداد حمل و نقل و نظایر آن. پرداخت پول، ویژه قرارداد خاصی نیست؛ در حالی که تعهد بایع به دادن مبیع به مشتری، تعهد موجر مبنی بر تسلیم عین مستأجره، تعهد بیمه‌گر در جبران خسارات ناشی از خطر احتمالی و تعهد متصدی حمل و نقل به انجام حمل؛ تعهدی شاخص محسوب می‌شود.^۳

تعیین قانون متعهد به اجرای تعهدی شاخص، در مواردی است که این تعهد قابل تعیین باشد. اما مواردی نیز وجود دارد که تعهد شاخص قابل تعیین نیست، مثل قرارداد معاوضه که در آن، تعهد هر یک از طرفین می‌تواند شاخص محسوب شود و یا برخی عملیات بین بانک‌ها که در این صورت لازم است مورد به مورد، کشوری که قرارداد با آن کشور نزدیک‌ترین پیوندها دارد، تعیین شود.

به موجب ماده ۹ کنوانسیون مکزیکو «اگر طرفین حقوق حاکم را انتخاب نکرده‌اند یا انتخاب آن‌ها غیرمؤثر است، قرارداد تابع حقوق کشوری است که با آن نزدیک‌ترین پیوندها را دارد. دادگاه عناصر عینی و ذهنی قرارداد را برای تعیین حقوق کشوری که بیشترین

^۱ . Paul LAGARDE, Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé contemporain, Rec.cours de l'Ac.de pr.int.t. ۱۹۶ (۱۹۸۶-I) ۱۱ et s

^۲ .Convention de Rome available at www.cisg.franc.org/conventions, ۱۹۸۰

^۳ . لاگارد، پل، منبع پیشین، ص ۳۲۳



پیوندها را دارد، مورد نظر قرار می‌دهد. دادگاه اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل شناخته‌شده توسط سازمان‌های بین‌المللی را مورد نظر قرار می‌دهد. اگر بخشی از قرارداد قابل تفکیک باشد که پیوندی نزدیک‌تر با کشوری دارد، حقوق آن کشور بر همان قسمت قرارداد استثنائاً حاکم خواهد بود.^{۱۰} طبق ماده ۱۰ کنوانسیون مکزیکو «علاوه بر مقررات مواد فوق الذکر، اصول راهنما، عرف‌ها و اصول حقوق تجارت بین‌الملل، همین‌طور عرف‌های تجاری و رویه‌های عموماً پذیرفته شده به منظور برآوردن و فراهم کردن شرایط عدالت و انصاف در موارد خاص، اعمال خواهد شد.» کنوانسیون ۱۹۹۴ مکزیکو در ماده ۱۱ خود قید کرده است که در هر حال، قواعد امری مقرر دادگاه و نیز قواعد امری کشوری که قرارداد با آن پیوندهای نزدیک دارد اجرا خواهد شد.

در حقوق چین، اگر انتخاب صریح وجود نداشته باشد، دادگاه مردم (people's court) از معیار «نزدیک‌ترین ارتباط» استفاده می‌کند. این اصطلاح صراحتاً در قانون مدنی ۱۹۸۶ و نیز در قانون قرارداد تعریف نشده است. دادگاه‌ها هم رهنمودهای دادگاه عالی مردمی ۱۹۸۷ را دنبال می‌کنند. برای مثال، در غیاب حقوق منتخب طرفین، قرارداد فروش بین‌المللی کالا، تابع محل تجاری فروشنده در لحظه انعقاد قرارداد است. اگر قرارداد در محل تجاری خریدار منعقد شده، یا تابع شرایط و ضوابط مندرج توسط خریدار باشد یا قرارداد مقرر دارد که فروشنده، کالا را به محل تجاری خریدار تحویل خواهد داد، قانون محل تجاری خریدار، در موقع انعقاد حاکم است. اگر شخص، چند محل داشته باشد، حقوق محلی که بیش‌تر با قرارداد ارتباط دارد، اجرا می‌شود. در حقوق چین نیز، حقوق حاکم، چه توسط دادگاه انتخاب شود و چه توسط طرفین، شامل حقوق ماهوی است و قواعد حل تعارض و آیین دادرسی را در بر ندارد.



برآمد

حقوق حاکم بر قراردادهای، چه به لحاظ علمی و چه به لحاظ عملی، مهم ترین بحث در تعارض قوانین در روابط خصوصی بین المللی است. با نگاهی دقیق به معیار «قانون محل وقوع عقد» در ماده ۹۶۸ قانون مدنی و این که حقوق محل وقوع عقد در ایران، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی اصل را بر احترام به حاکمیت اراده و توافق اشخاص نهاده است و در صورت انعقاد عقد در خارج از کشور نیز، قریب به اتفاق کشورها، اصل حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی بین المللی (در موضوعات غیر احوال شخصیه و اموال غیر منقول) را پذیرفته اند، موضوع امری یا تکمیلی و تفسیری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی، ثمره عملی نداشته و اشخاص در هر دو صورت مذکور، با رعایت ماده ۹۷۵ قانون مدنی، امکان انتخاب حقوق منتخب و مورد توافق خود، چه حقوق خارجی مرتبط یا غیر مرتبط با قرارداد را دارند. بین راه حل ارائه شده در ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین المللى تعارض اساسى وجود ندارد. تنها تفاوت مهم در انتخاب حقوق غیردولتى به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد است که در این مورد آزادى عمل و تساهلى در داورى ها وجود دارد که اصولاً سازمان های قضایى کشورها برای پذیرش آن، آمادگى کامل ندارند.

با بررسی تطبیقى مى توان گفت که اصل حاکمیت توافق اشخاص بر انتخاب حقوق صالح در قراردادهای، جزو اصول کلی در حقوق بین الملل خصوصی است. در مورد حقوق حاکم بر قراردادهای در صورت عدم انتخاب طرفین، راه حل مندرج در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، مبتنى بر اجرای حقوقى که با قرارداد بیشترین و نزدیک ترین پیوندها را دارد (اصل Proximité) در حال گسترش و فراگیر شدن در جهان است.



فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰.
- پروین، فرهاد، نگاهی دیگر به احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران، مجله حقوقی، شماره ۲۴، ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۴.
- جنیدی، لعیا، قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۸.
- جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- خمایی زاده، فرهاد، قواعد غیردولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، تهران: مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، ۱۳۸۵.
- حجتی اشرفی، غلامرضا، مجموعه قوانین اساسی - مدنی (تدوین)، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۵۶.
- داوید، رنه، اسپینوزی، کامی ژوفره، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفائی، تهران: نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۵.
- گیتی، خسرو، نظم عمومی (مقاله)، ر.ک: <http://www.ghavanin.ir>
- لاگارد، پل، حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن، کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، ترجمه محمد اشتري، مجله حقوقی شماره ۲۰، ۱۳۷۵.
- نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل در نظام حقوقی ایران، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۳.
- نیکبخت، حمیدرضا، تعارض قوانین در قراردادها، مجله حقوقی، شماره ۳۲، ۱۳۸۴.



- نیکبخت، حمیدرضا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، تهران: مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۱-۳۲، ۱۳۷۹.
- نائینی، احمدرضا، (گردآوری و تحقیق)، مشروح مذاکرات قانون مدنی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶.

ب) منابع فرانسه و انگلیسی

- Convention de Rome du ۱۹ juin ۱۹۸۰ sur la loi applicable aux obligations contractuelles, available at www.cisg-franc.org/conventions
- GHIHO, Pierre, Droit International Privé, L'Hermes, Lyon, ۱۹۹۲
- Inter American Convention on the law applicable to International contracts, Mexico, ۱۹۹۴, available at www.oas.org/juridica
- LAGARDE, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain, Rec.cours de L'AC.de Pr.int. t. ۱۹۶ (۱۹۸۶-I)
- Mozhang, International Civil Litigation in China, available at www.bc.edu/bc-org/avp/law
- Mozhang, International Law Review, volume ۲۰۰ fall ۲۰۰۶.
- Racine, Jean- Boptiste; siriainen, fabric, Droit du Commerce International, Dalloz, ۲۰۰۷

بومی سازی سیاست جنایی

با تأکید بر نقد اهمّ مدل های غربی و گفتمان های فقهی سیاست جنایی

مهدی خاقانی اصفهانی*

محمدعلی حاجی ده آبادی**

چکیده

از ویژگی های گفتمان های غالب در سیاست جنایی غربی، قرارگیری دولت ها به طور نسبی در یکی از مدل های تعریف شده لیبرال، اتوریته، توتالیتر و مانند آن است که خود در تقابل نظری و عملی آزادی گرایی و امنیت گرایی ریشه دارد. سیاست جنایی غربی معاصر، در پیروی از منطق مدرنیته و همچنین نتیجه دیالکتیک ساختار و کنش میان نهادها و کنش گرانی است که منطق تدبیر آن ها در قبال بزهکاری در چارچوب «نظریه سیستم ها» معنادار است. این تنها گوشه ای از وضعیت اسف بار چیرگی مدرنیته بر علوم انسانی است. ناتوانی الگوهای غربی سیاست جنایی در مهار بحران های بزهکاری، چالش های امنیت، بیداری جنبش های ملی مخالف سیاست های کیفری دولت های غربی و نگرانی های جهانی شده دیگر، ضرورت تأمل در دو پرسش را توجیه می کند: (۱) چرا و چگونه باید روند پیروی گفتمان دانشگاهی و بعضاً کاربردی حقوق ایران از مدل های وارداتی سیاست جنایی غربی را کنترل نمود؟ (۲) آسیب شناسی در مبانی گفتمان های رایج سیاست جنایی فقهی، به طراحی نظام سیاست جنایی بومی چه کمکی می کند؟

* دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

Email: m.khaghani@qom.ac.ir

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه قم



هدف نهایی مقاله، پالایش معرفت‌شناختی بخش‌های قابل گرده‌برداری از قرائت‌های رایج سیاست جنایی فقهی و غربی و سهم‌دهی به هر یک از این دو منبع در ساختار یک نظام سیاست جنایی بومی است؛ نظامی که این مقاله در تلاش برای ترسیم دورنمای مبانی آن است.

واژگان کلیدی: نقد مدرنیته حقوقی، مدل‌های غربی سیاست جنایی، گفتمان‌های فقه جزایی، مدل حقوقی بومی.



نظریه‌پردازی در علوم انسانی، تلاشی انتزاعی در چارچوب‌های مفهومی و ادراک ذهن از پدیده‌های انسانی است. از این رو برای بومی‌سازی علوم انسانی در ایران، به ویژه بومی‌سازی دانش سیاست جنایی، باید ابتدا طرحی اسلامی - ایرانی از ساختاربندی مبانی و منابع این الگوی بومی پایه‌ریزی کنیم. باید به تأثیر متقابل معناها، هنجارها و قدرت در کنش و ساختار معتقد باشیم؛ چرا که هر نظم شناختی و اخلاقی، در آن واحد، نظام قدرتی است که شامل «افق مشروعیت» می‌شود. از مؤلفه‌های این مشروعیت، توان برقراری تعامل، میان ساختار و کنش در هر سیستم اجتماعی از جمله سیاست جنایی است.

بر این اساس، این معضل و «مشکله» که علم را به الگوی نظم علی و استقرایی تقلیل دهیم و به زنگ‌زدگی شکل‌گرایی محض پوزیتیویستی دچار شویم (آفت حاکمیت مدرنیته بر فلسفه علم و علوم انسانی)^۱ و یا فقط ویژگی‌های معرفتی صرفاً ایدئولوژیک علوم انسانی را را پررنگ سازیم (که این، آفت گفتمان رایج علم اسلامی است) تنها با اتخاذ راهبردی سنجیده بر مبنای معیارهای تعامل‌گرایی میان‌دانشی قابل حل است. هم‌چنین اگر نخواهیم به ورطه یگانه‌انگاری همراه با تخیل «علم واحد» گرفتار آییم و یا اگر نخواهیم به دوگانه‌انگاری روی آوریم (که علمی بودن علوم انسانی را با تردید مواجه می‌سازد) و یا نخواهیم به اتهام نسبی‌گرایی افراطی (پست‌مدرنیته) که به نوعی خودمحوری معرفتی دچار است، گرفتار گردیم؛ بایستی به رابطه دوطرفه - به تعبیر برخی، دیالکتیکی - میان دو قطب متضاد روی آوریم و ساختاری دوگانه از معرفت (ذهن و عین: متافیزیک و واقعیت) را توأمان به رسمیت شناسیم.^۲ در این برداشت، که مورد توجه مقاله حاضر است، هر معرفتی ناشی از مبادله میان دو جریان پیشینی (ذهنی) و پسینی (قضایای تجربی) است؛ به آن معنا

^۱ خلیلی، اسماعیل، علوم انسانی نوین در ایران، در: درآمدی بر علوم انسانی انتقادی، پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۶۰

^۲ توحیدفام، محمد و مرضیه حسینیان، فراسوی کنش و ساختار (تلفیق کنش و ساختار در اندیشه گیدنز، بوردیو و هابرماس)، نشر گام نو، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۰۹



که هیچ مقوله ذهنی نیست که مدیون تجربه نباشد و هیچ استنتاج تجربی هم نیست که از ذهن، بی اطلاع باشد. مبادله میان فاعل شناسایی و موضوع شناسایی، مبادله میان ذهن و شیء است و هر دو در کار «شدن اند».

بخشی از گفتمان جدید رایج میان دلسوزان بومی سازی علوم اسلامی، که با دستاوردهای مدرنیته نیز منطقی و غیرمتعصبانه برخورد می کند، به آفت خطرناکی مبتلا شده است: التقاط. بدین شرح که چندی است مراکز پژوهشی عدیده ای بر این اندیشه اصرار و در مورد آن پژوهش می کنند که آشتی میان سنت و تجدد از رهگذر «تعامل دهی» عناصر این دو نظام دانایی میسر است. این جریان، بخش هایی از دروس مذهبی را در کنار بخش هایی از دروس جدید فقط به صورت مکانیکی چیده و برخی تحلیل های سطحی از نواندیشی دینی را به ادبیات دین پژوهی کشور تزریق کرده است. بی شک، مصائب گفتمان های رایج در زمینه علوم اسلامی و غربی با این روش و رویکرد، نه کاهش، بلکه افزایش خواهد یافت.

به موازات مصائب فراروی گفتمان سنتی درباره سیاست جنایی اسلامی، سیاست جنایی غربی نیز از ناحیه مبانی، ساختارها و الگوها به چالش کشیده شده است. سیاست جنایی غربی، امروزه آماج نقدهایی است که فقط از زاویه دید جامعه شناسی، به ویژه از حیث حاکمیت مدرنیته بر ... طرح نمی شوند بلکه از منظر معرفت شناسی، به ویژه از حیث حاکمیت مدرنیته بر مبانی اش - مبانی سیاست جنایی غربی - و نیز از حیث روش و محتوا آن را به چالش می کشند. اگرچه ثمره نهضت ترجمه، گشایش پنجره های جدید به دنیای اندیشه بود، در عرصه تولید علم، موجب ایستایی بیش از پیش و حتی وابستگی فکری و ظهور پدیده نوین استعمار فکری شد. تجددطلبی در علوم انسانی، نه با ترجمه و واردات افکار مغرب زمین، که با تولید علم و نظریه پردازی صورت می گیرد. در این میان، نظریه پردازی در حوزه سیاست جنایی به شدت مورد نیاز کشور است؛ چرا که فقدان الگوی بومی برای مدیریت تدبیر در قبال بزه و انحراف و ناهماهنگی میان نهادهای تقنینی و قضایی و اجرایی کشور، جز افت شاخص های عدالت کیفری در نظام جمهوری اسلامی پیامدی ندارد.



این مقاله، مبانی فلسفی الگوهای غربی سیاست جنایی را از این زاویه مورد نقد معرفت‌شناختی قرار می‌دهد که چگونه جریان توسعه مدرنیزاسیون از علوم طبیعی و فنی به علوم انسانی موجب شده است که اهداف و ابزارهای عدالت کیفری در مبانی مدل‌های غربی سیاست جنایی تحریف شود و «عقل ابزاری» جایگزین «عقل مفاهمه‌ای» گردد. جریان کلان نواندیشی دینی، به‌ویژه گرایش خاص علوم انسانی بومی، در نقد غیرمتعصبانه و عالمانه اندیشه غربی جایگاه بسیار مهمی دارد.

مقاله حاضر همچنین به طور خاص به وصف و تحلیل و چاره‌اندیشی درباره رنج مداوم دانش سیاست جنایی از مصائب ناشی از این ناهمگرایی می‌پردازد.

اگرچه مدرنیته به عنوان نافی هرگونه آموزه‌های قدسی مطرح می‌شود اما نمی‌توان گفت که دین و آموزه‌های دینی تاکنون در جوامع مدرن در اشکال متفاوت حضور نداشته‌اند. منازعه مدرنیته با دین، موجب ظهور اشکال جدیدتری از دین در دنیای حاضر شده است؛ به گونه‌ای که نمی‌توان از نقش‌های جدید دین در شکل‌دهی علایق انسان‌ها، تبیین زیربنای فرهنگی و حتی جهت‌دهی گرایش‌ها و دیدگاه‌های سیاسی در عصر مدرن غافل بود.^۱ آنچه در نقد فلسفی به مدرنیته و تلاش فکری برای نفی سکولاریسم و معنا بخشیدن به زندگی معاصر قابل توجه است، گرایش متفکران دینی به فلسفه، به منظور نقد کیفیت سکولار مدرنیته می‌باشد.

همان‌گونه که مدرنیته در اروپا بر زمینه‌های اخلاقی و فرهنگی ارزش‌های مسیحی ساخته و پرداخته شد؛ مدرنیته، واز جمله مدرنیزاسیون عرصه‌های حقوق، نظیر سیاست جنایی، باید بستر فرهنگی و باورهای دینی و به‌ویژه دیدگاه‌های حقوقی عرفی اکثر مردم را نیز به طور جدی در نظر گرفته و به گفتمانی بومی تبدیل شود. بر این اساس، یکی از پیش‌فرض‌های فکری روشنفکران دینی این است که تحول جامعه ایران، فارغ از تحول در معرفت سنتی از دین، امکان‌پذیر نخواهد بود.^۲ البته تحولی که از حیث ماهیت، مبانی، ساختار و کارکرد،

۱. Scribner, J & Fusarelli, L., Rethinking the Nexus between Religion and Political Culture, *Culture, Education and Urban Society*, Vol. ۲۸, No. ۳, ۱۹۹۶, p ۷۱

۲. ثاقب‌فر، مرتضی، بن‌بست‌های جامعه‌شناسی، نشر بیستون، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۶۴



سکولار نباشد. پرسش اساسی پیش رو نباید عملاً ما را به پذیرفتن این یا آن «قلب» پیش ساخته‌ای محدود کند که قرن‌ها تجربه شده است. این پرسش باید به گونه‌ای طرح شود که پاسخ به آن، مفاهیمی کلی مانند سکولاریسم یا جامعه دینی محض نباشد. از طرف دیگر، این پرسش نباید کاملاً این مفاهیم و پروژه‌ها را به کناری نهاده و دارای چنان کلی‌گرایی یا ابهام مفهومی باشد که کیفیتی «اتوپایی» و غیر «این‌جهانی» داشته باشد. باید از بحث‌های کلی و مبهم درباره بومی کردن مدرنیته، سازگاری یا عدم سازگاری اسلام با دموکراسی، درستی یا نادرستی مفهوم روشنفکر دینی و تکرار مناقشه‌هایی که برای آن‌ها از پیش پاسخی ایدئولوژیک در ذهن داریم، به چگونگی «راهبردسازی و حرکت» در مسیر تدوین الگوهای کاملاً داخلی برای ایران امروز بیان‌دیشیم و بپذیریم که همه نیروهای مؤثر بر هر امر اجتماعی، نظیر سیاست‌گذاری جنایی را باید مدیریت کنیم و گرنه همین مؤلفه‌های مغفول، جریان فکری و عملیاتی مخالف تشکیل می‌دهند و نظم و کارایی و حتی مشروعیت را مخدوش می‌کنند.

اکنون که سیاست بومی‌سازی دانش در ایران فرصتی برای اندیشیدن فراهم آورده، باید فارغ از نوستالژی گذشته و با دیدگاهی آینده‌نگر، این پژوهش را در مسیر ترسیم دورنمای الگوی بومی سیاست جنایی ادامه دهیم.

۱. بومی‌سازی سیاست جنایی؛ ضرورت، جهت و راهبرد

جریان اخذ و تحلیل نهاد و درج آن در نظام حقوقی دیگر را «بومی‌سازی نهاد حقوقی» نام می‌نیم.^۱ آشکار است که نظام‌های حقوقی نمی‌خواهند به طور مستقل و بدون توجه به دستاوردهای یکدیگر به حل مشکلات بپردازند زیرا نه زدودن تفاوت‌ها میسر است و نه بستن نظام حقوقی و استفاده نکردن از سایر نظام‌ها. مبنای حقوق به «چرایی» مشروعیت قواعد و نهادهای حقوقی پاسخ می‌دهد.

^۱ حکمت‌نیا، محمود، بومی‌سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی، فصلنامه فقه و حقوق، شماره ۷، ۱۳۸۴، ص ۶۱



امروزه دو سبک آینده‌اندیشی برآمده از علوم غربی و علوم و معارف اسلامی، روی در روی هم دارند. اولی بر علاقه فنی (تکنیکی سیاست جنایی) و نظم‌دهی بر مبنای نظام‌های اقتصادی و سیاسی موجود، به وسیله طبقه فن‌سالاران توسعه‌گرا (مسئولان حکومتی سیاست جنایی) مبتنی است و دومی بر علاقه رهایی‌بخش - تعامل‌گرا و ضد هژمونیک - در تفکر دلسوزان نواندیشی‌دینی مبتنی است که تقریب نیروهای سه‌گانه سیاست جنایی غرب، شرع، عرف یا همان غربی، اسلامی، ایرانی، برای بومی‌سازی علوم انسانی دغدغه آنان است.

به نظر می‌رسد جنبه مدیریتی سیاست جنایی اقتضا دارد در شرایط تقابل بین رویکرد ایدئولوژیک و تجربی، بر مدل‌های ارتباطی و تأویلی تأکید شود تا منابع سه‌گانه سیاست جنایی، به جای تقابل و خشتی‌سازی یکدیگر (که تنها پیامد آن ناتوانی در بومی‌سازی و استمرار همین وضع کنونی سیاست جنایی کشور است) با هم در ترسیم دورنمای رونمایی به سمت تدوین الگوی اسلامی - ایرانی (بومی) سیاست جنایی، مشارکت و موفقیت یابند. برخی، بومی‌سازی علوم انسانی را درست بر همان مبانی غربی استوار می‌کنند و از اندیشه غربی به اندیشه غربی پناه می‌برند. برای مثال، ایشان «منطق فازی» در ریاضیات را مبنای معرفت‌شناختی مطلوبی برای جریان بومی‌سازی دانسته و با موضعی به شدت نسبی‌گرا و تجربه‌محور معتقدند: «حقیقت، چیزی بین صفر و یک است. همه چیز تابع اصل عدم قطعیت است و لذا باید در مورد گزاره‌های تاریخی و فراتاریخی علوم انسانی، درجه‌بندی به شکل صفر و یک صورت گیرد؛ به این معنا که میزان عضویت هر علم اجتماعی، از جمله سیاست جنایی، به مجموعه بومی یا مجموعه جهانی، قابل درجه‌بندی است و منطق فازی این قابلیت را داراست که درجه تعلق هر مفهوم و دستاوردی از علوم انسانی را به هر یک از دو مجموعه بومی و جهانی با روش صفر و یک مشخص کند و معیاری برای تولید علم بومی باشد»^۱. حقیقتاً جای بسی تأسف است که نهضت نوپای بومی‌سازی علوم انسانی

^۱. زارعیان، مریم و سفیری، خدیجه، علوم انسانی بومی بر مبنای منطق فازی، فصلنامه دانشگاه اسلامی، سال ۱۵، شماره ۱، ۱۳۹۰، صص ۹۴ - ۸۳.



از همین ابتدای راه به این آفت مبتلا شده که از علوم دقیق، نظیر ریاضیات و آمار برای دفع حاکمیت علوم دقیق بر علوم انسانی استفاده می‌شود. نظریه‌های غربی برای بومی‌سازی علوم انسانی در ایران اسلامی توصیه می‌شوند و بر همین مبناست که بخشی از گفتمان دانشگاهی بومی‌سازی در کشور ما، همانند بخشی از همین گفتمان در فضای پژوهشی دینی و حوزوی ما به شدت مسموم است.

در وضعیتی که هنوز در کشور نظریه بومی سیاست جنایی نداریم، تلاش برای تدوین مبانی این نظریه نمی‌تواند به شکل برنامه‌ریزی ملموس و طراحی جزئیات هر یک لایه‌های تقنینی، قضایی، اجرایی و مشارکتی سیاست جنایی انجام یابد بلکه باید زمینه تاریخی سیاست جنایی را نقادانه بحث کند، روابط موجود در زبان در بین دستاوردها و آموزه‌های شرعی، غربی و ملی سیاست جنایی را آشکار نماید، روابط قدرت را ارزیابی کند و به این ترتیب آینده سیاست جنایی کشورمان را به سؤال کشد.^۱ به این منظور، باید دید چگونه می‌توان از ادبیات آینده‌اندیشی، نظریه‌ها و روش‌هایی را از دو جهت، معرفت‌شناسی و روش‌شناسی، برای گسترش یک شرایط مشارکتی پیدا کرد. شرایطی مشارکتی که می‌توان آن را با توجه به ویژگی مدیریتی بودن دانش سیاست جنایی، «برنامه‌ریزی مذاکره‌ای میان مبانی، منابع و نیروهای مؤثر بر سیاست جنایی، جهت ترسیم ساختار، راهبردها و جلوه‌های الگوی بومی سیاست جنایی» نامید. هدف این شیوه برنامه‌ریزی، فائق آمدن بر حلقه بسته متخصصان و نفوذ بر نقش‌های رسمی انسان‌ها و جایگزینی گفت‌وگوی بین شرکای برابر، به جای روابط سلسله مراتبی بین متخصصان و گیرندگان تخصص یا ترکیب کردن دانش پردازش‌شده متخصصان برنامه‌ریزی با دانش شخصی (تجربه روزمره) مراجعان است. الگوی بومی سیاست جنایی باید بر اساس پیش فرض گسترش یادگیری متقابل ناشی از پیوند برابری طلبانه دانش پردازش‌شده، با دانش شخصی و یا آمیختن نظام‌های هدایت

^۱ Khaghani, M., Challenges Confronting the Modernization of Islam and Iran's Criminal Law in regard to Crimes against Security of e-Commerce, Business and Management Review (BMR), Vol. ۲, No. ۵, ۲۰۱۲, p ۹۹



اجتماعی با ظرفیت تجربه‌گری و خوداصلاح‌گری، آینده‌پژوهی و سپس تدوین و اجرا گردد.

در علوم انسانی، نخست آنکه نباید در گرداب انحصار روش‌شناختی بیفتیم و مثلاً صرفاً بر پایه مدل طرح شده توسط دلماس مارتی^۱ سیاست جنایی ایران را آسیب‌شناسی و آینده‌پژوهی نماییم؛ همچنان که وصف فقه جزایی و تصور تطبیق آن با سیاست جنایی گذشته، حال و آینده ایران و دیگر کشورهای اسلامی کافی نیست.

دوم آنکه تقلید از عین محتوای راهبردها و جلوه‌های سیاست جنایی غربی و شرعی را نمی‌توان عیناً و بدون پالایش و جایابی در نظامی میان‌رشته‌ای، به الگوی بومی سیاست جنایی تزریق کرد زیرا «کارکرد استوار و مستمر هر الگویی [مانند گفتمان الگوی سنتی سیاست جنایی اسلامی] به منظور تعریف و حفظ هویت ساختار و استمرار بقای آن، مزایای دیگر الگوها را واژگون جلوه می‌دهد و آن را دفع می‌کند. تأکید بر صیانت از فهم سنتی علم دینی، گویای عدم تمایل آن‌چنانی به تحول در فهم الگوهای قابل استخراج از مبانی است.^۲ در این ساختارها، قدرت در مفروض‌ها یا باورها نهفته بوده؛ بنابراین اقتدار، ناشی از اعتقادات است نه اداره.^۳

۲. تسری مصائب حاکمیت مدرنیته بر علوم انسانی، به سیاست جنایی کنونی ایران

سیاست جنایی می‌کوشد در تعامل با دیگر علوم جزایی، به‌ویژه جرم‌شناسی و حقوق کیفری، ظرفیت‌های مادی و معنوی هر کشور را در مسیر کنترل مهم‌ترین ناهنجاری‌ها به سیاست‌گذاران و افراد ملت بشناساند. از این رو، سیاست جنایی منظومه‌ای از دانایی

^۱. دلماس مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱، ۹۴-۸۳

^۲. پورعزت، علی‌اصغر، گذر از حصارهای شیشه‌ای معرفت‌شناسی با تأکید بر الزامات زبان‌شناختی علوم میان‌رشته‌ای، فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، شماره ۱، ۱۳۸۷، ص ۹۳

^۳. تسلیمی، محمدسعید و همکاران، تبیین مدل دیالکتیکی نهادی شدن سازمان، فصلنامه دانش مدیریت، شماره ۶۳، ۱۳۸۲، ص ۱۵



مشمول بر داده‌های علوم مرتبط، اقتضائات جامعه‌شناختی و فرهنگی، بخش‌هایی از دین با قرائتی از آن و اجزای متعدد دیگر به فراخور ساختار و اوصاف هر جامعه ارائه می‌کند، بدین منظور که راهبردی کلان و روش‌هایی خُرد و جزئی‌نگر در جهت آن در تمام سطوح فردی و جمعی، رسمی و عرفی طراحی شود تا بزه و انحراف، رصد و تا حد امکان مهار شود. سیاست جنایی در این مسیر، از چرخش رویکردها و گردش تمرکزها بر اهداف عدالت کیفری، هم غنی‌شده و هم صدمه دیده است. همچنین آوردگاه آزمون نظریه‌های جرم‌شناسی و بازخورد تحولات حقوق موضوعه بوده است و از آموزه‌های مکتب تحقیقی گرفته تا نظریه متأخر عدالت کیفری ریسک‌مدار، و از حقوق دینی تا حقوق پسامدرن، همه و همه را مورد کاربست قرار داده و خود را پیش برده و همچنان در عین تحول، در چالش و افت و خیز است و همچنان سرگردان^۱. گاهی فقط به ترجمه کتاب‌های فقهی در قالب جرم‌انگاری اقدام می‌کند و عصا رُفقه را مصرانه در جام قانون می‌ریزد. گاهی به ترجمه مواد قانون جزایی فرانسه و اسناد بین‌المللی دل خوش می‌کند و به اقتضائات جامعه‌شناسی جرایم در ایران و داده‌های این علم در عقلانیت تقنینی خود توجه چندانی ندارد.

سیاست جنایی به طور کلی از جنبه‌های گوناگونی نظیر فلسفه اخلاق و نظریه عدالت، محاسبه‌گری اقتصادی، حمایت‌گری از دین و نظایر آن در ایران و جهان، مورد آسیب‌شناسی قرار گرفته و پژوهش‌ها در این زمینه اندک نیست. اما تحلیل و نقد سیاست جنایی از حیث تحمل مصائب ناشی از جریان مدرنیزاسیون علوم انسانی، موضوع پژوهش مستقلی، دست‌کم در کشورمان نبوده است.

تحقیق در زمینه چرایی و میزان و نحوه آسیب‌دیدگی دانش سیاست جنایی از حاکمیت جریان مدرنیسم بر روند تحول علوم انسانی از دو جهت حائز اهمیت است: (۱) به طور عام، ناهمسویی اهداف و طبع مابعدالطبیعی علوم انسانی با مدرنیسم، به مثابه فراروایتی مبتنی بر پوزیتیویسم تجربی و مخالف حکومت ارزش‌های دینی و حاکمیت باورهای

^۱. جانستون، جری، سیاست‌گذاری کیفری: نخبه‌گرا، عامه‌گرا یا مشارکت محور؟، ترجمه بهروز جوانمرد، فصلنامه تعالی حقوق، شماره ۱۱، ۱۳۹۰، صص ۷۳-۱۰۴



مابعدالطبیعی؛ ۲) به طور خاص، ناهمسویی اهداف و ماهیت عدالت کیفری با روش فرمول‌بندی علوم انسانی و استفاده از روش‌های تجربی در نظام‌مند کردن مفاهیم و قلمروهای غیرنظام‌مند سیاست جنایی.

برای تبیین دلایل ناسازگاری اهداف و نیز ماهیت مابعدالطبیعی علوم انسانی با مدرنیسم و اثر منفی آن بر سیاست جنایی، ابتدا لازم است مدرنیزاسیون و سپس مدرنیته حقوقی و نسبت این دو با حقوق مدرن، اختصاراً توضیح داده شود.

وضعیت مدرنیته، برجسته‌کننده بداعت حال به عنوان گسستی از گذشته، حالی گشوده رو به آینده‌ای به شتاب نزدیک‌شونده و نامعلوم است. در کلی‌ترین شکل، بهترین برداشت از مدرنیته در نظر گرفتن آن به عنوان ساختار زمان آگاهی تاریخی است.^۱ در واقع، مدرنیسم بعد از عصر روشنگری، باعث تغییر جدی نگرش انسان در غرب، در چهار ساحت معرفتی مفروضات، مفاهیم، غایات و ابزار شد.

حقوق مدرن، از حیث پیروی از مدرنیته، دو ویژگی اساسی دارد: الف) استقلال از دین و لذا جایگزین شدن دین با عقل تجربی به عنوان مبنای قاعده حقوقی؛ ب) وحدت‌گرایی، که به معنای رفع تكثر منابع حقوق (دین، دیگر انواع باورهای مابعدالطبیعی، فرمان حاکم، برخی آداب و رسوم و ...) و حرکت به سمت مبنابودن دولت برای قاعده حقوقی بر اساس عقل خودبنیاد^۲. مدرنیته حقوقی درست از زمانی عینیت می‌یابد که دولت بر مبنای اراده عمومی موجب حذف همه مرجعیت‌ها و فراروایت‌های مذهبی، سرزمینی، سیاسی و غیره می‌شود که واسطه بین فرد و دولت می‌گردند.^۳ این گونه است که حقوق در جامعه مدرن، ابزار مرجع نظم‌دهی به روابط اجتماعی و به طور کلی عقلانیت اجتماعی می‌گردد. در مدرنیته حقوقی، نقش دکتربین حقوقی - مذهبی بسیار کم‌رنگ است؛ چرا که روش

^۱. گروه نویسندگان، فرهنگ اندیشه انتقادی، ویراسته مایکل پین، ترجمه پیام یزدانجو، نشر مرکز، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ص ۶۰۰

^۲. راسخ، محمد، مدرنیته و حقوق دینی، نامه مفید، شماره ۶۴، ۱۳۸۶، ص ۱۳

^۳. Sellers, M., Republican Legal Theory, the History, Constitution and Purposes of Law in a Free State, New York: Palgrave Macmillan, ۲۰۰۳, p ۱۴-۹۶



اسکولاستیک (scholastic) یا مدرّسی معتبر دانسته نمی‌شود. با این استدلال که یک نظام علمی واقعی و مبتنی بر عقل تجربی نمی‌تواند بر تعبدِ برآمده از متون سنتی استوار باشد و نیز این که علم واقعی باید بنای خود را در یک «سیستم» بیابد نه این که از مقایسهٔ موردی به دست آمده باشد.^۱

حال، پس از تبیین مدرنیزاسیون و مدرنیتهٔ حقوقی و نسبت این دو با حقوق مدرن، نوبت آن است که مقاله به تبیین دلایل ناسازگاری اهداف و نیز ماهیت مابعدالطبیعی علوم انسانی با مدرنیسم و اثر منفی آن بر سیاست جنایی بپردازد.

بی‌تردید، شرط غلبه بر وضعیت فعلی علوم انسانی در جهان سوم، تفتن در کاستی‌های علوم انسانی غربی، تلاش جهت مواجههٔ انتقادی و خلاقانه با آن، سرمایه‌گذاری در جهت تحقیقات نظری و بنیادین علوم انسانی، فارغ از ایدئولوژی‌های سیاسی، افزایش تعاملات و تبادلات میان اندیشمندان جهان سوم و ارتقای فهم بین‌الذهانی و میان‌فرهنگی است. اما از این میان، چگونه ممکن است که ایدئولوژی‌ها و نظریه‌ها دانش سیاست جنایی را متحول کنند یا بدان آسیب زنند؟ مدرنیسم صرفاً در حوزه فناوری و پیشرفت مادی زندگی انسان بروز و تحول نیافت، بلکه همچنین چتر شمول خود را بر حوزه‌های عظیمی از دانایی مابعدالطبیعی نیز گستراند. جریان مدرنیسم، اگرچه مثلاً عرفان را نه، اما «علوم» انسانی را کاملاً از حیث روش و عموماً (اگرچه نه مطلقاً و کاملاً) از حیث محتوا در منظومهٔ فکری خود فروکشاند؛ تا جایی که فلسفه را که همانند ریاضیات و منطق جزء علوم مستقل است، از مرحله مدرّسی و اسکولاستیک خارج و آن را مدرنیزه کرد.

شاخص اصلی رویکرد پوزیتیویستی به علم در نظریه‌پردازی‌های عصر مدرن، تکیه بر «اصل تبیین» است. در واقع علوم انسانی بیش از همه با تأکید بر همین ماهیت، تبیین و با ایجاد ربط علی میان پدیدارهای اجتماعی قوام یافته‌اند. این، در حالی است که هر رویکرد تبیین‌محور، ذاتاً تقلیل‌گرایانه است و به شکلی داوطلبانه و ساده‌اندیشانه، سویه‌های دیگر

^۱. شهابی، مهدی، از حقوق سنتی تا حقوق مدرن؛ تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی، نامهٔ مفید، شماره ۷۶، ۱۳۸۸.



شناختی نسبت به پدیده‌های اجتماعی را حذف می‌کند تا به سویه‌ای یک‌دست در فهم آن پدیده دست یابد.^۱ این به معنای افزایش خطر تحلیل تک‌بعدی و تمامیت‌خواهی علمی و نفی دیگر خوانش‌ها و غیرمیان‌رشته‌ای شدن سیاست جنایی و بی‌توجهی به ابعاد اجتماعی و فقط غربی، یا فقط فقهی، تحلیل کردن سیاست جنایی و مآلاً یأس از آرمان تولید دانش سیاست جنایی در کشور است.^۲

سیاست جنایی، در جریان مدرنیزاسیون علم، رفته‌رفته از مکاتب اخلاق‌گرا و فضیلت‌گرای کانتی و نوکانتی و رالزی به سمت پوزیتیویسم و عقلانیت ابزاری گرایش یافت. شمایل ظاهراً جهان‌شمول مدرنیته - که تجربه‌ای تجربیدی و خاص اروپایی است - خود را تا حد حقیقتی مطلق برای کل انسان‌ها ارتقا داد و متناسب با چنین نگرشی، خود را خارج از مرزهایش بر فهم‌های شرقی و دینی از علم و خصوصاً علم سیاست جنایی تحمیل کرد. پیامد منفی این امر آن است که وقتی یک شمایل فرهنگی و بومی از مدرنیته، در جهان غیرغربی وجود نداشته باشد و بسترهای اجتماعی مسیر متفاوتی را در تحول اجتماعی پیموده باشند، تجربه مدرنیزاسیون سیاست جنایی، همواره خود را به شکل تحمیل ساختار و عملکرد خشونت بار قدرت در نظام‌های عدالت کیفری کشورها نشان می‌دهد و صورت هژمونیک و ابزاری، در سیاست جنایی کشورهای غیرغربی خواهد داشت و در جهت عکس ارزش‌های اخلاقی همسو با عرف به محاق خواهد رفت. دولت‌های مقلد الگوهای غربی سیاست جنایی نیز، به تبع، همین مصائب ناشی از پیروی حتی نسبی سیاست جنایی کشورهاشان از منطق مدرنیته را متحمل شده‌اند. ایران از جهاتی از جمله این کشورهاست. برنامه‌های مدرنیزاسیون سیاست جنایی به‌ویژه در حوزه سیاست جنایی تقنینی و بدون توجه به هم‌خوانی یا ناهم‌خوانی تصور رایج میان مدیران

^۱. Kincaid, H., Social Science, in: Machamer, P. and Slbrestein, M. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Science*, Blackwell Publishers, ۲۰۰۲, p ۸۴

^۲. خاقانی اصفهانی، مهدی، تعامل پارادایم بایوسایکوسوشیال در فلسفه پزشکی با پارادایم عدالت ترمیمی در فلسفه جرم‌شناسی، مجموعه مقالات دومین کنگره بین‌المللی اخلاق پزشکی، مرکز تحقیقات تاریخ و اخلاق پزشکی دانشگاه علوم پزشکی تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۲۴



سیاست‌گذاری جنایی در زمینه حدود و نحوهٔ مداخلت فقه جزایی در سیاست جنایی، به تعمیق شکاف گروه‌های سنتی اجتماع از دولت منجر شده است و مشروعیت کاربرد زور توسط نهادهای حقوق کیفری را در کشورهای فاقد نظریهٔ بومی سیاست جنایی، با تأمل مواجه می‌کند.

درک اروپامحور از مدرنیزاسیون سیاست جنایی و مدل‌بندی این دانش، باید پاسخگوی به انحراف کشیدن مجموعهٔ علوم و تجارب عدالت کیفری و تخدیش میراث علم در این حوزه باشد. به دلیل اجبارهای ظاهراً موجهی که زائیدهٔ امنیت‌گرایی در مردم‌سالاری‌های پساتوتالیتار است و همچنین به دلیل سرکوب نرم مستتر در ذات مدل‌های به ظاهر غیراقتدارگرا، نظیر مدل لیبرال در الگوی سیاست جنایی دلماس مارتی، به جهت توسعهٔ شبکهٔ کنترل کیفری و توجیه نحوهٔ کاربست سیاست‌های ضدانسانی‌ای همچون نظریهٔ جرم‌شناختی مدیریت ریسک جرم و جنبش بازگشت به کیفر. این وجوه، سوئهٔ تاریک مدرنیته را نشان می‌دهند. بی‌تردید، احترام ما به آرمان‌های آزادی و روشنگری در عقل‌گرایی مدرن حاکم بر وجههٔ کنونی سیاست جنایی، موجب نادیده گرفتن یا از قلم انداختن تاریخ و تجربه‌های دردناک مدرنیته، که همچنان درگیر آنیم، نمی‌شود. شکست مدرنیزاسیون، شکست اندوه‌بار سیاست جنایی مدرن را به همراه داشته است؛ شکستی که از آن می‌توان به آسیب‌دیدگی دانش سیاست جنایی از جریان حاکمیت مدرنیسم بر علوم انسانی یاد کرد.

تولد دانش جرم‌شناسی و استقلال آن از حقوق کیفری، با ظهور مکتب تحقیقی در قرن نوزدهم میلادی رقم خورد و این امر دقیقاً پیامد نفوذ اندیشهٔ ناشایست مهندسی رفتاری، از قلمرو علوم مدیریتی و فنی به عرصهٔ علوم انسانی بود. متأسفانه دستور این جریان سلطه، «انسان علیه انسان» یا به تعبیری «سوژه علیه ابژه انسانی»، مبنای اغلب نظریه‌های جرم‌شناسی شد به طوری که از نظریهٔ دفاع اجتماعی و دیدگاه بازپروری گرفته تا نظریه‌های راست محافظه‌کار و جمهوری‌خواه، تا برسد به نظریهٔ مدیریت ریسک جرم، در همهٔ این نظریه‌ها، رابطهٔ مجازات‌کننده با مجرم رابطه‌ای استراتژیک/ابزاری است و موقعیتی



که در آن مجازات صورت می‌گیرد، موقعیتی است که محکوم هرگز در مقام فردی آزاد و خودفرمان، طرف صحبت واقع نمی‌شود.

دیالکتیک عین و ذهن، از برآیندهای عصر مدرنیزاسیون بود و هست و درست همین جا این پرسش مطرح است که برای تدوین الگوی بومی اسلامی ایرانی سیاست جنایی، اولاً نسبت میان حقوق مدرن (به‌ویژه تکنیک‌های مدیریتی آن برای تدبیر در قبال بزه) با حقوق دینی (به‌ویژه رویکرد سنتی به فقه، که همچنین می‌کوشد سیاست جنایی کشور را معادل فقه، یا دست کم بر مبنای سیاست‌های فقه نشان دهد) چیست؛ و ثانیاً، آیا این دو، در چهار جهت هدف، منبع، روش و مرجع صالح راهبردساز با هم متفاهم، یا توانا بر متفاهم شدن، هستند یا خیر؟ اگر پاسخ منفی است، آیا این حقوق دینی است که باید در حقوق مدرن حل شود و جزئی از منظومه آن شود؟^۱ یا همچون برخی گفتمان‌های رایج در پژوهش‌های سیاست جنایی اسلامی در کشور، دست رد به داده‌ها و مدل‌های غربی سیاست جنایی بزند؟ آیا عناصر عینی و معرفتی حقوق مدرن توانسته‌اند در جدال میان مدرنیسم حقوقی و سنت‌گرایی حقوقی، بر عناصر عینی و معرفتی دکترین‌های سیاست جنایی اسلامی غلبه یابند؟ در این‌جا مجدداً این سؤال اهمیت می‌یابد که پیمودن مسیری مستقیم برای طراحی الگوی بومی سیاست جنایی، که در آن به غرب‌گرایی افراطی و شرع‌گرایی نسنجیده متمایل نشویم، مستلزم مشارکت‌دهی مبانی و منابع و جلوه‌های سیاست جنایی غربی و اسلامی تحت چه الگویی از تعامل است؟ آیا یکی از مدل‌های مهندسی اجتماعی می‌تواند مطلوب باشد؟ یا یک مدل مدیریت اجرایی؟ اساساً آیا حرکت در مسیر عدالت کیفری، قابل فرمول‌بندی و مدل‌بندی است؟ آیا این تفکر سیستمی، اصلی‌ترین معضل روش‌شناختی محسوب نمی‌شود؟ پاسخ روشن است.

۳. نقد گفتمان سنتی سیاست جنایی اسلامی، از حیث ماهیت و کارکرد اقتدار

حکومت

^۱. راسخ، محمد، منبع پیشین، ص ۲۳



در گفتمان رایج سنتی در زمینه سیاست جنایی اسلامی، سیاست جنایی اسلامی همان متون فقهی و اصول فقهی سنتی است. چرا این گفتمان، توانایی مدیریت تدبیر در قبال پدیده مجرمانه در کشورمان را ندارد؟ به نظر می‌رسد پاسخ را باید در مبنا (نصوص در رویکرد به فقه سنتی، و عقل ابزاری در رویکرد به فقه حکومتی) بررسی کرد. متون سنتی به صورت موردی به طرح مسائل پرداخته‌اند و دقیقاً همین جاست که نقش دکترین حقوقی - مذهبی در تولید قاعده حقوقی برجسته می‌شود؛ نکته‌ای که حقوقدانان غربی در مورد حقوق اسلامی نیز آن را صادق می‌دانند و بدان اعتقاد دارند.^۱

«حکم» دارای جایگاهی کلیدی در گفتمان فقه است. فهم ماهیت و صورت‌بندی‌های تمدنی فقه سیاسی در جهان اسلام، بر وصف حکم با مختصات خاص خود مبتنی است. حکم، «کنش گفتاری جدی» است که به تعامل با دیگر گفتمان‌های حوزه کلان معرفت تمایلی ندارد و یک تأسیس فقهی موردی و قیاسی است، نه ساختاری و مدیریتی و کلان‌نگر. فقه، دستگاه ویژه‌ای از دانایی است که کارویژه اصلی آن، برقراری «نوعی نسبت بین نص و تاریخ» به منظور «تولید احکام الزام‌آور برای تنظیم قواعد مشروع زندگانی در زمان و مکان» است. فقه، همان فهم انسان از نص است و تاریخ، همان عمل و تصرف مسلمان در نسبت با همان نص. بنابراین، به طور منطقی، بین نصوص دینی و عمل مسلمان، نسبت‌های سه‌گانه انطباق، عدم تغایر و تضاد را می‌توان ملاحظه نمود و از این حیث، تاریخ عمومی، دیالکتیک نص و زندگی سیاسی در جهان اسلام را ترسیم و تحلیل کرد.^۲ مسئله این است که آیا امکان بسیج ذخایر سنت فقه‌ای ما برای حل مسائل سیاست مدرن وجود دارد یا باید همچنان بر طبل دوگانه طرد تجدد یا طرد فقاقت کوبید؟ منطق تحقیق علمی، افراط‌گرایی ناظر بر طردهای دوگانه را قبل از هرگونه سنجش امکانات فقه سیاسی دور از احتیاط اهالی تعقل می‌داند.

^۱. شاخت، یوزف، دیباچه‌ای بر فقه اسلامی، ترجمه اسدالله نوری، نشر هرمس، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۱۰

^۲. فیرحی، داوود، دین و دولت در عصر مدرن، نشر رخ داد نو، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۳۳



دستگاه فقه معاصر وارث مجموعه‌ای از عقاید سیاسی، از جمله تجربه حضور در نظام‌های خلافت، سلطنت، مشروطه و جمهوری اسلامی است. این میراث فقهی - سیاسی، در پیدایی سیاست مدرن در جامعه ما دارای نقش مهمی است که مردم‌سالاری بخش انکارناپذیر آن است. اما این ارزیابی به فهم دو موضوع بستگی دارد: اول، فهم حضور معمایی فقه سیاسی در جامعه پیچیده امروز؛ و دوم، فهم بنیاد مذهبی سیاست مدرن در جهان اسلام. قرائت سنتی از فقه جزایی، چون قادر نیست نظام زبان‌شناختی سنت را به درستی بشناسد، در فهم ماهیت و سیاست امروز از محدوده خلاصه‌های وصفی و قیاسی (فتوایی، نه مدیریتی) فراتر نمی‌رود؛ در حالی که ویژگی جامعه کنونی ایران، همزیستی میان سه فرهنگ است: فرهنگ دینی، فرهنگ ملی و فرهنگ غربی. گفتمان سنتی سیاست جنایی اسلامی التفات مطلوبی به ضرورت توجه به این هر سه حوزه از فرهنگ ندارد.

از دیگر سو، تضادهای عمل سیاسی، نتیجه دوپارگی و کژتابی معرفتی است و خود، موجب اختلال در پی‌ریخته‌های اجتماعی، نظیر نظام سیاست جنایی، می‌گردد. دولت، به‌ویژه دولت اسلامی، چارچوبی از ارزش‌هاست که در درون آن، زندگی عمومی جریان می‌یابد و خود، قدرت عمومی را در جهت تحقق آن ارزش‌ها به کار می‌برد. از این رو، در جوامع اسلامی نظیر ایران، به دلیل نگرش مثبت به قدرت سیاسی، تحول دولت با تحول دانش سیاسی مقارن است و بالعکس. حال اگرچه نظریه معنای اسلامی نمی‌تواند با هیچ یک از پیش‌فرض‌های نظریه گفتمان، به صورت موجه کلیه، موافقت داشته باشد^۱ اما بدون شک، فهم دانش سیاسی از طریق تحلیل گفتمان، لازمه ایضاح منطق سیاست جنایی اسلامی - ایرانی است.

یکی از وجوه آسیب‌شناسی قرائت سنتی از اسلام را می‌توان این گونه بیان داشت که با آشکار کردن بنیاد غیرعقلانی عقل عملی در اندیشه غرب، نسبت به خوش‌بینی افراطی مدرنیته به رهیافت‌های عقل سیاسی، به گونه‌ای تردید می‌کند که در زمین این تردید، بذر

^۱. لک‌زایی، نجف، چالش سیاست دینی و نظم سلطانی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی چاپ اول، ۱۳۸۶، ص



اقتدارگرایی بپاشد؛ به نحوی که دیوار بلندی از اقتدار می‌سازد که آزادی‌های مکنون در نصوص اسلامی را سلب می‌کند. تأکید مقام معظم رهبری (مدظله العالی) در سلسله نشست‌های اندیشه‌های راهبردی جمهوری اسلامی در آبان ماه ۱۳۹۱ بر ضرورت توجه به آزادی و تقویت و گفتمان‌سازی در مورد این مفهوم در چارچوب اندیشه اسلامی، گویای دغدغه معظم‌له از جریان رایج سوءتفسیر از آزادی برای استحکام اقتدارگرایی نادرست است. نصر حامد ابوزید به درستی توضیح می‌دهد که در تمدن اسلامی، قواعد تولید دانش و سیاست، بر سلطه متون سنتی مبتنی است و اهمیت عقل نیز در توضیح بی‌تذکر آرای گذشتگان خلاصه می‌شود.^۱ از دید وی، در جریان استندهای مکرر، نصوص اولیه دین (قرآن و سنت) منحصرأ از نگاه متونی تولیدشده در الهیات سنتی دیده شده‌اند؛ امری که موجب اتحاد دین با الهیات سنتی گردید. این دگردیسی، مرتبه متون و فلسفه سنتی ما را چنان بالا برده که آن را هم‌پایه نصوص اصلی دین نموده و با تعمیم قداست دین به الهیات سنتی، عقل و اندیشه را به دایره بسته تکرار و شرح و تحشیه فرو کاسته است. استمرار و حاکمیت پدیده تقلید و سنت حاشیه‌نویسی در تفکر اسلامی در پیوند با موقعیت فلسفه اسلامی مانع طرح اندیشه‌های انتقادی در سنت اسلامی است و حجم عمده تحقیقات دانشگاهی کنونی را در بن‌بست مواضع صرفاً ایدئولوژیک فرو غلتانده‌اند.^۲ جهت همین تفکر انتقادی است که در دیدگاه شیخ انصاری (ره)، خصوصاً در صفحات ۱۵۳ تا ۱۵۵ المکاسب، سیاست (دولت) و روحانیت (مرجعیت) دو روی یک سکه نیستند بلکه دو حلقه جداگانه و البته در تعامل با هم‌اند که حلقه روحانی نقش تعیین‌کننده در کنترل و نظارت و تعدیل حوزه سیاست دارد.^۳

^۱ ابوزید، نصر حامد، مفهوم النص: درسه فی علوم القرآن، بیروت، المركز الثقافی العربی، الطبع الأولی، ۱۹۹۸ م، ص

۱۹۶

^۲ الجابری، محمد عابد، التراث و الحداثه، بیروت: المركز الثقافی العربی، الطبع الأولی، ۱۹۹۳ م، ص ۵۲

^۳ فیرحی، داود، دین و دولت در عصر مدرن، نشر رخداد نو، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۴۴



اگر دین اسلام در عرصه سیاست حاکم بر موضوعات درونی خود، از جمله فقه جزایی، سهله و سمحه است، در پذیرش علوم مدرن و اساساً خود مدرنیزاسیون علوم انسانی نیز باید پذیرا و اهل تعامل باشد و در فضای «تحلیل گفتمانی» به گفت‌وگو با دستاوردهای علوم جزایی تمدن‌های غیراسلامی و قرائت‌های نواندیشانه از سیاست جنایی اسلامی اقدام کند.

روشنفکری دینی در چالش با فقه‌های کلاسیک، در وهله اول در اصطکاک با پیوند شکل سنتی فقه به سیاست جنایی ایران است. تبلور روشنفکری دینی در عرصه سیاست‌گذاری جنایی، با این ایده سنتی مخالف است که تمام «محتوای» فقه کلاسیک، دائماً دارای اعتبار تصمیم‌گیری در خصوص ساختار کلی و رهیافت‌های جزئی سیاست جنایی است.

این، حقیقتی است که پژوهش‌های دینی باید بر اصول روشنی استوار باشد و دور از جنبه‌های احساسی و تبلیغی و سیاست‌زدگی و نقدگریزی انجام گیرد. گفتمان سنتی و رایج در زمینه سیاست جنایی اسلامی ابراز می‌دارد که مبانی عقیدتی، آموزه‌های اخلاقی و سنت‌های فقهی، مجموعه‌ای مرتبط و منسجم و «اجزای سیاست جنایی حکیمانه‌ای» دیده می‌شوند که «سیاست جنایی اسلامی» نامیده می‌شود؛^۱ در حالی که بی‌تردید، این دیدگاه قابل پذیرش نیست که صرف انسجام بین آموزه‌های شرعی و اخلاقی در باب چاره‌اندیشی برای مقابله با بزهکاری را می‌توان یک نظام سیاست جنایی به شمار آورد. سیاست‌های حاکم بر فقه جزایی را نمی‌توان سیاست جنایی اسلامی نامید. سیاست جنایی، یک حوزه بین‌رشته‌ای از معرفت است که علاوه بر ابعاد ایدئولوژیک و نیز علمی، باید ویژگی مدیریتی (نه موردی و قیاسی و فتوایی) داشته باشد. از این جهت، نمی‌توان چنین دیدگاه مضیق و ساده‌انگارانه‌ای را پذیرفت و لذا مادام که نظم ساختاریِ امروزی، توسط اصحاب اندیشه اسلامی در فقه جزایی اجرا نشود؛ و مادام که آموزه‌های فقه جزایی از حالت خام و تاریخی به وضعیت مطلوب روزآمد شده مبدل نگردد؛ و مادام که فقه جزایی به موازات آموزه‌های سیاست جنایی غربی و اقتضائات جامعه ایرانی، این هر سه، کنار هم دیده نشود

^۱ حسینی، سید محمد، منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام، فصلنامه حقوق، شماره ۵۲، ۱۳۸۹، ص ۸۹



و سهم‌دهی به این سه منبع سیاست جنایی بومی مطلوب صورت نگیرد؛ هرگز نمی‌توان پیشرفت در مسیر تدوین الگوی اسلامی-ایرانی سیاست جنایی را انتظار داشت.

در حالی که ده‌ها نمونه از قواعد فقه، از حضور جدی عنصر مصلحت حکایت دارد، آیا نمی‌توان گفت امروزه مهم‌ترین یا دست کم یکی از مهم‌ترین مصادیق مصلحت اندیشی، به مصلحت نبودن تصاحب گفتمان سیاست جنایی اسلامی توسط رویکرد سنتی به فقه است؟ آیا مصلحتی از این مهم‌تر می‌توان سراغ داشت که از انحصارگرایی در خوانش سیاست جنایی اسلامی دست برداشته شود و در تصمیم‌سازی و مدیریت کلان عدالت کیفری کشور، دیدگاه‌هایی از علم دینی بیش‌تر پر و بال بیابند که از یک سو با مدرنیته علمی هم‌داستان‌ترو از سوی دیگر به اقتضائات جامعه کنونی ایران نزدیک‌تر هستند؟

متأسفانه برخی دیدگاه‌های پرطرفدار در زمینه نقش مصلحت در فقه، در بیان اوصاف مصلحت گویای آن هستند که «مصدر و منشأ کشف و فهم آن، نص معتبر شرعی است، نه هوای نفس و عقل محض؛ چرا که عقل بشری از درک مصلحت مورد نظر شارع قاصر است».^۱ بی‌شک، کنار زدن «عقل مجرد» از مصادر درک مصلحت شرعی و ذکر آن در کنار هوای نفس، با درک قطعی و معتبر عقل و نصوص معتبر شرعی مخالف است. قطعاً بخش اعظمی از مصالح و مفاسد، موقعیت و مراتب آن‌ها، به وضعیت عدم امکان تأمین و تحصیل همه مصالح، از طریق عقل (عقل عملی) قابل فهم است؛ عقلی که در نصوص بی‌شمار شرعی تأیید گردیده و در هیچ نص شرعی از آن تحذیری صورت نگرفته است.^۲ اصولاً ملامت از عقل‌گرایی، تقسیم‌بندی عقل به معتبر و غیرمعتبر و اموری از این قبیل، با نصوص متواتر دینی مخالف است.^۳ چه، عقل همانا امری دینی و دین نیز امری عقلی است. تعجب از کسانی است که در شمارش منابع و اسناد استنباط، از اموری که نه از شرع تأیید دارد و

^۱. العالم، یوسف حامد، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، القاهرة، دارالحديث، الطبع الأولى، ۱۴۲۱ق، ص ۱۴۶

^۲. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، موسسه فرهنگی دانش و اندیشه‌های معاصر، چاپ اول، ۱۳۸۱، صص ۴۸-۵۲

^۳. علیدوست، ابوالقاسم، همان، ص ۹۱



نه از منبع دیگر به عنوان منابع کشف شریعت ذکر می‌کنند؛ لکن از ذکر عقل به عنوان منبع مدرک مصلحت و حکم شرعی پرهیز می‌کنند و تحذیر می‌دهند.

«عدالت»، مفهومی است که نصوص شرعی باید با توجه به آن، ضابطه‌مند، فهم شود و همچون مفهوم «مصلحت»، تفسیر آن به شدت متأثر از دیدگاهی است که مفسر از هستی و انسان دارد و بالطبع «عدالت» در حوزه شریعت، مقاصد شارع و بر اساس نگرش او نسبت به هستی و انسان تفسیر می‌شود.^۱ نکته قابل توجه در این وصف به‌جا و شایسته از نسبت عدالت و شریعت این است که شریعت را باید در پرتو عدالت تفسیر کرد، نه بر عکس؛ چه، بی‌تردید، این عدالت است که غایت است، نه ظواهر نصوص شریعت.

۵. دورنمای تدوین الگوی بومی سیاست جنایی؛ مدل اسلامی - ایرانی

برای تأمین نیاز جامعه ایرانی به مدیریت ارزشی و مذهب، از جمله مدیریت مبارزه با بزهکاری، که سیاست جنایی نام دارد؛ دو تکنیک باید به کار گرفته شود: تکنیک «تهذیب علوم» و تکنیک «بومی‌سازی علوم». در تکنیک نخست، علوم انسانی موجود در جهان که از منظر اندیشه اسلامی دارای ناخالصی‌ها و انحراف‌هایی است؛ در فرایند دینی‌سازی باید پیراسته و احتمالاً بخش‌هایی نیز به آن‌ها افزوده شود. این علوم، از منظر غربی و شرقی نگریسته نمی‌شوند بلکه همگی محصول کارکرد عقل آدمی‌اند. نه باید مطلقاً تسلیم آن‌ها شد و نه باید مطلقاً آن‌ها را رد کرد. در مورد تکنیک دوم (بومی‌سازی) باید متوجه بود که علوم انسانی، برعکس علوم تجربی که خنثی، بدون سوگیری ارزشی و واقع‌گرا هستند، اقتضائات ارزشی و فرهنگی مختص خود را دارند. باید تلاش کرد با به کار بستن هر دو تکنیک (تهذیب علم سیاست جنایی و بومی‌سازی آن) رشته مطالعاتی سیاست جنایی بومی (اسلامی / ایرانی) را نظریه‌پردازی کرد.

تلاش برای ثمربخشی یافته‌های پژوهشی در برنامه ریزی‌های اجتماعی، در چارچوب «مدل‌های کاربرست» تحلیل می‌شود. بر اساس نوع استفاده از یافته‌های مطالعات پژوهشی -

^۱. علیدوست، ابوالقاسم، همان، ص ۹۸



استفاده ابزاری، مفهومی و فرایندی - مدل‌های کاربرست متنوعی وجود دارد. این مدل‌ها بر اساس شرایط خاص موضوعی و منطقه‌ای به وجود آمده‌اند. بنابراین، در انتخاب آن‌ها باید واقعیات اجتماعی و سازمانی را لحاظ کرد تا به طور موفق‌تری تطبیق حاصل گردد. مدل استفاده ابزاری، روش ویژه و مستقیم برای حل مشکلات خاص است.^۱ کاربرست پژوهش به روش استفاده مفهومی، هنگامی مناسب است که قانون تأثیر پژوهش، دیدگاه تصمیم‌گیران باشد و فرایندهای شناختی (تفکر) آنان را تغییر دهد و بر خط‌مشی‌های کلان اجتماعی متمرکز شود. لذا تصمیم‌ها و فعالیت‌های آنان نیز مطابق با نتایج پژوهشی، تحول می‌یابد. روش مفهومی، روشی زمان‌بر، اما پایدار است و با اقتضائات مدیریت اجتماعی و طبع دانش سیاست‌جنایی همسو است؛^۲ در حالی که استفاده ابزاری، زودبازده‌تر است و در مقایسه با استفاده مفهومی دارای افت‌وخیز بیش‌تری است. از این جهت روشن است که روش ابزاری با تحول فناوری و صنعت بیش‌تر مناسب است و روش مفهومی با سیستم‌های انسانی - اجتماعی سازگار است. روش مفهومی در کاربردهای عملی موافقت زیادی به خود جلب کرده است؛ لذا شناسایی این استفاده‌ها در به حداکثر رساندن و بهینه ساختن راهبردهای کنترل اجتماعی برای تصمیم‌سازان و سیاست‌گذاران نقش حیاتی دارد و اساساً الگوی مدیریتی سیاست‌گذاری جنایی را تشکیل می‌دهد. ناگفته نماند هرچند کاربرد این مدل‌ها به طور کلی مفید است؛ منطقی‌تر آن خواهد بود که در جهت بومی‌سازی سیاست جنایی، حتی الگوهای مدیریتی آن را بومی کنیم و این امر در گرو ایجاد برخی تغییرات احتمالی جزئی در اجزای این مدل‌ها، جهت سازگاری هرچه تمام‌تر با اقتضائات کشور ایران است. تشخیص تغییرات جزئی مورد نیاز، به مجموعه‌ای از پژوهش‌های زمینه‌ای (مطالعات ویژه قلمروهای ذیل حوزه سیاست جنایی در کشور) مشروط است تا با

^۱ Lavis, J., How Can Research Organizations More Effectively Transfer Research Knowledge to Decision Makers? , *The Milbank Quarterly*, No. ۸۱, ۲۰۰۳, p ۲۴۲

^۲ Neilson, S., IDRC-supported Research and Its Influence on Public Policy, in: *Knowledge Utilization and Public Policy Processes: A Literature Review*, Evaluation Unit IDRC, ۲۰۰۱, p ۸۴



استفاده از نتایج این تحقیقات، مدل های کاربرست سیاست جنایی نیز علاوه بر خود سیاست جنایی، بومی شوند.

نکته مهم دیگر، اهمیت درک تفاوت فقه با فلسفه فقه و فلسفه حقوق است. فلسفه فقه و فلسفه حقوق، جزء علم فقه و دانش حقوق شناخته نمی شوند. فلسفه فقه و فلسفه حقوق از آن رویکردها متأثرند و از نظریات فلسفی و کلامی تغذیه می شوند. البته نقش کلام، و به ویژه فلسفه، در فقه، پنهان و غبارزده است. تفاوت دیگر فقه و حقوق، تفاوت روش شناختی است. اگرچه فقه دارای منابعی است که این منابع دارای اولویت نسبت به یکدیگر هستند؛ مانند اهمیت و اولویت کتاب و سنت بر سایر منابع؛ یا هر چند اصولیین سعی کرده اند نشان دهند که احکام فقهی از اصول مسلم کلامی و عقلی پیروی می کنند؛ به دشواری می توان گفت که نتایج استنباط های فقهی و احکام فقهی، که محصول تفقه فقها و مجتهدان است، توانسته باشد این سازگاری درونی و منطقی اصول و احکام را انعکاس دهد. فارغ از موضوع فقدان سازگاری منطقی و درونی احکام فقهی، موضوع مهم تر این است که فقه مانند قانون اساسی بر مجموعه ای معین از اصول برتر دارای مرجعیت حقوقی مشتمل نیست. به این لحاظ مستندات فقهی بنا به فهم استنباط هر مجتهدی می تواند دارای مرجعیت فقهی باشد؛ حتی اگر از نظر سایر فقیهان و مجتهدان، مرجعیت و سندیت آن مورد سؤال باشد. به تعبیر دیگر، مرجعیت فقهی مستندات، فقیه یا مجتهدمحور، یا به سخنی، ذهنی است و حال آن که نظم حقوقی مدرن مبتنی بر عینیت گرایی است.

تفاوت دیگر میان فقه و حقوق، تفاوت هنجاری است. حقوق مدرن هم تکلیف مدار است و هم حق مدار؛ لیکن تکلیف مداری آن دایر مدار حق مداری آن است. حقوق مدرن بر شناسایی نظام حق ها مبتنی است. با این توضیح که رسالت حقوق مدرن از قرن ۱۸ به بعد شناسایی و اعلام حق ها به عنوان امتیازات و مطالبات فردی است که در توجه اندیشه غرب به مفاهیم کرامت و هویت انسانی ریشه دارد. در سوی دیگر، فقه، مجموعه ای از احکام و اوامر و نواهی تکلیف مدار است و به این دلیل، افراد در نظام هنجاری فقهی صرفاً رابطه عمودی با خداوند برقرار می کنند و روابط افقی افراد با یکدیگر به جهت تبعیت از فرمان



الهی است^۱. نتیجه تحلیل تفاوت‌های فقه و حقوق نشان می‌دهد فقه رابطه این‌همانی با حقوق (مدرن) ندارد و از این رو فقه را بر جایگاه حقوق (مدرن) نشان دادن خطایی بزرگ است. همچنین این که حقوق مدرن، ابزار فقه نیست و از این رو، باورمندان به این‌همانی آموزه‌های عام فقه با مفاهیم و دستاوردهای مدرنیته غربی به خطا رفته‌اند.

نکته دیگر این که هیچ چیز ذاتی در اسلام، یا هر دین دیگری وجود ندارد که آن را در اجرای اجتماعی، ضرورتاً دموکراتیک یا غیردموکراتیک یا صلح‌آمیز یا خشونت‌طلب کند. دموکراتیک بودن یا نبودن دین، به این بستگی دارد که مومنان چه دریافتی از دین دارند؟ با چه زبانی آن را بیان می‌کنند و چگونه در آن زندگی می‌کنند؟ برخی برای ایمان‌شان از الفاظ حداقلی، به این معنی که عده محدودی را در دایره دین می‌بینند؛ اقتدارگرا و خشن استفاده می‌کنند. اسلام‌گرایی، در این معنای تئوریک، تلاش آگاهانه‌ای است برای تدوین تئوریک و راهبردی اصول و شروطی که جایگاه برتر اسلام را در همه حوزه‌های سیاسی، اجتماعی و فکری حفظ کند. بنابراین، نمی‌توان آن‌را از پیش و قبل از اجرا در جامعه، ضداسلامی یا غیراسلامی و سکولار خواند.

نکته دیگر، لزوم «طراحی دانش» بر مبنای ارتباط افقی رشته‌ها است؛ ارتباط افقی به جای ارتباط عمودی. طراحی بین رشته‌ای و چندرشته‌ای و طراحی دانش بر مبنای موضوعات، به جای طراحی بر مبنای رشته‌ها، مورد توصیه است. دریدا بر مبنای دیدگاه‌های سوسور در زمینه ماهیت استعاره‌ی زبان و تفسیرپذیری همه گونه‌های زبانی، همسو با دیدگاه نیچه است که معتقد بود فی‌نفسه، فقط کثرتی از چشم‌اندازها و تفسیرهای تبدیل‌ناپذیر و متعارض ممکن است وجود داشته باشد. دریدا بر آن است که هر نشانه، با توجه به «تفاوتش» با «دیگر» نشانه‌ها معنا می‌یابد و بنابراین، معنی هر نشانه به آن چیزی وابسته است که نیست. پس، معنا همواره در غیبت است و فهم آن نیز در «نقد مقاوم» است. لذا هیچ گفتمان تخصصی‌ای و هیچ حوزه‌ای از آگاهی، نظیر هر یک از رشته‌های تخصصی علم نمی‌تواند

۱. شهابی، مهدی، از حقوق سنتی تا حقوق مدرن؛ تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی، نامه مفید، شماره ۷۶، ۱۳۸۸.



فراتر از زبان خود داعیه «حقیقت» داشته باشد.^۱ دانش به زبان آدمی محدود است و زبان نیز دارای ماهیتی استعاری، کنایی و تمثیلی است.

براین اساس، هیچ یک از حوزه‌های گوناگون دانش، از جمله دانش فقه یا حقوق، به دلیل ماهیت استعاری علم، در جایگاه برتری نیستند.^۲ و لذا خصوصاً از این جهت که الگوی سنتی سیاست جنایی اسلامی، به شدت فقه‌محور است؛ باید توجه کرد که هر نوع محورگرایی افراطی توجه به این حقیقت دارد که فهم هیچ دانشی - زبانی - بدون توجه به دیگر علوم میسر نیست و از این مهم‌تر، سیاست جنایی (که دانشی مدیریتی است) بدون فهم همه علوم معین سیاست جنایی (که فقه تنها یکی از آنها است؛ اگرچه در جایگاهی نسبتاً مهم‌تر) فهمیده نمی‌شود. هر حوزه از دانش دارای قواعدی در قلمرو روش‌شناسی، مفاهیم مهم، پیش‌فرض‌ها و اهداف است که در همان حوزه کارایی دارد و لزوماً نمی‌توان این قواعد را در حوزه‌های دیگر دانش به کار برد یا حتی با بهره‌گیری از این قواعد، درباره حوزه‌های دیگر دانش قضاوت کرد.

نکته دیگر، آگاهی نهادی سازمان است. انطباق آگاهی نهادی سازمان با الزامات عینی محیط نهادی بسیار مهم است. این آگاهی به صورت دیالکتیکی در تعاملات سازمان و محیط شکل می‌گیرد.^۳ آگاهی نهادی سازمان رسمی حقوق در ایران، از دو جهت، بسیار پایین است؛ اول، این که نوسان سیاست‌های تقنینی و قضایی و اجرایی نهادهای رسمی حکومت ایران در برابر موج‌های خبری و اتفاقات زودگذر اجتماعی بسیار زیاد است؛ که نباید این گونه باشد. برعکس، این آگاهی نهادی در مواردی که باید منعطف باشد و به اقتضائات جامعه ایرانی و نیز دیدگاه‌های مربوط به لزوم مدرنیزاسیون حقوق دینی توجه کند، سخت

^۱. Kerdeman, D. , Between Memory & Difference: Radically Understanding of the Other, *Journal of Educational Philosophy & Theory*, Vol. ۳۱, No. ۲, ۱۹۹۹, p ۲۲۷

^۲. Elfin, J. and et.al, The Nature of Science: A Perspective from the Philosophy of Science, *Journal of Research in Science Teaching*, No. ۳۶, ۱۹۹۹, p ۱۰۹

^۳. Bliese, P. and et.al, Multilevel Methods: Future Directions in Measurement, Longitudinal Analysis and Non Normal Outcomes, *Organizational Research Methods*, SagePublication, ۲۰۰۷, p ۳۹.



و ناآگاه و نامتعامل است. سازمان در مورد واقعیت‌های محیطی دو راه پیش رو دارد: یا آن‌ها را واقعی پنداشته و پاسخ مناسب می‌دهد؛ یا این که واقعیت‌های محیطی را نادیده می‌گیرد. اما بر اساس تجربیات سازمان‌های موفق و مشروعیت‌دار، ترجیح می‌دهد و یا مجبور است که محیط نهادی را واقعی و بااهمیت تلقی کند. به هر روی، سازمان هنگامی موفق است که میان هویت نهادی ذهنی و عینی، ایدئولوژیک و علمی، تناسب برقرار کند.



برآمد

یکسویه نگری و تک ساحتی بودن در معرفت علمی و به ویژه در حوزه راهبردسازی برای عدالت کیفری، سیاست جنایی را در کنش و واکنش سنجیده در قبال بزه ناتوان می سازد؛ چه، جرایم و انحرافات در عوامل بی شماری ریشه دارد و لذا مبارزه با این عوامل به درک چندوجهی منابع سیاست جنایی و علوم معین آن (به ویژه علوم اسلامی، نظیر فقه در کشورهای پیرو سیاست جنایی اسلامی) نیازمند می باشد. اقتضانات جامعه شناسی ملی، داده های نظری جرم شناسی و تجارب عملی تاریخ سیاست جنایی، همه و همه باید در منظومه ای منسجم به یکباره دیده شود تا امکان طراحی چارچوب نظام سیاست جنایی معقول، از حیث میزان و چگونگی تعامل این منابع، جهت برون داد نظریه بومی سیاست جنایی فراهم آید.

بومی سازی مبتنی بر سیاست تک فرهنگی (نظیر باور به این همانی سیاست های فقه جزایی با سیاست جنایی اسلامی؛ یا رویکرد ترجمه سیاست جنایی غربی و پیوند به سیاست جنایی ایران به طور بی مبنا ولو محدود) بر باور به تفکیک مطلق لاهوت و ناسوت مبتنی است که بر مبنای آن، هر امر عرفی را می توان غیردینی یا حتی ضددینی تلقی کرد. جریان فکری اسلامی جدید به دنبال آن است، پارادایم های درون سنت را به منظور هم نشینی با مفاهیم مدرنیته ترسیم و شیوه های نو سازی در اندیشیدن را با پشته های بومی بیابد. این مقاله بر این باور مبتنی است که باید بکوشیم نگاه سنت و از جمله فقه جزایی به مفاهیمی چون آزادی و حقوق عمومی، حق اختلاف و حقوق بشر، جهانی شدن و رابطه با دیگری، تعامل موجود و مطلوب فقه سیاسی و سیاست های فقه جزایی و سیاست جنایی اسلامی با یکدیگر و مباحث معرفتی این چنینی را روشن نماییم. پیش فرض مقاله نیز این بود که اندیشه ورزی به هدف تولید و تحول سیاست جنایی اسلامی - ایرانی؛ به مثابه علمی دینی، برای تبیین مؤلفه های جدید از درون سنت، به گفتمان انتقادی در حوزه فلسفه و کلام توجه دارد؛ به ویژه از این حیث که دنیای تشیع ایرانی نیز با تأویل های غیرروایی و غیرمأثور همسویی دارد.



اما چگونه می‌توان نظامی هم اسلامی و هم امروزی داشت؟ جمع این دو نه تنها ممکن است بلکه به اعتبار تاریخ اندیشه سیاسی ناگزیر می‌نماید. اما مسئله اصلی، کیفیت و ظرافت طراحی الگوی این هم‌زیستی تعیین‌کننده است. اندیشه میانه‌ای که از لغزش به متهاالیه احیاگری سنت دوران میانه تمدن اسلامی، یا دین‌ستیزی دوره مدرن صیانت نماید. الگوی موردنظر، باید عاری از ایراد دست‌کم گرفتن سنت علمی گذشته و ایراد بازسازی تصنعی آن باشد. در غیر این صورت، به بومی‌سازی کمکی نخواهد کرد؛ اگرچه استفاده از دستاوردهای اخیر در فلسفه و جامعه‌شناسی و تاریخ‌نگاری علم در درک نقادانه سنت علمی گذشته، بسی مطلوب است.



منابع

الف) منابع فارسی

- ابوزید، نصر حامد، مفهوم النص: دراسة في علوم القرآن، بيروت: المركز الثقافي العربي، الطبع الأولى، ۱۹۹۸ م.
- پورعزت، علی اصغر، «گذر از حصارهای شیشه‌ای معرفت شناسی با تأکید بر الزامات زبان شناختی علوم میان رشته‌ای»، فصلنامه مطالعات میان رشته‌ای در علوم انسانی، شماره ۱، ۱۳۸۷.
- تسلیمی، محمدسعید و همکاران، «تبیین مدل دیالکتیکی نهادی شدن سازمان»، فصلنامه دانش مدیریت، شماره ۶۳، ۱۳۸۲.
- توحیدفام، محمد و مرضیه حسینیان، فراسوی کنش و ساختار (تلفیق کنش و ساختار در اندیشه گیدنز، بوردیو و هابرماس)، تهران: نشر گام نو، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ثاقب فر، مرتضی، بن بست‌های جامعه‌شناسی، تهران: نشر بیستون، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- الجابری، محمد عابد، التراث و الحداثة، بيروت: المركز الثقافي العربي، الطبع الأولى، ۱۹۹۳ م.
- جانستون، جری، «سیاست گذاری کیفی: نخبه گرا، عامه گرا یا مشارکت محور؟»، ترجمه بهروز جوانمرد، فصلنامه تعالی حقوق، شماره ۱۱، ۱۳۹۰.
- جمعی از نویسندگان، فرهنگ اندیشه انتقادی، ترجمه پیام یزدانجو، تهران: نشر مرکز، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
- حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی، «اصلاح مجرمان در سیاست جنایی تقنینی ایران»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۳.
- حسینی، سید محمد، «منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام»، فصلنامه حقوق، شماره ۵۲.



- حکمت نیا، محمود، (۱۳۸۴)، «بومی سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی»، فصلنامه فقه و حقوق، شماره ۷، ۱۳۸۰.
- خاقانی اصفهانی، مهدی، «تعامل پارادایم بایوسایکوسوشیال در فلسفه پزشکی با پارادایم عدالت ترمیمی در فلسفه جرم شناسی»، مجموعه مقالات دومین کنگره بین المللی اخلاق پزشکی، مرکز تحقیقات تاریخ و اخلاق پزشکی دانشگاه علوم پزشکی تهران، ۱۳۸۷.
- خلیلی، اسماعیل، علوم انسانی نوین در ایران، در: درآمدی بر علوم انسانی انتقادی، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- دلماس مارتی، می ری، نظام های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱.
- راسخ، محمد، «مدرنیته و حقوق دینی»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۶۴، ۱۳۸۶.
- زارعیان، مریم و خدیجه سفیری، «علوم انسانی بومی بر مبنای منطق فازی»، فصلنامه دانشگاه اسلامی، سال ۱۵، شماره ۱، ۱۳۹۰.
- ساخت، یوزف، دیباچه ای بر فقه اسلامی، ترجمه اسدالله نوری، تهران: نشر هرمس، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- شهابی، مهدی، «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن؛ تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۷۶، ۱۳۸۸.
- العالم، یوسف حامد، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، القاهرة: دار الحديث، الطبع الأولى، ۱۴۲۱ق.
- علی دوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، تهران: موسسه فرهنگی دانش و اندیشه های معاصر. چاپ اول، ۱۳۸۱.
- گروه نویسندگان، فرهنگ اندیشه انتقادی، ویراسته مایکل پین، ترجمه پیام یزدانجو، تهران: نشر مرکز، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
- فیرحی، داود، دین و دولت در عصر مدرن، تهران: نشر رخ داد نو، چاپ اول، ۱۳۸۹.



- قیاسی، جلال‌الدین، «اصول سهولت و مدارا در سیاست جنایی حکومت اسلامی»، فصلنامه انجمن معارف اسلامی، شماره ۳، ۱۳۸۵.
- _____، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم: نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- لک زایی، نجف، چالش سیاست دینی و نظم سلطانی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- معموری، علی، «تأملی در نسبت هرمنوتیک و تفسیر»، فصلنامه رواق اندیشه، شماره ۱۴، ۱۳۸۱.

ب) منابع انگلیسی

- Bliese, P. and et.al, Multilevel Methods: Future Directions in Measurement, Longitudinal Analysis and Non Normal Outcomes, *Organizational Research Methods*, SagePublication, ۲۰۰۷.
- Elfin, J. and et.al, The Nature of Science: A Perspective from the Philosophy of Science, *Journal of Research in Science Teaching*, No. ۳۶, ۱۹۹۹.
- Kerdeman, D. Between Memory & Difference: Radically Understanding of the Other, *Journal of Educational Philosophy & Theory*, Vol. ۳۱, No. ۲, ۱۹۹۹.
- Khaghani, M., Challenges Confronting the Modernization of Islam and Iran's Criminal Law in regard to Crimes against Security of e-Commerce, *Business and Management Review (BMR)*, Vol. ۲, No. ۵, ۲۰۱۲.
- Kincaid, H., Social Science, in: Machamer, P. and Slbrestein, M. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Science*, Blackwell Publishers, ۲۰۰۲.



-Lavis, J., How Can Research Organizations More Effectively Transfer Research Knowledge to Decision Makers?, *The Milbank Quarterly*, No. ۸۱, ۲۰۰۳.

-Neilson, S., IDRC-supported Research and Its Influence on Public Policy, in: *Knowledge Utilization and Public Policy Processes: A Literature Review*, Evaluation Unit IDRC, ۲۰۰۱.

-Scribner, J & Fusarelli, L., Rethinking the Nexus between Religion and Political Culture, *Education and Urban Society*, Vol. ۲۸, No. ۳, ۱۹۹۶.

-Sellers, M., *Republican Legal Theory, the History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*, New York: Palgrave Macmillan, ۲۰۰۳.

کارکردهای پیشگیرانه شفافیت در سیاست جنایی

دکتر عادل ساریخانی*

روح الله اکرمی سراب**

چکیده

"شفافیت"، در ساختار اداری و بین کارگزاران حکومت از تدابیر بسیار مؤثر سیاست جنایی برای پیشگیری از بزهکاری به شمار می‌رود. نهاد مذکور، از طریق رؤیت‌پذیر ساختن فرآیندهای جاری در امور دولتی و عملکرد مجریان، سبب می‌گردد که ریسک ارتکاب فساد و سوءاستفاده از موقعیت در تشکیلات ذیربط افزایش یابد و بالتبع میزان بزهکاری تقلیل پیدا کند. به علاوه با شفاف‌سازی می‌توان ضمن کسب اعتماد عمومی، از رسوخ شبهه‌های خلاف واقع که می‌تواند زمینه کژروی شهروندان را فراهم سازد، جلوگیری نمود.

در نوشتار حاضر، تلاش شده به ابعاد این مسئله پرداخته شود و با ملاحظه آموزه‌های اسلامی اهمیت این موضوع بر اساس مبانی دینی تبیین گردد.

واژگان کلیدی: شفافیت، آزادی اطلاعات، سیاست جنایی، پیشگیری از جرم.

* دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، استادیار و رئیس دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

** مدرس دانشگاه، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم



درآمد

از نظر تاریخی، در ابتدا پاسخ‌دهی به پدیده مجرمانه تنها از طریق اتخاذ تدابیر سرکوبگرانه صورت می‌پذیرفت و بدین طریق سعی می‌گردید با ارباب حاصل از اجرای آن، بزه‌کار و سایرین را از ارتکاب جرم باز دارند. گذشت زمان و تجربیات به دست آمده، از عدم توفیق کامل این‌گونه ضمانت اجراهای جزایی در صیانت از جامعه در قبال رفتارهای مجرمانه حکایت داشت. همین امر، اندیشمندان را به سوی تدوین نظامی سوق داد که ضمن حفظ سیاست کیفری سابق، که تنها عهده‌دار واکنش‌های رسمی در مواجهه با جرایم قانونی بود؛ با دخالت دادن جامعه مدنی در کنار دولت، پاسخ‌های کنشی (پیشگیرانه) را به پاسخ‌های واکنشی جهت مقابله با هر گونه کژروی و انحراف بیافزاید. بدین‌گونه سیاست جنایی شکل گرفت که از نظر متخصصان «شامل مجموعه روش‌هایی می‌شود که هیأت اجتماع با توسل به آن‌ها پاسخ‌های به پدیده مجرمانه را سازمان می‌بخشد»^۱.

یکی از روش‌های مزبور که جنبه پیشگیرانه دارد، ایجاد شفافیت در ساختار حاکمیت و عملکرد کارگزاران حکومتی از طریق شناسایی نظام آزادی اطلاعات می‌باشد؛ تدبیری که با به‌کارگیری آن در بستر سیاست جنایی می‌توان از بروز بسیاری از نابهنجاری‌ها و انحرافات، نظیر فساد اداری - مالی جلوگیری نمود. دلیل توجه سیاست جنایی به نهاد شفافیت آن است که مطالعات علت‌شناختی در جرم‌شناسی نشان می‌دهد پنهانکاری و اسرارگرایی مجریان اداره کشور، یکی از عوامل زمینه‌ساز بروز کژروی و انحراف در سطح حکومت و جامعه می‌باشد. از همین رو صاحب‌نظران بر اهمیت نقش فضایی که در آن چرخش آزاد اطلاعات وجود داشته و شفافیت در ساختار آن، به عنوان اصلی جدایی‌ناپذیر نمود داشته باشد و جایی برای پنهان کاری نباشد، در پیشگیری از بزهکاری تأکید نموده‌اند. از همین رو است که در کشور ما، قانون‌گذار در سال ۱۳۸۷ با تصویب دو قانون "انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات" و "ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد" به

^۱. دلماس مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، جلد ۱، نشر میزان، اول، ۱۳۸۱، صص ۲۴-۲۳.



بسترسازی لازم جهت تحقق شفافیت پرداخته است.

نوشتار حاضر، ضمن بررسی کارکردهای پیشگیرانه شفافیت، به مطالعه رویکرد اسلامی به این موضوع پرداخته است. لذا پس از تبیین مفهوم شفافیت (گفتار نخست)؛ کارکردهای پیشگیرانه آن مطمح نظر قرار خواهد گرفت (گفتار دوم).

گفتار اول: مفهوم شفافیت

"شفافیت"، معادل پذیرفته شده برای اصطلاح «Transparency» است، که در مورد ریشه لغوی آن اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند این واژه از حرف اضافه «Trans» به معنای "حرکت" و "جنبش" و «parent»، به مفهوم "قابل مشاهده"، ترکیب یافته است.^۱ عده‌ای دیگر بر آن هستند که این واژه از تألیف دو ریشه لاتین «Trans»، به معنای "از طریق" و "از میان"، و «parere»، به مفهوم "نمایان شدن" و "نشان داده شدن جهت نظاره" اشتقاق یافته است.^۲ در اصطلاح، استعمال شفافیت در مورد اطلاعات، داده‌ها و رویه‌ها به معنای "آشکار بودن" و "در دسترس بودن" آن‌ها جهت بررسی و نظارت بر آنها می‌باشد.^۳

اصطلاح شفافیت با اصطلاح آزادی اطلاعات (حق دسترسی آزاد به اطلاعات در اختیار تشکیلات حکومتی) قرابت فراوانی دارد؛ به گونه‌ای که میان این دو، تمایز مفهومی روشن و مورد وفاقی وجود ندارد. از این رو، برخی از صاحب‌نظران صراحتاً اذعان داشته‌اند که معنای دقیق دو اصطلاح مزبور در ادبیات موجود چندان مشخص نیست^۴ و بیشتر جنبه سلیقه‌ای به خود گرفته است به گونه‌ای که به زعم برخی، شفافیت معادل آزادی اطلاعات

^۱. Richard, Oliver; What Is Transparency, United States: McGraw-Hill Companies, ۲۰۰۴, P ۳

^۲. Karl-Heinz Brodbeck; TRANSPARENZ ALS ETHISCHERWERT; Paper for the Second Finance & Ethics Congress, ۲۰۰۴, P ۶۴

^۳. Frederick Schauer; "Transparency In Three Dimensions", University Of Illinois Law Review, Vol. ۱ ۲۰۱۱, P ۱۳۴۳

^۴. Frankie Schram; Transparency and Freedom of Information: a Complex Relation, Paper for the Transatlantic Conference on Transparency Research (Utrecht, Netherlands, ۲۰۱۲), ۲۰۱۲. Retrieved June ۱۳, ۲۰۱۲, from <http://www.transparencyconference.nl/wp-content/uploads/۲۰۱۲/۰۵/Schram.pdf>



می‌باشد. طبق این تعریف، شفافیت عبارت است از حق هر کدام از شهروندان در دسترسی به داده‌ها، آگاهی از معلومات و فرآیندهای سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری مرتبط و شناخت مکانیزم‌های اتخاذ تصمیم توسط مسئولان حکومتی.^۱ در مقابل، عده‌ای با بیان این‌که متعلق نهاد شفافیت، عملکرد اداری و به عبارت دیگر، حوزه عمومی حاکمیت بوده و مسأله آزادی اطلاعات ناظر بر حقوق فردی، (که در درجه نخست و از همه مهم‌تر به عملکرد اجتماعی شهروندان، آن هم نه فقط در ارتباط با مقامات دولتی، بلکه در روابط متقابل ایشان و نیز روابط آن‌ها با مؤسسات خصوصی قانونی نظر دارد)^۲ به گونه‌ای تلویحی رابطه تباین را میان این دو ترسیم نموده‌اند. دسته‌ای دیگر از محققین نیز، در حالی که آزادی اطلاعات، کلیه اطلاعات در اختیار مؤسسات عمومی را شامل می‌شود؛ شفافیت را در آزادسازی آن دسته از اطلاعات مؤسسات منحصر دانسته‌اند که با ارزشیابی آن‌ها مرتبط می‌باشد.^۳ بنابراین، نظرگاه آزادی اطلاعات گستره‌ای عام و شفافیت محدوده‌ای خاص دارد. دست آخر گروهی دیگر عکس این موضع را پذیرفته و شفافیت را، اعم از آزادی اطلاعات دانسته و اظهار داشته‌اند: «شفافیت در مقایسه با آزادی اطلاعات معنای گسترده‌تری دارد. دسترسی به اطلاعات یک جزء تشکیل‌دهنده از نهاد شفافیت به شمار می‌رود. این، در حالی است که شفافیت مستلزم آن است که امور به صورتی مدیریت شوند که آشکار و یا در معرض نظارت همگانی قرار گیرند. این، به معنای آن است که سوابق رؤیت‌پذیر تصمیمات و اقدامات رسمی، به منظور دسترسی بعدی، حفظ و نگهداری شده، و اجرای فرآیندهای دولتی و وضع مقررات، تا حد امکان قابل دسترس و قابل درک باشند. شفافیت مستلزم

^۱. فارس بن علوش ابن بادی السبئی، "دور الشفافية و المساءله فی الحد من الفساد الإداری فی القطاعات الحکومیه"،

(أطروحه دکتوراه الفلسفه فی العلوم الأُمْنیه، جامعه نایف العربیه للعلوم الأُمْنیه فی ریاض، ۱۴۳۱ق، ص ۹)

^۲. Mark Bovens; Information Rights: Citizenship In The Information Society, ۲۰۰۲. Retrieved may ۸, ۲۰۱۲, from http://igitur-archive.library.uu.nl/law/۲۰۱۲-۰۳۲۱-۲۰۰۶۰۵/Information%۲۰rights_Bovens.pdf

^۳. Lindstedt, Catharina; Naurin, Daniel; Transparency Against Corruption, ۲۰۰۶. Retrieved may ۵, ۲۰۱۲, from http://www.qog.pol.gu.se/digitalAssets/۱۳۵۸/۱۳۵۸۰۴۶_transparency-against-corruption-_accepted-version_.pdf



تضمین این امر است که امور اجرایی به حدی آشکار و قابل دسترسی باشد که فهمیدن و مشارکت طرف‌های ذینفع را در آن‌ها ممکن سازد. پیچیدگی، آشفتگی و محرمانگی، خصایصی هستند که نهاد شفافیت در صدد مقابله با آنها می‌باشد.^۱

همان‌طور که از تعریف اخیر استنتاج می‌شود نقش آزادی اطلاعات به شناسایی حق مردم در دستیابی به اطلاعات در اختیار مؤسسات عمومی محدود است؛ در حالی که شفافیت، به عنوان خصیصه‌ای ساختاری مطمح نظر قرار گرفته، که حسب آن، عملکرد مؤسسات عمومی باید به صورت ساده، انتظام‌یافته و آشکار تحقق یابد؛ به نحوی که افراد نه تنها بعداً بتوانند نسبت به آن اطلاع کسب نمایند بلکه حین جریان بتوانند مشارکتی آگاهانه از خود به عمل آورند. تفصیل اخیر توسط برخی از متخصصان حوزه آزادی اطلاعات مورد پذیرش قرار نگرفته است و خصیصه مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها را از شمول آزادی اطلاعات خارج دانسته‌اند. در طرح راجع به اصول ناظر بر قوانین آزادی اطلاعات، که توسط "توبی مندل" مدیر برنامه حقوقی ماده ۱۹ تدوین شده است، ذیل اصل هفتم، تصریح گردیده است که آزادی اطلاعات، علاوه بر حق جامعه مبنی بر آگاهی از آنچه حکومت به نیابت از آن‌ها انجام می‌دهد، متضمن مشارکت ایشان در فرآیندهای تصمیم‌گیری می‌باشد، بنابراین، قوانین آزادی اطلاعات، باید این فرض را که کلیه نشست‌های مؤسسات حکومتی به روی مردم باز باشد، لحاظ نمایند.^۲

در مقام ارزیابی نظریات مطرح شده، می‌توان گفت صرف نظر از آن‌که آزادی اطلاعات به معنای آزادی اعضای جامعه در برخورداری از اطلاعات در اختیار نهادهای عمومی و بعضاً غیرعمومی است (در حالی که شفافیت منحصرأ ناظر بر مؤسسات عمومی است)؛ لکن در آزادی اطلاعات، آنچه به عنوان هدف اصلی مورد نظر است، آن است که افراد بدون مانعی بتوانند به اطلاعاتی که در اختیار مؤسسات است، دست یابند، و طبیعی است

^۱. Birkinshaw, Patrick; Freedom of Information (The Law, the Practice and the Ideal), Cambridge: Cambridge University Press, Fourth Edition, ۲۰۱۰, p ۲۹

^۲. Right to participate in decision - making processes

^۳. Mendel, Toby; The Public's Right to Know (Principles on Freedom of Information Legislation), London: Article ۱۹, ۱۹۹۹, p ۹



که تحقق چنین امری در گرو آن است که حکومت، امور اداری‌اش را به گونه‌ای تنظیم نماید که اولاً اطلاعات از بین برده نشده و محو نگردند تا زمینه دسترسی فراهم شود؛ ثانیاً، اطلاعات به صورتی ارائه شود که برای همگان قابل درک باشد؛ زیرا در غیر این صورت، حق دسترسی آزادانه به اطلاعات از محتوای خود تهی و به امری پوچ تبدیل خواهد شد؛ ثالثاً، خود حاکمیت نیز باید حق مردم بر آگاهی را مورد ترویج و فرهنگ‌سازی قرار دهد. برآیند تحقق چنین پیش‌زمینه‌هایی را که لوازم آزادی اطلاعات هستند، اصطلاحاً تحت عنوان "شفافیت" مطرح کرده‌اند. از همین رو است که برخی، هدف از آزادی اطلاعات را ترویج شفافیت وصف کرده‌اند.^۱

با توجه به آنچه گفته شد، در گفتار بعدی نقش شفافیت، در معنای وضعیتی که طی آن عملکرد کارگزاران حکومتی قابلیت اطلاع‌پذیری و اعمال نظارت را از سوی شهروندان در خود داشته باشد، در چارچوب سیاست جنایی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

گفتار دوم: کارکرد پیشگیرانه شفافیت در سیاست جنایی

کارکرد پیشگیرانه برقراری شفافیت، در ساختار مؤسسات عهده‌دار امور عمومی جامعه و کارگزاران حکومتی، در ارتباط با بزهکاری، از دو منظر متمایز شایسته تدریس می‌باشد: در وهله نخست، چنین سازوکاری جهت جلوگیری از سوءاستفاده متصدیان دولتی از قدرتی که در اختیار دارند، و به تعبیر دیگر، فساد اداری، نقش به‌سزایی داشته و بعد مذکور در ادبیات جرم‌شناختی معاصر و رویکرد بین‌المللی توجه شایانی را به خود جلب کرده است. لیکن باید توجه داشت که جریان آزاد اطلاعات و شفاف‌سازی توسط دارندگان قدرت در جامعه، می‌تواند جهت مقابله با بزهکاری شهروندان عادی نیز نقش به‌سزایی داشته باشد، که این جنبه، در آثار و تحقیقات صورت گرفته تا حد زیادی مغفول واقع شده است.

^۱. Iyer, Venkat; Freedom of Information: Principles for Legislation, Proceedings of the seminars on E-Governance & Democracy in the Millennium: Challenges & Opportunities (Chennai, India, ۲۰۰۰), ۲۰۰۰, p ۳, Retrieved may ۲۲, ۲۰۱۲, from <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan۰۰۲۱۷۷.pdf>



از این رو، جهت تسهیل در بحث، دو وجه مزبور از کارکرد پیشگیرانه شفافیت را به صورت جداگانه در دو بخش پی می‌گیریم.

بخش اول. پیشگیری از بزهکاری مقامات عمومی

در آموزه‌های اسلامی، "قدرت" به کمال و نعمت الهی قلمداد شده است. نصوص موجود این نگرش را مورد تأیید قرار می‌دهند. هنگامی که افراد هنجارمند، قدرت پیدا می‌کنند، این نعمت عاملی است که می‌تواند با تمهید فرصت اجرای احکام الهی و خدمت‌گزاری به مردم، موجب تعالی آن‌ها و جامعه گردد؛ چنانکه خداوند متعال در آیه شریفه ۴۱ سوره مبارکه حج به این مسأله اشاره کرده و می‌فرماید:

«الَّذِينَ إِن مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَآمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ ... ؛ کسانی که هر گاه در زمین به آن‌ها قدرت ببخشیم، نماز را بر پا می‌دارند، و زکات می‌دهند، و امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند.»

اما اگر کسی که نسبت به قدرت، این نعمت الهی، کفران نموده و به کارش انگیزه خدایی نداده و انگیزه‌اش از رسیدن به آن، برتری‌جویی و تحصیل منافع شخصی باشد؛ همین قدرت به بستری مبدل خواهد شد که صاحبش را به سمت فساد و کژروی سوق می‌دهد؛ چنان‌که بسیاری از حکمرانان در طول تاریخ از آن سوء استفاده نموده و سر به طغیان نهادند. سوءاستفاده‌هایی که از قدرت به عمل آمده است، توجه بسیاری از متفکران، به ویژه حامیان آنارشیسم، را به خود جلب نموده و زمینه بدبینی و بالتبع مخالفت آن‌ها را فراهم کرده است. لرد آکتون، مورخ و سیاستمدار مشهور انگلیسی، که از مخالفان جدی قدرت حکومتی در کلیه اشکال مردم‌سالارانه، سوسیالیست و استبدادی بود؛ در عبارتی معروف در این زمینه می‌نویسد: «قدرت، به فساد تمایل دارد و قدرت مطلق، کاملاً فسادانگیز خواهد بود».^۱ در جهت چنین طرز فکری است که برخی از دانشمندان علوم

^۱. Martin, Brian; Information Liberation: Challenging the Corruptions of Information Power, London: Freedom Press, First Edition ۱۹۹۸, p ۲



اجتماعی به مطالعه آثار فسادآور قدرت پرداخته‌اند.^۱

سوءاستفاده از قدرت توسط کارگزاران حکومتی، در ادبیات حقوقی - جرم‌شناختی، تحت عنوان فساد مورد بررسی قرار می‌گیرد، و با توجه به گفتمان معاصر می‌توان آن را در بستر بزهکاری دولتی نیز مورد بحث قرار داد. فساد، از جمله مهم‌ترین چالش‌های جامعه بشری در دوران معاصر است؛ به گونه‌ای که سازمان شفافیت بین‌الملل در گزارش موسوم به شاخص ادراک فساد^۲، سال ۲۰۱۱، خاطر نشان کرده که معضل مزبور به یأس عمومی در عرصه بین‌المللی منجر گردیده؛ به نحوی که هیچ منطقه یا کشوری در جهان از آسیب‌های فساد بخش دولتی مصون نیست. گواه این مسأله آن است که قریب به اتفاق ۱۸۳ کشور و قلمرو مورد ارزیابی، در مقیاسی متغیر بین صفر (بسیار فاسد) تا ده (بسیار پاک)، نمره زیر پنج را کسب کرده‌اند.^۳ در گزارش سازمان مزبور در سال ۲۰۱۰ نیز آمده بود که نزدیک به سه‌چهارم کشورهای مورد بررسی، نمره زیر پنج دارند.^۴

مطالعات، حاکی از آن است که میزان فساد ارتكابی توسط کارگزاران حکومتی ارتباط مستقیمی با میزان شفافیت و عدم شفافیت در ساختار تشکیلات دولتی دارد. در نظام‌های اقتدارگرا و اقتدارگرای فراگیر که در آن‌ها آزادی فدای قدرت می‌شود، کیش شخصیت و سیاست مرید و مراد حاکم است. بقای نظام سیاسی به هر قیمتی یک اصل بوده و برای این هدف کاربرد هر نوع وسیله‌ای موجه است. جامعه مدنی فقط تکالیف دارد و نه حقوق. رویکرد به مقوله مردم و حقوق آن‌ها کاملاً شعاری، سطحی و ابزاری است. در چنین نظام‌هایی که شفافیت در اداره کشور، امری استثنایی محسوب می‌گردد، فساد در سطح متصدیان حاکمیت و کارگزاران دولتی، نه تنها رایج، بلکه عادی می‌نماید. با فروپاشی چنین

^۱. Ibid, p ۱

^۲. corruption perception Index (CPI)

^۳. Transparency International; Corruption Perceptions Index ۲۰۱۱, Berlin: Transparency International, ۲۰۱۱, P ۴

^۴. Transparency International; Corruption Perceptions Index ۲۰۱۰, Berlin: Transparency International, ۲۰۱۰, P ۲

^۵. موسوی، سید عباس، شکنجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل و شورای اروپا، دیپاچه به قلم علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات خط سوم، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۵



نظام‌هایی و استقرار نظام مبتنی بر مردم‌سالاری، که حاکمیت، امانتدار و نماینده جامعه به شمار رفته و مردم صاحبان اصلی حق شناخته می‌شوند (و در نتیجه شفافیت به مثابه اصلی بنیادی مورد رعایت قرار می‌گیرد) زمینه مبارزه با مظاهر فساد، به نحو مطلوب‌تری فراهم می‌گردد؛ چرا که در چنین وضعیتی، از طریق شفاف‌سازی محیط‌های اداری، ارتکاب بزه و سوءاستفاده از جانب کارکنان دشوار و خطر شناسایی و دستگیری ایشان افزایش می‌یابد و این تدبیر پیشگیرانه وضعی، با ایجاد موانعی در فرآیند گذار از اندیشه به عمل، کارگزار را از عملی ساختن تصمیم فسادآلود خویش باز خواهد داشت. از همین رو است که در عرصه بین‌المللی، ضرورت دسترسی به اطلاعات در اختیار مؤسسات عمومی، به صورت گسترده‌ای در سال ۲۰۰۳، به منزله ابزاری برای کمک به سیاست مبارزه با فساد، شناسایی شده است.^۱ گزارش ناظر بر فساد جهانی، نشریه سالیانه سازمان شفافیت بین‌الملل^۲، تمرکز ویژه‌ای بر مسئله شفافیت و دسترسی آزاد به اطلاعات، و برجسته‌سازی اهمیت آن در مقابله با فساد داشته است. پتر ایگن، مؤسس سازمان، در مقدمه گزارش بیان می‌دارد که دسترسی به اطلاعات، مهم‌ترین سلاح در برابر فساد است. این نکته به صورت رسمی در کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد تصریح شده است. کنوانسیون، کشورهای عضو را به انحای مختلف در مواد (۱) ۵ و (a) ۱۰ به تضمین شفافیت دولتی در سطح کلی فرا می‌خواند: شفافیت در ارتباط با کارکنان دولت^۳، و هزینه نامزدهای انتخاباتی^۴ [مواد (a) (۱) ۷ و ۳]، شفافیت در تدارکات و امور مالی دولتی^۵ [مواد (a) (۱) ۹ و ۲]؛ و به صورت قابل ملاحظه‌ای مقررات کنوانسیون در خصوص مشارکت اجتماعی، تقریباً به‌طور کامل به موضوعات شفافیت و اطلاعات، اختصاص داده شده است (ماده ۱۳). همچنین کنوانسیون در ماده (۲) ۱۲ به مسئله آشکار بودن شرکتی^۶ پرداخته است. وفق بند الف ماده ۱۰

^۱. Mendel, Toby; Freedom of Information (A Comparative Legal Survey), Paris: UNESCO, Second Edition ۲۰۰۸, P ۲۰

^۲. Transparency International (TI)

^۳. Civil Servants

^۴. Funding for Electoral Candidates

^۵. Public Procurement and Finances

^۶. Corporate Openness



کنونسیون: «هر کدام از کشورهای عضو لازم است در تشکیلات دولتی خود که برای تقویت شفافیت ممکن است ضرورت داشته باشد، تدابیری انجام دهند؛ نظیر اتخاذ مراحل یا مقرراتی که به صورت متناسب و با ملاحظه حفاظت از حق خلوت و داده‌های شخصی، به اعضای جامعه اجازه تحصیل اطلاعات تشکیلات، عملکرد و فرآیندهای تصمیم‌گیری مربوط به اداره عمومی کشور و تصمیمات و اقدامات قانونی‌ای که به جامعه ارتباط دارد، فراهم می‌سازد».

نقش پیشگیرانه شفافیت حاکمیت نسبت به بروز فساد، به حدی است که در عمل نیز کشورهایی که به سطح بالایی از فساد آلوده هستند به ابزار مزبور متمسک می‌شوند. به عنوان نمونه، پارلمان اسلواکی در سال ۲۰۱۱، به اصلاح قانون مدنی پرداخته و به منظور مقابله با فساد، اعتبار کلیه قراردادهای خدمات دولت را به انتشار بر روی اینترنت منوط نمود که در این جهت، دولت این کشور همه قراردادهای چند سال قبل را نیز بر روی اینترنت اطلاع‌رسانی نموده است.^۱

در مورد تحلیل نحوه کارایی نهاد شفافیت در پیشگیری از جرم و این‌که چگونه نهاد مذکور می‌تواند از وقوع بزهکاری و مشخصاً فساد توسط کارگزاران حکومتی جلوگیری کند، باید آن را در دو بعد مورد توجه قرار داد:

الف) از یک منظر و در بسیاری از موارد، صرف فراهم کردن شرایطی که زمینه آگاهی اعضای جامعه و دسترسی آن‌ها به اطلاعات را ممکن نماید، در بازدارندگی از بزهکاری کارگزاران حکومتی مؤثر خواهد بود. چنین حالتی برگرفته از احساسی روانی است که به کارگزاران حکومتی در ازای اطلاع یافتن عموم و در معرض قضاوت افکار عمومی قرار گرفتن، دست می‌دهد؛ حتی اگر جامعه از خود واکنش خاصی نشان ندهد. زیرا از نظر روان‌شناختی، افراد غالباً در صدد آن هستند که تصویر مطلوبی از شخصیت خود در اذهان دیگران ترسیم کنند، لذا چنانچه افراد بدانند که اقدامات ایشان در معرض نظارت

^۱ Martin Šimečka; La transparence contre la corruption, ۲۰۱۱. Retrieved July ۵, ۲۰۱۲, p^{۲۰} from <http://www.presseurop.eu/fr/content/article/۴۴۹۷۴۱-la-transparence-contre-la-corruption>



قدرت‌هایی است که از کنترل آن‌ها خارج است؛ به صورت متفاوت، و البته مسئولانه‌تری رفتار می‌نمایند^۱. استر دایسون، روزنامه‌نگار و تحلیل‌گر سوئیدی که در عرصه شفافیت دولت نیز فعالیت دارد، در این زمینه به مدیران و کارگزاران مؤسسات توصیه می‌کند که زندگی توأم با شفافیت، مستلزم آن است که اینان به صورت اساسی طرز نگرش خود را تغییر دهند. وی می‌افزاید آن‌ها باید یاد بگیرند مؤسسه ایشان به گونه‌ای اعتبار می‌شود که مردم آن را مشاهده می‌کنند، و مردم می‌توانند به راحتی تشکیلات را آن‌گونه که هستند، ببینند؛ نه آن‌طور که مسئولان تظاهر می‌نمایند. وی چنین وضعیتی را به حالتی تشبیه می‌کند که مسئولان خود را در آینه مشاهده کنند، که ممکن است چنین حالتی در ابتدا ناراحت‌کننده باشد؛ لکن امری اجتناب‌ناپذیر است. لذا می‌افزاید در این وضعیت کسانی موفق خواهند بود که نحوه پاسخ دادن به این بازخورد را بدانند، به جای آن‌که به سرکوب آن بپردازند، و بتوانند بر آنچه نسبت بدان کنترل ندارند، تأثیرگذار باشند.^۲

در آموزه‌های اسلامی نیز بر بازدارندگی تصور افراد مبنی بر آگاهی دیگران از اعمال ارتكابی اشاره شده است. در دعای ابوحمزه ثمالی از حضرت امام زین العابدین - علیه السلام - نقل گردیده که حضرت خطاب به ذات باری تعالی عرض می‌نمایند: «رب جللی بسترک و اعف عن توبیخی بکرم وجهک، فلو اطلع الیوم علی ذنبی غیرک ما فعلته»^۳. همانطور که آن حضرت در این بخش از این دعای شریف اشاره می‌فرمایند، اینکه انسان بداند کسی از گناه وی اطلاع خواهد یافت، سبب می‌شود که خود را بدان آلوده نسازد. ائمه معصومین علیهم السلام، تلاش می‌کردند با چنین راهکاری افراد را از رفتن به سمت جرایم و معاصی باز دارند. نقل شده است که فردی نزد نبی گرامی اسلام - صلی الله علیه و آله و سلم - آمد و از ایشان خواست روشی به وی بیاموزد که خیر دنیا و آخرت را

^۱.Anheier, Helmut K; Toepler, Stefan; International Encyclopedia of Civil Society, Vol.

^۱, New York - Heidelberg: Springer, ۲۰۰۹, p ۱۵۶۶

^۲.Esther Dyson; "Mirror, Mirror on the Wall", Harvard Business Review, September and October ۱۹۹۷, pp ۲۴-۲۵

^۳. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، مصباح المتعبد، جلد ۲، مؤسسه فقه الشیعه، چاپ اول، ۱۴۱۱ق،



برایش فراهم سازد، حضرت فرمودند: «لا تکذب»؛ او را از گفتن دروغ نهی نمود. آن فرد می‌گوید: «و کنت علی حال یکرهها الله، فترکتها خوفاً أن یسألنی سائل [عنها] عملت کذا و کذا فأفتضح، أو أكذب فأکون قد خالفت رسول الله - صلی الله علیه وآله وسلم - فیما حملنی علیه»^۱ یعنی گاهی در وضعیتی قرار می‌گرفتم که می‌دانستم خداوند متعال از آن ناخشنود است. لذا آن را ترک می‌کردم که مبدا کسی از من در مورد آن وضعیت سؤال نموده و من ناچار شوم با بیان واقعیت رسوا و یا با گفتن دروغ، بر خلاف سفارش پیامبر خدا عمل نموده باشم. همان‌طور که در این روایت مشاهده می‌شود، ترس از آشکار شدن اعمال برای سایرین، مانع کزروی‌های فرد گردیده است. با کاربست چنین مدلی در ساختار حاکمیت، و تضمین این‌که اعمال کارگزاران، ورای هرگونه تحریف، در معرض شفافیت قرار گیرد، می‌توان از بسیاری از مفاسد در میان متصدیان حاکمیت جلوگیری به عمل آورد. (ب) هر چند بسیاری اوقات صرف "شرمساری ناشی از کزروی افشا شده برای جامعه"، عاملی بازدارنده تلقی می‌شود؛ برخی مواقع نیز که موقعیت مرتکب تهدید نشود، فرد، چندان نگران شهرت خود نمی‌باشد. در چنین شرایطی افزایش ریسک شفافیت و همگانی شدن اطلاعات، موجب اصلاح رفتار کارگزار نخواهد شد مگر آن‌که وی باور داشته باشد آگاهی دیگران می‌تواند بهای اعمالش را به او تحمیل کند.^۲ از این رو کارآمدی کامل و مطلوب شفافیت در قلع ماده فساد تنها در بستری میسر خواهد بود که کارگزاران حکومتی در قبال عملکرد خویش پاسخگو باشند. لذا برخی از محققان تصریح کرده‌اند که "شرط پاسخگویی"^۳ متضمن آن است که علاوه بر آن‌که اقدامات مؤسسات در معرض نظارت همگان باشد، چنانچه آزادسازی و انتشار اطلاعات برای مردم، رفتار فاسد

^۱. مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام، جلد ۶۹، دار احیاء التراث العربی،

چاپ دوم، ۱۴۰۳ق، ص ۲۶۲

^۲. Catharina Lindstedt; Naurin, Daniel; Transparency Against Corruption, ۲۰۰۶ Retrieved may ۵, ۲۰۱۲, p ۸, from http://www.qog.pol.gu.se/digitalAssets/۱۳۵۸/۱۳۵۸۰۴۶_transparency-against-corruption-accepted-version_.pdf

^۳. The accountability condition



کارگزاران حکومتی را نمایان سازد؛ مردم باید تعدادی مکانیسم متضمن ضمانت اجرا را در اختیار داشته باشند.

بر همین مبنا، گزارش شاخص ادراک فساد سال ۲۰۱۱ سازمان شفافیت بین‌الملل، اعتراض همگانی تسری یافته به کل جامعه را علاوه بر مسئله فساد، ناظر بر مصونیت از مجازات^۱ دانسته است، و تصریح گردیده که علی‌رغم آن که ممکن است زمینه‌های اعتراض عمومی متعدد باشد، پیام واحدی را دنبال می‌نمایند: «شفافیت و پاسخگویی بیش‌تر حکمرانان مورد احتیاج است!»^۲ همان‌گونه که از مفاد گزارش پیداست، عدم اعمال ضمانت اجرا، و به طور مشخص مجازات، که حاکی از فقدان مسئولیت‌پذیری و پاسخگویی در میان کارگزاران حکومتی است، همسنگ وجود فساد، اسباب ناراحتی مردم را فراهم نموده و تحقق هر دو، به مطالبه‌ای عمومی تبدیل شده است. در گزارش سال قبل سازمان مزبور نیز تأکید شده بود که هر دو عامل شفافیت و پاسخگویی برای اعاده اعتماد و برگرداندن موج فساد مهم هستند.^۳

مطالعه سیره ائمه معصومینی که زمام حکومت را در اختیار داشتند؛ به خوبی این واقعیت را نشان می‌دهد که در صورت اطلاع مردم از وقوع انحراف بین کارگزاران حکومتی، معصومین به همه این گزارش‌های آنها ترتیب اثر داده و واکنش مناسب را اتخاذ می‌فرمودند؛ که گاه به عزل شخص می‌انجامید.

بخش دوم: پیشگیری از بزهکاری شهروندان عادی

یکی از آثار مهم شفافیت و رعایت حق دسترسی جامعه به اطلاعاتی که در اختیار حاکمیت است، در کارکرد پیشگیرانه آن نسبت به ارتکاب جرم توسط شهروندان عادی تبلور می‌یابد. توضیح آن‌که در بسیاری از موارد، ممکن است عملکرد کارگزاران حکومتی،

^۱. Impunity

^۲. Transparency International; Corruption Perceptions Index ۲۰۱۱, Berlin: Transparency International, ۲۰۱۱, p ۴

^۳. Transparency International; Corruption Perceptions Index ۲۰۱۰, Berlin: Transparency International, ۲۰۱۰, p ۲



قانونمند و عاری از هر گونه فساد باشد، لیکن به دلایل مختلفی، مانند کیفیت ظاهر رفتار و یا رواج شایعات خلاف واقع در جامعه، این تصور نزد شهروندان به وجود آید که مسئولین آنها افرادی کزرو و آلوده به انحراف هستند. در چنین حالاتی، شفافیت و شناسایی حق مردم بر آگاهی و التزام کارگزاران حکومتی به ارائه اطلاعات به مردم، می‌تواند تدبیری مناسب جهت رفع شبهه‌های مطرح در اذهان مردم باشد؛ چه در صورت عدم اطلاع‌رسانی ممکن است شکل‌گیری همین تصور خلاف واقع در اذهان، سبب سوق یافتن مردم به سمت رفتارهای بزهکارانه گردد.

از منظر نظریه جرم‌شناختی "یادگیری اجتماعی"^۱، تحلیل حرکت شهروندان به سمت بزهکاری‌ای که برخاسته از برداشت آنها از فساد کارگزاران حاکمیت باشد، از طریق توجه به تعریفی که بزهکار به جرم ارتكابی خویش می‌دهد، قابل استدراک است. همان‌طور که ساترلند استدلال می‌کرد، عامل اصلی در تشخیص نقض قانون از سوی مردم، نه در نفس شرایط اجتماعی‌ای است که تجربه می‌کنند، بلکه در معنایی نهفته است که به شرایط مذکور می‌دهند. لذا این‌که شخص مطیع یا ناقض قانون می‌باشد، به این نکته بستگی دارد که چگونه وضعیت خود را تعریف می‌نماید.^۲ از این رو، در نظریه ساترلند علل واقعی رفتار جنایی ایده‌ها هستند، که همان تعاریف موافق نقض قانون هستند.^۳

این تعاریف موافقی که به بزه ارتكابی داده می‌شود، بر دو گونه می‌باشند: گاهی تعاریفی اثباتی^۴ می‌باشند که بر اساس آن، مستقیماً رفتار به عنوان عملی که انجام دادن آن مطلوب یا خوب است، ارزیابی می‌گردد؛ و گاهی تعاریفی^۵ خنثی‌کننده می‌باشند که مرتکب، رفتار را به طور کلی امر پسندیده‌ای ندانسته ولی در آن شرایط، آن را قابل قبول، توجیه‌پذیر یا

^۱. The social learning theory

^۲. George Vold; Thomas J Bernard and Snipes, Jeffrey B; Theoretical Criminology, New York – Oxford: Oxford University Press, Fourth Edition, ۱۹۹۸, p ۱۸۶

^۳. Ibid, p ۱۸۹

^۴. The positive Definitions

^۵. The Neutralizing Definitions



قابل اغماض می‌بیند.^۱

در ارتباط با حالتی که شهروند، رفتاری مباح از سوی متصدیان حاکمیت می‌بیند لیکن به لحاظ فقدان شفافیت، آن را به عنوان انحراف تصور می‌کند، ممکن است وی بر اساس آن به رفتارهای منحرفانه روی آورد که برخاسته از تعاریفی باشد که در آن اوضاع و احوال به عمل خویش می‌دهد. در این خصوص، هر دو نوع تعاریف موافق نقض قانون قابل طرح است.

الف) تعریف اثباتی: از منظر جرم‌شناسی، ورود فرد به عرصه فعالیت‌های مجرمانه، بر اثر تبعیت از رفتارهایی که مرتکب، ارتکاب آن را به نظاره نشسته و یا به نحوی از آن اطلاع یافته است، در جایی که تقلیدشونده، از جایگاه بالاتری نسبت به تقلیدکننده برخوردار باشد، نمود جدی‌تری می‌یابد. یکی از عوامل شکل‌گیری چنین فرآیندی را می‌توان در همان تعاریف اثباتی موافق نقض قانون دانست که فرد برای رفتار خویش قائل می‌شود. این امر در عرصه تقلید مردم از حکمرانان خویش به خوبی قابل ترسیم است؛ به ویژه اگر مسئولان حکومتی واجد جنبه کاریزماتیک نیز بوده باشند، چنین پیامدی تشدید خواهد شد. در این حالت، شهروندان، به لحاظ منزلتی که برای حکمرانان محبوب خویش قائل بوده و آن‌ها را به عنوان مرجع وضع‌کننده هنجار و ارزش در نظر می‌گیرند، به هم‌شکلی با این الگوهای رفتاری مبادرت ورزیده و نه تنها عمل خود را قبیح و مذموم نمی‌پندارند، بلکه به لحاظ تقدس و اعتباری که برای الگوی رفتاری خویش قائل می‌شوند، رفتار خود را که در مقام تقلید از آن صورت می‌پذیرد، در خور تمجید و تحسین می‌پندارند. نکته‌ای که در قالب این مثل یا حدیث معروف منعکس گردیده که «الناس علی دین ملوکهم»^۲. اعضای جامعه بر مسلک حاکمان خود سلوک می‌نمایند. در این جهت از حضرت امیرالمؤمنین - علیه السلام - چنین نقل شده است: «الناس بامرائهم أشبه منهم

^۱Marvin Krohn; Alan JLizotte and Gina Penly Hall; Handbook on Crime and Deviance, New York: Springer ۲۰۰۹, p ۱۰۷

^۲أبو الحسن علی بن عیسیٰ إبریلی، کشف الغمه فی معرفة الاثمه علیهم السلام، ج ۲، تصحیح هاشم رسولی محلاتی،



بأبائهم^۱. بر همین مبنا، چون حاصل تقلید، از محتوای ذهنی تقلیدکننده در فرآیند تقلید از رفتار تقلیدشونده تأثیر دارد؛ حتی اگر برداشت مذکور بر واقع منطبق نباشد، مقامات عمومی باید در جایی که رفتارشان موجب آلوده شدن ذهن شهروندان به شبهه می‌گردد، با شفاف‌سازی و اطلاع‌رسانی، آن‌ها را از افتادن در ورطهٔ بزهکاری باز بدارند. تقلید حکم‌شوندگان (مردم) از حکم‌کنندگان (متصدیان حاکمیت)، مورد توجه اندیشمندان اسلامی قرار گرفته است. احمد بن واضح یعقوبی، دانشمند شیعی قرن سوم هجری، اثر مستقلى تحت عنوان «مشاکله الناس لزمانهم» را در مورد همین مبحث تألیف کرده، که متمرکز بر ارائهٔ یک نظریهٔ جامعه‌شناسانه موسوم به "هم‌شکلی مردم با حاکمان" است. وی در تبیین این نظریه می‌نویسد: «فأما الخلفاء و ملوک الاسلام، فان المسلمین فی کل عصر تبع للخلیفه، یسلکون سبیلہ و یدهبون مذاہبہ، و یعملون علی قدر ما یرون منه، و لا یخرجون عن اخلاقه و افعاله و اقواله»^۲. استفاد از این نظریه آن است که مردم در هر دوران، دنباله‌رو حاکم خویش بوده و راه او را در پیش گرفته و به اعتقادات او معتقد بوده و به هر چه از او مشاهده می‌کنند، عمل کرده و از محدودهٔ اخلاقی، رفتاری و گفتاری حاکم خویش خارج نمی‌شوند. یعقوبی سپس برای اثبات نظریهٔ جامعه‌شناختی خویش، به روشی علمی به بررسی سرگذشت عهد سی و یک خلیفه در جامعهٔ اسلامی می‌پردازد، و بر اساس این داده‌ها، فرضیه‌آزمایی و آن را اثبات می‌کند. وی در تحقیق خویش مصادیقی چند از عملکرد حکمرانان متعدد را مورد بررسی قرار می‌دهد که توسط مردم مورد تبعیت قرار می‌گرفته است. گابریل تارد، جرم‌شناس شناخته‌شدهٔ فرانسوی، نیز در دومین قانون از قوانین سه‌گانهٔ تقلید به همین مسئله توجه و تصریح می‌کند که معمولاً افراد فرودست، از افراد فرادست تقلید می‌کنند. وی با پیگیری پیشینهٔ جرایمی مانند ولگردی، باده‌گساری و

^۱. مجلسی، محمد باقر، بحارالانوار الجامعه لدرر أخبار الأئمة الأطهار، علیهم السلام، ج ۷۵، دار احیاء التراث العربی،

چاپ دوم، ۱۴۰۳ق، ص ۴۶

^۲. منتظری مقدم، حامد، یعقوبی و نظریه هم‌شکلی مردم با حاکمان، تاریخ در آینه پژوهش، شماره ۱، ۱۳۸۳، صص



قتل عمد چنین نتیجه می‌گیرد که جرایم مذکور ابتدا در خاندان سلطنتی ارتکاب می‌یافته و سپس توسط سایر طبقات اجتماعی تقلید می‌شده‌اند.^۱

ب) تعریف خنثی‌کننده: آکرز استدلال می‌کند که در بین تعاریف موافق انحراف، تعاریف خنثی‌کننده نسبت به دسته نخست رواج بیشتری دارند و بر گروه وسیعی از معاذیر و توجیه‌هایی مشتمل خواهند بود که در ادبیات امروزی تحت اصطلاحاتی چون روش‌های خنثی‌سازی^۲، رهاسازی از الزامات اخلاقی^۳ و نظایر آن شناخته می‌شوند.^۴ به اعتقاد دیوید ماتزا و گرشام سایکس، مبتکرین نظریه خنثی‌سازی، بزهکاران برای ارزش‌های اجتماعی اعتبار قائل‌اند اما سعی می‌کنند با به‌کار بردن برخی فنون خنثی‌سازی کنترل‌های اجتماعی درونی و بیرونی، آن‌ها را برای خود بی‌اعتبار کنند و دور بزنند. اصل ابتدایی در نظریه مذکور آن است که فراگیری بزهکاری، با یادگیری شیوه‌های مذکور ملازمه دارد. در چنین وضعیتی فرد می‌تواند در عین اعتقاد به هنجارهای اجتماعی، به نقض آن‌ها مبادرت ورزد.^۵ چنین رویکردی در پرتو تعریفی صورت می‌گیرد که بزهکار از بزه ارتكابی خویش ارائه می‌کند. به نظر ماتزا و سایکس، فنون خنثی‌سازی، عنصر ضروری برای این تعریف موافق نقض قانون می‌باشند.^۶ سرزنش مؤاخذه‌کنندگان (تقبیح مأموران اجرای قانون)^۷ یکی از این فنون و تکنیک‌ها است که حسب تجربه در توجیه‌تراشی‌های مطرح شده برای بزهکاری شهروندان، با تکیه بر استناد به فساد کارگزاران حکومتی، جایگاه ویژه‌ای دارد. بزهکار، با توسل به این روش، توجه‌ها را از اعمال منحرفانه خود به سمت انگیزه‌ها و

^۱. George Vold; Thomas J Bernard and Jeffrey B Snipes; Theoretical Criminology, New York – Oxford: Oxford University Press, Fourth Edition, ۱۹۹۸, p ۱۸۳

^۲. Techniques of Neutralization

^۳. Moral Disengagement

^۴. Marvin D Krohn; Alan J Lizotte and Gina Penly Hall; Handbook on Crime and Deviance, New York: Springer ۲۰۰۹, p ۱۰۷

^۵. متزا، دیوید و گرشام سایکس، فنون خنثی‌سازی کنترل‌های اجتماعی درونی و بیرونی، ترجمه حیدر فرهمندفر، مجله تعالی حقوق، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱

^۶. همان، ص ۲۰۷

^۷. The Condemnation of the Condemners



رفتار اشخاصی دور می‌کند که مخالف نقض قانون از طرف آنها است. این رویکرد نسبت به دنیای هماهنگ‌کننده رفتار انسان‌ها با هنجارهای جامعه، ممکن است اهمیت داشته باشد؛ به‌ویژه وقتی با بدبینی نسبت به کسانی که وظیفه اجرا یا بیان هنجارهای جامعه به آنها محول شده است، تشدید می‌شود. در این بستر، بزهکار، موضوع بحث و گفت‌وگو میان محرک‌های منحرفانه خود و واکنش دیگران را تغییر داده و با حمله به دیگران، خطای موجود در رفتار خویش را پنهان یا مفقود می‌کند.^۱ برخی از کسانی که در سطح جامعه مرتکب جرم می‌شوند، تلاش می‌کنند از طریق استناد به فساد موجود در حاکمیت، توجه مخاطبان را از خود به سوی کارگزاران حکومتی معطوف سازند و از این طریق، عدم هم‌نوایی خویش را با هنجارهای اجتماعی توجیه و امکان سرزنش شدن خود را خنثی سازند.

آلبرت باندورا، روان‌شناس کانادایی، نیز که معتقد است اغلب رفتارهای انسانی بر اثر مشاهده و از طریق الگوسازی آموخته می‌شود؛ در تبیین هم‌سنخ با نظریه خنثی‌سازی ماترا و سایکس اظهار می‌دارد: مردم می‌توانند فرا گیرند که پس از ارتکاب رفتار ضد اجتماعی، خود را از وجدان‌شان برهانند، که این روش‌های "خود تبرئه‌کنندگی"^۲ مشتمل بر اشکال متعددی است که ناچیز شمردن شدت اعمال ارتكابی از طریق اشاره به شدیدتر بودن جرایم سایرین و جابه‌جا کردن مسئولیت سوء رفتار به مقامات بالاتر از جمله این شگردها است.^۳ با تکیه بر تحلیل اخیر نیز مشخص می‌گردد که اگر مردم به حکمرانان خود به دیده اشخاصی فاسد بنگرند، طی فرآیند یادگیری می‌توانند به ارتکاب بزه روی آورده و با استناد به بزهکاری حکمرانان، رفتار خویش را با آسودگی خاطر انجام دهند و بزه خویش را در مقایسه با بزه آنها، امری جزئی و غیر قابل سرزنش معرفی و مسئولیت آن را به کارگزاران حکومتی نسبت دهند. لذا بر کارگزاران حکومتی هم که به فساد نیستند، لازم است که اگر

^۱. همان، صص ۲۱۱-۲۱۰

^۲. Tactics of Self-exoneration

^۳. Edie Greene and Kirk Heilbrun; Wrightsman's Psychology and the Legal System, USA: Wadsworth, Seventh Edition ۲۰۱۱, pp ۷۲-۷۴



احتمال می‌دهند رفتار ایشان نزد شهروندان نادرست جلوه‌گر می‌شود، اطلاعات لازم را برای تنویر اذهان عمومی عرضه داشته و اصل شفافیت را نصب‌العین خویش قرار دهند تا رفتار آن‌ها به دستاویزی برای بزهکاری اعضای جامعه تبدیل نگردد.

مطالعه منابع اسلامی به خوبی این نکته را مدلل می‌سازد که در نظام اسلامی، در مواردی که عملکرد متصدیان حاکمیت ممکن است موجب سوءظن و بروز شبهه در ذهن شهروندان گردد، سیاست شفاف‌سازی و اطلاع‌رسانی را جهت رفع سوء برداشت‌های پیش‌آمده، به صورت جدی مطمح نظر قرار می‌گیرد که این امر، در هر دو حوزه عمومی و خصوصی قابل مشاهده است:

الف) شفافیت در عرصه حریم خصوصی مقامات حکومتی

تدقیق در آثار اسلامی نشان‌دهنده این نکته است که اگر موضوعات داخل در حیطه حریم خصوصی مقامات عمومی بتواند موجب سوءبرداشت شهروندان گردد، حریم خصوصی ایشان نیز در معرض شفافیت قرار خواهد گرفت. در این زمینه روایت شده است که یکی از اصحاب پیامبر گرامی اسلام - صلوات الله علیه و آله و سلم - ایشان را در حالی که کنار دری از منازل مدینه ایستاده و همراه‌شان زنی بود مشاهده کرد. پس از سلام به حضرت و دریافت پاسخ، چون از کنار حضرت عبور کرد، آن بزرگوار، او را خوانده و فرمود: این زن، فلانی، همسر من است. صحابی عرض کرد: یا رسول الله! مگر می‌شود نسبت به شما سوء ظن داشت؟! حضرت فرمود: همانا شیطان مانند خون در تن آدمی جریان دارد.^۱

حسب این روایت مشاهده می‌شود که رسول گرامی اسلام، به عنوان شخصیت اول حکومت اسلامی، جهت پیشگیری از بروز شبهه در جامعه نسبت به زوایایی از زندگی خویش که جزئی از حریم خصوصی او است، اطلاع‌رسانی و شفاف‌سازی می‌کنند. از همین رو، برخی از فقها، مانند شهید ثانی (ره) با استشهاد به روایت مذکور بیان داشته‌اند:

۱. أبو حامد عبدالحمید بن هبه الله، ابن ابی الحدید معتزلی، شرح نهج البلاغه، جلد ۱۲، تصحیح محمد أبو الفضل إبراهیم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی ره، چاپ اول، ۱۴۰۴ق، ص ۳۸۰



چنانچه رفتار شخصی، حسب ظاهر با گفتار وی مغایر باشد، هر چند رفتار مزبور شرعاً موجه باشد، در صورتی که بیم آن باشد آن رفتار موجب به شبهه افتادن دیگران شود، لازم است وجه آن را بیان نموده تا مبدا دیگران به وسوسه شیطانی و سوءظن دچار شوند.^۱ برخی دیگر از فقها، روایت مذکور را مؤیدی بر وجه استحباب اطلاع رسانی به منظور دفع توهم دیگران دانسته اند و حتی بیان حالات جسمانی و روحی را جایز و در صورت ترتب فوایدی، نظیر تعلیم به دیگران و یا دفع شبهه و نظایر آن، این اطلاع رسانی و بیان حالات را محکوم به رجحان دانسته اند.^۲

یکی از ویژگی هایی که در ائمه معصومین - علیهم السلام - وجود داشت، ناظر بر این مطلب بود که ایشان بسیاری از خصوصیات سبک زندگانی خویش را (گرچه جزء حریم خصوصی ایشان بود) برای دیگران مطرح و شفاف سازی می نمودند تا بدین وسیله مسلمین بتوانند به درستی الگو برداری نموده و رفتاری ضابطه مند داشته باشند. نمونه هایی از آن را ذکر می کنیم: در تفسیر قمی نقل شده که برخی از صحابه سوگند یاد نموده بودند هرگز شب نخوابند، در روز افطار نکنند و با زنان معاشرت نداشته باشند. خبر به نبی گرامی اسلام می رسد و ایشان در حضور مردم بر منبر رفته و پس از حمد و ثنای الهی می فرمایند: برخی را چه شده که امور پاکیزه را بر خویش حرام نموده اند؟! آگاه باشید که من (که پیامبر شما هستم) در شب می خوابم، ازدواج می کنم و در روز افطار می کنم. پس، هر کس از سنت من روی بگرداند از من نیست.^۳ در روایت دیگری نقل شده که پیامبر اعظم خطاب به ابوذر می فرمایند: ای ابوذر! همانا من جامه خشن و درشت می پوشم و بر زمین می نشینم و بر الاغ بدون پالان سوار می شوم و دیگری را بر ترک خود می نشانم. پس، کسی که از

^۱. جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، منیه المرید فی أدب المفید و المستفید، تصحیح رضا مختاری، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ق، ص ۱۸۵

^۲. حسینی شیرازی، سید محمد، من فقه الزهراء علیها السلام، ج ۱، رشید، چاپ اول، ۱۴۲۸ق، ص ۷۱

^۳. قمی، أبوالحسن علی بن ابراهیم، تفسیر القمی، جلد ۱، تصحیح طیب موسوی جزائری، دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۰۴ق، صص ۱۸۰-۱۷۹



سنت من روی بگرداند از من نخواهد بود.^۱ حضرت امیرالمؤمنین، امام علی - علیه السلام - وصی و حاکم جامعه اسلامی، پس از نبی گرامی اسلام - صلی الله علیه و آله و سلم - در مرقومه‌ای که برای عثمان بن حنیف می‌نویسند، چنین می‌فرمایند: به خدا سوگند، از دنیای شما نه طلایی را انباشته کرده و نه از غنایم آن بهره‌افری را ذخیره نمودم و نه با وجود لباس کهنه‌ام، کهنه لباس دیگری را مهیا کردم و نه از زمین آن وجبی را از برای خود کنار نهادم و نه بیش از خوراک مختصری از آن برگرفتم. این دنیا در چشم من خوارتر از دانه تلخی است که بر درخت بلوط بروید.^۲ دقت در موارد مزبور و نظایر فراوان آن، در اخبار وارد شده از ائمه - علیهم السلام - نشان از آن دارند که آن بزرگواران از طریق آشکار کردن زوایای زندگی خصوصی خویش برای دیگران الگوسازی نموده تا مبادا به انحراف دچار شوند.

ب) شفافیت در عرصه امور عمومی تحت کنترل مقامات حکومتی

با ملاحظه نصوص دینی می‌توان دریافت که کارگزاران حکومتی در زمینه اقدامات و تصمیماتی که در ارتباط با حوزه عمومی جامعه اتخاذ می‌نمایند، در صورتی که احتمال ترتب برداشت‌های سوء در مورد آن‌ها وجود داشته باشد، باید اطلاعات لازم را در اختیار مردم قرار داده و به شفاف‌سازی بپردازند. در همین ارتباط حضرت امیرالمؤمنین، امام علی - علیه السلام - در عهدنامه خویش خطاب به مالک اشتر (زمانی که وی را به حکومت مصر منصوب فرمودند) چنین دستور دادند:

چنانچه مردم گمان برند که تو مرتکب ظلم گشته‌ای، عذر و دلیل خویش را برای آن‌ها آشکار نما، و از این طریق گمان ایشان را در مورد خود برگردان؛ که بدین‌گونه نفس خویش را ریاضت داده و با مردم مدارا نموده و با این بیان عذر و دلیل، به خواسته‌ات در نگه داشتن مردم در مسیر حق خواهی رسید.^۳

^۱. طوسی، محمدبن حسن أبو جعفر، الأمالی، دارالتقافه، چاپ اول، ۱۴۱۴ق، ص ۵۳۱

^۲. صالح، صبحی، نهج البلاغه، تصحیح فیض الاسلام، دارالهجره، چاپ اول، ۱۴۱۴ق، ص ۴۱۷

^۳. صالح، صبحی، همان، ص ۴۴۲



همان‌طور که در این فرمان حکومتی استنباط می‌شود، مجرد مشروعیت ذاتی اقدام کارگزار حکومتی مجوز این نیست که اگر کار او در صورت آن‌که به شبهه نزد شهروندان منجر شود، از شفاف‌سازی و ارائه اطلاعات به آن‌ها جهت اصلاح نگرش‌شان امتناع نماید؛ و همان‌طور که در این دستور تأکید گردیده است، و این امر می‌تواند مردم را از انحراف از مسیر حق و صحیح باز بدارد، و این جز همان کارکرد شفافیت در پیشگیری از بزهکاری شهروندان نیست. از همین رو، برخی از صاحب‌نظران با استفاده از روایت مذکور حکومت را مکلف دانسته‌اند در مواردی که اقدام صورت گرفته، زمینه سوءبرداشت مردم را فراهم می‌نماید؛ حقیقت را برای ایشان آشکار نموده و ضمن متقاعد نمودن آن‌ها، جهل‌شان را مرتفع سازد.^۱

نمونه‌های متعددی در تاریخ صدر اسلام مشاهده می‌شود که نشان می‌دهد زندگی پیامبر گرامی اسلام از شفافیت در حکومت و اطلاع‌رسانی به مردم سرشار بوده؛ البته تا جایی که مصالح امت اسلامی ایجاب می‌کرده است. در ادامه به ذکر دو نمونه بسنده می‌شود. نقل شده که وقتی پیغمبر گرامی اسلام تصمیم گرفتند مکه را به قصد سرزمین تیره‌های هوازن و ثقیف ترک گویند، حکومت و اداره امور شهر را به عتّاب بن اُسید سپردند که جوانی بردبار و خردمند بود و بیش از بیست بهار از عمر وی نگذشته بود.^۲ در این‌جا پیش‌بینی می‌شد که با وجود برخی افراد مسن، انتصاب جوان مزبور از سوی پیامبر گرامی اسلام به عنوان حاکم جامعه اسلامی با شبهات و انتقاداتی مواجه شود، لذا حسب نقل، آن حضرت خطاب به مردم به اطلاع‌رسانی درخصوص مبنای تصمیم‌گیری خویش می‌پردازند. در مرقومه‌ای که آن حضرت در این جهت می‌نویسند، پس از بیان تفویض حکم فرمانداری عتاب، فضایل وی را بر شمرده تا مردم بدانند که انتخاب وی در چارچوب ضابطه و بر شایستگی او مبتنی بوده است و لذا مردم را از مخالفت با او بر حذر

^۱. هاشمی خویی، میرزا حبیب‌الله، حسن حسن‌زاده آملی و محمد باقر کمره‌ای، تکمله منهاج البراعه فی شرح نهج البلاغه، ج ۲۰، تصحیح ابراهیم میانجی، مکتبه الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۰ق، ص ۲۹۴
^۲. سبحانی، جعفر، فروغ ابدیت، ج ۲، نشر دانش اسلامی، ۱۳۶۳، صص ۳۵۲ و ۳۷۱



داشته و تصریح می‌نمایند مبدا کسی به دلیل سن کم وی به مخالفت با او برخیزد؛ زیرا بزرگ‌تر بودن از نظر سنی به معنای شایسته‌تر بودن نیست؛ بلکه فردی که شایستگی بیش‌تری دارد بزرگ‌تر خواهد بود.^۱ در روایت دیگری آمده است کالایی به دست نبی گرامی اسلام رسید و آن حضرت، آن را میان اهل صُفّه تقسیم نمودند ولی چون میزان آن برای همه ایشان کافی نبود، تنها به برخی از ایشان رسید. حضرت از بیم آن‌که مبدا شبهه‌ای در دل سایرین رخنه نماید، نزد آنان رفته و فرمودند: «مَعذِرَةٌ إِلَى اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ وَ إِلَيْكُمْ أَهْلُ الصَّفَةِ - إِنَّا أَوْتَيْنَا بَشِيْرًا فَأَرَدْنَا أَنْ نَقْسِمَهُ بَيْنَكُمْ فَلَمْ يَسْعَكُمْ فَخَصَّصْتُ بِهِ أَنْسَاءً مِنْكُمْ خَشِينَا جَزَعَهُمْ وَ هَلَعَهُمْ^۲» که حسب آن، حضرت ضمن عذرخواهی از ایشان، صراحتاً بیان فرموده‌اند که قصد تقسیم آن را میان همه ایشان داشته‌اند؛ ولی مقدار آن برای همه کافی نبوده لذا آن را به کسانی داده‌اند که ترس از بی‌تابی و ناشکیبایی آن‌ها وجود داشته است. در پیش گرفتن روش نبوی توسط اوصیای معصوم آن حضرت نیز در اخبار وارد شده کاملاً مشهود است. از حضرت امیرالمؤمنین امام علی - علیه السلام - نقل شده است:

«آگاه باشید که شما این حق را بر عهده من دارید که هیچ رازی را مگر در خصوص جنگ از شما پنهان ننمایم و هیچ امری را بدون مشورت با شما جز در احکام شرعی انجام ندهم.^۳»

آن حضرت، نه تنها خود همواره به اطلاع‌رسانی به مردم در امور مختلف می‌پرداختند بلکه همان‌طور که خطبه‌های متعدد نهج‌البلاغه مؤید این مطلب است، به کارگزاران حکومتی نیز دستور می‌دادند که بر ارائه اطلاعات به مردم توجه نمایند. نمونه آن در عهدنامه ایشان خطاب به مالک اشتر منعکس شده است. در مورد حضرت امام حسن مجتبی - علیه السلام - در روایت آمده است که پس از صلح ایشان با معاویه، برخی مؤمنان

^۱. مجلسی، محمد باقر، منبع پیشین، ص ۱۲۳

^۲. عاملی، محمد بن حسن (شیخ حر)، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ج ۹، مؤسسه آل‌البیت علیهم

السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ق، ص ۲۶۶

^۳. صالح صبحی، نهج البلاغه، تصحیح: فیض الاسلام، دارالهجره، چاپ اول، ۱۴۱۴ق، ص ۴۲۴



که از دلیل تصمیم‌گیری حضرت آگاهی نداشتند، از ایشان سؤال می‌کنند که چگونه علی‌رغم حقانیت خویش و گمراهی و طغیان‌گری معاویه، به صلح با او حاضر شده‌اند؟ حضرت ضمن اشاره به آن‌که دلیل مصالحه ایشان با معاویه همانند دلیل مصالحه رسول خدا با بنی‌ضمیره و بنی‌اشجع و اهل مکه هنگام عدول از حدیبیه بوده است، تصریح می‌فرمایند: «لو لا ما أتیت لما ترک من شیعتنا علی وجه الأرض أحدٌ إلا قُتل»^۱ که مفهوم این مصلحت بوده که در صورت عدم مصالحه با معاویه، شیعیان به شهادت می‌رسیدند و لذا حضرت برای جلوگیری از چنین پیشامدی به صلح رضایت داده‌اند.

^۱. ابن بابویه قمی، أبو جعفر محمد بن علی (شیخ صدوق)، علل الشرائع، ج ۱، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۳۸۵،



برآمد

"شفافیت"، به معنای وضعیتی که طی آن، عملکرد کارگزاران حکومتی قابلیت اطلاع‌پذیری و اعمال نظارت از سوی شهروندان را دارا می‌باشد، از تدابیری به شمار می‌رود که از منظر سیاست جنایی دارای کارکرد پیشگیرانه است. از همین رو، در قوانین داخلی مانند قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد و اسناد بین‌المللی، چون کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با فساد، بر برقراری آن در نهادهای متکفل امور عمومی جامعه تأکید شده است.

در ذهن صاحب‌نظران، غالباً کارکرد شفافیت در ارتباط با پیشگیری از فساد اداری از سوی کارگزاران حکومتی، از طریق افزایش ریسک شناسایی و کشف بزه، مورد توجه قرار گرفته است. لیکن این نهاد از بعد دیگری نیز واجد آثار مهمی است؛ بدین معنا که حتی در حکومت‌هایی که چندان به فساد مبتلا نیستند و مجریان، افرادی قانونمند و هم‌نوا با هنجارهای اجتماعی هستند، شفافیت با ایضاح حقایق برای شهروندان، از القای شبهه آلودگی ایشان به فساد جلوگیری نموده تا مبادا این امر به مستمسکی جهت توجیه کژروی‌های افراد جامعه تبدیل شود.

مطالعه در معارف اسلامی، تأکید ویژه بر شفافیت و نهاد آزادی اطلاعات را مدلل می‌سازد؛ به گونه‌ای که حتی در برخی از نصوص، مستقیماً به این کارکرد پیشگیرانه تصریح شده است.



منابع

الف) منابع فارسی

قرآن کریم

- ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، أبوجعفر محمد بن علی، **علل الشرائع**، جلد ۱، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ابن ابی الحدید معتزلی، أبو حامد عبد الحمید بن هبة الله، **شرح نهج البلاغه**، جلد ۱۲ و ۱۸، تصحیح محمد أبوالفضل إبراهیم، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی ره، چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- ابن بادى السیعی، فارس بن علوش، "دور الشفافیه و المساءله فی الحد من الفساد الإداری فی القطاعات الحکومیه"، (أطروحه دکتوراه الفلسفه فی العلوم الأمنیه، جامعه نايف العربيه للعلوم الأمنیه فی ریاض، ۱۴۳۱ق.
- اربلی، أبو الحسن علی بن عیسی، **کشف الغمه فی معرفه الاثمه علیهم السلام**، جلد ۲، تصحیح هاشم رسولی محلاتی، تبریز: نشر بنی هاشمی، چاپ اول، ۱۳۸۱ق.
- حسینی شیرازی، سید محمد، **من فقه الزهراء علیها السلام**، جلد ۱، قم: رشید، چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **منیه المريد فی أدب المفید و المستفید**، تصحیح رضا مختاری، قم: مکتب الإعلام الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- سبجانی، جعفر؛ **فروغ ابدیت**، جلد ۲، قم: نشر دانش اسلامی، بی جا، ۱۳۶۳.
- صالح، صبحی، **نهج البلاغه**، تصحیح فیض الاسلام، قم: دارالهجره، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- دلماس مارتی، می ری؛ **نظام های بزرگ سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، جلد ۱، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- طوسی (شیخ)، أبو جعفر محمد بن حسن، **الأمالی**، قم: دار الثقافه، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- طوسی (شیخ)، أبو جعفر محمد بن حسن، **مصباح المتهجد و سلاح المتعبد**، جلد ۲،



- بیروت: مؤسسه فقه الشیعه، چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- عاملی (شیخ حر)، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۹، قم: مؤسسه آل البيت، علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- قمی، ابوالحسن علی بن ابراهیم، تفسیر القمی، جلد ۱، تصحیح: طیب موسوی جزائری، قم: دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۰۴ق.
- متزا، دیوید؛ سایکز، گرشام؛ «فنون خشی سازی کنترل‌های اجتماعی درونی و بیرونی»، ترجمه حیدر فرهمندفر، مجله تعالی حقوق، ۱۴ و ۱۳، ۱۳۹۰.
- مجلسی (علامه)، محمد باقر، بحارالانوار الجامعه لدرر أخبار الاثمه الأطهار، علیهم السلام، جلد ۶۹، ۲۱ و ۷۵، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.
- منتظری مقدم، حامد، «یعقوبی و نظریه هم شکلی مردم با حاکمان ۱»، تاریخ در آینه پژوهش، شماره ۱، ۱۳۸۳.
- موسوی، سید عباس؛ شکنجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل و شورای اروپا، دیپاچه به قلم علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: انتشارات خط سوم، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- هاشمی خویی، میرزا حبیب الله؛ حسن زاده آملی، حسن و کمره‌ای، محمد باقر، تکمله منهاج البراعه فی شرح نهج البلاغه، جلد ۲۰، تصحیح ابراهیم میانجی، تهران: مکتبه الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۰ق.
- نرم افزار جامع فقه اهل بیت علیهم السلام (کتابخانه تخصصی فقه)، نسخه ۲، قم: مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی قم.
- نرم افزار جامع الاحادیث فرهنگ جامع روایات پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) و اهل بیت علیهم السلام، نسخه ۳/۵، قم: مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی قم.

ب) منابع انگلیسی

- Anheier, Helmut K; Toepler, Stefan; *International Encyclopedia of Civil Society*, Vol. ۱, New York - Heidelberg: Springer, ۲۰۰۹



-Birkinshaw, Patrick; *Freedom of Information (The Law, the Practice and the Ideal)*, Cambridge: Cambridge University Press, Fourth Edition, ۲۰۱۰.

-Bovens, Mark; *Information Rights: Citizenship In The Information Society*, ۲۰۰۲. Retrieved may ۸, ۲۰۱۲, from http://igitur-archive.library.uu.nl/law/۲۰۱۲-۰۳۲۱-۲۰۰۶۰۵/Information/۲۰rights_Bovens.pdf.

-Brodbeck, Karl-Heinz; *TRANSPARENZ ALS ETHISCHERWERT*; Paper for the Second Finance & Ethics Congress (Diex, Austria, ۲۰۰۴), ۲۰۰۴. Retrieved July, July ۱۳, ۲۰۱۲, from <http://۱۹۳.۱۷۴.۸۱.۹/professoren/bwl/brodbeck/ppv/bro-trans.pdf>.

-Dyson, Esther; “*Mirror, Mirror on the Wall*”, Harvard Business Review, September and October ۱۹۹۷

-Greene, Edie and Heilbrun, Kirk; *Wrightsmen’s Psychology and the Legal System*, USA: Wadsworth, Seventh Edition ۲۰۱۱

-Iyer, Venkat; *Freedom of Information: Principles for Legislation*, Proceedings of the seminars on E-Governance & Democracy in the Millennium: Challenges & Opportunities (Chennai, India, ۲۰۰۰), ۲۰۰۰. Retrieved may ۲۲, ۲۰۱۲, from <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan۰۰۲۱۷۷.pdf>

-Krohn, Marvin D; Lizotte, Alan J and Hall, Gina Penly; *Handbook on Crime and Deviance*, New York: Springer ۲۰۰۹.

-Lindstedt, Catharina; Naurin, Daniel; *Transparency Against Corruption*, ۲۰۰۶. Retrieved may ۵, ۲۰۱۲, from http://www.qog.pol.gu.se/digitalAssets/۱۳۵۸/۱۳۵۸۰۴۶_transparency-against-corruption-_accepted-version_.pdf



کارکردهای میکرواقتصادی سیاست جنایی/۱۳۱

-Martin, Brian; *Information Liberation: Challenging the Corruptions of Information Power*, London: Freedom Press, First Edition ۱۹۹۸

-Mendel, Toby; *Freedom of Information (A Comparative Legal Survey)*, Paris: UNESCO, Second Edition ۲۰۰۸

-Mendel, Toby; *The Public's Right to Know (Principles on Freedom of Information Legislation)*, London: Article ۱۹, ۱۹۹۹.

-Oliver, Richard.W; *What Is Transparency*, United States: McGraw-Hill Companies, ۲۰۰۴

-Schauer, Frederick; "Transparency In Three Dimensions", University Of Illinois Law Review, Vol. ۲۰۱۱

-Schram, Frankie; *Transparency and Freedom of Information: a Complex Relation*, Paper for the Transatlantic Conference on Transparency Research (Utrecht, Netherlands, ۲۰۱۲), ۲۰۱۲. Retrieved June ۱۳, ۲۰۱۲, from <http://www.transparencyconference.nl/wp-content/uploads/۲۰۱۲/۰۵/Schram.pdf>

-Šimečka, Martin M; *La transparence contre la corruption*, ۲۰۱۱. Retrieved July ۵, ۲۰۱۲, from

<http://www.presseurop.eu/fr/content/article/۴۴۹۷۴۱-la-transparence-contre-la-corruption>

-Transparency International; *Corruption Perceptions Index ۲۰۱۰*, Berlin: Transparency International, ۲۰۱۰

-Transparency International; *Corruption Perceptions Index ۲۰۱۱*, Berlin: Transparency International, ۲۰۱۱

-Verhoeven, Amaryllis; *The Right To Information: A Fundamental Right?* ۲۰۰۰. Retrieved may ۵, ۲۰۱۲, from <http://aei.pitt.edu/۵۷۳/۱/Amaryllis.pdf>



-Vold, George B; Bernard, Thomas J and Snipes, Jeffrey B; *Theoretical Criminology*, New York – Oxford: Oxford University Press, Fourth Edition, ۱۹۹۸

دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران

محسن شریفی *

دکتر محمد جعفر حبیب زاده **

دکتر محمد عیسائی نفرشی ***

دکتر محمد فرجیها ****

چکیده

دلایلی از قبیل عدم امکان تحمیل برخی از مجازات‌ها، نقض اصل شخصی بودن مجازات‌ها، عدم نیل به اهداف مجازات‌ها، اصل اختصاصیت، موانع راجع به آیین دادرسی و از همه مهم‌تر، عدم امکان اسناد تقصیر، در نفی، و براهینی چون واقعیت قضایی و جرم‌شناسی، دشواری کشف مقصر حقیقی، مذاقه هر چه بیش‌تر اعضا و سهام‌داران در انتخاب مدیران، کاستن از مجازات‌های سالب آزادی و یا صدمه بدنی بر مدیران و کارکنان و دست آخر، جبران زیان‌های وارد شده بر بزه‌دیدگان به نحوی مطلوب؛ در اثبات مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی ابراز شده‌اند. تأثیر دیدگاه مخالفان بر نظام‌های حقوقی چندان بود که تا قرن بیستم، پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص موصوف را به عنوان یک اصل، در بوته تردید قرار داده بود. اما از نیمه قرن مزبور و در پی گسترش دامنه فعالیت اشخاص حقوقی، به ویژه شرکت‌ها، و ظهور جرایم علیه محیط‌زیست، جرایم سازمان‌یافته، خاصه فراملی، جرایم در حوزه حمل و نقل و به‌طور

* دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس

mohsen.sharifi181@yahoo.com

** استاد گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس. (نویسنده مسئول)

Habibzam@modares.ac.ir

*** استاد گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس

tafreshi@modares.ac.ir

**** استادیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس

m_farajiha@yahoo.com



کلی صنعت، کشورهای پیشگامی چون کانادا، انگلستان، آمریکا، هلند و نیز شورای اروپا را بر آن داشت تا ورای مضیق‌های حاکم بر حقوق جزا، با اتکا به نظریاتی چون مسئولیت نیابتی، شخصیت ثانویه، مسئولیت کارفرما و مافوق و تقصیر جمعی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به عنوان ضرورتی اجتناب‌ناپذیر پذیرفته و قاعده‌مند سازند. النهایه، جنبش پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، نظام کیفری ایران را نیز به خود ملحق ساخت. چندان‌که در گام نخست به طور خاص - در حوزه جرایم رایانه‌ای، مصوب ۱۳۸۸/۳/۵ - و در گام دوم، با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲/۲/۱، به طور عام و نسبت به کلیه جرایم تعزیری، این مسئولیت مورد اقبال واقع شد. مذاقه در دگرگونی‌های حقوق ایران در این زمینه، خاصه لایحه موصوف، مورد اهتمام این نوشتار است.

واژگان کلیدی: مسئولیت کیفری، مسئولیت حقوقی، شخصیت حقوقی، جرم، مجازات.



در ادبیات جنایی امروز پذیرفته شده است که علاوه بر علم و معرفت نسبت به موضوع و حکم، تعلق اراده به تحقق عینی و خارجی اندیشه مخالف قانون (رفتار و تحقق نتیجه مجرمانه) نیز شرط تکوین قصد جنایی است. اساساً اهلیت جنایی^۱ که به مجموع عوامل روانی لازم برای امکان انتساب رفتار مجرمانه به فاعل اطلاق می شود، جز بر پایه دو رکن آگاهی^۲ و اراده^۳ استوار نمی شود. اهلیت جنایی، خود نیز، پیش شرط مسئولیت کیفری، یعنی التزام شخص به تحمل نتایج رفتار مجرمانه است. از این رو، بدون احراز اهلیت جنایی، تحقق مسئولیت کیفری میسر نخواهد بود. حال، سؤال این است که آیا وقوع جرم فقط از سوی انسان ممکن است؟ آیا شعور و اراده، ملکه ای است منحصر در نهاد اشخاصی حقیقی، یا این که می توان اشخاص حقوقی را نیز به این صفت متصف نمود تا بر این اساس، زمینه درک مسئولیت کیفری آنان را فراهم ساخت؟ بی گمان، مسئولیت یا عدم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از غامض ترین مباحث حقوقی است؛ زیرا در بادی امر مسئولیت کیفری به اشخاص حقیقی واجد جسم و خون و روح معطوف می باشد. این که آیا فقدان اوصاف مزبور نزد اشخاص حقوقی با نفی مسئولیت کیفری آن ها ملازمه ای دارد، پرسشی است که پاسخ یکسانی به آن داده نشده است.^۴

^۱.Criminal Capacity

^۲. از منظر علمای منطق، علم عبارت از کیفیات نفسانی و وجدانی است که هر شخصی قادر است آن را در خود بیابد. پس همچنان که واقف است که لذت، الم و گرسنگی یا تشنگی چیست، می داند که علم و آگاهی به چه معناست. از همین روست که گفته اند: علم به معنای صورتی است که از شیئی در نزد عقل و قوهی مدرکه حاصل می شود

(خوانساری، محمد، دوره منطق صوری، چاپ نوزدهم، جلد اول و دوم، انتشارات آگاه، ۱۳۸۷، صص ۵-۳)

^۳. اراده به مفهوم نیرویی است که باعث انجام رفتار و بیان گفتار از سوی انسان می شود. بدیهی است که شرط تحقق مسئولیت کیفری سلامت اراده است که در مجموع از قوای عقلی سالم و در چارچوب آگاهی نشأت گرفته باشد (موسوی مجاب، سید درید، نقش اراده در مسئولیت کیفری با رویکردی به نظام حقوقی ایران، چاپ اول، انتشارات

بهنامی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۶)

^۴. روح الامینی، محمود، دگرگونی های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی فرانسه، مجله فقه و حقوق،

سال چهارم، شماره ۱۶، بهار ۱۳۸۷، ص ۱۳۰



اصل اختصاصیت^۱، نقض اصل شخصی بودن مجازات‌ها، عدم تحقق اهداف مجازات‌ها، عدم امکان بسیاری از مجازات‌ها، عدم قدرت به ارتکاب برخی جرایم (از قبیل زنا، تعدد زوجات و شهادت کذب) و مشکلات راجع به آیین دادرسی، از جمله دلایل سنتی ارائه شده در مقام مخالفت با مسئولیت کیفری این اشخاص به‌شمار می‌روند. با این همه، مهم‌ترین دلیل مخالفان در رد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، ناممکن بودن اسناد تقصیر به آن‌ها است.^۲ از منظر آن‌ها، توانایی پذیرش بار تقصیر (قابلیت انتساب) که بر پایه برخورداری فاعل از قدرت ادراک و اراده مستقل استوار است،^۳ در موجودات انسانی منحصر بوده و اشخاص حقوقی از آن بی‌بهره‌اند. در مقابل، موافقان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با این دیدگاه که ذهن و روان و قوه عاقله سازمان‌ها و اشخاص حقوقی با ذهن و عاقله اشخاص حقیقی بسیار متفاوت است، به تفاوت معیارهای انتساب جرم به اشخاص اشاره کرده و بر این باورند که حقوق کیفری نمی‌تواند با همان معیار احراز مسئولیت اشخاص حقیقی، مسئولیت اشخاص حقوقی را توجیه کند.^۴ اشخاص حقوقی، به عنوان قدرت‌های مدرن امروزی، بسیاری از وسایل و منابعی که برای جامعه ایجاد خطر می‌کند را در اختیار دارند و از این حیث، صدمات گسترده‌ای به منافع جامعه وارد می‌سازند. پس، ایجاب می‌کند که مسئولیت آنان بر معیاری متمایز و در عین حال موسع‌تر از معیار اشخاص حقیقی، بنیان گذاشته شود. روح جمعی حاکم بر این اشخاص و خط‌مشی برخاسته از مدل روند سازمانی فعالیت و مدل سیاست‌های بوروکراتیک، اقتضا می‌کند که بر اهداف، نیت، علم و آگاهی اشخاص حقوقی متمرکز شد و آن‌ها را به اعضای

۱. به موجب این اصل، اعتبار اشخاص حقوقی و موجودیت آنان تا بدان جاست که در محدوده تجویز شده از سوی مقنن عمل کنند. از آنجا که ارتکاب جرم ورای این محدوده است، موجودیت این اشخاص در این حالت بی‌مفهوم شده و در نتیجه فاقد شخصیت می‌گردند (رضا فرج الهی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۵۴).

۲. استفانی، گاستون و لواسور، ژرژ و بولوک، برنار؛ حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، جلد اول و دوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۳، ص ۴۰۳.

۳. حبیب‌زاده، محمدجعفر، اندیشه‌های حقوقی، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۹۱، ص ۲۸۴.

۴. Wells, Celia, Corporations and Criminal Liability, ۱۹۹۳, p.۸۹.



انسانی خود تنزل نداد. در خصوص قابلیت ارتکاب جرایم نیز هیچ کس مدعی نیست که اشخاص حقوقی به ارتکاب همه جرایم قادر هستند. بدیهی است، آن دسته از جرایمی که با سرشت اشخاص طبیعی متناسب هستند، از سوی اشخاص حقوقی قابل ارتکاب نباشند. اما در خصوص انبوه جرایمی که از سوی این اشخاص قابل رخ دادن است، مسئولیت کیفری آنان قابل فهم خواهد بود. در باب مجازات ها نیز می توان به گونه هایی متوسل شد که با ساختار اشخاص حقوقی منطبق باشند، مثل انحلال یا تعطیلی موقت؛ یا از نوعی استفاده کرد که هم برای اشخاص حقیقی و هم برای اشخاص حقوقی قابل اعمال باشد، مثل جزای نقدی و ضمانت اجرای ترمیم^۱. النهایه، واقعیات جرم شناسی و تأمین مصالح جامعه، نظام های حقوقی ملی و فراملی را نسبت به پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بیش از پیش ترغیب نموده است؛ چندان که از نیمه قرن بیستم به این سو کشورهایی چون انگلستان، امریکا، کانادا، آلمان و هلند به تدریج نسبت به پذیرش و سپس توسعه دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی همت گماشته اند. شورای اروپا نیز در اواخر قرن بیستم (۱۹۸۳)، به تأسیس کمیته تخصصی در این حوزه پرداخت و در سال ۱۹۸۸ اصول راهبردی خود را در این زمینه، فراروی کشورهای عضو قرار داد. نظام حقوقی ایران، به رغم پذیرش مفهوم شخصیت حقوقی (قانون تجارت، مصوب سال ۱۳۰۴) و به رغم قبول مسئولیت مدنی آنها به عنوان یک قاعده (قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹)، نسبت به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به عنوان یک اصل، وقعی ننهاد؛ جز آن که به صورت استثنایی و غیرنظام مند به مواردی اشاره کرد.^۲ تدبیر قانون گذار در تاریخ

۱. ضمانت اجرای ترمیم (Reparation- Snaction)، مبتنی بر تعهد محکوم به اقدام برای جبران خسارت بزه دیده در مهلت و بر مبنای شیوه های تعیین شده به وسیله دادگاه های فرانسه است؛ یعنی هنگامی که دادگاه کیفر ضمانت اجرای ترمیم را حکم می دهد، دوره حبس جنحه ای را که حداکثر نمی تواند بیش از ۶ ماه باشد یا مبلغ جریمه ای را که حداکثر ۱۵۰۰۰ یورو است، به عنوان ضمانت اجرای تخلف محکوم از جبران خسارت بزه دیده تعیین می کنند.

(روح الامینی، پیشین، ص ۱۵۱)

۲. به عنوان نمونه، ماده واحده مربوط به ضبط اموال متعلق به احزابی که منحل می شوند (مصوب ۱۳۲۸)، قانون اقدامات تأمینی (مصوب ۱۳۳۹)، قانون مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی (مصوب ۱۳۳۴)، قانون تجارت



۱۳۸۸/۳/۵، با هدف ضابطه‌مند کردن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، اقدامی در خور، اما ناقص، به‌شمار می‌رود؛ چه این‌که، قلمرو این مسئولیت نه عموم جرایم که فقط جرایم رایانه‌ای است. سرانجام قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی، مسئولیت مزبور را به صورت عام مورد پذیرش قرار داده و مواد ۲۰، ۲۱، ۲۲ و ۱۴۳ را به آن تخصیص داده است. حال باید دید این مقررۀ تا چه میزان جامعیت دارد. به‌علاوه، مسئولیت مورد بحث را بر پایه چه اصل یا اصولی استوار ساخته است؟ شرایط ایجاد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی چیست؟ بزه‌های قابل ارتکاب توسط اشخاص مزبور کدام‌اند و آیا مجازات‌های پیش‌بینی شده از تنوع کافی برخوردار هستند؟ آیا بین اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی حقوق عمومی تفکیک صورت پذیرفته است؟

این نوشتار بر آن است که پس از تبیین نظریات راجع به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و مذاقه در شرایط و ضوابط این نوع مسئولیت، به پرسش‌های مذکور پاسخ دهد.

۱. مفهوم شخصیت حقوقی^۱

آن خصیصه و شایستگی که موجبات تمتع از حقوق و عهده‌دار شدن تکالیف را فراهم می‌سازد، شخصیت حقوقی نامیده می‌شود. حال چنانچه این قابلیت، ذاتی شخص باشد، شخصیت حقیقی^۲ - همان اهلیت منظور نظر قانون مدنی - و دارنده آن را شخص حقیقی، و در صورتی که حالت موصوف عارضی باشد، چندان‌که قابلیت سلب و انفکاک از آن موجود را داشته باشد، شخصیت حقوقی، و دارنده آن را شخص حقوقی می‌نامند. تنها مصادق شخص نخست، انسان و از جمله مصادیق شخص دوم، شرکت‌ها، موقوفات، دولت، مؤسسات عمومی می‌باشند.^۳ با این توصیف، شخص حقوقی آن موضوع و آن

(مصوب ۱۳۱۱)، قانون تعزیرات حکومتی (مصوب ۱۳۳۷)، قانون الزام شرکت‌ها و مؤسسات ترابری جاده‌ای به استفاده از صورت وضعیت مسافری و بارنامه (مصوب ۱۳۶۸)

^۱. Jouridical Personality

^۲. Natural Personality

^۳. صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، چاپ اول، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۰، صص ۹۸-۱۰۰



موجود غیر از شخص حقیقی است که از صلاحیت دارا شدن حقوق و تکالیف برخوردار گردیده است. چنین موجودیتی موهوم نیست و ریشه در واقعیت دارد. آن چنان واقعیتی که علاوه بر مسئولیت مدنی^۱، مسئولیت کیفری^۲ آن را نیز اجتناب ناپذیر می سازد.^۳ گفتنی است که در قوانین ایران نخستین بار عنوان شخصیت حقوقی در قانون تجارت، مصوب ۱۳۰۴ مطرح و سپس از سوی قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱ (مواد ۵۹۱-۵۸۳)، احکام و آثار قانونی آن بیان شد. به علاوه، قانون اجازه تأسیس دانشگاه تهران، مصوب ۱۳۱۳ در ماده هفت خود شخصیت حقوقی این نهاد علمی را تصریح کرد. همچنین مواد ۵۷، ۷۴، ۱۰۰۲ و ۱۳۳۵ قانون مدنی، مصوب ۱۳۱۳ در باب شخصیت حقوقی وقف و اقامتگاه شخص حقوقی تعیین تکلیف کرده است. به این ترتیب، مفهوم شخصیت حقوقی و نمادهای آن، از همان گام نخستین تقنین، مورد اهتمام نظام حقوقی ایران واقع شده است. افزودنی است در این نظام، برای پدید آوردن شخصیت حقوقی بر حسب نوع آن، شیوه و معیارهای گوناگون پیش‌بینی شده که از آن میان می‌توان ملاک‌های دولتی و غیردولتی، عمومی و خصوصی، بازرگانی و غیربازرگانی را نام برد؛ که ملاک اخیر با توجه به این حقیقت که شرکت‌های تجاری در حوزه حقوق خصوصی مدنظر بوده و شرکت‌های دولتی همانند دیگر نهادهای دولتی مشمول احکام ویژه خود می‌باشند، مناسب‌ترین ملاک برای این منظور به‌شمار می‌رود.^۴ بر این پایه، می‌توان شخص حقوقی را عبارت از دسته‌ای از افراد انسانی یا مؤسسه‌ای از مؤسسات تجاری یا خیریه و امثال آنها دانست که قانون به آنها اعطای شخصیت کرده است تا همچون انسان - تا آنجا که میسر است - حقوق و تکالیف پیدا کنند.^۵

^۱. Civil Responsibility

^۲. Criminal Responsibility

^۳. Radvic, Stajanka & others, Liability of Legal Person for Criminal Offences, Vol. ۷, No.

۸, ۲۰۱۰, pp. ۹-۱۲

^۴. پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ هفتم، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص ۲

^۵. شایگان، علی، حقوق مدنی ایران، جلد اول، چاپ پنجم، چاپ پنجم، خانه مجلس ۱۳۳۹



۲. پیامد پذیرش شخصیت حقوقی

در گستره حقوق مدنی و تجاری، در این نکته که بهره‌مندی از همان امتیازات و تقبل همان تعهدات و تکالیف اشخاص حقیقی، مگر آن دسته که ویژه ذات انسانی است، از مهم‌ترین اهداف اساسی شناسایی و پذیرش شخصیت حقوقی نهادها، انجمن‌ها، سازمان‌ها و شرکت‌های تجاری است،^۱ اختلافی وجود ندارد و این واقعیتی است که مورد تصریح ماده ۵۸۸ قانون تجارت نیز قرار گرفته است.^۲ نام و عنوان، داشتن حقوق و تعهدات مستقل، دارایی مخصوص به خود،^۳ اقامتگاه مجزا - صرف نظر از اختلاف نظری که بین حقوق‌دانان در خصوص معیار آن وجود دارد -^۴ تابعیت اختصاصی،^۵ از جمله ویژگی‌های مشترک این

^۱. گفتنی است اشخاص حقوقی به دو دسته تقسیم می‌شوند: الف) اشخاص حقوقی عمومی که در قلمرو حقوق عمومی و تشکیلات کشوری و ارتباط سازمانی با افراد جامعه در دو بعد اعمال تصدی و اعمال حاکمیت ایفای نقش می‌کنند. دولت، شوراهای محلی و مؤسسات عمومی حمل و نقل از جمله این اشخاص هستند که به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت، دارای شخصیت حقوقی می‌شوند (ماده ۵۸۷ قانون تجارت). ب) اشخاص حقوقی حقوق خصوصی که به تنظیم روابط خصوصی بین افراد فعالیت می‌کنند، شرکت‌های تجاری - که به محض ایجاد شخصیت حقوقی پیدا می‌کند - (ماده ۵۸۳ قانون تجارت)، مؤسسات غیر تجاری که از تاریخ ثبت در دفتر مخصوص وزارت عدلیه، شخصیت حقوقی پیدا می‌یابند (ماده ۵۸۴ قانون تجارت) و موقوفات، اعم از موقوفه عام (قانون اوقاف ۱۳۵۴) - که بدون نیاز به اجازه دولت یا ثبت در دفاتر ایجاد می‌گردد - و موقوفه خاص (قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه ۱۳۶۳) که پس از تشریفات ثبت ایجاد می‌گردد. (صفار، محمد جواد، شخصیت حقوقی، چاپ اول، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۰، صص ۲۳۰-۲۰۴)

^۲. مطابق این ماده: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذلک».
^۳. باید یادآور شد که استقلال مالی شخص حقوقی از اعضای خود تا هنگامی که شخصیت حقوقی منحل نگردیده و از میان نرفته است همچنان پابرجا بوده و به حکم ماده ۱۲۴ قانون تجارت پرداخت دیون آن باید توسط خود شرکت عمل آید.

۱. منشأ اختلاف، تعارض ظاهری بین مواد ۵۹۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ در خصوص اقامتگاه شخص حقوقی - مرکز عملیات - و ۱۰۰۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ - محل اداره - می‌باشد. (جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید به ستوده تهرانی، ۱۳۹۱: ۱۵۱)

۲. به موجب ماده ۵۹۱ قانون تجارت ۱۳۱۱: «اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی دارند که اقامتگاه آنها در آن مملکت است»



دو پدیده است. حال سؤال اساسی فرا روی کسانی که اعتقاد خود را در نفی مسئولیت کیفری شخص حقوقی بر پایه فقدان فکر و اراده آن استوار ساخته اند^۱ این است که چگونه در زمینه قراردادهای و تعهدات، شخص موصوف، اهلیت انجام معامله و مسئولیت ناشی از آن را دارد اما در حوزه ارتکاب جرم چنین اهلیتی مورد انکار واقع می شود؟ مگر نه این است که از جمله شرایط صحت هر قرارداد، قصد و اراده است؟ چنانچه این اشخاص را برای این امر، ذی شعور و صاحب اراده بدانیم، نه تنها مسئولیت مدنی که مسئولیت کیفری آنها نیز پذیرفتنی است. چه، هر دو مسئولیت مورد بحث، بر پایه قصد و اراده استوار هستند و در صورتی که قائل به فقدان درک و اراده از ناحیه آنان باشیم، نفی هر دو مسئولیت مورد بحث اجتناب ناپذیر است. همان طور که یک شخص حقوقی قادر به انعقاد قرارداد است با این هدف که کوهها را از بین ببرد، درهها را پر کند، خطوط راه آهن نصب کند، ماشینهای راه آهن را بر این خطوط به حرکت درآورد؛ قادر است شریانه عمل کند تا تعداد بی شماری را در یک فضای ناامن حمل و نقل به کام مرگ فرو برد. کما این که دادگاه عالی ایالات متحده در پرونده کمپانی راه آهن مرکزی نیویورک در سال ۱۹۰۹ با همین استدلال، شرکت مزبور را مجرم شناخت.^۲ در ادوار اخیر که به طرز فزاینده ای بر دامنه فعالیت های اشخاص حقوقی در قالب شرکت های ملیتی و چند ملیتی، انجمن ها، جمعیت های علمی، هنری، ادبی و احزاب سیاسی در عرصه های مختلف اجتماعی - اقتصادی افزوده شده است، تقابل موافقان و مخالفان در باب اهلیت یا عدم اهلیت جنایی اشخاص حقوقی به نفع موافقان گرایش یافته است. به طوری که پذیرفته شده است که آثار مترتب بر شناسایی شخصیت حقوقی به شناسایی مسئولیت کیفری آن توسعه یابد تا به وجه نیکوتری از نظم اجتماعی صیانت و از حقوق بزه دیدگان دفاع شود. بر همین پایه، قانون گذار فرانسه در سال ۱۹۹۲، با در هم شکستن سکوت قانون سال ۱۸۱۰ در باب مسئولیت و اهلیت جنایی اشخاص

^۱. Gardner, Thomas J. Anderson, Terry M. : Criminal Law , New York: Wadsworth, ۲۰۰۰, p. ۱۰۲

^۲. حسنی، محمد حسن، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴،



حقوقی، آنان را همچون اشخاص طبیعی از حیث اخلاقی قابل سرزنش دانسته و با واکنش‌هایی از قبیل جریمه^۱، انحلال^۲، تعلیق اجرای مجازات^۳، ضمانت اجرا - ترمیم^۴ مواجه ساخته است. وفق این قانون - که در سال ۱۹۹۴ لازم‌الاجرا شد - اشخاص حقوقی واجد قصد و اراده ارتکاب برخی از جرایم مثل نسل‌کشی، قتل غیرعمد، سرقت، کلاهبرداری باشند. افزودنی است، قانون‌گذار این کشور در سال ۲۰۰۴ در یک تحول رو به تکامل، اشخاص حقوقی را قادر به ارتکاب همه بزه‌هایی دانست که توسط اشخاص حقیقی قابل انجام هستند.^۵ قانون مجازات لبنان نیز با همین تفکر در ماده ۲۱۰ خود، اشخاص حقوقی را در قبال اعمال مدیران، اعضای اداری، کارکنان و کارگران خود که به نام اشخاص یادشده یا از طریق یکی از وسایل آنها اقدام شود، مسئول دانسته است.^۶ به این ترتیب، حقیقت غیر قابل انکار خطرات ناشی از جرائم اشخاص حقوقی، به‌ویژه جرایم شرکتی، کشورهای جهان را یکی پس از دیگری اقناع نموده تا فراتر از مضیق‌های حاکم بر حقوق کیفری، به تبیین مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بپردازند و آن را با دیدگاهی واقع‌گرایانه مورد پذیرش قرار دهند.^۷

۳. شخصیت حقوقی و قابلیت انتساب^۸ جرم

آن چنان که معلوم گشت، مسئولیت کیفری، اثر اسناد مادی - انتساب بعد مادی جرم به فاعل معین یا همانا رابطه‌ی سببیت^۹ میان فاعل و جرم - و اثر اسناد معنوی - انتساب جرم به اراده آزاد و آگاه می‌باشد. اسناد مادی یا رابطه سببیت، امری موضوعی است و ارتباطی با

^۱. Fine

^۲. Dissolution

^۳. Probation

^۴. Reparation- Sanction

^۵. روح الامینی، پیشین، صص ۱۵۰-۱۴۶

^۶. رزق، فؤاد، الاحکام الجزائیه العامه، طبعه جدیده منقحه، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸ م، ص ۱۵۴

^۷. Hetzer, Wolfgang, Corruption as Business Practice? Corporate Criminal Liability in the European Union, ۲۰۰۷, Available at: www.brill.nl/eccl, p ۴۰۴

^۸. Imputability

^۹. Causation



وضعیت روانی فاعل ندارد؛ یعنی، صرف نظر از تعلق اراده فاعل به نتیجه مجرمانه، مهم آن است که نتیجه مجرمانه محصول فعل مجرمانه او باشد. اما اسناد مادی فی نفسه موجد مسئولیت کیفری نیست، مگر این که رفتار مجرمانه از فاعلی مقصر و قابل سرزنش - واجد علم و اراده - ناشی شده باشد و در این صورت است که مرتکب، قابلیت تحمل تبعات کیفری رفتار مجرمانه را پیدا می کند.^۱ چندان که گفته شد، ناممکن بودن اسناد تقصیر به اشخاص حقوقی مهمترین دلیل مخالفان مسئولیت کیفری آنان است. به گمان آنها، این اشخاص نه اندامی دارند تا قادر به انجام رفتار مجرمانه شوند - اهلیت مادی - و نه علم و اراده ای دارند تا مقصر تلقی شوند - اهلیت معنوی -.^۲ در مقابل، مدافعان معتقدند، همان اراده ای که اشخاص حقوقی را برای انجام تجارت و انعقاد قرارداد توانا و نسبت به تخلفات صورت گرفته و زیان وارده متعهد می سازد، آنها را قادر به ارتکاب جرم و قابل برای مسئولیت کیفری می نماید. پس اشخاص حقوقی مانند اشخاص حقیقی دارای اراده اند، با این تفاوت که اراده آنها از نوع اراده جمعی است.^۳ پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از سوی بسیاری از کشورها در دهه های اخیر حاکی از تفوق دیدگاه اخیر است. نکات مزبور، مجال طرح این سؤال مهم را فراهم می سازد که آن خصلتی که از آن به عنوان قابلیت انتساب جرم به مجرم یاد می شود، در خصوص اشخاص حقوقی چگونه به منصه ظهور می رسد؟ به عبارت دیگر دادگاه ها به چه نحو و براساس چه معیاری جرم را به این اشخاص منتسب می کنند؟ برای پاسخ به این سؤال، رجوع به نظریه های راجع به رابطه انتساب، اجتناب ناپذیر است.

^۱. میرسعیدی، سیدمنصور، مسئولیت کیفری، جلد اول، چاپ سوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰، صص ۹۲-۸۸

^۲. استفانی، گاستون و لواسور، ژرژ و بولوک، برنار، حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، جلد اول و دوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۳، ص ۴۰۳

^۳. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۲، ص ۵۹۹



۳-۱. نظریه مسئولیت نیابتی^۱

وفق این نظریه، انتساب عناصر مادی و روانی جرم به شخص حقوقی، عاریه‌ای است؛ یعنی، شخص حقوقی عناصر دوگانه مذکور را از اعضا و کارکنان خود قرض می‌گیرد. به این ترتیب که اگر خدمه در اثنای انجام وظیفه یا به سبب آن جرمی را انجام دهند، شخص حقوقی را از حیث کیفری مسئول خواهند ساخت. ایرادی که به این نظریه گرفته‌اند، گسترش نامعقول مسئولیت کیفری شخص حقوقی است؛ چه، اگر هر یک از اعضای آن، جرمی را که در راستای انجام وظیفه - هر چند خودسرانه و بدون مجوز - مرتکب شود، شخص حقوقی را مسئول می‌سازد.^۲

ناگفته نماند که تئوری مسئولیت نیابتی در ابتدای پیدایش، به شکل امروزی گسترده نبود و صرفاً در مقام توجیه جرایم با مسئولیت مطلق^۳ - که نیازی به وجود عنصر روانی ندارند - آن هم جرایم بر پایه ترک فعل، برآمده بود؛ زیرا در آن زمان اعتقاد بر این بود که شخص حقوقی نه قوه عاقله‌ای دارد که اندیشه کند و نه اعضا و جوارحی دارد تا کنش‌گری کند. اما به تدریج و با تزايد تعداد اشخاص حقوقی و تاثیر محسوس آنان در ابعاد مختلف صنعتی، سیاسی و اجتماعی، تفکیک بین فعل و ترک فعل از بین رفت تا به طور منطقی

^۱. Vicarious Liability

^۲. حسین‌جانی، بهمن، و مسعود مظاهری تهرانی، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، چاپ اول، انتشارات مجد،

۱۳۸۹، صص ۱۱۱-۱۱۰

^۳. Strict Liability



مسئولیت کیفری آنان وسعت یابد.^۱ گفتنی است، انگلستان از جمله کشورهایی است که قبل از پذیرش مسئولیت مستقیم، مسئولیت نیابتی را مورد نظر قرار داده بود.^۲

۲-۳. نظریه شخصیت ثانویه^۳ (مسئولیت مستقیم)

به نحوی که تعلیل شد، وفق مسئولیت نیابتی، یک شخص حقوقی به اعتبار رفتار کارمندان خود و در قبال جرایم بی نیاز از عنصر معنوی مسئول شناخته می شود. اما در شق دیگری از مسئولیت، که برپایه نظریه شخصیت ثانویه یا نظریه مغزها تبلور یافته است، برخی از مدیران که عالی رتبه اند، برابر با شخص حقوقی و تجسم آن شخص محسوب می شوند. در نتیجه، اعمال و حالات روحی آنان، اعمال و حالات روحی شخص حقوقی تلقی می شود. توضیح این که، هر شخص حقوقی دارای یک مرکز عصبی و فرمان است که از طریق اشخاصی که به آن تعلق دارند - مدیران و کارمندان عالی اداری، مدیریتی - ادره می شود. در نتیجه اعمال و حالات روحی - روانی اعضای عالی رتبه به شخص حقوقی نسبت داده می شود به طوری که وقتی آنان سخن می گویند یا رفتاری انجام می دهند یا جرمی مرتکب می شوند، گویی خود شخص حقوقی آن سخن را گفته، عمل مزبور را انجام داده و جرم مربوطه را مرتکب شده است.^۴ با این توصیف، مدیران یکی از ارکان شخص حقوقی و جزیی از بدنه آن محسوب می شوند.^۵ از آنجا که نظریه مزبور

۱. در رأی صادره در پرونده راه آهن انگلستان GT North of England Railway Co که به محکومیت شرکت مزبور ختم شد، لرد دن من، بیان کرد: «به همان میزان که محکوم کردن یک شخص یا یک شرکت به خاطر عدم رفع مانع از عرض خیابان - ترک فعل - امکان دارد، محکوم نمودن یک شخص یا یک شرکت به خاطر بنا نمودن یک مانع در عرض خیابان - فعل - نیز ممکن خواهد بود (۱۹۹۱: ۸۲) Ashworth, به نقل از حسنی، محمدحسن، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴، ص ۶۴»

۲. حسنی، محمدحسن، پیشین، صص ۷۰-۶۰

۳. Identification

۴. اشتیاق، وحید، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، رساله دکترا، مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۸۶، صص ۹۸-۹۴
۵. گفتنی است در خصوص تبیین ماهیت حقوقی رابطه مدیران با شرکت تجاری (شخص حقوقی)، چهار نظریه ارایه شده است: ۱. نظریه وکالت: وفق این نظریه، نسبت مدیر به شرکت همان نسبت وکیل به موکل است. البته برخی،



مسئولیت را به طور مستقیم متوجه شخص حقوقی می‌کند، در خصوص توجیه ارتکاب جرایم نیازمند عنصر روانی نسبت به نظریه مسئولیت نیابتی - که به‌زعم بسیاری از حقوق‌دانان ناظر به جرایم با مسئولیت مطلق است^۱، جامع‌تر است؛ اما در خصوص شرکت‌ها و اشخاص حقوقی بزرگ و غیرمتمرکز، قابل انتقاد به نظر می‌رسد. زیرا در ساختار این‌گونه اشخاص حقوقی، مدیران یا هیأت مدیره اغلب برخی از وظایف خود را به بخش‌ها و واحدهای دیگر تفویض می‌نمایند. در نتیجه و در عمل، بسیاری از تصمیمات

مدیران را وکیل شرکاء و برخی آنان را وکیل شرکت می‌دانند. این نظریه خالی از ایراد نیست؛ چه این‌که، در وکالت دو اراده وکیل و موکل وجود دارد، حال این‌که در مورد اشخاص حقوقی اراده‌ای جز تصمیم مدیران وجود ندارد. ۲. نظریه نمایندگی قانونی: برابر این دیدگاه، مدیران نماینده قانونی شخص حقوقی بوده و لزومی ندارد که اصیل دارای اراده سالم و اختیار انجام وکالت باشد. بر این نظریه از این حیث ایراد وارد شده که در نمایندگی قانونی، نماینده نه توسط اصیل که به حکم قانون یا توسط دادگاه تعیین می‌شود؛ در حالی‌که شخص حقوقی و سازمان مدیریت آن، یک شخصیت است. به علاوه، نماینده قانونی توسط اصیل قابل عزل نیست و تا زمان حفظ شرایط قانونی قابل عزل نمی‌باشد؛ در حالی‌که مدیران اشخاص حقوقی قابل عزل هستند. ۳. نظریه مدیران به عنوان کارگزار شرکت (شخص حقوقی): مطابق این نظریه، مدیران جزء کارگران و خدمه شخص حقوقی محسوب می‌شوند و شخص حقوقی کارفرمای آنان می‌باشد. لذا مسئولیت شرکت در قبال اعمال خارج از حدود اختیارات مدیران و براساس نظریه مسئولیت ناشی از فعل دیگر قابل توجیه است. اشکال وارده بر این نظریه آن است که در مسئولیت شرکت در قبال اعمال کارگران، با اثبات این که کارفرما تمام احتیاطات لازم را به کار برده از مسئولیت بری می‌شود؛ در حالی‌که شخص حقوقی، تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند خود را در مقابل اشخاص ثالث از مسئولیت مبرا سازد. ۴. نظریه رکن بودن مدیران: با توجه به این که نظریه‌های وکالت و نمایندگی قانونی مدیران نمی‌تواند توجیه‌کننده مناسبی برای مسئولیت شخص حقوقی در قبال اعمال خارج از حدود اختیارات مدیران باشد و از طرفی، نمی‌توان مدیران را خدمه شخص حقوقی دانست، نظریه رکن دانستن مدیران که آنان را جزئی از بدنه شرکت تلقی می‌کند، مناسب‌تر به نظر می‌رسد. با این وصف، تقصیر مدیران به عنوان سازمان تصمیم‌گیرنده، تقصیر شخص حقوقی محسوب می‌شود. (عیسائی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۶، صص ۱۲۶-۱۱۷)

^۱. Cremona, Marise & Herring, jonathan : Criminal Law, London, Macmillan, ۱۹۹۸, p.۸۸



و اقدامات مهم توسط مدیران میانی و متوسط صورت می‌پذیرد که در صورت مجرمانه بودن، با توجه به تضییق این دکترین، مسئولیتی را متوجه شخص حقوقی نخواهد نمود.^۱

۳-۳. نظریه تقصیر جمعی^۲ (تجمع یا انباشتگی)

گاه، نه تقصیر یک مدیر خاص و یک قوه هدایت‌گر، بلکه برآیند تقصیر مدیران و جمع خطای کارکنان، اساس تقصیر شخص حقوقی را تشکیل می‌دهد.^۳ نظریه تقصیر جمعی به ما می‌فهماند که در برخی شرایط، اهداف مجرمانه قدرت‌های مدرن جامعه - اشخاص حقوقی - در یک فضای گیج‌کننده، بدون این که بتوان عناصر مادی و روانی جرم را در وجود شخص خاص متمرکز دید، به منصفه ظهور می‌رسد؛ چه این که، عناصر مذکور بین اعضای شخصی حقوقی و بخش‌های مختلف آن توزیع شده است.^۴ در این حالت، انتساب جرم به شخص حقوقی با ترکیب قصد مجرمانه و عمل کارکنان شخص حقوقی ممکن خواهد شد نه با احراز قصد و عمل مجرمانه یکی از کارکنان.^۵ به این ترتیب، استراتژی مزبور به گسترش قابل دفاع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دامن می‌زند تا ورای

۱. در این مورد پرونده شرکت لئسکودر انگلستان (۱۹۷۱) که براساس دکترین شخصیت ثانویه رسیدگی شده، قابل توجه است. این شرکت بزرگ دارای هشتصد سوپرمارکت بود که در یکی از آنها، کالاها بیشتر از قیمت قانونی عرضه شد. دادگاه شرکت را محکوم اعلام کرد؛ اما مجلس اعیان با این استدلال که مدیر سوپرمارکت قوه عاقله و هدایت‌گر محسوب نمی‌شود و از طرفی، هیأت مدیره هیچ بخشی از وظایف خود را به مدیران میانی تفویض نکرده است، شرکت را مسئول ندانست و حکم محکومیت را نقض کرد. ملاحظه می‌شود که از نظر مجلس اعیان، مدیر درجه متوسط، قوه عاقله و هدایت‌گر نبوده و در نتیجه، تصمیم او تصمیم شرکت محسوب نمی‌شود (جهت مطالعه بیشتر بنگرید به حسینی، محمد حسن، منبع پیشین، صص ۸۰-۷۶)

^۲. Aggregation

۳. در پرونده مربوط به حادثه تلخ سال ۱۹۸۷ پیرامون غرق کشتی متعلق به شرکت کشتی‌رانی p&o انگلستان که به واسطه باز بودن پنجره‌های دماغه رخ داد، دیدگاه تقصیر جمعی مطرح شد؛ زیرا، در وقوع این تراژدی افراد و اشخاص زیادی از کمپانی گرفته تا رئیس کشتی و افسر ارشد و کمک ملوان مسئول نظارت بر خدمه و تجهیزات کشتی مقصر بودند. البته در آن برهه این دیدگاه رد شد و دادگاه شرکت را مسئول شناخت.

^۴. Hetzer, Wolfgang, op.cit, p.۳۸۴

^۵. حسین جانی، بهمن و مسعود مظاهری تهرانی، پیشین، صص ۱۱۲-۱۱۱



معیارهای کلاسیک حاکم بر حقوق جزا، مسئولیت کیفری این دسته از اشخاص حقوقی معظم و گسترده را توجیه نماید.

۴-۳. نظریه سیاست^۱ شخص حقوقی

نظرات پیش گفته در انتساب جرم به شخص حقوقی، افراد و اعضای آن را کانون توجهات خود قرار می دهند؛ به طوری که به تبع ارتکاب جرم از سوی افراد و احراز تقصیر آنها، شخص حقوقی مسئولیت پیدا می کند. به عبارت اخری، دکترین های مذکور، قصد مجرمانه شخص حقوقی را قابل تنزل به قصد و رفتار مجرمانه اعضای خود می دانند. البته این تفکر تا آنجا که بتواند فرد یا افراد مقصر را شناسایی کند کارآمد است؛ اما در وضعیتی که به رغم وقوع جرم، شناسایی مقصر یا مقصرین آن به دلیل پیچیده بودن ساختار شخص حقوقی میسر نباشد، اثربخش نبوده و در نتیجه، عدم مجازات شخص حقوقی و تضعیف دفاع اجتماعی را در پی خواهد داشت.^۲ جهت برون رفت از این معضل، راهکار مقرون صواب، تأیید ماهیت مستقل شخص حقوقی و احراز مسئولیت کیفری آن، فارغ از مسئولیت فردی است. این رویکرد باعث می شود در حالتی که شخص حقوقی از ساختاری غیرمتمرکز و پیچیده برخوردار است، چندان که نتوان شخصی را شناسایی کرد که واجد مسئولیت کامل باشد، قادر به گریز از مسئولیت کیفری نباشد. گفتنی است، کشورهایی چون استرالیا با پذیرش این مدل بر دشواری انتساب جرایمی چون قتل غیرعمد به اشخاص حقوقی فائق آمده اند.^۳

^۱. Policy Theory

^۲. اشتیاق، وحید، پیشین، ص ۱۹۸

^۳. حسنی، محمدحسن، پیشین، ص ۱۷۶



استرالیا که کشوری است مهاجرپذیر، در پی گسترش و تکثر انواع اشخاص حقوقی، نظام کیفری را در سال ۱۹۱۵ با تحول اساسی از جمله پذیرش نظریه سیاست و خط‌مشی اشخاص مزبور مواجه ساخت.^۱

با این توصیف، جامعیت این نظریه بیش از نظریه تقصیر جمعی است؛ چه این‌که، برخلاف نظریه تقصیر جمعی که قصد مجرمانه شخص حقوقی را با رجوع به اعضای آن احراز می‌کند، با تعمق در ساختار سیاست شخص حقوقی، به اثبات این قصد، و در نتیجه، قابلیت سرزنش شخص مزبور می‌پردازد. با این بیان، رویکرد اخیر، مترصد تبیین این مهم است که گاه، نه تصمیم یک فرد، که نگرش، سیاست، قواعد، شیوه رفتار و در یک کلام فرهنگ شخص حقوقی نقض قانون را هدایت نموده و به آن دامن می‌زند؛ فرهنگی که احراز آن با رجوع به اساس‌نامه، صورت‌جلسات، مشروح مذاکرات، مکاتبات و قواعد رسمی شخص حقوقی میسر خواهد بود. مثل آن‌که، آتش گرفتن برخی از اتومبیل‌های یک شرکت خودروسازی که منجر به مرگ سرنشینان آن گردیده است، ناشی از نصب دستگاه انژکتور ارزان‌قیمت و غیراستانداردی باشد که خود، متعاقب سیاست صریح شرکت به انگیزه کسب سود بیشتر در دستور کار قرار گرفته باشد. یا این‌که، حوادث ناگوار و مرگ‌باری که تعدادی از رانندگان کامیون یک شرکت حمل و نقل به علت خواب‌آلودگی در حین رانندگی آفریده‌اند، در سیاست شرکت مبنی بر تحمیل کار مضاعف و فراتر از توان عرفی آنان با سودای سودآوری مضاعف، ریشه‌یابی شود.

حتی ممکن است سیاست و روند سازمانی شخص حقوقی، نه به طور مستقیم بلکه به نحو غیرمستقیم ناقض قانون باشد. مثل این که متعاقب تأکید مداوم شرکت بر کاهش هزینه‌ها و جبران ضررهای سابق، کالاهای غیراستاندارد و مواد دارویی فاسد روانه بازار گردد. همچنین ممکن است انتساب قصد مجرمانه به شخص حقوقی نه از طریق تهییج اعضای خود به ارتکاب جرم بلکه در پی تأیید رفتار مجرمانه نماینده خود، محقق شود. مثل این که

^۱. Wagner, Markus, Corporate Criminal Liability: National and International Responses, ۱۹۹۹, PP. ۴-۵



به‌رغم اطلاع از تقلب مالیاتی، دادن رشوه یا هر فعالیت غیرقانونی کارمند در حیطه وظیفه و در جهت انتفاع شخص حقوقی - به تکلیف مثبت خود، یعنی انجام کوشش لازم برای جلوگیری از این نوع تخلفات عمل نکند. با این اوصاف می‌توان اذعان کرد که پذیرش مسئولیت سازمانی بنا شده بر پایه سیاست و خط‌مشی، به معنای وا نهادن تئوری فرضی بودن و قبول ماهیتی مستقل برای اشخاص حقوقی است. نتیجه این رویکرد، گریزناپذیری شخص حقوقی دارای ساختار غیرمتمرکز از مسئولیت کیفری - خاصه در قبال حوادث مرگبار - است.^۱

۴. مسئولیت کیفری گونه‌های اشخاص حقوقی

اشخاص حقوقی از یک منظر کلان به اشخاص حقوقی داخلی و اشخاص حقوقی بین‌المللی تقسیم می‌شوند. در سطح ملی، اشخاص حقوقی داخلی به اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی منقسم می‌گردند. در عرصه بین‌المللی نیز اشخاص حقوقی واجد شخصیت بین‌المللی و اشخاص حقوقی فاقد شخصیت بین‌المللی دو گونه اساسی از اشخاص حقوقی به‌شمار می‌روند. این‌که آیا کلیه اشخاص مزبور در جرگه تابعان حقوق کیفری قرار دارند یا نه، موضوعی است که باید نسبت به آن تأمل نمود.

۴-۱. اشخاص حقوقی حقوق داخلی

در یک تقسیم‌بندی مشهور، اشخاص حقوقی به دو قسم، یعنی، اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تقسیم می‌شوند. به شرحی که آمد، تعداد رو به‌تزايد اشخاص حقوقی، کثرت و نوع جرایمی که همواره در حوزه‌های مختلف حقوق بشر، محیط‌زیست، صنعت، بهداشت، مواد غذایی، کار، حمل و نقل و محیط مجازی از سوی کارکنان و مدیران این اشخاص و به حساب آنها ارتکاب می‌یابد، امکان پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق خصوصی را از سوی بسیاری از حقوق‌دانان و

^۱. Wells, Celia, Op.Cit, p. ۱۳۸



کثیری از نظام های حقوقی مساعد ساخته است. در نتیجه، مطلق اشخاص حقوقی حقوق خصوصی - خواه با هدف انتفاعی خواه یا غیرانتفاعی - برپایه اصل برابری در برابر قانون، از جهت کیفری مسئول اند. اما آن گاه که بحث از مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی^۱ به میان می آید، دشواری موضوع رخ می نماید. برخی در مقام مخالفت، اعتقاد خود را بر عدم مسئولیت کیفری مؤسسات دولتی - عمومی، این گونه تعلیل کرده اند که وظیفه تأمین منافع جمعی و آسایش جامعه و نیز تعقیب و مجازات بزهکاران بر عهده دولت است. حال این نهاد قدرت چگونه می تواند خود را مجازات کند؟ وانگهی کیفر دولت ناقض اصل تفکیک قوا در قلمرو داخلی و تضعیف کننده جایگاه آن در عرصه بین المللی است. به علاوه، کیفر دولت اساساً عبث و بی مفهوم است؛ چه این که، اگر مجازات منظور، جریمه باشد، در عمل مبلغی از خزانه عمومی کسر گردیده و مجدد به آن واریز می شود که این اقدام بیهوده، معنایی جز جیب به جیب کردن پول دولت ندارد.^۲ و بالاخره، مجازات دولت موجب اختلال در خدمات رسانی به آحاد جامعه و باعث افزایش بار مالیات دهندگان خواهد شد.^۳ در مقابل، برخی که نه در مقام مخالفت کامل و نه در مقام موافقت مطلق با این مسأله قرار دارند، بر این گمانند که طریق مقرون به واقع، تفکیک بین اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی مؤسسات عمومی دولتی است. توضیح این که، اعمال تصدی بر خلاف اعمال

۱. اشخاص حقوقی حقوق عمومی مشتمل بر دولت و مؤسسات عمومی مستقل است. وزارتخانه ها نیز تقسیمات داخلی سازمان شخصیت حقوقی دولت را تشکیل می دهند. اما مؤسسات عمومی مستقل واحدهایی هستند که از تابعیت مستقیم وزارتخانه ها خارج شده و شخصیت حقوقی دولتی پیدا کرده اند. افزودنی است، موسسات نیز دو قسم اند: مؤسسه عمومی دولتی و مؤسسه عمومی غیردولتی. نوع اول اشاره به مؤسساتی دارد که به موجب قانون ایجاد و توسط دولت اداره می شوند (بند ت ماده یک قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ و ماده ۳ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶). در مقابل مؤسسات عمومی غیردولتی شامل آن دسته از واحدهای سازمانی است که با اجازه قانون و با هدف خدمات عمومی تأسیس می شوند (ماده پنج قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶). شهرداری ها، بنیاد هلال احمر، بنیاد مسکن، بنیاد پانزده خرداد، بنیاد جانبازان انقلاب اسلامی و سازمان تأمین اجتماعی مصادیقی از این گونه مؤسسات می باشند.

۲. استفانی، گاستون و لواسور، ژرژ و بولوک، برنار، پیشین، ص ۴۰۹

۳. فرج الهی، رضا، پیشین، ص ۱۸۴



حاکمیتی، قابل واگذاری به بخش خصوصی است. این نوع واگذاری که تحت عنوان سیاست خصوصی سازی در بسیاری از کشورهای سوسیالیستی مورد اقبال واقع شده بر همین مبنا می باشد. بانکداری، حمل و نقل، عملیات بیمه ای و مخابرات، مظاهری از اعمال قابل تفویض به ارگان های خصوصی است. با این تفکیک می توان اشخاص حقوقی وابسته به دولت که متکفل این نوع اعمال می باشند را واجد مسئولیت کیفری دانست. با همین دیدگاه، ژاپن به عنوان یکی از مهمترین کشورهای صنعتی جهان که در آن فعالیت های صنعتی و تجاری در ابعاد و سطوح گسترده و در عین حال تفویض شده جریان دارد، با تحولی که از سال ۱۹۳۲ در نظام حقوقی خود بوجود آورد، این قسم از مسئولیت را پذیرفت.^۱ به همین ترتیب قانون گذار فرانسه در مجموعه قوانین کیفری که در سال ۱۹۹۴ به تصویب رساند، به رغم نفی مسئولیت کیفری دولت، مسئولیت کیفری شوراهای محلی و گروه های شان در خصوص فعالیت های قابل واگذاری را مورد تأیید قرار داد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز با تأسی از همین رویکرد، علاوه بر پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق خصوصی به مسئولیت اشخاص حقوقی عمومی تصدی گر، اعم از دولتی و غیردولتی، اعتقاد نشان داده است که در سطور بعدی مورد نظر قرار خواهد گرفت.

در حقوق انگلستان نیز این رویکرد قابل توجه است. به عنوان نمونه، وفق قانون قتل غیرعمد و آدم کشی شرکت ها (مصوب سال ۲۰۰۷)^۲، مؤسسات دولتی که در پیوست شماره یک این قانون نام آنان ذکر گردیده است و هر شرکتی که به نمایندگی از دولت یا به عنوان پیمان کار فعالیت می کند، از تعقیب کیفری به اتهام قتل غیرعمد، مصون نخواهد بود.^۳

^۱. کیوتو، ان، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ژاپن، ترجمه اسماعیل عبداللهی، مجله حقوقی دادگستری شماره

۴۵، زمستان ۱۳۸۲، ص ۱۹۱

^۲. Homicide and Manslaughter Act ۲۰۰۷

^۳. حسنی، محمد حسن، پیشین، ص ۲۱۲



۲-۴. اشخاص حقوقی حقوق بین الملل

از دیگر مباحث پرمناقشه در عرصه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مسئولیت اشخاص واجد شخصیت بین المللی - دولت ها و سازمان های دولتی^۱ - و اشخاص فاقد شخصیت بین المللی - سازمان های بین المللی غیردولتی^۲ - است. شخصیت بین المللی، آن قابلیت است که موجبات بهره مندی، قبول و اجرای حقوق و تعهدات بین المللی یک نهاد را فراهم می سازد.^۳ مسئولیت کیفری بین المللی دولت، به رغم این که پس از جنگ جهانی دوم - طی کیفرخواست تقدیمی به دادگاه نورنبرگ - مطرح و در سازمان ملل نیز به جد و نزدیک به سی سال فعالیت، پی گیری و منجر به تصویب طرح مسئولیت بین المللی تحت عنوان جنایات و تخلفات بین المللی گردید، مورد پذیرش قرار نگرفت و در نهایت با این پیشنهاد که از این پس در اذهان عمومی دولت مسئول اعمال کسانی باشد که به نام او عمل می کنند، مخالفت شد.^۴

اگرچه نمی توان انکار کرد که نقض شدید تعهدات اساسی و ارتکاب جنایات بین المللی از سوی دولت های چپاول گر در طول تاریخ به ویژه در اثنای جنگ های خانمان سوز جهانی، ضرورت محاکمه و مجازات آنها را بیش از پیش آشکار ساخته است، اما باید پذیرفت تا موانعی چون مخالفت حاکمیت ها، عدم پیش بینی، احصاء و اعلام جرایم و مجازات ها، عدم پیش بینی مراجع مستقل تعقیب، محاکمه و اعمال مجازات متخلفان مذکور مرتفع نشود، این مهم به خود جامه عمل نخواهد پوشید.

۱. این دسته از سازمان ها - اعم از جهانی و منطقه ای - متشکل از گروهی از کشورهاست که بر پایه معاهده و در پرتو اهداف مشترک به وجود آمده باشد: (بیگدلی، ۱۳۷۴: ۲۴۱)

۲. این نوع سازمان ها، در چارچوب اهداف مشترک دولت ها در زمینه های مختلف حمل و نقل، حقوق بشر، محیط زیست و غیره، بدون تصویب معاهده، شکل می گیرد. (همان: ۲۸۳)

۳. زمانی، قاسم، تأملی بر مسئولیت بین المللی سازمان های بین المللی، مجله حقوقی دفتر خدمات بین المللی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶، ص ۲۱۸

۴. دوپویی، پی یر ماری، جرم بین المللی دولت، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله حقوقی دفتر خدمات بین المللی، شماره ۲۱، ۱۳۶۹، ص ۲۷۶



در خصوص سازمان‌های جنایت‌کار که از ابداعات اساسنامه دادگاه نورنبرگ هستند نیز باید گفت، اگرچه پس از رسیدگی، چهار سازمان «اس. اس.»، «اس. د.»، «گشتاپو» و «جامعه سران حزب نازی»، از سوی دادگاه نورنبرگ جنایت‌کار اعلام شدند، اما نمی‌توان گفت این اقدام به منزله اذعان بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی من جمله این سازمان‌هاست؛ چرا که از ناحیه مرجع مزبور هیچ مجازاتی برای آن‌ها لحاظ نگردید. در واقع جنایت‌کار اعلام کردن نهادهای مذکور، تنها محملی برای محاکمه و مجازات سران و اعضای آن‌ها بود.^۱

ماده (۲۵) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی^۲ نیز با بی‌اعتنایی به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، قائل به مسئولیت فردی شده است.^۳ با این همه، خواست جامعه بین‌المللی متوقف در سند مزبور نماند و با تصویب کنوانسیون پالرمو^۴ - در خصوص جرایم سازمان‌یافته فراملی - مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را دنبال نمود تا اولین سند الزام‌آور خود را در این زمینه به منصفه ظهور رساند. تکلیف دول عضو به تمهید اقدامات لازم برای شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، به وضوح در این سند مقرر شده است. البته کنوانسیون مزبور تنها به تعیین جرایم اکتفا نموده و تعیین ضمانت اجرا و نوع آن را به کشورهای عضو واگذار کرده است تا به صلاحدید خود، واکنش‌های کیفری، اداری یا حتی حقوقی را

^۱ اردبیلی، محمد، حقوق بین‌المللی کیفری، چاپ پنجم، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۱۷۶

^۲ این اساسنامه در ۱۷ ژوئن ۱۹۹۸ به تأیید نمایندگان ۱۲۰ کشور از مجموع ۱۶۰ کشور از شرکت‌کنندگان در نشست رم رسید. گفتنی است که تا کنون جمهوری اسلامی ایران به آن ملحق نشده است.

^۳ وفق این ماده: «۱. دیوان مطابق اساسنامه نسبت به جرایم اشخاص حقیقی صلاحیت خواهد داشت ۲. هرکس مرتکب یکی از جرایمی که در صلاحیت دیوان است بشود، به طور فردی مسئول است و مطابق این اساسنامه مجازات خواهد شد» (جهت مطالعه بیشتر بنگرید به /اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، انتشارات دفتر امور بین‌الملل قوه

قضاییه جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، تیرماه ۱۳۷۸)

^۴ این کنوانسیون در اکتبر سال ۲۰۰۰ به تصویب پنجاه و پنجمین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید. گفتنی است که این کنوانسیون هنوز به تصویب مجلس شورای اسلامی نرسیده است.



اختیار کنند.^۱ به این شکل ملاحظه می شود که نظام بین الملل پیرامون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی فاقد شخصیت حقوقی بین المللی منفعل نموده است.

۵. موضع قانون گذار ایران در قبال مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

سه مقطع زمانی ذیل به خوبی نشان می دهد که پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به عنوان یک قاعده در نظام حقوقی ایران نه یک باره، بلکه طی یک فرآیندی طولانی صورت گرفته است.^۲

۵-۱. قاعده مند نبودن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

قانون گذار با ذکر عنوان شخصیت حقوقی در قانون تجارت مصوب ۱۳۰۴ و بیان نظامات، قواعد، احکام، و آثار قانونی آن در قانون تجارت ۱۳۱۱ (مواد ۵۸۳ الی ۵۹۱) و نیز استعمال و توسعه این مفهوم در قوانینی چون قانون اجازه تأسیس دانشگاه تهران مصوب ۱۳۱۳ و قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ (مواد ۱۰۰۲ و ۱۳۳۵)، راه پذیرش قاعده مند مسئولیت مدنی اجتماعات و تشکیلاتی چون دولت، سازمان های دولتی، شرکت ها، بنگاه ها و احزاب را هموار نمود؛ چندان که این امر منجر به تصویب قانون مسئولیت مدنی در سال ۱۳۳۹ گردید. با این همه، پذیرش این مسئولیت ملازمه ای با مسئولیت کیفری این اشخاص نداشت. مذاقه در قوانین مختلف کیفری نشان می دهد که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بر پایه ی یک اصل و قاعده کلی استوار نشده است که چرایی آن را می توان در طبع فردمدارانه نظام کیفری جستجو کرد.^۳ رویه قضایی نیز با تعبیر واژه "شخص" به کار رفته

^۱. پرویزی، رضا، معاهده پالرمو علیه جرایم سازمان یافته فراملی، نشریه امنیت، سال چهارم، شماره ۱۸-۱۷، ۱۳۷۹،

ص ۴۵

^۲. ماده یازده این قانون ناظر مسئولیت مدنی دولت و ماده دوازده آن راجع به مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی حقوق خصوصی است.

^۳. اردبیلی، محمد، پیشین، ص ۲۳



در کلام قانون‌گذار به "فرد"، همین برداشت را کرده است.^۱ با این همه، نباید پنداشت که قانون‌گذار به کلی نسبت به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بیگانه بوده است. برعکس، در ادوار مختلف، مقرره‌های متنوع و مختلفی وضع شدند که با مجرم دانستن اشخاص حقوقی، باور و اعتقاد مقنن را نسبت به پذیرش مصداقی و موردی مسئولیت کیفری آن‌ها، نشان می‌دهند؛ با این تفاوت که برخی از آن‌ها، خود شخص حقوقی و برخی دیگر مدیران آن را شایسته تحمل کیفر دانسته‌اند.^۲

۲-۵. پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قبال جرایم رایانه‌ای^۳

نقش پررنگ اشخاص حقوقی در ارائه خدمات اینترنتی و شمار رو به تزاید آنها در فضای مجازی، قانون‌گذار را بر آن داشت تا مسئولیت کیفری آنان را در خصوص ارتکاب

^۱. به عنوان نمونه در نشست قضایی دادگستری اصفهان (شهریور ۱۳۸۰) نظر اکثریت این گونه عنوان شده است: «با توجه به این که یکی از شرایط و عناصر اساسی جرم، عنصر معنوی و یا سوءنیت مرتکب می‌باشد و به لحاظ این که اشخاص حقوقی، ذی‌شعور نبوده و فاقد اراده مستقل از اشخاص حقیقی متصدی آن‌ها می‌باشند؛ به علاوه چون اجرای مجازات از جمله حبس و شلاق نیز نسبت به این گونه اشخاص قابل تصور نمی‌باشد؛ از انتساب جرم به اشخاص حقوقی غیرممکن بوده و نمی‌توان مسئولیت کیفری را متوجه آنها دانست». قضایی نیز تصریح کرده است: «مسئولیت کیفری متوجه شخص حقوقی نیست؛ زیرا عقلاً نمی‌توانند تحمل کیفر کنند». (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموعه نشست‌های قضایی (۱)، مسایل قانون مجازات اسلامی (۱)، چاپ اول، قم، انتشارات معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲، صص ۱۶۶-۱۶۴).

^۲. از جمله قوانینی که مجازات را متوجه خود شخص حقوقی کرده است عبارتند از: ماده واحده مربوط به ضبط اموال متعلق به احزاب مصوب ۱۳۲۸، ماده ۴ قانون مقررات امور پزشکی و دارویی مصوب ۱۳۳۲، ماده ۱۵ قانون اقدامات تأمینی مصوب ۱۳۲۹، ماده ۱ قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷، ماده ۴ قانون مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۶۷ مصلحت نظام. همچنین از جمله قوانینی که مجازات را متوجه مدیران شخص حقوقی می‌کند عبارتند از: ماده ۲۸ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸، ماده ۸ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲، ماده ۹ قانون تنظیم تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴، ماده ۱۸ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵.

^۳. قانون جرایم رایانه‌ای در ۵۶ ماده و در تاریخ ۱۳۸۸/۳/۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. مواد (۱) تا (۵۴) این قانون به عنوان مواد (۷۲۹) تا (۷۸۲) قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) با عنوان فصل جرایم رایانه‌ای منظور و شماره ماده (۷۲۹) به شماره (۷۸۳) اصلاح گردید.



جرایمی چون دسترسی غیرمجاز، شنود غیرمجاز، جاسوسی، جعل، تخریب و اختلال در داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، سرقت، کلاهبرداری، جرایم علیه غف و اخلاق عمومی، هتک حیثیت و نشر اکاذیب با تصویب قانون جرایم رایانه‌ای در سال ۱۳۸۸ به رسمیت بشناسد. با این وصف، این مصوبه اولین اقدام قانون‌گذاری ایران در راستای قاعده‌مندسازی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی محسوب می‌شود. هر چند نسبی‌گری این قانون، مانع تبدیل شدن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به یک قاعده فراگیر و عام‌الشمول شد، با این وجود، تلاش مقنن در این حوزه و اقدام او در جهت برداشتن گام نخست، قابل تحسین به نظر می‌رسد. چندان‌که این حرکت، راه را برای پذیرش مسئولیت اشخاص مذکور در قبال عموم جرایم در قانون مجازات اسلامی (تبصره ماده ۱۴ و مواد ۲۰ الی ۲۲ و ۱۴۳) هموار ساخت. البته در همین قانون نیز مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پیرامون جرایم رایانه‌ای به طور مستقل مورد حکم قرار گرفته است (مواد ۷۴۷ و ۷۴۸ تعزیرات). با این مقدمه، موضوعی که در این قسمت مجال تأمل دارد، بررسی شرایط تحقق مسئولیت کیفری و مجازات شخص حقوقی در قبال ارتکاب جرایم موصوف است.

۵-۲-۱. شرایط تحقق مسئولیت کیفری

ماده (۷۴۷) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) - ماده (۱۹) قانون جرایم رایانه‌ای - شرایط ذیل را برای تحقق مسئولیت کیفری لازم دانسته است.

۵-۲-۱-۱. رایانه‌ای بودن جرم

ماهیت رایانه‌ای داشتن جرم ارتكابی از سوی اشخاص حقوقی از جمله شرایط اساسی تحقق مسئولیت کیفری آنها به‌شمار می‌رود. جرم رایانه‌ای^۱ جرمی است که در فضای مجازی رخ می‌دهد. اعم از این‌که جرم مربوطه از نوع جرایم محض رایانه‌ای باشد، مثل هک یا ویروسی کردن و یا این‌که رایانه و تجهیزات آن موضوع جرایم سنتی مانند

^۱. Cyber-Crime



کلاهبرداری، سرقت، جاسوسی و... باشد. بر این اساس، جرایمی که رایانه واسطه ارتکاب آنهاست مثل جعل اسناد و مدارک از قلمرو این بحث خارج می‌باشند.^۱

سؤال قابل طرح در این قسمت آن است که آیا منظور از جرایم رایانه‌ای، جرایم احصا شده در فصل ششم از بخش یکم از کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) یا این که سایر جرایم رایانه‌ای مذکور در مقرره‌های دیگری چون قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، ماده ۱۳(۵) حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹، ماده ۱۳۱(۶) قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ را نیز شامل می‌شود؟ گرچه در بادی امر اطلاق عبارت جرایم رایانه‌ای مندرج در ماده (۷۴۷) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، برداشت دوم را تأیید می‌کند؛ اما با توجه به این که فصل مربوط به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی خود، ذیل آن بخش از مقرره‌های موصف قرار دارد که به احصا پنج دسته از جرایم پرداخته است،^۲ برداشت دوم صائب‌تر به نظر می‌رسد، با این همه، سیاست دفاع اجتماعی در قبال گونه‌های جرایم ارتكابی در فضای مجازی اقتضا دارد که قانون‌گذار در فصل مختص به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، به وضوح به دیگر مقرره‌های مربوط نیز اشاره نماید تا از بروز این گونه برداشت‌های متهافت جلوگیری نماید.

۲-۱-۲-۵. ارتکاب جرم به نام و در راستای منافع شخص حقوقی

تحمیل مسئولیت کیفری بر شخص حقوقی اقتضا می‌کند، جرم به حساب آن ارتکاب یابد. در نتیجه اگر اعضاء و نمایندگان شخص حقوقی در راستای منافع خودشان یا شخص ثالث یا به ضرر شخص حقوقی اقدام کنند، نمی‌توانند برای شخص حقوقی ایجاد مسئولیت کنند.

۱. زیر، اولریش، جرایم رایانه‌ای، ترجمه‌ی محمدعلی نوری، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۱۰

۲. دسترسی غیرمجاز، شنود غیر مجاز، جاسوسی رایانه‌ای، جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی جعل رایانه‌ای، تخریب و اخلاف در داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی، سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی، هتک حیثیت و نشر اکاذیب



از سوی دیگر، اعضا و نمایندگان شخص حقوقی باید در جهت منافع شخص مزبور اقدام کنند، نفعی که می تواند مادی یا معنوی، قطعی یا احتمالی و مستقیم یا غیرمستقیم باشد.^۱ پس تحقق منافع و فعلیت یافتن آن شرط نیست، بلکه مهم آن است که جرم رایانه ای به انگیزه انتفاع شخص حقوقی انجام شود. بدین ترتیب، انگیزه در تحقق مسئولیت مورد بحث، نه به عنوان یک عامل بی تأثیر بلکه به عنوان یک عنصر سرنوشت ساز جلوه می نماید. اما پرسش قابل طرح در این خصوص آن است که اگر مدیران شخص حقوقی فراتر از اختیارات اعطایی اقدام نموده و مرتکب جرم رایانه ای شوند، آیا برای شخص حقوقی مسئولیت کیفری به بار می آورند؟ پاسخ به این سؤال بسته به این که مدیران را نماینده شخص حقوقی بدانیم یا رکن آن، متفاوت خواهد بود؛ چه این که در نمایندگی قانونی، اگر نماینده خارج از حدود اختیارات خود عمل کند و موجب ورود ضرر به شخصی شود، خود باید از عهده خسارت برآید و اصل هیچ مسئولیتی ندارد. در حالی که بر پایه نظریه رکن بودن مدیران، شخص حقوقی در قبال اعمال خارج از حدود اختیارات مدیران مسئولیت دارد؛ چرا که مدیران جزء ساختمان و سازمان شخص حقوقی بوده و تقصیر آنان تقصیر شخص حقوقی محسوب می شود. به نظر می رسد قانون تجارت ایران با تصویب موادی چون ماده (۵۸۹) که مقرر می دارد «تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه، صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند، گرفته می شود»، یا ماده (۱۱۸) لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت ایران^۲ که در شرکت های سهامی، هر گونه معامله ای که مدیران با اشخاص ثالث منعقد می کند، شرکت را متعهد ساخته و عذر عدم اختیار مدیران را مردود دانسته است، نظریه رکن بودن مدیران شرکت های تجاری

۱. روح الامینی، محمود، پیشین، ص ۱۴۵

۲. متن این ماده عبارت است از: «جز درباره موضوعاتی که به موجب مقررات این قانون اخذ تصمیم و اقدام درباره آنها در صلاحیت خاص مجامع عمومی است، مدیران شرکت دارای کلیه اختیارات لازم برای اداره امور شرکت می باشند، مشروط بر این که تصمیمات و اقدامات آنها در حدود موضوع شرکت باشد. محدود کردن اختیارات مدیران در اساسنامه یا به موجب تصمیمات مجامع عمومی فقط از لحاظ روابط بین مدیران و صاحبان سهام معتبر بوده و در مقابل اشخاص ثالث باطل و کأن لم یکن است».



(اشخاص حقوقی) را تأیید می‌کند.^۱ اما در خصوص موضع حقوق کیفری، با توجه این که ماده (۷۴۷) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) جرم ارتكابی مدیران را مقید به اقدام در چارچوب اختیار نکرده است، به نظر می‌رسد نظریه رکن بودن مدیریت مورد توجه قرار گرفته است. از آنجا که بعید نیست این تفسیر منطقی به واسطه تفسیر مضیق به نفع متهم محل تأمل قرار گیرد؛ بر قانون‌گذار است که با اتخاذ موضعی صریح و در عین حال اصولی در این زمینه، ابهام موجود را مرتفع نماید و رویه واحدی رقم زند.

۳-۱-۲-۵. اوصاف مرتکب جرم

از منظر قانون‌گذار ارتكاب جرم زمانی شخص حقوقی را مسئول می‌سازد که مرتکب متصف به یکی از اوصاف ذیل باشد:

الف) مرتکب مدیر شخص حقوقی باشد.

تبصره (۱) ماده (۷۴۷) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، در مقام تعریف مدیر اشعار می‌دارند: «منظور از مدیر کسی است که اختیار نمایندگی یا تصمیم‌گیری با نظارت بر شخص حقوقی را دارد». قانون‌گذار با درج شرط مدیر شخص بودن مرتکب جرم، از نظر شخصیت ثانوی پیروی کرده است. به شرحی که گذشت، وفق این نظریه، افکار و اعمال مدیر، افکار و اعمال شخص حقوقی محسوب می‌شود. پس باید مدیر را مغز متفکر و اراده هدایت‌گر شخص حقوقی دانست. با این توصیف بر شخص حقوقی نه تعدد اراده، بلکه وحدت اراده حاکم است و به این اعتبار، مدیر ارگان آن قلمداد می‌شود (خدابخشی، ۱۳۸۷: ۱۳۱-۱۳۶). اما نکته قابل ذکر این که شایسته بود قانون‌گذار تکلیف حالتی که مدیریت شخص حقوقی به بیش از یک شخص سپرده می‌شود را نیز روشن می‌کرد. هرچند به نظر می‌رسد با توجه به اشاره مواد مذکور به ضابطه‌ی "اختیار تصمیم‌گیری"،

^۱ عیسایی تفرشی، محمد، پیشین، صص ۱۲۲-۱۲۶



باید نتیجه گرفت که در فرض تعدد مدیران، چنانچه هر کدام به تنهایی اختیار تصمیم‌گیری داشته باشند، انجام جرم از سوی یکی از آنان برای تحقق مسئولیت کیفری شخص حقوقی کافی است. ولی اگر وفق ضوابط اساسنامه لازم باشد که تصمیمات به اتفاق یا اکثریت آراء گرفته شود، ارتکاب جرم قبل از اتخاذ تصمیم، صرفاً شخص مدیر مربوطه را مسئول خواهد ساخت. چرا که در این حالت او به عنوان رکن شخص حقوقی محسوب نمی‌شود تا اقدامش به منزله اقدام شخص حقوقی تلقی گردد. اما پس از اتخاذ تصمیم، ارتکاب جرم از سوی هر یک از اعضا برای تحقق مسئولیت کیفری شخص حقوقی کفایت می‌کند. در خصوص نمایندگان نیز همین سخن صادق خواهد بود؛ به گونه‌ای که اگر شخص حقوقی چند نماینده داشته باشد بدون آن‌که به هر یک به تنهایی اختیار عمل داده باشد، انجام جرم از سوی یکی از آن‌ها برای تحقق مسئولیت کیفری شخص حقوقی کافی نیست. اما در مورد ناظران باید گفت، با توجه به این‌که در حوزه وظایف آنان مسأله‌ای به نام رأی‌گیری و حصول اکثریت مطرح نیست و بر فرض تعدد نفرات، هر ناظر به تنهایی قادر به ایفای وظایف نظارت است، انجام جرم از سوی هر کدام از آن‌ها، کافی است تا شخص حقوقی مسئول شناخته شود.

ب) ارتکاب جرم به دستور مدیر شخص حقوقی

مدیر شخص حقوقی قادر است جرم رایانه‌ای را به شخص حقوقی منتسب کند، بی‌آن‌که خود در تحقق مباشرت کرده باشد و آن زمانی است جرم منظور، به دستور او ارتکاب یابد. در این حالت او به عنوان سلول عصبی شخص حقوقی فرمان ارتکاب جرم را به دیگری صادر می‌نماید. بنابراین دستور صرف، موجد مسئولیت کیفری برای شخص حقوقی نیست؛ مگر آن‌که بزه موضوع آن فعلیت یابد. با این توصیف، قانون‌گذار شخص حقوقی را در قامت یک فاعل معنوی معرفی کرده تا بدین‌سان مسئولیت کیفری کامل - نه در حد معاونت - را متوجه آن سازد. اضافه می‌نماید، در وضعیت موصوف، ضروری است فاعل مادی همان جرم رایانه‌ای مقصود مدیر را به ثمر رساند و اگر نه، مسئولیتی متوجه شخص حقوقی نخواهد شد. مگر آن‌که متعلق دستور، جرم خاصی نباشد. در پاسخ به این سؤال آیا



ضرورت دارد که مباشر جرم کارمند شخص حقوقی باشد؟ باید گفت: به نظر می‌رسد، کارمند بودن وی شرط است زیرا که حسب سلسله مراتب اداری، دستور مدیر شخص حقوقی برای کارمند آن مطاع است نه دیگری. بند (ج) ماده (۷۴۷) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) نیز که از مطلع بودن یا نظارت نکردن مدیر نسبت به اعمال مجرمانه کارمند به عنوان طریق دیگر انتساب جرم به شخص حقوقی نام برده و متعرض حالتی که مدیر دستوردهنده جرم به کارمند بوده است نمی‌شود، به این دلیل است که حکم فرض اخیر در بندهای (ب) مواد مارالذکر قید شده است.

ج) ارتکاب جرم از سوی کارمند شخص حقوقی بر پایه اطلاع یا عدم نظارت مدیر

از منظر قانون‌گذار (بند ج و بند پ مواد مورد بحث)، از جمله راه‌های انتساب جرم به شخص حقوقی، ارتکاب جرم رایانه‌ای توسط یکی از کارمندان آن است. مشروط به این‌که جرم مزبور با اطلاع مدیر یا در اثر عدم نظارت وی تحقق یافته باشد. پس ارتکاب جرم توسط کارمند بدون وجود اجتماع شرایط مذکور به مسئولیت کیفری شخص حقوقی دامن نخواهد زد. حال سؤال آن است که صرف اطلاع مدیر از وقوع جرم توسط کارمند برای مسئول نساختن شخص حقوقی کفایت می‌کند یا این‌که امکان بروز واکنش از سوی او نیز شرط دیگر تحقق مسئولیت موصوف است؟ در نگاه نخست ظاهر مقرر مارالذکر به این پرسش پاسخ مثبت می‌دهد اما با نگاهی ژرف‌تر باید گفت، اثر اطلاع و آگاهی مدیر از این روست که به اعتبار آن قادر باشد واکنش مقتضی را در ممانعت از وقوع جرم نشان دهد و بر فرض عدم توانایی مدیر بر این امر، مسئول شناختن شخص حقوقی عادلانه نخواهد بود.

د) تخصیص تمام یا بخشی از فعالیت شخص حقوقی به ارتکاب جرم

قانون‌گذار در آخرین بند از مواد مورد اشاره، به جای تمرکز بر مدیر و نقش او، بر فعالیت شخص حقوقی انگشت تأکید می‌نهد و تخصیص تمام یا بخشی از آن به ارتکاب جرم رایانه‌ای را معیار دیگر تحقق مسئولیت کیفری می‌داند. شایان ذکر است، ضابطه مزبور مستقل از ضوابط بندها و شرایط مارالذکر است. در نتیجه در فرضی که مباشرت، دستور،



اطلاع یا عدم نظارت مدیر احراز نشود، با اتکا به ضابطه فعالیت شخص حقوقی می توان آن را مسئول دانست. به نظر می رسد مقنن با بیان معیار اخیر، اراده نموده است تا در حصر نظریه های مسئولیت نیابتی^۱ و شخصیت ثانوی^۲ باقی نماند و با رجوع به نظریه مبتنی بر سیاست و خط مشی^۳، به توسعه منطقی مسئولیت کیفری شخص حقوقی دامن زند. به گونه ای که در سطور قبل آمد، نظریه اخیر در فرایند شناسایی مسئولیت کیفری شخص حقوقی، با تفکیک شخصیت مدیران از شخصیت شخص حقوقی، برای آن اراده مستقل قایل است. چندان که مسئولیت کیفری شخص حقوقی را متوقف بر احراز تقصیر از سوی مدیر یا هیأت مدیره نمی داند، چرا که گاه ضوابط اساسنامه و سیاست مأخوذ از خرد جمعی مجامع عمومی ترسیم کننده روند مجرمانه ای است که به مسئولیت کیفری شخص مزبور ختم می شود.

اضافه می نماید، تحقق مسئولیت مورد بحث در حالت موصوف، مسبوق به شکل گیری شخص حقوقی به شکل قانونی است. در غیر این صورت، چنان که یک تشکل از ابتدای امر بر پایه اهداف مجرمانه شکل گرفته باشد از قلمرو این بحث خروج موضوعی دارد؛ چه، اساساً در این فرض از نظر حقوقی، شخصیتی شکل نگرفته تا بتوان از مسئولیت کیفری آن سخن گفت.

۲-۲-۵. مجازات شخص حقوقی

ماده (۷۴۷) قانون مجازات اسلامی، مجازات شخص حقوقی را جزای نقدی (سه تا شش برابر حداکثر جزای نقدی جرم ارتكابی) و تعطیلی موقت و انحلال تعیین کرده است؛ به این نحو که اگر حداکثر مجازات حبس جرم رایانه ای تا پنج سال حبس باشد تعطیلی موقت حسب مورد از یک تا نه ماه (در صورت عدم تکرار جرم) و از یک تا پنج سال (در

^۱. Vicarious Liability

^۲. Identification

^۳. Policy



صورت تکرار جرم) و چنانچه حداکثر مجازات حبس جرم بیش از پنج سال حبس باشد، حسب مورد، تعطیلی موقت از یک سال تا سه سال (در صورت عدم تکرار جرم) و انحلال شخص حقوقی (در صورت تکرار جرم) را در پی دارد. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در این‌جا تکرار جرم از نوع خاص - مشابهت جرم مکرر با جرم اول - از موجبات تشدید اجباری مجازات دانسته شده است. بدیهی است، حکم تعدد جرم یا تکرار جرم از نوع عام - عدم مشابهت جرم مکرر با جرم اول - را باید از خلال قواعد عمومی حقوق جزا استخراج کرد.

پیرامون جزای نقدی^۱ باید گفت، چنانچه میزان آن در خور نباشد، چندان اثربخش نیست؛ چرا که اشخاص حقوقی به ویژه شرکت‌های تجاری حداکثر آن را هزینه سالیانه پنداشته و با افزایش تعرفه خدمات و کالاها سعی در جبران آن می‌نمایند. از سوی دیگر بالا بودن میزان آن، خطر ورشکستگی اشخاص حقوقی با بنیه مالی ضعیف را در پی دارد. راه‌حل مقرون به صواب، تطبیق میزان جریمه با سطح درآمد، منابع مالی و به‌طور کلی واقعیت مالی شخص حقوقی است و این نکته‌ای است که به‌درستی مورد اهتمام قانون‌گذار (مواد مورد اشاره) قرار گرفته است. در خصوص اعمال جریمه سؤال این است که در صورت ارتکاب جرم از سوی یک شخص حقوقی فرعی وابسته به شخص حقوقی مادر، منابع مالی و دارایی کدام یک از آنان مبنای اعمال ضمانت اجرای مالی است؟ به نظر می‌رسد در این رابطه باید قائل به تفکیک شد؛ به طوری که اگر شخص حقوقی فرعی دارای هویت مستقل باشد، تنها نسبت به رفتار خودش پاسخ‌گو است. در نتیجه شرایط مالی او ضابطه اعمال مجازات مزبور است نه شرایط مالی شخص حقوقی مرکزی. در مقابل، اگر این شخص فرعی از هویتی مستقل برخوردار نباشد و تنها به‌عنوان یک شعبه، مجری سیاست‌ها و دستورالعمل‌های شخصیت مرکزی باشد، جزای نقدی براساس منابع مالی شخص حقوقی مرکزی تعیین می‌شود. با این همه ممکن است از این جهت به این راه‌کار ایراد وارد شود که این تدبیر منویات اشخاص حقوقی بزرگ و مرکزی را محقق می‌کند و در مقابل، اثر

^۱. Fine



ضمانت اجرای مالی - به ویژه بازدارندگی^۱ - را کاهش می دهد. چه این که، جریمه تعیین شده بر مبنای منابع مالی محدود شخص حقوقی فرعی، ناچیزتر از آن است که شخص حقوقی مادر را از اعمال سیاست های جرم را بازدارد؛ مگر این که منابع مالی مادر مبنای احتساب جریمه قرار گیرد. نظر به این که این راهکار به سهولت موجبات ورشکستگی شخص حقوقی فرعی و متعاقب آن بی کاری اعضاء و کارمندان آن را فراهم می سازد، در قیاس با راهکار نخست، با انتقاد زیادتری مواجه است. گمان می رود، پیش بینی ضمانت اجرای غیرمالی از قبیل تعلیق اجرای مجازات^۲ مشروط به اصلاح سازمان،^۳ خدمات اجتماعی و کارهای عام المنفعه،^۴ اعلان عمومی محکومیت کیفری،^۵ سلب صلاحیت انعقاد قرارداد با دولت،^۶ برای فایز آمدن بر ایرادات و محدودیت های ضمانت اجرای مالی رهیافت مناسب تری باشد.

اما راجع به مجازات انحلال باید افزود، هر چند این نوع واکنش بر پایه اهتمام به طبع و خصلت اشخاص حقوقی در نظر گرفته شده است؛ اما باید دقت کرد با توجه به آثار شدید و صدمات و خیمی که بر مصرف کنندگان، سهام داران، کارمندان و کارگران آنان - به ویژه اخراج و بیکاری - از خود به جای می گذارد، شایسته است جز در موارد شاذ،^۷ از واکنش مذکور استفاده نگردد و حتی المقدور از جایگزین های فوق بهره گیری شود. تعطیلی موقت شخص حقوقی نیز در جای خود می تواند مفید واقع شود؛ به ویژه اگر جرم ارتكابی، مکرر

^۱. Deterrence

^۲. Probation

^۳. منظور از اصلاح سازمان (Rehabilitation) آن است که شخص حقوقی مجرم تحت نظارت و مراقبت دادگاه خطمشی و سیاست مربوط به انطباق با قوانین و نیز رویه عملی خود را به گونه ای اصلاح نماید که از تکرار جرم جلوگیری شود. این راهبرد در کشورهای مثل ایالت متحده آمریکا (۱۹۸۴) و فرانسه (۱۹۹۱) مورد اقبال واقع شد (اشتیاق، وحید، همان، صص ۲۶۰-۲۵۷)

^۴. Community Service

^۵. Adverse Dubility

^۶. Disqualification from government contract

^۷. همچون حالتی که شخص حقوقی خطمشی خود را تغییر داده و صرفاً در جهت ارتكاب جرم فعالیت کند.



یا شدید باشد. اما تحکمی که قانون‌گذار به اعمال آن در همه موارد حتی اگر جرم برای بار اول ارتکاب یافته باشد، قدری سخت‌گیرانه به نظر می‌رسد.

۳-۵. پذیرش عام مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی^۱

سرانجام مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران با اذعان بر اهلیت جنایی اشخاص مزبور در قبال عموم جرایم از سوی مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی، مورد پذیرش قرار گرفت تا تکلیف یکی از چالش‌برانگیزترین موضوعات حقوق کیفری روشن گردد و به سال‌ها مجادله و منازعه حقوقی و علمی در این عرصه، پایان داده شود. البته در نسخه اولیه لایحه‌ای که در نهایت منجر به تصویب مقرر مزبور شد، فقط یک ماده (۶-۱۱۳) را با این عبارت: «مجازات‌های مالی و محرومیت از حقوق قابل تسری به اشخاص حقوقی است بدان معنا که جرایم ارتكابی به‌وسیله سازمان‌ها و نمایندگان آن‌ها که در راستای اجرای نمایندگی و وظایف مربوطه انجام گرفته است به حساب اشخاص حقوقی گذاشته خواهد داشت و ترتیب و مقدار و نحوه اجرای آن را قانون مشخص می‌کند. مسئولیت اشخاص حقوقی نافی مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب یا معاون نمی‌باشد»، به موضوع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی اختصاص یافته بود. گرچه درج این ماده در لایحه مجازات اسلامی به واسطه مسبوق به سابقه نبودن موضوع آن از ویژگی‌های برجسته و از نوآوری‌های مهم آن تلقی می‌شود، اما ناگفته پیداست که با تخصیص یک ماده نمی‌توان به ابعاد مختلف موضوع پرمناقشه‌ای چون مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پرداخت و زوایای تاریک آن را روشن ساخت. شتاب‌زدگی مقنن در تنظیم این ماده را می‌توان به خوبی از عدم درج صریح

۱. ذکر این مطلب خالی از اهمیت نیست که بسیاری از کشورهای اسلامی مدت‌ها قبل از ایران نسبت به پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی اقدام کرده‌اند. به عنوان نمونه در بند دوم ماده ۲۰۹ قانون مجازات سوریه مصوب ۱۹۴۹ و ماده‌ی ۸۰ قانون مجازات عراق مصوب ۱۹۶۹، مسئولیت کیفری شخص حقوقی پذیرفته شده است.



عنوان "مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی" در متن آن احراز کرد.^۱ بسنده کردن به دو مجازات مالی و سالب حق و عدم توجه به طیف دیگر مجازات ها و واکنش های مناسب دیگر مثل تعلیق مجازات، خدمات اجتماعی، اعلان حکم محکومیت، تعطیلی موقت، انحلال، الزام به اصلاح سازمان و خط مشی، تکلیف به شناسایی و تنبیه افراد خاطی، عدم تفکیک بین اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، عدم جامعیت ضوابط انتساب جرم به شخص حقوقی، از دیگر ایراداتی است که متوجه این ماده است. این واقعیت موجب شد که در تصویب نهایی، چهار ماده (مواد ۲۰ تا ۲۲ و ۱۴۳) و یک تبصره (ذیل ماده ۱۴) به موضوع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی تخصیص یابد و بخشی از نواقص مارالذکر مرتفع گردد. با این همه، به گونه ای که خواهیم دید، مواد مذکور نیز قادر نیستند برای پیچیدگی های حاکم بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پاسخ قانع کننده ای داشته باشند. با این وصف، تضمینی وجود ندارد که رویه قضایی در عمل با چالش مواجه نشود. این که قانون گذار نشان دهد که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به رسمیت شناخته است، کفایت نمی کند؛ بلکه باید علاوه بر آن، از بطن مواد اختصاص داده به این موضوع، مبانی مسئولیت کیفری، معیار اسناد جرم، جرایم قابل انتساب، مجازات های قابل اعمال، عوامل و اسباب مؤثر در رفع مسئولیت کیفری، دسته بندی و درجه بندی اشخاص حقوقی،^۲ اسباب و کیفیات مشدد، و محففه و ضوابط حاکم بر دادرسی را نیز نشان می داد. متأسفانه قانون مجازات اسلامی جدید، از پتانسیل لازم برای تأمین همه

۱. البته این به این معنا نیست که ماده مورد بحث، اعتقادی به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی ندارد. چرا که فلسفه و هدف از وضع آن، پذیرش این مسئولیت بوده است. تحمیل مجازات مالی و محرومیت از حقوق بر اشخاص حقوقی (صدر ماده) دلیل آشکاری بر مسئولیت کیفری آنان است.

۲. توضیح اینکه شایسته است اشخاص حقوقی براساس ماهیت، نوع، فعالیت، میزان سرمایه، دامنه گستردگی فعالیت از حیث درون مرزی و برون مرزی و گستره جغرافیایی تشکیلات سازمانی، دسته بندی و درجه بندی شوند و ضوابط حاکم بر جرایم قابل انتساب به آنان تبیین گردد تا امکان گزینش و اعمال مجازات استحقاقی و مناسب فراهم شود. بدیهی است که تحقق این هدف منوط به پیش بینی طیف گسترده ای از ضمانت اجراهاست.



دغدغه‌های مذکور برخوردار نیست. برای روشن شدن این مطلب مذاقه در مواد مرتبط با این موضوع در این مجال خالی از اهمیت نیست.

قانون مجازات اسلامی در خلال تبیین شرایط مسئولیت کیفری - فصل اول از بخش چهارم - ماده (۱۴۳) خود را متوجه اشخاص حقوقی نموده و اشعار می‌دارد: «در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست».

آن‌چنان که ملاحظه می‌شود اساس پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از سوی این ماده دکتین مسئولیت مافوق و کارفرما^۱ می‌باشد. وفق این دکتین، اشخاص حقوقی به خاطر اعمال هریک از نمایندگان خود مشروط بر این‌که جرم آن‌ها در حیطه وظیفه استخدامی و به قصد نفع رساندن به اشخاص مزبور صورت پذیرد، مسئول خواهند بود. اندیشه موصوف که ریشه در نظام کیفری آمریکا دارد، در مقام تنویر این واقعیت است که اعمال و اغراض مجرمانه اشخاص حقوقی از طریق نمایندگان‌شان تجلی و نمود می‌یابد. در نتیجه، نه فقط جرایم با مسئولیت مطلق^۲، بلکه جرایم نیازمند عنصر روانی نیز که از ناحیه نمایندگان اشخاص حقوقی ارتکاب می‌یابد به آن متسبب می‌شوند.^۳

هرچند دکتین مورد بحث، نسبت به دکتین مسئولیت نیابتی - مسئولیت برخاسته از اعمال کارکنان - و تضییق دکتین شخصیت ثانوی^۴ - مسئولیت برخاسته اعمال مدیران و کارمندان عالی اداری، مدیریتی - متعادل‌تر است اما نظام کیفری را بی‌نیاز از رجوع به سایر نظریه‌ها نمی‌سازد. زیرا نمی‌توان در همه فروض بر پایه این راهبرد، بین جرم ارتكابی و شخص حقوقی، رابطه انتساب را برقرار ساخت. به عنوان مثال، در حالتی که ضرورت دارد تقصیر

^۱. Superior Respondent Doctrine

^۲. Offences of Strict Liability

^۳. Gardner, Thomas, J. Anderson & Terry M, Op. Cit, p. ۲۰۴

^۴. Alter ego / Identification



تعدادی از مدیران را جمع نمود و بر آن اساس شخص حقوقی را مسئول شناخت، می توان از دکترین تقصیر جمعی بهره جست.^۱ یا زمانی که نمی توان قصد مجرمانه را از شخص یا اشخاص حقیقی به شخص حقوقی تنزل داد - به شرحی که در سطور قبل آمد- دکترین مسئولیت براساس سیاست شخص حقوقی، ضابطه ای مناسب بر اسناد جرم به شخص حقوقی به شمار می رود.^۲ متأسفانه مندرجات ماده مورد بحث، از جامعیت لازم برای پاسخ به موارد مذکور برخوردار نمی باشد.

چندانکه گفته شد، اعمال نماینده قانونی زمانی مسئولیت کیفری را بر شخص حقوقی بار می کند که توأمان واجد دو شرط باشد: اول این که، به نام شخص حقوقی مرتکب جرم شود؛ دوم این که، جرم ارتكابی در جهت سود و منفعت شخص مزبور صورت پذیرد. کما این که قانون گذار در بخش تعزیرات (ماده ۷۴۷) در قبال جرایم رایانه ای اشخاص حقوقی به اجتماع این دو شرط تصریح کرده است. اما ماده (۱۴۳) قانون مجازات اسلامی، با قرار دادن حرف ربط (یا) بین عبارت "به نام" و عبارت "در راستای منافع آن"، وجود یکی از دو شرط موصوف را برای تحقق مسئولیت کیفری شخص حقوقی کافی دانسته است. به نظر می رسد درج حرف ربط (یا) در این ماده، نه بیان گر اعتقاد قانون گذار، بلکه یک اشتباه تاییدی باشد که ضرورت دارد رفع شود. چه اگر جز این بود در ماده (۷۴۷) نیز از حرف ربط (واو) استفاده نمی شد. هرچند این ماده ناظر به جرایم رایانه ای است؛ اما شرایط مندرج در آن در مقام چگونگی انتساب جرم به اشخاص حقوقی به عنوان یک قاعده است و رایانه ای بودن جرم فاقد خصوصیت خاصی است که شرایط مزبور منحصر به آن باشد.

همان گونه که گفته شد، نظام های واجد سابقه در عرصه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی - چون فرانسه و آمریکا - بنا به دلایلی که ذکر شد، از پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی - به جز آن دسته که متکفل اعمال تصدی هستند - امتناع ورزیده

^۱. Aggregation

^۲. Foerschler, Ann, corporate Criminal Intent: Toward A Better Understanding Of Misconduct, California Law Riverw, ۷۸, ۱۹۹۰, p. ۱۳۰۲



اند. اشاره ماده (۱۴۳) قانون مجازات اسلامی به مطلق شخص حقوقی و عدم تفکیک آنها محل انتقاد است که خوش بختانه اطلاق مزبور توسط تبصره (۲۰) این قانون با عبارت: «مجازات موضوع این ماده در مورد اشخاص حقوقی، دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می کنند، اعمال نمی شود»، مقید گردیده است. به طوری که مشاهده می شود، قانون گذار با تأسی از نظام های مذکور، ضمن تفکیک بین انواع اشخاص حقوقی حقوق عمومی با رویکردی واقع گرایانه، اعمال مجازات بر اشخاص حقوقی تصدی گر را ممکن دانسته است.^۲

از جمله موضوعات مهم حوزه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، بحث دفاعیات است که به هیچ عنوان مطمح نظر مجازات اسلامی قرار نگرفته است. اشخاص حقوقی می بایست این امکان را داشته باشند تا در دفع انتساب مسئولیت به خود، ابراز ادله کنند. این اشخاص باید فرصت یابند با اثبات این که کوشش لازم را برای ممانعت از ارتکاب جرم به کار بسته اند و اعمال و افعال نمایندگان و اشخاصی که در رأسشان قرار دارند، بیان گر شیوه انجام تکالیف و انعکاس سیاست آنها نبوده است، از مسئولیت کیفری مبرا شوند. بدیهی است این مقررۀ نارسا، توان تأمین دغدغه های مزبور را نداشته و در قبال بسیاری از سؤالات

۱. روح الامینی، محمود، پیشین، صص ۱۴۰-۱۳۹ و حسین جانی، بهمن و مسعود مظاهری تهرانی، پیشین، صص ۱۲۲-۱۰۹

۲. گفتنی است، پیش تر تبصره ماده ۲۰ مقررۀ مورد بحث (در قالب لایحه) که در تاریخ ۱۳۸۸/۱۰/۹ به شورای نگهبان ارسال گردید، به این نحو تنظیم شده بود که: «اعمال مجازات موضوع این ماده در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی و یا اشخاص حقوقی که به موجب قانون خاص ایجاد شده اند، ممکن نیست». سپس شورای نگهبان در تاریخ ۸۸/۱۰/۲۹ با این نظر که: «اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی شامل اشخاص حقوقی می شوند که تصدی گری می کنند نه حاکمیت»، اعتقاد خود را بر امکان اعمال مجازات بر اشخاص اخیر اعلام می کند. متأسفانه در آن نسخه از لایحه که در تاریخ ۱۳۹۰/۹/۲۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، تبصره ماده ۲۰ به جای اصلاح، به کلی حذف گردید. اما در نهایت مرجع مزبور در نسخه ای که در تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۸ به شورای نگهبان ارسال نمود، ضمن احیای مجدد تبصره موصوف، نظر شورای نگهبان را با درج این عبارت: «مجازات موضوع این ماده در مورد اشخاص حقوقی حقوق دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می کنند، اعمال نمی شود»، تأمین نمود و النهایه همین عبارت در قانون جدید انتشار قید گردیده است. (www.Shora-gc.ir)



دیگر نیز پاسخ گو نیست؛ از جمله این که، عوامل و اسباب مؤثر در توجیه و رفع مسئولیت کیفری اشخاص کدامند؟ آیا می توان در این خصوص به ضوابط و قواعد ناظر به اشخاص حقیقی تکیه زد یا با توجه به ویژگی های این اشخاص، باید طرحی نو در انداخت و به معیارهای دیگری رجوع کرد؟

مطلب دیگر این که، ماده (۱۴۳) قانون مورد بحث، با ذکر این عبارت که: «شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود». مسئولیت شخص حقوقی را متوقف بر احراز جرم از سوی شخص حقیقی مقصر - نماینده قانونی - می داند. به عبارت اخری، قانون گذار در این ماده نشان داده که قایل به تنزل قصد و رفتار مجرمانه شخص حقوقی به قصد و رفتار نماینده قانونی خود است. این راه کار تا زمانی که شناسایی فرد مقصر با مشکل روبرو نشود کارآمد است. اما در مواقعی که گستردگی شخص حقوقی و پیچیدگی ساختار آن، شناسایی مقصر حقیقی را غامض و گاه غیر غیرممکن می سازد، اثربخش نبوده و منجر به عدم مجازات شخص حقوقی و مآلاً تضعیف دفاع اجتماعی می شود. برای احتراز از این مشکل، راهکار آن است که صرف نظر از شناسایی یا عدم شناسایی فرد مقصر، قصور سیستم و ساختار فعالیت و روند تصمیم گیری در شخص حقوقی را معیار مسئولیت کیفری آن دانست. چندان که شورای اروپا نیز بر همین پایه در اصول راهنمای خود عنوان می دارد: «مسئولیت کیفری شرکت ها می بایست بدون این که آیا می توان یک شخص حقیقی را (به عنوان مقصر) شناسایی کرد، تحمیل شود»^۱.

۱. افزودنی است، شورای اروپا در سال ۱۹۸۳ کمیته اقتصادی را برای بررسی امکان و به مصلحت بودن ایجاد اصل مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی تشکیل داد. هدف از این کار تنظیم مقررات و متحدالشکل کردن مقررات دولت های عضو شورای اروپا در زمینه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بود. این شورا در سال ۱۹۸۸ ضمن تدوین اصول راهنما از کشورهای عضو خواست که رشد و توسعه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را در دستور کار خود قرار دهند.

(Criminal Low Convention on Corrouption, available at : < http: // www. Conventions. Coe. Int/ treaty/ en/html/۱۷۳.Htm



سؤال قابل طرح دیگر ناظر به مسئولیت یا عدم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حال تشکیل و اشخاص حقوقی در حال تصفیه است که در پاسخ باید اظهار داشت، در مورد حالت اول به نظر می‌رسد با توجه به این‌که این اشخاص در وضعیت موصوف، هنوز موجودیتی به دست نیاورده‌اند، نتوان قایل به مسئولیت کیفری بر آنها بود. اما در مورد حالت دوم، باید گفت از آنجا که شخصیت حقوقی این اشخاص در طول دوره تصفیه محفوظ است (ماده ۲۰۸ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت)، می‌توان بر مسئولیت کیفری آنان معتقد بود. وضعیت بغرنج‌تر در حالت ادغام اشخاص حقوقی جلوه می‌نماید. چنانچه دو شخص حقوقی در یکدیگر ادغام شوند آیا شخص حقوقی جدید در برابر جرایم ارتكابی هر یک از دو شخص حقوقی قبل از ادغام مسئولیت کیفری دارد؟ پاسخ به این سؤال مزبور چندان آسان نیست. چرا که در این حالت شاهد پدید آمدن شخص حقوقی واحد و جدید هستیم که از خود رفتار مجرمانه‌ای بروز نداده است. با این همه به نظر می‌رسد با توجه به این‌که شخصیت پیشین اشخاص حقوقی مجرم در قالب شخص حقوقی جدید نمود یافته است، می‌توان بر بقای مسئولیت کیفری آنان معتقد بود و اگر نه، ادغام بهانه مناسبی خواهد بود تا این اشخاص بتوانند از زیر بار مسئولیت شانه خالی کنند.^۱ همان‌طور که ملاحظه می‌شود، قانون مجازات اسلامی قادر نیست با بضاعت اندک خود، قادر نیست برای صور و حالات موصوف راهکاری مناسب و راجع به سؤالات مذکور پاسخ روشنی ارائه کند.

مسأله قابل بیان دیگر اشاره به اشخاصی است که از نظر قانونی نماینده محسوب نمی‌شوند اما از سوی شخص حقوقی اختیاراتی به آنان تفویض شده است. حال اگر توسط این اشخاص در راستای منافع شخص حقوقی جرمی ارتكاب یابد، با توجه به ضوابط ماده (۱۴۳) مجازات اسلامی از حیث کیفری مسئولیتی متوجه شخص حقوقی نخواهد بود زیرا از نظر این ماده، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در پرتو جرم ارتكابی از ناحیه نماینده قانونی آن تجسم می‌یابد. با این وصف، جهت آن‌که اشخاص حقوقی از خلأ حاکم بر این

^۱. اشتیاق، وحید، پیشین، صص ۲۴۲-۲۴۱



مقرر برای ارتکاب جرم سوءاستفاده نکنند، اقتضا دارد با از میان برداشتن تمایز فوق، اقدام به توسعه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قبال اداره کنندگان بدون سمت قانونی نمود. مطلب دیگر این که ماده (۱۴۳) قانون مجازات اسلامی، ضمن پذیرش صریح مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با به کار بردن عبارت "مرتکب جرمی شود"، آنان را قادر به ارتکاب همه بزه هایی دانسته که اشخاص حقیقی می توانند مرتکب شوند. در واقع قانون گذار با این اقدام از اصل عام بودن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پیروی کرده است. این اطلاق، جرایم عمدی، غیرعمدی، شرعی و تعزیری را پوشش می دهد. این در حالی است که انتساب جرایم شرعی به اشخاص حقوقی چه به واسطه طبع فردمدارانه آنها - مثل زنا و شرب خمر- و چه به دلیل مجازات آنها - مثل قصاص برای قتل عمد - به اشخاص حقوقی میسر نیست؛ مگر در مورد جنایاتی که مستلزم پرداخت دیه است. البته باید افزود نحوه تنظیم این قسمت از ماده که اشعار می داد: «نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود...». در خصوص مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قبال جرایم غیرعمدی بی ابهام نیست. چه، اگر ارتکاب جرم به قصد منفعت شخص حقوقی به معنای انحصار مسئولیت او در قبال جرایم عمدی باشد، مسئولیت کیفری جرایمی که به واسطه بی احتیاطی یا بی مبالاتی نماینده شخص حقوقی رخ دهد متوجه خود اوست ولو اینکه در پی تقصیر وی منفعی هم عاید شخص حقوقی شده باشد. اما نظر به این که بسیاری از جرایم اشخاص حقوقی در حوزه حمل و نقل، بهداشت، صنعت، محیط زیست و محیط کار، متعاقب عدم رعایت نظامات، بی احتیاطی و بی مبالاتی آنان رخ می دهد، بعید است که مقصود قانون گذار از درج عبارت مزبور، مستثنی کردن مسئولیت اشخاص حقوقی در قبال جرایم غیر عمدی باشد. بنابراین جهت جلوگیری از بروز هرگونه شبهه در این زمینه، شفاف کردن متن ماده و عبارت مورد اشاره، چندان که روشن کننده مقصود مقنن باشد ضروری به نظر می رسد.



پیرامون مجازات‌های اشخاص حقوقی نیز باید گفت، قانون مجازات اسلامی، نسبت به پیش‌نویس اولیه که فقط به دو واکنش یعنی، مجازات‌های مالی،^۱ و محرومیت از حقوق^۲ اشاره کرده بود، موسع‌تر عمل کرده است. انحلال،^۳ ممنوعیت دایم یا موقت از فعالیت‌های شغلی،^۴ ممنوعیت دایم یا موقت از فراخوان افزایش سرمایه،^۵ ممنوعیت موقت از صدور برخی از اسناد تجاری،^۶ جزای نقدی،^۷ مصادره اموال،^۸ انتشار حکم محکومیت،^۹ طیفی از مجازات‌های مناسب با طبع اشخاص حقوقی هستند که در مواد (۲۰ الی ۲۲) قانون به آن‌ها اشاره شده است.

تدقیق و تحلیل ضمانت اجرای مذکور با توجه به مؤلفه‌هایی چون اهمیت آن‌ها، تأمین اهداف مجازات‌ها، نوظهور بودن موضوع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در لایحه مجازات اسلامی، نیازمند پژوهشی در خور و مستقل است که ایجاب می‌نماید مطمح‌نظر محققین و حقوق‌دانان پژوهشگر قرارگیرد. با این همه ذکر چند نکته در این مجال خالی از اهمیت نیست. اول این‌که، هر چند رویکرد لایحه در تنوع بخشی به ضمانت اجراها که بر پایه اهتمام به سرشت، گوناگونی و پیچیدگی‌های خاص اشخاص حقوقی صورت پذیرفته است، منطقی و قابل دفاع به نظر می‌رسد، اما شایسته بود که از دیگر تدابیر مهمی چون مراقبت قضایی،^{۱۰} تعلیق مجازات،^{۱۱} خدمت اجتماعی،^{۱۲} الزام به اصلاح سیستم جرم‌زا^{۱۳} -

^۱ Financial Punishments

^۲ Deprivation of right

^۳ Dissolution

^۴ Prohibition of Professional activity

^۵ Ban for call of Capital increase

^۶ Temporary ban on the issuance of Commerical certificates

^۷ Fine

^۸ Expropriation of Property

^۹ Adverse Publicity

^{۱۰} Judicial Care

^{۱۱} Probation

^{۱۲} Community Service

^{۱۳} Remedial order



خاصه به عنوان شرط تعلیق - نیز استفاده می شد تا از این رهگذر بستر مناسب تری برای تحقق هدف اصلاحی^۱ ضمانت اجراها، دفاع اجتماعی و حمایت از بزه دیدگان فراهم شود. دوم این که، اشاره بند (۴) از ماده (۲۰) قانون به یکی از ضمانت های اجرا یعنی ممنوعیت از اصدار اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال، باید منصرف از صدور چک هایی گردد که پرداخت آن ها تضمین شده است. سوم این که، معلوم نیست چرا قانون گذار از ضمانت اجرای تعطیلی موقت استفاده نکرده است، حال آن که به مجازات شدیدتر از آن - انحلال - اشاره کرده است؟ پیش بینی تعطیلی موقت - کوتاه مدت و بلند مدت - و اعمال آن در جایی که نیازی به انحلال نیست، ضروری به نظر می رسد. همان گونه که در ماده (۷۴۷) بخش تعزیرات همین قانون در باب مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قبال جرایم رایانه ای نیز پیش بینی شده است. به علاوه، شایسته بود که جزای نقدی با میزان درآمد و گردش مالی شخص حقوقی مقید می گردید.

ابهام های مذکور و خلأهای مورد اشاره، به اضافه روشن نبودن چگونگی اعمال قواعد تکرار جرم، تعدد جرم، تعلیق مجازات، اعاده حیثیت و آیین دادرسی در خصوص اشخاص حقوقی مؤید این واقعیت است که گام برداشته شده از سوی قانون گذار در وادی پذیرش مسئولیت کیفری آنان، به رغم درخور بودن، ناقص است. قانون گذار با تخصیص فقط چهار ماده به تأسیس نوظهور، پیچیده و پرابهام مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، نشان داده است که اقدام مؤثری جز به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری این اشخاص نکرده است. حال آنکه ضرورت داشت به طور دقیق به آثار پذیرش این مسئولیت و تبعات آن توجه می نمود و با تخصیص موادی متعدد و حتی با تصویب قانونی خاص، ابعاد مختلف مسئله را روشن می ساخت.

^۱. Reformation / Rehabilitation



برآمد

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از جمله موضوعات پرمناقشه همه نظام‌های حقوقی است. آن دسته از نظام‌هایی که در تکاپوی پذیرش این مسئولیت به سر می‌برند، ناگزیرند پاسخ قانع‌کننده‌ای در برابر شبهات مطروحه از سوی مخالفان در خصوص چگونگی انتساب جرم به اشخاص حقوقی داشته باشند. همچنین مشخص کنند که چه جرایمی از سوی این اشخاص قابل ارتکاب و چه مجازات‌هایی علیه آنان قابل اعمال است؟ نقض اصلی شخصی بودن مجازات‌ها و موانع آیین دادرسی از دیگر دغدغه‌هایی است که تا پاسخ قانع‌کننده‌ای به آن داده نشود و راه‌کار عملی برای آن اندیشیده نگردد، پذیرش این **مسئولیت را دشوار خواهد ساخت**. آن دسته از نظام‌هایی که از مدت‌ها پیش به جنبش پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پیوسته و جایگاه آن را در مجموعه قوانین کیفری خود تثبیت نموده‌اند در زمینه آثار پذیرش این مسئولیت و توسیع دامنه آن به عموم جرایم و نیز در تنوع بخشی به ضمانت اجراها، همچنان در تکاپو به سر می‌برند. نظام حقوقی ایران در خلال سال‌های طولانی ۱۳۰۴ الی ۱۳۸۸، هیچ‌گاه نسبت به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به‌عنوان یک دغدغه اصلی ننگریست و در مقام قاعده‌مندسازی آن برنیامد؛ جز آن‌که به صورت استثنایی، موردی و غیر روشمند نسبت به ارتکاب برخی جرایم از سوی برخی از اشخاص حقوقی تن به پذیرش آن داد؛ تا این‌که با تصویب قانون جرایم رایانه‌ای در تاریخ ۱۳۸۵/۳/۵، اولین گام در جهت رسمیت بخشیدن و قاعده‌مند نمودن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قبال جرایم رایانه‌ای برداشته شد. سپس با تصویب قانون مجازات اسلامی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به صورت عام پذیرفته شد. بی‌تردید، پذیرش فراگیر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، نشان از درک بالای قانون‌گذار نسبت به واقعیت قضایی و جرم‌شناسی این اشخاص دارد. این نوشتار ضمن بررسی دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران بر موادی از قانون



مذکور (مواد ۲۰ الی ۲۲ و ۱۴۳)، که به این امر اختصاص یافته، تمرکز نموده که ماحصل آن، استخراج خلأها، نواقص و ارائه راه کارهای فروگشا به ترتیب ذیل است:

۱- سؤالات، ابهامات و دغدغه های موجود در زمینه آثار و ابعاد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی فراتر از آن است که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تنها با اختصاص چهار ماده یارای پاسخ گویی به آنها را داشته باشد. اهمیت موضوع ایجاب می نماید که با تخصیص موادی بیشتر یا حتی تدوین قانونی مستقل، به زوایای ماهوی و شکلی این مسئولیت به نحو عمیق تری پرداخته شود.

۲- قانون مجازات اسلامی بی هیچ قیدی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را نسبت به مطلق جرایم ممکن دانسته است. با توجه به این که ارتکاب برخی از جرایم چه به واسطه ذات انسانی آنها و چه به دلیل مجازات انسانی آنها از سوی اشخاص حقوقی میسر نیست، مقید نمودن اطلاق مزبور ضروری است.

۳- عبارت «در راستای منافع آن - شخص حقوقی - مرتکب جرمی شود» ماده (۱۴۳) قانون مجازات اسلامی، ارتکاب جرایم عمدی از سوی اشخاص حقوقی را به ذهن متبادر می سازد. آیا قانون گذار اعتقادی به ارتکاب جرایم غیر عمدی از سوی آنها ندارد؟ آیا خطا و تقصیر منجر به محیط خطر از سوی اشخاص مزبور در زمینه های مختلف کار، بهداشت، تولید، حمل و نقل تنها موجب مسئولیت مدنی است؟ یا این که قانون گذار از عبارت مزبور چنین مقصودی ندارد؟ به شرحی که آمد، پذیرش مسئولیت اشخاص حقوقی مسبوق به اعتقاد به وجود رکن روانی اعم از عمد و خطا در نزد این اشخاص است و از آنجاکه بسیاری از جرایم بر پایه خطا و تقصیر به منصه ظهور می رسند، مسئول دانستن اشخاص حقوقی در این زمینه همچون اشخاص حقیقی اجتناب ناپذیر است. در هر صورت ابهام زدایی از ماده مزبور جهت شفاف شدن موضع قانون گذار واجد اهمیت است.

۴- ماده (۱۴۳) قانون مورد بحث در بیان شرایط تحقق مسئولیت کیفری شخص حقوقی اشعار می دارد: «..... نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب



جرمی شود.» از آنجا که اجتماع هر دو شرط مذکور برپایه تحقق مسئولیت اشخاص حقوقی ضرورت دارد. تبدیل حرف ربط (یا) به حرف (و) منطقی‌تر است.

۵- ماده (۱۴۳) قانون مورد ذکر، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را متوقف بر احراز ارتکاب جرم از سوی نماینده قانونی نموده است. هر چند این ضابطه ناصحیح نیست، اما پاسخ‌گوی فرضی که نه تقصیر یک نماینده، بلکه سیاست و خط‌مشی حاکم بر سازمان یک شخصیت حقوقی جرم‌زا می‌باشد، نیست. از این رو توصیه می‌شود در خصوص مسئولیت آن دسته از اشخاص حقوقی که ساختاری پیچیده و غیرمتمرکز دارند، چندان‌که نتوان در همه موارد قصد مجرمانه آنها را به شخص حقیقی (نماینده) تنزل داد، از دکترین "مسئولیت براساس سیاست/ اشخاص حقوقی" استفاده نمود.

۶- پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مقتضی تعیین تکلیف نسبت به آثار آن در موارد متناهی چون اعاده حیثیت، تکرار جرم، تعدد جرم، تعلیق اجرای مجازات، علل رافع مسئولیت و علل موجه جرم و به‌طور کلی دفاعیات است که در قانون مزبور به آنها وقعی نهاده نشده است. تعیین تکالیف در خصوص این موارد جهت روبرو نشدن رویه قضایی با چالش، ضروری است.

۷- تصریح ماده (۱۴۳) این قانون به "نماینده قانونی" موجب خواهد شد تا اشخاص حقوقی با تفویض مسئولیت به اشخاصی که از نظر قانون نماینده محسوب نمی‌شوند از مسئولیت کیفری رها شوند. جهت جلوگیری از بروز این معضل، به نظر می‌رسد منطقی باشد که توسعه مسئولیت کیفری این اشخاص به واسطه اعمال اداره‌کنندگان بدون سمت قانونی آنها نیز مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد.

۸- ضمانت‌اجراهای پیش‌بینی شده در ماده (۲۰) این قانون فاقد جامعیت است. تعطیلی موقت، نظارت قضایی، الزام به اصلاح سیستم و وضعیت جرم‌زا، کار عام‌المنفعه و خدمات اجتماعی از دیگر واکنش‌های اصلاح‌گرایانه‌ای است که مورد توجه واقع نشده‌اند. همچنین مقتضی است که جزای نقدی متناسب با درآمد و گردش مالی هر شخص حقوقی تعیین می‌گردد.



۹- توجه به وضعیت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حال تشکیل، در حال تصفیه و اشخاص حقوقی ادغام شده نیز حایز اهمیت است. موجودیت نداشتن اشخاص نخست، نفی مسئولیت کیفری آنها را در پی دارد. بقای شخصیت حقوقی اشخاص نوع دوم در مرحله تصفیه، بقای اهلیت جنایی آنان را در پی دارد. در خصوص مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پس از ادغام نیاز نیز به نظر می رسد با توجه به تجلی شخصیت حقوقی شخص مجرم در قالب شخصیت حقوقی جدید و برای جلوگیری از سوءاستفاده اشخاص حقوقی از ترفند ادغام برای فرار از مسئولیت، بتوان قایل به مسئولیت کیفری آنان بود. به هر حال وضوح موضع قانون گذار در این موارد نیز ضروری است.



منابع

الف) منابع فارسی

- ابوالحمد، عبدالحمید؛ حقوق اداری، جلد اول، چاپ چهارم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۳.
- اردبیلی، محمد؛ حقوق بین‌المللی کیفری، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- اردبیلی، محمد؛ حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ بیست و چهارم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- اشتیاق، وحید؛ مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، رساله دکترا، مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۸۶.
- بیگدلی، محمدرضا؛ حقوق بین‌المللی عمومی، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳.
- علی؛ حقوق مدنی ایران، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، چاپ پنجم، خانه مجلس ۱۳۳۹.
- پرویزی، رضا؛ معاهده پالرمو علیه جرایم سازمان یافته فرا ملی، نشریه امنیت، سال چهارم، شماره ۱۸-۱۷، ۱۳۷۹.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر، اندیشه‌های حقوقی، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۹۱.
- حسنی، حسن؛ مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قتل و صدمات بدنی در حقوق ایران و استرالیا، رساله دکترا، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۸۹-۱۳۸۸.
- حسنی، محمد حسن؛ مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
- حسین جانی، بهمن؛ مظاهری تهرانی، مسعود؛ اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، تهران، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.



- خدابخشی، عبدالله؛ نقش قواعد مدنی در شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۷، تابستان ۱۳۸۷.
- ۱۴- خوانساری، محمد؛ دوره منطق صوری، چاپ نوزدهم، جلد اول و دوم، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۸۷.
- ۱۵- دوپویی، پی یر ماری؛ جرم بین‌المللی دولت، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله حقوقی، دفتر خدمات بین‌المللی، شماره ۲۱، ۱۳۶۹.
- ۱۶- رزق، فؤاد؛ الاحکام الجزائیة العامة، طبعه جدیدة منقحه، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸ م.
- ۱۷- روح الامینی، محمود؛ دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی فرانسه، مجله فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۶، بهار ۱۳۸۷.
- ۱۸- زمانی، قاسم؛ تأملی بر مسئولیت بین‌المللی سازمان‌های بین‌المللی، مجله حقوقی، دفتر خدمات بین‌المللی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶.
- ۱۹- زیبر، اولریش؛ جرایم رایانه‌ای، ترجمه‌ی محمدعلی نوری، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
- ۲۰- ستوده تهرانی، حسن؛ حقوق تجارت، چاپ بیست و یکم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
- ۲۱- شایگان، علی؛ حقوق مدنی ایران، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، چاپ پنجم، خانه مجلس، ۱۳۳۹.
- ۲۲- صفار، محمد جواد؛ شخصیت حقوقی، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۰.
- ۲۳- عیسایی تفرشی، محمد؛ مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۶.
- ۲۴- فرج الهی، رضا؛ جرم‌شناسی و مسئولیت کیفری، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.



- ۲۵- فرج الهی، رضا؛ مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- ۲۶- کیوتو، ان؛ مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ژاپن، ترجمه، اسماعیل عبداللہی، مجله حقوقی دادگستری شماره ۴۵، زمستان ۱۳۸۲.
- ۲۷- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه؛ مجموعه نشست‌های قضایی (۱)، مسایل قانون مجازات اسلامی (۱)، چاپ اول، قم، انتشارات معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲.
- ۲۸- موسوی مجاب، سید درید؛ نقش اراده در مسئولیت کیفری با رویکردی به نظام حقوقی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۸.
- ۲۹- میر سعیدی، سید منصور؛ مسئولیت کیفری، تهران، جلد اول، چاپ سوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰.
- ۳۰- نوربها، رضا؛ زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، چاپ سی و سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱.

ب) منابع انگلیسی

- Cremona, Marise. Herring, jonathan : *Criminal Low* (London : Macemillan, ۱۹۹۸).
- Gardner, Thomas J.Anderson, Terry M. : *Criminal Law* , New York: Wadswarth, ۲۰۰۰.
- Gotzmann, Nora, Legal Personality of the Corporastion and Internation Criminal Low : Global : Corporate Human Rishts Abuses and the Rome Statute, University of Queensland jornal, Vol. ۱, No ۱, ۲۰۰۹ . Available att: < [http: ww.Law. Uq. Edu. Aulqlsr](http://ww.Law. Uq. Edu. Aulqlsr).
- Hetzer, Wolfgang , *Corruption as Business Practic? Corporate Criminal Liability in the Eutopean Union*, ۲۰۰۷, Avalable at: [www. brill. nl/ eccl](http://www.brill.nl/ eccl).
- Radvic, Stajanka & others, *Liabity of Legal Person for Criminal Offences*, Vol, ۷, No. ۸, ۲۰۱۰.



دگرگونی های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی ... / ۱۸۳

-Thomas j. Gardner, Terry M.Anderson, *Criminal Low* (New YORK: WARDS), ۲۰۰۰.

-Wagner, Markus, Corporate Criminal Libility National and International Responses, ۱۹۹۹.

-Wells, Celia, *Corporations and Ciminal Liabity*, ۱۹۹۳.

۳۹-Wheelwright, Karen, *Proseruting Corporations and Officers for Industrial Manslaughter*- Recent Australian Developments, ۲۰۰۲

-www.wip.int/wipplex len text. jsp? file_id=۲۴۳۲۳۷

-www.dhrd.info/pdfs/lwo-i.pdf

-www. Conventions. Coe. Int/ treaty/ en/html/۱۷۳.Htm

ضابطه کنترل در نظام مسئولیت بین‌المللی؛ وحدت یا تعارض

رویه قضایی بین‌المللی

دکتر امیر حسین ملکی زاده*

چکیده

اتخاذ رویه‌های گوناگون از سوی مراجع قضایی بین‌المللی در زمینه ضابطه کنترل، نشان از تعارض رویه قضایی بین‌المللی در این موضوع است. موضوع کنترل در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا، به صراحت مطرح شده است. دیوان در این قضیه، معیارهای مربوط به کنترل را مورد بررسی قرار داد. در قضیه نسل‌زدایی، دیوان مجدداً به این موضوع پرداخت؛ در حالی که دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق به شیوه‌ای متفاوت به ضابطه کنترل توجه کرد. چالش رویه دیوان بین‌المللی دادگستری از سوی دادگاه کیفری یوگسلاوی در این موضوع، حائز اهمیت است. بررسی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نشان می‌دهد دیوان در خصوص ضابطه کنترل در قضایای مختلف رویه‌ای واحد پیموده و در رویارویی با چالش‌های رویه خود توسط سایر مراجع حل و فصل اختلاف، بر رویه خود تأکید کرده است. ضابطه کنترل مؤثر در زمینه مسئولیت بین‌المللی قابل طرح است؛ اما ضابطه کنترل کلی در موضوع رسیدگی به مسئولیت کیفری افراد موضوعیت پیدا می‌کند.

واژگان کلیدی: کنترل کلی، کنترل مؤثر، دیوان بین‌المللی دادگستری، قضیه نیکاراگوا، قضیه نسل‌زدایی، دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق.

* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی مشهد-گروه حقوق.



درآمد

حقوق بین‌الملل، وضعیت‌های متعدد و ضوابطی را برای انتساب اعمال متخلفانه به دولت مطرح کرده است. در همین جهت، طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت بین‌المللی برای اعمال متخلفانه بین‌المللی^۱ که در حقیقت تدوین مقررات عرفی بین‌المللی است؛ راهنمایی ارزشمند است. هر زمان که قواعد حقوق بین‌الملل بر اثر فعل یا ترک فعل دولت نقض گردد، رابطه حقوقی جدیدی شکل می‌گیرد. این رابطه میان دولتی که می‌توان این فعل یا ترک فعل را به آن نسبت داد و دولت‌های دیگر برقرار می‌شود. قابلیت انتساب رفتار اشخاص خصوصی، در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری غالباً در چارچوب ضابطه کنترل، نمود پیدا کرده است. ماده ۸ طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه مسئولیت بین‌المللی، در ارتباط با انتساب رفتار، تحت دستورات، هدایت یا کنترل دولت است. به موجب این ماده «رفتار شخص یا گروهی از اشخاص، به موجب حقوق بین‌الملل، به عنوان عمل دولت محسوب خواهد شد، اگر آن شخص یا گروه اشخاص تحت دستورات یا هدایت و کنترل آن دولت، مرتکب آن رفتار شوند».^۲

کنترل کلی،^۳ شامل کنترل یک دولت بر تمام کارکردهای یک گروه است. ضابطه کنترل کلی ارتباطی را که می‌بایست بین رفتار ارکان دولت و مسئولیت بین‌المللی اش وجود داشته باشد؛ گسترش می‌دهد. منظور از کنترل مؤثر^۴ این است که یک دولت نسبت به اعمال ویژه، در جریان یک عملیات خاص که به نقض‌های ادعایی منجر شده است، دخالت مستقیم داشته باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری در رویه خود به تایید این معیار پرداخته است.^۵

^۱. Draft articles on responsibility for internationally wrongful acts. ۲۰۰۱

^۲. Draft articles, *op. cit.* Article ۸

^۳. Overall Control

^۴. Effective Control

^۵. *Nicaragua case, Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. reports, ۱۹۸۶, para ۲۷۷



دیوان در تبیین ضابطه کنترل مؤثر اظهار داشت: «نخست آن که ضروری نیست نشان داده شود افرادی که ادعا شده حقوق بین الملل را نقض کرده اند، به طور کلی در ارتباطی از نوع وابستگی تام با دولت خوانده بوده اند؛ بلکه لازم است ثابت شود که ایشان طبق دستورات دولت مذکور یا تحت کنترل مؤثر آن، عمل می کرده اند. با اینحال می بایست نشان داده شود که چنین کنترل مؤثری در مورد هر یک از عملیاتی که در خلال نقض های ادعایی صورت گرفته، اعمال یا صادر شده است؛ نه اینکه صرفاً در زمینه کلیت اعمالی که افراد یا گروه های مرتکب نقض های مذکور در پیش گرفته اند؛ صادر یا اعمال شده باشد».^۱

سؤال اصلی که این مقاله به دنبال پاسخ به آن است؛ این که با توجه به این که بخش عمده - ای از رویه دیوان بین المللی دادگستری به بحث هدایت و کنترل مربوط می شود، ضابطه مورد قبول دیوان در این مورد چیست و به تبع آن، چالش های ناشی از رویه دیگر نهادهای حل و فصل اختلاف بین المللی، از جمله دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق در رابطه با قابلیت انتساب، بر رویه دیوان بین المللی دادگستری چه تاثیری داشته است؟

موضوع هدایت و کنترل در قضیه فعالیت های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوا، به صراحت مطرح شده است.^۲ دیوان بین المللی دادگستری در این قضیه، معیارهای مربوط به کنترل را مورد بررسی قرار داد و احراز این ضابطه را برای انتساب اعمال نیروهای کنترا به ایالات متحده، ضروری دانست. در قضیه نسل زدایی، مجدداً دیوان به این موضوع پرداخت؛ در حالی که دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق به شیوه ای متفاوت، به ضابطه کنترل توجه کرد. اگر فرض کنیم تزی در رویه دیوان بین المللی دادگستری مطرح شده است؛ آنتی تز را در رویه این مرجع قابل تصور می دانیم. با توجه به این که چالش رویه دیوان بین المللی دادگستری از سوی دادگاه کیفری یوگسلاوی در این موضوع حائز اهمیت است و از آنجایی که دادگاه کیفری یوگسلاوی به رد رویه دیوان بین المللی دادگستری در رابطه با ضابطه کنترل پرداخته

^۱. *Genocide case, Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. (Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro)*. ICJ reports. ۲۰۰۷.p. ۱۴۳, paras ۴۰۰-۴۰۱

^۲. *Nicaragua case*, para ۱۱۵



و رهیافتی متفاوت در این خصوص اتخاذ نموده؛ به رویه این دیوان پرداخته شده است. همچنین در مسیر بررسی رد ضابطه مورد پذیرش دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، رویه بعدی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نسل‌زدایی و تأکید آن بر رویه مورد پذیرش در قضیه نیکاراگوا، مورد توجه قرار گرفته است.

الف) ضابطه کنترل در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوا^۱ و قضیه نسل‌زدایی^۲ به ضابطه کنترل مؤثر پرداخت. دیوان در قضیه نیکاراگوا جهت انتساب اعمال به ایالات متحده، مسیرهای متفاوتی را پیمود. مسیر نخست وفق ماده چهار طرح کمیسیون^۳، زمینه اعمال افرادی است که جزء نیروهای مسلح ایالات متحده بودند، که مستقیماً قابل انتساب به آن دولت بود. مسیر دوم، انتساب اعمال افرادی است که به عنوان رکن دولت ایالات متحده محسوب نمی شدند؛ اما به طور مستقیم دستوراتی را از مقامات رسمی ایالات متحده می‌گرفتند و تحت

۱. از سال ۱۹۷۹ که حکومت سان‌دنیست‌ها در نیکاراگوئه مستقر شد، روابط این کشور با ایالات متحده تیره تر گردید. در آغاز امر، دولت «کارترا» از حکومت جدید پشتیبانی نمود؛ اما از ۱۹۸۰ به بعد، سیاست پنهان حمایت از هندوراس را در پیش گرفت. پرزیدنت «ریگان» نیز در همین خط پیش رفت و در مارس ۱۹۸۱ شش هفته پس از تصدی ریاست جمهوری به «سیا» اجازه داد، به فعالیت‌های مخفی دست بزند. به اعتقاد نیکاراگوئه، ایالات متحده، به طور منظم دامنه عملیات خرابکارانه و نتایج آن را گسترده تر می ساخت. در مارس ۱۹۸۴، عملیات مذکور ابعاد بی‌سابقه‌ای یافت. این عملیات نه تنها تاسیسات موجود بر روی خشکی را شامل می شد؛ بلکه به مین گذاری سه بندر مهم نیکاراگوئه هم منجر شد. با گسترش اقدامات نظامی ایالات متحده، نیکاراگوئه به طرح دعوا علیه ایالات متحده پرداخت. سرانجام رای ماهیتی دیوان، در ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶ صادر شد. رأی دیوان از جنبه‌های گوناگون از جمله بحث توسل به زور و دفاع مشروع حائز اهمیت فراوان است. دیوان نیز در قضایای گوناگون، به رویه خود در این قضیه استناد کرد. همچنین این رای در بر دارنده موضوعات با اهمیتی در زمینه مباحث مربوط به قابلیت انتساب است.

۲. Genocide case, ICJ reports, ۲۰۰۷

۳. ماده ۴ طرح مسئولیت دولت: (۱) به موجب حقوق بین الملل، رفتار هر رکن دولتی خواه، اشتغال تقنینی، اجرایی، قضایی یا غیر آن را داشته باشد، صرف‌نظر از موقعیتی که در ساختار دولت دارد و صرف‌نظر از ماهیتش، به عنوان رکن حکومت مرکزی یا واحد سرزمینی دولت به عنوان عمل آن دولت محسوب خواهد شد. (۲) رکن، شامل هر شخص یا نهادی است که آن وضعیت را بر اساس حقوق داخلی دارا است.



نظارت آن عمل می‌کردند؛ که در قالب ماده هشت طرح مسئولیت بین‌المللی دولت، قابل بررسی است.

یکی از استدلال‌ات نیکاراگوئه در ارتباط با انتساب اعمال ارتكابی به ایالات متحده، این بود که این کشور، به طور واقعی، نیروهای کنترا را ایجاد نموده است.^۱ برابر دانستن نیروهای کنترا با یک رکن ایالات متحده غیر منطقی نیست.^۲ دیوان نتیجه گرفت که حمایت و کمک ارائه شده به نیروهای کنترا، موجب مداخله در امور داخلی نیکاراگوئه شده است.^۳ دیوان بین‌المللی دادگستری به این نتیجه رسید که این گروه، خود مسئول اعمالشان، به‌ویژه در موارد نقض‌های ادعایی حقوق بشری است و برای انتساب این اعمال به ایالات متحده، باید ثابت شود آن دولت کنترل واقعی عملیاتی را که طی آن نقض‌های ادعایی صورت گرفته، اعمال نموده است.

مطابق نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، کنترل کلی برای انتساب تمام اعمال نیروهای کنترا به ایالات متحده کافی نیست. این کنترل باید به صورت کامل باشد و برای انتساب آن اعمال به دولت، باید وابستگی تام وجود داشته باشد. به این معنا که دولت، نسبت به اعمال خاص که در جریان نقض حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه صورت گرفته است کنترل مؤثر داشته باشد.

در این قضیه، دیوان برای تعیین این‌که آیا فعالیت‌های نیروهای کنترا قابل انتساب به ایالات متحده است یا نه؛ از ضابطه کنترل مؤثر استفاده کرده است. استنتاج دیوان در قضیه نیکاراگوئه و مسیری که دیوان برای توجیه استدلال‌ات خود پیموده است، اثبات‌کننده آستانه بالا برای احراز ماده هشت طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل است.

در مورد نقض حقوق بشر دوستانه به وسیله نیروهای کنترا، دیوان باید مشخص می‌نمود که آیا ارتباط این‌ها با دولت ایالات متحده به گونه‌ای بوده است که این‌ها رکن ایالات متحده

^۱. Nicaragua case, para ۱۸

^۲. F.A, Boyle, "state responsibility and international liability for injuries consequences of acts not prohibited by international law a necessary distinction". International and Comparative law Quarterly. Vol ۳۹, pp. ۸۶-۹۳, ۱۹۹۰.

^۳. Nicaragua case, paras, ۲۳۹-۲۴۱



محسوب شوند، یا این که از جانب آن دولت عمل نمایند؟ دیوان بیان کرد که دلایل موجود برای نشان دادن اینکه وابستگی تام^۱ نیروهای کنترتا به کمک ایالات متحده وجود دارد، کافی نیست و وابستگی جزئی^۲ می تواند از این مسایل که رهبران آن توسط ایالات متحده انتخاب می شوند و همچنین از عوامل دیگری، مانند سازماندهی، تجهیز و طرح عملیات، انتخاب اهداف استنباط شود. در این رابطه که ایالات متحده به طور واقعی چنین درجه ای از کنترل را اعمال کرده است؛ دلیل آشکاری وجود ندارد.^۳

دیوان بین المللی دادگستری، برای احراز این وابستگی و کنترل، معیارهایی ارائه داده است که عبارتند از:

الف) رکن غیر دولتی به طور واقعی توسط دولت ایجاد شده باشد.^۴

ب) دخالت دولت به آموزش و کمک مالی بیش تر از حد منجر شده باشد. به عبارت دیگر: اگر حمایت دولت از یک گروه قطعی باشد، کافی نیست. این رابطه باید وابستگی کاملی باشد.^۵

ج) دولت مورد نظر باید به طور واقعی کنترل را اعمال نماید.^۶

د) دولت مورد نظر، رهبران سیاسی گروه را انتخاب کند.^۷

هـ) اساساً ضابطه کنترل نیازمند این است که گروه وابسته، و مجزا از دولت کنترل کننده اختیار واقعی نداشته باشد.^۸

نوع و درجه کنترل باید به طور مساوی، همانند کنترل یک دولت نسبت به ارکان خود باشد و دولت، مطابق با آن، برای همه اعمال ارتكابی به وسیله این گروه مسئول است؛ حتی

^۱ Total Dependency

^۲ Partial Dependency

^۳ Frederic L. Kirgis, "The Avena case in International court of justice and the US response", ۱۷ Fd. ۲۲۳, ۲۰۰۷, p ۲۲۷

^۴ Nicaragua case, paras ۹۳ and ۹۴

^۵ Ibid, para ۱۱۰

^۶ Ibid

^۷ Ibid, para ۱۱۲

^۸ Ibid, para ۱۱۴



اگر عمل خاصی خارج از حدود صلاحیت و بر خلاف دستورات صریح صورت گیرد. در این حالت، گروه غیر دولتی تحت کنترل، می تواند به صورت رکن غیر رسمی دولت درآید. در زمینه با ضابطه کنترل، دیوان اظهارداشت: "باید محرز شود رابطه شورشیان با دولت ایالات متحده از یک طرف به میزان وابستگی؛ و از طرف دیگر به حد کنترل رسیده است تا از لحاظ حقوقی، نیروهای کنتررا، رکن دولت ایالات متحده یا عامل آن دولت قلمداد شوند".^۱ دیوان با تکیه بر اصل نظارت و کنترل مؤثر ابراز داشت: "به رغم کمک های مالی گسترده و دیگر حمایت هایی که ایالات متحده از کنترراها نموده است، هیچ دلیل روشنی مبنی بر این که ایالات متحده چنین درجه ای از کنترل را در تمام زمینه ها اعمال نموده باشد؛ وجود ندارد." کنترل مؤثر، به کنترل دولت نسبت به اعمال خاص در جریان عملیاتی خاص که در طول آن نقض هایی صورت گرفته است؛ مربوط می شود.^۲

قاضی شوئبل^۳ که نظرش با بیش تر استدالات دیوان در تضاد بود، موضع دیوان را پذیرفت. مهم تر این که، استدالات دیوان در زمینه باضابطه کنترل مؤثر، به وسیله قاضی روبرتو آگو در زمانی که گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل در مورد مسئولیت بین المللی بود، به صورت موکد بیان شد و مورد حمایت قرار گرفت.^۴

در قضیه نیکاراگوئه، دیوان بین دو دسته از افراد که وضعیت ارگان های رسمی یک دولت را نداشتند؛ اما به رغم آن، از طرف دولت عمل می نمودند؛ تمایز قائل شد: دسته اول آن هایی که کاملاً به کشور خارجی وابسته بودند و مطابق طرح ها و راهنمایی های آن دولت عمل می نمودند (که نمونه آن گروه هایی در برخی کشورهای آمریکایی لاتین می باشد) دسته دوم، آن ها که اگرچه از جانب یک دولت خارجی مورد حمایت مالی و تجهیزاتی

^۱ Ibid, para ۱۰۹

^۲ Ibid

^۳ Nicaragua case, para ۲۷۷

^۴ Judge shewbel

^۵ Nicaragua case, Dissenting opinion of judge schewebel, paras ۲۶۱-۲۰۷ – see also, the Dissenting opinion of judge jennings, para ۵۳۸

^۶ Nicaragua case, separate opinion of Judge Ago (English translation) paras ۱۴-۱۹



قرار می‌گرفتند؛ دارای درجه‌ای از عدم وابستگی و استقلال نسبت به آن دولت بودند که نمونه آن شورشیان نیکاراگوئه، یعنی نیروهای کنترا^۱ بوده‌اند.

دیوان اظهار داشت اعمال ارتكابی توسط دسته اول، به وضوح قابل استناد به یک دولت خارجی، یعنی ایالات متحده آمریکا می‌باشد و موقعیت متفاوتی در ارتباط با اعمال انجام شده به وسیله نیروهای کنترا در نقض قواعد حقوق بشر دوستانه بین‌المللی اتخاذ کرد.^۲

در زمینه اقدامات و عملیات‌های نظامی به وسیله نیروهای کنترا، از جمله استفاده از نیروهای نظامی در نیکاراگوئه علیه حاکمیت سرزمینی و استقلال سیاسی آن دولت؛ دیوان دریافت که ایالات متحده به خاطر کمک مالی، تسلیحاتی و تجهیز نیروهای کنترا مسئولیت دارد. چنین مسئولیتی ناشی از نقض تعهدات مربوط به عدم مداخله در امور داخلی دولت‌های دیگر، از جمله تعهد به عدم توسل به زور در نقض حقوق بین‌الملل عرفی مندرج در منشور سازمان ملل متحد است.^۳

دیوان بین‌المللی دادگستری، برای چنین انتسابی ضابطه‌ای کاملاً سختگیرانه ارائه داد، که همان کنترل مؤثری است که ایالات متحده باید نسبت به اقدامات کنتراها در نقض حقوق بشر دوستانه بین‌المللی اعمال می‌کرد؛ ضابطه‌ای که دیوان، آن را در این قضیه محرز ندانست. در مورد چنین کنترل مؤثری، دیوان بیان داشت: ایالات متحده باید به هدایت یا ارتكاب چنین اعمالی بر خلاف حقوق بشر یا حقوق بشر دوستانه ادعایی به وسیله دولت خواهان پردازد.^۴

از این عبارات به نظر می‌رسد «کنترل مؤثر» مورد نظر دیوان دو هدف را دنبال می‌کرده است:

^۱ Nicaragua case, para ۱۰۶

^۲ Antonio cassese, "The Nicaragua and Tadic test, revisited in the light of the ICJ Judgment of Genocide in Bosnia." European journal of international law(E.J.I.L) Vol ۱۸, No ۴, ۲۰۰۷p.۶۵۰

^۳ Nicaragua case, paras ۲۰ and ۱۱۳

^۴ Ibid



الف) صدور دستورالعمل به نیروهای کنترا توسط ایالات متحده در ارتباط با اعمال خاص از جمله کشتن غیر نظامیان؛ به معنی صدور دستور به انجام دادن آن توسط ایالات متحده بوده است.

ب) هر کدام از اعمال خاص نیروهای کنترا به وسیله ایالات متحده صورت گرفته باشد، به آن معنا است که به طور مؤثر شورشیان را به انجام دادن این عملیات‌های خاص مجبور نماید.^۱

در مورد ضابطه کنترل مؤثر، دیوان به این نتیجه رسید که ایالات متحده بر نیروهای کنترا، کنترل عمومی داشته است و این نیروها به میزان بالایی به ایالات متحده وابسته بوده‌اند؛ اما این، بدین معنی نیست که ایالات متحده در نقض حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه توسط نیروهای کنترا، دخیل بوده است.

از نظر دیوان، نیروهای کنترا می‌توانستند بدون کنترل ایالات متحده نیز مرتکب چنین اقداماتی گردند. دیوان، در ادامه، به ضابطه کنترل مؤثر اشاره و بیان می‌کند مسئولیت حقوقی ایالات متحده زمانی قابل طرح است که ثابت شود این کشور بر عملیات منجر به نقض حقوق بشر و بشردوستانه کنترل مؤثری داشته است. همان‌طور که بیان شد از آن جایی که هیچ دلیلی اقامه نشده که نشان دهد ایالات متحده به همراه نیروهای کنترا در عملیات شرکت داشته است؛ دیوان تخلف مزبور را به ایالات متحده قابل انتساب ندانست. در نتیجه، اقدامات ایالات متحده به معنای اعمال کنترل مؤثر عملیات نیروهای کنترا از سوی ایالات متحده نبوده است. برای احراز مسئولیت دولت ایالات متحده، باید کنترل مؤثر اعمال شود.^۲

نکته قابل توجه، دلایلی است که دیوان را تشویق نمود تا آستانه بالایی برای انتساب نقض شدید حقوق بشردوستانه توسط کنتراها به ایالات متحده در نظر بگیرد. دیوان، در حالی که

^۱Antonio cassese, "The Nicaragua and Tadic test ,revisited in the light of the ICJ Judgment ofGenocide in Bosnia." European journal of international law(E.J.I.L) Vol ۱۸, No ۴.۲۰۰۷p.۶۵۰

^۲ عسگری، پوریا، مسئولیت بین‌المللی افراد و دولت‌ها در پرتو ضابطه کنترل، مجله حقوقی، شماره ۴۰، ۱۳۸۸، ص ۲۳



بی‌درنگ تمام اقدامات ارگان‌های ایالات متحده را با هدف مسلح کردن، تجهیز به ایالات متحده قابل انتساب دانست؛ نقض شدید حقوق بشردوستانه از سوی شورشیان نیکاراگوئه، مانند کشتن اسیران جنگی، غیر نظامیان، آدم ربایی، ترور، شکنجه و تجاوز به عنف را به این دولت قابل انتساب ندانست.

ضابطه کنترل مؤثر که نسبت به گروه‌های مسلح سازمان یافته اجرا می‌شود، ممکن است باعث شود دولت‌ها از مسئولیت طفره ببرند؛ هنگامی که به جای عمل کردن از طریق ارکان رسمی خود، از گروهی از افراد برای اتخاذ اقدامات به منظور صدمه به دولت‌های دیگر استفاده نمایند، اگر دولت‌ها چنین رفتاری داشته باشند، آن‌ها باید برای اعمال آن افراد پاسخگو باشند؛ حتی اگر چنین افرادی از حدود اختیارات خود تجاوز نمایند.

ب) تعارض رویه‌ها

۱- چالش رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، توسط دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق چالش رویه دیوان بین‌المللی دادگستری توسط دادگاه کیفری یوگسلاوی در موضوع کنترل، حائز اهمیت است. از آنجایی که دادگاه کیفری یوگسلاوی در قضیه تادیچ^۱ به رد رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد ضابطه کنترل مؤثر پرداخته و رهیافتی متفاوت در این خصوص اتخاذ نموده است؛ به رویه این دیوان می‌پردازیم:

قلمرو صلاحیتی این دادگاه، تعیین مسئولیت کیفری افراد بوده و در خصوص مسئولیت بین‌المللی دولت، صلاحیتی ندارد. اما از قضیه نیکاراگوئا برای پاسخ به سؤالی که در حدود

^۱ تادیچ، محافظ یکی از کمپ‌های زندان صرب‌های بوسنی بود. وی متهم به شرکت در جرایم جنگی و جرایم ضد بشریت که در آن کمپ‌ها اتفاق افتاده بود گردید. در فوریه سال ۱۹۹۴ "دوسکو تادیچ" در مونیخ آلمان دستگیر شد و در آوریل سال ۱۹۹۵ به دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق منتقل شد. او بخاطر نقض شدید کنوانسیون‌های ژنو، قوانین و عرف‌های جنگ و جرایم علیه بشریت بموجب مواد دو - سه و پنج در ارتباط با ماده ۷ بند ۱ اساسنامه مسؤول بود. شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۹ رای خود را در این قضیه صادر کرد. تصمیم اتخاذی دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق از حیث معیار کنترل حائز اهمیت است.



اختیارش بوده است، استفاده نمود. این سؤال مطرح بود که چگونه می توان بین یک درگیری مسلحانه بین المللی و غیر بین المللی تفکیک قائل شد؟ این تفکیک از این لحاظ که چه قواعدی از حقوق بین الملل بشردوستانه را می توان نسبت به یک قضیه خاص اعمال کرد، اساسی است.

سؤال اساسی در مورد قابلیت انتساب در قضیه تادیچ، این بود که آیا جمهوری صربسکا (صرب های بوسنی) و ارتش این جمهوری، رکن غیر رسمی جمهوری فدرال یوگسلاوی بوده اند؟ قاضی «گابریل کیرک مک دونالد»^۱ یافته های زیادی در زمینه ماهیت ارتباط صرب های بوسنی و جمهوری فدرال یوگسلاوی ارائه داد؛ از جمله این که جمهوری صربسکا، تحت کنترل جمهوری فدرال یوگسلاوی بوده است. اما نکته مهم تر این که قاضی مک دونالد به وضوح بین دوضابطه ارائه شده در قضیه نیکاراگوئه توسط دیوان بین المللی دادگستری تمایز قائل شد^۲ و اظهار داشت: "رابطه نمایندگی موجود بین جمهوری صربسکا و جمهوری فدرال یوگسلاوی به موجب ضابطه کنترل کلی نه کنترل مؤثر"^۳.

شعبه تجدید نظر دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق در رأی خود، ارتباط قضیه نیکاراگوئه و رابطه نمایندگی را تأیید کرد در حالی که با این دیوان دارای تفاوت صلاحیتی بود. دادستان، در جریان رسیدگی، استدلال کرد که حقوق بین الملل عام مسئولیت بین المللی، با ماهیت مخاصمه مسلحانه بین المللی ارتباطی ندارد و معیار متفاوتی باید در نظر گرفته شود.^۴ منظور از کنترل کلی، طبق نظر شعبه تجدید نظر دادگاه کیفری یوگسلاوی، سابق این است که کنترل، از صرف تجهیز و تامین مالی نیروها و مشارکت در برنامه ریزی و نظارت بر عملیات نظامی آنها، فراتر رود.^۵ دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، پس از برشمردن وضعیت هایی که در آن، افراد یا گروه های سازمان نیافته ای از افراد، تحت دستور مشخص عمل می کنند، به کنترل افراد و گروه ها به دولت می رسد و ابتدا بر تفکیک بین اعمال افرادی

^۱ Gabrielle kirk Mcdonald

^۲ Tadic case (separate and dissenting opinin of Judge Mcdonalds) at ۲۹۲

^۳ Ibid., ۲۹۹

^۴ Ibid., ۸۳-۸۹

^۵ Prosecutor v. Tadic, ICTY, Appeals chamber, (July ۱۰, ۱۹۹۹), para ۱۴۵



که بدون دستور معین دولت عمل می‌کنند و گروه‌های سازمان یافته‌ای که در این وضعیت اقدام می‌نمایند؛ تأکید می‌کند.

دادگاه کیفری یوگسلاوی، کنترل کلی دولت بر گروه‌های سازمان یافته شبه نظامی را موجب تبدیل آن‌ها به ارکان عملی دولت می‌داند و با تشبیه آن‌ها به نیروهای مسلح منظم و قانونی، دولت را در هر صورت، از جمله اجرای دستورات، تخطی از حیطه اختیارات، مسئول قلمداد می‌کند. دیوان، منطق وضع چنین مقرره‌ای را اجتناب از گریز دولت‌ها از مسئولیت بین‌المللی قرار داد.^۱

۲. تغییر ضابطه کنترل مؤثر به کنترل کلی در قضیه تادیچ

در جایی که یک گروه مخالف مسلح، تحت دستورات یا هدایت و کنترل دولت دیگر عمل می‌کند، رفتار این گروه به آن دولت قابل انتساب است؛ اگر چه احراز این ضابطه سخت و دقیق است و دیوان‌های بین‌المللی به یافته‌ای دقیق در این مورد، نیازمند هستند. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه بیان داشت: «صرف‌نظر از کمک‌ها و حمایت‌های ارائه شده به نیروهای کنترا از سوی ایالات متحده آمریکا، دلیل واضحی وجود ندارد که ایالات متحده به طور واقعی، چنان درجه‌ای از کنترل در تمام زمینه‌ها را اعمال نموده که عملکرد نیروهای کنترا را از جانب آن توجیه کند».^۲

از آن جا که صلاحیت دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، مسئولیت کیفری افراد است؛ وضعیت آن، از وضعیت دیوان بین‌المللی دادگستری که به مسئولیت بین‌المللی دولت می‌پردازد، متفاوت است. افزون بر این، موضوع اصلی در قضیه تادیچ این بود که آیا مخاصمه، بین‌المللی بوده و آیا در این قضیه حقوق بشر دوستانه بین‌المللی رعایت شده است، یا نه؟ بحث مسئولیت بین‌المللی، موضوع اصلی پرونده نبوده است.

^۱. نصیری محلاتی، ژوبین، بررسی انطباق تصمیمات محاکم آمریکا در انتساب اعمال افراد و گروه‌ها به دولت ایران،

پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، ص ۶۸

^۲. Nicaragua case, para ۱۱۵



مسئله این بود که آیا نقض حقوق بین الملل بشر دوستانه توسط نیروهای صرب در بوسنی، تحت کنترل یوگسلاوی بوده است و در نتیجه قابل انتساب به آن خواهد بود؟ شعبه بدوی معتقد بود دلیل قانع کننده ای در دست نیست که نشان دهد جمهوری فدرال یوگسلاوی، عملیات نظامی صرب های بوسنی را به شکل مؤثر کنترل می کرده است. بنابراین، نمی توان نیروهای صرب بوسنی را به عنوان رکن دولت یوگسلاوی محسوب کرد.^۱ ملاحظه می شود شعبه بدوی به ضابطه کنترل مؤثر در قضیه نیکاراگوئه توجه داشته است. این در حالی است که شعبه تجدید نظر برای قابلیت انتساب به ضابطه کنترل کلی توجه داشته است. شعبه تجدید نظر دادگاه یوگسلاوی سابق، ابتدا به رأی دیوان بین المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه و پذیرش ضابطه کنترل مؤثر توسط این مرجع قضایی اشاره کرد و بیان داشت که نمی تواند از ضابطه های دوگانه برای تعیین مسئولیت کیفری فردی در قالب مخاصمات مسلحانه بین المللی و تعیین مسئولیت دولت ها در قالب حقوق مسئولیت بین المللی سخن به میان آورد.^۲ دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق (شعبه تجدید نظر) ضابطه کنترل مؤثر مطرح از سوی دیوان بین المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه را، با منطق حقوق مسئولیت دولت ها معیاری ناهماهنگ قلمداد نمود.^۳

در یک گروه سازمان یافته و دارای سلسله مراتب که دارای یک ساختار، سلسله مراتب فرماندهی، نماد و شخصیت مجزا از اعضای خود باشد؛ افراد به میل خود عمل نمی کنند، بلکه بر اساس قواعد و استانداردهای تعیین شده فرمانده گروه عمل می کنند. در این حالت، برای انتساب اعمال گروه به دولت، تنها کافی است که این گروه به طور کلی تحت کنترل دولت باشد. در این موارد نیازی نیست که اعمال ارتكابی مستقیماً توسط دولت، تقاضا شده

^۱. Tadic case, para ۱۰۴

^۲. Ibid

^۳. عسگری، پوریا، مسئولیت بین المللی افراد و دولت ها در پرتو ضابطه کنترل، مجله حقوقی، شماره ۴۰، ۱۳۸۸، ص



باشد. مطابق این رویه قضایی، ضابطه کنترل کلی مورد پذیرش قرار گرفته؛ بر خلاف رویه‌ای که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه^۱ داشته است.^۲

دیوان بین‌المللی دادگستری در رویه خود در قضایای مرتبط، از جمله قضیه نیکاراگوئه و قضیه نسل‌زدایی به ضابطه کنترل مؤثر توجه داشته است. این، در حالی است که شعبه تجدید نظر، در رأی ۱۵ ژوئیه، ۱۹۹۹ خود در قضیه تادیچ^۳ و آرای دیگر خود ضابطه کنترل کلی را به کار گرفته است تا با کاستن از میزان و درجه کنترل دولت، انتساب اعمال افراد و گروه‌ها را به دولت، تسهیل کند. رسالت دادگاه کیفری یوگسلاوی، بررسی مسئولیت بین‌المللی کیفری افراد است و ضابطه کنترل در این چارچوب مطرح می‌گردد. دادگاه کیفری یوگسلاوی همواره تلاش کرده است با پایین آوردن آستانه کنترل بر افراد و گروه‌های مسلح صرب، اعمال آن‌ها را به دولت یوگسلاوی منتسب سازد؛ در نتیجه، درگیری مورد بحث را به عنوان مخاصمه‌ای بین‌المللی میان یوگسلاوی و بوسنی تلقی نماید.^۴

با توجه به تفاوت‌های ماهوی موجود بین دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاه کیفری یوگسلاوی، این نکته قابل توجه است. دادگاه کیفری یوگسلاوی با توجه به هدف تأیسی آن، به دنبال محاکمه مرتکبین جنایات بین‌المللی است؛ در نتیجه ضابطه انتساب مسئولیت را گسترش داده است. اما دیوان بین‌المللی دادگستری با توجه به کارکرد خود به ضابطه انتساب مسئولیت توجهی متفاوت داشته است.

^۱. Nicaragua case, ICJ Reports. Merits, ۱۹۸۶

^۲. عبداللہی، محسن، میرشهبیز شافع، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، ریاست جمهوری، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۶، ص ۶۴

^۳. Tadic case, ICTY, ۱۹۹۹

^۴. Celebici case (۱۹۹۸) parast, ۲۳۰-۲۳۴, Aleksovic case (۲۰۰۰) para. ۱۳۴, Blaskic case (۲۰۰۰) para ۱۴۹

^۵. عسگری، پوریا، منبع پیشین، ص ۱۵۱



۳. رهیافت دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، به ضابطه کنترل کلی

شعبه تجدید نظر دادگاه کیفری یوگسلاوی نشان داد ضابطه محدودتری از کنترل می تواند با توجه به حقایق موضوعی هر قضیه اعمال شود. دیوان بیان داشت:

"به منظور انتساب مسئولیت بین المللی به مقامات یک دولت، برای اعمال نیروهای مسلح که ادعا شده تحت کنترل آنها انجام گرفته است؛ سطح مورد نیاز برای کنترل، کنترل کلی، از تأمین مالی و امکاناتی چنین نیروها و شرکت در طرح ریزی و نظارت بر عملیات های نظامی آنها فراتر است".^۱

اگرچه در این قضیه، آستانه کنترل کاهش داده شده است؛ این مسئله می تواند مورد چالش قرار گیرد. لذا میزان زیادی از اعمال اشخاص و نهادهای خصوصی، هنوز نمی تواند به یک دولت به موجب ضابطه محدود کنترل دولت (کنترل کلی) قابلیت انتساب داشته باشد. برای مثال، کمک های اقتصادی و دیگر کمک ها و مشورت های داده شده به فعالان خصوصی به وسیله یک دولت؛ با علم به این که ممکن است برای ارتکاب نقض شدید حقوق بشر استفاده شود، موجب مسئولیت یک دولت نخواهد بود.

شعبه تجدید نظر دادگاه کیفری یوگسلاوی، این ضابطه قضیه نیکاراگوئه را بنابر دو زمینه، متقاعدکننده ندانست. این شعبه اظهار داشت: "ضابطه قضیه نیکاراگوئه، بر خلاف منطق مسئولیت بین المللی است. این نکته صحیح است که هدف انتساب اعمال اشخاص خصوصی به یک دولت، جلوگیری از توانایی یک دولت از اقدام غیر رسمی از طریق چنین اشخاصی است؛ مطابق با نظر شعبه رسیدگی کننده، ضابطه حقوق بین الملل برای انتساب اعمال انجام شده توسط افراد خصوصی به دولت، این است که دولت نسبت به افراد به اعمال کنترل بپردازد؛ اگرچه درجه کنترل می تواند مطابق شرایط واقعی هر قضیه، متفاوت باشد".^۲

^۱. عسگری، پوریا، همان، ص ۱۵۱

^۲. Ibid, paras ۸۳-۸۹



برای این که اعمال یک شخص خصوصی، قابل انتساب به دولت باشد؛ لازم است دستورات معین از جانب یک دولت داده شود؛ در حالی که گروه سازمان یافته و دارای سلسله مراتب، همانند یک بخش نظامی، به چنین کنترل خاصی نیازمند نیست و کنترل کلی^۱ دولت برای احراز انتساب مسئولیت، کافی خواهد بود.^۲

افزون بر این، شعبه تجدید نظر بیان داشت: "ضابطه قضیه نیکاراگوئه با رویه دولت‌ها مغایر است؛ به این گونه که دولت‌ها برای اعمال ارتكابی به وسیله واحدهای شبه نظامی، هنگامی که کنترل کلی نسبت به آن‌ها داشته باشند؛ مسئولیت دارند".^۳

شعبه تجدید نظر، آنچه را مناسب تشخیص داد، همان ضابطه کنترل کلی است؛ لذا بیان نمود: "به منظور انتساب اعمال گروه نظامی یا شبه نظامی به دولت، باید اثبات شود که دولت نه تنها به وسیله تأمین و کمک مالی به گروه، بلکه با همکاری و کمک در طراحی کلی فعالیت‌های آن گروه نسبت به گروه کنترل کلی داشته است. تنها پس از آن، دولت برای سوء رفتار گروه، مسئول قلمداد می‌شود؛ اگرچه ضروری نیست دولت دستورالعمل‌هایی را برای ارتكاب اعمال خاص که در تضاد با حقوق بین الملل است؛ صادر نماید".^۴

دادگاه کیفری یوگسلاوی ضابطه دیگری را هم بیان می‌کند که کارکرد آن در تجزیه و تحلیل‌های دیوان مشخص نشده است. این ضابطه بدین صورت است که، اشخاص خصوصی عمل‌کننده در چارچوب یا در ارتباط با نیروهای مسلح یا با تبانی با مقامات دولتی؛ به عنوان ارکان غیررسمی دولت محسوب شوند، اما شعبه تجدید نظر به جزئیات آن نپرداخت.^۵

همچنین شعبه تجدید نظر، به تجزیه و تحلیل حقایق مرتبط با ارتباط بین جمهوری صربسکا و جمهوری فدرال یوگسلاوی پرداخت و دریافت که شرایط کنترل کلی محقق شده است.

^۱. Overall Control

^۲. Ibid, paras ۱۱۸-۱۲۰

^۳. Ibid, para ۱۲۴

^۴. Ibid, para ۱۳۱

^۵. Andre, J.J De Hoogh, The tadic case, Attribution of acts of Bosnian serb authorities to the federal republic of yugoslavia, British year book of international law. vol ۲۷, p ۲۹۰



ضابطه کنترل در نظام مسئولیت بین الملل و... ۲۰۱/۰۰۰۰

در نتیجه مخاصمه بین نیروهای دولت بوسنی و صرب‌های بوسنی به عنوان مخاصمه مسلحانه بین المللی محسوب می‌شود.^۱

نتیجه این که ضابطه‌های دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، در درجه کنترل که برای انتساب عمل به دولت نیاز است؛ متفاوت می‌باشد. ضابطه دیوان به اثبات وابستگی کامل و یا کنترل مؤثر نیازمند است، در حالی که ضابطه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، انتساب را حتی برای هماهنگی یا کمک به طرح کلی فعالیت‌های نظامی اشخاص غیر دولتی تجویز می‌کند. ضابطه دیوان بین‌المللی دادگستری به احراز وابستگی کامل نیازمند است. در حالی که طبق ضابطه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، اعمال یک دولت که به همراهی یا کمک در طرح‌های کلی و فعالیت نظامی نهادهای غیردولتی می‌پردازد، بدان قابل انتساب خواهد بود.^۲

این که کدام یک از ضابطه‌ها از حیث مسئولیت بین‌المللی دولت، صحیح است؛ در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ اما به نظر می‌رسد که دادگاه کیفری یوگسلاوی از ضابطه‌های قضیه نیکاراگوئه تفسیری نادرست داشته است.

بنابر نظر دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، برای انتساب اعمال یک گروه نظامی یا شبه‌نظامی به دولت، باید ثابت شود که آن دولت، کنترل کلی را نسبت به گروه اعمال کرده است، که نه تنها با تجهیز و تأمین مالی گروه، بلکه از طریق هماهنگ‌سازی کلی فعالیت‌های گروه، این کنترل اعمال گردیده است. کنترل دولت نسبت به نیروهای مسلح یا شبه‌نظامی، ویژگی کلی دارد؛ یعنی شامل صدور دستورات خاص در هر عملیات نیست. این رویه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق در قضایای دیگر نیز مورد تبعیت قرار گرفت.^۳ باید توجه داشت کمیسیون حقوق بین‌الملل، به سیاق متفاوت در رابطه با پذیرش تئوری کنترل کلی و تئوری کنترل مؤثر توجه داشته است. کمیسیون اشاره نمود که تئوری کنترل کلی مورد نظر

^۱. Ibid, paras ۱۶۰-۱۶۲

^۲. Tadic case, para ۱۳۱

^۳. Alekovic case (۲۰۰۰) para. ۱۳۴, Celebici case (۱۹۹۸) para ۲۳۰-۲۳۴, Blaskic case (۲۰۰۰) para ۱۴۹ <http://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/en/gal-acjud۰۶۱۱۳۰.pdf>



دادگاه کیفری یوگسلاوی، در قضیه تادیب در ارتباط با قواعد حقوق بشر دوستانه و مسائل مربوط به مسئولیت افراد، مطرح است در حالی که تئوری کنترل مؤثر، در رابطه با ضوابط خاص مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها طرح گردیده است.^۱ در هر قضیه باید این کنترل مورد بررسی قرار گیرد و به نظر نمی‌رسد که کمیسیون در زمینه پذیرش تئوری کنترل کلی در خصوص قابلیت انتساب اعمال افراد یا گروه‌های سازمان یافته و یا غیر سازمان یافته به دولت نظر موافقی داشته باشد.^۲

دو نفر از سه عضو هیأت رسیدگی‌کننده، قاضی «نی نیان استفن»^۳ از استرالیا و قاضی «لای چاند وهر»^۴ از مالزی متذکر شدند که دادستان در اثبات این مسئله قصور نموده است که بعد از ۹ می ۱۹۹۲، تاریخ درخواست شورای امنیت از نیروهای جمهوری فدرال یوگسلاوی برای خروج از بوسنی، نیروهای ارتش جمهوری صربسکا، ارگان یا کارگزار جمهوری فدرال یوگسلاوی بوده‌اند؛ زیرا دلیل کافی در این مورد که جمهوری فدرال یوگسلاوی به اعمال کنترل مؤثر نسبت به نیروهای جمهوری صربسکا پرداخته است؛ وجود ندارد. این موارد نظر دیوان بین‌المللی دادگستری را، مبنی بر اینکه یک دولت باید به کنترل مؤثر جهت احراز انتساب اعمال به خود بپردازد را تأیید می‌نماید.^۵

اما قاضی «گابریل کیرک مک دونالد»^۶، رئیس دیوان با این مسئله مخالف بود. او معتقد بود چنین کنترل مؤثری باید به وقایع مرتبط با قضیه نیکاراگوئه مربوط شود و ضابطه عام‌تر «وابستگی و کنترل»^۷ باید با توجه به قضیه تادیب، برای مشخص نمودن رابطه بین جمهوری فدرال یوگسلاوی و ارتش جمهوری صربسکا اعمال گردد.

^۱ I.L.C.Y, ۲۰۰۱, Commentary of Art ۸, pp ۱۰۴, ۱۰۶, ۱۰۷

^۲ محسن عبداللہی، میرشهبیز شافع، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، ریاست جمهوری، معاونت پژوهش،

تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۶، ص ۶۵

^۳ Judge Ninian Stephen

^۴ Judge Lal Chand Vohrah

^۵ See Nicaragua case, para ۱۱۵

^۶ Judge Gabrielle kirk Mcdonald

^۷ Dependency and Control



ج) رویه‌هایی در تأیید ضابطه کنترل کلی

قضیه لوایزیدو^۱ که در دیوان اروپایی حقوق بشر^۲ مورد بررسی قرار گرفته، نشان‌دهنده تأیید ضابطه کنترل کلی است. دیوان اروپایی حقوق بشر در این مورد بیان داشت: «ضرورتی ندارد که مشخص شود آیا ترکیه به صورت واقعی نسبت به سیاست‌ها و اقدامات مقامات جمهوری قسمت ترک نشین قبرس کنترل مؤثری داشته است. اما با توجه به تعداد زیاد سربازان که در قبرس شمالی عمل می‌کنند، این نکته واضح است که ارتش ترکیه در آن قسمت از جزیره کنترل کلی داشته است. چنین کنترلی در بردارنده مسئولیت آن دولت برای سیاست‌ها و اقدامات جمهوری قبرس شمالی است».^۳

در این رابطه مشخص می‌شود که دیوان اروپایی حقوق بشر، کنترل کلی را نسبت به یک سرزمین، به منظور انتساب تمام اعمال رسمی این جمهوری کافی می‌داند. در این صورت به نشان دادن این که سربازان ترک کنترلی را در ارتباط با هر نوع عمل خاص، اعمال کرده اند، نیازی وجود ندارد. بنابراین، کنترل کلی، نسبت به یک سرزمین، به طور کلی موجب انتساب اعمال انجام شده می‌باشد.

در قضیه «ایگر»^۴، دیوان داوری ایران - ایالات متحده متقاعد شد که اخراج رسمی، از طریق یک رکن، یعنی پاسداران انقلاب که اعمال آن‌ها قابل انتساب به دولت ایران است، صورت گرفته است. دیوان داوری ایران - ایالات متحده در این قضیه به تئوری کنترل کلی برای انتساب اعمال کمیته‌ها به دولت ایران قائل بوده است؛ زیرا دیوان لازم ندانست دستورات

^۱. خانم «لوایزیدو» با ریشه یونانی، قبرسی مالک زمینی در قبرس شمالی بود. اما از دسترسی به آن منع شده بود. بر اساس مسئولیت ترکیه در خصوص جلوگیری از دسترسی خواهان به اموال خود در قسمت ترک نشین قبرس مطرح گردید و مبنای طرح دعوای خواهان علیه ترکیه شد. رأی دیوان اروپایی حقوق بشر در ۱۸ دسامبر ۱۹۹۶ صادر گردید. تعبیر دیوان اروپایی حقوق بشر از معیار کنترل حائز اهمیت است.

^۲. European court of Human Rights.(Loizidou v. Turkey) Judgment of ۱۸ Dec ۱۹۹۶ (Merits) ۱۹۹۶, reports of Judgment and Decisions pp. ۲۱۶-۴۰.

^۳. Ibid. para ۵۶

^۴. Yeager v. Islamic Republic Of IRAN, AWD ۳۲۴ - ۱۰۹۹ - ۱. Iran - United states claims Tribunal., The Hague, Nov ۲. ۱۹۸۷. vol ۱۷ pp. ۹۳-۱۱۳



خاصی به این گروه‌ها صادر شود تا اعمال آن‌ها به دولت ایران قابل انتساب باشد؛ بلکه با توجه به وجود سازماندهی میان این افراد، کنترل کلی نسبت به این افراد را کافی دانست. در سایر قضایای رسیدگی شده توسط دیوان، چنین روشی اتخاذ گردید.^۱

رویه دادگاه‌های داخلی ایالات متحده آمریکا در این مورد قابل توجه است. به دنبال تصویب قانون مصونیت دولت‌های خارجی ایالات متحده^۲، هرگونه مساعدت و کمک مستقیم یا غیرمستقیم و هرگونه ارتباط مالی و حمایتی با گروه‌های تروریستی، در حکم معاونت و مشارکت در عملیات منتسب به گروه تروریستی است. در این قانون، به رغم قاعده‌شناخته شده «مصونیت دولت‌ها از تعقیب قضایی»، طرح دعوا علیه دولت‌های خارجی را مجاز اعلام نموده است. در اصلحیه بعدی این قانون به محاکم آمریکایی اجازه داده شد که به کلیه دعاوی و اعمالی که حتی قبل از تصویب این قوانین رخ داده باشند، رسیدگی کنند. بدین ترتیب، شکایات اتباع آمریکایی علیه کشورها، از جمله ایران آغاز شد. اکثر شکایات اتباع آمریکایی علیه ایران، با ادعاهایی همچون حمایت‌های مادی و معنوی ایران از گروه‌های مبارز فلسطینی و لبنانی مثل حزب الله و حماس صورت گرفته است. تاکنون دعاوی متعددی علیه جمهوری اسلامی ایران در دادگاه‌های آمریکا مطرح شده است که به طور مختصر به آن‌ها می‌پردازیم:

در ۹ آوریل ۱۹۹۵، یک دانشجوی آمریکایی به نام "آلیسا میشل فلاتو" به همراه چند نفر دیگر در عملیاتی کشته شدند. طبق اظهار نظر مقامات آمریکایی، شاخه فتحی شقاقی از حزب جهاد اسلامی فلسطین، مسئولیت این انفجار را پذیرفته است. در ۱۱ مارس ۱۹۹۸، دادگاه ایالات متحده حکمی به مبلغ ۲۴۷ میلیون دلار به عنوان خسارت مالی و خسارت

^۱. Short v. IRAN, Iran – United States Claims Tribunal, Rankin v. IRAN, AWD ۳۲۶-۱۰۹۱۳-۲ Iran United States Claims Tribunal The Hague November ۳, ۱۹۸۲, pp. ۱۳۵-۱۵۲. Available in www.iusct.org

^۲. Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)



ضابطه کنترل در نظام مسئولیت بین الملل و... ۲۰۵/

تنبیهی به نفع خانواده فلاتو علیه دولت و سازمان‌های ایرانی به اتهام حمایت از جهاد اسلامی فلسطین، صادر نمود.^۱

در مورد دیگر، سه تن از اتباع آمریکایی به نام‌های "ژوزف سی سی پی یو" و "دیوید جاکوبسن" و "فرانک رید" ادعا کردند که در مه سال ۱۹۸۵، توسط حزب الله لبنان ربوده شده‌اند. جاکوبسن بعد از حدود یک سال ونیم، فرانک رید بعد از سه سال ونیم و سی سی پی یو بعد از پنج سال^۲ ونیم آزاد شدند. در ۲۷ آگوست ۱۹۹۸، این سه تبعه‌ی آمریکایی حکمی در حدود ۷۰ میلیون دلار علیه دولت ایران به دست آوردند. در ۲۵ فوریه ۱۹۹۶، دو نفر از اتباع آمریکایی، به نام‌های "ایزنفلد" و "راشل" در اسرائیل کشته شدند. در ۱۱ ژوئیه ۲۰۰۰، خانواده قربانیان حکمی علیه ایران به مبلغ ۳۲۷ میلیون دلار به عنوان خسارت مالی و تنبیهی دریافت کردند.^۳

"ست بن هایم" نیز یکی از زخمی شدگان اتوبوسی بود که بنا بر ادعای مقامات آمریکایی در نهم آوریل سال ۱۹۹۵، توسط یک فلسطینی از گروه فتحی شقاقی منفجر شد. وی در آن حادثه به شدت زخمی گردید. بعدها او علیه دولت ایران در یکی از دادگاه‌های ایالتی آمریکا طرح دعوا نمود. قاضی آمریکایی، پس از بررسی این پرونده در مارس ۲۰۰۶، دولت ایران را به پرداخت یازده میلیون دلار به آقای ست بن هایم محکوم نمود.

در مورد با آرای دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا، این نکته قابل توجه است که اثبات کنترل کلی بر گروه‌هایی مثل گروه‌های فلسطینی یا حزب الله لبنان ضروری بوده است؛ در حالی که دادگاه‌های داخلی ایالات متحده آمریکا صرفاً بر پایه ادعای حمایت مادی جمهوری اسلامی ایران، رابطه انتساب را بین این گروه‌ها و دولت ایران متصور دانسته‌اند که با معیارهای قابلیت انتساب مسئولیت بین‌المللی تعارض محض دارد. در قضیه فلاتو، دولت

^۱. Stephen M. Flatow v. the Islamic Republic of Iran, et al., ۱۱ March ۱۹۹۸, U.S. District Court, Downloaded from: <http://diana.Law.yale.edu/diana/db/۴۲۹۸-۲.html>

^۲. Cicipio v. Islamic Republic of Iran, Downloaded from: <http://www.dcd.Uscourts.gov/district>

^۳. Leonard I. Eisenfeld, et al. v. the Islamic Republic of Iran, et al., United States District Court for the District Court of Columbia, civ. no. ۹۸ – ۱۹۴۵(RCL) ۲۰۰۰, Downloaded from: <http://www.dcd.Uscourts.gov/districtcourt.html>, p. ۱۱



ایران به واسطه تأمین منابع مالی، مسئول خسارات ناشی از عملیات استشهادی جنبش جهاد اسلامی فلسطین شناخته شد. در سایر قضایا نیز چنین وضعیتی حاکم است. احکام صادر شده در محاکم ایالات متحده آمریکا، نه با استناد به ضابطه کنترل مؤثر قابل توجیه است و نه با استناد به ضابطه کنترل کلی؛ چرا که در مورد معیار اول، به هیچ وجه از جانب دولت ایران یا مقامات رسمی آن برای اثبات اعمال منتهی به خسارات مورد ادعا دستوراتی، صادر نشده و در مورد معیار دوم نیز به اثبات مسئله قابل خدشه "حمایت مالی و تأمین مالی" ایران از گروه‌های فلسطینی و لبنانی بسنده شده است که برای توسل به معیار کنترل کلی کافی نیست؛ زیرا در قالب ضابطه کنترل کلی نیز صرف کمک‌های مالی، ارایه تجهیزات و آموزش نظامی برای انتساب اعمال گروه‌ها به دولت کافی نیست و باید کنترل کلی دولت به سازماندهی، هماهنگی و برنامه‌ریزی کلی گروه اثبات شود. این، در حالی است که قضات آمریکایی به حمایت مادی ایران از گروه‌های مذکور برای انتساب اعمال ادعایی به دولت ایران بسنده کرده‌اند.^۱

د) رد رویه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری

قضیه نسل‌زدایی^۲، تأکید مجدد دیوان بین‌المللی دادگستری بر رویه سابق خود در قضیه نیکاراگوا می‌باشد. وفق ماده هشت طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل، در این مورد، دیوان باید مشخص کند که قتل عام صرب‌نیتسا توسط اشخاصی انجام شده است که رکن دولت

^۱ عبداللهی، محسن، میرشهیز شافع، منبع پیشین، ص ۱۳۰

^۲ رأی دیوان در سال ۲۰۰۷ دعوی بوسنی هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو، صادر گردید. در این قضیه مسئولیت یک دولت برای ارتکاب جنایت نسل‌کشی در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شد. جنگ بوسنی و هرزگوین از سال ۱۹۹۲ تا ۱۹۹۵ به دنبال تجزیه یوگسلاوی سابق، شدیدترین مخاصمه در اروپا در شصت سال گذشته بود. این جنگ یکی از خونبارترین جنگ‌های یوگسلاوی را رقم زد و تخمین زده می‌شود یکصد تا دویست و پنجاه هزار کشته (که غالباً افراد غیر نظامی بوده‌اند) در بر داشته است. این جنگ در نهایت با دخالت ناتو و انعقاد پیمان صلح دیتون پایان پذیرفت.



خوانده محسوب نمی‌شوند؛ اما به‌رغم آن، تحت دستورات یا هدایت و کنترل آن عمل نموده‌اند.

دیوان بین‌المللی دادگستری، در این قضیه به رویه سابق خود در قضیه نیکاراگوئه اشاره نمود و اظهار داشت که این موضوع باید در پرتو رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی ایالات متحده در نیکاراگوئه مورد بررسی قرار گیرد. در این قضیه، دیوان، بعد از عدم پذیرش این که نیروهای کنترا رکن ایالات متحده بودند؛ در ادامه بیان داشت مسئولیت دولت خوانده همچنین می‌تواند ناشی از اقدامات مغایر با حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه علیه دولت خواهان باشد.^۱

«برای این که این رفتار موجب مسئولیت بین‌المللی ایالات متحده شود، اصولاً باید اثبات گردد که آن دولت نسبت به فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در جریان نقض‌های ادعایی دارای کنترل مؤثری بوده است».^۲ در چارچوب این ضابطه، لازم نیست که اثبات گردد اشخاص مرتکب اعمال ادعایی براساس وابستگی کامل مرتکب آن اعمال شده‌اند؛ بلکه باید ثابت شود، آن‌ها مطابق راهنمایی‌ها و دستورات دولت یا تحت کنترل مؤثر آن عمل نموده‌اند. همچنین باید نشان داده شود که کنترل مؤثر اعمال شده است.

دیوان معتقد است ویژگی‌های خاص نسل‌زدایی آن را متقاعد نمی‌کند که از ضابطه نیکاراگوئه فاصله بگیرد. جرم نسل‌زدایی تا حدی که اعمال فیزیکی تشکیل‌دهنده آن، به وسیله ارکان یا اشخاصی غیر از نمایندگان دولت بر اساس دستورات، کنترل، هدایت یا تحت کنترل مؤثر آن انجام شود به دولت خوانده قابل انتساب خواهد بود.^۳

دیوان، بنابر نظر خواهان که ضابطه انتساب مسئولیت در قضیه نیکاراگوئه را در این خصوص مورد چالش قرار داد، به رأی دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ^۴ اشاره نمود. در این قضیه، دادگاه کیفری یوگسلاوی از رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در

^۱ . Nicaragua case , para ۱۱۵

^۲ . Ibid

^۳ . Ibid., para ۴۰۱

^۴ . I.C.T.Y, Appeals chamber in the Tadic case (IT, ۹۴ I-A, Judgmen t. ۱۵ juiy ۱۹۹۹)



قضیه نیکاراگوئه تبعیت نکرد. دادگاه کیفری یوگسلاوی تأیید نمود که ضابطه مناسب قابل اجرا، کنترل کلی اعمال شده از طرف جمهوری یوگسلاوی سابق در مورد صرب‌های بوسنی بوده است. به عبارت دیگر، شعبه تجدید نظر دادگاه کیفری یوگسلاوی این نظر را اتخاذ نمود که اعمال ارتكابی به وسیله صرب‌های بوسنی می‌تواند به مسئولیت بین‌المللی جمهوری فدرال یوگسلاوی بر مبنای کنترل کلی اعمال شده از جانب جمهوری فدرال یوگسلاوی بر جمهوری صربسکا و ارتش آن جمهوری منجر شود.^۱

دیوان، در این زمینه متقاعد نشد تا نظر شعبه را مورد تأیید قرار دهد؛ صلاحیت دادگاه کیفری یوگسلاوی صلاحیتی کیفری در خصوص اشخاص است. از این دیوان خواسته نشده بود که به مسائل مربوط به مسئولیت بین‌المللی دولت بپردازد.^۲ در مورد استفاده از معیار دوگانه در دو قضیه متفاوت، دیوان بین‌المللی دادگستری به تفاوت‌های موجود بین این دو قضیه اشاره می‌کند.

دیوان اعتقاد دارد خصیصه ویژه نسل‌کشی، توجیه گرعُدول دیوان از ضابطه مندرج در رأی مربوط به قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی نیست. قواعد انتساب رفتار متخلفانه بین‌المللی مورد ادعا به یک دولت در غیاب حقوقی خاص^۳؛ بنابر ماهیت عمل متخلفانه مورد بحث تغییر نمی‌یابد. نسل‌کشی تا میزانی که اعمال فیزیکی تشکیل‌دهنده‌اش توسط ارکان یا افرادی غیر از دولت بر مبنای دستورات یا هدایت دولت مذکور یا تحت کنترل مؤثر انجام شده باشد؛ قابل انتساب به دولت تلقی خواهد شد. این امر، بیان حقوق بین‌الملل عرفی به نحوی است که در مواد طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت دولت منعکس شده است.

دیوان، در تبیین ضابطه کنترل مؤثر و تفاوت آن با درجه‌ای از کنترل که گروهی را به رکن عملی یا غیر رسمی یک دولت تبدیل می‌کند، اظهار داشت:

^۱. Ibid., paras ۸۳-۱۶۲

^۲. Genocide case, para. ۴۰۳

^۳. Lex Specialis



ضابطه کنترل در نظام مسؤلیت بین الملل و.../۲۰۹

"ضروری نیست نشان داده شود افرادی که ادعا شده است حقوق بین الملل را نقض کرده اند، به طور کلی در ارتباطی از نوع «وابستگی تام» با دولت خوانده بوده اند؛ بلکه لازم است ثابت شود ایشان طبق دستورات دولت مذکور یا تحت کنترل مؤثر آن عمل می کرده اند. با این حال، می بایست نشان داده شود چنین کنترل مؤثری در مورد با هر یک از عملیاتی که در خلال نقض های ادعایی صورت گرفته، اعمال یا صادر شده است؛ نه این که صرفاً در خصوص کلیت اعمالی که افراد یا گروه های مرتکب نقض های مذکور در پیش گرفته اند؛ صادر یا اعمال شده باشد".^۱

دیوان، اولین اشتباه دادگاه کیفری یوگسلاوی را در عدم تفکیک بین گروه هایی که به عنوان رکن عملی یا غیر رسمی دولت عمل می کنند و گروه هایی که تحت دستور یا کنترل آن دولت فعالیت می کنند، اصلاح کرد.

دیوان به دقت استدلال های شعبه تجدید نظر را مورد بررسی قرار داده است. با اینحال خود را به تایید دیدگاه مذکور قادر نمی یابد. دیوان بیان نمود که دادگاه کیفری یوگسلاوی، نه در قضیه تادیب تعیین شده است و نه به طور کلی برای تصمیم گیری در زمینه مسئولیت دولت؛ چرا که صلاحیتش کیفری است و تنها افراد را در بر می گیرد. لذا در آن قضیه، دادگاه موضوعی را بررسی کرده که جزء تفکیک ناپذیر اعمال صلاحیتش نبوده است.

مادامی که ضابطه کنترل کلی برای تعیین بین المللی بودن یا نبودن مخاصمه ای مسلحانه به کار گرفته شود، شاید بتوان گفت معیاری قابل اعمال و مناسب است. با اینحال دیوان بر این باور نیست که اقتضا دارد چنین موضعی را در قضیه حاضر اتخاذ کند؛ چرا که به حل این مسئله (بین المللی بودن یا نبودن مخاصمه) در رسیدگی حاضر نیازی وجود ندارد. از سوی دیگر، دادگاه کیفری یوگسلاوی اعلام داشت ضابطه کنترل کلی به شکل یکسانی در حقوق مسئولیت دولت، به منظور تعیین کردن این که دولت چه زمانی برای اعمالی که واحدهای نظامی یا شبه نظامی که در زمره ارکان رسمی اش نیستند، مسئول است، نیز قابل اعمال است.

^۱. Genocide case.p. ۱۴۳, para ۴۰۰-۴۰۱



اصولاً برای حل دو مسئله‌ای که ماهیتاً بسیار متفاوتند، نباید ضابطه‌ای واحد در نظر گرفته شود. دیوان، معتقد است: "صرف‌نظر از این موارد، تحقق مسئولیت دولت برای اعمالی که افراد یا گروه‌هایی از افراد که نه رکن دولت و نه در حکم آن ارکان هستند، مرتکب می‌شوند؛ تنها در صورتی ممکن است قابل انتساب به دولت باشند، که با فرض بین‌المللی بودن اعمال متخلفانه، طبق قاعده حقوق بین‌الملل عرفی مندرج در ماده ۸ باشد. این نیز در جایی قابل اعمال است که ارکان دولتی، دستوراتی صادر نمایند یا راهنمایی‌هایی به عمل آورند که مرتکبین عمل متخلفانه بین‌المللی در پی آن عمل کنند، و یا در جایی که دولت، کنترل مؤثری بر اعمالی که طی آن خلافی ارتکاب یافته است اعمال نموده باشد. در این رابطه، ضابطه کنترل کلی مناسب نیست؛ زیرا ارتباطی که می‌بایست بین رفتار ارکان دولت و مسئولیت بین‌المللی‌اش وجود داشته باشد گسترش می‌دهد که تقریباً به نقطه انفکاک می‌رسد."^۱ بدین ترتیب، دیوان ضمن نقد ضابطه کنترل کلی و تعیین جایگاه رویه قضایی دادگاه کیفری یوگسلاوی، بر رویه سابقش تأکید نمود.

دیوان بین‌المللی دادگستری، در ادامه رسیدگی خود، به‌رغم احراز این که دولت یوگسلاوی حمایت‌های نظامی و مالی قابل توجهی را از جمهوری صربسکا به عمل می‌آورده و چنانچه این حمایت‌ها قطع می‌گردید گزینه‌های فراروی مقامات این جمهوری بسیار محدود می‌شد؛ بعد از بررسی امور موضوعی و ارزیابی ادله طرفین چنین نتیجه گرفت که حمایت‌ها و کنترل دولت یوگسلاوی بدان اندازه نبوده که بتوان گفت صرب‌های بوسنی از جانب آن دولت عمل می‌کردند.^۲

۱. ضابطه مورد پذیرش دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نسل‌زدایی

محور اصلی حرکت، جهت تحلیل رأی دیوان، توجه به موضوع انتساب عمل به دولت و احراز مسئولیت بین‌المللی آن است. در این قضیه، در مورد مفهوم و قلمرو ماده ۹ کنوانسیون، خصوص تفسیر و کاربرد یا اجرای کنوانسیون اختلاف اساسی وجود دارد که

^۱. Genocide case, paras. ۴۰۳-۴۰۶

^۲. Ibid., para ۴۷۱



دیوان در رأی خود بدان پرداخته است. از جمله بند (الف) ماده^{۱۳} در زمینه اعمال نسل کشی و بندهای (ب) تا (ث) ماده^۳، همچنین مسئولیت برای نقض تعهد مربوط به جلوگیری و مجازات نسل کشی. در این قضیه، دیوان صلاحیت خود را به موجب ماده^۹ کنوانسیون^۲ جهت تصمیم گیری در مورد نسل کشی یا دیگر اعمال بر شمرده شده در ماده^۳ که توسط ارکان یا اشخاص یا گروه های که اعمال آنها به دولت قابل انتساب است؛ اعمال نمود.^۳

مطابق نظر خواهان، مسئولیت دولت، نه تنها صرفاً در چارچوب بند (الف) ماده^۳ کنوانسیون، بلکه به موجب بندهای (ب) تا (ث) مطرح است. مطابق نظر دولت خوانده، در صورت ارتکاب اعمال متخلفانه توسط افراد، مسئولیت ناشی از قصور در جلوگیری و مجازات نسل کشی احراز نمی شود.^۴

مطابق نظر دیوان، در جایی که جرایمی طبق حقوق بین الملل توسط مقامات دولت انجام گیرد، خود دولت برای اعمال مورد نظر و همچنین قصور در جلوگیری و مجازات آن مسئول می باشد.^۵ هر چند در ماده^(۱) کنوانسیون، نسل زدایی تعهد دولت ها بر عدم ارتکاب نسل کشی ذکر نشده و صرفاً تعهد به جلوگیری و مجازات مطرح شده است.

^۱. Article III: The following acts shall be punishable:

- (a) Genocide;
- (b) Conspiracy to commit genocide;
- (c) Direct and public incitement to commit genocide;
- (d) Attempt to commit genocide;
- (e) Complicity in genocide.

^۲. Article IX: Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.

^۳. Ibid., paras ۴۱۶-۲۴۲

^۴. Ibid.,

^۵. Ibid., paras ۱۵۵-۱۷۹



مطابق نظر دولت خوانده، مسئولیت مستقیم این دولت برای اعمال کشتار جمعی وجود ندارد؛ اما مطابق نظر دیوان، اعمال رکن دولت یا شخص یا گروه که به طور قانونی قابل انتساب به دولت باشد؛ موجب مسئولیت بین‌المللی آن دولت می‌گردد.^۱

در مورد معیارهای مسئولیت بین‌المللی در این قضیه، دیوان بین‌المللی دادگستری به بررسی سه محور پرداخته است :

۱- قابلیت انتساب اعمال اشخاص و ارکان به خوانده؛

۲- وضعیت شرکت در نسل‌زدایی، ناشی از ارتکاب بندهای (الف) تا (ث) کنوانسیون؛

۳- وجود تعهد دوگانه دولت در خصوص عدم ارتکاب نسل‌زدایی و جلوگیری و مجازات آن.

مطابق نظر دیوان، اگر دولت برای ارتکاب هیچ یک از اعمال مندرج در ماده ۳ کنوانسیون مسئول نباشد، به این معنی نیست که در مورد نقض تعهدات مربوط به جلوگیری از این اعمال نیز مسئول نیست.^۲

در این رأی، دیوان بین‌المللی دادگستری، از یک سو به این نتیجه رسید که دولت صربستان، چه از طریق ارکان خود و چه از طریق اشخاصی که در حقوق بین‌الملل، اقدامات آنان به این دولت قابل انتساب است، مرتکب جرم نسل‌زدایی نشده است.^۳ همچنین صربستان جهت ارتکاب جنایت نسل‌زدایی تبانی ننموده و مرتکبان این جنایت را نیز به ارتکاب آن تحریک نکرده است. بنابراین، به جهت معاونت در ارتکاب نسل‌زدایی مسئولیت ندارد.^۴

از سوی دیگر، دیوان اعلام کرد دولت صربستان به تعهد خود، مبنی بر جلوگیری از وقوع نسل‌زدایی در صربنیتسا عمل نکرده است. همچنین از نظر دیوان، این دولت در اجرای تعهد خود، مبنی بر تسلیم "راتکوملادیچ" به دیوان کیفری یوگسلاوی و همکاری کامل با

^۱. عزیزی، ستار، عناصر جرم زنوسید در رأی ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه دادگاه‌های ویژه بین‌المللی، مجله حقوقی، شماره ۳۶، ۱۳۸۶، صص ۳۹-۳۴

^۲. Ibid., paras. ۱۵۵-۱۷۹

^۳. Ibid., para. ۴۷۱



این دادگاه قصور ورزیده و نسبت به پیروی از دستورات موقت دیوان بین المللی دادگستری، در خصوص انجام دادن کلیه اقدامات لازم برای جلوگیری از نسل زدایی در صربیتسا تخلف کرده است .

از آنجایی که دیوان بین المللی دادگستری فقط صلاحیت دارد مسئولیت را بر دولت بار نماید؛ موظف است مشخص کند آیا اعمال مربوط به نسل زدایی قابل انتساب به دولت صربستان می باشد.

برای تصمیم گیری در این قضیه، دیوان، ضابطه سخت و دقیق انتساب در قضیه نیکاراگوئه را به کار بست.

دیوان بین المللی دادگستری، کنترل مؤثر اعمال شده در قضیه نیکاراگوئه را اعمال کرد و نتیجه منفی گرفت. دیوان همچنین تأکید کرد که کنترل کلی اعمال شده توسط دیوان کیفری یوگسلاوی در قضیه تادیچ را بنابر دو دلیل اعمال نمی نماید: نخست این که، این معیار به وسیله دیوان کیفری یوگسلاوی در ارتباط با مشخص نمودن این که آیا مخاصمه مسلحانه، بین المللی بوده، لحاظ شده است که مسئله ای متفاوت از مسئولیت بین المللی است، دوم این که کاربرد این، ضابطه در هر قضیه، قلمرو مسئولیت دولت ها را گسترش خواهد داد.^۱ ملاحظه می شود تأکید دیوان بر کنترل مؤثر است و کنترل کلی توسط یک دولت را موجب احراز مسئولیت نمی داند.^۲

^۱. Antonio cassese, "The Nicaragua and Tadic test ,revisited in the light of the ICJ Judgment of Genocide in Bosnia." European journal of international law(E.J.I.L) Vol ۱۸, No ۴. ۲۰۰۷p. ۶۵۰

^۲. Genocide case, ۳۹۶ – ۴۰۷



برآمد

در قضیه نیکاراگوئه، دیوان بین‌المللی دادگستری، آستانه بالایی برای انتساب نقض شدید حقوق بشردوستانه توسط نیروهای کنترا به ایالات متحده در نظر گرفت؛ در حالی که دیوان، اقدامات ایالات متحده را با هدف مسلح کردن، به ایالات متحده قابل انتساب دانست؛ اما نقض شدید حقوق بشردوستانه را به این دولت منتسب ندانست. چنان‌که ملاحظه شد، دیوان بین‌المللی دادگستری با اعمال ضابطه کنترل مؤثر در مورد اعمال متخلفانه نیروهای کنترا، برای انتساب اعمال متخلفانه یک گروه به دولتی خاص، متذکر شد، دولت مذکور باید برای ارتکاب اعمال متخلفانه موردنظر دستوراتی خاص صادر نموده باشد.

در این جهت، بررسی رویه بین‌المللی، پیش از تأسیس این محکمه اختصاصی نشان می‌دهد که چگونه دیوان اروپایی حقوق بشر از یک طرف و دیوان دآوری ایران-ایالات متحده از طرف دیگر، از ضابطه کنترل کلی برای احراز مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها استفاده کرده‌اند. درجه کنترل می‌تواند بنابر اوضاع و احوال موضوعی هر پرونده متغیر باشد. متغیر بودن درجه کنترل بدین صورت قابل اعمال خواهد بود. در مواردی که ارتکاب اعمالی باعث نقض شدید حقوق بین‌الملل، از جمله "ژنوسید" گردد، کنترل کلی و در سایر موارد کنترل مؤثر اعمال شود. در زمینه ضابطه کنترل، کمیسیون، این امر را در هر قضیه، مسئله‌ای صلاح‌دید می‌داند که آیا رفتار خاصی تحت کنترل یک دولت انجام شده و تا چه اندازه رفتار تحت کنترل باید به آن دولت قابل انتساب باشد. با توجه به این وضعیت، ملاحظه می‌شود کمیسیون حقوق بین‌الملل، در خصوص ضابطه کنترل چارچوب مشخصی ارائه نکرده است. مطابق نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل، «مسایل حقوقی و وضعیت موضوعی قضیه تادیب با قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی ایالات متحده در نیکاراگوئه متفاوت بود. صلاحیت دادگاه کیفری یوگسلاوی؛ به مسائل مربوط به مسئولیت کیفری فردی معطوف بود؛ نه به مسئولیت بین‌المللی و مسئله مورد بحث در آن قضیه، نه مسئولیت، بلکه قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل بشر دوستانه بود».^۱ کمیسیون در تفاسیر طرح مسئولیت

۱. ILC Commentaries, *op.cit.*, Art ۸, paras ۵



سال ۲۰۰۱، به این مسئله پرداخت که کنترل کلی، به رویه دادگاه کیفری یوگسلاوی محدود است. اما توجه به این نکته ضروری است که بر خلاف نظر کمیسیون حقوق بین الملل، استفاده از کنترل کلی، به هیچ وجه به رویه دیوان یوگسلاوی که رسالت آن را احراز مسئولیت کیفری فردی و توسعه اعمال حقوق بشردوستانه به درگیری های مسلحانه غیر بین المللی می داند، محدود نیست.

ماده هشت، در ظاهر هیچ یک از دو معیار دیوان بین المللی دادگستری و دادگاه کیفری یوگسلاوی را مرجح نمی داند. با این حال، شرح کمیسیون حقوق بین الملل بر ماده هشت، به نوعی موضع شعبه تجدید نظر در قضیه تادیچ را مورد انتقاد قرار داد و بر رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری در قضیه فعالیت های نظامی و شبه نظامی تأکید کرد.

طرح قضیه بوسنی علیه صربستان نزد دیوان بین المللی دادگستری، نشان داد مشکلاتی که دیوان بین المللی دادگستری در خصوص مسئولیت بین المللی با آن مواجه است، لزوماً حقوقی نیست. نه تنها اثبات نسل زدایی، بلکه اثبات ارتباط مرتکبین نسل زدایی و رهبران سیاسی دولت، روندی طولانی و بسیار دشوار است. معیار دیوان بین المللی دادگستری در این قضیه، بر احراز هدایت یا کنترل عمل خاص از سوی دولت متمرکز بوده است. دیوان بین المللی دادگستری، ضابطه کنترل کلی ناشی از قضیه تادیچ را برای انتساب مسئولیت به دولت مورد پذیرش قرار نداد. اگرچه این ضابطه می تواند برای اهداف اولیه مربوط به احراز شرایط مخاصمه مسلحانه در چارچوب حقوق بشر دوستانه، برای اثبات اینکه نیروهای جمهوری صربسکا رکن جمهوری یوگسلاوی باشند؛ استفاده شود.

پذیرش ضابطه کنترل مؤثر در این قضیه، گویای آن است که این ضابطه در مورد مسئولیت بین المللی قابل طرح است. اما ضابطه کنترل کلی در موضوع رسیدگی به مسئولیت کیفری افراد موضوعیت پیدا می کند. دادگاه کیفری یوگسلاوی به حیطه ای فراتر از صلاحیت خود گام برداشته و آستانه مرتبط با مسئولیت دولت را از کنترل مؤثر، به کنترل کلی تنزل بخشیده است. دیوان بین المللی دادگستری در این قضیه از رویه سابق خود عدول نکرده، بلکه این دادگاه کیفری یوگسلاوی است که خارج از حدود صلاحیتی خود عمل نموده است.



از سوی دیگر، تأکید مجدد دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نسل‌زدایی به معیار نیکاراگوئه موجب ایراد انتقاداتی شده است.^۱ پایه اساس این انتقادات این است که معیار انتساب محدود به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا از مسئولیت ناشی از نقض شدید حقوق بین‌الملل، حتی زمانی که تمام دلایل موجود به مسئولیت آن‌ها اشاره دارد، شانه خالی کنند. این، در حالی است که هم در قضیه نیکاراگوئه و هم در قضیه نسل‌زدایی، دیوان متقاعد شد حمایت ایالات متحده و صربستان نسبت به اجرای عمل متخلفانه مورد نظر، اساسی بوده است.

این مسئله به دلیل نقش مهمی که بازیگران غیر دولتی در مخاصمات مدرن امروز اجرا کنند، حائز اهمیت است. این حقیقت که دولت‌ها به دنبال فرار از مسئولیت، از طریق اقدام به وسیله بازیگران غیر دولتی و یا دولت‌های خارجی می‌باشند؛ مطرح است و کنوانسیون، مسئولیت دولت را نه تنها برای کوتاهی در جلوگیری و مجازات، بلکه برای ارتکاب مستقیم آن در نظر داشته است.

اقدامی که دیوان در قضیه نسل‌زدایی انجام نداد، این بود که اگر دیوان بین‌المللی دادگستری، به خطای دادگاه کیفری یوگسلاوی اعتقاد داشت، نباید به سادگی آن ضابطه را به این دلیل که صرفاً در خصوص طبقه‌بندی مخاصمات مسلحانه قابل اعمال است؛ رد می‌نمود؛ بلکه باید عدم تطابق آنرا با رویه دولت‌ها و رویه قضایی اثبات می‌کرد؛ اما دیوان ترجیح داد به این مسئله نپردازد.^۲

هدف دیوان کیفری یوگسلاوی در پذیرش ضابطه کنترل کلی این بوده است که با کاستن از میزان و درجه کنترل دولت، انتساب اعمال افراد و گروه‌ها به دولت را تسهیل نماید. با

^۱. See, e. g. Ademola Abass, "Proving State Responsibility for Genocide", Fordham international law journal, pp. ۸۹۴-۸۷۱.

^۲ Griebel & P. plucken, "New Developments Regarding the Rules of Attribution" ۲۱ Leiden journal of international law, pp. ۶۰۴-۶۰۱.

^۳ Antonio cassese, "The Nicaragua and Tadic test, revisited in the light of the ICJ Judgment of Genocide in Bosnia." European journal of international law(E.J.I.L) Vol ۱۸, No ۴. ۲۰۰۷p. ۶۵۰.



توجه به تفاوت ماهوی بین این دو دیوان، چنین اختلافی مشخص است. اما دیوان بین‌المللی دادگستری با توجه به غایت عملی خود، ضابطه دیگری را به کار بسته است. بررسی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نشان داد در خصوص قابلیت انتساب، در قضایای مختلف، رویه‌ای واحد پیموده و در مواجهه با چالش‌های رویه خود توسط سایر مراجع حل و فصل اختلاف، بر رویه خود تأکید کرده است. به عنوان رهنمود شاید بتوان گفت در مواردی که نقض شدید حقوق بین‌الملل اتفاق افتد، کاهش آستانه قابلیت انتساب از کنترل مؤثر به کنترل کلی جهت انتساب فعل متخلفانه بین‌المللی و نیم نگاهی به رویه سایر مراجع، پسندیده باشد.^۱

بررسی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نشان داد دیوان در برخورد با موضوعات، با احتیاط و رعایت کلیه جوانب عمل می‌کند. نقش ارزنده دیوان در این خصوص شایسته تقدیر است اما زمانی که انتظار می‌رود دیوان نتیجه‌ای تعیین‌کننده از استدلال‌ات خود اتخاذ نماید، متوقف شده و محدودیت‌های پیش روی دیوان و کارکردی را که دیوان در خصوص حل و فصل اختلاف بین دولت‌ها دارد؛ متذکر می‌شود. در باب قابلیت انتساب نیز وضع به همین صورت است. در قضیه نیکاراگوئه دیوان، بعد از چینش دلایل خود قدم آخر را بر نمی‌دارد. در قضیه نسل‌زدایی، و... شاهد چنین وضعیتی هستیم.

دیوان باید در زمینه قابلیت انتساب عمل متخلفانه به دولت و احراز مسئولیت بین‌المللی در خصوص وضعیت‌های جدید پیش آمده (که نمونه بارزش حملات مسلحانه تروریستی است) تغییر رویه‌ای اساسی اتخاذ نماید. سؤال این است که با توجه به وضعیت جامعه بین‌المللی بعد از حوادث ۱۱ سپتامبر در خصوص اعمال تروریسم‌ها و بحث قابلیت انتساب آن به دولت‌های خارجی؛ در صورتیکه دیوان بین‌المللی دادگستری با یک پرونده ترافیعی یا مشورتی مواجه گردد؛ باز هم طبق رویه سابق خود عمل خواهد کرد؟

^۱. ملکی‌زاده، امیر حسین، قابلیت انتساب مسئولیت در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ص ۱۶۱



قواعد مندرج در طرح مسئولیت دولت، نمی تواند با تحولات نوین در پرتو بحث مسئولیت بین المللی و قابلیت انتساب سازگار باشد. به نظر نگارنده، مهم ترین چالش فراروی قواعد مرتبط با قابلیت انتساب عمل متخلفانه عدم کارآیی آن در خصوص انتساب حملات گروه های تروریستی است اگر در این خصوص دیوان بین المللی دادگستری به دنبال اعمال رویه سابقش باشد، به آنچه خواست جامعه بین المللی است، نایل نخواهد شد و با اعمال چنین رویه ای از انتساب این گونه اعمال به دولت های خاطی باز خواهد ماند.



الف) منابع فارسی

- ۱- ابراهیم گل، علیرضا، متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین الملل، موسسه شهر دانش، تهران: چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ۲- خلیلیان، خلیل، دعاوی حقوقی ایران و ایالات متحده، مطروحه در دیوان داوری ایران و آمریکا، تهران: شرکت نشر انتشار، ۱۳۷۰.
- ۳- عبدالحی، محسن، شافع، میرشهبیز، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین الملل، ریاست جمهوری، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۶.
- ۴- فیوضی، رضا، مسئولیت بین المللی و نظریه حمایت سیاسی، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۹.
- ۱- جمعی از نویسندگان، «مسئولیت بین المللی دولت در نتیجه اعمال افراد»، مجله حقوقی، شماره ۱۳.
- ۲- عسگری، پوریا، «مسئولیت بین المللی افراد و دولت ها در پرتو ضابطه کنترل»، مجله حقوقی، شماره ۴۰، ۱۳۸۸.
- ۳- عزیزی، ستار، «عناصر جرم ژنوسید در رأی ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین المللی دادگستری و رویه دادگاه های ویژه بین المللی»، مجله حقوقی، شماره ۳۶، ۱۳۸۶.
- ۴- هیگینز، روزالین، «دیوان بین المللی دادگستری، موضوعات منتخب درباره مسئولیت دولت»، مترجم علی قاسمی، مجله حقوقی، شماره ۳۴.
- ۱- ملکی زاده، امیر حسین، قابلیت انتساب مسئولیت در رویه دیوان بین المللی دادگستری پایان نامه دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- ۲- نصیری محلاتی، ژوبین، بررسی انطباق تصمیمات محاکم امریکا در انتساب اعمال افراد و گروه ها به دولت ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.



A: Articles

- ۱- Andre, J.J De hoogh, *The tadic case, Attribution of acts of Bosnian serb authorities to the federal republic of yugoslavia*, British year book of international law. vol ۲۷, p ۲۹۰.
- ۲- Antonio cassese, *"The Nicaragua and Tadic test ,revisited in the light of the ICJ Judgment of Genocide in Bosnia."* European journal of international law(E.J.I.L) Vol ۱۸, No ۴. ۲۰۰۷p. ۶۵۰.
- ۳- Crawford, James . peel Jaequelin , . olleson simon, *"The ILC'S articles on responsibility of states for internationally wrong full acts : completion of thesecond reading."* (E.J.I.L) , vol ۱۲, ۲۰۰۱.
- ۴- F.A, Boyle , *"state responsibility and international liability for injuriesconsequences of acts not prohibited by international law a necessary distinction"*. International and Comparative law Quarterly. Vol ۳۹ ,pp. ۸۶-۹۳, ۱۹۹۰.
- ۵- Frederic L.kirgis, *"The Avena case in International court of justice and theUS response"*, ۱۷ Fd. ۲۲۳, p ۲۲۷, ۲۰۰۷.

B: Cases

- ۱- *Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide Genocide.* (Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro). I.C.J reports ۲۰۰۷.
- ۲- *Loizidou v. Turkey.* Judgment of ۱۸ Dec ۱۹۹۶ (Merits) ۱۹۹۶, European court of Human Rights reports of Judgment and Decisions.
- ۳- *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) I.C.J reports, ۱۹۸۶.
- ۴- *prosecutor v. Tadic* . Judgment. (Appeals chamber ICTY) ۱۵ July ۱۹۹۹.
- ۵- *Yeager v. Islamic Republic Of IRAN*, AWD ۳۲۴ – ۱۰۹۹ – ۱. Iran – United states claims Tribunal., The Hague, Nov ۲, ۱۹۸۷.

شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح

محسن ناظمی زاده*

مجتبی نیک دوستی**

چکیده:

یکی از شروط ضمن عقد نکاح، «شرط عدم نزدیکی» است که وضعیت حقوقی آن مورد بررسی این نوشتار می باشد. سؤال مطرح آن است که آیا شرط مزبور اساساً دارای اعتبار بوده؛ یا بالعکس، باطل و غیر معتبر تلقی می شود. همچنین در صورت باطل بودن شرط، آیا این شرط بر عقد نکاح تاثیری خواهد داشت؟ فرض دیگری نیز می توان متصور بود و آن، این که آیا شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح می تواند در پاره ای موارد صحیح و در برخی دیگر باطل باشد؟ در این مقاله با توجه به سکوت قانون گذار در این خصوص، به مطالعه و تحقیق در آرای مختلف فقهای اسلامی و حقوقدانان پرداخته و در نهایت مستدلاً اعتبار شرط مذکور نتیجه گیری می شود.

واژگان کلیدی: عقد نکاح، شرط ضمن عقد، عدم نزدیکی، بطلان، صحت.

** کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوراسگان. (نویسنده مسئول)

Mohsen_nazemizadeh@yahoo.com

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد خوزستان.

Dr. nikdousti@yahoo.com



«خانواده»، به عنوان یک رکن اساسی در حفظ و تداوم جامعه نقش اساسی اجرا می‌کند. از این رو، تشکیل خانواده، سلامت و بقای جامعه را تضمین می‌نماید. تشکیل خانواده از دیدگاه اسلام تنها از طریق عقد نکاح امکان‌پذیر است. بنابراین، عقد نکاح در فقه اسلامی از جایگاه و اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و همچون سایر عقود، از لحاظ ارکان و شرایط صحت، از احکام و قواعد یک سانی پیروی کند؛ ولی از آن‌جا که هدف از عقد نکاح تشکیل خانواده و مشارکت در زندگی است، اساساً قراردادی غیرمالی است. از این رو چه بسا قواعد قراردادهای مالی در مورد نکاح قابل اجرا نیست.^۱ همچنین در عقد نکاح، بر خلاف سایر عقود، طرفین در تعیین آثار مترتب بر آن، اختیار تام ندارند؛ زیرا بسیاری از قواعد حاکم بر آن از جمله قواعد امری محسوب می‌شود. در عین حال، زوجین می‌توانند در برخی زمینه‌ها به اختیار و توافق خود در قالب شروط ضمن عقد عمل کرده و آثار آن را رقم زنند. بنابراین، اعتبار و یا عدم اعتبار پاره‌ای از شروط مزبور، مورد اتفاق فقیهان و حقوق‌دانان بوده، و در مواردی نیز اتفاق نظر وجود نداشته و اختلاف آرا وجود دارد. از جمله موارد مورد اختلاف، «شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح» است که در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌گیرد. ضرورت بحث و تحقیق در این باره، از این لحاظ نمایان‌تر می‌شود که در حقوق موضوعه، حکم مزبور به صراحت بیان نشده و رویه قضایی نیز درباره آن مسکوت است. بنابراین، حسب اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۲، مرجع قضایی بایستی به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر رجوع و حکم آن را صادر نماید. از سوی دیگر، به دلیل تشتت آرا در این زمینه و نیز استدلال‌های متناقض در مورد صحت یا عدم صحت آن، بایستی حل این معضل طی بررسی همه جانبه علمی منقح گردد. همچنین با استناد به منابع

^۱ صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷، ص ۳۰.

^۲ اصل ۱۶۷ قانون اساسی بیان می‌کند: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».



فقهی و حقوقی، شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح از این حیث نیز حایز اهمیت است که بر حسب موقت یا دائم بودن عقد، اعتبار یا عدم اعتبار آن مورد اختلاف است. در رجوع به منابع مشاهده می‌شود که قریب به اتفاق فقها و حقوقدانان به صحت این شرط در عقد موقت قائل بوده و اختلاف عقیده‌ای در این باره به نظر نمی‌رسد.^۱ مبنای استدلال فقها در زمینه صحت شرط مزبور، علاوه بر نص وارد، این است که مقصود از نکاح موقت صرفاً تلذذ، تمتع و ارضای شهوت است، نه توالد و تناسل.^۲

بنابراین، آنچه در این نوشتار مورد بحث و تفصیل بیش‌تری قرار می‌گیرد، اعتبار یا عدم اعتبار شرط مزبور در عقد دائم است. با توجه به ضرورت بحث و تبیین شرط عدم دخول در عقد نکاح، هدف نگارنده این است که تا حد امکان مرور جامعی بر منابع فقهی و حقوقی معتبر انجام پذیرفته، و با ارایه نظریات مختلف، مجموعه‌ای از آرای متنوع و بعضاً متضاد بیان شود. و در پایان با استناد به مطالب بیش‌تر مراجع، استدلال‌های اقوا ارائه و اعتباری اعدم اعتبار شرط مزبور در عقد نکاح نتیجه‌گیری شده است.

۱. آشتیانی، محمود، کتاب النکاح، مشهد: چاپخانه خراسان، بی‌تا، ص ۳۱۰؛ محمدجواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، جلد ۵، بیروت: انتشارات دارالعلم للملایین، ۱۰۸۵ق، ص ۱۸۹؛ یوسف حرانی، حقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، جلد بیست و چهارم، قم: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۰۰؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، مصحح: سید ابراهیم میانجی، جلد ۳۱، تهران: انتشارات المکتبه الاسلامیه چاپ ششم، ۱۴۰۱ ق، ص ۹۹-۱۰۰؛ شیخ ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط، مصحح: محمدباقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ق، ۳۰۳؛ شیخ عبدالله مامقانی، منهاج المتقین، بی‌جا: انتشارات موسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، بی‌تا، ص ۳۷۳؛ محمدباقر بن محمد مومن سبزواری، کفایه الاحکام، قم: چاپخانه مهر، مدرسه صدر- مهدوی، اصفهان، بی‌تا، ص ۲۴۰؛ علی بن حسین کرکی (محققثانی)، جامع المقاصد فی شرح قواعد الاحکام، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آلال بیت علیهما السلام - لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۱ق، ص ۳۹۲؛ زین‌الدین بن علی شهیدثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، جلد دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۸۴ ق، ص ۵۵؛ نجفی خوانساری، شیخ موسی، منه الطالب، جلد ۲، تهران: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هجری قمری، بی‌تا، ص ۱۱۲؛ موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ دوم، بی‌تا، ص ۳۰۳؛ مدنی التبریزی، السید یوسف، منهاج الاحکام فی النکاح والطلاق، جلد ۲، بی‌جا: انتشارات مکتبه الدهاقانی (اسماعیلیان)، چاپ چهارم، ۱۴۱۹ق، ص ۳۳۲

۲. آشتیانی، پیشین، ص ۳۱۰؛ مغنیه، پیشین، ص ۱۸۹؛ سبزواری، پیشین، ص ۱۸۴؛ محققثانی، پیشین، ص ۳۹۲



۱. نظریات مطرح شده درباره شرط عدم نزدیکی

در این بخش به بررسی و مطالعه نظریات ارائه شده درباره شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح پرداخته می‌شود. اهم نظریاتی که در این باره بیان گردیده، عبارت است از: باطل و مبطل بودن شرط، بطلان شرط و صحت شرط. در ادامه، هر یک از آن‌ها به صورت مجزا مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱. باطل و مبطل بودن شرط:

بنابر مفاهیم اولیه علم حقوق، باطل و مبطل بودن شرط به این معناست که وضع شرط، منحل یکی از ارکان اساسی عقد باشد که نتیجتاً عقد را نیز باطل می‌کند. یکی از شروط باطل و مبطل، شرطی است که «برخلاف مقتضای ذات عقد» باشد.^۱ با توجه به تقسیم مقتضای عقد به «مقتضای ذات عقد» و «مقتضای اطلاق» عقد، در تعریف هر یک یادآوری می‌نماید: مقتضای اطلاق عقد، اثری است که اگر قرارداد به طور مطلق و بدون قید و شرط واقع شود، آن را اقتضا می‌کند و طرفین بدان ملزم می‌گردند؛ لیکن طرفین اصولاً می‌توانند، خلاف آن توافق کنند.^۲ اما مقتضای ذات عقد موضوع اصلی است که عقد به خاطر آن واقع می‌شود، و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، جزء یا لازمه‌ی ماهیت عقد است.^۳ به بیان دیگر، مقتضای ذات عقد، آن چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود. این اثر را ماهیت عقد ایجاد می‌کند؛ به طوری که عقد بالذات تولیدکننده آن است. به این ترتیب، چنین اثری از عقد جدا نشدنی خواهد بود.^۴ از این رو، وجود مقتضیات ذات هر عقدی برای تحقق وصحت آن عقد لازم و اشتراط عدم آن یا هر شرط مخالف با آن، باطل

۱. ماده ۲۳۳ قانون مدنی: «شروط مفصله‌ی ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: (۱) شرط خلاف مقتضای عقد، (۲)

شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود»

۲. صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، منبع پیشین، ص ۱۹۰

۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قراردادهای)، انتشارات بهمن برنا، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۷،

ص ۳۰۹

۴. شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۱۱۳



و نیز موجب بطلان عقد خواهد بود. آن دسته از فقهای اسلامی که بر باطل و مبطل بودن شرط عدم نزدیکی در نکاح معتقد هستند؛ شرط مذکور را خلاف مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند. در میان فقهای اسلامی، برخی از فقها بر این نظر قائل می‌باشند که هدف اصلی از نکاح توالد و تناسل است (تناکحو اتناسلوا)^۱ و شرط عدم نزدیکی با مقتضای ذات عقد نکاح منافات دارد.^۲ برخی از فقهای عامه نیز به این نظر قائل هستند.^۳

برخی از فقها، شرط مزبور را با اثر ظاهر عقد منافی دانسته‌اند. منظور از اثر ظاهر عقد، اثری است که عرفاً، بلکه شرعاً تمامی منظور عاقد از انعقاد عقد را تشکیل می‌دهد. در مطلب مورد بحث اثر عمده ظاهری مترتب بر نکاح دائم و آنچه غرض اصلی آنرا در دیدگاه عرف، بلکه شرع تشکیل می‌دهد، عبارت از نزدیکی است؛ هر چند آثار و اغراض دیگری نیز وجود دارد. از این رو شرط عدم نزدیکی، با اثر ظاهر عقد در تنافی است.^۴ بنابراین، می‌توان گفت از آنجا که نفی اثر ظاهری عقد عرفاً با نفی مضمون عقد ملازمه دارد، درج شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح از عدم قصد مضمون عقد حکایت می‌کند که در نتیجه عقد باطل می‌گردد؛ زیرا عقد تابع قصد است و به تبع آن شرط نیز باطل می‌شود. البته بایستی متذکر گردید مقصود از اثر ظاهر عقد در بیان ارائه شده، اثر اصلی مترتب بر عقد یا همان مقتضای ذات عقد می‌باشد که شرط مخالف آن مبطل عقد خواهد بود. در بیان برخی دیگر از فقها، دلیل بطلان شرط مخالفت آن با مقتضای ذات عقد و علت بطلان عقد، عدم

^۱. متن روایت به شرح زیر است: عن النبی (ص)، «انه قال: تناکحوا تناسلوا، اباهی بکم الامم يوم القيامة»؛ میرزا حسین نوری الطبرسی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ق، ص ۱۵۳

^۲. حسن بن یوسف حلی (علامه)، مختلف الشیعه، جلد هفتم، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ق، ص ۱۶۴؛ شهیدثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۴ق، ص ۳۹۳؛ متن استفتا: «شرط مذکور خلاف مقتضای عقد است و لازم الاجرا نمی‌باشد و لغو است. علی فرض این که فاسد باشد و شرط فاسد، مفسد باشد ممکن است به عقد هم آسیب برساند».

^۳. یحیی بن شرف النووی، السراج الوهاج، انتشارات دارالمعرفه، بی تا، ۱۳۹۸ق، ص ۳۹۰

^۴. موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۳، قم: انتشارات دارالکتب العلمیه، بی تا، ص ۲۳۵



رضایت متعاقدين به آن عقد؛ در حالی که از شرط خالی باشد، اعلام گردیده است.^۱ این نظر قابل نقد است؛ زیرا بر فرض پذیرش مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد، بطلان عقد نیز از همین امر دانسته می شود و به استدلال بیان شده نیازی نیست. وانگهی استدلال مذکور مخدوش است؛ زیرا شرط مندرج در ضمن هر عقدی شرط تراضی است، نه قید آن؛ و شرط، چیزی جز قید است؛ شرط، از چهارچوب و ارکان عقد خارج بوده و از استقلال نسبی برخوردار است؛ در حالی که تقید عقد به امری، داخل در ارکان آن عقد محسوب می شود؛ به طوری که نفی آن موجب انتفای آن عقد (مقید) می شود. (اذا انتفی القید انتفی المقید) بنابراین، استدلال موضوع بحث در واقع نتیجه خلط مفاهیم شرط و قید است.

برخی از حقوقدانان نیز چنین استدلال کرده اند که اگر هدف از نکاح، رابطه جنسی زن و مرد محسوب نشود، لااقل به عنوان یکی از مهم ترین اهداف عقد مذکور است؛ لذا نفی کردن آن خلاف مضمون عقد نکاح بوده و باعث بطلان آن می شود.^۲ در واقع، از اهداف اساسی زوجین در عقد نکاح، توالد و تناسل و ارضای غریزه جنسی در چهارچوب مشروع و قانونی آن است و لازمه این امر، حلیت نزدیکی بین آنان می باشد. در برخی نظریات نیز آمده است که اگر فرضاً این شرط، خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نباشد، مسلماً خلاف قانون آمره بوده و باطل است.^۳ در این باره، برخی دیگر، علاوه بر اینکه هدف اصلی نکاح دائم را توالد و تناسل در نظر گرفته و شرط عدم نزدیکی را؛ آن، مغایر می دانند؛ معتقدند که نه تنها این شرط با قوانین امری مربوط به روابط زوجین مخالف است؛ بلکه با مفهوم عرفی زناشویی نیز تعارض دارد. به بیان دیگر، «عرف»، زوجینی که نزدیکی بین خود را بدون مانع مشروع ممنوع ساخته اند، زن و شوهر نمی شناسد.^۴ همچنین برخی از حقوقدانان در مقام نظر و رأی در ماهیت امر، به باطل و مبطل بودن شرط نسبت به عقد معتقد شده اند و

^۱ علامه حلی، پیشین، ج ۷، ص ۱۶۵

^۲ کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۳۴؛ محقق داماد، سید

مصطفی، نکاح و انحلال آن، (حقوق خانواده)، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶، ص ۳۲۸

^۳ محقق داماد، پیشین، ص ۳۲۸

^۴ کاتوزیان، پیشین، ص ۲۳۴



در تعلیل آن، همچون دیگران گفته‌اند توالد و تناسل و ارضای غریزه جنسی از اهداف اساسی عقد نکاح دائم است؛ بنابراین، شرط خلاف آن، شرط مخالف مقتضای ذات عقد محسوب گردیده که علاوه بر بطلان آن، عقد را باطل می‌سازد. لکن در مقام قضا بر این عقیده‌اند که با عنایت به سکوت قانون مدنی در این باره و لزوم مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر (حسب اصل ۱۶۷ قانون اساسی) و با توجه به نظر مشهور فقهای امامیه، پذیرش نفوذ و اعتبار شرط مزبور اجتناب ناپذیر است.^۱

به طور کلی، بیش تر فقها و حقوقدانانی که به باطل و مبطل بودن شرط عدم نزدیکی در نکاح صراحت دارند، دلایل خود را برپایه هدف نکاح، یعنی توالد و تناسل و همچنین مغایرت شرط مذکور با مقتضای ذات عقد نکاح قرار داده‌اند.^۲

۲-۱- بطلان شرط:

براساس این نظریه، شرط عدم نزدیکی در نکاح باطل است؛ ولی موجب باطل شدن عقد نکاح نیست و به ارکان اساسی صحت عقد خللی وارد نمی‌سازد. این دیدگاه مورد توجه تعداد کمی از فقهای اسلامی بوده و نظریاتی مبتنی بر بطلان شرط نزد برخی از مراجع فقهی^۳ یافت می‌شود. در برخی از منابع فقهی، دلیل بطلان شرط مذکور را به علت مخالف بودن آن با حکم شرع دانسته‌اند.^۴ در بیان برخی دیگر از فقها شرط مزبور مخالف قرآن و

^۱. عابدیان، میرحسین، شروط باطل و تاثیر آن در عقد، تهران: انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۸۷، ص ۱۵۷

^۲. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۳۴؛ جواد حبیبی تبار، گام به گام با حقوق خانواده، بی‌جا: انتشارات نشر خرم، چاپ اول، ۱۳۸۰، ۲۶۷

^۳. ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد ابن ادریس، السرائرالحاوی لتحریرالفتاوی، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه نشرالاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۰۸؛ ابن قدامه، المغنی، جلد هفتم، بیروت: انتشارات دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ ق، ص ۴۵۰

^۴. زین الدین بن علی شهیدثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۴ ق، ص ۵۶



سنت اعلام گردیده است؛^۱ بدون این که به آیه یا روایتی در این باره استناد شده باشد. در ادامه نیز در تأکید بر بی اعتباری شرط یاد شده، گفته اند، اصل، برائت ذمه از این شرط است. منظور ابن ادریس از عبارت اخیر، این است که درباره لزوم تبعیت از شرط مزبور و این که آیا تکلیفی را بر عهده مشروط علیه ایجاد می نماید، یا خیر؛ اصل بر برائت ذمه است. بدیهی است اگر منظور چنین باشد، استدلال مذکور صحیح نیست؛ زیرا مجرای اصل برائت، فقدان دلیل است. بنابراین، با وجود شرط، استناد به اصل برائت فاقد محمل صحیح شرعی است (الاصل دلیل حیث لا دلیل). برخی دیگر از فقیهان^۲، در تعلیل بطلان شرط دو دلیل بیان کرده که هر دو مخدوش است: ابن قدامه دلیل اول را اجمالاً مخالفت با مقتضای عقد دانسته، بدون این که مخالفت با مقتضای ذات یا اطلاق عقد را بیان کند؛ ولی مراد، هر چه باشد، استدلال مزبور مردود است؛ زیرا اگر منظور وی مخالفت با مقتضای ذات عقد باشد که فساد عقد را نیز به همراه دارد؛ در حالی که او صراحتاً عقد را صحیح می داند. چنانچه مراد او از مخالفت با مقتضای عقد، مخالفت با مقتضای اطلاق عقد باشد؛ که بدیهی است این امر دلیل فساد شرط نیست؛ زیرا شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد فی نفسه فاقد اشکال بوده و از این حیث، از جمله شروط صحیح است. ایشان دلیل دوم خود را این گونه اقامه کرده که شرط یاد شده، متضمن اسقاط حقی است که تا قبل از عقد هنوز موجود نشده؛ در حالی که به موجب شرط، در صدد اسقاط آن بر آمده اند و آن را به اسقاط حق شفعه قبل از بیع تنظیم نموده است (اسقاط ما لم یجب)^۳ صرف نظر از صحت و سقم قیاس مزبور، این استدلال نیز صحیح نمی باشد؛ زیرا برای صحت اسقاط حق، تحقق سبب آن کافی بوده و فعلیت حق ضروری نیست.

از معاصرین نیز، برخی شرط مزبور را صرفاً در عقد دائم واجد اشکال دانسته اند. آنان (هر چند عقد را صحیح می دانند و تنها شرط مذکور را در عقد دائم باطل می شمارند؛ که

۱. ابن ادریس، پیشین، ج ۲، ص ۵۸۹

۲. ابن قدامه، پیشین، ج ۷، ص ۴۵۰

۳. ابن قدامه، پیشین، ج ۷، ص ۴۵۰



زوجین می‌توانند اخلاقاً تعهد نمایند که به نزدیکی اقدام نکنند^۱ و برخی دیگر صراحتاً آن را باطل اعلام نموده، هرچند مبطل عقد نمی‌دانند.^۲

۱-۲-۱. قول به تفصیل:

در برخی از منابع فقه اسلامی، این عقیده و نظر ملاحظه می‌شود که اعتبار یا عدم اعتبار شرط عدم نزدیکی، به ترتیب به بیان این شرط از جانب زوج و یا زوجه منوط می‌باشد.^۳ به نظر می‌رسد تفصیل مزبور در تنافی با موازین فقهی و حقوقی بوده و مردود است؛ خواه به اعتبار شرط مزبور معتقد باشیم و خواه آن را نادرست بدانیم؛ زیرا در صورت اول با توجه به اطلاق و عموم ادله وفای به شرط همچون «المؤمنون عند شروطهم»^۴ بین زوج و زوجه در این باره تفاوتی وجود ندارد و قبولی شرط را از امور مختص به زوجه دانستن، تحکمی بیش نیست. در صورت دوم، یعنی اگر به بی‌اعتباری شرط قائل باشیم؛ تفکیک بین زوج و زوجه در این باره بلاوجه است و بیان شرط از ناحیه زوج فاقد هر گونه خصوصیتی در زمینه اعتبار بخشیدن به آن است. برخی از مراجع شیعی نیز درباره شرط عدم نزدیکی به گونه دیگری به تفصیل و تفکیک قائل شده‌اند. در برخی فتاوا چنین آمده است: چنانچه شرط عدم استحقاق باشد، شرط فاسد است؛ چون خلاف کتاب و سنت است، و اگر شرط

^۱. مکارم شیرازی، ناصر، استفتا، <http://www.makarem.ir>؛ متن استفتا: «عقد صحیح است؛ ولی شرط مذکور در عقد دائم باطل است؛ ولی طرفین می‌توانند در صورت لزوم اخلاقاً تعهد نمایند که اقدام به نزدیکی نکنند».

^۲. حسینی شاهرودی، سید محمد، استفتا، <http://www.shahrودي.com>؛ متن استفتا: «شرط عدم دخول در عقد دائم باطل است؛ اما مبطل عقد نیست»؛ جعفر سبحانی، استفتا، <http://tohid.ir>؛ متن استفتا: «در عقد موقت اشکال ندارد؛ ولی در عقد دائم بنا بر احتیاط واجب صحیح نیست و اما مبطل عقد نیست».

^۳. این نظر مورد توافق فقهای شافعی بوده و معتقد است اگر زوجه، هنگام عقد نکاح عدم نزدیکی را شرط کند، این شرط فاسد و مفسد عقد است؛ ولی چنانچه شرط مذکور از جانب زوج مطرح شود و زوجه نیز آن را قبول کند، عقد نکاح باطل نخواهد بود. از نظر فقهای شافعی، تفاوت بین این دو مورد در این است که قبولی شرط از اختصاصات زوجه می‌باشد. پس، هنگامی که زوجه رضایت به آن شرط دهد عقد، صحیح است، مانند رضایت زوجه به عین و یا محبوب بودن زوج

^۴. متن روایت به شرح زیر است: «عن النبی (ص)، انه قال: المؤمنون عند شروطهم».



عدم فعل باشد، یعنی نزدیکی نکردن را شرط کنند، شرطی صحیح است و اما قسم اول، از شرط باطل است؛ ولی نکاح باطل نمی‌شود.^۱ طبق نظر مزبور، چنانچه موضوع شرط «سلب و نفی حق نزدیکی» باشد؛ در این صورت، شرط باطل است ولی اگر ترک فعل موضوع شرط را تشکیل دهد، در این صورت شرط صحیح است. به نظر می‌رسد در صورت اول نیز که موضوع شرط، سلب و نفی حق نزدیکی است، شرط صحیح است؛ زیرا به موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی^۲، اگر چه شرط عدم نزدیکی چنانچه به نحو کلی باشد محکوم به بطلان است؛ شرط مزبور به طور جزئی - که در این مقاله مورد بحث می‌باشد - به لحاظ این که در حقیقت سلب حق به نحو جزئی است؛ فاقد اشکال می‌باشد.

صحت شرط:

«شرط فعل» یا «ترک فعل»، در قانون مدنی از مصادیق شروط صحیح محسوب می‌شود.^۳ در این بخش، شرط عدم نزدیکی در نکاح به عنوان شرطی با موضوع «ترک فعل» مورد مطالعه قرار گرفته و اعتبار یا عدم اعتبار آن از دیدگاه فقها و حقوقدانان مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرد. مبنای استدلال بسیاری از فقهای که به صحت این شرط قائل هستند؛

۱. روحانی، سید محمد صادق، استفتا، <http://www.rohani.ir>؛ متن استفتا: «چنانچه شرط عدم استحقاق باشد، شرط فاسد است؛ چون خلاف کتاب و سنت است و اگر شرط عدم فعل، یعنی شرط کند، نزدیکی نکردن، شرطی است صحیح و اما القسم الاول از شرط باطل است، ولی نکاح باطل نمی‌شود».

۲. ماده ۹۵۹ قانون مدنی بیان می‌کند: «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

۳. ماده ۲۳۴ قانون مدنی بیان می‌کند: «شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت. ۲- شرط نتیجه. ۳- شرط فعل اثباتا یا نفیا. شرط صفت عبارت است از: شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».



روایات بیان شده در منابع معتبر فقهی است.^۱ شرح تفصیلی روایات استناد شده عبارت است از:

- روایت عمار بن مروان از امام صادق (ع): راوی می‌گوید: «به حضرت عرض کردم: مردی نزد زنی آمد و از او خواست با او ازدواج نماید. آن زن گفت: من خود را به ازدواج تو در می‌آورم، مشروط به اینکه آنچه از انواع استمتاعی که مرد از همسرش می‌خواهد، برای تو اجابت کنم و به هر گونه خواستی از من لذت ببری، جز آنکه از دخول پرهیزی؛ زیرا من از رسوایی [ناشی از دخول] هراسانم. حضرت (ع) فرمودند: اشکالی ندارد [یعنی شرط صحیح است]، و مرد صرفاً در چارچوب شرط بیان شده ذی حق است».^۲

- روایت اسحاق بن عمار از ابی عبدالله (ع): راوی می‌گوید: «به حضرت عرض نمودم: مردی با کنیزی که آزاد شده بود، با این شرط ازدواج نمود که دخول نکند. پس از عقد، آن زن در این باره اذن داد، [حکم آن چیست؟] حضرت (ع) فرمودند: زمانی که آن زن اذن دخول داد، اشکالی ندارد و آن مرد می‌تواند دخول نماید».^۳

۱. زین‌الدین بن علی شهید ثانی، الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۴ ق، ص ۵۵۰؛ محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۲۹؛ حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه، کتاب النکاح، جلد چهارم، قم: انتشارات المکتبه المهدی (عج)، مطبعه سیدالشهدا (ع)، ۱۴۰۶ ق، ص ۳۹۴

۲. روایت عمار بن مروان عن الصادق (ع): «قال: قلت: رجل جاء الى امرأه فسألها ان تزوجه نفسها، فقالت: ازوجک نفسی علی ان تلتمس منی ما شئت من نظر او التماس و تنال منی ما ینال الرجل من اهله، الا انک لاتدخل فرجک فی فرجی و تتلذذ بما شئت فانی اخاف الفضحہ؟ قال: لا باس، لیس له الا ما اشترط؛ محمدبن حسن حرعاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، مصحح: شیخ عبدالرحیم ربانی شیرازی، جلد پانزدهم، قم: انتشارات داراحیاء التراث العربی، ۱۳۸۵، ص ۴۵

۳. روایت اسحاق بن عمار ایضاً عن ابی عبدالله (ع): «قال: قلت له: رجل تزوج بجاریه عاتق علی ان لا یقتضها، ثم اذنت له بعد ذلک، قال: اذا اذنت له فلا باس؛ محمدبن حسن حرعاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، مصحح: شیخ عبدالرحیم ربانی شیرازی، جلد پانزدهم، قم: انتشارات داراحیاء التراث العربی، ۱۳۸۵، ص ۴۵



برخی از فقها، بنابر اطلاق روایات، شرط را صحیح می‌دانند.^۱ شیخ طوسی در کتاب المبسوط خود، به تفصیل قائل شده و صحت این شرط را مختص عقد موقت دانسته و با در نظر گرفتن اصل توالد و تناسل در عقد نکاح دائم، آن را باطل می‌داند؛^۲ اما در تألیف دیگر خود با استناد به اطلاق روایات، به طور مطلق به صحت و اعتبار شرط مذکور قائل می‌باشد.^۳

همچنین برخی دیگر از فقها به صورت تفصیلی به این موضوع پرداخته و علاوه بر استناد به عموم حاصل از روایات بیان شده، با تمسک به قاعده «المؤمنون عند شروطهم»^۴ گفته‌اند: چنانچه زوجین شرط عدم نزدیکی را در نکاح قید کردند، باید به آن عمل نمایند.^۵ وانگهی در دلالت «أوفوا بالعقود» نیز آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادهای [ی خود] وفا کنید...»^۶ مؤید این مهم است و با بیان امری خود، برای مسلمانان ایجاب نموده که به عقود خود پایبند باشند. قول به صحت شرط عدم نزدیکی در کلام برخی از فقها نیز مورد شرح و بسط بیش‌تری قرار گرفته است. ایشان اولاً،

۱. المدنی التبریزی، پیشین، ج ۱، ص ۳۳۲؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۴، صص ۲۰۰-۱۹۸؛ سبزواری، پیشین، ص ۱۸۴؛ شیخ موسی نجفی خوانساری، منیه الطالب، جلد ۲، تهران: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هجری قمری، بی‌تا، ص ۱۱۲؛ مغنیه، پیشین، ج ۵-۶، ص ۱۸۹

۲. شیخ ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط، مصحح: محمدباقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ق، ص ۲۰۳؛ همچنین برخی فقهای عامه بر این نظر قائل هستند: اعرجی، الدکتورزهر، النظام العائلی، قم: الناشر: المؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق، ص ۸۶؛ بیهقی الکیدری، قطب‌الدین، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم: انتشارات موسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ق، ص ۴۲

۳. شیخ ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط، مصحح: محمدباقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ق، ص ۴۷۴

۴. متن روایت به شرح زیر است: «عن النبی (ص)، انه قال: المؤمنون عند شروطهم»؛ نوری الطبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل‌البت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ق، ص ۳۰۱

۵. شهید ثانی، پیشین، ج ۱، ص ۵۵۰؛ حسینی شیرازی، پیشین، ج ۴، ص ۳۹۴

۶. سوره مائده، آیه ۱



به عموم موجود در آیه مذکور استناد فرموده (توضیح این که در این آیه، کلمه «العقود» که جمع مکسر محلی به لام است و افاده عموم می‌کند، شامل تمامی پیمان‌ها می‌شود و در واقع به لزوم وفای نسبت به تمامی پیمان‌ها فرمان داده شده است. ثانیاً، به برخی روایات همچون روایت عمار بن مروان و نیز روایت مشهور «المؤمنون عند شروطهم» تمسک جسته و در پاسخ به کسانی که شرط مزبور را به دلیل خلاف مقتضای ذات عقد بودن، علاوه بر فساد، موجب بطلان عقد نیز می‌دانند؛ فرموده است: اگر نزدیکی از مقتضیات عقد نکاح باشد، به گونه‌ای که اشتراط عدم آن بطلان عقد را به همراه داشته باشد؛ نکاح کسانی که به هر دلیل قادر به نزدیکی نیستند، خواه مانع از طرف زوج باشد یا زوجه؛ فاسد خواهد بود.^۱ ناگفته نماند استدلال مزبور قابل رد است؛ زیرا شرط عدم فعل چیزی جز ترک عمل به هر دلیل است. آنچه موضوع سخن را تشکیل می‌دهد، صحت و فساد شرط عدم نزدیکی است و به این که زوج یا زوجه در این باره متعذر است؛ دخیلی ندارد. دلیل دیگری که در این باره اقامه فرموده، این است که نزدیکی تنها یکی از غایات و اهداف نکاح است، نه تمام هدف آن؛ زیرا در نکاح، اهداف و اغراض دیگری نیز وجود دارد. گویی معتقد است به دلیل وجود اغراض دیگری در نکاح، نفی نزدیکی در قالب شرط، موجب نفی عقد نمی‌گردد. یکی از مهم‌ترین غایات نکاح، ایجاد کانون آسایش، آرامش و آسودگی است که بر اثر ازدواج حاصل می‌شود؛^۲ این امر تا آن اندازه واجد اهمیت است که خداوند متعال آن را به عنوان یکی از آیات خویش معرفی نموده می‌فرماید: «و من آیاته ان خلق لکم من انفسکم ازواجاً لتسکنوا الیها و جعل بینکم موده و رحمه؛ و از نشانه‌های وجود خدا این که همسرانی از جنس خود شما، برای شما آفرید تا در کنار آن‌ها آرامش یابید و در بین شما مودت و رحمت قرار داد».^۳

^۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، مصحح: سیدابراهیم میانجی، جلد ۳۱، انتشارات المکتبه الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۴۰۱ ق، ص ۹۸-۱۰۰

^۲. بیابانگرد، اسماعیل، جوانان و ازدواج (اهداف، ملاک‌ها، روش‌ها، موانع و راهکارها)، انتشارات نشر فرهنگ اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، ص ۳۸-۴۵

^۳. سوره روم، آیه ۲۱



خداوند متعال در این آیه هدف از ازدواج را سکونت و آرامش عنوان کرده است و این آرامش و سکونت، هم از نظر جسمی است، و هم از نظر روحی و هم از جنبه‌ی فردی و هم اجتماعی^۱. به عبارت دیگر، رفع نیاز جنسی و دیگر عوامل در تشکیل خانواده مهم‌اند، اما اصل نیستند. اصل، آن است که کانون خانواده، تجلی‌گاه مودت و رحمت زن و مرد نسبت به یکدیگر و وسیله اطمینان و آرامش آن‌ها باشد؛ و آمیزش جنسی، فرزنددار شدن و زیبایی ظاهری، به خودی خود، امری جسمانی و بدنی هستند و در این میان نباید آمیزش روح‌ها و نیازی که روان زن و مرد به هم دارند، از نظر محو گردد^۲.

همچنین بیش‌ترین فقهای معاصر نیز به صحت شرط مذکور اعتقاد دارند و عمل به آن را لازم می‌دانند (شبیری، استفتاء^۳؛ سیستانی، استفتاء^۴؛ موسوی اردبیلی، استفتاء^۵؛ حسینی

^۱. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، جلد شانزدهم، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۴، ص ۳۹۲

^۲. هدایتی، علی، کفویت در ازدواج: در قلمرو فقه اسلامی و حقوق ایران، قم: انتشارات موسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۹، ص ۱۸۹

^۳. متن استفتاء: «شرط مزبور در نکاح دائم و موقت، صحیح است و عمل به آن لازم است، مگر در صورتی که طرفین با رضایت از این شرط صرف‌نظر کنند»؛ سید موسی شبیری، استفتاء، <http://zanjani.almaktab.ir>

^۴. متن استفتاء: «شرطی صحیح است و لازم الاجرا»؛ سیدعلی حسینی سیستانی، استفتاء، <http://www.sistani.org>

^۵. متن استفتاء: «شرط عدم نزدیکی در نکاح، شرط باطل نیست»؛ سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، استفتاء، <http://www.ardebili.com>



شیرازی، استفتاء^۱؛ خامنه‌ای، استفتاء^۲؛ صافی گلپایگانی، استفتاء^۳؛ نوری همدانی، استفتاء^۴؛ هاشمی شاهرودی، استفتاء^۵. امام خمینی نیز، این شرط را صحیح و لازم الاجرا می‌دانند^۶.
بیش‌تر حقوق‌دانان نیز به صحت شرط مذکور قائل می‌باشند^۷. ایشان در استدلال خود بیان کرده‌اند که نزدیکی جزو مقتضای ذات عقد نکاح نیست^۸. وانگهی قانون چنین شرطی را منع نکرده؛ افزون بر این، مزبور برخلاف نظم عمومی نمی‌باشد؛ مضافاً این‌که اصل بر صحت شرط است^۹. از طرفی این شرط از جمله حقوقی است که به زوجین مربوط می‌باشد و آنان می‌توانند هر گونه بخواهند در آن توافق نمایند^{۱۰}.

از آن‌جا که دکترین حقوقی بر قواعد فقهی و حقوقی مبتنی است، ذکر آن، ما را از بیان مستقل دیدگاه حقوق در این زمینه بی‌نیاز می‌سازد؛ زیرا بین آن دو تباینی مشهود نیست؛ علاوه بر اینکه با توجه به فقدان حکم قانونی در این باره از یک سوی، و لحاظ اصل ۱۶۷

^۱ - متن استفتاء: «شرط در فرض سوال صحیح می‌باشد؛ والله العالم»؛ سیدصادق حسینی شیرازی، استفتاء،

<http://shirazi.ir>

^۲ - متن استفتاء: «اگر در ضمن عقد نکاح چنین شرطی شده باشد، مرد باید به شرط خود پایبند باشد و چنین شرطی باطل نبوده و مبطل عقد هم نیست»؛ سیدعلی خامنه‌ای، استفتاء، <http://www.leader.ir>

^۳ - متن استفتاء: «چنانچه در ضمن عقد و یا عقد مبنی بر آن واقع شده باشد، صحیح و نافذ است؛ والله العالم»؛ شیخ لطف الله صافی گلپایگانی، استفتاء، <http://www.saafi.net>

^۴ - متن استفتاء: «طبق نظر مشهور از فقها اشکال ندارد»؛ حسین نوری همدانی، استفتاء،

<http://www.noorihamedani.com>

^۵ - متن استفتاء: «اگر به نحو شرط ترک فعل باشد صحیح است؛ چون نه مخالف مقتضای عقد است و نه مخالف کتاب و سنت، و نه سایر اسباب بطلان را دارد»؛ سیدمحمود هاشمی شاهرودی، استفتاء،

<http://www.hashemishahroudi.org>

^۶ - موسوی خمینی، روح‌الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ دوم، بی‌تا، ص ۳۰۳

^۷ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ۱۹۳؛ سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، مختصرحقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷، ص ۶۴؛ علی وفادار، حقوق خانواده، تهران: انتشارات وفادار، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۰۰

^۸ - جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۹۳؛ امامی، پیشین، ص ۳۷۷

^۹ - صفایی و امامی، پیشین، ص ۶۴

^{۱۰} - امامی، پیشین، ص ۳۷۷



قانون اساسی^۱ و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹،^۲ از دیگر سوی؛ حکم فقهی پیش گفته، یعنی صحت شرط عدم نزدیکی به عنوان نظر مختار اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

۲-۲-۱- تخلف از شرط:

مبحث تخلف از شرط و ضمانت اجرای آن، از فروعات و آثار مترتب بر پذیرش صحت شرط عدم نزدیکی است؛ زیرا بدیهی است چنانچه هر یک از اقوال دیگر پذیرفته شود، طرح این مبحث موضوعاً منتفی خواهد بود. برخی از فقهای اسلامی که به صحت شرط عدم نزدیکی در نکاح قائل می‌باشند؛ به بررسی و تحلیل ضمانت اجرا و تخلف از شرط مذکور پرداخته‌اند. در برخی از نوشته‌های فقهی چنین آمده است: چنان چه پس از درج شرط مزبور در عقد، نزدیکی صورت گیرد؛ بر زوجه، عده واجب می‌شود. این تخلف از شرط و اقدام به نزدیکی حرام است؛ ولی زنا محسوب نمی‌شود و حکمی مانند دخول بر حائض یا معتکفه یا محرمه و مانند آن را دارد. به عبارت دیگر، نزدیکی پس از شرط، فعلی حرام است؛ اما باعث نمی‌شود زنا صورت گرفته باشد.^۳ به نظر می‌رسد، حکم وجوب عده که در متن آمده، به ضمانت اجرای تخلف از شرط مزبور ارتباطی ندارد؛ زیرا حکم یاد شده اثری است که بر نفس دخول در صورت جدایی مترتب است و به فرض مسئله هم

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی بیان می‌کند: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد، و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»

۲. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بیان می‌کند: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند، یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند؛ و الاً مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد»

۳. حسینی شیرازی، پیشین، ج ۴، ص ۳۹۸



منحصر نمی‌باشد. گویا هدف از این نظر، بیان تفاوت تخلف از شرط با حالتی بوده است که تخلف از شرط صورت نگیرد. از این رو، به وجوب عده در فرض تخلف از شرط و انجام دخول (در زمان انحلال رابطه زوجیت به واسطه طلاق و امثال آن) اظهار نظر نموده است؛ بر خلاف حالتی که مفاد شرط رعایت گردد؛ که در این صورت، موجبی بر وجوب عده وجود ندارد. نظر به آنچه بیان شد، احتمال انحلال رابطه زوجیت و وجوب عده بر اثر تخلف از شرط، بسیار بعید، بلکه ناصواب است. به بیان دیگر، تلقی انحلال نکاح و وجوب عده به عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط، امری دور از ذهن است؛ زیرا بر هیچ دلیل شرعی مبتنی نیست؛ هر چند حکم مزبور، در مواردی همچون ارتداد فطری زوج واجد محمل شرعی است.

برخی دیگر، تخلف از شرط را جایز ندانسته و انجام دخول را در این حالت معصیت می‌دانند (حسینی شیرازی، استفتا^۱) که البته بیان دیگری از قولی است که به آن اشاره شد. دیدگاه دیگر، ضمن معصیت اعلام نمودن تخلف از شرط، معتقد است اگر بر اثر نزدیکی، ازاله بکارت صورت بگیرد، زوجه مستحق دریافت «ارش البکاره» است (خامنه‌ای، استفتا^۲). بعضی نیز تخلف از شرط را به اجمال موجد حق شکایت برای زوجه اعلام و بیان کرده‌اند ممکن است حاکم شرع به طلاق امر دهد (مدرسی، استفتا^۳). به نظر می‌رسد موضوع از دو جهت قابل بررسی است: یکی از لحاظ اثر تکلیفی مترتب بر تخلف از شرط و دیگری از لحاظ اثر وضعی. هر دو اثر به طور پراکنده در بین اقوال مذکور مشهود است. لزوم اتباع شرط (که بر کتاب و سنت مبتنی است) مستلزم پذیرش هر دو اثر است؛ بدین معنا که باید

^۱. متن استفتا: «زوج - در فرض سوال - بدون اجازه زن معصیت کرده است»؛ سیدصادق حسینی شیرازی، استفتا،

<http://shirazi.ir>

^۲. متن استفتا: «زوج با تخلف شرط معصیت کرده است و در صورتی که با نزدیکی ازاله بکارت شده باشد، زوجه می

<http://www.leader.ir>

تواند ارش ازاله بکارت بگیرد»؛ سید علی خامنه‌ای، استفتا،

^۳. متن استفتا: «در صورت تخلف از شرط، زوجه حق شکایت دارد و ممکن است حاکم شرع امر به طلاق کند»؛

<http://www.almodarresi.com>

سیدمحمدتقی مدرسی، استفتا،



از حیث احکام تکلیفی، قول به حرمت و از جهت احکام وضعی، قول به ضمان زوج نسبت به ارش البکاره را پذیرفت (در صورت باکره بودن زوجه).

۳-۲-۱. اذن دخول توسط زوجه پس از شرط:

مبحث دیگری که در این بخش می‌تواند مورد مطالعه قرار گیرد، اذن دخول توسط زوجه، پس از شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح است. این امر مورد اختلاف نظر در میان فقهای امامیه است. برخی به جایز نبودن اذن دخول توسط زوجه پس از شرط معتقد می‌باشند.^۱ استدلال آن‌ها بر این مبنا است که حلیت دخول به واسطه عقد محقق می‌شود، نه به واسطه اذن.^۲ بنابراین، امکان نزدیکی را به انعقاد عقد جدید منوط می‌دانند. به بیان دیگر، وطی تنها به وسیله عقد مباح می‌شود و عقد صحیح عقدی است که سبب تام در اباحه عقد باشد و این دو مقدمه (مباح شدن وطی به وسیله عقد و این که سبب تام در مباح شدن عقد است) نزد علمای شیعه اجماعی است. پس، اگر دخول به وسیله عقد مباح نشود به غیر از عقد نیز مباح نمی‌شود.^۳

اشکال اساسی وارد بر این نظر، آن است که نفس عقد مشروط به شرط عدم دخول را حتی مقتضی اباحه، دخول نیز نمی‌داند، و از آنجا که برای اذن نیز مستقلاً چنین نقشی را قائل نیست؛ اذن دخول زوجه پس از شرط را بی‌فایده اعلام نموده است و حال آنکه واقعیت این است که عقد نکاح فی نفسه مقتضی حلیت وطی است، و شرط عدم دخول، از تأثیر این مقتضی پیشگیری به عمل می‌آورد و بنابراین، انجام دخول ممنوع و حرام می‌گردد. از این رو هر گاه زوجه، پس از شرط اذن دخول داد، مانع مرتفع گردیده و مقتضی مؤثر و حلیت برقرار می‌گردد. اگر غیر از آنچه در تبیین و توجیه وضعیت عقد و اذن ترسیم گردید، بیان شود؛ بایستی پذیرای حرمت نزدیکی پس از اذن زوجه بدون اجرای عقد

۱. محقق ثانی، پیشین، ص ۳۹۴؛ فخرالمحققین، پیشین، ص ۲۰۸؛ محمدبن حسن فاضل هندی، کشف اللثام عن

قواعد الاحکام، قم: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۲۰ق، ص ۴۲۲-۴۲۳

۲. محقق ثانی، پیشین، ص ۳۹۴؛ فاضل هندی، پیشین، ص ۴۲۳

۳. فخرالمحققین، پیشین، ص ۲۰۸



مجدد بود و نیز نامشروع بودن ولد حاصل از آن را پذیرفت؛ درحالی که چنین نتیجه‌ای مورد قبول مشهور فقیهان نیست. نظر منتخب، با آنچه در فقه شهرت یافته است، مبنی بر حلیت و جواز دخول در صورت عدول زوجه از شرط؛ منطبق است.

یادآور می‌شود، مشهور فقها به حلیت و جواز دخول در صورت عدول زوجه از شرط معتقد هستند.^۱ همچنین بسیاری از فقهای حاضر نیز به جواز و صحت اذن دخول پس از شرط عدم دخول قائل‌اند. (مدرسی، استفتاء^۲؛ هاشمی شاهرودی، استفتاء^۳؛ خامنه‌ای، استفتاء^۴؛ مکارم شیرازی، استفتاء^۵؛ حسینی شیرازی، استفتاء^۶). استدلال برخی فقها این است که با توجه به اطلاق روایت اسحاق بن عمار (که بیان شد)؛ اذن زوجه پس از شرط عدم نزدیکی جایز است.^۷ برخی دیگر در مقام استدلال به این نظر قائل هستند که این شرط همانند مانع است. پس، به فرض این که زوجه اذن بدهد، مانع زایل می‌شود و مقتضی بر مقتضایش باقی مانده و اثر می‌کند. همچنین اجتهاد در مقابل نص (روایت اسحاق بن عمار)

۱. محقق حلی، پیشین، ص ۳۲۹؛ حسینی شیرازی، پیشین، ص ۳۹۷؛ مغنیه، پیشین، ص ۱۸۹؛ حر عاملی، پیشین، ص ۴۵؛ طوسی، شیخ ابی جعفر محمد بن حسن، المبسوط، مصحح: محمدباقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ق، ص ۴۷۴؛ نجفی، پیشین، ص ۹۸؛ ابن براج، قاضی عبدالعزیز، المذهب، جلد ۲، قم: انتشارات مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۰۷؛ سید ابوالقاسم، منهاج‌الصالحین، جلد ۲، انتشارات مکتبه المفید، بی‌تا، ص ۳۷۵؛ موسوی خمینی، پیشین موسوی خوئی، ص ۳۰۳؛ همچنین برخی از فقهای عامه بر این نظر قائل هستند: اعرجی، الدكتور زهیر، النظام العائلی، قم: الناشر: المؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۵ق، ص ۴۲۰

۲. متن استفتاء: «مقاربه از حقوق زوجین است» و ممکن است مورد شرط عدم قرار گیرد، و در صورت اجازه، شرط لغو می‌شود؛ سید محمد تقی مدرسی، استفتاء، <http://www.almodarresi.com>

۳. متن استفتاء: «اگر صاحب حق از حق خود صرف‌نظر کند و راضی به نزدیکی شود، نزدیکی جایز می‌شود»؛ سید محمود هاشمی شاهرودی، استفتاء، <http://www.hashemishahroudi.org>

۴. متن استفتاء: «در فرض مرقوم نزدیکی مانع ندارد»؛ سید علی خامنه‌ای، استفتاء، <http://www.leader.ir>

۵. متن استفتاء: «این شرط در عقد دائم خالی از اشکال نیست؛ ولی به هر حال چنانچه بعداً زوجه به این امر راضی شود اشکال ندارد»؛ ناصر مکارم شیرازی، استفتاء، <http://www.makarem.ir>

۶. متن استفتاء: «اذن مباح‌کننده دخول است و زوجه حق خود را اسقاط کرده است»؛ سید صادق حسینی شیرازی، استفتاء، <http://shirazi.ir>

۷. محقق حلی، پیشین، ص ۳۲۹؛ ابن براج، پیشین، ص ۲۰۷؛ موسوی خوئی، پیشین، ص ۳۷۵



امری باطل و مذموم است.^۱ البته قاب لذكر است که برخی دیگر از فقها، اذن دخول پس از شرط را زمانی مباح می‌دانند که زوج به ازای نزدیکی، مالی را به زوجه اعطا کند؛ زیرا حق در مقابل مال است و بالعکس.^۲

همان‌طور که پیش‌تر بیان گردید، شرط مزبور به ایجاد حق شخصی ناظر است و در هرشرطی مشروط له به اسقاط حق خود و صرفنظرکردن از آن قادر می‌باشد. در عین حال، حسب آنچه در قرآن آمده است: «نساءکم حرث لکم فاتوا حرثکم انی شئتم»^۳ و شرط مورد بحث در حقیقت ایجاد مانعی بر تأثیر مقتضی مزبور است؛ به محض برطرف شدن آن، مقتضی مؤثر افتاده و موجد حلیت خواهد شد و این که آیا حسب برخی فتاوی بیان‌شده، در ازای اباحه حاصله ناشی از صرفنظر نمودن زوجه از شرط مزبور؛ زوج باید لزوماً مالی به او پرداخت نماید یا نه؛ به نظر می‌رسد حکم قضیه تابع اراده صاحب حق (زوجه) و چگونگی اسقاط آن است. بدین ترتیب با تحلیل مرقوم از وضعیت عقد و شرط، سستی نظری که امکان نزدیکی را در این حالت (اذن زوجه) به انعقاد عقد جدید منوط می‌داند؛ آشکار می‌گردد.

همچنین برخی از حقوق‌دانان بر این اعتقاد هستند که زن پس از عقد می‌تواند به زوج اجازه نزدیکی بدهد؛ زیرا شرط، برای زن ایجاد حق می‌کند و مشروط‌له می‌تواند از آن صرف نظر نماید.^۴

۱. نجفی، پیشین، ص ۱۰۰

۲. حسینی شیرازی، پیشین، ص ۳۹۸

۳. سوره بقره، آیه ۲۲۳

۴. صفایی و امامی، پیشین، ص ۶۴؛ جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۹۳؛ امامی، پیشین، ص ۳۷۷



برآمد

درباره شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح، نظریات گوناگون فقهی و حقوقی شامل قول به بطلان و قول به باطل و مبطل بودن و نظر به صحت شرط مطرح گردیده است که در این مقاله، همراه با مبانی این نظریات مورد مطالعه و بررسی قرار گرفت. از مجموع آن چه بیان گردید، با عنایت به استدلالات مطرح شده قول به صحت شرط مذکور ارجح دانسته می شود. اهم ادله و مبانی نظریه مقبول به شرح زیر است:

(۱) روایت مورد استناد در خصوص شرط عدم نزدیکی اطلاق دارد و دربرگیرنده نکاح دایم و موقت است. بسیاری از فقهای اسلامی نیز بر مبنای روایت مزبور به صحت شرط قائل اند.

(۲) بنابر اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۳ قانون آیین دادرسی، دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب سال ۱۳۷۹؛ در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده و یا متعارض باشند، یا اصلاً قانونی در قضیه مطرح وجود نداشته باشد؛ می توان با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، به حکم آن دست یافت. شرط عدم نزدیکی در نکاح نیز از این قبیل موضوعات بوده و در قانون برای آن حکمی بیان نشده است. بنابراین، با استناد به نظر مشهور فقها می توان شرط مذکور را صحیح دانست.

(۳) شرط عدم نزدیکی در نکاح، موضوعی است که صرفاً بین زوجین مطرح می باشد و ضمن اینکه با منع قانونی مواجه نیست؛ برخلاف نظم عمومی نیز نمی باشد. بنابراین، با توجه به اصل صحت، برای بی اعتبار دانستن آن موجهی وجود ندارد.

(۴) بنابر نص قرآن کریم: «اوفوا بالعقود» و همچنین قاعده «المسلمون عند شروطهما الاً شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً»؛^۱ پابندی و عمل که شرط ضروری است و طرفین عقد بایستی به شروط خود متعهد باشند. زوجین هنگام عقد نکاح نیز از

^۱ احمد بن حسین بیهقی، السنن الکبری للبيهقي، بيروت: انتشارات دارالمعرفة، چاپ اول، ۱۳۵۳ق، ص ۲۹۴



این امر مستثنا نبوده و باید به شروط خود عمل نموده و نسبت به آن وفادار باشند.

۵) اگرچه یکی از اهداف نکاح توالد و تناسل است؛ نکاح دارای اهداف دیگری نیز می باشد که نمی توان آن ها را نادیده گرفت؛ یا برخی را بردیگری به طور مطلق برتری داد، و با استناد به آن، شرط مزبور را از حیز اعتبار ساقط دانست.

۶) مجامعت، از جمله حقوق زوجین است. لذا ایشان می توانند از حق مزبور صرف نظر نموده و آن را در قالب شرط فعل منفی اسقاط کنند و اسقاط این حق نیز مستلزم بطلان عقد نکاح نیست.



منابع

- قرآن کریم.
- ابن ادريس، ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه نشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن براج، قاضی عبدالعزيز، المهذب، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن قدامه، المغنی، جلد هفتم، بیروت: انتشارات دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ ق.
- آشتیانی، محمود، کتاب النکاح، مشهد: چاپخانه خراسان، بی تا.
- اعرجی، الدكتور زهیر، النظام العائلی، قم: الناشر: المؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بحرانی، یوسف، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد ۲۴، قم: انتشارات موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری للبيهقي، بیروت: انتشارات دارالمعرفه، چاپ اول، ۱۳۵۳ ق.
- بیهقی الکیدری، قطب الدین، اصباح الشيعه بمصباح الشریعه، قم: انتشارات موسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۴، بیروت: انتشارات احیاء التراث العربی، بدون چاپ، ۱۹۶۹ م.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعه الى تحصيل الشریعه، مصحح: شیخ عبدالرحیم ربانی شیرازی، جلد ۱۵، قم: انتشارات دار احیاء التراث العربی، ۱۳۸۵.
- حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، کتاب النکاح، جلد ۴، قم: انتشارات المکتبه المهدی (عج)، مطبعه سید الشهدا (ع)، ۱۴۰۶ ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشيعه، جلد ۷، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.



- حلی، محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر (فخرالمحققین)، ایضاح الفوائد، جلد ۳، قم: انتشارات موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۹ ق.
- سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایه الاحکام، قم: چاپخانه مهر، مدرسه صدر - مهدوی، اصفهان، بی تا.
- شهیدثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، جلد ۲، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۴ ق.
- مسالک الافهام، جلد ۲ بی جا، ۱۳۹۹ ق.
- طوسی، شیخایی جعفر محمد بن حسن، المبسوط، مصحح: محمد باقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، چاپ دوم، ۱۳۸۸ ق.
- النهایه، بیروت: انتشارات دارالکتب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق، بی تا.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، قم: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۲۰ ق.
- کرکی (محققثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح قواعد الاحکام، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل البيت علیهم السلام - لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- مامقانی، شیخ عبدالله، مناهج المتقین، بی جا: انتشارات موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی تا.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- مدنی التبریزی، السید یوسف، منهاج الاحکام فی النکاح والطلاق، جلد ۲، بی جا: انتشارات مکتبه الدهاقانی (اسماعیلیان)، چاپ چهارم، ۱۴۱۹ ق.
- مغنیه، محمدجواد، فقه الامام جعفر الصادق، جلد ۵، بیروت: انتشارات دارالعلم للملایین، ۱۰۸۵ ق.



- موسوی بجنوردی، سیدحسن، قواعدالفقهیه، جلد ۳، قم: انتشارات دارالکتب العلمیه، بی تا.
- موسوی خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ دوم، بی تا.
- موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد ۲، انتشارات مکتبه المفید، بی تا.
- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، مصحح: سیدابراهیم میانجی، جلد ۳۱، تهران: انتشارات المکتبه الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۴۰۱ ق.
- نجفی خوانساری، شیخ موسی، منیه الطالب، جلد ۲، تهران: انتشارات موسسه النشرالاسلامی، ۱۴۱۸ هجری قمری، بی تا.
- نوری الطبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- نووی، یحیی بن شرف، السراج الوهاج، بیروت: انتشارات دارالمعرفه، ۱۳۹۸ ق، بی تا.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۴، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه، چاپ پنجم، ۱۳۶۸.
- بیابانگرد، اسماعیل، جوانا نو ازدواج (اهداف، ملاکها، روشها، موانع و راهکارها)، تهران: انتشارات نشر فرهنگ اسلامیه، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- حبیبی تبار، جواد، گام به گام با حقوق خانواده، بی جا: انتشارات نشر خرم، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۲، تهران: نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۹.



- صفایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷.
- عابدیان، میرحسین، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، تهران: انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قراردادها)، تهران: انتشارات بهمن برنا، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۷.
- محقق داماد، سید مصطفی، نکاح و انحلال آن، (حقوق خانواده)، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶.
- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، جلد شانزدهم، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۴.
- وفادار، علی، حقوق خانواده، تهران: انتشارات وفادار، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- هدایتی، علی، کفویت در ازدواج: در قلمرو فقه اسلامی و حقوق ایران، قم: انتشارات موسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۹.

منابع اینترنتی

- بطحائی گلپایگانی، استفتا،
<http://www.bathaie.com>
- حسینی سیستانی، سید علی، استفتا،
<http://www.sistani.org>
- حسینی شاهرودی، سید محمد، استفتا،
<http://www.shahrudi.com>
- حسینی شیرازی، سید صادق، استفتا،
<http://shirazi.ir>
- خامنه‌ای، سید علی، استفتا،



شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح / ۲۴۷

<http://www.leader.ir>

- روحانی، سید محمد صادق، استفتا،

<http://www.rohani.ir>

- سبحانی، جعفر، استفتا،

<http://tohid.ir>

- شبیری، سید موسی، استفتا،

<http://zanjani.almaktab.ir>

- صافی گلپایگانی، شیخ لطف الله، استفتا،

<http://www.saafi.net>

- مدرسی، سید محمد تقی، استفتا،

<http://www.almodarresi.com>

- مکارم شیرازی، ناصر، استفتا،

<http://www.makarem.ir>

- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، استفتا،

<http://www.ardebili.com>

- نوری همدانی، حسین، استفتا،

<http://www.noorihamedani.com>

- هاشمی شاهرودی، سید محمود، استفتا،

<http://www.hashemishahrudi.org>

بررسی انتقادات وارد بر نهاد بازپرسی

ایمان یوسفی*

محمد صادق رئیسی**

چکیده

«بازپرسی» نهادی که حدود دو قرن مبنای تفاوت اساسی بین نظام‌های تفتیشی و اتهامی آیین دادرسی کیفری بوده؛ در چهار دهه گذشته، موضوع چالش‌ها و انتقادات فراوان قرار گرفته است. تأثیر عملی این انتقادات را به شکل افراطی حذف بازپرس (آلمان و ایتالیا)، یا تعدیل نقش و اختیارات وی (فرانسه)، می‌توان دید. انتقادات وارد شده بر بازپرس را می‌توان در سه محور اصلی مطرح کرد:

اولاً، از آن‌جا که بازپرس، تحقیقات را شخصاً انجام داده، دلایل مربوط به جرم را خود جمع‌آوری کرده است؛ در امکان رعایت بی‌طرفی توسط وی ابهام وجود دارد. این ابهام در مواردی که تصمیمات بازپرس با حقوق اساسی افراد، همانند حق آزادی و حریم خصوصی در تعارض باشد، پررنگ‌تر می‌گردد. ثانیاً، وجود بازپرس، عامل اطاله رسیدگی‌های کیفری خواهد بود؛ چه آن‌که در مدل دارای بازپرس آیین دادرسی کیفری، علاوه بر اقناع وجدان قاضی دادگاه، پس از مرحله محاکمه، اقناع وجدان بازپرس پس از مرحله تحقیقات مقدماتی الزامی است. وجود دو اقناع وجدانی در فرایند رسیدگی به یک پرونده کیفری، لازم نبوده و نتیجه‌ای جز طولانی شدن دادرسی کیفری نخواهد داشت. ثالثاً، بازپرس، در مدل دارای بازپرس، به علت مشکلات عملی و کمبود نیروی انسانی، فقط در بعضی پرونده‌های مهم‌تر وارد عمل می‌شود. نتیجه عملی این موضوع، عدم تفکیک مطلق مراحل تعقیب و تحقیق و ورود دادستان (به عنوان مقام اجرایی و طرف

* دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (پردیس قم) و قاضی دادگستری (نویسنده مسئول)

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری



پرونده کیفری) به امر تحقیق خواهد بود. عدم حضور بازپرس در پرونده‌های کم‌اهمیت‌تر با فلسفه وجودی بازپرس (رعایت بی‌طرفی) مغایر است. رهایی از انتقادات مطرح شده که با اساسی‌ترین موازین دادرسی منصفانه، شامل حق افراد به رعایت بی‌طرفی و نیز رسیدگی به پرونده‌های کیفری در مهلت معقول، مرتبط می‌باشد؛ نزدیک شدن به دادرسی کیفری اسلامی که بر مبنای مدل بدون بازپرس و ادغام مراحل متعدد طراحی گردیده و زدودن رنگ و بوی «تفتیشی» و داشتن وجهه‌ای مناسب با شأن ایران، به عنوان یکی از اعضای جامعه جهانی؛ مستلزم نگاهی جدید به این نهاد در دادرسی کیفری ایران است.

واژگان کلیدی: بازپرس، دادستان، اصل بی‌طرفی، تعقیب، تحقیق، مدل اسلامی.



درآمد

«بازپرس»^۱، حدود دو قرن است وجه ممیزه نظام تفتیشی^۲ از نظام اتهامی^۳ به حساب می‌آید. مبنای اصلی پیدایش این نهاد و تفکیک مراحل تعقیب^۴ و تحقیق^۵، رعایت اصل بی‌طرفی در مرحله تحقیقات مقدماتی آیین دادرسی کیفری بوده است. در واقع، حضور بازپرس به عنوان عامل ساختاری تحقق بی‌طرفی، مانع ورود دادستان، به عنوان نماینده دولت به امر جمع‌آوری دلایل مرتبط با جرم (مرحله تحقیق) خواهد بود.

بازپرس که به معنا و مفهوم جدید خود، به واسطه قانون آیین دادرسی کیفری ناپلئون، مصوب ۱۸۰۸ میلادی وارد آیین دادرسی کیفری شد و از این طریق، به قوانین سایر کشورها، چون آلمان، ایتالیا و ایران راه یافت؛ در چند دهه اخیر انتقادات و چالش‌های فراوانی را به خود دیده است. بعضی کشورها، چون آلمان و ایتالیا، به ترتیب در سال‌های ۱۹۷۴ و ۱۹۸۸، نهاد بازپرسی را از نظام قضایی خود حذف کرده‌اند. در برخی دیگر، چون فرانسه نیز هرچند حذف نهاد بازپرسی از مجرای قانونی به نتیجه نرسید؛ در مراحل متعدد، از اختیارات و نقش بازپرس کاسته شده است.^۶

در نظام‌های حقوقی مختلف در مورد وجود یا عدم بازپرس، دو مدل^۷ را می‌توان تصور کرد: مدل‌های دارای بازپرس و بدون بازپرس. تفاوت این دو مدل، بدین صورت آشکار

^۱. Examining Judge

^۲. Inquisitorial System

^۳. Accusatorial System

^۴. Prosecution.

^۵. Investigation

^۶. Paul smit, the examining magistrate's function and involvement in investigative matters, available online at: www.springerlaw.com, ۲۰۰۸, p ۲۳۳

^۷. اگر در مدل‌سازی در عرصه آیین دادرسی کیفری، بر متغیر بازپرس تأکید باشد؛ می‌توان شاهد دو مدل افراطی و تفریطی بود. در مدل افراطی، مراحل تعقیب و تحقیق به‌دقت و در تمام جرایم از کم اهمیت‌ترین تا پر اهمیت‌ترین آن‌ها از هم تفکیک شده؛ مرحله تعقیب در اختیار دادستان و مرحله تحقیق در اختیار بازپرس است. این تفکیک مطلق، به آن علت است که با سپردن امر تحقیق به یک مقام قضایی، (بازپرس) از ورود دادستان، (به عنوان مقام اجرایی و



می‌شود که در مدل دارای بازپرس، بین مراحل تعقیب و تحقیق تفکیک صورت گرفته است؛ در حالی که در مدل دوم، این تفکیک صورت نپذیرفته است. آنچه در مورد این تفکیک حائز اهمیت است، این که در مدل اول، بازپرس در کنار شأن تحقیقی خود، واجد شأنی قضایی است که بر مبنای آن، به سلب حق آزادی افراد یا حریم خصوصی ایشان و نیز تصمیم‌گیری راجع به کفایت یا عدم کفایت ادله اثباتی علیه متهم اقدام می‌نماید. شایان ذکر است در آیین دادرسی کیفری جدید کشوری چون فرانسه، شأن قضایی بازپرس در بازداشت کردن افراد از این مقام سلب و آزادی‌ها و بازداشت به قاضی سپرده شده است.^۱ این، در حالی است که در مدل دوم، یعنی مدل بدون بازپرس، دادستان فاقد شأن قضایی بوده و اصولاً حق تصمیم‌گیری راجع به مسائل پیش گفته را ندارد.

در مورد بازپرس، به‌عنوان یک نهاد خاص و ویژه در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف، هنوز ابهامات و مسائل زیادی وجود دارد که ذهن حقوقدانان را به خود مشغول ساخته است. اولین مسئله این که در عمل مشاهده می‌شود که در کشورهای مختلفی که مدل بدون بازپرس را اعمال می‌کنند، در برخی موارد بین مراحل مختلف تحقیق و تعقیب تفکیک صورت نگرفته است؛ بدین صورت که در پرونده‌هایی دارای اهمیت کم‌تر، دادستان، خود، تحقیق و تعقیب را بر عهده دارد؛ در حالی که در جرایم مهم‌تر، با تفکیک بین مراحل مختلف، تعقیب در اختیار دادستان و تحقیق در اختیار بازپرس است. برای مثال، در مدل ایرانی و حسب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب سال ۱۳۷۳ با

طرف دعوا) به امر تحقیق، جلوگیری و از این طریق، اصل بی طرفی رعایت گردد. در این مدل، بازپرس به جمع‌آوری بی طرفانه دلایل مکلف است. به عبارت دیگر، بازپرس باید کلیه دلایل له و علیه متهم را جمع‌آوری نماید. برعکس، در مدل تفریطی، مراحل تعقیب و تحقیق درهم ادغام شده و هر دو، در اختیار دادستان است. این، به آن معناست که در این مدل، بازپرس وجود ندارد. به عبارت دیگر، دادستان که خود طرف دعوا و مقام تعقیب محسوب می‌شود، وارد تحقیقات شده و به جمع‌آوری دلایل اقدام می‌نماید؛ ضمن آن‌که دادستان در مدل تفریطی، به جمع‌آوری دلایل به نفع متهم ملزم نیست.

^۱. ژان بوریکان و آن موری سیمون، آیین دادرسی کیفری، ترجمه عباس تدین، انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹،



اصلاحات سال ۱۳۸۱، دادستان در کلیه جرایمی که در صلاحیت دادگاه کیفری استان نیست، حق تحقیقات مقدماتی را دارد و می‌تواند شخصاً یا با ارجاع پرونده به احد از دادیاران، تحقیقات مقدماتی را که ذاتاً در صلاحیت بازپرس است^۱؛ به عهده گیرد (ذکر این موضوع در قانون که تحقیقات مقدماتی کلیه جرایم به عهده بازپرس است در عرصه عمل ممکن نیست و به لحاظ عملی فقط تعداد محدودی از پرونده‌ها به بازپرس سپرده می‌شود). مسئله چالش برانگیز، ورود دادستان به مرحله تحقیق و سپردن همزمان مراحل تعقیب و تحقیق به وی می‌باشد. چگونه ممکن است از یک سو، مبنای اصلی مدل دارای بازپرس، تفکیک مراحل تعقیب و تحقیق از یکدیگر و جلوگیری از ورود دادستان به امر تحقیق باشد؛ و از سوی دیگر، این مهم در پرونده‌های کم اهمیت‌تر به فراموشی سپرده شود؟!

مسئله دوم این که بازپرس پس از جمع آوری بی‌طرفانه دلایل و با پایان یافتن مرحله تحقیقات مقدماتی، عقیده خود را در خصوص کفایت یا عدم کفایت ادله اثباتی در قالب یک قرار اعلام می‌دارد که قرار صادره در صورتی که بازپرس به این نتیجه برسد که اتهام به متهم منتسب است، قرار مجرمیت؛ در غیر این صورت؛ یعنی در صورتی که متهم مرتکب جرمی نشده یا دلایل کافی بر این، وجود ندارد؛ قرار صادره شده، قرار منع تعقیب خواهد بود. اما آن چه در این زمینه حائز اهمیت است، بحث راجع به این موضوع است که بازپرس در صدور قرار مجرمیت (جلب به محاکمه) یا منع تعقیب، به چه ملاکی از حیث اقناع وجدان پایبند است. آیا بازپرس باید فراتر از هر شکل معقول^۲ در پرونده اعلام نظر نماید، یا آن که وجود یک دلیل معقول یا ظنی^۳ کافی است؟ آن چه حداقل از حیث عملی می‌توان گفت آن است که بازپرس در صدور رأی نهایی با اقناع وجدان قضایی کامل به ضابطه «فراتر از هر شکل معقول» نزدیک است، به تصمیم‌گیری اقدام نموده و وجود یک یا چند دلیل معقول را در اتخاذ تصمیم کافی نمی‌داند. نتیجه منطقی این موضوع، آن است

^۱ بند «و» ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب

^۲ Beyond Any Reasonable Doubt

^۳ Probable (Reasonable) Cause



که در فرایند دادرسی کیفری یک پرونده، اقناع وجدانی دو قاضی لازم است؛ که در یک طرف، بازپرس و در طرف دیگر، قاضی محاکمه یا دادگاه قرار دارند. موضوع چالش برانگیز، آن است که آیا وجود دو اقناع قضایی کامل در جریان یک رسیدگی کیفری موجب اطالۀ رسیدگی نخواهد بود و آیا اصولاً به اقناع وجدان یک قاضی در مرحله تحقیقات مقدماتی نیازی هست یا خیر؟

سومین و مهم‌ترین مسئله، موضوع بی‌طرفی بازپرس در پرونده مطرح شده، می‌باشد. از آن‌جا که بازپرس، هم عهده دار تحقیقات و هم صدور قرار متناسب است؛ بدون شک نمی‌توان از موضوع رعایت اصل بی‌طرفی به سادگی عبور کرد؛ چرا که تصور بی‌طرفی مقامی که خود عهده دار تحقیق و جمع‌آوری دلایل است، کمی مشکل به نظر می‌رسد. مسئله دیگر، آن است که اگر اصولاً مبنای ایجاد بازپرس و تفکیک مراحل تعقیب و تحقیق را در رعایت بی‌طرفی بدانیم (در قسمت بعد، به تفصیل راجع به این موضوع بحث شده است)؛ نتیجه منطقی، عدم امکان رعایت بی‌طرفی، در مدل بدون بازپرس است که در آن، دادستان، همزمان عهده‌دار اجرای مراحل تعقیب و تحقیق است؛ موضوعی که از منظر معتقدین به مدل بدون بازپرس پذیرفته نیست.

نکته جالب توجه آن است که با وجود انتقادات مهم وارد بر نهاد بازپرس و نیز بدون بازپرس بودن مدل اسلامی، دادرسی کیفری ایران (جز در فاصله سال‌های ۱۳۷۳ تا ۱۳۸۱) همواره بر مبنای مدل دارای بازپرس بوده است.^۱ در این مقاله ضمن بررسی انتقادات وارد

۱. تغییرات رخ داده در سال ۱۳۷۳ را که بر آن اساس، کلیه مراحل دادرسی کیفری در یکدیگر ادغام و در نتیجه بازپرس حذف گردید، نمی‌توان به عنوان نقطه عطفی مثبت در تاریخ دادرسی کیفری ایران به حساب آورد؛ چرا که اولاً، بروز عواقب کاربرد این قانون (قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب) در عرصه عمل، عمری بسیار کوتاه برای آن رقم زد و با قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، دادرسی‌ها احیا گردیدند. ثانیاً، به نظر می‌رسد، تصویب قانون سال ۱۳۷۳، بدون پشتوانه علمی لازم و بدون بررسی همه جوانب صورت گرفته بود. شکی درموضوع لزوم تفکیک مرحله تحقیقات مقدماتی از مرحله محاکمه وجود ندارد؛ در حالی که قانون مذکور در کنار حذف بازپرس، کلیه مراحل را در یکدیگر ادغام نموده و در اختیار قاضی واحد قرار داد.



بر نهاد بازپرس، به مدل بدون بازپرس دادرسی کیفری اسلامی پرداخته شده و در نهایت، نتیجه بحث ارائه گردیده است.

۱- بازپرس و دادستان؛ رعایت بی طرفی

مهم ترین انتقاد وارد بر بازپرس، همان است که روزی مبنای پیدایش این نهاد محسوب می شد. فلسفه وجود و پیدایش این نهاد، با آنچه امروزه در عمل مشاهده می کنیم، متفاوت به نظر می رسد؛ چرا که بازپرس، با هدف رعایت اصل بی طرفی در جمع آوری دلایل به نفع و ضرر متهم به وجود آمد؛ اما در عمل، با ورود بازپرس به فرآیند دادرسی کیفری، موضوع به گونه ای دیگر جلوه کرد. از آنجا که بازپرس در کنار شأن قضایی خود، همانند یک پلیس، دلایل مرتبط با جرم را جمع آوری کرده و در تماس و ارتباط مستقیم با دلایل، بزه کار و بزه دیده قرار می گیرد؛ توقع رعایت بی طرفی توسط وی سخت شده و یا حداقل با شبهه همراه می شود. از سوی دیگر، وجود مدل های بدون بازپرس، چون انگلیس، آمریکا و دیوان کیفری بین المللی نشان می دهد عدم حضور بازپرس به معنای به وجود آمدن فاجعه یا عدم رعایت بی طرفی نیست. در این مبحث به شبهه ایجاد شده در رعایت بی طرفی توسط بازپرس و نیز امکان رعایت بی طرفی توسط دادستان، پرداخته شده است.

۱-۱. شبهه در رعایت بی طرفی توسط بازپرس

«بهترین و عادلانه ترین راه حل یک دعوا، از حیث یک دادرسی مناسب و منصفانه، با لحاظ تضمینات لازم برای طرفین دعوا، در دادگاهی مستقل و بی طرف حاصل می گردد»^۱. لزوم رعایت بی طرفی در فرایند رسیدگی به یک پرونده کیفری، به هیچ وجه به مرحله رسیدگی در دادگاه محدود نبوده و از مرحله تعقیب جرم تا اجرای مجازات را در بر می گیرد. منظور از بی طرفی در این گفتار، بی طرفی ناشی از شخصیت فردی بازپرس نیست؛ بلکه منظور، بی طرفی یا طرفداری ناشی از ویژگی ساختاری خود نهاد بازپرسی است.

۱. یآوری، اسدالله، حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین، نشریه حقوق اساسی، نشر میزان، سال



شکی نیست که هر انسان خلق و خوی ویژه‌ای دارد. در واقع «شیوه زندگی اجتماعی و تاریخی و موقعیت جغرافیایی و عوامل اقتصادی در هر قوم، اخلاق و ارزش‌هایی به وجود می‌آورد که همراه با وضع ویژه روانی دادرس، وجدان اخلاقی او را شکل می‌بخشد. از این وجدان، ندهایی برمی‌خیزد و فرمان‌هایی صادر می‌شود که گریز از آن برای هیچ کس ممکن نیست. معلمان حقوق، پیوسته به شاگردان این علم، توصیه می‌کنند که جز به اجرای قانون نیندیشند. این توصیه و تعلیم‌ها بی‌اثر نیست؛ ولی نباید اثر آن‌ها را قاطع شناخت و قاضی را ماشین کامپیوتری پنداشت. او پیش از آن‌که قاضی باشد، انسان است».^۱

تفاوت بین قضات نظام اتهامی و تفتیشی، همواره در فعال یا منفعل بودن ایشان بوده است. قضات نظام تفتیشی، در برخورد با پرونده کیفری، امکان جمع‌آوری دلایل و ورود به امر تحقیق را دارند؛ درحالی که قضات نظام اتهامی، به عنوان داور بین دادستان و متهم پرونده اقدام نموده و خود به دنبال جمع‌آوری دلایل نمی‌روند. بازپرس، به عنوان نماد نظام تفتیشی، علاوه بر آن‌که قاضی محسوب شده و بر همین اساس، در خصوص نقض حریم خصوصی افراد و آزادی ایشان و نیز کفایت یا عدم کفایت ادله اثباتی علیه ایشان تصمیم می‌گیرد؛ مرجع انجام تحقیق است. به همین علت، می‌توان نهاد بازپرسی را مهم‌ترین نهاد ساختاری آیین دادرسی کیفری نظام تفتیشی دانست.^۲

بدون هیچ شکی، مرحله تحقیقات مقدماتی، حساس‌ترین مرحله مراحل آیین دادرسی کیفری است؛ چه آن‌که اولاً، فاصله زمانی بین وقوع جرم تا انجام دادن تحقیقات مقدماتی، بسیار کوتاه بوده و از این جهت، بحث جمع‌آوری و حفظ دلایل از اهمیت خاص خود برخوردار است. ثانیاً، با توجه به آن‌که مدت زمانی طولانی از وقوع جرم نگذشته است، بزه‌دیدگان جرم، بیش‌ترین هیجانات و عواطف و احتمالاً خشم و ناراحتی را به همراه دارند.

۱. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۷۸

۲. Simpson, John, A History Of Continental Criminal Procedure, Boston, Little, Brown, And Company, ۱۹۱۳, P ۴۶۷



در چنین شرایطی، باز پرس در یک پرونده، باید با رعایت اصل بی طرفی، دلایل را جمع آوری کند که در این راه، بازپرس همواره با فشارهای روانی از جانب اطرافیان (متهم، بزه دیده، ...) مواجه است که این موضوع، در پرونده‌های پیچیده‌تر شدت بیشتری می‌یابد. پس از انجام دادن مرحله تحقیقات، کار بازپرس پایان نمی‌پذیرد؛ بلکه باید نسبت به پرونده اظهار نظر قضایی نماید؛ یعنی باید راجع به آزادی و حریم خصوصی ایشان نیز تصمیم‌گیری کند؛ که به نظر می‌رسد انجام هم‌زمان این دو امر، یعنی جمع آوری دلایل و سپس اظهار نظر قضایی بر مبنای دلایل جمع آوری شده، کاری بس سخت و طاقت فرسا است که در گستره توانایی انسان عادی نمی‌گنجد و اصل بی طرفی قضات را از دید اذهان عمومی به خدشه دچار می‌سازد.

شاید تصور شود این ایراد به دادستان، در مدل‌های بدون بازپرس و به قضات دادگاه در مرحله رسیدگی یا قضات ناظر بر اقدامات مرحله رسیدگی و یا قضات ناظر^۱ بر اقدامات

۱. قضات ناظر در آیین دادرسی کیفری مدرن، موجب چرخش وزنه تعادل به سمت «حقوق فردی» بوده‌اند. منظور از نهادهای قضایی ناظر، نهادهایی ساختاری است که به شکل فردی (همانند قاضی آزادی‌ها و بازداشت در آیین دادرسی کیفری فرانسه) و یا گروهی (همانند هیأت منصفه عالی در ایالات متحده آمریکا) بر کار بازپرس یا دادستان نظارت داشته و راجع به مهم‌ترین حقوق افراد، همانند حق آزادی تصمیم‌گیری می‌نمایند. بنابراین، اعتقاد به این‌که نهادهای قضایی ناظر در آیین دادرسی کیفری مدرن، قدرتمندترین اعضای جامعه‌اند و نقشی حیاتی دارند، خطا نیست. نقش این نهادها تا حدی مهم است مدل‌های آیین دادرسی کیفری کشورهای مختلف بر مبنای حضور یا عدم حضور آن‌ها ارزیابی می‌گردد. در صورتی که مقام انجام دهنده تحقیقات، (بازپرس یا دادستان) رأساً و بدون حضور ایشان (نهادهای قضایی ناظر) در خصوص مواردی، چون آزادی یا بازداشت افراد و نقض حریم خصوصی تصمیم‌گیری نمایند، مدل دادرسی کیفری، مدلی «جامعه محور» خواهد بود؛ در حالی که اگر نهادهای قضایی ناظر در فرایند دادرسی کیفری، حضوری فعال داشته و اختیارات دادستان و بازپرس را محدود نمایند، مدلی «فرد محور» حاکم خواهد بود.

نهادهای قضایی ناظر، همواره رکن جدایی ناپذیر آیین دادرسی کیفری کشورهای متعلق به نظام اتهامی به حساب آمده‌اند؛ در حالی که استفاده از آن‌ها در کشورهای متعلق به نظام تفتیشی، تنها چند دهه است که باب شده است. علت اصلی استفاده از این نهادها را باید در این موضوع دانست که بازپرس یا دادستان به عنوان مقامات تحقیق، توانایی قضاوت بی طرفانه راجع به مهم‌ترین حقوق افراد را ندارند. برای مثال، بازپرس مقامی است که شخصاً با دلایل جرم



دادستان در مرحله تحقیقات مقدماتی نیز وارد است؛ چه آن‌که ایشان نیز به مثابه بازپرس، ممکن است در رویارویی با پرونده کیفری تحت تاثیر اطرافیان (متهم، بزه دیده و ...) قرار گرفته و اصل بی‌طرفی را به خدشه دچار سازند؛ ولی با اندکی تامل به نظر می‌رسد در مورد ایشان، چنین ایرادی وارد نمی‌باشد؛ چرا که اولاً، دادستان به عنوان مدعی‌العموم، خود یک طرف پرونده قرار می‌گیرد. بنابراین، قرار گرفتن تحت نفوذ و تاثیر احساسات دیگران، در این جا نمی‌تواند مصداق داشته باشد.

ثانیاً، همان‌طور که قبلاً گفتیم، دادستان برخلاف بازپرس، فاقد شأن قضایی است و راجع به مسائل مهم و حساس که همان آزادی یا بازداشت افراد می‌باشد، تصمیم‌گیری نمی‌نمایند. (تصمیم‌گیری در خصوص چنین مسائلی، در اختیار قضات ناظر می‌باشد. رجوع کنید به پاورقی صفحه قبل).

مواجه شده و در تماس مستقیم با احساسات بزه دیده و بزه‌کار قرار گرفته است. بنابراین، ادعای وی مبنی بر این‌که «من قضای بی‌طرفی هستم»؛ ادعایی صرفاً لفظی بوده و در عمل امکان رعایت بی‌طرفی توسط وی وجود ندارد. البته مدافعین حضور بازپرس و عدم حضور مقامات قضایی ناظر، دلایل چندی در اثبات ادعای خود دارند که بحث از آن به این قسمت مربوط نمی‌باشد. آن چه حائز اهمیت است آن‌که تمایل جهانی به سمت به کارگیری این نهادها بوده تا با استفاده از آن‌ها به عنوان مقاماتی که هیچ دخالتی در امر تحقیقات و جمع‌آوری دلایل نداشته‌اند، شائبه عدم رعایت بی‌طرفی مرتفع گردد.

مقایسه نهادهای قضایی ناظر و بازپرس از آن جهت واجد اهمیت است که هر دو این نهادها مقاماتی قضایی به حساب می‌آیند. در آیین دادرسی کیفری هیچ کشوری که بر مبنای مدل دارای بازپرس باشد، این نهاد وابسته به قوه مجریه یا دولت نبوده و عضوی از قوه قضاییه است. تفاوت اساسی این دو نهاد را باید در آن دانست که بازپرس مقامی با شئون متفاوت تحقیقی و قضایی است؛ در حالی که نهادهای قضایی ناظر، مقاماتی صرفاً قضایی به حساب می‌آیند. این تفاوت با فلسفه شکل‌گیری نهادهای قضایی ناظر سازگار است؛ چرا که اصولاً نهادهای قضایی ناظر به وجود آمدند تا در فضایی بی‌تنش و به دور از دغدغه اقدامات مرتبط با جمع‌کردن دلایل، در خصوص مهم‌ترین حقوق افراد تصمیم‌گیری کنند.



درخصوص مرحله رسیدگی نیز این ایراد وارد نیست؛ چرا که در هر دو نظام تفتیشی و اتهامی، دلایل اصلی و عمده پرونده در مرحله تحقیقات مقدماتی توسط دادستان یا بازپرس، یا پلیس جمع‌آوری شده و کار قضات مرحله دادگاه، تنها بررسی پرونده و تصمیم‌گیری بی‌طرفانه بین دادستان و متهم هست. در مورد قضات ناظر در مرحله تحقیقات مقدماتی (همانند شعبه مقدماتی در دیوان کیفری بین‌المللی)^۱ چنین ایرادی وارد نیست؛ چرا که قضات ناظر، اصولاً دست به کار تحقیقات نمی‌شوند و وظیفه ایشان نظارت بر اقدامات دادستان است. به عبارت دیگر، ایشان بدون آن‌که شخصاً وارد تحقیقات شوند و دلایل را جمع‌آوری کنند، به درخواست‌های دادستان، یا بازپرس برای آزادی یا بازداشت متهم رسیدگی می‌کنند.

آن چه موجب ایجاد شبهه در رعایت بی‌طرفی توسط بازپرس محسوب می‌شود، جمع همزمان دو شأن قضایی و تحقیقی در این نهاد است (موضوعی که در هیچ کدام از نهادهای موازی همانند دادستان، قاضی دادگاه و قضات ناظر دیده نمی‌شود؛ چرا که

^۱ شعبه مقدماتی با وظیفه اصلی نظارت بر اقدامات دادستان در مراحل مختلف مانند شروع به تحقیق، توسل به اقدامات ناقض حریم خصوصی افراد، تصمیم‌گیری راجع به جلب یا بازداشت و تأیید کیفرخواست، اجرای نقش می‌نماید. در کنار وظیفه نظارتی، وظیفه‌ای تحقیقاتی بسیار محدود و استثنایی نیز به این نهاد سپرده شده است. موضوعی که سبب شده تا گروهی این نهاد را همانند بازپرس بدانند. وظیفه تحقیقاتی شعبه مقدماتی در ماده ۳۵-۳۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی آمده است. حسب این ماده، در مواردی که دادستان در موضوع پرونده، جمع‌آوری دلایلی خاص را لازم نداند؛ اما از نظر شعبه مقدماتی، حفظ این دلایل برای مرحله محاکمه ضروری باشد؛ شعبه مقدماتی با دادستان مشورت خواهد کرد. اگر پس از مشورت، شعبه به این نتیجه برسد که عدم جمع‌آوری دلایل توسط دادستان غیرموجه است؛ خود این شعبه دلایل را جمع‌آوری و حفظ خواهد کرد.

هدف از تعبیه نهاد «شعبه مقدماتی» در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی سیاسی از دادستان دیوان محسوب می‌شد. معمولاً در کشورهای متعلق به اروپای قاره‌ای، مثل فرانسه، در کنار دادستان، بازپرس نیز به عنوان قاضی بی‌طرف حضور داشته تا اختیارات دادستان محدودتر شده و امکان نقض خلاف قانون حقوق افراد از بین برود. از آن‌جا که دادستان دیوان، مسئول تعقیب خطرترین جرایم بین‌المللی است؛ امکان این امر وجود دارد که تحت تأثیر انگیزه‌های سیاسی و یا فشارهای بیرونی از عهده وظایف خود برنماید. بنابراین، حل این معضل در ایجاد نهادی نظارتی همانند شعبه مقدماتی دیده شد.



نهادهای مذکور شأنی انحصاری داشته و فقط در یک قسمت صالح‌اند). بازپرس آن گونه که اشاره شد، در اولین برخورد با اولین دلایل، ناخواسته جهت گیری ذهنی خاص به سمت مجرمیت یا برائت متهم گرفته و جمع شئون تحقیقی و قضایی در وی، مزید بر علت می‌شود تا نخستین چالش پیش روی وی، یعنی عدم امکان رعایت بی‌طرفی در تصمیماتی، چون بازداشت افراد و صدور قرارهای نهایی منع تعقیب یا جلب به محاکمه شکل گیرد.

۲-۱. امکان رعایت بی‌طرفی توسط دادستان

از آن‌جا که گفتیم بازپرس در مدل دارای بازپرس، دارای دو شأن قضایی و تحقیقی می‌باشد؛ بین مراحل تحقیق و تعقیب تفکیک صورت پذیرفته است. از طرفی دیگر، دادستان نیز همزمان وظایف تحقیق و تعقیب را بر عهده دارد که این همزمانی مانع تمرکز و همچنین رد و بدل شدن مداوم پرونده بین دادستان و بازپرس است؛ درحالی‌که در مدل بدون بازپرس که دادستان همزمان وظایف تحقیق و تعقیب را بر عهده دارد، انسجام و یکپارچگی بیش‌تری وجود داشته و در نتیجه فرآیند رسیدگی به پرونده کیفری سریع‌تر می‌باشد.

مسئله‌ای که ممکن است به ذهن برسد، این که آیا در مدل‌های بدون بازپرس که دادستان به عنوان مدعی‌العموم و نماینده دولت (که کار تحقیق و جمع آوری دلایل را بر عهده دارد) به اصل بی‌طرفی خدشه وارد می‌سازد، یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان رعایت بی‌طرفی را که از خصایص قضایی محسوب می‌شود و در مدل‌های دارای بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی به بازپرس واگذار شده است؛ از دادستان نیز توقع داشت؟ پاسخ به این سؤال از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است؛ زیرا همان‌طور که گفته شد اگر مبنای شکل‌گیری بازپرس را رعایت اصل بی‌طرفی و حفظ حقوق متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی بدانیم و از طرف دیگر، رعایت بی‌طرفی توسط دادستان ممکن باشد؛ وجود نهاد بازپرسی در مرحله تحقیقات مقدماتی لازم نخواهد بود و مشکل ابتدایی گفته شده در خصوص عدم تمرکز و انسجام، مرتفع خواهد شد.



بدون شک، پاسخ به سؤال مذکور در مدل‌های بدون بازپرس، مانند آمریکا، انگلستان و دیوان کیفری بین‌المللی، آن خواهد بود که عدم حضور بازپرس در این مدل‌ها، به معنای عدم رعایت بی‌طرفی در جمع‌آوری دلایل نیست.^۱ از سوی دیگر، اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای متعددی وجود دارند که بر تأیید و اثبات گفته مذکور مؤثرند. اگر وظیفه جمع‌آوری بی‌طرفانه دلایل توسط دادستان، غیر ممکن بود، هیچ‌گاه در این اسناد به تکلیف دادستان در جمع‌آوری بی‌طرفانه دلایل، به صورت نص اشاره نمی‌شد.

در مقدمه رهنمودهای نقش دادستان‌ها، مصوب ۷ اوت تا ۷ سپتامبر ۱۹۹۰ (هشتمین کنگره سازمان ملل متحد برای پیشگیری از جرم و رفتار با مجرمان) آمده است: «رهنمودهای ارائه شده زیر به منظور کمک به دولت‌های عضو، در وظیفه آنان، مبنی بر تضمین و ارتقای کارایی، بی‌طرفی و انصاف دادستان‌ها در دادرسی کیفری تنظیم شده است.^۲ اصل ۱۳ این اصول و رهنمودها نیز مقرر می‌دارد: «دادستان‌ها باید وظایف خود را بی‌طرفانه انجام دهند و از هرگونه تبعیض سیاسی و اجتماعی، مذهبی، نژادی، فرهنگی، جنسی و انواع دیگر خودداری نمایند».

همچنین در قطعنامه شماره ۲۰۰۰/۱۹ کمیته وزرای شورای اروپا، مورخ ۱۶ اکتبر ۲۰۰۰، به عنوان یک سند منطقه‌ای، بی‌طرفی دادستان و لزوم توجه او به تمام دلایل به نفع یا به ضرر متهم یا مجنی‌علیه مورد توجه قرار گرفته است.

ممکن است این ایراد گرفته شود که چون دادستان به لحاظ اصولی، مقامی دولتی و حافظ منافع عمومی محسوب می‌شود؛ احتمالاً تحت تأثیر جو حاکمیتی و تلاش برای حفظ منافع حکومت یا غیر آن قرار گرفته و بیم عدم رعایت اصل بی‌طرفی در جهت نقض حقوق اطرافیان (متهم و بزه دیده و ...) وجود دارد؛ اما از آن‌جا که دادستان بر خلاف بازپرس، در مدل دارای بازپرس، فاقد شأن قضایی است و تحقیق و تعقیب جرایم را در

^۱. جهت اطلاع از مدل‌های یاد شده رجوع کنید به: یوسفی، ایمان، مدل‌های تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری، نشر جاودانه، چاپ اول، ۱۳۹۲.

^۲. Guidelines On The Role Of Prosecutors

^۳. The Role Of Public Prosecution In The Criminal Justice System



مرحله تحقیقات مقدماتی بر عهده دارد؛ به نظر می‌رسد چنین ایرادی نمی‌تواند مؤثر واقع شود؛ چرا که در این صورت (فقدان شأن)، دادستان راجع به مسایلی، چون آزادی یا بازداشت متهم و نیز نقض حریم خصوصی که در حیطه وظایف و اختیارات باز پرس (در مدل دارای باز پرس) است، نسبت به تصمیم‌گیری قادر نخواهد بود. عمده تمرکز دادستان بر تعقیب و پیگیری جرایم و جمع آوری دلایل مرتبط با آن‌ها بوده و شأن قضایی، مختص نهاد قضایی ناظری است که در مرحله تحقیقات مقدماتی ایجاد شده است. دادستان در چنین مدل‌هایی، صرفاً تقاضاکننده به حساب آمده و تقاضای وی توسط نهادهای قضایی ناظر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲- باز پرس و شرط مهلت معقول برای رسیدگی‌های کیفری

یکی از شرایط اساسی تحقق دادرسی منصفانه، رسیدگی به پرونده کیفری در مهلت معقول است. به نظر می‌رسد باز پرس با ویژگی‌های خاص خود، از جمله آن‌که باید در مرحله تحقیقات مقدماتی کلیه دلایل مرتبط با جرم را جمع‌آوری و سپس با اقناع وجدانی کامل تصمیم‌گیری نماید؛ یکی از عوامل اطاله رسیدگی‌های کیفری است. در این قسمت به این موضوع پرداخته شده است.

۲-۱. دادرسی منصفانه و شرط مهلت معقول

ممکن است اطاله دادرسی در پرونده‌های حقوقی و به لحاظ پیچیدگی‌های خاص آن‌ها، امری اجتناب ناپذیر باشد. به چنین موضوعی، ایرادی وارد نیست؛ به خصوص آن‌که پرونده‌های حقوقی، امری طرفینی بوده و با نظم و امنیت عمومی ارتباطی ندارد.^۱ برعکس، در پرونده‌های کیفری، اطاله دادرسی، قابل توجیه نبوده و به حقوق اجتماع و بزه‌کار و بزه دیده خدشه وارد می‌آورد. از یک سو، جامعه باید در فرآیندی سریع و همراه با دقت، در مقابل رفتارهای مخالف هنجار اجتماعی که جرم‌انگاری شده است، واکنش نشان دهد و

۱. گلدوست جویباری، رجب و جهاندار اکبری، عوامل انسانی اطاله دادرسی در امور کیفری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، ۱۳۸۶، ص ۲۸۲



در صورتی که این واکنش کیفری، با زمان وقوع جرم، فاصله‌ای طولانی داشته باشد؛ کارکرد مثبت خود را از دست خواهد داد. از سوی دیگر، اطلاع رسیدگی، متهم یا بزه‌کار را در وضعیت سردرگمی و بلا تکلیفی قرار می‌دهد و جبران خسارات وارد شده به بزه دیده نیز، به شکل مؤثری صورت نخواهد گرفت.

آن گونه که اشاره شد، رسیدگی به پرونده کیفری در زمان معقول، از مقتضیات دادرسی منصفانه محسوب می‌شود و در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای متعدد بر این موضوع، تأکید شده است. ماده ۱۰ از اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۹ (۳) از میثاق حقوق مدنی و سیاسی، اصل ۳۸ از اصول حمایت از اشخاص زندانی که تحت هرگونه بازداشت قرار دارند، ماده ۷XX اعلامیه آمریکایی حقوق و تکالیف بشر، ماده ۷ (۵) از کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، ماده ۵ (۳) از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و ماده ۶۰ (۴) از اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی؛ همگی به لزوم رسیدگی به پرونده کیفری در مهلت معقول تأکید دارند.

هرچند در اسناد بین‌المللی، به ضابطه مهلت معقول اشاره شده؛ تعریفی از آن به عمل نیامده است. علت این موضوع را باید در غیر قابل تعریف و تحدید بودن این ضابطه، به علت تفاوت آن در هر پرونده دانست. تشخیص آن که آیا پرونده‌ای در مهلت معقول مورد رسیدگی قرار گرفته است، یا خیر؛ هر پرونده با پرونده دیگر متفاوت است. عواملی چون قوانین ملی، در بازداشت بودن یا نبودن متهم، رفتار مقامات، تعداد متهمین و تعداد بزه دیدگان، پیچیدگی پرونده، ماهیت و شدت جرم، تعداد اتهامات، بر تشخیص مهلت معقول تأثیر دارند. برای مثال، دیوان اروپایی حقوق بشر، در قضیه‌ای با ۷۲۳ نفر متهم و ۶۰۸ جرم ارتكابی، مدت زمان هشت سال و نیم را برای رسیدگی به این پرونده مهلت معقول تشخیص داد.^۱

۱. ابن علی، داود، معیارهای عادلانه دادرسی در اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۷



بدون تردید، عوامل مختلف بر تحقق شرط مهلت معقول تأثیرگذارند.^۱ برای مثال، شخصیت پرسنل دادگستری یکی از این عوامل به حساب می‌آید. در این بین، عوامل ساختاری به معنای نحوهٔ چیدمان نهادهای دخیل در فرایند دادرسی کیفری؛ جایگاهی ویژه داشته و نهاد بازپرسی به عنوان یکی از نهادهای ساختاری، بر مدت رسیدگی به یک پروندهٔ کیفری تأثیری فوق العاده دارد.

۲-۲. بازپرس؛ عامل اطالة رسیدگی‌های کیفری

در مدل بدون بازپرس که دادستان، خود، امر تحقیق را بر عهده دارد، پس از پایان مرحلهٔ تحقیقات مقدماتی وجود یک دلیل معقول برای صدور کیفرخواست و ارسال پرونده به دادگاه کافی است. تأکید عمده در چنین مدلی بر مرحلهٔ رسیدگی در دادگاه بوده و مرحلهٔ تحقیقات مقدماتی به لحاظ مدت طی شده، با مرحله رسیدگی در دادگاه قابل مقایسه نیست.^۲ خاصیت ترافعی مدل بدون بازپرس را باید عامل اصلی تأکید بر مرحلهٔ رسیدگی در دادگاه دانست. در چنین مدلی، اعتقاد بر آن است که دلایل طرفین می‌بایست توسط ایشان و در حضور مقام قضایی بی‌طرف ارائه شود. برای مثال، در دادرسی کیفری ایالات متحدهٔ آمریکا، دادستان در پرونده‌های جنایی پس از به دست آوردن دلایل معقول علیه متهم، موضوع را نزد هیأت منصفه عالی مطرح می‌کند. هیأت منصفه عالی نیز با بررسی آن‌که آیا دلایل معقول علیه متهم وجود دارد یا خیر؛ اجازهٔ ارسال پرونده به دادگاه را صادر می‌نماید. در چنین مدل‌هایی، صرف به دست آوردن چند دلیل علیه متهم، در پایان مرحلهٔ تحقیقات مقدماتی کافی است و به جمع‌آوری کلیه دلایل نیاز نیست. در واقع، دلایل، در مرحلهٔ رسیدگی و در قالب ترافعی و نزد قاضی دادگاه مطرح می‌شود. حال، اگر دادستان یا متهم بخواهند از دلایل جدیدی که در مرحلهٔ تحقیقات مقدماتی ارائه نشده

۱. جهت اطلاع بیش‌تر:

سهراب بیگ، امیر، راهکارهای غلبه به اطالة دادرسی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضاییه، چاپ اول، ۱۳۸۰

^۲ Christoph Safferling, Towards An International Criminal Procedure, Oxford University Press, ۲۰۰۱, P.۵۴



است، در مرحله رسیدگی در دادگاه استفاده نمایند؛ پیش از تشکیل جلسه، طرف مقابل را از دلایل خود مطلع می سازند.

در مدل دارای بازپرس، برعکس مدل بدون بازپرس، به دلیل وجود شأن قضایی، تأکید روی مرحله تحقیقات مقدماتی است. بنابراین، بازپرس در این مدل‌ها، جهت کشف حقیقت و اظهارنظر صحیح در هر مورد خاص، برعکس دادستان در مدل‌های بدون بازپرس، به جمع آوری کلیه دلایل مکلف است. موضوعی که معیار «دلیل معقول» را در مدل بدون بازپرس، به معیار «فرا تراز هر شک معقول»^۱ در مدل دارای بازپرس نزدیک می‌کند. این، به آن معنا است که بازپرس باید در پایان مرحله تحقیقات مقدماتی کامل در خصوص انتساب رفتار به متهم پرونده به اقناع وجدانی رسیده و بر همین اساس اظهار نظر کند.

مسئله آن است که پس از پایان یافتن تحقیقات مقدماتی و با صدور کیفرخواست توسط دادستان در مدل‌های بدون بازپرس؛ و یا صدور قرار توسط بازپرس در مدل‌های دارای بازپرس و ورود پرونده به مرحله دادگاه؛ قضات در مرحله دادگاه به طور دقیق، پرونده را مورد رسیدگی قرار داده و با توجه به توافقی بودن رسیدگی در دادگاه، قاضی می‌تواند با رسیدن به اقناع وجدانی کامل اقدام نماید. بنابراین، در مرحله تحقیقات مقدماتی اقناع وجدانی قاضی دیگری (بازپرس در مدل‌های دارای بازپرس) نیاز نمی‌باشد. به نظر می‌رسد وجود دو اقناع وجدانی قضایی در فرایند رسیدگی به یک پرونده کیفری، نه تنها لازم

^۱. به لحاظ تاریخی، «نظام اقناع وجدان قضایی» جایگزین «نظام ادله قانونی» شده است. در نظام اقناع وجدان قضایی که با پذیرش اصل براءت حاکم شده است، یقین درونی قاضی ملاک قضاوت است. بنابراین، قاضی در دستیابی به دلایل آزاد است؛ حتی اگر دلیلی در قانون نیامده باشد، قاضی مختار است از آن دلیل استفاده کند. تفاوت بین آیین دادرسی مدنی و آیین دادرسی کیفری در آن است که در آیین دادرسی مدنی، قاضی بر مبنای قوی تر بودن دلایل طرفین یا "Preponderance of evidence" حکم صادر می نماید؛ درحالی که در آیین دادرسی کیفری و به علت حاکم بودن نظام اقناع وجدانی قضایی، ضابطه فراتر از هر شک معقول یا "Beyond any reasonable doubt" حاکم است. در آیین دادرسی کیفری قاضی باید برای صدور حکم محکومیت، هیچ شک معقولی نداشته باشد که اولاً، جرمی واقع شده و ثانیاً، این جرم به رفتار متهم منتسب است.



نیست؛ بلکه آثار منفی نیز به بار خواهد آورد. شکی نیست در آیین دادرسی کیفری و با توجه به نظام «اقتناع وجدانی قاضی» که با پذیرش اصل براءت حاکم شده^۱؛ لازم است یک قاضی با ویژگی‌های خاص خود، فراتر از هر شک معقول به این اقتناع برسد که متهم پرونده مرتکب جرم شده است و طبیعی است تحقق این شرط، به آخرین مرحله رسیدگی به یک پرونده کیفری و قبل از اجرای مجازات مربوط می‌باشد. بنابراین، اصولاً به اقتناع وجدانی قاضی دیگری در مرحله تحقیقات مقدماتی نیازی نیست.

آثار منفی بازتاب حضور بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی و در نتیجه لزوم اقتناع وجدانی تمام عیار، در دو موضوع دیده می‌شود: اولاً، جمع آوری کامل دلایل و انجام تحقیقات مقدماتی در مرحله دادرسی به دلیل وجود شأن قضایی بازپرس از اهمیت به مراتب بالاتری نسبت به دادگاه برخوردار می‌باشد. نتیجه این امر، تأکید بر تاثیرپذیری روان‌شناختی قضات دادگاه از موضوع است بدین جهت که بازپرس کلیه دلایل را جمع آوری نموده است و نتیجه اعتماد ایشان به پرونده ارسال شده از مرحله تحقیقات مقدماتی، عدم دقت و تمرکز کافی خواهد بود.

ثانیاً، حضور بازپرس، عاملی برای اطاله دادرسی خواهد بود؛ چرا که بازپرس با توجه به این که به اقتناع وجدانی در مرحله تحقیقات مقدماتی نیازی نمی‌باشد؛ وقت زیادی را جهت جمع آوری دلایل صرف می‌نماید و تأکید عمده بازپرس در مدل‌های بدون بازپرس، بر مرحله تحقیقات مقدماتی است و پس از پایان مرحله تحقیقات مقدماتی و صدور قرار متناسب توسط بازپرس، قاضی دادگاه نیز، مجدداً به همان دلایل پرداخته و در واقع آن‌ها را بازبینی می‌کند. بنابراین، جمع آوری دلایل در دو مرحله، جز اطاله دادرسی نتیجه‌ای را در پی نخواهد داشت؛ در حالی که در مدل بدون بازپرس با به دست آمدن یک یا چند دلیل معقول، پرونده به مرحله محاکمه ارسال و در این مرحله، به صورت متمرکز به دلایل موجود در فضایی کاملاً ترافعی پرداخته می‌شود.

۱. تدین، عباس، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۶۱



وضعیت وجود دو اقناع وجدانی در دادرسی کیفری ایران، به عنوان یکی از مدل‌های دارای بازپرس به چشم می‌خورد. در مرحله دادرسی در ابتدا بازپرس، دلایل را جمع آوری می‌کند؛ به استماع شهادت شهود می‌پردازد؛ نظریات کارشناسان را اخذ می‌کند؛ بین متهم و شهود جلسه مواجهه حضوری می‌گذارد و پس از ارسال پرونده به مرحله رسیدگی، قاضی دادگاه، همان کارها را انجام می‌دهد. موضوعی که اضافی بودن اقناع وجدانی بازپرس را در دادرسی‌های کیفری اثبات می‌کند. مطابق قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب سال ۱۳۸۱ و آیین نامه آن،^۱ در صورتی که پس از ارسال پرونده به دادگاه، قاضی دادگاه نقایصی را در تحقیقات مشاهده نماید، می‌تواند رفع آن نقایص را از بازپرس بخواهد؛ موضوعی که نشان دهنده آن است که کار بازپرس در جمع آوری دلایل باید بی-نقص باشد.

مشکل دیگری که نظام دادرسی کیفری ایران با آن مواجه است، لزوم ارائه دلایل به شکل مستقیم و نزد حاکم شرع است. بر اساس دادرسی کیفری اسلامی، منظور از حاکم شرع، قاضی دادگاه است. منظور از اقناع وجدانی نیز اقناع وجدانی حاکم شرع بر مبنای دلایل طرح شده نزد ایشان است. مسئله مبهم در دادرسی فعلی ایران، آن است که آیا دلایل طرح شده نزد بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی کافی است یا دلایل باید به شکل حضوری و نزد حاکم شرع مطرح شود؟ هرچند ممکن است نظرات مختلفی وجود داشته باشد، بازپرس ایرانی با این چالش نیز مواجه می‌باشد.

۳- عدم حضور بازپرس در پرونده‌های کم اهمیت‌تر

در مدل افراطی دارای بازپرس، این مقام قضایی در کلیه پرونده‌های کیفری از کم اهمیت‌ترین تا پراهمیت‌ترین آن‌ها حضور داشته و تفکیک مراحل تعقیب و تحقیق به دقت رعایت می‌گردد. بنابراین، دادستان در هیچ پرونده‌ای به عنوان مقام تحقیق وارد نشده و

^۱. ماده ۱۵ آیین نامه قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب: «... لیکن در مواردی که پرونده با کیفرخواست در دادگاه مزبور طرح گردیده است، چنانچه دادگاه نقصی در تحقیقات مشاهده نماید، یا انجام اقدامی را لازم بداند، می‌تواند رفع نقص و تکمیل پرونده را با ذکر موارد نقص از دادرسی مربوط درخواست کند».



شأن وی به مرحله تعقیب، محدود و منحصر است. بازپرس نیز با همین هدف، (رعایت بی طرفی و جلوگیری از ورود دادستان به عنوان یک مقام اجرایی به تحقیقات راجع به جرم) به آیین دادرسی کیفری کشورهای مختلف وارد شد. طبیعی است از همان ابتدای شکل گیری بازپرس، قانون‌گذاران کشورهای مختلف با ملاحظه واقعیت و آمار پرونده‌ها، تفکیک بین مراحل تعقیب و تحقیق را فقط در برخی پرونده‌ها اعمال کردند. به این شکل که معمولاً حضور بازپرس، تنها در پرونده‌های مهم‌تر الزامی بوده و امکان انجام تحقیقات توسط دادستان در پرونده‌های کم اهمیت‌تر وجود داشت.

امروزه نیز قانون‌گذاران کشورهای مختلف، همین موضع را اتخاذ کرده‌اند. برای مثال، حسب ماده ۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، اجرای تحقیقات مقدماتی توسط بازپرس، فقط در موضوع جنایات الزامی است. در ایران نیز چنین وضعیتی وجود دارد. همان‌طور که ذکر شد، حسب بند «و» ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب: «تحقیقات مقدماتی کلیه جرایم برعهده بازپرس است. در جرایمی که در صلاحیت رسیدگی دادگاه کیفری استان نیست، دادستان نیز دارای کلیه وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس مقرر می‌باشد.» منظور مقنن از «کلیه وظایف و اختیارات» تمامی شئون تحقیقی و قضایی بازپرس است. نتیجه این موضوع آن خواهد بود که دادستان، شخصاً یا از طریق دادیاران خود می‌تواند به امر تحقیق مبادرت نموده، راجع به قرارهای تأمین تصمیم‌گیری کرده و در پایان، با صدور قرارهای نهایی منع تعقیب یا مجرمیت، نظر خود را راجع به کفایت یا عدم کفایت ادله اثباتی اعلام نماید. حتی در لایحه آیین دادرسی کیفری که در زمان نگارش این مقاله در حال بررسی است، همین وضعیت وجود دارد. حسب مواد ۹۰ و ۳۰۴ این لایحه، دادستان و دادیار نیز در پرونده‌های کم اهمیت‌تر می‌توانند دارای صلاحیت‌ها و اختیارات بازپرس باشند.^۱

^۱. ماده ۹۰ لایحه آیین دادرسی کیفری ایران: «تحقیقات مقدماتی تمام جرایم برعهده بازپرس است. در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۴، در صورت نبودن بازپرس، دادستان دارای تمام وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس تعیین



بنابراین، در مدل‌های دارای بازپرس موجود، بازپرس در تعدادی اندک از پرونده‌ها که از اهمیت بیش‌تری برخوردارند، حاضر بوده و در پرونده‌های کم اهمیت‌تر، کلیه شئون بازپرس به دادستان یا دادیار محول می‌شود. در واقع، قانون‌گذاران کشورهای مختلف، با ملاحظه مشکلات عملی پیش‌رو و از جمله کمبود بازپرس، و جهت پرکردن این خلاء از مدل افراطی توضیح داده شده فاصله گرفته و حضور بازپرس را فقط در بعضی پرونده‌ها الزامی دانسته‌اند.

مسئله مهم پیش روی مدل‌های دارای بازپرس، آن است که آیا عدم حضور بازپرس در پرونده‌های به نسبت کم اهمیت‌تر، به معنای نادیده گرفتن هدف رعایت بی‌طرفی نیست؟ در واقع در مدل‌های دارای بازپرس، فقط به خاطر مسائل و مشکلات عملی پیش‌رو، هدف مطلوب که تفکیک مراحل تعقیب و تحقیق و رعایت اصل بی‌طرفی بوده، به ورطه فراموشی سپرده شده است و از این جهت، موضع مدل‌های دارای بازپرس موجود، شامل ایران و فرانسه را می‌توان نوعی ایده آل‌گرایی شکست خورده دانست؛ چرا که از یک سو، برای رعایت اصل بی‌طرفی، نهاد بازپرسی ایجاد و مرحله تحقیق به او سپرده شده است و از سوی دیگر، در پرونده‌های کم اهمیت‌تر، دادستان به شکل همزمان، متصدی مراحل تعقیب و تحقیق است.

این انتقاد به مدل‌های دارای بازپرس، زمانی پررنگ‌تر می‌شود که دادستان و دادیار به عنوان مقامات تعقیب، در پرونده‌های کم اهمیت‌تر می‌توانند دارای شئون تحقیقی و قضایی باشند؛ موضوعی که به شدت با آزادی و حریم خصوصی افراد در تعارض است. آن گونه که ذکر شد، مطابق نص مواد ۹۰ و ۳۰۴ لایحه آیین دادرسی کیفری ایران، دادستان و دادیار نیز می‌توانند به صدور قرارهای تأمین، از جمله بازداشت موقت افراد و قرارهای نهایی منع

شده است. در این حالت، چنانچه دادستان انجام تحقیقات مقدماتی را به دادیار ارجاع کند، قرارهای نهایی دادیار و همچنین قرار تأمین متهمی به بازداشت متهم باید در همان روز صدور به نظر دادستان برسد.

ماده ۳۰۴ لایحه: «جرائم زیر در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شود: الف) جرائم مستوجب سلب حیات ب) جرائم مستوجب حبس ابد. ج) جرایمی که مجازات قانونی آن قطع عضو و جنایات علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن نصف دیه کامل یا بیش‌تر از آن است. د) جرائم مستوجب تعزیر درجه ۵ و بالاتر. ه) جرائم سیاسی و مطبوعاتی».



تعقیب و جلب به محاکمه اقدام نمایند. این، به آن معنا است که دادستان به عنوان مقام تعقیب، ضمن انجام تحقیقات مقدماتی می تواند در خصوص آزادی و یا بازداشت متهم و نیز کفایت یا عدم کفایت ادله اثباتی در انتساب رفتار به متهم تصمیم گیری نماید.

۴- مدل بدون بازپرس اسلامی

اسلام، نخستین بار در تاریخ جهان، نظام کیفری ای را پایه ریزی می کرد که با داشتن ویژگی های خاص خود از سایر نظام ها متمایز است. این نظام برخلاف تصور برخی، منبعث از نظام حقوق رومی نیست.^۱ «همانندی میان دو قانون اسلام و روم، در برابر موارد افتراق آن ها، بسیار اندک است و یک چنین همانندی بر این دلالت نمی کند که اسلام از قانون روم متأثر شده است. از طرفی، برخورد فقیهان اسلام با قانون روم برخوردی منفی بود و روح قانون الاهی اسلام باعث آن به شمار می رفت. عادات و عرف هایی را هم که فقه های اسلام از کشورهای پیرو روم پذیرفتند، در صورتی بود که با نصوص و اصول عبادی اسلام تناقضی نداشت و از این رو به قانون گذاری اسلام راه یافت. به هر حال، آن عرف ها هم ویژه مردم روم نبود، بلکه عادات بازرگانی متداول و شناخته شده نزد اعراب و دیگر مردمان دریای متوسط بود و رومیان خود از آن عادات متأثر شده بودند و پیش از مسلمانان، آن ها را در قانون وارد کرده و جای داده بودند. همان طور که اسلام تعدادی از عادات بیگانگان را پذیرفت، آثاری هم از خود بر مدنیت های تازه ارزانی داشت. به راستی قطع نظر از این تأثر اندک، اسلام شریعتی است مستقل و قائم به ذات و در اصول و تاریخ تمدن ارزنده خود دارای موجودیت مستقلی است».^۲

دادرسی کیفری این نظام با داشتن ویژگی هایی چون، ۱- لزوم وجود شرایط و ویژگی های خاص برای قاضی، ۲- وحدت قاضی، ۳- یک درجه ای بدون رسیدگی، ۴- عدم

^۱. جهت مطالعه بیشتر:

قاسمی پورگنجی، حبیب الله، جایگاه نظام دادرسی کیفری اسلامی در میان نظام های شناخته شده در جهان، پایان نامه کارشناسی ارشد، قم، دانشگاه قم، ۱۳۸۱

۲. محمضانی، صبحی، فلسفه قانون گذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۷، ص ۲۴۸



حضور هیأت منصفه، ۵- آزادی تحقیق دلیل، ۶- علنی بودن محاکمه، ۷- وجود سیستم ادله قانونی؛ از سایر نظام‌های دادرسی کیفری متمایز می‌باشد. نظام دادرسی کیفری اسلامی، با وجود سادگی و دوری از پیچیدگی‌های نظام‌های تفتیشی یا اتهامی، با پذیرش اصول و قواعدی، چون «مساوات قانونی»، «برائت»، «شخصی بودن مجازات‌ها» و «قبح عقاب بلا بیان» از کامل‌ترین نظام‌های دادرسی به حساب می‌آید.^۱

یکی از ویژگی‌های اساسی این نظام که مانع وجود نهادهایی چون نهاد بازپرسی محسوب می‌شود، «اصل وحدت قاضی» است. قاضی واحد با صلاحیت عام، از ابتدا تا انتهای پرونده کیفری را رسیدگی می‌کند و حتی اجرای حکم با نظارت خود قاضی صورت می‌گیرد. عدم پذیرش نظام تعدد قضات در دادرسی کیفری اسلامی ناشی از شرایط و ویژگی‌های سخت گیرانه‌ای است که شارع مقدس برای تصدی مقام قضاء وضع کرده است. «آیات و روایات مربوط به جلالت منصب قضا بسیار است که اکثر آن‌ها دلالت صریح دارد که این مقام منبع را خداوند متعال به پیغمبران و انبیا و معصومین آنان موهبت فرموده و دیگران با فرمان و اذن خصوصی یا عمومی آنان، می‌توانند تصدی نمایند و بدون احراز اذن خصوصی یا عمومی از ناحیه آن‌ها، تصدی قضا، حرام و از گناهان بزرگ است؛ چنان که بر مردم نیز حرام است نزد کسی که مأذون از جانب نبی و وصی نیست، مراجعه نمایند»^۲. قاضی مأذون نیز مطابق شریعت اسلامی باید دارای ویژگی‌هایی باشد که مهم‌ترین عبارتند از: علم اجتهادی، بلوغ، عقل، رشد، اسلام، مرد بودن و طهارت مولد^۳.

عدم حضور قضات دیگر در فرآیند دادرسی کیفری اسلامی، همانند آن چه در نظام دادرسی کیفری کنونی ایران یا سایر کشورها دیده می‌شود؛ به معنای عدم استفاده قاضی از کارمند یا سایر نهادهای ساختاری دخیل در فرایند دادرسی نیست. در نظام دادرسی کیفری اسلامی در طول تاریخ، سازمان‌ها یا نهادهایی وجود داشته که یاریگر قاضی بوده و وظایف

۱. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، جلد ۴، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۸۷، ص ۳

۲. گیلانی، محمد، قضاء و قضاوت در اسلام، چاپخانه الهادی، چاپ اول، ۳۷۸، ص ۲۳

۳. الحائری، السید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق، ص ۴۱



خود را زیر نظر قاضی انجام می‌دهند. از مهم‌ترین این سازمان‌ها می‌توان به سازمان «حسبه» و سازمان «شرطه» اشاره کرد. با توجه به وظایف این سازمان‌ها می‌توان سازمان حسبه را شبیه دادستان‌های امروزی و سازمان شرطه را شبیه بازپرس دانست. طبیعی است سازمان‌های حسبه و شرطه زیردست قاضی بوده و با دادستان و بازپرس به مفهوم امروزی آن، تفاوت‌های اساسی دارند. این تفاوت‌ها ناشی از همان قاعده «وحدت قاضی» در نظام دادرسی کیفری اسلامی است. در ذیل به تعریف و ویژگی این سازمان‌ها پرداخته شده است:

۱-۴. سازمان حسبه

«حسبه، اسم است از مصدر احتساب. احتساب به معنای انجام دادن کاری برای خدا و پاداش آن را از او گرفتن است؛ چه آن‌که خداوند هر کار شایسته‌ای را بر می‌شمارد و پاداش می‌دهد. حسبه اسم آن است و به معنی پاداش فرد است»^۱. همچنین احتساب به معنای بازداشتن از انجام دادن کار زشت و ناپسند آمده است. در زبان حقوق‌دانان اسلامی، حسبه از این کاربرد بیرون نیست. حسبه در حقوق اسلامی دستور دادن به کار خوب و بازداشتن از کار زشت است.^۲

هرچند نامگذاری سازمان حسبه اولین بار توسط مهدی، خلیفه عباسی (۱۶۹-۱۵۸ ه. ق) انجام گرفت؛ از دیدگاه محققین، عمر بن خطاب نخستین پایه گذار سازمان حسبه است.^۳ «در آغاز پیدایی سازمان حسبه، وظایف و صلاحیت‌های محتسب در صلاحیت‌های قاضی نهفته بود. در بیش‌تر کشورهای اسلامی وظایف محتسب، شرطه و قاضی به یک کس داده می‌شد. با همه این‌ها محتسب با صلاحیت‌هایی که داشته است، زیردست قاضی به شمار

۱. اصفهانی، راغب، المفردات فی غرایب القرآن، تحقیق: محمد گیلانی، بیروت: دارالمعرفه للطباء و النشر، بی‌تا، ص

۲. ساکت، محمد حسین، دادرسی در حقوق اسلامی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۳۶۹

۳. حسن، ابراهیم، تاریخ سیاسی اسلام، ترجمه ابوالقاسم پاینده، جلد ۲، انتشارات جاویدان، چاپ دوم، ۱۳۵۷، ص



می آمده است»^۱. در ابتدا، گماردن محتسب و تعیین وی در اختیارات خود قاضی بود. زمانی که وظیفه سلطان از خلافت جدا شد و بر روی هم در کارهای سیاسی کشور نظارت می کرد، تعیین محتسب و تشکیل سازمان حسبه از وظایف سلطان شد.

سازمان حسبه وظایف متعددی برعهده داشت؛ از جمله وظایف این نهاد می توان به نظارت بر پاکیزگی مساجد، مؤذن ها، تذکر به همسایگان مساجد برای شرکت در نماز جماعت، نظارت بر کار مکاتب و آموزگاران، نظارت بر پاکیزگی شهر و معابر عمومی، نظارت بر بازاریان اشاره کرد. اختیاراتی که به این سازمان واگذار شده بود، موجب شده تا برخی حقوقدانان آن را پایه آیین حکومت در اسلام به شمار آورند.^۲

در کنار این وظایف، آن چه موجب شده تا سازمان حسبه را در اسلام «برادر دادرس» بدانند، وظایفی است که سازمان حسبه را جایگزین دادستان می کند. «در بینش حقوق اسلامی، جرم در عموم مصداق منکر در می آید. پس، بر محتسب بود که به مبارزه با جرم برخیزد و در صورت نیاز به طرح دعوای کیفری و نیز بررسی و تحقیق و پیگرد مجرم بپردازد. این دعوا را دعوای حسبه می گویند و در آن، تنها حق خداوند مطرح است. در این گونه دعوای، محتسب از یک سو مدعی و اعلام کننده جرم است و از سوی دیگر گواه به شمار می آید»^۳. در واقع، سازمان حسبه به عنوان نهاد دادستان در برخورد با جرایم به اعلام جرم می پرداخت و پرونده را به همراه متهم نزد قاضی دادگاه ارسال می کرد. بنابراین، سازمان حسبه را در دادرسی کیفری اسلامی می توان با نهاد دادستان در دادرسی کیفری غربی مقایسه کرد.

موضوع قابل توجه، در ارتباط بین محتسب و قاضی، امکان پند دادن به قاضی، توسط محتسب است. «محتسب باید کسی را که در مجلس محاکمه سفاهت کند، یا قاضی را طعن کند، یا به حکمش گردن نهد تعزیر کند و اگر قاضی را ببیند که بر کسی خشم گرفته،

۱. ساکت، محمد حسین، منبع پیشین، ص ۲۴۰

۲. ساکت، محمد حسین، همان، ص ۴۴۶

۳. ساکت، محمد حسین، همان، ۴۵۳



دشنامش می‌دهد یا کینه می‌ورزد؛ بازش دارد و پندش دهد و از خدای عز و جل بیم دهد؛ زیرا قاضی نباید به هنگام خشم حکم دهد و یا هذیان گوید یا درشتخو و بد زبان باشد.^۱

برای مثال، ابراهیم بن بطحا که محتسب بغداد بود، از روبه‌روی خانه ابو عمرو بن حماد، قاضی القضاات بغداد می‌گذشت. گروهی را دید که در مقابل خانه او تجمع کرده و منتظر حضور وی بودند. ابراهیم، حاجب خود را فراخواند و گفت: به قاضی بگو: مردم در زیر گرمای آفتاب منتظر تو هستند. یا به قضاوت بنشین و یا عذرت را بگو تا بازگردند. همچنین ابوالقاسم صیمری نقل کرده است که خلیفه، مستظهر بامرالله یکی از یاران شافعی را به سمت محتسب برگزید. او به مسجد منصور در آمد و قاضی را دید که در مسجد نشسته و قضاوت می‌کند. به قاضی گفت: ما خود باید به حدود خدا کار بندیم تا عامه مردم از ما پیروی کنند و ما نمک شهریم که باید فساد مردم را اصلاح کنیم. نشستن و داوری در مسجد درست نیست. آیا سخن خدا را نشنیده‌ای که فرمود: مساجدی که خدا اذن داد که برافراشته شود و نام وی در آن‌ها یاد گردد؛ مردانی در آن خانه‌ها بامداد و شامگاه به تسبیح مشغول هستند که داد و ستد، ایشان را از یاد خدا و از نماز و زکات باز نمی‌دارد.^۲ قاضی با شنیدن سخنان محتسب از جا برخاست و هرگز در مسجد داوری نکرد.^۳

۲-۴. سازمان شرطه

«شرطه»، به معنای نهادی است که وظیفه حفظ نظم و امنیت جامعه را برعهده دارد. «شرط» به معنای علامت و نشانه‌ای است که مأموران شرطه یا انتظامی از آن استفاده می‌کرده‌اند تا شناخته شوند.^۴ عثمان بن عفان را نخستین پایه گذار سازمان شرطه می‌دانند؛

۱. محمد بن محمد بن احمد «ابن اخوه» قرشی، آیین شهرداری در قرن هفتم، ترجمه جعفر شعار، انتشارات بنیاد فرهنگ ایران، ۱۳۴۷، ص ۱۹۷

۲. سورة مبارکه حج، آیه ۲۲

۳. محمد بن محمد بن احمد «ابن اخوه» قرشی، آیین شهرداری در قرن هفتم، ترجمه جعفر شعار، انتشارات بنیاد فرهنگ ایران، ۱۳۴۷، ص ۱۹۶

۴. ابن منظور افریقی، لسان العرب، جلد ۵، بیروت، دار مکتبه الحیاه، بی‌تا، ص ۱۶۷



هرچند عمر نخستین کسی بود که پاس شبانه می‌داد و در شب به نگهبانی می‌پرداخت.^۱ سازمان شرطه وظایف متعددی را برعهده داشته است که از جمله آن‌ها عبارت‌اند از: سرکوبی شورش‌های مردمی، حفظ نظم خیابان‌ها و راه‌ها و حفظ جان سران، جلوگیری از سد معبر.

همان‌طور که گفته شد، اگر سازمان حسبیه را دادستان عمومی اسلامی بدانیم، سازمان شرطه را باید با نهاد بازرسی مقایسه کرد؛ چون در اسلام، برای بازرسی و تحقیق در خصوص وقوع جرم سازمان ویژه وجود ندارد و این مهم برعهده سازمان شرطه است. اما آن چه اهمیت دارد، آن است که وجود سازمان شرطه برای تحقیق راجع به جرایم و بازجویی از متهمین به معنای تفکیک مراحل تحقیقات مقدماتی و رسیدگی نیست. از آن جا که کلیه مراحل دادرسی تحت نظارت قاضی واحد صورت می‌گیرد و سازمان شرطه زیر نظر قاضی به جمع‌آوری دلایل اقدام می‌نماید و حتی رئیس سازمان شرطه همان قاضی محسوب می‌شود؛ در دادرسی کیفری اسلامی بین مرحله تحقیق از مرحله رسیدگی تفکیکی وجود ندارد.^۲

از آن چه گفته شد، می‌توان به این نتیجه رسید که اولاً، دادرسی کیفری اسلامی با داشتن ویژگی‌های خاص خود به خصوص جنبه الهی آن، نظام خاص خود را داراست. ثانیاً، با توجه به آن که در این نظام کلیه مراحل آیین دادرسی کیفری از جمله مراحل تحقیق و رسیدگی ادغام شده و در اختیار قاضی واحد است؛ نهاد بازرسی وجود ندارد. به عبارت دیگر، دادرسی کیفری اسلامی بر مبنای مدل بدون بازرسی است. وجود نهادهایی چون حسبیه و شرطه را نیز نمی‌توان با دادستان و بازرسی امروزی مقایسه کرد. بازرسی و دادستان در اکثر دادرسی‌های فعلی، به قوه قضاییه وابسته بوده و قاضی محسوب می‌شوند؛

۱. ساکت، محمد حسین، منبع پیشین، ص ۴۷۱

۲. قیاسی، جلال‌الدین، و دیگران، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی اسلام و حقوق موضوعه، جلد ۱، قم، انتشارات پژوهشکده حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۶۴



در حالی که شرطه و حسبه را نمی‌توان با قاضی اسلامی مقایسه کرد و تنها می‌توان از آن با عنوان بازوی اجرایی قوه قضاییه یاد کرد.



برآمد

«بازپرس»، اسطوره‌ای که فلسفه شکل‌گیری آن مقدس بود و برای تضمین حقوق متهم و رعایت اصل بی‌طرفی شکل گرفت؛ امروزه مانند قطعه‌ای است نامناسب در دستگاه عظیم آیین دادرسی کیفری؛ قطعه‌ای که حرکت این دستگاه را مختل کرده است. نمی‌توان از یک انسان معمولی توقع داشت که خودش تمام دلایل را جمع کرده و به تحقیقات راجع به وقوع یا عدم وقوع جرم و انتساب یا عدم انتساب به شخص خاص پرداخته و سپس بی‌طرفانه قضاوت کند. این انتظار از موجودی ماورای طبیعی منطقی است. از سوی دیگر، این قطعه نامناسب آیین دادرسی کیفری، موجب کندی حرکت چرخ‌های آن شده است. آنچه از یک بازپرس انتظار است، آن که با اقناع وجدانی کامل در پایان تحقیقات مقدماتی تصمیم‌گیری کرده و کار پایانی خود را بر مبنای یک یا چند دلیل معقول استوار نسازد. اقناع وجدانی در مرحله محاکمه و پس از اتمام کار، امری ضروری است؛ اما به اقناع وجدانی مقام دیگری در مرحله تحقیقات مقدماتی نیازی نیست. موضوع دیگری که هر عقل سلیم را در قضاوت بین مدل دارای بازپرس و مدل بدون بازپرس به سوی حکم به نفع مدل دوم سوق می‌دهد، ایده آل گرایی شکست خورده مدل دارای بازپرس در حذف این مقام در پرونده‌های کم‌اهمیت‌تر است؛ جایی که دادستان به عنوان طرف دعوا، شأن قضایی یافته و در خصوص مهم‌ترین و عزیزترین عطایای الهی (حق آزادی و حق حریم خصوصی) قدرت تصمیم‌گیری می‌یابد.

مدل اسلامی، آن‌گونه که بحث شد، مدلی بدون بازپرس است. از سوی دیگر، هر چند، در مدل دادرسی اسلامی مراحل مختلف ادغام شده و ابتکار کلیه مراحل دادرسی در اختیار قاضی واحد قرار دارد؛ اسلام، دین احترام به انسان‌هاست. حرمت حریم خصوصی و آزادی افراد، پیش از طرح در حقوق غربی، مورد پذیرش دین مبین اسلام بوده و در این موضوع، هیچ ابهامی وجود ندارد. طبیعی است در این مدل، احترام به حقوق افراد و رعایت بی‌طرفی در تصمیم‌گیری راجع به مهم‌ترین حقوق افراد، مستلزم به کارگیری ساختاری است که به بهترین شکل به اهداف فوق‌جامه عمل ببوشاند.



ممکن است این ایراد وارد شود که حذف بازپرس با سابقه تاریخی آیین دادرسی کیفری در ایران سنخیتی نداشته و بنابراین، کارکردی مناسب نخواهد داشت. این ایراد به هیچ وجه وارد نمی‌باشد؛ چرا که اولاً، تجربه کشورهای چون ایتالیا که به کلی از سوابق تاریخی خود چشم پوشیده و نهادهایی بی‌سابقه را به آیین دادرسی کیفری خود وارد نموده‌اند، خلاف این موضوع را به اثبات می‌رساند. ثانیاً، آیین دادرسی کیفری، علمی پویا و متحول بوده و بسته به مقتضیات زمان، تحت تأثیر قرار می‌گیرد. بنابراین، به کارگیری روش‌های جدید نه تنها عیب به حساب نمی‌آید، که مزیتی بزرگ است.



منابع

الف) منابع فارسی

- الحائری، السید کاظم، **القضاء فی الفقه الاسلامی**، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق.
- گیلانی، محمد، **قضاء و قضاوت در اسلام**، تهران: چاپخانه الهادی، چاپ اول، ۳۷۸.
- ابن علی، داود، **معیارهای عادلانه دادرسی در اسناد بین المللی و حقوق داخلی**، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶.
- اصفهانی، راغب، **المفردات فی غرایب القرآن**، تحقیق: محمدسید گیلانی، بیروت: دارالمعرفه للطباء و النشر، بی تا.
- افریقی، ابن منظور، **لسان العرب**، جلد ۵، بیروت: دار مکتبه الحیاه، بی تا.
- بوریکان، ژان و سیمون، آن موری، **آیین دادرسی کیفری**، ترجمه عباس تدین تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- تدین، عباس، **تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری**، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- حسن، ابراهیم حسن، **تاریخ سیاسی اسلام**، ترجمه ابوالقاسم پاینده، جلد ۲، تهران: انتشارات جاویدان، چاپ دوم، ۱۳۵۷.
- ساکت، محمد حسین، **دادرسی در حقوق اسلامی**، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- سهراب بیگ، امیر، **راه کارهای غلبه به اطاله دادرسی**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- قاسمی پورگنجی، حبیب الله، **جایگاه نظام دادرسی کیفری اسلامی در میان نظامهای شناخته شده در جهان**، پایان نامه کارشناسی ارشد، قم: دانشگاه قم، ۱۳۸۱.
- قرشی، محمد بن محمد بن احمد «ابن اخوه»، **آیین شهرداری در قرن هفتم**، ترجمه جعفر شعار تهران: انتشارات بنیاد فرهنگ ایران، ۱۳۴۷.



- قیاسی، جلال الدین و دیگران، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی اسلام و حقوق موضوعه، جلد ۱، قم: انتشارات پژوهشکده حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- گلدوست جویباری، رجب و اکبری، جهاندار، عوامل انسانی اطالۀ دادرسی در امور کیفری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، ۱۳۸۶.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، جلد ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۸۷.
- محمضانی، صبحی، فلسفه قانون گذاری در اسلام، ترجمۀ اسماعیل گلستانی، تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۷.
- ناجی زواره، مرتضی، دادرسی بی طرفانه در امور کیفری، تهران: موسسۀ مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- یاورى، اسدالله، حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین، نشریه حقوق اساسی، نشر میزان، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۸۳.
- یوسفی، ایمان، مدل های تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری، تهران: نشر جاودانه، چاپ اول، ۱۳۹۲.

ب) منابع انگلیسی

- Carmichael, peter, *tempered adversariality: the judicial role and trial theory in the international criminal tribunals*, leiden journal of international law, vol. ۱۶, ۲۰۰۴.
- hemptinne, jerome, *creation of investigating chamber at the icc*, journal of international criminal justice, vol. ۵, ۲۰۰۷.
- jackson, john, *finding the best epistemic fit for international criminal tribunals*, journal of international criminal justice, vol. ۷, ۲۰۰۷.
- longbein, john and weinreb liod, *continental criminal procedure, myth and reality*, the yale law journal, vol. ۸۷, ۱۹۷۸.



-ploscowe, morris, *the investigating magistrate (juge d' instruction) in european criminal procedure*, the michigan law review, vol ۳۳, no ۷, ۱۹۳۵.

-safferling, christoph, *towards an international criminal procedure*, oxford university press, ۲۰۰۱.

-simpson, john, *a history of continental criminal procedure*, boston, little, brown, and company, ۱۹۱۳.

-smit, paul, *the examining magistrate's function and involvement in investigative matters*, available online at: www.springerlaw.com, ۲۰۰۸.

نگرش تطبیقی به جبران خسارات وارد شده بر محکومان بی‌گناه؛ از نظر تا

واقعیت

بهنام یوسفیان شوره‌دلی*

لیلا رسولی آستانی**

چکیده

نظام‌های عدالت کیفری، در موارد بسیاری، به رغم همه تمهیدات و تضمینات موجود، عملاً اشخاص بی‌گناه را مجازات می‌کنند. مقاله حاضر، جبران ضرر و زیان وارد شده بر کسانی را بررسی می‌کند که دستگاه قضایی، با رأی نهایی خود، اشتباهاً آن‌ها را مجرم قلمداد کرده، ولی متعاقباً در نتیجه استفاده از نهادهایی نظیر اعاده دادرسی، با اذعان به خطای خود، بی‌گناهی ایشان را اعلام می‌دارد. این پژوهش، پس از مطالعه تطبیقی در اسناد بین‌المللی و حقوق چند کشور خارجی، با بررسی قواعد مربوط در نظام حقوقی ایران، به این نتیجه می‌رسد که برخلاف تعالیم شرعی و در مغایرت با مقررات قانون اساسی و تعهدات بین‌المللی کشور، در قوانین عادی کنونی ما، نارسایی‌های عمده‌ای وجود دارد که موجب می‌شود افراد بی‌گناهی که قربانی اشتباه قضایی شده‌اند؛ به راحتی نتوانند برای جبران شدن خسارات مادی و معنوی خود به دولت رجوع نموده و غرامت دریافت دارند. برای رفع این مشکلات، بهتر است صرف نظر از تقصیر یا عدم تقصیر مقامات یا اشخاص ثالث در بروز اشتباه قضایی، با جبران فوری زیان‌های وارد از خزانه عمومی، مسئولیت دولت در جبران خسارات زیان‌دیدگان به رسمیت شناخته شده و در عوض، اختیار مراجعه به افراد یا مقامات مقصر، پس از جبران خسارت، به دولت محول گردد. این امر با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هیچ منافاتی ندارد؛ زیرا ضامن بودن قاضی مقصر که در اصل یکصد و هفتاد و یکم ذکر شده است، الزاماً به معنای

*دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی دامغان (نویسنده مسئول)

**کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه دامغان



رجوع مستقیم زیان دیده به قاضی نیست و می تواند به معنای مسئولیت مقصر در برابر دولت (قائم مقام قانونی ذی نفع) نیز باشد. در همین جهت لازم است برای تسهیل و تسریع در روند رسیدگی و احقاق حق از محکومان بی گناه، تدابیر مناسبی اندیشیده شود و اصلاح ماده ۳۰ قانون نظارت بر رفتار قضات، مصوب ۱۳۹۰، در دستور کار مقنن قرار گیرد.

واژگان کلیدی: اشتباه قضایی، مسئولیت دولت، محکومیت نادرست، جبران خسارت، اعاده دادرسی.



درآمد

احکام قطعی دادگاه‌ها در امور کیفری، بر اساس قاعده اعتبار امر مختومه، مطابق واقع فرض می‌شوند؛ اما این فرض حقوقی همیشه به این معنا نیست که نظام عدالت کیفری، در واقع فقط مجرمین حقیقی را محکوم می‌کند. عدالت بشری، هیچ گاه از خطا مصون نیست. نهاد اعاده دادرسی یا نهادهای مشابه در بسیاری از نظام‌های حقوقی، این امکان را فراهم می‌سازند تا تحت شرایط خاصی، بی‌گناهیانی که بر اثر اشتباه قضایی محکومیت قطعی یافته‌اند، از مجازات‌های یابند؛ زیرا وجدان سلیم هیچ گاه نمی‌پذیرد که با وجود ادله جدید یا واقعیاتی که متعاقب بر محکومیت قطعی روی داده یا کشف شده و به طور قاطع، بی‌گناهی محکوم علیه را ثابت می‌کند، باز هم با اصرار بر اجرای حکم قطعی مبتنی بر اشتباه؛ آزادی و حتی حق حیات یک بی‌گناه از وی ستانده شود.^۱

هنگامی که در نتیجه اعاده دادرسی یا راه‌های فوق‌العاده تجدید نظر، پس از محاکمه یا رسیدگی مجدد، حقایق مکتوم برملا، و مسلم می‌شود که متهم با آن‌که واقعاً مرتکب جرم مورد نظر نشده، به ناروا مجرم قلمداد و به طور قطعی محکوم گردیده است؛ ما با پدیده‌ای مواجه هستیم که در این مقاله، تحت عنوان «محکومیت نادرست»^۲ از آن یاد می‌شود. در این‌جا اشتباهات قضایی به معنی اعم کلمه که افزون بر محکومیت بی‌گناهان، شامل تبرئه اشتباه‌آمیز مجرمین می‌شود؛ مورد بحث ما نیست. همچنین محکومیت‌هایی که بر اثر استفاده از طرق عادی تجدید نظر یا فرجام توسط مراجع عالی قضایی فسخ یا نقض می‌گردد؛ از دایره مفهوم «محکومیت نادرست» به معنای اصطلاحی کلمه که در این مقاله و برخی از منابع دیگر به کار می‌رود؛ خارج است.^۳ ضمناً باید توجه داشت که اصطلاح محکومیت

۱. زراعت، عباس، اعاده دادرسی در امور کیفری، فصل‌نامه مدرس علوم انسانی، شماره ۵۴، زمستان ۱۳۸۶، ص ۱۰۵

۲. Wrongful conviction

۳. البته مسئله خسارات وارده بر کسانی که در طول مراحل بدوی و تجدید نظر خواهی عادی تبرئه می‌شوند، ولی مدت‌ها برخلاف قانون یا به ناحق در بازداشت به سر برده‌اند؛ در جای خود قابل طرح است، لیکن از موضوع مقاله حاضر خارج می‌باشد؛ آشوری، محمد، لزوم جبران خسارات زندانیان بی‌گناه، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، انتشارات گنج‌دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶، صص ۴۷-۲۹



نادرست، به عنوان یک اصطلاح قراردادی، فقط شامل مواردی می‌شود که به جهات ماهوی، نه به جهات شکلی؛ بر اثر رسیدگی یا محاکمه مجدد، بی‌گناهی متهم (با وجود حکم قطعی سابق) متعاقباً توسط مراجع قضایی مورد تصدیق قرار گرفته و رسماً اعلام شود.

دشواری‌های بزرگی که خواه ناخواه در مسیر رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی وجود دارد از یک سو، و یافت نشدن دلایل یا حقایقی که بتواند اشتباه بودن حکم صادر شده را به طور روشن به اثبات رساند از سوی دیگر، چه بسا باعث می‌شود عده قابل توجهی از بی‌گناهیانی که به ناروا مجازات می‌شوند، هیچ‌گاه نتوانند بی‌گناهی خود را ثابت کنند. لذا نباید مفهوم «محکومیت نادرست» را با «بی‌گناهی واقعی»^۱ که شامل بی‌گناهی کشف نشده نیز می‌باشد، خلط نمود. به دیگر سخن، همان طور که در مورد پدیده بزهکاری، آمار رسمی، مثلاً احکام صادر شده از مراجع قضایی نمی‌تواند، «بزهکاری واقعی» را نشان دهد و از این رو همیشه با «رقم سیاه بزهکاری» مواجه هستیم؛ «رقم پنهان بی‌گناهی» هم مسلماً وجود دارد که معمولاً جز بر اساس تخمین و حدس نمی‌توان از آن سخن گفت.^۲ این رقم مجهول یا پنهان، طبیعتاً از موضوع بحث ما خارج است.

زمانی که با یک محکومیتی نادرست روبه‌رو می‌شویم، اغلب مدت‌ها از صدور حکم قطعی سابق سپری شده و متهم، قسمتی از مجازات مورد حکم را تحمل نموده (و یا در موارد محکومیت به کیفر سالب حیات، مدت‌ها در انتظار اجرای حکم در زندان بوده است). نتیجتاً بر اثر عوارض جانبی سلب آزادی، مخصوصاً فشار روانی ناشی از تهمت ناروا و نیز تحت تأثیر فضای مملو از خشونت زندان، خسارات مادی، صدمات جسمانی و آسیب‌های روانی بزرگی متوجه خود متهم و خانواده وی شده است که در مواردی، قابل جبران

^۱. Factual innocence

^۲. George c Thomas; Two window into innoeence. Ohio state J of criminal law, vol.v, ۲۰۱۰, p۵۷۶



نیست.^۱ طبیعتاً این پرسش پیش می‌آید که آیا قانون نباید به کمک چنین کسی بیاید و برای جبران خسارات مادی و معنوی واردبر ویراهی بیابد؟

در صورتی که محکومیت نادرست، بر اثر تقصیر یا اقدامات توأم با سوء نیت یا غفلت شهود، اهل خبره، ضابطین دادگستری یا مقامات قضایی صادر شده باشد؛ شاید بتوان مقصر را به استناد قواعد عمومی مسئولیت مدنی، به جبران خسارات وارد شده ملزم ساخت؛ اما چه به لحاظ نظری و چه در عمل، معمولاً نمی‌توان از چنین مسیری به نتیجه رسید. پیش از هر چیز، در بسیاری از موارد، آنچه موجب محکومیت نادرست شده، شامل عوامل متعددی بوده و بررسی موضوع نشان می‌دهد که نمی‌توان اشتباه قضایی را دقیقاً به فعل یا ترک فعل شخص یا اشخاص خاصی مستند ساخت. برقرار ساختن رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار و نتیجه حاصل، از ارکان مسئولیت مدنی است که در موارد محکومیت نادرست، ندرتاً می‌توان وجود این رکن را احراز کرد.^۲ از این گذشته، مبارزه مؤثر با بزهکاری ایجاب می‌کند که بزه‌دیدگان و شهود، از عواقب همکاری با نظام عدالت کیفری وحشت نداشته باشند و مقامات قضایی و ضابطین دادگستری نیز با آرامش خاطر نسبی، وظایف خود را انجام دهند. لذا صرف اثبات وجود رابطه سببیت، نباید برای مسئول شناختن فرد یا افرادی که موجب محکومیت نادرست شده‌اند، کافی انگاشته شود؛ زیرا چه بسا این افراد، نه بر اثر سوء نیت؛ بلکه بدون هیچ گونه تقصیری، بر اثر یک اشتباه صادقانه یا با تقصیر قابل مسامحه عمل کرده و جز احقاق حق و کمک به اجرای عدالت قصدی نداشته باشند.^۳ به این ترتیب، متهم سابق (محکوم بی‌گناه) منطقاً باید تقصیر فاحش و یا سوء نیت و تعمد فاعل زیان را نیز به اثبات رساند که بدون تردید، با توجه به ماهیت فنی و قضایی موضوع،

^۱. Benjamin N. Cardozo School of Law, Veshiva University: "Making up for lost time: what the wrongfully convicted endure and how to provide fair compensation", an Innocence Project Report. Available at: www.innocenceproject.org, ۲۰۰۹, pp ۷-۹

^۲. Teresa E. Ravenel; "Cause and conviction: the role of causation in Section ۱۹۸۳ wrongful conviction claims Temple Law Rev.", ۲۰۰۹, p ۵

^۳. Kaplan, Adam I.: "The case for comparative fault in compensating the wrongfully convicted", UCLA Law Rev, vol. ۵۶, ۲۰۰۸, pp. ۲۲۷-۲۶۹



کاری دشوار و حتی تقریباً غیر ممکن است. اقامه دعوی مدنی، نه تنها مستلزم صرف وقت و هزینه سنگین است؛ بلکه در این مورد خاص، به لحاظ ماهیت پیچیده موضوع، قطعاً به استفاده از مساعدت حقوقی وکیل زبده نیاز خواهد بود، بدون این که برای موفقیت تضمینی وجود داشته باشد. این، در حالی است که زیان‌دیده یا همان محکوم بی‌گناه، قبلاً قسمت بزرگی از منابع مالی خود را بر اثر عوارض مستقیم و غیر مستقیم تعقیب و محکومیت نادرست کیفری از دست داده و با توجه به انبوه مشکلاتی که با آن‌ها مواجه است، به ندرت قادر است برای دادخواهی به دادگاه صالح مراجعه کند و به هر حال، بر فرض محکومیت مقصر، احتمالاً اموال او در دسترس نبوده و برای وصول خسارت مورد حکم هیچ تضمینی وجود ندارد.

در پرتو چنین ملاحظات، پرسش اصلی این مقاله آن است که آیا بهتر نیست خسارات این گونه محکومان بی‌گناه، به جای اشخاص و مقامات مقصر، توسط دولت جبران گردد؟ به منظور پاسخ به این پرسش و با هدف یافتن بهترین راه حل ممکن برای جبران این گونه خسارات، در ادامه بحث، ابتدا اهمیت و گستردگی معضل محکومیت‌های نادرست را نشان می‌دهیم و علاوه بر اطلاعاتی راجع به این پدیده در سایر کشورها، خلاصه‌ای از یک پرونده قتل عمدی که در نظام قضایی کشور ما به صدور محکومیت نادرست انجامیده است، بیان می‌کنیم، تا مشخص شود معضل مورد بحث، تا چه اندازه جدی و نگران کننده است. سپس، موضوع جبران خسارت محکومان بی‌گناه را از دیدگاه تعهدات و اسناد بین‌المللی حقوق بشر و تجارب سایر نظام‌های حقوقی بررسی می‌کنیم. سرانجام، با بررسی قوانین اساسی و عادی ایران، سعی می‌کنیم نارسایی‌ها و کاستی‌های موجود در نظام حقوقی کشورمان در این زمینه خاص را نشان داده، برای بهبود وضع موجود، پیشنهادهای مشخصی ارائه دهیم.



۱. اهمیت و گستردگی معضل محکومیت‌های نادرست

۱-۱. اطلاعات موجود درباره محکومیت بی‌گناهان در سایر کشورها

پیدایش روش‌های بسیار پیشرفته و دقیق تشخیص هویت ژنتیک که با کمک نمونه‌های دی.ان.آ (آثار زیستی بر جای مانده در صحنه جرم) عملی می‌گردد، در حدود ۲۵ سال گذشته (به ویژه از اواخر دهه ۱۹۹۰) در زمینه کشف محکومیت‌های نادرست در برخی کشورها انقلابی به وجود آورده است که به موازات آن، رشد انفجارآمیز ادبیات حقوقی در این زمینه را شاهد هستیم. توضیح آن‌که در آن دسته از محکومیت‌های جنایی که محاکمه شخص در دهه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ یا پیش از آن برگزار شده، طبیعتاً یا به کلی از ادله تشخیص هویت ژنتیک استفاده نشده و یا به دلیل ابتدایی بودن فن‌آوری‌های مورد استفاده، ضریب خطای آن‌ها بسیار زیاد بوده است. حال، اگر آثار زیستی بر جای مانده از صحنه جرم که به دوره زمانی پیش از توسعه فن‌آوری‌های تشخیص هویت ژنتیک مربوط است، به درستی حفظ شده باشد؛ می‌توان با کمک آزمایش‌های امروزی دی.ان.آ که درصد خطای آن تقریباً صفر است، با اطمینان بسیار بالایی، مشخص کرد که آیا محکوم علیه، حقیقتاً مجرم بوده، یا خیر. به عنوان نمونه، با استناد به معتبرترین منابع موجود، به روند کشف محکومیت‌های نادرست در کشورهای ایالات متحده و کانادا نگاهی گذرا خواهیم داشت.

۱-۱-۱. ایالات متحده: در ایالات متحده، با کنار هم قرار دادن اطلاعات موجود در منابع مختلف، ظرف ۳۵ سال منتهی به سال ۲۰۰۸، آمار تبرئه شدگان بعد از محکومیت قطعی بین ۶۰۰ تا ۷۰۰ نفر برآورد شده است. در همین مدت، در مورد جرایم بسیار مهم، مخصوصاً قتل عمد و تجاوز به عنف، علاوه بر بیش از ۲۰۰ مورد تبرئه اشخاص بعد از قطعیت حکم که با کمک آزمایش‌های دی.ان.آ عملی شده بود؛ متجاوز از ۲۰۰ فقره محکومیت نادرست، به کمک ادله دیگر (غیر از آزمایش دی.ان.آ) بر ملا گشته بود و در مجموع با این موارد تبرئه، صرف نظر از مجازات‌های دیگر، افزون بر یکصد نفر متهم



بی‌گناه (دقیقاً ۱۲۶ نفر در فاصله ۱۹۷۳ تا ۲۰۰۷) که به طور قطعی به اعدام محکوم شده بودند؛ از مجازات مرگ نجات یافتند.^۱

همچنین طبق منبع معتبر دیگری در همین کشور تا تاریخ نگارش این مقاله (آوریل ۲۰۱۲)، تنها از طریق آزمایش تشخیص هویت دی.ان.آ، ۲۸۹ فقره تبرئه محکومان پس از صدور حکم قطعی به ثبت رسیده است. اولین مورد از این موارد تبرئه به وسیله دی.ان.آ، در سال ۱۹۸۹ انجام پذیرفت و از آن پس، در ۳۵ ایالت از ایالات این کشور، سابقه داشته است. فقط از سال ۲۰۰۰ تا کنون، رقم این نوع خاص از تبرئه‌های بعد از محکومیت قطعی به ۲۲۲ مورد می‌رسد. هفده مورد از این احکام تبرئه که از طریق آزمایش دی.ان.آ میسر گشته، به کسانی مربوط می‌شود که زمانی در انتظار اجرای حکم اعدام بودند. میانگین زمان سپری شده در زندان برای کل محکومان بی‌گناه، قبل از تبرئه، ۱۳/۵ سال می‌باشد؛ یعنی این افراد مجموعاً ۳۸۰۰ سال را در زندان گذرانده‌اند؛ آن هم به استناد جرمی که به سبب توسعه فن‌آوری زیستی، اکنون به یقین می‌دانیم هرگز مرتکب نشده‌اند! میانگین عمر تبرئه شدگان در زمان محکومیت نادرست، ۲۷ سال بوده است. در ۱۳۹ مورد از کل آمار تبرئه شدگان، مظنون یا مجرم واقعی نیز از طریق همین آزمایش دی.ان.آ شناسایی شده است.^۲

اگر موارد تبرئه از طریق آزمایش دی.ان.آ را ملاک قرار دهیم، در ایالات متحده، حدود هشتاد درصد از پرونده‌های محکومیت نادرست، به جرایمی مربوط بودند که فقط یک مرتکب در آن‌ها دخالت داشته است. در نزدیک به هفتاد و پنج درصد از کل پرونده‌های اخیر (دارای یک نفر مجرم واقعی دیگر)، علت یا یکی از علل صدور محکومیت نادرست، خطای شناسایی توسط شهود عینی یا قربانیان جرم بوده و همین طور، حدود هفتاد و پنج درصد از این گونه پرونده‌ها، به استناد جرایمی غیر از قتل، مخصوصاً تجاوز به عنف تشکیل شده بودند.

^۱. Gross, Samuel R.: "Convicting the innocent" (۲۰۰۸). Annual Rev of Law and Social Science, vol. ۴, pp. ۱۷۳-۱۹۲

^۲. Project Innocence: Facts on post-conviction DNA exonerations. Available at: www.innocenceproject.org/Content/Facts_on_PostConviction_DNA_Exonerations.php. Last visited ۶ April ۲۰۱۲



۱-۲. کانادا، از آنجا که در کانادا، تحت شرایطی ممکن است با توجه به دلایل جدیدی که در صحت محکومیت سابق، ایجاد تردید جدی می‌نمایند (و حتی بدون اثبات قطعی بی‌گناهی متهم) حکم قطعی ملغی‌الاثرباشد؛ طبیعی است در آمارهای رسمی این کشور، نمی‌توان آماری از بی‌گناهان واقعی را که به طور نادرست محکوم شده‌اند، به دست آورد. به عبارت دیگر، محاکم این کشور در موارد اعاده دادرسی، گاهی از اعلام بی‌گناهی متهم خودداری و به جای آن، از لفظ «اشتباه قضایی» استفاده می‌کنند که عملاً به معنای پس گرفتن اتهامات خواهد بود. لذا چون در این گونه موارد، میان متهمانی که یقین به بی‌گناهی آن‌ها حاصل شده از یک سو و متهمانی که فقط مجرمیت آن‌ها مورد تردید قرار گرفته از سوی دیگر، به طور رسمی تفکیکی صورت نمی‌گیرد؛ ناچار مفهوم «محکومیت نادرست» در این کشور، مفهومی مبهم است. با وجود این، با در نظر گرفتن شواهد دیگر و آمارهای غیر دولتی، می‌توان به این نتیجه رسید که آمار محکومیت‌های نادرست کشف شده در این کشور (به معنای بی‌گناهی اثبات شده) نسبتاً زیاد و قابل توجه است. در کانادا نیز مانند ایالات متحده، اکثر محکومیت‌های نادرست (به معنای بی‌گناهی اثبات شده) به پرونده‌های قتل عمد و یا جرایم جنسی مربوط می‌باشد.^۱

بزرگ‌ترین مؤسسه کانادایی فعال در این زمینه، «انجمن دفاع از اشخاص موضوع محکومیت‌های نادرست»^۲ به عنوان مؤسسه‌ای غیر دولتی و غیر انتفاعی، تا کنون در تبریئه بیش از ۲۰ متهم بی‌گناه نقش داشته و ده‌ها پرونده دیگر را نیز تحت بررسی دارد.^۳ هرچند اکثر پرونده‌هایی که تا کنون در کانادا تحت عنوان محکومیت‌های نادرست معرفی شده‌اند، به اتهام قتل و یا خشونت جنسی مربوط بوده‌اند؛ اطلاعاتی وجود دارد که نشان می‌دهد در پرونده‌های کم‌اهمیت‌تر نیز موارد زیادی از محکومیت‌های نادرست وجود دارد. حتی با

^۱. Kent Roach: "Wrongful convictions in Canada", University of Cincinnati Law Rev., forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=۱۸۸۷۸۸۹>, ۲۰۱۱, pp ۶-۱۰.

^۲. AIDWYC- the Association in Defence of the Wrongly Convicted

^۳. AIDWYC- the Association in Defence of the Wrongly Convicted, Cases: Overview. Available at: http://www.aidwyc.org/AIDWYC_Cases.html. Last visited ۶ April ۲۰۱۲



فرض این‌که دستگاه عدالت کیفری کانادا در ۹۹/۵٪ موارد بدون اشتباه عمل نماید و فقط مجرمین را محکوم کند، با در نظر گرفتن این‌که در این کشور سالانه ۹۰/۰۰۰ پرونده کیفری به صدور حکم مجازات سالب آزادی منتهی می‌گردد؛ نیم درصد معادل ۴۵۰ پرونده را باید حاوی محکومیت بی‌گناهان فرض کرد که از این تعداد، فقط شمار اندکی عملاً بر ملا می‌شوند.^۱ با وجود این‌که در کانادا، دو سوم محکومیت‌های کیفری بزرگ‌سالان، به پذیرش اتهام در محاکمه (اقرار صریح متهم) مستند می‌باشد، نباید تصور شود در چنین مواردی، محکومیت‌های نادرست نادر هستند. در واقع، شواهد موجود نشان می‌دهد عده قابل توجهی از متهمان بی‌گناه، به دلایل منطقی یا غیر منطقی، به اقرار در دادگاه تصمیم می‌گیرند.^۲

۱-۲. نمونه‌ای از محکومیت نادرست در نظام عدالت کیفری ایران:

در یکی از شب‌های اسفندماه ۱۳۷۶، در اسلام‌شهر، به دنبال فریادهای زن جوانی به نام ش.ن. همسایه‌ها به خانه کوچک محل سکونت او شتافتند. در حیاط خانه، با پیکر همسر آن زن مواجه شدند که با استفاده از چادر و در حالت حلق‌آویز، از پایه کولر آویزان شده بود. گزارش معاینه جسد در پزشکی قانونی نشان داد متوفا، با قد ۱۶۵ سانتی‌متر و وزن ۷۰ کیلو گرم، بر اثر انسداد مجاری حیاتی در ناحیه گردن (حلق‌آویز شدن) و عوارض ناشی از آن فوت کرده است. غیر از شیار دازدگی در بالای گردن متوفا، هیچ علامت دیگری از ضایعه جسمانی و یا مسمومیت در بدن وی وجود نداشت.

از متوفا دست‌نوشته‌هایی بر جا بود که از یأس شدید و تمایل به فرار از شرایط ناگوار زندگی حکایت داشت. وضع مالی خانواده تا آن‌جا وخیم شده بود که اثاثیه موجود را برای فروش به سمسار عرضه کرده بودند. حتی شناسنامه افراد خانواده در گرو کسبه محل بود و همه این‌ها بدون تردید، فشار روانی سنگینی بر پدر خانواده وارد می‌ساخت. یکی از

^۱. Kent Roach: "Wrongful convictions in Canada", University of Cincinnati Law Rev., forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=۱۸۸۷۸۸۹>, ۲۰۱۱, p ۱۱.

^۲. Kent Roach: "Wrongful convictions in Canada", University of Cincinnati Law Rev., forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=۱۸۸۷۸۸۹>, ۲۰۱۱, p ۷



همسایه‌ها در شهادت خود بیان کرده بود که «... چندین بار می‌خواست خودش را دار بزند».

زن، از همسر سابق خود طلاق گرفته و با متوفا ازدواج کرده بود. از همسر سابق یک فرزند پسر و از متوفا سه پسر داشت. پدرشوهر، یعنی پدر متوفا، با ازدواج پسر خود با چنین زنی مخالف بود؛ از جمله به این خاطر که متوفا قبلاً ازدواج نکرده و چند سال هم کوچک‌تر از این خانم بود. سوء ظن پدرشوهر، ولی دم، به همین دلیل متوجه زن بی‌گناه گردید. او باور نمی‌کرد که پسرش خودکشی کرده باشد. از همین رو، پنهانی مکالمات تلفنی عروس خود را ضبط کرد. در یکی از مکالمات میان عروس و پسر بزرگ وی (از شوهر سابقش) مکالمه‌ای به این مضمون رد و بدل شد: «مامان! اون طنابه، ... چادره، که انداخته بودی تو سطل آشغال!» در این‌جا صوت تعجب از صدای مادر شنیده می‌شود. صدای پسر ادامه می‌دهد: «دوباره توی حیاط آویزان شده بود.» این مکالمه ساده که فقط ناشی از وحشت طبیعی پسر نوجوان از آویزان شدن مجدد وسیله دار زدن پدر در حیاط خانه بود؛ سرنوشت مادر و پسرش را تغییر داد و مستمسک بازجویان گردید.

پدر و مادر متوفا، از زن شکایت کردند. پسر بزرگ زن (از شوهر اول) توسط اداره آگاهی بدون توجه به سن کمی که داشت، مورد بازجویی مفصل و غیر عادی قرار گرفت. بعد از چند روز، با زن تماس گرفته و بنا بر ادعای وی، به دروغ گفته می‌شود که پسرش در اداره آگاهی اعتراف کرده و او هم باید به آن‌جا برود. زن وقتی با وضعیت اسفبار فرزندش مواجه شد، در شرایطی که نمی‌دانیم دقیقاً چگونه شرایطی بوده، به اعتراف ناچار شد. ابتدا همه «اقدامات مجرمانه» را به تنهایی به گردن گرفت؛ اما وقتی مأمورین آگاهی ملاحظه کردند که یک زن معمولی مانند او نمی‌تواند مرد جوانی را به تنهایی خفه و بعد جسدش را آویزان نماید؛ زن اقرار کرد که ابتدا متوفا را با ضربه چوب بیهوش کرده؛ سپس او را با طناب خفه کرده و بعد با کمک فرزندش او را از پایه کولر حلق‌آویز نموده تا عمل خود را خودکشی نشان دهد. با این‌که اثری از ضربه چوب در بدن متوفا نیافته بودند، همین اعتراف در مراحل اولیه تحقیق، برای محکومیت او به قصاص نفس و محکومیت پسرش به حبس



در قانون اصلاح و تربیت (به اتهام معاونت در قتل عمدی) کافی بود و انکار مصرانه در جلسات بعدی تحقیق و محاکمه هم فایده نداشت (دادنامه شماره ۵۹۳/۷۹، مورخ ۷۹/۶/۱، پرونده کلاسه ۲۷/۶/۷۷ شعبه ششم دادگاه عمومی اسلام شهر و دادنامه شماره ۵۱۷-۳۹، مورخ ۷۹/۱۲/۱۵، شعبه ۳۹ دیوان عالی کشور).

به رغم قطعیت حکم، زن سال‌ها در انتظار اجرای حکم قصاص ماند. سرانجام با گذشت حدود ده سال از زمان دستگیری، با وجود عفو زن توسط فرزندان، به اصرار پدر و مادر متوفی، پرونده برای استیذان نزد ریاست قوه قضاییه فرستاده شد. کارشناسان اداره نظارت ویژه قوه قضاییه، به علت آن‌که اقرار نزد حاکم نبوده و چنین اقراری شرعاً حجیت ندارد و حکم صادر شده، به چنین اقراری مستند بوده، نه مستند به علم قاضی؛ پرونده را واجد اشتباه بین شرعی تشخیص دادند و ریاست وقت قوه قضاییه، آیت‌الله شاهرودی به استناد ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب با اعاده دادرسی موافقت کرد.

در محاکمه مجدد، شعبه همعرض دادگاه عمومی اسلام شهر، پس از چندین جلسه رسیدگی، بازجویی‌های مفصل از فرزندان متوفی و دو متهم پرونده، استماع مکرر نوار مکالمات تلفنی و استماع شهادت شهود که سوابق خودکشی متوفی را تأیید نمودند؛ پرونده را به هیأت سه نفره کارشناسی پزشکی قانونی ارجاع کردند که بر احتمال قوی وقوع خودکشی مهر تأیید زدند. بعد از دوازده سال، زن به قید وثیقه آزاد و حکم تبرئه او متعاقباً صادر شد (دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۲۸۸۶۱۰۰۵۷۷، مورخ ۸۹/۶/۲۲، پرونده کلاسه ۸۸۰۵۵۱/۱۰۱-۸۱۸/۱۰۱/۸۷، شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی اسلام شهر). از جمله دلایل دادگاه برای تبرئه متهم، یافت نشدن شواهدی مبنی بر استفاده از سم یا داروی بیهوش کننده، متفی بودن هرگونه آثار تدافعی در بدن متهمان و متوفی، تأیید دارآویختگی به عنوان علت مرگ (که نوعاً نشان‌دهنده خودکشی می‌باشد)، وجود تعارض در اقرار متهمان، تعارض اقرار با یافته‌های پزشکی قانونی، عدم استماع هرگونه مکالمه‌ای که نشان‌دهنده تبانی متهمان باشد در نوار مکالمات تلفنی ضبط شده و فقدان هرگونه توضیح قانع کننده برای کیفیت مرگ متوفی غیر از خودکشی می‌باشد. سرانجام، چهارده سال از زمان خودکشی



گذشت تا این که دیوان عالی کشور هم بر این واقعیت صحنه نهاد که قتلی در کار نبوده است (دادنامه شماره ۱۵/۵۵۹/۹۰، مورخ ۹۰/۹/۳۰، کلاس پرونده ۹۰۰۱۳۸/۱۵، شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور).^۱

مادر رنج دیده امروز آزاد است؛ اما خسارات وارد شده بر او و فرزندانش به هیچ وجه جبران نشده اند. وحشت روزهای زندان که با کابوس اجرای حکم قصاص همراه بود، محروم شدن از حق نظارت و مراقبت در تربیت فرزندان، از دست رفتن دوازده سال تمام از بهترین سال های عمر در زندان، ضربات عاطفی و روانی ناشی از تهمت ارتکاب قتل، تنها قسمتی از خسارات مادی و مخصوصاً معنوی وارد بر او محسوب می شوند. آیا جبران خسارات او فقط بر عهده قضاتی است که در صدور حکم قصاص یا تأیید آن دخالت داشته اند؟ وکلای پرونده بر این اعتقاد هستند که اگر نظام قضایی موجود در زمان محاکمه اولیه، به قاضی واحد دادگستری اسلام شهر تکلیف نمی کرد که تمام بار سنگین تحقیقات مقدماتی و محاکمه در یک پرونده قتل عمدی را با وجود مشغله های کاری فراوان دیگر، به تنهایی بر دوش کشد؛ چه بسا چنین سرنوشتی برای موکل آنها و فرزندانش رقم نمی خورد.

۲. جبران خسارت وارد شده بر محکومان بی گناه از دیدگاه قواعد بین المللی حقوق بشر و حقوق تطبیقی

۲-۱. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و سایر اسناد حقوق بشری

دولت ایران، همانند اکثر قاطع اعضای سازمان ملل متحد (در تاریخ نگارش ۱۶۷ کشور)، از اعضای میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی به شمار می رود.^۲ (این میثاق، مهم ترین سند

۱. وکالت متهم در مرحله اعاده دادرسی مشترکاً بر عهده نگارنده (یوسفیان شوره دلی) و سرکار خانم الهام رضوی بوده و نسخه ای از دادنامه های مربوط در اختیار نگارنده است.

۲. روزنامه رسمی شماره ۸۸۶۸، مورخ ۱۳۵۴/۳/۲۶: «قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی».



بین‌المللی موجود است که در باب جبران خسارت حاصل از محکومیت‌های نادرست حکم صریحی دارد. بند ۶ ماده ۱۴ میثاق مقرر می‌دارد:

«هرگاه به موجب رأی نهایی، شخصی به اتهام جرم کیفری محکومیت یافته؛ ولی متعاقباً به این دلیل که واقعه جدیدی حادث یا حقیقتی جدیداً کشف شده که به طور قاطع بر تحقق اشتباه قضایی دلالت دارد؛ محکومیت وی فسخ گردیده و یا مشمول عفو قرار گیرد؛ شخص مزبور که بر اثر چنین محکومیتی، متحمل کیفر شده؛ باید برابر قانون خسارت دریافت دارد، مگر آن‌که ثابت شود که عدم افشای به‌موقع حقیقت مکث، تماماً یا جزئاً قابل انتساب به خود او بوده است».

کمیته حقوق بشر که مسئول نظارت بر رعایت تعهدات کشورها در چهارچوب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است، در این باره توضیح می‌دهد: «ضرورت دارد دولت‌های عضو با وضع قوانین لازم‌الاطمینان حاصل کنند که خسارات موضوع این مقررۀ میثاق، عملاً قابل پرداخت است و این پرداخت، ظرف مدت زمان متعارفی صورت می‌گیرد».^۱

در سطح شورای اروپا نیز به موجب ماده ۳ پروتکل شماره ۷ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر،^۲ که از تاریخ اول نوامبر ۱۹۸۸ لازم‌الاجرا شده و هم‌اکنون ۴۲ کشور به عضویت آن درآمده‌اند؛ ضابطه‌ای کاملاً مشابه با آنچه در بند «۶» ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی آمده است، به چشم می‌خورد. در گزارش توضیحی پروتکل مزبور،^۳ در بیان شرایط اعمال

United Nations- Treaty Collection on the Internet (UNTC): Status of Treaties, "Chapter IV- Human Rights: ۴. International Covenant on Civil and Political Rights", Status as on ۳۰ March ۲۰۱۲.

^۱. Human Rights Committee: General Comment No. ۳۲, "Article ۱۴: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial", ۹۰th session, Geneva, ۹-۲۷ July ۲۰۰۷, CCPR/C/GC/۳۲, ۲۰۰۷, p۱۶.

^۲. Protocol No. ۷ to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No.: ۱۱۷, opened for signature: ۲۲/۱۱/۱۹۸۴, entered into force: ۱/۱۱/۱۹۸۸. As amended by Protocol No. ۱۱ (ETS No. ۱۵۵), entered into force: ۱/۱۱/۱۹۹۸

^۳. Council of Europe- Steering Committee for Human Rights: Explanatory Report to Protocol No. ۷ to the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, (ETS



این قاعده، توضیح داده شده است که اولاً، لازم است شخص مورد نظر، به موجب رأی نهایی محکومیت یافته و نتیجتاً تحمل کیفر نموده باشد. مقصود از رأی نهایی، حکمی است که واجد اعتبار امر مختوم باشد، به این معنا که قابل فسخ یا نقض نبوده؛ به عبارت دیگر، هیچ گونه راه تجدید نظرخواهی عادی نسبت به آن، امکان‌پذیر نباشد یا کلیه طرق تجدید نظر عادی توسط اصحاب دعوا مورد استفاده قرار گرفته، یا اصحاب دعوا، تا انقضای مهلت‌های قانونی از حق تجدید نظرخواهی خود استفاده نکرده باشند. بنابراین، احکام غیابی لازم‌الاجرا نهایی محسوب نمی‌شود، مشروط بر این که حقوق داخلی، رسیدگی مجدد را اجازه داده باشد.

ثانیاً، ماده ۳ پروتکل الحاقی (و یا بند ۶ ماده ۱۴ میثاق) فقط زمانی قابل اعمال است که محکومیت شخص فسخ شده و یا او مورد عفو قرار گیرد و شاید دلیل هر دو مورد (فسخ حکم و عفو)، این امر باشد که واقعه جدید یا جدیداً کشف شده‌ای حاکی از وقوع اشتباه قضایی باشد. مقصود از اشتباه قضایی عبارت است از: «نارسایی جدی در فرایند قضایی که متضمن ورود ضرر فاحش بر شخص محکوم باشد.» بنابراین، طبق این مقررات بین‌المللی، چنانچه فسخ محکومیت یا اعطای عفو به دلایل دیگر باشد، به پرداخت خسارت الزامی وجود ندارد.

ثالثاً، به عنوان آخرین پیش‌شرط، لازم است عدم افشای حقیقت، کلاً یا جزئاً ناشی از تقصیر خود متهم نبوده باشد. در این مورد، تقصیر محکوم علیه باید ثابت شود و اثبات عدم تقصیر بر عهده متقاضی نیست.^۱

No. ۱۱۷, Opened for signature on ۲۲ November ۱۹۸۴), Available at : <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/۱۷.htm> (last visited ۵ April ۲۰۱۲)

^۱. Council of Europe- Steering Committee for Human Rights: Explanatory Report to Protocol No. ۷ to the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, (ETS

No. ۱۱۷, Opened for signature on ۲۲ November ۱۹۸۴), Available at : conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/۱۷.htm (last visited ۵ April ۲۰۱۲)



با توجه به پذیرش میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی توسط اکثر کشورهای جهان، می‌توان نتیجه گرفت که اصل جبران خسارت محکومان بی‌گناه، به شرح مذکور، امروزه تقریباً در سراسر جهان (دست‌کم از لحاظ نظری) پذیرفته شده است؛ گفتنی است تنها کشورهای انگشت‌شماری (۹ عضو از مجموع ۱۶۷ عضو میثاق) هستند که نسبت به مقررات بند «۶» ماده ۱۴ میثاق، اعلام حق شرط کرده یا اعلامیه تفسیری صادر نموده‌اند و در این موارد محدود نیز مخالفت اصولی دیده نمی‌شود.^۱ به این ترتیب، با فقدان هر گونه مخالفت اصولی، می‌توان گفت در حال حاضر، قاعده لزوم جبران خسارات حاصل از محکومیت‌های اشتباه‌آمیز کیفری، به عنوان یکی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی شناخته می‌شود که برای همه کشورهای الزام‌آور است.^۲ این جبران خسارت، در برخی کشورها از طریق فرایند رسیدگی قضایی و در برخی دیگر، از راه رسیدگی اداری صورت می‌گیرد.

۲-۲. نظام جبران مؤثر و کامل خسارات از طریق رسیدگی قضایی

نمونه کامل و جالب توجهی از جبران سریع، کامل و مؤثر خسارات حاصل از اشتباه قضایی را در حقوق فرانسه شاهد هستیم. فرانسه، از اعضای میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و نیز پروتکل شماره ۷ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است. این کشور نسبت به مقررات مندرج در این اسناد بین‌المللی، در زمینه جبران خسارات وارد شده بر محکومان بی‌گناه، هیچ گونه حق شرط یا اعلامیه تفسیری صادر نکرده است. از همین رو، در آیین دادرسی کیفری فرانسه، در مبحث اعاده دادرسی، برای جبران خسارت محکومانی که بر اثر اعاده دادرسی بی‌گناه شناخته می‌شوند، مقررات صریحی پیش‌بینی شده است.^۳

^۱United Nations- Treaty Collection on the Internet (UNTC): Status of Treaties, "Chapter IV- Human Rights: ۴. International Covenant on Civil and Political Rights", Status as on ۳۰ March ۲۰۱۲

^۲ Jason Costa, "Alone in the world: the United States' failure to observe the international human right to compensation for wrongful conviction", Emory International Law Rev, vol. ۱۹, Issue ۳, ۲۰۰۵, pp. ۱۶۱۵-۱۶۵۲

^۳ گاستون استفانی، ژرژ لواسور، برنار بلوک، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، ترجمه حسن دادبان، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۲۱۸



با توجه به آخرین اصلاحات در قانون نامه (کد) آیین دادرسی کیفری فرانسه، ماده ۶۲۶ این قانون، اصلاحی سال ۱۲۰۰، دولت را در هر حال حتی در صورتی که محکومیت، نادرست ناشی از تقصیر یا اقدام توأم با سوء نیت اشخاص دیگر یا مقامات قضایی باشد؛ مسئول جبران خسارات حاصل از محکومیت های نادرست کیفری می داند. این ماده به شرح ذیل است:

«ضمن رعایت مقررات پاراگراف های دوم و سوم ماده ۷۸۱-۱ (L۷۸۱-۱) از قانون نامه سازمان قضایی،^۲ شخصی که محکوم شده؛ لیکن بعداً مطابق مقررات عنوان حاضر (در مورد اعاده دادرسی) بی گناه شناخته می شود؛ حق دارد جبران کامل خسارات مادی و معنوی را که محکومیت به او وارد آورده است، مطالبه کند. مع الوصف، هرگاه محکومیت نادرست شخص به این علت باشد که وی از روی اختیار و عمداً اتهام را پذیرفته یا مانع محکومیت خود نشده باشد؛ پرداخت خسارت منتفی خواهد بود. هر شخص ثالثی که بتواند ثابت کند چنین محکومیتی موجب خسارت او شده، نیز می تواند تحت همین شرایط مطالبه خسارت نماید. با درخواست ذی نفع، خسارات وارد شده در هر دو مورد مذکور، مطابق ضوابط مندرج در مواد ۱۵۶ به بعد این قانون، با جلب نظر کارشناس ارزیابی می شود. جبران خسارت توسط رئیس شعبه اول دادگاه تجدید نظر حوزه ای که ذی نفع در آنجا مقیم است؛ با رعایت تشریفات مذکور در مواد ۱۴۹-۲ تا ۱۴۹-۴، انجام خواهد شد. هرگاه شخص مذکور تقاضا کند، خسارات ممکن است در همان حکمی که تبرئه وی را اعلام می دارد، معین شود. در دادگاه جنایی، پرداخت خسارت در این مورد، همانند رسیدگی به دعاوی مدنی توسط قضات موظف دادگاه بدون حضور هیأت منصفه مورد رسیدگی قرار می گیرد».

^۱ . Code de procédure pénale. Legifrance – Le service public de l'accès au droit < www.legifrance.gouv.fr >

^۳ . طبق قانون نامه سازمان قضایی، هرچند دولت خسارات حاصل از تقصیر شخصی قضات را به ذی نفع می پردازد؛ قضات تحت شرایطی مسئول جبران خسارات پرداخت شده توسط دولت خواهند بود.



حق جبران خسارت، به تصریح مقنن در ادامه این ماده، به احراز تقصیر یا عدم تقصیر اشخاص معین در بروز اشتباه قضایی منوط نیست: «خسارات مذکور توسط دولت پرداخت می‌شود؛ لیکن حق دولت برای اقامه دعوا علیه مدعی خصوصی، اعلام کننده یا شاهد دروغین که ممکن است مسئول صدور محکومیت نادرست باشد؛ محفوظ است. این خسارت همانند هزینه‌های دادرسی در امور جنایی، جنحه‌ای و خلافی، از همان محلی که برای این امر مقرر است؛ تأمین اعتبار می‌شود».

در ادامه همان ماده، برای کمک به اعاده حیثیت و جبران خسارات معنوی حاصل از اشتباه قضایی مقرر شده که به درخواست متقاضی، حکم صادر در اعاده دادرسی، مبنی بر اثبات بی‌گناهی وی، از طریق الصاق در معابر و اماکن عمومی و نیز انتشار خلاصه حکم در روزنامه رسمی و پنج روزنامه دیگر به انتخاب دادگاه؛ به اطلاع عموم می‌رسد و هزینه چاپ و انتشار آگهی نیز بر عهده خزانه عمومی خواهد بود.

همچنین طبق مواد ۲-۱۴۹ تا ۴-۱۴۹ قانون نامه آیین دادرسی کیفری که در ماده مذکور به آن‌ها ارجاع داده شده است، رئیس شعبه اول دادگاه تجدید نظر در موارد تقاضای جبران خسارت، چنانچه ظرف شش ماه از تاریخ نهایی شدن رأی تهرئه درخواست شود، رأی خود را به طور مستدل صادر می‌کند. جلسه رسیدگی علنی خواهد بود، مگر این‌که خواهان با این امر مخالفت ورزد. متقاضی می‌تواند درخواست کند شخصاً یا از طریق وکیل، مطالب وی استماع شود.^۱ آرای صادر شده توسط رئیس شعبه اول، ظرف مهلت ده روز از تاریخ اعلام یا ابلاغ، قابل پژوهش در کمیسیون ملی جبران خسارات حاصل از سلب آزادی می‌باشد. کمیسیون مذکور که در دیوان عالی کشور تشکیل می‌شود، برای رسیدگی به پرونده اختیار کامل دارد و آرای آن، به هیچ وجه قابل تجدید نظر نیست. جلسات این کمیسیون و آرای آن، تابع همان مقرراتی است که برای رسیدگی رئیس کل دادگاه تجدید نظر عنوان گردید. قابل ذکر است طبق ماده ۴۰ (R۴۰) از بخش آیین‌نامه‌های مصوب شورای دولتی

۱. آشوری، محمد، لزوم جبران خسارات زندانیان بی‌گناه، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، انتشارات گنج دانش،



مربوط به قانون‌نامه آیین دادرسی کیفری، آرای صادر شده توسط رئیس شعبه اول که مبنی بر موافقت با پرداخت خسارت باشد، به شکل موقت (بدون نیاز به قطعیت رأی) قابل اجرا می‌باشد.

۲-۳. رسیدگی اداری به مسئولیت دولت در پرداخت خسارت

در انگلستان، برخلاف فرانسه، مسئولیت دولت در پرداخت غرامت به محکومانی که بی‌گناه شناخته می‌شوند، در قالب رسیدگی اداری به میزان غرامت قابل پرداخت، قدری محدود شده است. بخش «۱۳۳ (۱)» از قانون عدالت کیفری، مصوب ۱۹۸۸ مقرر می‌دارد: «هرگاه شخصی به اتهام ارتکاب جرم کیفری، مقصر شناخته شده؛ لیکن متعاقباً به این دلیل که واقعه جدیدی حادث و یا واقعه‌ای جدیداً کشف شده که فارغ از هر گونه شبهه عقلایی، بر تحقق اشتباه قضایی دلالت دارد؛ محکومیت وی فسخ و یا مورد عفو قرار گیرد؛ وزیر کشور به شخصی که در نتیجه چنین محکومیتی متحمل مجازات شده و در صورت مرگ شخص مزبور، به قائم مقام قانونی وی، غرامت خواهد پرداخت، مگر آن‌که عدم افشای حقیقت مکتوم، جزئاً یا کلاً قابل انتساب به شخص محکوم علیه بوده باشد.» متن مذکور تقریباً تکرار کامل مقررات بند «۶» ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است که پیش‌تر در سال ۱۹۷۶ توسط انگلستان تصویب شده بود. در زمان تصویب میثاق در انگلستان و در واقع از سال‌ها قبل، برای پرداخت‌های بلاعوض به قربانیان اشتباه قضایی برنامه‌ای وجود داشت که در چهارچوب آن، وزیر کشور بنا بر صلاحدید خود در موارد استثنایی که ارتکاب تقصیرات عمده‌ای به دست مقامات عمومی و یا مأمورین پلیس که موجب محکومیت نادرست گردیده بود، محرز می‌شد؛ مبالغی به عنوان اعانه به فرد تبرئه شده پرداخت می‌نمود؛ بدون این‌که برای قبول یا رد درخواست اعانه، به ارائه دلیل خاص به متقاضی نیازی داشته باشد. دولت انگلستان در ابتدا معتقد بود وجود همین برنامه، برای اجرای تعهدات بین‌المللی آن کشور به موجب میثاق کافی است؛ اما پس از انتقادات به عمل آمده توسط کمیته حقوق بشر، به عنوان نهادی که بر اجرای تعهدات کشورهای عضو



میثاق نظارت دارد؛ این کشور تصمیم گرفت حقوق داخلی خود را در جهت انطباق با مقررات بین‌المللی اصلاح کند همین امر، موجب تصویب بخش ۱۳۳ قانون عدالت کیفری ۱۹۸۸ به شرح مذکور گردید.

از آن پس، تا سال ۲۰۰۶، مدعیان وقوع اشتباه قضایی می‌توانستند به استناد بخش ۱۳۳ مذکور، برای جبران خسارت به وزیر کشور مراجعه کنند و وزیر کشور نیز تعیین میزان غرامت را به ارزیاب مستقلی واگذار کرده و طبق نظر او اقدام می‌نمود. علاوه بر این، در مواردی که کلیه شرایط قانونی مقرر در بخش ۱۳۳ محقق نبود، امکان پرداخت بلاعوض در موارد تقصیر فاحش مقامات عمومی یا مأمورین پلیس و یا در سایر مواردی که وضعیت استثنایی پرونده ایجاب می‌نمود؛ به قوت خود باقی بود. اما در سال ۲۰۰۶، وزیر کشور وقت اعلام کرد از این پس، فقط در صورت وجود تمامی شرایط قانونی، خسارت پرداخت خواهد شد و میزان غرامت پرداختی به هر متقاضی نیز نمی‌تواند از سقف پانصد هزار پوند تجاوز کند. همچنین از این پس، به ارزیاب مستقل، آزادی عمل بیش‌تری داده شد که سوابق کیفری متقاضی و اقدامات او را که به محکومیت نادرست کمک کرده، در ارزیابی میزان غرامت پرداختی لحاظ کند. همچنین طبق اعلام وزیر کشور، میزان غرامت پرداختی به سبب از دست رفتن درآمد محکوم علیه؛ خسارت ناشی از تفویض منافع احتمالی که در نتیجه زندانی شدن فرد از دست رفته است؛ نمی‌تواند از یک و نیم برابر متوسط سرانه درآمد ناخالص کشور بیش‌تر باشد. این محدودیت‌ها در انگلستان شدیداً مورد انتقاد قرار گرفته است.^۱

مطابق بخش ۱۳۳ (۵) قانون عدالت کیفری ۱۹۸۸، مقصود از فسخ محکومیت در بخش ۱۳۳ (۱) همان قانون، آن است که حکم مجرمیت متهم در نتیجه تجدید نظرخواهی

^۱. Layne, Daniel: "Compensation for miscarriages of justice", LLB Dissertation, Nottingham Law School, Nottingham Trent University, UK. Available at Internet J of Criminology, Undergraduate and Masters Criminology Dissertations: <http://internetjournalofcriminology.com/ijcundergrad.html>, ۲۰۱۰, pp ۸-۱۵



فوق العاده بعد از اتمام مهلت تجدید نظرخواهی عادی، به کلی لغو شود. بنابراین، اگر صرفاً نوع اتهام در نتیجه رسیدگی دادگاه تجدید نظر تغییر کرده و به جرم سبک‌تری مبدل شود؛ این تصحیح حکم، موجب استحقاق دریافت غرامت نمی‌شود، ولو این‌که فرد، مدت زیادی هم به ناحق در زندان به سر برده باشد.

از نظر رویه قضایی انگلستان، وجود دلایلی که می‌تواند بی‌اعتباری ادله اصلی اتهام را مسلم سازد و یا وجود ادله‌ای که حاکی از بی‌گناهی متهم بوده و دادستانی آن‌ها را در جلسه محاکمه افشا نکرده، می‌تواند از مصادیق «واقعیت جدید» یا «جدیداً کشف شده» به شمار رود. منظور از واقعیت جدید، واقعیتهایی است که تا قبل از خاتمه مراحل نهایی تجدید نظر - خواهی عادی، حادث نشده باشد. همین‌طور، منظور از واقعیتهایی که جدیداً کشف می‌شود، شامل اموری نیست که متهم به آن‌ها دسترسی داشته و کشف آن‌ها در مراحل عادی رسیدگی برای وی مقدور بوده است. البته این رویه از این جهت مورد انتقاد قرار گرفته که صرف کوتاهی وکیل مدافع متهم در طرح برخی موضوعات در دادگاه؛ نباید موجب خودداری از رسیدگی مجدد به موضوع و یا امتناع از جبران خسارت باشد؛ چرا که امر قابل کشف در زمان محاکمه که عملاً کشف نگردیده باشد، با امر کشف شده در خلال محاکمه، یکی نبوده و لذا نباید اطلاق متن بخش ۱۳۳ قانون عدالت کیفری را با تفسیرهای قضایی مقید ساخت.

واقعۀ جدید یا جدیداً کشف شده، باید علت اصلی فسخ محکومیت باشد؛ زیرا فقط در این صورت است که می‌توان گفت این واقعیت «فارغ از هر گونه شبهه عقلایی» بر تحقق اشتباه قضایی دلالت دارد. بنابراین، صرف تردید در صحت نظریه کارشناسی با توجه به پیشرفت - های علمی حاصل شده و یا صرف این نکته که دلایل جدیدی به دست آمده که ممکن بود موجب شود هیأت منصفه به اظهارات یک شاهد خاص ترتیب اثر ندهد؛ برای دریافت غرامت کافی نیست. دلایل جدید نه فقط باید درستی محکومیت را در معرض تردید قرار دهد؛ بلکه باید ثابت کند محکومیت بدون هر گونه شبهه متعارفی، مبنی بر اشتباه، صادر شده است. گرایش غالب در رویه قضایی انگلستان این است که در جبران خسارت، اشتباه



قضایی به معنای مضیق کلمه مورد توجه قرار می‌گیرد. به دیگر سخن، اشتباه قضایی در موردی موجد حق دریافت غرامت است که در نتیجه کشف آن، بی‌گناهی محکوم به طور روشن ثابت شود.^۱

۳. جبران خسارات حاصل از محکومیت‌های نادرست در حقوق ایران

۳-۱. قانون اساسی و جبران خسارات حاصل از اشتباه یا تقصیر قضات

اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اعلام می‌دارد: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد؛ در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت، خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد».

از این اصل مترقی، دو برداشت متفاوت می‌توان داشت: برداشت نخست این است که متهم زیان‌دیده از اشتباه قضایی، باید ابتدا ثابت کند ورود ضرر بر اثر تقصیر قاضی نبوده تا بتواند خسارت خود را از دولت مطالبه کند. اما مطابق برداشت دوم، عدم تقصیر قاضی به اثبات نیاز ندارد و دولت است که به عنوان خوانده باید تقصیر قاضی را ثابت کند، وگرنه به جبران خسارات مادی و معنوی متهم محکوم خواهد شد. به نظر ما، برداشت دوم با منطق حقوقی و اصل عدم، سازگاری بیشتری دارد؛ چرا که مکلف کردن زیان‌دیده به اثبات امر عدمی، تکلیف بسیار سنگین و حتی تکلیف بما لایطاق می‌باشد؛ در حالی که دولت می‌تواند با اثبات تقصیر قضات، موجبات مطالبه خسارت از مقصر را فراهم آورد.

^۱ . Layne, Daniel: "Compensation for miscarriages of justice", LLB Dissertation, Nottingham Law School, Nottingham Trent University, UK. Available at Internet J of Criminology, Undergraduate and Masters Criminology Dissertations: <http://internetjournalofcriminology.com/ijcundergrad.html>, ۲۰۱۰, p ۱۵-۲۰



از نظر مبانی فقهی هم بر صحت این برداشت دلایل محکمی وجود دارد. در روایات وارد از معصومین(ع)، به صراحت تأکید گردیده خساراتی که قضات بر اثر خطا در قضاوت خود نسبت به اجرای مجازات‌ها به بار آورند، بر عهده بیت‌المال خواهد بود.^۱ و طبق فتاوی فقها نیز اصل و قاعده کلی در جبران خسارات حاصل از اجرای آرای نادرست قاضی، تبعیت از ظاهر روایات و رجوع به بیت‌المال می‌باشد.^۲ از همین رو، به نظر می‌رسد مادام که تقصیر قاضی ثابت نشده، باید به مقتضای همین قاعده عمومی که مورد اتفاق فقها است، عمل شود.^۳ همچنین، چون حق اقامه دعوا به خود متقاضی خسارت به عنوان زیان‌دیده از اشتباه قضایی تعلق دارد؛ دولت نمی‌تواند او را مجبور کند که بدو علیه خود قاضی اقامه دعوا کند تا فقط در صورت ناکامی و عدم اثبات تقصیر قاضی، بتواند به دولت مراجعه کند. مسئله مهم دیگری که در ذیل اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی قابل طرح است؛ کیفیت عملی اجرای این اصل است. دیدیم که در حقوق فرانسه، قربانی اشتباه قضایی می‌تواند خسارت خود را در هر حال از دولت دریافت دارد، ولی حق دولت برای مراجعه به عامل ورود خسارت (شخص مقصر)، اعم از مقام قضایی، مقامات دیگر یا سایر اشخاص محفوظ می‌باشد. پرسش این است که آیا وضع چنین مقرراتی با قانون اساسی ما نیز سازگار است؟ آیا منظور از عبارت «مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است»؛ این است که الزاماً خود زیان‌دیده باید به مقصر مراجعه کند؟

به نظر می‌رسد روح حاکم بر قانون اساسی و هدف عالی مقنن از وضع اصل مورد بحث، با اتخاذ شیوه‌های مناسب و مؤثری که موجب تسهیل رفع آثار اشتباه یا تقصیر قضایی باشد هیچ منافاتی ندارد. ضامن بودن قاضی مقصر، الزاماً به معنای ضامن بودن او در برابر زیان‌دیده نیست؛ بلکه این مسئولیت می‌تواند در برابر دولت باشد.

۱. ابن حرّ العاملی، شیخ محمد، وسائل الشیعه، جلد ۱۹، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۶، ص ۱۱۱

۲. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، ترجمه اکبر نایب‌زاده، جلد ۲، انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۴۹

۳. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۰، انتشارات دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۷۴، ص ۷۹



۲-۳) مقررات موجود در قوانین عادی

ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰، در اجرای اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی، به تکرار ناقص و نارسای مفاد اصل مذکور در قوانین عادی (که کاری عبث و بیهوده محسوب می‌شود) بسنده کرده است: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در مورد ضرر مادی در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در موارد ضرر معنوی چنانچه تقصیر یا اشتباه قاضی موجب هتک حیثیت از کسی گردد، باید نسبت به اعاده حیثیت او اقدام شود.» متأسفانه نحوه عملی جبران خسارت، از جمله چگونگی اعاده حیثیت از متهم، در ماده مزبور به سکوت برگزار شده است.

در متن مصوب قانون جدید مجازات اسلامی که فعلاً اجرای آن به رفع برخی اشکالات در کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس موکول گردیده؛ با مواد چندی مواجه هستیم که به جبران خسارات حاصل از محکومیت‌های نادرست نظر دارد. ماده ۱۳ مصوبه جدید مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها، حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است، تجاوز کند و هرگونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد، حسب مورد موجب مسئولیت کیفری و مدنی است در غیر این صورت، خسارت از بیت‌المال جبران می‌شود.» این ماده، از آن جهت که جبران خسارات حاصل از اجرای نادرست احکام کیفری را نیز در فرض عدم انتساب تقصیر به شخص معین، بر عهده بیت‌المال قرار داده است؛ در بادی نظر، حاوی نوآوری و گامی مثبت تلقی می‌گردد؛ اما با قدری تأمل می‌توان دریافت که خلط نمودن خسارات حاصل از احکام نادرست با خسارات حاصل از اجرای نادرست احکامی که صحیحاً صادر گردیده، با در نظر گرفتن تفاوت جوهری این دو نوع خسارت، روش صحیح و قابل دفاعی نیست و مقنن نمی-



بایست به هردو بحث به شکل توأمان و در قالب فقط یک ماده قانونی اشاره کند. توضیح این که وقتی در حکم دادگاه، میزان و کیفیت اجرای مجازات معلوم شده؛ ولی مأمورین اجرا، محکوم علیه را عملاً بیش از آنچه مورد حکم بوده است، مجازات کنند و یا مجازاتی کنند که موضوع حکم دادگاه نبوده است، به صراحت ماده ۵۷۹ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۵، عمل مباشرین یا آمرین چنین مجازاتی، جرم بوده و قابل تعقیب کیفری است و مسلماً، هر مجرمی به جبران خسارات مادی و معنوی حاصل از جرم خود مکلف می باشد. فرض عدم تقصیر در چنین مواردی که مستلزم رجوع به بیت المال باشد، دور از ذهن به نظر می رسد. این، درحالی است که اشتباهات غیر عمدی توسط قضات در مقام صدور حکم که به تقصیر قضات هم مستند نیست، به مراتب رواج بیش تری دارد. برعکس، اشتباهات ناخشنودنی یا تعمد مأمورین اجرا، تنها عاملی است که می تواند موجب اجرای مجازاتی شود که با حکم دادگاه مغایرت داشته باشد. بنابراین، مقایسه خسارات حاصل از اشتباه یا تعمد مأمورین اجرا با خسارات حاصل از اشتباهات قضایی، در بهترین حالت، کاری بی فایده و دور از شأن قانون گذار است.

ماده ۳۰ قانون «نظارت بر رفتار قضات»، مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷ برای دعوای جبران خسارات حاصل از اشتباه قضایی، دو مرحله مجزا قائل شده است: رسیدگی دادگاه عالی انتظامی قضات به اصل اشتباه یا تقصیر قاضی (مرحله اول) و رسیدگی دادگاه عمومی تهران به دعوای مطالبه خسارت (مرحله دوم). ماده مذکور مقرر می دارد: «رسیدگی به دعوای جبران خسارت ناشی از اشتباه یا تقصیر قاضی، موضوع اصل یکصد و هفتاد و یکم (۱۷۱) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در صلاحیت دادگاه عمومی تهران است. رسیدگی به دعوای مذکور در دادگاه عمومی منوط به احراز تقصیر یا اشتباه قاضی در دادگاه عالی است».

۳-۲-۱. احراز اصل اشتباه یا تقصیر قاضی

در ماده ۳۰ قانون نظارت بر رفتار قضات که بدان اشاره شد، نه تنها احراز تقصیر قاضی، بلکه احراز اشتباه او نیز به رسیدگی دادگاه انتظامی قضات محتاج دانسته شده است.



بنابراین، اگر بر اثر اعاده دادرسی معلوم شود که محکوم علیه، با آن که در واقع بی گناه بوده، به ناروا متحمل مجازات شده، ظاهراً صرف صدور حکم برائت برای وی (صرف نقض محکومیت سابق) نمی تواند برای احراز «اشتباه قاضی» کافی باشد؛ بلکه محکوم علیه ناچار است ابتدا به منظور اثبات وقوع تقصیر یا اشتباه قاضی به دادگاه انتظامی قضات مراجعه نماید. به علاوه، نظریات مشورتی شماره ۷/۷۹۴۵-۸۴/۱۱/۸ و ۷/۷۶۲۹-۸۴/۱۰/۲۶، حکایت از آن دارد که به عقیده اداره حقوقی قوه قضاییه، حتی پیش از تصویب ماده مذکور نیز دادگاه انتظامی بود که باید مشخص می کرد آیا تخلف قاضی با تقصیر او توأم بوده (که در این صورت شخصاً ضامن است) و یا در حد تقصیر نبوده و خسارت باید توسط بیت المال جبران شود.^۱ همچنین برخی از حقوقدانان پیش از تصویب قانون نظارت بر رفتار قضات، مصوب ۱۳۹۰، مراجعه به دادگاه انتظامی قضات را برای احراز تقصیر قاضی، اجتناب ناپذیر شمرده بودند.^۲ حتی این نکته، طبیعی و بدیهی تلقی شده است.^۳ با وجود این، هرچند اگر قربانی اشتباه قضایی، مدعی تقصیر قاضی باشد، مراجعه قبلی وی به دادگاه انتظامی را باید امری منطقی تلقی نمود؛ برعکس در فرضی که زیان دیده به تقصیر قاضی اعتقادی نداشته باشد، صرف نقض محکومیت سابق را باید به معنای احراز اشتباه قاضی تلقی نمود. به دیگر سخن، در جایی که خواهان از ابتدا به طرفیت دولت اقامه دعوا کرده و مثلاً به نقض محکومیت و صدور رأی برائت خود در نتیجه اعاده دادرسی به عنوان دلیل احراز اشتباه قاضی استناد می کند و خواستار جبران خسارت از بیت المال می شود؛ اثبات تقصیر یا عدم تقصیر قاضی در دادگاه انتظامی اصولاً نمی بایست ضرورت داشته باشد؛ چراکه امر عدمی (عدم تقصیر) به اثبات نیاز ندارد و دولت است که به عنوان خوانده، می تواند در صورت داشتن ادعای تقصیر قاضی، آن را (در صورت لزوم با مراجعه به دادگاه انتظامی)

۱. ایرانی ارباطی، بابک، مجموعه نظرهای مشورتی جزایی، جلد ۲، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۵۶-۱۵۷.

۲. قاسم زاده، سیدمرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۲۹۳.

۳. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۲، انتشارات میزان، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۹، ص ۴۰۲-۴۰۳.



ثابت نماید. نتیجه مقررات کنونی که خواهان را در هر حال به مراجعه قبلی به دادگاه انتظامی موظف دانسته است؛ عملاً این است که خواهان برای دریافت خسارت از بیت‌المال راه طولانی و دشواری را در پیش خواهد داشت. قانون کنونی، او را به پیگیری موضوعی در دادگاه انتظامی ناچار می‌کند که پیگیری آن وظیفه دولت و دادستان انتظامی قضات است، نه تکلیف یک فرد عادی.

پرسش مهم و دیگر این است که مفهوم «تقصیر» دقیقاً چه مصادیق و مواردی را در بر می‌گیرد؟ در این خصوص، طبق نظر برخی از حقوقدانان، تفاوت عمده تقصیر و اشتباه قاضی در عنصر قصد و نیت است. در تقصیر، همراه با عمد تخطی می‌باشد؛ در حالی که در اشتباه، عوامل دیگری غیر از تعمد شخص مطرح است.^۱ در برابر، سایر حقوقدانان، بی احتیاطی و یا دست‌کم بی احتیاطی فاحش قضات را در حکم عمد دانسته‌اند. در این مورد مستنداً به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی که کارمندان دولت، شهرداری و موسسات وابسته به آن‌ها را در صورت ایراد خسارت به اشخاص (که به مناسبت انجام وظیفه دادن، عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی وارد شده باشد) شخصاً مسئول می‌داند، چنین اظهار نظر شده است: کسانی که رابطه حقوقی آنان با دولت تابع قانون استخدام کشوری یا مشمول سایر مقررات استخدامی است، از جمله قضات؛ در اجرای ماده مرقوم، با اثبات عمد یا بی احتیاطی شخصاً در برابر زیان‌دیده مسئول هستند.^۲ در واقع، ملاک و ضابطه سنجش تقصیر قضایی، شیوه رفتار قاضی متعارف است که عدول از آن، خطای حرفه‌ای نامیده شده است. از همین رو، محدود به عمد در اضرار تقصیر نبوده، بلکه بی‌مبالاتی‌های نابخشودنی و بی اعتنائی به قوانین و حتی عرف و رسوم قضایی را باید بر قلمرو تقصیر افزود. برای نمونه، تصمیم ناروای قاضی که بدون مراجعه به کتاب‌ها و رویه‌های حقوقی و قضایی و بدون مطالعه و دقت و مشورت‌های لازم گرفته می‌شود، تقصیر محسوب گردیده و در حکم عمد

۱. نجفی اسفاد، مرتضی و محسنی، فرید، حقوق اساسی، انتشارات بین‌المللی الهدا، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۳۹۰

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۵۶۴



می‌باشد. زمانی که قاضی در راه رسیدن به واقع کوشش کافی نکند، مقصر محسوب می‌شود؛ هرچند عامد نباشد. همچنین با استناد به نظرات فقها، تخطی قاضی از واجبات امر قضا، به‌رغم عدم سوءنیت، تقصیر تلقی شده است؛ مانند به قضاوت نشستن در حال عصبانیت. لذا ضمان قاضی، هم اعمال عمدی و هم خطاهای شبه عمد وی را در بر می‌گیرد؛ هرچند مقصودی پلید و نامشروع نداشته باشد.^۱ اما ظاهراً تقصیرات قابل مسامحه قاضی از دایره مسئولیت وی خارج هستند. به عبارت دیگر، اگر قاضی مرتکب تقصیر نشود و بدون تقصیر اشتباه کند و این اشتباه از روی عمد، نیرنگ، تقلب، ضعف دانش قضایی و ناآگاهی بر ضروریات امر قضا نباشد، بلکه حاصل ترکیبی از عوامل اداری و شخصی باشد؛ دولت به عنوان سبب قوی‌تر مسئول خواهد بود.^۲

مصادیق یا فروض قابل تصور در خصوص اشتباه قاضی به شرح ذیل است: فرض اول آن است که خسارت، به اشکالات ساختاری نظام عدالت کیفری، مثلاً نقایص کلی ناشی از قانون و یا سازماندهی کلی دستگاه قضایی و نیروی انتظامی یا سایر نهادهای دخیل در کشف و تعقیب جرایم، مستند باشد؛ که در این صورت، چون نارسایی به نحوه اعمال قدرت عمومی مربوط است، طبعاً دولت ضامن است.

اما فرض دوم، به تخلفات و سهل‌انگاری‌های کارشناسان، ضابطین دادگستری، کارمندان و مأمورینی مربوط است که اسباب و لوازم و مقدمات پرونده را فراهم کرده و در نتیجه، موجب اشتباه قاضی شده‌اند.^۳ در چنین موردی که خسارت به تقصیر شخص معین دیگری غیر از قاضی مستند است، ابهامات فراوانی وجود دارد. ماده ۱۶۲ قانون جدید مجازات اسلامی، مقرر می‌دارد: «اگر پس از اجرای حکم، دلیل اثبات‌کننده جرم باطل گردد؛ مانند آن که در دادگاه مشخص شود که مجرم، شخص دیگری بوده یا این که جرم رخ نداده است و متهم به علت اجرای حکم، دچار به آسیب جانی یا خسارت مالی شده باشد؛ در مورد

۱. غم‌امی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۳۶۳-۳۶۲.

۲. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، منبع پیشین، ص ۲۹۳.

۳. سید محمد هاشمی، منبع پیشین، ص ۴۰۵.



کسانی، اعم از اداکننده سوگند، شاکی یا شاهد که ایراد آسیب یا خسارت مذکور، مستند به آنان است؛ مطابق مقررات کتاب دیات عمل می‌شود.» ظاهر عموم و اطلاق این ماده آن است که در موارد اشتباه قاضی، کسی که از اشتباه قاضی زیان دیده باید به شاکی یا مدعی خصوصی، شاهد یا کارشناسی که مسئول بروز اشتباه بوده است، مراجعه کند که این امر، یقیناً نه تنها با قانون اساسی، بلکه با موازین فقهی هم مغایر است. برای نمونه، در صورتی که بعد از ادای شهادت توسط شهود (بعد از اقامه بینه شرعی)، فسق شهود معلوم شود، دلیل اثبات جرم باطل خواهد گردید. صاحب جواهر در این خصوص می‌نویسد: «اگر حاکم شرع کسی را به عنوان حد بکشد و بعداً معلوم شود که آن دو نفر یا چند نفر که شهادت داده‌اند، فاسق بودند؛ چون خطای قاضی است، مانند سایر موارد خطا، دیه مقتول را از بیت‌المال می‌دهند»^۱. این، در حالی است که قانون‌گذار برخلاف فتوای مذکور، در ماده مرقوم، صرف بطلان دلیل را موجب مسئولیت شهود یا مدعی خصوصی تلقی کرده و فرض مسئولیت بیت‌المال در جبران خسارت را به کلی مسکوت گذارده است.

می‌توان گفت، در صورت لازم‌الاجرا شدن ماده ۱۶۲ قانون جدید، ظاهر این است که زیان-دیده باید به شخص مقصر مراجعه کند، نه به دولت. بر این مبنا، مسئولیت دولت در جبران خسارات حاصل از اشتباه قضایی، به موردی محدود می‌شود که خسارت، نه تنها به قاضی، بلکه به هیچ شخص مقصر دیگری قابل انتساب نباشد (فرض اول). به عبارت دیگر، با چنین برداشتی، مسئولیت دولت در جبران خسارات وارد بر قربانیان اشتباه قضایی، محدود به مواردی است که منحصراً اشکالات و نواقص ساختاری نظام عدالت کیفری، موجب اشتباه شده باشد. مع الوصف به نظر ما، چنین برداشتی با نص قانون اساسی در تضاد خواهد بود؛ زیرا، اصل یکصد و هفتاد و یکم، تمام مواردی را که تقصیر شخص قاضی باعث خسارت نشده باشد، مشمول جبران خسارت توسط دولت دانسته و این، اعم از آن است

۱. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، ترجمه اکبر نایب‌زاده، جلد ۲، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول،



که مقصر دیگری برای اشتباه قضایی یافته شود، یا خیر. این امر، با مراجعه بعدی دولت به شخص یا اشخاص مقصر منافات نخواهد داشت.

۲-۲-۳. رسیدگی دادگاه عمومی تهران به دعوا مطالبه خسارت

مرحله دوم از راه پر پیچ و خمی که قربانی اشتباه قضایی برای دریافت خسارت در پیش دارد، به صراحت ماده ۳۰ قانون نظارت بر رفتار قضات، اقامه دعوا در دادگاه عمومی تهران است. با عنایت به این که قربانی اشتباه قضایی ممکن است مقیم شهرستان‌های دور از مرکز باشد و با توجه به این که قبلاً تقصیر یا اشتباه قاضی در دادگاه انتظامی (مستقر در تهران) به اثبات رسیده است، مکلف کردن خواهان، به اقامه دعوا در دادگاه عمومی تهران، منطقی و عادلانه به نظر نمی‌رسد. هر مصلحتی که موجب عدول از قواعد عمومی صلاحیت در چنین موردی شده باشد، می‌توانست با قراردادن صلاحیت رسیدگی بر عهده دادگاه شهرستان مرکز استان محل اقامت ذینفع (در موارد اقامه دعوا علیه دولت) و یا دادگاه شهرستان مرکز استان محل اقامت خوانده (در موارد اقامه دعوا علیه قاضی مقصر) تأمین گردد.



برآمد

با توجه به قاعده عدم مسئولیت دادسرا، در مورد بازداشت شدگان در این مرحله که در ادامه منع تعقیب یا براءة قطعی می گیرند؛ چه راهکاری به نظر می رسد و قانون نظارت بر رفتار قضات چه تدبیری را پیش بینی کرده یا باید پیش بینی می کرده و نکرده است؟! اگر دستگاه عدالت بشری نمی تواند از اشتباه باشد و مجرمین و بی گناهان حقیقی را همیشه به درستی از یکدیگر باز شناسد؛ این توانایی را دارد که هر گاه به اشتباه خود واقف شد، تا حدی به جبران خطا و ترمیم خسارات وارد شده بر کسانی که قربانی این اشتباه شده اند؛ بپردازد. مسئولیت پذیری دولت در قالب پرداخت خسارت که باید با ابراز تأسف رسمی مقامات عمومی همراه شود، بیش از هر اقدام دیگری، به قربانیان اشتباه قضایی کمک می کند آرام روحی و آسیب حیثیتی ناروایی را که متوجه آنها شده است، فراموش کنند.^۱ گرایش فطری انسان ها به عدالت، ضرورت این مهم را به خودی خود آشکار می سازد. اسلام نیز که آیین برخاسته از فطرت الهی انسان است، اتخاذ بهترین شیوه برای اعاده حیثیت و جبران خسارت در این موارد را که همان پرداخت غرامت از محل خزانه عمومی کشور است؛ لازم می داند. وقتی ما در گنجینه فقه اسلامی از صدها سال پیش از این، با این دستور روشن مواجه هستیم که ضمان خطای قضات بر عهده بیت المال است؛ هنگامی که قانون اساسی ما، با کمال صراحت این حکم را مقرر داشته و تعهدات بین المللی کشور هم اتخاذ همین رویه را ایجاب می نماید؛ جای شگفتی است که مقنن عادی، به جای عمل به تکالیف شرعی، اخلاقی و انسانی خود، موانع غیر قابل عبوری را بر سر راه جبران خسارات وارد بر محکومان بی گناه قرار داده است.

بر پایه مطالعه تطبیقی انجام شده در مقاله حاضر، پیشنهاد ما این است که در موارد اعاده دادرسی، صرف نقض محکومیت سابق برای جبران خسارت توسط دولت کافی شمرده شود و حتی به دادگاهی که در نتیجه تجویز اعاده دادرسی، متکفل به رسیدگی می گردد؛

^۱. Penzell, abigail: "Apology in the context of wrongful convictions: why the system should say it's sorry", Cardozo J. of Conflict Resolution, vol. ۹, pp. ۱۴۵-۱۶۲, ۲۰۰۷



اجازه داده شود همزمان با محاکمه ثانوی متهم، به دعوای جبران خسارت وی نیز (همانند آنچه در دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم معمول است) به صورت همزمان و توأمان با دعوا کیفری رسیدگی نماید. بدیهی است دولت می‌تواند پس از جبران خسارت و اعاده حیثیت از متهم، به شخص یا اشخاص مقصر، اعم از مقامات قضایی، مأمورین انتظامی و دیگران مراجعه کرده و غرامت‌های پرداختی را از مقصرین مطالبه کند. همچنین وضع مقررات لازم در مورد انتشار احکام برائت در جرایم به تقاضای افراد ذی‌نفع ضرورت دارد که این امر در کنار جبران خساراتی که بر اثر اشتباه قضایی به اشخاص ثالث (نظیر افراد خانواده متهم) وارد می‌آید، باید به هزینه دولت انجام پذیرد. سرانجام، تعیین مرجع قضایی مناسبی که واقعاً در دسترس دادخواهان باشد (اصل سی و چهارم قانون اساسی) به جای اجبار آن‌ها به اقامه دعوا در دادگاه عالی انتظامی قضات و سپس در دادگاه عمومی تهران، در زمره‌ی اصلاحاتی است که به بهبود شرایط موجود کمک خواهد کرد.



منابع

الف) منابع فارسی

- آشوری، محمد، «لزوم جبران خسارات زندانیان بی گناه»، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- استفانی، گاستون، لواسور، ژرژ، بلوک، برنار، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، ترجمه حسن دادبان، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- ایرانی ارباطی، بابک، مجموعه نظرهای مشورتی جزایی، جلد ۲، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- زراعت، عباس، «اعاده دادرسی در امور کیفری»، فصل نامه مدرس علوم انسانی، شماره ۵۴، زمستان ۱۳۸۶، ص ۱۰۵ به بعد.
- غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران: نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
- نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، ترجمه اکبر نایب‌زاده، جلد ۲، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۰.
- نجفی اسفاد، مرتضی و محسنی، فرید، حقوق اساسی، انتشارات بین‌المللی الهدا، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۲، تهران: انتشارات میزان، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۹.



- ابن حرّ العاملی، شیخ محمد؛ وسائل الشیعة، جلد ۱۹، تهران: انتشارات اسلامیة، چاپ هفتم، ۱۳۷۶.

- نجفی، شیخ محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۰، تهران: انتشارات دار الکتب الاسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۷۴.

ب: منابع انگلیسی

- AIDWYC- the Association in Defence of the Wrongly Convicted, Cases: Overview. Available at: http://www.aidwyc.org/AIDWYC_Cases.html. Last visited ۶ April ۲۰۱۲.

- Benjamin N. Cardozo School of Law, Veshiva University: “Making up for lost time: what the wrongfully convicted endure and how to provide fair compensation”, an Innocence Project Report, Available at: www.innocenceproject.org, ۲۰۰۹.

- Costa, Jason: “Alone in the world: the United States’ failure to observe the international human right to compensation for wrongful conviction”, Emory International Law Rev, vol. ۱۹, Issue ۳, pp. ۱۶۱۵-۱۶۵۲, ۲۰۰۵.

- Council of Europe- Steering Committee for Human Rights: Explanatory Report to Protocol No. ۷ to the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, (ETS No. ۱۱۷, Opened for signature on ۲۲), Available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/۱۱۷.htm> (Last visited ۵ April ۲۰۱۲), ۱۹۸۴.

- Gross, Samuel R.: “Convicting the innocent”, Annual Rev of Law and Social Science, vol. ۴, pp. ۱۷۳-۱۹۲, ۲۰۰۸.

- Huff, C. Ronald & Killias, Martin, eds, “Wrongful Convictions: international perspectives on miscarriages of justice, Philadelphia, PA: Temple University Press, ISBN ۹۷۸۱۵۹۲۱۳۶۴۵۲, ۲۰۰۸.



- Human Rights Committee: General Comment No. ۳۲, “Article ۱۴: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial”, ۹۰th session, Geneva, ۹-۲۷ July ۲۰۰۷, CCPR/C/GC/۳۲, ۲۰۰۷.

- Innocence Project: Facts on post-conviction DNA exonerations. Available at:

www.innocenceproject.org/Content/Facts_on_PostConviction_DNA_Exonerations.php. Last visited ۶ April ۲۰۱۲.

- Kaplan, Adam I.: “The case for comparative fault in compensating the wrongfully convicted”, UCLA Law Rev, vol. ۵۶, pp. ۲۲۷-۲۶۹, ۲۰۰۸.

- Layne, Daniel: “Compensation for miscarriages of justice”, LLB Dissertation, Nottingham Law School, Nottingham Trent University, UK. Available at Internet J of Criminology, Undergraduate and Masters Criminology Dissertations: <http://internetjournalofcriminology.com/ijcundergrad.html>, ۲۰۱۰.

- Code de procédure pénale. Legifrance – Le service public de l'accès au droit
< <http://www.legifrance.gouv.fr> >

- Penzell, abigail: “Apology in the context of wrongful convictions: why the system should say it's sorry”, Cardozo J. of Conflict Resolution, vol. ۹, pp. ۱۴۵-۱۶۲, ۲۰۰۷.

- Ravenell, Teresa E.: “Cause and conviction: the role of causation in Section ۱۹۸۳ wrongful conviction claims”, Temple Law Rev, ۲۰۰۹.

- Roach, Kent: “Wrongful convictions in Canada”, University of Cincinnati Law Rev., forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=۱۸۸۷۸۸۹>, ۲۰۱۱.

- Thomas, George C.: “Two windows into innocence” Ohio State J of Criminal Law, vol. ۷, pp. ۵۷۵-۶۰۱, ۲۰۱۰.



۳۱۸ / ہنام یونین شورہ ملی۔ لیلار سولی آسانی

- United Nations- Treaty Collection on the Internet (UNTC): Status of Treaties, “Chapter IV- Human Rights: ۴. International Covenant on Civil and Political Rights”, Status as on ۳۰ March ۲۰۱۲.

<http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-۴>

Compensating The Damages Caused By Wrongful Convictions In a Comparative Prospective; Not Only in Theory But Also In Practice

**Behnam Yousefian Shorehdeli,
Leyla Rasooli Astani**

Abstract

Notwithstanding all the existing safeguards and preventive measures, in many cases, criminal justice systems do in fact punish the innocent. The Article deals with the issue of compensating those who, while having been wrongly found guilty by a final judgment of the judiciary, are nevertheless subsequently exonerated as innocent people and found to be victims of a miscarriage of justice. After considering the relevant provisions in international instruments as well as a number of foreign legal systems, the Article examines the existing provisions in the Iranian legal system. We find that, despite clear guidance in the Islamic jurisprudence and in violation of the Iranian Constitution and Iran's international obligations, there are major shortcomings in current legislation, impeding the actual process of examination of claims and of paying due compensation to the victims of wrongful conviction by the State. In order to overcome the said problems, we propose that the responsibility of the State be recognized for all the damages suffered by the victims, and that the concerned compensation be promptly made from the public treasury, whether or not any public official or third party may be liable for causing the wrongful conviction. After paying the damages, the State will have of course the option to bring a claim against any faulty person or official. Our proposal does not violate any provision of the Constitution, since the provision contained in Principle ۷۷ of the Constitution according to which faulty judges are to be held liable, does not necessarily mean that the victim has to bring a claim against the concerned judge, but instead, can also be interpreted to include the

liability of the judge to the State. Moreover, we propose that in order to facilitate and accelerate the procedure for just compensation of the wrongfully convicted, further appropriate measures be taken, which shall include revision of Article ٢٠ of the Act of Supervision of Judges' Behavior (٢٠١١).

Keywords: miscarriage of justice, State liability, wrongful conviction, compensation, post-conviction review

Evaluation Of Criticisms Against Investigatory Office

Iman Yousefi

Abstract

The investigating magistrate that has been the basic difference between the inquisitorial and adversarial criminal procedure systems has been faced with some challenges in the past two decades. The practical effect of these challenges has been in two ways, abolishing this institution (Italy and Germany) and derogating its functions (France). criticism can be divided in three branches. First there is real doubt in protecting impartiality because the investigating magistrate can gather the related evidences. This problem is stronger when the decisions of the magistrate is against a fundamental rights of people . second the existence of this institution can causes a very long criminal procedure. Because in models with investigating magistrate there is need to two satisfactions, the trial and investigating judge and this can prolong the process. Third the investigating judge can investigate only more important crimes because of the practical problems. the practical results of the situation is the lack of separation of investigation and prosecution and this means that the prosecutor can investigate a lot of crime. The absence of investigating judge in less important cases is contrary to its philosophy. Removing from challenges against investigating magistrate that are related to most basic rules (for example the right to impartiality, fair trial, the right to process without delay) and getting close with the Islamic criminal procedure and deleting a characteristics of inquisitorial system and taking a good face to global society , need to reviewing of this institution.

Key words: investigating magistrate, prosecutor, impartiality rule, prosecution , investigation , Islamic model

The Non-Intercourse Clause In Marriage Contract

Mohsen Nazemizadeh

Mojtaba Nikdousti

Abstract

A clause of the marriage contract is that of non-intercourse whose legal status constitutes the target of this study. The question at issue is whether the above clause is basically valid or void and destitute of legal effect. Where the clause is void, will it affect the marriage contract? Furthermore, another assumption that can be made is whether or not the "Non-Intercourse Clause" in the marriage contract can be valid in certain cases and void in other. Hence, in this essay, in view of the silence of the law on this issue, this study has been made of the views of Islamic jurists and lawyers. Finally, the validity of the above clause is inferred using simple logics.

Keywords: Marriage Contract, Contractual Clause, Non-Intercourse, Void, Valid

Control Criterion In International Responsibility System;unity Or Contradiction Of International Jurisprodence?

Amir Hossein Malekzadeh

Abstract

Taking different jurisprodence by international judicial organizations in relation with control criterion, shows the contradiction on this issue. Control criterion in ICJ jurisprodence is expressed clearly in Nicaragua case. In this case ICJ examined the control criterions.In Genocide case, it once again examined this issue, However ICTY pays attention to different methods of controloing criterions.The challenge of ICJ jurisprodence by ICTY is crucial in this regard. The investigation of ICJ jurisprdence shows that it has followed consistent process about controlling criterions in diffrent cases. Facing with challenges by other dispute settlement organizations,ICJ has emphasized on it's jurisprodence.Effective control is utilized in relation with international responsibility of the states but the overall control is applied in relation with criminal responsibility of individuals.

Key words: Overall Control,Effective Control.ICJ,Nicaragua case,Genocide Case,ICTY.

Transformation of Criminal Liability of The Legal Persons In Iran

Mohsen Sharifi Mohammad

Jafar Habibzade

Mohammad Isaeitafreshi

Mohammad Farajiha

Abstract

For reasons including inability to impose some punishments, violating the principles of being personal punishments, not realization of punishment goal, specificity principle, constraints on procedures and most importantly, lack of guilt evidences, in negation, as well as arguments such as justice and criminology fact, difficulty of discovering the true culprit, scrutiny of the members and stakeholders in selection of managers, reduction of punishments for freedom hampering or injury of managers and finally compensation for damages inflicted on victims in a favorite manner have been expressed in proving criminal liability of the legal entities. Counterpoint approaches impact on the legal systems was so that until the twentieth century, the legal entities' liability was put in doubt as a principle. But since the second half this century following the legal entities activity scope, especially the companies, and rise of crimes against environment, organized crimes, specifically transnational crimes, crime in the field of transportation and industry in general caused the leading countries as Canada, England, United States, Netherlands and the Europe Council to accept and regulate the criminal liability of the legal entities as a must, despite of criminal law shortcomings, through relying on theories such as vicarious liability, secondary character, employers and superiors' responsibility, collective guilt and criminal liability of the legal persons. Alnahayah the movement for criminal liability of the legal entities, made Iran to join the system; so that inability for in the

first step cyber crimes ۷۰۰۹ in particular, and in the second step for the Islamic penal law, in general were accepted. Scrutiny in transformation of the Iranian law in this regard, specifically in the above mentioned bill has been the effort of the present paper.

Keywords: Criminal liability, Legal liability, Legal entity, Crime, Punishment.

Preventive Functions of Transparency in Criminal Policy

Adel Sarikhani

Roholah Ekrami Sarab

Abstract

“Transparency” in administrative structure and among governmental authorities, is of highly effecting preventive measures. If related institution, by making the process visible in official affairs, increases the risk of corruption and abuse of power, it would decrease. In addition “transparency” as making public confidence, would prevent the false beliefs, which create the opportunity for corruption. In this paper we try to review the issue and explain its importance with regard to Islamic thoughts.

Key words: Preventive, Transparency, criminal policy

Critical Assessment of Religious Science Discourses In The Field of Islamic Criminal Policy

**Mehdi Khaghani Esfahani
Mohamad Ali Hajidehabadi**

Abstract

Theorizing and commentating in the field of criminal policy is severely needed for our country on the note that lack of a solid and coherent domestic pattern for managing reactions against crime and deviance will cause disharmony among responsible governmental sectors, and this will in turn cause a decrease in criminal justice factors in the Iran. Although paving the path toward criminal justice in Iran is first of all and naturally influenced by Islamic teachings, the term 'Islamic Criminal Policy' confronts many theoretical and practical challenges religious and legal literature in our country; challenges that should be recognized and solved whereas if not, we cannot claim preparation for moving towards designing 'the theory of Islamic-Iranian Criminal Justice'. Studying the performed research in the country in the field of criminal policy shows that there are a couple of important dialogues in this regard. As we can consider ethical dialogues which are specifically in the field of criminal policy which are indirectly effective on basics, structure, and changes in Islamic criminal policy.

This paper intends to use an analytical dialectics approach in order to perform a pathology on both famous and effective approaches with insist on philosophy of *Fiq-h*, and describes how a relation may be established between policies ruling over criminal *Fiq-h* and Islamic criminal policies. The final goal of this research is to draw a framework of Islamic criminal policy which itself is a part of a broader theory; namely, the Islamic Iranian pattern of criminal policy.

KEYWORDS: religious science structure, Islamic criminal policy, criminal *Fiq-h* policies, discourse analysis

A Comparative Approach to The Law Governing The Contracts

**Farhad Parvin
Azim Akbari Rod Poshti**

Abstract

Diversity of contractual matters has caused lots of controversies in private international law. The main legislation in Iranian law of contracts in this respect is section ۹۶۸ of Civil Code. Most debates about this section are devoted to the matter being compulsory or complementary. In this article, with a deep analysis of all respected dimensions, we conclude that, regarding section ۱۰ of Civil Code, we need to take a different approach. This approach has a double base. Firstly, it is based upon the principle of the freedom of the contracts and secondly upon the fitness criterion. By fitness criterion, we prefer the law that has the best coherence and most bonds with the contract.

Keywords: contract, governing law, freedom of contracts, section ۹۶۸ of Civil Code.

The Diagnosis Criteria of Actionable Claims Before The Administrative Court of Justice

**Mohammad Emami
Mahasti Soleimani**

Abstract

Since the establishment of the administrative court of justice, there has been a dispute over actionable claims in this new court. The ambiguity of law in this context has led to conflicts in legal doctrine in introducing diagnosis criteria of actionable claims in that court. These two elements -ambiguity of law and conflicting legal doctrine– has affected the decisions made by the court's judges.

The present study tries to examine and evaluate the diagnosis criteria of actionable claims in the court from the perspective of law, doctrine and judicial proceeding, using a descriptive–analytical method and with a fundamental consideration of the limits and the type of jurisdiction of the administrative court of justice. It attempts, therefore, to yield a right approach to the court's jurisdiction and the related diagnosis criteria of actionable claims.

KEY WORDS: the administrative court of justice, jurisdiction , administrative claim, personal criteria, objective criteria, judicial proceeding.

Contents

The Diagnosis Criteria Of Actionable Claims Before The Administrative Court Of Justice.....L

Mohammad Emami / Mahasti Soleimani

A Comparative Approach To The Law Governing The Contracts..... K

Farhad Parvin /Azim Akbari Rod Poshti

Critical Assessment Of Religious Science Discourses In The Field Of Islamic Criminal PolicyI

Mehdi khaghani Esfahani / Mohamad Ali Hajidehabadi

Preventive Functions Of Transparency in Criminal PolicyH

Adel Sarikhani/ Roholah Ekrami Sarab

Transformation Of Criminal Liability Of The Legal Persons in IranF

Mohsen Sharifi Mohammad/ Jafar Habibzade/Mohammad Isaeitafreshi

Mohammad Farajiha

Control Criterion In International Responsibility System;unity Or Contradiction Of International Jurisprodence? E

Amir Hossein Malekzadeh

The Non-intercourse Clause In Marriage Contract D

Mohsen Nazemi Zadeh /Mojtaba Nikdousti

Evaluation OF Criticisms Against Investigatory Office..... C

Iman Yousefi

Compensating The Damages Caused By Wrongful Convictions In A Comparative Prospective; Not Only In Theory But Also In Practice..... A

Behnam Youssefian Shorehdeli /Leyla Rasooli Astani



The Editorial Board

Nejad Ali Almasi
Mohammad Ali Ardabili
Mohammad Ashouri
Rabiaa Eskini
Mohammad Javad Javid
Jafar Kousha
Ali Hossein Najafi Abrand Abadi
Siamak Rahpeik
Sam Savadkouhi Far



Scientific Colleagues of This Issue

Dr. Mohammadreza Vizheh/Dr. Mohammadreza Rafiee/Dr. Mohammad Javad Shariat Bagheri/Dr. Morteza Nasiri/Dr. Hasan Badini/Dr. Ali Hosein Najafi Abrandabadi/Dr. Hossein Gholami/Dr. Ali Saffari/ Dr. Mohammad Ali Ardebili/Dr. Ghasem Zamani/Dr. Reza Mossazadeh/Dr.Hossein Safai/Dr.Javad Kashani/Dr. Mansour Rahmdel/Dr. Gholamhosein Koshki/Dr.Bagher Shamloo/Dr. Leila Dadkhodaie/Dr.Abbas Zagholi/Dr. Homaun Habibi/Dr. Behzad Porseyyed/ Dr. Tahmores Bashiriyeh/ Dr. Alireza Mirkamali /mr.Ali Mohammad Gholami

The Judiciary's

*Law
Journal*

Scientific – research quarterly

The ۷۷th year of publication/ no.۸۲/ ۲۰۱۳ summer

☐ Concessionary/	The Judiciary
☐ Director-in - charge/	Alireza Amini
☐ Editor -in- Chief /	Hossein Mir Mohammad Sadeghi
☐ Executive Director/	Mahdi Sabori Poor
☐ Circulation/	۸۰۰۰
☐ Price/	۳۲۰۰۰ R
☐ Addres/	Tehran – Post Box ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴
☐ Fax/	۰۲۱-۲۲۰۹۱۸۶۹
☐ Web Site/	www.jlj.ir
☐ E-mail/	majaleh_hoghooghi@jpri.ir

The Judiciary's

*Law
Journal*

Scientific – Research Quarterly

The 77th Year Of publication /
No . 82 / 2013 Summer