

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

# مَحْلٌ حُوْدَكْتَرِيٌّ

---

سال هشتادم / شماره نود و ششم / زمستان ۱۳۹۵

به موجب مجوز شماره ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سردیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ریبعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدمجود جاوید

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسمزاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروفچینی، صفحه‌بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه پادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین در که،

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۱۱۱۵۵ - ۳۵۱۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۲۲۰۹۱۸۶۹

وب سایت: [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)

نشانی پست الکترونیک: [Majaleh\\_hoghooghi@jpri.ir](mailto:Majaleh_hoghooghi@jpri.ir)

---

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسنده‌گان آنها است.



## راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از بیستوپنج 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، کد پستی، شماره تلفن و نامبر و نشانی پست الکترونیک.
  - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسمای 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)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
  - ❖ در صورت تکرار منبع بلا فاصله 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 خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
  - ❖ در صورت تکرار بلا فاصله 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.



# مجموعه حقوقی

از نشریات  
اداره فنی وزارت عدالت

درویش آموزگارهاي وزارت عدالت

مواء اتحامات مستخدمین قضائی  
بحث در موضوعات حقوقی  
اصیمات محکم      تن قوانین و تعلیمات رسی      حقوق تطبیقی

هفته یکبار منتشر میشود

مخصوص مستخدمین عدالت و داوطلبان خدمت قضائی

چهار شنبه ۲۰ بهمن ماه ۱۳۹۶

چاپخانه « ایران » طهران

## فهرست مهندسی

### شماره چهل و سوم مجموعه حقوقی

ردیف	عنوان	موضوع
<u>دروس آموزشگاههای وزارت عدلیه</u>		
۱	آقای دکتر شایگان	حقوق مدنی
۳	دکتر جلال عبده	اسول محاکمات حقوقی
<u>بحث در موضوعات حقوقی</u>		
۵	آقای محمد بروجردی	در اقطعه
۹	اطغیه رئیس استیناف مرکز	- ۴
۱۳	راجع به توضیح معاملات بیمه	- ۵
۱۷	سوء اعمال قوانین و معایب تشکیلات قضائی	- ۶
۲۱	کیات حقوق تجارت نسبت پسر کهای سهامی محدود	- ۷
۲۳	در اطراف ماده ۱۷۷ قانون مجازات عمومی	- ۸
۲۷	راجع بمقایق باقیر نیاتی	- ۹
<u>اصنایع محاکم</u>		
۳۶	قرار قبول ایراد بصلاحیت محلی	- ۱۰
۳۷	رأی دیوانعالی تمیز در مورد دعوى اعسار	- ۱۱
<u> السن قوانین و تعليمات رسمی</u>		
۳۸	قانون اصلاح قانون تقسیمات کشور و اصلاح قانون کلاس اختصاصی وزارت داخله	- ۱۲
۳۹	بخشناه وزارتخانه راجع به تأیید مقالات سودمند منتشره در مجموعه حقوقی در بروندۀ استخدامی نویسندهان آنها	- ۱۳
<u>حقوق تطبیقی</u>		
۴	آمار داخلی از نظر بین المللی باید از ایچ‌مشراتی باشد آقای دکتر جلال عبده	- ۱۴

## حقوق جزائی

که یک قسمت از علل وجودی جرم را تهیه و در طی کار به عائق تصادف و ناتمام مانده است که میتوان اندیشه کرد اگر مانع نمیرسد شاید مرتكب باراده آزاد خویش منصرف شده و تجری را بیان نمی‌رسانید بنابراین فکر تخفیف در مجازات جرم شروع ناقص مقرن بدلیل و منطق طبیعی و انکار در مقابل آن جدل است در پیشگاه حس بداهت.

### جرائم محال

جرائم محال آنست که پس از ایجاد تمام عوامل اجرائی وقوع و تحقق جرم بواسطه امور خارجی که مربوط باراده فاعل نیست ممکن نباشد برای جرم محال افراد و مصادیق بسیاریست و محض نمونه امثاله چندمی را ذکر می کنیم که بخوبی حقیقت و ماهیت آن روشن گردد.

۱- در صورتیکه سارق مالی را بقصد سرقت و بتصور آنکه مال دیگریست برباید و بعد معلوم شود که مال خود است.

۲- هرگاه سارق بقصد سرقت حرز و صندوق شخصی را بتوهم آنکه مال در آنجا ذخیره و بایگانی است باز کرده و بكلی آنرا از مال تهی ببینند.

۳- چنانچه مرتكب بقصد قتل اسلحه را درباره کسی بکار برده و بعد کشف شود که هدف از پیش مرده بوده است.

۴- اگر فاعل بقصد مسموم کردن شخصی ماده غیر سمی باعتقد آنکه سم و کشنده است بخورد وی داده و سپس کشف شود که سم نبوده است.

۵- در صورتیکه مرتكب بقصد سقط جنین ماده سمی بزنی داده که جنین را سقط نماید و بعد از خوردن

اندیشه تخفیف در مجازات شروع نه تنها ملزم با مسلک ماست که سود و زیان را فلسفه تأسیس مجازات قرار داده ایم بلکه دیگران هم که بنیان لزوم مجازات را بر روی پای حس و عاطفه عدالت مطلق و یا فکر مختلط گذاشته‌اند معتقدند که باید مجازات شروع سبک تر از مجازات جرم تمام باشد و چنین اندیشه می‌کنند که مساوی بودن مجازات مرتكب قتل با مجازات آن کسی که اسلحه را بقصد قتل شخصی استعمال کرده و بواسطه مانع خارجی بمقصود و منظور خود نرسیده مخالف با عدل و وجود است.

۳- یک سان بودن مجازات شروع تمام و ناقص نیز مورد اختلاف و در بعضی از قوانین مجازات ملل جهان هر دو بیک نسق و تفاوتی بین آنها از حیث شدت و ضعف مجازات منظور نشده و در قوانین اقوام دیگر مجازات شروع ناقص اخف از مجازات شروع تمام است.

فکر تخفیف بنا به مسلک سود و زیان و شرب عدل مطلق و اندیشه مختلط هر سه موجه و نمیتوان آنرا بیهوده فرض نمود زیرا احساسات و عواطف عمومی در مقابل کسیکه تمام عوامل اجرائی جرم را فراهم و مهیا کرده نهایت بواسطه قصور و کوتاهی آنها در تأثیر نتیجه و جرم حاصل نشده است و کسیکه قسمتی از ملل جرم را انجام داده و در خلال کار بمانع و عائق خارجی برخورد کرده و جرم بوجود نیامده است یکسان نیست و قطعاً حس نفرت و غصب و ارزجار عمومی که مستلزم بیم تزلزل امنیت و سلامت عمومی میباشد براثر جرم شروع تمام بیشتر و شدیدتر از ارزجار و نفرتیست که بواسطه شروع ناقص احساسات عمومی را فرامیگیرد و با زبان دیگر فرقست بین مجرمی که در نمایش تجری و سو عسریره خود فرو گزار نکرده و آنچه در وسع و قدرت او بوده بکاربرده است که دیگر انتظاری بجز پیدایش جرم نیست و مجرمی

علوم شود که آن زن اساساً حمل نداشته است.

۶- هرگاه زن شوهردار که معتقد است شوهر او زنده می‌باشد شوهر دیگری اختیار کند و بعد معلوم شود که در زمان ازدواج دوم شوهر اول مرده بوده و عده وفات هم منقضی بوده است.

۷- چنانچه مرتكب بقصد قتل کسی تیر را به طرف محل وی رها و بعد کشف شود که هدف در آنمحل نبوده است.

۸- اگر فاعل بقصد قتل تفک را بطرف شخصی خالی نموده و در نتیجه معلوم شود که اساساً فشنگ خالی و دارای گلوله نبوده است.

اینست امثله و افراد جرم محال و نظایر آن بسیار که احتیاج و ضرورتی بذکر آنها نیست و نظر بانکه جرم محال از مسائل مهمه جزائی و برچند نوع شناخته شده و جرم بودن آنها مورد اختلاف بین دانشمندان حقوق است از اینجهه قبل از ورود در بحث و ذکر موارد اختلاف به تمهدید یکمقدمه مختصراً ناگزیر خواهیم بود تا بخوبی حل نمائیم که کدام یک از انواع جرم محال قابل مجازاتست.

### مقدمه

چنانکه پیش گفتیم بنیان تشخیص جرم و لزوم مجازات بر روی پایه ملکات و غریزه‌ها و امورات نفسانی اشخاص گذاشته نشده است بلکه بر روی معنویات و روحياتیکه بوسیله ظاهرات مادی خودشانرا نمایش می‌دهند استوار گردیده است و از همین نقطه نظر اراده و قصد جرم و تحری و بکار اندادختن سوء سریره در نفس بتنهای مدام که مظہر خارجی آنها بوجود نیامده قابل تعقیب و سزا نیست چه آنکه شماره بیحد و حصر از افراد بشر بداندیش و دارای ملکات و غریزه‌های رشتی هستند که در هر آن و ثانیه بطور نهانی در مکونات خود باندیشه فساد و کردار زشت افتد و بعد بواسطه بیم مجازات و یا قهر و غلبه موثرات و عوامل دیگر بر آنها از اراده بفهمیم که کدام یک از آنها قابل مجازاتست.

**أنواع جرم محل**

جرائم محل بحسب نوع است اول محل مطلق يعني پس از ایجاد تمام عوامل اجرائی وقوع جرم از ناحیه هر فاعل و مرتكبی و از هر راه و وسیله محل و غيرممكن باشد مثل بکار بردن اسلحه بقصد قتل درباره کسیکه قبل از مرد بوده است بدینه است که قتل مرد قبل تحقق وجود خارجی نیست هر چند که فاعل و مرتكب و وسائل اعدام مختلف و تبدیل و تغیر یابد و بهمین جهت آنرا مطلق مینامند.

جرائم محل مطلق باعتبار اختلاف عوامل مفقوده که فقد آنها موجب عدم امکان وقوع جرم میگردد مختلف و بر سه قسم است:

۱- در صورتی که اساساً قربانی و هدف از جهت اجراء جرم وجود نداشته باشد چنانکه اسلحه درباره مرد بکار رود.

۲- چنانکه یکی از صفات و قیود قانونی جرم تتحقق نیاید مثل آنکه سارق مالی را ربوده وبعد معلوم شود که عین مسروقه مال خود او است در اینصورت وقوع جرم سرقت از ناحیه هر صاحب مالی غیر ممکن و مانع همانا فقدان صفت قانونی سرقت میباشد که نبودن علاقه و ارتباط بین مال و اجنبی است.

۳- در صورتیکه وسائل اجرائی که برای ایجاد جرم تهیه شده وسیله و علت وقوع جرم نباشد مثل آنکه فشنک خالی را بتصور آنکه دارای گلوله است بطریف هدف رها نموده و یا ماده غیر سمی را بعیده آنکه سم است بخورد کسی داده و بعد کشف شود که فشنک خالی و ماده سمی نبوده است در اینگونه موارد بواسطه آنکه وسائل و علل وقوعی جرم بوجود نیامده ثبوت تحقق آن محل خواهد بود.

**دوم جرم محل نسبی**

جرائم محل نسبی آنست که پس از ایجاد تمام عوامل و اسباب کار وقوع جرم بنسبت و اضافه بعضی از جهات ممکن نباشد نه از تمام جهات و خصوصیات مثل

آنکه سارق بقصد سرقت حرز و صندوق دیگری را باز کرده و آنرا خالی از مال ببیند و یا قاصد قتل باعتقد آنکه قربانی جرم در مکان معین هست اسلحه اعدام را بکار برد و بعد معلوم شود که در محل معهود نبوده است عدم امکان وقوع جرم را اینگونه موارد باضافه و نسبت به نبودن موضوع و هدف جرم میباشد نه بطريق عموم و اطلاق و از تمام جهات یعنی اگر مال و شخص منظور در حرز و محل خود وجود داشت جرم قابل ثبوت و تحقق بود بنابراین جرم محل نسبی از دو حال بیرون نیست یا عدم امکان وقوع آن مستند بفقدان متعلق و موضوع جرم است چنانکه در دو مثال پیش گفته و یا معلول فقدان وسیله و علت واقعی وجود جرم میباشد مثل آنکه قاصد قتل در نشانه روی توائد وزنه بعد مسافت را صحیحاً باندازه که لازم است تشخیص بدهد و در نتیجه آلت قتاله بواسطه دوری راه بهدف اصابت ننماید و یا پس از بکار بردن اسلحه آتشین قوه آتش آن شعله ور نشده و آلت قتاله خارج نگردد در این موارد بواسطه آنکه وسیله و علت واقعی وجود جرم نیامده رخ دادن آن محل خواهد بود هر چند از جهات دیگر محل نیست چه اگر مرتكب در نشانه روی و سنجش مسافت دقیق میشد و قبلاً در قوه آتش نظر و دقت مینمود تا بتحصیل علت واقعی وجود جرم فائق میامد نتیجه منظورة وی حاصل و جرم بواقع میبیوسست و خلاصه فرق بین محل مطلق و نسبی از اینجا است که در مطلق وقوع جرم از تمام جهات غیرممکن و ناشی از جهت خاصی نیست و در نسبی عدم امکان باعتبار بعضی از جهات خواهد بود اینست فرق بین جرم محل مطلق و محل نسبی ولی از این حیث شبیه بیکدیگر هستند که عدم امکان وقوع در هر دو گاه معلم بفقدان موضوع جرم و گاه بواسطه فقدان وسائل و عوامل واقعی جرم است.

نظر بانکه حقیقت و ماهیت جرم محل و انواع آن شناخته شده لازم است که در مجازات آنها بحث نموده و بیایم که اصول و فلسفه حقوق جزائی چگونه ما را هدایت و راهنمایی میکند.

### مجازات جرم محل

اینجهٰ عمل وی جرم شروع محسوب و مستحق

مجازات خواهد بود.

دوم عقیده مسلک شخصی است و طرفداران آن چنین اظهار عقیده می‌کنند که جرم محل بتمام انواع خواه مطلق باشد و خواه نسبی جرم و قابل مجازاتست زیرا مرتكب با اراده و قصد جرم تمام عوامل اجرائی را ایجاد و آنچه در توانایی و قدرت او بوده است انجام داده و تحری و جسارترا پیابان برده است و همانطور که در مجازات جرم شروع میگوئیم چون فاعل بد اندیش نیت و غرض سوء خود را بموضع اجراء گذاشته و کوتاهی نکرده است نهایت عامل خارجی مانع شد که جرم رخنداد از اینجهٰ عمل شروع را جرم و قابل مجازات شخصی میدهیم نیز معقدیم در صورتیکه مرتكب تمام علل اجرائی را موجود ساخت عملش قابل مجازات محسوب هر چند وقوع جرم از بقعة امکان خارج باشد چه آنکه فلسفه و منطق هر دو یک امر است که فاعل منویات خویشرا کاملاً اجراء نموده نهایت جرم و نتیجه حاصل نشده است و با این نظر تفاوت و فرقی بین محل و غیر محل خواهد بود این عقیده همان مسلک شخصی است که بیشتر تأسیس مجازاترا بر روی امور ادبی و معنوی فاعل که با هرگونه عمل اجرائی توانمی شود قرار داد است نه بر روی آن و تأثیرات عوامل مادی که نماینده و آینه جرم باشد.

سوم عقیده مسلک مادیست که پیروان این مسلک معتقدند جرم محل چه مطلق و چه نسبی قابل مجازات نمی‌باشد زیرا بنا به محل بودن وقوع نتیجه عمل مرتكب شروع در جرم بشمار نمی‌آید تا بتوان آنرا قابل مجازات تشخیص داد بدلیل آنکه شروع عبارت از اقدام نخستین بایجاد عامل اجرائیست که برای آن حقیقت و واقعی هست و در این مورد عملی را که مرتكب انجام داده بواسطه محل بودن وقوع نتیجه عامل اجرائی واقعی جرم محسوب نمی‌گردد تا بتوان تصور و فرض شروع نمود.

**لطفی رئیس استیناف مرکز**

### در آغاز بحث ناگریزیم که نخست آراء دانشمندان

حقوق جزائی را در این قسمت ذکر نموده سپس با در نظر گرفتن مقدمه که در طليعه این بحث نگاشته شد عقیده خودمانرا با دليل موجه بيان کييم.

اول عقیده گارو آن دانشمند بزرگ است که میگويد جرم محل بر دو نوع است محل مادی و قانونی اولی قابل مجازات است ولی دومی قابل مجازات نیست زیرا عدم امكان وقوع جرم در محل مادی مستند بفقدان علت وجودی مادی جرم میباشد نه رکن خصوصی قانونی آن مثل آنکه ساق حرز را باز کرده و مالی در آنجا نیابد عدم امكان تحقق سرقت در اینموده بواسطه فقدان رکن قانونی نمیباشد تا بتوان گفت جای مجازات نیست چه آنکه مرتكب اراده و قصد خود را کاملاً بموضع اجراء گذاشته و عوامل اجرائی جرم را انجام داده نهایت بواسطه فقد موضوع و هدف جرم که مربوط باراده او نیست مقدمات عقیم مانده است بر عکس در جرم محل قانونی که عدم امكان وقوع جرم بعلت نیامدن رکن خصوصی قانونی جرم میباشد و از اینجهٰ نمیتوان مرتكب را مجرم و مستحق مجازات تشخیص داد مثل آنکه سارق مال خود را بتصور آنکه مال دیگری است برباید و یا دوای عادیرا بخيال سهم بودن آن بکسی بدهد و یا اسلحه را درباره شخصی بکار برد که از پیش مرده بوده است در اینموقع نظر بانکه ارکان خصوصی قانونی جرم مفقود یعنی اساساً سرقت و تسمیم و قتل که رکن خصوصی جرم بشمار می‌آید وجود ندارد نمیتوان معتقد شد که این گونه ارتکاب شروع بجرائم محسوب و مرتكب از این حيث مستحق مجازات میباشد برخلاف جرم محل مادی که اگر مرتكب در حرز مالی نیافته و یا قربانی قتل را در مکان خود ندید در اینصورت چون باراده و قصد سوء خود از راه عمل تظاهر نموده و جرم هم ذاتاً ممکن و قابل وقوع میباشد نهایت بسبب فقدان امر مادی که مربوط باراده او نیست رخ نداده است از

## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
❖ دعاوی بازماندگان برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از صدمات جسمانی ..... ۱۳	اطafه آجری آیسک
❖ آسیب‌شناسی نظام مالیاتی ایران و تبیین علل مؤثر در بروز آسیب‌ها ..... ۳۷	سیدمهدي احمدی‌موسوي / محمد صالح‌لیدي / علی نجفي‌توانا
❖ اجرای حق تعیین سرنوشت، تقابل حقوق بشر با حاكمیت دولتها ..... ۵۹	مرتضی اکبری لایمی
❖ تحولات نظام نیمه‌آزادی در سیاست کیفری ایران ..... ۷۹	محمد رضوانی / مظاهر خواجه‌نوند چتن / حامد صفائی آتشگاه
❖ وضعیت اضطرار عمومی در نظام بین‌المللی حقوق بشر ..... ۱۰۵	باقر شاملو / ابوالفضل یوسفی
❖ اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت در نظام حقوقی ایران ..... ۱۲۵	جعفر شفیعی سردشت / علی‌اکبر گرجی ازندریانی / علی قانعی
❖ ترجیح حقوق متهم بر میانجی در دیوان بین‌المللی کیفری ..... ۱۵۵	جواد صالحی / نریمان فاخری / حسین آل کجلاف / مجتبی بابایی
❖ تحلیل جرم‌شناسانه جداسازی زندانیان؛ با نگاهی به «آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان» ..... ۱۷۳	امیرحسن نیازپور
❖ بررسی اهداف، چالش‌ها و راهکارهای حقوق بین‌الملل رقابتی ..... ۲۰۳	عباس نیازی / ایام کمرخانی / محسن جلیلیان



## دعاوی بازماندگان برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از صدمات جسمانی

عاطفه آجری آیسک\*

### چکیده

گاهی قبل از آنکه جبران خسارت معنوی صورت گیرد و حکم قطعی در این خصوص صادر شود، شخص زیان دیده فوت می کند. در این صورت، در مورد حق اقامه دعوای وراث به قائم مقامی از متوفی برای مطالبه خسارت معنوی تردیدهایی وجود دارد. بازماندگان علاوه بر دعوای قائم مقامی ممکن است به اقامه دعوای شخصی علیه عامل زیان بپردازنند. آنها در دعوای شخصی این ادعا را دارند که به علت آسیب جسمی یا فوت زیان دیده اصلی متتحمل خسارت معنوی شده‌اند. در خصوص پذیرش این نوع دعواوی و اینکه چه کسانی حق اقامه آن را دارند، اختلاف نظر وجود دارد. از آنجا که در نظام حقوقی ما در مورد آسیب‌های جسمانی و فوت، نهاد دیه پیش‌بینی شده است، باید جایگاه دیه در دعواوی بازماندگان مورد بررسی قرار گیرد. با توجه به کثرت بروز حوادث منجر به آسیب‌های جسمانی و فوت در جوامع امروز و اهمیت خسارات معنوی ناشی از آن، در این مقاله برآن هستیم که مطالبه این گونه خسارات از سوی بازماندگان را بررسی کنیم.

**کلیدواژه‌ها:** صدمه جسمی، خسارت معنوی، دعوای شخصی، دعوای قائم مقامی، دیه.

## مقدمه

امروزه بحث‌ها راجع به صدق عنوان ضرر بر خسارت معنوی پایان یافته و بیشتر نظام‌های حقوقی، نه تنها خسارت معنوی را مصدق ضرر می‌دانند بلکه جبران آن را به پول یا هر وسیله‌ی مناسب دیگر لازم می‌شمارند. یکی از عوامل ایجاد‌کننده خسارت معنوی، خدمات جسمانی است که این خسارت به اقسام مختلف تقسیم می‌شود نظیر درد و رنج، قطع امید از زندگی، از دست دادن استعداد و توانایی و قدرت التذاذ از زندگی. گاهی اوقات فرد مجنبی‌علیه در زمان حیاتش برای مطالبه این خسارات اقدامی نمی‌کند و غرامتی دریافت نمی‌دارد، لذا پس از مرگ وی وراث او در صدد مطالبه خسارت وارد بر مورث خویش بر می‌آیند. از طرف دیگر، گاهی اوقات، در اثر خسارتی که به زیان دیده اصلی وارد شده است، دیگری متهم خسارت می‌شود و وی در صدد مطالبه خسارت وارد بر خویش بر می‌آید. در این مقاله برآن هستیم تا این دو دسته از دعاوی بازماندگان را برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از خدمات جسمانی را مورد بررسی قرار دهیم و از آنجا که در حقوق ایران برای خدمات جسمانی، نهاد دیه پیش‌بینی شده است، بایستی جایگاه دیه در دعاوی بازماندگان نیز بررسی شود.

### ۱. معرفی دعاوی خسارت معنوی از سوی بازماندگان

یک قاعده در حقوق کامن لا وجود دارد که بیان می‌دارد: «دعاوی شخصی همراه با شخص می‌میرند». بر طبق این اصل، با مرگ هریک از عامل زیان یا زیان دیده، همه دعاوی مسئولیت مدنی از بین می‌رفت و بازماندگان حق اقامه دعوا نه برای مطالبه خسارت متوفی و نه برای خسارت وارد بر خود را نداشتند.<sup>۱</sup> ولی در اواخر قرن نوزدهم، پس از اینکه انگلیس، قانون معروف به Lord Campbell's Act<sup>۲</sup> را در ۱۸۴۶ وضع کرد، ایالات آمریکایی به وضع قانون در این زمینه پرداختند که این قوانین به Wrongful death and survival statutes<sup>۳</sup> معروف هستند.

فوت زیان دیده منشأ شکل‌گیری دو نوع خسارت و در نتیجه دو نوع حق مطالبه آن خواهد بود. در نوع اول ورثه و بازماندگان به عنوان قائم مقام زیان دیده متوفی

1. Le Tourneau, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, paris, Dalloz, 2002, p. 28.

2. Dobbs, Dann B., Law of Tort, West Group, 2000, p. 803.

۳. در این قانون انواع دعاوی که از مرگ ناشی می‌شود، بیان شده است.

4. Prosser, William L., The law of tort, 2nd ed, California, West Publishing Co., 1995, pp.705 - 719.

می توانند خسارت وارد شده به متوفی را مطالبه کنند که این دعوا، دعوای قائم مقامی<sup>۱</sup> نامیده می شود. همه نظامهای حقوقی، این دعاوی را در خصوص خسارت مالی پذیرفته‌اند. ولی در خصوص خسارت معنوی اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت. در نوع دوم بازماندگان مجنی‌علیه متوفی خود به عنوان زیان دیده خساراتی که مستقیماً و شخصاً از آسیب جسمانی یا فوت متوفی متحمل شده‌اند را مطالبه می‌کنند که از این گونه دعاوی به دعوای شخصی<sup>۲</sup> و از این گونه زیان‌ها به زیان تبعی<sup>۳</sup> یاد شده است.

این دو نوع دعوا متفاوت از یکدیگر هستند. به همین دلیل صلح و سازش نسبت به یکی از این دو دعوا موجب اسقاط دعوای نوع دیگر نیست و تصمیم متخذ درباره هریک از آن دو، اعتبار امر مختومه را در دعوای دیگر ندارد. در دعوای قائم مقامی، ورثه باید زیان تحمل شده از طرف مورث خویش را اثبات کنند ولی در دعوای شخصی، ورثه باید زیانی را که شخصاً متحمل شده‌اند ثابت کنند. در دعوای قائم مقامی، وارث زیان دیده، به مقدار سهم‌الارث خویش حق دریافت خسارت را دارد، در حالی که در دعوای شخصی، شخص خواهان به میزانی که خسارت دیده است، حق گرفتن آن را دارد و در تقسیم خسارت، قواعد ارث رعایت نمی‌شود. از جهات دیگر افتراق این دو دعوا آن است که محکوم به دعوای قائم مقامی وارد ترکه متوفی می‌شود و از طرف طبلکاران متوفی قابل توقیف است، در صورتی که محکوم به دعوای شخصی از این جهت مصون از توقیف می‌باشد<sup>۴</sup> و به همین دلیل محکوم به دعوای قائم مقامی مشمول مالیات بر ارث قرار می‌گیرد، در حالی که در دعوای شخصی این گونه نیست. در دعوای شخصی، سازمان تأمین اجتماعی می‌تواند پس از پرداخت خسارت به وراث در اجرای ماده ۶۶ قانون تأمین اجتماعی به قائم مقامی ورثه به عامل زیان مراجعه کند. اما در دعوای قائم مقامی، این امکان وجود ندارد.<sup>۵</sup> در دعوای قائم مقامی، تقصیر زیان دیده، در مقابل ورثه قبل استناد است اما در مورد اینکه آیا این امر نیز در دعوای شخصی باعث کاهش مسئولیت می‌شود یا نه اختلاف نظر وجود دارد.

۱. این دعوا در کامن لا، Survival action نامیده می‌شود. ر.ک.

Black, Henry Campbell, Black's law Dictionary, 6th ed, West Publishing Co, 6th ed, 1990, p. 1448.

۲. این دعوا در کامن لا، Wrongful death action نامیده می‌شود. ر.ک.

Ibid, p.1612  
۳. ایزانلو، محسن، شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲، ص. ۲۶۴.

4. Dobbs, Op. cit., p. 804.

۵. ایزانلو، محسن، «استرداد مزایای تأمین اجتماعی از محل دین مسئولیت مدنی»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۱، ۱۳۸۷، ص. ۴۵.

در اکثر کشورها، تقصیر زیان دیده اصلی در دعواهای شخصی بازماندگان تأثیر می‌گذارد؛ ماده ۸۴۶ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد که تقصیر متوفی باعث کاهش خسارت قابل جبران بستگان متوفی می‌شود.<sup>۱</sup> در انگلیس، قانون تصادف‌های مهلك<sup>۲</sup> مصوب ۱۸۴۶ که برای نخستین بار به بستگان متوفی حق اقامه دعواهای شخصی را داد، این حق را تها ناظر به مواردی می‌داند که اگر متوفی زنده بود، خودش می‌توانست اقامه دعوا کند و از آنجا که در آن زمان، تقصیر زیان دیده باعث از بین رفتن مسئولیت خوانده می‌شد، در نتیجه، در دعواهای بازماندگان نیز همان نقش را داراست. دیوان کشور بلژیک در سال ۱۹۶۲ رأی داد که جبران خسارت بستگان بایستی به میزان تقصیر متوفی کاهش یابد. استدلال دیوان این بود که از آنجا که منبع حق جبران خسارت غیرمستقیم، علقوه‌های عاطفی میان متوفی و مدعیان است، پس تقصیر متوفی در آن تأثیر می‌کند.<sup>۳</sup>

به نظر می‌رسد که اگر در این دعاوهای خوانده را مسئول همه خسارت بازماندگان بدانیم، در واقع مسئولیت متوفی را نیز بر او تحمیل کرده‌ایم و این خلاف انصاف است. پس باید خوانده را تنها به نسبت درجه مداخله او در تحقق ضرر مسئول دانست.<sup>۴</sup> دلیل دیگر بر کاهش مسئولیت خوانده این است که حق جبران زیان دیدگان مستقیم از استقلال کامل برخوردار نیست، زیرا زیان غیرمستقیم، انعکاس زیان اصلی است و ریشه در آن دارد و وجود دامنه آن وابسته به زیان اصلی است. دیوان کشور فرانسه نیز همین عقیده را دارد، زیرا اعلام می‌دارد که اگر چه موضوع دعواهای زیان دیده غیرمستقیم با دعواهای وارثان زیان دیده مستقیم فرق دارد اما «از هر نظر از همان فعل ناشی می‌شود».<sup>۵</sup> به بیان دیگر زیانی که به وارث وارد آمده است، زیانی نیست که مدیون مستقیماً به وارث وارد آورده باشد. او تنها به یک شخص زیان رسانده است و آن یکی، متوفی است. زیان وارد به وارث، نتیجه این زیان نخستین است. بنابراین از نظر منطقی کسی که در برابر زیان نخستین، مسئولیتش کاهش می‌باید، بابت تبعات آن زیان نیز به همان اندازه از مسئولیت او کاسته خواهد شد.<sup>۶</sup>

1. German civil code:

[www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=KrjHyaFOKmw%3D&tqid=505](http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=KrjHyaFOKmw%3D&tqid=505)

2. Fatal Accident Act.

3. McGregor, Harvey, Tort, "Personal injury and death", in: Tunc, André, International Encyclopedia of Comparative Law, vol XI, J.C.B. Mohr Publisher, 1983, p. 88.

4. کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، چاپ هفتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص. ۵۱۱.

5. ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی (همراه با آرای دیوان عالی کشور)، ترجمه مجید ادیب، چاپ دوم، تهران، نشر میران، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۰.

6. ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقطکننده مسئولیت در قراردادها، منبع پیشین، ص. ۲۶۶.



از ماده ۱۱۴ قانون دریابی نیز این نتیجه به طور ضمنی استنباط می‌شود. در این ماده آمده است: «در صورتی که متصدی حمل ثابت نماید فوت یا صدمات بدنی بر اثر تقصیر و یا غفلت خود مسافر بوده و یا عمل مسافر در موقع آن تأثیر داشته، دادگاه بر حسب مورد متصدی حمل را کلأ و یا جزئاً از مسئولیت بری خواهد کرد». مفاد ماده مقید به موردی نیست که دعوای خسارت به وراثت اقامه شده باشد و به همین جهت شامل موردی که ورثه یا دیگران خسارت مربوط به خود را مطالبه می‌کنند نیز خواهد شد.<sup>۱</sup>

## ۲. دعوای قائم مقامی

### ۲-۱. دعوای قائم مقامی برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از آسیب جسمانی غیر از فوت

چنانچه به شخصی قبل از فوت، آسیب جسمی وارد شود و پس از مدتی فوت کند (اعم از اینکه به علت آسیب وارد باشد یا به علت دیگری)، این سؤال وجود دارد که آیا وراث می‌توانند جبران خسارت معنوی وارد بر متوفی را مطالبه کنند. حقوقدانان در این زمینه اختلاف نظر دارند که مجموع نظریات ارائه شده را می‌توان در سه نظریه خلاصه کرد.

#### ۲-۱-۱. بیان نظریات

##### ۲-۱-۱-۱. نظریه عدم انتقال حق مطالبه خسارت معنوی به وراث

##### ۲-۱-۱-۲. عدم انتقال حق مطالبه خسارت معنوی به طور کلی

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که سرمایه‌های معنوی لازمه شخصیت هر فرد بوده و اصولاً این دسته از سرمایه‌ها، حقوق و منافع شخصی هستند. حال اگر به آنها لطمه وارد شود، حق مطالبه تنها برای شخص زیان‌دیده پدید می‌آید و با فوت او از بین می‌روند. بنابراین، حتی اگر او قبل از فوت، دعوای مطالبه جبران خسارت معنوی را در دادگاه اقامه کرده باشد باز هم ورثه و دیگر بازماندگان نمی‌توانند آن دعوا را دنبال کنند. از طرف دیگر، هدف از وضع اصل لزوم جبران خسارت معنوی، تحصیل خشنودی زیان‌دیده است. بدیهی است با فوت زیان‌دیده، موضوع تحصیل خشنودی منتفی است. بنابراین، چنانچه به جبران خسارت معنوی متوفی به نفع وراث حکم شود، در حقیقت منفعتی

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۵۱۱؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷، ص. ۴۱۳.

بدون جهت به آنها تعلق گرفته است. ساواتیه، حقوقدان فرانسوی می‌گوید: «لذت و خوشی شخصی وارث یا طلبکاران مجنبه علیه به هیچ وجه درد والم مجنبه علیه را درمان نخواهد کرد.»<sup>۱</sup>

همچنین استدلال شده است که اگر حق اقامه دعوا به وراث داده شود در این صورت آنها ترکهای بیش از آنچه که متوفی داشته است، به ارث می‌برند و این خلاف قاعده است.<sup>۲</sup> در میان کشورها، اسپانیا و هلند، این دعاوی را قبل انتقال به ورثه نمی‌دانند.<sup>۳</sup>

### ۲-۱-۱-۲. تفکیک میان بخش سرمایه معنوی و بخش احساسی آن

پارهای از نویسندهای بین خسارت معنوی مربوط به آسیب‌های جسمی و لطمہ به حیثیت و شهرت تفصیل قائل شده‌اند. این گروه، ضمن غیرقابل انتقال دانستن حق مطالبه خسارت مربوط به آلام و دردهای بدنی معتقدند در موردی که دعوا از لطمہ به حیثیت و شهرت مجنبه علیه ناشی شده باشد، به جهت احترام به اراده متوفی و برای حفظ خاطراتش ورثه حق خواهند داشت که دعوا را دنبال کنند و دستگاه عدالت که کنندی آن، زیان‌دیده را از احراق حق و گرفتن حکم محکومیت در زمان حیاتش محروم کرده بود، وادرار به صدور حکم نمایند.<sup>۴</sup>

### ۲-۱-۲. نظریه انتقال حق مطالبه خسارت معنوی به وراث در صورت مطالبه

#### زیان‌دیده قبل از فوت

برخی از نویسندهای بین باورند که هرگاه متوفی خسارت معنوی خود را از طریق دادگاه مطالبه کرده باشد، ولی پیش از صدور حکم فوت کند، وراث وی می‌توانند به عنوان قائم‌مقام او دعوا را دنبال کنند.<sup>۵</sup> زیرا حق مطالبه خسارت معنوی با اقامه دعوا زیان‌دیده، تبدیل به حق مادی شده است.

بر اساس این نظریه، عدم اقامه دعوا از ناحیه زیان‌دیده متوفی در زمان حیاتش، کاشف از عدم اراده در تعقیب جانی و حاکی از صرف‌نظر کردن از اقامه دعوا است. شعبه

1. Savatier, René, *Traité de la responsabilité civil en droit français*, T.II, 2e éd, Paris, 1951, p. 529.

2. Koziol, Helmut, "Wrongful death \_ Basic Question", Annual Conference on European Tort Law, Vienna, 2007 in: Koziol, Helmut; and Barbara C. Steininger, *Tort and Insurance Law Yearbook*, Springer, 2008, p. 29.

3. Ibid.

4. Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, par Paul Esmein, T.VI, 2e éd, Paris, 1952, p. 890.

5. ادریس، عوض احمد، دیه، ترجمه علیرضا فیض، چاپ دوم، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۷، ص. ۱۳۹؛ لارگیه، زان، آیین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه حسن کاشفی اسماعیلزاده، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۱۱۳.

جزایی دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۲۸ ژانویه ۱۹۶۰ اعلام کرده است چنانچه مجني عليه در زمان حیات خویش مبادرت به طرح دعوای مطالبه خسارت معنوی نکرده باشد، پس از مرگ او ورثه چنین حقی را نخواهد داشت. رویه قضایی قدیم فرانسه از این نظریه پیروی کرده است.<sup>۱</sup> در حقوق آلمان نیز به موجب قانون ۱۴ مارس ۱۹۹۰ در صورتی مطالبه خسارت به بازماندگان منتقل می‌شود که زیان‌دیده خود قبل از فوت طرح دعوا کرده باشد.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد در موردی که مجني عليه متوفی بر اثر مانعی غیر قابل رفع قادر به طرح دعوای خصوصی نبوده و نیز در موردی که او اراده خود مبنی بر مطالبه خسارت معنوی را اعلام کرده باشد (مثل مراجعته به یکی از وکلای دادگستری برای طرح دعوا) رد دعوای خسارت معنوی از سوی وراث، هر چند در زمان حیات متوفی دعوای اقامه نشده باشد، قابل تأمل است.<sup>۳</sup>

در حقوق برخی از کشورهای عربی جبران خسارت معنوی امری شخصی تلقی شده است که تنها زیان‌دیده می‌تواند آن را مطالبه نماید. این حق به وسیله ارث یا عقد یا غیر آن از اسباب انتقال، قابل انتقال به غیر نیست، مگر اینکه مطالبه زیان‌دیده تحقق یافته و فعلیت پیدا کرده باشد. ماده ۲۲۲ قانون مدنی مصر، انتقال حق جبران خسارت معنوی را تنها به یکی از این دو طریق ممکن می‌داند: اول، اگر زیان‌دیده بر مقدار جبران با عامل زیان توافق کرده باشد بنابراین جبران خسارت به وسیله توافق طرفین تعیین شده است. دوم: زیان‌دیده جبران خسارت معنوی را در دادگاه مطالبه کرده باشد. بنابراین، اگر زیان‌دیده بر تعیین جبران خسارت معنوی با عامل زیان توافق نکرده باشد یا در دادگاه اقامه دعوا نکرده باشد حق اقامه دعوای او به وراث منتقل نمی‌شود و آنها حق اقامه دعوای جبران خسارت را نخواهند داشت. از این دو شرط معلوم می‌شود که حق وراث در حالت مرگ فوری مجني عليه ساقط می‌گردد، زیرا برای مجني عليه فرصتی به دست نیامده تا با جانی در میزان خسارت توافق کند یا به دادگاه برای اخذ حق خود مراجعته نماید.<sup>۴</sup>

این نظر که اگر متوفی زیان‌های معنوی خود را تقویم و مطالبه کرده باشد، وارشان در آن دعوا قائم مقام او می‌شوند، در صورتی که خسارت معنوی نوعی «کیفر خصوصی» یا

۱. نقیبی، سید ابوالقاسم، خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظامهای حقوقی معاصر، چاپ اول، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۶، ص. ۴۱۰.

۲. سلطانی‌زاد، هدایت...، مسئولیت مدنی (خسارت معنوی)، تهران، انتشارات نورالثقلین، ۱۳۸۰، ص. ۳۷۴.

۳. آشوری، محمد، آئین دادرسی کیفری، جلد ۱، چاپ نهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۴، ص. ۲۸۲.

۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ۱، چاپ سوم، بيروت، منشورات الحلبی الحقوقية، ۱۹۹۸، ص. ۱۰۴۱.

مدنی» تعبیر شود، قابل توجیه است، زیرا هیچ مانعی ندارد که وارثان کیفر قاتل یا مسئول مرگ مورث خود را بخواهند و دعوای او را دنبال نمایند، ولی اگر هدف خشنودی و تأمین آرامش اخلاقی زیان دیده باشد، تمام نیست، زیرا تملک این خسارت به وسیله وارثان با مبنای ایجاد آن سازگار به نظر نمی‌رسد.<sup>۱</sup>

### ۲-۱-۲. نظریه انتقال حق مطالبه به وراث به‌طور کلی

بر اساس این نظریه حق مطالبه جبران خسارت معنوی مانند حق مطالبه زیان مادی به ورثه قابل انتقال است. زیرا ورثه ادامه‌دهنده شخصیت متوفی به شمار می‌آیند. حق اقامه دعوا قبل از فوت وارد ترکه متوفی شده و به ارث می‌رسد و همچنین قابل انتقال دانستن دعوا به ورثه، با هدف بازدارندگی مسئولیت مدنی نیز موافق است.<sup>۲</sup>

در رویه قضایی فرانسه در پذیرش انتقال حق مطالبه خسارت معنوی به وراث، اختلاف نظر وجود داشته است اما امروزه رویه قضایی این کشور انتقال دعوای مطالبه خسارت معنوی به وراث را پذیرفته است.<sup>۳</sup> به عنوان مثال می‌توان به رأی شعبه مختلط دیوان کشور فرانسه در ۳۰ آوریل ۱۹۷۶ اشاره کرد که در آن به استناد ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی<sup>۴</sup>، حق جبران خسارت معنوی والدینی که فرزند آنها به دلیل تصادف از دنیا می‌رود، پس از مرگ به وراث آنها منتقل می‌شود.<sup>۵</sup>

در حقوق انگلیس از سال ۱۹۳۴ به موجب بخش یک قانون مربوط به اصلاح مقررات مختلف در انگلیس<sup>۶</sup> این حق قابل انتقال به ورثه شناخته شد و در حوادث ناشی از رانندگی نیز به موجب قانون مربوط به تصادفات خطرناک سال ۱۹۷۶ مورد تأیید قرار گرفت<sup>۷</sup> و آرای زیادی نیز در این زمینه تا کنون صادر شده است.<sup>۸</sup> همچنین در اکثر ایالات آمریکا و کانادا قوانینی برای شناسایی انتقال دعوا به ورثه وضع شده است. در آمریکا در پرونده Reynon V. Montgomery Cablevision که سه ثانیه بین صدمه

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۲۶۵.

2. Koziol, Helmut, Op. cit., p. 29.

3. Le Tourneau, Philippe, Droit de la responsabilité, Paris, Dalloz, 1996, Op. cit., p. 94.

۴. ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «هر گونه عمل انسان که سبب ورود خسارت به دیگری شود،

موجب التزام کسی که خسارت از تقصیر او ناشی شده به جبران خسارت خواهد بود».

5. Cass, Chambre Mixte, 30 Avr. 1976, D; 77, 185, Crim, 28 Oct. 1992, Bull, no. 349.

6. The law reform (miscellaneous provisions)

7. McGregor, Harvey, McGregor on damages, 17th ed, London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 1974.

۸. برای مثال در پرونده Robertson v. Lestrange که متوفی در یک تصادف به شدت مجروح شده بود و به

همین دلیل چهار روز بعد از حادثه فوت نمود، دادگاه در خصوص خسارت معنوی وی ناشی از درد و رنج در

طول مدت بین وقوع حادثه و فوت وی مبلغ ۱۵۰ یورو به نفع ماترک وی رأی صادر نمود.

و مرگ فاصله بوده است، برای هر ثانیه مبلغی به عنوان خسارت درد و رنج که خسارت ترس از مرگ در آن لحظه شده بود به نفع وراث وی مورد حکم قرار گرفت.<sup>۱</sup>

## ۲-۱-۲. حقوق ایران

به نظر می‌رسد جز در موارد استثنایی، باید از نظر نخست پیروی کرد.<sup>۲</sup> زیرا وارثان در مورد اموال و حقوق مالی مورث قائم مقام او هستند و زیان معنوی مربوط به شخصیت زیان‌دیده و قائم به وضع روحی او است. اقامه دعوا نیز تا زمانی که به نتیجه نرسیده و مالی را بر دارایی متوفی نیفزاوده است، زیان معنوی را به حق مالی تبدیل نمی‌کند. از طرف دیگر مالی که به متضرر داده می‌شود برای این است که خشنودی شخص او فراهم شود و این هدف با فوت زیان‌دیده از بین می‌رود. مگر اینکه هدف از دعوا حفظ حیثیت و شهرت متوفی باشد، چرا که در این حالت دعوا به گونه‌ای به بازماندگان او نیز ارتباط دارد و باید جانشینی وارثان را پذیرفت و آنان را مجاز در تعقیب آن دعوا دانست. منتهی، میزان خسارتی که اینان می‌توانند مطالبه کنند، محدودتر از زیانی است که متوفی حق داشت، زیرا در هر دعوا ای از این گونه، بسیاری از خسارت‌ها نیز، خود به خود از بین می‌روند.<sup>۳</sup> بنابراین می‌توان گفت در زمینه مورد بحث ما یعنی خسارت معنوی ناشی از صدمات جسمانی، حق مطالبه این خسارت به وراث منتقل نمی‌شود مگر در صورت صدور حکم قطعی در زمان حیات متوفی.

## ۲-۲. دعوای قائم مقامی برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از فوت

در این فرض مسأله زیان وارده بر زیان‌دیده از زمان وقوع ضربه تا زمان فرارسیدن مرگ مطرح نیست بلکه مورد بحث، زیان ناشی از نفس مرگ یا زیانی است که زیان‌دیده در لحظه قطع حیات متحمل گردیده است و به عبارت دیگر زیانی مورد نظر است که با واقعه مرگ آسیب‌دیده، توأم و قرین است. آیا ورثه می‌توانند جبران زیان ناشی از نفس مرگ او را مطالبه کنند؟

1. Rogers, W.V.H., "Death and Non Pecuniary Loss", Annual Conference on European Tort Law, Vienna, 2007 in: Koziol, Helmut and Barbara C. Steininger, Tort and Insurance Law Yearbook, Springer, 2008, p. 54.

2. در حقوق ما، نفوذ و صحت این گفته که «وارثان شخصیت حقوقی مورث خود را ادامه می‌دهند» به شدت مورد تردید و با واقعیت‌های خارجی مخالف است. حتی در حقوق فرانسه، پارهای از نویسنده‌گان اعتقاد دارند که این قاعده فرضی است برای الزام وارثان به پرداخت دیون متوفی و نباید مفاد آن را گسترش داد. در حقوق ما این فرض نیز وجود ندارد و دیون متوفی به ترکه تعلق می‌گیرد و به همین جهت، هیچ‌گاه وراث تعهدی بیش از ترکه ندارد.

3. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص. ۲۶۶ و ۲۶۷.

### ۳. دعوای شخصی

این دعوا برای مطالبه زیانی است که شخص به علت از دستدادن یک عزیز یا حتی به واسطه دیدن رنج‌های او یا نقص عضو او اندوهگین و احساساتش جریهدار می‌شود. بنابراین دعوای شخصی برای مطالبه خسارت معنوی یا ناشی از مرگ دیگری است یا ناشی از صدمه به دیگری.

#### ۱-۳. دعوای شخصی برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از فوت دیگری

جبران این نوع زیان معنوی بیش از موارد دیگر، نفرت برخی از نویسنده‌گان را برانگیخته است زیرا آنان رفتار این زیان‌دیدگان را که «اشک را با پول عوض می‌کنند»، نفرت‌انگیز می‌دانند. در عین حال، جبران این‌گونه خسارت از سوی رویه قضایی فرانسه پذیرفته شده است.<sup>۱</sup> همچنین کشورهای دیگر نیز یا به موجب قانون یا توسط رویه قضایی، جبران این خسارت را پذیرفته‌اند، ولی نظام حقوقی اسکاتلند، این دعوا را در صورتی که متوفی در زمان حیاتش دعوای جبران خسارت را آغاز کرده باشد، ممنوع کرده‌اند، بدون اینکه غرامتی که وراث به قائم مقامی می‌توانند دریافت کنند را گسترش

1. Mazeaud, Henrie, *Leçons de Droit Civil*, Op. cit., p. 705.

2. Jourdain, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, 8e éd., Dalloz, 2010, p. 145.

عدهای معتقدند که شخص متوفی در حین مرگ فاقد حیات بوده، لذا نمی‌تواند درد و رنجی را تحمل کند. درنتیجه حقی برای او و در نتیجه برای ورثه جهت اقامه دعوا وجود ندارد و اصولاً او نمی‌تواند طرح دعوا کند. در مقابل عدهای دیگر معتقدند: «عدم امکان طرح دعوا از ناحیه زیان‌دیده نباید علت رد دعوای ورثه به شمار آید، زیرا وراث به منزله ادامه‌دهندگان شخصیت مورث خویش محسوب شده و حق دارند دعواهی مورث خویش را اقامه کنند. ضرری که زیان‌دیده از مرگ خود متحمل می‌شود، ضرر بعد از مرگ نیست بلکه ضرر مقارن و همزمان با مرگ و توأم با آن است. زیان‌دیده پس از مرگ رنج و دردی متحمل نمی‌شود اما از خود مرگ رنج می‌برد. بنابراین وراث جبران خسارت ناشی از مرگ مورث یعنی جبران خسارتی را که یک انسان مرده تحمل کرده است، نمی‌خواهند بلکه جبران زیانی را مطالبه می‌کنند که یک نفر زنده در وقت مرگ و هنگام نزع، از نفس مرگ تحمل نموده است».<sup>۱</sup>

صرف نظر از مسأله جانشینی وراث، به نظر می‌رسد که متوفی در لحظه مرگ قادر به احساس و درک زیان نیست. به عبارت دیگر قبل از مرگ ضرری نیست و پس از مرگ هم حقی برای مرده به وجود نمی‌آید.

دهند تا خسارت شخصی آنان را هم در بر بگیرد. نارضایتی ایجادشده از این بی عدالتی منجر به این پیشنهاد شده است که مجلس باید با وضع قانون جدید، قانون منع پذیرش دعوای شخصی بازماندگان را باطل اعلام کند. در کامن لا، خسارت معنوی که بازماندگان می توانند مطالبه کنند، شامل خسارت آسایش، مجالست و آرامش خاطر و خسارت غم و اندوه می شود.

از آنجا که در حقوق ایران، در زمینه صدمات جسمانی نهاد دیه پیش بینی شده است، در بند چهارم به جایگاه دیه در دعاوی بازماندگان خواهیم پرداخت.

## ۲-۳. دعوای شخصی برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از صدمه به دیگری

امکان مطالبه خسارت معنوی اختصاص به فوت مورث و مجنی عليه ندارد بلکه چه بسا زیان معنوی ناشی از صدمه هایی که منجر به فوت نمی شود از استمرار و دوام بیشتری برخوردار است. بنابراین، فوت مجنی عليه شرط اقامه دعوای بستگان او نیست.

در گذشته، دیوان عالی کشور فرانسه، خسارت معنوی غیر مستقیم (منظور همان خسارت بازتابی است) را تنها در صورت مرگ زیان دیده مستقیم، قابل جبران می دانست. سپس جبران خسارت را در صورت زنده ماندن وی، به شرط آنکه زخمها «وخامت استثنایی» داشته باشد، نیز پذیرفت. اما سرانجام خود را از این محدودیت نیز رها کرد.<sup>۱</sup> در حقوق انگلیس مواردی در رد چنین دعواهی وجود دارد، همچنان که آرایی در پذیرش دعاوی مربوط نیز دیده می شود. اصول مسئولیت مدنی اروپایی<sup>۲</sup> نیز خسارت معنوی ناشی از صدمه دیگری را می پذیرد.

## ۳-۳. چه کسانی حق اقامه دعوای شخصی دارند؟

طبق قاعده، هیچ زیانی نباید بدون جبران باقی بماند لذا نه تنها وابستگان و وراث بلکه تمام افرادی که به خاطر فوت عزیزی متأثر می شوند یا به دلیل مراتهایی که او کشیده است صدمه روحی می بینند، باید حق اقامه دعوا داشته باشند. ولی این پاسخ از

1. Jourdain, Patrice, Op. cit., p. 145.

اولین رأیی که از ناحیه شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه ضرورت شرط مجنی عليه را نادیده گرفت در تاریخ ۲۲ اکتبر ۱۹۴۶ صادر شد. دادگاه مدنی در ۱۰ نوامبر ۱۹۸۳ در رأیی برای پدر و مادر مصدوم ۱۷ سالهای که قدرت گویایی خویش را از دست داده بود ۳۰ هزار فرانک و برای هریک از خواهرها و برادرها خسارتی معادل ۶ هزار فرانک مقرر کرده است.

(Starck, Boris, and Henri Roland and Laurent Boyer, *Obligations: Responsabilité délictuelle*, 2e éd., 1985, p. 95)

2. PETL: Principles of European Tort Law

---

یک طرف با ایراد ایجاد حجم وسیعی از پروندها برای دستگاه قضایی و از طرف دیگر با ایجاد مسئولیت شدید و نامحدود برای عامل زیان روبرو می‌شود. از این رو، قوانین و رویه‌های قضایی کشورها به صورت تعديل شده، اصل لزوم جبران خسارت‌های معنوی را پذیرفته‌اند.

### ۱-۳-۳. در حقوق تطبیقی

دکترین حقوقی و رویه‌های قضایی مبین روش‌های متفاوت محدود کردن افراد مستحق اقامه دعوا است و نظریات ارائه شده در این زمینه را می‌توان در چند نظریه خلاصه کرد:

**یکم - خویشاوندان مستحق نفقة:** بر اساس این نظریه تنها کسانی حق مطالبه جبران خسارت معنوی را دارند که مستحق نفقة از متوفی باشند. ابری و رو و عدهای دیگر از حقوق‌دانان فرانسه از این نظریه پیروی کرده‌اند.<sup>۱</sup> این نظریه را که در گذشته توسط رویه قضایی فرانسه اتخاذ شده بود،<sup>۲</sup> اگرچه بسیار ساده است نمی‌توان پذیرفت. زیرا اولاً در این نظریه خسارت مادی و معنوی خلط شده است، ثانیاً لازمه پذیرش این نظریه آن است که خویشاوندان نزدیکی چون برادران و خواهران که مستحق نفقة نیستند، نتوانند اقامه دعوا کنند. اگر چه شدیدترین لطمہ روحی و عاطفی را متحمل شده باشند.

**دوم - وراث:** بر اساس این نظریه، وراث متوفی از هر طبقه و درجه‌ای باشند، حق مطالبه خسارت عاطفی و روحی را دارند.<sup>۳</sup> اشکال عده این نظریه آن است که چه بسا افرادی از طبقات ارث که هیچ‌گونه زیان روحی را تحمل نکرده‌اند، استحقاق دریافت مالی را پیدا کنند که سبب آن وجود خارجی ندارد و از طرف دیگر ممکن است افرادی غیر از وراث واقعاً دچار خسارت معنوی شده باشند که بر اساس این نظریه، خسارت آنها نادیده گرفته می‌شود.

**سوم - خویشاوندان:** بر اساس این نظریه، خویشاوندان متوفی تا درجه معینی، حق مطالبه این نوع خسارات را دارند. در میان طرفداران این نظریه و همچنین طرفداران نظریه وراث، عدهای خواهان دعوا را از اثبات خسارتی که متحمل شده، معاف

1. Aubry, Charles et Charles — Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, t. IX, *Filiation, successions*, 6ème éd., par P. ESMEIN, L.G.D.J., 1953, p. 347.
2. Delebecque, Philippe et Frédéric — Jérôme Pansier, *Droit des obligations (Responsabilité Civil Délit et Quasi – délit)*, éditions Litec, 2001, p. 49.
3. Mazeaud, (Henri et Léon et Jean), *Traité pratique théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, T.II, 5e éd., Paris, Montchrestien, 1970, p. 1030.

دانسته و صرف وجود قربات را کافی برای اثبات دعوا می‌دانند. در مقابل عدهای دیگر از صاحبان این نظریه می‌گویند قربات نسبی یا سببی تنها حائز جنبه توصیفی است و فقط به استناد آن می‌توان اقامه دعوا کرد ولی برای گرفتن خسارت باید تحقیق زیان را اثبات کرد. این نظریه هم اشکالات نظریات قبل را دارد.

چهارم – همه کسانی که به شدت خسارت عاطفی و روحی دیده‌اند: بر اساس این نظریه همه این افراد حق مطالبه خسارت خواهند داشت. بنابراین قاضی، باید بین صدمات جزئی و لطمehای روحی خیلی شدید و جدی فرق قائل شود و با سختگیری خویش تنها دعاوی کسانی که جدا لطمeh دیده‌اند را پذیرد. این نظریه ضمن واقع‌بینی با فلسفه مسئولیت مدنی منطبق است.

در قوانین و رویه‌های قضایی کشورهای مختلف نیز این تشتبه و اختلاف دیده می‌شود که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم.

دیوان کشور بلژیک در رأی مورخ ۱۵ نوامبر ۱۹۳۸ اعلام کرده است که دعواهای جبران خسارت معنوی ناشی از لطمeh به احساسات عاطفی نباید محدود به افرادی شود که بین آنها با مجنی عليه رابطه الزام به انفاق وجود داشته است و آنچه مهم است احراز ورود خسارت توسط قاضی است.<sup>۱</sup>

در حقوق فرانسه نیز ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی این کشور از چنان اطلاقی برخوردار است که هر زیان دیده‌ای می‌تواند برای جبران خسارت خویش اقامه دعوا کند. رویه قضایی این کشور ضابطه خویشاوندان نسبی و سببی را اتخاذ کرده و مطالبه جبران خسارت معنوی از سوی همسر، پدر، مادر، خواهران و برادران را پذیرفته است. حتی دعاوی اقامه شده از طرف خاله‌ها، دایی‌ها، عمه‌ها، عموهای، نوه‌ها و نامزد نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.<sup>۲</sup> اگرچه در حقوق فرانسه حق مطالبه به درجه معین از بستگان محدود نشده است، ولی دادگاهها با تعیین معیارهایی سعی می‌کنند تا دایره طلبکاران را محدود نمایند. در اواسط قرن نوزدهم دادگاههای این کشور تنها به اثبات ضرر و رابطه سببیت اکتفا می‌کردند و به درجه نزدیکی و دوری اهمیت نمی‌دادند، لذا خوانده را به جبران خسارت معنوی دوست متوفی به جهت رنج‌های روحی که بر اثر فوت دوستش متحمل شده بود، محاکوم کردند. ولی به مرور زمان سعی شد، محدودیتی برای کسانی که استحقاق اقامه دعوا برای خسارت معنوی دارند، پدید آید. به عنوان مثال، در تاریخ ۲ فوریه ۱۹۳۱ دادگاه نسبت به جبران خسارت معنوی وارد

1. De Page, Henri, *Traité élémentaire du droit civil belge*, Bruxelles, Ets. Bruylant, 1964, p. 953.
2. Delebecque et Pansier, Op. cit, p. 49.



شده به خانمی که تربیت دختر بچه‌ای را بر عهده داشت و رابطه خاص (نسبی یا سببی) با او نداشت، حکم کرد ولی دادگاه استیناف با استدلال به اینکه رابطه نسبی یا سببی برقرار نیست آن را نپذیرفت. اما این محدودیت مدت زیادی دوام نیاورد و دادگاه‌های فرانسوی بدون وجود قرابت به جبران خسارت معنوی حکم دادند. از آن جمله دادگاه مدنی در مورخ ۲۰ فوریه ۱۹۶۷ به جبران خسارت یتیمی که در نتیجه فوت وصی اش به او لطمہ روحی وارد شده بود حکم کرد. در نهایت دادگاه‌های جزایی و مدنی با اثبات ایراد خسارت جدی، دعواهای مطالبه خسارت معنوی از ناحیه غیروارث را مورد پذیرش قرار دادند.<sup>۱</sup>

بنابراین دیگر برای جبران این خسارت، محدودیت حقوقی وجود ندارد و تنها یک محدودیت مهم وجود دارد و آن، اثبات این خسارت توسط زیان‌دیده است. در این مورد، فرض بر این است که احساسات عاطفی خویشاوندان نزدیک، جریحه‌دار شده است.<sup>۲</sup>

در حقوق سوئیس، ماده ۴۷ قانون تعهدات این کشور مقرر می‌دارد: «قاضی می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال مخصوص به هر پرونده، به مجني‌علیه یک آسیب بدنی و یا در صورت مرگ مجني‌علیه به خانواده او غرامتی عادلانه تحت عنوان خسارت معنوی بدهد». برخی از حقوق‌دانان، خانواده را به معنای مضيق یعنی کسانی که با مجني‌علیه روابط نزدیک داشته‌اند، مانند همسر و فرزندان دانسته‌اند و بعضی دیگر آن را به روابط جدی و واقعی عاطفی بین مجني‌علیه و مدعی زیان تفسیر کرده‌اند. هر چند رویه قضایی این کشور از نظریه اخیر پیروی کرده است، با این وجود محاکم سخت‌گیری لازم را به عمل می‌آورند.<sup>۳</sup> در حقوق فرانسه، بلژیک و سوئیس بیشترین خسارت معنوی به ترتیب به همسرانی که مجدها ازدواج نکرده‌اند و به فرزندان صغیری که والدینشان یا یکی از آنها را از دست داده‌اند، داده می‌شود.<sup>۴</sup>

ابتدايی ترین سیستم از آن انگلیس است. به موجب قانون مصوب ۱۹۸۲، همسران و شریکان مدنی جنسی ثبت‌شده و والدین یک بچه صغیر حق اقامه دعواهای شخصی برای مطالبه خسارت معنوی خواهند داشت و هیچ مدرکی برای اثبات دعوا لازم نیست.

1. Ibid.

۲. دادگاه‌ها برای احراز ورود خسارت، اوضاع و احوال را در نظر می‌گیرند. مثلاً اگر بیوه‌زنی، همراه با همسر سابقش دادخواست طلاق توافقی داده باشد و در این دادخواست، نه نفقة به صورت مستمری تعیین شده باشد و نه مبلغی برای جبران خسارت در نظر گرفته شده باشد، نمی‌تواند به علت مرگ همسرش ادعای ضرر و زیان معنوی یا عاطفی بکند.

3. Ibid, p. 398.

4. McGregor, Harvey, Personal injury and death, Op. cit., p. 113.

و این دعوا صرفاً مبتنی بر رابطه خویشاوندی است. مدتی پس از این قانون، کمیسیون حقوقی پیشنهاد داد که حوزه افراد مدعی باید افزایش یابد، به گونه‌ای که فرزندان، خواهر و برادرها، همسران غیر رسمی و نامزدها را هم در بر بگیرد، ولی هنوز این پیشنهاد عملی نشده است.<sup>۱</sup>

در حقوق آمریکا ایالات مختلف، معیارهای متفاوتی را برگزیده‌اند. برخی بر مبنای رابطه الزام به انفاق و برخی بر مبنای وارث بودن، عمل می‌کنند. قانون مسئولیت کارفرمایان فدرال آمریکا<sup>۲</sup>، ذینفعین را طبقه‌بندی کرده است، به صورتی که اگر عضوی از طبقه‌ی اول باشد اعضای طبقه‌ی دوم حق مطالبه خسارت ندارند. بر طبق این قانون، خسارت در درجه اول برای زن و شوهر و بچه‌های متوفی است، اگر هیچ‌کدام از آنها نبودند، خسارت برای والدین است و اگر آنها هم نبودند، خسارت برای بستگان نزدیک متوفی می‌باشد.<sup>۳</sup>

در ماده ۹۳۲ قانون مدنی یونان آمده است که اعضای خانواده می‌توانند خسارت معنوی ناشی از فوت دیگری را مطالبه کنند. در خصوص اینکه اعضای خانواده چه کسانی هستند، اختلاف نظر وجود دارد ولی عموماً دادگاه‌های این کشور دعاوی افرادی مانند ناپدری و نامادری را می‌پذیرند، ولی دعواهای همسرانی که ازدواج قانونی نکرده‌اند را نمی‌پذیرند.<sup>۴</sup>

در ژاپن، والدین، همسر و فرزندان متوفی و در استرالیا فقط فرزندان صغیر و همسر می‌توانند خسارت شخصی مطالبه کنند.<sup>۵</sup>

قوانين مدنی مصر (ماده ۲۲۶) و سوریه (ماده ۲۲۳) برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از مرگ دیگری دو شرط را لازم دانسته‌اند: اول اینکه کسی که طلب خسارت می‌کند خویشاوند متوفی تا درجه دوم یا همسر او باشد. دیگر اینکه ثابت شود واقعاً در اثر مرگ مجنی علیه درد و رنجی بر او عارض گردیده است. اقوام درجه دو عبارتند از فرزندان، نوادگان، والدین، اجداد، خواهر و برادر. بنابراین حق مطالبه خسارت بر خویشاوند درجه سوم و بالاتر و همچنین بر دوست، هر چند درجه صداقت و رفاقت او با متوفی بسیار بالا باشد، جایز نیست.<sup>۶</sup>

1. Rogers, W.V.H., Op. cit., p. 56.

2. FELA: Federal Employers' Liability Act.

3. Dobbs, Dann, Op. cit., p. 815.

4. Rogers, W.V.H., Op. cit., p. 57.

5. McGregor, Harvey, Personal injury and death, Op. cit , p. 110.

۶ ادریس، عوض احمد، منبع پیشین، ص. ۳۳۰.

### ۲-۳-۳. حقوق ایران

در حقوق ایران، قاعده مشخصی در قانون و رویه قضایی<sup>۱</sup> وجود ندارد. در ماده ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است: «دیه، حسب مورد حق شخصی مجنی عليه یا ولی دم است و ...». ماده ۳۵۱ قانون مزبور در تعریف اولیای دم می‌گوید: «ولی دم، همان ورثه مقتول است به جز زوج یا زوجه او که حق قصاص ندارد». پس اگر دیه، مبلغی مقطوع باشد که شامل خسارت معنوی نیز می‌شود، این فکر تقویت خواهد شد تنها وارثان شخص می‌توانند خسارت ناشی از مرگ او را بخواهند. ولی امروزه پذیرفته شده است که دیه مبتنی بر فرض قانونی ورود ضرر به وارثان است و لزوماً همه ضررها را شامل نمی‌شود و مدعی خصوصی می‌تواند بر مبنای تسبیب، زیان اضافی جبران نشده را از عامل زیان بخواهد.<sup>۲</sup> اگرچه ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی با قید «لزوم تجاوز به حقی که قانون برای افراد شناخته است» تا حدی از وسعت دعاوی مربوط به زیان معنوی می‌کاهد و به عنوان مثال کسی که با دیگری رابطه نامشروع داشته است، نمی‌تواند به علت مرگ او مطالبه خسارت معنوی کند، لیکن علاقه و محبت حقی نیست که قانون بتواند اداره کند و به دشواری می‌توان ادعا کرد که اگر کسی از وقوع حادثه‌ای صدمه روحی ببیند و در زمرة خوبیشان و وارثان قربانی خطاب نباشد، از حق مطالبه خسارت محروم است.<sup>۳</sup>

به نظر می‌رسد که نزدیکی درجه قرابت و همچنین وجود رابطه الزام به انفاق به تنهایی دلیل بر وجود رابطه عاطفی بین متوفی و مدعی زیان نیست. از آنجا که ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه

۱. تحقیق و جستجوی نگارنده نشان می‌دهد که تاکنون در حقوق ایران، رأیی در زمینه دعوای شخصی برای مطالبه خسارت معنوی ناشی از آسیب جسمانی وارد بر دیگری صادر نشده است.
۲. تا قبل از سال ۱۳۷۵ دیوان عالی کشور در آرای اصراری خود و اداره حقوقی وزارت دادگستری در نظرات مشورتی، جبران خسارات مازاد بر دیه را غیر شرعاً و خلاف قانون می‌دانست. در سال ۱۳۷۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور در نظریه شماره ۶ مورخه ۱۳۷۵/۴/۵ لزوم جبران خسارات مازاد بر دیه را پذیرفت: «نظر به اینکه از احکام مربوط به دیات و فحوای مواد قانون راجع به دیات، نفی جبران سایر خسارات وارد به مجنی عليه استبطان نمی‌شود و با عنایت به اینکه منظور از خسارت و ضرر و زیان وارد همان خسارت و ضرر و زیان متناول عرفی می‌باشد، لذا (بنابر) مستفاد از مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی و با التفات به قاعده کلی لاضر و همچنین قاعده تسبیب و اتلاف لزوم جبران این‌گونه خسارات بلاشکال است (دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ج. ۲، ۱۳۷۵)، صص ۸۷ - ۱۰۲ - ۱۳۹ - ۱۶۸). به دنبال آن اداره حقوقی هم در نظریات مشورتی خود از دیدگاه سابق خود عدول و جبران خسارات مازاد بر دیه را پذیرفت (نظریه شماره ۴۱۲۵ - ۷ مورخه ۱۳۷۶/۷/۱۲ و نظریه شماره ۴۱۳۵ - ۷ مورخه ۱۳۷۷/۷/۲۶).
۳. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۲۶۸.

بیاحتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده، لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی و معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.<sup>۱</sup> هر زیان‌دیده‌ای، حتی اگر از وراث نباشد می‌تواند مطالبه خسارت معنوی کند و دادگاه باید فقط به وجود رابطه جدی و محکم بین مدعی زیان و مجنی‌علیه توجه کند و تشخیص دهد که آیا لطمہ روحی ادعایی واقعاً عمیق و جدی است یا نه و در اثبات صدمه روحی سختگیری کند. در نتیجه اثبات این امر، سدی در برابر کثرت این‌گونه دعاوی می‌شود. در مورد خویشان نزدیک مثل فرزند، والدین و همسر متوفی، درجه قربات، اماره بر وجود چنین تأثیری است و آنان را می‌نیاز از اقامه دلیل می‌کند، ولی این اماره هم مانند سایر امارات، قابلیت اثبات خلاف آن وجود دارد و وجود شرایطی خاص می‌تواند آن را رد کند.<sup>۲</sup> به عنوان مثال، شوهری که عملًا جدا از همسرش زندگی می‌کند و یا زنی که تقاضای طلاق کرده است و در آستانه طلاق قرار دارد، نمی‌تواند استناد به وجود تالمی نماید که از مرگ همسرش ناشی می‌شود. در مقابل درباره افراد غیر خویشاوند، عدم تالم واقعی، اماره می‌باشد. بنابراین هنگامی که مدعی زیان از خویشاوندان نزدیک متوفی نیست یا فقط دوست او می‌باشد، باید غیرعادی بودن وضع او احراز شود و همین امر می‌تواند از گستره این دعاوی بکاهد. دادگاه پس از قبول دعوا، باید به تقسیم ضرر و زیان بین مدعیان خسارت به‌طور مساوی یا بر اساس ضابطه اirth حکم کند، بلکه باید در هر مورد به نسبت صدمات روحی وارده بر یکایک آنها، اتخاذ تصمیم کند.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا فرزندان طبیعی و همسران غیر رسمی هم از این اماره برخوردارند یا خیر. امروزه عموماً در همه نظام‌های حقوقی حق فرزندان نامشروع برای مطالبه جبران خسارت مربوط نفقه پذیرفته شده است<sup>۳</sup> ولی حق والدین طبیعی برای خسارت مربوط به نفقه از چنان عمومیتی برخوردار نیست. در نظام کامن‌لا، اولین بار انگلستان حق این فرزندان را در سال ۱۹۳۴ به رسمیت شناخت.<sup>۴</sup> در آمریکا، در میان طبقه‌هایی که ذینفعان خسارت را مشخص می‌کند، ذکری از فرزندان نامشروع و والدین طبیعی نشده است؛ ولی اخیراً دیوان عالی ایالات متحده رأی داده

۱. در سوئیس، در پرونده‌ای که تمام اعضای خانواده، خسارت معنوی ناشی از مرگ فرزند آن خانواده را مطالبه کردند، دادگاه حکم به رد دعوای فرزند دیگر آن خانواده (برادر متوفی) داد و استدلالش این بود: از آنجا که او جدای از خانواده زندگی می‌کند، در نتیجه فشار روحی زیادی را متحمل نشده است.

(McGregor, Harvey, Personal injury and death, Op. cit., p. 112)

۲. به عنوان مثال، ماده ۴۳۳ قانون مدنی ایتالیا در مقام بیان افراد واجب‌النفقة، فرزندان طبیعی را نیز ذکر می‌کند.  
<http://www.italian-lawyers.com/en/italian-civil.html>

3. McGregor, Harvey, Personal injury and death, Op. cit., p. 93.

است که تبعیض قانون بین خویشاوندان مشروع و غیرمشروع، خلاف قانون اساسی است؛  
 چرا که اصل حمایت مساوی در اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی را نقض می‌کند.<sup>۱</sup>  
 در حقوق ایران با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ - ۱۳۷۶/۴/۳ هیأت  
 عمومی دیوان عالی کشور<sup>۲</sup>، فرزندان طبیعی از کلیه حقوق اطفال مشروع به جز ارث  
 برخوردار هستند و سایر حقوق و تکالیف والدین طبیعی، مثل حضانت و ولایت و نفقة  
 باقی است.<sup>۳</sup> امام خمینی (ره) در یکی از فتاوی خویش به این معنی اذعان کرده‌اند.<sup>۴</sup> لذا  
 هم فرزند طبیعی در صورت فوت پدر یا مادر و هم والدین طبیعی در صورت مرگ  
 فرزند، از اماره مذکور برای مطالبه خسارت معنوی برخوردارند. اما در مورد همسران  
 غیررسمی، در حقوق ما هریک از زن و مردی که با یکدیگر رابطه نامشروع داشته و در  
 اثر مرگ دیگری دچار خسارت مالی و معنوی شده‌اند، نمی‌توانند مطالبه خسارت کنند،  
 چرا که پذیرش چنین دعواهای اولاً خلاف اخلاق حسن و نظم عمومی است و ثانیاً از  
 ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی که از لطمہ زدن به حق قانونی اشخاص سخن می‌گوید  
 می‌توان همین معنی را استنباط کرد. زیرا در این زمینه حقی که مورد حمایت قانون  
 باشد، وجود ندارد. تردیدی نیست که حکم به جبران خسارت در رابطه یک زن و مرد،  
 در خارج از عقد نکاح اگر نه به معنای تشویق روابط آزاد جنسی، دست‌کم به معنای  
 تجویز و اباحه آن است و این امر، حتی میان زن و مردی که مجرد هستند، مخالف نظم  
 عمومی و اخلاق حسنی است.

آری، در رابطه نکاح موقت، می‌توان امکان جبران خسارت را به رسمیت شناخت.  
 به این صورت که برای مطالبه خسارت معنوی مانند سایر خویشاوندان، در مورد او هم  
 قائل به وجود اماره مبنی بر ورود خسارت شویم.

#### ۴. جایگاه دیه در دعاوی بازماندگان برای مطالبه خسارت معنوی

از آنجا که در حقوق ایران در زمینه آسیب‌های جسمانی اعم از کشنده و  
 غیرکشنده، نهاد دیه پیش‌بینی شده است، این تردید به وجود آمده که آیا خسارت  
 معنوی ناشی از صدمات جسمی و فوت جدای از دیه قابل مطالبه است یا دیه، مبلغ

1. Ibid, p. 95.

2. رأی وحدت رویه ۶۱۷ - ۱۳۷۶/۴/۳: «زنانی پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه و پرداخت نفقة فرزند نامشروع بر عهده وی می‌باشد».

3. صفایی، سیدحسین؛ و اسدآ... امامی، حقوق خانواده، جلد ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۸، ص. ۳۴۲.

4. امام خمینی (ره) در پاسخ به این سؤال که نفقة ولدالزنا را چه کسی باید پیردازد؟ فرمودند: نفقة او بر عهده پدر است (کریمی، حسین، موارین قضایی از دیدگاه امام خمینی، جلد ۱، قم، انتشارات شکوری، ۱۳۶۵، ص. ۱۳۵).

مقطوعی است برای جبران همه زیان‌های مادی و معنوی. دیه، مبلغ مقطوع و حداقل ضرر مسلمی است که فرض می‌شود برای جبران خسارت زیان‌دیده از جرم و مجازات مرتكب کافی است و اثبات ورود آن نیازی به دلیل اضافی ندارد. لیکن وجود این فرض، مانع از آن نمی‌شود که قربانی جرم ورود خسارت بیشتری را اثبات کند.<sup>۱</sup>

همچنین دیه بنا به فرض دست کم بخشی از تمام خسارات اعم از مالی و معنوی را پوشش می‌دهد، زیرا دلیل وجود ندارد که دیه را تنها جبران‌کننده خسارت معنوی را هزینه‌های پزشکی یا خسارت از کارافتادگی و یا سایر انواع خسارت‌ها بدانیم.<sup>۲</sup>

در موردی که آسیب جسمانی وارد بر شخص، غیرکشنه باشد و وی پس از مدتی به دلیل دیگری فوت کند، به شخص زیان‌دیده، دیه اعضا تعلق می‌گیرد. در صورتی که حکم قطعی به پرداخت دیه اعضا صادر شده باشد، این طلب به دارایی متوفی پیوسته است و وراث می‌توانند به قائم مقامی متوفی آن را وصول کنند. در غیر این صورت، وراث او فقط با اثبات خسارت واقعی وارد بر متوفی می‌توانند به قائم مقامی دیه اعضا را مطالبه کنند و وراث نمی‌توانند خسارت را تا همان میزانی که خود مورث می‌توانست مطالبه کند، از شخص مسئول مطالبه کنند.<sup>۳</sup> لذا با پذیرش نظریه عدم امکان انتقال مطالبه خسارت معنوی به وراث، خسارت معنوی در این ارزیابی منظور نمی‌گردد. در صورتی که آسیب وارد بر شخص، کشنه باشد، دیه فوت تعلق می‌گیرد. به نظر می‌رسد که دیه فوت، در واقع برای جبران ضرر شخصی اولیای دم در نظر گرفته شده است که بنا به مصالحی برای پرداخت دیون متوفی و تقسیم بر اساس قواعد ارث، در شمار ترکه می‌آید.<sup>۴</sup> بنابراین دیه‌ای که به وراث تعلق می‌گیرد زیان معنوی ناشی از فوت مورث را هم دربرمی‌گیرد و وراث نمی‌توانند جدای از دیه، خسارت شخصی و انعکاسی را مطالبه کنند. همچنین در مطالبه دیه اعضا توسط زیان‌دیده و مطالبه دیه فوت توسط وراث می‌توان با اثبات ورود خسارت بیشتر، مازاد بر دیه را مطالبه کرد چرا که این اشخاص خسارت شخصی را مطالبه می‌کنند ولی در مطالبه دیه اعضا توسط وراث، این امکان در خصوص خسارت معنوی وجود ندارد، چون آنها خسارت وارد بر متوفی را مطالبه می‌کنند و پذیرفتیم که امکان مطالبه خسارت معنوی به قائم مقامی وجود ندارد.

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۲۶۴.

۲. ایزانلو، محسن، «استرداد مزایای تأمین اجتماعی از محل دین مسئولیت مدنی»، منبع پیشین، ص. ۴۴.

۳. ایزانلو، محسن؛ و عباس میرشکاری، «ارث دیه»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص. ۵۰.

۴. کاظمی، محمود، آثار رضایت زیان‌دیده در مسئولیت مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص. ۱۵۲.

---

از طریق دیه فقط خسارت شخصی و راث جبران می‌شود، چرا که بر طبق ماده ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی دیه به اولیای دم که همان راث متوفی هستند تعلق می‌گیرد و بر طبق نظری که پذیرفته شد، سایر بازماندگان هم می‌توانند با اثبات خسارت معنوی ناشی از فوت دیگری، از عامل زیان مطالبه خسارت کنند. همان طور که در فرض گرفتن دیه اعضا توسط زیان دیده یا توسط وراثش به قائم مقامی از وی، سایر اشخاص می‌توانند با اثبات ورود خسارت معنوی ناشی از آسیبی که به زیان دیده وارد شده است، مطالبه خسارت کنند. اما همان طور که گفته شد، رویه قضایی ایران هیچ‌گاه تمایلی به پذیرش این‌گونه دعاوی نداشته است. از این رو شایسته است که قانون‌گذار ضمن به رسمیت شناختن نظریه جبران خسارت به وسیله دیه، جبران خسارت مادی و معنوی زاید بر آن را به روشنی مورد پذیرش قرار دهد.

## نتیجه‌گیری

خسارت معنوی ناشی از خدمات جسمانی امری پذیرفتی است ولی در مورد امکان اقامه آن توسط وراث به قائم مقامی متوفی، تردید وجود دارد. به نظر می‌رسد با توجه به ارتباط سرمایه معنوی با شخصیت زیان‌دیده، این دعوا قابل انتقال نباشد. اما بازماندگان می‌توانند خسارتی را که شخصاً در نتیجه صدمه و مرگ دیگری متحمل شده‌اند، مطالبه کنند که در کشورهای مختلف، ضوابط خاصی برای تعیین این افراد وجود دارد. دیه فوت که در حقوق ما برای خدمات جسمانی پیش‌بینی شده است، حداقلی است که شامل خسارت مالی و معنوی شخص وراث می‌شود و برای مطالبه آن نیازی به اثبات ورود خسارت نیست. همچنین غیر وراث هم که از فوت متوفی متحمل زیان معنوی شده‌اند، می‌توانند مطالبه خسارت کنند. در خدمات غیرکشنده که به زیان‌دیده اصلی دیه اعضا تعلق می‌گیرد، زیان‌دیدگان تبعی می‌توانند با اثبات ورود خسارت معنوی، آن را مطالبه کنند. از آنجا که در حقوق ما ضابطه خاصی برای تعیین دامنه افراد مستحق وجود ندارد، دادگاهها باید دعوای شخصی هر زیان‌دیده‌ای را که به‌طور جدی متحمل زیان معنوی شده است، بپذیرند و در اثبات ورود خسارت سخت‌گیری کنند؛ هر چند خویشاوندان نزدیک از اماره ورود زیان برخوردارند.

## منابع

- آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، جلد ۱، تهران، انتشارات سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
- النقيب، عاطف، المسئوليه الناشنه عن الفعل الشخصي، بيروت، منشورات عوایدات، بي.تا.
- ادریس، عوض احمد، دیه، ترجمه علیرضا فیض، چاپ دوم، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۷.
- ایزانلو، محسن، «استرداد مزایای تأمین اجتماعی از محل دین مسئولیت مدنی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۸، شماره ۱، ۱۳۸۷.
- \_\_\_\_\_، شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- ایزانلو، محسن؛ و عباس میرشکاری، «ارث دیه»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹.
- دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور، ج ۲، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی (همراه با آرای دیوان عالی کشور)، ترجمه مجید ادیب، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- سلطانی نژاد، هدایت... مسئولیت مدنی (خسارت معنوی)، چاپ اول، تهران، انتشارات نورالشقلین، ۱۳۸۰.
- سنهوری، عبدالرازق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ۱، چاپ سوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۹۹۸.
- صفائی، سیدحسین؛ و اسدآمیر امامی، حقوق خانواده، جلد ۲، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
- قاسمزاده، سید مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، چاپ هفتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- کاظمی، محمود، آثار رضایت زیان دیده در مسئولیت مدنی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- کریمی، حسین، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، جلد ۱، قم، انتشارات شکوری، ۱۳۶۵.
- لارگیه، ڦان، آین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه حسن کاشفی اسماعیلزاده، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- نقیبی، سید ابوالقاسم، خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظامهای حقوقی معاصر، چاپ اول، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۶.

- 
- Aubry, Charles et Charles – Frédéric Rau, Cours de droit civil français, t. IX, Filiation, successions, 6ème éd., par P. ESMEIN, L.G.D.J., 1953.
  - Black, Henry Campbell, Black's law Dictionary, 6th ed, West Publishing Co, 6th ed, 1990.
  - Chartier, Yves, La réparation du préjudice, paris, Dalloz, 1983.
  - Delebecque, Philippe et Frédéric – Jérôme Pansier, Droit des obligations (Responsabilité Civil Délit et Quasi – délit), éditions Litec, 2001.
  - De Page, Henri, Traité élémentaire du droit civil belge, Bruxelles, Ets. Bruylant, 1964.
  - Dobbs, Dann B., Law of Tort, West Group, 2000.
  - Jourdain, Patrice, Les principes de la responsabilité civile, 8e éd., Dalloz, 2010.
  - Kiriza Mashali, Arsene, La réparation du préjudice moral en droit congolais, disponible à [http://www.memoireonline.com/03/11/4301/m\\_La\\_reparation\\_du\\_prestige\\_moral\\_en\\_droit\\_congolais7.html](http://www.memoireonline.com/03/11/4301/m_La_reparation_du_prestige_moral_en_droit_congolais7.html)
  - Koziol, Helmut, “Wrongful death – Basic Question”, Annual Conference on European Tort Law, Vienna, 2007 in: Koziol, Helmut; and Barbara C. Steininger, Tort and Insurance Law Yearbook, Springer, 2008.
  - Le Tourneau, Philippe, Droit de la responsabilité, Paris, Dalloz, 1996.
  - \_\_\_\_\_, Droit de la responsabilité et des contrats, paris, Dalloz, 2002.
  - Mazeaud, (Henri, Léon et Jean) et Francois Chabas, Leçons de Droit Civil, T.II, 9e éd, Paris, Montchrestien, 1998.
  - Mazeaud, (Henri et Léon et Jean), Traité pratique théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, T.II, 5e éd., Paris, Montchrestien, 1970.
  - Mazeaud, (Henri et Léon) et André Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, T.I, 5e éd., Paris, Montchrestien, 1956.

- 
- McGregor, Harvey, McGregor on damages, 17th ed, London, Sweet & Maxwell, 2003.
  - \_\_\_\_\_, Tort, “Personal injury and death”, in: Tunc, André, International Encyclopedia of Comparative Law, vol XI, J.C.B. Mohr Publisher, 1983.
  - Planiol et Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français, par Paul Esmein, T.VI, 2e éd, Paris, 1952.
  - Prosser, William L., The law of tort, 2nd ed, California, West Publishing Co., 1995.
  - Rogers, W.V.H., “Death and Non Pecuniary Loss”, Annual Conference on European Tort Law, Vienna, 2007 in: Koziol, Helmut and Barbara C. Steininger, Tort and Insurance Law Yearbook, Springer, 2008.
  - Savatier, René, Traité de la responsabilité civil en droit français, T.II, 2e éd, Paris, 1951.
  - Starck, Boris, and Henri Roland and Laurent Boyer, Obligations: Responsabilité délictuelle, 2e éd., 1985.
  - Viney, Geneviève et Patrice Jourdain, Les Conditions de la responsabilité, 2e éd, Paris, L.G.D.J., 1998.

## آسیب‌شناسی نظام مالیاتی ایران و تبیین علل مؤثر در بروز آسیب‌ها

\* سیدمهدی احمدی‌موسوی\*

\*\* محمد صالح‌ولیدی\*\*

\*\*\* علی نجفی‌توانا\*\*\*

### چکیده

مالیات‌ها به عنوان یکی از مهم‌ترین منابع درآمدی دولت محسوب می‌گردند. وصول سریع، کم هزینه و ثبات این قبیل از درآمدها، سبب روی آوردن بسیاری از کشورها به این‌گونه از درآمدها به عنوان درآمد اصلی و پایدار خود بوده است. نظام مالیاتی در ایران نیز در دوران معاصر و در راستای اجرای این سیاست و تبدیل مالیات به عنوان اصلی‌ترین منبع درآمد دولت گام‌های مؤثری برداشته است. به رغم تلاش‌های موثر در این خصوص، نظام مالیاتی ایران دچار چالش‌ها و آسیب‌های متعددی است که می‌باشد مورد توجه قرار گیرد. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که نابسامانی قانونی به عنوان اولین و مهم‌ترین آسیب وارد بر نظام مالیاتی محسوب می‌گردد. ابهام، عدم ثبات و تورم منابع فروق‌قانونی (بخشنامه‌های مالیاتی) در کنار سیاست کیفری نامتناسب و غیرمنطقی از جمله آسیب‌های قانونی در نظام مالیاتی ایران به شمار می‌آیند. از سوی دیگر عدم تمکین مؤدیان مالیاتی یا تمکین ناقص و نامناسب آنها از دیگر خدمات و چالش‌های موجود در نظام مالیاتی ایران می‌باشد. در ایجاد این‌گونه آسیب‌ها، عوامل متعددی از جمله عدم توجه قانون‌گذار و سیاست‌گذاران قانونی به ضرورت تدوین قانون منسجم و رفع ایرادات قانونی، سیاست کیفری غیرمؤثر و ناکارآمد، فقدان زیرساخت مناسب در جهت پیشگیری از قانون‌گریزی مالیاتی در قالب عدم

\* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی (نویسنده مسئول)  
mousavi.ahmadi@gmail.com

\*\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی  
validy.saleh@gmail.cim

\*\*\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی  
najafi.tavana@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۰/۹ تاریخ پذیرش: ۹۳/۰۹/۶

---

تمکین مالیاتی، نابسامانی فرهنگ مالیاتی و وجود چالش‌های اقتصادی دخالت دارند که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

**کلیدواژه‌ها:** مالیات، نظام مالیاتی، عدم تمکین مالیاتی، سیاست کیفری مالیاتی، سیاست پیشگیرانه مالیاتی.

## مقدمه

امروزه، در پرتو مطالعات نوین مالی و اقتصادی، مالیات به عنوان رکن اصلی درآمدهای دولت‌ها محسوب گردیده و ثبات و پایداری این نوع از درآمدها در برابر درآمدهای ناپایدار، دستیابی به یک نظام مناسب مالیاتی را برای کشورها ضروری ساخته است. نظام مالیاتی ایران از ابتدای دوره شکل‌گیری خود و بهویژه در طی دوره تدوین قوانین مالیاتی تاکنون همواره با چالش‌های متعددی همراه بوده که این امر دستیابی به اهداف نهایی این نظام و رسیدن به وضعیت مطلوب را دچار مشکل نموده است. بدین ترتیب، نظام مالیاتی ایران، صرف نظر از اقدامات مؤثری که در سال‌های اخیر در راستای اصلاح ایرادات پیشین صورت گرفته است، از آسیب‌ها و چالش‌های متعددی رنج می‌برد که این امر سبب بروز نتایج نامتعارفی از جمله پایین‌بودن غیرمنطقی سهم مالیات در تولید ناخالص ملی، پایین‌بودن سهم مالیات در بودجه سالانه در مقایسه با دیگر کشورها و بهخصوص کشورهای دارای اقتصاد و رشد اقتصادی مشابه و بروز توسعه نظام گریزی و قانون گریزی مالیاتی، بوده است.

شناخت اقسام آسیب‌ها در نظام مالیاتی ایران از نظر گاه حقوقی و بیان عوامل شکل‌گیری و تکوین آنها موضوع مورد بحث این مقاله به حساب می‌آید. بر این اساس شناخت و تبیین انواع آسیب‌های قانونی و حقوقی از جمله فقدان کیفیت قوانین و مقررات مالیاتی در زمینه‌های ماهوی و شکلی که سبب ابهام و نارسانی و همچنین پیچیدگی نظام مالیاتی گردیده است؛ و نیز عدم ثبات قوانین و مقررات مالیاتی که منجر به حذف ناروا و غیرمنطقی برخی پایه‌های مفید مالیاتی گردیده، مد نظر قرار گرفته است. علاوه بر این، چالش و آسیب نظم و قانون گریزی مالیاتی نیز در کار چالش‌ها و آسیب‌های حقوقی و قانونی مورد بررسی واقع می‌گردد.

بیان اقسام آسیب‌ها در مطالعات آسیب‌شناسانه بدون بیان و توصیف عوامل مؤثر در وقوع آسیب و صدمات به لحاظ علمی فایده‌مند نیست. بنابراین توصیف عوامل مؤثر در پدید آمدن آسیب و صدمات وارد بر نظام مالیاتی ایران از دیگر موارد مطرح در این پژوهش می‌باشد. بدین لحاظ علل و عوامل ناکارآمدی قوانین و مقررات از جمله فقدان اولویت و یا ناتوانی قانون‌گذار در تدوین و یا اصلاح سیاست قانونی مناسب، فقدان اراده واقعی در تدوین مقررات بازدارنده و در برداشته ضمانت اجرای مناسب در راستای بازدارندگی و پیشگیری از نقض قوانین و الزامات مالیاتی نقص و نارسانی در ایجاد و عملی کردن راهبردهای پیشگیرانه وضعی و اجتماعی و همچنین علل ایجاد و تکوین پدیده عدم تمکین مالیاتی همچون علل اقتصادی، فرهنگی و قانونی مورد توجه قرار

گرفته است. بر این اساس، این پژوهش در دو بخش کلی مشتمل بر بیان و توصیف اقسام آسیب‌ها و بیان علت‌شناسی آنها تنظیم گردیده است.

## ۱. بررسی و توصیف اقسام آسیب‌ها در نظام مالیاتی ایران

نظام مالیاتی، برخوردار از کارکردها و اهداف متعددی از جمله تأمین درآمدهای عمومی کشور از طریق تأمین بخش مهمی از بودجه دولت، ترویج و توسعه عدالت و برابری اقتصادی از طریق بازتوزیع ثروت در جامعه و کاهش نابرابری اقتصادی و فاصله طبقاتی، ایجاد ثبات اقتصادی از طریق کاهش نوسانات اقتصادی در دوران رکود اقتصادی و تعدیل و جهت‌دهی فعالیت‌های اقتصادی می‌باشد.<sup>۱</sup> از این‌رو، وجود نقص و نارسایی در این نظام و سیاست‌های مرتبط با آن سبب عدم دستیابی و یا کاهش دستیابی به اهداف موردنظر نظام مالیاتی گردیده و نابسامانی مالی و اقتصادی دولت را در پی خواهد داشت.

نابسامانی‌ها و چالش‌های نظام مالیاتی ایران در درجه نخست ریشه در نقایص و نارسایی‌های قوانین و مقررات دارد. شناخت نابسامانی‌های قوانین و مقررات در قلمرو قانون اساسی، قوانین عمومی مالیاتی و مقررات مرتبط با آن در ایجاد و اصلاح مقررات و سیاست‌گذاری قانونی جدید و پیشگیری از آسیب‌ها نقش مستقیم دارد. از دیگر سو، در کنار وجود نقایص و آسیب‌های قانونی، پدیده نظام‌گریزی و وجود نابسامانی در تمکین مالیاتی به عنوان آسیب جدی در روند اعمال سیاست‌های مالیاتی و توسعه نظام مالیاتی محسوب می‌گردد. تمکین مالیاتی در ادبیات مالیاتی به عنوان مهم‌ترین هدف نظام مالیاتی کارا و مؤثر به شمار آمده و بنابراین عدم تمکین مالیاتی که به صورت اجتناب از پرداخت مالیات و فرار مالیاتی جلوه‌گر می‌شود، مانع مهمی در دستیابی به اهداف مالیاتی محسوب می‌گردد.<sup>۲</sup>

### ۱-۱. توصیف نقایص و آسیب‌های قوانین و مقررات مالیاتی

نقایص و آسیب‌های قانونی و حقوقی، مهم‌ترین چالش و آسیب در نظام مالیاتی محسوب می‌گردد. سیاست‌های بنیادین نظام حاکم پیرامون مالیات‌ها در قانون اساسی متجلی گردیده و قوانین عمومی مصوب نهاد قانون‌گذاری به لحاظ ضرورت انطباق با سیاست‌های کلی نظام حاکم، در راستای قانون اساسی و انطباق با آن تصویب می‌گردند. حاکمیت قانون در امور مالیاتی و درک ضرورت‌های آن توسط قانون‌گذار به عنوان

۱. دعایی، محمدعالی، «توزیع بار مالیاتی در ایران»، ماهنامه حسابدار، شماره ۱۱۵، ۱۳۸۵، ص. ۲۹.

۲. عبادی، جعفر، مباحثی در اقتصاد خرد، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۹، ص. ۲۳۹.

یکی از شاخص‌های اساسی حکمرانی خوب محسوب می‌گردد.<sup>۱</sup> بنابراین عدم وجود و پیش‌بینی تضمین‌های قانونی و ضروریات تقنیتی در قوانین و مقررات و یا نقص و ابهام در این‌گونه از قوانین، آسیبی جدی در روند اجرای برنامه‌ها و سیاست‌های مالیاتی محسوب می‌گردد.

### ۱-۱. وجود نقص در تضمین‌های اساسی و بنیادین قانونی

نظام اقتصادی، مالی و مالیاتی و عملکرد مرتبط با آن، ریشه در سیاست‌گذاری بنیادین و اولیه موجود در قانون اساسی دارد. بدین لحاظ، عدم پیش‌بینی و وضع قواعد اقتصادی و مالیاتی در قانون اساسی به لحاظ مطابقت قوانین عمومی با این قانون به عنوان چالشی جدی در روند اجرای سیاست‌های مالیاتی محسوب می‌گردد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل پنجه و یکم خود «اصل قانونی بودن مالیات» را مورد توجه قرار داده است. مطابق این اصل: «هیچ نوع مالیات وضع نمی‌گردد مگر به موجب قانون. موارد معافیت، بخشنودگی و تخفیف مالیات به موجب قانون مشخص می‌گردد». بنابراین در قانون اساسی، اصل قانونی بودن مالیات‌ها مورد پذیرش قرار گرفته است. حال آنکه پرداختن به اصول دیگر نظیر «اصل عدم تبعیض مالیاتی» و «اصل عدم ابهام در قوانین مالیاتی» نه در قانون اساسی و نه در دیگر قوانین مورد توجه قرار نگرفته‌اند. بنابراین بی‌جهت نیست که گفته شود ابهامات و نارسانی‌های نظام مالیاتی و قوانین و مقررات مرتبط با آن، ریشه در مشکلات، نارسانی‌ها و نقایص بنیادین دارد. مالیات چه به عنوان یک ارزش اجتماعی و چه به عنوان حق حاکمیت و تکلیف شهروندان بایستی برخوردار از تضمین‌های اساسی و کلان در قوانین اساسی باشد.

### ۱-۲. فقدان یا نقص در کیفیت قوانین و مقررات مالیاتی

حاکمیت قانون، اقتضای تدوین قوانین عمومی، شفاف، منطبق با نیازهای اجتماعی و مستمر و با ثبات را می‌نماید. این امر هدف اصلی تدوین قوانین و حاکمیت قانون، یعنی اداره نظام اجتماعی و راهنمایی شهروندان را تضمین می‌نماید. نظام مالیاتی ایران در بعد قانون‌گذاری و تنظیم مقررات به دو نهاد قانون‌گذار و نهاد اجرایی وابسته است. بنابراین منابع الزام‌آور و اجرایی در نظام مالیاتی توسط دو نهاد قانون‌گذار و دولت تهیه و تنظیم می‌گردد. تعهد و تورم ناروای قوانین و مقررات مالیاتی از یک سو و ابهام و عدم شفافیت قوانین مالیاتی از سوی دیگر، بعد قانونی و هنجاری نظام مالیاتی ایران را دچار چالش اساسی نموده است. تورم قانونی و فقدان شفافیت و وجود ابهام در قوانین و

۱. زارعی، محمدحسین، «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۱.

مقررات مالیاتی به عنوان دو عامل مهم تأثیرگذار بر کیفیت قوانین و مقررات مالیاتی محسوب می‌گردند. ابهامات متعدد در قوانین مالیات‌های مستقیم و مالیات بر ارزش افزوده، از جمله درآمد کتمان‌شده یا هزینه‌های غیرواقعی غیر قابل قبول در ماده ۱۹۲ قانون مالیات‌های مستقیم و ابهام در نوع این گونه درآمدها و هزینه‌ها، موضوع بخشنامه شماره ۱۷۹۴۰ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۲، ابهامات متعدد در زمینه سیاست کیفری مالیاتی از جمله جرم‌انگاری و تعیین مجازات در مواد ۲۰۱ و ۲۳۱ این قانون و موارد متعدد دیگر قابل بررسی است. همچنین در قانون مالیات بر ارزش افزوده نیز مواردی از جمله ابهام در تعریف و بیان مالیات بر ارزش افزوده (ماده<sup>۳</sup>۳)، ابهام در شمول معافیت‌های قانونی (موضوع بند ۴ ماده ۱۲) را می‌توان مورد اشاره قرار داد.

انبوه مقررات مرتبط با مالیات‌ها در قالب آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها به عنوان مقررات تفویضی در حوزه مالیاتی خودنمایی می‌کند که اطلاع و آگاهی از قوانین و مقررات متعدد و در کنار آن آرا و نظریه‌های الزام‌آور نهادهای نظارتی برای مرتبطین با مالیات ضروری است. تعدد قوانین و مقررات مالیاتی از نشانه‌های پیچیدگی قانونی محسوب گردیده که اثرات منفی چون عدم تمکین مالیاتی و قانون‌گریزی مالیاتی را به دنبال داشته است. تأثیر تعدد و تورم قوانین و مقررات مالیاتی بر پیچیدگی قوانین مالیاتی تا بدان حد است که یکی از ارکان برنامه‌های اصلاح مالیات در نظام‌های مختلف، ساده‌سازی قوانین و رفع ابهامات ناشی از آن بوده است.<sup>۱</sup> علاوه بر این وجود ابهامات متعدد در قوانین و عدم ثبات آنها نیز در کیفیت قوانین و مقررات تأثیر مستقیم داشته است. اثر اولیه ابهام در قوانین، پیچیدگی نظام مالیاتی و در پی آن تعدد مقررات تفسیری یا اجرایی مرتبط با آن از جمله بخشنامه‌ها می‌باشد. حجم بالای بخشنامه‌های صادره در دوره‌های مختلف قانون‌گذاری مالیاتی و کاسته نشدن از میزان آنها تا کنون گویای تورم این گونه مقررات می‌باشد.<sup>۲</sup> عدم ثبات قوانین و مقررات مالیاتی که در نتیجه تغییر رویکردهای مالی دولت و نهادهای مالی است نیز به عنوان چالشی مهم و اساسی در این‌باره محسوب می‌گردد. تغییرات بنیادین در سیاست‌های مالیاتی از جمله حذف ناروای پایه‌های مهم مالیاتی همچون مالیات بر مجموع درآمد و احیای دوباره آن یا

۱. زایر، آیت، «جایگاه ساده‌سازی در برنامه‌های اصلاح مالیاتی، تجربه جهانی و چالش‌های نظام مالیاتی ایران»، فصلنامه مالیات، شماره ۷، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۶.

۲. در سایت مرکز اطلاع‌رسانی سازمان امور مالیاتی کشور بیش از دو هزار نسخه بخشنامه، آیین‌نامه، رأی شورای عالی مالیاتی، رأی دیوان عدالت اداری و سایر مصوبات وجود دارد که از این میان ۱۲۰۰ نسخه بخشنامه، ۳۳۰ نسخه آیین‌نامه، ۲۰۰ رأی شورای عالی مالیاتی و ۲۳ نظریه مالیاتی در زمینه‌های مختلف وجود دارد.

جهت اطلاع از این حجم و دوره زمانی تصویب و اعمال آنها مراجعه کنید به:  
<http://www.Intemedia.research.ir>

کم توجهی به پایه‌های مهم مالیاتی همچون مالیات‌های سبز، بی‌ثباتی در پیش‌بینی و اجرای واکنش مناسب در قبال نظم‌گریزی و قانون‌گریزی مالیاتی در طول مدت قانون‌گذاری مالیاتی از نمودهای مهم عدم ثبات و تغییرات بنیادین در سیاست تقنینی مالیاتی محسوب می‌شود. ساده‌سازی قوانین از طریق رفع ابهام و ثبات آنها به مانند رفع تورم و تعدد قوانین مالیاتی در اولویت عملکرد دولتها در راستای اصلاحات بنیادین مالیاتی بوده است.<sup>۱</sup>

## ۲-۱. وجود ضعف و نارسایی در سیاست کیفری و آیین دادرسی مالیاتی

سیاست کیفری به عنوان بخشی از سیاست جنایی، با تکیه بر پاسخ‌های کیفری و سرکوبنده به دنبال تبیین اهداف و رسالت‌های حقوق کیفری است.<sup>۲</sup> در نظام مالیاتی به عنوان بخشی از نظام اقتصادی، سیاست کیفری با تنیه و سرکوب متجاوزان به قانون، توصیف و بیان اهمیت ارزش‌های مالیاتی و حمایت از قربانیان این‌گونه از جرایم ایجاد گردیده است. در قانون مالیات‌های مستقیم ایران (مصوب ۱۳۶۱ و اصلاحات ۱۳۸۰)، ضعف سیاست کیفری به لحاظ بی‌توجهی قانون‌گذار به تدوین و اجرای پاسخ‌های کیفری مناسب، مشهود می‌باشد. نگاهی به مقررات قانونی در این زمینه گویای این نوع از نابسامانی است. این امر مبارزه مؤثر علیه عوامل ایجاد‌کننده و تشدید‌کننده آسیب را دچار اشکال اساسی نموده است. همچنین ایرادات متعددی در اصلاحات اخیر قانون مالیات‌های مستقیم (اصلاحات سال ۱۳۹۲) وجود دارد که در این بخش بدان پرداخته می‌شود.

### ۱-۱. وجود نقاچیص بنیادین در سیاست کیفری مالیاتی موجود

ضعف و نارسایی و عدم تناسب پاسخ‌های کیفری با رفتارهای ناقض قانون و مولد آسیب همچون رفتارهای مبتنی بر عدم تمکین مالیاتی و یا اجتناب و فرار از مالیات به عنوان شاخص اصلی قوانین مالیاتی فعلی حاکم بر نظام مالیاتی محسوب می‌گردد. قانون‌گذار مالیاتی ایران از بدو تصویب قوانین مالیاتی تاکنون، کیفری کردن قوانین و ایجاد پاسخ‌های کیفری در قبال رفتارهای مبتنی بر خودداری از تمکین مالیاتی و یا خودداری از برخی تعهدات و الزامات را با احتیاط قابل توجهی همراه نموده است. بدین ترتیب غیر از رفتارهای محدودی چون استناد به مدارک غیرواقعی به قصد فرار از

۱. عرب‌مازار، علی‌اکبر، «تجربه سه کشور در زمینه ساده‌سازی قوانین مالیاتی؛ بخش دوم»، پژوهشنامه مالیات،

شماره ۲۱، ۱۳۷۷، ص. ۱۵.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، حقوق کیفری اقتصادی، تحریرات درس جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی،

۱۳۸۷، ص. ۲۲۸۲.

مالیات و یا خودداری از تسلیم اظهارنامه مالیاتی و خودداری از کسر مالیات شخص حقوقی غیردولتی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی، سایر رفتارهای آسیب‌زا همچون کتمان درآمد، تنظیم مدارک خلاف واقع، تنظیم نادرست معادلات و قراردادها و مسئولیت کیفری ناشی از آنها در هاله‌ای از ابهام و بی‌توجهی قرار گرفته است. علاوه بر این کیفیت مقررات قانونی ناظر بر سیاست کیفری در قوانین حاضر نیز پایین بوده و تأمین‌کننده نیازمندی‌های تنبیه‌ی و پیشگیرانه نظام مالیاتی نیست. ضعف و پراکندگی پاسخ‌های کیفری، فقدان بیان و تبیین مسئولیت کیفری مداخله‌کنندگان در رفتارهای مجرمانه و عدم تناسب پاسخ‌ها با رفتار ناقص قانون، از جمله مواردی است که کیفیت این‌گونه از مقررات را تا حدود بسیاری تحت تأثیر قرار داده است. قانون‌گذار مالیاتی ایران در اصلاحات اخیر خود (مصوب ۱۳۹۲) در جهت اصلاح وضعیت موجود و تقویت پاسخ‌های کیفری در راستای نیل به اهداف نظام مالیاتی و توسعه کارکرد آن، گام‌های مؤثری برداشته است که از آن جمله می‌توان به جرم‌انگاری رفتارهای ناقص تعهدات و الزامات مالیاتی، تقویت پاسخ‌های کیفری، تبیین و گسترش مسئولیت کیفری به شریک و معاون جرم و شروع به جرم مالیاتی اشاره داشت. در اصلاحات اخیر قانون مالیات‌های مستقیم (ماده ۲۷۴)، عنایین مجرمانه متعددی از جمله تنظیم و قراردادهای خود به واقع، اختفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد، تنظیم معاملات و قراردادهای خود به نام دیگری یا بالعکس و ممانعت از دسترسی مأموران مالیاتی به اطلاعات مالیاتی خود یا دیگری که پیش از این در قوانین مالیاتی مورد اعتمنا قرار نگرفته بودند، مورد توجه قرار گرفته است. علاوه بر این در مواد ۲۷۵ تا ۲۷۷ شروع به جرم مالیاتی، مشارکت در جرم‌های مالیاتی و معاونت در آنها مورد توجه واقع گردیده است. لکن رویکرد جدید نیز در بردارنده نقایص و چالش‌های متعددی است. عدم توجه به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با توجه به تحولات نوین قانونی (تبصره ماده ۲۷۴ اصلاحی) و بی‌توجهی به مسئولیت ناشی از تقصیر، همچنان در این‌گونه مقررات به عنوان نقص و چالش محسوب می‌گردد. علاوه بر این برخی از موارد همچون پراکندگی پاسخ‌های کیفری مرتبط با تکالیف خاص و عدم تعیین مدت محرومیت از فعالیت و اقتصادی، کیفیت مقررات مرتبط با پاسخ‌های کیفری را دچار چالش کرده است.

## ۲-۲-۱. نواقص و آسیب‌های موجود در آیین دادرسی مالیاتی

در کنار نقایص و ایرادات موجود در سیاست کیفری مالیاتی، آیین دادرسی مالیاتی نیز دچار ایراد و آسیب جدی است. آیین دادرسی مالیاتی، نوعی آیین دادرسی افتراقی مبتنی بر تعیین دو دسته مرجع شبه‌قضایی اداری و نظارتی است. دسته نخست با دو

رویکرد اداری و شبه قضایی به حل و فصل اختلافات بین مؤدیان مالیاتی و سازمان امور مالیاتی می‌بردازد و دسته دیگر مربوط به مراجعی است که وظیفه انتظامی و ناظری نسبت به اعمال کارگزاران و متصدیان دادرسی و کارکنان مرتبط با دستگاه مالیاتی کشور را دارد. در دسته نخست، مراجع مختلف حل اختلاف بدوى و تجدیدنظر و همچنین نهاد وحدت رویه (شورای عالی مالیاتی)، پیش‌بینی شده است (مواد ۲۴۴ الی ۲۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم) و در دسته دوم، قانون‌گذار نوعی کنترل درون‌سازمانی را مد نظر قرار داده است. در این دسته هیأت عالی انتظامی مالیاتی و دادستانی انتظامی مالیاتی (مواد ۲۶۱ الی ۲۷۰ قانون مالیات‌های مستقیم) که وظیفه نظارت بر رفتار کارکنان، کشف، تحقیق و رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان را بر عهده دارند، قابل بیان است. بنابراین در حوزه مالیات‌ها با نوعی نظام دادرسی افتراقی، مستقل و ویژه مواجه می‌شویم.

حفظ حقوق طرفین اختلاف مالیاتی و ایجاد اطمینان و اعتماد عمومی نسبت به نظام مالیاتی و اعمال تضمینات دادرسی عادلانه مالیاتی از جمله وظایف این مراجع محسوب می‌گردد. آیین دادرسی مالیاتی به رغم اهمیت بسیار در قوانین مالیاتی فاقد جایگاه مناسب قانونی است. موارد کلی و عام پیرامون مراجع رسیدگی به اختلافات و رسیدگی در مواد ۲۰۳ الی ۲۱۶ و ۲۴۴ الی ۲۵۲ قانون مالیات‌های مستقیم قید گردیده است. لکن موارد متعددی در خصوص اعتراض، وکالت، تعیین وقت رسیدگی، قرارهای رسیدگی، شرایط و کیفیات صدور رأی در دستورالعمل جدایگانه‌ای مورد نظر قرار گرفته که از نظر تضمین‌های لازم دادرسی مالیاتی، فاقد جایگاه ارزش قانونی می‌باشد.

از دیگر چالش‌های موجود در آیین دادرسی مالیاتی، نقض در دادرسی مالیاتی به لحاظ وجود وابستگی مقامات به دولت و سازمان امور مالیاتی و نیز عدم تخصص کافی مقامات رسیدگی‌کننده در هیأت رسیدگی‌کننده می‌باشد. ارتباط و انتساب دو نفر از سه نفر عضو هیأت رسیدگی‌کننده به اختلافات از سوی سازمان امور مالیاتی، عدالت و رسیدگی منصفانه را دچار مشکل و ایراد اساسی می‌نماید. علاوه بر این، ابهام در مرجع کشف جرایم مالیاتی، عدم تعیین مدت و مهلت مناسب در رسیدگی‌ها وجود کاستی‌های متعدد در رعایت حقوق مؤدیان از جمله فقدان جایگاه مناسب و مشخص قانونی در تضمین حقوق مؤدیان مالیاتی، بی‌توجهی به آموزش مؤدیان مالیاتی و وجود کاستی‌های متعدد در حمایت از حقوق مؤدیان در برابر نهادهای اداری و قضایی و از جمله حق انتخاب وکیل و مشاور مالیاتی به عنوان چالشی مهم در آیین دادرسی مالیاتی محسوب می‌گردد.

### ۱-۳-۱. مفهوم‌شناسی و بیان انواع عدم تمکین مالیاتی

امروزه مطلوب‌ترین رویکرد در جهت وصول کارآمد مالیات، خوداظهاری و تمکین داوطلبانه شهروندان از مالیات می‌باشد. بنابراین در توصیف و علت‌شناسی این آسیب ضروری است مطالعات مفهومی و علت‌شناسانه مؤثری صورت گیرد.

#### ۱-۳-۲. عدم تمکین مالیاتی به نقض قوانین و تعهدات قانونی مؤیدیان مالیاتی در مراحل

سه گانه تشخیص، وصول و اجرای مالیات‌ها اطلاق می‌گردد. بنابراین، عدم تمکین مالیاتی تمامی مصادیق فرار از مالیات و اجتناب از پرداخت مالیات را نیز شامل می‌شود. اعمال مختلفی از جمله استناد به مدارک جعلی، کتمان درآمد و فعالیت اقتصادی، عدم ارائه گواهی‌ها و گزارش به مسئولان و مأموران تشخیص مالیات می‌توانند به عنوان رفتارهایی در راستای عدم تمکین مالیاتی به حساب آیند. عدم تمکین مالیاتی به شکل‌های مختلف، از جمله فرار مالیاتی و اجتناب از پرداخت مالیات، نمود پیدا می‌نماید. فرار مالیاتی به هرگونه تلاش غیرقانونی در راستای عدم پرداخت مالیات همچون عدم ارائه اطلاعات لازم درخصوص عواید و منافع مشمول مالیات به مأموران و مقامات صاحب اختیار و مسئول که در نهایت منجر به عدم پرداخت و یا کسر پرداخت می‌گردد، اطلاق می‌شود. همچنین فرار مالیاتی به هرگونه اعلام عدمی مالیات که به واسطه پنهان‌کردن درآمد یا اموال یا به واسطه اظهارات کذب صورت گرفته باشد نیز تعریف گردیده است. فرار مالیاتی به شیوه‌های مختلفی صورت می‌گیرد، اما هدف اصلی در به کارگیری این روش‌ها عدم پرداخت کامل مالیات می‌باشد.

ماده ۲۰۱ قانون مالیات‌های مستقیم به رفتارهای منجر به فرار مالیاتی از جمله توسل به وسایل و دفاتر خلاف واقع یا خودداری از تسلیم اظهارنامه مالیاتی و حساب سود و زیان، اشاره داشته است. قانون‌گذار ماده ۲۷۴ اصلاحی را نیز به تعیین اقسام جرم‌های مالیاتی از جمله استناد به استناد و مدارک خلاف واقع، اخفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد حاصل از آن، خودداری از تسلیم اظهارنامه و ممانعت از دست‌یابی مأموران مالیاتی به اطلاعات مالیاتی اختصاص داده است. علاوه بر این، مسئولیت کیفری را علاوه بر مباشر جرم به شرکا و معاونان این گونه جرایم نیز تسری داده است.

در کنار مفهوم فرار از مالیات، اجتناب از پرداخت مالیات نیز به عنوان یکی از مصادیق عدم تمکین مالیاتی نشان داده می‌شود. اجتناب از پرداخت مالیات به معنای توسل و استفاده از گریزگاه‌های قانونی با هدف اجتناب از پرداخت مالیات یا کاستن از بار مالیاتی است. در اجتناب از پرداخت، مؤدى مالیاتی به منظور کاهش پرداخت مالیات

و تعهدات مالیاتی به دنبال کشف راههای گریز از پرداخت مالیات می‌باشد. بنابراین نگران افشا یا کشف عمل خود نیست. درکنار فرار از مالیات که مؤدی به وسائل متقلبانه و یا اعمال غیرقانونی از پرداخت مالیات خودداری می‌نماید، واژه اجتناب مالیاتی و یا اجتناب از پرداخت مالیات مطرح می‌گردد. اجتناب از پرداخت مالیات یا ترفند مالیاتی به معنای توسل و استفاده از گریزگاههای قانونی با هدف اجتناب از پرداخت مالیات و یا کاستن از بار مالیاتی است. در اجتناب یا ترفند مالیاتی، مؤدی مالیاتی ظاهراً عملکرد مغایر با قانون نداشته است. تفاوت مفهومی بین فرار مالیاتی و اجتناب از پرداخت مالیات به قانونی یا غیرقانونی بودن رفتار مؤدیان مرتبط است. فرار مالیاتی یا گریز مالیاتی، نوعی سرپیچی و نقض قانون است؛ حال آنکه اجتناب از پرداخت مالیات و یا ترفند مالیاتی نوعی عمل مطابق با قانون شمرده می‌شود.<sup>۱</sup>

### ۲-۳-۱. عدم تمکین مالیاتی بهمثابه یک آسیب در نظام مالیاتی ایران

تمکین مناسب مالیاتی به شیوه‌های مختلف در سیاست‌گذاری دولت‌ها متجلی می‌گردد. الزام به تمکین مالیاتی از طریق اعمال راهکارهای تنیبھی از جمله تدوین پاسخهای کیفری و در راستای کنترل و مقابله با پدیده عدم تمکین و اعمال راهکارهای اجتماعی و فرهنگی مورد توجه دولت‌ها و سیاست‌گذاران مالیاتی قرار داشته است. مطالعات صورت گرفته در پرتو تبیین عوامل و زمینه‌های عدم تمکین مالیاتی در اقتصاد ایران بیان کننده درصد بالای عدم تمکین مالیاتی و شکاف مالیاتی ناشی از آن است.<sup>۲</sup> در بعد اقتصادی، عدم تمکین مالیاتی، تأثیر منفی بر ظرفیت مالی کشور داشته است. در بعد اجتماعی، عدم تمکین مالیاتی علاوه بر ایجاد شکاف مالیاتی، منجر به تأثیرات منفی اجتماعی همچون بروز تعییض و افزایش بی‌عدالتی در وصول مالیات‌ها و در نهایت، عدم اطمینان شهروندان به دولت و نظام مالیاتی آن و همچنین شکل‌گیری خردکاری عدم تمکین مالیاتی گردیده است. شهروندان و مؤدیانی که خود را در برابر نظام مالیاتی بی‌اثر و فاقد کارایی لازم می‌بینند و نیز تعییض در اخذ و وصول مالیات به واسطه فرار مالیاتی برخی و عدم توانایی مقابله با آن توسط نظام مالیاتی را نظاره‌گر هستند، میل و انگیزه چندانی در جهت تمکین مالیاتی پیدا نمی‌کنند.

فقدان کنترل مؤثر کیفری و پیشگیرانه، اثرات منفی این پدیده بر اقتصاد و جامعه را افزایش داده است. کنترل کیفری این پدیده به لحاظ عدم توجه قانون‌گذار به

1. McLaren, John, "The distinction between tax avoidance and tax evasion has become blurred in Australia: why has it happened?", Journal of the Australasian Tax Association, vol. 3, no. 2, 2008, p. 34.

2. آذرمند، حمید، «ارزیابی اقتصاد پنهان در ایران»، فصلنامه حسابهای اقتصادی ایران، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص. ۷۲.

جرائم‌انگاری مناسب و تعیین پاسخ‌های کیفری و مسئولیت کیفری ناشی از آن با اشکالات جدی مواجه بوده و از بازدارندگی کافی برخوردار نیست. از سوی دیگر، پیشگیری از این امر نیز به دلایلی چون عدم تکافوی قانون، نبود زیرساخت‌های لازم اطلاعاتی و برخوردار نبودن از سیستم جامع اطلاعاتی امکان‌پذیر نمی‌باشد.

اقدام‌های اخیر قانون‌گذار در تدوین قوانین مناسبی چون قانون انتشار و دسترسی آزادانه به اطلاعات (مصوب ۱۳۸۸/۵/۳۱) و آیین‌نامه اجرایی آن (۱۳۹۳/۸/۲۱) و تدبیر قانونی لحاظشده در اصلاحات اخیر قانون مالیات‌های مستقیم (مواد ۱۶۹ مکرر، ۱۸۷، و ۲۱۹) در این زمینه قابل توجه می‌نماید. هرچند که در زمینه زیرساخت‌های اجرایی همچنان نقایص و چالش‌های بسیاری وجود دارد. نیروی انسانی غیرمتخصص و ناکارآمد، عدم بهره‌گیری از فناوری‌های نوین و نقص در همکاری‌های بین‌نهادی همچنان به عنوان مانع اساسی در پیشبرد اهداف نظام مالیاتی خودنمایی می‌کند.

## ۲. تبیین عوامل مؤثر در بروز آسیب در نظام مالیاتی ایران

کشف و بیان علل وقوع آسیب از اهداف اصلی مطالعات آسیب‌شناسانه محسوب گردیده و راه را جهت چاره‌اندیشی و برونو رفت از آنها هموار می‌سازد. در نظام مالیاتی نیز کشف و بیان علل وقوع و تکوین آسیب‌ها از مهم‌ترین اهداف محسوب می‌گردد. علل و عوامل تصویب و اجرای قوانین ناکارآمد و فاقد کیفیت لازم، سیاست جنایی نامنسجم و ایجاد و تکوین پدیده عدم تمکین مالیاتی از مواردی است که در این بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۲. علل وجود آسیب در سیاست تقنیکی و سیاست کیفری

ضعف، نارسایی و یا عدم اصلاح مقررات قانونی به لحاظ ملاحظات سیاسی، اقتصادی و فرهنگی حاکم بر جامعه مانعی جدی در دستیابی به اهداف نظام مالیاتی در تأمین درآمدهای دولت و توسعه رفاه اجتماعی محسوب می‌گردد. از این‌رو اقدام کشورهای مختلف در زمینه اصلاحات در نظام مالیاتی در ابتدا با اصلاحات قانونی و سیاست تقنیکی آغاز گردیده است. اصلاح روش‌های اخذ مالیات، پیش‌بینی و توسعه پایه‌های جدید مالیاتی و اصلاح نظام پاسخ‌دهی و ضمانت اجرا از مهم‌ترین زمینه‌های اصلاح در حوزه قوانین و مقررات محسوب می‌گردد.

#### ۱-۱-۲. فقدان اولویت اصلاح و رفع نواقص قانونی موجود

اتکای درآمدی دولت بر صادرات نفت و مشتقات آن از دلایل مهم نادیده انگاشتن و یا کم‌توجهی به تأثیر مهم مالیات و جایگزینی آن با این گونه درآمدها بوده است،

تأکید بر درآمدهای ناپایدار نفتی در مقایسه با درآمدهای باثبات ناشی از مالیات‌ها در بودجه سنتی دولت تاییدکننده این امر بوده است. اتکا به منابع حاصل از نفت در کنار این وضع، به دلیل عدم ثبات وجود نوسان در این نوع از درآمدها، سبب تضعیف نظام برنامه‌ریزی و در نهایت عدم ثبات در روند اقتصادی کشور می‌گردد. از مهم‌ترین نمودهای ناکارآمدی قوانین مالیاتی و فقدان اولویت اصلاحات در سیاست تقنینی ایران می‌توان به کندی تصویب و اجرای شدن مالیات بر مصرف داخلی یا مالیات بر ارزش افزوده اشاره کرد که به رغم توصیه‌های صندوق بین‌المللی پول پس از ۱۸ سال در نهایت در سال ۱۳۸۷، مورد تصویب قانون‌گذار قرار گرفت. پس از تصویب این قانون نیز به دلیل ناکافی بودن پاره‌ای از زیرساخت‌های فنی و سازمانی مورد مخالفت برخی از صنوف قرار گرفت. علاوه بر این، حذف ناروای پایه‌های مالیاتی مؤثر همچون مالیات بر جمع درآمدهای مختلف به دلیل ضعف کارشناسی و بدون توجه به مزایای بسیار آن را نیز می‌توان از دیگر موارد مرتبط بر شمرد.<sup>۱</sup> این وضعیت پیرامون مالیات‌های زیستمحیطی و مالیات بر تجارت الکترونیک نیز علی‌رغم تأثیر فراوان این نوع مالیات‌ها بر درآمدهای دولتی و جلوگیری از انحراف در تجارت سنتی و عملکرد اقتصادی در بلندمدت نیز وجود دارد.<sup>۲</sup> از سوی دیگر تغییرات مکرر و زودهنگام قوانین مالیاتی و عدم وجود شرایط اجرای قانون پیش از تصویب و نیز عدم توجه قانون‌گذار یا کم‌توجهی آن به شرایط وضعیت اقتصادی و اجتماعی حاکم بر زمان تصویب، ثبات و کارایی قوانین مالیاتی را تا حد زیادی کاهش داده است. عدم تعیین تکلیف قوانین آزمایشی و فقدان توجه و دقت کافی در رفع ابهامات از دیگر عواملی است که بر کیفیت قوانین و مقررات مالیاتی تأثیر مستقیم داشته است.

## ۲-۱-۲. عدم توجه به تدوین سیاست کیفری مؤثر و بازدارنده

وضع و تدوین پاسخ‌های کیفری، در کنار تدبیر پیشگیرانه قانونی، در راستای بازدارنگی و پیشگیری از ارتکاب مجدد اعمال ناقص قانون، به خصوص تقلب و اجتناب از پرداخت مالیات صورت می‌گیرد. عمدتاً این‌گونه از پاسخ‌ها در کشورهایی با نرخ قابل قبول تمکین مالیاتی و رعایت مقررات به همراه تعیین مسئولیت کیفری اشخاص مرتبط با پدیده مجرمانه مالیاتی وجود داشته که این خود تأییدکننده اثر این‌گونه از پاسخ‌ها در نظام مالیاتی می‌باشد. وضع و تدوین سیاست کیفری و تعیین پاسخ‌های

۱. پژویان، جمشید، «چالش‌های نظام مالیاتی در اقتصاد ایران»، نشریه مجلس و پژوهش، شماره ۴۵، ۱۳۸۳، ص. ۶۱.

۲. محمودزاده، محمود؛ و محمد حسن‌زاده، «مالیات بر تجارت الکترونیک، مقدمه‌ای بر تدوین قانون مالیات بر تجارت الکترونیک در ایران»، فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، شماره ۳۷ و ۳۸، ۱۳۸۵، ص. ۸۱.

مرتبط با آن از شروع تدوین قوانین مالیاتی (۱۳۴۵ هجری خورشیدی) مدتظر قانون‌گذار مالیاتی قرار گرفته است. لکن در هیچ یک از موارد تصویب و اجرای قوانین تا کنون، نظام مالیاتی ایران برخوردار از سیاست کیفری منسجم و بازدارنده‌ای نبوده است. علت این امر را می‌توان در تبعیت و تأثیرپذیری قوانین مالیاتی از اقتصاد تک محصولی و ناسالم متکی بر نفت و درآمدهای ناشی از آن دانست. در زمان تصویب قوانین مالیاتی، اصل وصول و وصول حداکثری مالیات‌ها به عنوان درآمد پایدار، به شدت تحت تأثیر رشد درآمدهای نفتی و اقتصاد متکی بدان قرار داشته است و از این رو، سیاست کیفری مالیاتی به دلیل وضعیت حاکم بر اقتصاد ایران رشد و بازدارندگی کافی را نیافته است. اصلاحات اخیری که در قانون مالیات‌های مستقیم در سال ۱۳۹۲ به وقوع پیوسته نیز با نوعی شتاب‌زدگی و غفلت در تدوین و تعیین مسئولیت کیفری و تدوین پاسخ‌های کیفری همراه بوده است. بی‌توجهی به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، علی‌رغم رویکرد نوین قانون مجازات اسلامی در این باره (موضوع تبصره ماده ۲۷۴ اصلاحی) ابهام و ایراد در تعیین شرکا در جرم مالیاتی (موضوع ماده ۲۷۶ اصلاحی)، پراکندگی در مقررات کیفری و تعیین ضمانت اجرا عدم تعیین مدت زمان تعليق از فعالیت‌های اقتصادی و پاره‌ای از موارد دیگر گویای این امر است.

## ۲-۲. عوامل عدم تمکین مالیاتی

تمکین مالیاتی و به‌طور خاص تمکین داوطلبانه مالیاتی، از ضروریات یک نظام هدفمند و آرمانی مالیاتی محسوب می‌گردد. در یک نظام اقتصادی پیشرفت و هدفمند، تقریباً تمامی درآمدهای دولت از محل درآمدهای مالیاتی تأمین می‌گردد. درآمدهای مالیاتی در ایران در مقایسه با سایر منابع درآمدی دولت از جمله درآمدهای نفتی، در سطح پایینی قرار گرفته است. این امر سبب ایجاد آسیب در نظام درآمدی دولت و نظام مالیاتی گردیده است. عوامل متعددی در عدم تمکین مالیاتی مداخله می‌نماید که از آن جمله ضعف قوانین و مقررات مالیاتی، عوامل اقتصادی و فرهنگی می‌باشند. در این بخش به بررسی برخی از این علل خواهیم پرداخت.

### ۲-۲-۱. عوامل مرتبط با قوانین و مقررات مالیاتی

بدون شک، قوانین و مقررات مالیاتی نقش تعیین‌کننده‌ای در بازدارندگی و پیشگیری از پدیده عدم تمکین مالیاتی دارند. نقص و نارسایی در قوانین و مقررات، جنبه‌های مختلف نظام مالیاتی را دچار چالش می‌نماید. بنابراین می‌توان چنین برداشت کرد که بین قوانین مالیاتی و کارآمدی نظام مالیاتی رابطه‌ای دو سویه و تنگاتنگ برقرار

می‌گردد.<sup>۱</sup> ساده‌سازی قوانین و مقررات مالیاتی و کاستن از پیچیدگی قوانین و مقررات، اعمال راهکارهای مناسب در کاستن از بار مالیاتی مؤدیان، تقویت سیاست‌های قانونی ناظر بر پیشگیری از پدیده عدم تمکین همچون توسعه نظارت، اعمال راهکارهای نظارتی و رفع خلاهای ناظر بر ضمانت‌اجراها و پاسخ‌های کیفری از مهم‌ترین عوامل قانونی کنترل پدیده عدم تمکین محسوب می‌گردد. وجود ابهامات متعدد در قوانین مالیاتی و تعدد مقررات در قالب بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها سبب پیچیده‌تر شدن نظارت مالیاتی گردیده است. چراکه بخشنامه‌ها به عنوان الزامات اداری منتشر نمی‌شوند، بنابراین اطلاع از آنها به سادگی صورت نمی‌گیرد.

## ۲-۲. ضعف در پیشگیری از عدم تمکین مالیاتی

پریزی و ایجاد سیاست منسجم پیشگیری از عدم تمکین مالیاتی از ابتدای دوره قانون‌گذاری مالیاتی در ایران دچار مشکل و چالش بوده است. نظارت بر عملکرد مؤدیان مالیاتی به صورت محدود در قوانین مالیاتی مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است؛ از جمله می‌توان نظارت و کنترل دفاتر قانونی مؤدیان به منظور نظارت بر اجرای قوانین و مقررات راجع به تنظیم و نگهداری دفاتر قانونی را مدنظر قرار داد (ماده ۱۸۱ قانون مالیات‌های مستقیم اصلاح ۱۳۸۰). همچنین الزام اشخاص حقیقی و حقوقی به اخذ کد اقتصادی و ثبت آن بر روی فاکتورهای خرید و فروش (ماده ۱۶۹ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی ۱۳۸۰) از دیگر ضوابط کنترل و پیشگیری از پدیده عدم تمکین در قوانین کنونی محسوب می‌گردد. علی‌رغم پیشرفت‌های نوینی که نظام مالیاتی ایران با اصلاحات اخیر قانونی خود (۱۳۹۲) به دنبال آن است باید گفت که زمینه نظارت و کنترل در نظام مالیاتی ایران به منظور پیشگیری از پدیده عدم تمکین مالیاتی کم و محدود است. از سوی دیگر، آموزش مؤدیان مالیاتی در راستای آگاهی از ضوابط و مقررات مالیاتی و آگاه‌سازی آنها از سیاست‌های نوین سازمانی و نهادی از دیگر عوامل و راهبردهای پیشگیرانه محسوب می‌گردد.

علاوه بر این سامان‌دهی و آموزش نیروی انسانی در سازمان و نهاد مالیاتی در راستای افزایش کارآیی و آگاهی از قوانین و بخشنامه‌ها نیز در بعد پیشگیری قابل بررسی است. در این زمینه نیز نظام مالیاتی ایران چالش‌های متعدد از جمله عدم تخصص نیروی انسانی، ضعف در آگاهی‌ها و اطلاع‌رسانی نهادی و سازمانی و کمبود آموزش مواجه است. اقدامات اخیر سازمان امور مالیاتی در افزایش سطح آگاهی‌ها و

۱. امیری، هادی، «درآمدی بر نقش هنجارها در تمکین مالیاتی»، مجموعه مقالات همایش مبانی فقهی و اقتصادی مالیات‌های اسلامی، مرکز مطالعات اقتصادی، قم، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۰.

آموزش نیروی انسانی از قبیل تهیه کتاب راهنمای تهیه و در دسترس قرار دادن کتب آموزشی و برگزاری کارگاه‌های آموزشی قابل ذکر و بررسی است.

### ۳-۲-۲. سیاست کیفری نامتناسب در قبال عدم تمکین مالیاتی

سیاست اتخاذ شده در قوانین مالیاتی ایران، مبتنی بر پاسخ‌های اداری مبتنی بر اعمال جریمه‌های مالیاتی و در موارد محدودی پاسخ‌های کیفری است. گرایش قانون‌گذار مالیاتی ایران بر تقدم و تعدد پاسخ‌های اداری در برابر پاسخ‌های کیفری است. در روند جرم انگاری و تعیین پاسخ‌های کیفری نیز قانون‌گذار به صورت محدود به جرم‌انگاری رفتارهای منتهی به عدم تمکین مالیاتی پرداخته است. این میزان عملکرد جوابگوی سیاست‌های اصلاحی در نظام مالیاتی به منظور پیشگیری از عدم تمکین مالیاتی نیست. قانون‌گذار در اصلاحات اخیر، نگاهی نو به مقوله جرم‌انگاری از طریق توسعه جرم‌انگاری رفتارهای متعدد منتهی به عدم تمکین مالیاتی همچون کتمان درآمد، اختفای فعالیت اقتصادی، ممانعت از دسترسی مأموران به اطلاعات مالیاتی خود یا اشخاص ثالث (ماده ۲۷۴ اصلاحی) و توسعه مسئولیت کیفری همچون مسئولیت شریک و معاون جرم مالیاتی (مواد ۲۷۶ و ۲۷۷) نموده است که این امر می‌تواند تأثیر مناسب‌تری را برای این پدیده به همراه داشته باشد.

### ۴-۲-۲. بازماندگی و ضعف فرهنگ مالیاتی

فرهنگ مالیاتی به عنوان بخشی از فرهنگ عمومی، معرف بینش و طرز تلقی اشخاص از مالیات، ارزشمندی مالیات، هنجارهای مالیاتی و سطح آگاهی اشخاص از مالیات می‌باشد. فرایند فرهنگ مالیاتی و مدیریت آن با سه عامل حاکمیت مقتدر، مؤدیان مالیاتی و ضوابط قانونی و سازمانی ارتباط مستقیم دارد. فرهنگ مالیاتی در بعد مادی و معنوی خود از ابتدای دوره قانون‌گذاری نوین مالیاتی و کارکرد سازمانی و نهادی در ایران دچار پس‌رفتگی و عقب افتادن از معیارهای نوین مالیاتی گردیده است. در بعد مادی، روش‌های پرداخت مالیات به صورت سنتی و با وجود ارتباط بین مؤدی مالیاتی و مأمور مالیاتی صورت گرفته است. بدین ترتیب سبب شکل‌گیری پدیده چانه‌زنی و ارتباط بین مؤدی و مأمور مالیاتی گردیده و در نهایت سبب عدم تمکین مناسب مالیاتی توسط مؤدیان گردیده است. علاوه بر این، این میزان اثرات به دنبال خود تعدد اعتراضات و تأخیر در وصول مالیات‌ها و در نهایت عدم حصول اهداف مالیاتی را به دنبال داشته است. در بعد معنوی فرهنگ مالیات‌ها نیز مقبولیت مالیات و پذیرش آن به عنوان یک ارزش، اعتماد و اطمینان‌بخشی در خصوص موارد مصرف مالیات و اعتماد به نظام مالیاتی، تقویت احساس عدم تبعیض مالیاتی و میزان آشنای مأموران و

مؤدیان مالیاتی به قوانین و مقررات، توسعه کمتری یافته است.<sup>۱</sup> بنابر آنچه ذکر گردید، فقدان فرهنگ مالیاتی در ابعاد مادی و معنوی، سبب عدم التزام اشخاص به اهمیت مالیات‌ها و ضرورت پرداخت آنها و تغییر دیدگاه اشخاص به مقوله مالیات و در نهایت عدم تمکین مالیاتی به صورت‌های مختلف گردیده است.

در کنار این وضع، بقا و تداوم نوع دیگری از پرداخت‌ها با عنوان مالیات‌های شرعی همچون خمس و زکات و وجود فرهنگ و باور خاص متعلق به این‌گونه از الزامات که عمدهاً با پشتیبانی نظریات و آموزه‌های شرعی و دینی همراه بوده است، در تفوق و تقویت این‌گونه از الزامات نسبت به مالیات‌های قانونی و عرفی تأثیر مستقیم داشته است.<sup>۲</sup>

## ۵-۲-۲. نابسامانی اقتصاد و سیاست‌گذاری اقتصادی

مالیات به عنوان ابزاری کارآمد در جهت اجرای سیاست‌های اقتصادی دولت و هدایت اقتصاد در مسیر اهداف کلان اقتصادی همچون ثبات اقتصادی، رشد اقتصادی، ایجاد اشتغال و در نهایت بهبود رفاه اجتماعی محسوب می‌گردد. تأثیر مالیات و اقتصاد بر کارکردهای یکدیگر متقابل است، به نحوی که نابسامانی در سیاست‌گذاری مالی و مالیاتی سبب بروز آثار منفی و مخرب اقتصادی گردیده و در مقابل نقص در سیاست‌گذاری اقتصادی و اقتصاد نابسامان در شکل‌گیری نظام مالیاتی و مطلوبیت آن تأثیر بسزایی دارد.<sup>۳</sup> از مهم‌ترین تأثیرات اقتصاد نابسامان و سیاست‌گذاری غیراصولی در اقتصاد، شکل‌گیری اقتصاد تکمحصولی مبتنی بر درآمدهای غیرمالیاتی و از جمله درآمدهای نفتی، شکل‌گیری اقتصاد غیررسمی و پنهان، رشد تورم و کاهش ارزش پول است که این موارد تأثیرات مهمی را بر عدم وصول اهداف مالیاتی و درآمدهای ناشی از آن مالیاتی داراست. اقتصاد زیر زمینی تأثیر متقابلي بر مالیات و درآمدهای ناشی از آن دارد. مالیات و تمکین به آن تا حدود بسیاری وابسته به نوع عملکرد اقتصادی جامعه از جمله اقتصاد پنهان و غیرقانونی می‌باشد. بنابراین هر آنچه که میزان این نوع از فعالیت‌ها در اقتصاد رشد بیشتری پیدا نماید، میزان عدم تمکین مالیاتی و تبعیت از

۱. مرادی، مهدی؛ و امین رستمی، «بررسی عوامل مؤثر بر فرار از پرداخت مالیات با تأکید بر عوامل فرهنگی»، پژوهشنامه مالیات، شماره ۰۸، ۱۳۹۲، صص. ۴۶ - ۴۵.

۲. رسولی شمیرانی، رضا، «رابطه بین مالیات‌های متعارف و مالیات‌های دینی با تأکید بر وجود مشترک»، مجموعه مقالات سومین همایش مالیات‌های اسلامی، مرکز مطالعات اقتصادی دانشگاه مفید، ۱۳۹۰، ص. ۷۵.

۳. خلیلی، عبدالامیر، اثر ناظمینانی سیاست‌های اقتصادی دولت با تکیه بر درآمدهای مالیاتی بر رشد اقتصادی، مجموعه مقالات چهارمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، جلد دوم، نشر مرکز تحقیقات اقتصادی دانشگاه شیراز، انتشارات تحت جمشید، ۱۳۸۹، ص. ۹۰.

مقررات مالیاتی، کمتر خواهد بود.<sup>۱</sup> تورم نیز با تأثیر بر افزایش بار مالیاتی سبب تمایل بیشتر اشخاص به کاستن از هزینه های اقتصادی خود، از جمله مالیات، می گردد. مطالعات تجربی صورت گرفته نشان از تأثیر تورم و نتایج حاصل از آن همچون افزایش بار مالیاتی، کاهش قدرت خرید و سطح درآمد واقعی مؤدیان مالیاتی بر پدیده عدم تمکین مالیاتی و افزایش آن از سوی مؤدیان مالیاتی داشته است.<sup>۲</sup>

## ۲-۶. نابسامانی نهادی مؤثر بر پدیده عدم تمکین

وجود ضعف در کارکردها و وظایف نهادی و سازمانی در ارتباط با اجرای وظایف قانونی و عملکرد بین نهادی، یکی از علل رشد و توکوین پدیده عدم تمکین مالیاتی محسوب می گردد. نیروی انسانی به عنوان یکی از مهم ترین سرمایه های یک سازمان محسوب می شود. کمبود نیروی انسانی متخصص از یک سو و ضعف در آموزش و تخصص نیروی انسانی همواره به عنوان یکی از نواقص و چالش های سازمان مالیاتی محسوب شده است. کمبود کارکنان مالیاتی، به همراه حجم وسیع پرونده های مالیاتی و تراکم آنها در کنار کمبود آموزش و تخصص این مجموعه در پدیده عدم تمکین مالیاتی نقش اساسی داشته است. عدم توانایی در شناسایی و ثبت مناسب مؤدیان مالیاتی و کشف معاملات ساختگی و مبادلات غیرقانونی و ناتوانی در تشخیص و وصول مناسب مالیات از نتایج این امر محسوب می گردد.

علاوه بر این، ضعف و نارسایی نظام مالیاتی و تشخیص کامل و مناسب منابع مشمول مالیات و اطلاعات مالی و درآمدی شهروندان و مؤدیان مالیاتی به عنوان عامل نهادی مؤثر دیگری در پدیده عدم تمکین مالیاتی مؤدیان به حساب می آید. از سوی دیگر، اطلاعات مالیاتی به عنوان مرکز ثقل نظام مالیاتی محسوب گردیده و از مهم ترین عناصر موققیت و پیشرفت نظام مالیاتی می باشند. ضعف قانون گذاری و فقدان برنامه ریزی مناسب در این راستا در کنار ضعف در تجهیز فنی و امکانات سخت افزاری سبب نقص و کاهش اطلاعات مالیاتی مؤدیان و شهروندان گردیده و بدین ترتیب امکان عدم تمکین و فرار مالیاتی را افزایش می دهند.

ضعف در همکاری بین نهادی در تبادل اطلاعات مالیاتی از دیگر موارد مطرح در این باره می باشد. اصل رازداری و عدم افشای اسرار مالی مشتریان که عمدتاً از سوی بانک ها در نظام اقتصادی ایران صورت می گیرد، به عنوان مانع مهم بر سر راه

۱. نادران، الیاس، «بررسی اثر مالیات ها و اجزای آن بر حجم اقتصاد زیر زمینی در ایران»، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۸۵، ۱۳۸۷، ص. ۸۰.

۲. صمدی، علی حسین؛ و رضیه تابنده، فرار مالیاتی در ایران (بررسی علل و آثار و برآورد میزان آن)، پژوهشنامه مالیات، شماره ۱۹، ۱۳۹۲، ص. ۷۰.

---

تبدال اطلاعات و اشراف اطلاعاتی سازمان امور مالیاتی بر عملکردهای اشخاص  
محسوب می‌گردد.<sup>۱</sup>

## نتیجه‌گیری

نظام مالیاتی در ایران به رغم قدمت بسیار و تغییرات و تحولات متعدد در دوران معاصر، همواره دچار چالش‌ها و آسیب‌های متعددی بوده است. مهم‌ترین این چالش‌ها را باید در عدم انطباق قوانین و مقررات مالیاتی با ضرورت‌ها و الزامات قانون‌گذاری مناسب دانست. قوانین مالیاتی به طور کلی با چالش‌های متعددی از جمله ابهام و نارسایی، فقدان شفافیت، عدم ثبات به لحاظ تغییرات مکرر و زودهنگام قانونی مواجه بوده‌اند. ابهام قوانین مالیاتی در بر دارنده اثر مهم دیگری است که از آن به تعدد و تورم مقررات اداری تعییر می‌شود. افزایش این‌گونه منابع به دلایلی چون عدم انتشار، عدم امکان دسترسی عمومی به آنها و اراده سازمانی خود سبب پیچیدگی نظام مالیاتی و عدم امکان ارتباط مناسب مؤدیان و شهروندان با آن می‌گردد. مهم‌ترین پیامد این نوع نابسامانی قانونی و مقررات مربوط به آن، کاهش سطح تمکین مالیاتی و عدم نیل به اهداف نظام مالیاتی است. علاوه‌بر وجود و تداوم این‌گونه آسیب‌ها، نظام مالیاتی ایران فاقد هرگونه سیاست منسجم کیفری و پیشگیرانه از آسیب مهم عدم تمکین مالیاتی است. از ابتدای قانون‌گذاری مالیاتی تاکنون تلاش مؤثری در جهت بیان و جرم‌انگاری رفتارهای مغایر با نظم مالیاتی و اهداف نظام مالیاتی و تعیین پاسخ مناسب کیفری در راستای بازدارندگی و پیشگیری از تکرار مجدد آن صورت نگرفته است. این‌گونه نابسامانی در سیاست کیفری مالیاتی به عنوان عاملی مهم در ایجاد و شکل‌گیری عدم تمکین مالیاتی محسوب می‌گردد. بالا بودن نرخ بالای عدم تمکین مالیاتی نیز به عنوان یکی دیگر از آسیب‌های نظام مالیاتی ایران محسوب می‌گردد. این امر به عنوان یکی از دلایل کاهش میزان وصولی مالیات‌ها و تأثیر آن در اقتصاد کشور به حساب می‌آید.

علل و عوامل متعددی در ایجاد و تکوین این‌گونه آسیب‌ها مداخله دارد که مهم‌ترین آنها غفلت یا ناتوانی در اعمال سیاست‌های مالیاتی و تدوین مقررات یا اصلاح آنها می‌باشد. ناتوانی در اصلاح قوانین به لحاظ وجود سیاست‌های خاص حاکم بر اقتصاد و یا اعمال سیاست کلی صورت می‌گیرد. بدین لحاظ علت و منشأ اصلی وجود چالش‌ها و آسیب‌ها، عدم اصلاح قوانین و مقررات به صورت عام و مقررات کیفری به صورت خاص جلوه‌گر می‌گردد.

در خصوص عدم تمکین مالیاتی، علاوه بر عدم کفايت قوانین و مقررات، عوامل فرهنگی و اقتصادی نیز نقش مهمی دارند. نوع نگاه اداری و سازمانی به مقوله مالیات و مدیریت آن نیز از دیگر عوامل مؤثر بر پدید آمدن عدم تمکین مالیاتی می‌باشد.

## منابع

- آذرمند، حمید، «ارزیابی اقتصاد پنهان در ایران»، *فصلنامه حساب‌های اقتصادی ایران*، شماره ۳، ۱۳۸۶.
- الوند کرمی، محمد، «ترفند مالیاتی یا گریز مالیاتی»، *پژوهشنامه مالیات*، شماره ۴۰، ۱۳۸۵.
- امیری، هادی، «درآمدی بر نقش هنجرها در تمکین مالیاتی»، *مجموعه مقالات همایش مبانی فقهی و اقتصادی مالیات‌های اسلامی*، مرکز مطالعات اقتصادی، قم، ۱۳۸۷.
- پژویان، جمشید، «چالش‌های نظام مالیاتی در اقتصاد ایران»، *نشریه مجلس و پژوهش*، شماره ۴۵، ۱۳۸۳.
- خلیلی، عبدال Amir، اثر ناظمینانی سیاست‌های اقتصادی دولت با تکیه بر درآمدهای مالیاتی بر رشد اقتصادی، *مجموعه مقالات چهارمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران*، جلد دوم، نشر مرکز تحقیقات اقتصادی دانشگاه شیراز، انتشارات تخت جمشید، ۱۳۸۹.
- دعایی، محمدعلی، «توزیع بار مالیاتی در ایران»، *ماهنشامه حسابدار*، شماره ۱۱۵، ۱۳۸۵.
- رستمی، ولی، «حقوق مؤدیان مالیاتی»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ۱۳۸۸.
- رسولی شمیرانی، رضا، «ارتباط بین مالیات‌های متعارف و مالیات‌های دینی با تأکید بر وجود مشترک»، *مجموعه مقالات سومین همایش مالیات‌های اسلامی*، مرکز مطالعات اقتصادی دانشگاه مفید، ۱۳۹۰.
- زارع، علی؛ و جعفر جمالی، «تعهد بانک‌ها به حفظ اسرار مشتریان»، *عملیات تبدیل دارایی به اوراق بهادر*، *فصلنامه راهبرد*، سال بیستم، شماره ۵۸، ۱۳۹۰.
- زارعی، محمدحسین، «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۰، ۱۳۸۴.
- زایر، آیت، «جایگاه ساده‌سازی در برنامه‌های اصلاح مالیاتی، تجربه جهانی و چالش‌های نظام مالیاتی ایران»، *فصلنامه مالیات*، شماره ۷، ۱۳۸۸.
- صمدی، علی‌حسین؛ و رضیه تابنده، *فرار مالیاتی در ایران (بررسی علل و آثار و برآورد میزان آن)*، *پژوهشنامه مالیات*، شماره ۱۹، ۱۳۹۲.
- عبادی، جعفر، *مباحثی در اقتصاد خرد*، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۹.
- عرب‌مازار، علی‌اکبر، «تجربه سه کشور در زمینه ساده‌سازی قوانین مالیاتی؛ بخش دوم»، *پژوهشنامه مالیات*، شماره ۲۱، ۱۳۷۷.
- محمودزاده، محمود؛ و محمد حسن‌زاده، «مالیات بر تجارت الکترونیک، مقدمه‌ای بر تدوین قانون مالیات بر تجارت الکترونیک در ایران»، *فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی*، شماره ۳۷ و ۳۸، ۱۳۸۵.

- 
- مرادی، مهدی؛ و امین رستمی، «بررسی عوامل مؤثر بر فرار از پرداخت مالیات با تأکید بر عوامل فرهنگی»، پژوهشنامه مالیات، شماره ۱۸، ۱۳۹۲.
  - نادران، الیاس، «بررسی اثر مالیات‌ها و اجزای آن بر حجم اقتصاد زیر زمینی در ایران»، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۸۵، ۱۳۸۷.
  - نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، حقوق کیفری اقتصادی، تقریرات درس حرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.
  - Maclarens, John, "The distinction between tax avoidance and tax evasion has become blurred in Australia: why has it happened?", Journal of the Australasian Tax Association, vol. 3, no. 2, 2008.

## اجرای حق تعیین سرنوشت، تقابل حقوق بشر با حاکمیت دولت‌ها

مرتضی اکبری لالیمی\*

چکیده

حق تعیین سرنوشت یکی از موضوعات بسیار مهم در حقوق بین‌الملل معاصر است که در بسیاری از اسناد بین‌المللی به آن اشاره شده است، این حق با وجود اینکه یکی از اساسی‌ترین موازین حقوق بشری است، همچنان چالش برانگیز، مبهم و نامشخص می‌باشد. به لحاظ تاریخی، این حق تا مدت‌ها صرفاً به موارد استعماری مربوط می‌شد و دارای مفهومی سیاسی بود، اما به تدریج با درج این حق در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای، به عنوان یک اصل حقوقی مورد شناسایی قرار گرفت. در عین حال، اجرای این حق همچنان با موانع و محدودیت‌هایی همانند حفظ تمامیت ارضی کشورها و اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها و منوعیت تجزیه‌طلبی و مهم‌تر از همه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مواجه است. از سوی دیگر، توجه روزافزون به حقوق بشر و جهان‌شمولی آن، تحولات عمدہ‌ای در قلمرو مفهوم و اجرای این حق به وجود آورده که در نتیجه، این امر موجب تقابل حقوق بشر و حاکمیت دولت‌ها گردیده است. با توجه به اینکه امروزه حاکمیت به عنوان قدرت عالیه در قلمرو یک سرزمین حیات دارد و دولت‌ها یا حکومت‌ها به عنوان مظهر حاکمیت و به لحاظ ساختار اقتدارگرایانه خویش و با تفسیری دلخواه از حق تعیین سرنوشت، اجرای آن را در قلمرو حکومتی خویش به راحتی نمی‌پذیرند، مقاله حاضر در صدد تشریح این امر است که تحولات به وجود آمده در عرصه بین‌المللی، موجب نوعی تحدید و تعديل در نهاد حاکمیت و اصول مربوطه به آن گردیده است، بنابراین، مشارکت اعضای ملل متحده و ایجاد راهکارها و اتخاذ ضمانت اجرای مناسب از ناحیه دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی جهت اعطای این حق به ملت‌ها و برای رفع این تقابل راهگشاست. این نوشتار، کنکاشی در بیان شیوه‌های

---

اجرای حق تعیین سرنوشت با بررسی علل و شیوه‌های تقابل این حق با حاکمیت دولتها و در نتیجه بررسی راهکارهای رفع این تقابل است.

**کلیدواژه‌ها:** حقوق بشر، حق تعیین سرنوشت، حاکمیت دولتها، کشور مستقل.

## مقدمه

تاریخ بشر حاوی رنج‌ها و ستم‌هایی است که به‌واسطه سلطه‌ی ستمگران بر آنان تحمیل شده است و در نتیجه این سلطه، آزادی انسان‌ها از آنان سلب گردیده و با توجه به تضاد سلطه با سرشت و طبیعت بشر، این موضوع افراد بشر را وادار به آزادی‌خواهی و استقلال‌طلبی نموده که بازتاب این امر در انقلاب‌های مختلف مشهود می‌باشد. این انقلاب‌ها، آزادی و دموکراسی را به بشریت تقدیم کرد و برگرفته از تئوری قرارداد ژان ژاک روسو، حکومت را یک قرارداد اجتماعی که حاکمان صرفاً بر اساس آن و برای مدت موقت و با در نظر داشتن حقوق اساسی مردم بر آنها حکومت می‌نمایند، مطرح نمود.<sup>۱</sup> به تدریج، مفهوم آزادی در حقوق بین‌الملل به صورت مفهوم حق تعیین سرنوشت بیان گردید.<sup>۲</sup> حق تعیین سرنوشت که در ماده یک منشور ملل، در زمرة اهداف و مقاصد ملل متحده ذکر شده، در بستر تاریخ فراز و نشیب‌های متعددی را پشت سر گذاشته است و در زمان‌های مختلف، قدرت‌های حاکم سعی می‌کردن با سیاسی قلمداد کردن این اصل و ارائه تفسیری دلخواه خود به منافع سیاسی خویش جامه عمل بپوشانند و در نتیجه اجرای این حق به لحاظ تقابل با حاکمیت دولت‌ها همواره محل تردید بوده است.

به تدریج و پس از جنگ جهانی دوم و با گنجاندن حق تعیین سرنوشت در منشور ملل متحده (مواد ۱ و ۵۵) و اختصاص ماده یک مشترک میثاق‌های بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی و اجتماعی و تصویب قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحده و آرای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای نامیبیا (آفریقای جنوبی) و صحرای غربی و قضیه تیمور شرقی و قضیه دیوار حائل در مورد حق تعیین سرنوشت مردم فلسطین، و تأکید بر این حق در اسناد منطقه‌ای از جمله منشور آفریقایی حقوق بشر این حق وارد مرحله تازه‌ای گردیده و ادبیات جدیدی راجع به حق تعیین سرنوشت تولید شده است که در پرتو این تحولات که بیشتر حول محور رژیم بین‌المللی حقوق بشر می‌چرخد، عملاً محدودیت‌هایی را برای حاکمیت مطلق دولتها به وجود آورده است، امروزه به موجب تحولات در عرصه بین‌المللی، توجه به دموکراسی یا حق همگان برای تعیین حکومتشان و برخورداری ملت‌ها از حکومتی دموکراتیک که به معنای حق تعیین سرنوشت در جنبه داخلی می‌باشد، امری غیرقابل انکار است و در نتیجه رشد و توسعه حقوق بشر و جهانی شدن آن، مفهوم حاکمیت مطلق به حاکمیت

۱. روسو، ژان ژاک، قرارداد اجتماعی، ترجمه غلامحسین زیرکزاده، انتشارات چهر، چاپ چهارم، ۱۳۴۱، ص. ۱۱.  
۲. امیدی، علی، «گسترش مفهوم حق تعیین سرنوشت»، فصلنامه حقوقی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷، ص. ۲۶.

نسبی تغییر یافته است و دولت‌های حاکم در جامعه بین‌المللی به موجب تعهدات عام، ملزم به رعایت و تضمین حقوق و آزادی‌های بشری می‌باشند و در قبال نقض این تعهدات، مسئولیت بین‌المللی دارند.

بنابراین اگرچه امروزه در جامعه بین‌المللی که متشکل از دولت‌های حاکم است، اجرای حق تعیین سرنوشت با توصل به موضوع تجزیه‌طلبی، امری پذیرفتی نیست و علی‌رغم وجود گروه‌ها و اقلیت‌های مختلف جدایی خواه در سراسر جهان، کشورها در حال مقابله با این گروه‌ها و اقلیت‌ها هستند، اما نکته غیرقابل انکار این است که در پرتو این تحولات، قلمرو حاکمیت اقتدارگرایانه دولت‌ها محدود گردیده و دولت‌ها بایستی به دنبال ایجاد راهکارهای مناسب برای اعطای این حق در جنبه‌های مختلف به ملت‌ها و گروه‌های مدعی قدم بردارند.

## ۱. تعریف حق تعیین سرنوشت

تاکنون تعریف دقیق و مشخصی از حق تعیین سرنوشت ارائه نشده است و برای رسیدن به درکی روشن از مفهوم حق تعیین سرنوشت، بیشتر به ویژگی‌های این حق اشاره می‌گردد. پروفسور مایکل اکهرست در کتاب کلیات حقوق بین‌الملل نوین، حق تعیین سرنوشت را این‌گونه تعریف می‌کند: «حقی است که مردم یک سرزمنی به موجب آن سرنوشت و شؤونات سیاسی و حقوقی آن سرزمنی را تعیین می‌کنند تا از طریق تأسیس دولت جدید یا اینکه بخشی از یک دولت دیگر شوند.»<sup>۱</sup>

فرهنگ روابط بین‌الملل، حق تعیین سرنوشت را حقی می‌داند که متعلق به گروهی از مردم است که خود را جدا و متمایز از ملت‌ها می‌دانند و کاملاً حق دارند سرزمنی را که می‌خواهند در آن زندگی کنند و نوع حکومتی را که می‌خواهند داشته باشند، برای خود تعیین کنند.

علاوه بر اینکه در بند ۲ از ماده ۱ و ماده ۵۵ منشور ملل متحد، از حق تعیین سرنوشت نام برده شده است، تعریف ارائه شده در ماده ۱ مشترک میثاق‌های بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تعریف قابل فهم‌تری را از این حق ارائه می‌نماید که به موجب آن، کلیه ملل دارای حق تعیین سرنوشت هستند تا وضع سیاسی و مدنی خود را آزادانه تعیین کنند و همچنین توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی خود را مطالبه و تأمین کنند. کلیه ملل می‌توانند برای نیل به هدف‌های خود در منابع و ثروت‌های طبیعی خود بدون اخلال در الزامات ناشی از همکاری اقتصادی

1. Akehurst, Michael, Modern Introduction to International Law, Oxford University Press, Sixth Edition, 1997, p. 290.

بین‌المللی، مبتنی بر منافع مشترک و حقوق بین‌الملل آزادانه هرگونه تصرفی نمایند و در هیچ مورد نمی‌توان ملتی را از وسایل معاش خود محروم کرد و کشورهای طرف میثاق نیز مکلفند این حق را طبق مقررات منشور ملل متحد رعایت کنند.

آنچه که از مجموع تعاریف حاصل می‌شود این است که حق تعیین سرنوشت از جمله حقوق و آزادی‌های اساسی به شمار می‌رود که به موجب آن همه افراد و گروه‌های اجتماعی، صرف نظر از قومیت، نژاد، دین، مذهب یا جنسیت بتوانند امور خویش در حوزه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را راهبری کنند. این امر مستلزم آزادی انتخاب شرایطی است که همه افراد و گروه‌ها بتوانند از این حق به نحو احسن برخوردار شوند و دولتها نیز موظفند که زمینه اجرای این حق را به وجود آورده و تضمین کنند.

## ۲. پیشینه تاریخی حق تعیین سرنوشت

مفهوم حق تعیین سرنوشت در طول تاریخ به عنوان یکی از مصادیق حقوق طبیعی بشر مورد توجه مردم در جوامع گوناگون بوده است. در همین راستا در طول تاریخ و در جوامع مختلف، همواره انسان‌های ضعیف در مقابل قدرتمندان از دستیابی به این حق محروم بودند و رفتارهای تبعیض‌آمیز نسبت به آنها اعمال می‌شد، برگی بر خلاف حق طبیعی انسان بود و تا زمانی که امپراطوری روم بر اریکه قدرت تکیه داشت، رومیان حق آزاد تعیین سرنوشت آینده برای دیگران را انکار می‌کردند.<sup>۱</sup>

اگرچه در مورد تاریخچه مبدأ و منشأ بروز حق تعیین سرنوشت اتفاق نظری وجود ندارد، ولی ریشه‌های تاریخی مفهوم این حق را می‌توان در مجموعه ایده‌هایی که در حقوق بین‌الملل از طریق گروسیوس و والن مطرح شده بود، یافت و به تدریج ظهور مفهوم جدید این حق را از زمان انقلاب‌های آمریکا و فرانسه جستجو کرد.

حق تعیین سرنوشت قبل از تصویب منشور ملل متحد و با تشکیل جامعه ملل، به منظور ایجاد سازش میان ایده تعیین سرنوشت از یک طرف و منافع قدرت‌های بزرگ از طرف دیگر در ماده ۲۲ میثاق جامعه ملل به حالت نظام قیمومت و با اعطای خودمختاری به مستعمرات مطرح گردید<sup>۲</sup> تا اهالی مناطق تحت قیمومت در آینده حق خودمختاری پیدا نمایند، و علی‌رغم تأکید بر حق ذاتی ملت‌ها در تعیین سرنوشت خود در اعلامیه چهارده ماده‌ای ویلسون (رئیس جمهور وقت امریکا) در سال ۱۹۱۸ و

۱. ذاکریان، مهدی، حقوق بشر در هزاره جدید، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص. ۳۸.

۲. والاس، ریکا، حقوق بین‌الملل، ترجمه و تحقیق سید قاسم زمانی، نشر شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص. ۸۷.



همچنین پیش‌نویس اعلامیه استقلال امریکا (۱۷۷۶) و اعلامیه حقوق انسان و شهروند فرانسه (۱۷۸۹) و قانون اساسی فرانسه، حق تعیین سرنوشت در دوران نظام جامعه ملل و قبل از تصویب منشور ملل متحد به عنوان یک ابزار سیاسی در دست دولت‌های فاتح و برای تackson سرمینهای کشورهای مغلوب مطرح بوده است.<sup>۱</sup>

پس از تصویب منشور ملل متحد در سال ۱۹۴۵ و تصریح به حق تعیین سرنوشت به عنوان یک اصل حقوقی در یک معاهده چندجانبه بین‌المللی (بند ۲ ماده ۱ و ماده ۵۵) این حق وارد قلمروی حقوق بین‌الملل موضوعه گردیده و به عبارت دیگر بعد از جنگ جهانی دوم معتبرترین متنی که این اصل را در خود جای داده، منشور ملل متحد است.<sup>۲</sup>

با تصویب اعلامیه اعطای استقلال به کشورها و مردمان مستعمرات در سال ۱۹۶۰ که به اعلامیه استعمارزدایی معروف گردیده است (قطعنامه شماره ۱۵۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد) و متعاقب آن با تصویب اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل در خصوص روابط دوستانه و همکاری میان دولتها در سال ۱۹۷۰ (قطعنامه شماره ۲۶۲۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد) و همچنین تصویب میثاق‌های بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی در سال ۱۹۶۶، حق تعیین سرنوشت وارد مرحله جدیدی گردیده و از یک اصل سیاسی به یک اصل حقوقی الزام‌آور تبدیل گردیده و پس از منشور ملل متحد، میثاق‌های بین‌المللی حقوق بشر می‌باشد که به هر دو بعد خارجی و داخلی حق تعیین سرنوشت اشاره نموده است که در مرحله اول به حق تعیین سرنوشت ملت‌های تحت استعمار و در مرحله بعدی به رعایت حقوق اقلیت‌ها و برخورداری ملت‌ها از یک حکومت دموکراتیک تأکید نموده است و در عین حال دولت‌های عضو ملل متحد نیز متعهد هستند که ضمن احترام به این حق، تحقق آن را تسهیل نمایند.

دیوان بین‌الملل دادگستری نیز در چندین قضیه، از جمله نامیبیا (آفریقای جنوبی) ۱۹۷۱، صحرای غربی ۱۹۷۵، تیمور شرقی ۱۹۹۵ و دیوار حائل ۲۰۰۴ به این حق اشاره نموده و از آن به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی و یکی از اصول اساسی حقوق بین‌الملل معاصر نام برده است.<sup>۳</sup>

با توجه به مراتب پیش‌گفته و شناسایی حق تعیین سرنوشت در اسناد و آرای بین‌المللی برای همه ملت‌ها، استیفا و اجرای این حق به لحاظ تعارض با منافع

۱. وکیل، امیرساعد، حقوق بشر، صلح و امنیت بین‌المللی، انتشارات مجد، ۱۳۸۳، ص. ۲۸۴.

۲. امیدی، علی، منبع پیشین، ص. ۳.

۳. سیفی، سیدجمال، «تحولات مفهوم حاکمیت دولت‌ها در پرتو اصل تعیین سرنوشت»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵، ۱۳۷۳، ص. ۷۲.

دولت‌های حاکم، همواره با موانع و محدودیت‌هایی از جمله اصل عدم مداخله و مهم‌تر از همه مسأله صلح و امنیت بین‌المللی مواجه بوده است. از طرف دیگر، امروزه با توجه به کثرت گروه‌ها و اقلیت‌های مدعی جدایی خواهی در اقصی نقاط جهان با این نگرش که جدایی این گروه‌های تجزیه‌طلب، نیز خود به خود موجب اختشاش و هرج و مرچ و بی‌ثباتی در عرصه بین‌المللی گردیده و در نتیجه صلح و امنیت بین‌المللی را به مخاطره می‌افکند، در حقوق بین‌الملل هیچ حقی مبنی بر جدایی این گروه‌ها از دولت مرکزی و تشکیل دولت مستقل یا ادغام در دولت دیگر مورد شناسایی قرار نگرفته است.<sup>۱</sup> به این ترتیب، نگرشی نو به محدودیت‌ها و ارائه یک راهکار مناسب بر اساس قواعد بین‌المللی از ناحیه تابعان حقوق بین‌الملل در خصوص اجرای صحیح و اعمال واقعی حق تعیین سرنوشت ضروری به نظر می‌رسد.

### ۳. ابعاد حق تعیین سرنوشت

با توجه به تحولات در جامعه جهانی و موضوع پایان استقلال مستعمرات و شناسایی کشورهای جدید و غیرمستعمره و از طرف دیگر، توجه روزافزون به مسأله دموکراسی و ضرورت ایجاد حکومت‌های دموکراتیک، مفهوم قلمرو اجرایی حق تعیین سرنوشت تحول یافته و این حق به عنوان تعهدات عام دولت‌های حاکم در عرصه بین‌المللی مورد شناسایی قرار گرفته است و نقض این حق موجبات مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها را در پی خواهد داشت. در نتیجه علاوه بر جنبه خارجی این حق که بیشتر شامل موارد استعماری می‌گردید، امروزه با بعد داخلی این حق نیز روپرتو هستیم. ذیلاً به تبیین ابعاد این حق می‌پردازیم.

#### ۳-۱. جنبه خارجی حق تعیین سرنوشت

بعد خارجی تعیین سرنوشت به وضعیت یک ملت در ارتباط با دولت موردنظر است که به موجب آن، جمعیت یک سرزمین می‌تواند آزادانه تصمیم بگیرد که آیا به دولت موجود بپیوندد یا نسبت به ایجاد یک دولت مستقل و حاکم اقدام کند. اگرچه بسیاری از حقوق‌دانان، اصل تعیین سرنوشت را صرفاً شامل جنبه خارجی و مربوط به موقعیت‌های استعماری می‌دانند،<sup>۲</sup> لیکن با توجه به قطعنامه‌های مجمع عمومی و میثاق‌های بین‌المللی حقوق بشر جنبه خارجی حق تعیین سرنوشت علاوه‌بر مستعمرات

و سرزمنی‌های غیرخودنمختار به مردم سرزمنی‌های اشغالی و تحت سلطه بیگانه نیز تسری می‌پاید.<sup>۱</sup>

## ۲-۳. جنبه داخلی حق تعیین سرنوشت

به طورکلی جنبه داخلی حق تعیین سرنوشت مربوط به حق مردم در داخل یک دولت برای انتخاب آزادانه و ضعیت سیاسی و اقتصادی و شکل حکومت و میزان مشارکت آنان در اداره حکومت را در بر می‌گیرد، که از آن در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، به عنوان حق مشارکت سیاسی و حقوق اقلیت‌ها نام برده شده است. گرچه با توجه به موانع و محدودیت‌هایی که در ادامه خواهیم شمرد، بسیاری از کشورها با تفسیری مضيق از حق تعیین سرنوشت آن را صرفاً محدود به استقلال کشورهای مستعمره و بعد خارجی آن می‌دانند، بايستی اذعان داشت که با توجه به تحولات بعدی در عرصه بین‌المللی و تصویب اسناد و معاهدات و قطعنامه‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و رویه دولتها که شکل قواعد عرفی بین‌المللی را به خود گرفته است، جنبه داخلی حق تعیین سرنوشت نیز مبنی بر مشارکت تمام مردم در اداره امور کشور و تعیین سرنوشت سیاسی و مدنی و اقتصادی و اجتماعی آنها مورد شناسایی قرار گرفت.<sup>۲</sup> بنابراین به موجب حق بر دموکراسی همه مردمان، دولتها مکلف به ایجاد زمینه‌های لازم مشارکت آزادانه همه مردم و اقلیت‌های زیر مجموعه یک دولت در انتخاب حاکمان و نحوه اداره کشور می‌باشند.

#### ۴. اجرای حق تعیین سرنوشت

۴-۱. موارد اجراء

حق تعیین سرنوشت قبل از جنگ جهانی دوم و تصویب منشور ملل متحد صرفاً یک مفهوم سیاسی بود که به موضوع استعمار زدایی مربوط بوده است.<sup>۳</sup> تمامیت ارضی کشورها از اهمیت درجه اول برخوردار بود و این اصل تا جایی پذیرفته می شد که اجازه تجزیه کشوری را ندهد. بروز تحولات در عرصه بین‌المللی و پایان جنگ سرد، فروپاشی

۱. کاسسه، آنتونیو، حقوق بین‌الملل در جهانی نامتعدد، ترجمه مرتضی کلانتریان، دفتر خدمات حقوق بین‌الملل، ۱۳۷۰، ص. ۱۶۹.
  ۲. میرزابی، سعید، تحول مفهوم حاکمیت در سازمان ملل متحده، دفتر مطالعات بین‌المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۷۳، ص. ۴۶.
  ۳. وانگ، تی یا، جهان سوم و حقوق بین‌الملل، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌الملل، شماره ۸ سال ۱۳۶۶، صص. ۹۶ - ۹۸.

شوری، یوگسلاوی و چکسلواکی، نقطه شروع تحول مهم در مورد حق تعیین سرنوشت ملل و بیانگر اجرای حق تعیین سرنوشت در حوزه‌های غیر استعماری بوده است. از طرف دیگر با توجه به تأکید روزافزون جامعه جهانی بر موضوع حقوق بشر و به طور کلی مجموعه‌ای از تعهدات بین‌المللی منبعث از اسناد، قطعنامه‌ها، اعلامیه‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی و سازوکارهای نظارتی راجع به حقوق بشر خصوصاً حق تعیین سرنوشت، حاکمیت دولتها در عمل با چالش روپرتو گردید. مطالعه تحولات مربوط به کوزوو حکایت از تعارض آشکار میان حق تعیین سرنوشت و حاکمیت دولتها دارد.

به تدریج با تحول مفهوم حق تعیین سرنوشت، مفهوم حاکمیت دولتها و اصول مربوط به آن از جمله اصل عدم مداخله در امور داخلی کشور تغییر مفهومی یافته و اساساً حقوق بشر از حیطه امور داخلی کشورها خارج گردیده و با توجه به رویه دولتها و سازمان‌های بین‌المللی، امروزه شاهد مداخلاتی با عنایین پیشگیرانه، بشردوستانه و مسئولیت حمایت در امور داخلی کشورها هستیم، که در نتیجه توسعه روزافزون حقوق بشر و موضوع دموکراسی، قلمرو اقتدارگرایانه و مطلق حاکمیت دولتها کاهش یافته است و وجود گروههای قومی و زبانی و نژادی متعدد جدایی خواه در سراسر جهان مشکلات عدیدهای را برای دول حاکم به وجود آورده است.

که در نتیجه آن شناسایی حق تعیین سرنوشت برای گروههای حدیدی از قبیل ملت‌های تحت سلطه یا اشغال بیگانه یا رژیم‌های نژادپرست را نیز شامل می‌شود و برخلاف گذشته که این حق صرفاً به موارد استعماری مربوط می‌شد، پس از ۱۹۹۰ شاهد نمونه‌های بسیاری از اعمال حق تعیین سرنوشت در موارد غیر استعماری بوده‌ایم و چه‌بسا می‌توان اذعان داشت که امروزه این حق برای همه مللی که تحت سلطه و ستم قرار دارند، قابلیت اعمال دارد.<sup>۱</sup>

## ۲-۴. شیوه‌های اجرا

یکی از راهکارهای اعمال حق تعیین سرنوشت، شیوه دموکراتیک یا از طریق همه‌پرسی می‌باشد که دولتها می‌بایست با ایجاد زمینه همه‌پرسی، مشارکت آحاد ملت در تعیین نظام و نوع حکومت دلخواهشان را فراهم آورند؛ چه اینکه در همه‌پرسی شهروندان یک سرزمین درباره سرنوشت‌شان تصمیم می‌گیرند که به کشور دیگری الحق شوند یا در دولت موجود باقی بمانند.

1. Knop, Karen, *Diversity and Self – Determination International Law*, Cambridge University Press, 2002, pp. 36 – 37.

همچنین، نک: امین‌زاده، الهام، «تفاوت توریسم و تلاش برای دستیابی به حق تعیین سرنوشت»، مجله راهبرد، شماره ۲۱، سال ۱۳۸۰.

یکی دیگر از شیوه‌های اجرای حق تعیین سرنوشت به موجب قطعنامه‌ها و تصمیمات مراجع بین‌المللی از قبیل سازمان ملل متحد یا به موجب آرای قضایی بین‌المللی است. به عنوان مثال، دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مشورتی مورخ ۲۲ ژوئیه ۲۰۱۰ خود استقلال کوزوو را به رسمیت شناخت و نیمی از کشورهای جهان نیز این کشور را مورد شناسایی قرار دارند.

به هر حال اعمال حق تعیین سرنوشت از طریق تصویب اعلامیه یک‌جانبه استقلال به سه صورت مدنظر است:

- تأسیس یک کشور مستقل حاکم
- اتحاد آزاد با یک کشور مستقل
- ادغام در یک کشور مستقل دیگر

البته اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل مربوط به روابط دوستانه و همکاری میان دولتها در بند ۴ از قسمت مربوط به اصل تساوی حقوق و حق تعیین سرنوشت، علاوه بر سه شیوه مذکور، شیوه چهارمی را نیز اضافه نموده که دستیابی به هر ساختار سیاسی دیگر که به طور آزادانه توسط یک ملت معین شده است که در واقع دامنه شیوه‌های اعمال خارجی این حق را گسترش می‌دهد. اشغال سرزمین توسط بیگانه نیز یکی از موارد اجرای حق تعیین سرنوشت است که بارزترین مصدق آن تسلط بیگانه بر سرزمین فلسطین می‌باشد که مردم فلسطین به عنوان ساکنان اصلی دارای حق تعیین سرنوشت خویش می‌باشند (حق تعیین سرنوشت مردم فلسطین تصریحًا در رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در ۹ جولای ۲۰۰۴ مورد تأکید قرار گرفته است).<sup>۱</sup>

علاوه بر موارد پیش‌گفته، از تبعیض نژادی می‌توان به عنوان یکی دیگر از موارد اجرای حق تعیین سرنوشت نام برد و این حق را برای ملتی که تحت اعمال سیستماتیک و گسترده تبعیض نژادی قرار می‌گیرند، مورد شناسایی قرار داد. به عنوان مثال می‌توان از رژیم‌های آفریقای جنوبی و رودزیای جنوبی نام برد که به لحاظ اینکه یک رژیم دارای تبعیض نژادی را به مردم تحمیل کردند، موضوع حق تعیین سرنوشت برای مردم آن کشورها مطرح گردید و در نتیجه این امر موجب مداخله بین‌المللی نیز گردید.

## ۵. تکامل تدریجی حقوق بشر و حاکمیت دولت‌ها

سالیان متتمادی حاکمیت به معنای قدرتی بلا منازع و اقتدارگر و مطلق مطرح بود. بعد از جنگ جهانی دوم، اسناد متعدد حقوق بشری، به شناسایی حقوق مردم در جنبه‌های

1. ICJ Advisory opinion, July 2004.

مختلف پرداخته است که در نتیجه شناسایی این حقوق و ایجاد تعهدات بین‌المللی برای دولتها، حاکمیت‌ها تا حدودی محدود گردید. نظام سازمان ملل متحده و اسناد کلیدی آن در جهت حمایت از حقوق بشر از جمله منشور ملل متحده (۱۹۴۵) و اعلامیه مبانی حقوق بشر (۱۹۴۸) و میثاق‌های بین‌المللی حقوق سیاسی مدنی و اقتصادی - اجتماعی و همچنین سایر معاهدات مربوط به تعییض‌نژادی، زنان و کودکان و ایجاد اهرم‌های نظارتی همگی در جهت محدودیت رفتارهای دولتها و در راستای حمایت از حقوق بشر شکل گرفته و به گونه‌ای جدی در اعمال صلاحیت‌های مختص به حاکمیت محدودیت ایجاد شده است. به نظر می‌رسد که حقوق بشر، سبب تغییراتی در ماهیت حاکمیت دولتها شده است؛ به گونه‌ای که ارگان‌های بین‌المللی به سرعت در حال نفوذ در حوزه‌هایی هستند که پیش از این به عنوان حوزه داخلی کشورها در نظر گرفته می‌شد.

رویه سازمان ملل متحده نشان می‌دهد که مسائل حقوق بشر حالتی بین‌المللی پیدا نموده‌اند و امروزه مشروعیت بین‌المللی دولتها صرفاً در قالب پایبندی آنها به تعهدات بین‌المللی خلاصه نمی‌شود، بلکه به رفتارهای داخلی دولتها با شهروندانشان نیز مربوط می‌گردد. بنابراین حاکمیت دولتها آنجا که حقوق اساسی انسان را مورد تهدید قرار می‌دهد، محدود می‌گردد و از این حیث، نهادها و سازمان‌های بین‌المللی مجاز به مداخله، حتی در امور داخلی دولتها می‌شوند.<sup>۱</sup>

سؤال اساسی در این مبحث آن است که آیا حمایت بین‌المللی از حقوق بشر با حاکمیت دولتها تعارض دارد یا خیر. به عبارت دیگر آیا حقوق بشر و مکانیسم‌های حمایتی و نظارتی آن منجر به تضعیف حاکمیت دولتها خواهد شد یا خیر.

آچه که قابل ذکر است اینکه، اصول حاکمیت و حقوق بشر فی‌نفسه با هم در تعارض نیستند. حقوق بشر، حقوقی فردی است که ریشه در نیازها و قابلیت‌های انسانی دارد که هر شخصی به لحاظ انسان بودن از آن برخوردار است و حاکمیت هم به معنای قدرت برتر و مافوق است که در درون یک سرزمین یا محدوده خاص اعمال می‌شود. ولی نکته مهم این است که امروزه با توجه به تحولات و تغییرات بین‌المللی نهاد حاکمیت نیز به تدریج دستخوش یک روند فرسایش شده و حیطه اقتدار و اعمال آن محدود و تعدیل گردیده است و در نتیجه مفهوم حاکمیت مطلق به یک مفهوم نسبی تبدیل گردیده است.

شناسایی حقوق بشر به موجب معاهدات و اسناد حقوق بشری موجب گردید تا حقوق بشر از حوزه صلاحیت داخلی دولتها به حوزه بین‌المللی منتقل گردد. به تبع

۱. مولایی، یوسف، حاکمیت و حقوق بین‌الملل، نشر علم، ۱۳۸۴، ص. ۲۰.



توسعه حقوق بشر، حاکمیت دولتها هم متحول شد و دولتها متعهد شدند تا حقوق و آزادی های بشر و حقوق اقلیت ها را به رسمیت شناخته و در نتیجه حاکمیت خود را تعديل نمایند.

البته آغاز توجه به مسأله مشارکت مردم در حکومت ها از قرن هفدهم به بعد و در خلال انقلاب ها و اعلامیه های مربوط به حقوق بشر در کشورهای آمریکا، فرانسه و انگلیس بود که در آنها به حقوق و آزادی های انسان اشاره گردیده و به تدریج کشورهای اروپایی نیز این حقوق را در قوانین اساسی خود وارد نمودند و متعاقب آن تصویب سایر معاهدات بین المللی از جمله عهدنامه وین (۱۸۱۵) و معاهده پاریس (۱۸۵۶) و معاهده برلین (۱۸۷۸) در خصوص منع تبعیض نژادی، توجه به آزادی های عمومی و حقوق بشر به طور مستقیم و غیرمستقیم بر حاکمیت دولتها اثرات عمیقی به جا گذاشته است.<sup>۱</sup> البته محدودیت حاکمیت دولتها به موجب معاهدات بین المللی حقوق بشر بیانگر نفی حاکمیت دولتها نیست، بلکه نشانگر تغییر اساسی در مفهوم حاکمیت است.

یکی دیگر از پیشرفت های عمدۀ حقوق بشر که حاکمیت دولتها را تحت تأثیر قرار داد، شناسایی فرد و حقوق و منافع افراد در حقوق بین الملل بود و طرح حق شکایت فرد در عرصه بین المللی که خود به خود، موجبات تحدید حاکمیت دولتها را در پی داشت. بنابراین حاکمیت دولتها از یک طرف در خارج با عضویت در سازمان ها و نهادهای بین المللی و سازمان های منطقه ای حقوق بشر و در داخل نیز تحت تأثیر سازمان های غیردولتی حمایت از حقوق بشر عملاً محدود گردیده است و در ادامه با تصویب معاهدات و کنوانسیون ها و میثاق ها و پروتکل های حقوق بشری به ترتیب از سال ۱۹۴۸ تا ۱۹۹۰ دولتها در مقابل تعداد زیادی از تعهدات بین المللی حقوق بشر قرار گرفتند که به اجراء محدودیت هایی را بر حاکمیت خود پذیرفتند. در این دوران با مفهوم جدیدی از حاکمیت مواجه می شویم که نسبت به گذشته تعديل یافته است.<sup>۲</sup> مهم تر اینکه محدود شدن حاکمیت کشورها به واسطه حقوق بین ادین بشری مورد تأکید منشور ملل متحده نیز قرار گرفته است و بر همین اساس جامعه بین المللی حق دارد که وضعیت حقوق بشر را در هر کشوری زیر نظر داشته باشد و هیچ کشوری نمی تواند به استناد بند ۷ ماده ۲ منشور ملل متحد، حقوق بشر را اساساً جزء صلاحیت داخلی خود به حساب آورد.<sup>۳</sup>

۱. اکرمی، مهدی، «تاریخچه پیشرفت و تکامل حقوق بشر»، مجله حقوق بشر، شماره ۸، سال دوم، مهر ۱۳۵۱، ص. ۴۱.

۲. میرزا لی، سعید، منبع پیشین، ص. ۸.  
۳. سیفی، جمالی، منبع پیشین، ص. ۷.

در هر حال نکته حائز اهمیت در خصوص حاکمیت دولتها این است که دولتی دارای حاکمیت اصلی ترین تابع و عنصر تشکیل‌دهنده نظام بین‌المللی هستند، که نه تنها قواعد و مقررات مربوط به حقوق بشر را وضع می‌کنند بلکه اجرای این حقوق را نیز به عهده دارند و ریشه ناسازگاری میان حقوق بشر و حاکمیت دولتها نیز از همین نکته شروع می‌شود و در عمل اجرای حقوق بشر را با مشکل مواجه می‌سازد، با توجه به اینکه عامل اصلی اجرای حقوق بشر دولتهای دارای حاکمیت و قدرت وسیع و مؤثر می‌باشند، اصولاً دولتها تا جایی تمايل به رعایت حقوق بشر دارند که حاکمیت آنها تحت الشعاع قرار نگرفته و محدودیت نیابد.<sup>۱</sup>

از طرف دیگر، با توجه به اینکه در عرصه بین‌المللی با سازمان‌هایی مواجه هستیم که خود مخلوق دولتهای حاکم هستند، چگونه می‌توانند ابزاری برای تحمیل تعهدات و ضمانت‌های حقوقی لازم نسبت به دولتها و در جهت اجرای حقوق بشر باشند؟ و در همین راستا چگونه می‌توان دولتهای ناقض این حقوق را واحد مسئولیت بین‌المللی دانست؟ در پاسخ به این سؤالات باید گفت که در هر حال آنچه که غیر قابل انکار است اینکه بنابر وضعیت‌های موجود در جامعه بین‌المللی، سازمان ملل متحد و ارگان‌های وابسته در موارد متعددی بر رعایت حقوق بشر و حق تعیین سرنوشت ملت‌ها و رعایت حقوق بشر توسط دولتها و همچنین مسئولیت بین‌المللی دولتها در قبال نقض حقوق بشر تأکید نمودند و حتی با طرح دکترین حمایت، به مداخله در امور داخلی کشورهای دیگر در چارچوب فصل ۷ منشور به لحاظ حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مبادرت نمودند که در نتیجه این‌گونه تصمیمات و اقدامات در عمل حاکمیت دولتها محدود گردید و تعديل یافته است و سطح اختیار و اقتدار حکومت‌ها تنزل پیدا کرده است.

از طرف دیگر با توجه به جهان‌شمولی حقوق بشر، امروزه حقوق بشر، بخش مهمی از حقوق بین‌الملل با ساختار نهادی و شیوه‌های اجرایی است که فراتر از مرزها و چارچوب‌های دولتی، تعهداتی را بر کشورها تحمیل نموده است و کشورها نیز با عضویت در سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای غیر دولتی به طور عملی حاکمیت خود را محدود نمودند و به عبارت دیگر با گسترش فرآیند جهانی شدن و ورود بازیگران دولتی و غیر دولتی دیگر در عرصه بین‌المللی دولتها، بخش‌های مهمی از توانایی و خودمختاری و حاکمیت خود را از دست داده‌اند و حاکمیت معاصر دیگر آن حاکمیت

مطلوب و بلا منازع نیست و به نوعی محدود گردیده است و نظریه حکمرانی مطلوب حکایت از تغییر در نحوه حکومت داری دولت های برخوردار از حاکمیت دارد.<sup>۱</sup>

#### ۶. تعدیل حاکمیت دولت ها در پرتو اجرای حق تعیین سرنوشت

دو اصل حق تعیین سرنوشت و حق حاکمیت، از مهم ترین اصول بنیادین حاکم بر سازمان ملل متعدد است که در اسناد بین المللی از جمله منشور ملل متعدد و میثاق های بین المللی و قطعنامه های صادره از مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل متعدد مورد تصریح و تأکید قرار گرفته است. با گذشت زمان و بروز تحولاتی در عرصه بین المللی، خصوصاً رشد و توسعه حقوق بشر تعارض میان این دو اصل بیش از پیش آشکار شده است و علی رغم تصریح منشور (ماده ۲) به برخورداری کشورها از حق حاکمیت و عدم مداخله در امور داخلی یکدیگر، ایجاد قواعد حقوق بشری و برخورداری مردم از حق تعیین سرنوشت، تا حدود زیادی حاکمیت ها را تحت کنترل درآورده و حاکمیت دیگر از آن قلمرو وسیع و مطلق برخوردار نیست و نتیجه این تعارض در عمل به نفع یک طرف تمام می شود گاهی یک اقلیت قومی به اجرای حق تعیین سرنوشت موفق می شود و یا اینکه یک دولت موفق به حفظ حاکمیت و تمامیت ارضی و استقلال سیاسی خود می شود، کوزوو از جمله مواردی است که اعمال حق تعیین سرنوشت موجب تحدید حق حاکمیت در کشور یوگسلاوی گردید.<sup>۲</sup>

بدیهی است از زمانی که حقوق بشر به عنوان یک تعهد بین المللی در اسناد و معاهدات بین المللی مطرح و رعایت آن برای تمام دولت ها لازم الاجرا گردیده است، نقض این تعهد نیز موجبات مسئولیت بین المللی دولت ها را در پی خواهد داشت و این مسئولیت نیز در جهت عدم ایجاد زمینه اجرای حق تعیین سرنوشت برای دولت های ناقض، متصور است. بدین سان با افزایش تعهدات دولت ها در زمینه حقوق بشر و حق تعیین سرنوشت، رویکرد جدید به حاکمیت، براساس مسئولیت استوار است و دولت ها با توجه به دکترین مسئولیت یا حمایت مسئولیت پاسداری از حقوق بشر و اجرای حق تعیین سرنوشت را به عهده دارند.<sup>۳</sup>

۱. نقیبی مفرد، حسام، حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی شدن حقوق بشر، موسسه حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹ ص. ۲۵.

۲. نوازانی، بهرام؛ و سکینه فرجزاده، «تعارض اصل حق تعیین سرنوشت ملت با اصل حاکمیت ملی (کوزوو)»، پژوهشنامه علوم سیاسی، سال ۶، شماره ۴، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۳.

3. Hamilton, Rebecca, "The Responsibility to Protect" Harvard Human Rights Journal. Vol. 19, 2006, p. 54.

---

مضافاً اینکه اجرای حق تعیین سرنوشت در عمل، اصول مربوط به حاکمیت (اصل عدم مداخله و اصل عدم توصل به زور) را نیز تحت الشعاع قرار داده است، چنان که گفته شده است: «اصولاً هر حکومتی که از اعمال حق مردمان به تعیین سرنوشت داخلی جلوگیری کند نامشروع است و تلاش خارجی برای اعطای حق بیان به مردم موجه است.» بنابراین اگرچه این دیدگاه، دیدگاه عامه حقوق‌دانان و مورد پذیرش همگان نمی‌باشد، ولی از این پس اصل عدم مداخله نمی‌تواند به عنوان مانع باشد که در پشت آن دولتها مبادرت به نقض گستره و سیستماتیک حقوق بشر و حق تعیین سرنوشت مبادرت ورزند، چرا که عصر حاکمیت مطلق و انحصاری دولتها سپری شده است و مداخله روزافزون بین‌المللی در امور داخلی دولتها برای حمایت از حقوق بشر نیز حکایت از کاهش اقتدار دول حاکم دارد. امروزه دیگر اصل عدم مداخله نمی‌تواند توجیه کننده رفتار ناپسند دولتها در نقض حقوق بشر و حق تعیین سرنوشت باشد.<sup>۱</sup>

۱. سیمیر، رضا، «حقوق بشر میراث مشترک جهانی در آستانه سده بیست و یکم»، ماهنامه اطلاعات سیاسی، اقتصادی، شماره ۱۳۳ و ۱۳۴ و ۱۳۷۷، مهر و آبان ۱۳۷۷، ص. ۱۱۳.

## نتیجه‌گیری

حق تعیین سرنوشت به تدریج پس از پایان دوران مستعمرات به موجب استناد (بین‌المللی و منطقه‌ای) قطعنامه‌ها و آرای قضایی بین‌المللی، از یک اصل سیاسی به یک قاعده الزام‌آور حقوقی تبدیل شده است و به لحاظ تعهدات عام کشورها در قبال جامعه جهانی و حقوق بین‌الملل عرفی، عدم رعایت این حق می‌تواند موجبات مسئولیت بین‌المللی دولتها را در پی داشته باشد. بنابراین دولتها موظف به ایجاد زمینه‌های دستیابی ملت‌ها به این حق می‌باشند. با این وجود، قلمرو اجرای این حق در ابعاد خارجی و داخلی همواره با محدودیت‌ها و موانعی از قبیل اصل تمامیت ارضی و وحدت سیاسی کشورها و مهم‌تر از همه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی روبرو بوده است. با این وصف اجرای این حق در عمل حقوق بشر را در تقابل با حاکمیت دولتها قرار می‌دهد. بروز تحولات در عرصه بین‌المللی و توجه روزافزون به حقوق بشر، عضویت و تعهدات دولتها در معاهدات و سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر و مکانیزم‌های نظارتی راجع به اجرای حقوق بشر عملاً موجب تشددید این تقابل و در نتیجه ایجاد محدودیت‌هایی برای حاکمیت و اصول مربوط به آن گردیده است. به سخن دیگر، دامنه یا قلمرو اقتدارگرایانه حاکمیت کاهش یافته است که از این منظر مطالعه وضعیت کوززوو تعارض آشکار میان حق تعیین سرنوشت و حاکمیت دولتها را هرچه بیشتر نمایان می‌سازد. از طرف دیگر عملکرد سازمان ملل متحد در برخورد با مناقشات بین‌المللی در کشورهای یوگسلاوی سابق و روآندا، عراق و سومالی و همچنین قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل متحد در تعیین منطقه پرواز ممنوع در کشور لیبی جلوه‌هایی از تحولات نظام بین‌الملل در به چالش کشیدن حاکمیت و اصول مربوط به آن و موید این تقابل است. نگارنده مقاله در این نوشتار موجز در جستجوی پاسخ این سوال است که با توجه به اینکه حق تعیین سرنوشت به عنوان یک حق الزام‌آور برای همه ملت‌ها مورد شناسایی قرار گرفته است و با عنایت به اینکه امروزه گروههای قومی، زبانی و نژادی متعددی در کشورهای مختلف از جمله کبک در کانادا و زنگبار در هند و کشمیر در پاکستان و اقصی نقاط دیگر جهان با انگیزه‌های متفاوتی به دنبال اعمال حق تعیین سرنوشت خود می‌باشند. با این وجود چرا جدایی خواهی ملت‌ها یا مطالبه حق آنان در تعیین سرنوشت و مشارکت سیاسی داخلی، برخلاف مقررات منشور ملل متحد، ممنوع و تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی تلقی می‌شود؟

اساساً وقتی که با نقض فاحش و سیستماتیک حقوق بشر نسبت به اقلیتی از طرف دولتها مواجه هستیم، حقوق بین‌الملل چه راه حلی برای اجرای حق تعیین

سرنوشت این گروه یا اقلیت ارایه می‌نماید؟ و قایع اخیر در کشورهای عربی و آفریقایی یکی از مصادیق مطالبه حق تعیین سرنوشت داخلی از ناحیه مردمانی است که زمینه‌های مشارکت عمومی در تصمیم‌گیرهای حکومت یا ایجاد حکومت‌های دموکراتیک برای آنان فراهم نگردیده است، در واقع امر و به نظر نگارنده اگر چه به لحاظ اهلیت تمنع برخورداری از حق تعیین سرنوشت برای تمامی ملت‌ها مورد شناسایی قرار گرفته است، ولی در مرحله استیفا و اجرای این حق به لحاظ تقابل با حاکمیت دولتها، همچنان موانعی وجود دارد. بنابراین موضوع بحث مطروحه در جهت بررسی راهکارهایی است تا هرچه بیشتر این محدودیت‌ها و موانع را مرتفع نماید. در خصوص اجرای واقعی حق تعیین سرنوشت، مشارکت اعضای ملل متحده در سازمان‌های بین‌المللی و تصویب معاهدات یا قطعنامه‌های بین‌المللی و تصویب و تصریح این حق در قوانین اساسی کشورها، ایجاد نهادهای غیردولتی بین‌المللی و منطقه‌ای، ارائه آموزش‌های لازم در زمینه‌ی حقوق بشر و ایجاد حکومت‌های دموکراتیک و رشد و توسعه دموکراسی از طریق مراجع نظارتی حقوق بشر سازمان ملل متحده، نظارت مستمر نهادهای نظارتی سازمان ملل متحده در جهت رعایت حقوق بشر مندرج در منشور ملل متحده و میثاق‌ها جهت پیشگیری یا کاهش انگیزه‌های جدایی‌خواهی و سایر اقدامات و راهکارهای بین‌المللی و منطقه‌ای دیگری که می‌تواند در اجرای این حق متمرث باشد، قابلیت تحقیق و بررسی را دارد.

منابع

- اکرمی، مهدی، «تاریخچه پیشرفت و تکامل حقوق بشر»، مجله حقوق بشر، شماره ۸، سال دوم، مهر ۱۳۵۱.

امینزاده، الهام، «تفاوت ترویسم و تلاش برای دستیابی به حق تعیین سرنوشت»، مجله راهبرد، شماره ۲۱، سال ۱۳۸۰.

امیدی، علی، «گسترش مفهوم حق تعیین سرنوشت»، فصلنامه حقوقی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷.

دلبروک، جوست، حمایت بین‌المللی از حقوق بشر و حاکمیت دولت، ترجمه حسین شریفی طراز کوهی، نشر میزان، ۱۳۹۰.

ذاکریان، مهدی، حقوق بشر در هزاره جدید، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.

روسو، زان ڈاک، قرارداد اجتماعی، ترجمه غلامحسین زیرکزاده، انتشارات چهر، چاپ چهارم، ۱۳۴۱.

سیفی، سیدجمال، «تحولات مفهوم حاکمیت دولت‌ها در پرتو اصل تعیین سرنوشت»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵، ۱۳۷۳.

سیمیر، رضا، «حقوق بشر میراث مشترک جهانی در آستانه سده بیست و یکم»، ماهنامه اطلاعات سیاسی، اقتصادی، شماره ۱۳۳ و ۱۳۴، مهر و آبان ۱۳۷۷.

کاسیسه، آنتونیو، حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد، ترجمه مرتضی کلانتریان، دفتر خدمات حقوق بین‌الملل، ۱۳۷۰.

ایوانز، گراهام؛ و جفری نونام، فرهنگ روابط بین‌الملل، ترجمه حمیرا میترازاده و حسین شریفی طراز کوهی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱.

مولایی، یوسف، حاکمیت و حقوق بین‌الملل، نشر علم، نشر میزان، ۱۳۸۴.

میرزایی، سعید، تحول مفهوم حاکمیت در سازمان ملل متحد، دفتر مطالعات بین‌المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۷۳.

نقیی مفرد، حسام، حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی شدن حقوق بشر، موسسه حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.

نوازانی، بهرام؛ و سکینه فرجزاده، «تعارض اصل حق تعیین سرنوشت ملت با اصل حاکمیت ملی (کوزوو)»، پژوهشنامه علوم سیاسی، سال ۶، شماره ۴، ۱۳۹۰.

والاس، ریکا، حقوق بین‌الملل، ترجمه و تحقیق سید قاسم زمانی، نشر شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷.

– وانگ، تی یا، جهان سوم و حقوق بین‌الملل، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌الملل، شماره ۸، سال ۱۳۶۶.

– وکیل، امیرسادع، حقوق بشر، صلح و امنیت بین‌المللی، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.

- Akehurst, Michael, *Modern Introduction to International Law*, Oxford University Press, Sixth Edition, 1997.
- Cassese, Antonio, *Self - Determination of peoples*, Cambridge University Press, 1995.
- Crawford, James, *the Creation of States in International Law*, Oxford University Press, 2006.
- Hamilton, Rebecca, “The Responsibility to Protect” *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 19, 2006.
- Knop, Karen, *Diversity and Self - Determination International Law*, Cambridge University Press, 2002.



## تحولات نظام نیمهآزادی در سیاست کیفری ایران

محمد رضوانی\*

مظاہر خواجوند چتن\*\*

حامد صفائی آتشگاه\*\*\*

چکیده

نظام نیمهآزادی یکی از جلوه‌های اصل شخصی‌کردن کیفر و از جمله روش‌هایی است که در راستای کاهش جمعیت کیفری زندان با آزادی نیمه‌وقت مجرم موافقت کرده اما بر نظرارتی دائم بر او تأکید می‌ورزد. این روش از یک سو ثبات خانوادگی بزهکار را حفظ کرده و از سوی دیگر اصلاح گام‌به‌گام مجرم را در دستور کار قرار می‌دهد. با ترویج بیشتر فرهنگ قانون‌مداری و ارائه نظریه‌های مدرن در باب فلسفه کیفر از سوی متخصصان علوم جنایی قرن بیستم، زندان نیز به عنوان یک مجازات، کالبدشکافی شد. در همین راستا نظام‌های مختلف حقوقی با در پیش گرفتن سازوکارهایی سعی کردند که از آثار منفی و مخرب زندان بکاهند از آن تنها برای مجازات مجرم، بدون صدمه زدن به خانواده او، ممتنع گردند. سؤالی که در این مقاله مورد نظر نگارندگان می‌باشد این است که کاربست نیمهآزادی از منظر توجیه کیفر چیست و این نظام از چه جایگاهی در سیاست کیفری برخوردار می‌باشد. نظام نیمهآزادی نهادی است که می‌توان آن را از منظر وظیفه‌گرایانه و فایده‌گرایانه با تکیه بر توجیه کیفر، بررسی و تبیین نمود. به دیگر سخن، سیاست کیفری نظام‌های مدرن از آن برای تتبیه و اصلاح مجرمان به‌گونه‌ای که کمترین فاصله را از اجتماع گرفته و بیشترین فایده را برای اجتماع سبب شوند، استفاده کرده‌اند. نظام حقوق کیفری ایران نیز بخشی از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را به این نهاد نوین کیفری اختصاص

\* کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (نویسنده مسئول) mohammad.rezvani29@yahoo.com

\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نوشهر mazaher.khajevand@yahoo.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی safaei@live.com

---

داده است. در این مقاله، نگارندگان تلاش نموده‌اند تا ضمن تبیین نظام نیمه‌آزادی به ارزیابی ابعاد مختلف آن در سیاست کیفری ایران بپردازند.

**کلیدواژه‌ها:** حبس، نیمه‌آزادی، مجازات، سیاست کیفری.

## مقدمه

یکی از ابزارهای سیاست کیفری، نهادهایی هستند که راه را برای اعاده بزهکاران به اجتماع هموار می‌سازند. کیفر زندان هرچند ممکن است چنین فرصتی را ایجاد نماید، اما نباید فراموش کرد که محیط زندان با تمام امکانات بازپروری نظیر سوادآموزی و حرفه‌آموزی محیطی است اصولاً توانگیر و انس بـهـوـبـرـه در محکومیت‌های درازمدت، بزهکار را به هنگام خروج از زندان با دشواری مواجه می‌کند.<sup>۱</sup> حتی عده‌ای با زندان‌های کوتاه مدت نیز به مخالفت برخاسته‌اند.<sup>۲</sup> بر این اساس، کیفرشناسان از یک قرن پیش بدین فکر افتادند که جنبه‌های آسیب‌زننده کیفرهای سالب آزادی را کاهش دهنـد و پـارـهـاـی اـزـ تـدـابـیرـ اـصـلـاحـی رـاـ کـهـ درـ مـحـیـطـ عـادـیـ اـمـکـانـ بهـ ثـمـ رـسـیدـنـ آـنـهاـ بـیـشـترـ استـ،ـ جـایـگـزـینـ تـدـابـیرـ هـمـانـنـدـ درـ مـحـیـطـ زـنـدـانـ نـمـایـنـدـ.<sup>۳</sup> لـذـاـ جـنبـشـ الغـایـ مـجاـزـاتـ حـبـسـ بـهـ دـنـبـالـ الـغـاـگـرـایـ کـیـفـرـیـ اوـاسـطـ سـدـهـ بـیـسـتـمـ وـ پـسـ اـزـ جـنـگـ جـهـانـیـ دـوـمـ تـاـ اـمـرـوزـ سـهـ نـسـلـ اـزـ ضـمـانـتـ اـجـراـهـایـ کـیـفـرـیـ رـاـ درـ تـارـیـخـ تـحـوـلـاتـ عـلـوـمـ جـنـایـ مـعـرـفـیـ نـمـودـهـ استـ.ـ نـسـلـ اـولـ جـایـگـزـینـهـایـ حـبـسـ<sup>۴</sup>ـ اـسـتـ.ـ درـ اـيـنـ تـفـكـرـ تـدـرـوـ وـ اـفـرـاطـیـ،ـ يـكـ ضـمـانـتـ اـجـراـ جـایـگـزـینـ ضـمـانـتـ اـجـraiـ دـیـگـرـیـ مـیـشـودـ.ـ مـثـلـ دـوـرـهـ مـرـاقـبـتـ کـهـ درـ فـصـلـ نـهـمـ قـانـونـ مـجاـزـاتـ اـسـلـامـیـ بـدـانـ اـشـارـهـ شـدـهـ اـسـتـ.ـ نـسـلـ دـوـمـ ضـمـانـتـ اـجـراـهـایـ بـيـنـابـينـ يـاـ مـيـانـهـ<sup>۵</sup>ـ اـسـتـ.ـ يـعنـیـ هـرـ ضـمـانـتـ اـجـraiـ کـیـفـرـیـ کـهـ اـزـ يـكـ سـوـ اـهـدـافـ سـلـبـ آـزادـیـ رـاـ تـأـمـيـنـ کـنـدـ وـ درـ عـيـنـ حـالـ حقـ آـزادـیـ مـحـکـومـ يـاـ بـزـهـکـارـ رـاـ هـمـ بـهـ طـورـ کـامـلـ سـلـبـ نـكـنـدـ؛ـ مـثـلـ نـظـامـ نـيمـهـ آـزادـیـ<sup>۶</sup>ـ وـ آـزادـیـ مـشـروـطـ مـوـضـوعـ فـصـولـ هـفـتـمـ وـ هـشـتمـ قـانـونـ مـجاـزـاتـ اـسـلـامـیـ.ـ نـسـلـ سـوـمـ کـهـ درـ عـصـرـ حـاضـرـ بـهـ عـنـوانـ نـسـلـ جـديـدـ ضـمـانـتـ اـجـراـهـاـ

۱. طرفداران کیفر زندان تنبیه بزهکاران، اصلاح و بازپروری بزهکاران، اجرای آسان‌تر مجازات حبس، تأمین هدف ترهیبی و تردیلی مجازات‌ها به‌وسیله زندان، حفاظت از جامعه و مجرم، ایجاد اطمینان از اجرای عدالت در

بـزـهـدـیدـگـانـ رـاـ اـزـ مـحـاسـنـ کـیـفـرـ زـنـدـانـ اـعـلامـ دـاشـتـهـ اـنـدـ وـ مـخـالـفـینـ کـیـفـرـ زـنـدـانـ،ـ اـیـجادـ سـابـقـهـ کـیـفـرـیـ،ـ تـخـطـیـ اـزـ

اـصـلـ شـخـصـیـ بـوـدـنـ مـجاـزـاتـهـاـ،ـ بـدـآـمـوزـیـ وـ تـأـثـیـراتـ مـخـربـ زـنـدـانـ،ـ سـوـءـاـسـفـادـهـ اـزـ زـنـدـانـ،ـ گـسـتـرـشـ بـبـیـمارـیـهـایـ

خـطـرـنـاـکـ،ـ عـدـمـ مـوـقـيـتـ درـ تـأـمـيـنـ اـهـدـافـ اـصـلـاحـیـ،ـ اـرـعـابـیـ وـ پـیـشـگـیرـیـ،ـ تـرـاـکـمـ جـمـعـیـتـ کـیـفـرـیـ وـ کـمـبـودـ

امـکـانـاتـ،ـ اـفـرـایـشـ خـطـرـنـاـکـیـ بـزـهـکـارـانـ وـ طـبـقـهـبـنـدـیـ نـكـرـدـنـ زـنـدـانـیـانـ رـاـ اـزـ مـعـاـبـ کـیـفـرـ حـبـسـ قـلـمـدـادـ مـیـنـایـنـدـ.

رـ.ـکـ:ـ گـوـدـرـزـیـ،ـ مـحـمـدـرـضـاـ،ـ «ـنـارـسـایـهـایـ زـنـدـانـ»ـ،ـ الـهـیـاتـ وـ حـقـوقـ،ـ شـمـارـهـ ۹ـ وـ ۱۰ـ،ـ صـ.ـ ۱۳۸۲ـ،ـ ۱۰ـ،ـ صـ.ـ ۱۰۶ـ.

2. Sevdiren, Oznur, Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey, New York, Springer, 2011, p. 116.

۳. به قول ابرینگ، جرم‌شناس معروف، تاریخ حقوق کیفری تاریخ مداوم حذف کیفر است. رـ.ـکـ:ـ گـسـنـ،ـ رـیـمـونـدـ،ـ

«ـگـرـایـشـهـایـ نـوـ درـ جـرـمـشـنـاسـیـ انـگـلـیـسـ وـ آـمـرـیـکـایـ شـمـالـیـ»ـ،ـ تـرـجـمـهـ عـلـیـ حـسـینـ نـجـفـیـ اـبـنـآـبـادـیـ،ـ مجلـهـ

تحقـيقـاتـ حقوقـیـ دـانـشـکـدـهـ حقوقـیـ دـانـشـگـاهـ شـهـیدـ بهـشتـیـ،ـ شـمـارـهـ ۲ـ،ـ ۱۳۶۵ـ،ـ صـ.ـ ۱۵۷ـ.

4. Alternatives to imprisonment

5. Intermediate sanction

6. Semi - liberty



و تحت عنوان کیفرهای اجتماعی یا جامعه‌محور<sup>۱</sup> معرفی شده، بدین‌گونه است که شکل و نحوه اجرای ضمانت اجراهای کیفری را از بطن نظام عدالت کیفری به بستر اجتماعی انتقال می‌دهند. در این شیوه ممکن است حتی آزادی بزهکار از او سلب گردد، مانند حبس خانگی.<sup>۲</sup> سیاست کیفری ایران با تأثیرپذیری از فقه<sup>۳</sup> و حقوق سایر کشورها و استناد بین‌المللی و با توجه به سیاست حبس‌زدایی قوه قضائیه و تدوین لایحه قانونی مجازات‌های اجتماعی و در نهایت پس از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به این رهaward نائل گردید که زندان در بسیاری از جرایم و مجرمین کیفر مناسبی نیست و باید از مضرات و معایب آن احتراز نمود.<sup>۴</sup>

## ۱. پیشینه تاریخی و سیر تحول نظام نیمه‌آزادی

ظهور و پیدایش روش نیمه‌آزادی مدیون اجرای نظام تربیتی ویژه‌ای است که در اصطلاح کیفرشناسان به نظام تدریجی یا ایرلندي شهرت دارد. به طور مختصر در این نظام محکومان به زندان با طی مراحل تدریجی و با اطمینان از پیشرفتی که در وضع روحی و اخلاقی آنها پدید آمده، رفته‌رفته آمادگی لازم را برای پذیرش آزادی مشروط و سرانجام آزادی کامل کسب می‌کنند. این مراحل عبارتند از گذر از زندان مجرد به هنگام شب و انجام کار انفرادی به هنگام روز، سپس انجام کار دسته‌جمعی در روز و گذراندن شب در زندان انفرادی (نظام ابورنی) و سرانجام آزادی مشروط که با مراقبت‌های لازم همراه است. روش نیمه‌آزادی مانند پلی بیش از آن که محکومان به زندان از امتیازات آزادی مشروط بهره‌مند شوند، دوران زندان را به دوران آزادی متصل می‌کند. در این روش محکومان به زندان روزها در بیرون از زندان به کار می‌پردازند و شبها دوباره به زندان باز می‌گردند. معمولاً محل سکونت این گروه از زندانیان از دیگران جداست و بیشتر به محل اقامت خانوادگی آنها شبیه است. در نظام جدید زندانیانی که اعطای نیمه‌آزادی بیش از

### 1. Community punishment

۲. گودرزی، محمدرضا؛ و لیلا مقدادی، کیفرشناسی نوین یا کیفرهای اجتماعی، انتشارات مجده، ۱۳۸۴، ص. ۸۱.

۳. گفتنی است که مشروعیت مجازات‌های جایگزین حبس، بینابین و اجتماعی در حقوق جزای اسلام بر مبنای قاعده منطقه‌الفراز یا منطقه‌الغفو قابل توجیه است که به موجب آن شارع مقدس وضع قواعد مناسب با اوضاع و احوال و مقتضیات زمان و مکان را با حفظ ضوابط و در چارچوبی معین به عهده ولی امر نهاده است. حکم کلی این قاعده نیز اصل ایاحه است. در مقابل برخی معتقد به عرفی شدن مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران هستند. برای آگاهی بیشتر ر.ک: رهامی، محسن، «عرفی شدن مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران» در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۸۹.

۴. اهمیت این مسأله تا آنجا است که برخی از دستاندرکاران عدالت کیفری، زندان را عامل جرم و علم کیفرشناسی را شاخه‌ای از جرم‌شناسی اختصاصی یاد می‌کنند. برای مطالعه در خصوص معایب زندان، ر.ک: آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، انتشارات گرایش، ۱۳۸۲، ص. ۷.

پیش به طور مستقل متداول است، محکومان به زندان اجازه دارند ایام تعطیل و تعطیلات آخر هفته را در بیرون از زندان بگذرانند. در سوئد سابقاً رژیم نیمه‌آزادی در مرحله‌ای از «روش تدریجی» به مورد اجرا گذارده می‌شد. در حال حاضر روش اصلاحی و تربیتی یا درمانی منطبق با شخصیت هر فرد محکوم اجرا می‌گردد. گاهی پس از شناسایی شخصیت محکوم، روش نیمه‌آزادی به عنوان مجازات اصلی اجرا می‌شود. در این‌الای، روش نیمه‌آزادی در مورد محکومان به جبس تأديبی، یا در مورد کسانی که بابت بدھی جرمیه (کیفر نقدی) در زندان به سر می‌برند و نیز در مورد محکومانی که نیمی از مدت مجازات خود را گذرانده اند و محکومان جنایی که شش ماه یا بیشتر به اتمام محکومیتشان باقی نمانده است، اجرا می‌گردد؛ مشروط به اینکه تحت روش آزادی با مراقبت قرار نگرفته باشند. محکومان با لباس شخصی بدون مراقبت طبق برنامه تنظیم شده با رعایت شروطی که تعیین گردیده است، چند ساعتی از روز را در خارج از زندان به سر می‌برند و در رأس ساعت معین باستی به زندان یا مؤسسه‌ای که نگهداری می‌شوند، مراجعت نمایند. روش نیمه‌آزادی در مؤسساتی که جهت اجرای این روش تأسیس شده یا در قسمت کاملاً مجزا از سایر قسمت‌های زندان یا مؤسسات مختلف دیگر به مورد اجرا گذارده می‌شود.<sup>۱</sup> در کشور فرانسه، روش نیمه‌آزادی با اصلاحاتی که پس از جنگ جهانی دوم در مقررات و اصول زندانی این کشور انجام گرفت، پذیرفته شد. این روش همزمان با گسترش نظام تدریجی (ایرلندی) به عنوان مرحله بینابین زندان و آزادی مشروط که طی آن محکومان به زندان از اعتماد کامل برخوردار می‌شوند، تلقی گردید. ماده ۷۲۳ آیین دادرسی کیفری این کشور در تشریح این مرحله مقرر می‌دارد: «روش نیمه‌آزادی شامل استقرار در خارج از زندان، بدون مراقبت دائمی و با شرایط کار مزدگیران آزاد می‌باشد». قانون ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۰ این روش را در دو جهت تعمیم داده است. نخست درجهت تمهید تدبیر اصلاحی جدید، و دوم در جهت حفظ علایق زندانی با محیط عادی. در حالت اول، زندانیان نه تنها می‌توانند از شرایط کار آزاد و از مزایای کارگری برخوردار شوند، بلکه می‌توانند به اشتغال به تحصیل نیز پردازند یا به حرفة‌آموزی مبادرت کنند، یا تحت درمان پزشکی قرار گیرند. در حالت دوم، دادگاه می‌تواند به محکومانی که مجازات آنها از شش ماه زندان تجاوز نمی‌کند، اجازه دهد تا به ادامه فعالیت حرفه‌ای و یا کارآموزی حرفه‌ای و یا درمان پزشکی پردازند و ارتباط خود را با محیط خارج از زندان حفظ نمایند. بدین ترتیب، روش نیمه‌آزادی در قوانین این کشور به دو شکل دیده می‌شود. روش نیمه‌آزادی به عنوان مرحله نهایی مجازات سالب آزادی که بازمانده نظام تدریجی است که در سال ۱۹۷۵ ملغی شده است؛ و روش

۱. دانش، تاج‌زمان، «طرز اجرای مجازات حبس و اقدامات تأمینی و تربیتی سالب آزادی در سوئد و ایطالیا»، مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۳، ۱۳۶۶، ص. ۱۹.

نیمه‌آزادی در مرحله شروع مجازات که با صدور حکم محکومیت از طرف دادگاه و یا با اجازه قاضی ناظر اجرای احکام در بدو محکومیت به اجرا گذاشته می‌شود.<sup>۱</sup>

همچنین مطابق بررسی صورت‌گرفته در برخی دیگر از کشورهای اروپایی، مشاهده شد که برخی از این کشورها نظام نیمه‌آزادی را مورد پذیرش قرار نداده‌اند.<sup>۲</sup> جدول زیر نتیجه بررسی صورت‌گرفته را نشان می‌دهد. کشورهایی که «نظام نیمه‌آزادی» را مورد پذیرش قرار نداده‌اند با علامت ✗ متمایز شده‌اند. نکته قبل توجه در این جدول، اجرایی نشدن نظام مورد اشاره در انگلستان می‌باشد:

نظام نیمه‌آزادی	کشور	ردیف	نظام نیمه‌آزادی	کشور	ردیف
✗	لتونی	۱۴	✓	آندورا	۱
✗	لیتوانی	۱۵	✓	اتریش	۲
✓	هلند	۱۶	✗	بلغارستان	۳
✓	لهستان	۱۷	✗	جمهوری چک	۴
✓	پرتغال	۱۸	✗	دانمارک	۵
✓	رومانی	۱۹	✗	فنلاند	۶
✗	اسلواکی	۲۰	✓	فرانسه	۷
✓	اسلوونی	۲۱	✓	آلمان	۸
✓	اسپانیا	۲۲	✓	یونان	۹
✓	سویس	۲۳	✗	مجارستان	۱۰
✓	جمهوری مقدونیه	۲۴	✓	ایسلند	۱۱
✓	ترکیه	۲۵	✗	ایرلند	۱۲
✗	بریتانیا: انگلیس و ولز	۲۶	✓	ایتالیا	۱۳

جدول ۱ – بررسی کشورهای دارای «نظام نیمه‌آزادی»<sup>۳</sup>

در ایران نیز روش نیمه‌آزادی نخستین بار در آیین‌نامه زندان‌ها مصوب ۱۳۵۴ شمسی پیش‌بینی شد. طبق ماده ۵۱ این آیین‌نامه: «آن عده از زندانیانی که واجد شرایط اشتغال به

- اردبیلی، محمدعلى، حقوق جزای عمومي، جلد نخست، انتشارات ميزان، چاپ سی و سوم، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۸.
- البته روش‌های دیگری نظیر Open prison و Halfway house در برخی کشورها اجرا می‌شوند که تا حدودی تشابهاتی با عنوان مورد بحث دارند. جهت کسب اطلاعات در این زمینه ر.ک: Caputo, Gail, Intermediate Sanctions in Corrections, Texas, University of North Texas Press, 2004, pp. 169 - 184.
- Council of Europe, and Committee of Ministers, Prison Overcrowding and Prison Population Inflation: Recommendation No. R (99) 22, Adopted By the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 September 1999 and Report, Strasbourg, Council of Europe Pub, 2000, p. 58.

کار در مؤسسات صنعتی و کشاورزی خارج از زندان می‌باشد، در صورتی که در مؤسسات مذکور برای آنان شغلی متناسب با استعداد و تخصص آنها نباشد، می‌توانند با استفاده از روش نیمه‌آزادی در مؤسسات دولتی یا خصوصی به کار گمارده شوند. در این صورت علاوه بر شرایط مذکور در ماده ۵۰ باید از مابقی مجازات آنان بیش از یک سال باقی نمانده باشد.» بنابراین اجرای این روش در صورتی ممکن بود که در مؤسسات صنعتی و کشاورزی وابسته به زندان‌ها که نوعی زندان باز تلقی می‌شد، شغلی متناسب با تخصص و استعداد محکومان یافت نمی‌شد. صرف نظر از اینکه شرط مذکور با اهداف روش نیمه‌آزادی منطبق نبود و اصولاً اشتغال به کار در خارج از زندان ضرورت اجرای این روش را توجیه نمی‌کند، معلوم نیست که چگونه این تأسیس در مقررات جدید زندان‌ها مصوب ۱۳۶۰ شورای عالی قضایی که از بسیاری جهات نسبت به آیین‌نامه قبلی مزیت و برتری دارد، لغو گردید.<sup>۱</sup> بعد از انقلاب نیز تنها ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی سازمان کانون اصلاح و تربیت در مورد اطفال و نوجوانان بزهکار مقرر می‌داشت: «در مورد اطفالی که مدت توقف آنها در قسمت اصلاح و تربیت و یا زندان بیش از شش ماه است، در آخرین ماه توقف، چنانچه مدیر کانون رفتار روحی و اخلاقی طفل را مناسب تشخیص دهد، می‌تواند با اطلاع و یا پس از تأیید قاضی دادگاهی که طفل را به کانون اعزام داشته است، موافقت کند که طفل روزها در خارج، نزد کارفرمای مربوط قراردادی منعقد خواهد نمود و در نحوه کار، تحصیل و حضور و غیاب اطفال به وسیله مددکاران اجتماعی یا نماینده‌گانی که برای مراقبت و هدایت تعیین می‌شوند، نظارت خواهد داشت.» در صورت نقض مقررات این ماده به وسیله طفل، مراتب فوراً جهت اتخاذ تصمیم مجدد به دادگاه مربوط اعلام خواهد شد. البته در روش فوق می‌توان در اجرای کیفر حبس به شیوه‌های مختلف، تغییراتی را اعمال کرد. به عنوان مثال موافقت با مرخصی زندانی در ایام تعطیلات و روزهای آخر هفته یا گذراندن روزها در زندان و شبها در منزل، که کلیه اقدامات فوق می‌تواند تا حد زیادی از آثار و تبعات زیان‌بار زندان بر خانواده زندانی و شخص بزهکار بگاهد.

## ۲. نظام نیمه‌آزادی و دورنمای نظام کیفری ایران در زمینه چگونگی استفاده از آن

در این بند ابتدا به تعریف و جایگاه نظام نیمه‌آزادی در حقوق کیفری ایران خواهیم پرداخت و سپس در یک نگاه تطبیقی به دورنمای نظام کیفری ایران در زمینه چگونگی استفاده از آن می‌پردازیم.

۱. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۱۸۳.

## ۱-۲. تعریف و جایگاه نظام نیمه‌آزادی

ماده ۵۶ قانون مجازات اسلامی، نظام نیمه‌آزادی را شیوه‌ای می‌داند که براساس آن محکوم در زمان تحمل حبس می‌تواند برخی از فعالیت‌های زندگی خود را که به صورت تمثیلی در این ماده مقرر شده است در خارج از زندان انجام دهد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر نوعی نظام اجرای مجازات‌های سالب آزادی است که به محکوم اجازه می‌دهد تا در طول روز خارج از محیط زندان و بدون نظارت مأموران در شرایط طبیعی به منظور ورود به جامعه در آینده به یک فعالیت آموزشی، حرفه‌ای یا درمانی مشغول شود و پس از اتمام کار و ساعات تحصیل و درمان و همچنین در ایام بیکاری به زندان بازگردد.

در نظام نیمه‌آزادی افرادی که محکوم به حبس‌های سبک هستند و به نوعی برای جامعه خطرناک نیستند، در صورت رضایت می‌توانند در بیرون از محیط زندان و بدون آنکه مأمور مراقبتی مستقیم داشته باشند به کار و یا شرکت در فعالیت‌های آموزشی و درمانی بپردازند و شب‌ها، آخر هفته و ایام تعطیل به زندان بازگردند. ساعت دقیق ورود و خروج زندانیان به زندان در دفتر مخصوص ثبت و کنترل می‌شود. این شیوه در راستای بازاجتماعی کردن بزهکار صورت می‌گیرد. در واقع در این شیوه با اعطای آزادی محدود به زندانی به وی امکان داده می‌شود که خود را با جامعه تطبیق دهد و به آغوش جامعه باز گردد.<sup>۲</sup> در این نهاد به محکوم به عنوان یک انسان منفعل نگریسته نشده است، بلکه او می‌تواند در اعمال یا عدم اعمال مقررات نظام نیمه‌آزادی مؤثر باشد. بنابراین می‌توان از این نظام به عنوان نوعی توافق بین محکوم و مقام قضایی صالح نام برد. تحول حقوق جزای معاصر که وجه بارز آن دغدغه شخصی کردن مجازات و انسانی نمودن آن است، قانون گذار را بر آن داشته تا حدی نظر مجرم را در انتخاب مجازات و اعمال آن دخالت دهد. این اندیشه از آنجا الهام می‌گیرد که عدالت کیفری یک عدالت تحمیلی و عمودی است، لیکن این گرایش قانون گذاران کیفری و سیاست‌گذاران جنایی به سمت عدالت ترمیمی و مذاکره‌ای است.<sup>۳</sup>

۱. مواد مربوط به نظام نیمه آزادی در قانون مجازات اسلامی، عددتاً از قانون جزای فرانسه، به ویژه مواد ۱۳۲-۲۶ و ۱۳۲-۲۵ اقتباس شده است. ر.ک: زارعت، عباس، حقوق جزای عمومی تطبیقی، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۴، ص. ۲۴۲.

۲. شمس ناتری، محمدابراهیم؛ زارع، ابراهیم؛ کلانتری، حمیدرضا، و زینب ریاضت، قانون مجازات اسلامی در نظام حقوق کنونی، جلد اول، انتشارات میزان، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۹.

۳. غلامی، حسین، «عدالت ترمیمی»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۸۹، صص. ۷۴۰-۷۱۴.

## ۲-۲. دورنمای نظام حقوق کیفری ایران در زمینه چگونگی استفاده از نظام نیمه‌آزادی

برخی از مؤلفان حقوق کیفری در خصوص چگونگی استفاده از شیوه نیمه‌آزادی و نهادهای اعطاکننده آن به مواد ۷ و ۶۶ آیین‌نامه اجرای سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۴ استناد می‌نمایند<sup>۱</sup> و معتقدند که مواد مورد اشاره مربوط به نظام نیمه‌آزادی یا زندان نیمه‌باز است. طبق ماده ۷ آیین‌نامه مذکور، زندان نیمه‌باز زندانی است محصور که در پوشش خارجی دارای حفاظت مناسب باشد و در آن زندانیان به طور گروهی با تعداد کافی مأمور مراقبت بدون اسلحه به کار اعزام می‌گردد و پس از خاتمه کار مجدداً به آسایشگاه خود عودت داده می‌شوند.<sup>۲</sup> به نظر برخی حقوق‌دانان<sup>۳</sup> :

«آنچه در مواد ۵۶ و ۵۷ آمده است شکل خاصی از نظام نیمه‌زنданی است و نیمه‌آزادی با نیمه‌زندانی تفاوت دارد. نیمه‌زندانی یعنی این که محکوم‌علیه در زمان حبس به فعالیت شغلی و حرفة‌ای می‌پردازد و آخر هفته به زندان می‌رود؛ اما نیمه‌آزادی آن است که محکوم مدتی را در زندان سپری کرده و چنانچه رفتار مناسی داشته باشد، می‌تواند در برخی روزها به فعالیت شغلی بپردازد. شرایط مهمی که در نظام نیمه‌آزادی و نیمه‌زندانی وجود دارد، حضور زندانی در روزهای آخر هفته در زندان است؛ اما قانون مجازات اسلامی اشاره‌ای به این شرایط ندارد و احکام این نظام باید به موجب آیین‌نامه‌ای تعیین شود که در ماده ۶۳ پیش‌بینی شده است.<sup>۴</sup>

به نظر نگارندگان، وقتی در زندان باز وفق ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها مصوب ۱۳۸۰ زندانی ضمن اشتغال به خدمت حق خروج از زندان را ندارد و شبها را نیز در نزدیک‌ترین آسایشگاهی که به این منظور تعیین شده است، استراحت می‌نماید؛ به طریق اولی در زندان نیمه‌باز حق خروج از زندان را نخواهد داشت.<sup>۵</sup> مضافاً اینکه اعطای

۱. نیازپور، امیرحسن، توافقی شدن آیین دادرسی کیفری، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، ص. ۳۰۷.

۲. محمدی، داود، مجازات‌های جایگزین: نقدي بر کيفر زندان، چالش‌ها و راهکارها، انتشارات عود، ۱۳۸۴، ص. ۶۹.

۳. زارعت، عباس، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی، چاپ اول، انتشارات ققوس، ۱۳۹۲، ص. ۱۳۸.

۴. به نظر می‌رسد آیین‌نامه اجرایی وعده داده شده در ماده ۶۳ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵۵۷ آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۱، مقررات مشابهی با نظام نیمه‌باز موضوع ماده ۶۵ و ۶۶ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور در خصوص شورای طبقبندی زندان‌ها (به عنوان مرجع اعطاکننده نظام نیمه‌آزادی) و ماده ۶۹ آیین‌نامه در خصوص شرایط استفاده از زندان نیمه‌باز (مانند سن، جنس، وضعیت جسمی و روحی و چگونگی شخصیت و پیشیه بزهکاران به عنوان شرایط فردی محکوم‌علیه) خواهد داشت. لذا به دلیل مشابهت دو نظام بهتر است تدوین کنندگان آیین‌نامه، توجه ویژه‌ای به مقررات مارالذکر داشته باشند.

۵. جهت مطالعه در این زمینه ر.ک.

Baechtold, Andrea, "Semi – Liberty and Semi – Detention in the Correctional System in Swiss Law", Revue Internationale De Criminologie et De Police Technique 29, no. 1, 1976, pp. 31–43.

مرخصی ترمیمی برای اینگونه زندانیان جهت اعطای فرصت لازم به زندانی برای جلب رضایت شاکی در اجرای مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ آین نامه مصوب ۱۳۸۴ دلیل دیگری بر این مدعاست. در حالی که در نظام نیمه‌آزادی به دلیل حق خروج زندانی از زندان در اغلب ساعات نیازی به چنین مقره‌های جهت اخذ رضایت از بزهده نخواهد بود. به هر تقدیر، تهیه کنندگان قانون مجازات اسلامی طی مواد ۵۶ و ۵۷ به چگونگی استفاده از شیوه نیمه‌آزادی توجه داشته‌اند. این واکنش کیفری، بر اساس ماده ۵۶ صرفاً به جرایم دارای کیفر حبس تعزیری درجه پنج تا هفت اختصاص دارد. بنابراین از روش نیمه‌آزادی نمی‌توان در خصوص جرایم شدیدتر مثل جرایم مسٹوجب حد بهره جست. حکم به نظام نیمه‌آزادی مخصوص کسانی است که جزای نقدی در آنان تأثیری ندارد و مجازات حبس نیز برای آنها مضر می‌باشد. این نظام برای اشخاصی مفید است که به صورت اتفاقی مرتكب جرایم خفیف یا غیرعمدی می‌شوند و چند روز محرومیت از آزادی موجب تنبه آنان می‌شود. از طرف دیگر تعهد بزهکاران به سپردن تأمین مناسب و مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی، درمان اعتیاد یا بیماری، تعهد به انجام یک فعالیت شغلی، حرفة‌ای و آموزشی و حرفة‌آموزی برای اعطای تأسیس جزایی پیش‌بینی شده است.<sup>۱</sup> افرون بر این، دو شرط دیگر با رویکرد بزهده‌مدار برای بهره جستن از شیوه نیمه‌آزادی در ماده ۵۶ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است. شرط نخست گذشت شاکی و شرط دوم مشارکت بزهکار در ترمیم خسارت‌های وارد بر بزهده نیز است. از نظر تدوین کنندگان قانون، صرفاً آن دسته از مجرمان سزاوار برخورداری از ارافق کیفری هستند که علاوه بر داشتن شرایط پیش‌گفته، در جهت ترمیم خسارت‌های وارد بر بزهده و جلب رضایت وی اقدام نمایند. مع‌الوصف، برخلاف گذشته که این روش تنها به عنوان یکی از شیوه‌های عدالت کیفری عمودی و با ماهیت بازپرورانه به شمار می‌آمد، امروزه در پرتو قانون مجازات اسلامی جدید و پذیرش رویکرد اعتباربخشی به اراده بزهکار، شیوه نیمه‌آزادی به صورت یکی از جلوه‌های راهبرد مذکور شناسایی شده است.

### ۳. توجیه کیفر نیمه‌آزادی

پس از بیان مطالب مربوط به تبارشناسی کیفر نظام نیمه‌آزادی، اهتمام نگارندگان در این بند بر آن است تا با بررسی مبانی کیفر نظام نیمه‌آزادی به ارزیابی این کیفر در

۱. قانون مجازات اسلامی برخلاف آزادی مشروط و تعلیق اجرای مجازات و تعویق صدور حکم به مسئله فسخ نظام نیمه‌آزادی که در اثر تخلف محکوم از اجرای تعهدات یا ارتکاب جرم عمدی جدید حاصل گردد، اشاره‌های نموده است. ماده ۵۵۵ قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز این خلاً قانونی را مرتفع نکرده است.

سیاست کیفری ایران بپردازد. از آنجا که اجرای نظام نیمه‌آزادی برای محاکومان به حبس موجب تغییر ماهیت کیفر زندان می‌گردد، لذا مطالب مورد نظر در این بند به عنوان مرکز ثقل تحقیق، کارایی یا عدم کارایی این کیفر را پیش از پیش نشان خواهد داد. قبل از ورود به بحث چند نکته قابل توجه و امعان نظر است. نخست آنکه کیفر و آثار آن پدیده‌ای پیچیده و چند بعدی است لذا کیفر نیاز به توجیه و مشروعیتی قوی دارد. از این رو آگاهی به ابعاد آن واجد اهمیت بسزایی است. دوم آنکه اهداف سیاست کیفری و اعمال کیفر برای سیاست‌گذاران و مجریان آن نیز بایستی منقح و مشخص باشد و کیفر مذکور باید مورد واکاوی و ارزیابی همه‌جانبه قرار گیرد. سوم آنکه نهادهای مجری کیفر اعم از دادسرا و کارکنان سازمان زندان‌ها باید ابزارها و امکانات متناسب با اهداف تعیین شده را در اختیار داشته باشند. چهارم آنکه آگاهی عموم، و بالاخص اشخاصی که مجازات می‌شوند، از اهداف و انواع و آثار کیفرها ضرورت دارد. مضافاً این که مجازات‌ها باید مورد مرسوم باشند. پنجم آنکه برای شناخت کیفر نه تنها آگاهی از قوانین کیفری، بلکه شناخت فلسفه کیفر، علل جامعه‌شناختی و روان‌شناختی ظهر و مرگ آن و نیز اهداف توجیه‌کننده آن اهمیت فراوانی دارد. این مهم هم در سطح قانون‌گذاری و سیاست‌گذاری و هم در مقام تبیین، اجرا و اعمال کیفر و حتی پس از آن سرنوشت‌ساز است.

### ۱-۳. ارزیابی نظام نیمه‌آزادی از منظر توجیهات عام کیفر

در این قسمت از توجیهات عام به بررسی توجیهات سنتی و اصلی کیفر و توجیهات معاصر و فرعی کیفر در نظام نیمه‌آزادی بر اساس اندیشه‌های سترگ مکاتب حقوق کیفری خواهیم پرداخت.

#### ۱-۱-۳. توجیهات سنتی و اصلی کیفر در نظام نیمه‌آزادی

کسانی که به وجود عدالت کیفری، چه در قالب سنتی و کلاسیک و چه در قالب جدید آن با جرح و تعدیل‌های فراوان، پایبند هستند، دلایل فلسفی عدیدهای را در توجیه کیفر بیان کرده‌اند که از منظری دیگر می‌توان آنها را اهداف یا کارکردهای کیفر نیز دانست. در این بند، توجیهات سنتی بیان شده برای نظام نیمه‌آزادی، که در واقع کارکردهای این نوع مجازات از دیدگاه سنتی نیز می‌باشد، مورد توجه قرار می‌گیرد.

#### ۱-۱-۲. اثر سزاده‌ی و ناتوان‌سازی کیفر در نظام نیمه‌آزادی

ابتداً ترین و بدیهی‌ترین هدف برای کیفر و در نتیجه توجیه نظام کیفری، سزا دادن مجرم و ناتوان‌سازی او برای ارتکاب جرم است. نظام عدالت کیفری در پرتو این

هدف به دور کردن بزهکاران از جامعه توجه داشته و بر این فرض مبنی است که طرد مجرمان، فرصت‌های مساعد جرم را از آنان سلب کرده و در نتیجه از روی‌آوری دوباره بزهکاران به ارتکاب جرم پیشگیری می‌کند.<sup>۱</sup>

ناتوان‌سازی بزهکاران علاوه بر این که در کاهش نرخ تکرار جرم نقش‌آفرین است، به مصون‌سازی بزهکاران احتمالی نیز می‌انجامد. این اثر سرزاده‌ی و ناتوان‌سازی در نظام نیمه‌آزادی اگرچه کم‌رنگ است، اما قابل مشاهده است. چه آنکه یکی از نعمت‌هایی که خداوند متعال در نهاد آدمی قرار داده عشق آدمی به آزادی و اختیار است و بدیهی است که هر آنچه به آن خدشه وارد شود، برای آدمی سخت و ناگوار است. سلب آزادی به عنوان شکنجه‌ای دردناک و آزاردهنده روح و جسم انسان را تحت تأثیر قرار می‌دهد. از این رو محدودیت‌های ناشی از نظام نیمه‌آزادی در واقع تنبیه‌ی سخت و بازدارنده خواهد بود و می‌تواند اثر سرزاده‌ی و ناتوان‌سازی کیفر را، هرچند مععدل، توجیه نماید.

### ۲-۱-۳. ارعاب یا بازدارندگی کیفر در نظام نیمه‌آزادی

یکی دیگر از اهداف کیفر، ارعاب و بازدارندگی است که می‌تواند با ماهیت ترهیبی خود مرتكب یا دیگران را از ارتکاب جرم باز دارد. بازدارندگی با رویکردی ارعاب‌انگیز و عبرت‌آموز به نظام عدالت کیفری به منزله بستری برای ترس و عبرت بزهکاران می‌نگرد. در پرتو این هدف با استفاده از ابزارهای واکنشی در صدد مروع ساختن و عبرت‌آموزی تهکاران است تا از روی‌آوری مجدد آنان به بزهکاری پیشگیری شود. در نظام نیمه‌آزادی جنبه‌های ترهیبی و ترذیلی کیفر زندان کماکان حفظ می‌گردد و جدا از توأم بودن کیفر با رسایی و فضاحت که به آن جنبه ترذیلی داده، شکنجه و رنج محرومیت از آزادی کامل جنبه ترهیبی آن را در مقایسه با اغلب کیفرها نمایان‌تر ساخته است و در نتیجه بازدارندگی آن نیز محقق می‌گردد. ترس از مجازات زندان در نظام نیمه‌آزادی موجب می‌گردد که بزهکاران احتمالی از اندیشه‌های شریانه منصرف شوند. البته از آنجا که همه بزهکاران از شخصیت واحد و ساختار روانی یکسانی برخوردار نیستند و در نتیجه به یک میزان از اجرای مجازات متأثر نمی‌شوند، لذا علمای حقوق برای اخذ بهترین نتیجه از اجرای مجازات سیاست شخصی کردن آن را پیشنهاد کرده‌اند.

### ۲-۱-۳. اثر اصلاحی یا درمانی کیفر در نظام نیمه‌آزادی

اصلاح و درمان امروزه فراتر از مفهوم مضيق و مورد نظر در مکتب تحقیقی است. به عبارت دیگر به تبع مردود یا محدود دانستن تأثیر علل جسمی در وقوع جرم و

۱. غلامی، حسین، بررسی حقوقی - جرم‌شناختی تکرار جرم، انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۰، ص. ۶۵

پذیرش علل دیگر از جمله عوامل اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و غیره معانی گستردگی و قابل قبول تری پیدا کرده که با واقعیات خارجی مربوط به ارتکاب جرم ساخته بیشتری دارد. از آنجا که بعضی از مجازات‌ها مانند اعدام، رجم و مجازات‌های توانگیر فاقد کارکرد بازپرورانه هستند، لذا تنها مجازاتی که خصیصه تربیتی آن در ظاهر و نسبت به سایر مجازات‌ها آشکار است، کیفر حبس است. اصطلاح حبس تأدیبی در ماده ۹ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ زمانی شیوه‌ای از اجرای مجازات را تداعی می‌کرد که با سیاست یک نهاد تربیتی باید منطبق می‌بود. امروزه دیگر از اعجاز زندان‌ها سخنی نیست، بلکه تلاش بر این است که با مجازات‌های بینایین از جمله نظام نیمه‌آزادی و سازوکارهای دیگر، در حد امکان از یک سواز آثار زیان‌بار زندان کاسته شود و از سوی دیگر نسبت به حفظ ثبات خانواده و اصلاح بزهکار اقدام شود.<sup>۱</sup> در همین راستا، قانون‌گذار در ماده ۵۶ قانون مجازات اسلامی فعالیت‌های حرفه‌ای، آموزشی و حرفه آموزی، درمانی و نظایر اینها را در دستور کار قرار داده است. البته اجرای این فعالیت‌ها زیر نظر مراکز نیمه‌آزادی در سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور صورت خواهد گرفت.

اساساً اقداماتی که پس از ارتکاب جرم به عنوان پیشگیری ثالث نسبت به بزهکاران اعمال می‌شوند، غالباً جنبه اخلاقی و اصلاحی دارند. مجرم از یک سو به دلیل ارتکاب خطای کیفری باید مكافات عمل خود را تحمل نموده و در عین حال متنبه شود و از سوی دیگر برای تقویت پیشگیری از ارتکاب جرم باید اجرای مجازات، به ویژه حبس، فرصتی جهت اصلاح و درمان و در نهایت نجات بزهکاران از دنیای بزهکاری باشد.<sup>۲</sup> بنابراین نظام نیمه‌آزادی جلوه‌ای از اقدامات تربیتی در عرصه حقوق کیفری مدرن می‌باشد که به نوبه خود در کنار جلوه‌های دیگر مانند آزادی مشروط نقش بسزایی در اصلاح و درمان مجرمان ایفا می‌نماید.

**۳-۱-۲. ارزیابی نظام نیمه‌آزادی از منظر توجیهات معاصر و فرعی کیفر**  
توجیهات رایج و غالباً فلسفی که در مقام توجیهات سنتی و اصلی کیفر ارائه شد، در ارائه چهره‌ای کاملاً مشروع از نظام کیفری چندان موفق نبودند و این امر موجب گردید که طرفداران لزوم کیفر به ارائه توجیهات نوین و مطلوب تری متول شوند. این توجیهات قرائت مناسب‌تری را با مذاق کیفری روز ارائه می‌دهند و در تحولات ملی و اسناد بین‌المللی در جهت رعایت حقوق بزهکاران و بزهکاران هماهنگی بیشتری دارد.

1. Leka, Adrian. "Alternative Measures of Punishment and the Role of the Probation Service, for Their Right Implementation", European Journal of Social Law, no. 2, 2014, p. 87.

۲. صلاحی، جاوید، کیفرشناسی، انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۹، ص. ۳۴.

لذا ضرورت دارد که در این قسمت، کیفر نظام نیمه‌آزادی را با این توجیهات مورد ارزیابی قرار دهیم.

### ۱-۲-۳. مشروعيت کیفر در نظام نیمه‌آزادی و اثر تقبیحی آن

مفهوم اثر تقبیحی کیفر آن است که کیفر و نظام کیفری نشان‌گر تنفر و انزجار مردم یک جامعه از برخی افعال و رفتارهای است که این امر وجود و عملکرد نظام کیفری را مشروعيت می‌بخشد. از یک طرف تقبیح کیفر و واکنش سامانه دادگری کیفری در قبال کنش جنایی باعث کاهش جرم گردیده که به تقبیح ابزاری اشتهر دارد و از طرف دیگر اعمال مجازات نشانگر دید منفی و ارزشی قاطبه ملت نسبت به پدیده جنایی است که تقبیح بیانی یا تصویری نامیده می‌شود. بر این اساس چنانچه مجازات به عنوان ابزاری برای کاهش عمل مجرمانه محسوب شود، برداشتی پیامدگرا از آن به عمل آمده است. با این توجیه که مجازات اثر آموزشی دارد اما اگر صرفاً بر جنبه الگویی یا معیار بودن مجازات تکیه شود و آن را به این دلیل موجه بشماریم که به همراه خود یک پیام اخلاقی و الگویی برای مرتكبان و دیگران ارسال می‌نماید و به همین دلیل آن عمل زشت و قابل سرزنش و مجازات است، در این صورت برداشتی غیرپیامدگرا و ضرورتاً سزاگرا از تقبیح مورد حمایت و دفاع قرار گرفته است.<sup>۱</sup> از این رو نظام نیمه‌آزادی به عنوان مجازات بینایین واجد هر دو خصوصیت مجازات غیرپیامدگرا و پیامدگرا است و مشروعيت این کیفر و اثر تقبیحی آن را اثبات می‌نماید. به طوری که با اعمال مجازات زندان، نشانگر تنفر و انزجار مردم جامعه از جرم خواهد بود و از طرف دیگر با توجه به اعمال برنامه‌های آموزشی و فعالیت‌های حرفه‌ای و حرفه‌آموزی و مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی یا درمان اعتیاد یا بیماری که در فرآیند اصلاح یا جبران خسارات وارد بر بزهده دیده مؤثر است، مؤید پیامدگرا بودن این کیفر می‌باشد.

### ۱-۲-۴. سلب صلاحیت مجرم و بازگشت سعادتمندانه از گذر توسل به نظام نیمه‌آزادی

برخی ارتکاب جرم را به منزله عاملی برای از دست دادن صلاحیت مرتكب به عنوان یک عضو کامل جامعه و مجازات را فرایندی جهت بازگرداندن این صلاحیت از دست رفته مرتكب تعبیر می‌کنند. به عبارت دیگر نقض کنندگان قانون با ارتکاب جرم خود را خارج از جامعه و یا در مقابل آن قرار می‌دهند، اما جریان محاکمه و مجازات با هدف بازگرداندن آنها به جامعه صورت می‌گیرد. سلب صلاحیت از مرتكب چیزی شبیه به اثر تقبیح است که بدون مرحله دوم آن یعنی بازگرداندن صلاحیت نمی‌تواند وجود نظام کیفری را به طور

۱. صفاری، علی، مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، ص. ۲۵۰.

کلی توجیه نماید. خود تقبیح در این مورد قاصر است، اما بازگرداندن صلاحیت می‌تواند عامل موجه مشبّتی برای نظام کیفری باشد تا با پیگیری آن از طریق اعمال اقدامات لازم مثل اصلاح مرتكب یا ترمیم خسارت بزهديده و نه ضرورتاً فقط کیفر، مرتكب را در جامعه بازپذیر می‌نماید. به شرط اینکه مرحله اول یعنی سلب صلاحیت آن چنان عمیق و قوی نباشد که مرحله دوم را منتفی کند یا تحت الشاعع خود قرار دهد و با برچسبزنی به مجرم به جای اعاده وی به اجتماع، زمینه تکرار جرم را فراهم نماید.<sup>۱</sup>

### ۲-۲-۳. عدالت ترمیمی و شرمساری بازپذیرانه در آیینه نظام نیمه‌آزادی

اگر چه عدالت ترمیمی به عنوان یک راهبرد کیفری مستقل در دهه‌های پایانی قرن بیستم تفکر و اندیشه‌های جزایی را مغروق خود نموده است، اما مشترکاتی با نظریه شرمساری بازپذیرانه<sup>۲</sup> ارائه شده از سوی جان بریث‌ویت دارد، لذا در این مقاله توأمان مطلع نظر قرار خواهد گرفت. نظریه شرمساری بازپذیرانه مبنی بر این است که پاسخ‌های اجتماعی در برابر جرم در صورتی موفق خواهد بود که علاوه بر شرمسار کردن مرتكب بتواند وی را کاملاً به جامعه برگرداند. برخلاف شرمساری غیرسامانده و بدنام‌کننده که انگ و داغ ننگش باعث فرار فرد از جامعه یا عدم پذیرش وی در آن می‌گردد، شرمساری موردنظر در این تفکر از طریق تدبیری مثل راضی کردن مرتكب به عذرخواهی از بزهديده، ترمیم خسارت قربانیان، انجام خدمات عام‌المنفعه و امثال اینها موجب بازپذیری فرد در جامعه می‌شود.<sup>۳</sup>

از لحاظ فکری این نظریه مبنی بر این است که به جای کیفر مرتكب، بازسازی و جبران خسارت را هدف اقدامات و تدبیر اتخاذی علیه جرم قرار دهیم تا از عوارض منفی کیفر بالاخص زندان احتراز نموده و خسارات وارد بر اجتماع و بزهديده‌گان تا اندازه زیادی جبران گردد و همزمان مجرم نیز از جامعه طرد نشود و به عنصری عنود و ناسازگار مبدل نگردد.<sup>۴</sup> این رویکرد همان چیزی است که تصمیم‌گیران سیاست جنایی بدان توجه داشته و در ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی به عنوان رهیافتی نوین، ترمیم خسارت بزهديده‌گان را در دستور کار خود قرار داده‌اند. بدین طریق زمینه بازپذیری مجرم در این فرآیند فراهم خواهد شد. البته بدیهی است که عدالت ترمیمی را فی‌نفسه

1. Gordon Scott, David, Penology, SAGE Course Companions, Los Angeles, 2008, p. 113.

2. Reintegrative shaming

3. Milburn, Philip; and Ludovic Jamet, “Prévention de la récidive : les services de probation et d’insertion français dans la tourmente”, Champ Pénal/Penal field, vol. 11, 2014.

4. ر.ک: ولد، جرج؛ برنارد، توماس؛ و جفری اسنپس، جرم‌شناسی نظری، ترجمه علی شجاعی، انتشارات دادگستر، ویراست ششم، ۱۳۹۲، صص. ۴۱۰-۴۱۲.

نمی‌توان به عنوان جایگزین مجازات مطرح کرد،<sup>۱</sup> اما می‌توان از سازوکارهای آن در اجرای تدابیر جایگزین مجازات بهره گرفت.

### ۲-۳. ارزیابی نظام نیمه‌آزادی از منظر توجیهات خاص کیفر

مطالبی که در این قسمت مطرح می‌گردد زیربنای اصلی یا مبانی توجیهات خاص برای مشروعيت بخشیدن واقعی به عمل کیفررسانی، یعنی تعیین و اعمال کیفر خاص است. همین مبانی منجر به طرح اندیشه‌هایی چون صورت‌سازی نظام کیفری چه در قالبی معتل و چه در قالبی رادیکال (فروپاشی زندان)<sup>۲</sup> و به دنبال آنها طرح جایگزین‌های حبس، مجازات‌های بینابین و ... شده است. این در حالی است که عده‌ای همچنان نسبت به جایگزین‌های حبس انتقاداتی را مطرح می‌کنند.<sup>۳</sup>

#### ۲-۱. پذیرش اجتماعی کیفر در نظام نیمه‌آزادی

مراد از پذیرش اجتماعی کیفر احتساب دید کلی ایجادشده در جامعه نسبت به یک کیفر خاص یا نظام کیفری به طور کلی است. لذا توجه به افکار عمومی در قضاوت نسبت به خوب یا بد بودن یک نظام یا یک کیفر خاص ضروری و اجتناب ناپذیر است. همانطوری که در نظر مردم ممکن است افعال یا تروک مجرمانه‌ای مانند صید و شکار نامشروع جلوه نکند، از طرفی هم ممکن است کیفر یا عقوبت اعمال مجرمانه مورد پذیرش عموم قرار نگیرد. به عنوان مثال امروزه نمی‌توان از مجازات‌هایی مانند داغ کردن پیشانی و شانه مرتکب یا گرداندن او در شهر به منظور ایذاء و توهین توسط مردم استفاده نمود. لذا توجه به افکار عمومی در قضاوت نسبت به خوب یا بد بودن یک نظام یا کیفر خاص ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. نظام نیمه‌آزادی در عین حال آثار مخرب و زیانبار زندان را در حد وسیعی تعدیل و تلطیف می‌نماید و با ارائه برنامه‌های اصلاحی و آموزشی و حرفه‌ای، زمینه اصلاح و بازگشت مجرم به اجتماع را تسهیل می‌نماید.

#### ۲-۲. تناسب کیفر در نظام نیمه‌آزادی با جرم و مجرم

این اصل هم نه تنها بایستی به هنگام قانون‌نویسی مطمح نظر قرار گیرد، بلکه باید در زمان تعیین و تخصیص کیفر برای جرمی خاص و مرتکبی معین مورد توجه

1. Stefanovska, Vesna, "Some Restorative Justice Benefits to Offenders and Victims of Crime." Balkan Social Science Review, no. 4, 2015, p. 8.
2. Sim, Joe, Punishment and Prisons: Power and the Carceral State, California, Thousand Oaks, 2009, pp. 140 - 142.
3. Ben — Moshe, Liat; and Allison Carey (eds), Disability Incarcerated: Imprisonment and Disability in the United States and Canada, New York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 259 - 260

قرار گیرد، زیرا کیفر بایستی نشانگر میزان زشتی و خطر جرم ارتکابی باشد و عدم التفات به این مهم موجب افراط و تغییر در مجازات می‌گردد. در قوانین کشورهای مختلف به این امر توجه شده است. نمونه‌ای از درجه‌بندی‌ها در حقوق تطبیقی که به درجه‌بندی مرکب نزدیک است «مدل‌های راهنمای مجازات»<sup>۱</sup> در ایالات متحده آمریکاست. در این کشور، دادگاه‌ها جهت رعایت صدور حکم یکسان برای افراد و نهادها در مرحله صدور حکم الزاماً باید مقررات متحددالشکلی را در مورد جنایات و جنحه‌های مهم رعایت نمایند. این الزام که در حقیقت به نوعی به مقررات شکلی مربوط می‌شود، ابتدا در چند ایالت اجرا شده بود. در سال ۱۹۸۴ جهت جلوگیری از تشتن آرا و تعارض احکام در موارد مشابه، مقررات مذکور توسط «کمیسیون تعیین مجازات ایالات متحده»<sup>۲</sup> مورد اصلاح قرار گرفت.<sup>۳</sup> هدف اصلی این رهنمودها کاهش نابرابری و تبعیض در صدور حکم بود که تحقیقات انجام‌شده شیوع آن را نشان داده بود.

قانون‌گذار ایران معمولاً با تعیین حداقل و حداکثر یک مجازات، تطبیق درجات مختلف هر جرم با کیفر متناسب آن را بر عهده قاضی تعیین‌کننده مجازات نهاده است و قاضی بر اساس نظام تدرج مجازات‌ها و ابزارهای قضایی، سیاست شخصی کردن مجازات‌ها را اعمال می‌کند. یکی از دلایل احتراز از حبس‌های طولانی مدت علاوه بر معایب روان‌شناسخی و جرم‌شناسخی، به چالش افتادن این اصل متقن و اولی است. لذا قانون‌گذار در پرتو داده‌های حقوق کیفری و رهیافت‌های جرم‌شناسخی و کیفر‌شناسخی به این مهم توجه نموده و در مواد ۵۶ و ۵۷ قانون مجازات اسلامی اعمال مجازات نیمه‌آزادی را صرفاً در حبس‌های تعزیری درجه ۵ تا ۷ پذیرفته و دادگاه را مستغنی از اعمال این کیفر در سایر جرایم دانسته است. قاضی کیفری نیز با استمداد از شرایط و قیود قانونی، با رضایت مرتکب در فرآیند توافقی شدن و معامله اتهام، مجازات متناسب با شخصیت مرتکب را مورد حکم قرار خواهد داد.

### ۳-۲-۳. قابل اجرا بودن کیفر در نظام نیمه‌آزادی

یکی از عوامل موجهه برای داشتن نظام کیفری و مجازات کردن افراد، تصور آثار ارعابی و بازدارندگی کیفر است. چنین اثری فقط در زمانی به منصه ظهر و بروز می‌رسد که کیفر تعیین‌شده در مورد مرتکب حتماً اجرا و اعمال گردد، زیرا قابل اجرا نبودن کیفر می‌تواند در طول زمان باعث زوال آثار مذکور و در نتیجه زوال مشروعیت آن و حتی نظام کیفری گردد؛ مانند جزای نقدی که در صورت عدم ملائت محکوم‌علیه

1. Guideline models of sentencing
2. United States Sentencing Commission
3. "Introduction to the Sentencing Reform Act", U.S. Sentencing Commission



طبق ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی منجر به بازداشت خواهد شد. بدین توضیح، آثار مخرب زندان و تضییقات مالی و عاطفی و انقطاع شغلی محکوم‌علیه و هزینه‌های مادی و انسانی را بر مجرم و دولت خواهد گذاشت.<sup>۱</sup> کیفر نیمه‌آزادی به عنوان مجازات بینابین، ایرادات مذکور را در حد وسیعی مرتفع می‌نماید. به‌ویژه آنکه تعهد محکوم‌علیه به فعالیت شغلی، حرفه‌ای، آموزشی، حرفه‌آموزی، مساعدت در تداوم زندگی خانوادگی و درمان اعتیاد یا بیماری در این راستا کانون توجه قانون‌گذار قرار گرفته است.

#### ۴-۲-۳. مفید بودن کیفر نظام نیمه‌آزادی و کارآیی آن

فاایده داشتن کیفر به معنی پدید آوردن آثار و نتایج مثبت برای مرتكب، جامعه و تنبيه مرتكب بدون تولید عوارض منفی و جانبی زیاد برای فرد و جامعه نظیر از هم پاشیدگی خانوادگی و بیکاری فرد و لکه دار شدن حیثیت خانواده وی در نتیجه اعمال مجازات است. مراد از کارآیی کیفر نیز این است که کیفر به اهداف تعیین‌شده برای آن، مانند جلوگیری از ارتکاب جرم و کاهش و تقلیل جرایم و بازدارندگی مرتكب و دیگران از تکرار جرم، برسد.<sup>۲</sup> مشاهیر حقوق کیفری و صاحب‌نظران در این عرصه معتقدند که اعمال کیفر صرف، خصوصاً در شکل‌های سنتی آن نظیر زندان، اعدام، شلاق و جزای نقدی نه تنها مانع از تکرار جرم در آینده نمی‌شود بلکه پیامدهای سوء و ناگواری را در ابعاد مختلف فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و انسانی و حتی سیاسی به دنبال دارد.

در دهه‌های اخیر جهت‌گیری نظام کیفری به مدل سزاده‌ی و کیفرهای استحقاقی به عنوان یک دیدگاه غیرپیامدهای و بی‌توجه به نتایج مثبت از قبیل کاهش جرم و جلوگیری از تکرار جرم مطرح شده است. کیفرهای استحقاقی صرفاً برای مجرمان خطرناک و جرایم خشن به کار گرفته شده است و در مورد مرتكبان جرایم سبک از مجازات‌های جایگزین و بینابین استفاده می‌شود. از این رو نظام نیمه‌آزادی در جرایم درجه پنجم تا هفت از نتایج این جهت‌گیری می‌باشد و گذشت شاکی و سپردن تأمین مناسب و تعهد به انجام یک فعالیت شغلی حرفه‌ای و حرفه‌آموزشی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی و درمان اعتیاد یا بیماری که در فرآیند اصلاح یا جبران خسارت وارده بر بزه‌دیده مطرح شده است، به روشنی به مفید بودن کیفر و کارکردهای آن اشاره دارد.

1. Bruinsma, Gerben; and David Weisburd (eds), Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice, New York, Springer, 2014, p. 467.

2. صفاری، علی، مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، منبع پیشین، ص. ۲۶۵.

### ۳-۲-۵. هزینه‌های انسانی و مادی کیفر در نظام نیمه‌آزادی

امروزه اصل میانه‌روی یا امساک در کیفر حکایت از استفاده از کیفر به عنوان آخرین راه حل دارد. به عبارت دیگر در اعمال ضمانت اجرا می‌باشد راه حل‌های غیرکیفری را تا حد امکان جایگزین راه حل‌های کیفری یا ضمانت اجراء‌هایی با صبغه کیفری نمود.<sup>۱</sup> امروزه دست اندرکاران عدالت کیفری اعمال مجازات‌هایی مانند زندان را صرفاً در خصوص مجرمان خطرناک و در جرایم خشن به کار می‌گیرند و اعمال مجازات‌های جایگزین و بینابین و اجتماعی را در خصوص جرایم سبک و مجرمان غیرخطرناک مطرح نموده‌اند. از جمله اینها کیفر نیمه‌آزادی است که در خصوص مجرمانی که به جرایم درجه پنج تا هفت محکوم شده‌اند، اعمال می‌شود.

### ۴. محسن و چالش‌های فراروی نظام نیمه‌آزادی در بستر عدالت کیفری ایران

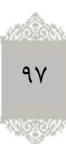
در این بند ابتدا به محسن نظام نیمه‌آزادی در نظام حقوق کیفری ایران و در ادامه به چالش‌های فراروی این تأسیس جزایی اشاره خواهیم داشت.

#### ۴-۱. محسن نظام نیمه‌آزادی در بستر عدالت کیفری ایران

از آنجا که نظام نیمه‌آزادی در جهت کوچک‌سازی قلمرو عدالت کیفری با رویکرد پسروی کیفری از رهگذر سازوکار توافقی شدن آینین دادرسی کیفری و معامله اتهام یا چانه‌زنی قضایی ایجاد گردیده است، بخشی از دلایل روی‌آوری به داد و ستد اتهام را می‌توان از محسن این نظام بر شمرد. اول آنکه هویت‌بخشی به بزهکاران در بستر عدالت کیفری افقی و شهروندمدار موجبات تحقیق اهداف کیفر را فراهم می‌نماید. دوم آنکه در پرتو این تأسیس نوپدید، پاسخ‌های عدالت کیفری با وضعیت بزهکاران مناسب می‌گردد و بدین‌سان تصمیم‌گیران سیاست جنایی با ایجاد تحول در ماهیت و رسالت فرآیند کیفری و نظام ضمانت اجراء‌ها در صدد تقویت کارکرد اصلاحی - درمانی کیفر و پیشگیری از برچسبزنی بر می‌آیند.<sup>۲</sup> تشکیل پرونده شخصیت در فرآیند کیفری، پذیرش اصل شخصی کردن پاسخ‌ها و تغییر کارکرد کیفر زندان از جمله سازوکارهایی هستند که برای بالینی کردن ماهیت نظام عدالت کیفری مورد توجه قرار می‌گیرد. سوم آنکه ترمیم خسارات بزهگرد و قربانیان جرم که از نقش آفرینان اصلی دعوی کیفری هستند، در این نظام مورد توجه تهیه‌کنندگان قانون قرار گرفته و به نظام عدالت کیفری کارکردی بزهگرد مدار نیز بخشیده است. علاوه بر اینها سرعت‌بخشی به

۱. غلامی، حسین؛ و همکاران، اصل حداقل بودن حقوق جزا، انتشارات میزان، ۱۳۹۳، ص. ۱۸.

۲. بولک، برنار، کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات مجده، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص. ۳۳.



۱. نیازپور، امیرحسن، منبع پیشین، صص. ۹۲-۸۲.

---

رسیدگی‌های کیفری، کاهش میزان استفاده از ضمانت اجراهای کیفری با توصل به سازوکارهایی چون کیفرزدایی، افزایش دقت در رسیدگی‌های کیفری و کاهش هزینه‌های نظام عدالت کیفری را می‌توان از محاسن توصل به نظام نیمه‌آزادی بر شمرد.

## ۲-۴. چالش‌های فراروی نظام نیمه‌آزادی در بستر عدالت کیفری ایران

عدالت کیفری، قهرآمیزترین شاخه حقوقی است که از ارزش‌های جوامع بشری حمایت می‌کند. این شاخه برای حمایت از این ارزش‌ها از سازوکارهای متعدد قهرآمیز در مرحله‌های مختلف فرآیند کیفری، بهره می‌گیرد. سیاست‌گذاران جنابی به این جهت که حمایت از ارزش‌ها به بستری برای تهدید بیش از اندازه حقوق و آزادی شهروندان تبدیل نشود، الزاماتی را پیش‌بینی کرده‌اند تا از این رهگذر چارچوب مداخله‌های کیفری به منظور حراست از ارزش‌های بنیادین جوامع بشری به دقت تبیین گردد. با وجود این، گزینش و اجرای راهبرد مذکور تردیدهایی نسبت به شماری از اصول فراغیر عدالت کیفری مانند اصل برابری شهروندان (به دلیل اینکه توصل به این نظام برای مقام قضایی اختیاری است) ایجاد می‌نماید. صرف نظر از ایجاد تعیض در میان شهروندان، سلیقه‌ای شدن عدالت کیفری که عطف به نظریه توافقی شدن ایجاد می‌گردد، مانع شکل‌گیری سیاست قضایی منسجم و یکسان در نظام عدالت کیفری خواهد شد. این سرگردانی در پرتو راهبرد مذکور به شکل‌های مختلف متبلور شده که بازترین آنها صدور آرای متهافت است. مخدوش شدن اقتدار نظام عدالت کیفری که به دنبال توافقی شدن ایجاد می‌گردد، موجب می‌شود تا هیبت نظام عدالت کیفری شکسته شود و جنبه ارتعاب‌انگیزی آن مخدوش گردد. در نهایت ممکن است بستری برای سوءاستفاده دست‌اندرکاران عدالت کیفری فراهم گردد.<sup>۱</sup>

## نتیجه‌گیری

افزایش بزهکاری و عدم کارآیی بسیاری از کیفرهای سنتی، سیاست‌گذاران جنایی را بر آن داشت تا در شیوه‌های پاسخ‌دهی به رفتار مجرمانه تغییراتی را پدید آورند. از جمله آنها مجازات‌های بینابین است که به دنبال جنبش الغای کیفر حبس و به عنوان یکی از شیوه‌های کاهنده کیفر ایجاد گردید. در این راستا برای پاسخ‌دهی به شماری از گونه‌های بزهکاری و برخی از بزهکاران، وفق اصل حداقلی کیفر می‌توان از روش‌های جدیدی حتی با صبغه غیرقهرآمیز بهره جست. نظام نیمه‌آزادی، کاربست مجازات‌های بینابینی است برای پاسخ‌دهی به محکومان مجازات‌های سالب آزادی، که ثمره آن، حبس‌زدایی و کاهش جمعیت کیفری می‌باشد. از سوی دیگر، این نظام برای پاسداری از محکومان، با رعایت موازین حقوق بنيادین آنها در پرتو عدالت کیفری کرامت‌مدار، بازگشت سعادتمندانه به جامعه، کاهش آثار برچسب‌زنی و هزینه‌ها را در پی داشته است.

در ساحت سیاست جنایی ایران، این راهکار در ادوار مختلف قانون‌گذاری برای پاسخ‌های سالب آزادی شناسایی شده است. پیش از انقلاب، وفق ماده ۵۱ آئین‌نامه زندان‌ها و مؤسسات صنعتی و کشاورزی وابسته به زندان‌ها مصوب ۱۳۵۴، شیوه نیمه‌آزادی در ایران نمود پیدا کرد. پس از انقلاب در سال ۱۳۸۴<sup>۱</sup>، این نظام به منصه بروز رسید، لیکن، عنوان آن به «مراکز حرفه‌آموزی و اشتغال» دگرگون شد. تدوین کنندگان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز در ماده ۵۶ به نظام نیمه‌آزادی اعتبار قانونی بخشیدند.

نظام نیمه‌آزادی مستلزم تدوین سیاست (یا قانون) جامعی است که در آن، نهادهای متولی، شرایط کنش‌گران اصلاح بزهکار از قبیل مددکاران اجتماعی، مدت بهره‌مندی از این نظام بر حسب نوع جرم ارتکابی، مجازات و نیز شخصیت بزهکار به طور دقیق تبیین شود. در همین راستا ماده ۶۳ قانون پیش‌گفته مقرر داشت که آئین‌نامه اجرایی مواد مربوط به نظام نیمه‌آزادی بایستی طرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون، تهییه و تصویب شود. در حالی که پس از گذشت قریب به سال از تصویب قانون، این آئین‌نامه هنوز تصویب نشده است. افزون بر این، کنش‌گران عدالت کیفری باید با قاطعیت تفهیم شوند که استفاده از این نظام به معنای نادیده گرفتن کیفرهای سنتی نمی‌باشد، بلکه به این معنا است که جامعه به آن حد از عقلانیت، انصاف و عدالت رسیده که در برخورد با مرتکب، انسانیت وی را فراموش نکند. بدین‌سان، تمسک به این

۱. ر.ک. آئین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، مصوب ۱۳۸۴/۹/۲۰.

نظام، امتیازی جهت اصلاح عادلانه بزهکار می‌باشد. لذا جهت اجرای هرچه بهتر قانون پیشنهادهای ذیل قابل طرح است:

- اولویتبخشی به رفاه و اتخاذ رویکرد حمایتی نسبت به محکومان. حمایت از محکومان و رفاه آنان باید در تمامی برخوردهای قضایی و غیرقضایی در مرحله پساکیفری از اولویت برخوردار باشد. این موضع بایستی در تصمیمات مأخذه توسط نهادهای غیرقضایی و اجرای تدبیر لحاظ شود.
- تخصص گرایی. یکی دیگر از ملزوماتی که در رویکرد نظام نیمه‌آزادی حائز اهمیت می‌باشد، استفاده از مددکار اجتماعی<sup>۱</sup> و میانجی گر متخصص و بامسؤولیت می‌باشد. وانگهی عدم رعایت تخصص گرایی می‌تواند هم منافع محکومان و هم بزهديده احتمالی جرم را به خطر بیندازد.
- فرهنگ‌سازی و جلب مشارکت مردمی. فرهنگ‌سازی برای استقبال افکار عمومی در زمرة مهم‌ترین ضرورت‌های اجرایی نظام نیمه‌آزادی می‌باشد، زیرا از یک سو موجب جلب مشارکت مردمی و تخصصی اقشار مختلف مردم می‌شود و از سوی دیگر زمینه را برای روی‌گردانی از خشونت و استقبال بزهديده از راهکارهای عدالت ترمیمی فراهم می‌سازد.
- پیش‌بینی ضمانت اجرای نظام نیمه‌آزادی. نظام نیمه‌آزادی در سیاست تقنینی ایران در مرحله پساکیفری پیش‌بینی شده است، لذا مستلزم بسترها اجتماعی از قبیل فعالیت شغلی و مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی است که از شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. سیاست تقنینی ایران در صورت عدم اجرای شرایط ماده مارالذکر، هیچ‌گونه ضمانت اجرایی لحاظ نکرده است. لذا می‌بایست ضمانت اجرایی عدول از دستورات در آیین‌نامه مشخص شود.<sup>۲</sup>

۱. مطابق ماده ۴۸۷ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مددکاران اجتماعی از بین فارغ‌التحصیلان رشته‌های مددکاری اجتماعی، علوم تربیتی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، جرم‌شناسی و حقوق استخدام می‌شوند.
۲. در این خصوص، ضمانت اجرای ماده ۵۷ آیین‌نامه زندان‌ها و مؤسسات صنعتی و کشاورزی وابسته به زندان‌ها، مصوب ۱۳۵۴، قابل توجه است.

## منابع

- آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، انتشارات گرایش، ۱۳۸۲.
- آنل، مارک، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۱.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، انتشارات میزان، چاپ سی و سوم، ۱۳۹۳.
- بولک، برنار، کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- پرادرل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات سمت، چاپ هفتم، ۱۳۹۲.
- دانش، تاج‌زمان، «طرز اجرای مجازات حبس و اقدامات تأمینی و تربیتی سالب آزادی در سوئد و ایتالیا»، مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۳، ۱۳۶۶.
- رهامي، محسن، «عرفی شدن مجازات‌ها در نظام جمهوری اسلامی ایران»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۸۹.
- زارت، عباس، حقوق جزای عمومی تطبیقی، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۴.
- ———، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی، چاپ اول، انتشارات ققنوس، ۱۳۹۲.
- شمس ناتری، محمدابراهیم؛ زارع، ابراهیم؛ کلانتری، حمیدرضا، زینب ریاضت، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، جلد اول، انتشارات میزان، ۱۳۹۲.
- صفاری، علی، کیفرشناسی، انتشارات جنگل، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- ———، مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
- صلاحی، جاوید، کیفرشناسی، انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- غلامی، حسین، بررسی حقوقی - جرم‌شناختی تکرار جرم، انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
- ———، «عدالت ترمیمی»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۸۹.
- غلامی، حسین؛ و همکاران، اصل حداقل بودن حقوق جزا، انتشارات میزان، ۱۳۹۳.

- 
- کلارکسون، کریستوفر، حقوق جزای اختصاصی انگلستان و نقش حقوق جزا در جامعه، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
  - گسن، ریموند، «گرایش‌های نو در جرم‌شناسی انگلیس و آمریکای شمالی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهرید بهشتی، شماره ۲، ۱۳۶۵.
  - گودرزی، محمدرضا؛ و لیلا مقدادی، کیفرشناسی نوین یا کیفرهای اجتماعی، انتشارات مجد، ۱۳۸۴.
  - گودرزی، محمدرضا، «تاریخی‌های زندان»، الهیات و حقوق، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۸۲.
  - محمدی، داوود، مجازات‌های جایگزین: نقدی بر کیفر زندان، چالش‌ها و راهکارها، انتشارات عود، ۱۳۸۴.
  - نیازپور، امیرحسن، توافقی شدن آیین دادرسی کیفری، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
  - ولد، جرج؛ برنارد، توماس؛ و جفری اسنیپس، جرم‌شناسی نظری، ترجمه علی شجاعی، انتشارات دادگستر، ویراست ششم، ۱۳۹۲.
  - یزدیان جعفری، جعفر، چرایی و چگونگی مجازات، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱.
  - Baechtold, Andrea, "Semi - Liberty and Semi - Detention in the Correctional System in Swiss Law", *Revue Internationale De Criminologie et De Police Technique* 29, no. 1, 1976.
  - Ben - Moshe, Liat; and Allison Carey (eds), *Disability Incarcerated: Imprisonment and Disability in the United States and Canada*, New York, Palgrave Macmillan, 2014.
  - Bruinsma, Gerben; and David Weisbord (eds), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, New York, Springer, 2014.
  - Caputo, Gail, *Intermediate Sanctions in Corrections*, Texas, University of North Texas Press, 2004.
  - Conniff, Christopher; Goldschmidt, Steven; and Helen Gugel, "Sentencing Guidelines For Insider Trading: Recent Amendments Create Greater Disparity", *Federal Sentencing Reporter* 26, no. 1, 2013.
  - Council of Europe, and Committee of Ministers, *Prison Overcrowding and Prison Population Inflation: Recommendation No. R (99) 22, Adopted By the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 September 1999 and Report*, Strasbourg, Council of Europe Pub, 2000.

- 
- Leka, Adrian. “Alternative Measures of Punishment and the Role of the Probation Service, for Their Right Implementation”, European Journal of Social Law, no. 2, 2014.
  - Milburn, Philip; and Ludovic Jamet, “Prévention de la récidive : les services de probation et d'insertion français dans la tourmente”, Champ Pénal/Penal field, vol. 11, 2014.
  - Gordon Scott, David, Penology, SAGE Course Companions, Los Angeles, 2008.
  - Sevdiren, Oznur, Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey, New York, Springer, 2011.
  - Sim, Joe, Punishment and Prisons: Power and the Carceral State, California, Thousand Oaks, 2009.
  - Stefanovska, Vesna, “Some Restorative Justice Benefits to Offenders and Victims of Crime.” Balkan Social Science Review, no. 4, 2015.
  - Wangmo, Tenzin; et al, “The Investigation of Deaths in Custody: A Qualitative Analysis of Problems And Prospects”, Journal Of Forensic And Legal Medicine, vol. 25, 2014.



## وضعیت اضطرار عمومی در نظام بین‌المللی حقوق بشر

\* باقر شاملو

\*\* ابوالفضل یوسفی

### چکیده

از سال ۲۰۰۱ میلادی، به دلیل وقوع حوادث پیش‌بینی نشده مخل نظم عمومی مکرراً دولتها با اعلام حالت فوق العاده تدابیری خاص و عموماً سخت‌گیرانه اعمال کرده‌اند. منشأ مشروعیت اقدامات سخت‌گیرانه دولتها استناد به شرایط اضطرار عمومی است. وضعیت «اضطرار عمومی» در اسناد حقوق بشری، تهدید آنی حقوق بنیادین افراد در یک محدوده زمانی و مکانی معین به گونه‌ای که نظم عمومی به شدت مختل شود، تعریف شده است. مؤلفه‌های اضطرار عمومی از منظر حقوق بشر عبارت است از تهدید عینی یا قریب‌الوقوع که استثنایی و علیه حیات منسجم اجتماعی باشد. احتمال وقوع حمله تروریستی بارزترین مصدق آن تلقی می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** اضطرار عمومی، حقوق بنیادین، حقوق بشر، حیات ملت.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) baghershamloo@gmail.com

\*\* دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی yusefi\_9@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۰/۲۲ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۱/۲۴

## مقدمه

گاهی دولت درگیر بحران، برای بازگشت نظم حالت فوق العاده اعلام می‌کند. پیامد اعلام وضعیت اضطراری، تهدید حقوق و آزادی‌های شهروندان و گسترش فضای امنیتی در جامعه است. دخالت دولت در آزادی‌های افراد مستلزم مشروعيت و مجوز قانونی است. به طور مثال در قانون اساسی کشورمان مقرر شده است که در شرایط اضطراری مانند جنگ، دولت می‌تواند محدودیت‌های ضروری برقرار نماید. سوال اصلی این است که مؤلفه‌های «اضطرار عمومی» به عنوان منشأ مشروعيت اعلام حالت فوق العاده چیست. اضطرار، در حقوق مدنی حالتی شخصی است که فرد به واسطه فشار ناشی از آن مبادرت به انجام عملی حقوقی می‌کند و در حقوق کیفری معادل ضرورت دانسته شده و مانع مسئولیت کیفری است. اما اضطرار عمومی، در حوزه حقوق عمومی و در رابطه با اعمال حاکمیت مطرح شده که متأسفانه تعریف حقوقی از آن ارائه نشده است. برای تعیین مصادیق مشروعيت اعلام حالت فوق العاده توسط دولتها، ناچاریم مؤلفه‌های اضطرار عمومی که ایجاد کننده شرایط اضطراری است را شناسایی و از این طریق اعمال حاکمیت را ارزیابی کنیم. فرض ما این است که اضطرار عمومی ماهیتاً دارای مؤلفه‌های گسترده‌گی آثار روانی و اجتماعی، شدیداً مختلف کننده نظم عمومی و ناقص حقوق بنیادین افراد است. برای شناخت ماهیت و مفهوم اضطرار عمومی، اسناد حقوق بشری و رویه قضایی محاکم حقوق بشری بین‌المللی در کنار حقوق انگلستان مطالعه می‌شود.

### ۱. مؤلفه‌های اضطرار عمومی در اسناد منطقه‌ای حقوق بشر

وضعیت اضطرار عمومی در اسناد مهمی از نظام بین‌المللی حقوق بشر مورد تصریح قرار گرفته و قوام حقوقی پافته است. کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مصوب سال ۱۹۵۰ میلادی در ماده ۱۵ به دولت‌های عضو اجازه می‌دهد در زمان جنگ یا دیگر وضعیت‌های اضطراری عمومی که حیات ملت را تهدید می‌کند، تدبیری را برای مقابله با آن وضعیت اتخاذ نمایند. ماده ۲۷ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر مصوب ۱۹۶۹ مقرر داشته است که دولت می‌تواند در زمان جنگ یا خطر عمومی یا دیگر وضعیت‌های اضطراری که استقلال یا امنیت دولت متعاهد را به خطر می‌اندازد، تدبیری را اتخاذ نماید. به کار بردن عبارت وضعیت اضطراری که استقلال یا امنیت دولت عضو را تهدید می‌کند، عملاً معیار دیگری به معیار اصلی استفاده شده در میثاق (تهدید حیات ملت) افزوده است و لذا موجب توسعه موارد استناد دولت به وضعیت اضطرار عمومی است. به

همین دلیل کمیته ناظر این کنوانسیون و رویه دادگاه آمریکایی حقوق بشر این ماده را به شکلی تفسیر کرده است که با ظاهر عبارات کنوانسیون فاصله گرفته و عملاً نقض حقوق بنیادین به نحوی که حیات ملت به خطر افتاد را تنها عامل موجه در اعلام وضعیت اضطراری شناخته است.<sup>۱</sup> همچنین در رویه دیوان آمریکایی حقوق بشر، مفهوم حیات ملت بسیار متحول و منعطف است. به عنوان مثال، نظریه مشورتی دیوان آمریکایی حقوق بشر که در ۱۹ اگوست ۲۰۱۴ به درخواست کشورهای آرژانتین، برزیل، اروگوئه و پاراگوئه در خصوص مهاجرت کودکان از آمریکای لاتین به آمریکای شمالی و اروپا داده ارائه شده، جالب توجه است. این دولت‌ها گفته‌اند که میلیون‌ها نفر از اتباع کشورشان که حدود شش میلیون نفر از آنها را کودکان تشکیل می‌دهند، از کشورشان مهاجرت کرده‌اند یا در حال مهاجرت هستند. با توجه به اینکه کودکان در شرایط آسیب‌پذیر قرار دارند و در این مهاجرت‌ها ممکن است حقوق انسانی آنها تضییع شود و بزه‌دیده جرایم سازمان‌یافته قرار گیرند، آیا این دولت‌ها می‌توانند با استناد به مقررات کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، بهویژه ماده ۲۷ کنوانسیون در خصوص تهدید حیات ملت، از مهاجرت این کودکان جلوگیری کنند. دیوان آمریکایی ضمن به رسمیت شناختن تمام حقوق کودکان در اسناد حقوق بشری و کنوانسیون حقوق کودک، هدف از وضع مقررات مذکور را تسهیل بهترین شرایط برای رشد کودکان دانسته و معقد است اگر شرایط به گونه‌ای باشد که مهاجرت کودک به ضرر وی باشد، دولت حق دارد از وی حمایت و مانع از مهاجرت او شود.<sup>۲</sup> منشور حقوق بشر عرب نیز در ماده ۴ مقرر داشته است که دولت می‌تواند در دوران وضعیت اضطراری که حیات ملت را تهدید می‌کند، تدبیری را برای مقابله با این وضعیت اتخاذ نماید. منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم، برخلاف کنوانسیون‌های پیش گفته، فاقد مقرر خاصی در رابطه با وضعیت اضطراری و امکان تعليق حقوق است. به عبارت دیگر این کنوانسیون تحت هیچ شرایطی اجازه نداده است دولت محدودیت‌های فوق العاده برای مقابله با وضعیت اضطراری وضع نماید و دولت را در هر وضعیتی مکلف به تضمین و رعایت تمامی حقوق بشر نموده است. این رویکرد در منشور مذکور تا اندازه‌ای آرمان‌گرایانه و به دور از واقعیت است. برای شناخت وضعیت اضطرار عمومی باید از منابع ملی و بین‌المللی به

1. See: UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Human Rights in the Administration of Justice, a Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers; Cluster Project on the National Capacity Building for the Promotion of Human Rights and Greater Access to Justice, 2008.

2. Inter — American Court of Human Rights Advisory Opinion, Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, August 19, 2014, Available at: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

صورت توأمان استفاده نمود، زیرا وضعیت اضطرار عمومی در اسناد حقوق بشری تعریف دقیقی نداشته و تفاسیر گوناگونی در این خصوص وجود دارد. به طور مثال کمیته حقوق بشر بیان کرده است که نازارامی یا فاجعه‌ای که حیات ملت را تهدید نکند، وضعیت اضطرار عمومی محسوب نمی‌شود<sup>۱</sup>. در حالی که منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم، اساساً با شناسایی این وضعیت و اختیارات ناشی از آن مخالف است. دلیل مخالفت این سند عبارت است از اینکه، با اعلام وضعیت اضطرار عمومی استانداردهای حقوق بشری حمایت‌کننده از آزادی‌های افراد به شدت تحتتأثیر (منفی) قرار گرفته و محدود می‌شود، لذا این سند با تضییق حقوق افراد در هر شرایطی ولو اضطرار عمومی مخالف است. در واقع این سند گویای نوعی بی‌اعتمادی به حاکمیت و قدرت عمومی جهت تضمین حقوق افراد است و به همین دلیل بهانه‌ای برای تضییق حقوق افراد به دولتها نداده است و به نظر اغراق‌گرایانه و بدون توجه به واقعیات زندگی اجتماعی در جوامع امروزی است.

## ۲. مؤلفه‌های اضطرار عمومی در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در رسیدگی به دعاوی متعدد علیه دولتهای عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر با موضوع تروریسم، تلاش کرده است ممؤلفه‌های اضطرار عمومی و قلمرو آن را مشخص کند.<sup>۲</sup> مؤلفه‌های اضطرار عمومی منعطف و متغیر است. برخی از معیارهای شناخت اضطرار عمومی در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر به شرح ذیل است.

### ۱-۲. ارتکاب جرم علیه جان افراد و خرابکاری عمدی در تأسیسات زیربنایی خدمات عمومی

این معیار در دعوای لولس<sup>۳</sup> به رسمیت شناخته شده است. جریان پرونده به این قرار بوده است که بر اساس معاہده‌ای که در سال ۱۹۲۱ بین انگلستان و ایرلند منعقد شد، علی‌رغم اینکه ایرلند کشوری آزاد شناخته می‌شد، اما کماکان جزایر شمال جزیره به عنوان تحت حاکمیت بریتانیا اعلام گردید. گروهی از افراد مسلح که خود را ارتش

1. General Comment No.29, in UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. 1), p. 203.

2. دیوان اروپایی حقوق بشر در دعوای آکدیور و دیگران علیه ترکیه، دولت ترکیه را در انتخاب شیوه مبارزه با گروه تروریستی پ.ک.ک. محدود به رعایت قواعد حقوق بشردوستانه نمود. این محدودیت علاوه بر تعهدات حقوق بشری بر دولت ترکیه تحملیل گردید. برای دیدن این پرونده ر.ک.:

Eur. Court HR, Akdivar and Others v. Turkey, Judgment of 16 September 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996 - IV.

3. Lawless v. Ireland; Application no 332/57; 1 July 1961.

جمهوری ایرلند می‌نامیدند، برای لغو حاکمیت بریتانیا بر ایرلند به مبارزه برخاستند. فعالیت این گروه به شکلی بود که اجرای قانون قادر به کنترل آنها نبود. از این‌رو مجلس به دولت اختیارات خاصی را برای مبارزه با این گروه مسلح داد. یکی از این اختیارات حق بازداشت افراد بدون محاکمه و دادرسی بود. سرانجام در سال ۱۹۳۸ تمام زندانیان سیاسی ایرلند آزاد شدند. در سال ۱۹۳۹ که اروپا در آستانه جنگ قرار گرفته بود، مجدداً ارتش جمهوری ایرلند فعالیت‌های خشونت‌آمیز خود را آغاز و علیه بریتانیا اعلام جنگ کرد. دولت ایرلند برای مقابله با این گروه مسلح، قانون جرایم علیه دولت را تصویب کرد که سختگیری‌های زیادی را پیش‌بینی کرده بود و در موارد زیادی امکان بازداشت بدون احضار وجود داشت. در سال ۱۹۴۸ قانون جرایم علیه دولت ایرلند اصلاح شد و مقرر گردید که چنانچه فردی بدون محاکمه و احضاریه بازداشت شد، حق دارد به کمیسیونی که قانون پیش‌بینی می‌کند، اعتراض نماید. بعد از چند سال که فعالیت این گروه کم شده بود، مجدداً در سال ۱۹۵۶ این گروه فعالیت خود را شروع کرد. در اواخر سال ۱۹۵۶ این گروه به تعدادی از مراکز پلیس حمله کردند و یک پلیس کشته شد، چند خودرو پلیس به آتش کشیده شد، درختان را قطع و جاده‌ها را مسدود کردند، کابل‌های تلفن را قطع و اعمال مجرمانه دیگری را نیز مرتکب می‌شدند. در سال ۱۹۵۷ در یک حمله مسلح‌انه به پایگاه پلیس، دو نفر کشته و دوازده نفر زخمی شدند. نخست‌وزیر ایرلند در نطقی از عموم مردم تقاضای صلح کرد. شش روز بعد از این سخنانی، اعضای گروه مسلح ارتش جمهوری ایرلند، با هدف دستیابی به مواد منفجره به یک انبار نظامی حمله کردند. ماه بعد، این گروه در حمله‌ای دیگر به انبار مهمات، مقدار زیادی مواد منفجره و سلاح به دست آورد. در آوریل ۱۹۵۷ با استفاده از مواد منفجره سرقت شده، یکی از مهم‌ترین پل‌های قطار بین شهری تخریب گردید. خشونت‌های این گروه در اوخر سال ۱۹۵۷ به شدت اوج گرفت و حملات زیادی به افراد، پلیس و اماکن عمومی صورت گرفت. دولت برای مقابله با این گروه، قانون دستگیری بدون محاکمه را فعال نمود و کمیسیون مربوط به حق اعتراض بازداشت‌شدگان بدون محاکمه را تشکیل داد. وزیر امور خارجه ایرلند مراتب را به اطلاع دبیرکل شورای اروپا رساند. در بخشی از این نامه آمده بود: از آنجایی که اجرای بخش دوم قانون جرایم علیه دولت که اختیارات خاصی را برای دستگیری و بازداشت افراد بدون محاکمه، مقرر داشته و متضمن تعلیق برخی از تعهدات ناشی از کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی می‌باشد، لذا بدین وسیله خواهشمند است این نامه را به عنوان اطلاع دادن مطابق با ماده ۱۵ بند ۳ این کنوانسیون مورد ملاحظه قرار دهید. در این نامه همچنین آمده بود که اعطای اختیارات به دولت ایرلند برای دستگیری افراد بدون

محاکمه بدان سبب است که ضرورت برقراری صلح و نظم، دولت ایرلند را وادار به توسل به نیروی نظامی و مسلح در غیر مواردی که قانون اساسی مقرر داشته است، ننماید. نخست وزیر ایرلند خطاب به کسانی که ممکن است بر اثر اجرای قانون ۱۹۴۰ دستگیر شوند اعلام نمود که چنانچه بازداشت شده تعهد دهد ارتباط خود را با گروههای غیرقانونی قطع کرده و به قانون اساسی پایبند می‌ماند، وی را آزاد خواهد کرد. آقای لولس و سه نفر دیگر، اولین کسانی بودند که به موجب این قانون بازداشت شدند. آنها در یک انبار با یک قبضه اسلحه مسلسل، شش تفنگ ارش، شش اسلحه ورزشی، یک هفت تیر و تپانچه اتوماتیک و ۴۰۰ مجله مربوط به گروه مسلح ارش جمهوری ایرلند، دستگیر شدند. آقای لولس عضویت در گروه مسلح مذکور را پذیرفت و اقرار کرد این سلاح‌ها را در سرقت انبار اسلحه ارش بدست آورده است. وی بر اساس قانون اسلحه جنگی و قانون جرایم علیه دولت، متهم گردید. در جلسه محاکمه، یکی از متهمان در دفاع از خود گفت که جلسه محاکمه را به رسمیت نمی‌شناسد. وی گفت که به نمایندگی از رفقاء و خودم، مایل هستم که بگوییم هر اسلحه‌ای از ما کشف گردید، وسیله‌ای برای مبارزه علیه اشغال نظامی بریتانیا و برای آزادی کشورم بوده و هیچ زن یا مرد ایرلندی ترسی از سیاستمداران ندارند. از نظر ما اسلحه داشتن حق ماست و معتقدیم وظیفه هر ایرلندی است که اسلحه بردارد و از کشورش دفاع کند. آقای لولس در پاسخ به هیأت دادگاه مبنی بر اینکه چه دفاعی دارید، گفت دوستم به نمایندگی از من صحبت کرد. بعد از این محاکمه، آقای لولس چند بار دیگر نیز دستگیر شد و استنادی از مراکز نظامی از وی کشف گردید. در یک مورد، وقتی وی سوار کشته عازم انگلستان بود، دستگیر و بدون محاکمه بازداشت شد. در مدت بازداشت از وی خواسته شد تعهد به احترام به قانون اساسی و عدم عضویت در گروههای قانونی را امضا کند، ولی وی امتناع نمود. وی به بازداشت صورت گرفته معتبر بود و اعتقاد داشت دلیلی برای دستگیری او وجود ندارد. در حالی که، مقامات ایرلند به سابقه وی به عنوان دلیلی برای بازداشت او استناد می‌نمودند. در همین روز در ساعت ۷ بعد از ظهر (۱۳ جولای ۱۹۵۷) اختیار بازداشت افراد بر اساس قانون ۱۹۳۹ ماده ۳۰، منقضی گردید و تمدید نشده بود. از این‌رو، دولت ایرلند مستند دستگیری او را دستور نخست وزیر اعلام نمود که مورد قبول آقای لولس نبود. همچنین از نظر لولس، کمیسیون رسیدگی کننده به اعتراض نیز اعتبار و مشروعیتی از قانون اساسی نداشت. لذا وی مدعی بود حقوقش کاملاً نقض شده است. در نهایت نیز دادگاه عالی ایرلند اعتراض وی را نپذیرفت. آقای لولس بر این اساس که بازداشت وی بدون اتهام و بدون محاکمه عادلانه بوده است، درخواستی به کمیسیون حقوق بشر اروپا داد و تقاضای رسیدگی کرد. در این پرونده

دیوان مقرر می‌دارد: دولت ایرلند از طریق اعلامیه‌ای که در ۵ جولای ۱۹۵۷ صادر و به طور رسمی در ۸ جولای ۱۹۵۷ منتشر نمود، به دولت اختیار فوق العاده‌ای بر اساس بخش دوم قانون جرایم علیه دولت جهت تضمین محافظت از صلح عمومی و نظام اعطای کرده است.<sup>۱</sup> سپس دیوان در بیان معنای عبارت «وجود یک وضعیت اضطرار عمومی که حیات ملت را تهدید کند» چنین توضیح می‌دهد: معنای طبیعی و عرفی عبارت «دیگر وضعیت‌های اضطراری عمومی تهدیدکننده حیات ملت» به اندازه کافی روشن است. این عبارت به موقعیتی استثنایی از بحران یا اضطرار اشاره می‌کند که کل جمعیت را تحت تأثیر قرار داده و متضمن خطری علیه حیات سازمان یافته جامعه است که دولت از آن (حیات سازمان یافته) ناشی شده است. دیوان تأکید می‌کند فاکتورهایی که دولت ایرلند می‌توانست برای اثبات وضعیت اضطرار عمومی از آنها استفاده نماید عبارتند از اینکه اولاً ثابت کند ارتش مخفی و غیرقانونی ایرلند برای دستیابی به اهدافش در قلمرو ایرلند از خشونت استفاده می‌کند. ثانیاً، باید قبل از اعلام وضعیت اضطرار عمومی توسط دولت، اندازد نیز می‌تواند نشان‌دهنده وجود وضعیت اضطرار عمومی باشد.<sup>۲</sup> علاوه بر این دیوان تأکید کرده است که «تداویم فعالیت‌های غیرقانونی ارتش مخفی، مصدق خطر آنی علیه ملت تلقی می‌شود».<sup>۳</sup> همچنین، دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده آکسوی علیه ترکیه، در رابطه با وجود وضعیت اضطرار عمومی که حیات ملت را تهدید می‌کند، چنین توضیح می‌دهد که تمامی دولت‌های عضو معاهدہ مکلفاند در رابطه با مسئولیت حفظ حیات ملت تعیین نمایند که آیا حیات ملت به وسیله وضعیت اضطراری به مخاطره افتاده است یا خیر. اگر چنین است برای غلبه بر شرایط اضطراری تا چه اندازه ضروری است تلاش نماید. همچنین مقامات ملی نسبت به قصاص بین‌المللی در جایگاه مناسبتری برای تشخیص تهدید حیات ملت و اتخاذ اقدامات ضروری قرار دارند. برای تحقق این امر، «صلاحیت تشخیص» مقامات ملی باید به رسمیت شناخته شود. به نظر می‌رسد صرف اعطای صلاحیت گسترده به دولتها در تشخیص وضعیت اضطراری مغایر با روح و فلسفه قواعد مربوط به تخطی دولتها از تعهدات حقوق بشری آنها نیست؛ اما این امر می‌تواند زمینه سوءاستفاده را فراهم نماید و موارد استناد به وضعیت استثنایی اضطرار عمومی را

1. Ibid, Para.23.

2. Ibid, para.28.

3. Ibid, para.29.

4. Aksoy v. Turkey, Judgment of 18 December 1996, Reports 1996 - VI, p. 2280.

گسترش دهد. کمیسیون اروپایی حقوق بشر در پرونده قبرس شمالی علیه ترکیه,<sup>۱</sup> در خصوص مرگ افراد یونانی - قبرسی، ویژگی‌های اضطرار عمومی را به شرح ذیل بر شمرده است: اضطرار عمومی باید توانم با خطرناک یا خطری استثنایی باشد، به گونه‌ای که اقدامات یا محدودیت‌های معمول و مجاز به شکلی آشکار نامناسب آن وضعیت باشد؛ آثار اضطرار عمومی باید شامل همه افراد ملت شود، به نحوی که ادامه حیات اجتماعی به خطر افتاده باشد؛ و اضطرار عمومی باید فعلی یا قریب الوقوع باشد. منظور دیوان از خطر استثنایی، خطری است که با توسل به مقررات عادی قابل کنترل نباشد و یکی از مؤلفه‌های شناسایی اضطرار عمومی دانسته شده است. به طور کلی در رویه دیوان ویژگی‌های خطر ایجاد‌کننده اضطرار عمومی، فعلی بودن یا قریب الوقوع بودن، استثنایی بودن و گستردگی بودن آثار آن بیان شده است که با بحث تهدید در حقوق کیفری قرابت دارد.

## ۲-۲. احتمال وقوع حمله تروریستی

هرچند که اقدامات تروریستی در قرن معاصر بارها در کشورهای مختلف رخ داده است، اما مفهوم حقوقی تروریسم کماکان مبهم بوده و اجماع جهانی در این خصوص وجود ندارد. به عنوان مثال در قانون مجازات اسلامی تفاوت بین جرایم علیه امنیت و رفتارهای تروریستی روشن نشده و قانون مسکوت است. مطالعه قوانین کیفری کشورهای دیگر نیز تصویر دقیق از مفهوم حقوقی تروریسم به دست نمی‌دهد. با وجود این، دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده «آئی و دیگران علیه بریتانیا»<sup>۲</sup> اعلام کرده است که حمله یازده سپتامبر ۲۰۰۱ و خطر تروریسم بین‌المللی، یک خطر اضطراری است و بر اساس ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در چنین شرایطی خطر علیه حیات ملت محرز است. به عبارت دیگر، بیم حملات تروریستی یا فعلیت داشتن آن از مؤلفه‌های اضطرار عمومی است. مقامات دولت انگلستان متعاقب حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، احتمال دادند که کشورشان هدف حملات تروریستی گروه القاعده خواهد بود. بنابراین بر اساس ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اعلام وضعیت اضطراری شد. دولت بریتانیا بر این باور بود که حملات احتمالی از طریق خارجیانی که در این کشور حضور دارند، صورت خواهد گرفت. از آنجا که دولت بریتانیا نمی‌توانست تمام خارجیان را از این کشور اخراج کند و عملش مصدق نقض ماده ۳ کنوانسیون تلقی می‌شد، لذا اختیارات دولت برای بازداشت افراد خارجی ساکن بریتانیا را افزایش داد، زیرا آنها را

1. Eur. Court HR, Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, 2001.

2. A and Others v. Secretary of State for the Home Department, Application No. 3455/05, Judgment of 19 February 2009.

خطر بالقوه عليه امنیت ملی خود می دانست و ظن معقولی نسبت به تروریست بین المللی بودن مسلمانان مهاجر داشت. با توجه به اینکه دولت بریتانیا این عمل (بازداشت افراد) را نقض ماده ۵ بند یک کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می دانست، طی نامه‌ای در تاریخ ۱۱ نوامبر ۲۰۰۱ به دبیرکل شورای اروپا، با تشریح وضعیت اضطراری، وضعیت مذکور را رسماً اعلام کرد. یازده نفر از اتباع خارجی در این خصوص بازداشت شدند. برخی از این افراد در دوره بازداشت از حق دسترسی به وکیل محروم بودند. مجلس اعیان انگلستان، در رسیدگی به شکایت شکات اعلام کرد از آنجا که کشور انگلستان بر اساس شواهد موجود جزء اهداف شبکه القاعده بوده، وضعیت اضطراری صحیح است، اما در نحوه اجرای قانون ضد تروریسم که صرفاً علیه خارجیان اجرا شده است نوعی تبعیض و عدم رعایت تناسب مشاهده می شود. دولتهای اردن و الجزیره، نسبت به دستگیری اتباعشان توسط بریتانیا اعتراض کردند و بیان داشتند دولت انگلیس به جای بازداشت بهتر بود اتباعشان را اخراج می کرد. از این‌رو، دولت بریتانیا افراد مظنون را به زندان مهاجران غیرقانونی انتقال و سپس به کشورشان اخراج کرد. خواهان‌ها در این پرونده مدعی بودند اولاً بازداشت برای مدت نامعلوم و در شرایط بسیار امنیتی منجر به رفتار غیرانسانی و تحقیر کننده با آنها شده است. ثانیاً، اساساً بازداشت‌های مذکور غیرقانونی و تبعیض‌آمیز بوده و اعلام وضعیت اضطراری غیرمتناسب با شرایط موجود بوده است. ثالثاً، علاوه بر اینکه بازداشت‌های صورت گرفته موجب نقض قوانین داخلی انگلستان بوده، مرجعی برای تظلم خواهی و جبران خسارت و آزاد شدن از بازداشت در اختیار آنها نبوده است. آنها مدعی نقض مواد ۳، ۵، ۶ و ۱۳ و ۱۴ کنوانسیون بودند. در این پرونده، دیوان در بررسی این امر که آیا وضعیت اضطراری تهدید کننده حیات ملت وجود دارد یا نه، چنین استدلال کرده است: «در این پرونده نخست وزیر، ادله‌ای را برای اثبات خطر حمله القاعده ارائه کرده بود و علاوه بر آن تمام قضاط محاکم انگلستان وجود چنین خطری را پذیرفته بودند. اگرچه در مدتی که گفته شده بود خطر حمله القاعده وجود دارد، چنین اتفاقی نیافتاد، اما نمی‌توان پذیرفت اگر دولتی خطر حمله را احساس کرد، صبر کند تا حمله صورت گیرد و سپس مقابله نماید. ترس مسئولان از بروز چنین وضعیتی قابل ایراد نیست. علاوه بر اینها خطر حمله تروریست‌ها در سال ۲۰۰۵ با انفجار بمب و تلاش برای بمب‌گذاری خود را نشان داد».<sup>۱</sup> در پرونده برانینگان و مک‌برايد علیه بریتانیا،<sup>۲</sup> اگرچه خواهان متعرض وجود وضعیت

1. *Ibid*, Para.31.

2. Brannigan and Mc Bride v. UK, judgment of 26 May 1993, Series A, No. 258 – B, para44 – 7.

اضطراری که حیات ملت را تهدید کند، نشده بود، اما دیوان مسئولیت اثبات آن را متوجه دولت بریتانیا کرد. اگرچه بریتانیا نتوانست دلیلی بر وجود وضعیت اضطراری ارائه کند، اما وجود وضعیت اضطراری در ایرلند شمالی برای توجیه اقدامات دولت بریتانیا پذیرفته شد. دیوان با ارجاع به پرونده لولس و دیگران علیه ایرلند و پرونده ایرلند علیه بریتانیا، چنان استدلال کرده است: با ملاحظه وقایع خشونت‌بار تروریستی در ایرلند شمالی و در نقاطی از انگلستان، بدون شک وضعیت اضطراری مورد نظر کنوانسیون قابل احراز است. در پرونده النشیری علیه لهستان،<sup>۱</sup> وی مظنون به دست داشتن در عملیات انتشاری علیه ناوگان دریایی آمریکا در خلیج عدن بود که به موجب آن یک کشتی نظامی آمریکا به واسطه برخورد قایق بمب‌گذاری شده به شدت آسیب دید و ۱۷ ملوان آمریکایی کشته و ۴۰ نفر به شدت زخمی شدند. خواهان این پرونده در دیگر دستگیر شد و به زندان مخفی سازمان سیا در خاک لهستان منتقل و مورد بازجویی قرار گرفت. وی در مدت بازجویی شکنجه و از تمامی حقوق انسانی محروم شده بود. شکایت وی علیه دولت لهستان دو جهت داشت. اول اینکه در خاک کشور لهستان بازجویی شده بود و رفتار غیرانسانی با او در خاک این کشور صورت گرفت. دوم، بعد از اینکه روزنامه واشنگتن پست از وجود زندان مخفی در لهستان پرده برداشت، دولت لهستان در حالی که می‌دانست وی با خطر مجازات مرگ رو بروست، مانع از انتقال وی از کشورش نشد. دیوان رأی داد به صرف اینکه خواهان مظنون به ارتکاب اعمال تروریستی بوده است، نمی‌توان نقض حقوق وی را موجه دانست و لذا صرف حضور فرد متهم به اقدامات تروریستی در بازداشتگاه، عامل موجه در تخطی دولت از تعهدات حقوق بشری تلقی نمی‌شود. با توجه به آنچه که گفته شد، می‌توان مدعی شد که احتمال معقول وقوع حمله تروریستی عامل موجه در اعمال محدودیت‌های فوق العاده نسبت به حقوق و آزادی‌های فردی است و نقض کنوانسیون و حقوق بشر تلقی نمی‌شود. شایان ذکر است که صرف استناد به احتمال وقوع خشونت و رفتار تروریستی عامل موجه در برقراری محدودیت‌های فوق العاده نیست. به عنوان مثال در سال ۱۹۶۹، دولت یونان نتوانست وجود وضعیت اضطرار عمومی را برای توجیه تخطی از برخی از مقررات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اثبات نماید. در این قضیه، کمیسیون اروپایی حقوق بشر ویژگی‌های خطر در وضعیت اضطرار عمومی را چنین توضیح داده است:

«اضطرار عمومی باید:

۱. بالفعل یا قریب الوقوع باشد.

1. Al - Nashiri v. Poland, Judgment of 6 May 2011, Application No. 28761/11.

- 
۲. آثار آن تمام ملت را در برگیرد.
  ۳. استمرار حیات سازماندهی شده اجتماع را تهدید کند.
  ۴. بحران یا خطر استثنایی باشد به نحوی که اقدامات یا محدودیت‌های عادی اجازه داده شده توسط کنوانسیون برای حفظ اینمنی عمومی، بهداشت و نظم، عمدتاً ناکافی باشد».<sup>۱</sup>

### ۳. مؤلفه‌های اضطرار عمومی از منظر حقوق بشردوستانه

یکی از مؤلفه‌های بارز شناسایی وضعیت اضطرار عمومی، تهدید حیات ملت است. در حقوق کیفری، تهدید فرد مجرمانه است و قلمرو آن، جان، مال و ناموس است. تهدید حیات ملت، مفهومی است که در اسناد حقوق بشری مرتبط با موضوع اضطرار عمومی به کرات ذکر شده، اما معنای آن روش نیست و تعریفی از آن ارائه نشده است. واژه ملت در قلمرو علوم سیاسی کاربرد دارد، ولی در قلمرو حقوق کیفری ناآشنا است. به نظر می‌رسد برای به دست آوردن شناخت دقیق‌تر از مفهوم ملت می‌توان به جای تعریف ملت به تاریخ و تمدن و تمامیت ارضی دولتها، به تعریف جنایت نسل‌کشی رجوع کرد. عنصر مادی جنایت نسل‌کشی تعریف به گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی است.<sup>۲</sup> با الهام از این عنصر، برای تعریف مفهوم ملت در عبارت «تهدید علیه حیات ملت» با اندکی مسامحه می‌توان مدعی شد که وصفی که مبنای تبعیض غیرانسانی قرار می‌گیرد، معیار تشخیص یک ملت است. از این‌رو، می‌توان گفت تبعیض، روشی برای تشخیص «ملت» است و در تشخیص تهدید حیات ملت، نباید به فاکتور جمعیت، نظام سیاسی یا تابعیت توجه کرد، زیرا انسان و حقوق ذاتی وی موضوع بحث است نه عوامل تشکیل‌دهنده دولت از منظر حقوق بین‌الملل. بر اساس پروتکل دوم الحقایق کنوانسیون‌های چهارگانه زنو، معیار تشخیص مخاصمه مسلحانه داخلی، وجود عملیات نظامی توسط گروه سازمان یافته مسلح با فرماندهی مسئول است که علیه نیروی مسلح دولت رخ می‌دهد؛ چنین شروطی برای تحقق بحران و آشوب داخلی به رسمیت شناخته نشده و پروتکل تصریح می‌نماید مقررات ناظر بر مخاصمه مسلحانه داخلی، متمایز از بحران‌های داخلی است و نباید آشوب‌های داخلی را تابع مقررات پروتکل قرارداد (زیرا مقررات پروتکل حداقلی است). ماده یک از پروتکل مذکور مقرر می‌دارد:

۱. عبدالله، محسن، تروریسم، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۷.

۲. برای مطالعه بیشتر رک: بیگ‌زاده، ابراهیم، بررسی جنایت نسل‌کشی و جنایات بر ضد بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۷.



«۱- این پروتکل که در راستای توسعه و تکمیل ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ۱۲ اوت ۱۹۴۹ است، بدون تغییر و اصلاح شرایط کاربردی موجود باید نسبت به کلیه مخاصمات مسلحانه‌ای اعمال گردد که مشمول ماده ۱ از پروتکل الحقیقی به کنوانسیون‌های ژنو ۱۲ آگوست ۱۹۴۹ مربوط به حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و (پروتکل اول)، نمی‌گردد و در حوزه سرزمینی یکی از اعضای متعاهد این قرارداد و بین نیروهای مسلح آن کشور و قوای مسلح مخالف یا دیگر گروههای سازمان یافته مسلح و برخوردار از فرماندهی مسئول که نسبت به بخشی از سرزمین آن دولت کنترل دارند، رخ می‌دهد. ۲- این پروتکل نباید در خصوص موقعیت‌های آشوب و بحران داخلی همانند شورش‌ها، اعمال تعریض آمیز انفرادی و پراکنده و دیگر اعمالی با ماهیت مشابه که در حد مخاصمات مسلحانه نیست، اعمال گردد.»<sup>۱</sup> از این‌رو می‌توان گفت اعمال همزمان قواعد حقوق بشردوستانه مندرج در پروتکل دوم الحقیقی و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و حقوق بشر، در وضعیت اضطرار عمومی ناشی از جنگ داخلی ضروری است، درحالی که در ناآرامی‌ها و تنش‌های داخلی که به آستانه جنگ نرسیده است، نباید سراغ حقوق بشردوستانه رفت؛ زیرا پذیرش این امر به معنی بازگذاشتن دست دولت در سلب یا تحديد بیش از حد حقوق افراد و توسل به شبوهای نظامی و جنگی برای مقابله با بحران است. نقش حقوق بشردوستانه در حمایت بین‌المللی از حقوق بشر به ویژه در شرایط ناآرامی‌ها و تنش‌های داخلی که پایین‌تر از آستانه ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو قرار می‌گیرند، غیرقابل انکار است.<sup>۲</sup> مواجهه دولت با ناآرامی‌های داخلی می‌تواند به دستگیری‌های گسترده و بازداشت‌های خودسرانه، ناپدیدشدن‌های اجباری، شکنجه، گروگانگیری و عدم احترام به حداقل تضمین‌های حقوقی منجر شود؛ از این‌رو، احتمال دارد در مدت بحران، رژیم‌های سرکوبگر علاوه بر تکاب خشونت شدید، باعث نقض جدی سایر حقوق بشر نیز بشوند. بنابراین همان طور که دولت در وضعیتی که حیات ملت تهدید شده، برای تضمین حقوق بنيادین مکلف به مداخله است؛ اقدامات فوق العاده دولت نیز نباید به نقض حقوق بشر منجر شود.<sup>۳</sup> اعلامیه حداقل استانداردهای بشردوستانه (اعلامیه تورکو) با هدف تدوین تعدادی از قواعدی که در زمان ناآرامی‌های داخلی و وضعیت‌های فوق العاده

۱. پروتکل الحقیقی به کنوانسیون‌های ژنو مصوب ۱۲ اوت ۱۹۴۹ در خصوص حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی (پروتکل دوم) مصوب ۱۹۷۷.

2. Meron, Thedor, Human Rights in Internal Strife: Their International Protection, Hersh Lauterpacht Memorial Lectures, Grotius Publications, 1987, p. 172.

3. Farazmand, Ali, Handbook of Crisis and Emergency Management, CRC Press, 2001.

عمومی باید محترم شمرده شوند، تصویب شده است.<sup>۱</sup> اعلامیه حداقل استانداردهای پاریس نیز شامل شانزده حق از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی بوده که نادیده گرفتن آنها در هیچ شرایطی مجاز نیست. ماهیت اضطرار عمومی در مقررات حقوق بشردوستانه نیز حول صیانت از حقوق بنیادین تکوین یافته است.<sup>۲</sup> از این‌رو می‌توان گفت از منظر حقوق بشردوستانه، مخاصمه مسلحانه داخلی و بین‌المللی عامل موجه در برقراری محدودیت‌های فوق العاده است، ولی این اختیار شامل آشوب‌ها و بحران‌های داخلی که به آستانه مخاصمه مسلحانه نمی‌رسند، نمی‌شود.

#### ۴. مؤلفه‌های اضطرار عمومی در حقوق تطبیقی

بررسی تطبیقی می‌تواند در شناخت مؤلفه‌های اضطرار عمومی مفید باشد. از این‌رو و با توجه به سابقه طولانی وقوع حملات تروریستی در کشور انگلستان، نظم حقوقی این کشور و نظم حقوقی کشورمان بررسی می‌گردد.

#### ۱-۴. سابقه و جایگاه اضطرار عمومی در حقوق انگلستان

تاکنون دولت انگلستان سه بار در سال‌های ۱۹۸۸، ۱۹۸۹ و ۲۰۰۱ اعلامیه تخطی از تعهدات حقوق بشری به شورای اروپا داده است. در هر سه اعلامیه، دولت انگلستان با ذکر وقایع ایجاد کننده وضعیت اضطراری، علت صدور این اعلامیه را تعهد این دولت در حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی مطابق با بند ۳ ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اعلام کرده است. در اعلامیه وضعیت اضطرار عمومی ۲۰۰۱ انگلستان، اعلام وضعیت اضطرار عمومی به صورت ذیل توجیه شده است: «حملات تروریستی در نیویورک، واشنگتن دی.سی و پنسیلوانیا در ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ موجب کشته شدن هزاران نفر از جمله بسیاری از شهروندان انگلیسی و شهروندانی از ۷۰ کشور مختلف گردید. از این‌رو، شورای امنیت سازمان ملل، در قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ (۲۰۰۱) این حملات را تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی اعلام نمود. تهدید ناشی از تروریسم بین‌المللی امری دامنه‌دار است. بر اساس قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت، عمل به فصل هفتم منشور سازمان ملل مستلزم آن است که تمام دولتها اقداماتی، را برای حله‌گیری از ارتکاب حملات تروریستی، شامل مقابله با کسانی،

۱. وارنر، دانیل، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، کنکاشی برای جهانی ساختن، ترجمه امین سلاله حبیبی، نشر گراشی، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۰.

<sup>۲</sup> دلخوش، علیرضا، «حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی: تفاوت‌ها و اشتراکات»، *محلل سیاست خارجی*، شماره ۸۷، ۱۳۸۷، ص. ۹۹۸-۹۸۹.

که حملات تروریستی را تامین مالی، طراحی، حمایت یا مرتکب می‌شوند، اتخاذ نمایند. نسبت به بریتانیا تهدید تروریستی توسط کسانی که مظنون به مداخله در تروریسم بین‌المللی هستند وجود دارد. مخصوصاً، افرادی از تبعه خارجی در بریتانیا حضور دارند که آنها مظنون به ارتباط داشتن با فعالیت‌ها، سازمان‌ها و گروه‌های تروریستی هستند و از این‌رو تهدیدی علیه امنیت ملی بریتانیا به شمار می‌آیند. در نتیجه، در مفهوم بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون، وضعیت اضطرار عمومی در انگلستان وجود دارد.<sup>۱</sup> همچنین در نظام حقوق انگلستان دو قانون قدیمی در خصوص اعلام وضعیت اضطرار عمومی وجود دارد که جالب توجه است. نخست، قانون اختیارات اضطراری<sup>۲</sup> که مقرر داشته است: این قانون برای حمایت از جامعه در موارد اضطراری مقررات استثنایی را ایجاد می‌کند. اگر در هر زمانی پادشاه احراز کند که اقدامی صورت گرفته یا تهدید آنی برای وقوع رفتاری توسط فرد یا گروهی از افراد وجود دارد که تهدیدی گستردگی علیه تهیی و توزیع مواد غذایی، آب، سوخت، روشنایی و وسایل حمل و نقل وجود دارد و هدفش محروم کردن جامعه یا بخش قابل توجهی از جامعه از ملزمات زندگی است، می‌تواند اعلام وضعیت اضطراری کند. چنین وضعیتی نباید برای بیش از یک ماه باشد. اعلام وضعیت اضطراری باید فوراً به مجلس ابلاغ شود و در صورتی که مجلس ظرف ۵ روز آن را تایید نکند، منقضی می‌شود. مجلس باید هر ۵ روز برای تمدید آن جلسه تشکیل دهد. در مدت اعلام وضعیت اضطراری پادشاه حق دارد دستوراتی را برای تضمین «حیات جامعه»<sup>۳</sup> اتخاذ نماید و همه نهادها به نمایندگی از پادشاه مکلف به اجرای آن هستند. اختیارات پادشاه تا جایی که برای حفظ صلح و تضمین امنیت و تنظیم عرضه و توزیع غذا، آب، سوخت، روشنایی و تداوم حمل و نقل یا نقل و انتقال و اهداف دیگری که برای امنیت عمومی و حیات جامعه ضروری است، گسترش می‌باید. این مقررات نباید به گونه‌ای اعمال شود که موجب برقراری حکومت نظامی شده یا شرکت در اعتصاب‌های مسالمت‌آمیز را مجرمانه قلمداد کند. از این‌رو هر گونه مقرره‌ای که اعمال می‌شود باید در نزدیک‌ترین زمان ممکن به مجلس ارائه شود و حداقل ۷ روز هر مقرره قابل اجرا خواهد بود، مگر اینکه هر دو مجلس ادامه اجرای آن را تایید کنند. دوم، قانون اختیارات اضطراری<sup>۴</sup> که اصلاحیه قانون قبلی است و مقرر داشته است به جای پادشاه، ملکه اختیارات مذکور را دارد و به جای عبارت «هر اقدام» (که دامنه بسیار گسترده‌ای دارد) عبارت «اقدامی» که رخ داده است یا مرتبط با واقعه رخ داده است یا وقایعی با

1. Emergency Powers Act 1920
2. Life of Community
3. Emergency Powers Act 1964

چنین ماهیتی»، به قانون ۱۹۲۰ اضافه شود. اسناد موجود نشان می‌دهد که دولت انگلستان، بعد از وقوع حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در خاک آمریکا، به استناد احتمال وقوع حمله تروریستی به جهت مهاجرپذیر بودن این کشور، وضعیت اضطرار عمومی اعلام کرده است. در این رابطه، رویه قضایی محاکم انگلستان در پرونده اف سی و دیگران علیه وزیر امور خارجه در سال ۲۰۰۱ قابل توجه است.<sup>۱</sup> در این قضیه، ۹ نفر به دلیل ظن مهاجر به ارتکاب اعمال تروریستی توسط پلیس مطابق با قانون ضدتروریسم انگلستان، بازداشت شده بودند. یکی از ایراداتی که خواهان‌ها مطرح کردند «عدم وجود وضعیت اضطراری بالفعل که حیات ملت را تهدید کند» بود<sup>۲</sup> و مورد پذیرش واقع نشد. همچنین دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده «آی و دیگران علیه بریتانیا»، استدلال کرده است: «در پاسخ به این سؤوال که آیا تروریسم (وضعیت اضطرار عمومی) می‌تواند شامل خطر علیه نهادهای کشور انگلستان یا وجود انگلستان به عنوان یک جامعه متمدن باشد، باید گفت که می‌توان طیف گسترده‌ای از فاکتورهایی را که ماهیت و درجه خطر فعلی یا قریب الوقوع را نسبت به ملت تعیین می‌کنند، در نظر گرفت. در نتیجه موقعیت‌های اضطراری حتی اگر نهادهای یک دولت آشکارا در معرض خطر نباشند، باز هم وجود دارد». همچنین کمیسر شورای اروپا برای حقوق بشر درخصوص اثر حوادث ۱۱ سپتامبر بر دولتهای اروپایی چنین اظهارنظر کرده است: «با وجود آگاهی از تعهد حکومت‌ها به حمایت از شهروندان خود در برابر تهدید تروریسم، عقیده کمیسر آن است که پس از حملات یازده سپتامبر، خطر فعالیت‌های تروریستی فی‌نفسه برای توجیه تخطی دولت از تعهدات ناشی از کنوانسیون کفايت نمی‌کند. از این‌رو، چندین دولت اروپایی که زمان طولانی با فعالیت‌های تروریستی مواجه بوده‌اند، تخطی از تعهدات ناشی از کنوانسیون را ضروری ندیده‌اند و در شرایط کنونی نیز مبادرت به چنین کاری را لازم ندانسته‌اند». بنابراین می‌توان گفت که رویه دولت انگلستان مبنی بر احراز اضطرار عمومی مستند به قانون اختیارات اضطراری اصلاحی ۱۹۶۴، مورد تأیید دیوان اروپایی حقوق بشر است و این دولت به استناد احتمال وقوع حمله تروریستی

1. A (FC) and Others (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); and X (FC) and Others v. Secretary of State for the Home Department, House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause, UKHL, 56, 16 Dec. 2004, Para.2,20,195.

۲. عبداللهی، محسن، منبع پیشین، ص. ۱۴۲

3. A (FC) and Others (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department, Op. cit., para. 179.

به نقل از عبداللهی، محسن، منبع پیشین، صص. ۱۳۵ - ۱۳۹.

۴. همان، ص. ۱۳۷

توانسته است آزادی‌های افراد را در مدت‌های معین بطور فوق‌العاده محدود کند، بدون اینکه مرتکب نقض کنوانسیون و حقوق بشر شده باشد.

## ۲-۴. حقوق ایران

در نظم حقوقی ایران نیز اضطرار عمومی به رسمیت شناخته شده است. اصل هفتاد و نهم قانون اساسی مقرر داشته است: برقراری حکومت نظامی ممنوع است. در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد، دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند. به نظر می‌رسد که تدوین اصل با دقت کم اعضا مجلس خبرگان قانون اساسی انجام شده است؛ زیرا با ملاحظه مشروح مذاکرات تدوین قانون اساسی و مذاقه در عبارت‌بندی اصل می‌توان دریافت که تأکید و توجه قانون‌گذار اساسی صرفاً معطوف به ممانعت از برقراری حکومت نظامی است، بدون اینکه مؤلفه‌های اضطرار عمومی و قلمرو اختیارات دولت به درستی معین شود.<sup>۱</sup> این اصل در پیش‌نویس قانون اساسی به همین اندازه پیش‌بینی شده بود که «برقراری حکومت نظامی ممنوع است مگر هنگام جنگ به حکم قانون»<sup>۲</sup> که در گروه بررسی اصول، به این صورت تکمیل شد: «برقراری حکومت نظامی ممنوع است؛ ولی در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای ملی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید.»<sup>۳</sup> برخی اعضا مجلس خبرگان قانون اساسی بر این باور بودند که تعبیر «شرایط اضطراری و نظیر آن» ابهام دارد و امکان سوءاستفاده دولتها از آن وجود دارد. از این‌رو پیشنهاد می‌دهند که «شرایط اضطراری» و «محدودیت‌های ضروری» هر دو مشخص شوند. مثلاً مصاديق وضعیت اضطراری را «شورش» و «قیام علیه حکومت قانونی» و مصاديق «محدودیت‌های ضروری» را شامل «محدودیت تجمع و تردد» و نه توقیف مطبوعات و سلب دیگر آزادی‌ها پیشنهاد می‌دهند. اما این پیشنهادها در نهایت انعکاسی در متن قانون اساسی نداشت و تاکنون نیز مرجع صالحی

۱. مستبیط از اظهارات برخی اعضاء مجلس خبرگان قانون اساسی، رک: مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، جلد دوم، ۱۳۶۴، صص. ۸۸۸ - ۸۸۱.

۲. اصل هشتادم پیش‌نویس قانون اساسی.

۳. ورعی، سید جواد، مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، قم، ۱۳۸۶، ص. ۴۳۳.

آن را تبیین نکرده است.<sup>۱</sup> یکی از نمایندگان خبرگان قانون اساسی بدین نحو استدلال کرده است: «اولاً، در نوشتن اصول قانون اساسی باید خط مشی معقول و معتدلی را در پیش گرفت. دولت‌های آینده را نه کاملاً صالح و صدرصد اسلامی فرض کنیم که هیچ سوءاستفاده‌ای نمی‌کنند و نه دولت‌های فاسدی که به دنبال زیر پا نهادن همه قوانین و مقررات هستند. در هر کشوری در دنیا شرایط اضطراری پیش می‌آید و برای مقابله با آن هم تدبیری اندیشیده‌اند که بهترین و مترقبی ترین آنها، به جای برقراری حکومت نظامی، اعلام حالت فوق العاده است که مقرراتی را به اجرا می‌گذارند، نه واقعاً آزادی افراد را به طور کامل سلب می‌کنند و نه اجازه می‌دهند که مثل شرایط عادی، جمعیت‌ها و گروه‌ها سوءاستفاده کنند. این کمترین اقدامی است که در هر کشوری، در شرایط جنگ و اضطراری نظیر آن، انجام می‌دهند. ثانیاً، در فصل مربوط به اختیارات شورای رهبری، می‌توان هر آنچه را لازم است، مانند اتخاذ تصمیمات فوری در شرایط خاص، پیش‌بینی کرد و هیچ منافاتی با این اصل که مربوط به دولت و وظایف آن است و باید با اجازه مجلس انجام گیرد، ندارد.<sup>۲</sup> در ادامه برخی دیگر از اعضا به جهت جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی دولتها از شرایط اضطراری و اعمال محدودیت‌ها، تأکید می‌کنند که «اعلام شرایط اضطراری نباید بیش از سی روز به طول انجام و اگر شرایط اضطراری ادامه داشت، دولت باید مجدداً از مجلس اجازه بگیرد.<sup>۳</sup> بنابراین، در اصل هفتاد و نهم قانون اساسی، صرفاً به ذکر وقوع جنگ یا شرایط اضطراری نظیر آن اکتفا شده است و معلوم نیست در نظم حقوقی ایران مؤلفه‌های اضطرار عمومی کدام هستند و منظور از اینکه برقراری حکومت نظامی ممنوع است، چیست. به طور کلی می‌توان گفت که در نظم حقوقی ایران وضع اضطرار عمومی به رسمیت شناخته شده و اختیارات مدت‌دار دولت تا جایی است که به حکومت نظامی منجر نشود. شایان ذکر است متولی وضعیت اضطرار عمومی در قانون اساسی به درستی معلوم نیست و برخلاف انگلستان که ملکه دارای اختیار اعلام شده است، در حقوق ایران، دولت، مجلس، شورای عالی امنیت ملی، مجمع تشخیص مصلحت نظام و مقام رهبری مستقیم یا غیرمستقیم دارای اختیار محسوب می‌شوند.

<sup>۱۰</sup> مژده مذکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منبع پیشین، جلد دوم، ص. ۸۸۲.

۲. همان، اظهارات آقای عبدالکریم هاشمی نژاد، ص: ۸۸۴.

<sup>۲</sup>. همان، اظهارات آقای سید محمد بهشتی، ص. ۸۸۶.

## نتیجه‌گیری

هنگامی که اخال شدید در نظم عمومی به واسطه تهدید حیات ملت و تهدید حقوق بین‌الادین افراد حادث شود، دولت به موجب مقررات بین‌المللی حقوق بشر مکلف است با اتخاذ تدابیر فوق‌العاده در راستای اعاده نظم مبتنی بر احترام به کرامت انسانی و حقوق بشر اقدام کند. در این راستا، قدر متین حاصل از پژوهش حاضر عبارت است از اینکه وضعیت «اضطرار عمومی» به عنوان عامل موجه در برقراری محدودیت‌های فوق‌العاده نسبت به حقوق و آزادی‌های شهروندان، دو ویژگی اصلی دارد. اولاً، شرایطی بحرانی است که حقوق بین‌الادین افراد را در حد گستردۀ تهدید و متأثر می‌کند یا به عبارت دیگر حیات ملت را تهدید می‌کند. ثانیاً، به جهت ویژگی خطرناشی از اضطرار عمومی، با اعمال مقررات عادی، بازگشت به نظم سابق مقدور نیست و دولت ناچار به وضع تدابیر فوق‌العاده موقت است. اضطرار عمومی از حیث قلمرو (حقوق عمومی و اعمال حاکمیت)، موضوع (حقوق بین‌الادین)، آثار (برقراری محدودیت‌های فوق‌العاده توسط حاکمیت) با اضطرار فردی در قلمرو حقوق کیفری متفاوت است و از حیث ویژگی‌هایی مانند موقت بودن، استثنایی بودن خطر و قریب‌الواقع بودن تهدید، با اضطرار فردی قرابیت دارد. تروریسم با وجود اینکه مفهومی سیاسی و مورد مناقشه است، به عنوان بارزترین مصداق اضطرار عمومی شناخته می‌شود و ضرورت دارد حقوق کیفری کشورمان در این حوزه نیز به وضع مقررات پرداخته و نسبت آن با جرایم علیه امنیت را تبیین نماید.

## منابع

- بیگزاده، ابراهیم، «بررسی جنایت نسل کشی و جنایات بر ضد بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۷.
- دلخوش، علیرضا، «حقوق بشردوسانه در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی: تفاوت‌ها و اشتراکات»، مجله سیاست خارجی، شماره ۸۷، زمستان ۱۳۸۷.
- عبداللهی، محسن، تروریسم، حقوق بشر و حقوق بشردوسانه، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸.
- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، جلد دوم، ۱۳۶۴.
- وارنر، دانیل، حقوق بشر و حقوق بشردوسانه، کنکاشی برای جهانی ساختن، ترجمه امین سلاله حبیبی، نشر گرایش، ۱۳۸۲.
- ورعی، سیدجواد، مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، قم، ۱۳۸۶.
- Farazmand, Ali, *Handbook of Crisis and Emergency Management*, CRC Press, 2001.
- Meron, Thedor, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Hersh Lauterpacht Memorial Lectures, Grotius Publications, 1987.
- UN Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human Rights in the Administration of Justice, a Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers; Cluster Project on the National Capacity Building for the Promotion of Human Rights and Greater Access to Justice*, 2008.
- Von Behr, Ines, *Radicalization in the Digital Era*, RAND Corporation, 2013.
- White, Jonathan, *Terrorism and Homeland Security*, Cengage Learning, 2014.
- Yoo, John, *Terrorism, the Laws of War, and the Constitution*, Hoover Institution Press, 2005.



## اعمال نظارت ناپذیر قضایی دولت در نظام حقوقی ایران

\*جعفر شفیعی سردشت\*

علی‌اکبر گرجی از ندربانی\*\*

علی قانعی\*\*\*

### چکیده

در این مقاله برآئیم که آن دسته از اعمال دولت را مورد مطالعه قرار دهیم که مشمول نظارت قضایی دیوان عدالت اداری نمی‌شوند. در نظامهای حقوقی مختلف، همواره اعمالی وجود دارد که به علت ماهیت یا دیگر علل مشمول نظارت قضایی دیوان نمی‌شوند و یا به تعبیر دیگر نظارت‌گریز هستند. شناسایی اعمال نظارت‌ناپذیر می‌تواند در درک صحیح نظام نظارت قضایی به ما کمک شایانی نماید. در ایران، یکی از دلایل مهم تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری را، علاوه بر خروج موضوعی و نیز استثناهای مورد حکم قانون‌گذار، باید در رویکرد مفسر قانون اساسی جستجو نمود. در بسیاری از الگوهای نظارت قضایی، مبنای صلاحیت دادگاهها در رسیدگی به اعمال دولت، معیار کارکردی است. اما رویکرد سازمانی و نه کارکردی به صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری، که می‌توان آن را تا اندازه‌ای با رویکرد نظام مند به اصول قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی ایران، روح حاکم بر آن و نیز فلسفه تدوین چنین قانون بنیادینی در جهت دفاع از حقوق و آزادی‌های شهروندان مغایر دانست، منجر به گسترش دایره اعمال نظارت‌گریز در نظام حقوقی ایران شده است.

**کلیدواژه‌ها:** نظارت قضایی، حاکمیت قانون، دیوان عدالت اداری، اعمال نظارت‌ناپذیر.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) jshafiee@um.ac.ir

\*\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی gorjillo@yahoo.fr

\*\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شرق ghanei-a@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۲/۱۶ تاریخ پذیرش: ۹۲/۱۱/۲۰

## مقدمه

نظرارت قضایی به معنای نظارت دادگاه بر اقدامات و تصمیمات مقام‌ها و نهادهای عمومی بر اساس قواعد و اصول حقوق عمومی است. بر این اساس، دادگاه می‌تواند به ابطال یک تصمیم غیرقانونی پردازد و بی‌اعتباری آن را اعلام کند. صلاحیت دادگاه تا همین مرحله است و اگر قرار باشد تا در خصوص آن مسأله دوباره تصمیم‌گیری شود، این مهم بر عهده همان مرجع تصمیم‌گیرنده نخستین است و نه دادگاه ناظر. بنابراین، دادگاه در نظرارت قضایی از صلاحیت «بازنگری» برخوردار است نه صلاحیت «پژوهشی». قاضی در نظرارت قضایی در پی اعلام نظر نسبت به یک مصوبه و اعلام مغایرت یا عدم مغایرت آن با قوانین و مقررات معیار است.<sup>۱</sup> به دیگر سخن، قاضی تنها از نظر شکلی و قانونی عمل اداری را مورد بررسی و نظرارت قرار می‌دهد و به مطلوبیت یا عدم مطلوبیت و شایستگی یا عدم شایستگی تصمیمات اداری یا سیاست‌های اجرایی ورود نمی‌کند. نظرارت قضایی بر یک تصمیم اداری نباید به رسیدگی مجدد و تجدیدنظر در ماهیت آن تصمیم بیانجامد. پس دادگاهها نباید در راستای اعمال نظرارت قضایی در حوزه‌هایی مداخله نمایند که در صلاحیت اختصاصی تصمیم‌گیران است. وظیفه و صلاحیت دادگاهها فراتر از بیان و اجرای قوانینی نیست که بر حدود اختیارات و اجرای آنها تاثیر می‌گذارد. دادگاهی که به نظرارت قضایی می‌پردازد نباید در مطلوبیت و شایستگی تصمیم اداری یا سیاست اجرایی مداخله کند. شبهه موضوعی حتی اگر خلل اساسی به تصمیم اداری وارد کند، بطبعی به دادگاه ندارد. البته دادگاه مجاز است به مرجع اداری دستور دهد تا فرآیند تصمیم‌گیری را دوباره انجام دهد. همچنین، صلاحیت دارد موضوع را به اداره ارجاع دهد تا اداره با مدنظر قرار دادن رهنمودهای دادگاه، تصمیم خود را مورد تجدیدنظر قرار دهد.<sup>۲</sup> از این رو، نظرارت قضایی در قانون و رویه قضایی به مثابه یک روش جبران خسارت، متمایز از پژوهش خواهی است و معمولاً زمانی از سوی دادگاهها اعمال می‌شود که اعمال و تصمیمات مراجع اداری برخلاف قاعده یا غیرقانونی باشد. در نظرارت قضایی، دادگاه علی‌الاصول به رسیدگی شکلی اکتفا می‌کند و وارد ماهیت نمی‌شود.<sup>۳</sup> با وجود این، در برخی نظام‌های حقوقی مانند نظام

۱. راسخ، محمد، نظرارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، انتشارات دراک، ۱۳۸۸، ص. ۳۸.
2. Sackville, Ronald, "The Limits of Judicial Review of Executive Action: Some Comparisons Between Australia and The United States", Federal Law Review, vol. 28, no. 2, 2000, pp.315 & 320.
3. Cane, Peter, An Introduction to Administrative Law, Oxford University Press, Second Edition, 1992, pp. 8 - 9.
4. Ngalwana, Vuyani, "Judicial Review of Administrative Action", Juta's Business law, vol. 3, 1995, p .38.

حقوقی آلمان، دادگاه‌های اداری نه تنها از صلاحیت ابطالی برخوردارند بلکه به منظور انطباق با قانون صلاحیت اصلاح یا تغییر تصمیمات اداری را دارند.<sup>۱</sup> در نتیجه، دادگاه اداری می‌تواند هم در امور حکمی و هم در امور موضوعی ورود پیدا کند و به بررسی جنبه‌های ماهوی تصمیم اداری نیز بپردازد.

در عمدۀ نظام‌های حقوقی، اعمال دولتی مصون از نظارت قضایی وجود دارد که می‌تواند ریشه در اصل تخصص (خروج موضوعی) و یا اصل تخصیص (استثنایا) داشته باشد. به دیگر سخن، مصونیت از نظارت قضایی ممکن است به دلیل ماهیت نظارت‌ناپذیر برخی اعمال دولت باشد، یا اینکه قانون‌گذار بنا به دلایلی برخی اعمال دولت را مشمول نظارت قضایی نداند. همچنین، در برخی نظام‌های حقوقی مانند نظام کامن‌لا، برخی از اختیارات نظیر اختیارات ویژه، بنا به دلایل تاریخی، تا حدودی نظارت‌گریز هستند. در نظام حقوقی ایران، صرف‌نظر از اینکه برخی اعمال عمومی دولت نظیر تقنین، سیاست‌گذاری و قضاوت ماهیتاً از شمول نظارت قضایی خروج موضوعی دارند، برخی صلاحیت‌های حکومتی و اعمال سیاسی مختص قوه مجریه نیز که ریشه در قانون اساسی دارند، از نظارت قضایی مصون هستند (این صلاحیت‌ها را شاید بتوان تا حدودی شبیه امتیازات ویژه در نظام کامن‌لا دانست). همچنین، بنابر تفسیر شورای نگهبان قانون اساسی از اصل ۱۷۰ قانون اساسی، تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ و تبصره ۸ قانون نحوه اجرای اصل ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، و نیز خصوصی شدن بانک‌ها و شرکت‌های دولتی، محدودیت‌هایی بر صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری وارد شده است. توسعه قلمرو اعمال نظارت‌گریز، از یکسو تضعیف پایه‌های دولت قانون‌مدار است و از سوی دیگر، تحدید حق دادخواهی شهروندان نیز تلقی می‌گردد. در مقایسه، گسترش قلمرو نظارت دیوان به کلیه مقامات و نهادهای دولتی برخوردار از امتیازات قدرت عمومی (در معنای موسع) که در راستای انجام کارکردهای عمومی خود، تصمیماتی را اتخاذ و اقداماتی را انجام می‌دهند، علاوه بر قانون‌مند ساختن اعمال و تصمیمات آنها، به نوعی متناسب تضمین حق بر دادخواهی ملت نیز می‌باشد. از آنجا که حق‌های رویه‌ای، مانند حق دادخواهی، به مثابه پیش‌زمینه و درآمدی بر تأمین حق‌های ماهوی قلمداد می‌شوند، می‌توان از آنها به عنوان «حق بر حق» یاد کرد. از این منظر، حق بر دادرسی اداری به مثابه ابزاری برای استیفاده حقوق شهروندان محسوب می‌شود. از این‌رو، هرچه قلمرو اشخاص، نهادها و موضوعات نظارت‌پذیر گسترده‌تر باشد، علاوه بر اینکه معیارهای دادرسی منصفانه بهتر تأمین می‌شود،

۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، جلد دوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص. ۷۵۲.

حاکمیت قانون نیز بیشتر تقویت خواهد شد. تعریف حداقلی یا حداقلی از استثناهای وارد بر قلمرو نظارت قضایی می‌تواند با ماهیت دموکراتیک یا غیردموکراتیک نظام سیاسی هر کشور ارتباط تنگاتنگی داشته باشد. با این حال، از این نکته نباید غفلت نمود که در اکثر نظامهای حقوقی، موارد و موضوعات نظارت پذیر وجود دارد.<sup>۱</sup>

بر خلاف بیشتر نظامهای حقوقی که ملاک عمدۀ اعمال نظارت قضایی بر اعمال دولت، کارکردی است و به ماهیت عمل و صلاحیت، توجهی خاص می‌شود، در نظام حقوقی ایران به معیار سازمانی<sup>۲</sup> اهمیت بیشتری داده می‌شود. بدون تردید، یکی از اثرات منفی نشأت گرفته از محدودیت‌های وارد شده به صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری را می‌توان تحدید حق دادخواهی شهروندان دانست که مخالف صریح اصل ۳۴ قانون اساسی<sup>۳</sup> جمهوری اسلامی است. بنابراین، با ذکر این نکته که عمل قانون‌گذاری، سیاست‌گذاری و قضایت، ماهیتا، مشمول نظارت قضایی دیوان عدالت اداری نمی‌شود، در دو قسمت جداگانه موارد خارج از شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان و شعب آن را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

## ۱. مصادیق نظارت پذیری قضایی در هیأت عمومی دیوان عدالت

در این قسمت برآنیم تا مواردی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم که خارج از شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان اداری قرار دارند.

### ۱-۱. اختیارات و صلاحیت‌های مقام رهبری

اختیارات و صلاحیت‌های خاص مقام رهبری به موجب اصل ۱۱۰ قانون اساسی در کسوت ریاست کشور و یا در جایگاه رئیس قوه مجریه، مصون از نظارت قضایی است، زیرا مقام رهبری در جایگاه رئیس کشور قرار دارد و صلاحیت‌های وی در جایگاه رئیس کشور و رئیس قوه مجریه، جزو صلاحیت‌های خاص حکومتی مبتنی بر قانون اساسی است. به همین علت است که بنا به نص صریح اصل ۱۱۱ قانون اساسی تنها مرجع ناظر بر مقام رهبری مجلس خبرگان رهبری است. در این زمینه، رجوع به

۱. گرجی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۹، ۱۳۸۷، صص. ۱۵۳ و ۱۷۸.

۲. دیوان عدالت اداری به هر کدام از واحدهای دولتی صرف‌نظر از ماهیت، عملکرد، جایگاه حقوقی و نوع فعالیت‌های آنها، عنوان دولت را اطلاق می‌کند.

۳. دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعت به آن را دارد منع کرد.

دیدگاه‌های شورای نگهبان قانون اساسی درباره فرامین رهبری یا احکام حکومتی سودمند است. این شورا، مصوبات مجلس یا سایر نهادهای دولتی را به علت مغایرت با فرامین رهبری یا مقررات تأییدشده توسط وی، مخالف شرع و اصل ۵۷ قانون اساسی می‌داند. به دیگر سخن، فرامین رهبری خود معیار و ملاک صحت اعمال قوای سه‌گانه محسوب می‌گردد، پس چگونه می‌توان از آنها به دیوان عدالت اداری شکایت برد. همچنین، از دلایل نظارت‌ناپذیری اعمال رهبری می‌تواند این موضوع باشد که دیوان اعمال مقام رهبری را جزء اقدامات، تصمیمات و مقررات دولتی مصرح در اصل ۱۷۳ قانون اساسی و مواد ۱۰ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نمی‌داند. به همین علت است که دیوان عدالت اداری در برخی آرای خود، دستورالعمل‌ها و نظاماتی را که از سوی مقام رهبری تنفیذ شده، از مقوله مقررات و نظامات دولتی ندانسته<sup>۱</sup> و در حکم قانون تلقی کرده است.<sup>۲</sup> لازم به ذکر است که دیوان عدالت اداری در برخی آرای خود، مقررات و نظامات دولتی مغایر با فرامین رهبری را با توجه به نظر شورای نگهبان قانون اساسی به دلیل مخالفت با شرع و بعضًا قانون اساسی ابطال کرده است.<sup>۳</sup> این رویکرد را می‌توان تا حدودی مشابه رویکرد کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لا دانست. در این کشورها نیز مقام سلطنت به عنوان رئیس کشور از برخی اختیارات ویژه برخوردار است که عمدتاً به دو دلیل مصون از نظارت قضایی است. نخست، از نظر تاریخی هیچ گاه قضات پیرامون این‌گونه

۱. هیأت عمومی دیوان در رأی شماره ۱۸۷ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۷ چنین نظر داده است: «نظر به اینکه ماده ۱۲ اصلاحی آیین‌نامه رسیدگی به پرونده‌های موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی به تنفیذ مقام ولایت امر رسیده و به عبارت دیگر مورد تایید و تصویب معظم له قرار گرفته است، بنابراین از مصاديق مقررات دولتی موضوع اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند یک ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ نمی‌باشد. لذا موردي برای رسیدگی و اتخاذ تصمیم در خصوص اعتراض نسبت به ماده مزبور در هیأت عمومی دیوان وجود ندارد.»

۲. هیأت عمومی دیوان در رأی شماره ۳۵۳ مورخ ۱۳۸۶/۵/۲۱ چنین نظر داده است: «نظر به اینکه دستورالعمل اجرایی و ضوابط تکمیلی مواد ۱۰۴ و ۱۰۵ قانون ارشاد اسلامی ایران مورده تنفیذ مقام معظم رهبری قرار گرفته و نتیجتاً در حکم قانون است و از مصاديق مقررات و نظامات دولتی موضوع اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند یک ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ به شمار نمی‌رود، بنابراین موردي برای رسیدگی و امعان نظر در زمینه اعتراض نسبت به آن در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری وجود ندارد.»

۳. به شرح نظریه شماره ۷۸/۲۱/۶۳۰۷ مورخ ۷۸/۱۲/۵ فقهای محترم شورای نگهبان که عیناً نقل می‌شود: «با توجه به اینکه مقام معظم رهبری امر به حفظ وضع مستفاد از اساسنامه سابق فرموده‌اند و شورای شهر تهران بدون رعایت بعض مواد آن (مثل اصلاحیه ماده ۱۳) اقدام به تغییر اساسنامه سابق کرده است، فلذا اقدام شورای شهر و تغییر اساسنامه سابق خلاف موازین شرع شناخته شد. بنابراین مصوبه مورده اعتراض در حد مندرج در نظریه فوق الذکر مستنداً به قسمت اول ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ ابطال می‌شود.

اعمال تمایل به مداخله و نظارت نداشته‌اند. دوم، مصونیت اعمال رئیس کشور از نظارت قضایی عمدتاً ریشه در منشأ عمل و اختیار مورد نظر داشته است. بنابراین، اعمال مزبور را شاید بتوان به لحاظ ماهوی مشمول نظارت قضایی دانست، اما شأن ریاست کشور مانع از اعمال چنین نظارتی می‌شود.

## ۱-۲. صلاحیت‌های مبتنی بر قانون اساسی قوه مجریه و اعمال نیازمند تأیید مجلس شورای اسلامی

بارزترین صلاحیت‌های قوه مجریه در حقوق اساسی مدرن، نه اجرای قوانین، بلکه آن چیزی است که از آن تحت عنوان «صلاحیت‌های حکومتی» یا «اعمال سیاسی» یاد می‌شود. صلاحیت‌های اختصاصی قوه مجریه به جز اجرای قوانین بیشتر یک امتیاز به شمار می‌رود. برای مثال، سپردن تمثیت روابط بین‌المللی به قوه مجریه، صلاحیت مستقلی است که بر طبق آن، قوه مجریه تا حدود زیادی ابتکار عمل را در دست دارد و صرفاً به اجرای قوانین نمی‌پردازد. دیوان عدالت اداری حق مداخله در چگونگی اعمال صلاحیت‌های حکومتی خاص قوه مجریه را ندارد. در این گونه موارد، صلاحیت قوه مجریه، یک صلاحیت مستقل و مأخذ از قانون اساسی است و نمی‌توان آن را به صلاحیت مبتنی بر قوانین عادی تنزل داد و جزئیات مربوطه را در قوانین عادی تعیین نمود. قانون اساسی با شناسایی اصل تفکیک و استقلال قوا به هریک از قوای سه‌گانه اختیارات و صلاحیت‌های خاصی اعطای کرده است که مصون از مداخله قوه دیگر است (مانند اصول ۶۹، ۸۵، ۱۲۴، ۱۲۵، ۱۲۶، ۱۲۷، ۱۲۸، ۱۲۹، ۱۳۴، ۱۳۵، ۱۳۶ و ۱۳۹). همچنین، آن دسته از اعمال عمومی قوه مجریه که نیازمند تأیید مجلس شورای اسلامی هستند، از مشمول نظارت قضایی خارج هستند (مانند اصول ۵۲، ۵۸، ۶۸، ۷۹، ۸۰، ۸۲، ۸۷ و ۱۳۹).

## ۱-۳. تبصره ۸ قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی

بر اساس این تبصره «در مواردی که رئیس مجلس شورای اسلامی مصوبات، آئین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مقامات مذکور در اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی را مغایر با متن و روح قوانین تشخیص دهد، نظر وی برای دولت معتبر و لازم‌الاتّباع است و دیوان عدالت اداری نسبت به این گونه موارد صلاحیت رسیدگی ندارد. تطابق تصمیمات مقامات مذکور با موارد ذکر شده با رئیس مجلس شورای اسلامی می‌باشد. این قانون از تاریخ تصویب لازم‌الاجراء است و شامل موارد قبلی که نظر رئیس مجلس رعایت نگردیده نیز می‌شود. همچنین، کلیه قوانین مغایر از جمله قانون استفساریه ماده ۲۵

قانون دیوان عدالت اداری<sup>۱</sup> نسخ می‌شود». در خصوص نحوه رسیدگی رئیس مجلس و دیوان عدالت اداری دو شق اصلی متصور است. نخست، در صورتی که دیوان عدالت اداری پیش از اعلام نظریه رئیس مجلس مصوبه هیأت وزیران را مخالف با قوانین تشخیص ندهد و آن را ابطال نکند، نظریه پسینی رئیس مجلس پیرامون مغایرت تمام یا قسمتی از مصوبات مذبور با قوانین، لازم‌الاجرا بوده و باید ترتیب اثر داده شود. البته، اگر دیوان عدالت اداری پیش از اعلام نظر رئیس مجلس، مصوبه هیأت وزیران را ابطال نماید، دیگر نظریه رئیس مجلس مبنی بر ابطال همان مصوبه موضوعیت نخواهد داشت. دوم، به صراحت تبصره (۸) قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، صرف نظر از اینکه نظر هیأت عمومی دیوان بر صحت یا عدم صحت مصوبات هیأت وزیران باشد، نظریه رئیس مجلس ملاک عمل خواهد بود و دیوان فاقد صلاحیت رسیدگی پسینی به مصوبات مذبور خواهد بود و این رسیدگی موضوعیت ندارد. به علاوه، در صورتی که پیش از اعلام نظر رئیس مجلس، به مصوبه هیأت وزیران اعتراض شود و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مصوبه مذبور را منطبق با قوانین بداند و آن را ابطال نکند، اما بعداً رئیس مجلس همان مصوبه را مخالف متن یا روح قوانین عادی اعلام نماید، نظر وی لازم‌الاتّباع خواهد بود. بنابراین، تأیید صحت مصوبه هیأت وزیران و عدم ابطال آن توسط دیوان عدالت اداری به هیچ عنوان برای رئیس مجلس الزام‌آور نخواهد بود.

#### ۱-۴. آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی

بنابراین، قانون گذاری را نمی‌توان عرفاً از مصاديق واحدهای اداری و اجرایی دانست و اصولاً بررسی ظایف و اختیارات قوه مقننه در مباحث حقوق اداری نمی‌گنجد. از این رو، مقصود قانون گذار از دولت و واحدهای دولتی، دستگاههای اجرایی قوه مجریه است.<sup>۲</sup> بنابراین، آیین‌نامه‌ها و مقررات وضع شده از سوی رئیس مجلس را می‌توان با توجه به رویکرد صلاحیت سازمانی دیوان عدالت اداری، جزء

ماده واحده آيا وظيفيي که بنا به ذيل اصل يکصد و هفتاد و سوم (۱۷۳) قانون اساسی جمهوري اسلامي ايران، توسيط مجلس شورای اسلامي برای ديوان عدالت اداري جهت رسيدگي به آيننامهها و مصوبات تعين شده است، ناظر به اختيار ديوان در اظهارنظر نسبت به مصوبات و آيننامهها هيأت وزيران نيز می باشد و در اين صورت هيأت دولت در صورت تعارض نظر ديوان با نظر مرجع مذكور در اصول هشتاد و پنجم (۸۵) و يکصد و سی و هشتم (۱۳۸) قانون اساسی جمهوري اسلامي ايران موظف به انجام کدام يك از اين نظرات است؟ نظر مجلس: در صورت تعارض نظر ديوان عدالت اداري و رياست مجلس شوراي اسلامي (موضوع اختيارات ذيل اصل هشتاد و پنجم (۸۵) قانون اساسی جمهوري اسلامي ايران)، نظر ديوان عدالت اداري لازم الاجرا است.

<sup>۲</sup>. هدایت‌نیا، فرج‌الله، «جایگاه دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات مردم از دستگاه‌های دولتی»، دو ماهنامه وفا اندیشه، شماره ۱۹، ۱۳۸۲، ص. ۴۶.

محدودیت‌های صلاحیتی مرجع مزبور دانست. اگر معیار ماهوی ملاک عمل بود، آیین‌نامه وضع شده توسط رئیس مجلس به مثابه نظمات دولتی مادون قانون در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار می‌گرفت. باری، آن دسته از اعمال قوه مقننه که خارج از وظیفه ذاتی آن یعنی وضع قانون است، اعمال اجرایی و اداری محسوب می‌شوند. از آنجا که در ماهیت اقدامات اداری مجلس و اقدامات اداری قوه مجریه تفاوتی وجود ندارد، لذا مقرراتی که مجلس شورای اسلامی تحت عنوان آیین‌نامه، تصویب‌نامه و غیره صادر می‌کند، مقررات دولتی محسوب می‌شوند و قابل رسیدگی در دیوان عدالت اداری هستند.

## ۵-۱. تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

طبق این تبصره، رسیدگی به تصمیمات قضایی قوه قضاییه و صرفاً آیین‌نامه‌ها، بخشname‌ها و تصمیمات رئیس قوه قضاییه و مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای عالی امنیت ملی از شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری خارج است. به نظر می‌رسد که رویکرد نظارت‌ستیز مندرج در این تبصره با اصول بنیادی قانون اساسی به‌ویژه اصل ۳۴ این قانون و فلسفه نخستین دادرسی اداری که فراهم ساختن زمینه تظلم‌خواهی مردم علیه همه قوای حکومتی و تشکیلات دولتی است، منافات دارد.<sup>۱</sup> زیرا بنابر اصل حاکمیت قانون تمامی نهادهای برخوردار از امتیازات قدرت عمومی، باید نظارت‌پذیر باشند. هدف اصلی تشکیل دیوان عدالت اداری رسیدگی به دادخواهی مردم از تصمیمات و اقدامات کلیه تشکیلات دولتی در معنای عام کلمه و احراق حقوق تضییع شده آنها طبق موازین قانونی بوده است. قانون‌گذار با تجویز رسیدگی به شکایات مردم از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی به دنبال بی‌اثر ساختن تصمیمات و اقدامات غیرقانونی به جز اعمال تقیینی و قضایی است، حتی اگر مرجع صدور آنها قوه مجریه نباشد. بنابراین، محدود ساختن صلاحیت دیوان به مسائلی که جنبه تقنی و قضا ندارد، صرفاً به اعتبار اشخاص طرف شکایت، با هدف قانون‌گذار اساسی و روح حاکم بر قانون اساسی سازگار نیست.<sup>۲</sup> لازم به ذکر است که تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت، ناظر به اختیارات و صلاحیت‌های هیأت عمومی دیوان است و به اختیارات و صلاحیت‌های شعب دیوان ارتباطی ندارد. بنابراین، در خصوص اعمالی که در چارچوب

۱. گرجی، علی‌اکبر، «عدالت رویه‌ای و تحول‌گرایی در لایحه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۱۳۸۹، ۰۹، ص. ۳۶۶.

۲. گرجی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری»، منبع پیشین، صص. ۱۸۳ - ۱۸۴.

---

صلاحیت آنها است (نظیر شکایات استخدامی) حتی اگر از ناحیه مراجع مستثنی شده در تبصره مذبور صادر شده باشد، علی‌الاصول شعب دیوان عدالت صلاحیت رسیدگی دارند.<sup>۱</sup> با این حال، واژه‌های تصمیمات و مصوبات در تبصره مذبور، مطلق مصوبات موردي و نوعی را در برمی‌گيرد. در نتیجه، آیا می‌توان این‌گونه استدلال نمود که وقتی که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به کلیه مصوبات موردي و نوعی را ندارد، به طریق اولی شعب دیوان صلاحیت رسیدگی به تصمیمات و اقدامات مراجع مستثنی شده را ندارند؟

### ۱-۵-۱. آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و تصمیمات رئیس قوه قضاییه

از ابداعات تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، نظارت‌ناپذیر ساختن مصوبات و تصمیمات رئیس قوه قضاییه است. این امر، خطر تعرض به حقوق بینیادین شهروندان، اعم از اصحاب دعوا و نیز زندانیان و پرسنل دستگاه قضایی یا حقوق استخدامی قضاط را در پرتو مصونیت از نظارت دیوان افزایش می‌دهد. البته، در نبود صلاحیت دیوان یا محدودیت آن، اختیار دادرسان دادگستری در راستای اجرای اصل ۱۷۰ قانون اساسی یا ورود ماهوی به مقررات خلاف قانون رییس قوه قضاییه، قانوناً امکان‌پذیر است. با این حال، شورای نگهبان قانون اساسی در نظریه تفسیری خود پیامون اصل ۱۷۰ قانون اساسی چنین ذکر می‌کند: «با توجه به قرینه قوه مجریه در قسمت اخیر اصل ۱۷۰ قانون اساسی، مقصود از تعبیر «دولتی» در این اصل قوه مجریه است». از آنجا که تفسیر قانون اساسی در حکم قانون اساسی و ناگزیر برای قضاط در استناد به اصول قانونی اساسی لازم‌الرعایه می‌باشد، در نتیجه، استدلال پیش‌گفته در خصوص تقاضای ابطال آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها و تصمیمات رئیس قوه قضاییه از دیوان عدالت اداری، چندان صائب نمی‌نماید. طرفه آنکه در این تبصره، هیچ سازوکاری برای اطمینان از انطباق مقررات وضع شده توسط رئیس قوه قضاییه با شرع، قانون اساسی و قوانین عادی پیش‌بینی نمی‌شود و در عمل زمینه تعطیل اصل چهارم قانون اساسی را فراهم می‌سازد. لذا، مهم‌ترین چالش در رابطه با اصل چهارم قانون اساسی، مشخص نبودن نحوه نظارت شورای نگهبان بر مصوبات نهادهایی غیر از مجلس شورای اسلامی است که باید در رابطه با این امر تدبیری اندیشیده شود.<sup>۲</sup> به منظور حل این معضل می‌توان دو راهکار را مد نظر قرار داد. نخست، دیوان عدالت اداری هرجا مشاهده نمود که رئیس قوه

۱. راجی، سیدمحمد‌هادی، «تأملی بر تبصره ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری و پیامدهای آن»، دفتر مطالعات

حقوقی (گروه حقوق عمومی و بین‌الملل)، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸، ص. ۸.

۲. درویشوند، ابوالفضل؛ و سید محمد‌هادی راجی، «تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی

جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۶۱، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۷.

قضاییه پا را فراتر از حدود صلاحیت خود گذاشت و تصمیمات و مصوباتش با شرع (با تشخیص شورای نگهبان)، قانون اساسی و سایر قوانین مغایر بود، مبادرت به ابطال آن مصوبات نماید. زیرا، مصوبات و تصمیمات رئیس قوه قضاییه صرفاً در راستای صلاحیت‌های واگذارشده و در چارچوب شرع و قانون اساسی معتبر است. دوم، شناسایی صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری به عنوان مرجع عام تظلمات در رسیدگی به مصوبات و تصمیمات رئیس قوه قضاییه. لذا باید گفت هرچند دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به شکایات افراد از مقررات وضع شده توسط رئیس قوه قضاییه را ندارد، اما به استناد اصول ۱۵۶ و ۱۵۹ قانون اساسی، دادگاه‌های دادگستری به عنوان مرجع عام تظلم‌خواهی صلاحیت رسیدگی به آنها را دارند. در تأیید این نظر می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور استناد نمود. لذا، نتیجه فقدان صلاحیت دیوان عدالت اداری، غیر قابل استماع بودن شکایت از مقام مذکور نمی‌باشد، بلکه طبق اصول کلی و صلاحیت عام مراجع قضایی دادگستری به شرح اصل ۱۵۹ قانون اساسی، موضوع قابل استماع و رسیدگی در محاکم عمومی ذیصلاح خواهد بود. بنابر قاعده «اثبات شیء نفی ماعداً نمی‌کند» باید گفت که اگرچه طبق تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت، دیوان دیگر صالح به رسیدگی به تصمیمات، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های رئیس قوه قضاییه نیست، اما نافی حق دادخواهی و تظلم اشخاص حقیقی یا حقوقی نزد دستگاه قضایی خواهد بود. با این حال، ممکن است با مشکل دیگری روبرو شویم که ناشی از شیوه رسیدگی به آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های رئیس قوه قضاییه از جنبه خلاف قانون بودن یا مخصوصاً خلاف شرع بودن آنها است. زیرا، طبق تبصره ۲ ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری این موضوع بایستی از شورای نگهبان استعلام شود و در صورت تأیید آنها مبادرت به ابطال بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها می‌شود، در حالی که نحوه احراز خلاف شرع بودن یا نبودن توسط دادگاه‌های عمومی دادگستری در پرده ابهام قرار دارد.

## ۱-۵-۲. تصمیمات و مصوبات شورای نگهبان

شورای نگهبان قانون اساسی به مثابه نهادی سیاسی است که به موجب قانون اساسی از صلاحیت‌های خاصی نظیر تشخیص مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی و شرع (اصول ۴ و ۹۱ قانون اساسی)، تفسیر قانون اساسی (اصل ۹۸ قانون اساسی) و نظارت بر انتخابات (اصل ۹۹ قانون اساسی) برخوردار است. اگرچه به موجب ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده است، در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شود، اما این امر باعث نمی‌شود تا دیوان عدالت اداری را صالح به رسیدگی به اعمال شورای نگهبان بدانیم. صلاحیت شورای

نگهبان در خصوص مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس علاوه بر اینکه ماهیتاً عمل غیراداری تلقی می‌شود، صلاحیتی حکومتی است که ریشه در قانون اساسی دارد و اگر نظارتی بر این شورا وجود داشته باشد، باید در قانون اساسی تصویب گردد. البته، مقام رهبری می‌تواند به عنوان عالی ترین مقام رسمی کشور در راستای اعمال نظارت خود بر شورای نگهبان و به موجب اصل ۱۱۰ و بند ۶ قانون اساسی به عزل و نصب فقهای این شورا بپردازد. عمل نظارت بر مصوبات مجلس جزء صلاحیت‌های مبتنی بر قانون اساسی شورای نگهبان است که مرجع حل اختلاف به وجود آمده میان مجلس و شورای مذبور به موجب اصل ۱۱۲ قانون اساسی مجمع تشخیص مصلحت نظام است. در خصوص تفسیر قانون اساسی نیز علاوه بر خروج موضوعی از صلاحیت نظارتی دیوان، شورای نگهبان به عنوان مرجع نهایی معرفی شده است.<sup>۱</sup> همچنین، شورای مذبور در قانون اساسی به عنوان تنها نهادی شناخته شده است که به کلیه مسائل پیرامون انتخابات رسیدگی می‌کند و هیچ مرجع ثالثی برای نظارت بر این کارکرد شورای نگهبان پیش‌بینی نشده است و خود شورا صلاحیت رسیدگی به کلیه مسائل انتخاباتی را دارد و تاکنون دیوان عدالت اداری به مسائلی مانند شکایت معتبرضان به رد صلاحیت یا شکایت از نتایج انتخابات ورود نکرده است. برخی صاحب‌نظران معتقدند که نظارت بر کارکردهای اختصاصی شورای نگهبان توسط دیوان عدالت اداری با منطق حقوق اساسی مخالف است.<sup>۲</sup> در مقایسه، صلاحیت عام دادگستری در رسیدگی به شکایات و نیز حق دادخواهی نزد مرجع ثالث بی‌طرف و نیز لزوم تمیز مقام ناظر از قاضی، همه و همه می‌تواند بر صلاحیت دادگاهها در این حوزه دلالت نماید.

### ۳-۵-۱. تصمیمات و مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام

در قانون اساسی، اختیارات و صلاحیت‌های متعددی برای مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر شده است. صرف‌نظر از اینکه به مصوبات مجمع تشخیص در راستای حل معضلات نظام می‌توان عنوان قانون اطلاق نمود یا خیر، از آنجا که این مصوبات علی‌الاصول عمل سیاسی یا شبہ‌تقنی می‌باشد و برخی از آنها باید به تأیید مقام رهبری نیز برسد، لذا بنابر رویکرد دیوان عدالت اداری مبنی بر در حکم قانون دانستن فرامین و مصوبات مورد تأیید مقام رهبری، رسیدگی به مصوبات مذبور از

۱. نظریه تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۸۹۲ تاریخ ۱۳۷۹/۷/۳ نیز در خصوص صلاحیت انحصاری شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی چنین بیان می‌دارد: «مطابق اصل ۹۸ قانون اساسی تفسیر هریک از اصول آن انحصاراً بر عهده شورای نگهبان است و هیچ مرجع دیگری حق تفسیر هیچ یک از اصول قانون اساسی را ندارد.»

۲. گرجی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری»، منبع پیشین، ۱۳۸۷، ص. ۱۸۴.

صلاحیت دیوان خارج است. همچنین با توجه به اینکه مجمع در راستای حل اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، مرجع نهایی تصمیم‌گیرنده محسوب می‌شود، لذا رسیدگی به تصمیم مجمع در خصوص حل اختلاف از صلاحیت دیوان عدالت اداری، خروج موضوعی دارد. شورای نگهبان در نظریه شماره ۵۳۱۸ تاریخ ۱۳۷۲/۷/۲۴ تفسیر اصل ۱۱۲ قانون اساسی تأکید می‌کند که هیچ یک از مراجع قانون‌گذاری حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت را ندارد. بر این اساس، به طریق اولی دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به مصوبات مجمع تشخیص مصلحت را ندارد. در این خصوص می‌توان به رأی شماره ۷۰۸ مورخ ۸۵/۱۰/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز اشاره نمود. بنا بر استدلال دیوان اولاً جایگاه مجمع تشخیص مبتنی بر قانون اساسی است و صلاحیت آن یک صلاحیت حکومتی محسوب می‌شود. ثانیاً، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت از نظر موضوعی با آیین‌نامه و مقررات دولتی متفاوت است و از شأن بالاتر و برابر قانون برخوردار است.

#### ۱-۵-۴. تصمیمات و مصوبات مجلس خبرگان رهبری

مجلس خبرگان رهبری بر اساس اصل ۱۰۸ قانون اساسی وظیفه انتخاب رهبر و نظارت بر او را بر عهده دارد و به موجب همان اصل از صلاحیت تصویب قوانین مربوط به خود نیز برخوردار است. از آنجا که مرجع مذبور در انجام وظیفه اصلی خود یعنی نظارت بر مقام رهبری به عنوان مرجع نهایی محسوب می‌شود و تصمیمات آن قطعی است و همچنین، به این علت که صلاحیتهای آن صلاحیت سیاسی و حکومتی مبتنی بر قانون است، لذا مصوبات آن از شمول نظارت قضایی دیوان خروج موضوعی دارد. نکته‌ای که در اینجا شاید متأادر به ذهن شود، این است که آیا نظارت تصمیمات اداری این نهاد در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد یا خیر. به نظر می‌رسد مجلس مذبور علی‌الاصول تصمیمات اداری اتخاذ نمی‌کند تا دیوان مبادرت به شکایات استخدامی کارکنان نهاد پیش‌گفته است. بنابراین، از آنجا که این نهاد به موجب ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشور در حکم مؤسسه دولتی است، دیوان به موجب بند ۳ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، صلاحیت رسیدگی به این موضوع را دارد.

#### ۱-۵-۵. تصمیمات و مصوبات شورای عالی امنیت ملی

شورای عالی امنیت ملی به موجب اصل ۱۷۶ قانون اساسی عهده‌دار وظایف مرتبط با امنیت ملی کشور است. با دقت در اصل مذبور می‌توان به این نتیجه رسید که برخی اعمال این شورا ماهیتاً عمل سیاست‌گذاری محسوب می‌شود و از صلاحیت دیوان

خروج موضوعی دارد. از یکسو، تصمیمات و مصوبات مربوط به مسائل امنیتی و دفاعی کشور از آنجا که با حیثیت و تمامیت ارضی یک کشور در ارتباط است، همواره از حساسیت سیاسی بالایی برخوردار است، بنابراین دیوان عدالت علی‌الاصول در این حوزه ورود نمی‌کند. از سوی دیگر، مصوبات شورای مزبور باید به تأیید مقام رهبری برسد، بنابراین از آنجا که منشأ صلاحیتی این مصوبات تأیید مقام رهبری است و عنوان دولتی بر آن صدق نمی‌کند، از شمول نظارت قضایی دیوان عدالت اداری خارج است.

## ۱-۶. مصوبات شرکت‌های دولتی خصوصی‌سازی شده

از آنجا که دیوان عدالت اداری بر اساس صلاحیت سازمانی به اقدامات، تصمیمات و مصوبات شرکت‌های دولتی رسیدگی می‌نماید، لذا، با خصوصی‌سازی این شرکت‌ها، صلاحیت سازمانی خود را از دست می‌دهد. در این حالت، مردم در تشخیص مرجع صالح رسیدگی به تظلمات از مقررات وضع شده توسط شرکت‌های خصوصی‌سازی شده (مانند شرکت مخابرات) دچار سردرگمی می‌شوند. در این موارد، باید گفت که قواعد حقوق عمومی باید بر اعمال وظایف و کارکردهای عمومی حاکم باشد، خواه این کارکردها و وظایف توسط نهادهای دولتی انجام شود یا غیردولتی. از این‌رو، قواعد و اصول حقوق عمومی از جمله قواعد نظارت قضایی باید در خصوص وظایف و کارکردهای عمومی اعمال شود و به نهادهای غیردولتی دارای کارکردهای عمومی نیز تسری یابد.<sup>۱</sup> با این حال، از آنجا که صلاحیت نظارتی دیوان عدالت اداری، صلاحیتی سازمانی و نه کارکردی است، دیوان مزبور علی‌الاصول نمی‌تواند صلاحیت رسیدگی داشته باشد. البته، کمیسیون مشورتی معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری بر طبق نظریه شماره ۹۰/۷۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۶ چنین اظهار داشته است: «...چنانچه شرکت مخابرات ایران در وضعیت فعلی، به لحاظ کنترل یا مدیریت آن، بتواند به نوعی موسسه وابسته به دولت محسوب شود، رسیدگی به شکایات علیه آن می‌تواند در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گیرد». فرضی که با توجه به شائیه تملک سهام مخابرات توسط شرکت‌های وابسته به نهادهای دولتی، قابل تأمل است.

## ۲. مصادیق نظارت ناپذیری شعب دیوان عدالت اداری

در این قسمت برآنیم تا آن مواردی را مورد مطالعه قرار دهیم که خارج از شمول بازنگری شعب دیوان عدالت اداری قرار دارند.

1. Cane, Peter, Op. cit., pp. 17 - 18.



## ۱-۲. کمیسیون موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع

در سال ۱۳۸۷ به موجب «قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجراء ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع» رأی این کمیسیون که قبلًا قابل شکایت در دیوان بود، در صلاحیت دادگاه‌های عمومی و تجدیدنظر قرار گرفت. شاید دلیل سلب صلاحیت دیوان را، با وجود اینکه کمیسیون مذبور یک کمیسیون اداری است، بتوان در این امر نهفته دانست که یک قاضی به مثابه حاکم شرع به تنها یک صدور رأی کمیسیون را بر عهده دارد و نقش سایر اعضاء، صرفاً مشورتی است. لذا، دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی ندارد. با این حال، به موجب تبصره یک ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹/۴/۲۳، از تاریخ لازم‌اجرا شدن قانون مذبور، فقط به مدت یک سال، هیأت موضوع ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده (۵۶) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷/۶/۲۹، صلاحیت رسیدگی به اعتراضات اشخاص ذی نفع را دارد و پس از آن رسیدگی صرفاً در شعب ویژه‌ای که به این منظور در تهران توسط رئیس قوه قضائیه تعیین و تشکیل می‌شود، انجام می‌پذیرد.

## ۲-۲. رسیدگی به اختلافات کارگر و کارفرمای دولتی

به موجب مواد ۱۵۷ الی ۱۶۶ قانون کار رسیدگی به کلیه اختلافهای آنها در صلاحیت هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف کارگر و کارفرما است. لذا، با وجود دولتی بودن کارفرما، این گونه اختلافات از شمول نظارت قضایی دیوان با عنایت به بند ۳ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت، مستثنی هستند. به موجب رأی وحدت رویه شماره ۳۶۶ - ۱۳۹۱/۶/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری «نظر به حکم مقتن در ماده ۱۵۷ قانون کار مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۹ مبنی بر صلاحیت هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف در رسیدگی به اختلاف فردی میان کارگر و کارفرما که ناشی از اجرای قانون کار، قرارداد کارآموزی و موافقتنامه‌های کارگاهی یا سایر پیمان‌نامه‌های دسته‌جمعی است، اشخاصی که مطابق ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ بر اساس قانون کار، به کارگیری می‌شوند. در صورت بروز اختلاف با کارفرما، مرجع صالح برای رسیدگی به شکایات، هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف کارگری و کارفرمایی خواهد بود، از این‌رو قبل از رسیدگی به شکایت در هیأت‌های مذکور، دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به شکایات را ندارد. بدیهی است در

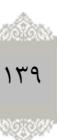
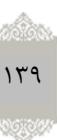
سایر موارد که اشخاص مطابق تبصره ذیل ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ به کارگیری شده‌اند، به لحاظ عدم شمول قانون کار بر روابط آنها با سازمان متبع، هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف کارگری و کارفرمایی صلاحیت رسیدگی به شکایات اشخاص را ندارند».

### ۳-۲. شکایات واحدهای دولتی

به موجب رأی وحدت رویه شماره ۳۷، ۳۸ و ۶۸/۳۹ - ۱۳۶۸/۷/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری «... شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی، در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری، نمی‌باشد». برای نمونه، می‌توان به عدم پذیرش اعتراض واحدهای دولتی به آرای صادره از کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری عليه آنها در دیوان عدالت اداری اشاره نمود. در این خصوص، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ چنین تصریح می‌کند: «قانون گذار برای آرای صادره از مراجع غیر دادگستری نوعاً مرجعی را برای رسیدگی به اعتراضات و رفع اشتباهات احتمالی تعیین نموده است، در حالی که برای رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری که ابتدائاً رسیدگی می‌نماید، چنین مرجعی پیش‌بینی نشده است. بنا به مراتب، همان‌طور که به موجب اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، مردم می‌توانند اعتراضات خود را در دیوان عدالت اداری مطرح نمایند، سازمان‌های دولتی نیز می‌توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قانون، در صدور آرای کمیسیون ماده ۷۷ از حیث نقض قوانین یا مقررات و مخالفت با آنها، به مراجع دادگستری که مرجع تظلم عمومی است، مراجعه نمایند ... ». از این رو، به استناد اصول ۱۵۶ و ۱۵۹ قانون اساسی و نیز رأی وحدت رویه پیش‌گفته و رأی وحدت رویه شماره ۶۵۵ - ۱۳۸۰/۹/۲۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور<sup>۱</sup>، واحدهای دولتی می‌توانند از آرای مراجع شبه قضایی که برای آنها مرجع تجدیدنظر پیش‌بینی نشده است، نزد دادگاه‌های عمومی دادگستری به مثابه مراجع عام تظلم خواهی، شکایت نمایند.

ذکر این نکته خالی از فایده نیست که بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۶۰۲ - ۱۳۷۴/۱۰/۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رسیدگی به شکایات شرکت‌های دولتی نسبت به آرای هیأت‌های حل اختلاف مستقر در وزارت کار و امور اجتماعی

۱. طبق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و همان‌طوری که هیأت عمومی دیوان عالی کشور قبل و در رأی وحدت رویه شماره ۵۶۹ - ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ اعلام نموده، دادگستری مرجع رسمی تظلمات و رسیدگی به شکایات است و صلاحیت مراجع غیر دادگستری صلاحیت عام مراجع دادگستری را منتفی نماید ... .



قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست. ممکن است این پرسش به ذهن متبدار شود که آیا سازمان‌های دولتی حق دارند به استناد رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور، به آرای مزبور در دادگاه‌های عمومی دادگستری اعتراض نمایند؟ در پاسخ می‌توان سه نظر ارائه کرد: نخست، برخی معتقدند قطعیت حکم مراجع شبه قضایی اداری و گاهی نیز تکلیف اجرای احکام دادگستری در اجرای آرای (مثلاً آرای هیأت‌های حل اختلاف مذکور در قانون کار) به معنای پایان دادرسی نیست و ذی‌نفع در خاتمه این مرحله می‌تواند با مراجعت به مراجعت قضایی از جمله دادگاه‌های دادگستری برای تجدیدنظر و ابطال آن اقدام نماید. به عبارت دیگر، دو مرحله برای رسیدگی تا رسیدن به قطعیت نهایی در نظام حقوقی کشور ما مفروض است. یک مرحله در سطح مراجعت شبه‌قضایی اداری است که رأی قطعی صادر می‌شود (و این رأی قطعی نهایی نیست) و مرحله دیگر، راجع به همان موضوع در مراجعت قضایی رأی قطعی صادر می‌گردد.<sup>۱</sup> دوم، هرجا مرجع شبه‌قضایی عالی برای رسیدگی و تجدیدنظر از رأی مرجع شبه‌قضایی مادون وجود داشته باشد، و رسیدگی شکلی دیوان عدالت اداری به عنوان مرحله نهایی باشد، تنها اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوقی خصوصی می‌توانند به دیوان مراجعه نمایند و شخص حقوقی حقوقی عمومی حق مراجعت به دیوان را ندارد. سوم، در صورتی که تنها یک مرجع شبه‌قضایی پیش‌بینی شده باشد، شخص حقوقی عمومی که محکوم‌علیه واقع شده است، بر طبق اصول ۱۵۶ و ۱۵۹ و نیز با اتخاذ ملاک از رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، حق دارد به دادگاه‌های دادگستری به مثابه مرجع عمومی تظلمات مراجعت نماید. البته، این استدلال می‌تواند در مواردی نیز صادق باشد که مراجعت دوگانه شبه‌قضایی وجود دارند. لذا، دادگاه‌های دادگستری برای رسیدگی به اعتراض سازمان‌های دولتی به آرای مراجعت مزبور صلاحیت دارند. در تأیید نظر اخیر می‌توان به نظریه شماره ۸/۸۹ مورخ ۸/۲۶/۱۲ کمیسیون مشورتی معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری اشاره کرد.<sup>۲</sup>

۱. سوادکوهی‌فر، سام، «صلاحیت رسیدگی مرجع قضایی به تبع خواهان دیوان عدالت اداری یا دادگاه عمومی»، ماهنامه دادرسی، شماره ۲۴، ۱۳۷۹، ص. ۱۱.

۲. این کمیسیون در پاسخ به سپرست دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی، درمانی شهید بهشتی که تقاضای رسیدگی دیوان عدالت به آرای هیأت تشخیص اداره کار و امور اجتماعی شمیرانات را نمود، چنین اعلام می‌دارد: «هیأت عمومی دیوان عالی کشور در دو رأی وحدت رویه به شماره ۶۹۹ مورخ ۷۴/۱۰/۲۶ و ۸۶۳/۲۲ درخصوص موضوع تعیین تکلیف نموده است... علی‌هذا دانشگاه می‌تواند به استناد آرای مذکور از محاکم عمومی درخواست رسیدگی نماید و محاکم مکلف به رسیدگی هستند.»

---

#### ۴-۲. تصمیمات هیأت‌ها و کمیته‌های تخصصی وزارت خانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی در امور و شئون علمی، آموزشی و پژوهشی

مبنای تشکیل شورای عالی انقلاب فرهنگی فرمان امام خمینی(ره) در ۱۹ آذر ۱۳۶۳ است و در خصوص وظایف و اختیارات شورای مذبور صرفاً می‌توان به مصوبه شماره ۴۰۹ جلسه مورخ ۱۳۷۶ ۸/۲۰ شورا با عنوان «جایگاه، اهداف و وظایف شورای عالی انقلاب فرهنگی» مراجعه نمود. مصوبات شورا، نه به تأیید مقام رهبری می‌رسد که دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به آنها را نداشته باشد و نه هیچ مرجعی بر این مصوبات نظارت قانونی، اساسی و شرعی دارد. دیوان عدالت اداری نیز پیش از تصویب قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ در آرای متعددی از جمله رأی شماره ۲۹۷ - ۲۹۸ - ۲۹۹ - ۳۰۰ مورخ ۷۸/۷/۹ مصوبات شورا در خصوص نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراضات نسبت به احکام هیأت مرکزی گزینش دانشجو و کمیته مرکزی انضباطی دانشجویان را به این دلیل ابطال نمود که اطلاق وصف قانون و یا تعیین مطلق وجود ممیزه آن به مقررات موضوعه سایر واحدهای دولتی از جمله مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی را فاقد مبنای حقوقی و وجاحت قانونی می‌دانست و این قبل مصوبات را از مقوله تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و نظمات دولتی محسوب می‌نمود که تنها در صورت عدم مخالفت با احکام شرع و قوانین و خارج نبودن از حدود اختیارات قوه مجریه معتبر هستند. طرفه آنکه شورای عالی انقلاب فرهنگی در جلسه ۶۳۰ (۱۳۸۷/۶/۱۲) بنا به پیشنهاد مورخ ۱۳۸۷/۵/۱۲ معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه و دیوان عدالت اداری، ماده واحده «خروج تصمیمات و آرای صادره از هیأت‌ها و کمیته‌های تخصصی وزارتین علوم تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی در امور و شئون علمی، آموزشی و پژوهشی از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی» را تصویب نمود. بر این اساس، آن دسته از تصمیمات و آرای نهایی و قطعی صادره در هیأت‌ها و کمیته‌های تخصصی فعال در وزارت‌خانه‌های موصوف، دانشگاه‌ها و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی مصوب از جمله: تصمیمات و آرای نهایی هیأت‌های امنا، ممیزه و انتظامی اساتید و کمیته‌های انضباطی دانشجویان و همچنین تصمیمات و آرای نهایی در خصوص بازنیستگی، ارتقاء، ارزیابی و پذیرش علمی، بورس دانشجویان و فرصت مطالعاتی که صرفاً در رابطه با امور و شئون تخصصی، علمی، آموزشی و پژوهشی صادر می‌گردد، قابل شکایت و رسیدگی در دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی نخواهد بود.

باید گفت که خروج تصمیمات و آرای هیأت‌ها و کمیته‌های مزبور از نظارت قضایی دیوان عدالت اداری، به مثابه انکار اصل حاکمیت قانون بر مراجعی است که می‌توانند با مصوبات خود علاوه بر نقض قوانین، حقوق و آزادی‌های شهروندان را نیز مورد تجاوز قرار دهند. مصوبه مزبور از یک سو، مغایر نص اصل ۳۴ قانون اساسی و حق دادخواهی شهروندان و ناقض اصول ۱۵۶ و ۱۵۹ قانون اساسی و تحدیدکننده صلاحیت عام دادگستری به عنوان مرجع عام تظلمات است. از سوی دیگر، با بند ۹ اصل سوم قانون اساسی و نیز اصل ۹ قانون اساسی مغایر است. بر اساس قیاس اولویت، اگر هیچ مرجعی حتی قانون‌گذار حق ندارد به بهانه استقلال به سلب آزادی‌ها بپردازد، به طریق اولی شورای عالی انقلاب فرهنگی نمی‌تواند با مصوبات خود، حق دادخواهی شهروندان را سلب نماید. تنها مرجعی که می‌تواند حدود آزادی‌ها را تعیین کند قانون‌گذار است و لاغیر. مصوبه مزبور از آنجا که وارد حوزه قانون‌گذاری شده است و برای سایر مراجع تعیین تکلیف کرده است، با اصل ۵۸ اساسی (اعمال قوه مقننه از طریق مجلس) و اصل ۷۱ قانون اساسی (حق مجلس بر وضع قانون در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی) قانون اساسی نیز مغایر است. طرفه آنکه حتی اگر واحدهای دولتی را منحصر به قوه مجریه و سازمان‌های وابسته بدانیم، وزارت‌خانه‌های علوم و بهداشت و دانشگاه‌ها از مصادیق بارز واحدهای دولتی هستند و به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی مشمول صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌شوند.

کمیسیون مشورتی معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری در نظریه شماره ۷/۸۸ مورخ ۸۸/۱۲/۲۶ در خصوص این مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی چنین اظهار نظر می‌کند: «ماده واحد مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی، قطع نظر از اشکالات و ایراداتی که در مورد آن مطرح شده است، اصولاً مربوط به تصمیمات و آرایی است که صرفاً در رابطه با امور و شئون علمی، آموزشی و پژوهشی صادر شده باشد و این گونه امور اصولاً به دلیل ماهیت کارشناسی آنها در دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار نمی‌گیرد. زیرا، مطابق بند ۲ ماده ۱۳ دیوان عدالت اداری (بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری) رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آرای و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری ... منحصرآ از نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها صورت می‌پذیرد». این نظر شاید مؤید رویکرد دیوان عدالت اداری در رسیدگی به امور تخصصی باشد، زیرا هیأت عمومی دیوان در برخی آرای خود رسیدگی به تصمیمات برخی مراجع اداری تخصصی نظیر کمیسیون‌های پزشکی را خارج از صلاحیت دیوان دانسته است.<sup>۱</sup> باری، با توجه به ماده ۶۴ قانون تشکیلات و آیین

۱. هیأت عمومی دیوان در رأی شماره ۲۳۴ مورخ ۸۴/۴/۳۰ چنین استدلال می‌کند: «نظر به اینکه تعیین نوع و شدت و ضعف بیماری مشمولین قانون تأمین اجتماعی و مبانی و علل و جهات آن و نتیجتاً تعیین درجه و

دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ می‌توان چنین نظر داد که: نخست، صلاحیت شعب دیوان در رسیدگی به تصمیمات کمیسیون یا هیأت‌های مزبور، صلاحیتی مشروط است. دوم، شعب دیوان پس از اعلام نظر مثبت هیأت کارشناسی تخصصی ذیربط، با توجه به عبارات ماده، مبادرت به رسیدگی می‌نماید. با وجود این، عبارت «تطبیق موضوع و فرآیند بررسی آن بر اساس قانون یا مصوبه»، تا اندازه‌ای دارای ابهام است و ممکن است علاوه‌بر رسیدگ، شکلی، شاما، رسیدگ، ماهوی، نیز گ. ۵۵.

۲-۵. آرای هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور

به موجب رأی شماره ۱۷۰ - ۱۳۸۶/۳/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری «سیاق عبارات ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور و حدود صلاحیت و اختیارات هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر مستقر در آن، در باب رسیدگی به تخلفات مالی و تعیین مجازات‌های اداری در موارد منصوص و قابلیت اعتراض نسبت به آرای هیأت‌های مستشاری توسط محکوم‌علیه یا دادستان در محکمه تجدیدنظر مذکور در تبصره آن ماده به عضویت حاکم شرع به انتخاب ریاست قوه قضائیه و دو نفر از مستشاران به عنوان کارشناس و نتیجتاً ماهیت و طبیعت مراجع فوچ الذکر و نوع وظایف و مسئولیت‌های آنها، مفید انصراف تصمیمات و آرای قطعی مراجع مذکور از مصاديق تصمیمات و آرای قطعی مراجع اختصاصی اداری مقرر در بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری است...».

به موجب ماده ۲۳ قانون دیوان محاسبات کشور، آرای هیأت‌های مستشاری در موارد تبیخ کتبی با درج در پرونده استخدامی، کسر حقوق و مزایا حداکثر تا یک سوم از یک ماه تا یک سال و انفال موقت از یک ماه تا یک سال قطعی و لازم‌الاجرا است و در مورد اخراج از محل خدمت و انفال دائم از خدمات دولتی، ظرف مدت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ در هیأتی مرکب از سه نفر از مستشاران که در پرونده مطروحه سایقه رأی نداشته باشند، با تعیین رئیس دیوان محاسبات کشور قابل تجدیدنظر است. بنابر ماده ۲۸ آرای هیأت‌های مستشاری طرف بیست روز از تاریخ ابلاغ به محاکوم‌علیه، از طرف وی و دادستان قابل تجدیدنظر است. مرجع تجدیدنظر که مشکل از یک حاکم شرع به انتخاب رئیس قوه قضائیه و دو مستشار به عنوان کارشناس است، منحصرأ به موارد اعتراض، رسیدگه، و میادرت به صدور حکم می‌نماید و حکم صادره نیز قطعی است.

ممکن است این پرسش به ذهن خطرور نماید که آیا باید آرای هیأت‌های مستشاری مبنی بر اعمال بندهای الف تا ج تبصره یک ماده ۲۳ را که قابل تجدیدنظر در هیأت سه نفره مستشاران تعیینی از جانب رئیس دیوان محاسبات و نیز حکممه تجدیدنظر نیست، در دیوان عدالت اداری قابل اعتراض داشت. همچنین، به چه دلیل نمی‌توان به آرای هیأت سه نفره مستشاران تعیینی توسط رئیس دیوان محاسبات که به مثابه مرجع تجدیدنظر در آرای هیأت‌های مستشاری در خصوص انفال دائم از خدمات دولتی و اخراج از محل خدمت محسوب می‌شود و آرای آن در حکممه قابل رسیدگی مجدد نیست، در دیوان عدالت اداری اعتراض نمود؟

با توجه به قوانین و مقررات و منطق حاکم بر امر نظارت، دیوان محاسبات از ماهیتی اداری و تخصصی برخوردار است و ابزار نظارت مالی مجلس است. لذا، آرای صادره از هیأت‌های مستشاری در فروض پیش‌گفته را باید در حکم تصمیمات اداری یا احکام مراجع شبه قضایی قلمداد نمود و قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری داشت.<sup>۱</sup> این امر موافق اصول عدالت طبیعی و رویه‌ای و منطبق با اصل رسیدگی دو درجه‌ای است که جزء لاينفك دادرسی منصفانه تلقی می‌شود.

## ۶-۶. رأی وزارت نیرو و آرای هیأت پنج‌نفری تجدیدنظر

به موجب ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ چنانچه وزارت نیرو، وجود چاهها را لااقل طبق نظر دو کارشناس خود مضر به صالح عمومی تشخیص دهد، چاه بدون پرداخت هیچ‌گونه خساراتی مسدود می‌شود و بهره‌برداری از آن منع بوده و با متخلفین طبق ماده ۴۵ این قانون رفتار خواهد شد. معتراضان به رأی وزارت نیرو می‌توانند به دادگاه‌های صالحه مراجعه نمایند. همچنین به موجب مواد ۱۹ و ۲۰، معتبرض به آرای هیأت پنج‌نفری تجدیدنظر، حق مراجعته به دادگاه صالح را دارد. به طور معمول، هرگاه در قوانین ذکری از دادگاه صالح به میان آید، دادگاه‌های دادگستری صلاحیت رسیدگی دارند نه دیوان عدالت. در تأیید این نظر می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۵۳۷ - ۱۳۶۹/۸/۱ دیوان عالی کشور<sup>۲</sup> اشاره نمود.

۱. راسخ، محمد، منبع پیشین، ص. ۶۸.

۲. تبصره ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی وزارت نیرو را به دادگاه صالحه محول نموده که ظهور بر دادگاه‌های عمومی دادگستری دارد. بنابراین رأی شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور که بر وفق این نظر صادر شده صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتیاع است.

۷-۲. رسیدگی به رأی هیأت هفت‌نفره قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵/۹/۳

به موجب تبصره یک تشخیص موات بودن اراضی خارج از محدوده شهرها به عهده وزارت کشاورزی است که از طریق هیأت هفت نفره اقدام می نماید و در صورتی که متصرف فعلی منکر موات بودن زمین باشد، از طریق دادگاه صالح اقدام به عمل می آید. لذا، از ظاهر دادگاه صالح چنین بر می آید که منظور قانون گذار، دادگاه های عمومی دادگستری می باشد.

## ۸-۲. کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری

به موجب ماده ۱۲ این قانون، تشخیص عمران و احياء و تأسیسات مناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است. همچین، شکایت مربوط به قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری در صلاحیت کمیسیون مذبور است. آرای این کمیسیون قابل اعتراض در دادگاه صالحه می‌باشد. به موجب رأی وحدت رویه ۴۷۳ - ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری «نظر به اینکه به موجب ماده ۱۲ قانون زمین شهری، رسیدگی به اعتراضات نسبت به تشخیص وزارت مسکن و شهرسازی در تعیین نوع زمین اعم از دایر و بایر بر عهده دادگاه صالحه محول گردیده است و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب رأی وحدت رویه شماره ۲۲۲ مورخ ۱۳۸۲/۶/۱۶ واژه محکمه را به دادگاه‌های ذی صلاح دادگستری تعبیر کرد، لذا ... عدم پذیرش صلاحیت دیوان در رسیدگی به اعتراض نسبت به تصمیمات کمیسیون موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری صحیح و موافق مقررات اعلام می‌گردد.».

#### ٢-٩. رأي هیأت حل اختلاف موضوع مواد ١٤٧ و ١٤٨ اصلاحی قانون ثبت

۱. مراد مقتن از «محاکم صالحه» ظهور در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری در قضیه مطروحه دارد و واہ (محکمہ) علی الاصح تداعی، کنندۀ دادگاه‌های، ذی صلاح دادگستی، است ...

مقرر در مواد مزبور ... شکایت علیه زمین شهری در خصوص عدم اجرای رأی هیأتها قابل طرح و رسیدگی در دیوان نمیباشد ... .

## ۱۰-۲. دعاوى ناشی از قراردادها و عقود

به موجب رأى شماره ۵۹ - ۱۳۷۱/۴/۳۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، «نظر به اینکه رسیدگی به دعاوى ناشی از قراردادها که مسائل حقوقی میباشند و باید به صورت ترافعی در محاکم صالحه دادگستری مورد رسیدگی حقوقی قرار گیرند، در مقررات دیوان عدالت اداری مقرر نشده و شکایات مطروحه که مستند به قرارداد اجاره مطرح گردیده از مصاديق دعاوى ناشی از قرارداد و خارج از حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری بوده است...». در تأیید نظر مزبور میتوان به آرای وحدت رویه شماره ۳۳ - ۱۳۷۵/۲/۲۹، ۱۳۰، ۱۳۷۷/۶/۲۱ و ۱۹۷ - ۱۳۷۹/۶/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره نمود. دلیل عدم رسیدگی دیوان به این موارد در این نکته نهفته است که نظارت قضایی این مرجع معطوف به اعمال یکجانبه دولت، اعم از شخصی و نوعی است. لذا، اعمال دوطرفه سازمانهای دولتی را شامل نمیشود.

بنابراین، نباید این نکته را از ذهن به دور داشت که صلاحیت ابطال اسناد توسط دیوان منصرف از فرضی است که برای نمونه، در راستای اجرای طرحهای تملکی توسط سازمانهای دولتی و شهرداری‌ها، عملیات تملک به صورت توافقی به عمل آمده باشد. به بیان بهتر، در این فرض میان دستگاه مربوطه و دارنده حقوق مالکانه، یک معامله صورت گرفته است و رسیدگی به شکایات ناشی از این معامله، در صلاحیت دیوان عدالت اداری نیست، بلکه دادگاههای عمومی دادگستری صالح به رسیدگی هستند. زیرا، این عمل، نوعی عمل تصدی نظیر خرید و فروش است که با توافق و تراضی طرفین انجام شده است و دستگاه مربوطه در راستای تملک هیچ‌گونه عمل حاکمیتی انجام نداده و از قوه قاهره استفاده نکرده است تا رسیدگی به شکایات ناشی از آن در صلاحیت دیوان عدالت اداری باشد.<sup>۱</sup>

## ۱۱-۲. دعاوى مربوط به ابطال سند مالکیت و انتقالهای بعدی

به موجب رأى وحدت رویه شماره ۵۴۴ - ۱۳۶۹/۱۱/۳۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور<sup>۲</sup> و نیز به استناد رأى وحدت رویه شماره ۱۳۸ - ۱۳۷۹/۴/۱۲ هیأت عمومی دیوان

۱. بهشتیان، سیدمحسن، «بررسی نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرحهای عمومی شهرداری»، انتشارات طرح نوین اندیشه، ۱۳۸۶، ۱، صص. ۳۳۲ - ۳۲۹.

۲. رسیدگی به دعوى ابطال سند مالکیت و انتقال ملک به دولت که در اجرای طرح تملک موضوع ماده ۹ قانون اراضی شهری و تبصره آن مصوب ۱۳۶۰ انجام شده مستلزم آن است که دیوان عدالت اداری مقدمتاً بر طبق بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان مصوب ۱۳۶۰ به شکایت از تصمیم و اقدام سازمان زمین شهری در استفاده از

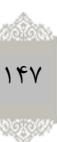
عدالت اداری، دعوا به خواسته ابطال سند انتقال و مالکیت به طرفیت واحد دولتی ذی نفع از نوع دعاوی مدنی داخل در قلمرو صلاحیت دادگاه عمومی دادگستری است. با این حال، به موجب بند ۴ ماده ۱۱۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، یکی از طرق اجرای حکم شعب دیوان، صدور «دستور ابطال اسناد یا تصمیمات اتخاذ شده مغایر با رأی دیوان با رعایت لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب و اصلاحات بعدی آن و قانون تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت و نهادها مصوب ۱۳۷۰/۱۲/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام» توسط دادرس اجرای احکام است. همچنین، به موجب ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری «آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور قابل تجدیدنظر نبوده و فقط به موجب قانون بی‌اثر می‌شوند»، لذا، باید گفت که به موجب ماده ۱۱۱ قانون تشکیلات، رأی وحدت رویه شماره ۵۴۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، نسخ شده است.

در این خصوص شاید بتوان دو نوع تحلیل ارائه داد. نخست، در صورتی که اسناد صرفاً به نام دستگاه تملک‌کننده صادر شده باشد و دستگاه مزبور نیز ملک تملک شده را به سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی انتقال نداده باشد، دادرس اجرای احکام دیوان، صلاحیت صدور دستور ابطال اسناد را دارد. دوم، در صورتی که پس از تملک توسط دستگاه دولتی، ملک به ایادی بعدی منتقل گردیده باشد و اسناد مالکیت به نام آنها صادر شده باشد، دادرس اجرای احکام صلاحیت دستور ابطال اسناد را ندارد و محکومله حق دارد با خوانده قرار دادن کلیه ایادی بعدی به دادگاه‌های عمومی برای ابطال اسناد انتقالی مراجعه نماید.

## ۱۲-۲. اعتراض به رأی هیأت حل اختلاف موضوع ماده ۵ قانون نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد ثبتی آنها در اثر جنگ یا حوادث غیر متربه‌ای مانند زلزله، سیل و آتش‌سوزی از بین رفته‌اند.

به موجب ماده ۶ این قانون «هیأت حل اختلاف نظر خود را نسبت به ارجاعات ثبت یا اعتراضات و شکایات واردہ به ثبت محل اعلام می‌کند. اداره ثبت مکلف است طبق رأی هیأت بلا فاصله مبادرت به تشکیل پرونده و صدور سند مالکیت نماید. معتبرض به رأی هیأت می‌تواند به دادگاه صالح مراجعه کند و دادگاه نسبت به مالکیت عرصه و تعیین تکلیف اعیانی حکم لازم را صادر خواهد نمود.».

← طرح تملک رسیدگی کند و در صورت احراز صحت شکایت و ابطال تصمیم و اقدام سازمان زمین شهری دادگاه عمومی حقوقی به دعوا ابطال سند مالکیت و انتقالات مربوط رسیدگی نماید.



## ۱۳-۲. هیأت‌های انتظامی نظام پزشکی

به موجب رأی شماره ۶۵ - ۱۳۶۵/۸/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، نظر به اینکه مراجع انتظامی مقرر در قانون نظام پزشکی خارج از مصاديق بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری (بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری) می‌باشد، لذا در صلاحیت دیوان عدالت اداری نیستند. به موجب ماده ۳۵ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳، هیأت‌های بدوى انتظامی متشکل از ۱۳ نفر هستند که مسئولیت رسیدگی به تحالفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرف پزشکی و وابسته پزشکی را دارند. همچنین، به موجب ماده ۳۶ به منظور رسیدگی مجدد به پرونده‌هایی که پس از صدور رأی هیأت‌های بدوى انتظامی مورد اعتراض هریک از طرفین قرار می‌گیرد، هیأتی به نام هیأت تجدیدنظر انتظامی استان متشکل از ۱۳ عضو تشکیل می‌شود. همچنین بر اساس ماده ۳۸ به منظور رسیدگی به اعتراضات و شکایات اشخاص (حقیقی - حقوقی) از طرز کار هیأت‌های بدوى و تجدیدنظر انتظامی، هیأت عالی تشکیل خواهد شد. با توجه به ترکیب اعضای هیأت‌های مزبور که عمدتاً اشخاص حقیقی هستند و نیز تخصصی و فنی بودن ماهیت کار آنها، مستثنی ساختن تصمیمات این هیأت‌ها از ناظارت قضایی دیوان، منطقی به نظر می‌رسد.

## ۱۴-۲. آرای شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان

بنا به رأی وحدت رویه شماره ۳۲۲ - ۱۳۹۰/۸/۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مطابق ماده ۳ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۲۲ مقرر شده است «برای تامین مشارکت هرچه وسیع‌تر مهندسان در انتظام امور حرفه‌ای خود و تحقق اهداف این قانون در سطح کشور سازمان نظام مهندسی ساختمان که از این پس در این قانون به اختصار سازمان خوانده می‌شود و در هر استان یک سازمان به نام سازمان نظام مهندسی ساختمان استان... تاسیس می‌شود. سازمان‌های یادشده غیرانتفاعی بوده و تابع قوانین و مقررات عمومی حاکم بر موسسات غیرانتفاعی می‌باشند. رسیدگی به اعتراض از آرای شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان از حدود صلاحیت و اختیارات دیوان عدالت اداری مصرح در ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری خارج می‌باشد. بدیهی است مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است». در این رأی وحدت رویه بهوضوح رویکرد سازمانی به صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری مشهود است. ضمن اینکه قسمت اخیر رأی مزبور نیز به طور تلویحی متضمن مفاد رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور است.

## ۱۵-۲. آرای هیأت‌های بازسازی یا پاکسازی نیروی انسانی

به موجب تبصره ۲۱ ماده ۲۱ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ دسته از کارمندانی که بر اساس آرای هیأت‌های بازسازی یا پاکسازی نیروی انسانی به محکومیت قطعی رسیده و تا تاریخ ۱۳۶۵/۷/۲ به دیوان عدالت اداری شکایت تسلیم نکرده‌اند، دیگر حق شکایت ندارند. همچنین، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری براساس تبصره ۲۸ ماده ۲۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۲۵ در رأی وحدت رویه شماره ۲۰۵ - ۱۳۷۲/۱۱/۳۰ چنین تصریح نمود: «چون مراد مقنن از وضع حکم مذبور انسداد باب اعتراض در قلمرو زمانی نامحدود بوده، اولًا با عنایت با اجراء آرای قطعی مذکور درباره مستخدمین محکوم طی مدت طولانی ذکری از لزوم ابلاغ آرای مذبور به عمل نیاورده و ثانیاً حداکثر زمان اعتراض را ۶۵/۷/۲ تعیین نموده است که با این کیفیت اعتراض کارمندان مشمول قانون فوق‌الذکر نسبت به آرای قطعی هیأت‌های پاکسازی و بازسازی که پس از تاریخ مقرر تسلیم دیوان شده باشد قابل رسیدگی و استماع نخواهد بود». همچنین، به موجب رأی وحدت رویه شماره ۲ - ۱۳۷۲/۱/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری «با توجه به عموم و اطلاق تبصره ۲۶ ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مصوب ۱۳۷۱/۴/۹ که مقرر داشته است آن دسته از کارمندانی که بر اساس آرای هیأت‌های پاکسازی یا بازسازی نیروی انسانی به محکومیت قطعی رسیده‌اند و تا تاریخ ۱۳۶۵/۷/۲ شکایتی به دیوان تسلیم نکرده‌اند دیگر حق شکایت نخواهند داشت، اعضای هیأت علمی دانشگاه‌ها نیز مشمول حکم مقرر در تبصره مذکور بوده و اعتراض آنان نسبت به آرای قطعی هیأت‌های پاکسازی و بازسازی نیروی انسانی که بعد از تاریخ ۶۵/۷/۲ تسلیم دیوان عدالت اداری شده است، قابل طرح و استماع نمی‌باشد».

نکته در خور توجه اینکه آرای پیش‌گفته پس از تصویب قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۲۳ صادر شده‌اند، اما در هر دوی آنها به تبصره ۲۵ ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۱/۴/۹ استناد شده است. به نظر می‌رسد دلیل این امر حکم ماده ۲۶ قانون مصوب ۱۳۷۲ مبنی بر لغو کلیه قوانین و مقررات مغایر - از جمله قانون آزمایشی مصوب ۱۳۷۱ - پس از تاریخ تصویب آیین‌نامه اجرایی همان قانون یعنی ۱۳۷۳/۶/۱۶ باشد. با وجود این، قانون مورد استناد هیأت عمومی دیوان، بر اساس اصل ۸۵ قانون اساسی در جلسه ۱۳۷۱/۴/۹ کمیسیون امور اداری و استخدامی مجلس تصویب شد و مجلس با اجرای آزمایشی آن به مدت یک سال موافقت نمود. لذا، به نظر می‌رسد با گذشت مدت یک سال از تاریخ تصویب و عدم

تمدید مدت آن، استناد دیوان به مواد قانونی که مدت اجرای آن منقضی شده است، خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی باشد. از طرفی، به موجب مواد ۲۲ قانون مصوب ۱۳۷۱ و ۱۸ قانون مصوب ۱۳۷۲، اعضای هیأت علمی دانشگاهها از شمول مقررات آن قوانین مستثنی شده‌اند. به علاوه، بر اساس تبصره ۴ ماده ۲ قانون و مقررات انتظامی اعضای هیأت علمی دانشگاهها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۲ رأی هیأت تجدیدنظر مانع از رجوع عضو هیأت علمی به مراجع قضائی نخواهد بود. این قانون، یک قانون خاص مرتبط با تخلفات اعضای هیأت علمی دانشگاهها است و علی‌الأصول خاص مقدم، مخصوص عام لاحق خواهد بود. از این‌رو، صحت رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان درباره غیرقابل اعتراض بودن آرای هیأت‌های پاکسازی در مورد اعضای هیأت علمی در دیوان عدالت اداری، محل تأمل و اشکال است.

با همه اینها، به نظر می‌رسد حکم مذبور در قوانین رسیدگی به تخلفات اداری و نیز آرای وحدت رویه پیش‌گفته، به موجب ماده ۶۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، به طور مشروط نسخ ضمنی شده است. بر این اساس شعبه رسیدگی‌کننده پس از اخذ نظر هیأت کارشناسی تخصصی مرتبط، صلاحیت رسیدگی به احکام هیأت‌های پاکسازی را خواهد داشت.

## نتیجه‌گیری

نظرارت قضایی تأسیسی است که تأثیر فراوانی از شرایط فرهنگی، اجتماعی، تاریخی و سیاسی جامعه می‌پذیرد. بنابراین در جوامع مختلف به اشکال و سطوح گوناگونی متبادر می‌شود. این مفهوم را باید در ارتباط با دیگر اجزای منظومه حقوقی اساسی هریک از کشورها بررسی کرد. بدون تردید، نظرارت قضایی در نظام حقوقی ایران، نوپا است و تا رسیدن به مرحله بلوغ فراز و نشیبهای بسیاری را تجربه خواهد کرد. نقش کمنگ مردم در نظام شاهنشاهی باعث شد تا رسیدگی به تظلمات ایشان از اهمیت اندکی بروخوردار باشد و علی‌رغم تصویب قانون راجع به شورای دولتی در سال ۱۳۳۹ عملًا گامی در مسیر اجرایی شدن آن برداشته نشود. لذا، پس از پیروزی انقلاب اسلامی و پرنگ شدن نقش مردم در اداره امور، بیش از پیش لزوم وجود مرجعی جهت رسیدگی به تظلمات مردم علیه دولت احساس گردید که تبلور این موضوع را می‌توان در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی مشاهده نمود.

رویه قضایی دیوان عدالت اداری از بدئ تأسیس تاکنون همواره به سمت گسترش صلاحیت‌های نظرارتی دیوان بوده است، بهویژه در مواردی که درباره گستره صلاحیت‌های آن ابهام وجود داشته است و علی‌رغم داشتن رویکرد سازمانی، اعمال اداری بیشتر مقامات و نهادهای حکومتی را مشمول بازنگری خود دانسته است. حتی پس از تصویب قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ و علی‌رغم نظریه تفسیری شورای نگهبان قانون اساسی و رویکرد مضيق و تحتلفظی این شورا به صلاحیت دیوان عدالت اداری، نهاد مزبور در راستای صلاحیت تفسیری خود و به موجب اصل ۷۳ قانون اساسی در مقام تمیز حق، آیین‌نامه‌های مصوب رئیس قوه قضائیه و اعمال سازمان‌های عمومی غیردولتی را ابطال کرده است. با این حال، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان اگرچه نوآوری‌هایی، بهویژه در زمینه آیین رسیدگی دیوان به همراه داشته است، اما با مستثنی ساختن اعمال رئیس قوه قضائیه به استقرار حاکمیت قانون در این نهاد آسیب رسانده است.

باری، اگرچه مستثنی شدن برخی از اعمال دولت از شمول نظرارت دیوان عدالت اداری، در نگاه اول، می‌تواند استثنائی بر اصل حاکمیت قانون بر همه اعمال دولت و در نتیجه محدودیتی بر حق دادخواهی تلقی شود؛ اما نباید این نکته را از نظر دور داشت که نظرارت قضایی تنها یکی از ابزارهای تضمین حاکمیت قانون بر اداره به شمار می‌آید. از این‌رو، در خصوص اعمال مستثنی شده می‌توان از سایر ابزارهای نظرارتی پیش‌بینی شده در نظام حقوق اساسی و اداری استفاده نمود.

## منابع

- آقایی طوق، مسلم، «بررسی تطبیقی نظام عدالت اداری در آفریقای جنوبی و ایران»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۹، ۱۳۸۷.
- ———، «مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت: مطالعه تطبیقی کشورهای فرانسه، انگلستان و آمریکا»، پژوهشنامه حقوقی مرکز مطالعات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، شماره اول، ۱۳۸۶.
- استوار سنگری، کوروش، «مفهوم دولت در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و انعکاس آن در صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، در: شریعت باقری، محمدجواد، مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، معاونت آموزشی پژوهشی دیوان عدالت اداری و دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۸۸.
- ———، «مفهوم دولت در آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری»، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، شماره اول، ۱۳۹۰.
- اسدیان، ترجم، «واکاوی صلاحیت دیوان عدالت اداری»، در: شریعت باقری، محمدجواد، دیوان عدالت اداری: بازخوانی جایگاه، صلاحیت و دادرسی قضایی، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی‌های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، شماره اول، ۱۳۸۶.
- بهشتیان، سیدمحسن، «بررسی نظم حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی شهرداری»، انتشارات طرح نوین اندیشه، ۱۳۸۶.
- حسینزاده، جواد، «دادرسی تناظری در ابطال آیننامه‌های دولتی خلاف قانون»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۵۴، ۱۳۸۶.
- درویشوند، ابوالفضل؛ و سید محمدهادی راجی، «تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۶۱، ۱۳۹۰.
- دلاوری، محمدرضا، «محدودیت‌های حاکم بر رسیدگی‌های دیوان عدالت (بخش نخست)»، نشریه مؤوی، شماره ۸۹۹، ۱۳۸۸.
- راجی، سیدمحمدهادی، «تأملی بر تبصره ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری و پیامدهای آن»، دفتر مطالعات حقوقی (گروه حقوق عمومی و بین‌الملل)، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸.
- راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، انتشارات دراک، ۱۳۸۸.
- سوادکوهی‌فر، سام، «صلاحیت رسیدگی مرجع قضایی به تبع خواهان دیوان عدالت اداری یا دادگاه عمومی»، ماهنامه دادرسی، شماره ۲۴، ۱۳۷۹.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، چاپ یازدهم، ۱۳۸۴.

- کاتوزیان، ناصر، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۳۸۳، ۳.
- گرجی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۳۸۷، ۹.
- \_\_\_\_\_، در تکاپوی حقوق اساسی، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- \_\_\_\_\_، «عدالت رویه‌ای و تحول‌گرایی در لایحه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۹، ۱۳۸۹.
- محمودی، جواد، «تأملی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، مجله حقوق اساسی، شماره ۱۳۸۴، ۵.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان، جلد چهاردهم، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، ۱۳۸۹.
- میرداماد نجف‌آبادی، سیدعلی، «صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری»، فصلنامه معرفت حقوقی، شماره ۱، ۱۳۹۰.
- کریمیان، محمدوزین، «سنجهش صلاحیت دیوان عدالت اداری بر مبنای ترسیم نظری (تئوریک) نظام اداری»، در: شریعت باقری، محمدمجود، مجموعه مقالات همايش دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، معاونت آموزشی پژوهشی دیوان عدالت اداری و دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۸۸.
- ویژه، محمدرضا، «تحلیلی بر صلاحیت‌های هیأت عمومی دیوان عدالت اداری»، حقوق و مصلحت، سال دوم، شماره پنجم، ۱۳۸۸.
- هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، جلد دوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله، «جایگاه دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات مردم از دستگاه‌های دولتی»، دو ماهنامه رواق اندیشه، شماره ۱۹، ۱۳۸۲.
- Erath, Franz, "Scope of Judicial Review in German Administrative Law", Stellenbosch Law Review, vol. 8, Issue. 2, 1997.
- Cane, Peter, An Introduction to Administrative Law, Oxford University Press, Second Edition, 1992.
- Sackville, Ronald, "The Limits of Judicial Review of Executive Action: Some Comparisons Between Australia and The United States", Federal Law Review, vol. 28, no. 2, 2000.
- Ngalwana, Vuyani, "Judicial Review of Administrative Action", Juta's Business law, vol. 3, 1995.



## ترجیح حقوق متهم بر میانجی در دیوان بین‌المللی کیفری

جواد صالحی\*

نریمان فاخری\*\*

حسین آل کجباف\*\*\*

مجتبی بابایی\*\*\*\*

### چکیده

متعادل نگه داشتن حقوق متهم و میانجی در دیوان کیفری بین‌المللی، یکی از چالش‌های جدی پرونده توامان لوبانگو دیالو است. شعبه بدوي حقوق متهم را بر حقوق میانجی ترجیح می‌دهد و حتی با توقف دادرسی به زعم خود بهای سنگین آن را پرداخت می‌کند تا اینکه دادستان نیز رعایت حقوق متهم را بر دیگر تکالیف خود اولویت دهد. لیکن دادستان این رویه را برای امنیت میانجی و احتمال قطع همکاری وی در پرونده‌های آتی دیوان کیفری بین‌المللی مخاطره‌آمیز و برای رعایت الزامات محکمه عادلانه متهم بی‌تأثیر می‌داند. شعبه تجدیدنظر نیز بدون ارزیابی اولویت حقوق متهم یا میانجی بر دیگری، صرفاً تندوری شعبه بدوي در توقف دادرسی و نافرمانی دادستان از دستورات شعبه بدوي را به باد انتقاد می‌گیرد و حکم به ادامه دادرسی می‌دهد. از این‌رو، شعبه تجدیدنظر با سکوت خود هیچ چشم‌اندازی را در اولویت دادن به حقوق متهم بر حقوق میانجی یا حفظ تعادل آن در سایر محکمات دیوان کیفری بین‌المللی ارائه نمی‌کند.

**کلیدواژه‌ها:** دیوان کیفری بین‌المللی، دادستان، حمایت از میانجی، حقوق متهم، توقف دادرسی.

Javadsalehi@pnu.ac.ir

\* عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور تهران (نویسنده مسئول)

ntfakheri@yahoo.com

\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور تهران

hossein\_alekajbaf@yahoo.com

\*\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور تهران

mojtaba.babaee@gmail.com

\*\*\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور تهران

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۴/۰۱

تاریخ پذیرش: ۹۲/۰۷/۰۳

## مقدمه

پرونده توماس لوبانگو دیالو<sup>۱</sup> (زین پس؛ لوبانگو)، رهبر پیشین اتحادیه میهن پرستان کنگویی و فرمانده ارشد شاخه نظامی این اتحادیه، اولین پرونده در رابطه با درگیری‌های مسلحانه گروههای شورشی در جمهوری دموکراتیک کنگو (زین پس؛ کنگو) است که پیش روی دیوان کیفری بین‌المللی (زین پس؛ دیوان کیفری یا دیوان) گشوده شده است. لوبانگو در این پرونده متهم به «خدمت‌گرفتن و سربازگیری کودکان کمتر از ۱۵ سال برای اهداف جنگی در مخاصمات مسلحانه» کنگو است،<sup>۲</sup> که این عمل مقررات ماده ۸(۲)(e) از اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (زین پس؛ اساسنامه) را نقض کرده است.<sup>۳</sup> دادستان دیوان کیفری بین‌المللی (زین پس؛ دادستان) برای شناسایی و اثبات جرایم ارتکابی لوبانگو از خدمات افراد یا سازمان‌هایی بهره می‌گیرد که از آنها در این پرونده تحت عنوان «میانجی»<sup>۴</sup> یاد می‌شود. میانجی از همکاران غیررسمی دادستان در اثبات جرم است که در پرونده لوبانگو نقش فعالی داشته است. نقش میانجی، توسط برخی از متخصصان برای کمک به دادستان در شناسایی شهود و ارتباط برقرار کردن با آنها ایفا می‌شود. میانجی معمولاً نهاد یا شخصی است که در زمینه کشف جرم و کمک به قربانیان با دادستان و یا دیوان کیفری همکاری دارد.<sup>۵</sup> در عین حال که جایگاه میانجی در اساسنامه تعریف نشده، ولی بر اساس ماده ۶۸ اساسنامه و به موجب رویه دیوان کیفری<sup>۶</sup> میانجی از حمایت‌های لازم برای حفظ امنیت شاهد برخوردار است، مشروط به اینکه او نیز در شرایط مشابه با وضعیت شاهد قرار گیرد. لذا هویت میانجی از این حیث مشمول حمایت قرار می‌گیرد و دادستان تلاش می‌کند که هویت وی را مخفی نگه دارد. لیکن این حمایت بر اساس ماده ۶۸ اساسنامه مطلق نیست.<sup>۷</sup> دیوان کیفری از اعطای ابزارهای حمایتی منجر به تحدید یا متعارض با حقوق متهم و اصول

1. Thomas Lubanga Dyilo

2. Prosecutor v. Lubanga, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – 2842, TC, 14 March 2012.

۳. جهت مطالعه بیشتر، ر.ک: فاخری، نریمان؛ جواد صالحی، «رویه شعب بدوى و تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی در اصلاح اتهامات لوبانگو: از همانگی تا تعارض میان آینین‌نامه دیوان با اساسنامه رم»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۱، ۱۳۹۳، صص. ۱۸۴ – ۱۸۵.

4. Intermediary

5. Prosecutor v. Lubanga, Redacted Decision on Intermediaries, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – 2434 – Red2, 31 May 2010, para. 15.

6. Prosecutor v. Katanga, Appeals Chamber Judgment, Case No. ICC – 01/04 – 01/07 – 474, OA, 13 May 2008, paras 43 – 46.

۷. جهت مطالعه بیشتر، ر.ک: صالحی، جواد، «آثار بزه‌دیده‌شناسی بر حق مشارکت بزه‌دیده در تحقیقات مقدماتی در پرتو رویه دیوان بین‌المللی کیفری»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۲، ۱۳۹۴، صص. ۲۶۵ – ۲۶۶.

دادرسی منصفانه خودداری می‌کند. بر این اساس، حق میانجی فرع بر حقوق متهم است که بر اساس محتویات اساسنامه شکل گرفته است؛ چرا که با توجه به معیارهای دادرسی عادلانه ترجیح داده می‌شود که میانجی در جلسات دادرسی شرکت کند تا اینکه متهم هویت او را شناسایی کند، دلایل مطرح شده توسط او را مشاهده و استماع نماید و به پرسش مستقیم از او پردازد. مطالعه پرونده لویانگو نشان می‌دهد که میانجی، فرد یا سازمانی است<sup>۱</sup> که قربانیان جرم را به دیوان کیفری معرفی می‌کند، به نمایندگی از دادسرا با قربانیان و شهود تماس می‌گیرد، عنداللزوم با قربانیان و شهود به مصاحبه می‌پردازد، امنیت قربانیان در معرض خطر به خاطر همکاری با دادستان را تأمین می‌کند و در موقع لازم راجع به حقوق قربانیان، شهود و وظایف دیوان اظهارنظر می‌کند.<sup>۲</sup> به دلیل وضعیت فوق العاده حساس میانجی، دادستان تکلیف دارد که حمایت از امنیت او را در اولویت وظایف خود قرار دهد، بدین معنا که دادستان تلاش کند تا هویت میانجی از متهم مخفی بماند. لیکن برداشت‌های قضات شعبه بدوى دیوان کیفری بین‌المللی (زین‌پس؛ شعبه بدوى) از الزامات دادرسی عادلانه، دادستان را در موقعیتی قرار می‌دهد که به دستور دیوان به افسای هویت میانجی و شرکت دادن وی در جلسات دادرسی بپردازد تا اینکه شرایط محکمه عادلانه متهم فراهم شود. این شرایط به اعتقاد دادستان به شدت جایگاه میانجی را تضعیف می‌کند و همکاری وی را در آینده تحت الشاعع قرار می‌دهد، مگر اینکه زمینه برای تعادل میان حقوق میانجی و متهم فراهم شود بهنحوی که هم معیارهای دادرسی عادلانه فراهم شود و هم اینکه هویت میانجی برای متهم شناسایی نشود. لیکن پرونده لویانگو از این حیث دچار تندری هایی می‌شود که در نهایت شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی (زین‌پس؛ شعبه تجدیدنظر) آن را به باد انتقاد می‌گیرد و دادرسی را به حالت تعادل خود بر می‌گرداند.

این نوشتار در صدد است که با مطالعه موردی پرونده لویانگو و با تکیه بر مقررات اساسنامه، قانون آیین دادرسی و ادله، لواح متهمن، دادستان و آرای دیوان کیفری در شعب بدوى و تجدیدنظر، به تحلیل ابعاد مختلف این موضوع پردازد و چشم‌انداز روشی از رویه شعب بدوى و تجدیدنظر دیوان کیفری در برخورد با اولویت دادن به حقوق متهم یا میانجی و تأثیر آن بر دادرسی عادلانه در این پرونده ارائه کند.

1. Baylis, Elena, "Outsourcing Investigations", UCLA Journal of International and Foreign Affairs, vol. 14, 2009, p. 121.
2. Registry of International Criminal Court, Project to define policies governing relations between the ICC and intermediaries, 11 May 2010, Available At: <http://www.scribd.com/doc/33127686/Draft - ICC - Policy - on - Intermediaries - 2010 - En - 1>.

## ۱. ضرورت حمایت متعادل از حقوق میانجی و متهم

شاهد عینی بر اساس موازین حقوق بشردوستانه بین‌المللی، عنصر اساسی تحقیق و کشف جرم است و نقش سازنده‌ای در فرایند رسیدگی دیوان کیفری ایفا می‌کند. مروری بر تاریخ دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق نشان می‌دهد که شاهد عینی از دلایل مهم و گاهی اوقات تنها دلیل موجود برای تحقیق در جنایات بین‌المللی است. به عنوان مثال، دادگاه یوگسلاوی سابق از سال ۲۰۰۰ تا ۲۰۰۱ طی ۸ محاکمه به استماع اظهارات بیش از ۵۵۰ شاهد از ۳۰ کشور متفاوت پرداخته است. حقیقت تلحی وجود دارد که در جرایم جنگی، جایجایی گسترده‌ای از انسان‌ها در تعداد بالا صورت می‌گیرد که منجر به سختی استقرار شهود می‌گردد. ضمن اینکه وضعیت‌هایی است که جرایم در صلاحیت دیوان کیفری در آن صورت می‌گیرد، عمدتاً وضعیت‌هایی است که با فرآیندهای قضایی و پلیسی ناسازگار است که باید به حفظ و جمع‌آوری دلایل بپردازند. این روند باعث تأخیر در طرح و تعقیب اتهامات در دیوان کیفری بین‌المللی می‌شود. شاهد عینی معمولاً تنها شاهد قابل قبولی است که باقی می‌ماند. لذا ضروری است که برای حفظ نقش شاهد عینی در ادای شهادت برای به اجراء گذاشتن حقوق بین‌الملل کیفری،<sup>۱</sup> سازوکارهای حمایتی خاصی برای حفظ امنیت وی در اساسنامه و مقررات دیوان، در نظر گرفته شده باشد؛ زیرا «تحقیق عدالت کیفری در گرو تدوین، عرضه و رعایت دقیق قوانین شکلی است».<sup>۲</sup> اگرچه بهترین راه حمایت از شاهد، سری بودن تحقیق و عدم افشای هویت وی است،<sup>۳</sup> ولی این مسئله نقطه شروع درگیری و تنش میان اقدامات حمایتی از شاهد و حقوق متهم در برخورداری از دادرسی منصفانه است. یکی از مؤلفه‌های دادرسی عادلانه، اعطای فرصت و امکانات لازم به متهم برای رفع اتهام از خود،<sup>۴</sup> و یکی از مصادیق این امکانات، فرصت مواجهه حضوری با شاهد و سؤال مستقیم از او<sup>۵</sup> می‌باشد. امکان پرسش متهم از شهود مخالف، از الزامات حقوق دفاعی وی است<sup>۶</sup> و شرط استماع شهادت، حضور شاهد در جلسات دادرسی است.<sup>۷</sup>

۱. رضوی‌فرد، بهزاد، حقوق بین‌الملل کیفری، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۰.

۲. آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۳.

۳. والین، لوک، «قربانیان و شهود در حقوق بین‌الملل از حق حمایت تا حق بیان»، ترجمه توکل حبیب‌زاده و مجتبی جعفری، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۳۴، ۱۳۸۵، ص. ۴۲.

۴. آشوری، محمد، آینین دادرسی کیفری، جلد دوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۵، ص. ۱۱۴.

۵. رک ماده ۶۷(۱) اساسنامه.

۶. آشوری، محمد، «نگاهی به حقوق دفاعی متهم در حقوق اساسی و قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۳، ۱۳۷۸، ص. ۳.

۷. خالقی، علی، آینین دادرسی کیفری، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۰.

در عین حال، فقدان حمایت مناسب از شاهد ممکن است منجر به عدم تمایل وی به همکاری با دادستان در مرحله جمع‌آوری دلایل یا حتی مراحل بعد از آن شود، تا جایی که دادستان را در دست‌یابی به دلایل مثبت جرم ناکام بگذارد. علاوه بر این، چنین شاهدی ممکن است برای ارائه مدارک دروغ یا انحرافی تحت فشار دیگران قرار گیرد. دلایل زیادی وجود دارد که شاهد از ادای شهادت در جلسات دادرسی علنی اکراه دارد؛ اعم از اینکه در معرض تهدیدهای بالقوه علیه امنیت خود یا خانواده خود باشد، از مرور خاطرات گذشته یا طرح پرسش‌های ناخوشایند اکراه داشته باشد، از تأمین هزینه‌های رفت‌وآمد به دیوان عاجز باشد یا از تأثیرهای روحی و روانی جو دیوان بر سلامت خود پرهیز داشته باشد.

این شرایط در حالی است که اثبات جرم در دیوان کیفری عمده با دلایل ارائه شده از سوی شهود صورت می‌پذیرد<sup>۱</sup> و ناتوانی دادستان در کسب رضایت شهود برای حضور در دادرسی و ادای شهادت، شانس وی را در پیشبرد پرونده کاهش می‌دهد. به همین دلیل ماده ۶۸ اساسنامه تلاش کرده است که حق شاهد و قربانی جرم را در حمایت از امنیت، سلامت روحی و روانی، کرامت و حریم خصوصی وی به رسمیت بشناسد.<sup>۲</sup> در حالی که اساسنامه در برخی از مواد به حق پرسش متهم از شاهد اشاره کرده،<sup>۳</sup> ولی تکیه‌گاه تعادل میان حقوق متهم و حقوق شاهد، همان استانداردهای «محاکمه عادلانه» است. لیکن استفاده از تضمین‌های حداقلی ماده ۶۷ اساسنامه، زمینه ایجاد دادرسی عادلانه نسبی و نه مطلق را فراهم می‌کند و لذا هیچ گونه اقدامات حمایتی مشخصی وجود ندارد که برای شهود در هر محاکمه‌ای همیشه مناسب و ضروری باشد. اقدامات حمایتی در شرایط یک محاکمه، ممکن است به ضرر متهم باشد، در حالی که در محاکمه دیگر همان اقدامات حمایتی ممکن است منافع متهم را تأمین کند. به همین نحو ممکن است نیازهای شهود و میانجی در هر محاکمه‌ای متفاوت باشد. لذا اعمال تعادل میان حقوق طرفین باید بر اساس معیارهای شخصی و نه عینی صورت گیرد.

ماده (۲) ۶۴ اساسنامه، دیوان کیفری را عهده‌دار محاکمه عادلانه و بدون تأخیر می‌سازد، به‌نحوی که در آن به حقوق متهم و همین طور حمایت از شهود توجه کافی

۱. جهت مطالعه بیشتر رک. صالحی، جواه، «توسعه دادرسی عادلانه در پرتو رویه قضایی دادگاه کیفری بین‌المللی با مطالعه موردی پرونده توماس لویانگو دیالو»، رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه پیام نور مرکز، ۱۳۹۳.

۲. ر.ک. ماده (۱) ۶۸ اساسنامه.

۳. ر.ک. ماده (۱) ۶۷ اساسنامه.

شود. بنابراین دیوان کیفری بین‌المللی دارای مسئولیت و صلاحیت در تعیین این مسأله است که در هر محاکمه «چه اقدامات حمایتی ضروری و مناسب است». در همین زمان دادستان نیز باید متوجه خطرات پیش روی شهود و میانجی باشد. دادستان تعهد دارد که این خطرات را در مراحل تحقیقات و پیش از محاکمه مدنظر قرار دهد و آنچه از اقدامات حمایتی در رابطه با شهود و قربانیان که لازم است را عملیاتی کند،<sup>۲</sup> بدون اینکه منجر به تحديد یا تعارض با حقوق متهم و دادرسی عادلانه شود.

دیوان بر اساس ماده ۶۸(۴) اساسنامه با واحد حمایت از شهود و قربانیان به مشورت می‌پردازد، به تقاضاهای هریک از طرفین توجه می‌کند و همه اطلاعاتی که قضات به آن نیاز دارند را قبل از هر نوع تصمیم‌گیری در رابطه با اینکه چه اقدامات حمایتی باید صورت گیرد، مدنظر قرار می‌دهد. این اقدامات حمایتی<sup>۳</sup> ممکن است شامل استفاده از حروف اختصاری برای اسمی شهود در احکامی که انتشار می‌یابند، تغییر صدا و چهره ظاهری شهود در زمان ادای شهادت، دادرسی غیر علنی، گمنامی شهود<sup>۴</sup> و ادای شهادت با ابزارهای ضبط صوت یا تصویربرداری<sup>۵</sup> باشند.

یکی از ابعاد چالش برانگیز مرحله تحقیقات در پرونده لوبانگو، شهادت ۶ نفر از کودک سربازان سابق بود که با اسم مستعار به ادای شهادت پرداختند.<sup>۶</sup> ماده ۶۸(۲) اساسنامه اجازه جلسات دادرسی غیر علنی را در شرایط کودک بودن قربانی یا شاهد داده است، مگر اینکه دیوان کیفری بین‌المللی با توجه به شرایط قربانیان یا شهود، تصمیم دیگری در این رابطه بگیرد. اساسنامه به وضوح تصریح کرده است که این الزام یک استثناء بر حق متهم به برخورداری از دادرسی علنی است.<sup>۷</sup> این تبعیض و محرومیت بالقوه نسبت به حق متهم در برخورداری از دادرسی علنی و سؤوال از شهود ناشی از ماده ۶۸(۲) اساسنامه است. با وجود این در شرایط خاص، اجرای اقدامات حمایتی نیز الزامی است. کما اینکه در دسامبر ۲۰۱۰ شاهد شماره ۱۵ در پرونده

۱. رضوی‌فرد، بهزاد؛ و حسن فقیه‌محمدی، «تکامل حقوق بزهیده‌گان از منظر مقررات موضوعه دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۴۵، ۱۳۹۰، ص. ۲۰۵.

۲. ر.ک. ذیل ماده ۶۸(۱) اساسنامه.

۳. جهت مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: فقیه‌محمدی، حسن، جایگاه بزهیده‌گان و شهود در اسناد و رسیدگی‌های دیوان کیفری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد تهران مرکزی، ۱۳۹۰، ص. ۹۹.

۴. ر.ک. مواد ۸۷(۳) و ۸۸ قانون آینین دادرسی و ادله.

۵. ر.ک. ماده ۶۹(۲) اساسنامه.

6. Prosecutor v. Lubanga, Transcript of Hearing, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 – T

- 29 - EN, 3 November 2006, p. 6.

۷. ر.ک. ماده ۶۸(۲) اساسنامه.

لوبانگو با این ادعا که مورد تهدید و در شرایط رعب و وحشت قرار گرفته است، شهادت خود را پس گرفت؛ اگرچه شهادت او در جلسه غیرعلنی استماع شده بود.

مقررات اساسنامه ابزارهای حداقلی به منظور تضمین محاکمه منصفانه متهم را در نظر گرفته است که باید در همه موارد به اجرا گذاشته شود. برقراری تعادل میان حمایت از متهم و حمایت از میانجی، در صلاحیت دیوان کیفری است که باید این اقدامات حمایتی را بر اساس شرایط خاص موجود در هر پرونده نسبت به متهم و میانجی اعمال شود. لیکن این نگرش، حقوق میانجی را تا جایی رعایت می‌کند که در تعارض با حقوق متهم در برخورداری از محاکمه عادلانه نباشد.<sup>۱</sup> از این حیث پرونده لوبانگو اولین تجربه دیوان کیفری است.

## ۲. تندروی شعبه بدوي در اولویت دادن به حقوق متهم تا مرز توقف دادرسی

پس از اعتراض لوبانگو به دلایل ارائه شده از سوی دادستان علیه خود، قضات وضعیت میانجی و شهود حاشیه‌دار معرفی شده از سوی دادستانی را مورد ارزیابی دقیق قرار دادند.

پس از اثبات وجود تعارض در اظهارات شهود، قضات به این نتیجه رسیدند که شهود معرفی شده از سوی میانجی به اندازه کافی قابل اعتماد نیستند. متعاقب این مسأله، میزان وثوق میانجی به چالش کشیده شد.<sup>۲</sup> ادعاهایی که در این زمینه صورت گرفته بود، بسیار جدی بود. ادعا شده بود که شهود عامل‌آ در مورد سن خود، تاریخ سربازگیری به عنوان کودک سرباز و نحوه ملحقت شدن به نیروهای نظامی تحت امر لوبانگو دروغ گفته‌اند.<sup>۳</sup> تا حدی که به یک تعبیر آنها در زمان سربازگیری کودک نبوده‌اند یا اینکه به نیروهای تحت امر لوبانگو ملحق نشده‌اند. حتی در برخی موارد فرینه‌هایی به دست آمد که میانجی از وابستگان به گروههای مبارزاتی رقیب لوبانگو است و شهود را برای شهادت دروغ تحریک کرده است. بر این اساس دیوان در ۳۱ می ۲۰۱۰ رأی خود را راجع به میانجی صادر کرد.<sup>۴</sup>

قضات دیوان به دادستان دستور دادند که با رعایت اقدامات حمایتی لازم، اطلاعات محترمانه راجع به نام و دیگر مشخصات هویتی میانجی را به متهم افشا کند.

پس از مذکوره با قربانیان واحد حمایت از شهود و قربانیان دیوان کیفری بین‌المللی (زین‌پس؛ واحد حمایت از شهود و قربانیان) اقدامات حمایتی از میانجی صورت گرفت.

1. Victim's Rights Working Group Comments on the Role and Relationship of 'Intermediaries' with the International Criminal Court, 6 February 2009, p. 5.
2. Prosecutor v. Lubanga, Transcript of Hearing, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - T - 236 - ENG WT, 27 January 2010, p. 20.
3. Prosecutor v. Lubanga, Redacted Decision on Intermediaries, Op. cit., para. 21.
4. Ibid, para. 22.



دیوان در این شرایط به موجب ماده ۶۴ اساسنامه اقدامات احتیاطی را مدنظر قرار داد. این اقدامات به منظور آن بود که دیوان از اعمال معیارهای محاکمه عادلانه و در عین حال حمایت از امنیت میانجی مطمئن شود. زمانی که دیوان متوجه شد که اجرای این اقدامات حمایتی نیاز به فرصت زیادی دارد، ترجیح داد به جای انتظار برای اجرای اقدامات حمایتی، حکم به افشاگری میانجی را فقط نسبت به تعداد محدودی از وکلای مدافع متهم اجرا نماید.<sup>۱</sup> از این رو، دیوان ترجیح داد که دادرسی بدون تأخیر ادامه یابد، در حالی که دادستان با این سرعت عمل دیوان مخالف بود و تأکید داشت که میانجی باید قبل از افشاگری مورد حمایت قرار گیرد.

میانجی اقدامات حمایتی مدنظر دیوان را ناکافی و نیازمند تغییراتی بنیادی دانست.<sup>۲</sup> از این رو دادستان مهلت بیشتری برای اجرای اقدامات حمایتی جدید درخواست کرد. لیکن دیوان با رد اعطای مهلت اضافی ضمن تعديل رأی الزام به افشاگری میانجی، مجدداً به دادستان دستور داد که «... اطلاعات هویتی میانجی مذکور باید به طور کامل در اختیار متهم قرار گیرد. ... اطلاعات نباید جز در مورد فرد میانجی مذکور باشد، ... انتشار این اطلاعات به دیگر افراد ممنوع است و نباید هیچ اقدام تحقیقاتی دیگری روی این اطلاعات افشاگری صورت گیرد.»<sup>۳</sup> دادستان در واکنش به موضوع گیری دیوان اظهار داشت که اگر طرفداران لوبانگو، میانجی را به خاطر همکاری با دادستان در شناسایی قربانیان و شهود به عنوان خائن معرفی کند،<sup>۴</sup> افشاگری هویت وی او را در معرض خطر مرگ قرار می‌دهد؛ چرا که افشاگری هویت، بهترین فرصت برای گروه بزرگوار است تا با شناسایی وی در مقام انتقام بر آیند.<sup>۵</sup> دیوان این استدلال را نپذیرفت و افشاگری هویت میانجی را برای ادامه دادرسی لوبانگو امری ضروری دانست.

دادستان با علم به تعهداتش در تبعیت از دستورات دیوان استدلال کرد که ذیل ماده ۶۸ اساسنامه برای او تعهد مستقلی در حمایت از میانجی ایجاد کرده است که باید مد نظر وی قرار گیرد.<sup>۶</sup> علاوه بر این دادستان تأکید کرد که حمایت از مخفی ماندن

1. Ibid, paras. 23 – 25.

2. Prosecutor v. Lubanga, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time – Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Op. cit., para. 3.

3. Ibid, para. 6.

4. Ibid, para. 7.

۵. رؤوفیان، حمید؛ ابوالفضل حسنزاده‌محمدی، «حمایت از شهود در چالش با حقوق دفاعی متهم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۱، ۱۳۸۹، ص. ۹۸.

6. Prosecutor v. Lubanga, Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time – Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or alternatively to Stay

هویت میانجی با حقوق متهم در تعارض نیست و محاکمه عادلانه وی را مخدوش نمی‌سازد. لیکن دیوان اعلام کرد که ادامه خودداری دادستان از تعییت از دستور دیوان بر لزوم افشاری هویت میانجی نشان می‌دهد که دادستان بر اساس ماده ۶۸ اساسنامه برای خود استقلالی را فرض کرده است که به موجب آن از اجرای دستورات دیوان خودداری می‌نماید. در حالی که بر اساس مقررات اساسنامه، زمانی که دیوان به بررسی پرونده‌ای می‌پردازد، این شعبه رسیدگی‌کننده است که «... به عنوان تنها رکن دارای اختیار صدور رأی یا تغییر اقدامات حمایتی در رابطه با اشخاصی است که به خاطر همکاری با دادستانی یا دیوان در معرض خطر قرار می‌گیرند.»<sup>۱</sup> مقررات اساسنامه مسئولیت نهایی در تأمین عدالت و انصاف در حق متهم را به دیوان واگذار کرده است و این مسئولیت قابل واگذاری به غیر و یا قابل سلب از دیوان نیست. به منظور اطمینان از اینکه متهم برخوردار از دادرسی منصفانه باشد، لازم است که دستورات دیوان مورد احترام واقع شود. از این رو دادستان هیچ استقلالی در سرپیچی از دستورات دیوان ندارد.

تحت این شرایط، اگرچه ماده ۶۸ اساسنامه در زمان تحقیق و تعقیب جرایم برای دادستان تعهدات حمایتی در نظر گرفته است، اما مسئولیت اصلی آن بر عهده دیوان است که اطمینان حاصل نماید که متهم از دادرسی منصفانه برخوردار باشد. این در حالی است که دادستان با تفسیر خود از این ماده اطمینان یافته است که تعییت از دستورات دیوان در تعارض با دیگر تعهدات وی است. در این شرایط دیوان به این نتیجه می‌رسد که تا وقتی که این شرایط ادامه دارد، دادرسی منصفانه متهم امکان عملی ندارد و زمینه عدالت محقق نمی‌شود؛ چرا که قصاص دیوان، کنترل این جنبه خاص از محاکمه را از دست داده‌اند. دیوان با اعلام اینکه دادستان تعهدات اساسی خود را نقض کرده است و در این شرایط تضمین دادرسی منصفانه برای متهم ممکن نیست، در مورخ ۸ جولای ۲۰۱۰ دادرسی را متوقف می‌کند، با این قيد که «... توقف دادرسی الزاماً مؤقت یا مشروط نمی‌باشد و احتمال ادامه دادرسی در آینده نامعلوم است».<sup>۲</sup>

→ Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – 2515, 7 July 2010.

1. Prosecutor v. Lubanga, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time – Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Op. cit., para. 23.

2. Prosecutor v. Lubanga, Transcript of Hearing, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – T – 314 – ENG ET WT, 15 July 2010, p. 20.



### ۳. اعتراض دادستان و رویکرد شعبه تجدیدنظر دیوان بر ادامه دادرسی

دادستان در مرحله تجدیدنظرخواهی از رأی توقف دادرسی لوبانگو استدلال می‌کند که اولاً رفتار وی سرپیچی از دستورات دیوان نبوده است و ثانیاً وی در حمایت از شهود، همانند دیگر ارگان‌های دیوان دارای مسئولیت است و لذا دیوان در اقدام یکجانبه نسبت به موضوع حمایت از میانجی به خطا رفته است. دادستان با این رویکرد نتیجه می‌گیرد که رأی دیوان مبین «برداشت غلطی از جایگاه حقوقی و وظیفه حمایتی دادستان مطابق اساسنامه و حق او در برخورداری از امکانات و زمان و مناسب برای ارائه نگرانی‌های خود به دیوان می‌باشد».<sup>۱</sup> چرا که در زمان تقاضای او از دیوان برای به تأخیر انداختن و بازنگری در نوع اقدامات حمایتی از میانجی پافشاری او برای ارائه دیدگاه‌هایش تلقی بر مخالفت وی با اقتدار دیوان برداشت شده است. لذا هرگز به وی فرصت اظهار نگرانی‌هایش در زمینه خطرات امنیتی نسبت به افشای هویت میانجی داده نشده است. دادستان تأکید می‌کند که شتاب دیوان در صدور رأی یکجانبه نسبت به موضوع حمایت از میانجی در حالی صورت گرفته که حمایت از میانجی از مسئولیت‌های مشترک دادستان، واحد حمایت از شهود و قربانیان و دیوان است.

دادستان مدعی است که او حق دارد به رأی دیوان اعتراض نماید تا اینکه تجدیدنظری در این رأی صورت گیرد و از گزینه‌های جایگزین از جمله پس گرفتن دلایل، تشریح بیشتر وقایع و اصلاح اتهامات استفاده گردد تا مخالفت او با این رأی برطرف شود.<sup>۲</sup> دستور افشای هویت بدون اینکه به دادستان اجازه داده شده باشد که گزارش جدید کار خویش را در زمینه قراردادهای محترمانه با میانجی ارائه کند، از سوی دیوان اصلاح شده است. دادستان به تصمیم فوری و یکجانبه دیوان اعتراض دارد، چرا که دیوان به مشورت با نهادهای مرتبط نپرداخته و از اطلاعات آنها استفاده نکرده است. دیوان وظیفه دارد که به بررسی فرضیه‌های متفاوت در رابطه با امنیت میانجی بپردازد و سپس نتیجه بگیرد که آیا تصمیم افشای محدود هویت میانجی صحیح است. دادستان ضمن استناد به مقررات اساسنامه استدلال می‌کند که او در حمایت از شهود دارای صلاحیت مستقل است و به این لحاظ «دیوان در تلقی اینکه در حمایت از شهود دارای صلاحیت انحصاری می‌باشد، به خطا رفته است».<sup>۳</sup> دادستان با ادعای اینکه دیوان

1. Prosecutor v. Lubanga, Prosecution's Document in Support of Appeal against Trial Chamber I's decision of 8 July 2010 to stay the proceedings for abuse of process, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - 2544 - Red, 30 July 2010, para. 2.
2. Ibid, para. 17.
3. Ibid, para. 66.

در این رابطه به عدالت تصمیم نگرفته است، برای تقویت استدلال خود به طور خاص به ماده (۱) ۶۸ اساسنامه اشاره می‌کند که در رابطه با شهود تنظیم شده است. دادستان علاوه بر این به نقل قولی از شعبه تجدیدنظر در رابطه با احتمال اشتباہ‌پذیری کمتر در کارهای گروهی اشاره می‌کند که «مشورت، همکاری و توصیه از اجزاء اطمینان بخشی است که قضاط را از خطرپذیری مصون نگه می‌دارد».<sup>۱</sup>

با این اوصاف، شعبه بدوى از منظر دادستان از صلاحیت جامع و غیرقابل کنترلی برای موضوعات حمایتی از میانجی برخوردار نمی‌باشد. خطرات ناشی از افشاء فوری با منافع احتمالی آن سنجیده نمی‌شود، چرا که افشاء هویت الزاماً موجب تسريع دادرسی نمی‌شود. واقعیت این است که افشاءی که به موجب آن استفاده از هویت میانجی برای مقاصد تحقیقاتی منع می‌شود، به ادعای دادستان مانند این است که «... میانجی پس از رفع این مانع، مجدداً برای ادای شهادت فرا خوانده شود»<sup>۲</sup> چرا که وكلای متهم با شناسایی میانجی به زوایای پنهانی دست یافته‌اند که در اولین فرصت در پی کشف و طرح آنها خواهند بود. اجرای کامل اقدامات حمایتی پس از رفع موانع احتمالاً برای متهم بسیار مؤثر است، چرا که باعث طرح سئوالات زیادی از سوی وی می‌شود که در نهایت منجر به از دست رفتن فرصت برای رسیدگی به اصل اتهام وی می‌گردد. علاوه بر این تأخیر کوتاه مدت ناشی از اعمال اقدامات حمایتی نسبتاً ناچیز است و محدود به حداقل یک یا دو هفته است و برای محاکمه‌ای که معمولاً ۱۸ ماه طول می‌کشد، این مدت زیاد نیست، افزون بر اینکه صدمه‌ای که از عدم افشاء هویت میانجی به متهم وارد می‌شود و همین طور تأخیر کوتاهی که در محاکمه صورت می‌گیرد، قبل توجه نیست. در واقع منطقی نیست که امنیت میانجی را برای جلوگیری از مختصر تأخیری در محاکمه لوبانگو به خطر بیاندازیم.

شعبه تجدیدنظر در قبال تجدیدنظرخواهی دادستان اعلام می‌کند که روند دادرسی قبل از توقف دادرسی قابل تجدیدنظرخواهی نمی‌باشد. فی الواقع شعبه تجدیدنظر با این موضع گیری از ورود به مسئله حقانیت دادستان در حمایت از میانجی یا متعارض نبودن آن با حقوق متهم خودداری می‌کند. بنابراین شعبه تجدیدنظر بدون اینکه به ارزیابی دلایل سرپیچی دادستان از دستورات دیوان بپردازد، و بدون اینکه به شعبه بدوى توصیه کند که چگونه اعتراض‌های احتمالی در زمینه اجرای دستورات دیوان را مدیریت کند، تنها سعی می‌کند از اختیارات خود برای بررسی موضوعات ناشی

1. Ibid, para. 60.

2. Prosecutor v. Lubanga, Transcript of Hearing, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 – T - 312 - ENG FT WT, 7 July 2010, p. 12.

از دستور شعبه بدوی در الزام به افشای هویت میانجی استفاده نماید. در عین حال شعبه تجدیدنظر رأی خود را به شکلی تنظیم می‌کند که در برگیرنده دستورالعمل‌هایی برای شعبه بدوی و دادستان باشد. لذا شعبه تجدیدنظر خود را به بررسی وضعیت امتناع دادستان از اجرای دستورات دیوان و اینکه آیا توقف دادرسی پاسخ مناسبی به این وضعیت بوده است، محدود می‌سازد. شعبه تجدیدنظر در ابتدا تصريح می‌کند که «... زمانی که اختیارات قضات بر طرفین دعوا در شرایط محاکمه، هیچ یک از اختیارات قانونی دادستان را نفی نمی‌کند، در صورت وجود اختلاف میان برداشت‌های دادستان از وظایف خود و اجرای دستورات دیوان، دسته دوم یعنی به اجرا گذاشت دستورات دیوان ارجحیت دارد ...».<sup>۱</sup> لذا دستورات دیوان الزام‌آور است، مگر اینکه که از سوی شعبه تجدیدنظر معلق، نقض یا با تصمیم صحیح تغییر داده شود. اهمیت اجرای این دستورات تا جایی است که حتی استناد به مقررات ذیل ماده ۶۸ اساسنامه باعث نمی‌شود که دادستان از دستورات دیوان تعیین ننماید. زمانی که ماده ۶۸ اساسنامه در پرتو مسئولیت دیوان برای تضمین دادرسی عادلانه قرائت می‌شود، شعبه تجدیدنظر با صراحة اعلام می‌کند که «وظایف دادستان فرع بر اختیارات دیوان است»<sup>۲</sup> و این ناشی از الزامات و تعهدات دیوان کیفری در ایجاد محاکمه عادلانه است.

قضات شعبه تجدیدنظر سپس به عملکرد شعبه بدوی در صدور رأی توقف دادرسی ایراد می‌گیرند و اعلام می‌کنند که «... توقف دادرسی راهکاری استثنایی و مؤثر است که می‌تواند هدف محاکمه برای کسب عدالت را خنثی کند.»<sup>۳</sup> شعبه تجدیدنظر اعلام می‌کند که توقف دادرسی تنها زمانی گزینه مناسب است که محاکمه عادلانه به دلیل نقض حقوق اساسی مظنون یا متهم به وسیله کسانی که به او اتهام وارد کرده‌اند، ممکن نباشد و این مسأله با به محاکمه کشیدن فرد در مغایرت باشد. تحت این شرایط اگر اعمال دادرسی منصفانه ممکن نباشد، هدف رسیدگی قضایی از بین می‌رود و این رسیدگی باید متوقف شود. اما مسأله این است که شعبه تجدیدنظر اعتقاد دارد که «شعبه بدوی هنوز کنترل دادرسی را از دست نداده است.»<sup>۴</sup> چراکه شعبه بدوی قبل از توصل به این حربه، گزینه‌های متفاوتی از جمله جریمه نقدی را

1. Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled ‘‘Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time – Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – 2582.OA18, 8 October 2010, para. 48.
2. Ibid, para. 50.
3. Ibid, para. 55.
4. Ibid, para. 59.

براساس ماده ۷۱ اساسنامه<sup>۱</sup> در اختیار داشته است، تا بتواند دادستان را مطیع خود سازد و به تبع آن کنترل دادرسی را در اختیار بگیرد. در حقیقت شعبه بدوى با این برداشت نابجا که تحقق محاکمه عادلانه ناممکن شده است، دست به اعمال گزینه حداکثری زده است و از اختیارات خود فراتر رفته است.

تحت این شرایط، شعبه بدوى باید قبل از توقف دادرسی دست به اعمال مجازات‌های قانونی علیه دادستان می‌زد و مدت زمانی را برای مشاهده تأثیر آن تأمل می‌کرد و در صورت حاصل نشدن نتیجه مطلوب، اقدامات بعدی را دنبال می‌کرد. اگر شعبه بدوى این سلسله اختیارات را در پیش می‌گرفت، دادرسی عادلانه نیز سریع‌تر محقق می‌شد و منافع قربانیان و جامعه بین‌الملل نیز حاصل می‌گردید. شعبه تجدیدنظر، رأی توقف دادرسی از سوی شعبه بدوى را نقض می‌کند و شعبه بدوى را مکلف می‌سازد که راهکارهای جایگزین توقف دادرسی را بیازماید. اگرچه شعبه تجدیدنظر نسبت به مسأله حمایت از میانجی نفیاً یا اثباتاً موضع گیری نمی‌کند، لیکن با اولویت دادن به تشخیص دیوان در حمایت از میانجی و تمکین دادستان بر آن راه را برای ترجیح حقوق متهم بر حقوق میانجی باز می‌گذارد.

۱. کوشان، جعفر، جرایم علیه عدالت قضایی، انتشارات میزان، ۱۳۸۱، ص. ۲۰؛ و عابد، رسول، «مطالعه تطبیقی جرایم علیه عدالت کیفری در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۰.

## نتیجه‌گیری

پرونده توماس لوبانگو دیالو، اولین پرونده دیوان کیفری است که با چالش اولویت حقوق متهم یا حقوق میانجی نسبت به دیگری روبرو شده است. دادستان معتقد است که امنیت میانجی برای تعقیب متهم ارجح است و این ارجحیت هیچ صدمه‌ای به حقوق متهم در برخورداری از دادرسی عادلانه وارد نمی‌کند. لیکن قصاصات دیوان کیفری با استناد به وظیفه دیوان در تضمین معیارهای دادرسی عادلانه در حق لوبانگو، هیچ تردیدی به خود راه نمی‌دهند که حفظ حقوق متهم بر حقوق میانجی اولویت دارد و با نقض آن به دلیل فراهم نبودن معیارهای دادرسی عادلانه، می‌توان حتی دادرسی را متوقف کرد. لیکن شعبه تجدیدنظر بدون احساس نیاز برای بررسی صحت و سقم ادعاهای دو طرف راجع بر اولویت حقوق متهم بر حقوق میانجی صرفاً ابتدا و ظایاف دادستان را فرع بر تکالیف دیوان شناسایی و سپس توافق دادرسی را پاسخی نامناسب به رفتار دادستان در سرپیچی از دستورات دیوان ارزیابی می‌کند. شعبه تجدیدنظر نتیجه می‌گیرد که شعبه بدوفی در صدور رأی توافق دادرسی اشتباہ کرده است که قبل از آن به اعمال ابزارهای تنبیه‌ی برای اطاعت‌پذیری دادستان متولّ نشده است. با وجود این، شعبه تجدیدنظر نه تنها از بررسی دلایل سرپیچی دادستان خودداری می‌کند، بلکه از بررسی نقش صحیح نهاد حمایت از شهود و قربانیان در ارائه مشورت بهنگام به دیوان نیز صرف‌نظر می‌کند. علاوه بر این شعبه تجدیدنظر نسبت به موضوع امنیت میانجی و خطرات احتمالی ناشی از تجویز افشاء هويت او هیچ اشاره‌ای نمی‌کند و در رابطه با جایگاه آن نسبت به حقوق متهم موضع گیری نمی‌کند.

این سکوت در حالی است که شعبه تجدیدنظر باید گرینه‌ای مطمئن در برابر دیوان و دادستان قرار دهد تا از تکرار موارد مشابه در آینده جلوگیری شود. لیکن شعبه تجدیدنظر، بستر مناسبی را برای حل تعارض حقوق متهم و حفظ امنیت میانجی ایجاد نمی‌کند تا در آینده از همکاری میانجی احتمالی با دادستان یا دیوان کاسته نشود و امنیت میانجی محفوظ بماند، در عین حال که حقوق متهم نیز تضمین می‌شود. البته عدم ورود شعبه تجدیدنظر در مقوله ترجیح حقوق متهم بر حقوق میانجی یا بر عکس، ممکن است مهر تأییدی بر رویه شعبه بدوفی تلقی شود، خصوصاً اینکه شعبه تجدیدنظر تشخیص شعبه بدوفی را در اتخاذ نوع اقدامات حمایتی از میانجی بر تشخیص دادستان ترجیح داده و دادستان را موظف به تمکین از اقدامات شعبه بدوفی دانسته است.

با صرف نظر از موضع گیری متهم و شعبه بدوفی، به نظر می‌رسد که افشاء هويت میانجی در این پرونده ضرورت چندانی نداشته است و نباید با توافق دادرسی در قبال

آن واکنش نشان داده می‌شد، چرا که ۱) دادستان ولو اینکه متهم از او درخواست نکند، وظیفه دارد که از دخالت میانجی بر دلایل و تأثیرگذاری بر شهادت شهود جلوگیری کند؛ ۲) افشاری هویت میانجی به متهم تأثیر قابل توجهی بر ارزیابی دلیل در محکمه ندارد. دیوان تکلیف دارد که شهادت کلیه شهود را صرف نظر از اینکه آنها چگونه به این پرونده وارد شده‌اند، مورد ارزیابی قرار دهد. دیوان باید وثوق هر یک از شهود که از طریق میانجی به دادسرا معرفی شده‌اند را مورد بررسی قرار دهد. این دقت نظر ولو اینکه هویت میانجی افشا نشود نیز باید صورت گیرد؛ ۳) افشاری هویت میانجی به متهم نباید منجر به اخلال در روند تحقیقات از متهم شود. ولو بدون افشاری هویت میانجی، لازم است که متهم متقابلاً شهادت کلیه شهود معرفی شده توسط میانجی را پاسخ دهد. در این شرایط افشاری هویت میانجی تأثیر کمی خواهد داشت، زیرا متهم باید با ارائه دلائل متعارض استخراج شده از شهادت شهود و ارائه شهودی که از واقعیت مطلع هستند، بی‌اعتباری شهود معرفی شده توسط میانجی را اثبات کند و البته برای پیدا کردن شهود متعارض، متهم باید از هویت شخص شهود و نه میانجی مطلع باشد؛ ۴) متهم قصد داشت که با شناسایی هویت میانجی ثابت کند که او بر شهود معرفی شده به دادسرا تأثیر ناروایی گذاشته است. در حالی که ارتباط تأثیر ناروا میان میانجی و شهود معرفی شده به دادسرا مشهود است، زیرا متهم با استخراج تعارض‌های موجود در مفاد شهادت شهود توانسته است تأثیر ناروای میانجی بر شهود را برای دیوان اثبات کند؛ و ۵) با این اوصاف در پرونده لو班گو در عمل مشخص است که افشاری هویت میانجی در روند دادرسی تأثیری ندارد و در انجام وظایف دادسرا خللی وارد نمی‌کند. با قبول اینکه در این پرونده این نگرانی وجود دارد که با افشاری هویت میانجی، دیوان از اهداف متعالی خود در محکمه عاملان جنایات بین‌المللی منع می‌شود، لذا رعایت اقدامات متعادل حمایتی از امنیت میانجی به طریق اولی مخل معیارهای دادرسی عادلانه لو班گو نمی‌باشد.

مراجع

- آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، جلد دوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.

—، «نگاهی به حقوق دفاعی متهم در حقوق اساسی و قانون آین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۳، ۱۳۷۸.

—، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.

—، آین دادرسی کیفری، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۷.

—، رضوی فرد، بهزاد، حقوق بین‌الملل کیفری، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.

—، رضوی فرد، بهزاد؛ و حسن فقیه‌محمدی، «تکامل حقوق بزه‌دیده‌گان از منظر مقررات موضوعه دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۴۵، ۱۳۹۰.

—، «رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی در قبال فرایند آماده‌سازی شهود»، پژوهشنامه حقوق، شماره ۲، ۱۳۹۰.

—، رئوفیان، حمید؛ و ابوالفضل حسن‌زاده‌محمدی، «حمایت از شهود در چالش با حقوق دفاعی متهم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۱، ۱۳۸۹.

—، صالحی، جواد، «توسعه دادرسی عادلانه در پرتو رویه قضایی دادگاه کیفری بین‌المللی با مطالعه موردی پرونده توماس لوبانگو دیالو»، رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه پیام نور مرکز، ۱۳۹۳.

—، «آثار بزه‌دیده‌شناسی بر حق مشارکت بزه‌دیده در تحقیقات مقدماتی در پرتو رویه دیوان بین‌المللی کیفری»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۲، ۱۳۹۴.

—، عابد، رسول، «مطالعه تطبیقی جرایم علیه عدالت کیفری در نظام حقوقی ایران و انگلستان» پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.

—، فاخری، نریمان؛ و جواد صالحی، «رویه شعب بدوى و تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی در اصلاح اتهامات لوبانگو: از هماهنگی تا تعارض میان آین‌نامه دیوان با اساسنامه رم»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۱، ۱۳۹۳.

—، فقیه‌محمدی، حسن، جایگاه بزه‌دیده‌گان و شهود در استناد و رسیدگی‌های دیوان کیفری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد تهران مرکزی، ۱۳۹۰.

—، کوشان، جعفر، جرایم علیه عدالت قضایی، انتشارات میزان، ۱۳۸۱.

—، والین، لوك، «قریانیان و شهود در حقوق بین‌الملل از حق حمایت تا حق بیان»، ترجمه توکل حبیب‌زاده و مجتبی جعفری، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۳۴، ۱۳۸۵.

- 
- Baylis, Elena, "Outsourcing Investigations", UCLA Journal of International and Foreign Affairs, vol. 14, 2009.
  - Prosecutor v. Katanga, Appeals Chamber Judgment, Case No. ICC - 01/04 - 01/07 - 474, OA, 13 May 2008.
  - Prosecutor v. Lubanga, Decision on the consequences of non - disclosure of exculpatory materials covered by Article 54 (3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - 1401, 16 June 2008.
  - Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled "Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time - Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - 2582.OA18, 8 October 2010.
  - Prosecutor v. Lubanga, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - 2842, TC, 14 March 2012.
  - Prosecutor v. Lubanga, Prosecution's Document in Support of Appeal against Trial Chamber I's decision of 8 July 2010 to stay the proceedings for abuse of process, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - 2544 - Red, 30 July 2010.
  - Prosecutor v. Lubanga, Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time - Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - 2515, 7 July 2010.
  - Prosecutor v. Lubanga, Redacted Decision on Intermediaries, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - 2434 - Red2, 31 May 2010.
  - Prosecutor v. Lubanga, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time - Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Case No. ICC - 01/04 - 01/06 - 2517 - Red, 8 July 2010.

- 
- Prosecutor v. Lubanga, Transcript of Hearing, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – T – 314 – ENG ET WT, 15 July 2010.
  - Prosecutor v. Lubanga, Transcript of Hearing, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – T – 312 – ENG FT WT, 7 July 2010.
  - Prosecutor v. Lubanga, Transcript of Hearing, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – T – 236 – ENG WT, 27 January 2010.
  - Prosecutor v. Lubanga, Transcript of Hearing, Case No. ICC – 01/04 – 01/06 – T – 29 – EN, 3 November 2006.
  - Registry of International Criminal Court, Project to define policies governing relations between the ICC and intermediaries (Draft) (11 May 2010), Available At:  
<http://www.scribd.com/doc/33127686/Draft - ICC - Policy - on - Intermediaries - 2010 - En - 1>.
  - Victim's Rights Working Group Comments on the Role and Relationship of 'Intermediaries' with the International Criminal Court, 6 February 2009.

## تحلیل جرم‌شناسانه جداسازی زندانیان؛ با نگاهی به «آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان»

امیرحسن نیازپور\*

### چکیده

کیفر زندان هنوز شاخص‌ترین واکنش سامانه سیاست جنایی به بزهکاری به شمار می‌رود. این کیفر در گذشته بیشتر کارکرد توان گیرانه داشت و عمدتاً برای دور ساختن بزهکاران از جامعه استفاده می‌شد، اما در این روزگار بیشتر جهت اصلاح و درمان بزهکاران و گاه به منظور سلب توان دسته‌ای از مجرمان به کار می‌رود. بازسازی نظام شخصیتی مجرمان در بستر عدالت کیفری به ابزارها و سازوکارهای متعددی نیازمند است که جداسازی زندانیان از جمله آنها است. به موجب این روش، زندانیان بر اساس حالت خطرناک در بخش‌های جدآگانه زندان نگهداری می‌شوند. این شیوه می‌تواند زمینه‌ای مناسب برای اثربخش‌تر شدن تدبیر بازپرورانه عدالت کیفری فراهم آورد. در گستره سیاست جنایی ایران جداسازی زندانیان مورد توجه قرار گرفته است تا به این واسطه برای بازپروری مجرمان حبس شده بسترسازی شود. در این نوشتار در سه قسمت از بنیان‌ها، پیامدها و معیارهای حقوقی و جرم‌شناسانه جداسازی زندانیان در پرتو آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان سخن به میان می‌آید.

**کلیدواژه‌ها:** جرم‌شناسی بالینی، زندان، بازپروری بزهکاران، جداسازی زندانیان،  
bzehkari.

## مقدمه

نظام‌های عدالت کیفری برای پاسخ‌دهی به بزهکاری هدف‌های متعددی را در دو قالب ناپیامدگرایی و پیامدگرایی دنبال می‌کند. متنوع شدن هدف‌های سامانه عدالت کیفری دلایل زیادی دارد که رشد و توسعه جرم‌شناسی از مهم‌ترین آنها به شمار می‌رود. در پرتو این شاخه علوم جنایی نظریه‌ها و روش‌های بسیاری برای مهار پدیده مجرمانه معرفی شده‌اند که قانون‌گذاران به مناسبت از آنها بهره جسته‌اند. به عنوان نمونه می‌توان به دو قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اشاره کرد که در سیاهه پاسخ‌های ناظر به متهمان و بزهکاران یافته‌های جرم‌شناسانه را به رسمیت شناخته‌اند. بندهای الف، ج، چ و ح ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و بندهای ج و د ماده ۸۱ آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ از نمونه‌های بارز این توجه هستند که نظریه معاشرت‌های ترجیحی و یا روش‌های بازپرورانه را مورد توجه قرار داده‌اند.

به این ترتیب، جرم‌شناسی در پیدا شدن هدف‌های نویافته برای عدالت کیفری و یا در اولویت قرار گرفتن شماری از آنها نقش بنیادی دارد. از جمله مهم‌ترین این تأثیرات جهت دادن سامانه عدالت کیفری به سمت بازپروری بزهکاران است.<sup>۱</sup> بر این اساس، شناسایی ابعاد مختلف شخصیت بزهکاران و خلاهای فردی و محیطی این دسته و استفاده از شیوه‌های مناسب برای رفع این معضلات بر عهده عدالت کیفری قرار می‌گیرد تا به این واسطه مرحله اجرای مجازات به ستری برای مداوای کیفری مجرمان مبدل شود. بنابراین، سامانه عدالت کیفری از رهگذر این هدف به دنبال تضمین آینده بزهکاران و همنوازی آنان با ارزش‌های اجتماعی است.<sup>۲</sup>

در پرتو این رویکرد دستگاه عدالت کیفری باید با لحاظ حالت خطرناک مجرمان در راستای پاسخ‌دهی گام بردارد و زمینه‌ساز بازگشت بزهکاران به عرصه جامعه باشد. به همین جهت، شناسایی ظرفیت جنایی، میزان انطباق اجتماعی و نیز سطح اصلاح و درمان‌پذیری مجرمان در شمار تکالیف دستگاه عدالت کیفری قرار می‌گیرد.

در پنهان جرم‌شناسی بالینی کلیه نهادهای عدالت کیفری از جمله زندان باید برای شناخت حالت خطرناک بزهکاران و در نتیجه مرتفع ساختن نیازهای فردی و محیطی این دسته بستر سازی کنند. یعنی این سامانه باید پس از پیدا کردن خلاهای شخصیت

پایلیل جرم‌شناسانه جهادی زندانیان؛ با تکمیلی ۶ آیینه نموده تکمیل و طبقه‌بندی زندانیان.<sup>۳</sup>

۱. مجتبی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات مباحثی در علوم جنایی، به کوشش شهرام ابراهیمی، ویراست هفتم، ۱۳۹۲، ص. ۲۱۱۴.

2. Seiter, Richardo, Corrections (An Introduction), Pearson and Prentice Hall Publishers, 3rd Edition, 2008, p. 5.

---

## و مشکلات بزهکاران از رهگذر انتخاب و اجرای پاسخ‌های متناسب زمینه بازگشت آنان به زندگی سالم اجتماعی را فراهم آورد.

بازپروری بزهکاران هنوز مهم‌ترین هدف برای نظام‌های عدالت کیفری<sup>۱</sup> به شمار می‌رود.<sup>۲</sup> چنان که در عرصه حقوق بشر می‌توان آن را از جمله حق‌های مرتكبان جرم به شمار آورد، زیرا این گونه پنداشته می‌شود که بزهکاران تحت تأثیر عوامل فردی و محیطی که خود در پدید آمدن آنها چندان نقش نداشته‌اند، به بزهکاری روی آورده‌اند. در نتیجه، در پنهان عدالت کیفری باید زمینه دسترسی به کمینه‌های زندگی که می‌تواند در جامعه‌پذیرسازی و همنوا کردن آنها با هنجارهای بنیادین اجتماعی مؤثر باشد، فراهم شود. بنابراین، شناسایی رویکرد بازپرورانه در قلمرو عدالت کیفری و به‌کارگیری برنامه‌ها و شیوه‌های اصلاح و درمان از حق‌های بزهکاران به شمار می‌رود. بر این اساس، نظام عدالت کیفری به عنوان یک بخش از حاکمیت باید اسباب دسترسی شهروندان به حق‌های بشری از جمله موجبات و ابزارهای بازپرورانه به منظور دوباره هنجارمند شدن بزهکاران را فراهم سازد. این رویکرد در بستر دولت‌های رفاه که اساساً خود را نسبت به وضعیت و سرنوشت شهروندان مسئول می‌پندارند، مورد پذیرش قرار می‌گیرد. در واقع، این دولت‌ها گرایش افراد به بزهکاری و نقض هنجارهای بنیادین اجتماعی را نتیجه مدیریت گذشته تصور می‌کنند و به همین جهت در بستر عدالت کیفری در صدد جبران آن بر می‌آیند.

در عرصه سیاست جنایی ایران، بازپروری بزهکاران در بالاترین سطح قانون گذاری تبلور یافته است. بر اساس بند ۵ اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصلاح و درمان مجرمان در شمار تکالیف بنیادی دستگاه قضایی گنجانده شده است تا این رهگذر سیاست‌های تقنینی عادی و همچنین رویه‌های این سامانه در سراسر فرآیند کیفری جنبه بازپرورانه یابد.<sup>۳</sup> همین رویکرد فraigیر، دستگاه قضایی را ملزم ساخته است تا در مرحله اجرای کیفر هم این هدف را به رسمیت شناسد. در همین چارچوب، بازپروری بزهکاران به موجب ماده ۳ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۴ در شمار

۱. گفتنی است که عدالت کیفری دارای الگوهای متعددی از جمله کرامت‌مدار و امنیت‌مدار یا کنترل جرم است که در این میان الگوی یکم به رعایت تشریفات در فرآیند کیفری و رفاه و بازپروری بزهکاران توجه دارد. برای آگاهی بیشتر، ر. ک: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها، در: بایسته‌های نظام پژوهش در نظام عدالت کیفری، نشر میزان، ۱۳۹۲، صص. ۱۱-۱۹.

۲. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بنیادین، نشر گرایش، چاپ نخست، ۱۳۸۲، ص. ۳۹.

۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، پیشگیری عدالانه از جرم، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، چاپ نخست، ۱۳۸۳، ص. ۵۱۰.

اهداف بنیادی زندان قرار گرفته است. اما توجه سیاست‌گذاران دستگاه قضایی برای اجرای این تکلیف قانون اساسی به این آیین‌نامه محدود نمی‌شود، بلکه از رهگذر مقررات دیگر خصوصاً آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان ۱۳۸۵ هم مورد توجه واقع شده است. در مقدمه این آیین‌نامه «... اجرای هرچه بهتر روش‌های درمانی، اصلاحی و تربیتی و نیل به اهداف سازمانی و حفظ کرامت زندانیان» به عنوان توجیهات تهیه و تدوین آن معرفی شده‌اند.

جداسازی زندانیان شیوه‌ای است که در پرتو آن زندانیان بر اساس درجه خطرناکی و حتی اوصاف اخلاقی دسته‌بندی می‌شوند تا از این رهگذر نسبت به هر یک از طبقه‌های مجرمان، برنامه‌های اصلاح و درمان متناسب تدوین و اجرا شود. در واقع، در بستر زندان شهر وندان متعددی یعنی بازداشت شدگان، منتظران اجرای کیفرهای جسم‌مدار، مجرمان ناتوان در پرداخت جزای نقدی، محکومان مالی و بزهکاران محکوم شده به مجازات زندان به جهات مختلف برای مدت معین و یا نامعین اقامت دارند که در این میان مجرمان محکوم به کیفر حبس مخاطب سامانه عدالت کیفری در زمینه برنامه‌های بازپرورانه هستند.

بنابراین، روش مذکور به افتراقی‌سازی برنامه‌های بازپروری بزهکاران در عرصه زندان می‌انجامد. اجرای مناسب این شیوه به ابزارها و امکانات متعددی نیاز دارد که تشکیل پرونده شخصیت از برجسته‌ترین آنها است. پرونده شخصیت یا پرونده پیراقضایی شامل مجموعه‌ای از اطلاعات در زمینه وضعیت فردی و محیطی بزهکاران، شیوه ارتکاب جرم و حتی موقعیت بزهديگان است که شناخت سامانه عدالت کیفری از سطح خطرناکی بزهکاران را امکان‌پذیر می‌سازد. به هر روی، نظام عدالت کیفری به واسطه تشکیل پرونده شخصیت و به کارگیری روش‌های متنوع مانند مصاحبه، مشاهده، معاينه علمی برای به دست آوردن اطلاعات مناسب از بزهکاران مثل پیشینه کیفری مجرمان، میزان شدت رفتارهای مجرمانه، سابقه خانواده بزهکاران از حیث اجتماعی، فرهنگی، مالی و اقتصادی، علاقه‌مندی‌های مجرمان، وضعیت جسمانی، روانی - عاطفی و میزان تحصیلات این شهروندان به ارزیابی دقیق از جنبه‌های مختلف شخصیت زندانیان نزدیک می‌شود.<sup>۱</sup> به همین جهت، به موجب ماده ۶۴ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی ۱۳۸۴ تشکیل پرونده شخصیت برای زندانیان در شمار تکالیف کارگزاران زندان قرار گرفته است تا به این واسطه شورای طبقه‌بندی به صورت دقیق نسبت به جداسازی زندانیان و اتخاذ تدبیر بازپرورانه مناسب تصمیم‌گیری کند.

۱. آقامیرسلیم، مرضیه‌السادات، جایگاه پرونده شخصیت در نظام کیفری ایران و کانادا، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص. ۸۸.

جداسازی زندانیان برای اجرای مناسب تکلیف قانون اساسی دستگاه قضایی و نیز بازپروری بزهکاران در قالب آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان ۱۳۸۵ شناسایی شده است. این روی‌آوری تصمیم‌گیران سیاست جنایی دارای بنیان‌های نظری و هنجاری (حقوقی) است که طبیعتاً شناخت آنها در ارزیابی سیاست‌های اتخاذ‌شده در آیین‌نامه مذکور، چگونگی تحلیل و پیامدهای آن نقش‌آفرین است. ضمن اینکه استفاده از این سازوکار در بستر زندان باید بر پایه شماری از معیارها صورت پذیرد. از این رو، بنیان‌ها (بند ۱)، پیامدها (بند ۲) و معیارهای حقوقی و جرم‌شناسانه (بند ۳) جdasازی زندانیان در پرتو آیین‌نامه مذکور برسی می‌شوند تا از این رهگذر، رویکرد و چالش‌های سیاست جنایی ایران در زمینه چگونگی جdasازی زندانیان مورد شناسایی قرار گیرد.

## ۱. بنیان‌های جdasازی زندانیان

جداسازی زندانیان از جمله شیوه‌های اجرایی هدف بازپرورانه عدالت کیفری است که در این روزگار مورد توجه بیشتر سیاست‌گذاران جنایی واقع شده است. این روش علاوه بر اینکه از دریچه آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی توجیه‌پذیر است، در حقوق بشر نیز پایه دارد.

### ۱-۱. بنیان‌های جرم‌شناسانه جdasازی زندانیان

جرائم‌شناسی در شکل کاربردی خود دارای شاخه‌های جرم‌شناسی پیشگیری، حقوقی و بالینی است که از رهگذر آنها به دنبال ارائه مؤثرترین شیوه برای مقابله با پدیده بزهکاری می‌باشد.<sup>۱</sup> جرم‌شناسی پیشگیری به دنبال شناسایی مؤثرترین شیوه‌های کنشی یا غیرکیفری برای کاهش و یا از بین بردن تأثیرگذاری عوامل جرم‌زا، آن هم پیش از وقوع بزهکاری، است و جرم‌شناسی حقوقی نیز از یک سو مطالعه کارآمدی و کارآمدی علمی ماهیت سیاست‌های جنایی و نهادهای کیفری، یعنی توصیف و بیان حقوقی - فنی سیاست و راهبردهای مقابله با جرم و از سوی دیگر، بررسی و پیشنهاد اصلاحات مناسب برای برطرف ساختن کاستی‌ها و روزآمد کردن سیاست‌های جنایی و حقوق کیفری را بر عهده دارد.<sup>۲</sup> اما در این میان جرم‌شناسی بالینی با تمرکز بر مرتكبان بزهکاری به معرفی روش‌های کارآمد جهت بازسازی نظام شخصیتی مجرمان و رهنمون ساختن آنان به سمت اصلاح و درمان مبادرت می‌ورزد. در واقع، این شاخه با تکیه بر

۱. گسن، ری蒙د، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کنیا، چاچخانه علامه طباطبائی، ۱۳۷۰، ص. ۱.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات مباحثی در علوم جنایی، منبع پیشین، ص. ۵۶۰.



برنامه‌های بازپرورانه پزشکی، روان‌پزشکی، فرهنگی، اقتصادی و غیره، بهسازی وضعیت رفتاری بزهکاران و همنوایی آنان با الزام‌های اجتماعی را مورد هدف قرار می‌دهد.<sup>۱</sup> جرم‌شناسی بالینی برای دسترسی به بنیادی ترین هدف خود که همانا دوباره اجتماعی کردن مجرمان است، مرحله‌های متعددی دارد که در هر یک از آنها اقدام‌های مناسب برای ارزیابی حالت خطرناک و اصلاح و درمان بزهکاران به کارگرفته می‌شود، زیرا بررسی این حالت امکان شناسایی وضعیت روانی - عاطفی مجرمان، شرایط اجتماعی آنان و سطح قابلیت‌های بازپرورانه و یا میزان احتمال گرایش بزهکاران به سوی تکرار جرم را فراهم می‌سازد. در واقع، حالت خطرناک که برای نخستین بار از طرف رافائل گاروفالو وارد پهنه جرم‌شناسی شده است، در سنجش ظرفیت جنایی و میزان سازگاری اجتماعی مجرمان نقش‌آفرین است. یعنی نشان می‌دهد که مرتكبان جرم تا چه اندازه از استعداد مجرمانه، تمایل به تکرار بزهکاری، میزان انطباق اجتماعی و نهایتاً درجه خطرناکی برخوردارند. به این ترتیب، شناخت حالت خطرناک در عرصه جرم‌شناسی بالینی یک اقدام بنیادی است و از شاخص ترین پایه‌های برنامه‌های فرآیند اصلاح و درمان بزهکاران به شمار می‌رود.

بازپروری بزهکاران در گرو استفاده از روش‌های متعددی است که تصمیم‌گیران سیاست جنایی با الهام از آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی از رهگذر و در بستر مجازات حبس به دنبال دسترسی به آن هستند. کارکردی که به واسطه آن زمینه‌های بازسازی شخصیت ناقضان بایدها و نبایدهای کیفری و بالا رفتن افزایش کارآیی زندان فراهم می‌شود و حتی می‌تواند به کاهش میزان تکرار جرم بیانجامد. طبیعتاً، نظام عدالت کیفری برای بازسازگاری اجتماعی مجرمان به ابزارها و سازوکارهای متعددی نیازمند است که کیفر سالب آزادی و جداسازی محکومان به این پاسخ از بارزترین آنها به شمار می‌رond.

جداسازی زندانیان باید متناسب با وضعیت هر یک از مرتكبان جرم زمینه‌های اجرای این سازوکار و مدواوی کیفری باشد.<sup>۲</sup> بر این اساس است که پاسخ‌دهی به بزهکاران با توجه به ظرفیت جنایی و میزان انطباق اجتماعی امکان‌پذیر می‌شود. به این ترتیب، جداسازی زندانیان از بایسته‌های بازپروری بزهکاران است تا به این واسطه مداخله‌های جامعه‌پذیرساز سامانه عدالت کیفری به صورت دقیق و اثربخش به مرحله اجرا در آید.

۱. نیازپور، امیرحسن، بازپروری بزهکاران در مقررات ایران، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۱، ۱۳۸۵، ص. ۱۵۹.

۲. صفاری، علی، کیفرشناسی (تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی)، انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۸.

این سازوکار که از روش‌های جرم‌شناسی بالینی و پاسخ‌دهی کارآمد نسبت به بزهکاری و تکرار آن به شمار می‌رود، بنیان‌های حقوقی نیز دارد.

## ۲-۱. بنیان‌های حقوقی جداسازی زندانیان

بازپروری بزهکاران از مهم‌ترین رسالت‌های جرم‌شناسی و عدالت کیفری است که مؤثرترین شیوه‌های دسترسی به آن در بستر جرم‌شناسی بالینی معرفی می‌شود. بر این اساس، سامانه عدالت کیفری به دنبال بازسازگاری اجتماعی مجرمان بوده و در همین چارچوب باید بسترها مناسب را برای فراگیری ارزش‌های بنیادی اجتماعی و هنجارمندی این دسته فراهم سازد.<sup>۱</sup> در پرتو این رویکرد، بزهکاران شهروندان جامعه‌اند که به جهت درست تربیت نشدن و دست نیافتن به شرایط مطلوب برای زندگی کردن به بزهکاری روی می‌آورند. از این رو دولتها باید در راستای بهسازی نظام شخصیتی مجرمان گام بردارند. زیرا دسترسی به یک زندگی مطلوب از جمله مصاديق حقوق بنیادی شهروندان است که دولتها باید موجبات آن را فراهم نمایند. یعنی مهیا ساختن بسترها مناسب برای پیروی از ارزش‌های اساسی اجتماعی و رعایت کردن بایدها و نبایدهای کیفری به حمایت‌های متعدد اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و مواردی مانند اینها که باید از سوی دولتها انجام پذیرد، وابسته است.<sup>۲</sup>

به این ترتیب، بازپروری مجرمان در راستای رفاه‌گرایی کیفری، از یک سو حق بزهکاران و از سوی دیگر، تکلیف دولتهاست تا به این واسطه زمینه‌های مناسب برای هنجارمند شدن این دسته فراهم شود. بنابراین، سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی برای بازپروری بزهکاران در این حق تکلیف ریشه دارد که البته به اجرا درآوردن آن می‌تواند نقش مؤثری در بازسازی نظام شخصیتی بزهکاران و در نهایت پیشگیری از تکرار جرم ایفا نماید.

جداسازی زندانیان که مورد توجه سیاست‌گذاران جنایی قرار گرفته است، در اثربخش تر شدن تدبیر اصلاح و درمان و فرآیند ترمیم نظام شخصیتی بزهکاران نقش آفرین است و در پیشبرد اهداف عدالت کیفری در محیط زندان تأثیرگذار می‌باشد.<sup>۳</sup> برنامه‌های بازپرورانه زندان آن گاه به نتیجه می‌رسد که مجرمان دارای حالت‌های خطرناک متفاوت به صورت جداگانه به گذران حبس مبادرت ورزند.

1. Regoli, Robrt; and John Hwitt, Exploring Criminal Justice, Jones and Bartlett Publishers, 2008, p. 317.

۲. شیکر، دیوید، مفهوم و ماهیت مجازات، ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان، انتشارات داشگاه شهید چمران اهواز، ۱۳۸۹، ص. ۷۰.

۳. بولک، برنا، کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات مجده، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص. ۱۹۱.

این سازوکار در آموزه‌های حقوق بشری نیز ریشه دارد، زیرا فراهم کردن بسترهاي مناسب برای از بین بردن نيازها و مشکلات فردی و محیطی بزهکاران و رهنمون شدن به سوی هنجارمندی و همنوایی با مقررات و الزامهای اجتماعی از حق‌های همه بزهکاران است که در پرتو هدف بازپروری دسترسی به آن امکان‌پذیرتر است. به همین جهت و برای رسیدن به این هدف و اینکه زندانیان بتوانند در شرایط مناسب و آزادانه در قلمرو زندان به گذران زندگی مبادرت ورزند، جداسازی زندانیان بهموجب بند ۳ ماده ۱۰ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶، ماده ۸ قواعد کمیته سازمان ملل متحد در زمینه رفتار با زندانیان ۱۹۵۵ و ماده ۲۶ قواعد کمیته سازمان ملل متحد در زمینه عدالت کیفری کودکان و نوجوانان ۱۹۸۵ در شمار حق‌های این دسته از بزهکاران قرار گرفته است. به هر روی، بزهکاران محکوم به حبس فقط باید مشمول تدبیر سلب کننده آزادی رفت و آمد واقع شوند، نه اینکه زمینه‌های دسترسی به دیگر حق‌ها مانند حق بر متفاوت زندگی کردن از بین رود.

همه انسان‌ها از جمله زندانیان حق دارند با آن دسته از شهروندان که از وضعیت رفتاری نزدیک به آنان برخوردارند، در یک محیط زندگی کنند و برای رسیدن به این حق‌ها در بستر زندان، تفکیک مجرمان از مهم‌ترین سازوکارها به شمار می‌رود.

در پنهان سیاست جنایی ایران، آیین‌نامه‌های متعددی در زمینه چگونگی اجرای مجازات زندان تدوین و تصویب شده‌اند که آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور ۱۳۸۴ نمونه بارز این توجه به شمار می‌رود.<sup>۱</sup> مطابق ماده ۳ این آیین‌نامه «زندان محلی است که در آن محکومانی که حکم آنان قطعی شده است با معرفی مقام‌های صلاحیت‌دار قضایی و قانونی برای مدت معین یا به طور دائم به منظور تحمل کیفر، با هدف حرف‌آموزی، بازپروری و بازسازگاری نگهداری می‌شوند.» اما توجه به بازپروری بزهکاران در قلمرو سیاست جنایی ایران به مقررات تقنی‌ی و فروتکنی‌ی محدود نمی‌شود، بلکه در بالاترین سطح قانون‌گذاری یعنی، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نیز به رسمیت شناخته شده است. بر اساس بند ۵ اصل یکصد و پنجاه و ششم این قانون، قوه قضائیه به عنوان اصلی‌ترین متولی پاسخ‌دهی به بزهکاری مکلف شده است تا در زمینه اصلاح و درمان مرتكبان جرم اقدام کند.<sup>۲</sup> به این ترتیب، دستگاه قضایی باید بازپروری مجرمان را برای کنترل پدیده مجرمانه در منظومه هدف‌ها و اقدام‌های خود قرار دهد تا به این واسطه، از یک سو وظیفه قانون اساسی این قوه بعد

۱. نیازپور، امیرحسن، منبع پیشین، ص. ۱۴۷.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، زندان: درمانگاه برهکاری و بزهکاران، دیباچه در: بولک، برنار، کیفرشناسی، منبع پیشین، ص. ۱۲.

اجرایی - عملیاتی پیدا کند و از سوی دیگر، در سیاهه پاسخ‌های عدالت کیفری به رفتارهای مجرمانه ضمانت اجراهای اصلاحی - درمانی نیز گنجانده شوند. به این ترتیب، دستگاه قضایی در مرحله اجرای کیفر زندان که از مهم‌ترین پاسخ‌های سیاست جنایی به شمار می‌رود، باید از اقدامها و سازوکارهای بالینی استفاده نماید.

جداسازی زندانیان از جمله این سازوکارهای است که قوه قضاییه در راستای انجام تکلیف قانون اساسی خود که همانا اصلاح و درمان بزهکاران است، به آن توجه کرده است. بنابراین، بازپذیری اجتماعی هم به موجب بند ۵ اصل مزبور اعتبار یک اصل قانون اساسی را به خود گرفته است و به این سان و از این رهگذر در قالب یک تکلیف قانون اساسی برای قانون‌گذار و همچنین قوه قضاییه تعیین و اساسی‌سازی شده است.<sup>۱</sup> یعنی از یک ارزش عادی به یک ارزش برین ارتقا یافته است و در نتیجه، همه سیاست‌گذاری‌ها باید در راستای این رویکرد خبرگان صورت پذیرد. بر این اساس، اساسی‌سازی اصلاح و درمان بزهکاران اعتبار بنیادی یافته است و کارگزاران عدالت کیفری باید در جهت فراهم ساختن کلیه امکانات و ابزارهای مورد نیاز برای به اجرا درآمدن آن گام بردارند.<sup>۲</sup>

در پنهان سیاست جنایی ایران این وظیفه و سازوکار آن چنان پراهمیت است که از رهگذر قسمت ۱ بند «ن» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۰ هم به رسミت شناخته شده است. مطابق این قسمت از بند مذکور سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مکلف شده است برای ارتقای جنبه اصلاحی - درمانی مجازات زندان و بهبود محیط زندان‌ها نسبت به «... طبقه‌بندی زندانیان و بازداشت‌شدگان بر اساس سابقه و نوع جرایم ارتكابی ...» همت گمارد. پیداست که نویسنده‌گان این قانون با پنداشت دقیق از بند ۵ اصل مذکور جداسازی زندانیان گنجانده‌اند تا به این واسطه ابعاد تکلیف دستگاه قضایی در زمینه بازپروری بزهکاران گردد. زیرا اساسی‌سازی این وظیفه دارای این پیامد مهم است که همه سیاست‌ها باید در ادامه گفتمان قانون اساسی تدوین شود. بنابراین، طبقه‌بندی زندانیان از این فایده برخوردار است که بزهکاران، یعنی آن گروه از شهروندان که مجرمیت‌شان به اثبات رسیده است، در کنار متهمان بازداشت‌شده که همواره احتمال رهایی آنان از عدالت کیفری هست قرار نگیرند. به هر روی، توجه

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات مباحثی در علوم جنایی پیشین، ص. ۹۹۵.

۲. برای آگاهی بیشتر، ر. ک: نیازپور، امیرحسن، «اساسی‌سازی حقوق پیشگیری از جرم در ایران»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۶، ۱۳۹۳.



نداشتن به جداسازی زندانیان از یکدیگر اسباب انتقال تجارب مجرمانه و حتی یادگیری شگردهای ارتکاب بزهکاری را فراهم می‌آورد.<sup>۱</sup>

## ۲. پیامدهای جداسازی زندانیان

جداسازی زندانیان از جمله تدبیر عدالت کیفری است که دارای پیامدهای متعددی از حیث جرم‌شناسانه، مدیریتی و حقوقی است و می‌تواند اسباب بالا بردن بازدهی عملکرد عدالت کیفری در زمینه پاسخ‌دهی به زندانیان را فراهم سازد.

### ۱-۲. متناسب‌سازی پاسخ‌های عدالت کیفری

عدالت کیفری، تا پیش از پیدایش دانش جرم‌شناسی، با رویکردی جرم‌محور به بزهکاری پاسخ می‌داد. در واقع، کارگزاران عدالت کیفری با لحاظ شدت رفتار مجرمانه و توجه به میزان آسیب وارد ناشی از این رفتار به جامعه نوع و اندازه کیفر را تعیین می‌کردند. به این‌سان، در آن دوران با تکیه بر اصل تناسب جرم و مجازات در راستای پاسخ‌دهی به بزهکاران گام برداشته می‌شد.<sup>۲</sup> اما، این رویکرد با استیلای آموزه‌های بزهکار مدار کنار گذاشته شد و از آن زمان به بعد ویژگی‌های مرتكب جرم برای پاسخ‌دهی به بزهکاری ملاک قرار گرفت. در واقع، آرایش نظام عدالت کیفری به منظور واکنش به بزهکاری به ماهیت و خصیصه‌های شخصیت مجرمان وابسته شد. این تغییر رویکرد به وارد ساختن اصل تناسب مجازات با شخصیت بزهکار انجامید تا به این واسطه نوع و میزان مجازات‌ها تعیین شود.<sup>۳</sup> بنابراین، متناسب‌سازی پاسخ‌های عدالت کیفری با صفات بزهکاران مورد توجه سیاست‌گذاران جنایی قرار گرفت تا از این رهگذر نظام عدالت کیفری در فرآیند تعیین مجازات خصیصه‌های فاعل رفتار مجرمانه را لحاظ نماید و نه شدت رفتار ارتکاب یافته از سوی او؛ زیرا بزهکاری پدیده‌ای انسانی - اجتماعی است و مجرمان به عنوان عنصری از جامعه بشری و متاثر از عوامل متعدد فردی، محیطی و وضعی باید ها و نباید های کیفری را نادیده می‌انگارند و به همین جهت باید واقعیت‌های مرتبط با آنان هنگام تعیین پاسخ مورد توجه واقع شود.

۱. گفتنی است که در ماده ۵۱۴ قانون آینین دارسی کیفری ۱۳۹۲ بر جداسازی محکومان به حبس و متهمن بازداشت شده تأکید شده است.

۲. رحمدل، منصور، تناسب جرم و مجازات، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص. ۷۰.

۳. پرادرل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۷.

اصل متناسبسازی پاسخهای عدالت کیفری با خصیصه‌های بزهکاران ابتدا و در شکل کلاسیک خود صرفاً ناظر به مرحله تعیین کیفر بود. ولی به تدریج و با جدی گرفته شدن دیگر مرحله‌های فرآیند کیفری جنبه فراگیر پیدا کرد. چنان‌که امروزه این اصل باید در سراسر مرحله‌های فرآیند کیفری از جمله مرحله اجرای احکام کیفری هم به کار گرفته شود.

بنابراین، نظام عدالت کیفری برای اثربخش‌تر کردن تدبیر خود باید هریک از مرحله‌های فرآیند کیفری را به صورت مستقل مورد توجه قرار دهد. درواقع، این سامانه باید از قابلیت این اصل در سراسر فرآیند کیفری بهره جوید تا به این واسطه اسباب ارتقای کارآبی عدالت کیفری در زمینه پیشگیری از تکرار جرم فراهم شود. چه اینکه اصل مذکور در هر یک از این مرحله‌ها آثاری متفاوت بر جای گذاشته است که می‌تواند بازدهی عملکرد این سامانه را افزایش دهد. این اصل در مرحله تعیین مجازات با ایجاد زمینه‌های مناسب برای توجه به مؤلفه‌های مربوط به شخصیت و موقعیت جنایی اسباب انطباق پاسخها با واقعیت‌های مربوط به بزهکار و بزهکاری را فراهم می‌سازد. برای نمونه می‌توان به مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اشاره داشت که با شناسایی جهات تخفیف مانند همکاری مؤثر متهم با کارگزاران عدالت کیفری، رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزهديده، پشيمان شدن يا وضع خاص متهم به مقام‌های قضائي برای تعیين مجازات متناسب اختیار داده شده است. اما نظام عدالت کیفری در مرحله اجرای حکم کیفری نیز باید به انطباق شیوه اجرای تدبیر عدالت کیفری با شخصیت بزهکاران و ماهیت رفتار مجرمانه توجه داشته باشد. به هر روی، قلمرو ضمانت اجراءها به طور کلی محدود بوده و سامانه عدالت کیفری نمی‌تواند برای هر یک از انواع بزهکاران و رفتارهای مجرمانه کیفر جداگانه‌ای پیش‌بینی کند. بر همین اساس، سیاست‌گذاران جنایی با شناسایی شمار محدودی از کیفرهای شناخته‌شده مثل زندان، جزای نقدی و کیفرهای جامعه‌مدار در زرادخانه کیفری به دنبال پاسخ‌دهی به بزهکاری هستند. ولی عدالت اقتضا می‌کند که میان مرتکبان جرم‌های مختلف تفاوت قائل شد. طبیعتاً از رهگذر متناسبسازی پاسخها با ویژگی‌های بزهکاران می‌توان به این نتیجه دست یافت. در واقع، با نوسان دادن به میزان کیفر و یا تغییر در نوع آن می‌توان تدبیر عدالت کیفری را با شخصیت و موقعیت جنایی منطبق ساخت. با وجود این، گاه برای در نظر گرفتن تفاوت‌های میان مرتکبان جرم‌های همانند نیز باید به متناسبسازی واکنش مبادرت ورزند.

به این ترتیب، یکی از پیامدهای جداسازی زندانیان متناسب ساختن تدبیر عدالت کیفری با شخصیت بزهکاران و رفتار مجرمانه در مرحله اجرای کیفر است. این اصل سبب می‌شود تا نظام عدالت کیفری واقعیت‌های هر یک از محکومان به مجازات حبس را لحاظ کند و با اتخاذ تصمیم متناسب میزان اثربخشی این پاسخها را افزایش دهد.

## ۲-۲. پیشگیری از انتقال فرهنگ جرمزا

زندان محل سلب آزادی شماری از بزهکاران است که هریک دارای ویژگی‌های متفاوت و گذشته مجرمانه متنوع هستند. به همین جهت، در کنار هم قرار گرفتن زندانیان می‌تواند به انتقال تجارب و شگردهای بزهکاری و همچنین شکل‌گیری ارزش‌های زیرزمینی در درون زندان بیانجامد.<sup>۱</sup> بر این اساس، زندان به جای اصلاح و درمان بزهکاری به بستری برای تجربه‌آموزی‌های مجرمانه تبدیل می‌شود. از سوی دیگر، در کنار هم قرار گرفتن بدون ضابطه زندانیان، زمینه‌ای برای تشکیل باندهای گروه‌های مجرمانه فراهم می‌آورد که می‌تواند به ماندگاری شماری از آنان در ورطه بزهکاری منتهی گردد. خصوصاً آن گاه که بزهکاران با تجربه یا تکرار کننده جرم، در کنار بزهکاران بدون پیشینه و یا مرتکب جرم‌های سبک و دارای حالت خطرناک ساده و یا با شدت کم قرار گیرند. زیرا در کنار هم بودن این دسته از بزهکاران فرآیند بازپروری بزهکاران نامکر را با چالش مواجه می‌سازد. به هر روی، حضور بزهکاران در زندان برای تحمل این مجازات فضای مادی و روانی به نام محیط کیفری ایجاد می‌کند که مانند هر محیط اجتماعی دیگر، از یک سو بر کیفیت زندگی اجتماعی، جامعه‌پذیری و رشد این دسته تأثیر می‌گذارد و از سوی دیگر، همواره پویا و متحول است و می‌تواند به مناسبت بستری برای ضداجتماعی شدن و یا تقویت گرایش‌های مجرمانه و در نتیجه استقرار بزهکار در دنیای بزهکاری تبدیل شود.<sup>۲</sup> در همین چارچوب می‌توان به نظریه معاشرت‌های ترجیحی اشاره کرد که بر اساس آن محیط، البته با بودن شماری شرایط بر جهت و ماهیت رفتاری افراد تأثیر می‌گذارد. به موجب این نظریه رفتار مجرمانه یادگرفتنی است و افراد هرگاه با یک محیط که الگوی مجرمانه بر آن حاکم است به شکل عمیق، مدت‌دار و پرشمار ارتباط داشته باشند، به سمت بزهکاری سوق می‌یابند. چه اینکه محیط، یعنی دنیای پیرامون افراد در شکل‌گیری شخصیت و جهت‌دهی سامانه رفتاری آنان نقش مؤثری ایفا می‌کند. در این میان، محیط تحمیلی یا کیفری که از گونه‌های محیط اجتماعی حقیقی و شخصی است و متهمان یا بزهکاران به جهت انجام تعقیب، تحقیقات مقدماتی، محاکمه کیفری و تحمل محکومیت به صورت موقت یا برای همیشه در آن حضور می‌یابند و نگاهداری

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (زیر نظر)، دانشنامه بزه‌دیده‌شناسی و پیشگیری از جرم، جلد نخست، نشر میزان، ۱۳۹۳، ص. ۲۳۴.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، رویکرد جرم‌شناختی قانون حقوق شهروندی، در: مجموعه مقالات همایش حقوق شهروندی، نشر گرایش، ۱۳۸۸، ص. ۱۸.

می شوند، در جامعه پذیر ساختن و متمایل کردن دوباره این دسته به بزهکاری تأثیرگذار است.<sup>۱</sup> بنابراین، کنار هم قرار گرفتن زندانیان با درجه های خطرناکی متفاوت و شکل گیری معاشرت قوی میان تعدادی از آنان خصوصاً بزهکاران کم خطر با مجرمان خطرناک می تواند زمینه ای مناسب برای پیروی از الگوی مجرمانه پرخطر فراهم آورد. بر این اساس، سیاست گذاران جنایی راهکار جداسازی زندانیان را در پیش گرفته اند تا از این رهگذر احتمال تبادل تجارب مجرمانه و یا شکل گیری باندهای بزهکاری کاهش یابد.

علاوه بر این، دونالد کلیمر نیز در سال ۱۹۴۰ با رویکردی آسیب شناسانه به ارائه نظریه فرهنگ زندان پذیری در زمینه نقش زندان در انتقال تجارب مجرمانه مبادرت ورزید. در پرتو این نظریه، زندانیان در مدت اقامت در زندان برداشت های متفاوت از جامعه، ارزش ها و مناسبات های اجتماعی، زمان و مکان و سایر مسائل پیدا می کنند.<sup>۲</sup> به این ترتیب، زندان به عنوان آن محیط که شهروندان متعدد با الگوهای رفتاری متنوع در آن اقامت دارند، زمینه ای برای شکل گیری خردمند فرهنگ های خاص و مجرمانه پدید می آورد. بر همین اساس، جداسازی زندانیان و در کنار هم قرار دادن آن دسته که الگوهای رفتاری و حالت خطرناک نزدیک به هم دارند، می تواند تا اندازه ای در کاهش احتمال انتقال تجارب مجرمانه نقش آفرین باشد.

### ۳-۲. هدفمند کردن برنامه های اصلاح و درمان

نظام عدالت کیفری در این زمانه در بستر زندان عمده است به دنبال بازسازی سامانه شخصیتی بزهکاران و در واقع بازپروری این دسته است. در واقع، در عرصه زندان هدف بازپروری بزهکاران را دنبال می کند. به همین جهت است که در ماده ۳ آیین نامه سازمان زندان ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور ۱۳۸۴ برای زندان مأموریت بازپرورانه پیش بینی شده است تا از این رهگذر اسباب بازگشت بزهکاران به زندگی سالم اجتماعی فراهم گردد. بدیهی است که کارگزاران زندان برای تحقق این هدف باید اقدام های متعددی را به انجام برسانند که جداسازی زندانیان از یکدیگر از مهم ترین آنها است، زیرا هر یک از بزهکاران دارای حالت خطرناک متفاوت نسبت به هم هستند. از این رو، نظام زندان ها باید با توجه به وضعیت آنان برنامه های جداگانه ای را به اجرا در آورد. بنابراین، تفکیک این دسته سبب می شود تا برنامه های بازپرورانه

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین (زیر نظر)، تقریرات مباحثی در علوم جنایی، منبع پیشین، ص. ۸۸۲

۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ و حمید هاشم بیگی، دانشنامه جرم شناسی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص. ۲۳۳



به صورت هدفمندتر نسبت به دسته‌های مختلف زندانیان به کار گرفته شوند. خصوصاً اینکه اجرای تعدادی از این اقدامها نسبت به شماری از زندانیان می‌تواند ناسوبدمند باشند. به این ترتیب، جداسازی زندانیان زمینه اجرای هدفمند برنامه‌های بازپرورانه زندان نسبت به گروه‌های متعدد بزهکاران را فراهم می‌آورد تا متناسب با وضعیت زندانیان رفتار شود.

## ۲-۴. پیشگیری از بزه‌دیده شدن بزهکاران

بزهکاران متعدد و با درجه خطرناکی متفاوت در زندان حضور دارند. دسته‌ای از آنان در شمار بزهکاران نخستین و تعدادی دیگر در شمار مجرمان مکرر و گاه خطرناک قرار می‌گیرند. در این میان، بزهکاران دارای پیشینه کیفری و حالت خطرناک مزمن گاه در درون زندان یارگیری کرده و برای نشان دادن قدری به تشکیل گروه‌های مجرمانه مبادرت می‌ورزند تا به این واسطه خواسته‌های ناصواب خود را بر دیگران، به‌ویژه مجرمان، نخستین تحمیل کنند. این اقدام از سوی مرتكبان جرم‌های شدید که حالت خطرناک و خیم دارند، بیشتر صورت می‌پذیرد. به همین جهت، احتمال زورگویی این دسته بر بزهکاران نخستین و یا آن دسته از مجرمان که از سیاست‌های اصلاح و درمان زندان پیروی می‌نمایند، افزایش می‌یابد.

جداسازی زندانیان از شاخص‌ترین سازوکارهای است که می‌تواند این گروه از بزهکاران را از آسیب‌های باندهای قدری شکل‌گرفته در زندان مصون نگاه دارد. در واقع، طبقه‌بندی زندانیان بزهکاران کم خطر، پشیمان و همراه با عدالت کیفری را از تهاجم‌های دسته‌های خطرناک و قدر درون زندان دور می‌سازد. از این رو، جداسازی زندانیان علاوه بر این که سبب می‌شود تا بزهکاران دارای حالت خطرناک ساده و یا همراه با سیاست‌های بازپرورانه زندان با آرامش بیشتری در جهت اصلاح و درمان گام بردارند، از کارکردی پیشگیرانه نیز برخوردار می‌باشد. بر همین اساس می‌توان پایه‌های این روی جداسازی زندانیان را در آموزه‌های جرم‌شناسی موقعیت‌مدار شناسایی کرد. گاه شماری از فرصلات‌ها هستند که زمینه ارتکاب بزهکاری را فراهم می‌سازند و با استفاده از پیشگیری موقعیت‌مدار، یعنی مجموعه تدبیر غیرکیفری که پیش از ارتکاب جرم به منظور مداخله در وضعیت‌های پیش‌جنایی و مدیریت این شرایط به کار گرفته می‌شود، می‌توان از تأثیر جرم‌زای این موقعیت‌ها کاست. به این ترتیب، جداسازی زندانیان موقعیت‌های پر خطر و مساعد برای ارتکاب جرم و شکل‌گیری خشونت‌های درون زندان را کاهش داده و به عنوان یکی از سازوکارهای پیشگیری موقعیت‌مدار از احتمال بزه‌دیدگی تعدادی از زندانیان می‌کاهد.

### ۳. معیارهای جداسازی زندانیان

در پنهانه جرم‌شناسی بالینی، برای شناسایی حالت خطرناک بزهکاران شاخصه‌های عینی و ذهنی در قالب دو معیار مورد توجه قرار می‌گیرند. یکم، معیارهای حقوقی هستند که بر این اساس نوع بزهکاری و تعداد جرم‌های ارتکاب یافته به عنوان معیار درجه خطرناکی بزهکاران شناسایی می‌شوند و دوم، معیارهای جرم شناسانه هستند که ویژگی‌های فردی و محیطی زندانیان را مبنای تقسیم‌بندی قرار می‌دهند. به هر روی، در این زمانه تحت تأثیر یافته‌های جرم‌شناسانه و به موجب آن، شکل‌گیری عدالت کیفری بازپرورانه، بزهکاری پیش از اینکه یک رفتار حقوقی به شمار آید، یک واقعیت انسانی و اجتماعی است که پاسخ‌دهی براساس خصیصه‌های زیستی و روانی و اجتماعی به بزهکاران را ضروری می‌سازد.<sup>۱</sup> بنابراین، در کنار توجه به مؤلفه‌های عینی که ارزیابی رفتارهای جنایی را امکان‌پذیر می‌سازد، باید به شاخصه‌های ذهنی و سنجش ویژگی‌های بزهکاران هم برای در نظر گرفتن مصلحت این دسته و هم به منظور تعیین و اجرای یک پاسخ متناسب در عرصه عدالت کیفری توجه داشت.

#### ۳-۱. معیارهای حقوقی جداسازی زندانیان

برای شناسایی حالت خطرناک زندانیان که مبنای جداسازی آنان است، معیارهای متعددی مد نظر قرار می‌گیرند. یکی از آنها شاخصه‌های حقوقی است که در پرتو آن به نوع جرم و شمار ارتکاب آن توجه می‌شود. چه اینکه ماهیت رفتار مجرمانه و میزان ضرری که به این واسطه به بزهیدگان و جامعه وارد می‌آید، نشان از درجه خطرناکی مرتكبان جرم دارد.<sup>۲</sup> علاوه بر این، تعداد جرم‌های ارتکاب یافته نیز مؤلفه دیگری است که از رهگذر آن میزان خطرناکی بزهکاران سنجیده می‌شود. به همین جهت، سیاست‌گذاران جنایی این معیارها را برای جداسازی زندانیان به رسمیت شناخته‌اند تا در پرتو آنها بزهکاران دارای حالت خطرناک همانند در کنار هم قرار گیرند. بدیهی است که این اقدام نقش مؤثری در متناسب‌سازی پاسخ‌های عدالت کیفری و هدفمند کردن تدابیر بازپرورانه زندان ایفا می‌نماید. در آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان ۱۳۸۵ که اجرای مناسب‌تر شیوه‌های اصلاحی - درمانی را دنبال می‌کند، مؤلفه‌های یادشده مورد توجه قرار گرفته‌اند. به موجب ماده ۱ آیین‌نامه مذکور، نوع جرم و وضعیت قضایی (متهم و محکوم) به عنوان معیارهای جداسازی زندانیان معرفی شده‌اند. از این‌رو،

۱. نجفی ابردآبادی، علی‌حسین، رویکرد جرم‌شناختی قانون حقوق شهروندی، منبع پیشین، ص. ۱۹.

۲. بابایی، محمدعلی، جرم‌شناسی بالینی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۸.



کارگزاران زندان هنگام طبقه‌بندی زندانیان باید این مؤلفه‌ها را برای اثربخش‌تر شدن برنامه‌های بازپرورانه مورد توجه قرار دهند.

### ۳-۱-۱. ماهیت جرم

در عرصه جرم‌شناسی بالینی، ذات جرم ارتکاب یافته یکی از بارزترین معیارهای شناسایی درجه خطرناکی بزهکاران به شمار می‌رود. چه اینکه فرض بر این است که مرتكبان جرم‌های شدید، از یک سو به واسطه جرم مذکور آسیبی جدی به جامعه وارد ساخته‌اند و از سوی دیگر، به جهت ارتکاب این نوع رفتارهای مجرمانه از آمادگی بیشتری نسبت به دیگران برای روی‌آوری دوواره به بزهکاری برخوردارند. بر همین اساس، هنگام پاسخ‌دهی به این دسته باید به ماهیت جرم واقع‌شده توجه کرد. به این ترتیب، نوع جرم ارتکاب یافته نشانه‌ای از حالت خطرناک مجرم بوده و امکان شناسایی وضعیت شخصیت جنایی وی را فراهم می‌سازد. بنابراین، سیاست‌گذاران جنایی ذات رفتار مجرمانه را به عنوان معیار ارزیابی حالت خطرناک بزهکاران معرفی کرده‌اند. اما همواره در زمینه تعیین جرم‌های شدید نگرش‌های متفاوتی مطرح بوده است. به این صورت که گاه میزان آسیب وارد به قربانیان جرم و گاه میزان ایجاد ترس و نامنی در جامعه در شمار معیارهای شدید به شمار آوردن جرم مورد توجه قرار گرفته‌اند.

در پرتو معیار یکم، سطح زیان واردشده به بزه‌دیدگان بارزترین علامت برای خطرناکی بزهکار می‌باشد. زیرا بزهکار به واسطه ارتکاب این رفتار خواست خود را بر تحملیل یک آسیب شدید بر بزه‌دیدگان مبتنی ساخته است که نشان از ظرفیت جنایی بالای او دارد. به هر روی، زیان‌بخشی از مهم‌ترین ارکان ظرفیت جنایی است و ارتکاب جرم‌های بسیار صدمه‌زننده، نشانه‌ای از تمایل قوی بزهکاران به وارد ساختن خسارت به دیگران است. همین وضعیت نشان‌دهنده درجه بالای پرخاشگری یا ستیزه‌جویی و بی‌تفاوتی عاطفی نزد این دسته می‌باشد. پس، بر پایه این باور، ارتکاب یافتن جرم‌هایی که خسارت زیادی پدید می‌آورند، شدید هستند و در نتیجه باید با مرتكبان آنها که درجه خطرناکی بالایی دارند به صورت افتراقی برخورد کرد.

اما براساس معیار دوم، میزان ایجاد نامنی ناشی از وقوع جرم معیاری برای شناسایی حالت خطرناک بزهکاران به شمار می‌رود. بر پایه این معیار هر اندازه که یک رفتار مجرمانه در جامعه نامنی پدید آورد، به همان میزان مرتكب آن خطرناک‌تر تلقی می‌شود. از این رو، مرتكبان جرم‌های خشونت‌بار که معمولاً ترساننده هستند، خطرناک‌تر از دیگر بزهکاران به شمار می‌روند. به این ترتیب، در پرتو این معیار اثر یک جرم بر امنیت روانی شهروندان مؤلفه‌ای برای درجه خطرناکی بزهکاران می‌باشد.

با وجود این، در این زمانه به جهت پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات، توسعه ارتباطات میان کشورها و گسترش همکاری‌های فرامرزی، شکل‌های جدیدی از بزهکاری ظاهر شده‌اند؛ جرم‌هایی مانند جرایم اقتصادی، رایانه‌ای و سازمان‌یافته که با شگردهایی متفاوت از جرم‌های سنتی به وقوع می‌پیوندند. مرتكبان این دسته از جرم‌ها قاعده‌تاً دارای حالت خطرناک و خیم هستند. از این رو، ذات جرم‌های مذکور نیز باید هنگام دسته‌بندی مجرمان در بستر زندان مورد توجه واقع شود، زیرا مرتكبان این دسته جرم‌ها دارای وضعیت ویژه‌ای هستند و طبیعتاً پاسخ‌های ناظر به آنان متفاوت از سایر زندانیان می‌باشد. تدوین کنندگان آیین‌نامه مذکور مؤلفه نوع رفتار مجرمانه را از رهگذر ماده ۷ به رسمیت شناخته‌اند تا به واسطه جداسازی زندانیان بر این اساس، زمینه‌های مناسب‌تر بازپروری بزهکاران فراهم شود.<sup>۱</sup> به این ترتیب، مطابق بند الف این ماده مرتكبان «جرائم باندی و سازمان‌یافته، قتل عمدى، سرقت مسلحانه، آدمربایی، تجاوز به عنف، اسیدپاشی، اشرار و سارقین سابقه‌دار» به عنوان رفتارهای مجرمانه‌ای که از حیث خطرناکی در یک سطح قرار دارند، شناسایی شده‌اند. سیاست‌گذاران جنایی ایران در این بند جرم‌های خشونت‌بار مانند قتل عمدى، زنای به عنف، اسیدپاشی را در کنار جرم‌های نیرنگ‌مدار مثل جرم‌های سازمان‌یافته گنجانده‌اند تا ضمن توجه به معیارهای خسارت‌های وارد و ناالمنی ایجاد شده، به معیار میزان استفاده از نیرنگ در ارتکاب جرم هم توجه شود. به این سان، نویسنده‌گان این آیین‌نامه مرتكبان آن دسته از رفتارهای مجرمانه که صدمه شدید به جسمانیت افراد وارد می‌کنند را نسبت به دیگر مجرمان خطرناک پنداشته‌اند. طبیعتاً، جرم قتل عمدى که به سلب حیات افراد می‌انجامد یا رفتار مجرمانه‌ای مانند اسیدپاشی که به صورت جدی سلامت جسمانی شهروندان را به مخاطره می‌اندازد، در مقایسه با جرم‌هایی مثل کلاهبرداری یا خیانت در امانت خطرآفرین تر بوده و خسارت شدیدتری بر جامعه تحمیل می‌کنند. همچنین است بزهکاری‌های سازمان‌یافته که معمولاً با یک برنامه‌ریزی سنجیده و به صورت نظامی‌یافته، برای به دست آوردن منفعت‌های مالی - اقتصادی ارتکاب می‌یابند.<sup>۲</sup> به هر رو، بزهکاران سازمان‌یافته با برخورداری از یک انسجام و به شکل نیرنگ‌آمیز هنجارهای بنیادی اجتماعی را نقض می‌کنند.

بر اساس آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی، این دسته از بزهکاران، خواه مرتكبان جرم‌های خشونت‌بار و خواه مجرمان سازمان‌یافته، دارای حالت خطرناک بسیار شدید

۱. صفاری، علی، منبع پیشین، ص. ۱۷۰.

۲. برای آگاهی بیشتر، ر. ک: سلیمی، صادق، جنایات سازمان‌یافته فراملی، انتشارات تهران صدر، چاپ دوم،

.۱۳۹۱

شناسایی شده و به همین جهت باید از سایر دسته‌های بزهکاران جدا شوند. در واقع، ماهیت این جرم‌ها نشان می‌دهند که مرتكبان آنها تا چه میزان اخافه‌ناپذیر، متمايل به وارد ساختن زیان به دیگری، ستیزه‌جو و از حیث عاطفی بی‌تفاوت هستند. بنابراین، مرتكبان این دسته جرم‌ها به این جهت که خسارت‌های شدیدی وارد می‌سازند، به تحمیل رنج زیاد بر بزه‌دیده می‌انجامند، با پرخاشگری همراه هستند و از رسوایی ناشی از معرفی شدن به عنوان یک قاتل عمدى یا مرتكب یک جرم شدید واهمه ندارند، خطرناک‌تر از دیگر بزهکاران شناسایی شده‌اند تا به واسطه به کارگیری اقدام‌های متناسب با ظرفیت جنایی، درجه سازگاری اجتماعی و در واقع حالت خطرناک این دسته، اسباب بهبود وضعیت نظام شخصیتی آنان فراهم شود. به این ترتیب، در ماده ۷ آیین‌نامه مذکور ماهیت رفتار مجرمانه به عنوان یک معیار برای سنجش حالت خطرناک بزهکاران به رسیمیت شناخته شده است. به همین جهت، از رهگذر سایر بندهای این ماده دیگر گونه‌های رفتار مجرمانه از حیث خطرناکی سطح‌بندی شده‌اند تا مبنای دسته‌بندی مجرمان قرار گیرند. البته این دسته‌بندی‌ها بدون ایراد هم نیست. به عنوان نمونه می‌توان به بند ب ماده مذکور اشاره کرد که مطابق آن محکومان مالی (موضوع ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی) در کنار مرتكبان جرم‌هایی نظیر جعل، کلاهبرداری، ضرب و جرح عمدى گنجانده شده‌اند. به نظر می‌رسد، با توجه به این که این دسته مرتكب بزهکاری نشده‌اند و صرفاً بر اساس ناتوانی مالی مشمول تدبیر سالب آزادی قرار گرفته‌اند، باید از کلاهبرداران، ضاربان و جاعلان که دارای ظرفیت جنایی و درجه ناسازگاری اجتماعی بالا هستند، جدا شوند.

### ۳-۲. شمار ارتکاب جرم

پافشاری بزهکاران بر ارتکاب جرم‌های متعدد یا رها کردن ارتکاب پدیده مجرمانه از جمله معیارهایی است که به واسطه آنها می‌توان به درجه حالت خطرناک بزهکاران پی برد. بر این اساس، پایداری در ورطه بزهکاری نشانه‌ای از خطرناکی مجرمان به شمار می‌رود. در نتیجه، سامانه عدالت کیفری باید با رویکردی متفاوت و با درنظر گرفتن تمایل این دسته به نقض پیاپی هنچارهای کیفری در زمینه پاسخ‌دهی به بزهکاری گام بردارد. چه اینکه پایداران در بزهکاری آن دسته از مجرمان هستند که به صورت مستمر برای نادیده انگاشتن بایدها و نبایدهای کیفری اقدام می‌کنند. به این سان، شماری از مجرمان بیش از یک بار مسیر بزهکاری را پیموده و به وارد ساختن زیان به جامعه و شهروندان مبادرت می‌ورزند.<sup>۱</sup> البته این دسته از بزهکاران با توجه به گرایش‌شان به ارتکاب گونه‌های

۱. عظیم‌زاده، شادی، پایداری در بزهکاری، انتشارات جنگل، چاپ نخست، ۱۳۹۰، ص. ۲۶.

جرائم به دو دسته مجرمان حرفه‌ای و به عادت تقسیم می‌شوند. گروه یکم، آن دسته از مرتكبان جرم هستند که به بزهکاری به منزله یک فن یا تخصص می‌نگرند و همواره به دنبال ارتکاب نوع ویژه‌ای از جرم‌اند.<sup>۱</sup> به این سان، بزهکاران حرفه‌ای با رویکردی تخصصی به بزهکاری نگریسته و با کسب تجربه در زمینه ارتکاب یک دسته خاص از جرم‌ها، آن را منبع مناسبی برای تأمین معاش و گذران زندگی خود قرار می‌دهند. این در حالی است که گروه دوم از ارتکاب هر نوع رفتار مجرمانه استقبال می‌کنند و به دنبال متخصص شدن در یک گونه ویژه‌ای از بزهکاری نیستند. آنچه که برای این دسته اهمیت دارد ارتکاب بزهکاری است؛ بی‌آنکه بر ارتکاب یک نوع خاص از رفتارهای مجرمانه متتمرکز شوند. این طیف از مجرمان چه بزهکاران حرفه‌ای و چه مجرمان به عادت به جهت نقض هنجارهای کیفری به صورت مستمر به وجود تفاوت‌هایی که با یکدیگر دارند، از وضعیت خطرناک‌تری نسبت به سایر دسته‌های بزهکاران برخوردار هستند.

به همین جهت، ماهیت و چگونگی اجرای تدبیر عدالت کیفری نسبت به این طیف از بزهکاران باید متفاوت باشد. بر پایه آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی این دسته دارای حالت خطرناک مزمن‌اند. یعنی، از ظرفیت جنایی بسیار بالا و میزان سازگاری اجتماعی بسیار ضعیف (bzehkaran حرفه‌ای) و ظرفیت جنایی تا اندازه‌ای بالا و میزان سازگاری اجتماعی بسیار ضعیف (bzehkaran به عادت) برخوردار می‌باشند. در حالی که تعدادی از بزهکاران صرفاً برای یک بار به بزهکاری رو می‌آورند و پس از پاسخ گرفتن از سامانه عدالت کیفری دیگر به سمت جرم نمی‌روند. طبیعتاً، این دسته نسبت به گروههای پیشین کم خطرتر هستند و حالت خطرناک آنان مزمن نیست. اینان دارای حالت خطرناک ساده هستند و تحت تأثیر احساسات و گاه به صورت ناگهانی مرتكب جرم می‌شوند.

نویسنده‌گان آیین‌نامه مذکور با توجه به این نکته حالت خطرناک مجرمان محبوس در یک سطح قرار ندارد و برای اصلاح و درمان آنان باید به جداسازی پایداران و ناپایداران در ورطه بزهکاری مبادرت ورزید. بر این اساس، به موجب بند الف ماده ۷ «سارقین سابقه‌دار» نسبت به آن دسته از بزهکاران که برای بار نخست مرتكب سرقت شده‌اند، خطرناک‌تر به شمار آمده‌اند. به این سان، سارقان پیشینه‌دار از حیث خطرناکی مانند قاتلان عمدى یا اسیدپاشان پنداشته شده‌اند و از آن سو، سارقان بدون پیشینه در کنار مرتكبان جرم‌های مالی مثل کلاهبرداری یا خیانت در امانت قرار گرفته‌اند. به این ترتیب، سیاست‌گذاران جنایی ایران برای جداسازی زندانیان معیار حقوقی شمار ارتکاب جرم را به رسمیت شناخته‌اند و پایداران در سرقت نسبت به ناپایداران در سرقت

۱. نیازپور، امیرحسن، بزهکاری به عادت: از علت‌شناسی تا پیشگیری، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۷، ص. ۵۲.

خطرناک‌تر به شمار آمده‌اند. با وجود این به نظر می‌رسد که این معیار به صورت فراگیر برای دسته‌بندی مجرمان محبوس مورد توجه واقع نشده و فقط به تفکیک سارقان محکوم به زندان اختصاص یافته است. بنابراین، با توجه به اینکه اصرار بزهکاران به نقض پیاپی هنجارهای کیفری همواره آنان را نسبت به بزهکاران ناپایدار خطرناک‌تر می‌کند، شناسایی این مؤلفه، آن هم به شکل فراگیر، مناسب‌تر بود؛ نه اینکه شاخصه مذکور برای یک دسته خاص از مجرمان حرفه‌ای شناسایی شود.

### ۲-۳. معیارهای جرم‌شناسانه جداسازی زندانیان

حال خطرناک بزهکاران صرفاً در نوع و تعداد جرم‌های ارتکاب یافته نمایان نمی‌شود، بلکه برخی ویژگی‌های فردی و محیطی هم در شناسایی درجه خطرناکی این دسته نقش‌آفرین هستند. این مؤلفه‌ها جنبه جرم‌شناسانه دارند و می‌توانند در طبقه‌بندی بزهکاران تأثیرگذار باشند.

#### ۲-۱. ویژگی‌های فردی بزهکاران

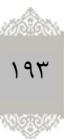
خصیصه‌های فردی مجرمان مؤلفه مناسبی برای شناسایی درجه خطرناکی این دسته به شمار می‌روند. این ویژگی‌ها به وضعیت روحی - روانی، اخلاقی و صفات زیستی بزهکاران وابسته‌اند. خصیصه‌های روحی - روانی نمایانگر وضعیت سامانه رفتاری مجرمان از حیث برخورداری از اختلالات عصی، روانی و شخصیتی می‌باشند. اینجاست که شناسایی این مؤلفه‌ها نظام عدالت کیفری را به سوی به کارگیری متناسب‌ترین تدبیر جهت بازپروری بزهکاران سوق می‌دهند. چه اینکه ماهیت تدبیر و برنامه‌های این سامانه برای برخورد با بزهکاران دارای این اختلالات و یا نامبتلایان به آنها متفاوت می‌باشد. بر همین اساس است که در ماده ۶۹ آینه نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور ۱۳۸۴ و تبصره ماده ۷ آینه نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان ۱۳۸۵ ویژگی‌های روحی - روانی به عنوان یکی از شاخصه‌های مهم برای جداسازی محکومان به حبس معروف شده است. به این سان، مبتلا بودن بزهکاران زندانی به بیماری‌های روانی سبب می‌شود تا این دسته از رهگذر ماده ۱۱۶ آینه نامه مذکور «... با لحاظ نظر پزشک متخصص و نیز سیاست‌های وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به صورت مجزا نگهداری و معالجه شوند.»<sup>۱</sup> به این ترتیب، وضعیت

۱. گفتنی است که به موجب ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ «هرگاه مرتكب جرم در هنگام ارتکاب، مجنون باشد یا در جرایم موجب تعزیر پس از وقوع جرم مبتلا به جنون شود، چنانچه جنون و حالت خطرناک مجنون با جلب نظر متخصص، ثابت و آزاد بودن وی محل نظم و امنیت عمومی باشد، به دستور دادستان تا رفع حالت خطرناک در محل مناسب نگهداری می‌شود ...».

روحی - روانی بزهکاران به عنوان یک معیار برای جداسازی زندانیان در نظر گرفته شده است تا به این واسطه امکان تدوین و اجرای برنامه‌های اصلاحی - درمانی متناسب با شرایط هر یک از بزهکاران پدید آید.

علاوه بر این، ویژگی‌های اخلاقی مجرمان نیز به عنوان معیاری برای دسته‌بندی زندانیان به شمار رفته است. به هر روی، خصیصه‌های اخلاقی مؤلفه‌ای برای شناسایی ابعاد مختلف شخصیت جنایی بوده و از این رهگذر کارگزاران زندان می‌توانند به درجه خطرناکی زندانیان به منظور اتخاذ تصمیم متناسب با وضعیت آنان پی ببرند. پرخاشگری، بی‌تفاوتی عاطفی، خودبینی و لحظه‌نگری از شاخصه‌های ظرفیت جنایی هستند که از آنها به عنوان ویژگی‌های اخلاقی مجرمان یاد می‌شود. طبیعتاً، شناسایی خصیصه‌های اخلاقی نشان می‌دهند که بزهکاران محبوس از حیث ظرفیت جنایی در چه شرایطی قرار دارند تا به این واسطه بتوان آن دسته از زندانیان که دارای وضعیت اخلاقی همانند هستند را در یک طبقه جای داد. نویسنده‌گان آیینه‌نامه مذکور این شاخصه را از رهگذر تبصره ماده ۷ مورد توجه قرار داده‌اند تا شورای طبقه‌بندی زندان با لحاظ «... ویژگی‌های اخلاقی و خصوصیات رفتاری و چگونگی شخصیت زندانیان ...» نسبت به تفکیک این دسته اقدام کند. این مؤلفه‌ها ضمن اینکه امکان شناسایی جنبه‌های مختلف شخصیت جنایی بزهکاران را فراهم می‌سازد، مبنای مناسبی برای پیش‌بینی تدبیر بازپرورانه به شمار می‌رود. از این رو، این معیار ملاک مناسبی برای فردی‌سازی پاسخ‌های زندان حتی در خصوص مرتكبان یک نوع رفتار مجرمانه می‌باشد. چه اینکه شماری از بزهکاران با وجود ارتکاب جرم‌های همانند، از ظرفیت‌های جنایی متفاوت برخوردارند. بدیهی است که سامانه زندان باید نسبت به هر یک از این مجرمان برخورد افتراقی نشان دهد تا به این واسطه، بازپروری این دسته به شکل فردی‌شده و با واقع‌گرایی بیشتری صورت پذیرد. در کنار اینها، مؤلفه‌های زیستی هم باید در فرآیند اصلاح و درمان مجرمان مورد توجه قرار گیرند. بر این اساس، سن، جنسیت و خصیصه‌های نژادی و قومیتی به عنوان شاخصه‌های جداسازی زندانیان به شمار می‌روند.<sup>۱</sup> به هر روی، کودکان بزهکار به جهت برخورداری از ویژگی‌های رفتاری متفاوت و اینکه در مرحله رشد قرار دارند، باید از بزرگسالان مجرم جدا شوند. حتی تفکیک جوانان بزهکار از دیگر بزرگسالان مجرم می‌تواند نقش مؤثری در اجرای مناسب‌تر برنامه‌های بازپرورانه داشته باشد. به همین جهت، نویسنده‌گان این آیینه‌نامه در ماده ۱، سن را به عنوان معیار جداسازی زندانیان برشمرده‌اند.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات مباحثی در علوم جنایی، منبع پیشین، ص. ۲۴۶۸.



در همین راستا، مطابق ماده ۵ زندانیان زیر هجده سال، هجده تا سی سال و سی سال به بالا گروه‌بندی شده‌اند تا هر یک از آنان با توجه به شرایط‌شان در محل‌های مناسب حبس را سپری نمایند. بر این اساس، زیر هجده ساله‌های زندانی باید به کانون اصلاح و تربیت فرستاده شوند تا در آنجا به شکل خاص و منطبق با وضعیت روحی - روانی و به طور کلی نیازهای شان برای پاسخ‌دهی به بزهکاری برنامه‌ریزی شود. این جداسازی آن‌چنان پراهمیت است که تدوین کنندگان این آیین‌نامه به موجب تبصره ۲ ماده مذکور اعزام این دسته مجرمان به زندان را کاملاً ممنوع اعلام کرده و همواره بر سلب آزادی آنان در کانون اصلاح و تربیت تأکید ورزیده‌اند. مطابق این تبصره «معرفی اطفال و نوجوانان زیر هجده سال به زندان ممنوع بوده و چنانچه به دستور مراجع قضایی اطفال و نوجوانان زیر هجده سال به زندان اعزام گردند، رؤسای زندان‌ها مکلفند بالاصله آنان را به کانون اصلاح و تربیت اعزام نمایند».<sup>۱</sup> به این سان، تفکیک این گروه از بزهکاران از دیگر مرتكبان جرم جنبه اجباری داشته و از این رو کارگزاران زندان باید در این خصوص برنامه‌ریزی کنند. البته، اجباری بودن جداسازی زندانیان به همین قلمرو سنی محدود نمی‌شود، بلکه بر اساس بند ب ماده مذکور «گروه سنی جوانان شامل، زندانیان هجده تا سی سال ... باید جدا از سایر زندانیان نگهداری شوند». به این سان، مجرمان مذکور به جهت برخورداری از شرایط جوانی هم باید از دیگر زندانیان جدا شوند تا این دسته مانند کودکان بزهکار به واسطه این طبقه‌بندی از خردفرهنگ‌های مجرمانه موجود در زندان‌های بزرگ‌سالان مصون مانند. با وجود این، به نظر می‌رسد که ایجاد کانون‌های اصلاح و تربیت در مراکز استان‌ها و در نتیجه دور شدن کودکان بزهکار از محل زندگی‌شان حق ملاقات این دسته را با چالش مواجه سازد. این چالش آن‌چنان جدی است که جرم‌شناسان زندانی/محکوم نیز همواره به آن اشاره داشته‌اند.<sup>۲</sup>

نویسنده‌گان این آیین‌نامه در میان معیارهای زیستی به عامل جنبیت نیز توجه نشان داده‌اند. بر پایه این مؤلفه، زنان باید از مردان بزهکار تفکیک شوند. چه اینکه هر یک از این گروه‌های مجرمان دارای شرایط روحی - روانی ویژه‌ای هستند که نظام عدالت کیفری باید با لحاظ آنها نسبت به پاسخ‌دهی گام بردارد.<sup>۳</sup> در همین راستا، به

۱. مطابق مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ کودکان و نوجوانان بزهکار در صورت برخورداری از پاسخ سلب کننده آزادی باید به کانون اصلاح و تربیت اعزام شوند. همین سیاست در ماده ۵۲۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اتخاذ شده است.

۲. برای آگاهی بیشتر، ر. ک: حکیمی، آزاده، نقش زندانیان سابق در اصلاح نظام زندان و زندانیان، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳.

۳. دانش، تاج‌زمان، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۶، ص. ۲۷۲.

موجب ماده ۱ آیین‌نامه مذکور، جنسیت یکی از معیارهای تفکیک زندانیان می‌باشد. ملاحظه می‌شود که نویسنده‌گان این آیین‌نامه با در نظر داشتن آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی برخی مؤلفه‌های روحی - روانی، اخلاقی و زیستی را برای جداسازی زندانیان شناسایی کرده‌اند تا از این رهگذر موجبات فردی‌سازی برنامه‌های اصلاحی - درمانی در بستر زندان فراهم گردد. با وجود این، به نظر می‌رسد که بعضی شاخصه‌ها مثل خصوصیات نژادی، قومیتی و فرهنگی هم می‌توانستند به عنوان معیارهای طبقه‌بندی زندانیان به شمار آیند.

## ۲-۳. ویژگی‌های محیطی بزهکاران

محیط در شکل‌گیری نظام شخصیتی افراد بسیار تأثیرگذار است. در این بستر است که افراد با هنجارهای اجتماعی و چگونگی احترام گذاشتند به آنها آشنا می‌شوند. با وجود این، گاه دسته‌های از محیط‌هایی که افراد با آنها ارتباط دارند، اسباب متمایل شدن شماری از شهروندان به نقض بایدها و نبایدهای کیفری را فراهم می‌آورند. محیط در یک دسته‌بندی کلی به سه نوع محیط طبیعی، اجتماعی حقیقی و مجازی تقسیم می‌شود که در این میان محیط اجتماعی شخصی یعنی اوضاع و احوال و اطرافیان بدون واسطه افراد به جهت نزدیک بودن به افراد نقش بسزایی در چگونگی شکل‌گیری سامانه شخصیتی آنان ایفا می‌نماید.<sup>۱</sup> چه اینکه نهادهایی مثل خانواده، مدرسه، دوستان و همسالان از جمله این محیط‌ها هستند که به جهت وجود تعامل نزدیک بر افراد بسیار تأثیر می‌گذارند. طبیعتاً، توجه به شرایط هر یک از زندانیان از حیث خانوادگی، تحصیلی و غیره می‌تواند در شناسایی جنبه‌های مختلف شخصیت بزهکاران و اتخاذ متناسب‌ترین تصمیم بالینی - کیفری نقش آفرین باشد.

این مؤلفه‌ها اگرچه به صورت صریح مورد توجه نویسنده‌گان آیین‌نامه مذکور قرار نگرفته‌اند، اما عبارت «... تحصیلات و ... چگونگی شخصیت زندانیان ...» مندرج در تبصره ماده ۷ گویای این نکته است که برای جداسازی زندانیان باید معیارهای محیطی هم در نظر گرفته شوند. چه اینکه محیط یکی از عوامل مؤثر شکل‌دهنده پیکره شخصیت افراد است. البته به نظر می‌رسد که اشاره صریح به دیگر مؤلفه‌های محیطی مانند موقعیت‌های خانوادگی، شغلی و اقتصادی جهت تفکیک زندانیان مناسب‌تر بود. به هر روی، با پیدایش و شناسایی یافته‌های جرم‌شناسی بالینی سامانه عدالت کیفری به دنبال برقراری توازن میان مصلحت عمومی و بزهکاران است. بر این اساس، نهادهای کیفری مانند زندان باید در راستای ارائه خدمات انسانی و اجتماعی به مجرمان و

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، پیشگیری عادلانه از جرم، منبع پیشین، ص. ۵۷۱.



---

بازگردن این دسته به عرصه جامعه و دور کردن آنان از سقوط دوباره در ورطه  
بزهکاری گام بردارند.<sup>۱</sup>

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، رویکرد جرم‌شناسی قانون حقوق شهروندی، منبع پیشین، ص. ۱۹.

## نتیجه‌گیری

بازپروری بزهکاران یکی از هدف‌های بنیادین سامانه عدالت کیفری ایران است. توجه به این هدف در سطح مقررات فراتقنيی (بند ۵ اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) نشان از اهمیت ویژه آن در «سپهر سیاست جنایی ایران» دارد. در همین راستا، شماری از مقررات تقنيی و فروتقنيی به شکل‌های مختلف در صدد عملیاتی کردن این هدف مهم عدالت کیفری برآمده‌اند. اما در این میان مقررات ناظر بر کیفر حبس تحقق هدف بازپرورانه عدالت کیفری را به صورت جدی و منسجم مورد توجه قرار داده‌اند.

آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی ۱۳۸۴ به عنوان اصلی‌ترین نماد سیاست جنایی ایران در این زمینه همواره بر اصلاح و درمان زندانیان تأکید ورزیده و در قالب برنامه‌های متعدد چگونگی دسترسی به آن را تبیین کرده است. برای نمونه می‌توان به ماده ۳ این آیین‌نامه که هدف زندان را دوباره اجتماعی کردن زندانیان قرار داده و یا فصل چهارم (مواد ۱۳۶ به بعد) که به جزئیات برنامه‌های بازپرورانه زندان اختصاص یافته است، اشاره کرد. بدیهی است که از مهم‌ترین پایه‌های بازپروری بزهکاران، فردی‌سازی پاسخ‌های عدالت کیفری در مرحله اجرای مجازات است. چه اینکه در این مرحله هم باید با توجه به ویژگی‌های بزهکاران نسبت به تحمل کیفر بر این دسته گام برداشت. جداسازی زندانیان نیز یکی از مصاديق اصل فردی‌سازی پاسخ‌ها است که در مرحله اجرا مورد توجه قرار می‌گیرد. بر اساس این سازوکار کیفر زندان باید با توجه به ویژگی‌ها و در واقع حالت خطرناک هر یک از بزهکاران جنبه اجرایی پیدا کند. تفکیک زندانیان بر پایه حالت خطرناک به تدبیر و برنامه‌های زندان بعد واقع‌گرایانه می‌بخشد و در این چارچوب می‌توان این مجازات را در زمینه دسترسی به هدف اساسی‌اش که همانا بازپروری مجرمان است، اثربخش‌تر مشاهده کرد.

این سازوکار در گستره سیاست جنایی ایران و از رهگذر یک آیین‌نامه مستقل تحت عنوان «آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان ۱۳۸۵» شناسایی شده است تا به این واسطه اسباب اجرای مناسب آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی در بستر زندان فراهم شود. با وجود این، به نظر می‌رسد که اجرای این آیین‌نامه با چالش‌های متعددی روبروست. بر جسته‌ترین چالش پیش روی این آیین‌نامه نبود فضای فیزیکی برای نگهداری زندانیان است. بر پایه شواهد تعداد زندانیان بیش از ظرفیت زندان‌ها بوده و همین تورم جمعیت کیفری سبب شده است تا جداسازی زندانیان عمده‌تاً بر اساس دو معیار سن و جنسیت صورت پذیرد. بدیهی است که سیاست‌گذاران جنایی ایران

می‌توانند با اتخاذ راهبردی مناسب مثل پس‌روی کیفری و طبیعتاً به کارگیری روش‌های کیفرزدایی، قضازدایی و گاه جرم‌زدایی به شماری از جرم‌ها از رهگذر سازوکارهای غیرکیفری و یا غیر سالب آزادی پاسخ دهند. همین جهت‌گیری می‌تواند از تعداد جمعیت کیفری کم کرده و امکان جداسازی آن دسته از مجرمان که باید در حبس بمانند را فراهم آورد. پیداست که در این زمینه آموزش قصاصات برای استفاده کمینه از مجازات زندان هم می‌تواند تا اندازه زیادی در کاهش جمعیت کیفری نقش‌آفرین باشد. علاوه بر این، در گستره قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ روش‌های متعدد ارافق‌آمیزی شناسایی شده‌اند که بهره جستن از آنها می‌تواند به کاهش شمار زندانیان بیانجامد. چه اینکه، بر پایه شماری از آمارها جمعیت کیفری در ایران نزدیک به دویست و هفتاد هزار نفر است که تعداد بیشتر را مردان (دویست و پنجاه هزار نفر) و شمار کمتر را زنان (بیست هزار نفر) به خود اختصاص داده‌اند.

به هر رو، افزایش تعداد بزهکاران محکوم به حبس و نیز کمبود فضای فیزیکی زندان‌ها در ایران از مهم‌ترین چالش‌های سامانه عدالت کیفری در این زمینه است. چنانکه در دستورالعمل سامان‌دهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها ۱۳۹۱ افزایش تعداد زندانیان به عنوان عامل پیدایش مشکلات متعدد اجتماعی، فرهنگی و بهداشتی در زندان‌ها اعلام شده است. ضمن اینکه شماری از مدیران بلندپایه دادگستری هم نامناسب بودن فضای فیزیکی زندان‌ها را یک مانع جدی برای اجرای سازوکار جداسازی زندانیان به شمار آورده‌اند. به گونه‌ای که هم‌اینک روابطی برای جداسازی زندانیان، جز بر اساس معیار جنسیت و یا کودکی و نوجوانی، وجود ندارد. به این سان، احداث ساختمان‌های نو برای زندان‌ها و نوسازی و بازسازی زندان‌های کنونی از جمله اقدام‌های مهم است که دستگاه قضایی باید برای بهبود وضعیت فیزیکی زندان‌ها انجام دهد.

چالش دیگر فراروی جداسازی زندانیان کمبود منابع انسانی در قلمرو زندان است. به هر رو، تفکیک زندانیان باید بر پایه شناخت دقیق کنش‌گران از بزهکاران باشد. در واقع، مددکاران اجتماعی باید با تشکیل پرونده شخصیت برای هر یک از زندانیان نسبت به وضعیت فردی و محیطی این دسته تحقیق کرده و اطلاعات کافی را به دست آورند. کم تعداد بودن مددکاران اجتماعی (کنش‌گران پیراکیفری) سبب می‌شود تا اطلاعات به دست آمده از زندانیان بزهکار چندان دقیق نبوده و در نتیجه جداسازی آنان با واقعیت‌ها فاصله داشته باشد. به نظر می‌رسد که پیش‌بینی بودجه‌ای مستقل جهت استخدام مددکاران اجتماعی به تعداد موردنیاز زندان‌ها می‌تواند در بهبود فرآیند تفکیک زندانیان نقش مؤثری ایفا کند. البته با توجه به شناسایی نهاد مددکاری

---

اجتماعی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به نظر می‌رسد که به تدریج استفاده از ظرفیت این دسته از کارگزاران عدالت کیفری در سراسر فرآیند کیفری از جمله در مرحله پسادادرسی نهادینه شود. چه اینکه مطابق مواد ۴۸۵ تا ۴۸۷ این قانون، دستگاه قضایی باید در راستای ایجاد تشکیلات مناسب تحت عنوان «مددکاری اجتماعی» و استخدام مددکاران اجتماعی از میان دانشآموختگان رشته‌های مددکاری، علوم تربیتی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، جرم‌شناسی و حقوق گام بردارد.

اما چالش مهم دیگر، دقیق نبودن شناسنامه‌های کیفری است. شناسنامه کیفری قاعده‌تاً باید در برگیرنده اطلاعات کافی در زمینه گذشته کیفری یک بزهکار باشد. اگرچه در پنهان عدالت کیفری تا اندازه‌ای به پیشینه کیفری و ثبت اطلاعات مربوط به رفتارهای کیفری بزهکاران توجه می‌شود، اما به نظر می‌رسد که این آگاهی‌ها برای اجرای دقیق برنامه‌های بازپورانه در بستر زندان کافی نباشند. از این رو، راهاندازی «مرکز ثبت احوال کیفری» در درون سامانه عدالت کیفری می‌تواند با گرداوری و ثبت کلیه اطلاعات جنایی مربوط به بزهکاران امکان شناخت دقیق کارگزاران زندان از ابعاد مختلف شخصیت مجرمان بهویژه پایداران در ورطه بزهکاری را فراهم سازد.

در نهایت اینکه در میان شاخصه‌های حقوقی اگرچه شماری از عنوانین مجرمانه از رهگذر ماده ۷ به عنوان معیار جداسازی زندانیان مورد توجه قرار گرفته‌اند، ولی بعضی از رفتارهای مجرمانه در فرآیند معیارگذاری شناسایی نشده‌اند. طبیعتاً تفکیک این دسته از زندانیان با ابهامات متعددی روبرو می‌شود. به این ترتیب، به نظر می‌رسد که فراهم ساختن زمینه‌های اجرای این آیین‌نامه می‌تواند تا اندازه زیادی در اثربخشتر کردن کارکرد بازپورانه مجازات حبس که هنوز در پنهان سیاست جنایی ایران اصلی‌ترین ضمانت اجرای کیفری است، نقش‌آفرین باشد.

## منابع

- آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بنیادین، نشر گرایش، چاپ نخست، ۱۳۸۲.
- آقامیرسلیم، مرضیه السادات، جایگاه پرونده شخصیت در نظام کیفری ایران و کانادا، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
- بابایی، محمدعالی، جرم‌شناسی بالینی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- بولک، برنا، کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- پرادرل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۹۱.
- حکیمی، آزاده، نقش زندانیان سابق در اصلاح نظام زندان و زندانیان، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳.
- دانش، تاج‌زمان، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۶.
- رحمدل، منصور، تناسب جرم و مجازات، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- سلیمی، صادق، جنبایات سازمان یافته فرامی، انتشارات تهران صدرا، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
- شیکر، دیوبید، مفهوم و ماهیت مجازات، ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان، انتشارات دانشگاه شهید چمران اهواز، ۱۳۸۹.
- صفاری، علی، کیفرشناسی (تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی)، انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
- عظیمزاده، شادی، پایداری در بزهکاری، انتشارات جنگل، چاپ نخست، ۱۳۹۰.
- گسن، ریموند، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی‌نیا، چاپخانه علامه طباطبائی، ۱۳۷۰.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها، در: بایسته‌های نظام پژوهش در نظام عدالت کیفری، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- \_\_\_\_\_، پیشگیری عادلانه از جرم، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، چاپ نخست، ۱۳۸۳.
- \_\_\_\_\_، تقریرات مباحثی در علوم جنایی، به کوشش شهرام ابراهیمی، ویراست هفتم، ۱۳۹۲.

- 
- ، رویکرد جرم‌شناختی قانون حقوق شهروندی، در: مجموعه مقالات همایش حقوق شهروندی، نشر گرایش، ۱۳۸۸.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ و حمید‌هاشم‌بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
- نیازپور، امیر‌حسن، «اساسی‌سازی حقوق پیشگیری از جرم در ایران»، مجله پژوهش حقوق کیفری، شماره ۶، ۱۳۹۳.
- ، بازپروری بزهکاران در مقررات ایران، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۱، ۱۳۸۵.
- ، بزهکاری به عادت: از علم‌شناسی تا پیشگیری، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۷.
- Regoli, Robrt; and John Hwitt, Exploring Criminal Justice, Jones and Bartlett Publishers, 2008.
- Seiter, Ricardo, Corrections (An Introduction), Pearson and Prentice Hall Publishers, 3rd Edition, 2008.



## بررسی اهداف، چالش‌ها و راهکارهای حقوق بین‌الملل رقابتی

عباس نیازی\*

ایام کمرخانی\*\*

محسن جلیلیان\*\*\*

### چکیده

حقوق بین‌الملل رقابتی یا ابعاد بین‌المللی حقوق رقابت داخلی، عناوینی هستند که اقدامات و فعالیت‌های تجاری - اقتصادی فراسرزمینی فعالان اقتصادی را مشمول حقوق رقابت می‌دانند. حقوق بین‌الملل رقابتی زمانی معنا و موضوعیت می‌یابد که مقرراتی مرتبط در قالب عهدنامه چندجانبه یا عرف بین‌المللی شکل گرفته باشد. اما اصطلاح ابعاد بین‌المللی حقوق رقابت داخلی به معنای نفی حقوق بین‌الملل رقابتی خواهد بود؛ چراکه حقوق داخلی را به عنوان نظام حقوقی حاکم بر تمام اقدامات و رفتارهای ضدرقابتی به رسمیت می‌شناسد. اما بین حقوق رقابت داخلی و حقوق بین‌الملل رقابتی دو تفاوت عمده و اساسی وجود دارد. اولاً حقوق بین‌الملل رقابتی فاقد مقررات اختصاصی در قالب عهدنامه یا عرف بین‌المللی است. ثانیاً حقوق بین‌الملل رقابتی فاقد نهادهای اجرایی اختصاصی است. این تفاوت‌ها موجب خواهد شد که پیگیری و تعقیب اقدامات یا اعمال ضدرقابتی فعالان اقتصادی دولتی یا خصوصی، حتی اگر جنبه بین‌المللی داشته باشند، در دادگاه ملی مورد رسیدگی و اجرا قرار گیرد. حقوق بین‌الملل رقابتی در قوانین و متون حقوقی ایران به طور صریح بیان نشده است و ما در راه تبیین این موضوع در حقوق ایران هستیم. بنابراین برای اثبات ادعاهای فوق ابتدا سعی خواهیم کرد که بعد از شناسایی اهداف حقوق بین‌الملل رقابتی، چالش‌های این نظام حقوقی در حال شکل گیری را بیان و راهکارهایی نظیر موافقت‌نامه دوچانبه که

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)

ayyamkamarkhani@ut.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

\*\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی  
jalilian.mohsen66@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۳/۰۶ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۸/۲۸

---

زمینه را برای شکل‌گیری حقوق بین‌الملل رقابتی و برخورد با این چالش‌ها فراهم می‌کنند، ارائه کنیم.

**کلیدواژه‌ها:** حقوق بین‌الملل رقابتی، قراردادهای دوجانبه بین‌المللی رقابت، ابعاد بین‌المللی حقوق رقابت، حقوق رقابت، اعمال فراسرزمینی مقررات داخلی رقابت.

## مقدمه

در مورد همکاری‌های بین‌المللی در راستای ارتقای تجارت بین‌المللی تلاش‌های بسیاری شده است و علم حقوق به عنوان بستری برای تنظیم این دسته از روابط همواره مورد توجه بوده است. از تلاش مؤسسات بین‌المللی برای یکسان‌سازی نظام‌های حقوقی گرفته تا تلاش کشورها برای دستیابی به مجموعه‌ای از مقررات متعدد‌الشكل، همگی نمونه‌هایی از اهتمام ملل مختلف برای کاهش هزینه معاملاتی، پرهیز از شکل‌گیری تعارض‌های بین‌المللی، ارتقای سطح شفافیت و تحقق اصل عدم تبعیض است. در راستای شکل‌گیری حقوق بین‌الملل رقابتی هم اقداماتی با همین اهداف صورت گرفته است که سعی می‌شود اهم این اقدامات در ادامه ذکر گردد.

«ایرینگ»<sup>۱</sup>، قاضی آلمانی، در قرن نوزدهم بیان می‌کند: «در حالی که کشورها در حال جنگ با یکدیگرند، امر تجارت زمینه و راه را برای ملت‌ها به گونه‌ای مهیا می‌کند تا بتوانند با یکدیگر مراوده داشته و کالا و افکار خود را مبادله کنند.» در قرن حاضر، فعالیت‌های فراملی با شتابی بی‌سابقه در حال گسترش است و انتظار می‌رود که این فرآیند با رشد تجارت الکترونیک و شبکه‌های کامپیوتی تسریع گردد.<sup>۲</sup> در جهان پیچیده کنونی گسترش روابط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، وابستگی بین جوامع را دو چندان کرده است. حوزه اقتصاد که جایگاه اساسی را در این تحولات دارد، کماکان در معرض اعمال قواعد حقوق داخلی بر فعالیت‌های اقتصادی بین‌المللی است. اثر مقررات اقتصادی در نظم بهم‌پیوسته جهانی از مرزهای ملی عبور و فعالیت‌های اقتصادی فراملی را به واسطه امکان تعارض بین قوانین کشورهای مختلف، دچار مشکل می‌کند. به دلیل تنویر عوامل دخیل در اقتصاد جهانی و ارتباط تعاملات اقتصادی با بیش از یک کشور، آزادی فعالیت در معرض محدودیت‌های ناشناخته بسیاری قرار می‌گیرد که این امر می‌تواند در جهت کاهش اعتبار ترتیبات خصوصی مورد سوءاستفاده قرار گیرد. نه تنها معیارهای عدالت تصحیحی<sup>۳</sup> از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، بلکه تعارض‌های صلاحیتی به خصوص در حوزه مقررات اقتصادی داخلی، زمینه‌ای مساعد برای ناکامی برنامه‌های خصوصی مهیا می‌کند.<sup>۴</sup>

1. Von Jhering
2. Matsushita, Mitsuo, "International Cooperation In The Enforcement Of Competition Policy", Washington University Global Studies Law Review, vol. 1, 2002, p. 463.
3. Corrective Justice

۴. باقری، محمود، «حقوق اقتصاد مالی در نظم حقوقی بین‌المللی»، مجله پژوهش سیاست و حقوق، دانشگاه علامه طباطبائی، شماره ۲۳، ۱۳۸۷، ص. ۲۶۲.

از دیدگاه ولفگانگ فیکنتر<sup>۱</sup> که عضو گروه تهیه کننده پیش‌نویس گذ رقابت بین‌المللی<sup>۲</sup> سازمان جهانی تجارت<sup>۳</sup> در سال ۱۹۹۳ است، آغاز حقوق رقابت بین‌المللی به منشور آتلانتیک<sup>۴</sup> در سال‌های ۱۹۴۰ - ۱۹۴۱ برمی‌گردد که بین ایالات متحده و انگلیس منعقد شده است.<sup>۵</sup> علت به نتیجه نرسیدن این منشور، تفسیری بود که از اصل منع تبعیض صورت می‌گرفت. در حالی که ایالات متحده حامی اجرای این طرح بود، انگلستان به نمایندگی از کشورهای دارای منافع مشترک، خواهان رفتاری ترجیحی بود و پیگیری سیاست‌های اجتماعی را مقدم بر تجارت می‌دانست. از سوی دیگر، نمی‌توان تأثیر طرح‌های بعد از جنگ و تفکرات اقتصادی کینز<sup>۶</sup> را نادیده گرفت. سیاست‌گذاران آمریکایی شدیداً تحت تاثیر افکار کینز بودند؛ در حالی که تفکر مداخله دولت در بازار به منظور نیل به اشتغال کامل در مخالفت با اندیشه حامیان اقتصاد آزاد در آمریکا بود.<sup>۷</sup> برای تبیین «حقوق رقابت بین‌المللی» در چند گام، ابتدا اهداف حقوق بین‌الملل رقابتی، سپس چالش‌های پیش روی حقوق بین‌الملل رقابتی و راهکارهای به اجرا درآمده از جانب کشورهای مختلف را بررسی و بیان می‌کنیم.<sup>۸</sup>

## ۱. اهداف حقوق بین‌المللی رقابت

اهداف حقوق رقابت داخلی به اختصار عبارت است از افزایش کارایی، حمایت از حقوق مصرف‌کننده، جلوگیری از انحصار و تمرکز در بازار<sup>۹</sup> که بی‌شک هر کشوری با

1. Wolfgang Fikentscher
2. The Draft International Antitrust Code (DIAC)
۳. سازمان جهانی تجارت در سال ۱۹۹۵ تأسیس گردید و تدوین پیشنهاد مذکور در راستای فراهم آوردن کدهای لازم سازمان در شرف تأسیس بوده است.
4. Atlantic Charter
5. Fikentscher, Wolfgang, "The Draft International Antitrust Code (DIAC) In The Context Of International Technological Integration", Chicago \_ Kent Law Review, vol. 72, 1996 - 97, p. 536.
6. John Maynard Keynes
7. Reuvid, Jonathan, A handbook of World Trade, GMB Publishing Ltd, 2004, pp. 3 - 4.
۸. علاءالدینی، امیرحسین، حقوق رقابت در آینه تحولات تکنیکی، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۱، صص. ۴۸ - ۴۰؛ فلدرن، زايدل هومن، حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه سیدقاسم زمانی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۹۱، صص. ۴۳۰ - ۴۳۶؛ خداداد کاشی، فرهاد؛ و محمدنبی شهیکی تاش، «جوزه و وسعت قانون رقابت با توجه به ساختار اقتصادی (مطالعه موردی ایران)»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال نهم، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، صص. ۲۳ - ۲۶.
۹. باقری، محمود؛ و علی‌محمد فلاح‌زاده، «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۲، پاییز ۱۳۸۸، ص. ۶۹؛ باقری، محمود و مهدی رشوند بوکانی، حقوق رقابت و دفاع از تمامیت بازار در فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۸، پائیز و

توجه به سطح توسعه یافته‌گی و دغدغه‌های خود به اولویت‌دهی به آنها مبادرت می‌ورزد.<sup>۱</sup> البته به دلایل زیر، اهداف حقوق رقابت بین‌الملل همان اهداف حقوق رقابت داخلی نیست و بر آوردن این اهداف متفاوت، نیازمند نظامی متفاوت از نظام حقوق رقابت داخلی است.

## ۱-۱. تفاوت در تعریف محدودیت‌های تجاری و اعمال ضدرقابتی در حقوق رقابت داخلی و بین‌المللی

سازمان جهانی تجارت در راستای حفظ موانع بر سر راه تجارت آزاد بین‌المللی و فراهم کردن شرایط لازم برای دسترسی به بازارهای بین‌المللی شکل گرفته است. در تجارت بین‌المللی امر دسترسی به بازار را می‌توان با موانع ورود و خروج از بازار در حقوق رقابت داخلی مقایسه کرد یا دامپینگ را با تبعیض‌گذاری در قیمت قیاس نمود. اما بحث بر سر این است که هر کدام از این تأسیسات حقوقی دارای آثار خود است و هدف از به رسمیت شناختن این تأسیسات با یکدیگر متفاوت است مثلاً تبعیض‌گذاری در قیمت در راستای محافظت از منافع مصرف‌کنندگانی است که از اطلاعات نامتقارن رنج می‌برند، ولی علت ممنوعیت دامپینگ در حقوق رقابت بین‌الملل، اجرای اصل عدم تبعیض است. وجود این تفاوت‌ها در تعریف محدودیت‌های تجاری در حقوق رقابت داخلی و بین‌المللی منجر به تفاوت در تعریف اهداف این دو دسته مقررات حقوق رقابت خواهد شد. در یک نمونه عملی،<sup>۲</sup> شرکت آمریکایی کداک<sup>۳</sup> از دولت متبع خود خواست<sup>۴</sup> تا به دلیل وجود موانعی که بر سر راه دسترسی این شرکت به بازار ژاپن وجود دارد، از دولت ژاپن بخواهد که مقررات رقابتی خود را بر اعمال ضدرقابتی شرکت‌های ژاپنی نظیر کوجی اعمال کنند. ادعای کداک این بود که کوجی و چند شرکت ناشناس ژاپنی با زیربخش‌ها و توزیع کنندگان محصولات خود تبانی کرده‌اند تا محصولات کداک

← زمستان ۱۳۸۷، ص. ۶۲ - ۵۲؛ رشوند بوکانی، مهدی، حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰، ص. ۱۹۷ - ۲۰۸؛ صادقی مقدم، محمدحسین؛ بهنام غفاری فارسانی، «روح حقوق رقابت: مطالعه ظبیقی در اهداف حقوق رقابت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳، بهار ۱۳۹۰، ص. ۱۲۶ - ۱۱۸.

۱. صادقی یارندی، سیفالله؛ و مسعود طارم‌سری، فرهنگ توصیفی اصطلاحات تجارت بین‌الملل و سازمان جهانی تجارت، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص. ۱۱۲.

2. WTO Japan — Measures affecting consumer photographic film and paper, 31 March 1998, WT/DS44/R.

3. Kodak – Fuji film

۴. فلدرن، زایدل هوهن، حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه سیدقاسم زمانی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۹۱، ص. ۴۷۵.

را توزیع نکنند و از معامله با کدام خودداری کنند. دولت آمریکا از مقامات ژاپنی خواست که در باب مسأله متنازع فیه مقررات رقابتی ژاپن را اجرا کند. اما مقامات ژاپنی اقدامی انجام ندادند. لذا دولت آمریکا در هیأت حل اختلاف سازمان جهانی تجارت از این عملکرد کشور ژاپن شکایت کرد، چرا که کشور آمریکا مدعی بود که کشور ژاپن تعهدات خود در باب فراهم کردن شرایط دسترسی به بازار را فراهم نکرده است. هیأت حل اختلاف به تفکیک موانع دسترسی به بازار به موانع عمومی و خصوصی پرداخت و در نهایت مشخص شد که در باب مسأله مورد تنازع، سازمان نمی‌تواند مداخله کند. زیرا کشور عضو در اجرای تعهدات خود کوتاهی از خود نشان نداده است. این امر رسالت و هدف حقوق رقابت بین‌الملل است که راهکاری برای پاسخگویی به چنین مشکلاتی تدارک ببیند. در این راستا عده‌ای از محققان معتقدند که چنین اقداماتی که مورد تأیید کشورهای عضو است با اصطلاح موانع مختلط باید شناسایی شوند و منجر به مسئولیت دولت مذکور شود.

## ۲-۱. همپوشانی سیاست رقابتی با سیاست تجاری و سیاست توسعه‌ای

در حقوق رقابت بین‌المللی، سیاست رقابتی در کنار سیاست تجاری مورد توجه قرار گرفته است. سازمان جهانی تجارت به عنوان منصبی امر سیاست تجاری بین‌المللی، چند سالی است که به امر سیاست رقابتی توجه نشان داده است. اما عده‌ای از محققان معتقدند که واگذاری سیاست رقابتی در تجارت بین‌المللی به سازمان جهانی تجارت، این امر را تحت تأثیر مهم‌ترین سیاست سازمان جهانی تجارت، یعنی دسترسی به بازار، قرار خواهد داد و مسائل دیگری نظیر توسعه و حمایت از بازار داخلی را بی‌اهمیت می‌کند. لذا همکاری سازمان توسعه و همکاری اقتصادی را لازم می‌دانند، زیرا سازمان اخیر با توصیه‌نامه‌های غیرالزامی خود، توسعه اقتصادی را در صدر اهداف خود قرار داده است و از سوی دیگر، غیرالزامی بودن این توصیه‌نامه‌ها زمینه را برای شکل‌گیری تدریجی و به دور از تشنج مجموعه‌ای از مقررات رقابتی برای توسعه و همکاری‌های اقتصادی - تجاری بین‌المللی فراهم می‌کند. از سوی دیگر، عضویت اکثر کشورهای توسعه‌یافته در این سازمان که دارای قوانین رقابتی منسجم هستند، امید به همگرایی در تدوین مقررات متحداً‌شکل داخلی و ضمانت اجرا دادن به این مقررات را ارتقا می‌بخشد. عده‌ای دیگر معتقدند که همکاری آنکتاد در این برنامه ضروری است؛ چرا که بیشتر کشورهای در حال توسعه در آن عضویت دارند و این امر زمینه را برای عمومیت بخشیدن به مقررات داخلی رقابت فراهم خواهد کرد. از سوی دیگر، آنکتاد بیش از نهادهای دیگر، عرصه را برای

نقش آفرینی کشورهای درحال توسعه باز کرده است. لذا با دخالت دادن این نهاد امکان جلب نظرِ موافق کشورهای درحال توسعه و در نظر گرفتن دغدغه‌های کشورهای در حال توسعه فراهم می‌شود. سیاست رقابتی زمانی با سیاست تجاری تلاقی پیدا می‌کند که رفتارهای ضدرقابتی، حضور یک شرکت خارجی در بازارهای ملی را به اندازه وجود تعرفه‌های سنگین، مشکل می‌کنند و نهادهای ملی رقابتی در منکوب کردن چنین رفتارهایی ناتوان می‌مانند. هر چند تجارت بین‌الملل و سیاست رقابتی دارای روابط متقابل هستند، اما این بدان معنا نیست که سازمان جهانی تجارت بستری مناسب برای پیگیری مسائل مربوط به اعمال ضدرقابتی باشد. اتفاقاً عملکرد سابق سازمان جهانی تجارت در این مورد گویای ناتوانی این سازمان در برقراری ارتباط مناسب با موضوعات مربوط به اعمال ضدرقابتی است. برای مثال، پرونده کدامک - کوچی<sup>۱</sup> گویای این واقعیت است که اگر دسترسی به یک بازار بر اساس اعمال ضدرقابتی محدود شده باشد، سازمان نمی‌تواند علکرد شایسته داشته باشد. در این پرونده‌ها هیأت رسیدگی کننده سازمان جهانی تجارت با معضلي پیچیده روبرو بود که اصطلاحاً به آن «موانع مختلط ضدرقابتی»<sup>۲</sup> می‌گویند. در این پرونده‌ها که در بین اعمال ضدرقابتی فعلان خصوصی و ابزارهای مورد اتخاذ دولت نوعی از همگرایی مشاهده می‌شد، هیأت سازمان جهانی تجارت در بکارگیری ابزارهای لازم برای مقابله با این اقدام ضدرقابتی بیش از پیش از خود احتیاط به خرج داد. این مثال تفاوت‌های موجود بین سیاست رقابتی و سیاست تجاری را برجسته می‌نماید. قواعد تجاری عملکرد دولت‌ها را در قبال اعمال ضدرقابتی شرکت‌های خصوصی که تحت شمول حقوق رقابت هستند، مخاطب قرار می‌دهد. وظیفه اصلی سازمان جهانی تجارت مربوط به سیاست تجاری است که عموماً در ارتباط با مسئله دسترسی به بازار است. همچنان که برخی محققان پیشنهاد کرده‌اند، اگر حوزه عملکرد سازمان جهانی تجارت به قواعد رقابتی هم گسترش یابد، می‌توان شاهد بود که سیاست رقابتی توسط هنجار دسترسی به بازار که مورد خواست سیاست تجاری است، نادیده گرفته شود و هنجار مربوط به رفاه مصرف کنندگان که مورد خواست سیاست رقابتی است، مورد اجحاف قرار گیرد.<sup>۳</sup>

1. WTO Japan – Measures affecting consumer photographic film and paper, 31 March 1998, WT/DS44/R.

2. Hybrid Anticompetitive Restraints

3. Malinauskaite, Jurgita, International Competition Law Harmonization And The WTO: Past, Present And Future, presented during the Workshop “Theory and Practice of Harmonization” held at the IALS, on 24 – 26 June 2008, pp. 10 – 11.

### ۳-۱. وجود ملاحظات سیاسی و منافع متعارض اقتصادی قوی تر

بیان این واقعیت با این نکته محرز می‌گردد که در بازار داخلی می‌توان در باب اهداف و منافع عمومی به طور نظری و بدون ابهام به اتفاق نظر رسید. اما در اقتصاد بین‌الملل که سطح توسعه‌یافتنی و نیازهای ملل مختلف یکسان نیست. هر ملتی برای دست‌یابی به اغراض و منافع خود کوشش خواهد کرد که طرز تلقی خود از واقعیت‌ها را به کرسی بنشاند. این امر وجود ملاحظات سیاسی را در راستای منافع متفاوت احراز می‌کند.

### ۴-۱. فقدان مجموعه مقررات ماهوی و شکلی مناسب به فراخور مسائل حقوق رقابت بین‌الملل

نیل به اهداف مشترک نیازمند ترسیم و طراحی ابزارهای مشترک و مورد وفاق است. همچنان که در ادامه بررسی خواهیم کرد، در حقوق رقابت بین‌المللی، مقرراتی متعدد که مبتنی بر مبانی مشترک و در راستای اهداف عمومی باشند وجود ندارد. در واقع بر خلاف حقوق داخلی که می‌توان بدون وجود قانون برای حقوق رقابت اهداف و مبانی ترسیم کرد، طراحی اهداف در حقوق رقابت بین‌المللی نیازمند تصویب مجموعه‌ای از مقررات متعدد است.

## ۲. چالش‌های پیش روی حقوق بین‌الملل رقابتی

حقوقان معتقدند که برای پاسخگویی به نیازی که برای شکل‌گیری و تعریف سیاست رقابتی در تجارت بین‌المللی به وجود آمده است، در نظر گرفتن چهار مشکل اساسی اهمیت دارد.<sup>۱</sup>

### ۱-۱. رفتارهای ضدرقابتی خارج از صلاحیت‌های ملی

در این باب می‌توان به کارتل‌های بین‌المللی اشاره کرد که علت اصلی شکل‌گیری آنها پیدا شدن بازارهای بین‌المللی برای برخی محصولات است.

### ۱-۲. نقص در مرحله اجرای سیاست رقابتی و مقررات رقابتی در تجارت بین‌المللی

هرگاه نظام‌های حقوقی برای پاسخ گفتن به یک مسئله حقوق رقابتی، راهکارهای مختلفی عرضه کرند، این معضل بروز می‌کند. برای مثال می‌توان به پرونده ادغام

1. Tarullo, Daniel, "Competition Policy For Global Markets", Oxford University Press, Journal of International Economic Law, 1999, pp. 464 - 465.

بویینگ و مکدانل داگلاس اشاره کرد که هرچند کمیسیون بازرگانی فدرال آمریکا آن را تأیید کرده بود، اما اتحادیه اروپا این ادغام را تهدید به جلوگیری کرد و برای پذیرش آن شروطی را قائل شد. همچنین می‌توان به اعمال فراسرزمینی قانون ضدتراست آمریکا در ۱۹۷۰ اشاره کرد که با مخالفت شدید برخی کشورهای اروپایی از طریق به رسمیت شناختن حق تجدیدنظر (محاکمه مجدد) برای شرکت‌هایی که در دادگاه‌های آمریکا به استناد اعمال فراسرزمینی قانون ضدتراست آمریکا محکوم شده‌اند، اشاره کرد.

### ۳-۲. وجود معضلاتی در باب دسترسی به بازار

این معضل حاکی از وجود موانع عمومی و خصوصی در رقابت بین‌المللی است. برای مثال، وضع تعریف‌ها توسط کشورها از جمله موانعی بر سر راه رقابت است که امید است تا سازمان جهانی تجارت زمینه را برای حذف موارد غیرضرور آن فراهم کند. از جمله پروندهایی که در سازمان جهانی تجارت در این باب مورد بررسی قرار گرفت پرونده کداک است که در مبحث پیشین به آن پرداخته شد.

### ۴-۲. هزینه‌های غیرضروری در زمینه انطباق با رژیم‌های رقابتی مختلف

این معضل ناشی از پذیرش مقررات حقوق رقابت به صورت‌های مختلف در کشورهای مختلف است و زمانی ظهور خارجی پیدا می‌کند که برای مثال، یک ادغام فراسرزمینی نیازمند کسب مجوز از نهادهای رقابتی چند کشور مختلف است. هزینه‌هایی که این انطباق به همراه دارد و مخاطراتی که از افسای اطلاعات تجاری وجود دارد، ممکن است مانع از شکل‌گیری یک ادغام خدشه‌ناپذیر باشد.

به نظر می‌رسد که علاوه بر موارد کلی پیش‌گفته، موارد دیگری نیز از مشکلات ایجاد حقوق رقابت بین‌المللی است؛ مانند فقدان اهداف مدون برای سیاست رقابتی در حقوق رقابت بین‌الملل یا فقدان مقررات ماهوی منسجم و متحدد. هر چند تلاش‌های متعددی صورت گرفته است تا مجموعه مقرراتی ماهوی متحدد مورد پذیرش کشورهای مختلف قرار گیرد. اما به طور کلی می‌توان گفت که اولاً کارایی مجموعه مقررات ماهوی در باب حقوق رقابت بین‌الملل نیازمند سطح بازی برابر است. به این معنا که این مقررات ماهوی متحدد زمینه را برای استثمار کشورهای در حال توسعه فراهم نکند و اهداف توسعه‌ای این کشورها را به رسمیت بشناسد و صرفاً به دنبال دغدغه‌های کشورهای توسعه‌یافته مانند دغدغه دسترسی به بازار نباشد. ثانیاً راه نیل به این مجموعه مقررات متحدد می‌تواند در شکل معاهده‌ای بین‌المللی یا از طریق تصویب قوانین ملی در باب حقوق رقابت باشد. به نظر می‌رسد راهکار دوم مؤثرتر خواهد بود؛

زیرا تصویب قوانین ملی کشورها را در سطوح مختلف تحت تأثیر قرار خواهد داد و زمینه را برای تربیت متخصصین مختلف عرصه حقوق رقابت فراهم می‌کند. از سوی دیگر، تصویب قوانین ملی زمینه را برای ارتقای درک عمومی از مقررات حقوق رقابت فراهم می‌کند و دخالت‌های حقوق رقابت در روابط خصوصی افراد را آسان‌تر می‌کند. همچنین انتظار برای شکل‌گیری یک معاهده بین‌المللی در زمینه حقوق رقابت بین‌الملل با زمینه‌های چالش‌برانگیز موجود بسیار سخت است.

مشکل دیگر فقدان مقام ناظر است. اگر فرض کنیم که اهداف حقوق رقابت بین‌الملل در کنار مجموعه‌ای از مقررات منسجم ترسیم گردد، کدام نهاد این اهداف را با توجه به مقررات موجود تعقیب می‌کند؟

پاسخ این سؤال با سه گزینه احتمالی قابل بیان است. گزینه اول این است که نظارت بر اجرای این مقررات و تعقیب متخلفان بر عهده مقام‌های ناظر ملی باشد. روش دوم این است که نظارت بر اجرا و تعقیب این مقررات بر عهده یک مقام ناظر بین‌المللی باشد. سوم آنکه بین مقام ناظر بین‌المللی و مقام‌های ناظر نوعی از مشارکت و همکاری ترسیم گردد. گزینه اول دارای منافع و معایبی است. وجود مقام‌های ناظر ملی که از منابع و تخصص نابرابر بهره می‌برند، زمینه را برای بی‌عدالتی در تضمین منافع برخی از کشورها به هزینه تضمین نشدن منافع دیگر کشورها فراهم می‌کند. البته اگر خوب بنگریم این بی‌عدالتی در موقعی که مجموعه مقررات متحده و مورد پذیرش همه وجود ندارد، بیش از حالتی درست است که مجموعه مقرراتی متحده وجود دارد. از سوی دیگر، اگر مجموعه مقررات متحده وجود داشته باشد، نمی‌توان مقام ناظر ملی برخی از کشورها را ملزم به رعایت منافع سایر کشورها کرد. البته اگر کشورهای دیگر کنترل‌ها و دخالت‌های مقام ناظر خارجی را بپذیرند. همچنین وجود نهادهای ناظر ملی زمینه را برای اتخاذ رویکردهای متعارض و مختلف فراهم می‌کند. اگرچه وجود تعدد دیدگاه دارای منافعی است اما نمی‌توان انتظار داشت که مقام ناظر ملی توجیهات سیاسی - اقتصادی ملی را نادیده بگیرد.

گزینه دوم زمانی محقق می‌شود که همکاری‌های اقتصادی یا هر دلیل دیگر موجب شکل‌گیری منافع مشترکی برای مجموعه‌ای از کشورها یا فرضًا تمام کشورهای دنیا شود که تصویب معاهده‌ای بین‌المللی در کنار یک مقام ناظر را برای حمایت از آن منافع توجیه کند. همچنان که گفته شد، دسترسی به این امر بسیار دشوار و زمان‌بر است. البته اتحادیه اروپا تاکنون توانسته است به چنین هدفی نائل آید، ولی به اذعان محققان حقوق رقابت بین‌الملل، این فرآیند در مدت زمانی طولانی شکل گرفته است. البته پذیرش چنین نهادی همواره با مخالفت حاکمیت‌های مختلف روبرو خواهد شد که

ابتداً منجر به شکل‌گیری ناقص این نهاد خواهد بود و متعاقباً زمینه را برای انحراف این نهاد از کارکرد صحیح فراهم می‌کند. همچنین نمی‌توان تصور کرد که نهادهای ملی نقشی در نظارت بر اجرا یا تعقیب متخلفان نداشته باشند؛ چرا که اولاً هزینه معاملاتی این امر آن قدر وسیع خواهد بود که امکان سنجی این طرح را با چالش روپرتو خواهد کرد. ثانیاً تعقیب و اجرای مجموعه مقرراتی متعدد در حقوق رقابت بین‌الملل به همراه دخالت نهادهای ملی عدالت آیینی و امکان ابداعات بومی را محقق خواهد کرد. برای مثال می‌توان گفت که هر مجموعه مقررات متعددی که در باب حقوق رقابت بین‌الملل تصویب شود، در دل خود به تصریح یا تلویح، مواردی از استثنا به همراه خواهد داشت و به دللت عقل نمی‌توان انتظار داشت که مقام ناظر هم تعقیب‌کننده و مجری مقررات متعدد باشد و هم استثنایات مصرح یا ضمنی را اقامه کند. از سوی دیگر، به رسمیت شناختن دخالت نهادهای ناظر ملی عرصه را برای نوآوری‌های شکلی و ماهوی فراهم خواهد کرد و پویایی نظام مذکور را تضمین خواهد کرد.

روش سوم که مورد قبول نگارندگان است، گذشته از اینکه حداقل ایرادات دو نظام سابق را به همراه دارد، بیشترین امکان را برای توسعه و تدوین حقوق رقابت بین‌الملل فراهم می‌کند. اما این سوال مطرح است که در نظارت بر اجرا و تعقیب متخلفین اولویت با نهادهای ملی باشد یا نهاد بین‌المللی برخی معتقدند که اولویت باید به نهادهای ملی داده شود؛ چرا که اولاً هر کدام از رفتارها و معاملات بین‌المللی که ممکن است حقوق رقابت بین‌الملل را تحت تأثیر قرار دهد، به نوعی به چند کشور خاص مربوط می‌شود و ثانیاً در اوضاع کنونی که مقررات متعدد بین‌المللی در باب اعمال ضدرقابتی نیست، موجه تر خواهد بود که اولویت را به نهادهای ملی بدهیم که با همکاری یکدیگر اعمال ضدرقابتی بین‌المللی را مورد بررسی قرار دهند و استثنائاً اگر مصادیقی وجود داشت که همکاری نهادهای ملی نامحدود گردید، راه چاره در نهاد بین‌المللی تعبیه گردد. همچنین نهاد بین‌المللی به عنوان حافظ رقابت در بازار بین‌المللی باید دارای اختیاراتی در باب رفتارها و معاملات بین‌المللی باشد؛ بدون نیاز به اینکه کشوری خاص یک کدام از معاملات بین‌المللی را به چالش بکشد، ابتدا با ابتکار خود مقررات بین‌المللی رقابت را به موقع اجرا گذارد که اصطلاحاً به این وضعیت ابتکار بین‌المللی<sup>۱</sup> می‌گویند.<sup>۲</sup>

م屁股 دیگر در راه تشکیل حقوق بین‌المللی رقابتی فقدان ضمانت اجرا کافی و مناسب است؛ چرا که رفتار یا معامله ضدرقابتی مسلماً در بازار داخلی صورت می‌پذیرد، اما

ممکن است دارای آثار فراسرزمینی باشد. سؤال این است که اولاً اگر دادگاه داخلی رفتار یا معامله ضدراقبتی مذکور را مورد رسیدگی قرار دهد، چگونه حکم این محکمه را در کشورهای مختلف اجرا کنیم. ثانیاً رفتار یا معامله ضدراقبتی می‌تواند زمینه را برای صلاحیت دادگاه کشور محل وقوع معامله یا رفتار یا دادگاه کشوری که بازارش تحت تأثیر قرار گرفته است فراهم کند. در این صورت کدام یک از این دادگاه‌ها صالح به رسیدگی است؟ ثالثاً آیا می‌توان رفتارهای ضدراقبتی یا به عبارت بهتر موانع رقابتی عمومی که ساخته و پرداخته دولت و نهادهای عمومی است را در دادگاه‌های خارجی یا مراجع بین‌المللی مورد رسیدگی قرارداد. عده‌ای معتقدند که چون آثار رفتار ضدراقبتی بر بازار و رقابت موجود در آن مهم است، لذا دادگاه کشوری صالح به رسیدگی است که بازار کشور متبععش تحت تأثیر قرار گرفته است. اینان همچنین بالضوره دکترین آثار فراسرزمینی را خواهند پذیرفت و در مقابل این ابراد که ممکن است کشورهای مختلفی از رفتار یا معامله ضدراقبتی واحد متأثر شده باشند و پذیرش صلاحیت برای محاکم تمام این کشورها با توجه به این تئوری، زمینه را برای صدور احکام متعارض فراهم می‌کند، پاسخی ارائه نکرده‌اند. همچنین به این امر توجه نکرده‌اند که عمل ضدراقبتی مذکور ممکن است در کشور محل وقوع هم دارای آثار ضدراقبتی باشد. در این صورت اگر دادگاه‌های محل وقوع معامله یا رفتار را در عرض سایر مراجع صالح به رسیدگی بدانیم، در واقع خلاف دکترین آثار فراسرزمین عمل کرده‌ایم. زیرا دکترین آثار اگر هم مورد چالش نباشد، در صورتی مورد پذیرش است که دادگاه‌های محل وقوع معامله یا رفتار ضدراقبتی از خود کوتاهی نشان دهند. اما در صورتی که دادگاه محل وقوع رفتار ضدراقبتی به طور شایسته به مسأله رسیدگی کرده است، باز هم دادگاه‌های سایر کشورها به دلیل تحت تأثیر قرار گرفتن بازار کشور متبعشان صالح به رسیدگی باشند. ازسوی دیگر، اعتقاد به صلاحیت انحصاری دادگاه محل وقوع رفتار یا عمل ضدراقبتی، خلاف عدالت و منافع حقه کشورهای دیگر است. همچنین اجرای احکام دادگاه‌های داخلی در کشور محل وقوع رفتار ضدراقبتی یا کشورهای ثالث نیازمند انجام همکاری بین کشورهای مختلف است. از سوی دیگر، بررسی موانع عمومی بر سر راه رقابت در مراجع بین‌المللی، امروزه در سازمان جهانی تجارت رایج است و این سازمان در این راستا به نتایج درخشانی رسیده است؛ ولی به دلیل فقدان مقررات رقابتی در مجموعه مقررات سازمان جهانی تجارت می‌توان مدعی بود که این نهاد بین‌المللی تا زمان تصویب چنین مقرراتی ناکارآمد در پیگیری موانع عمومی انجام گرفته توسط دولت‌ها خواهد بود. همچنین از یک سو، پیگیری موانع عمومی بر سر راه تجارت در دادگاه‌های خارجی با مشکل دکترین عمل دولت رویرو است و از سوی دیگر موانع عمومی که مصدق‌هایی نظیر وضع مقررات حمایتی و محدود‌کننده است، دارای توجیهات

توسعه‌ای، حمایتی، موازنگاهی، درآمدی و امنیتی است. به همین دلیل، امروزه شاهد قراردادهای دوجانبه بین کشورهای مختلف در باب همکاری‌های حقوق رقابتی هستیم که در ادامه موضوعات این قراردادهای دوجانبه بررسی خواهد شد.

### ۳. راهکارهای موجود برای برخورد با چالش‌ها

برای پاسخگویی به مشکلاتی که در تجارت بین‌الملل ذکر شد، عموماً دو دسته اقدامات صورت گرفته است که می‌توان به تلاش‌های صورت گرفته در زمینه تدوین مقررات متحده بین‌المللی و انعقاد قراردادهای دوجانبه بین‌المللی اشاره کرد. در واقع، فقدان یک مجموعه قواعد و مقررات حقوقی که مختص روابط تجاری و اقتصادی بین‌المللی باشد، نشانی از وابستگی حقوق بین‌الملل رقابتی به حقوق رقابت داخلی است. البته می‌توان فقدان یک تمهد برای تعقیب و اجرای حقوق رقابت بین‌الملل رقابتی را نیز به این کاستی اضافه کرد. در ادامه تلاش‌های انجام‌گرفته به منظور پاسخگویی به این چالش‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۱-۳. تدوین مقررات متحده بین‌المللی

##### ۱-۱-۳. منشور هاوانا

نخستین تلاشی که در زمینه تدوین مقررات متحده بین‌المللی در باب رقابت انجام گرفت، مربوط به منشور ۱۹۴۸ هاوانا<sup>۱</sup> است که هدف اصلی آن تأسیس سازمان تجارت بین‌المللی بود که مقرراتی در باب رقابت در خود جای داده بود. این سند که حاصل نشستی در هاوانا به تاریخ ۲۱ نوامبر ۱۹۴۷ تا ۲۴ مارس ۱۹۴۸ است، در مواد ۵۴ تا ۴۶ فصلی تحت عنوان اعمال محدود‌کننده تجارت<sup>۲</sup> در نظر گرفته است. بند ۱ ماده ۴۶ منشور هاوانا مقرر می‌دارد که «همه اعضا به منظور جلوگیری از اقدامات تجاری از جانب فعالین اقتصادی خصوصی و عمومی که تجارت بین‌الملل را از طریق محدود کردن رقابت، دسترسی به بازار و حمایت از اقدامات انحصار طلبانه که آثار زیان‌بخشی بر توسعه تولید و تجارت دارد و دسترسی به اهداف مندرج در ماده ۱ را مانع می‌شود، با به‌کارگیری ابزارهای مناسب و همکاری با سازمان تجارت بین‌المللی کوشش خواهند کرد.»

منشور هاوانا این حق را به اعضا داده بود که در باب محدودیت‌های منع شده به سازمان تجارت بین‌المللی شکایت کنند. سازمان صلاحیت انجام تحقیقات و درخواست اطلاعات لازم برای تحقیقات از کشورهای عضو را داشت و می‌توانست اتخاذ اقدامات جبرانی

را به کشورهای عضو پیشنهاد کند. اگر شکایتی وارد تلقی می‌شد، سازمان ملزم بود که یافته تحقیقات خود را منتشر و از کشور خاطی بخواهد که گزارشی در باب اتخاذ اقدامات جبرانی خود به سازمان ارائه دهد. یکی از نقطه‌ضعفهای منشور هاوانا در بند ۳ ماده ۵۰ قرار داشت. طبق این بند به اعضا این اختیار داده شده بود تا در صورتی که افشای اطلاعات مورد نیاز سازمان مغایر با منافع حیاتی یکی از بنگاههای تجاري تابع اوست، از ارائه اطلاعات خودداری کند. این ادعا در صورتی پذیرفته می‌شد که کشور عضو مدعی باشد، اطلاعات مورد درخواست سازمان برای تحقیقات، جنبه ضروری و لازم ندارد. در واقع این بند به کشورهای عضو این اختیار را می‌داد که صرفاً بنا بر صلاحیت خود و به عنوان جلوگیری از افشای اطلاعات محترمانه از واگذاری اطلاعات لازم به سازمان پرهیز کنند.

### ۲-۱-۳. گات و تمہیدات مشورتی برای اقدامات تجاري محدودکننده

در زوئن ۱۹۵۹ در شهر ژنو گروهی از کارشناسان که از آنان خواسته شده بود تا امکان تحقق یک موافقت‌نامه چندجانبه در زمینه جلوگیری از رفتارهای ضدرقبتی بین‌المللی را بسنجند، به این نتیجه رسیدند که در شرایط کنونی امکان نیل به چنین موافقت‌نامه‌ای نیست<sup>۱</sup>؛ زیرا اجماع لازم در باب مقررات بین‌المللی رقابتی که بر اساس آن اقدامات ضدرقبتی تنظیم شوند، در بین کشورهای مختلف وجود ندارد. گذشته از اینکه بسیاری از کشورها در این زمینه فاقد اطلاعات و تجربه کافی برای طراحی یک سیستم اجرایی مؤثر هستند.<sup>۲</sup> گروه کارشناسی همچنین اعلام کرد که اقدامات کارت‌ها و تراستهای بین‌المللی ممکن است توسعه جهانی تجارت را به تأخیر اندازد و دسترسی گات به اهدافش را دستخوش انحراف کند. گروه بر ارتقای سطح همکاری‌ها بین کشورهای مختلف در زمینه مقابله با اقدامات محدودکننده تجارت در شرایطی که امکان تحقق یک معاهده بین‌المللی نیست، تأکید کردند.<sup>۳</sup>

### ۳-۱-۳. مجموعه اصول منصفانه آنکتاد در باب اقدامات محدودکننده تجاري<sup>۴</sup>

بعد از سال‌ها مذاکرات طاقت‌فرسا، مجمع عمومی سازمان ملل متحد به اتفاق آرا در سال ۱۹۸۰ اصولی تخيیری در باب اقدامات محدودکننده تجارت را به تصویب رسانید. برخی از اهداف این اصول از قرار زیر است:

1. Restrictive Business Practices: Arrangements for Consultations, Report of Experts
2. Sajlan, Devanshu, International Cooperation In The Enforcement Of Competition Law And The Effectiveness Of MOUs Signed By CCI Under Section 18 Of Competition Act of India, Internship Project Report Under The Guidance Of: Dr. Vijay Kumar Singh, Competition Commission Of India, New Delhi, January 2013, p. 5.
3. ر.ک. بند ۱۱ از توصیه‌های گروه کارشناسی.
4. 1980 UNCTAD Set of Equitable Principles on Restrictive Business Practices

- 
- اطمینان از اینکه اقدامات محدودکننده تجاری، فواید و منافع ناشی از آزادسازی موائع تعرفه‌ای و غیرتعرفه‌ای که تجارت جهانی، خصوصاً تجارت و توسعه کشورهای در حال توسعه را تحت تأثیر قرار داده است، نفی تخواهد کرد.
  - تحصیل بیشترین حد کارایی در تجارت و توسعه بین‌المللی، خصوصاً در کشورهای در حال توسعه، با توجه به اهداف ملی مربوط به توسعه اقتصادی – اجتماعی و ساختارهای اقتصادی موجود.
  - حمایت و افزایش رفاه اجتماعی، خصوصاً حمایت از منافع مصرف‌کنندگان، خواه در کشورهای توسعه‌یافته و خواه در کشورهای در حال توسعه.
  - از میان برداشتن مضرات امر توسعه و تجارت که ممکن است از اقدامات محدودکننده تجاری شرکت‌های فراملی یا دیگر بنگاه‌ها ایجاد گردد و همچنین کمک به افزایش منافع ناشی از تجارت بین‌المللی خصوصاً تجارت و توسعه در کشورهای در حال توسعه.
  - فراهم کردن مجموعه‌ای از اصول و قواعد منصفانه برای تنظیم اقدامات محدودکننده تجاری که در سطح بین‌المللی مورد پذیرش واقع شود و بدین وسیله امر پذیرش و اقتباس قوانین و سیاست‌های رقابتی در سطح ملی و منطقه‌ای را تسريع کند.<sup>۱</sup>

در واقع هدف این سند پذیرش قانون رقابت و توجه کشورهای مختلف به اهمیت سیاست رقابتی است؛ به گونه‌ای که بعد از این سند، آنکه قانون نمونه خود را برای اینکه الگویی مناسب در اختیار کشورها قرار داده باشد، عرضه می‌کند.<sup>۲</sup>

#### ۴-۱-۳. توصیه‌نامه سازمان توسعه و همکاری‌های اقتصادی در مورد کارتل‌های بین‌المللی<sup>۳</sup>

در ۲۵ مارس ۱۹۹۸ سازمان توسعه و همکاری‌های اقتصادی توصیه‌نامه‌ای در باب کارتل‌های بین‌المللی تصویب کرد. توصیه‌نامه‌های این سازمان الزام‌آور نیست، ولی در عین حال به دلیل اینکه غالب کشورهای عضو این سازمان توسعه‌یافته هستند، اجرایی شدن این اسناد از اقبال بیشتری برخوردار است. هدف این سند تواافق ضدرقابتی یا اعمال دسته‌جمعی رقبا به منظور تبانی در مناقصات، ثبیت قیمت‌ها، ایجاد محدودیت‌های تولیدی یا سهمیه‌بندی، تقسیم بازار بر اساس گوناگونی مشتریان،

1. 1980 UNCTAD Set of Equitable Principles on Restrictive Business Practices, 2000, p 9 – 10.; Available at:

<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSet/rbpc10rev20en.pdf>

2. Ibid, pp. 15 – 16.

3. OECD Hard Core Cartel Recommendation

---

تأمین‌کنندگان، کشورها و زنجیره‌های تجاری است.<sup>۱</sup> البته این سند چند دسته از کارتل‌ها را نیز از زمرة کارتل‌های ممنوع خارج کرده است.<sup>۲</sup> نهایتاً باید خاطرنشان شد که در این سند اصول همکاری‌های بین‌المللی در ارتباط با کارتل‌هایی بین‌المللی تبیین شده است و از مهم‌ترین اصول این سند در این ارتباط می‌توان به اصل نزاکت بین‌المللی اشاره کرد.<sup>۳</sup>

### ۳-۱-۵. پیش‌نویس موئین<sup>۴</sup>

در سال ۱۹۹۳، عده‌ای از متخصصان حقوق رقابت که خود را با عنوان کارگروه گُد ضدتراست بین‌المللی<sup>۵</sup> معرفی می‌کردند، پیش‌نویس یک قانون رقابت که در روابط تجارت بین‌المللی رعایت گردد را برای مذاکرات دور اروگوئه ارائه کردند. در واقع این پیش‌نویس در مؤسسه ماکس پلانک آلمان تهیه شده بود. این پیش‌نویس ایجاد یک نهاد ضدتراست بین‌المللی<sup>۶</sup> را پیش‌بینی می‌نمود که مجموعه‌ای از مقررات هماهنگ و ماهوی رقابتی را اجرایی می‌کرد. نهاد مذکور این اختیار را داشت که از نهادهای رقابتی کشورهای عضو آغاز فرآیند تعقیب و بررسی‌های رقابتی را خواستار شود. کشورهای عضو هم می‌توانستند فرآیند تعقیب و پیگیری مذکور را در نزد یک هیأت ضدتراست بین‌المللی<sup>۷</sup> به چالش بکشند. باری، این سند هیچ‌گاه مورد بررسی قرار نگرفت و الزام‌آور هم نشد.

### ۳-۱-۶. پیشنهاد کارگروه اتحادیه اروپا<sup>۸</sup>

در سال ۱۹۹۵ گروهی از متخصصان حقوق رقابت توسط کارل فون میرت<sup>۹</sup> به منظور بررسی سازوکارهایی که همکاری‌های بین‌المللی در زمینه موضوعات رقابت را تقویت می‌نماید، انتخاب شدند. حاصل کار این گروه ارائه پیشنهاد یک موافقت‌نامه در باب رقابت به سازمان جهانی تجارت بود که به نتیجه نرسید. پیشنهاد این گروه حاکی از تصویب یک موافقت‌نامه در سازمان جهانی تجارت بدون نیاز به تأسیس یک نهاد جدید در سازمان جهانی تجارت بود. هر کدام از کشورهای طرف این موافقت‌نامه متعهد می‌شدند که قوانین داخلی خود را با این موافقت‌نامه منطبق و سازوکارهای اجرایی مؤثر

1. OECD Hard Core Cartel Recommendation, 1998, p3.:Available at:  
<http://www.oecd.org/competition/cartels/2350130.pdf>
2. Ibid, p. 3.
3. Ibid, p. 3 - 4.
4. Munich Code Or Munich Draft
5. International Antitrust Code Working Group (Munich Group)
6. International Antitrust Authority
7. International Antitrust Panel
8. EC Working Group Proposal
9. Karel Van Miert

---

را ایجاد کنند. از این رو، اجرایی شدن این مقررات تحت قوانین داخلی وظیفه نهادهای رقابتی ملی قلمداد می‌شد. هر کدام از کشورهای عضو موافقتنامه متعهد می‌شد که در ارتباط و همکاری با سایر کشورهای عضو اصل نزاكت بین‌المللی مثبت را به کار گیرد. در مواردی که نهادهای ملی در اتخاذ اقدامات مناسب با شکست رویرو شوند، فرآیند حل اختلاف سازمان جهانی تجارت ممکن است توسط هر کدام از کشورهای عضو که از این امر متضرر شده است، به کار گرفته شود.<sup>۱</sup>

### ۷-۱-۳. پیشنهاد شیر<sup>۲</sup>

در سال ۱۹۹۵ پروفسور فردریک شیر<sup>۳</sup> در قالب گزارشی تحت عنوان سیاستهای رقابتی برای اقتصاد جهانی درهم‌تئیده<sup>۴</sup> به سازمان جهانی تجارت پیشنهاد موافقتنامه‌ای در باب رقابت را عرضه نمود. این طرح به دلیل اینکه پیشنهاد ایجاد نهاد رقابت بین‌المللی<sup>۵</sup> را تحت سازوکار و استانداردهای رقابتی سازمان جهانی تجارت عرضه می‌کرد بسیار بلندپروازانه بود. وی اعلام می‌کرد که این استانداردهای رقابتی تنها در مورد اعمالی ضدرقابتی شدید به کار گرفته می‌شود. نهاد رقابت بین‌المللی که توسط شیر پیشنهاد شده بود، دارای این اختیار بود که تحقیقات لازم را در مورد اعمال و رفتارهایی که بازارهای بین‌المللی را تحت تأثیر قرار می‌دهند، به موقع اجرا گذارند و یا شکایت‌هایی را که در مورد اعمال ضدرقابتی فراسرزمینی وصول می‌شوند، مورد بررسی قرار دهند. با وجود این، نهاد مذکور ملزم است که به حاکمیت کشورها احترام بگذارد و هر کجا که ممکن است در انجام تحقیقات و اجرای اقدامات اصلاحی خود از کمک نهادهای ملی استفاده کند. سازوکارهای اجرایی سازمان جهانی تجارت تنها در موردی به کار گرفته می‌شود که سازش‌ناپذیری ملی رخ دهد.<sup>۶</sup>

### ۲-۳. قراردادهای دوجانبه بین‌المللی

چنان‌که گفته شد، یکی از مؤثرترین راههای نیل به اهداف حقوق رقابت بین‌الملل موافقتنامه‌های دوجانبه بین‌المللی است که به دلیل دارا بودن مقرراتی خاص و منحصر به‌فرد لازم است که با دقت بیشتری مورد بررسی قرار گیرد. از این رو، سعی

1. Taylor, Martyn, International Competition Law: A New Dimension For The WTO?, Cambridge University Press, 2006, pp. 298 – 301.
2. Scherer Proposal
3. Professor Frederic Scherer
4. Competition Policies for an Integrated World Economy
5. International Competition Office
6. Ibid, pp. 299 – 301.

می‌کنیم که با در نظر گرفتن نمونه‌ای از این موافقتنامه‌ها<sup>۱</sup> جایگاه آنها در عرصه حقوق بین‌الملل رقابتی را نشان دهیم.

برای سیستم‌های حقوقی ملی بسیار دشوار خواهد بود اگر انتظار داشته باشیم که با وجود محدودیت‌های فرا رو، اقدامات و فعالیت‌های ضدرقابتی فراسرزمینی را تحت بررسی و نظارت قرار دهنند. این معضل تنها گریبان‌گیر کشورهایی نیست که قوانین رقابتی مدون و نهاد ناظر کارآمدی ندارند، بلکه کشورهایی که دارایی سابقه طولانی در امر حقوق رقابت هستند نیز در این زمینه با مشکل روبرو هستند. در فقدان همکاری‌های بین‌المللی به منظور مقابله با این اقدامات و رفتارهای ضدرقابتی و گردآوری اطلاعات برای اثبات این اقدامات و فعالیت‌های ضدرقابتی، عملأً عرصه تجارت بین‌الملل نامن گشته و با ریشه‌دار شدن این معضل و سرایت آن به نظام‌های ملی، زمینه برای منحرف شدن سیاست‌های رقابتی ملی شکل می‌گیرد. فقدان مقررات رقابتی برای تجارت بین‌المللی، اقدامات شرکت‌های فرامللی را تابع نظام‌های حقوقی متعارض و مختلف قرار خواهد داد و این خود زمینه عدم قطعیت و هزینه معاملاتی غیرضروری را ایجاد می‌کند. سیستم‌های حقوقی ملی نیز راهی غیر از اعمال فراسرزمینی مقررات حقوق رقابتی خود برای پاسخگویی به این مشکلات نخواهند داشت. در نتیجه موانع بر سر راه تجارت بین‌الملل افزایش خواهد یافت و مداخلات سیاسی و مغرضانه در فرآیند تجارت بین‌المللی بیش از پیش خواهد شد.

پیش‌تر آمد که تلاش‌های زیادی برای رسیدن به مجموعه مقرراتی متعدد در باب حقوق رقابت برای تجارت بین‌الملل با شکست روبرو شد. در این میان، برخی کشورها تلاش خود را معطوف قراردادهای دوجانبه کردند و بیشتر همکاری‌های خود را بر قواعد شکلی، تسریع مبادله اطلاعات و برخی اشکال همکاری‌های اجرایی بین نهادهای ناظر ملی قرار دادند. از مهم‌ترین این موافقتنامه‌های دوجانبه می‌توان به موافقتنامه همکاری‌های دوجانبه ایالات متحده و اتحادیه اروپا (۱۹۹۱)<sup>۲</sup> اشاره کرد که در سال ۱۹۹۸ با افزودن «اصل نزاکت مثبت بین‌المللی»<sup>۳</sup> مورد اصلاح قرار گرفت. اهمیت این موافقتنامه از این رو است که غالب موافقتنامه‌هایی که در این مورد بین کشورهای مختلف منعقد شده‌اند، از این موافقتنامه الگوبرداری کرده‌اند. در ماده ۱ این

۱. از جمله موافقتنامه‌های دوجانبه‌ای که در این زمینه منعقد شده است می‌توان به موافقتنامه‌های دولت آمریکا با ژاپن، کانادا، هند و مکزیک و موافقتنامه اتحادیه اروپا با کانادا اشاره کرد.
2. Agreement Between The Government Of The USA And The Commission Of The European Communities Regarding The Application Of Their Competition Laws.
3. Positive International Comity Principle

موافقت‌نامه دوچانبه آمده است که به منظور ارتقای همکاری و همگرایی و کاستن از آثار منفی ناشی از اجرای قوانین رقابتی مختلف دو طرف، این توافق‌نامه به تصویب طرفین می‌رسد. ماده ۲ مقرر می‌دارد که هر کدام از طرفین هر زمان که مشغول اعمال مقررات رقابتی خود به گونه‌ای هستند که ممکن است منافع مهمی از طرف دیگر را تحت تأثیر قراردهد، طرف دیگر را مطلع خواهد کرد. همچنان ماده ۳ برگزاری نشستهای دوره‌ای بین مقام‌های رسمی از دو طرف را مقرر می‌دارد. ماده ۴ نیز سطح محدودی از همکاری بین نهادهای ناظر دو طرف را در باب اقدام اجرایی پیش‌بینی می‌کند. اما ماده ۵ و ۶ این موافقت‌نامه مهم‌ترین و بدیع‌ترین بخش‌های این توافق است که به ترتیب اصل نزاكت بین‌المللی مثبت و اصل نزاكت بین‌المللی منفی را مورد حکم قرار می‌دهند.

اصل نزاكت بین‌المللی منفی خصوصاً شامل دکترینی در باب رفتار مناسب بین ملت‌ها است که بر اساس آن اگرچه حاکمیت یک کشور قادر است به علت یک تخلف بین‌المللی مقررات و قوانین خود را به کار گیرد، اما در شرایطی خاص تصمیم می‌گیرد که آن تخلف را پیگیری نکند و در صورتی که منافع مهم کشور دیگری نیز در ارتباط با آن مسئله تحت تأثیر باشد، تعقیب آن تخلف را به کشور دیگر واگذار نماید. اصل نزاكت بین‌المللی منفی توسط مقام‌های اجرایی و دادگاه‌ها در مرحله اقدامات اجرایی و صرفاً توسط دادگاه‌ها در مرحله رسیدگی قضایی ممکن است مورد استفاده قرار گیرد و رسیدگی به مسئله مورد اختلاف را به کشور دیگر واگذار نماید.<sup>۱</sup> «در چارچوب قوانین دو طرف و تا اندازه‌ای که با منافع مهم دو طرف هماهنگ است، هر کدام از طرفین در تمام مراحل مربوط به اجرای قوانین رقابتی خود منافع مهم طرف دیگر را در نظر خواهد گرفت. هر کدام از طرفین منافع طرف دیگر را در زمانی که آغاز تعقیبات و بررسی‌های رقابتی، حدود تعقیبات و فرآیندهای رقابتی، ماهیت جبران خسارات یا در صورت اقتضا مجازات‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهد، در نظر خواهد گرفت.»<sup>۲</sup>

اصل نزاكت مثبت بین‌المللی به دلیل اینکه طرفین را وادار به اتخاذ تصمیمات و اقداماتی می‌کند، از اصل نزاكت منفی بین‌المللی که صرفاً ترک فعل طرفین را مورد حکم قرار داده است، متمایز می‌گردد. اصل نزاكت مثبت بین‌المللی چون که طرفین را وادار به اتخاذ تصمیماتی می‌کند، برخلاف اصل منفی نزاكت بین‌المللی عرصه را برای همکاری‌های بیشتر بین نهادها و مقامات کشورهای عضو موافقت‌نامه‌های مختلف فراهم

1. Matsushita, Mitsuo, Op. cit., pp. 471 - 472.

2. Article VI of The 1991 EC - US Agreement

می‌کند. «اگر یکی از طرفین بر این باور باشد که اقدامات ضدرقبتی که در قلمرو طرف دیگر واقع شده است، به طور جدی منافع او را تحت تأثیر قرار داده است، طرف اول می‌تواند طرف دیگر را مطلع کند و می‌تواند آغاز اقدامات اجرایی متناسب را از مقام تنظیم‌گر طرف دیگر بخواهد.»<sup>۱</sup>

موافقتنامه ۱۹۹۸ بین ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا که اصلاح‌کننده موافقتنامه سال ۱۹۹۱ است، به مسئله اصل نزاکت مثبت بین‌المللی پرداخته است. در این موافقتنامه اصل نزاکت مثبت بین‌المللی دلالت دارد بر اینکه هر یک از طرفین موافقتنامه می‌تواند از طرف دیگر بخواهد که اقدامی را که دارای آثار ضدرقبتی بر کشور درخواست‌کننده است، مورد تعقیب و مجازات قرار دهد. در حالی که ممکن است اعمال انجام‌گرفته هیچ اثر منفی بر کشور مورد درخواست نگذاشته باشد. «مقام رقبتی طرف درخواست‌کننده می‌تواند از مقامات رقبتی طرف مورد درخواست بخواهد که فرآیند تعقیب و در صورت نیاز تخصیص مجازات بر اقدامات ضدرقبتی را مبتنی بر قوانین طرف مورد درخواست اتخاذ کند. این چنین درخواستی ممکن است بدون توجه به اینکه این اقدامات ناقض مقررات حقوق رقبتی طرف مورد درخواست باشد، صورت گیرد و همچنین این امر که مقامات رقبتی طرف درخواست‌کننده، اقدامات اجرایی را مبتنی بر قوانین خود آغاز کرده است یا خیر، در این مساله بی‌تأثیر است.»<sup>۲</sup>

با این حال، در این موافقتنامه طبیعت اختیاری تعهدات همچنان باقی است. همچنین موافقتنامه ۱۹۹۸ به هیچ وجه قاعده محترمانگی را دستخوش تغییر نکرده است و همان تعهدات را در باب حفظ محترمانگی اطلاعات مورد تأیید قرار می‌دهد. رئوس مواردی که در موافقتنامه‌های دوجانبه ذکر می‌شوند به قرار زیر هستند:

- اهداف و علل تصویب توافق‌نامه.
- شرط لزوم اطلاع‌رسانی: منظور از این شرط این است که هرگاه یکی از نهادهای تنظیم‌گر طرفین عضو موافقتنامه در حین اتخاذ اقدامات اجرایی خود از تأثیر این اقدامات در پروندهای بر منافع طرف دیگر مطلع شد، ملزم است که چنین امری را به طرف دیگر اطلاع دهد.<sup>۳</sup>
- شرط تبادل اطلاعات: تبادل اطلاعات، سرعت اعمال مقررات رقبتی طرفین عضو موافقتنامه را ارتقا می‌بخشد و درک متخصصان حقوق رقبت را در راستای اتخاذ تصمیمات بهتر و چگونگی مداخله در بازار بهبود می‌بخشد. تحت

1. Article V of The 1991 EC - US Agreement
2. Article III of The 1998 EC - US Agreement
3. Article II Of The 1991 EC - US Agreement

این شرط همچنین طرفین ممکن است پیش‌بینی کنند که مقامات ذیربسط طرفین نشسته‌ایی در باب تبادل اطلاعات داشته باشند. این اطلاعات ممکن است مربوط به تغییرات در اولویت‌بندی‌ها و سیاست‌گذاری‌های طرفین باشد یا مربوط به اقدامات اجرایی جدید باشد که در هر حال، این اطلاعات برای طرفین دارای اهمیت مشترک است.<sup>۱</sup>

- شرط همکاری و همگرایی در اقدامات اجرایی: با توجه به این شرط طرفین کوشش می‌کنند که با همکاری یکدیگر در راستای کاهش هزینه نهادهای تنظیم‌گر طرفین، استفاده بهینه از منابع مالی و انسانی، پرهیز از دوباره‌کاری، هم‌افزایی در میزان اطلاعات موجود برای انجام اقدامات اجرایی، ارتقای ضریب موفقیت طرفین در اتخاذ تصمیمات و اقدامات اجرایی و کاهش هزینه پیروی از مقررات رقابتی توسط فعالان اقتصادی گام‌های اساسی بردارند.<sup>۲</sup>
- شرط اصل نزاكت بین‌المللی مثبت یا شرط هماهنگی در انجام اقدامات اجرایی در باب آن دسته از اقدامات ضدرقابتی که به طور جدی منافع مهم دیگر عضو را تحت تأثیر می‌گذارد.
- شرط اصل نزاكت منفی بین‌المللی یا شرط پرهیز از اختلاف در اقدامات اجرایی.
- شرط مشورت و همفکری: با توجه به این شرط طرفین کوشش می‌کنند تا در باب اختلافاتی که بین طرفین صورت می‌پذیرد در سطوح مختلف به همفکری و مشورت پردازند.<sup>۳</sup>
- شرط محترمانگی اطلاعات: بنابر این شرط طرفین متعهد می‌شوند که اطلاعات مبادله‌شده را در کمال محترمانگی، دور از دسترس اشخاص ثالث قرار دهند.<sup>۴</sup>

1. Article III Of The 1991 EC – US Agreement
2. Article IV Of The 1991 EC – US Agreement
3. Article VII Of The 1991 EC – US Agreement
4. Article VIII Of The 1991 EC – US Agreement

## نتیجه‌گیری

بررسی ابعاد بین‌المللی حقوق رقابت حاکی از این است که ادعای استقلال حقوق بین‌الملل رقابتی از حقوق رقابت داخلی در هاله‌ای از ابهام است و این شاخه حقوقی همچنان خود را وام‌دار نظام حقوق داخلی می‌داند. از این رو، نقش مراجع و نهادهای ملی در پیشبرد مقررات حقوق رقابت بی‌بدیل می‌باشد و از سوی دیگر، تلاش‌های صورت‌گرفته به منظور استقلال نهادی و ماهوی حقوق بین‌الملل رقابتی به دلیل وجود منافع سیاسی، حاکمیتی و اقتصادی قابل توجه در مجموع با شکست روبرو شده است. لذا امروزه شاهد سخن از مسأله بررسی ابعاد بین‌المللی حقوق رقابت هستیم. نقش دولت‌ها در این مسأله در مقایسه با سایر بازیگران بین‌المللی پررنگ‌تر خواهد بود، زیرا شکل‌گیری حقوق بین‌الملل رقابتی منوط به عقب‌نشینی دولت‌ها از حقوق حاکمیتی خویش و پرداختن به همکاری‌های بین‌المللی در زمینه اختلافات بین‌المللی حقوق رقابت است. موافقتنامه‌های دوجانبه که بر اساس اصل همکاری کشورهای طرف و اصل نزاكت بین‌المللی شکل گرفته‌اند، در نهایت ممکن است موجب وحدت مقررات رقابتی در کشورهای مختلف شود و فهم مشترک از نتایج ناگوار رفتارهای بین‌المللی ضدرقابتی را افزایش دهد.

در مجموع معتقدیم که حفظ آثار مثبت آزادسازی تجارت بین‌المللی منوط به مجموعه مقرراتی است که رقابت منصفانه را تضمین و رفتارهای ضدرقابتی را منکوب کند؛ زیرا در موقعیتی که طرفین معاملات شرایط نامساوی دارند، آزادسازی تجارت ممکن است آثاری بسیار سوء بر جای بگذارد و امکان سوءاستفاده از طرف ضعیفتر را فراهم کند.

## منابع

- باقری، محمود، «حقوق اقتصاد مالی در نظم حقوقی بین‌المللی»، مجله پژوهش سیاست و حقوق، دانشگاه علامه طباطبایی، شماره ۲۳، ۱۳۸۷.
- باقری، محمود؛ و علی‌محمد فلاح‌زاده، «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۳، پائیز ۱۳۸۸.
- باقری، محمود؛ و مهدی رشوند بوكانی، «حقوق رقابت و دفاع از تمامیت بازار در فقه امامیه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۸، پائیز و زمستان ۱۳۸۷.
- خداداد کاشی، فرهاد؛ و محمدنبی شهیکی تاش، «حوزه و وسعت قانون رقابت با توجه به ساختار اقتصادی (مطالعه موردی ایران)»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال نهم، شماره ۲۳، پائیز و زمستان ۱۳۸۶.
- رشوند بوكانی، مهدی، حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
- صادقی مقدم، محمدحسین؛ و بهنام غفاری فارسانی، «روح حقوق رقابت: مطالعه تطبیقی در اهداف حقوق رقابت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳، بهار ۱۳۹۰.
- صادقی یارندی، سیف‌الله؛ و مسعود طارم‌سری، فرهنگ توصیفی اصطلاحات تجارت بین‌الملل و سازمان جهانی تجارت، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- علاءالدینی، امیرحسین، حقوق رقابت در آینه تحولات تکنیکی، انتشارات مجده، ۱۳۹۱.
- فرهنگ، پرham، حقوق رقابت بین‌المللی قابل اعمال در مشارکت‌های تجاری فرامملی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
- فلدرن، زایدل هوهن، حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه سیدقاسم زمانی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۹۱.
- لونفلد، آندریاس ان، حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه محمد حبیبی مجند، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- Basedow, Jürgen, "International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization", Louisiana Law Review, vol. 60, Number 4, Summer 2000.
- Budzinski, Oliver, "International Antitrust Institutions", Ilmenau Economics Discussion Papers, vol. 17, No. 72, July 2012.
- Fiebig, Andre, "A Role for the WTO in International Merger Control", Northwestern Journal of International Law & Business, vol. 20, Issue 2, Winter 2000.

- 
- Fikentscher, Wolfgang, "The Draft International Antitrust Code (DIAC) In The Context Of International Technological Integration", Chicago - Kent Law Review, vol. 72, 1996 - 97.
  - Fox, Eleanor, "Can We Solve the Antitrust Problems by Extraterritoriality and Cooperation Sufficiency and Legitimacy?", The Antitrust Bulletin, vol. 48, 2003.
  - Fox, Eleanor, "Antitrust Regulation Across National Borders – The United States of Boeing versus the European Union of Airbus", The Brookings Review, vol. 16, 1998.
  - \_\_\_\_\_, "Toward World Antitrust and Market Access", The American Journal of International Law, vol. 91, No. 1, 1997.
  - Griffin, Joseph, "Foreign Governmental Reactions To U.S. Assertions Of Extraterritorial Jurisdiction", George Mason Law Review, vol. 6, 2008.
  - \_\_\_\_\_, "Special International Antitrust Doctrines And Defences", Antitrust Law Journal, vol. 60, 1992.
  - Guzman, Andrew, "The Case for International Antitrust", Berkeley Journal of International Law, vol. 22, Issue 3, 2012.
  - Kent, Avidant, International Competition Policy and the WTO: Future Pathways, Faculty of Law McGill University, Thesis for Masters of Laws (LL.M), Montreal, 2009.
  - Malinauskaite, Jurgita, International Competition Law Harmonization And The WTO: Past, Present And Future, presented during the Workshop “Theory and Practice of Harmonization” held at the IALS, on 24 - 26 June 2008.
  - Matsushita, Mitsuo, "International Cooperation In The Enforcement Of Competition Policy", Washington University Global Studies Law Review, vol. 1, 2002.
  - Reuvid, Jonathan, A handbook of World Trade, GMB Publishing Ltd, 2004.
  - Statement of FTC, Presented By Richard G. Parker, Solutions For Competitive Problems In The Oil Industry, March 29, 2000. Available at:  
[http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statement\\_s/prepared\\_statement\\_federal\\_trade\\_commission\\_solutions\\_competitive\\_problems\\_oil\\_industry/opectestimony.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statement_s/prepared_statement_federal_trade_commission_solutions_competitive_problems_oil_industry/opectestimony.pdf)

- 
- Sajlan, Devanshu, International Cooperation In The Enforcement Of Competition Law And The Effectiveness Of MOUs Signed By CCI Under Section 18 Of Competition Act of India, Internship Project Report Under The Guidance Of: Dr. Vijay Kumar Singh, Competition Commission Of India, New Delhi, January 2013.
  - Sato, Chie, "Extraterritorial Application Of EU Competition Law: Is It Possible For Japanese Companies To Steer Clear Of EU Competition Law?", Journal Of Political Science And Sociology, No.11, January 2010.
  - Tarullo, Daniel, "Competition Policy For Global Markets", Oxford University Press, Journal of International Economic Law, 1999.
  - Taylor, Martyn, International Competition Law: A New Dimension For The WTO?, Cambridge University Press, 2006.
  - Terhechte, Jorg Philipp, International Competition Enforcement Law Between Cooperation And Convergence, Springer – Verlag Berlin Heidelberg, 2011.
  - Weber Waller, Spencer, "An International Common Law of Antitrust", New England Law Review, vol. 34, 1999.
  - \_\_\_\_\_, Competition Policy In The Global Economy, An On - Line Cases Book, Institute For Consumer Antitrust Studies Loyola University Chicago School Of Law, 2007. available at:  
[http://www.luc.edu/law/centers/antitrust/publications/online\\_case\\_book.html](http://www.luc.edu/law/centers/antitrust/publications/online_case_book.html). Last Visited: 01/01/2015.

## **Overview of the Objectives and Challenges and Solutions of International Competition Law**

Abbas Niazi  
Ayyam Kamarkhani  
Mohsen Jalilian

### **Abstract**

“International Competition law” or “International aspects of domestic competition law” are titles by which we apply competition regulation over international trade — economic activities of undertaking. We can use “international competition law” when we do not confront with the absence of multilateral treaty or customary international rules, but use of “International aspects of domestic competition law” results in denying “International Competition law”; because it approves domestic law as the appropriate system to apply over anticompetitive activities. We argue that there are two significant differences between “domestic competition law” and “international competition law”. First; international competition law does not have specific rules in the kind of multilateral treaty and customary rules. Second; international competition law does not have specific institution to enforce its rules. These differences will cause in prosecuting of anticompetitive activities of undertaking in the jurisprudence of domestic courts, even if these activities have international dimensions. So we try to prove the above claims by recognizing the objectives and challenges and solutions of international competition law.

**Keywords:** International Competition Law, Bilateral Competition Treaty, International Aspects Of Competition Law, Competition Law, Extraterritorial Application Of Domestic Law.

## **Criminological Analysis of Prisoners Classification with a View to the Related Bylaw**

Amir Hassan Niazpour

### **Abstract**

Imprisonment is an important response the realm of criminal policy. Originally it was used for incapacitation of offenders and deterrence. But nowadays it is used for other purposes as well, including rehabilitation of offenders. Rehabilitation in prison needs so many mechanisms which one of them is classification of prisoners. It requires separation of different groups of inmates. This will make rehabilitative efforts more efficient. In Iranian penal policy, this requirement of rehabilitation has been considered by policymakers. In this paper, in three different parts, consequences, legal measures and criminological measures of classification of prisoners have been studied.

**Keywords:** Clinical Criminology, Imprisonment, Rehabilitation of Offenders, Classification of prisoners, Criminality.

## **Preference of the Right of the Accused on the Intermediary's Right in International Criminal Court**

Javad Salehi  
Nariman Fakheri  
Hossein Ale Kajbaf  
Mojtaba Babaei

### **Abstract**

Balancing the rights of the accused and Intermediary on the International Criminal Court is one of the serious challenges of Thomas Lubanga Dyilo. The primitive branch prefers the accused's rights on Intermediary's right and even pays its heavy price by staying procedure until the Prosecutor also prefer the accused's right over other their tasks. But Prosecutor feel this precedent for Intermediary's security and the possibility of future collaboration stopping in risky International Criminal Court cases and to observe the requirements of a fair trial about accused without the impact. The Appeals Branch is also without evaluating the accused's or Intermediary right's priority over another, only criticize hardliner of primitive branch in staying proceedings and disobedience of prosecutor from the Court's orders and ruled to continue the procedure. Hence the Appeals Branch with his silence does not offer any vision in giving priority to the rights of the accused on the Intermediary or balancing in other trials in the International Criminal Court.

**Keywords:** The International Criminal Court, Prosecutor, Accused's Rights, Supporting Intermediary, Staying Proceedings.

## **Non - Reviewable Acts of Government in Iranian Legal System**

Jafar Shafiee Sardasht  
Aliakbar Gorji Azandaryani  
Ali Ghanei

### **Abstract**

In this article we are going to study instances of the government's actions which are not subject to the judicial review of Administrative Justice Court. Usually in different legal systems, some government's acts – for some reason – have been excluded from the scope of judicial review. Identifying the acts and reasons for non – reviewability can contribute to our understanding of the judicial review. In Iran, in addition to legislative limitations, one of the main reasons for limiting the Administrative Justice Court's jurisdiction is Guardian Council of Constitution's interpretive approach. In many models of judicial review, the criterion of court's jurisdiction in reviewing the government's acts is functional. But, organizational approach Guardian Council of Constitution to Administrative Justice Court's jurisdiction – that is in conflict with systematic and organic approach to the principles of the constitution of the Islamic Republic of Iran, the spirit and underlying philosophy of drafting such a basic law to protect the rights and freedoms of citizens – has led to expansion of the sphere of non – reviewability in the Iranian legal system.

**Keywords:** Judicial Review, Rule of Law, Administrative Justice Court, Non – Reviewable Acts.

## **Public Emergency Situation in International Human Rights System**

Bagher Shamloo  
Abolfazl Yousefi

### **Abstract**

Since 2001, due to the occurrence of unforeseen events detrimental to public order repeatedly states declared a state of emergency and apply extra ordinary measures. Source of such legitimacy is cited to public emergency. Public emergency means a state that there is a great and immediate threaten against fundamental rights within a specific time and place in such a way that public order is disturbed sharply. Parameters of public emergency in human rights instruments are the objective or imminent threat against the life of nation. So, the possibility of a terrorist attack is considered to be the right example.

**Keywords:** Public Emergency, Fundamental Rights, Human Rights, Life of Nation.

## **Evolution of Semi - liberty System in Iranian Penal Policy**

Mohammad Rezvani  
Mazaher Khajevand Cheten  
Hamed Safaei Atashgah

### **Abstract**

Semi - liberty is one of the main methods of punishment individualization and one of the ways to support the part time liberty of the delinquent in order to reduce the jail population. On the one hand, this helps with the family stability of a criminal and on the other fosters the gradual reform of the criminals. With the proliferation of the culture of law - orientation and presenting modern theories about penal philosophy by the experts in criminology in the twentieth century, incarceration is identified as a punishment and various law systems have tried to mitigate the negative consequences of it by just using imprisonment as a punishment for the criminal without hurting their families. The question author s focus on is what semi liberty is on the basis of crime justification? And where the system is situated in the criminal policy? Semi - liberty system is the system which can be studied from a deontological and utilitarian perspective with an emphasis on crime justification. In other words, penal codes of modern systems take advantage to punish and reform delinquents in a way that they have least distance from the society. Thus, in line with the penal codes of advanced countries, Iran's penal code system has allocated the seventh section of Islamic penal code to semi - liberty since 2014. According to the related literature, this paper is aimed at studying the semi - liberty system and different aspects of it within the penal policy of Iran.

**Keywords:** Prison, Semi - liberty, Punishment, Penal Policy.

## **Enforcement of Right to Self - Determination: Opposition between Human Rights and Sovereignty of Governments**

Morteza Akbari Lalimi

### **Abstract**

One of the main principles in the contemporary international law is the principal of the right to self - determination which has been mentioned in many of international documents. From the historical perspective and in the formation process, this right has been just associated with colonial cases for a long time, and it has had a political concept. With regard to the evolutions in global society, this principal has been gradually written in the international documents including the Charter of the United Nations, International Covenant on Civil and political Rights, International Covenant on economic, Social, and Cultural Rights, General Assembly Resolutions, conventions and regional documents, and it has been recognized as a principle law. From the author's point of view, the cooperation of the United Nations members in accordance with the charter of the United Nations, together with the proposal of organized guidelines and compulsory treaties are of great importance in order to omit this opposition.

The present article is an investigation of different aspects of this opposition along with the explanation of cases and operational methods leading to the omission of this opposition.

**Keywords:** Human Rights, Self - Determination, Sovereignty of Governments, Independent Country.

## **Pathology of Iran's Tax System and Explaining the Factors Contributing to its Malfunction**

Seyed Mahdi Ahmadi Mousavi  
Mohammad Saleh Validi  
Ali Najafi Tavana

### **Abstract**

Taxes are one of the most important sources of government revenue. Quick receipt, low cost and stability of such incomes attract many countries to such outcomes. Iran's tax system has taken effective steps to implement this policy and convert tax to one of the most important source of income and limiting the role of oil as the most important source of government revenue. Despite effective efforts in this regard, the tax system face several challenges. Findings of this study show that legal disorder is one of the most important challenges of the tax system. Ambiguity, inconsistency and inflation of regulation (tax directives) in addition to inappropriate and illogical policy must also be mentioned. On the other hand, lack of compliance in tax payers or incomplete and inappropriate compliance of them are another available damages and challenges of Iran's tax system. In creating such damages, several factors are involved: lack of attention of legislator and policy maker's need to develop a coherent law and remove the legal objections, ineffective and inefficient penal policy, lack of appropriate infrastructure in order to prevent tax scan (in format of lack of tax compliance), ravage of tax culture and existence of economic challenges. We consider these topics in this paper.

**Keywords:** Tax, Lack of Tax Compliance, Tax Penal Policy, Tax Preventive Policy.

## **Survivors Claims for Compensation of Moral Damages Caused by Injuries**

Atefe Ajori Aysak

### **Abstract**

Sometimes before compensation for moral damages and before the final decision to be issued, the victim dies. In such a situation, the main question is that if the inheritors can claim compensation for them (survival damages). Survival damages are those damages incurred by the decedent in his/her living.

Survivors may claim a wrongful death action against the tortfeasor in addition to survival action for non - pecuniary losses which they suffered in the result of this event (wrongful death damages). Wrongful death damages are those damages that arise as a result of the injury or death of direct victim. In acceptance of this type of claims and who are entitled to it, there is no consensus. Since blood - money institution exists in our legal system in the case of physical injuries and death, the status of blood - money should be considered in the ssurvivors claims. Since today the events leading to injuries and death frequently happen and the importance of the moral damages caused, in this article, we discuss the claims for such damages from the survivors.

**Keywords:** Physical Injury, Moral Damages, Wrongful Death Action, Survival Action, Blood Money.



## **Contents**

<b>Survivors Claims for Compensation of Moral Damages Caused by Injuries.....</b>	<b>a</b>
Atefe Ajori Aysak	
<b>Pathology of Iran's Tax System and Explaining the Factors Contributing to its Malfunction .....</b>	<b>b</b>
Seyed Mahdi Ahmadi Mousavi / Mohammad Saleh Validi / Ali Najafi Tavana	
<b>Enforcement of Right to Self - Determination: Opposition between Human Rights and Sovereignty of Governments .....</b>	<b>c</b>
Morteza Akbari Lalimi	
<b>Evolution of Semi - liberty System in Iranian Penal Policy .....</b>	<b>d</b>
Mohammad Rezvani / Mazaher Khajevand Cheten / Hamed Safaei Atashgah	
<b>Public Emergency Situation in International Human Rights System.....</b>	<b>e</b>
Bagher Shamloo / Abolfazl Yousefi	
<b>Non - Reviewable Acts of Government in Iranian Legal System.....</b>	<b>f</b>
Jafar Shafee Sardasht / Aliakbar Gorji Azandaryani / Ali Ghanei	
<b>Preference of the Right of the Accused on the Intermediary's Right in International Criminal Court .....</b>	<b>g</b>
Javad Salehi / Nariman Fakheri / Hossein Ale Kajbaf / Mojtaba Babaei	
<b>Criminological Analysis of Prisoners Classification with a View to the Related Bylaw .....</b>	<b>h</b>
Amir Hassan Niazpour	
<b>Overview of the Objectives and Challenges and Solutions of International Competition Law.....</b>	<b>i</b>
Abbas Niazi / Ayyam Kamarkhani / Mohsen Jalilian	



The Judiciary's  
**Law  
Journal**

---

**The 80<sup>th</sup> Year of Publication/ No.96/ 2017 Winter**

---

**Scientific - Research Quarterly**  
**Concessionary:** The Judiciary

**Director - in - charge:** Alireza Amini

**Editor - in - Chief:** Hossein Mir Mohammad Sadeghi

**Executive Director:** Mehdi Sabouri Pour

**The Editorial Board (in Alphabetical Order):**

Nejad Ali Almasi, Mohammad Ali Ardabili,  
Mohammad Ashouri, Rabiaa Eskini, Mohammad  
Javad Javid, Sam Savad Koohi far, Seyed Morteza  
Ghasem Zadeh, Ali Hossein Najafi Abran Abadi

**Circulation:** 4500

**Price:** 50000 R

**Fax:** 021 - 22091869

**Web Site:** [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)

**E-mail:** [majaleh\\_hoghooghi@jpri.ir](mailto:majaleh_hoghooghi@jpri.ir)

---