



فصلنامه قانون یار

مرجع تخصصی اکسپت و چاپ مقالات حقوق و علوم سیاسی

دوره دوم، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۶



فصلنامه قانون یار

شماره مجوز: ۷۸۸۶۴

دوره دوم، تابستان ۱۳۹۶

صاحب امتیاز و مدیر مسئول: بهنام اسدی

مدیر اجرایی: شهلا رضایی

مدیر داخلی: محسن فاضلی

مدیر تیم ویراستاری لاتین: افشین دوباش - آریتا اسدی

آدرس پستی: تهران، میدان انقلاب، کارگر جنوبی، خیابان روانمهر، پلاک ۱۵۲

آدرس وب سایت: www.Ghanonyar.ir

ایمیل فصلنامه: Ghanonyar.Tehran@gmail.com

قیمت: ۲۵۰۰۰ تومان

تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

شاپا: ۳۷۰۱-۲۵۳۸

ISSN: 2538-3701

اعضای هیات داوران

دکتر علی عباس حیاتی

(عضو هیات علمی دانشگاه رازی)

دکتر امیر احمدی

(عضو هیات علمی دانشگاه پیام نور)

دکتر بابک وثوقی فرد

(عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی)

دکتر افسانه مراد زاده رامی

(عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی)

شماره تماس‌های دبیرخانه مرکزی فصلنامه

۰۲۱۶۶۹۷۹۵۱۹-۰۲۱۶۶۹۷۹۵۲۶

راهنمای تدوین مقالات جهت ارسال به فصلنامه حقوقی قانون یار

پژوهشگر گرامی برای جلوگیری از تأخیر در داوری و انتشار به موقع مقاله لطفاً به نکات زیر توجه فرمایید

۱. مقاله ارسال شده نباید قبلاً در هیچ نشریه داخلی یا خارجی و یا مجموعه مقالات خارجی چاپ شده باشد. هیئت تحریریه انتظار دارد نویسندگان محترم تا هنگامی که جواب پذیرش از نشریه نرسیده است، مقاله خود را به نشریه دیگری برای چاپ ارسال نکنند.
۲. مقالات فارسی با قلم بی زر فونت شماره ۱۳ و مقالات انگلیسی با قلم Times New Roman فونت شماره ۱۲ با نرم افزار word تهیه شود. مقالات در سبک استاندارد A4 با حاشیه از بالا ۶ و پایین ۶/۵ و راست ۴/۵ و چپ ۴/۵ سانتی متر تایپ گردد و نهایتاً فواصل بین خطوط به صورت Singl باشد.
۳. برای مقالات فارسی، عنوان مقاله با در نظر گرفتن فواصل بین کلمات نباید از ۶۰ حرف تجاوز کند و با قلم نازنین سیاه ۱۶ تایپ گردد.
۴. نقل قول‌ها: نقل به مضمون و مطالب استنتاج شده از منابع و مآخذ، با حروف نازک و استفاده از نشانه گذاری‌های مرسوم، مشخص گردد و نام صاحبان آثار، تاریخ، و شماره صفحات منابع، بلافاصله در میان پرانتز نوشته شود.
۵. مقالات برگرفته از رساله پایان نامه دانشجویان با نام استاد راهنما، مشاوران و دانشجو به صورت توأمان و با مسئولیت استاد راهنما منتشر می‌شود.
۶. چنانچه هزینه های تحقیق یا تهیه مقاله از سوی مؤسسه‌ای تأمین مالی شده باشد، باید نام مؤسسه در صفحه اول درج شود.
۷. مجله حق رد یا قبول و نیز ویراستاری مقالات را برای خود محفوظ می‌دارد و مقالات مسترد نمی‌گردد. اصل مقالات رد یا انصراف داده شده پس از سه ماه از مجموعه آرشیو مجله خارج خواهد شد و مجله هیچ مسئولیتی در این زمینه نخواهد داشت.
۸. جهت خدمت هرچه بهتر و بیشتر به محققین و پژوهشگران عزیز در صورت نو و جدید بودن موضوع، استخراج مقالات از پایان نامه این دسته از عزیزان به صورت کاملاً رایگان انجام می‌گردد و در این رابطه هیچ هزینه ای از محقق و پژوهشگر اخذ نمی‌گردد.
۹. برای ارسال مقاله یا پایان نامه خویش لازم است نویسنده یا نویسندگان محترم مقاله خویش را به آدرس ایمیل Ghanonyar.tehran@gmail.com یا Ghanonyar.tehran@yahoo.com ارسال نمایند تا پس از موافقت سردبیر و ارجاع به داوری، در صورت پذیرش در فصلنامه مذکور چاپ گردد.

فهرست مقالات

- سخن سردبیر ۹
- آثار و شرایط توقیف، تأخیر، تعطیل و قطع اجرای حکم در حقوق ایران و عراق ۱۱
ابوالفضل اکبر پورشالی
- بررسی و تبیین شرایط حاکم از منظر فقها وفلاسفه اسلامی ۲۳
راحله قدیری
- بررسی بزه سقط جنین در حقوق ایران ۶۷
سعید شاه پور جانی
- مطالعه تطبیقی حقوق معنوی مولف ۸۱
عرفان اکبری
- الزامات قانونی قید قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی ۱۰۱
دکتر حسین فروغی نیا
محمد ولی پور
مهرآسا شیخی
- بررسی مبانی حقوقی وضع تحریم های هوشمند علیه ایران و تاثیرات برجام بر این تحریم ها ۱۳۵
دکتر نوبان فشنندی
حسین قادری
- وضعیت معاملات ممنوعه قانونی در نظام حقوقی ایران ۱۷۳
علی رزمان
- مقایسه عدالت کلاسیک با عدالت ترمیمی ۱۹۹
میرحیدر میرنقی زاده
اکبر صفری
- عزل و فوت یکی از وکلا در فرض اجتماع ۲۲۱
آمنه حسینی مرادی
- بررسی مبانی، آثار و شرایط انواع عفو بانگاهی به قانون مجازات جدید ۲۳۵
اکبر شهر یاری
- بررسی مبانی و اصول مسئولیت مدنی معمار در نظام حقوقی ایران ۲۵۸
کیانوش یوسفیان
مریم فرهادی مسترخانی

سخن سردبیر

اکنون که دوره دوم فصلنامه قانون یار با ارسال مقالات متعددی از پژوهشگران و محققین فرهیخته آماده ارائه و چاپ می باشد باید گفت در این دوره مقالات ارسالی پژوهشگران به بیش از شصت عنوان مقاله رسید که نسبت به مقالات ارسالی دوره اول رشد چشمگیری داشته است اما به هر حال مقالات تایید شده و چاپ شده توسط سردبیر و هیات داوران به کمتر از سیزده مقاله رسید.

لازم به ذکر است به واسطه پذیرش و چاپ مقالات در سطح علمی و کیفی بالا در دوره اول مقالات فصلنامه قانون یار به خواست خداوند بزرگ و متعال، پایگاه های نمایه مقالات علمی، تمامی مقالات چاپ شده در دوره اول این فصلنامه را نمایه نمودند و من بعد فصلنامه قانون یار با انعقاد همکاری با پایگاه های علمی معتبر فعالیت خود را ادامه می دهد. از جمله مهمترین پایگاه های نمایه مقالات فصلنامه قانون یار می توان به پایگاه های علمی زیر اشاره داشت:

پایگاه مرجع دانش (سیولیکا) - پورتال دانشگاه علوم اسلامی - پایگاه مقالات علمی نور - جهاد دانشگاهی - پایگاه نشریات تخصصی پانتا-مگیران و همچنین می توان به تخصیص شماره های استاندارد بین المللی همچون ارکید کد بین المللی orcidcod و همچنین تخصیص شناسه بین المللی issn به شماره ۳۷۰۱-۲۵۳۸ و نیز اخذ شماره doi که در دست انجام می باشد. امید است مقالات حقوقی تایید و چاپ شده در این دوره مورد توجه و قبول تمام حقوقدانان این مرز و بوم و نیز اعضای علمی وزارت علوم قرار گرفته تا افتخار دیگری برای فصلنامه تازه تاسیس قانون یار ثبت گردد. در پایان لازم می دانیم از تمامی پایگاه ها و سازمان های علمی که فصلنامه قانون یار را قابل دانسته و با فصلنامه مذکور قرارداد همکاری متقابل را امضا نموده اند تقدیر و تشکر نماییم و به واسطه انعقاد این همکاری دوجانبه بر خود بیالیم و افتخار کنیم.

بهنام اسدی

سردبیر و صاحب امتیاز فصلنامه قانون یار

تابستان ۱۳۹۶

آثار و شرایط توقیف، تأخیر، تعطیل و قطع اجرای حکم در حقوق ایران و عراق

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

ابوالفضل اکبر پورشالی

دانشجوی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد واحد زنجان

چکیده:

غایت و هدف اصلی از دادرسی و به طور کلی هدف نهایی سیستم قضاء اجرای عدالت و به تعبیر دیگر همان اجرای حکم می باشد، لذا مرحله اجرای نقش بسیار مهمی در تحقق عدالت و احقاق آرمان های آن دارد، به همین دلیل حکمی که لازم الاجرا گردید، دیگر نمی توان آن را متوقف کرد یا به تأخیر انداخت مگر به حکم صریح قانون. اصل فوریت، اصل مستمر بودن و اصل ممنوعیت در جلوگیری از اجرای حکم از اصول مهم و اساسی مرحله ی اجرای احکام می باشد اما با وجود این قانونگذار ایران در موارد استثنائی اجازه توقیف، تأخیر، قطع و یا تعطیلی اجرای حکم را صادر نموده است. قانونگذار ایران هر چند در مقام بیان، تأخیر و توقیف اجرای حکم مصادیقی را ذکر کرده ولی به صورت دقیق و واضح از هم تفکیک نکرده است و مصادیق قطع و تعطیلی اجرای حکم را بیان ننموده است در بحث تطبیقی به همین موضوع در نظام حقوقی کشور عراق پرداخته شده است. قانونگذار کشور عراق به طور کلی از سه عبارت توقیف، تأخیر و سقوط اجرای حکم به واسطه مرور زمان استفاده کرده است. و به صورت واضح و صریح مصادیق و شرایط هر یک را بیان نموده بحث توقیف در جایی است که اگر اجرای حکم مشمول آن شود دچار اعتبار امر مختم می شود، ساقط شدن اجرای حکم به واسطه مرور زمان مشابه مفهوم اخیر توقیف حکم است اثرشان یکی است ولی شرایط متفاوتی دارند و تأخیر حکم حالتی است که اگر اجرای حکم شروع نشده باشد به تأخیر و اگر شروع شده باشد متوقف می گردد تا نتیجه نهایی مشخص شود.





بخش اول: کلیات

اعتبار یک دستگاه قضایی منوط به مکانیزم های اجرایی احکام صادره از دادگاه های آن می باشد و از اصول حاکم بر اجرای احکام مدنی عبارت اند از: ۱، اصل فوریت اجرای حکم مستنبط از ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی ۲، اصل تداوم عملیات اجرایی و عدم تأخیر اجرای حکم مستفاد از مواد ۲۴، ۳۰ و ۵۰ قانون اجرای احکام مدنی ۳، اصل ممنوعیت در جلوگیری از اجرای حکم مستنبط از ماده ۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی. اهمیت اجرای حکم تا جایی است که بر اساس ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی، هیچ یک از مقامات دولتی و عمومی صلاحیت، قدرت و توانایی جلوگیری از اجرای حکم را ندارد و در صورت جلوگیری به انفصال از خدمت دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهند شد (حشمتی، ابوالفضل، روزنامه نقش نور، ۱۳۹۲) اما با وجود این قانونگذار در برخی موارد استثنایی به لحاظ دلایل و شرایط خاصی اجازه می دهد که اجرای حکم توقیف، تأخیر، تعطیل و یا قطع شود. ماده عام و اصلی در این خصوص ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی است که مقرر می دارد. دادورز «مأمور اجرا» بعد از شروع به اجراء نمی تواند اجرای حکم را تعطیل یا توقیف یا قطع نماید یا به تأخیر اندازد، مگر به موجب قرار دادگاهی که دستور اجرای حکم را داده یا دادگاهی که صلاحیت صدور دستور تأخیر اجرای حکم را دارد یا با ابراز رسید محکوم له دائر به وصول محکوم به با رضایت کتبی او در تعطیل یا توقیف، قطع یا تأخیر اجراء دانست.

قانونگذار مفاهیم توقیف، تأخیر، تعطیل و قطع را در هیچ قانونی تعریف ننموده و حتی موارد و مصادیق تعطیل و قطع اجرای حکم را نیز در هیچ جا ذکر نکرده است و فقط به بیان مصادیق توقیف و تأخیر بسنده نموده. اداره حقوقی دادگستری در نظری اظهار نموده که منظور از تعطیل اجرای حکم در ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی، این است که قابلیت اجرای حکم منتفی شود مانند این که حکم به موجب دادگاه بالاتر نقض شود، اما قطع اجرای حکم به معنای آن است که حکم قابلیت اجرا دارد اما منشأ آن منتفی است.^۱ در مورد قطع اجرای حکم که جنبه استثنائی دارد، نیاز به تصریح قانونی دارد و این مقوله در دو مورد قانونی پیش بینی شده است.

^۱ - جزوه دکتر ابدالی، ارشد حقوق خصوصی دانشگاه بین المللی امام خمینی قزوین

الف، ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی، قطع عملیات اجرایی زمانی صورت می گیرد که محکوم علیه رسیدی بدهد مبنی بر پرداخت محکوم به یا دلیلی بر مالکیت مافی الذمه ارایه کند یا دلیلی مبنی بر سقوط تعهد ناشی از حکم بدهد.

ب، قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۵: یکی از تعهدات و دیونی که از نظر این قانون، دیون با محل نامیده می شود، احکام قطعی صادره از مراجع صالحه می باشد بر اساس قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی ۱۳۶۵ وزارتخانه ها یا موسسات دولتی که محکوم گردیده اند باید محکوم به را از اعتبارات بودجه سال جاری و سال قبل تأمین و در صورت عدم امکان باید از محل اعتبارات مربوط به دیون و تعهدات (ماده ۸ قانون دیوان محاسبات عمومی و یا از هر طریق و وسیله ممکنه دیگر آن را پرداخت نمایند در صورتی که پس طی همه این امکانات قانون، امکان محکوم به وجود نداشت از فرصت قانونی یکساله خود استفاده می کند و در این مدت مراجع قانونی تا یک سال و نیم بعد از صدور حکم مجاز به توقیف اموال نخواهند بود. به صراحت قانون منع توقیف اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداری ها مصوب ۱۳۶۱ اموال شهرداری قابل تأمین و توقیف نبوده و برای پرداخت محکوم به احکام قطعی تحت شرایطی تا یک سال و نیم فرصت دارند. بنابراین قطع اجراء در این موارد در واقع ناظر به گذشت مرور زمان های مطروحه در قانون می باشد که قطع موقت اجراء در حالی که در ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی مراد از قطع مختومه شدن و ختم عملیات اجرایی است. (حشمتی، ابوالفضل، روزنامه نقش نو، ۱۳۹۲)

در مورد تأخیر هم باید گفت که واژه تأخیر در لغت به معنای قرار دادن چیزی بعد از جای آن و عقب انداختن آن آمده است. (معین ۱۳۷۱، ص ۱۱۶۹) و در اصطلاح حقوقی حکم قطعی لازم الاجرا قبل از اینکه شروع به اجرا گردد به واسطه دلایل و موانعی اجرای آن به زمان بعد موکول و اجرای آن پس از رفع مانع شروع می شود. توقیف نیز در لغت نامه های فارسی به معنای بازداشتن و بازداشت بیان شده: (معین، ۱۳۷۱، ۱۲۵۷) و در اصطلاح حقوقی به معنای آن است که حکم صادره لازم الاجراء از دادگاه صلاحیت دار پس از شروع شدن اجرای آن متوقف شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۶۲).





بند اول: مصادیق، شرایط و آثار تأخیر و توقیف اجرای حکم

الف) تجدید نظر خواهی:

اساساً تجدید نظر خواهی با توجه به ماده‌ی ۳۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی مانع اجرای حکم است، به عبارت دیگر حکمی که به صورت قابل تجدید نظر صادر گردیده است تا انقضای مهلت اعتراض یا تا زمان تأیید دادگاه بالاتر اجرا نمی شود زیرا این حکم قطعی نیست و قابلیت اجرایی ندارد. (علی مهاجری، ۱۳۹۱، ص ۱۰۷) بنابراین در تجدید نظر خواهی بحث تأخیر یا توقیف حکم اصولاً منتفی است، ولی در برخی موارد مهلت تجدید نظر خواهی سپری شده اما به اعتبار ماده ۳۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی، تجدید نظر خواه عذر موجه داشته باشد و دادگاه آنرا قبول کند و تجدید نظر خواهی جریان می یابد و دادورز مکلف است حسب دستور دادگاه اجرای حکم عملیات اجرایی شروع شده را متوقف کند.

ب) واخواهی

واخواهی نیز اصولاً مانع اجرای حکم است، زیرا اولاً واخواهی جزء طرق عادی شکایت از رأی است و ثانیاً زمانی که رأی صادره غیابی و قابل واخواهی باشد تا زمانیکه مهلت واخواهی منقضی نشود قابلیت اجرایی ندارد، اگر رأی غیابی در پرونده هایی صادر شود با توجه به نوع دعوا و میزان خواسته قابل تجدید نظر باشد علاوه بر اینکه مهلت واخواهی نیز باید به اتمام برسد و یا در صورت واخواهی، رسیدگی و رأی صادر شود با توجه به اثر تعلیقی تجدید نظر، اجرای حکم تا پایان مهلت تجدید نظر و یا روشن شدن نتیجه تجدید نظر معلق می ماند. (شمس، ۱۳۹۰، ص ۱۴۷) اما در مواقعی، مهلت واخواهی اتمام می یابد و رأی غیابی اجرا می شود با توجه به ماده ۳۰۶ قانون آئین دادرسی مدنی محکوم علیه ضمن دادخواست واخواهی دلایل موجه را به دادگاه صادر کنند رای اعلام کند و دادگاه قرار (قبولی صادر کند این قرار باعث توقف عملیات اجرایی می شود)

ج) فرجام خواهی

فرجام خواهی بر خلاف واخواهی و تجدید نظر از طرق فوق العاده شکایت از آراء محسوب می شود برای اجرای احکام دادگاه قطعی بودن آن کافی است، استثناء در برخی موارد علاوه بر قطعی بودن رأی، نهایی شدن آن نیز لازم است که در این صورت باید مهلت فرجام خواهی آن به اتمام برسد یا از آن رأی فرجام خواهی شود و رأی نهایی صادر شود برای مثال ماده ۳۲ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۲ در مورد اجرای حکم طلاق اعلام می دارد. اجرای صیغه و ثبت طلاق حسب مورد منوط به انقضای مهلت

فرجام خواهی یا ابلاغ رأی فرجامی است بنابراین برای اجرای احکام با توجه به ماده ۱ قانون اجرای احکام مدنی قطعی شدن کفایت می کند و نهایی شدن جنبه استثنائی دارد و مصادیق آن باید به موجب قوانین مشخص گردد.

چ) اعاده دادرسی

اعاده دادرسی نیز یکی از طرق فوق العاده اعتراض به احکام است بنابراین این نوع اعتراض نیز علی القاعده مانع اجرای حکم قطعی نمی شود امکان استفاده از اعاده دادرسی محدود به جهات و شرایط احصاء شده مشخص در ماده ۴۲۶ قانون آئین دادرسی مدنی^۱ می باشد در عین حال اگر قرار قبولی درخواست اعاده دادرسی صادر شود و محکوم به غیر مالی باشد. به موجب بند الف ماده ۴۳۷ قانون آئین دادرسی مدنی در هر صورت اجرای حکم متوقف می شود اما با توجه به بند ب ماده فوق اگر محکوم به مالی باشد و امکان اخذ تأمین و جبران خسارت احتمالی باشد به تشخیص دادگاه از محکوم له تأمین مناسب اخذ و اجرای حکم ادامه می یابد.

ح) اعتراض شخص ثالث

با توجه به قانون آئین دادرسی مدنی و اجرای احکام مدنی، قانونگذار دو نوع اعتراض شخص ثالث را بیان کرده است الف، اعتراض شخص ثالث نسبت به حکم صادره که در این حالت شخص ثالث صدور حکم را به ضرر خود می بیند و نسبت به موضوع حکم برای خود حقی قایل است.^۲

ب، شخص ثالث به عملیات اجرایی معترض بوده و ادامه آن عملیات را به ضرر خود می بیند در این حالت بر خلاف حالت اول صدور حکم زبانی به شخص ثالث وارد نکرده بلکه صرفاً در مقام اجرایی خدشه ای به حقوق و منافع وی وارد گردیده این مفهوم به خوبی در ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام

^۱ - ماده ۴۲۶ قانون آئین دادرسی مدنی نسبت به احکامی که قطعیت یافته ممکن است به جهات ذیل درخواست اعاده دادرسی شود: ۱- موضوع حکم مورد ادعای خواهان نبوده باشد. ۲- حکم به میزان بیشتر از خواسته صادر شده باشد. ۳- وجود تضاد در مفاد یک حکم که ناشی از استناد به اصول یا به مواد متضاد باشد. ۴- حکم صادره با حکم دیگری در خصوص همان دعوا و اصحاب آن که قبلاً توسط همان دادگاه صادر شده است متضاد باشد بدون آن که سبب قانونی موجب این مغایرت باشد. ۵- طرف مقابل درخواست کننده اعاده دادرسی حيله و تقلبی به کار برده که در حکم دادگاه موثر بوده است. ۶- حکم دادگاه مستند به اسنادی بوده که پس از صدور حکم، جعلی بودن آنها ثابت شده باشد. ۷- پس از صدور حکم اسناد و مدارکی به دست می آید که دلیل حقانیت درخواست کننده اعاده دادرسی باشد و ثابت شود اسناد و مدارک یاد شده در جریان دادرسی مکتم بوده و در اختیار متقاضی نبوده است.

^۲ - ماده ۴۱۷ قانون آئین دادرسی مدنی اگر در خصوص دعوائی، رأی صادر شود که به حقوق شخص ثالث خللی وارد آورد و آن شخص یا نماینده او در دادرسی که منتهی به رأی شده است به عنوان اصحاب دعوا دخالت نداشته باشد، می تواند نسبت به آن رأی اعتراض کند.





مدنی دیده می‌شود.^۱ با توجه به مفاد ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی اعتراض شخص ثالث اصولاً مانع اجرای حکم نیست بلکه با توجه به شرایط معین ماده مذکور دادگاه قرار تأخیر اجرای حکم صادر می‌کند.

خ) تلف مال منقول توقیف شده نزد ثالث:

از جمله موارد توقیف اجرای حکم مدلول و مفاد ماده ۹۳ قانون اجرای احکام است. به موجب این ماده که در توقیف اموال منقول محکوم علیه نزد شخص ثالث است. هر گاه اموال محکوم علیه نزد شخص ثالث توقیف و وی از تسلیم عین مال توقیف شده خودداری امتناع کند و دادورز به آن مال دسترسی پیدا نکند معادل قیمت آن را از دارایی او برای استیفاء محکوم به توقیف خواهد شد. در صورتی که شخص ثالث مدعی شود قبل از مطالبه قسمت اجراء مال بدون تعدی و تفریط وی تلف شده دادگاه در صورتی که دلایل وی را موجه تشخیص دهد، قراری در باب عملیات اجرایی تا تعیین تکلیف نهایی صادر می‌کند.

د) اختلاف در مفاد حکم یا اجرای حکم:

در مرحله ای اجرای حکم ممکن است در مفاد حکم یا اجرای حکم اختلافی پیش آید به طوری که اجرای حکم سخت و یا غیر ممکن می‌شود مطابق ماده ۲۵ قانون اجرای احکام مدنی اختلاف ناشی از اجرای حکم توسط دادگاه اجرا کننده و اختلاف راجع به مفاد حکم توسط دادگاه صادر کننده رفع می‌شود علی‌الاصول طبق ماده ۳۰ قانون مذکور درخواست رفع اختلاف موجب تأخیر اجرای حکم نخواهد شد مگر اینکه دادگاه قرار تأخیر اجرای حکم را صادر کند.

بخش دوم: بررسی حالت های مشابه در حقوق عراق

در این قسمت به بررسی حالت های مشابه توقیف، تأخیر، تعطیل و قطع اجرای حکم در حقوق عراق می‌پردازیم، مطالب از مقاله « احوال الطارئه علی التنفيذ دراسه فی ضوء قانون التنفيذ الجديد رقم ۴۵ السنه ۱۹۸۰ العراق فی المجله القضاء بقلم الدكتور آدم و هيب النداووی استاذ الجامعه البغداد » می‌باشد که بنده آن را ترجمه نمودم و در زیر به شرح آن خواهیم پرداخت. طواری در عملیات اجرایی بر سه گونه ممکن است ایجاد گردد، یک حالت این که اجرای حکم توقیف می‌شود و این بدان معناست که عملیات اجرایی بنا به دلایلی که متعلق به حکم یا برگه ی اجراییه یا سند لازم الاجراست توقیف

۱ - ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، هر گاه نسبت به مال منقول یا غیر منقول یا وجه توقیف شده شخص ثالث اظهار حقی نماید اگر ادعای مزبور مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است توقیف رفع می‌شود در غیر اینصورت عملیات اجرایی تعقیب می‌گردد و مدعی حق می‌تواند برای اثبات ادعای خود به دادگاه شکایت کند.

می گردد، حالت دیگر قاضی اجرای احکام بنا بر شرایطی که قانون مشخص می کند قرار می‌دهد بر تعلیق ادامه عملیات اجرایی صادر می کند. که ممکن است عملیات اجرایی بعد از زوال آن شرایط و اسباب مجدداً از سر گرفته شود، و حالت سوم شمول مرور زمان است که در صورتی رخ می دهد که محکوم له یا شخص ذینفع اجرای حکم را درخواست نکند یا عملیات اجرایی را ترک کند یا سند لازم الاجرا را به قسمت اجراء ارایه نکند، سپس مدت معینی که قانون مشخص کرده از زمان اجرای حکم یا سند لازم الاجراء یا آخرین عملیات اجرایی بگذرد، در این صورت اجرای حکم به صورت کلی ساقط می شود.

بند اول: توقیف اجرای حکم:

قرار توقیف اجرای حکم یکی از حالت های طواری است که مانع اجرا یا ادامه اجرای حکم است، توقیف حکم به دلایل و اسبابی که مرتبط با حکم دادگاه یا برگه اجراییه و یا سند لازم الاجراست صورت می گیرد که در این مورد هرگز عملیات اجرایی شروع نمی شود و به طور کلی و دایمی متوقف می شود قانون مراجعات مدنی^۱ مواردی که در آن اجرای حکم توقیف می شود را پیش بینی کرده است.

۱) ابطال یا فسخ یا نقض حکم لازم الاجراء : هنگامی که حکم لازم الاجرائی، باطل یا فسخ یا نقض می شود، کلیه عملیات اجرایی متوقف و به حالت قبل از اجرای حکم بدون نیاز به صدور حکم جدید بر می گردد.

الف، ابطال حکم هنگامی که حکم غیابی اجرا شود و سپس نسبت به آن حکم غیابی اعتراض شود و دادگاه صادر کننده حکم غیابی را موجه تشخیص دهد حکم را ابطال و اجرای حکم توقیف می گردد بخش دوم ماده ۱۸۳ قانون مراجعات مقرر می دارد که هنگامی که حکم غیابی در نتیجه اعتراض محکوم علیه ابطال می شود و کلیه عملیات اجرایی که قبل از اعتراض به حکم غیابی انجام شده لغو می گردد. هم چنین در ماده ۲۲۹ قانون مراجعات مدنی هنگامی که اعتراض به حکم از سوی شخص ثالث صورت گیرد ممکن است حکم ابطال و به تبع آن اجرای حکم متوقف شود. مورد دیگر ابطال حکم اعاده دادرسی است ماده ۲۰۱ قانون مراجعات مدنی می باشد که هنگامی که یکی از اسباب



^۱ - قانون مراجعات مدنی در کشورهای عربی معادل قانون آیین دادرسی مدنی در ایران است



تعیین شده ماده ۱۹۶ قانون مرافعات مدنی^۱ درخواست اعاده دادرسی شود و محکمه قرار قبول درخواست صادر کند در این صورت اگر دادگاه حکم صادره را ابطال نماید اجرای حکم موضوع اعاده دادرسی توقیف می شود.

ب. فسخ حکم در صورتی است که نسبت به احکام صادره از دادگاه ابتدایی یا نخستین درخواست استیناف (تجدید نظر) شود^۲ و پس از آن حکم صادره دادگاه نخستین فسخ شود ماده ۱۹۴ قانون مرافعات عراق مقرر می دارد اگر دادگاه استیناف (تجدید نظر حکم صادره دادگاه های نخستین را بر خلاف قانون بداند آن را فسخ می کند).

ج: نقض در مرحله تمیز^۳ صورت می گیرد نص ماده ۲۱۰ قانون مرافعات اشعار می دارد بعد از اتمام رسیدگی دادگاه تمیز حسب موارد قرار مربوطه را صادر می کند.

۲) تأخیر اجرای حکم: تأخیر اجرای حکم بر خلاف توقیف، موقتی است یعنی عملیات اجرایی که در مورد آن قرار تأخیر صادر می شود تا مشخص شدن نتیجه نهایی، به حالت معلق می ماند که حسب مورد ممکن است عملیات اجرایی ادامه یابد یا توقیف شود، در واقع صدور قرار تأخیر حسب مشخص شدن نتیجه وضعیت نهایی ممکن است مقدمه توقیف اجرای حکم باشد. قرار تأخیر زمانی صورت می گیرد که قرار تأخیر توسط قاضی اجرای احکام صادر شود، قرار صادر ممکن است از طریق اعتراض به حکم یا سقوط دین یا موارد دیگر صورت بگیرد، حال به مصادیق آن می پردازیم.

الف: عدم ارائه حکم لازم الاجراء یا سند لازم الاجراء توسط محکوم له یا ذینفع به قسمت اجرا.

ب: ابهام و اجمال در حکم

۳. صدور قرار تأخیر اجرای حکم توسط مراجع قضایی: قسمت اجرای احکام مرجع اجرا کننده است نه مرجع رسیدگی کننده یا قضایی به طور خاص، و نه اینکه نزاع مربوط به طرفین دعوا را حل و فصل کند پس هنگامی که یکی از طرفین نسبت به حق مورد اجرای حکم اعتراض داشته باشد، قاضی

^۱ - ماده ۱۹۶ قانون مرافعات عراق: اعتراض از طریق اعاده دادرسی نسبت به احکام صادره از دادگاه استیناف (تجدید نظر) یا دادگاه صلح یا حکم بر اساس اسناد جعلی و ساختگی صادر شود

^۲ - ماده ۱۸۵ قانون مرافعات مدنی عراق: نسبت به احکام صادره از دادگاه های نخستین که موضوع آن بیش از هزار دینار باشد یا موضوع آن و ...

^۳ - مرحله تمیز معادل مرحله ی فرجام خواهی در حقوق ایران است

اجرای احکام عملیات اجرایی را به تأخیر می اندازد و از معترض می خواهد که به دادگاه مربوطه مراجعه کند.

۴. مهلت دادن به مدیون: در مواردی ممکن است قاضی اجرای احکام با توجه به شرایطی به مدیون مهلت مناسبی برای اجرای حکم اعطا نماید از جمله این شرایط مواردی است که استمرار عملیات اجرایی ممکن است باعث ضرر مادی و جسمی به مدیون یا اموال وی شود به همین دلیل به مدیون مهلتی داده می شود تا اوضاع و شرایط مساعدتری برای اجرای حکم فراهم کند.

۵. اعتراض نسبت به حکم، طرق اعتراض نسبت به حکم در قانون مرافعات مدنی عراق احصاء شده است. ۱، اعتراض نسبت به حکم غیابی (واخواهی) ۲، استیناف (تجدید نظر) ۳، اعاده دادرسی ۴، تمیز (فرجام خواهی) ۵، اعتراض شخص ثالث

هر یک از طرق اعتراض تأثیر واحدی نسبت به تأخیر اجرای حکم ندارند در ذیل تقسیم بندی از این حیث را بیان می کنیم .

در این راستا باید توجه داشت احکامی که به موجب قانون، اگر نسبت به آن اعتراض شود الزاماً موجب تأخیر اجرا می شود :

الف، اعتراض نسبت به حکم غیابی (واخواهی) به موجب ماده ۱۸۳ قانون مرافعات مدنی سبب تأخیر اجرای آن می شود.

ب، استیناف (تجدید نظر، مطابق ماده ۱۹۴ قانون مرافعات، اگر حکم صادره از دادگاه نخستین تجدید نظر خواهی شود، اجرای حکم به تأخیر می افتد.

ج، تمیز فرجام خواهی: اگر موضوع حکم قابل اجرا تملیک غیر منقول یا حق عینی غیر منقول باشد مطابق ماده ۲۰۸ قانون مرافعات، درخواست تمیز باعث تأخیر اجرای حکم می شود. مواردی که اعتراض نسبت به حکم می تواند باعث تأخیر اجرای حکم گردد ۱، اعاده دادرسی به موجب ماده ۲۰۱ قانون مرافعات مدنی ۲، تمیز (فرجام خواهی) به موجب ماده ۲۰۸ قانون مرافعات مدنی ۳، اعتراض شخص ثالث به موجب ماده ۲۲۷ قانون مرافعات مدنی می باشد.

بند دوم: سقوط اجرای حکم به واسطه شمول مرور زمان:

ماده عام و اصلی مرور زمان ماده ۴۲۹ قانون مدنی می باشد که مقرر می دارد، دعاوی التزام به ایفای تعهد یا پرداخت دین، پس از گذشت ۱۵ سال بدون عذر موجه شرعی علیه انکار کننده آن دیگر



مسموع نخواهد بود اما قانون اجرای احکام جدید مدت مرور زمان را با شرایط ذیل به هفت سال کاهش داده است.

الف) اگر شخص از حکم یا سند لازم الاجرا پس از گذشت هفت سال، درخواست اجرای آن را ندهد دیگر قابلیت اجرا نخواهد داشت.

ب) هنگامی که مرور زمان شامل حکم یا سند لازم الاجراء شود، قرار توقیف آن صادر می شود.

ج) اجرای حکم بعد از گذشت هفت سال انجام نخواهد شد.

در عین حال ماده ۱۱۵ قانون اجرای احکام مقرر می دارد که معاذیر قانونی مدنی ذکر نموده موجب توقیف یا قطع مرور زمان می شود.

الف. در صورتی که شخص غایب مفقودالاثر باشد یا محجور شود و فاقد ولی باشد تا انتخاب قیم مرور زمان متوقف می شود یا دعوی بین زوجین باشد.

ب. در صورت وجود عذر موجه همانند بلایای طبیعی، بیماری شدید که موجب عدم حرکت شود.

نتیجه گیری

آنچه در پایان می توان نتیجه گرفت این است که عبارات و مفاهیم تعطیل و قطع نه تنها توسط قانونگذار ایران تعریف و توضیح داده نشده است بلکه مصادیق و موارد آنها نیز به خوبی و روشن بیان نشده است، از طرفی در حقوق ایران بر خلاف حقوق عراق، عبارات توقیف و تاخیر نیز به صورت واضح مرزبندی نشده اند و در جاهای مختلف قانون آئین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام به جای همدیگر به کار برده شده اند، علاوه بر آن توقیف در حقوق ایران که یک واژه عربی است با توقیف در حقوق عراق کاملاً متفاوت است و توقیف در حقوق عراق به معنای واقعی آن نزدیک تر است، همانطور که بیان شد توقیف در حقوق عبارت است از توقف کامل و بدون بازگشت اجرای حکم در حالیکه که در حقوق ایران این چنین نیست بحث دیگر اینکه که در حقوق عراق موارد و مصادیق تاخیر و توقیف به صورت کامل و دقیق دسته بندی گردیده، متأسفانه همانطور که گفتیم قانونگذار ما چنین سلیقه ای به خرج نداده است و آنچه مورد حائز اهمیت اینکه یکی از موارد تاخیر اجرای حکم در قانون عراق بحث ورود ضرر به محکوم علیه یا معترض ثالث است که در آن صورت اجرای حکم به طور موقت تا بر طرف شدن اسباب ضرر متوقف می شود در حالیکه که در قوانین حقوق ما چنین موضوع مهمی مورد غفلت قرار گرفته است البته در حقوق ما نیز در بحث اجرای حکم در امور کیفری چنین معاذیر پیش بینی گردیده ولی بهتر بود در اجرای احکام مدنی هم این موضوع بیان می شد.



فهرست منابع

الف) منابع فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، انتشارات گنج دانش ۱۳۸۸
۲. حشمتی، ابوالفضل، قطع اجرا و جایگاه آن در قوانین، روزنامه نقش نو، ۱۳۹۲/۱۱/۳
۳. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره ی بنیادین، جلد اول، انتشارات دراک، چاپ ششم، تهران ۱۳۹۰
۴. مهاجری، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، جلد اول، انتشارات فکر سازان تهران، ۱۳۹۱
۵. معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد پنجم، چاپ هشتم، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۷۱

ب) منابع عربی و مجموعه قوانین:

۱. الندای، آدم وهیب، احوال الطارئه علی التنفيذ» دراسه فی ضوء قانون التنفيذ الجديد رقم ۴۵ لسنه ۱۹۸۰ «المجله القضاء السنه الخامسه و الثلاثون، تموز ۱۹۸۰، عدد ۳ و ۴.
۲. قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶
۳. قانون دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹
۴. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲



بررسی و تبیین شرایط حاکم از منظر فقها وفلاسفه اسلامی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

راحله قدیری

کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی

چکیده:

این تحقیق به بررسی و تبیین شرایط حاکم از منظر فقها وفلاسفه اسلامی می پردازد و در این زمینه در نظر دارد که ویژگی و شرایطی که قرآن و مذهب را از دیدگاه فقها و فلاسفه اسلامی با طرح هادی و نقشه راهبردی تاسیس، سازماندهی و اداره امت ، دولت و نظام اسلامی را در نظر می گیرند، نشان می دهد که این نظریات از مهمترین و اصیل ترین شاخصه هایی است که در زمینه عدالت، آزادی، مشروعیت و حق انتخاب مردم روایت شده است که با کاربرست صحیح آن از یکسو باعث ارشاد مردم و از سوی دیگر عامل نجات بخش آنها در دنیا و آخرت می شود. باید مد نظر قرارداد که حکومت عدل اسلامی تنها در سایه ی کاربرست شاخص هایی از قبیل آشنایی با اصول و مبانی دین ، مکلف بودن ، مسلمان بودن ، عادل بودن ، آزاد بودن ، شجاع بودن ، کاردانی و شایستگی حاکم است که هم در دیدگاه فقها و هم در دیدگاه فلاسفه وجود دارد، میسر خواهد شد و به طور اولی مسیر تعالی افراد جامعه که غایت و هدف نهایی دین مبین اسلام است در پناه چنین حاکمی فراهم خواهد شد.





در این مقاله ابتدا به تعاریفی در خصوص حکومت و حاکمیت، ضرورت وجود آن خواهیم پرداخت و در ادامه به بیان تعارفی از حاکم و ویژگی‌ها حاکم از دیدگاه قرآن و فقها پرداخته و نیز به بیان نظرات فقها و فلاسفه در خصوص حاکم و ولایت فقیه اشاره می‌شود و در ادامه شرایط و ویژگی‌های حاکم اسلامی را تفصیلاً بیان خواهیم کرد و در ادامه به مباحثی در مورد ولی فقیه و شرایط و ویژگی‌های ولی فقیه می‌پردازیم و در قسمت بعدیه بیان شرایط حاکم را از نظر فلاسفه می‌پردازیم و در قسمت پایانی فصل به بیان پژوهش‌هایی که در این خصوص چه در داخل کشور و چه در خارج کشور انجام پذیرفته خواهیم پرداخت و نتایج آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

بخش اول: تعریف حکومت و حاکمیت

در تعریف حکومت گفته‌اند: حکومت عبارت است از مجموعه نهادهای فرمانروا وظایف و اختیارات هر کدام از آنها و ربطی که میان اندام‌های حکومتی موجود است.

در فرهنگ سیاسی آمده «حکومت یعنی، تشکیلات سیاسی واداری کشور و چگونگی و روش اداره یک کشور یا واحد سیاسی. تشکیلات دولت که علاوه بر نمایندگی‌های اجرایی، معمولاً از سه بخش مجریه، مقننه و قضاییه تشکیل می‌شود. و مجموعه بنیادهای سیاسی، قوانین و آداب و رسومی که حاکمیت از طریق آن‌ها اعمال می‌شود. لازم به ذکر است که دو واژه «حکومت» و «دولت» در برخی موارد، معانی مرادف و در برخی متفاوت با یکدیگر دارند. اگر دولت را قدرت سیاسی یافته‌ای که امر و نهی می‌کند. تعریف کنیم مرادف با حکومت میشود. لذا اگر چه تعریف‌های مختلفی از واژه‌های حکومت در کتابهای علوم سیاسی ارایه شده است اما می‌توان حکومت را به طور ساده این گونه تعریف کرد: ارگان رسمی که بر رفتارهای اجتماعی افراد جامعه نظارت داشته، و سعی می‌کند به رفتارهای اجتماعی مردم جهت بخشد. اگر مردم از راه مسالت آمیز، جهت دهی را پذیرا شدند که خوب، وگرنه حکومت با توسل به قوه قهریه اهدافش را دنبال می‌کند، یعنی اگر کسانی از مقررات وضع شده که برای رسیدن به هدف مورد نظر حکومت لازم است، تخلف کنند با کمک دستگاه‌های انتظامی مجبور به پذیرفتن مقررات میشوند، که این تعریف شامل حکومت‌های مشروع و ناسم مشروع می‌شود (مصباح، ۱۳۷۶، ص ۴۲).

«حاکمیت» در لغت به معنای توفیق و برتری است، واصطلاحاً در بعد حقوقی آن حق صدور اوامر بلا شرط است. بر این مبنا، حاکمیت مطلق، به معنای حق فرمانروایی بی چون و چرا بر تمامی افراد است. در حاکمیت نیروی خواستن آمره و نیروی فرمان دهی مستقل وجود دارد. بسته به این که صدور

فرامین از یک منبع مستقل باشد و یا منبع غیر مستقل، می توان حاکمیت را بر حاکمیت مطلق و نسبی تقسم کرد. حاکمیت مطلق در اسلام، قانون اساسی از آن خداست و حاکمیت نسبی به معنای حق حکمرانی انسانی بر همنوع خویش از جانب و اذن خداوند متعال است. در مورد رابطه حکومت و حاکمیت، حکومت را تجلی و مظهر حاکمیت دانسته اند ابن خلدون، حاکمیت کامل را منحصر به حالتی می دانست که برتر از نیروی او قدرت قاهری موجود نباشد (خمینی، ۱۳۷۰، صص ۶۳، ۶۴).

بند اول: پیشینه اندیشه حکومت اسلامی

درباره پیشینه اندیشه حکومت اسلامی و ولایت فقیه باید گفت: یک تفکر که به تفکر «اخباری گری» شهرت داشته و دارد، این است که چون از اساس منکر مسأله «اجتهاد» بوده و هستند، با انکار مسأله اجتهاد و تقلید، برای فقیه سمتی جز نقل روایت و شرح مردم محدود به رابطه محدث و مستمع میدانند! روشن است چنین تفکری هرگز نمی تواند در این چارچوب شکلی از اشکال حکومتی را ترسیم و ارایه کند. این طرز تفکر که طرفداران زیادی نداشته و ندارد، اگر ملاک عمل قرار گیرد، موجب تعطیل شدن بسیاری از احکام و حدود الهی، و رکود امور سیاسی، اجتماعی مسلمانان و جامعه اسلامی می شود. پاسخ این گروه همان سخن بلند فقیه و مجتهد بزرگ علامه شیخ حسن نجفی صاحب جواهر است که: «اگر کسانی در تفکر فقهی خود به اینجا برسند که تعمیم ولایت و حکومت فقیه را نفی کنند، اینها نه طعم فقه را چشیده، و نه لحن قول معصومین علیهم السلام را فهمیده اند، و نیز از رموز دیانت رازی را در نیافته اند، و از آنچه که مراد ائمه (علیهم السلام) در گفتارشان است بی تأمل گذر کرده اند» (نجفی، ۱۴۱۶ شمسی، ج ۲۱، ص ۳۹۷).

باید براین تفکر، اندیشه کسانی را افزود که بنابر برداشت نارسایی که از فلسفه ((انتظار)) دارند، معتقدند در عصر غیبت باید از سیاست و مبارزه کناره گیری کرده، انزوا پیشه نمود، مَهر سکوت بر لب نهاد و هیچ نوع مبارزه و عکس العمل منفی علیه جریانهای حاکم هرچند آمیخته با فساد و تباهی باشد از خود بروز نداد تا سراسر جهان را ظلم و فساد بگیرد، و امام زمان (عج) ظهور کند و جهان ظلمت کده را پر از عدل و داد و نور و ایمان نماید! این تلقی غلط از انتظار موجب شد تا گروهی که خود را طرفدار این تفکر می دانستند در دوران مبارزات پیش از انقلاب طعمه خوبی برای رژیم طاغوت و دستگاه اطلاعاتی او ساواک در جهت مخالفت آنها با مبارزات انقلابی، اسلامی امام و امت اسلامی ایران کمال استفاده را برد! پاسخ این طرز تفکر غلط و انحرافی نیز علاوه بر سخنان پیشین،





آیات و احادیث بیشماری است که مسلمانان را در هر زمانی به مبارزه با ظلم ، طاغوت و فساد فراخوانده است؛ که حدیث زیر از امام صادق علیه السلام از آن جمله است:

« لَيُعَذَّبَنَّ أَحَدُكُمْ لِخُرُوجِ الْقَائِمِ وَ لَوْ سَهْمًا »: هریک از شما موظف است خود را برای ظهور حجت هرچند با فراهم کردن تیری آماده کن (مجلسی، ۱۳۶۳، ج ۵۲، ص ۳۳۶).

این گونه احادیث که بسیار زیادند، انتظار ظهور امام زمان (عج) را به حضور در صحنه های سیاسی، اجتماعی ، و مبارزه با مظاهر فساد و تباهی ، و نیز برقراری جامعه سالم اسلامی با حاکمیت ارزشهای دینی تعریف و تفسیر کرده اند. تفکر دیگر ، که به اصولیین یا طرفداران «اجتهاد» اختصاص دارد و شامل اکثریت علما و فقها در طول دوران غیبت می شود، می گوید بر اساس تعالیم ائمه که اصحاب و علمای شیعه را به اجتهاد و استنباط احکام از منابع تعیین شده فراخوانده اند، باید از راه اجتهاد ، احکام مورد نیاز جامعه اسلامی و مسلمانان را در هر زمان استنباط و استخراج کرده ، و فراره آنان گذاشت. این طرز تفکر موجب شد تا ارتباط مردمی علمای شیعه ، و نیز دخالت در امور سیاسی ، اجتماعی و شئون زندگی مسلمانان از سوی آنان پیوسته ادامه یافته و هر روز بیشتر شود. در نتیجه اندیشه حکومت و ولایت فقیه به طور مبنایی با برخورداری از پایگاه بلند فکری و پشتوانه قوی فقهی به تناسب موقعیتهای زمانی ، رشد و تکامل یافت ، و در قرون اخیر توسط فقها و مجتهدان بزرگی و در رأس آنان امام خمینی بطور جدی و به صورت یک تفکر بنیادی و ریشه دار در عرصه سیاست جهانی حضور پیدا کرد و موجب بروز حرکت و قیام های زیادی در سراسر جهان اسلامی در یاران مصداق برتر و نمونه کامل آن می باشد. بنابراین ، چنین نیست که این تفکر تنها از سوی امام امت و دست پروردگار او در این زمان پدید آمده باشد، بلکه اندیشه «حکومت و ولایت فقیه» به عنوان یک تفکر دینی پیشینه تاریخی دارد، و به زمان ائمه بر میگردد، و از خود آن بزرگوار الهام گرفته شده است. لیکن چنانکه گذشت موقعیت های سخت و دشوار تشیع مجال بروز، رشد، تکامل و تحقق چنین تفکر چنین تفکر نابی را به ائمه و پس از آنان به علما و فقها در عصر غیبت نداده است (ابراهیم زاده آملی ، ۱۳۸۰ ، ص ۱۰۶، ۱۰۸).

بند دوم: ضرورت و لزوم حکومت در جامعه :

حکومت برای بشر یک امر ضروری عقلی است، زیرا اجتماع بدون حکومت، موجب هرج و مرج می شود، و این حکومت است که تنظیم کننده امور فرد، و اجرا کننده حدود و حقوق، و تامین کننده عزت و استقلال جامعه انسانی و یا توسعه و تکامل علوم و فنون بشری است، و این مطلب از امور بدیهی است.

در تمام جوامع بشری تا آنجا که تاریخ نشان می دهد، نوعی حکومت وجود داشته است. حکومت قبیلگی، پادشاهی و نیز حکومت هایی از نوع آنچه در دنیای امروز وجود دارد، و این بدان معنی است که بشر در هر مرحله ای از علم و دانش و فرهنگ باشد، ضرورت وجود حکومت را درک می کند، و می داند که زندگی اجتماعی بدون وجود نظم و قانون حاکمیت حتی یک روز هم امکان پذیر نیست. در اسلام وجود حکومت به عنوان یکی از ضروری ترین نیاز های جامعه مورد تصدیق قرار گرفته و برای آن چاره جویی شده است. در این زمینه دلایل فراوانی وجود دارد که اگر بخواهیم همه آنها را از متون و مدارک اسلامی ذکر کنیم مفصل خواهد شد. در این مقام تنها به ذکر بعضی از آنها اشاره می کنیم.

۱. دلیل عقل

علاوه بر دلایل متعدد عقلی بر ضرورت حکومت که بیانگر اهداف و وظایف دستگاهی به نام حکومت در جامعه است می توانیم از طریق اراده تشریعی خداوند، ضرورت حکومت را کشف کنیم. گفتیم یکی از راههای کشف قانون الهی عبارت از «مستقلات عقلیه» است. یعنی آنچه را که عقل با ضروره درک می کند، هر چند تعبدی از ناحیه شارع نرسیده باشد. وقتی فهمیدیم که از یک سو اراده خدا بر این تعلق گرفته که جامعه، وسایل تکاملش فراهم باشد و اکثریت جامعه هر چه بیشتر به تکامل مادی و معنوی برسند؛ و از سوی دیگر، این مسایل بدون دستگاه حاکمه صالح میسر نیست؛ نتیجه می گیریم که اراده تشریعی الهی بر وجود چنین دستگاهی تعلق گرفته است. وقتی فقها در مسائل بسیار ساده تر نظیر وجود اثبات کفایی انواع مشاغل و حرفه ها در جامعه، به حکومت تمسک می کنند، چگونه نتوان در ضرورت وجود دستگاهی به نام حکومت به آن استناد جست. آیا وجود مشاغل نظیر طبابت، نانوائی و... در جامعه بیش تر مورد نیاز است یا وجود دستگاه حکومتی؟

وقتی مثلاً نانوا نباشد ممکن است مردم بتوانند خود آن را تهیه کنند، اما اگر دستگاه حکومتی نباشد نظام حکومتی در هم می ریزد و جان و مال و عرض و ناموس مردم به مخاطره می افتد. پس چگونه اسلام رضایت می دهد جامعه ای بدون این که مؤلف به برطرف سازی نیازمندیهای جامعه باشد تشکیل می شود؟ پس به همان دلیل که فقها واجبات نظام را از واجبات کفایی می دانند به طریق اولی وجود حکومت در جامعه به عنوان یک حکم شرعی، از قطعی ترین احکامی است که با دلیل عقلی اثبات می گردد.

۲. آیات





در قرآن کریم آیات زیادی راجع به انبیاء گذشته و هم درباره پیامبر اکرم (ص) و نیز بعد از اسلام وجود دارد که در آن ها خدای متعال مقام حکومت را تشریع نموده و مردم را به اطاعت از آن موظف کرده است. از جمله می توان به این آیه اشاره کرد که می فرماید:

«اطاعت کنید از خدا و پیامبر و صاحبان فرمان از خودتان.» (النساء آیه ۵۲).

اطاعت خدا عمل به احکامی است که در قرآن آمده و اطاعت رسول، پیروی از دستورهایی است که ایشان به عنوان ولی امر صادر فرموده است. اطاعت رسول و اولی الامر، که به حسب روایات، ائمه عثنی عشر (ع) می باشد بر همه مسلمانان لازم است. در هر صورت، فی الجمله از آیه استفاده می شود که اطاعت از رسول خدا و اولی الامر به عنوان حاکم، در قرآن به عنوان یک فریضه واجب شمرده شده است. پس وجود حکومت و وجوب اطاعت از حکومت یکی از احکام ثابت الهی است.

۳. روایات مساله ضرورت حکومت در روایت اسلامی نیز بازتاب گسترده ای دارد.

به عنوان نمونه: یکی از تعبیر دقیقی که در این زمینه هست. کلامی از حضرت علی (ع) در مقابل خوارج است که فرمودند:

«لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ أَمِيرٍ أَوْ فَاجِرٍ.»

شعار خوارج «لا حکم الا الله» بود که بدان وسیله حکومت امام علی (ع) را زیر سؤال می بردند. «لاحکم الا الله» بدین بهانه که حکومت حضرتش انسانی است ونه الهی؛ و چون حکم مخصوص خداست ما فقط از خدا اطاعت می کنیم و از انسان اطاعت نمی کنیم. امام علی (ع) در پاسخ این مقاله می فرماید «لا حکم الا الله» همان کلام قرآن است که می فرماید ان الحکم الا الله ولی شما معنای باطنی از آن اراده می کنید. کلمه حقِ یراد بها الباطل «زیرا منظور خوارج نفی امارت و حکومت کردن از غیر خدا بود و حال آنکه معنای صحیح «ان الحکم الا الله» آن است که قانون باید خدایی باشد. آنچه بر مردم حکومت می کند باید قانون الهی باشد. اما این قانون مجری می خواهد که مردم اطاعتش کنند می فرمایند. خویش مشغول باشند، و کافران نیز بهرمنند شوند، و مردم در دوران حکومت او، زندگی راحت داشته باشند، به وسیله او اموال بیت المال جمع آوری شوند، مردم نیکوکار در رفاه، و از دست بد کاران در امان باشند» (صبحی صالح، خطبه ۴۰ ص ۴۸۲).

از حضرت علی (ع) منقول است که فرمود:

«وَفِي هَذَا أَوْضَحُ دَلِيلٍ عَلَى أَنَّهُ لَا بُدَّ لَأَمَةٍ مِنْ إِمَامٍ يَقُومُ بِأَمْرِهِمْ وَيَأْمُرُهُمْ وَيَنْهَاهُمْ وَيُقِيمُ فِيهِمُ الْحُدُودَ وَيُجَاهِدُ الْعَدُوَّ وَيُقَسِّمُ الْغَنَائِمَ وَيَفْرِضُ الْفَرَائِضَ وَيُعْرِفُهُمْ أَبْوَابَ مَا فِيهِ صَلَاتُهُمْ وَيَحْذَرُهُمْ مَا فِيهِ»

مَضَارَهُمْ، أَذْ كَانَ الْأُمُورُ وَالنَّهْيُ أَحَدُ اسْبَابِ بَقَاءِ الْخَلْقِ وَالْأَسَقَطُ الرَّغْبَةُ وَالرَّهْبَةُ وَلَمْ يَرْتَدَّ لَفْسَدَتِ التَّدْبِيرِ وَكَانَ ذَلِكَ سَبَبًا لِهَلَاكِ الْعِبَادِ» (مجلسی، ۱۳۶۳، ص ۴۱).

حضرت امیر با اشاره به ضرورت حکومت در جامعه می فرماید: و در این واضح ترین دلیل است براینکه اَمّت ناگزیر است از وجود امامی که امورشان را بر پا دارد و آنان را امر و نهی نماید، و در میان ایشان اقامه حدود کند، و در برابر دشمن به جهاد و مبارزه برخیزد. و فریضه ها را بر آنها واجب گرداند و نیز راههایی که در آن خیر و صلاح جامعه است بر حذر دارد، زیرا امر و نهی یکی از عوامل بقاء جامعه است به آنان بشناساند و همچنین ایشان را از آنچه زیان آور است بر حذر دارد، زیرا امر و نهی یکی از عوامل بقاء جامعه است و گر نه تشوق به واجبات و ترس از محرمات به کلی از بین خواهد رفت و نیز کسی باز نگه داشته نمی شود و تدبیر جامعه هم از بین می رود و این خود زمینه هلاکت بندگان را فراهم می سازد (نوروزی، ۱۳۸۰، صص، ۱۰۱، ۲۴۰).

اگر در جامعه ای یک امیر صالح و شایسته نداشته باشد و امر دایر باشد که جامعه بی حاکم باشد یا حاکم فاجر و تبہکاری بر آن حکومت کند. باز وجود حاکم تبہکار بهتر است، زیرا جامعه بدون حاکم نمی شود، تا آن جا که امکان حاکم باید صالح و شایسته باشد و اگر نه، به حاکم فاجر هم باید تن داد. از آن رو است که جامعه بدون حاکم باشد اموال و ناموس مردم در معرض خطر قرار می گیرد. حداقل حاکم فاجر اندکی جلوی هرج و مرج را می گیرد و بهتر از هیچ است. البته در چنین جامعه ای باید تلاش کرد حکومت فاسد را سرنگون و حکومت صالح جای آن نشاند ولی در دوران امر بین حکومت فاجر و بی حکومتی و هرج و مرج، طبیعی است که حکومت فاجر بهتر است.

«أَهْلُ بَلَدٍ عَلَى ثَلَاثَةِ يَفْرَغُ إِلَهُ فِي أَمْرِ دُنْيَاهُمْ وَآخِرَتِهِمْ فَإِنْ عَدَمُوا ذَلِكَ كَانُوا هَمَجًا: فَقِيَهُ عَالَمٌ وَرَعَ أَمِيرٌ خَيْرٌ مَطَاعٌ وَطَيْبٌ بَصِيرٌ ثَقَّةٌ»

اهل هر شهری بی نیاز از سه امر نیست و امر دنیا و آخرتشان با این سه اصلاح می شوند و با فقدان اینها امورشان به تباهی کشیده می شود و آنها عبارتند از:

الف: فقیه عالم و پرهیزگار

ب: امیر نیکوکار و فرمانبرده شده

ج: پزشک روشن ضمیر و مورد وثوق

این حدیث علاوه بر نظام سیاسی حکومت به امر تعلیم و تعلم و نظام بهداشت و درمان نیز اشاره دارد (مازندرانی، ۱۳۷۷، ص ۱۸).





امامت یک مسولیت بزرگ است نه یک مقام ومنزلت قابل افتخار بزرگ نمایی. معمولاً در نظام های سیاسی برای مقامات بالا با حفظ سلسله مراتب، امتیازات و تبعیض قائل می شوند که از یک نوع اصالت بخشیدن به مقام سرچشمه می گیرد. بزرگ خطر نظام های سیاسی، هدف شدن مقام و رسیدن به آن امتیازها و تبعیض هاست، که قدرت طلبی و و استبداد و پایمال نمودن حقوق ملت ها از آثار غیر قابل اجتناب آن است. امامت با توجه به خصلت اصطفا‌ی الهی هرگز به عنوان یک مقام مطرح نیست، بلکه مسولیتی بس بزرگ است که امام رادر برابر خدا نسبت به خلق، مسئول ومتعهد کردت است.(عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۳۳۱)

افزون بر اینها، محققان و فقها و مفسران به استناد شماری از ویژگیهای دین اسلام بر ضرورت وجود حکومت در جامعه اسلامی استدلال کرده‌اند، از جمله:

۱) جهانی و همگانی بودن، که تحقق آن، یعنی هدایت شدن همگان به توحید و یکتاپرستی و پرهیز از بندگی غیر خدا، مستلزم وجود سازوکارهایی مناسب از جمله تشکیل حکومت است تا صاحبان قدرت و مال که به‌طور طبیعی در برابر تحقق همه‌جانبه آرمان توحید مقاومت می‌کنند، نتوانند مانع جامه عمل پوشیدن آن شوند. به همین دلیل است که پیامبر اکرم، علاوه بر شأن رسالت و ابلاغ پیام الهی، از جایگاه رهبری اجتماعی و سیاسی و به تعبیر قرآن (الاحزاب: ۶) ولایت بر مؤمنان هم برخوردار بوده است؛

۲) تداوم اسلام تا روز قیامت، که اقتضای آن رادارد که همه شئون رسول خدا از جمله شأن ولایت و حکومت (جز شأن نبوت که قطعاً پایان پذیرفته است) پس از رحلت ایشان استمرار داشته باشد. از آیه ۱۴۴ سوره آل عمران نیز می‌توان دریافت که مرگ یا شهادت پیامبر نباید موجب تعطیل سنت و سیره او شود. بر این اساس، تعیین جانشین برای پیامبر اکرم که در آیه ۶۷ سوره المائده، هم‌سنگ با اصل رسالت و در آیه ۳ سوره المائده، «اکمال دین» و «اتمام نعمت» خوانده شده، ضرورتی انکارناپذیر دارد و مذاهب اسلامی در اصل ضرورت آن (نه مصداق) اتفاق نظر دارند؛

جامعیت شریعت اسلام که مجموعه‌ای هماهنگ با تمامی نیازهای فردی، اجتماعی، مادی و معنوی بشر و در گستره‌ای وسیع، شامل همه ابعاد روابط انسان با خدا، خود و دیگران و حتی با طبیعت است. تحقق یافتن اهداف شریعت در ابعاد گوناگون بدون توجه به حکومت و ویژگیهای ضروری آن، امکان‌پذیر نیست و احکام و قوانین حقوقی، اجتماعی، سیاسی و کیفری در یک جامعه تنها در پرتو اقتدار

حکومت شایسته، جامه عمل می‌پوشد. به تعبیر احادیث، ولایت و امامت حافظ همه فریضه‌ها و سنت‌هاست.

بند سوم: حق حکومت و حاکمیت از آن کیست؟

پس از اثبات لزوم هر جامعه‌ای به حکومت و حاکم، اکنون این بحث مطرح می‌شود که حق حاکمیت و حکومت از آن چه کسی است و منشاء این حق از کجاست؟ زیرا با توجه به اینکه انسانها همه با هم در این مسأله مساوی هستند و هیچ کس حق ولایت و سرپرستی نسبت به دیگر افراد ندارد، و هیچ کس از دیگری برتر نیست، پس چگونه افرادی حق حکومت و حاکمیت پیدا میکنند و چرا باید دیگران دستورهای آن را پذیرفته و اطاعت کنند؟ و آن‌ها این حق را از کجا آوردند.

گروهی این حق را از آن کسی می‌دانند که بر مردم یک جامعه تسلط پیدا کرده و بر آن‌ها حکومت می‌کند به نظر ایشان حق حاکمیت و حکومت از (زور) سرچشمه می‌گیرد و اگر یک یا چند نفر توانستند به زور بر مقررات جامعه‌ای حاکم شوند، وارث تمام حقوق بوده قانونگذاری، فرمانروایی و هر گونه مجازات زیر دستان برای آنها مشروع است. این نظر مبنای حکومت‌های (استبدادی و دیکتاتوری) است. گروهی دیگر این حق را به طبقه اجتماعی یا دسته خاصی از مردم اجتماعی میدهند و این دو وظیفه را حق آنها می‌دانند. مثل متفکران یونان که جامعه را به چند طبقه تقسیم کرده، فقط طبقه اشراف را شایسته حکومت و اداره جامعه می‌دانستند یا کسانی که به حکومت طبقه کارگر معتقدند.

برخی از متفکران غربی مانند روسو و دیگران این حق را از افراد خاص وصیقه می‌گیرند و به فرد عام و اکثریت مردم از هر طبقه‌ای که باشند می‌دهند و می‌گویند حق حاکمیت و حکومت از آن فرد مردم است. آنها به قانونی مشروعیت می‌دهند که بر خواست عامه مردم مبتنی باشد و آن حکومتی را بر حق می‌دانند که از رأی اکثریت مردم ریشه گرفته باشد.

از دیدگاه اسلام و نظام اسلامی خلق حکومت و حاکمیت، تنها از آن خداست، زیرا انسان باید از کسی اطاعت کند که خالق او بوده و هستی خود را از او دریافت کرده است. و چون افراد عادی نه به انسان هستی بخشیده و نه در بقاء و ادامه هستی او موثر اند. بنابراین، پیروی از رأی هیچ کس برای دیگران لازم نیست. و تنها خداست که تمام شئون نفس انسان از او سرچشمه گرفته و مالک حقیقی و (ولی) واقعی است. پس پیروی از دستور غیر خدا وندم‌شروط به این است که از طرف ذات اقدس تعیین شده باشد (کریمی، ۱۳۷۳، ص ۷۶).



بند چهارم: حاکم کیست ؟

در قرآن کریم، خدای تعالی به رسول الله فرمود: لِيَتَحَكَّمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (سوره النساء آیه ۱۰۵) (تو مبعوث شده ای که به عنوان حاکم در بین مردم حکومت کنی، اما نه بر میل و اراده و فکر خود ؛ نه به آنچه می بینی ؛ بلکه به آنچه از وحی می یابی ؛ آنچه را که خدای تعالی به وسیله وحی به تو نشان داد، بر اساس همان حکومت کن و بس. چون جهان را الله آفرید، همان آفریننده باید جهان را پروراند که او، (رب العالمین) است و تنها خداست که ولی و حاکم بر انسان هاست و آنها را می پروراند و از راه وحی، مدبّر و مربی انسان است .

خدای سبحان برای اینکه جامعه بشری را جز به دست وحی نسپارد، رسول الله را در سه مرحله، معصوم و صون از خطا و لغزش قرار داد و او را به مردم معرفی نمود و آنگاه فرمود : تو وحی را بیاب و از راه وحی بر مردم حکومت کن ؛ یعنی بگذار وحی حکومت کند (مجلسی، ۱۳۶۳، ح ۱۹، ص ۱۴۷).

بنابراین برای آنکه وحی خداوند بر انسان ها و جامعه بشری حکومت کند؛ لازم است در صورت امکان ؛ انسان کاملی می خواهد که هرگز قلبش نخوابد و هرگز حال گناه در جانش رخنه نکند و ایمن انسان کامل ؛ جزمعصوم نیست.

در حکومت وحی ، رسول خدا نه تنها امتیازی بر دیگران ندارد؛ بلکه دارای وظایف برتری است که این دشواری وظیفه رسول اکرم (ص)؛ به خود نشان دهنده حاکمیت وحی است نه حاکمیت شخص، اگر خدای بیجان، در احکام عبادی ، بر مردم واجب کرده است که پنج نماز بخوانند: «أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا» (سوره الاسراء ، آیه ۷۸) به رسولش می فرماید تو شش نماز بخوان ؛ بر تو سحر خیزی و شب زنده داری نیز واجب است، ضمن سوره الاسراء. «وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ عَسَى أَنْ يَبْعَثَكَ رَبُّكَ مَقَامًا مَّحْمُودًا» . تو شب زنده دار باش و مناجات شبانه را فراموش نکن تا پروردگارت تو را به مقام محمّد برساند.

همچنین در بعد سیاسی نیز که بر مردم واجب نموده است با طاغوت یاری نکرد و هیچ فردی به ندای تو پاسخ نداد ، تو به تنهایی موظف به قیام هستی:

فَقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا تُكَلَّفُ إِلَّا نَفْسُكَ وَ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَكْفِ بِأَسِ الدِّينَ كَفَرُوا وَاللَّهُ أَشَدُّ بِأَسًا وَأَشَدُّ تَنكِيلًا (سوره النساء آیه ۸۴).



در راه خدا پیکار کن! تنها مسئول وظیفه خود هستی! و مؤمنان را بر این کار، (تشویق نما! امید است خداوند از قدرت کافران جلوگیری کند) حتی اگر تنها خودت به میدان بروی!) و خداوند قدرتش بیشتر، و مجازاتش دردناک تر است (جوادی آملی، ۱۳۸۵، صص ۹۴، ۹۶).

بخش دوم: حکومت و ولایت فقیه در اندیشه فقها و حکمای معاصر

برای این که ادعاهای خویش را مستند کرده باشیم، به عنوان نمونه در اینجا به دیدگاه چند تن از فقها و حکمای بزرگ معاصر درباره ((حکومت و ولایت فقیه)) به اختصار اشاره می کنیم.

بند اول: حکومت و ولایت فقیه در اندیشه آیه ا. میرزای نائینی

از شخصیت های بارزی که در نهضت مشروطه توانسته است تصویر روشنی از نظام حکومتی ولایت فقیه در محدوده نظام حکومتی مشروطه (به تناسب نیاز آن روز) ارائه دهد، فقیه عالی مقام و علامه زمان میرزای نائینی بود. او با نوشتن رساله ((تنبيه الامة و تنزيه الامة)) در تحریر و تبیین مشروطیت و حکومت اسلامی، کتاب جامعی در اصول سیاست اسلامی و آیین کشورداری از خود به یادگار گذاشت. نائینی این کتاب را که تا آن زمان در نوع خود بی نظیر بود در پاسخ گروه ((مشروطه)) خواهان دین ستیز نوشته، و در آن درباره ریشه نهضت مشروطیت و مبارزه با استبداد در تاریخ اسلام شرح کافی ارائه کرده است. او در این کتاب به خوبی توانسته، سیمای روشنی از نوع حکومتی را که عالمان دینی در صدر مشروطه در پی عدالت طلبی و اسلام خواهی خود داشتند، به جامعه مسلمانان آن روز عرضه کند، و آنان را از ابهام و سردرگمی در آورد. نائینی در این کتاب، بهترین وسیله برای رسیدن به حکومت عادلانه و حافظ منافع ملت را این دانست که شخص والی و حاکم، باید صاحب ((عصمت نفسانی)) باشد تا فقط اراده خداوندی بر وی حکومت کند.

بند دوم: حکومت و ولایت فقیه در اندیشه علامه طباطبایی

علامه طباطبایی نیز در آثار علمی خود به ویژه در تفسیر گرانسنگ المیزان حکومت و ولایت فقیه در عصر غیبت را از راههای گوناگون به ویژه از راه فطرت و عقل به اثبات رسانده است. ایشان در یکی از آثار علمی اش طی مقاله نسبتاً طولانی تحت عنوان «ولایت و رهبری» از راه فطرت و عقل به اثبات ضرورت وجود حاکم در جامعه اسلامی پرداخته است. در اینجا فرازهایی از گفتار ایشان در آن مقاله را می آوریم:





مسأله ولایت، مسأله ای است که هیچ اجتماعی در هیچ شرایطی نمی تواند از آن بی نیاز باشد و هر انسانی با ذهن عادی خود نیازمندی جامعه را هر چه کوچک هم باشد به وجود ولایت و رهبری درک می کند، و از این روی حکم ولایت یک حکم ثابت و غیر قابل انکار فطری است...

اسلام نیز که پایه و اساس خود را روی فطرت گذاشته، نهاد خدادای انسان را مرجع کلیات احکام خود قرار داده است. اولیات احکام فطرت را هر گز الغا نکرده، در اعتبار مسأله ولایت که مورد نیاز بودن آن را هر کودک خردسالی نیز می فهمد مسامحه روا نخواهد داشت... در نتیجه عقیده ای که اختصاص به شیعه دارد، این نمی شود که در صورت غیبت امام، مانند عصری که ما در آن زندگی می کنیم، جامعه اسلامی بی سرپرست مانده، مانند گله بی شبان متفرق شده، با سرگردانی بسر برند، زیرا ما دلایلی به ثبوت اصل مقام رهبریت داشتیم و دلایلی به انتصاب اشخاصی برای این مقام، و البته شخص غیر از مقام رهبریت نداشتیم و دلایلی به انتصاب اشخاص برای این مقام البته شخص غیر از مقام است و در نتیجه نبودن یا از میان رفتن شخص مقام از بین نمی رود، و چگونه متصور است که روزی این مقام به علل و عواملی الغا شود و از بین برود و حال آنکه این مقام از راه پایه گذاری فطری اسلامی به ثبوت رسیده است و الغای فطرت است و الغای فطرت، الغای اصل اسلام (طباطبایی، ۱۳۷۶، صص ۷۳، ۷۶).

بند سوم: بحث و بررسی تفصیلی در مورد شرایط و ویژگی های حاکم اسلامی

در بحثهای گذشته ضرورت تشکیل حکومت اسلامی در عصر غیبت و نیز در زمان قبل از آن به منظور اجرای احکام اسلام و تحقق اهداف پیامبران الهی، بیان شد. اکنون به بحث و بررسی شرایط و ویژگی های حاکم اسلامی و ولی امر مسلمین، می پردازیم. روشن است که از نظر اسلام هر فردی نمیتواند زمام امور مسلمانان را به دست گیرد و بر آنان حکومت کند، بلکه باید لایقترین فرد جامعه و دارای شرایط لازم بوده، شایستگی این مقام و مسولیت خطیر را داشته باشد. البته بعضی از شرایط بگونه ای است که در تمام حکومت ها، چه مذهبی و چه غیر مذهبی، در نظر گرفته می شود، از قبیل عقل، قدرت و امانت،

الف - توحید و شرک

توحید زیر بنای اندیشه ی اسلامی است، اقتضا می کند که واضع قانون، تنها خدای متعال باشد، بدین بیان که: می دانیم یکی از شئون توحید «ربوبیت تشریعی الهی است»؛ یعنی شخص موحد، همانطور که باید معتقد باشد که آفریننده ای غیر از خدا نیست، باید معتقد باشد که گراننده عالم هم، الله تبارک

و تعالی است و ربوبیت تکوینی جهان از آن خداست ، علاوه بر این ها باید اعتقاد داشته باشد که در ربوبیت تشریعی هم مخصوص اوست، یعنی فقط باید از خدای متعال اطاعت کرده، اطاعتی بی چون و چرا .

درباره اهل کتاب خداوند می فرماید یهود و نصاری دانشمندان و راهبان خود را به عنوان ((رب)) اتخاذ کرده و شریک خدا قراردادده بودند و همانطوری که در روایات تفسیر شده، اطاعت بی چون و چرای آن ها را ، مثل اطاعت خدا واجب می دانستند و هرچه آنان می گفتند: مانند قانون خدا ، برایشان محترم بود .

امام باقر (ع) در ذیل این آیه فرموده است :

«وَاللّٰهُ مَا صَلَّوْا لَهُمْ وَلَا صَا مُوْا وَلٰكِنْ اطَاعُوْهُمْ فِيْ مَّصِيْبَةِ اللّٰهِ»

یعنی اینکه احبار را به عنوان «رب» گرفتند منظور این نیست که برای آنان روزه گرفتند یا نماز خواندند. بلکه دستورهای خلاف حکم خدا را از آنان اطاعت کردند . به هر حال ، ربوبیت تشریعی معنایش این است که : انسان در برابر خدا تسلیم بوده و حق امر و نهی را برای او قائل باشد . و خداوند را تنها کسی بداند که باید تمام دستورهایش را پذیرفت ؛ یا کسی را که از طرف خدا برای امر و نهی تعیین شده باشد و یا افرادی که دستورهای آنان به اذن و اجازه او منتهی شود، و گرنه کسی به طور مستقل، حق امر و نهی به بندگان خدا را ندارد .

این بینش توحیدی هم اقتضا می کند که حق قانونگذاری در اصل ، مخصوص خدا باشد و اگر دیگری هم قانونی وضع معتبر شود باید مستند به قانون الله و به اذن تشریعی او باشد . صفاتی را که برای قانونگذاری برشمردیم ، درواقع دلائلی است که در این خصوص اقامه کردیم .

البته دلائل دیگری هم هست ، ولی عمده همین هاست: یکی عالمیت مطلق الهی که دارای علم نامتناهی است. دوم: اینکه خدا نفع و ضرری در رفتار مردم ندارد و برای قانون تحت تأثیر تمایلات فردی و گروهی واقع نمی شود بلکه آنچه مقتضای حق و عدالت است وضع می کند.

و سوم اینکه: اصولاً حق موادیت و قانونگذاری و امر و نهی برای خداست ، چون او رب است ، پس ربوبیت تکوینی و تشریعی هم مخصوص اوست. «مصباح، ۱۳۷۵، صص ۳۹، ۳۷»

ب، حاکم اسلامی و ضرورت عصمت

برهان عقلی می گوید تنها کسی که بالاماله حق ولایت و سرپرستی انسان و جامعه بشری را دارد، خالق انسان و جهان است و از میان انسان ها، آن کسی می تواند جانشین خدا باشد و از سوی او بر مردم





حکومت کند که در مقام علم و عمل عصمت داشته باشد، یعنی هیچ خطا و لغزشی از او در علم و عملش رخ ندهد و در این صورت؛ علم و عملش مطابق و تابع علم و عمل خداوند خواهد بود.

خدای سبحان در قرآن کریم، ولایت بالا ماله و با لذات را منحصر در خود می سازد و می فرماید: «فَاللَّهُ هُوَ الْوَلِيُّ» (سوره الشوری آیه ۹) تنها ولی بالذات، الله است؛ البته در آیات دیگر ولایت را به جانشینان راستین خود نتیجه می دهد، زیرا آنان معصوم بوده، آنچه را که می فهمند و انجام میدهند، همگی مستند به خدای سبحان است و در نتیجه؛ حاکمیت آنان؛ حاکمیت الهی است. این استدلال عقلی بر ضرورت عصمت والیان امور مسلمین را آیات قرآنی به صراحت تأیید می نماید. در سوره ((النساء آیه ۵۹ می فرماید؛

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا.

ای کسانی که ایمان آورده اید! اطاعت کنید خدا را! و اطاعت کنید پیامبر خدا و اولو الامر [اوصیای پیامبر] را! و هر گاه در چیزی نزاع داشتید، آن را به خدا و پیامبر بازگردانید (و از آنها داوری بطلبید اگر به خدا و روز رستاخیز ایمان دارید! این (کار) برای شما بهتر، و عاقبت و پایانش نیکوتر است.

این آیه کریمه دارای سه بخش است: در بخش اول که فرمود: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ، سخن از اطاعت سه مطاع (اطاعت شونده) است؛ خداوند تبارک و تعالی، رسول اکرم، و اولی الامر. در بخش دوم آیه می فرماید: فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ سخن از مرجعیت دو مرجع یعنی خدا و رسولش به میان آمده و در بخش سوم آیه که فرموده: إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ تنها سخن از خداوند و ایمان به اوست و این سیر آیه نشان می دهد که ثلث (سه گانگی) بخش اول؛ و تشبیه دو گانگی، بخش دوم، در حقیقت به توحید در عبادات و اطاعت باز می گردد؛ یعنی هر اطاعتی که از رسول خدا اولی امر می شود؛ بازگشتش به اطاعت از خداوند است، زیرا علم و عمل آنان، به دلیل عصمتشان؛ به خداوند مستند است. اما آنچه در این آیه دلالت بر عصمت اولی الامر دارد، امر به اطاعت مطلق و بر قید و شرط آنان است: اگر اولی الامر است، مصون نباشد و یا احتمال اشتباه در قول و فعل او داده شود، هر چند که عدالت او محرز و معلوم باشد؛ یعنی نمی توان مطلقاً از او اطاعت کرد؛ زیرا عدالت، مانع عصیان عمدی است نه مانع سهو و نسیان. کسی که اشتباه علمی و عملی در کار او باشد، اطاعت از او مقید می شود. به مواردی که فرمان

او مطابق با خداست و فرمان الهی باشد؛ چراکه بر اساس دلیل عقلی و بر مبنای آن روایت مثلاً که فریقین از رسول اکرم نقل کرده اند: (لا طاعته لمخلوق فی معصیه الخالق) (مجلسی، ۱۳۶۳). فرمان مخلوقی که برخلاف فرمان خالق و خداوند باشد؛ نادرست است و هیچ اعتباری ندارد پس به ناگزیر باید رفتار و گفتار چنین شخصی را با معیار و میزانی سنجید و در این صورت؛ این شخص نمی تواند مطاع و فرمانده مطلق باشد و جامعه انسانی نمیتواند در همه موارد از او اطاعت کند و حکم او تنها در مواردی اطاعت پذیر است که مطابق با معیار و میزان باشد و از اینرو نیست، زیرا الفاظ و ظواهر قرآن کریم می تواند در معرض هجوم سلیقه های اشغالی قرار گیرد و بر اساس برداشت های گوناگون، آراء و تفسیر های متفاوت داشته باشد. پس میزان در علم و عمل (قرآن ناطق) است که علاوه بر واجد بدان حقایق قرآنی ذو وجوه نیست و کردار و گفتار و سیرت و سکوت وی، به صراحت و روشنی، معیار اندیشه ها و رفتار هاست و تنها شخصی که دارای این ویژگیها می باشد، از او به معصوم تعبیر می شود و باید به نحو مطلق مورد اطاعت قرار گیرد و به همین دلیل، اطاعت مطلق از نبی اکرم (ص) و ائمه معصومین (علیهم السلام)؛ از عصمت آن ذرات مقدسه است؛ هر چند که عصمت آنان، پرتوی از عصمت بالا ماله و با لذات، حضرت حق است و به همین دلیل؛ عصمت ایشان را عصمت بالتبع و بالعرفی میگویند (جوادی آملی، ۱۳۷۸، صص ۹۷-۹۹).

پ، عقل و بلوغ

یکی از شرائط حاکم اسلامی اینست که باید بالغ باشد؛ و دیگر اینکه باید عاقل باشد. بلوغ از شرائط شرعی - نه عقلی - تکلیف است؛ اما علم و قدرت عقلاً دو شرط عامّ تکلیفند. عقلاً نمی شود حکمی به شخصی تعلّق بگیرد، مگر اینکه آن شخص، هم قادر بر ایتیان آن بوده و هم عالم به آن حکم باشد. بنابراین هر حکمی باید بر شخص قادر و عالم تعلّق بگیرد. اما بلوغ و عقل را شرع در تکلیف شرط نموده است.

برای اثبات شرطیت بلوغ و رشد - علاوه بر عقل - در ولایت فقیه گذشته از سائر أدله به دو آیه از قرآن کریم تمسّک میشود:

در مورد بلوغ می فرماید: **وَابْتَلُوا الَّتِي مَيَّ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** (سورة النساء صدر آیه ۶).

«شما یتیمان را (آنها)ی که به سن بلوغ نرسیده اند) به معرض امتحان در آورید (به آنها پول بدهید تا خرید و فروش کنند؛ و ببینید که آیا آنها مسلط بر معامله و داد و ستد هستند؟ بر مصالح و مفاسد خود





اطلاع دارند؟ تحت تأثیر افراد مغرض و سودجو و حيله‌گر قرار نمیگیرند و در معاملات متضرر نمی‌شوند؟ تا هنگامیکه به سنّ بلوغ رسیدند؛ یعنی آن استعداد مزاجی در وجودشان پدید آمد، و در طبیعت و مزاجشان جفت طلبیدند (یعنی مُحْتَلَم شدند) فَادْفَعُوا اِیْهِمْ اَمْوَالَهُمْ؛ در این صورت مالهای یتیمان را به خودشان بدهید، تا آنها از قیمومت شما بیرون بیایند و در کار خویش خود مختار بشوند. بنابراین مطلب، فقیه حاکم که اموال تمام مسلمین زیر دست اوست، حتماً باید بالغ و رشید باشد تا اینکه بتواند زمام امور مردم را در دست بگیرد و تصرف در اموال عامه کند. و اما در مورد عقل و عدم سفاقت، این آیه مبارکه است که میفرماید: وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ اَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا. (سوره النساء صدر آیه ۵)

«اموال خود را به افراد سفیه، یعنی کم عقل ندهید! اختیار مال خود را به دست سفیه نسپارید! آن مالی که خداوند قیام شما را به آن مال استوار نموده است.»

اولاً این آیه میفرماید: مال، قیام انسان است؛ اگر کسی مال نداشته باشد قیام ندارد. و اگر کسی در مملکت زراعت نداشته باشد، اقتصاد نداشته باشد، خودکفا نباشد، این شخص روی پای خودش نایستاده و ستون فقراتش شکسته شده است. پس مال و کفو اینکه امر دنیوی است، ولیکن حیات اخروی انسان به آن مربوط است. و مسلمان نباید اختیار مال خودش را بدست سفیه و شخص غیر متدین و لأبالی بدهد که او آنها را صرف در امور غیر مشروع بکند. باید ولی مال انسان، شخص مدبر و عاقل باشد، مثل ولی فقیه.

ثانیاً، آیه مبارکه می‌گوید: شما اختیار اموال خود را که قوام شما و قیام شما و هستی شما و استحکام شما به آن بستگی دارد به دست سفیه ندهید. یعنی باید به دست غیر سفیه بدهید. ولی فقیه باید عاقل بوده، و علاوه بر عقل، باید رشد هم داشته باشد؛ یعنی رشاق (حدّ نظر) هم داشته باشد. فکرش به تصرف و کیفیت تصرف در اموال به نحو احسن برسد (طهرانی، ۱۳۷۹، ص ۱۸۲، ۱۸۴).

ج، علم و فقاقت حاکم و رهبر حکومت اسلامی

شرط دیگر از شرط های حاکم اسلامی این است که وی بر اساس اجتهاد اسلام شناس و فقیه در احکام و مقررات الهی باشد. پس رهبری شخص ناآگاه به اسلام و مقررات آن و یا آگاه به آن به صورت تقلید صحیح نیست. بر این معنی علاوه بر حکم عقلی و سیره عقلا که پیش از این خوانده شد آیات و روایات (از طریق فریقین) نیز دلالت دارند که به ذکر تعدادی از آنها می‌پردازیم:

آیات مورد استناد در این شرط:

۱- أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمَّنْ لَّا يَهْدِي فَمَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ. (۱). الیونس آیه ۳۵ آیا

آن کس که راهنمای حق است سزاوارتر است که پیروی گردد ، یا آنکه راه نبرده مگر

۲- اینکه هدایتش کنند ؟ شما را چه می رسد ؟ چگونه حکم می کنید ؟

و امام بی تردید از کسانی است که واجب است مورد پیروی قرار گیرد. پس در این صورت ، عالمی که راهنمای حق است برای این منصب شریف (امامت) سزاوارت از دیگران است .

و اما در آیه شریفه ، کلمه «احق» سزاوارتر است » با آنکه با صیغه افعال التفضیل آمده ، ولی درمعنی لغوی خود استعمال نشده است . نظیر آیه شریفه : وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (الاحزاب آیه ۶) که بدین معنی است که «آنکه راه یافته ، بهتر است که پیروی گردد و آنکه راه نیافته گرچه بهتر نیست امام می شود از او پیروی کرد» بلکه می توان گفت آیه در مقام جدل است گویا برخی از مردم به حسب عادت خویش افراد ناآگاه و رشد نیافته را قابل پیروی می دانسته اند، قرآن عمل آنان را مورد انکار قرار داده و به صورت تعجب می پرسد کدامیک از اینها برای پیروی کردن سزاوارترند؟ آنکه راهنمای حق است یا آنکه راه نیافته است؟

پس آیه شریفه خواسته است برای کسی که به حق هدایت یافته مزیت بیشتری قائل شود در حدی که اطاعت از وی را الزام آور سازد و به همین خاطر است که چون مسئله یک مسئله ضروری و فطری است در آخر آیه به فطریشان ارجاع داده و آنان را از قضاوت بر خلاف فطرت ، مورد توبیخ قرار داده است .

۳۹



۳- قَالَ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَاهُ عَلَيْكُمْ وَزَادَهُ بَسْطَةً فِي الْعِلْمِ وَالْجِسْمِ هَمَانَا خَاوَنَد او (طالوت) را بر شما برگزید و او را در علم و جسم گسترش بخشید (البقره آیه ۲۴۷).

در این آیه مراد بر برگزیدن خداوند یا گزینش تشریعی است (به اینکه خداوند طالوت را رسماً و شرعاً حاکم و رهبر آنان قرار داد) یا گزینش تکوینی است (بدین معنی که خداوند در تکوین ، توان علمی و جسمی طالوت را بر تر از دیگران قرار داد و جوهره رهبری را در وجودش به ودیعه نهاد به گونه ای که بطور طبیعی ، توان رهبری دیگران را داراست) که جملات بعدی (گسترش علم و جسم) بیان علت برگزیدن وی باشد . در هر صورت طبق هر دو معنی (که هر دو بر یکدیگر منطبق است) از آیه استفاده می گردد که علم و آگاهی از شرایط رهبری و حکومت است .



۴- قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولَئِكَ لِيَأْتِيَهُمْ آيَاتُ اللَّهِ (الزمر آیه ۹) بگو آیا آنان آگاهی دارند با آنان که نا آگاهند برابرنده؟ بدون شک تنها افراد خردمند متذکر و متوجه می شوند.

از این آیه نیز استفاده می گردد که افراد آگاه بر افراد نا آگاه مقدمند و ترجیح شخص مفضل یعنی جاهل، بر فاضل یعنی عالم جز از سوی افرادی که از خرد بهره ای نبردند متصور نیست. روایات مورد استناد در این شرط:

منتظری به نقل از کلینی از امام رضا (ع) چنین روایت می کند:

« و امام عالمی است که بر او چیزی پوشیده نیست و نگهداری است که از مسئولیت خود احساس خستگی نمی کند ... آگاهی اش فزاینده، بردباریش کامل، توانا به امامت و آگاه به سیاست است، اطاعتش واجب، به امر خدا قائم، خیر خواه بندگان خدا و نگهدار دین خداست». (۱۵). و الامام عالم لا یجهل و راع لا ینکل، نامی العلم، کامل الحلم، مضطلع بالامامه، عالم بالسیاسه، مفروض الطاعه، قائم بامر الله ف ناصح لعباد الله، حافظ لدین الله (کلینی، ۱۳۸۳، کتاب الحجّه، باب نادر جامع فضیل الامام، حدیث ۱، ص ۲۰۲).

در متن روایت کلمه ((لاینکل)) آمده، یعنی در انجام مسئولیت احساس ترس و ضعف نمیکند، و کلمه ((مضطلع بالامامه)) از ماده ((ضلاعه)) به معنی قوت و توان استف یعنی توان امامت و اداره جامعه را دارد. در این روایت گرچه مراد بیان حقیقت دوازده امام (ع) برای خلافت، از آن جهت که دارای این ویژگی های نیک هستند، می باشد، اما چون ملاک امامت دارا بودن این صفات است پس به تناسب حکم و موضوع هر کس بخواهد رهبری امت اسلامی را به عهده بگیرد لازم است که واجد این ویژگی ها باشد، منتهی با وجود و ظهور ائمه معصومین (ع) این حق از جانب خداوند تبارک و تعالی برای آنان ثابت و حتمی است و طبق مذهب ما، دیگران را نمی رسد که این جامه را از روی غصب و به ناروا بر تن کنند (منتظری، ۱۳۶۹، صص ۵۵، ۶۳).

البته همانگونه که در جای خود گفته شده روشن است که کفر دارای مراتبی است، کفر گاهی در برابر اسلام است و گاهی در برابر ایمان، در برخی موارد به افراد گناهکار هم کافر گفته می شود (نظیر ((لایزن الزانی و هو مومن، زناکار در حال ایمان زنا نمی کند)).

امینی در الغدير از تمهید باقلانی مضمون ذیل را نقل می کند و ظاهراً این است که روایتی است از پیامبر ((کسی که خودش را بر دسته ای از مسلمانان مقدم بدارد و بداند که در بین آنان کسی که برتر

از او باشد وجود دارد، بدون شک به خدا و پیامبرش و مسلمانان خیانت کرده است» (امینی، ۱۳۲۴ هـ.ش، ص ۲۹۱). به نظر بنده قانونگذار باید از خود خواهی و گروه گرایی دور بوده و قانون را به گونه ای وضع نماید که مطابق حق و عدالت باشد، توضیح این که: تنها عالم به مصالح و مفاسد بودن، برای دفع قانون کافی نیست، ممکن است کسی مصالح قانونی را هم خوب بداند ولی گرایش های شخصی؛ خانوادگی یا گروهی نگذارد قانون را آنطوری که تشخیص می دهد وضع کند؛ چنین فردی، چیزی را به عنوان قانون عرضه می کند که منافع خود یا گروهش را بیشتر تأمین نماید. پس علاوه بر آگاهی از مصالح و مفاسد باید کسی باشد که خود خواهی و گروه گرایی اش باعث پایمال شدن حق و عدالت نشود. معیارهای ذکر شده، روشن می سازد که انسان های عادی چنین مصونیتی را ندارند، یعنی گروهی خواه ناخواه تحت تأثیر تمایلات است و اطمینان به اینکه کاملاً از پیروی هوی و هوس، مصون باشد، بسیار بعید و شاید محال باشد، اما خدای متعال هم به مصالح و مفاسد، احاطه کامل دارد، و هم در هیچ کاری نفع و ضرری متوجه او نیست.

چ، مرد بودن ذکوریت

شرط دیگر در رهبر و حاکم اسلامی مرد بودن است، البته در فقه ما (شیعه امامیه) بابتی به این عنوان گشوده نشده، اما در باب قضاوت در ارتباط با صفات قاضی این مبحث بطور گسترده مطرح گردیده و حتی در آنجا ادعای اجماع بر ضرورت مرد بودن قاضی شده است. مرحوم صاحب جواهر می فرماید: ((در هیچ یک از شرایط مورد اختلافی نیافته ام. آنگاه صاحب مسالک را نقل می کند که می فرماید: در نزد ما (امامیه) این شرایط مورد وفاق و اتفاق است. و سپس هنگام توضیح شرایط در ارتباط با شرط مرد بودن می فرماید: و اما مرد بودن شرط است بدان جهت که ادعای اجماع بر آن شده است. (محقق حلی، ۱۲۲۸ ه.ش، ج ۴۰، ص ۱۲)

دو نکته قابل توجه: پیش از پرداختن به آیات و روایات بحث، به دو نکته اساسی باید توجه کرد که در تبیین ضرورت این شرط بسیار مفید خواهد بود. بیان نکته اول متوقف بر چند مقدمه است که یاد آور می شویم:

مقدمه اول: تفاوت زن و مرد در نظام خلقت: بدون تردیدی زن و مرد از جهت ویژگیهای طبیعی و خصوصیات روحی و جسمی تفاوت هایی با یکدیگر دارند اما این تفاوتها الزاماً به معنی ناقص بودن یکی از آنها نیست، بلکه بدین معناست که خداوند حکیم برای استواری نظام خلقت و تحکیم روابط





اجتماعی و نظام خانواده تفاوت هایی را در خلقت زن و مرد قرار داده تا هریک مسئولیت های متناسب خود را به عهده بگیرند .

چرا که نظام خانواده هم به تدبیر نیازمند است و هم به عواطف ، تفاوت بین زن و مرد نظیر تفاوت بین اعضای بدن از قبیل چشم و گوش و دست و پا و سایر اعضاست که در عین متفاوت بودن مجموعه ای از یک پیکر هستند و هریک متناسب با ساختمان خود، کار خویش را به گونه ای شایسته انجام می دهند . از باب مثال ، چشم از سایر اعضای بدن لطیف تر و ظریف تر است ، اما هیچ گاه این حساسیت و لطافت دلیل ضعف و یا نقص او نیست بلکه اساساً انسان جز با تمام اعضای بدن ، با خواص و ویژگیها و کارایی های متفاوت ، انسان کامل نیست . تفاوت بین زن و مرد نیز به گونه ای تقدیر گردیده که هریک برای انجام وظایف و مسئولیت های خود آماده باشند و یکدیگر را هرچه بیشتر جذب کرده و از زندگی در کنار هم لذت ببرند و حاضر به ایثار و فداکاری برای یکدیگر و فرزندان خود و جامعه گردند، و مسلم است که اگر خداوند سبحان زن و مردی را از جهت جسم و غرایز و خصوصیات روحی همسان و همانند هم خلق می نمود ، هریک خود را موجودی مستقل و بی نیاز از دیگری احساس می کرد و از همان ابتدا اساس خانواده که اساس جامعه است تشکیل نمی گردید .

موارد تفاوت بین زن و مرد بسیار زیاد است که در اینجا به نمونه هایی از آن اشاره می کنیم :

زن ، مظهر مهربانی و عاطفه است و مرد، مظهر عقل و تدبیر ، و نظام خانواده به هر دو نیازمند است ، زن غالباً در جسم و روح و صدا ظریف است، و مرد خشن . زن مانند شاخه ظریف گل است و مرد همانند درخت یابانی . زن غالباً به آرامش و سکون و دوری از کار و سرو صدا متمایل است و مرد به انجام کارهای سخت و پرتحرک و رزم . در مرد ، غوغاگری و شدت غلبه دارد و در زن دقت قلب و انفعال . در مرد ، بی باکی بیشتر است و در زن ترس . زن رودتر بالغ می شود و زودتر قدرت تولید مثل را از دست می دهد، و مرد دیرتر ، زن به زیور و زینت و نوگرایی تمایل دارد به خلاف مردو زن از مرد انتظار حماسه و شجاعت و قدرت دارد و مرد از زن انتظار زیبایی و کمال . زن به فن ادب متمایل تر است و مرد به علوم استدلالی و تفکر . در زن جوشش بیشتر است و در مرد صبر و کتمان سختیها . زن به تربیت فرزند و نظافت و اداره منزل علاقه مند است و مرد به تلاش و کار در خارج منزل . مرد در فکر تسخیر جهان است و زن در صدد تسخیر مرد . مرد سعادت خود را در مال و مقام و شهرت می یابد و زن در جلب توجه مرد به خویش روحیه های زن و مرد در بعضی موارد آن گونه متفاوت است که گاهی یک صفت در یکی از آنها باعث کمال فضیلت است و در دیگری زشت و ناپسند .

از امیر المومنین روایت شده که فرمود «بهترین خصائل زنان بدترین خصائل مردان است: خصلت هایی چون غرور و ترس و بخل. اگر زن دارای غرور باشد خود را در اختیار غیر شوهر خویش قرار نمیدهد، و اگر بخیل باشد اموال خود و شوهرش را نگهداری می کند، و اگر ترسو باشد از هر حادثه ای که متوجه او می شود می گریزد». علاوه بر اختلاف زن و مرد در روحیه و خصال نفسانی، دانشمندان اختلاف این دو را در خلقت اعضاء و جوارح آنها مانند حجم مغز و سر، وزن، طول و عرض قد، قلب، خون، سستی و شدت استخوان و عضلات و اعصاب و سایر حواس پنجگانه آنها نیز تشریح نموده اند که باید به کتب مربوط مراجعه شود. برادر شهیدمان مرحوم استاد مطهری، طاب ثراه، در کتاب نظام حقوق زن در اسلام این مباحث را به صورت نسبتاً کافی درج نموده و از قول خانم روانشناسی به نام خانم «کلیودالسن» نقل می کند که می گوید:

زنها به حسب فطرت علاقه مندند که تحت نظر شخص دیگری کار کنند و نیز زنها می خواهند احساس کنند که وجودشان مؤثر و مورد نیاز دیگران است و دیگران به آنها نیازمندند.

به عقیده من این دو خصلت روحی درزن از واقعیت وجودی آنان سرچشمه می گیرد که خانم ها تابع احساسات و مردان تابع عقل هستند. چه بسا دیده شده است که خانم ها از لحاظ هوش نه فقط نسبت به مردن برابری می کنند بلکه گاهی در این زمینه از آنها برتر هستند ولی نقطه ضعف خانمها فقط احساسات شدید آنهاست که بر ادراک آنان غلبه می کند. مردان همیشه عملی تر فکر می کنند، بهتر قضاوت می کنند، سازمان دهنده بهتری هستند و بهتر هدایت می کنند. (پس خانم ها بخواهند با این واقعیت مبارزه کنند بی فایده خواهد بود) خانم ها به علت اینکه حساس تر از آقایان هستند باید این حقیقت را قبول کنند که به نظارت آقایان در زندگیشان احتیاج دارند....).

بند پنجم: حکومت مسئولیتی سنگین و امانتی الهی:

حکومت با تمام شعبه های آن که از جمله قضاوت است علیرغم آنچه بعضی به آن به عنوان مقام و منصب دلربا می نگرند واز نظر اسلام و اولیای آن امانتی است الهی که مسئولیت های بسیار خطر و سنگینی را به دنبال دارد و به هر اندازه دامنه آن وسیع تر باشد مسئولیت آن بیشتر و سنگین تر است، چنانکه امیر المومنین (ع) در نامه خود به اشعث بن قیس که استاندار آن حضرت در آذربایجان بود نوشت: «همانا حکمرانی تو برای تو طعمه نیست بلکه امانتی است بر گردنت» (نهج البلاغه نامه ۵). پس با این دید عقل اقتضا دارد که این بار مسئولیت بر عهده کسی قرار داده شود که قدرت به دوش کشیدن و انجام وظایف آن را داشته باشد، در غیر این صورت هم بر وی و هم بر کسانی که زیر نظر وی هستند ظلم شده است. در حدیثی وارد شده است: «کسی که فردی را در میان جمعی به کار





بگمارد و بداند در میان آنان کسی که بیشتر از وی مورد پسند خداوند است وجود دارد به خدا و پیامبرش و مومنان خیانت کرده است» کنز العمال، ج ۶ کتاب الاماره باب ۱ حدیث ۱۴۶۸۶ (منتظری، ۱۳۶۹، ص ۱۰۰، ۱۰۶).

بخش سوم: شرایط متصدیان امور حکومتی

بطور کلی ما می‌توانیم هر کسی که متصدی یک مقام و منصب دولتی و حکومتی به معنای عامش سه شرط کلی را ضروری بدانیم:

۱- شناخت قانون

کسی که می‌خواهد قانونی را امر کند خواه آن قانون، مربوط به امنیت داخلی باشد و خواه مربوط به دفاع روابط بین‌المللی و یا چیزهای دیگر، باید شناخت کافی از آن قانون و از اصول و ارزشهایی که قانون بر آن استوار است، داشته باشد. چون گفتیم وظیفه دولت عبارت است از ((اجرای قانون)) کسی می‌خواهد قانون را اجرا کند. یعنی مصالح و مفاسدی که قانونگذاران برای جامعه لازم دانسته‌اند و آن‌ها در قالب قانون‌هایی گنجانده‌اند آن‌ها را باید تأمین کند باید به آن قانون‌ها لاقلاً در حدی که برای کارش ضرورت دارد. بیش از دیگران آگاه باشد. البته متصدیان قانون در هر بخشی، به آنچه که مربوط به کار خودشان است در همه متصدیان حکومت باید باشد و الاً ممکن است کسانی دلسور جامعه بوده بخواهند خدمت کنند اما در اثر آگاهی، برخلاف قانون و برخلاف مصالح جامعه قدم بردارند و در واقع دوستان نا آگاهی برای جامعه باشند. پس آگاهی از قانون و اصول آن یکی از شرایط کلی برای همه کارگزاران حکومت است. البته این، مراتب مختلفی دارد. کسی که در رأس حرم قدرت است باید آگاهی بیشتری داشته باشد. کسانی که در مرتبه متوسط هستند به همان نیست و کسانی که در مرتبه پایین هستند یعنی کارگزاران جزء، نیز مسئولیت‌ها و وظایف مربوط به کار خویش را باید بدانند ولی کلمه جامع نسبت به همه این‌ها «آگاهی از قانون» است.

۲، تقوا

تقوا: یک شرایط در فرهنگ اسلامی است و در فرهنگ عمومی آن را وظیفه‌شناسی می‌گویند. کسی که متصدی امور در جامعه می‌شود. و مصالح مردم را، عهده‌دار می‌گردد باید در اندیشه تأمین مصالح آنان باشد، نه اینکه با رسیدن به قدرت؛ در فکر برآوردن منافع شخصی خود برآید. و نیز صلاحیت اجرای قانون را ندارد چرا که قانون را در جهت عکس و مطابق میل خود تفسیر، تاویل و یا

نسخ می کند و گاهی صریحاً مخالفت می نماید. پس شرط دوم برای متصدی امور حکومتی از صلاحیت اخلاقی یا به لسان قرآن و طبق فرهنگ اسلامی و تقوا است.

۳، کاردانی

هرکسی کاری را عهده دار می شود باید صلاحیت انجام آن کار داشته باشد، چون صرف آگاهی از قانون و داشتن تقوای شخصی برای به انجام رسیدن درست کارها کافی نیست بلکه تجربه و کاردانی هم کافی است تا به کمک آن به گره گشائی از مشکلات کوچک و بزرگی پرداخت که همه روزه پیش پای مسئولین، سبز میشود. البته این بدان معنا نیست که نقش اصلی در انجام کارها به عهده شرط سوم است بلکه در داستان پر رمز و راز «تعهد تخصصی» حرف ما این است که علم و ایمان و تجربه در یک رابطه تنگاتنگ یکدیگر را مدد می رسانند و بی هریک از آن ها، گوشه ای از کار زمین می ماند و آنچه که مطلوب است، داشتن این ۳ شرط با هم است.

هر یک از این شرائط حد ایده آلی می توان فرض کرد؛ این است که انسان در معلومات، تقوا و صلاحیت اخلاقی، آگاه به موضوعات خارجی و شرائط عمل، در حد بسیاربالائی باشد، چنین کسی همان است که ما آن را معصوم می دانیم.

اگر می توانستیم همه متصدیان را از معصومین انتخاب کنیم، آن حکومت یک حکومت ایده آل بود؛ در آنجا نه هیچ اشتباهی رخ می داد و نه هیچ اعمال غرضی می شد ولی می دانیم که معصومین چند نفری بیش نیستند. آنچه بین فرق اسلامی، مورد اتفاق است شخص رسول اکرم است. مایشیعیان غیر از پیامبر اکرم (ص)، فاطمه زهرا (س) دوازده امام (ع) را هم معصوم می دانیم، ولی به هرحال از یک طرف آن بزرگوار تعداد شان کم است. و از طرف دیگر خواه و ناخواه پیامبر اکرم (ص) در رأس حکومت باشد، خواه امام معصوم (ع) همه کشوری حضور دارند، در همه جا که نیست، امام معصوم در یک جا حضور دارد همه جا که خودش متصدی کارهای حکومتی نمی شود. پس ناچار متصدیان حکومت باید شرائط و ویژگی های حاکم را در حد مطلوب برای کارها داشته باشند و از دانایان به قانون و مکتب، کسی انتخاب می شود که اعلم باشد و در بین آن کسانی که آگاه به مسائل اجتماعی هستند افرادی که آگاهی بیشتری دارند انتخاب می شوند، و همچنین در بین کسانی که تجربیات فنی و مهارتهایی دارند باز آلهایی که صلاحیت و تجربه بیشتری دارند واز عهده کار بهتر بر می آیند انتخابی گردند، به شرط اینکه همه آنها دارای تقوا و خداترسی باشند و منافع خود را بر منافع به جامعه مقدم ندارند





بند اول: دلایل قرآنی بر این شرایط

در قرآن کریم، از تعدادی حکومت های حق که بوسیله انبیاء و اولیاء خدا، تحقق پیدا کرده، نام برده شده است. و در ضمن داستان آنان، به شرائط حاکم و وظائف و اشاراتی شده است. زمانی که حضرت یوسف در مصر بوده پدرش و مادرش هنوز اطلاعاتی از حیات او نداشتند. عزیز مصر خوابی دید که، گاو لاغر هستند و ۷ گاو چاق، نیز ۷ خوشه سبز ۷ خوشه خشکیده، و حشت زده از خواب بیدار شد و تعبیر کنندگان خواب را جمع کرد. آن ها گفتند: این خواب ها تعبیر ندارد بدون واقعیت است تا اینکه یکی یکی گفت: من کسی را در زندان به نام یوسف سراغ دارم که در تعبیر خواب استاد است. رفتند او را از زندان آوردند و تعبیر خواب را از او خواستند. حضرت یوسف خواب را تعبیر نمودند و راهکارهایی را برای رفع مشکلات خشکسالی ارائه دادند این دستور ها را دادند و به عزیز مصر گفتند که: مرا مسئول این کار قرار دهید که طوری اداره کنم که بعداً مشکلی پی ش نیاید و استدلال کرد ((اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ)) من که این پیشنهاد را می کنم براین است که از یک طرف منافع شما را حفظ کنیم و از سوی دیگر به چگونگی انجام کار، آگاه هستم. از اینجا دو شرط اساسی بدست می آوریم که یکی از آن ها، قابل تحلیل به دو شرط است که بر کشش به شرائطی همچون شناخت قانون، کاردانی و تقوا است، پس در این داستان می بینیم که برای پذیرش پست ها به عنصر ((آگاهی)) کلیه شده است، تا بدانند چه کار باید جامعه را بدست او می سپارند به آن خیانت نکند. پس هم علم لازم است، هم مهارت و آگاهی از کیفیت اجرا هم امانت و درستکاری.

در داستان دیگری در قرآن کریم، راجع به قضاوت حضرت داوود و سلیمان آمده است. خدای متعال مقام خلافت را به ایشان واگذار کرده است. و از فروع دین مقام این است که ایشان میان مردم قضاوت می کرد و قضاوتش نافذ بود. يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ

(ای داوود ما تو را در زمین جانشین خود ساختیم، چس میان مردم به حق حکومت و داوری کن و از هوی نفس پیروی مکن که تو را از راه خدا منحرف سازد) (مصباح یزدی، ۱۳۷۵، صص ۱۳۴، ۱۳۸).

بند دوم: شرائط و صفات امام و ولی امر

۱- اجتماع:

یعنی بتواند مسائل و احکام اسلامی را از منابع آن که کتاب و سنت است با بکار بردن معیارها و روشهای تخصصی کتاب و سنت است با بکار بردن معیارها و روشهای تخصصی استنباط نماید و در شناخت اسلام پیرو و مقلد دیگران نباشد و به تعبیر دیگر مجتهد و فقیه و صاحب رأی و نظر در مسائل اسلامی باشد.

لزوم این شرایط با توجه به نوع حکومت که حکومت قانون است و قانون هم آسمانی و متکی به وحی الهی است و طریق خاصی برای استنباط و بدست آوردن آن وجود دارد روشن است، خلاصه اینکه فردی که در رأس حکومت اسلامی قرار می گیرد باید عالم به موازین و قوانین اسلامی بطور کامل باشد تا با تخصصی که در این زمینه دارد قوانین الهی را در اختیار جریان و قوای حاکمه بر مملکت قرار داده و رای او در شناخت قوانین اسلامی در مسائل اجتماعی برای قوا و ارگانها معیار باشد.

این مطلب را از آیه و روایات زیر می توان استفاده نمود:

أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمَّنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يُهْدَىٰ فَمَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ (اليونس آیه ۳۵)
ترجمه: آیا کسی که بحق هدایت می کند سزاوار است پیروی شود. یا کسیکه خود نیازمن بهدیت دارد و باید هدایت شود پس چگونه حکم می کنید.)

در این آیه قرآن وجدان مردم را مخاطب قرار داده و حکومت در این مسئله را به خود آنها واگذار نموده است. و معلوم است که هر انسان با وجدان و با شعوری قضاوتش این خواهد بود. که پیروی از آنهایی صحیح است که بتوانند هادی و راهمای بسوی حق باشند یعنی حق را تشخیص داده و شناخت کاملی از آن دارند و مردم را بسوی آن دعوت می کنند و جامعه را در مسیر حق قرار می دهند. و کسیکه خود نیاز به هدایت و شناخت حق دارد و باید او را دیگری هدایت کند سزاو راطاعت و متابعت نیست پس فردی که زمام امور را بدست گرفته و همه ارگانها بلکه همه مردم بحکم اسلام از را اطاعت و پیروی می نماید باید بی نیاز از هدایت و راهنمایی دیگران در شناخت حق و مسائل اسلامی باشد.

در این خطابه امام ضمن بیان شرائط حاکم و زمامدار علم به کتاب و سنت و فقه در دین را نخستین شرط بیان فرموده است

۱، در نهج البلاغه خطبه ۱۷۳ آمده است أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّ أَحَقَّ النَّاسِ بِهَذَا الْأَمْرِ أَقْوَاهُمْ عَلَيْهِ، وَأَعْلَمُهُمْ بِأَمْرِ اللَّهِ فِيهِ.





ای مردم بدرستی که سزاوارترین مردم به این امر (حکومت) نیرومندترین آنها بر آن و آگاه‌ترین آنها به فرمان خداوند در امر حکومت و مسائل مربوط به آنست، و پرروشن‌است که نیرومندترین فرد بر امامت و حکومت کسی است که بهتر بتواند آن را اداره کند و از مدیریت و تدبیر بیشتری برخوردار باشد و بزدل و ترسو نباشد، چنین فردی قوی‌ترین مردم است بر امر حکومت.

۲، روایت عمر بن حنظله از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمود:

يَنْظُرَانِ مِنْ كَانِ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا، وَنَظَرَ فِي حَالِنَا وَحِرَامِنَا، وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكْمًا، فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا، فَإِذَا حُكِمَ بِحَكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَخَفَّ بِحَكْمِ اللَّهِ (۱)

در این روایت سؤال شده است از دونفری که در مسئله‌ای نزاع دارند و سلطان یا قاضی که از طرف سلطان منصوب است رجوع نموده اند امام پس از آنکه از مراجعه کردن به سلطان جور و قاضی او نهي می‌کند، می‌فرماید:

آن دو نفری که اختلاف دارند کسی را از خود شما که دارای این اوصاف باشد انتخاب کنند و با مراجعه نمایند.

۱- احادیث ما را روایت نماید یعنی به منابع فقه اسلامی که از مهمترین آن احادیث ائمه است

آگاهی داشته باشد

۲- اهل نظر و رأی در حلال و حرام ما باشد یعنی قوه استنباط احکام شرعی را دارا باشد

۳- عارف با احکام باشد یعنی آگاهی کامل با احکام اسلامی از دید اهل بیت داشته است.

چنین شخصی را حکومت دهند در امور خود پس بدرستی که من او را حاکم بر شما قرار دادم.

۱، عدالت و تقوی

دانستیم که مهمترین هدف در حکومت اسلامی اجراء قانون و عدالت و ایجاد فضیلت و تقوی در جامعه و توجه مردم به خداوند و تربیت آنان با آداب و اخلاق اسلامی است.

و از طرفی می‌دانیم تأثیری که حکومت مخصوصاً شخص زمامدار بر روی اخلاق مردم دارد بیش از هر چیز دیگر است تا آنجا که از پیامبر اسلام (ص) روایت شده است که فرمود:

الناس بأمرائهم أشبه منهم بآبائهم مردم به زمامدارانشان از نظر اخلاقی شبیه ترند از آنان به پدرانشان یعنی شباهتی که مردم از جهت اخلاقی به زمامدار پیدا میکنند که این شباهت از جهت تأثیری است که روش‌های عملی و اخلاقی زمامداران در جامعه میگذارد، بیش از شباهتی است که مردم به پدران خود

دارند و تأثیر حکومت و نقشی که از جهت سازندگی ملت دارد بیش از تأثیر پدر و مادر در محیط تربیتی خانواده است .

امیر المومنین علی علیه السلام در کلامی که هنگام حرکت به سوی شام برای قتال بامعاویه از آن حضرت نقل شده است میفرماید : *اتقوا الله و اطيعوا امامكم فان الرعيه الصالحه تنجوا بالامام العادل الا و ان الرعيه الفاجره تهلك بالامام الفاجر*

پرهیزگار باشید و اطاعت کنید امام خود را بدرستی که رعیت گناهکار هلاک می شود بوسیله امام فاجر و گناهکار

در این خطابه امام رابطه مستقیم بین عدالت امام و شایستگی و صلاح امت و همچنین رابطه بین فاسق بودن امام و فسق امت را بیان فرموده است و از آن چنین استفاده می شود که امام عادل سبب نجات ملت و امام فاجر سبب هلاکت آنان می گردد. (مجلسی، ۱۳۶۳، ص ۴۳)

از امیر المومنین (ع) در خطبه ۱۳۱ نهج البلاغه چنین نقل شده است که فرمود :

وقد علمتم انه لا ينبغي ان يكون الوالى على الفروج والدماء والمغانم والأحكام وإمامة المسلمين : البخيل ، فتكون له فى أموالهم نهمة ، ولا الجاهل فيضلهم بجهله ، ولا الجافى فيقطعهم بجفائه ، ولا الحائف للذول فيتخذ قوما دون قوم ، ولا المرتشى فى الحكم فيذهب بالحقوق ، ويقف بها دون المقاطع ، ولا المعطل للسنة فيهلك الأمة

در این خطبه صفات و حالاتی را که حاکم و والی مسلمین باید از آنها بدور باشد بیان فرموده و برای آنکه اهمیت مقام زمامداری و ولایت و عظمت این مسئولیت روشن شود که این خود دلیل بر لزوم تقوی و پاکی او از اینگونه صفات است می فرماید که به تحقیق شما می دانید، سزاوار نیست کسی که والی و سرپرست بر نوامیس و جان و مال مردم و احکام و رهبری مسلمین است دارای این صفات باشد.

۱- بخیل باشد، و در نتیجه حریص در اموال مردم و بیت المال عمومی باشد .

۲- جاهل نباشد پس آنها را گمراه نکند بخاطر جهل و نادانیش

۳- خشن نباشد و گرنه با خشونت ملت را از خود جدا می کند .

۴- در تقسیم اموال راه ظلم را در پیش نگیرد و در نتیجه دسته و گروهی را بر گروه دیگر برتری بدهد بدون آنکه جهت و سببی برای امتیاز آنان باشد.

۵- در حکم و قضاوت رشوه گیر نباشد و حقوق را پایمال نماید و اجرا حدود الهی را متوقف سازد .





۶- سنت و قانون الهی را تعطیل نکند و امت اسلامی را به هلاکت برساند .

خلاصه اینکه شش صفت بخل ، جهالت، خشونت ، رشوه گیری ، حیف و میل بیت المال ، تعطیل نمودن سنت های الهی ، باید در حاکم و والی مسلمین نباشد چه اینکه او کسی است که بر جان و مال و ناموس مردم مسلط است و عهده دار رهبری مسلمین است الگو راهنمای آنان است و چنین فردی نمیتواند چنین اوصافی را دارا باشد . در این خطبه اگر چه مسئله عدالت و تقوی تصریح نشده است ولی خصوصیتی در آن بیان شده است که جز با وجود تقوی و عدالت و روح خدا ترسی در یک انسان یافت نمیشود :

در روایتی امام حسین (ع) خطاب به اهل کوفه، نسبت به رهبری جامعه می نویسد که:

«ما الامام إلا الحاکم بالکتاب، القائم بالقسط، الدائن بدین الحق، الحابثین نفسه علی ذات الله»

(پیشوا امام نیست مگر آن کسی که حکومتش بر پایه قرآن باشد، و قسط را بر پایداری به دین حق پایبند باشد، و خود را وقف راه خدا کند) (ارشاد مفید ، ص ۱۸۶).

۴_ بصیرت ، تدبیر ، شجاعت

ضرورت وجود این صفات در زمامدار و ولی مسلمین از آن جهت است که اداره اجتماع و حکومت بدون این اوصاف امکان ندارد تا فردی از مدیریت کافی و آگاهی و بصیرت در امور برخوردار نباشد نمی تواند جامعه را اداره کند همانطور که در یک مجتمع کوچک مدیریت لازم است و همانگونه که پدر در محیط خانه اگر مدیر نباشد قادر بر اداره خانواده نیست در اداره جامعه هم تدبیر و بصیرت ضرورت خواهد داشت، و همچنین یاید در مقابل انواع تهاجمات دشمنان داخلی و خارجی اربابها، تحدید ها، با کمال شهامت و شجاعت مقاومت کند و گرنه در اولین برخورد با مشکلات از پا در می آید و برای نجات خود تن به هر ذلتی می دهد اگر چه به فروختن کشور به اجنبی و بیگانه باشد .

لذا قرآن از مسائلی که برای رهبران ضروری شمرده است صبر همان استقامت و خویشتن داری است که مهمترین مظهر و موردش در مقابل دشمنان است .

(فَاصْبِرْ كَمَا صَبَرَ أُولُو الْعَزْمِ مِنَ الرُّسُلِ...) (الاحقاف/۳۵)

صبر کن همان گونه که صبر نمودند رسولان صاحب عزم یعنی شریعت ، فَاصْبِرْ عَلَى مَا يَقُولُونَ (الطه ۱۳۵)

صبر کن بر آنچه می گویند و در نوزده مورد پیامبر را امر بصبر فرموده است .

وَجَعَلْنَا مِنْهُمْ أُمَمَةً يَهْدُونَ بِأَمْرِنَا لَمَّا صَبَرُوا وَكَانُوا بِآيَاتِنَا يُوقِنُونَ (السجده ۲۴)

قرار دادیم از بنی اسرائیل ائمه ای (یعنی رهبران و امامی) که به فرمان ما هدایت کنند بعد از آنکه صبر کردند و با آیات (نشانه ها) ما یقین پیدا نمودند.

از این آیه استفاده می شود صبر از شرائط امامت است و امامت گروهی از انبیاء که در آیات دیگر از آنها نام می برد پس از دارا شدن مقام صبر بوده است، (طاهری خرم آبادی، ۱۳۸۵، صص ۹۴، ۸۱)

بخش چهارم: ولایت فقیه

بند اول: پیشینه ولایت فقیه

از جمله شبهاتی که پیرامون ولایت فقیه مطرح است این است که می گویند: ولایت فقیه تنها از اندیشه امام خمینی (ره) شرعاً گرفته و در میان علما و فقهای پیش از ایشان مطرح نبوده است. «ولایت فقیه یک کلمه ای است که در فقه در قسمت فرعیات بوده، مثلاً در جوامعی که قبلاً حکومت مرکزی «سانترالیزم» وجود نداشته، یعنی حکومت مرکزی نبوده... در قدیم به این ترتیب می گفتند: اگر یک انسان مرد، بچه دارد این صغیر است، سرپرستی این {بچه} با کیست؟ گفتند: که فقیه، یک مجتهد جامع الشرایط می تواند سرپرستی اموال او را به عهده بگیرد، لهذا برای حکومت اسلامی... این را نمی شود تعمیم داد. هیچ کس در فقه، و هیچ فقیهی تا کنون نیامده، نگفته که ولایت فقیه به معنای حکومت است. مهمترین عامل ناشناخته ماندن اصل ولایت فقیه در طول تاریخ، انزوای مذهب تشیع از ورود به صحنه سیاست جهانی و تشکیل یک حکومت الهی و اسلامی بوده است، که همیشه هر قیام شیعی به منظور تشکیل حکومت اسلامی از سوی دشمنان اسلام سرکوب و به خاک و خون کشیده میشد. در نتیجه، مبانی علمی و عقیدتی این نظام حیات بخش تنها در کتاب های استدلالی و درسهای حوزوی، آن هم به طور اختصار، مطرح می شده و به تدریج از جایگاه اصلی و طبیعی خود (علم کلام و عقاید) نقل مکان کرده و به حوزه فقه وارد شده است و به سبب عدم امکان دستیابی به مواد و موارد مترقی آن که اصول و قوانین حکومت می باشد به ناچار در محدوده اموال غیب و قصر (مفقودان و نابالغان) و مواردی از این گونه باقی مانده است، و به مرور زمان آن چنان از اذهان فاصله گرفته که هم اکنون نیز که بیست سال از تحقق عینی آن در ایران اسلامی میگذرد هنوز صورت متعالی آن (حکومت و ولایت فقیه) برای بعضی از افراد مبهم، پذیرش کامل آم، چنان که باید و شاید برای پاره ای از افکار سنگینی می کند. حتی افراد بزرگوار و با عظمتی که ولایت فقیه حق شرعی و طبیعی خود آنان نیز هست در اطلاق و یا برخی از جوانب آن تأمل دارند. اینجاست که به عظمت افکار امام راحل (ره) و عمق بینش پی می بریم، چون ولایت فقیه را از مسائلی دانست که





تصور آن موجب، تصدیقش می شود و اثبات آن نیازمند دلیل نیست. (ابراهیم زاده آملی، ۱۳۸۰، ص ۱۰۴، ۱۰۵).

بند دوم: اقوال فقهای شیعه درباره ولایت فقیه:

«ولایت فقیه» جزو مسلمات فقه شیعه است. اینکه حالا بعضی نیمه سوادها میگویند امام «ولایت فقیه» را ابتکار کرد و دیگر علما آن را قبول نداشتند، ناشی از بی اطلاعی است (رهبر معظم انقلاب ۷۸/۱۱/۴). کسی که با کلمات فقها آشناست، می داند که مساله «ولایت فقیه» جزء مسائل روشن و واضح در فقه شیعه است. کاری که امام کرد این بود که توانست این فکر را با توجه به آفاق جدید و عظیمی که دنیای امروز و سیاستهای امروز و مکتبهای امروز دارند، مدون کند و آن را ریشه دار و مستحکم و مستدل و با کیفیت سازد.

امام خمینی می فرماید: زمامدار بایستی عادل باشد و دامنش به معاصی آلوده نباشد. کسی که خداوند میخواست اختیار اداره بندگانش را به او بدهد، باید معصیتکار نباشد: قال لا ینال عهدی الظالمین (مائده/۵۱) خداوند تبارک و تعالی به جائر چنین اختیاری نمیدهد (امام خمینی، ۱۳۴۸، ص ۵۰).

شیخ مفید می فرماید: هنگامی که سلطان عادل (امام معصوم) برای ولایت در آنچه ذکر کردم، در ابواب فقه، وجود نداشت، بر فقیهان اهل حق عادل صاحب رأی و عقل و فضل است که ولایت آنچه را بر عهده سلطان عادل است را بر عهده گیرند. (المقنعه ص ۶۷۵، به نقل از ممدوحی، ص ۱۲۳)

علامه حلی (ره) در تذکره، کتاب خمس چنین آورده است: هدایای حاکم ستمگر را - اگر آن را از حرام و ظلم به دست آورده - نباید پذیرفت. گرفتن آنها حرام است و برگیرنده واجب است، اگر صاحب اصلی مال را می شناسد، تمامی آن را به مالک برگرداند و اگر مالک آن را نمی شناسد، باید تمام آن مال را به حاکم شرع بدهد و مجاز نیست آنها را به ظالم ستمگر برگرداند و در صورتی که چنین کاری کند، در قبال آن اموال ضامن می باشد (علامه حلی، کتاب خمس، به نقل از ممدوحی، ص ۱۲۳).

شهید اول می فرماید: در صورت حضور حاکم شرع، لازم است اجازه ایشان کسب شود؛ چرا که بر همه مناصب شرعی، ولایت دارد (الذکری ص ۵۷ به نقل از ممدوحی، ص ۱۲۳)

محقق ثانی (کرکی) می فرماید: فقیهان و دانشمندان امامیه، اتفاق کرده اند بر اینکه فقیه عادل شیعه که جامع شرایط فتوا باشد، فقیهی که از او در احکام شرعی به مجتهد تعبیر می شود، نایب امامان هدایت

(علیه السلام) است در حال غیبت، در تمام آنچه که قابلیت نیابت را داشته باشد (رسائل به نقل از ممدوحی، ص ۱۲۱)

غرض از تشکیل حکومت این است که صاحب ملک، امور جامعه را طوری تدبیر کند که هر فردی از افراد جامعه به کمال لایق خود برسد. برای چنین حکومتی، داشتن دو سرمایه لازم است: یکی علم به مصالح حیات جامعه و مفساد آن و دوم، داشتن قدرت بر اجرای آنچه که صلاح جامعه میداند. و این دو ویژگی در طالوت بود (علامه طباطبایی، المیزان ص ۴۳۶، به نقل از ممدوحی، ص ۱۲۳).

آیت الله مکارم می فرماید: و قال لهم نبیهم ان الله قد بعث لکم طالوت ملکاً؛ از تعبیر «ملکاً» چنین برمیآید که طالوت، تنها فرمانده لشکر نبود، بلکه زمامدار کشور هم بود. از اینجا مخالفت شروع شد. (آیت الله مکارم، تفسیر نمونه ص ۲۳۷ به نقل از ممدوحی، ص ۱۲۳).

آیت الله سبحانی می فرماید: یکی از شرایط مهم در حاکم اسلامی، قدرت بر اداره امور افرادی است که بر آنان گمارده شده است. همین کاردانی و لیاقت است که به حاکم امکان میدهد تا پریشانی امت را اصلاح و آنان را به مراتب کمال و ترقی رهنمون شود. (آیت الله سبحانی، ۱۳۷۰، ص ۲۳۰).

محقق کرکی (ره) می فرماید: پوشیده نیست که ولایت طفل در اصل برای پدرش ثابت است ... اگر پدر موجود نبود، وصی پدر ولی طفل می باشد. اگر وصی پدر هم نبود، وصی جد، ولی طفل می باشد و اگر هیچ کدام وجود نداشتند، حاکم، ولی طفل می باشد و منظور از حاکم، امام معصوم یا نایب خاص او می باشد و در زمان غیبت، نایب عام او حاکم می باشد، و نایب عام هم کسی است که دارای شرایط فتوا و حکم باشد ... و پوشیده نیست که هرگاه در کلمات فقها، کلمه حاکم را به کار برده اند، منظور از آن جز فقیه جامع شرایط کسی نمی باشد (جامع المقاصد، کتاب وصایا، به نقل از ممدوحی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۳).

بند سوم: صفات و شرایط ولایت فقیه

جایگاه رفیع و قداست رهبر اسلامی و ولی فقیه از یک سو، و اعطای اختیارات گسترده به معنای ولایت و امامت از سوی دیگر، سبب می شود که رهبری، واجد شرایط خاص و ویژگی ها و صفات فوق العاده ای باشد، تا از عهده انجام رسالت خویش به خوبی بر آید، و نیز صفاتی که لازم است در ولی فقیه و زمامدار باشد، تناسب خاصی با نوع حکومت و اهداف آن دارد، به طوری که پیاده شدن هدف ما و رسیدن به آرمانهای حکومت بستگی به وجود این صفات دارد.

به طور کلی می توان شرایط و صفات ولی امر مسلمین و رهبر اسلامی را در سه شرط خلاصه کرد:





۱- فقاہت و به عبارت دیگر ، اجتهاد و شناخت قانون الهی

۲- عدالت و تقوا

۳- لیاقت و کاردانی و مدیریت و ، تدبیر ، شجاعت ، آگاهی به زمان ، بصیرت و داشتن بینش

صحیح سیاسی و اجتماعی.

در روایات اسلامی نیز اشاراتی بر این صفات شده است . مفید درالارشاد از امام حسین (ع) در نامه ای

که به مردم کوفه، نوشتند ، فرمودند :

«فلعمری ما الامام الا الحاکم بالکتاب ، القائم بالقسط ، الدائن بدین الحق الحابس نفسه علی ذالک لله»

(امفید، ص ۳۸۱)

به جان خودم سوگند ، پیشوا و امام نیست مگر آن کسی که حکومتش بر پایه قرآن باشد قسط را بر

پای دارد، به دین حق پایبند باشد، و خود را وقف راه خدا کند .

رجالی به نقل از طبرسی از امام حسن عسگری (ع) در حدیث معروفی می فرماید:

«فَأَمَّا مَنْ كَانَ مِنَ الْفُقَهَاءِ صَائِنًا لِنَفْسِهِ، حَافِظًا لِدِينِهِ، مُخَالِفًا عَلَى هَوَاهُ، مُطِيعًا لِأَمْرِ مَوْلَاهُ، فَلِلْعَوَامِ أَنْ

يُقْلُوهُ (طبرسی، ۱۳۷۴، ص ۲۶۳)

هریک از فقیهان که بر نفس و امیال نفسانی خود چیره باشد ، دین خدا را پاس بدارد ، با هوی و هوس

خویش مخالفت نماید، و مطیع احکام و اوامر خدا و مولای خود باشد، پس مردم لازم است از او

اطاعت و تقلید کنند .یکی از چهره های برجسته فقهی ، سیاسی که در سیر تفکر سیاسی تاریخ جهان

اسلام به طور قابل توجهی به مبحث شرائط و صفات رهبری پرداخته است، ((ابوالحسن ماوردی))

است وی در

کتاب معروف خود «کلام السلاطنه» این مسائل را مطرح ساخته است.

ماوردی شرائط حاکم ، رهبر و خلیفه را به دودسته تقسیم می کند :

اول ، شرایط عام :

۱- علم و یا اجتهاد

۲- عدالت

۳- رأی صاحب نظر سیاسی

۴- شجاعت

۵- نخوت (غیرت و دلسوزی)

۶- سلامت حواس

۷- سلامت اعضا

دوم، شرایط خاص:

۱- افضلیت (بیشترین میزان از هریک از شرایط مثلاً عالمتر و عادلتر)

۲- اکثریت بیشترین تعداد شرایط

۳- استقبال پذیرش عمومی بیشتر، اکثریت نسبی

۴- استعجال (سرعت پذیرش عمومی)

با توجه به آنچه به عنوان شرایط ولی فقیه و رهبر حاکم اسلامی گفته می شود معلوم می شود که مرجعیت جزو شرایط لازم حاکم است، هرچند نیز ممکن است، ولی فقیه مرجع نیز باشد.

امام خمینی در این باره می فرماید:

من از ابتدا معتقد بودم اسرار داشتم که شرط مرجعیت لازم نیست، مجتهد عادل مورد تأیید خبرگان محترم سراسر کشور کفایت میکند. اگر مردم به خبرگان رأی دادند تا مجتهد عادل برای رهبری حکومتشان تعیین کنند. وقتی آنها هم فردی را تعیین کردند تا رهبری را به عهده بگیرد، رهبری او مورد

قبول مردم است، در این صورت ولی منتخب مردم می شود و حکمش نافذ است.

در اصل قانون اساسی من این را می گفتم ولی دوستان در شرائط مرجعیت پافشاری کردند، من هم قبول کردم. من در آن هنگام می دانستم که این در آینده نه چندان دور قابل پیاده شدن نیست. صفاتی که لازم است در ولی امر و زمامدار باشد تناسب خاصی با نوع حکومت و اهداف آن دارد بطوریکه پیاده شدن هدفها و رسیدن با آرمانهای حکومت بستگی به وجود این صفات دارد و این صفات همان معیارهای کلی و عمومی است که در زمان غیبت برای زمامدار و ولی امر مشخص شده است و نصب بصورت عام و کلی تحقق یافته است، اینک به بیان هر یک با اشاره اجمالی به دلیل آن می پردازیم.

الف، اعلیت

مسأله اعلیت در موضوع ((حکومت و ولایت)) غیر از اعلیت در باب اجتهاد و تقلید است. اعلیت در اجتهاد و تقلید به معنی آن است که فقیه صاحب فتوا بتواند بهتر از همه مجتهدان، احکام شرعی را از روی ادله تفضیلی آن استنباط کند. اما اعلیت در حکومت فقط منحصر به قدرت و توانایی ذهن





در استنباط احکام نمی باشد؛ بلکه فقیه صاحب ولایت باید از بینش عمیق اجتماعی و سیاسی برخوردار بوده آگاهی فراوان بر حوادث مختلف داشته باشد .

البته در ادله ولایت فقیه، بیانی پیرامون قید اعلمیت دیده نمی شود، اما اثر اعلمیت در حکومت هنگام تعارض دو حکم (از دو فقیه) بروز می کند؛ همچنانکه اثر اعلمیت در افتاء موقعی ظاهر می شود که دو فقیه دارای دو فتوای متفاوت و متعارض باشند .

توضیح اینکه : هرگاه بین دو فتوا یا دو حکم ، تعارض و ناسازگاری پیدا شود، اصل آن است که هر دو حکم یا هر دو فتوا از حجیت و اعتبار ساقط می گردند. اما اگر یکی از دو فقیه ، چه در زمینه صدور فتوا و چه در زمینه صدور حکم ، نسبت به فقیه دیگر اعلم بوده از مرتبه برتری برخوردار باشد، به گونه ای که ناسازگاری بین دو فتوا یا دو حکم موجب عدم اطمینان به رأی فقیه اعلم نگردد، فتوای وی همچنان بر اعتبار خود باقی می ماند . مسأله نسبت به دو فتوای متعارض نیز چنین است ، همانگونه که در بحث اجتهاد و تقلید روشن شده است . اما دو حکم متعارض به دو صورت قابل طرح هستند. گاهی حکم فقیه جنبه کاشفیت از حکم شرعی دارد، مانند حکم به ثبوت هلال اول ماه (که آثار شرعی مانند اثبات عید فطر یا ثبات عید قربان دارد) و گاهی حکم فقیه در رابطه با تدوین بخش آزاد قانون می باشد، مانند تعیین قیمت کالا .

در اینجا به نکته ای ، که بعداً به تفصیل خواهد آمد، اشاره کنیم و آن اینکه :

به طور طبیعی در حکومت اسلامی بین حاکمان شرعی جامعه تعارض و ناسازگاری در احکام صادره پیش نمی آید ؛ بلکه بر فقهاء صاحب اختیار و متصدی امر فرض است که در شرائط عادی برای امت نظر واحدی را ، که از طریق مشاوره به دست آورده اند، ابراز کنند و هماهنگ و همنوع باشند یا آنکه حکم فقیه اعلم را ترجیح دهند . زیرا مصلحت امت در صورتی رعایت می گردد که یک روش و دستورالعمل بر او عرضه شود و بدیهی است که ولی امر باید مصالح افراد تحت ولایت خود را در نظر بگیرد (حائری، ۱۳۶۴، صص ۱۷۹، ۱۸۷).

ب، ذکوریت

یکی از شرائط ولایت فقیه ذکوریت است. ولی فقیه باید مرد باشد تا بتواند حاکم بوده و ولایت داشته باشد ما در این باره از دو آیه قرآن و از دو روایت استفاده می کنیم. البتّه این ادله غیر از ادله ای مانند إجماع و سیره و روایات متواتره و مستفیضه است که مفصلاً در «رساله بدیعه» ذیل تفسیر آیه: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ «سوره

النساء آیه ۳۴ آمده است. اینک مُلَخَّصاً و فقط بجهت استفاده این شرط برای حاکم فقیه اسلام، به این دو آیه و دو روایت استناد می‌کنیم.

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ.
طُرِیحی در «مجمع البحرین» گوید: معنی و مفاد آیه مبارکه اینست که: برای مردان بر زنان قیام و لاء و سیاست است. مردان نسبت به زنان از جهت ولاء و سیاست قیمومت دارند؛ و از این جهت قِیم زنها هستند. در این آیه به دو امر تعلیل شده است، که یکی موهبتی است از خداوند تبارک و تعالی و دیگری اکتسابی است.

أما موهبتی آن اینست که: خداوند مردان را بر زنان در جهات کثیره‌ای از کمال عقل و حسن تدبیر و زیادی قوه در اعمال و طاعات فضیلت داده؛ و بدین جهت نبوت و امامت و ولایت هم اختصاص به مردان داشته، و إقامة شعائر دینی و جهاد و قبول شهادت در هر امری مختص به مردان است؛ و زیادی نصیب در ارث و غیر ذلک از آن مردان می‌باشد. این از جهت موهبتی.

اما جهت اکتسابی اینست که: مردها بر زنها از اموال خود انفاق می‌کنند و نفقات آنها را می‌دهند و مهریه به آنها می‌پردازند؛ با اینکه فائده نکاح امری مشترک بین هم دو است. و بآدر هر قوله بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ قوله بِمَا أَنْفَقُوا برای سبب است. و «ما» مصدریه است ای بِسَبَبِ تَفْضِيلِ اللَّهِ وَبِسَبَبِ أَنْفَقُوا. بنابراین در این آیه، حکم مُعَلَّل به علت است.

چرا خداوند رجال را قیوم و قیام زن قرار داده است؟ به جهت این دو موهبتی و کسبی، در مردان هست و در زنان نیست. ولایت فقیه در حکومت اسلام (طهرانی، ۱۳۷۹، صص ۱۷۴، ۱۷۵).

ج، قدرت و تدبیر و رهبری

شرط دیگر برای والی و حاکم اسلامی قدرت و تدبیر رهبری یا ((حسن الولاية)) است. پیش از این قبلاً یاد آور شدیم که خردمندان هنگامی که بخواهند کاری را به کسی واگذار کنند طبق فطرت خود شرایطی را که یکی از آن شرایط توان و قدرت وی بر انجام کار است در نظر می‌گیرند. از سوی دیگر بدقیافه و بد ترکیب بودن، موجب انزجار و نفرت مردم از شخص رهبر می‌گردد و این با ولایت و حکومت که بر مبنای آن بر جذب مردم است سازگار نیست. و برجسته تر از همه این صفت‌ها صفت حلم و بردباری ست، زیرا اگر رهبر عصبی مزاج، تندخو و ترش رو باشد رابطه و پیوندش با مردم گسسته می‌شود. و ظاهراً تعبیر «حسن ولایت» و نیز «قوه و قدرت» که در برخی روایات آمده و پس از این خوانده می‌شود بهترین تعبیری است که همه این ویژگیها از آن استفاده می‌گردد، که ما





همه آنها را به عنوان یک شرط قلمداد نموده ایم ، علاوه بر این که روایت های آنها غالباً مشترک است چنانچه روشن خواهد شد .

البته مخفی نماند که علم و اطلاعی که در اینجا از آن سخن به میان آمد غیر از علمی است که پیش از این به عنوان یک شرط مطرح شد ، زیرا مراد به علم در اینجا اطلاع داشتن بر مسائلی جزئی و فنون سیاسی و حوادث زمان است ، اما مراد از آن علم، آگاهی به مسائل کلی اسلام که از کتاب و سنت استنباط می گردد بود که اصطلاحاً از آن علم به فقاہت تعبیر می شود.

در هر صورت یکی از دلایل شرط قوت و قدرت در والی و رهبر ، قضاوت عقل است و این معنی روشن است که والی مردم ، که در صدد رفع نقص و کمبودهای مردم است باید توان این کار را داشته باشد و بلکه خود از همه افراد تحت فرماندهی خویش قوی تر و توانمند تر باشد و همواره تاریخ شاهد این فاجعه بوده است که بسیاری از امت ها به خاطر ضعف و بی کفایتی رهبران شان با مشکلات و زیانهای

فراوان روبرو بوده اند و همین نارسایی چه بسا به سقوط کلی آنان انجامیده است .
علاوه بر حکم و قضاوت عقل ، دلایلی از کتاب و سنت نیز بر شرط قدرت به مفهوم وسیع آن دلالت دارد که نمونه هایی از آنها را یاد آور می شویم :

منتظری به نقل از کلینی در اصول کافی از امام رضا (ع) روایت نموده که آن حضرت فرمود :
امام عالمی است که بر وی چیزی پوشیده نیست . نگهدارنده ای است که شانه از مسئولیت تهی نمی کند آگاهی رشد یابنده ، حلمش کامل ، بر رهبری قوی و مسلط ، در سیاست دانا، اطاعتش واجب ، به امر خداوند قائم ، خیر خواه بندگان خدا و نگهدارنده دین خداست)) (کلینی، ۱۳۸۳، ج ۱ ، کتاب الحجج باب نادر جامع فی فضل الامام ، حدیث ۱، ص ۲۰۲)

بند چهارم: لزوم و ضرورت حکومت در عصر غیبت

یکی از شیوه های بحث ولایت فقیه این است که ابتدا ضرورت و لزوم اقامه حکومت اسلامی را در غیبت به اثبات برسانیم و آن را به عنوان جزئی از برنامه های اسلام ثابت کنیم، و پس از آن به جستجوی ادله در زمینه شرایط حاکم برائیم، و سپس بررسی کنیم که کدام عنوان، دین مبین اسلام برای همه افراد و همه مکان ها و همه زمان ها، تا ابد و قیامت عمومیت دارد و این عمومیت سه گانه از نظر قرآن شریف و روایت اسلامی از ضروریات ویدیهیات است، بنابراین اسلام در زمان غیبت و امام

معصوم (ع) نیز بدون تردید دارای حکومت است. برای لزوم و ضرورت تشکیل حکومت اسلامی در عصر غیبت به ذکر چند دلیل می پردازیم:

دلیل اجتماعی/ تاریخی: حکومت امری است اجتماع که نیاز جامعه به امنیت و حفظ حقوق افراد و رواج عدالت گستره، آن را واجب کرده است. و جامعه اسلامی از سایر جوامع بشری که لازمه آن برقراری نظم و قانون گذاری برای حفظ امنیت و حقوق و امنیت اشاعه عدل در میان افراد جامعه است جدا نیست و مثل جوامع دیگر نیاز به برقراری حکومتی دارد که قوانین را اجرا کند تا هدف از تنظیم قوانین تحقق یابد. دلیل اعتقادی "اعتقاد به دین اسلام، مسلمانان را به این باور می رساند که قیام برای پیاده کردن احکام اسلام در دوران زندگی اش بر او واجب است، و نظام اسلام نظامی کامل و در بر دارنده تمام قوانین اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، جز از طریق قوه حاکمه، به طور کامل اجرا نمی شود، بنابراین تشکیل یک حکومت اسلامی و دولت آن در دوران غیبت لازم و ضروری است، چنان که در آیه ای که در اوّل بحث آوردیم به این مطلب اشاره شد.

دلیل عقلی: «ابو همزه» نامه معاویه را برای حضرت علی (ع) آوردند در آن تقاضا شده بود قاتلان عثمان را به آن بسپارند تا مجازات کنند، آنچه در حکم خدا و حکم مسلمین واجب است بعد از آن که امامشان از دنیا رفت و کشته شد چه گمراه باشد چه هدایت شده، چه مظلوم باشد و چه ظالم، چه ریختن خونس حلال باشد چه حرام، این است که هیچ عملی انجام ندهد، کارجدیدی به پا نکند. (رجالی تهرانی، ۱۳۷۹، صص، ۵۳، ۵۵).

بند پنجم: حکومت و رهبری در عصر غیبت

پس از پذیرفتن لزوم حکومت در یک جامعه بیان شواهدی از اسلام، بر ضرورت آن، روشن است که در زمان حضور شخصی معصوم، همچون وجود مقدس رسول خدا (ص) و امام معصوم (ع)، او در رأس حکومت قرار می گیرد و این حکومت، بسیار مطلوب و ایده آل خواهد بود. اما این وضع، همیشه میسر نیست حتی در زمان حضور امام معصوم نیز، او تنها در جایی که تشریف دارد، می تواند حکومت آن شهر و استان را اداره کند و بر سایر استانها و کشورها، نظارت داشته و در جاهای دیگر اعمال و کارگزاریانی بگمارد. پس در عصر غیبت که دسترسی به امام معصوم نیست مانند زمان ما تکلیف چیست؟

شرائطی که برای زمامدار ضروری است مستقیماً از طبیعت طرز حکومت اسلامی است. پس از شرائط عامه مثل عقل و تدبیر دو شرط اساسی وجود دارد که عبارتند از: ۱، علم به قانون ۲، عدالت. چنانکه





بعد از رسول اکرم (ص) وقتی در آن کسی که باید عهده دار خلافت شود اختلاف پیدا شد باز در این که مسئول امر خلافت باید فاضل باشد هیچگونه اختلاف نظری میان مسلمانان بروز نکرد. اختلاف فقط در موضوع بود.

اچون حکومت اسلام حکومت قانون است برای زمامدار علم به قوانین لازم می باشد چنانکه در روایت آمده است و نه فقط برای زمامدار بلکه برای همه افراد هرشغل یا وظیفه و مقامی داشته باشند چنین علمی ضرورت دارد. منتهی حاکم باید افضلیت علمی داشته باشد. ائمه ما برای امامت خودشان همین مطلب اشاره کرده اند بر دیگران نموده اند در همین بوده که فلان حکم را از خلیفه پرسیدند نتوانست جواب بگوید، پس لایق خلافت و امامت نیست فلان کار بر خلاف احکام اسلام انجام داد پس لایق امامت نیست قانونانی و عدالت از نظر مسلمانان شرط و رکن اساسی است. چیزهای دیگر در آن دخالت و ضرورت ندارد. مثلاً علم به چگونگی ملائکه، علم به این که صانع تبارک و تعالی دارای چه اوصافی است، هیچ یک در موضوع امامت دخالت ندارد. چنانکه اگر کسی همه علوم طبیعی را بداند و تمام قوای طبیعت را کشف کند یا موسیقی را خوب بلد باشد شایستگی خلافت را پیدا نمی کند و نه بدین وسیله بر کسانی که قانون اسلام را می دانند وعادلند نسبت به متصدی حکومت الویت پیدا می کنند آنچه آن صحبت و بحث شده و بین مسلمانان هم مسلم بوده این است که حاکم و خلیفه اولاً باید احکام اسلام را بداند یعنی قانوندان باشد و ثانیاً عدالت داشته باشد از کمال اعتقادی و اخلاقی برخوردار باشد. عقل همین اقتضا را دارد، زیرا حکومت اسلامی حکومت قانون است نه خودسری و نه حکومت اشخاصی بر مردم. اگر زمامدار و طالب قانونی را نداند لایق حکومت نیست و چون اگر تقلید کند قدرت حکومت شکسته می شود و اگر نکند میتواند حاکم و معجری قانون اسلام باشد.

و این مسلم است که ((الفقه حاکم علی السلاطین)) سلاطین اگر تابع اسلام باشند باید به تبعیت فقها در آیند و قوانین و احکام را از فقها پرسند و اجرا کنند. در این صورت حاکم حقیقی همان فقها هستند پس بایستی حاکمیت رسماً به فقها تعلق بگیرد نه به کسانی که به علت جاهل به قانون مجبورند از فقها تبعیت کنند.

البته لازم نیست که صاحب منصبان و مرزبانان و کارمندان اداری همه قوانین اسلام را بدانند و فقیه باشند بلکه کافی است قوانین مربوط به شغل و وظیفه خویش را بدانند. چنانکه در زمان پیغمبری (ص) و امیر المومنین را اینطور بوده است. مصدر امور باید دارای این دو امتیاز باشد لکن معاونین و صاحب

منصبان و مأمورانی که به شهرستانها فرستاده می شوند باید قوانین مربوط به کار خود را دانسته و در موارد دیگر از مصدر امر بپرسند .

۱. زمامدار بایستی از کمال اعتقادی و اخلاقی برخوردار و عادل باشد و دامنش به معاصی آلوده نباشد. کسی که می خواهد حدود جاری کند یعنی قانون جزای اسلام را بمورد اجرا گذارد، متصدی بیت المال و خرج و دخل مملکت شود . و خداوند اختیار اراده بندگانش را به بدهد باید معصیت کارنباشد: ((ینال عهدی الظالمین)) خداوند تبارک و تعالی به جائز اختیاری را نمیدهد

۲. زمامدار اگر عادل نباشد در دادن حقوق مسلمین ، اخذ مالیاتها ، صرف صحیح آن و اجرای قانون جزا، عادلانه رفتار نخواهد کرد ، و ممکن است اعوان و انصار و نزدیکان خود را بر جامعه تحمیل نماید و بیت المال را صرف اغراض شخص و هوسرانی خویش کند(مصباح یزدی ، ۱۵۰، ۱۳۷۶، ص ۱۵۱).

بند ششم: شرایط زمامدار حکومت در دوره غیبت

به عبارت دیگر ، از آنجایی که حاکم باید کسی باشد که لیاقت و شایستگی هماهنگ کردن قوا و سازمانها متعدد را داشته باشد و نیز با توجه به اینکه حکومت اسلامی بر اساس اعتقادات و ارزشهای الهی است و وظیفه حاکم اسلامی، اجرای قانون خداست قوانین که در کتاب و سنت بیان شده، یا اصول آنها از کتاب و سنت استفاده شده و بر آنها تصریح گشته است در این حاکم از چه قشری و با چه خصوصیتی باید باشد تا بهتر بتواند ازعهده این وظیفه خطیر و سنگین بر آید؟ اکنون که دوران غیبت امام (ع) پیش آمده و بناست احکام حکومتی اسلام باقی بماند و استمرار پیدا کند و هرج و مرج روانیست تشکیل حکومت لازم می آید. عقل هم به ما حکم می کند که تشکیلات لازم است تا اگر به ما هجوم آوردند بتوانیم جلوگیری کنیم. اگر به نوامیس مسلمین تهاجم کردند دفاع کنیم . شرع مقدس هم دستور داده که باید همیشه در برابر اشخاصی که میخواهند به شما تجاوز کنند برای دفاع آماده باشید، برای جلوگیری از تعدیات افراد نسبت به یکدیگر هم حکومت و دستگاه قضایی و اجرا لازم است. چون این امور به خودی خود صورت نمی گیرد باید حکومت تشکیل داد. چون تشکیل حکومت و اداره جامعه بودجه و مالیات میخواهد شارع مقدس بودجه و انواع مالیاتش را نیز تعیین نموده است و مانند خراجات خمس، زکاه و غیره...





اکنون که شخص معینی از طرف خدا تبارک و تعالی برای امری حکومت در دوره غیبت تعیین نشده است تکلیف چیست؟ آیا باید اسلام را رها کنید؟ دیگر اسلام نمی‌خواهیم؟ اسلام فقط برای ۲۰۰ سال بود؟ آیا اینکه اسلام تکلیف را معین کرده است ولی تکلیف حکومتی نداریم.

معنای نداشتن حکومت اینست که تمام حدود و ثغور مسلمین از دست برود، و ما با بی حالی دست روی دست بگذاریم که هرکاری می‌خواهند بکنند؟

و اگر ما کارهای آنان را امضا نکنیم رد می‌کنیم. آیا باید اینطور باشد؟ یا اینکه حکومت لازم است و اگر خدا شخص معینی را برای حکومت در دوره غیبت تعیین نکرده است لکن آن خاصیت حکومتی را که از صدر اسلام تا زمان حضرت صاحب (ع) موجود بود برای بعد از غیبت هم قرار داده است. این خاصیت که عبارت از علم به قانون و عدالت می‌باشد در عده‌ای بیشماری از منتهای عصر ما موجود است. اگر با هم اجماع کنند می‌توانند حکومت عدل عمومی در عالم تشکیل دهند (امام خمینی، ۱۳۷۰، ص ۵۰، ۵۴).

در اصل تشریع اسلامی، خدای متعال برای چنین مقامی، پیشوای معصوم را انتخاب کرده است، که در درجه اول رسول خدا (ص) و پس از دوازده امام دیگر، می‌باشند. اما در عصر غیبت و دسترسی نداشتن به امام معصوم، کسی باید عهده دار این منصب شود و جامعه اسلامی را بر اساس قوانین خدا و محتوای اسلام، رهبری کند که واجد این شرائط باشد.

الف، آگاهی از اسلام:

همچنانکه قبلاً بیان شد، همه متصدیان حکومت، باید ۳ شرط را داشته باشند:

آگاهی به قانون، تقوا و صلاحیت اخلاقی، قدرت و مهارت برای اداره امور یعنی هم به قوانین که می‌خواهند اجرا کنند آگاه باشند، هم پرهیزکار باشند تا تحت تأثیر هوای نفسانی و تمایلات شخصی قرار نگیرند هم از عهده اجرای صحیح کار و مسئولیت بر آیند.

از آنجا که در مسئولیت رهبری، و حکومت، حفظ قوانین و ارزشهای اسلامی نیز بر عهده حاکم مسلمین است و امانت دار دین و قوانین مردم و احکام خداست، پس باید این ۳ شرط را پیش از همه افراد جامعه دانسته باشد و آگاهی اش از قوانین، چنان باشد که مرتکب تخطی و تخلف نشود. در غیر این صورت، اگر کسان دیگری نسبت به حاکم و اصول و مبادی آشنا تر باشند. چنان شخصی شایسته حکومت بر آنان نیست و در گذشته حدیثی را نقل کردیم که مضمونش این بود که اگر در جامعه‌ای کسی امامت و رهبری را بر عهده بگیرد، در حالی که کسان دیگری، حتی یک نفر باشد که از او دانایتر

و شایسته تر باشد، این جامعه همواره رو به انحطاط خواهد گذشت. (كَانَ أَمْرُهُمْ إِلَى سُفَالٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ) و آن جامعه روز بروز سیر نزولی طی خواهد کرد. پس شخصی که در رأس هرم قدرت است، باید آگاهی کامل از امور دینی داشته باشد، چرا که او مسئول اجرای قانون الهی در جامعه است، و بدون آگاهی کامل، چه بسا کاری انجام دهد یا مقرراتی وضع کند یا دستور العمل هایی صادر نماید که برخلاف قوانین اسلام باشد. واضح است که این، شروع نقطه انحراف از مسیر صحیح و هدف اسلامی است.

ج، در اکثر امور مهمه با اهل حل و عقد مشورت می کنند.

در قرآن کریم مشورت زمامداران با اهل حل و عقد ممدوح شمرده است و از این طائفه به نام (ملاء) نام برده شده است. کلمه ملاء در باره آل فرعون و امثال آن آمده همه جا باقیه (الذین کفروا) یاد لاذین استکبروا، است پس هرگاه این قید نباشد وجو ملاء از لوازم دستگاه حکومت است. پس از آنکه امر حکومت به وسیله مشورت با دانشمندان با فضیلت ملت انجام یافت و حاکم اسلامی بر طبق دستور شرع انتخاب گردید، هر چند که شخصی امام و حاکم فی المثل دارای نفس زکیه و روح وقصدی و صاحب ملکه عصمت باشد و در علم و فهم و درایت و کیاست و تدبیر و سیاست سر آمد ابنای زمان باشد معما در امور مهمه مملکت با ارباب حل و عقد و خدا وندان خرد و دانش مشورت می نماید و صلاح دید آن ها را به کار می بندد چنانکه سبق ذکر یافت که رسول خدا (ص) عقل کل و مدیر بقا پیداست الهیه بود معذالک در امور مهمه مخصوصاً در امر جنگ و عهد و پیمان با اصحاب خود مشورت نموده نظر و رأی اکثریت آنها را محترم شمرده بکار می بست و جمله معروفه اشیروا علی الصحابی، از آن جناب متواتر است. و رأی اصحاب بدر نظر آن جناب آنقدر اهمیت داشت که سعد بن معاذ عهد نامه آن حضرت را بنی غطفان در موضوع خرمایی مدینه پس از مشورت در حضور آن جناب در ید!

در خلفای راشدین در هر واقعه ای که برای آن ها پیش می آمد اگر حکمی از آن در کتاب خدا بود بدان عمل میکردند و اگر نه به سمت ثابته رسول رجوع و متوجه میشدند و اگر نه صحابه رسول خدا را دعوت و از آنان در آن مورد مشورت می کردند، اگر کسی حکمی در آن خصوص از رسول خدا شنیده بود تقریر می نمود و اگر نه هر چه رأی اصحاب بر آناقرار می گرفت عمل میشد چنانکه داریم و بیهقی از میمون بن معران در سیره ابوبکر روایت نموده اند و ابن عساکر از تشریح قاضی در گفتاری که عمر باو دستور می داده یادآور شده است و نیز طبرانی در الاوسط و ابوسعید در القضا از امیر





المومنین (س) روایت کرده اند که آن حضرت فرمود: قلت یا رسول الله علیه وآله کیف تامرني قالت تجعاده و نه شوری بین اهل السنه طالعا بدین من المومنین و لا تقضی فیہ برائیک.

یعنی بر رسول خدا عرضه کردم که در اموری که حکم و اضحی از کتاب و سنت نیست چرا میفرماید رسول خدا فرمود: آن را بین اهل فته و مومنین عبادت پیشه مورد شود قرار می دهد و در چنین مسأله ای برای مخصوص خودت حکم مکن.

وجود مبارک امیر المومنین نیز در اکثر امور با یاران اصحاب مشورت میفرماید آنیف حدیث وارد در این باره؛ مولای متقیان در فرمان خود به مالک اشتر میفرماید! و انما الوالی الی بشر لا هرف ما توارى عنه الناس الامور یعنی والی و زمامدار نیز بشری است که آنچه مردم از او می پوشانند نمی داند پس احتیاج به مشورت دارد و در فقره دیگر همین عهدنامه میفرماید: واشتبه ملک فاجتمع له الفقهاء مناظر هم فیہ ثم امعی ما یجتمع علیه اقاویل الفقهاء بحضرتک من المسلمین، یعنی آنچه که از امور بر تو که بر تو متشبه شود با فقیهان یعنی کسانی که مقاصد شرع را درک می کنند و در امور سیاست نیز صاحب نظراند برای آن منظور اجتماع نما و با ایشان در آن کار تبادل نظر کن «گاه به هر چه گفتار فقیهان مسلمانی که در حضرت تو هستند اجتماع یافت به کار پرداز. (قلمدران، ۱۳۸۵، ص ۲۳۰، ۲۳۱)

ج، اعلمیت

زمامدار و پیشوای ملت که در اصلاح شرع امام امت است. باید اعلم و اتقای آن جماعت باشد.

در طی مباحث این تحقیق بکرات گفته شده است که امام، حاکم باید اعلم و التقی و الیق امت باشد. قرآن کریم در آیه ۳۵ سوره یونس «قُلْ هَلْ مِنْ شُرَكَائِكُمْ مَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ قُلِ اللَّهُ يَهْدِي لِلْحَقِّ أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمْ مَنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يُهْدَىٰ فَمَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ» «باز بگو آیا هیچ یک از شرکاء شما مشرکان کسی را براه حق هدایت می کند آیا آن که خلق را براه حق رهبری می کند سزاوارتر به پیروی است یا آنکه نمی کند مگر آنکه خود هدایت شود پس چگونه قضاوت باطل برای بتها می کنید» از این آیه شرنیه استفاده می شود که آن کسی که می تواند براه حق راهنمایی کند برا متابعت سزاوارتر است و البته چنین کسی اعلم امت است (سوره الیونس، آیه ۳۵).

نتیجه گیری:

گستره و قلمرو حوزه و اختیارات هر حکومتی، در پرتو آموزه های مدوّن مکتب موّحد آن شکل میگیرد، از این روست که اندیشمندان آن مکتب به تبیین محدوده اختیارات و وظایف حکومت مطلوب خود پرداخته اند. در فصول پیشین آوردیم که حکومت مطلوب از دیدگاه قرآن، سنت، فقها و فلاسفه حکومتی است که بر اساس حاکمیت خداوند تحقیق پذیرفته باشد و خداوند نیز در این دنیا ایفای این نقش مهم را بر عهده پیامبران و امامانی نهاده است که دارای ویژگی های خاصی هستند تا در پرتو آنها بتوانند بدون انحراف از قوانین و احکام الهی، جامعه اسلامی را رشد و شکوفایی بخشیده و آن را به سوی اعتقاد به دین و مکتب الهی سوق دهند. در حقیقت خداوند این لطف را در مرحله تمیز و تشخیص امام و حاکم جامعه اسلامی توسط مردم بر خود واجب کرده و یا ادّله طریق مردم را در شناخت آن رهبر ارشاد نموده است. همچنین آوردیم که در هر دو مکتب زمام جامعه اسلامی می بایست به اصول و مبانی دین آشنایی داشته باشد چرا که اگر در حکومت دینی حاکم دارای آگاهی های لازمه از دین نباشد ممکن است به اقداماتی دست بزنند که با اصول دین منافات داشته باشد و یا اینکه بی تدبیری رهبر، فجایع جبران ناپذیری را دامن گیر جامعه گرداند. در خصوص شرایط و معیار های انتخاب حاکم نیز ذکر کردید که حاکم در حکومت اسلامی باید دارای ویژگی ها از قبیل مکلف بودن، مسلمان بودن، عادل بودن، آزاد بودن، شجاع بودن باشد. در این میان چنانچه شرایط یاد شده که لیاقت و کفایت رهبر را برای اداره جامعه تضمین می کند لحاظ نشده باشد، نظارت نهادهای مسئول هیچ مشکلی را به طور اساسی حل نخواهد کرد. سرانجام اینکه قدرت نیز برای شخص باتقوا و عادل وسیله ای برای خدمت به مردم و خلق خدا و رساندن اعضای جامعه به کمال مطلوب و سعادت حقیقی می باشد.



فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابراهیم زاده آملی، نبی الله، حاکمیت دینی، ناشر: نمایندگی ولی فقیه در سپاه، محل نشر: تهران، سال نشر: ۱۳۹۲
۳. اسفندیاری، رجبعلی، مقاله حاکم مطلوب در اندیشه شیخ اشراق، مجله علوم سیاسی، سال پنجم، شماره هفدهم، بهار ۱۳۹۳
۴. سید رضی، نهج البلاغه، خطبه ها، نامه ها و حکمت های حضرت علی (ع)، ترجمه حسین انصاریان، نشر پیام آزادی، ۱۳۹۲
۵. فرهنگ فارسی عمید انتشارات امیر کبیر ۱۳۹۵
۶. مجله حکومت اسلامی، سال اول، شماره دوم، ص ۲۵، ۲۶ به نقل از تقریرات (البر الزاهر)
۷. کریمی، جعفر؛ ولایت فقیه، انتشارات اداره آموزش های عقیدتی سیاسی نمایندگی ولی فقیه، بهار ۱۳۹۲
۸. محقق حلی، محمد حسین نجفی، جواهر الکلام: فی شرح شرایع الاسلام، انتشارات قم موسسه صاحب الزمان (عج) ۱۴۱۶ قمری ۱۳۸۴
۹. نوروزی، محمد جواد، نظام سیاسی اسلام، ناشر: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی چاپ باقری چاپ سوم: زمستان ۱۳۸۹
۱۰. منتظری، حسینعلی (۱۳۶۹) مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۲ امامت و رهبری، ناشر نشر تفکر، زمستان ۱۳۸۹
۱۱. منتظری، حسینعلی، امامت و رهبری، نشریه: کیهان، تهران ۱۳۶۷



بررسی بزه سقط جنین در حقوق ایران

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

سعید شاه پور جانی

چکیده

پزشکی علمی است که همواره مورد نیاز بشر بوده و هست و چون پزشکان با سلامت و حیات انسان ارتباط دارند باید متعهد و متخصص بوده و تمام توان خود را برای حفظ سلامت و جان بیماران به کار گیرند چرا که خطای پزشکان سنگین و در اغلب موارد جبران ناپذیر است. بدین سبب در اکثر کشورها حساسیت و نظارت مستمر و دقیقی بر امر پزشکی و درمان صورت می پذیرد. در کشور ما نیز وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان نظام پزشکی این وظیفه را عهده دار هستند اما متأسفانه گاهی مشاهده می شود که عدم وجود هماهنگی های لازم بین این سازمانها باعث برهم خوردن سلامت جامعه می شود و گاهی نیز پزشکان سوگندی را که یاد نموده اند فراموش می کنند و اصول اخلاقی حرفه خود را رعایت نمی کنند و یا به دلیل بی احتیاطی آسیب های جسمی و روحی به بیماران وارد می کنند که در چنین مواردی بحث مسئولیت کیفری و مدنی آنان مطرح می شود. در این نوشتار مطالبی راجع به بررسی سقط جنین در حقوق ایران ارائه گردیده است که این مطالب باتوجه به مواد قانون مجازات اسلامی و فتاوی معتبر و منابع فقهی جمع آوری شده است. براساس مطالب یاد شده در طی متن عنوان می شود که بزه سقط جنین در حقوق ایران جرم بوده و شخص بزهکار باید متحمل مجازات شود. جرم سقط جنین به انواع عمدی و غیر عمدی تقسیم می شود که ارکان تشکیل دهنده جرم سقط جنین عمدی (قانونی، مادی، معنوی) در این نوشتار بررسی شده است.





بخش اول: تعریف سقط جنین و انواع سقط جنین

جنین در لغت به معنای «هر چیز پوشیده و مستور است و در اصطلاح پزشکی نیز موجودی است که پس از لقاح تخمک به وسیله اسپروماتوزوئید و پس از تقسیمات اولی سلول تخم حاصل می‌شود ولی هنوز دوران رشد خود را در داخل رحم مادر (یا کیسه جنینی در گیاهان) می‌گذرانند.»^۱ و سقط جنین نیز به معنای «افتادن جنین قبل از نمو کامل در رحم» است.^۲

بند اول: تعریف جنین

خداوند در آیات ۱۱ تا ۱۵ سوره مبارکه مؤمنون مراحل تکوین حیات را چنین بیان می‌دارند: «ولقد خلقنا الانسان من سلاله من طین ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغقه، فخلقنا المضغه عظاما فکسونا العظام لحماً ثم انشأناه خلقاً آخر فتارک الله احسن الخالقین» و به یقین، انسان را از عصاره‌ای از گل آفریدیم، سپس او را [به صورت] نطفه‌ای در جایگاهی استوار قرار دادیم، نگاه نطفه را به صورت علقه درآوردیم، پس آن علقه را [به صورت] مضغه گردانیدیم، و آگاه مضغه را استخوانهایی ساختیم، بعد استخوانها را با گوشتی پوشانیدیم، آنگاه [جنین را در] آفرینش دیگر پدید آوردیم. آفرین باد بر خدا که بهترین آفرینندگان است، بعد از این [مراحل] قطعاً خواهید مرد.»^۳ بدین جهت نیز قانونگذار ر م ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی بیان نموده است که «دذیه سقط جنین» به ترتیب زیر است:

- ۱) دیه نطفه که در رحم مستقر شده بیست دینار
- ۲) دیه علقه که خون بسته است چهل دینار
- ۳) دیه مضغه که به صورت گوشت درآمده است شصت دینار
- ۴) دیه جنین در مرحله‌ای که به صورت استخوان درآمده و هنوز گوشت نرویده است هشتاد دینار.
- ۵) دیه جنین که گوشت و استخوان بندی آن تمام شود و هنوز روح در آن پیدا نشده یکصد دینار تبصره، در مراحل فوق هیچ فرقی بین دختر و پسر نمی‌باشد.
- ۶) دیه جنین که روح در آن پیدا شده است، اگر پسر باشد دیه کامل و اگر دختر باشد نصف دیه کامل و اگر مشتبّه باشد سه ربع دیه کامل خواهد بود.»

^۱ - محمد، فرهنگ فارسی، جلد سوم، ص ۱۳۴۷

^۲ - معین، محمد، همان منبع، ص ۱۸۹۴

^۳ - فولادوند، محمد مهدی، ترجمه قرآن کریم ۳۸۲، سوره المؤمنون، ص ۳۴۲

در اصطلاح پزشکی سقط جنین به «بیرون شدن حاصل باروری از رحم، درحالی که موجود تکوین یافته قادر به زندگی در خارج از رحم نباشد»^۱

بند دوم: انواع سقط جنین

امروزه سقط جنین در سطح جهان رو به افزایش است و دلایل آن عواملی چون تنظیم خانواده و محدود گاه داشتن تعداد افراد خانواده، مخفی کردن روابط جنسی نامشروع و ممنوع قبل از ازدواج رسمی و قانونی، فرار از بارداری‌های ناخواسته، زنا و هتک ناموس به عنف و حتی در اثر تصادفات ناشی از رانندگی واقع می‌شود که انواع سقط جنین به شرح زیر می‌باشد.

الف) سقط جنین جنایی

اگر یکی از حالات زیر در سقط جنین به اثبات برسد جنایی محسوب می‌گردد:

اول: خروج محتویات رحمی قبل از موعد طبیعی توسط مادر با دستکاری رحم یا خوردن دارو یا ضربه عمدی به رحم (خودزنی)

دوم: دستکاری رحم با تجویز داروی ساقط کننده جنین توسط کسان دیگر

سوم: کارگیری وسایل مخصوص توسط طبیب یا ماما یا افراد غیرمجاز، برای خونریزی و سقط جنین و قطع حاملگی، بدون مجوز قانونی^۲

بنابراین، سقط جنین جنایی درحالتی اتفاق می‌افتد که عالماً و عامداً اقدام به اخراج جنین از رحم مادر می‌گردد.

ب) سقط جنین طبی

مطابق نظریه مشورتی شماره ۷/۲۶۱۰ مورخ ۱۳۷۷/۷/۱۵، اداره حقوقی قوه قضائیه: «سقط جنین جرم است و مرتکب باید کیفر مقرر را تحمل بنماید، مگر این که اقدام به سقط جنین برای نجات مادر باشد که در این صورت برابر مواد قانون مجازات اسلامی جدید رفتار می‌شود. بدیهی است چنانچه صاحب دیه با ابراء ذمه به سقط جنین رضایت داده باشد، دیگر حق مطالبه دیه جنین را نخواهد داشت.» با توجه به نظریه مشورتی ذکر شده اگر ادامه حاملگی برای مادر خطرناک بوده و یا موجب تشدید عوارض



^۱ - قضایی، صمد، پزشکی قانونی، ص ۵۳۶

^۲ - گودرزی، فرامرز و کیانی، مهرزاد، اصول طب قانونی و مسمومیت‌ها، ۱۳۸۰، ص ۳۰۷



بیماری وخامت حال وی گردد، پس از ارسال مدارک مربوط به مراجع قانونی، ارجاع آن به پزشکی قانونی صورت می‌پذیرد.^۱

بعد از اثبات حاملگی در معاینه، با بررسی‌های لازم و تأیید و مدارک و صدور نظر مبنی بر لزوم قطع بارداری، سقط جنین طبی انجام خواهد شد.

در حال حاضر به موجب ماده واحده قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۰ مجلس شورای اسلامی «سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر، توأم باشد قبل از ولوج روح (چهارماه) با رضایت زن، مجاز می‌باشد و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک معالج نخواهد بود. متخلفین از اجرای مفاد این قانون به مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی محکوم خواهند شد.»

در نتیجه براساس قانون مذکور، امکان سقط جنین صرفاً تا قبل از حلول روح در جنین تجویز شده است. لذا چنانچه کسی بعد از حلول روح با وجود اثبات عقب افتادگی یا ناقص الخلقه بودن جنین اقدام به سقط آن نماید قابل تعقیب و مجازات خواهد بود.

بر همین اساس پزشکی قانونی کشور اقدام به صدور دستورالعمل اجرایی قانون سقط جنی درمانی به شرح زیر نموده است:

دستورالعمل اجرایی قانون سقط جنین درمانی مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۰ مجلس شورای اسلامی:

الف) تعریف عناوین مطرح در قانون

۱) «سقط جنین درمانی» یا اسقاط درمانی جنین باتوجه به قانون مذکور عبارت است از ختم حاملگی تا چهار ماه از زمان لقاح با رعایت شرایط مندرج در قانون و این دستورالعمل.

۲) «پزشکی قانونی» به عنوان شخصیت حقوقی شامل ستاد، ادارات کل و مراکزی از سازمان پزشکی قانونی کشور می‌باشند که کارشناسی و بررسی در مورد سقط جنین درمانی در آنها صورت می‌پذیرد.

۳) «عقب افتادگی جنین» یعنی اختلال کامل یا نسبی در ساختار یا عملکرد دستگاه عصبی جنین به هر علتی که در نهایت منجر به تولد نوزاد زنده نشود و در صورت تولد با فاصله کوتاهی بمیرد یا دچار

^۱ - همان منبع، ص ۳۰۸

اختلال ذهنی یا جسمی باشد به نحوی که موجب حرج مادر گردد، ملاک تشخیص به عرف پزشکی و تأیید متخصصین ذیربط است.

۴) «ناقص الخلقه بودن جنین» عبارت است از عدم تشکیل و یا اختلال در تشکیل یا تکامل یک یا چند عضو بدن به هر علت، به طوری که جنین زنده متولد نشود و در صورت تولد با فاصله کوتاهی بمیرد یا معلول جسمی یا ذهنی باشد یا نباشد، ملاک تشخیص؛ عرف پزشکی و تأیید متخصصین ذیربط است.

۵) «حرج مادر» عبارت است از: نگرانی و سختی مادر، به نحوی که تحمل زنج و مشقت ناشی از ناقص الخلقه یا عقب افتادگی جنین خارج از توان وی باشد. بیماریهای جنینی قید شده در جداول پیوستی و بیماریها و اختلالاتی که متعاقباً پس از بررسی در کمیته‌های کارشناسی اعلام خواهد شد، در صورت درخواست از مصادیق حرج مادر است.

۶) «بیماری مادر» عبارت است از وضعیت بالینی و پزشکی مادر که تداوم بارداری در آن تهدید جانی برای وی تلقی گردد. ملاک تشخیص؛ عرف پزشکی و تأیید متخصصین ذیربط است.

۷) «مادر» یعنی خانم بارداری که متقاضی انجام عمل سقط جنین درمانی است.

۸) «رضایت زن» یعنی اجازه کتبی و آگاهانه مادر، برای انجام عمل سقط جنین درمانی که توسط گروه پزشکی پس از آگاه سازی کامل وی از وضعیت موجود و عواقب قبول یا رد عمل مذکور اخذ می‌گردد.

ب، مراحل بررسی و صدور مجوز سقط جنین درمانی:

۱) درخواست بررسی و صدور مجوز سقط جنین درمانی، باید تنها در ادارات کل پزشکی قانونی استانها و نیز، مراکز پزشکی قانونی شهرستانهایی که شرایط لازم در این خصوص را با تأیید معاونت پزشکی و بالینی سازمان داشته باشند، تا ۴ ماه از زمان لقاح پذیرش گردد.

۲) ارایه حداقل سه مشاوره تخصصی در تأیید تشخیص و یک نوبت سونوگرافی با تعیین سن جنین ضروری است.

۳) حضور زوجین، با مدارک شناسایی معتبر و تکمیل فرم مربوطه در پزشکی قانونی الزامی است. در صورت عدم حضور یا عدم دسترسی به پدر جنین یا وکیل وی، استعلام مراجع ذیصلاح قضایی جهت بررسی و صدور مجوز سقط جنین درمانی ضروری می‌باشد.

۴) در صورتی که علت درخواست؛ بیماری جنین باشد که در جداول پیوستی به آن اشاره نشده است، موضوع باید پس از تأیید حداقل سه نفر متخصص مربوطه به تأیید ریاست سازمان برسد.





۵) مجوز سقط جنین درمانی، باید عکس دار و با مشخصات کامل هویتی مادر صادر گردد.
 ۶) آمار و اطلاعات کل درخواستها و مجوزهای صادر شده، باید در پایان هر ماه به معاونت پزشکی و بالینی ارسال گردد.

۷) مسئولیت حسن اجرای این دستورالعمل با مدیر کل استان است.

ج) سقط جنین خودبخودی یا مرضی

«در خصوص این نوع سقط باید بیان نمود؛ بسیاری از بانوان به علل ارشاً آناتومیک، ابتلا به بیماریهای گوناگون و سایر علل ناشناخته دیگر، دارای زمینه برای سقط جنین هستند و با اندک استرس روحی یا صدمه فیزیکی سقط جنین می‌نمایند.»^۱ چنانچه ملاحظه می‌گردد جنین سقطی علی‌رغم میل و خواسته زن حامله و به لحاظ وجود بیماری و یا سایر علل دیگر که خارج از اراده او می‌باشد، حادث می‌شود و فاقد وصف مجرمانه است.

د) سقط جنین ضربه‌ای

اصولاً در این سقط که به دنبال حوادث و صدمات ضربه‌ای پیش می‌آید، اثبات رابطه علیت بین ضربه و سقط بسیار مشکل است و نیاز به همکاری مقام قضایی و پزشکان دارد، زیرا گاهی با اندک ضربه‌ای، سقط پیش می‌آید و گاهی در صدمات شدید لگنی جنین سالم می‌ماند.^۲

بخش دوم: بررسی ارکان تشکیل دهنده سقط جنین عمدی

جرم سقط جنین به انواع عمدی و غیرعمدی تقسیم می‌شود که ارکان تشکیل دهنده جرم سقط جنین عمدی (قانونی، مادی، معنوی) در این نوشتار بررسی شده است.

بند اول: بررسی رکن قانونی در قوانین سابق مجازات اسلامی

قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ مواد ۱۸۱ تا ۱۸۳ به جرم سقط جنین اختصاص داشت و حسب این مواد برای هر کسی که در ارتکاب این جرم، خواه به نحو مباشرت و یا معاونت دخالت می‌کرد، مجازات پیش‌بینی می‌نمود که مواد مذکور در قانون مجازات سابق به شرح زیر بودند:

ماده ۱۸ «هرکس به واسطه دادن ادویه و یا وسایل دیگری موجب سقط حمل زنی گردد جزای او از یک تا سه سال حبس جنحه‌ای است و اگر زن حامله را دلالت به استعمال وسایل مذکور نماید جزای او از سه تا شش ماه حبس جنحه‌ای خواهد بود.»

^۱ - همان منبع، ص ۳۰۸

^۲ - همان منبع، ص ۲۰۹

ماده ۱۸۲ «زنی که عالماً بدون اجازه طیب، راضی به خوردن ادویه یا مأكولات یا مشروبات یا استعمال وسایل مذکوره شده یا تمکین از استعمال آن وسایل کرده و به این واسطه حمل خود را ساقط کرده باشد، مجازات او از یک تا سه سال حبس جنحه‌ای است و اگر این اقدام زن در نتیجه امر شوهر خود باشد زن از مجازات معاف و شوهر به مجازات مذکور محکوم خواهد شد.»

ماده ۱۸۳ «طیب یا قابله یا جراح یا دوا فروش و اشخاصی که به عنوان طبابت یا قابلگی یا جراحی و یا دوافروشی، وسایل سقط حمل را فراهم می‌آورند، از سه تا ده سال حبس جنایی درجه یک محکوم خواهند شد، مگر اینکه ثابت شود که این اقدام طیب یا قابله یا جراح برای حفظ حیات مادر باشد.» همچنین لازم به ذکر است مواد ۹۰ و ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۲، در مورد جرم سقط جنین مقرر می‌نمود:

ماده ۹۰ «هرکس زن حامله را دلالت به استعمال ادویه یا وسایل دیگری که موجب سقط حمل می‌گردد بنماید به سه الی شش ماه حبس محکوم خواهد شد.»

ماده ۹۱ «اگر زن حامله برای سقط جنین به طیب و یا قابله مراجعه کند و طیب هم عالماً عامداً مباشرت به اسقاط جنین بنماید، دیه جنین به عهده اوست و اگر روح در جنین دمیده شده باشد، باید قصاص شود و اگر او را به وسایل اسقاط جنین راهنمایی کند به شش ماه تا سه سال حبس محکوم خواهد شد.»

بند دوم: رکن مادی در رویه های قضایی موجود

۱، وجود جنین یا حامله بودن زن: مطابق نظریه مشورتی شماره ۷/۲۱۷۱ مورخ ۱۳۶۶/۶/۷، اداره حقوقی قوه قضائیه «چون در جمهوری اسلامی ایران افراد متساوی الحقوق هستند و افراد متولد از زنا نیز از حق حیات بهره‌مند می‌باشند بنابراین جنین ناشی از زنا مانند جنین ناشی از حلال حق حیات دارد و سقط او در حد جنین ناشی از حلال دارای کیفر و مجازات می‌باشد.» در نتیجه از آنجایی که بزه سقط جنین، جرمی مقید به حصول نتیجه می‌باشد، لذا برای تحقق آن وجود جنین و یا حامله بودن زن شرط است. بنابراین؛ چنانچه کسی بر روی زنی اقدام به انجام عملیاتی جهت سقط جنین او نماید، ولی بعداً کاشف گردد که مجنی علیه حامله نبوده، چنین شخصی به لحاظ سقط جنین عمدی قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود و عملیات انجام شده را جرم محال می‌نامند و در صورتی که زن حامله باشد ولی



وسيله ارتكاب جرم خراب باشد، جرم عقیم است، که در قوانین جزایی ایران، مجازاتی برای جرم عقیم و جرم محال پیش‌بینی نگردیده است.^۱

۲، رفتار فیزیکی: دومین جزء رکن مادی بزه سقط جنین عمدی، فعل مرتکب می‌باشد. برای تحقق سقط جنین عمدی باید از ناحیه مرتکب فعل مثبت مادی به نحو مباشرت و یا معاونت صورت پذیرد؛ بنابراین ترک فعل نمی‌تواند به عنوان رکن مادی این جرم محسوب شود. وسایلی که برای اسقاط جنین مورد استفاده قرار می‌گیرد، ممکن است فیزیکی و یا شیمیایی باشد؛ وسایل فیزیکی شامل استفاده از ابزار کورتاژ و یا ایراد هر نوع صدمه جسمی مانند اذیت و آزار می‌باشد و وسایل شیمیایی نیز تزریق آمپول، تجویز و خوردن دارو و استفاده از سایر ادویه جات، مأکولات و مشروبات را دربر می‌گیرد. ملاحظه می‌گردد سقط جنین در قانون مجازات اسلامی جدید، سقط از راه ضرب و یا اذیت و آزار زن حامله است که شامل اذیت و آزار روحی او نیز می‌شود. منظور از ضرب انجام فعلی است که تمامیت جسمی زن حامله را مورد تعرض قرار داده و منتهی به سقط جنین شود. بنابراین اصابت ضربه به جنین شرط نیست و وسیله ایراد ضرب هم مؤثر در مقام نمی‌باشد. منظور از اذیت و آزار به معنای رنج، عذاب، شکنجه، اندوه، غم و تألم است که برخلاف «ضرب» بر تمامیت بدن زن حامله اصابت نمی‌کند ولی موجب تألم، زحمت و به ستوه آوردن وی می‌گردد و در نهایت منتهی به سقط جنین می‌شود. رفتارهای ذیل را می‌توان از مصادیق اذیت و آزار محسوب کرد، انفجار صوتی؛ اسلحه کشیدن؛ تحریض سگ درنده، آمیزش خشونت آمیز در روزهای آخر حاملگی، فحاشی یا ادای سخنان رکیک، فریاد کشیدن و امثال آنها.

دادنامه شماره ۹۷۸۰ شعبه دوم دیوان عالی کشور: «اگر فوت و سقط جنین مستند به فعل متهم نبوده بلکه در موقع بیرون آوردن از رحم مرده بوده است، عمل جنبه کیفری نخواهد داشت.»

قانونگذار در این رابطه به دو گروه از اشخاص اشاره داشته که عبارتند از:

۱، «طیب، ماما یا داروفروش» که برابر مقررات و قانون تشکیل وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی مجاز به طبابت، مامایی و داروفروشی هستند.

۲، «اشخاصی که به عنوان طبابت یا مامایی یا جراحی یا داروفروشی اقدام می‌کنند.»

^۱ - زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی (تغزیرات)، جلد دوم، ص ۹۵

به نظر می‌رسد این امر و این مسئله شامل افرادی می‌گردد که دارای مجوز رسمی از وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی برای انجام چنین مشاغلی نمی‌باشند؛ بنابراین افراد می‌بایست سقط جنین را شغل و حرفه خود قرار داده و به عبارت دیگر به این امور اشتغال داشته باشند و چنانچه فردی به این امور هم اشتغال نداشته باشد، حتی به طور غیررسمی ولی چنین عناوینی را اتخاذ نمایند، مشمول این امر خواهد بود. ملاحظه می‌گردد که این امر ناظر به اسقاط جنین شاغلین امور پزشکی می‌باشد. بنابراین، چنانچه پزشک یا ماما یا داروساز، اقدام به معاونت و یا مباشرت در سقط جنین نمایند مشمول این حکم می‌شوند.

بند سوم: رکن معنوی جرم سقط جنین

برای تحقق جرم سقط جنین عمدی لازم است که:

اولاً: مرتکب به حامله بودن زن عالم باشد؛ یعنی اطلاع و آگاهی داشته باشد که زن حامله است. بنابراین چنانچه کسی نسبت به این امر جاهل باشد «مثلاً چنانچه شخصی، صدمات و ضرباتی بر یک زن حامله بدون اطلاع از حامله بودن وی وارد نماید که منجر به سقط حمل شود»^۱ از این حیث قابل تعقیب نیست.

ثانیاً: نه تنها در اقدامات مادی که سبب سقط جنین می‌شوند باید عمد داشته باشد، بلکه خواهان حصول نتیجه مجرمانه (سقط جنین) نیز باشد. بنابراین، چنانچه پزشکی اطلاعی از حامله بودن بیمار نداشته باشد و اقدام به تجویز دارویی نماید که سبب سقط گردد؛ به عنوان سقط جنین عمدی قابل تعقیب نخواهد بود و نیز همچنین است اگر کسی بدن اطلاع از حامله بودن زن با ایراد ضربه‌ای به شکم او سبب سقط جنین شود.

بخش سوم: مجازات سقط جنین عمدی

در این راستا با عنایت به نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۸۱ مورخ ۱۳۸۲/۳/۵ اداره حقوقی قوه قضائیه در هر مورد که اشخاص مذکور در مواد مرقوم محکوم به مجازات مقرر قانونی می‌گردند حکم به پرداخت دیه نیز مطابق مقررات قانونی علیه آنان صادر می‌شود و آنان مسئول پرداخت دیه خواهند بود.

بند اول: مجازات سقط جنین عمدی از ناحیه افراد عادی



^۱ - گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، تهران، چاپ ششم، ص ۱۶۳



در این راستا باید توجه داشت باتوجه به نظریه مشورتی شماره ۷/۴۱۰۷ مورخ ۱۳۸۴/۶/۲۰ اداره حقوقی قوه قضائیه: «چنانچه زوجه عمداً حمل را سقط کند تقاضای قصاص نفس برای زوج محفوظ می‌باشد.» چنانچه افراد عادی به واسطه ضرب یا اذیت و آزار زن حامله و یا دادن ادویه یا وسایل دیگری موجب سقط جنین وی شوند و یا اینکه او را به وجود چنین وسایلی دلالت نمایند؛ علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص، حسب مورد به حبس از یک تا سه سال و یا سه تا شش ماه محکوم خواهند شد.

بند دوم: مجازات سقط جنین عمدی از ناحیه شاغلین امور پزشکی

با عنایت به نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۸۱ مورخ ۱۳۸۲/۳/۵ اداره حقوقی قوه قضائیه: «به صراحت مواد قانون مجازات اسلامی در هر مورد که اشخاص مذکور در قانون مذکور محکوم به مجازات مقرر قانونی می‌گردند حکم به پرداخت دیه نیز مطابق مقررات قانونی علیه آنان صادر می‌شود و آنان مسئول پرداخت دیه خواهند بود. قابل ذکر است که این امر قابل تسری به مادر نیست و در مورد وی مقررات مواد قانون مجازات اسلامی جدید قابل اعمال نخواهد بود.» اگر پزشک، ماما، داروساز و یا سایر شاغلین امور پزشکی، اقدام به مباشرت و یا معاونت در اسقاط جنین نمایند، علاوه بر پرداخت دیه، به حبس از دو تا پنج سال نیز محکوم می‌شوند.

ملاحظه می‌گردد که در این راستا قانونگذار باتوجه به شخصیت مرتکبین این جرم اقدام به تشدید مجازات نموده است. سئوالی که در این جا مطرح می‌شود این است که مجازات سقط جنین دارای روح چیست؟

در پاسخ باید بیان نمود که در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد:

۱، برخی با استناد به نظر مشهور فقهای امامیه قائل به مجازات قصاص می‌باشند؛ به همین دلیل در ماده ۹۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ بیان شده بود:

«اگر زن حامله برای سقط جنین به طبیب یا قابله مراجعه کند و طبیب هم عالماً و عامداً مباشرت به اسقاط جنین بنماید. دیه جنین به عهده اوست و اگر روح در جنین دمیده باشد باید قصاص شود.»

۲، اما عده دیگری بر این عقیده‌اند که مجازات سقط جنین در هر مرحله‌ای از مراحل تکامل جنینی که باشد، مستوجب قصاص نیست و استدلال گروه اول را این چنین رد نموده‌اند:

الف) واژه قتل در زبان عربی گاه به معنای نابود کردن به کار می‌رود و نه قتل در مفهوم اصطلاحی آن، همچنان که در بعضی از کتب عربی از قتل حیوان نیز نام برده می‌شود.

ب) در خصوص برابری دیه جنین دارای روح با دیه انسان کامل مواد دیگری در قانون وجود دارد که علیرغم این برابری قتل وی موجب قصاص دانسته شده است.

ج) مقنن در مواد قانون مجازات اسلامی به حکم قصاص به دلیل جنایت وارده به مادر اشاره کرد، نه به لحاظ جنایت وارده بر جنین، برای این که چنانچه موضوع اخیر مدنظر می‌بود، می‌بایست قانونگذار در مواد قانون مجازات اسلامی جدید به قصاص مرتکب سقط جنین اشاره می‌نمود. از سوی دیگر، در صورت پذیرش این استدلال این مسئله مطرح می‌گردد که قتل انسان کامل صرفاً دارای مجازات قصاص است درحالی که سقط کننده جنین علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد، به حبس از یک تا سه سال محکوم خواهد شد که این عدم تناسب قابل توجیه نمی‌باشد. بدین ترتیب، با توجه به عدم وجاهت ادله فوق‌الذکر و با عنایت به حذف حکم صریح قصاص که برای جنین دارای روح در ماده ۹۱ «قانون تعزیرات» سابق پیش‌بینی شده بود در قوانین لاحق، و اشاره قانون مجازات اسلامی به این که «دیه سقط جنین در موارد عمد و شبه عمد برعهده جانی است و در موارد خطای محض برعهده عاقله اوست خواه روح پیدا کرده باشد و خواه نکرده باشد.» و نیز اصل تفسیر نصوص جزایی به نفع متهم و لزوم رعایت احتیاط در حفظ دما «مطابق قوانین فعلی ایران سقط جنین در هیچ حالتی قتل محسوب نمی‌شود. بنابراین حقی در صورت عمدی بودن، مجازات آن هیچگاه نمی‌تواند قصاص باشد، که این موضوع با موضع سایر کشورها و نظام‌های حقوقی و نیز با مقررات بیش از انقلاب مطابقت دارد.»



نتیجه گیری

باید در جمع بندی کلی این مقاله توجه داشت بر اساس قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ اگر کسی به انگیزه حفظ حیات مادر اقدام به «مباشرت» در اسقاط جنین کند به عنوان سقط جنین عمدی قابل تعقیب است و استناد به چنین عذی مبنی بر این که زن حامله به صورت بیهوش به بیمارستان منتقل شده بود و پس از بررسی معلوم شد که علت بی‌هوشی ناشی از حاملگی است و چنانچه سقط جنین صورت نمی‌گرفت فوت می‌کرد و ادامه حیات مادر منوط به انجام سقط بوده و تمامی مدارک را نیز در این خصوص ارایه کند، باز هم عذر او پذیرفته نیست مگر این که اسقاط جنین در چهارچوب مقررات قانون سقط درمانی صورت گرفته باشد. قانون مجازات اسلامی در خصوص جواز یا عدم جواز اسقاط جنین بعد از مرحله حلول روح و هنگامی که «حیات مادر و جنین» در معرض خطر است حکمی ندارد. حال سئوالی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا در چنین شرایطی امکان اسقاط جنین برای نجات جان مادر وجود دارد یا خیر. در نتیجه باتوجه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر سقط جنین در ایران جرم شناخته شده و برای آن مجازات در نظر گرفته شده است که به نظر اینجانب قصاص بیان شده در مواد قانونی قانون مجازات اسلامی ۹۲ توسط قانونگذار برای حمایت از مادر در صورتی که مادر مجروح شود یا به قتل برسد، می‌باشد چون جنین قصاص ندارد و جنین را در حکم آدم زنده نمی‌دانم و نهایتاً باید منشأ انسانی چیزی که از زن ساقط می‌شود، مسلم باشد.



فهرست منابع

۱. الهی منش، محمدرضا، حقوق کیفری و تخلفات پزشکی، تهران، انتشارات مجد ۱۳۹۳
۲. پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، چاپ سوم، تهران، مؤسسه دانشگاه تهران ۱۳۹۴
۳. خامنه‌ای، سید علی رساله اجوبه الاستفتائات، چاپ چهارم، تهران، شرکت چاپ و نشر بین‌الملل
۴. زراعت، عباس شرح قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، چاپ دوم، کاشان، نشر فیض
۵. صادقی، محمدهادی، جرایم علیه اشخاص، چاپ چهاردهم، تهران، نشر میزان ۱۳۹۵
۶. قضایی، محمد، پزشکی قانونی، چاپ دوم تهران، دانشگاه تهران
۷. گودرزی، فرامرز و کیانی، مهرزاد، اصول طب قانونی و مسمومیت‌ها، چاپ اول تهران، روزنامه رسمی ۱۳۸۸
۸. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، چاپ ششم، تهران، جهاد دانشگاهی ۱۳۸۹
۹. معین، محمد، فرهنگ فارسی، ۶ جلد، چاپ بیست و سوم، تهران، امیرکبیر
۱۰. میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، چاپ دهم، تهران، نشر میزان ۱۳۹۲



مطالعه تطبیقی حقوق معنوی مولف

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

عرفان اکبری

چکیده:

حق معنوی مولف از جمله حقوق مولف است که نوعی مالکیت فکری تلقی می‌شود. در دهه‌های اخیر هم در بعد ملی و هم در بعد بین‌المللی حق معنوی مولف مورد توجه خاص قرار گرفت؛ در این راستا در مقررات و قوانین داخلی بسیاری از کشورها هم جهت با کنوانسیون‌های بین‌المللی تصویب شده در این زمینه تغییرات عمده‌ای صورت گرفته است. از آنجا که این موضوع در حقوق ایران کمتر بررسی و تحلیل شده است، در این مقاله ابعاد حقوقی و فقهی موضوع بررسی و اشکالات و ابهامات قانونی آن یادآور شده است. همچنین ضمن تاکید بر نظریه‌های فقهی مبنی بر لزوم رعایت حق معنوی مولف انواع این حق و ضمانت اجرای حمایت از آن حق تبیین شد.





بخش اول: کلیات

در قرن حاضر، به علت رشد روزافزون فن آوری، ارتباط هر چه بیشتر ملتها و به هم نزدیکتر شدن فرهنگها و تمدنها، مالکیتهای فکری از اهمیت خاصی برخوردار شده‌اند. یکی از انواع مالکیتهای فکری، مالکیت ادبی و هنری است، که حق مولف را نیز در بر دارد. از دیر باز، این حق مورد توجه بوده و بویژه از زمان پیدایش صنعت چاپ، اهمیت فراوانی یافته است. حق مولف، به دو نوع: معنوی و مادی تقسیم می‌شود. براساس حق معنوی، مولف دارای یک سلسله امتیازات غیرمالی و قانونی است، که ارتباط ویژه‌ای با شخصیت وی دارد. حق انتشار اثر، حق حرمت اثر، حق حرمت نام و عنوان مولف، حق عدول یا استرداد اثر و حق جایزه و پاداش، از جمله حقوق معنوی مربوط به مولف است که وی می‌تواند به طور مستقیم در زمان حیات، از آنها برخوردار شود و بعد از فوت وی نیز ادامه می‌یابد. در حقوق همه کشورهای متمدن برای حمایت از حقوق مزبور، مقرراتی وضع شده است. چون بسیاری از آثار ادبی و علمی از مرزهای کشور اصلی خارج می‌گردد. و در کشورهای دیگر استفاده می‌شود، لذا حمایت از این حق جنبه بین‌المللی یافته و کنوانسیون‌های بین‌المللی متعددی در این باره منعقد شده است؛ که از مهمترین آنها می‌توان کنوانسیون‌های: برن (۱۸۸۶م)، ژنو (۱۹۵۲م) و تجدید نظر شده (۱۹۷۱م) پاریس و سازمان جهانی مالکیت معنوی را نام برد. در حقوق ایران نیز بعد از مدتها نابسامانی، سرانجام قانون تقریباً جامعی با عنوان: «قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان» در سال ۱۳۴۸ به تصویب رسید. در این مقاله، حقوق معنوی مولف را براساس مقررات و قوانین مزبور و همچنین به طور تطبیقی با حقوق فرانسه و اسلام، بررسی و تحلیل می‌کنیم.

بند اول: تعریف حق معنوی مولف

قانونگذار ایران حق معنوی مولف را تعریف نکرده است، ولی با توجه به مواد مختلف قانون مصوب ۱۳۴۸ و استفاده از حقوق تطبیقی، می‌توان آن را چنین تعریف کرد. پس باید توجه داشت حقوق معنوی، مزایایی است قانونی غیرمادی و مربوط به شخصیت پدید آورنده یک اثر فکری که به موجب آن، وی برای همیشه از یک دسته حقوق خاص برخوردار است. به سبب وجود این حق، مطالعه محتوای حق مولف شروع می‌شود. این حق از نظر حقوقی، بیان کننده رابطه‌ای است که اثر را به آفریننده آن مربوط می‌سازد. به سبب وجود همین حق، امتیازات ویژه‌ای برای شخص پدید آورنده به وجود می‌آید که حتی مرگ پدید آورنده نیز آن را از بین نمی‌برد، بلکه ترکیب اثر را به ورثه یا قائم مقام‌های مولف متوفی، با حفظ نام وی، منتقل می‌سازد. در حقوق فرانسه و

کنوانسیون‌های بین‌المللی حق مولف، تعریفی از حق معنوی مولف ارائه نشده است. برخی از حقوقدانان از این تاسیس، با عنوان: «حقوق اخلاقی» **Droir Moral** یاد کرده‌اند. برای نخستین بار در قرن هجدهم میلادی، امانوئل کانت، دانشمند و فیلسوف آلمانی، به حق اخلاقی مولف اشاره کرد. به دنبال آن، حقوقدانان این نظریه را تایید کردند. در سال ۱۹۲۸م، برای نخستین بار کنفرانس بین‌المللی رم، حق اخلاقی مولف را به طور رسمی شناساند و به دولتهای عضو «اتحادیه برن» توصیه کرد که قوانین حق مولف را در این زمینه کامل کنند. (مشیریان، ۱۳۳۹، ص ۳۷). پیشنهاد حق معنوی مولف درباره وجود یا ظهور حقوق معنوی مولف در جوامع باستانی، عقاید مختلفی از سوی حقوقدانان و تاریخ‌نویسان بیان شده است. به عنوان نمونه، آندره موریو حقوق معنوی مولف از زمانی که انسان توانست قلم یا قلم مویی در دست بگیرد، وجود داشته است. مبدا، چنین حقی، در ظلمات اعصار ناپدید است. به محض اینکه ادبایى به وجود آمد، سرقت ادبی از سوی عموم مردم سرزنش و ملامت شد. و به محض اینکه قوانین تدوین شد، مرتکب این سرقت مجازات گردید. از میان شواهد متعددی که در یونان و روم وجود داشته، ۲ نمونه معروفیت خاص یافته‌اند. نمونه اول، مربوط به هرمودور **Hermodore**، از شاگردان افلاطون، است. هرمودور پس از استفاضه از محضر استاد، یادداشتهایش را با خود به سیسیل برد و در آنجا فروخت. این عمل که بدون اجازه افلاطون بود، نه تنها شماتت اهل علم و ادب آن زمان را در برداشت، بلکه خشم مردم را نیز برانگیخت. مثال دوم، برگرفته از ادبیات روم و مربوط به سیسرون **Ciceron**، خطیب مشهور رومی، است. سیسرون در نامه‌ای به دوست و ناشر خود، آتیکوس **Atticus**، وی را سخت سرزنش می‌کند که چرا بدون اجازه‌اش، به بالبوس **Balbus** اجازه داده است که از یکی از آثار او که هنوز درباره انتشارش تصمیمی نگرفته است، رونویسی کند و آن را منتشر نماید. بنابراین، حق انتشار اثر، یکی از مصادیق حقوق معنوی مولف، در عهد باستان وجود داشته است. البته، نبود متن قانونی در این زمینه، به این سبب بود که در روم قدیم، ضرورت حمایت از پدیدآورندگان اثر به هیچ وجه احساس نمی‌شد. وضع اجتماعی نویسندگان که هم مورد لطف و احترام بودند و هم پادشاهای مادی دریافت می‌کردند، به آنان فراغت کامل می‌داد تا با همه وجود به هنر خود بپردازند. از این رو، هرگز آنان درخواست نمی‌کردند تا حقوقشان نسبت به کسب امتیازات مادی و معنوی، جنبه رسمی به خود بگیرد. در قرون وسطی، در همه جا و همه رشته‌ها، نوعی انحطاط دیده می‌شود. علت آن، از هم پاشیدگی اصل تمرکز قوا در امپراتوری روم و از بین رفتن بازار آزاد برای آثار فکری است؛





بازاری که کلیسا آن را تحت حکومت و سلطه خود قرارداد، و کمتر اثری به ثمر نشست و بویژه به مرحله نشر رسید. از سوی دیگر، برای اینکه اثری از لحاظ حقوق معنوی مولف قابل حمایت شود، می‌بایست اعتقاد به اینکه اثرزاده فکر و نبوغ مولف است، در جامعه ریشه گرفته باشد. در حالی که در اوایل قرون وسطی، اعتقاد مردم و بویژه اهل کلیسا، بر آن بود که اثر، مظهري از الهام الهی است. بنابراین، مولف آن نمی‌تواند حق اختصاصی بر آن داشته باشد. به طور مثال، مولف می‌تواند در صورت تحریف و تغییر اثرش، حق اعتراض داشته باشد. این حق، بیشتر به صورت نفرین و تهدید به مجازاتهای الهی علیه کسانی که اثر را تحریف کرده‌اند، آشکار می‌شد. این اوضاع نامساعد، با اختراع صنعت چاپ دگرگون شد، زیرا فن چاپ نتایج بسیار مهمی از نظر نشر آثار فکری و مآلاً حصول و شمول منافع شخصی و معنوی مولفان داشت. اختراع فن آوری نشر و تکثیر اثر به طریقی که بتواند در زمان کمی، پدید آورنده را در کشورهای مختلف با خوانندگان بسیاری ارتباط دهد و آنان را با تفکر او آشنا سازد، خود باعث می‌شود که نیاز به دفاع و حمایت از حقوق مولف در مقابل انتشار غیر مجاز اثر، در مقیاس وسیعتر و به صورت تازه‌ای احساس شود. لذا، از قرن شانزدهم میلادی به بعد، اختراع صنعت چاپ شکوفایی تراوشات فکری را موجد شد، و پدید آورندگان آثار ادبی و هنری را برارزش و اعتبار خود واقف کرد بتدریج، این آگاهی مولفان را در راه استیفای حقوقشان مصمم نمود. با فرا رسیدن قرن هیجدهم میلادی، اندیشه‌ها، عادات و سنن جوامع اروپایی عمیقاً تغییر کرد. پدید آورندگان آثار ادبی که به حقوق خود واقف نشده بودند، کوشیدند تا به حقشان، به طور قانونی جامعه عمل بپوشانند. لذا، از همان اوایل قرن هجدهم میلادی، در فرانسه تذکره‌ای با عنوان: «تذکره مربوط به نظرات ناشران پاریس» دست به دست می‌گردید. این تذکره، بخوبی طرز فکر مولفان نسبت به ناشران را، که فروش کتب در انحصار آنان است، آشکار می‌سازد.

الف: پیشینه حق معنوی مولف در حقوق ایران برای بررسی پیشینه حقوق معنوی مولف در حقوق ایران، باید دو مرحله: فقدان قاعده حقوقی و تدوین قوانین را در نظر گرفت. در بررسی مرحله اول اگر به گذشته برگردیم، به دورانی می‌رسیم که هیچ‌گونه قاعده و ضابطه مدونی درباره این حقوق در ایران وجود نداشت، و صرفاً اگر اتفاقی نیز می‌افتاد، در حد نکوهش و ذم اخلاقی با آن برخورد می‌شد. بنابراین، مالکیت ادبی و هنری به معنای امروزی، پدیده‌ای نیست که بتوان در جوامع اولیه سرزمین ایران جای پای از آن یافت (آذری، ۱۳۶۰، ص ۱۲).

البته، اموری همچون: نقل اقوال دیگران بدون ذکر ماخذ و انتساب اثر دیگران به خود، در گذشته وجود داشت. به عنوان مثال، ابوالحسن علی بن عثمان جلائی هجویری غزنوی در مقدمه کتاب خود، کشف المحجوب چنین می نویسد (مرادی، ۱۳۵۲، ص ۴۳) دیوان شعرم، کسی بخواست و بازگرفت. و اصل نسخه، جز آن نبود. آن جمله را بگردانید و نام من از سر آن بیفکنید و رنج من ضایع کرد؛ تاب الله علیه. و دیگر، کتابی کردم هم از طریقت تصوف، نام آن منهاج الدین. یکی از مدعیان، نام من از سر آن پاک کرد و به نزدیک عوام چنان نمود، که وی کرده است. مولف کتاب مفاخر اسلام نیز در این باره می نویسد:

سرقت افکار و اندیشه ها، چه به صورت فکر یا عین عبارت، آن هم قسمتی از مطلب در رساله یا کتابی، با تعویض مقدمه کتاب و نامگذاری آن به نام خود یا دیگری، سابقه طولانی دارد و بیشتر در میان شعرا رایج بوده است. درباره مرحله دوم باید گفت که در سال ۱۳۰۹، اولین قرارداد مالکیت ادبی میان ایران و آلمان از سوی مجلس شورای ملی تایید شد. پس از استقرار رژیم مشروطه و افزایش نشر کتاب، نیاز به قوانین حاکمیت از مولفان، روز به روز بیشتر شد. در آن زمان، فقط ماده ۲۴۵ تا ۲۴۸ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۰ مرداد ۱۳۱۰، ناظر به حقوق مولفان بود؛ که آن هم این هدف را تامین نمی کرد. لذا، در نیمه دوم سال ۱۳۳۴، ۲۲ نفر از نمایندگان مجلس شورای ملی تحت تاثیر تلاشهایی برای حمایت حق مولف، به فکر تهیه قانون افتادند. بدین ترتیب، طرحی مشتمل بر ۹ ماده و ۲ تبصره، تهیه و به مجلس تقدیم شد. بلافاصله، طرح مذکور به کمیسیون فرهنگ ارجاع شد، ولی بی دفاع ماند. پس از ۲ سال فترت، در سال ۱۳۳۶ به علت فشار هنرمندان و مولفان، کمیسیون مامور تهیه لایحه تالیف و ترجمه، کار خود را تمام کرد و دولت لایحه قانونی آن را مشتمل بر ۱۶ ماده و ۳ تبصره، به مجلس سنا تسلیم نمود. در سال ۱۳۴۲، وزارت فرهنگ و هنر به فکر افتاد تا برای حمایت از هنرمندان و مولفان، طرحی جدید به وجود آید. آقای محمد تقی دامغانی، مامور نوشتن این طرح شد. در فروردین ۱۳۴۳، این طرح در ۹۷ ماده به چاپ رسید. در سال ۱۳۴۶، وزارت فرهنگ و هنر با گردآوردن دست اندرکاران وزارتخانه، طرح «لایحه حمایت از مولفین و مصنفین و هنرمندان» را تهیه کرد. این لایحه در آبان ۱۳۴۷ به مجلس تقدیم شد.

بند دوم: پیشینه حق معنوی مولف در حقوق اسلام

در هیچ کدام از ابواب فقهی کتب فقهای قدیم، بحث حق مولف یافت نمی شود. تا آنجا که بررسی صورت گرفته است، روایتی نیز در این باره وجود ندارد. لذا، حقوق مذکور از مسائل تقریباً جدید





است، که فقهای معاصر آن را تحت عنوان «مسائل مستحدثه» مطرح کرده‌اند، و در سطح جهان و در میان جوامع اروپایی به صورت قانونی مطرح شده است. طرح نشدن حقوق مولف در بین فقها، کاملاً طبیعی است. مسلماً، تا موضوعی به عنوان مشکل جامعه و برای افراد جامعه به وجود نیاید، طرح نشدن آن در فتاوی مجتهدان و فقهای عظام، عادی به نظر می‌رسد. اما از زمانی که موضوع مذکور به عنوان یکی از مشکلات جامعه مطرح شد، فقیه با درک زمان و مکان و برای رفع تحیر و انجام دادن تکلیف مکلفان، حکم مسئله را بیان می‌کند.

حمایت معنوی از مولف، جزء ابتدایی‌ترین حقوق هر نویسنده است. تغییر و تحریف آثار نویسندگان و انتساب ناروا از این گونه آثار، باعث هرج و مرج می‌شود و تحریف اثر دیگران به آسانی ممکن می‌گردد. لذا، افراد بدون اینکه هیچ‌گونه زحمتی بکشند و رنجی ببرند، می‌توانند با انتساب آثار دیگران به خود، ضمن بهره‌برداری از شخصیت و موقعیت آنان، استفاده مالی سرشاری ببرند. به علت دسترسی جوامع غربی به امکانات چاپ، این مشکل باعث شد که آنان به فکر ایجاد مقررات و ضوابطی در این زمینه بیفتند. ولی در گذشته چون این امکانات نبود، لذا طرح مسئله مزبور نیز ضرورتی نداشت. در اسلام نیز چون پدیده فکری، علمی و هنری معرف هویت عقیدتی و اخلاقی، و مبین شخصیت علمی و ادبی مولف است، هرگونه تحریف و تغییری در متن، محتوا و شکل اثر، به معنای تحریف هویت عقیدتی و شخصیت علمی و ادبی مولف است چنین تحریف و تبدیلی، تدلیس به شمار می‌آید و نمودی از آیه شریفه: «یحرفون الکلم عن موضعه» است؛ آن‌گونه که سانسور حقایق اثر، کتمان علم و عملی حرام می‌باشد. انتحال یا سرقت ادبی از یک اثر، دزدی مادی و معنوی است، چرا که علاوه بر تحقق تصرف در مال غیر و مسئولیت و ضمانت حقوقی، اضرار معنوی به غیر نیز است. انتحال ادبی، بدترین نوع ستم فرهنگی و علمی به جامعه است، زیرا فرد عامی با انتحال زحمات فکری، علمی و ادبی دانشمندان و تحریف آنها، خود را در مقام عالم قرار می‌دهد. و این، تزویر و خیانت به ساحت دانش و دانشمندان جامعه به شمار می‌رود؛ فاجعه‌ای که در جوامع جهان سوم رایج و معمول است. در این زمینه، نگارش عبارت حقوقی: «همه حقوق اثر محفوظ است»، اماره ملکیت اثر است و ایجاد منع تصرف در مال غیر می‌کند. این جمله، در ادبیات حقوقی جهان ثبت شده و مورد احترام است. بدیهی است، شرع مقدس به عرف حقوقی جهان احترام می‌گذارد، و آن را به رسمیت می‌شناسد. بنابراین، مصلحت غالبه یا دفع ضرر، مطلوب شرع است. مولف با تلاش فکری و علمی‌اش، کتابش را نوشته است. در نتیجه، بیش از هر کس دیگری، سزوار حق است؛ خواه حق مادی که همان

بهره‌برداری مالی از کارش است، و خواه حق معنوی که همان انتساب کتاب به وی می‌باشد. این حق، حق خاص و دائم او است که پس از وی، به ورثه‌اش منتقل می‌شود؛ زیرا حضرت محمد(ص) فرمودند: «هر کس مال یا حقی را به جا می‌گذارد، به وارثان او می‌رسد» (زحیلی، بی‌تا، ص ۱۳۰). بنابراین، رعایت حق معنوی مولف نیز در اسلام، لازم است. حضرت امام(ره) در پاسخ استفتایی فرمودند (صادقی مقدم، ۱۳۶۷، ص ۲۴۹) تحریف کتاب و اسناد آن به مولف، جایز نیست.

از این پاسخ امام خمینی(ره)، می‌توان نتیجه گرفت که ایشان تحریف آثار دیگران را به این دلیل جایز نمی‌دانند، که این عمل هتک حرمت صاحب اثر و لطمه به شخصیت معنوی و موقعیت اجتماعی وی به شمار می‌رود، از دیدگاه مکتب اسلام، که ارزش شایانی به مقام انسان می‌دهد، امری مذموم است. بنابراین، شناسایی نوعی استحقاق برای مولف از جمله جلوگیری از تحریف اثر و اسناد اثر تحریف شده به صاحب اثر، مورد توجه حضرت امام(ره) بوده است. و فی الجمله، امام خمینی(ره) برای مولفان این حق را قائلند که می‌توانند برای جلوگیری از تحریف اثر خویش قیام کنند، طریق قانونی را طبعاً برگزینند و تقاضای مجازات متخلف را بنمایند.

بند سوم: پیشنهاد حق معنوی مولف در کنوانسیون‌های بین‌المللی

هنگامی که کشورها براساس ویژگیهای فرهنگی و اجتماعی‌شان برای حمایت از حق مادی و معنوی مولف به وضع قوانین بین‌المللی پرداختند، تا حدودی آثار نویسندگان و هنرمندان در کشور متبوع خود، از حمایت‌های قانونی برخوردار شده بوده‌اند. اما، هر چه زمان می‌گذشت و روابط بین‌المللی پیچیدگی و توسعه بیشتر می‌یافت، کمبود مقررات بین‌المللی در حمایت از آثار مولفان، بیش از پیش احساس می‌شد. از آثار فکری تا زمانی حمایت می‌شد، که در قلمرو حمایتی کشور متبوع مالک اثر قرار داشت. همین که اثر از قلمرو حمایتی خود خارج می‌شد، قانونی برای حمایت از آن وجود نداشت. در واقع، این احساس به وجود آمد تا برای حمایت از حق مادی و معنوی مولف، باید کنوانسیون‌های بین‌المللی منعقد شود. با انعقاد کنوانسیون‌های بین‌المللی حق مولف از اواخر قرن نوزدهم میلادی، نقطه عطفی در حمایت از این حق به وجود آمد. از مهمترین کنوانسیون‌های بین‌المللی در این باره، کنوانسیون برن و ژنو می‌باشند که هر یک به نوبه خود، توانسته‌اند در سطح جهانی، حق مادی و معنوی مولف را از تعرض سوء استفاده‌کنندگان مصون بدارند. کنوانسیون برن در ماده ۶، به حمایت معنوی آثار پدید آورندگان می‌پردازند؛ در ماده ۱۱ به بعد، به نحوه حمایت از حقوق مادی و معنوی پدید آورندگان اشاره کرده است؛ و در ماده ۱۲، به کشورهای متعاهد حق جرح



و تعدیل و دیگر تغییرات نویسندگی در اثر را برای مولف پیش بینی نموده است، که خودش یکی از حقوق معنوی مولف می باشد.

بخش دوم: قلمرو حق معنوی مولف

براساس مبانی فلسفی، حق معنوی مولف ارتباطی میان شخصیت مولف با اثرش است. ارتباط لاینفک آثار ادبی و هنری با شخصیت پدیدآورندگان آنها، موجب شده است حقوقی برای اشخاص مزبور در عرف، قانون و شرع شناخته شود که به لحاظ طبع و فلسفه پیدایش آنها، دارای احکام خاصی باشند که متفاوت با احکام مربوط به حقوق مادی است. حق معنوی، ویژگیها و خصوصاتی دارد که ابتدا به ذکر این ویژگیها می پردازیم و سپس، انواع حقوق معنوی مولف را بررسی خواهیم کرد.

بند اول: غیر قابل انتقال بودن حق معنوی

معنای این عبارت این است که انتقال این حق، به موجب قرارداد جایز نیست؛ چنانکه دیگر حقوق شخصی نیز، چنین است. طبیعت و هدف این حقوق اقتضا می کند که مانند دیگر حقوق، مرتبط به شخصیت غیر قابل نقل و خارج از قلمرو داد ستد باشد.

سوالی که در این زمینه مطرح می شود، این است که آیا معنای غیر قابل انتقال بودن حق معنوی که در ماده ۴ «قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان» و هنرمندان آمده است، انتقال حق مذکور از طریق ارث و وصیت نیز است؟

در حقوق فرانسه مقرر شده است که حقوق معنوی پدیدآورنده پس از مرگ او، به کسی که به موجب وصیت برای اعمال این حقوق و در واقع برای حفظ حرمت پدیدآورنده و اثر او تعیین شده است، منتقل می گردد. و در صورتی که کسی به موجب وصیت تعیین نشده باشد، این حقوق به ورثه پدیدآورنده منتقل می شود (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۸۶) در حقوق ایران، نص صریحی در این خصوص دیده نمی شود. اگر ظاهر ماده ۴ قانون را ملاک قرار دهیم که مقرر می دارد:

حقوق معنوی پدیدآورنده غیر قابل انتقال است، باید بگوئیم که این حقوق، غیر قابل انتقال از طریق ارث و وصیت است؛ همان طور که نمی توان به موجب قرارداد، آن را انتقال داد. اما، این تفسیر از ماده ۴ درست نیست، زیرا:

اولاً، حمایت از شخصیت پدیدآورنده، منحصر به زمان حیات وی نیست. حمایت از شخصیت پدیدآورنده، اقتضا می کند که حقوق معنوی او بعد از مرگ به وسیله قائم مقام او اجرا شود.

ثانیاً، لطمه به شخصیت و حیثیت علمی، هنری و ادبی مولف بعد از فوت او، لطمه به شخصیت بازماندگانش محسوب می‌شود و موجب تالم روحی‌شان می‌گردد. لذا، آنان یا هر کسی که پدیدآورنده در زمان حیات خود برای این کار تعیین کرده است، بعد از مرگ وی متولی این کار خواهد بود.

ثالثاً، ماده ۴، حقوق معنوی رಾಮحدود به زمان ندانسته است. از این‌رو، این حقوق نباید با فوت پدیدآورنده از میان برود. پس، اگر حقوق مذکور پس از مرگ پدیدآورنده از بین رفتنی نیست، چه کسی باید متولی احقاق حقوق مذکور باشد؟

رابعاً، ماده ۲۶ قانون، برای وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بعد از سپری شدن مدت حمایت حق مادی پدیدآورنده، عنوان شاکی خصوصی قائل شده است که در صورت تجاوز به حقوق معنوی پدیدآورنده، که بعضاً در مواد ۱۸، ۱۹، ۲۰ و ۲۱ درج شده است، به عنوان شاکی خصوصی اقامه دعوی نماید. پس با این وصف، تکلیف حمایت معنوی از پدیدآورنده بعد از سپری شدن مدت حمایت، روشن است. ولی مشخص نیست که در فاصله مرگ پدیدآورنده تا سپری شدن مدت حمایت مادی که وزارت ارشاد متولی حفظ حقوق معنوی پدیدآورنده است، چه کسی و چگونه از حقوق معنوی او محافظت خواهد کرد؟ لذا با توجه به لزوم حمایت حتی پس از مرگ پدیدآورنده، و تاکید ماده ۴ بر تجدید نکردن حمایت به زمان و مکان، به نظر می‌رسد اعمال حقوق معنوی بعد از فوت پدیدآورنده، با کسانی است که وارث حقوق مادی‌اند. بعد از پایان مدت حمایت مادی، وزارت ارشاد قائم مقام پدیدآورنده، در خصوص حقوق معنوی او خواهد بود (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۱۲۷) چون ورثه ادامه دهنده شخصیت و حافظ احترام پدیدآورنده‌اند، حقوق پدیدآورنده که به ایشان منتقل شده‌اند، رنگ دیگری می‌یابد و اختیارات مربوط به آنان از آنچه خود پدیدآورنده داشته، محدودتر است. امتیازات معنوی پدیدآورنده، باید در راه مصلحت معنوی متوفی به کار رود، در خدمت ورثه. برخی از فقها در این زمینه می‌گویند (گرگی، ۱۳۷۱، ص ۳۳)

حق معنوی که مربوط به شخصیت مولف است، بدون شک این حق مشروع است و حکم برعدم مشروعیت آن نیاز به دلیل دارد. از جمله احکام حق، انتقال قهری آن به وارث است در صورت فوت صاحب حق. چنانچه در انتقال قهری حق شک کنیم؛ یعنی در این شک کنیم که پس از وفات متوفی، حقوق او به ورثه‌اش منتقل می‌شود یا خیر، در این صورت اگر دلیل خاص یا عامی که مطابقاً یا تضمناً و یا التزاماً برقابلیت حق برای انتقال دلالت کند وجود داشته باشد، بدون تردید باید به انتقال حق به





ورثه حکم کرد. در غیراین صورت، مقتضای اصل، عدم انتقال به ورثه است. برخی از حقوقدانان نیز معتقدند که ماده ۴، فقط ناظر به انتقال از طریق قرارداد بین زندگان است. از این رو، حقوق معنوی پدیدآورنده را قابل انتقال از طریق ارث و وصیت می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۲۳).

بنابراین، درست است که مولف حق دارد اثر را به خود منتسب کند و دیگران نیز باید این حق را محترم بشمارند و حتی مثلاً ناشران نامش را روی اثر قید کنند، ولی این بدان معنا نیست که پدیدآورنده نتواند توافق کند که نام وی روی اثر ذکر نشود. ذکر نشدن نام، با نبودن حق انتساب ملازمه ندارد. ناشران می‌توانند با رضایت صاحب اثر، اثر او را بدون ذکر نامش منتشر کنند. لذا، هرگونه توافقی در این خصوص، منع قانونی ندارد. نظر قانون آن است که صاحب اثر نتواند حقوق خود را به دیگری منتقل نماید، به طوری که شخص اخیر (منتقل‌الیه) بتواند نام خود را به عنوان پدیدآورنده اثر اعلام کند. هرگونه قراردادی در این زمینه، محکوم به بطلان است. در نتیجه، شایسته نیست از سوی قانونگذار تایید و حمایت شود. موضع کنوانسیون‌های بین‌المللی، از جمله کنوانسیون برن، در زمینه قابلیت انتقال حقوق معنوی مولف، مبهم است. کنوانسیون برن به موجب بند ۱ ماده ۶ مکرر، مقرر می‌دارد:

مستقل از حقوق مادی و حتی پس از انتقال حقوق مزبور، مولف حق ادعای تالیف اثر را دارد و می‌تواند به جهت تحریف، تبدیل و هرگونه تغییر و عمل موهن نسبت به اثر مزبور که موجب لطمه به احترام و شهرت او می‌شود، اعتراض نماید. «لذا، از این بیان، انتقال حقوق معنوی مولف معلوم نمی‌شود.

بند دوم: حق معنوی محدود به زمان و مکان نیست

به موجب نظام حق مولف فرانسه (ماده ۶ قانون ۱۹۵۷م فرانسه)، حقوق معنوی به زمان و مکان محدود نیست و نمی‌تواند مبادله شود همین حکم، مطابق ماده ۴ قانون ۱۳۴۸، چنین مقرر شده است: حقوق معنوی پدیدآورنده، محدود به زمان و مکان نیست و غیرقابل انتقال است. در حالی که کنوانسیون برن مطابق ماده ۶ مکرر (بند ۱ ماده ۷)، زمان دوام حقوق مزبور را تا پس از مرگ پدیدآورنده و تا زمان اعتبار حقوق مادی می‌داند البته، کنوانسیون برن به کشورهای عضو این اختیار را داده است که اگر طبق قوانین داخلی خود مرگ پدیدآورنده را موجب ختم اعتبار حقوق معنوی می‌دانند، به همین ترتیب عمل کنند. ولی همان‌طوری که گفته شد، حقوق معنوی در قانون ایران دائمی است و با مرور زمان ساقط نمی‌شود. همچنین، حقوق معنوی محدود به مکان نیست؛ یعنی، محل اقامت پدیدآورنده یا محل انتشار اثر، در آن اثری ندارد. به همین اساس، دولت ایران به عنوان مظهر قدرت عمومی، وظیفه خود می‌داند چنانچه اثر یکی از اتباع کشور که در خارج انتشار یافته است،

تحریف شود و تغییر یابد، از حقوق معنوی آفریننده از، کاملاً حمایت کند. برخی از حقوقدانان، قابلیت استناد بودن و غیرمادی بودن حق معنوی را، جزء خصوصیات آن ذکر کرده‌اند (ابراهیم‌زاده پاشا، ۱۳۷۶، ص ۳۵)

بند سوم: انواع حقوق معنوی مولف

الف: حق حرمت نام و عنوان مولف

حقوق معنوی مولف به اعتبار خودش، شامل: حق حرمت نام و عنوان مولف است. برخی حقوقدانان از آن به عنوان، حق انتساب اثر و حق ابوت یا ولایت بر اثر نام می‌برند (آیتی، ۱۳۷۵، ص ۴۸) حق انتساب، حقی است برای کلیه پدیدآورندگان آثار مختلف، که بر خصوصیت آفرینندگی وی و لزوم درج نام وی بر روی اثر تاکید دارد. شاید، این حق از آن رو پیش‌بینی شده است که همان طوری که پدر حق دارد نام خود را بر فرزندش بگذارد، پدیدآورنده نیز حق دارد نام خود را روی اثرش نهد. مواد ۳، ۱۷ و ۱۸ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان ایران، به حق مزبور اشاره دارند. ضمناً در ماده ۲۱، ثبت اثر، نام، عنوان و نشانه ویژه اثر را از سوی پدیدآورنده در مرجعی که در همان ماده تعیین شده، اختیاری اعلام کرده است تا بعد در صورت لزوم، پدیدآورنده برای اثبات مالکیت خود بر اثر و انتساب آن به خود، بتواند از این موضوع به عنوان دلیل استفاده کند. خالق اثر حق دارد نامش را روی آن منعکس کند؛ و بدین ترتیب، ارتباط معنوی خود را با آن، ثبت و اعلان نماید. حق مزبور، از قدیم بوده است؛ به طوری که که شاعران نامشان را در پایین سروده‌های خود با عنوان: «حسن تخلص» می‌آوردند. به موجب این حق، مولف می‌تواند اثر خود را با نام مستعار، حروف الفبا یا گمنام مشترکند. منظور از نام، همان اسم مولف می‌باشد. مراد از عنوان، عباراتی همچون: استاد دانشگاه و وکیل دادگستری است. نشان ویژه، همانند شکل ترازویی است که در کتابهای حقوقی چاپ می‌شود طبیعی است، حق مزبور چنانکه در حال حیات حقی برای مولف است، بعد از فوت او نیز بایستی رعایت شود. از این رو، به همان صورتی که او مقرر کرده است یا مصلحت شخصیت او ایجاب می‌کند، باید عمل شود. در بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون ژنو درباره رعایت حق معنوی مولف مقرر شده است:

عنوان اصلی و نام مولف اثر، در روی تمامی نسخ ترجمه شده خواهد شد.

ب: حق انتشار اثر در ماده ۳ قانون ۱۳۴۸، این گونه به حق انتشار اثر اشاره شده است:





حق پدیدآورنده، شامل: حق انحصاری نشر و پخش و عرضه و اجرای اثر و حق بهره‌برداری مادی و معنوی از نام و اثر است. منظور از ماده فوق، این است که مولف منحصراً حق تصمیم‌گیری درباره انتشار اثر خود را دارد. لذا، این اختیار در حیطه تشخیص و قضاوت او است، که اثر خود را برای آشنایی عموم از طریق انتشار آن، در اختیارشان قرار دهد.

برخی از حقوقدانان معتقدند (جوناسکو، بی‌تا، ص ۵۸). مهمترین و برجسته‌ترین حق مولف، حق انتشار است که مقدمه و شرط حقوق دیگر، و بخصوص حق منتفع شدن و بهره‌برداری از اثرش به شمار می‌رود. شناساندن افکار خود به دیگران، یکی از مسلمترین حقوق شخصی هر انسانی است. انتشار اثر بدون رضایت مولف آن، تجاوز به شخصیت و آزادی فردی او تلقی می‌شود. به همین سبب، حق شناساندن اثر به مردم، یک حق شخصی، انحصاری و بی‌قید و شرط مولف به حساب می‌آید. به موجب این حق، فقط مولف می‌تواند انتشار یا معرفی کردن اثرش را اجازه دهد یا موافقت کند که دیگران، از اثرش به منظور تنظیم یک اثر ترکیبی و یا جمعی، استفاده نمایند.»

درحقوق فرانسه نه تنها به موجب ماده ۱۹ قانون ۱۹۷۵م برای مولف حق تصمیم‌گیری درباره انتشار یا انتشار ندادن اثر، در صورتی که حق نشر آن را به دیگری واگذار کرده باشد، قائل شده‌اند، بلکه حتی به مولف حق می‌دهند که با وجود داشتن قرارداد با دیگری و برخلاف اصل اجباری بودن قرارداد، از تحویل اثر خودداری کند. دلیل این ماده قانونی این گونه آمده است (صفایی، ۱۳۵۰، ص ۱۲۶) احترام به شخصیت پدیدآورنده، ایجاب می‌کند که اگر از کار خود راضی نیست و نمی‌خواهد آن را منتشر کند، کسی نتواند او را مجبور به تسلیم و نشر اثرش نماید.

آنچه گفته شد، درباره زمان حیات مولف بود، لیکن تصمیم‌گیری درباره انتشار یا عدم انتشار، زمان ونحوه این عمل بعد از فوت مولف، متعلق به وراثت یا موصی لهم است، که باید طبق نظر متوفی یا وصیت‌نامه وی عمل کنند.

ج: حق حرمت اثر (Droit au respect)

در قانون حق مولف ایران، از این حق صریحاً ذکری به میان نیامده است. البته، با تعریفی که از مفهوم حق احترام ارائه می‌دهیم، خواهیم دید که این حق به بیان دیگری، در قانون ۱۳۴۸ ایران وجود دارد. تا آنجا که این جانب به مراجع و مآخذ مراجعه کردم، متأسفانه تعریفی از این عبارت نه تنها در متون حقوقی به زبان فارسی، بلکه در متون حقوقی خارجی نیافتم. اغلب کتابهایی که در این زمینه نگاشته

شده‌اند، فقط به تفسیر مواد قانونی^۴ و صرف نظر از تعریف قانونی آن^۵ پرداخته‌اند. لذا، به نظر می‌رسد که تعریف ذیل تا حدودی بتواند این مفهوم را روشن سازد (سعیدی‌فر، ۱۳۶۲، ص ۵۶)

حق احترام، عبارت است از حقی که قانون به پدیدآورنده می‌دهد که به موجب آن، کلیه اشخاص ملزم هستند که مالکیت معنوی مولف و انتساب آن را بر اثر وی به رسمیت بشناسند و از هر گونه تجاوزی به تمامیت اثر یا بخشی از آن خودداری نمایند. و در صورت انتقال حقوق مادی اثر و بهره برداریهای گوناگون از آن، موافقت پدید آورنده را نسبت به تغییراتی که در بهره‌برداریهای گوناگون لزوماً ایجاد گردد، جلب نماید. «بنابراین، به موجب این حق، کسی حق ندارد اثر مولف را بدون موافقت او تغییر دهد؛ زیرا هرگونه تغییر در اثر، به منزله تجاوز به اثر و در نتیجه، به مثابه تجاوز به شخصیت مولف است. موارد پیشگفته، به طور پراکنده در قانون حق مولف ایران به چشم می‌خورد؛ از جمله:

در ماده ۳، که به موضوع نام و عنوان اثر اشاره کرده است. در ماده ۴، که حق معنوی را محدود به زمان و مکان می‌شمرد، و غیر قابل انتقال می‌داند. در ماده ۷، که نقل از اثر را با ذکر مآخذ، مجاز دانسته است. در ماده ۱۷، که مجدداً به نام، عنوان و نشانه ویژه‌ای که معرف اثر است اشاره کرده، و استفاده از آنها را در مواردی که القای شبهه کند، منع کرده است. در مواد ۱۸ و ۱۹ نیز ضمن ذکر موارد فوق، هرگونه تغییر یا تحریف را درباره آثار مورد حمایت این قانون بدون اجازه پدیدآورنده، ممنوع کرده است. بنابراین، قانون ایران بدون ذکر عنوان: «حق احترام» در مقابل اشخاص ثالث، به طور ضمنی این حق را به رسمیت شناخته و پدیدآورنده را از مزایای آن بهره‌مند ساخته است. همچنین، در ماده ۲۵ مجازات، آن را پیش‌بینی کرده است و حتی پس از انقضای مدتهای پیش‌بینی شده در مواد ۱۲ و ۱۴ که اثر در قلمرو مالکیت عمومی قرار می‌گیرد، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی را به عنوان شاکی خصوصی در نظر گرفته است که می‌تواند در صورت ایراد هرگونه خدشه‌ای به حقوق معنوی مولف و رعایت نکردن حق احترام به اثر وی، به طور قانونی اقدام کند. ولی ماده ۶ قانون ۱۹۵۷ فرانسه برخلاف قانون ایران، درباره حق احترام تصریح می‌کند:

پدیدآورنده، از حق احترام نسبت به اثر خود بهره‌مند می‌شود. در واقع، اثر پدیدآورنده، بیان‌کننده شخصیت وی است و اشخاص ثالث بدون رضایت او، نمی‌توانند تصرفاتی در اثر او نمایند. در ماده ۶ مکرر کنوانسیون برن نیز به حق احترام اشاره شده است. طبق ماده ۱۲ آن، کشورهای متعاهد حق انحصاری جرح، تعدیل، شرح، تعلیق، تنظیم و دیگر تغییرات نویسنده را در اثر مولف برای وی





می‌شناسند، و هیچ شخص دیگری بدون اجازه مولف، حق چنین اقدامی را ندارد. این حق نسبت به آثار موسیقی، آثار سینمایی و هرگونه تغییر و تحریف در آنها، برای مولف محفوظ است. به این ترتیب، پدیدآورنده اثر حق دارد یکپارچگی اثرش را در برابر هرگونه تحریف و تغییر مغایر اراده‌اش، حفظ کند. عنوان اثر نیز همین طور است. از این رو، به موجب آن، کسی نمی‌تواند عنوان اثر دیگری را تغییر دهد؛ اگرچه آن شخص قائم مقام پدیدآورنده بوده یا مفهوم عنوان جدید با عنوان قبلی یکی باشد. به عنوان مثال، اگر عنوان اثر «حقوق مولف» باشد، نمی‌توان عنوان: «حقوق پدیدآورنده» را به این دلیل که پدیدآورنده همان مولف است، جایگزین آن کرد (کوچکی‌پور، ۱۳۷۲، ص ۱۱). با توجه به مطالب پیش گفته، نتیجه می‌گیریم که حق احترام، شامل دو وجه: ایجابی و سلبی است.

درباره وجه ایجابی باید گفت که منحصرأ شخص پدیدآورنده، حق دارد در اثر خود تغییراتی دهد، بخشهایی از آن را حذف یا جابجا کند و حتی نظریه‌های کاملاً مخالف نظریه‌های قبلی عرضه دارد. به همین لحاظ، در جریان یک دعوا در فرانسه، دادگاه سن در رای ۳۱ دسامبر ۱۹۲۴م خود، این امکان را به فرانسس جم «Fransis jammes» داد تا مولف یک کتاب درسی را که به بهانه بیطرفی، کلمات مذهبی را از قطعه‌های منتخب آثار او حذف کرده بود، محکوم کند (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۸۴). ماده ۱۹ قانون ۱۳۴۸ نیز در این باره مقرر می‌دارد:

«هرگونه تغییر یا تحریف در اثرهای مورد حمایت این قانون و نشر آن بدون اجازه پدیدآورنده، ممنوع است.» همچنین، وجه سلبی حق حرمت اثر، متضمن حق بازدارندگی دیگران از تغییر و تحریف به وسیله پدیدآورنده، و دفاع از تمامیت اثر است. قانونگذار برای اینکه صاحب اثر در برابر هرگونه تعدی و تجاوز، ابزار دفاع لازم را در اختیار داشته باشد، برای متجاوزان مجازاتهایی را پیش‌بینی کرده است؛ زیرا جواز تغییر و تحریف در اثر دیگران، راه را برای سانسورهای ناشایسته و حفظ منافع قدرتهای نامشروع حاکم بر جامعه هموار می‌کند، که این امر مغایر با حق آزادی بیان است. ذکر این نکته نیز لازم است که شناخت حق حرمت اثر به عنوان حقی مستقل، از ره‌آوردهای نظام فرانسوی است. قبل از پذیرش کنوانسیون برن از سوی کشورهای با نظام حق تکثیر همچون انگلستان، در این کشورها چنین حقی به شکل و ماهیت مزبور وجود نداشت. چنانچه در انگلستان در اثر دیگران تغییر یا تحریفی می‌شد، صاحب اثر حق داشت تحت عناوین مجرمانه‌ای همچون: افترا، خیانت در امانت و رقابت ناسالم مرتکب را تعقیب کند. ولی با تصویب قانون ۱۹۸۸م، حق مستقل معنوی مزبور با احکام خاص خود، در حقوق این کشور نیز وارد شد. در حال حاضر، علاوه بر مقررات حق تکثیر، می‌توان به

مقررات جزایی نیز در تخلفات مزبور استناد شود (صادقی نشاط، ۱۳۷۶، ص ۹۲) د: حق عدول یا استرداد اثر از جمله حقوق معنوی دیگری که در قانون حقوق پدیدآورنده اثر فرانسه برای پدیدآورنده اثر پیش‌بینی شده و در قانون ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی به آن اشاره نشده، حق عدول یا انصراف است. حق عدول، به معنای استرداد اثر پس از انتقال آن است. به عنوان مثال، اگر تهیه‌کننده و پدیدآورنده اثر به موجب عقد قرارداد تسلیم اثرش را به دیگری تعهد کند، پس از انعقاد قرارداد و پس از واگذاری حق انتفاع و بهره‌برداری نیز می‌تواند از تسلیم آن خودداری کند. بنابراین، پدیدآورنده حتی در صورت تسلیم، می‌تواند آن را از گیرنده پس بگیرد. اما در صورت استرداد اثر، لازم است پدیدآورنده خسارت وارده به گیرنده (منتقل‌الیه) را جبران کند؛ زیرا عقد قرارداد موجب تحمل هزینه‌ای شده که منشا آن پدیدآورنده بوده است. و چون بدون ارتکاب قصور از طرف گیرنده (منتقل‌الیه)، پدیدآورنده قرارداد را فسخ کرده است، باید خسارت را جبران کند. شاید دلیل این گونه موارد، آن باشد که گاهی بعضی شرایط پیش می‌آید که مولف پس از اینکه انتشار اثر را به ناشری واگذار کرد و اثر منتشر شد، به دلیل انعکاس افکار عمومی و ضررهایی که به موقعیت اجتماعی، ادبی، عملی و مذهبی وی وارد می‌آید، پخش و توزیع اثر مذکور را به زیان خود می‌بیند. از این رو، پدیدآورنده تصمیم می‌گیرد از ادامه نشر و پخش اثر جلوگیری کند و قصد می‌نماید که اثر را از مبادله خارج، و در اثر قبلی تجدید نظر اسامی کند. لذا، ماده ۳۲ قانون فرانسه (۱۹۵۷م) در این خصوص مقرر می‌دارد:

۹۵



پس از انتقال حق بهره‌برداری و حتی پس از انتشار و عرضه اثر، پدیدآورنده حق تصحیح یا استرداد اثر خود را از منتقل‌الیه دارد. اما، این حق در صورتی قابل اجراست، که خسارت احتمالی وارد شده به منتقل‌الیه را درباره تصحیح یا استرداد اثر پرداخت کند. «این حق به این علت پیش‌بینی شده، که شخصیت پدیدآورنده در اثرش عجین گشته است. احترام به شخصیت او، ایجاب می‌کند که در صورت انصراف در رضایت نداشتن از عرضه اثر، نتوان او را مجبور به تسلیم یا انتشار اثرش کرد. حق مزبور، حق شخصی و وابسته به خود مولف است. لذا، بعد از مرگ مولف، این حق به بازماندگانش منتقل نمی‌شود؛ چون فقط مولف می‌تواند در این باره تصمیم بگیرد (سنه‌وری، ۱۹۶۷م، ۴۲۰). نکته‌ای که در اینجا لازم است ذکر شود، این است که بهتر است این حق نیز در قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان، به رسمیت شناخته شود تا از این جهت، نقضی در قانون مزبور نداشته باشیم.



ه: حق پاداش و جایزه یکی دیگر از وجوه حقوق معنوی، پاداش و جایزه‌ای است که بر اثر تعلق می‌گیرد. به طور مثال، اگر کسی اجازه نشر انحصاری و بهره‌برداری از کتابش را برای مدت ۱۰ سال به فردی بدهد، ولی سال پنجم کتاب برنده جایزه شود؛ هر چند کلیه حقوق مادی اثر را به دیگری واگذار کرده باشد، لیکن جایزه مخصوص مولف است و شامل واگذاری نمی‌شود. بنابراین، هرگونه پاداش و جایزه‌ای، متعلق به مولف است (عبادی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۴). تبصره ماده ۱۳ قانون ۱۳۴۸ نیز مقرر می‌دارد:

پاداش و جایزه نقدی و امتیازاتی که در مسابقات علمی، هنری و ادبی طبق شرایط مسابقه به آثار مورد حمایت قانون موضوع این ماده تعلق می‌گیرد، متعلق به پدیدآورنده خواهد بود. حتی اگر پدیدآورنده حقوق مادی خود را کلاً به دیگری واگذار کرده باشد، پاداش و جوایز نقدی یا غیرنقدی که بر اثر تعلق گیرد، ارتباطی به منتقل‌الیه نداشته و متعلق به مولف است.»

در حالی که برخی از حقوقدانان (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۷۷) حق مزبور را از حقوق مادی به حساب می‌آورند، ولی به نظر می‌رسد که این حق را باید از جمله حقوق معنوی مولف دانست؛ زیرا اگر چه به صورت مادی جلوه‌گر می‌شود، ولی یک نوع امتیازی است که به لحاظ شخصیت و قدرت علمی و ادبی مولف، به او تعلق می‌گیرد.

بند چهارم: ضمانت اجرای حمایت از حق معنوی مولف

قانونگذار برای اینکه بتواند آثار فکری را از تعرضات دیگران مصون بدارد و حمایت خود را از آثار با ضمانت اجرای کافی همراه سازد، برای کسانی که بدون کسب اجازه از مولفان، از آثار آنها برای مقاصد مادی و کسب شهرت و حیثیت به شکل غیرقانونی استفاده می‌کنند، ضمانت اجرای جزایی و مدنی به قرار ذیل در نظر گرفته است.

الف: ضمانت اجرای جزایی نقض حق معنوی مولف، فی‌نفسه جرم محسوب می‌شود. این جرم، عنوان مستقل دارد. لذا، لازم نیست عناوین دیگری همچون: سرقت، خیانت در امانت یا تخریب اموال دیگری به عمد تحقق یابد تا متخلف قابل مجازات باشد؛ اگرچه ممکن است در مواقعی، عناوین متعدد جرایم فوق، با هم جمع شوند. اکنون، انواع تجاوز به حقوق معنوی از سوی اشخاص صورت می‌گیرد، بررسی می‌شود.

۱. تجاوز به نام، عنوان و نشانی ویژه اثر و مجازات آن

حق انتساب اثر به مولف، یکی از حقوق مسلم مولف است. نقض این حق را قانون ایران، (ماده ۲۳ قانون ۱۳۴۸). موجب مجازات حبس تادیبی از ۶ ماه تا ۲ سال خواهد بود. بعضی از مصادیق این جرم عبارت است از:

۱. نام غیرمولف به جای نام مولف ذکر شود. لذا، اگر هیچ نامی ذکر نگردد، جرم مزبور محقق نمی‌شود.

۲. اثر به نام دیگری، نشر، پخش یا عرضه شده باشد. بنابراین، باید عرفاً مفهوم نشر تحقق یابد.

۳. عامل نشر، اصولاً اجازه نداشته باشد. (در این صورت) مجازات او به ترتیب مقرر در ماده ۲۳ خواهد بود. ولی اگر تخلف مزبور (ذکر نام دیگری به جای مولف) یا ذکر نکردن نام، از سوی ناشر یا انتقال گیرنده یا هر شخص مجاز دیگری برای استفاده، استناد یا اقتباس انجام گرفته باشد، در آن صورت مشمول ماده ۲۵ قانون فوق خواهد بود، و مجازات آن از ۳ ماه تا یک سال حبس است.

۲. تحریف و تغییر اثر و مجازات آن

تغییر و تحریف اثرهای مورد حمایت و نشر آن بدون اذن مولف، ممنوع است. براساس مواد ۲۵ و ۱۹ قانون ۱۳۴۸، در صورت نقض موجب مجازات حبس از ۳ ماه تا یک سال و مجازات دیگر آن ضبط آثار غیر مجاز می‌باشد. البته، صرف تحریف، تغییر و نشر اثر، جرم نیست. هنگامی شخص مجازات می‌شود، که علاوه بر تغییر و تحریف اثر، آن را منتشر کند و در دسترس همگان قرار دهد. قانونگذار ایران، دقت لازم را در تنظیم ماده ۲۵ به کار نبرده است. ماده ۲۳ همین قانون، مجازات صرف «نشر یا پخش یا عرضه» اثر بدون اجازه دیگری را از ۶ ماه تا ۳ سال حبس تادیبی در نظر گرفته است؛ حال آنکه در تغییر و تحریف اضافه بر نشر، تحریف و تغییری هم در اثر حمایت شده صورت می‌گیرد. پس، لازم بود میزان مجازات مقرر برای آن سنگین‌تر از مورد قبلی یا حداقل به همان اندازه باشد. بند ۱ ماده ۶ مکرر کنوانسیون برن نیز در این زمینه مقرر می‌دارد:

در صورتی که تغییرات موجب لطمه به حیثیت پدیدآورنده شود، وی می‌تواند به آن اعتراض کند. و در غیر این صورت، به حق معنوی مشارالیه لطمه وارد نمی‌شود تا موجب شکایت وی گردد. «بنابراین، فقط در صورتی که عنوان کلی افترا، تهمت و لطمه به حسن شهرت دیگر مصداق پیدا کند، موجبی برای تعقیب جزایی به وجود می‌آید.

ب: ضمانت اجرای مدنی





طبق مقررات مسئولیت مدنی، هر شخصی که به دیگری ضرری نامتعارف وارد سازد که موجب قانونی نداشته باشد، باید آن را جبران کند. در حقوق ایران مطابق مقررات قانون مدنی ناظر به مسئولیت مدنی در فصل مربوط به اتلاف و تبیب یا حتی استیفا از حال غیر بدون اذن او، و براساس مواد ۲۰۱ قانون مسئولیت مدنی و مقررات قوانین خاص در زمینه مسئولیت، می‌توان به ترتیب مزبور حکم کرد. علاوه براین، قوانین خاص در حقوق ادبی و هنری نیز به این موضوع پرداخته‌اند. بنابراین، اگر حقوق معنوی نقض شوند، متخلف ممکن است محکوم به جبران خسارت گردد. اما، روشن است که برآورد مالی خسارات معنوی، بسیار مشکل است. از این رو، نمی‌توان به سهولت معیاری را به دست داد تا براساس آن، قاضی قادر باشد مبلغی پول برای جبران آنها معین کند. اوضاع و فرهنگ هر جامعه به تناسب معنویت یا مادیت آن، دخالت کامل در برآورد مالی خسارات معنوی دارد. به همین دلیل، با اینکه مواد ۱۰ و ۲ قانون مسئولیت مدنی ایران، جبران خسارات معنوی را از طریق مادی میسر کرده است، محاکم عملاً راههای معنوی، همچون الزام به عذرخواهی از طریق جراید را مرجع می‌شمرند؛ در حالی که در برخی مجامع غربی، خلاف آن مشاهده می‌شود.

ج: درج مفاد حکم در روزنامه براساس ماده ۲۷: «شاکی خصوصی می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم نهایی درخواست کند که مفاد حکم، در یکی از روزنامه‌ها به انتخاب و هزینه او آگهی شود.

د: جلوگیری از نشر و پخش و عرضه اثر

مجازات مدنی و جزایی متخلف برای احقاق حق پدیدآورنده کافی نیست، بلکه در اکثر موارد باید برای جلوگیری از نشر، پخش و عرضه اثر اقدام شود. در این باره، ماده ۲۹ قانون مقرر می‌دارد: «مراجع قضایی می‌تواند ضمن رسیدگی به شکایت شاکی خصوصی نسبت به جلوگیری از نشر و پخش و عرضه آثار مورد شکایت و ضبط آن، دستور لازم به ضابطین دادگستری بدهند.

نتیجه گیری

حق مولف که زاییده اندیشه و فکر انسان است، نوعی مالکیت فکری محسوب می‌شود. حق معنوی مولف، از جمله حقوق مولف است که در کشورهای تابع حقوق کامن لائو، بر خلاف کشورهای دارای حقوق نوشته، پرتوی کمتری نسبت به حق مادی مولف دارد. حمایت از حقوق معنوی و مادی مولف، موجب تشویق و ترغیب مولفان، مصنفان و هنرمندان، و در نتیجه گسترش فرهنگ و هنر خواهد شد. نتایج مطالب پیشگفته عبارتند از:

اولاً، باید تعریف جامع و قانونی از حقوق معنوی ارائه شود. و در قانون، حقوق معنوی به طور مطلق غیرقابل انتقال معرفی شده است، که باید تصریح کرد که قابل انتقال از طریق ارث یا وصیت است. ثانیاً، حق عدول یا استرداد اثر، در قانون ۱۳۴۸ پیش‌بینی نشده است. بجا بود که این حق نیز که یکی از حقوق معنوی مولف است، ذکر می‌شد.

ثالثاً، درست است که در زمینه شرعی بودن حق مادی مولف اختلاف نظر وجود دارد، ولی همه فقهای معاصر رعایت حق معنوی مولف را لازم و واجب می‌دانند.

رابعاً، در دادگاه کشور ما، کمتر دعوایی درباره حق مادی و معنوی مولف مطرح شده است. برخورد رویه قضایی با این مهم، در سطح بسیار ابتدایی قرار دارد. امید است که محاکم دادگستری و همچنین خود مولفان و هنرمندان، نسبت به این حقوق توجه بیشتری بکنند. خامساً، با پیشرفت فن آوری و ارتباط فرهنگها و تمدنها، موضوعات جدیدی، از جمله حقوق برنامه‌های کامپیوتری به وجود آمده، که بجاست با مقتضیات زمان مقرراتی مطابق با آنها پیش‌بینی و وضع گردد. و محاکم خاصی نیز برای رسیدگی به مسائل مطروحه تاسیس شود.



منابع و مآخذ

الف) فارسی

۱. حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۲)، مبانی مالکیت فکری، چاپ ۲، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲. _____ (بهار ۱۳۹۲)، «بررسی فقهی و اقتصادی مالکیت فکری»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، شماره ۳۳، سال ۹، ص ۲۱۱، ۱۷۹.
۳. _____ (۱۳۹۱)، فلسفه مالکیت فکری، چاپ ۱، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴. زرکلام، ستار، (۱۳۹۴)، ترجمه قانون مالکیت فکری فرانسه و آلمان (آثار ادبی و هنری)، چاپ ۱، تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور.
۵. _____ (۱۳۸۸)، حقوق مالکیت ادبی و هنری، چاپ ۱، تهران: سمت.
۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، مقدمه علم حقوق، چاپ ۶۴، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
۶. آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای، مصوب ۱۳۸۳/۴/۲۱.
۷. قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای، مصوب ۱۳۷۹/۱۰/۴.
۸. قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، مصوب ۱۳۴۸/۱۰/۱۱.
۱۰. قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند، مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۱۶.

ب) انگلیسی

1. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886).
2. World Intellectual Property Organization (Masouyé, Claude) Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act 1971), 1978.
- Bently, Lionel & Brad Sherman 20083. Intellectual Property Law, d Ed., Oxford University Press
- Casnote Legal Briefs, 20074. Copyright: Gorman, Ginsburg (Cases and Materials), 7th Ed., Aspen Publishers.



الزامات قانونی قید قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

دکتر حسین فروغی نیا

دکتری حقوق بین الملل و مدرس دانشگاه

محمد ولی پور

کارشناسی ارشد حقوق بین الملل و پژوهشگر تاریخ روابط بین الملل

مهرآسا شیخی

کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم‌شهر

چکیده

برخورداری از محیط زیست سالم برای نوع بشر متضمن و ملازم حفاظت از آن است و انسان افزون بر برخورداری از این حق، تعهد حفاظت از آن را نیز بر عهده دارد. ضرورت توجه به محیط زیست باید به موازات فعالیت های تولیدی به عنوان رکن توسعه پایدار مورد توجه واقع شود. با توجه به جایگاهی که صنایع نفتی در جهان امروز پیدا کرده است نباید از صدمات آن به انسان و محیط زیست غافل بود و باید به دنبال راه حل هایی برای کاهش این آسیب ها باشیم. عملیات نفتی از قبیل اکتشاف، توسعه، بهره برداری، حمل و نقل و تصفیه نفت بر محیط زیست آثار مخربی دارد که با تمهیداتی قابل کنترل و کاهش است. در این زمینه دولت ها سعی می کنند از طریق وضع قوانین و مقررات تبعات منفی عملیات نفتی بر محیط زیست را کاهش دهند. در این نوشتار، ضمن تاکید بر رعایت الزامات زیست محیطی و حفظ حقوق زیست محیطی بشر به بررسی قوانین و مقررات محیط زیست و مسائل نفتی پرداخته شده است.



بخش اول: کلیات

حق به محیط زیست به عنوان بخشی از حمایت از حق حیات، حق به زندگی با استاندارد، حق به بهداشت، حق به هوای سالم، حق به علائق و ویژگی فرهنگی مورد توجه قرار گرفته و عمدتاً در درون نسل اول حقوق بشر توسعه یافته است. برای درک بهتر حقوق بشر زیست محیطی باید این واقعیت را بپذیریم که حقوق جوهری با حق استفاده صحیح از منابع طبیعی عجین شده است. حفظ محیط زیست، پاسخ به یکی از نیازهای امروز جامعه برای نگاهداری بیش تر از محیط زیست و رعایت حقوق عمومی است و تخریب محیط زیست معلول نابرابری های اجتماعی و استفاده های غلط از طبیعت و یکی از عوامل تضعیف حقوق انسانها است (مومنی راد و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۱۴). در عین حال، با توجه به جایگاهی که صنایع پتروشیمی در جهان امروز پیدا کرده است نباید از صدمات آن به انسان و محیط زیست غافل بود و باید به دنبال راه حل هایی برای کاهش این آسیب ها باشیم. از آن جایی که مسائل زیست محیطی با سه قلمرو (دریایی، خاکی و هوایی) سروکار دارد بایستی در قراردادهای نفتی به این مساله توجه جدی تری شود. عملیات اکتشاف و توسعه شامل مراحل مختلف و مستلزم صرف وقت است که آسیب های زیست محیطی زیادی را با خود به همراه دارد. صنعت نفت به طور کلی بستری برای ایجاد آلودگی های زیست محیطی است. در جریان عملیات اکتشاف اقداماتی نظیر لرزه نگاری، حفر چاه های متعدد، استفاده از گل حفاری صورت می گیرد که سبب ایجاد آلودگی های زیست محیطی زیادی می شود (مصدق، ۱۳۸۲: ۵۶). افزون بر این، اعمال سازمان یافته قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی نگرش نسبتاً جدیدی است که از پشتوانه های عملی و نظری نیز برخوردار است. نگرش مذکور تلاش در تبیین این موضوع دارد که نه تنها هیچ تعارضی بین بهره برداری نفتی و کسب ثروت با رعایت استانداردهای زیست محیطی وجود ندارد بلکه می تواند به پدید آمدن هنجارهای وضعی^۱ و قواعد دستوری^۲ بینجامد که مسیر توسعه پایدار را هموار سازد. رفع تعارض فوق الذکر و ایجاد تعادل دوسویه، هم به رفتارهای منفعت جوی بشری پاسخ می دهد و هم پاسداشت محیط زیست را در بهره برداری های نفتی به هنجاری مسلط و غالب تبدیل می کند. قربانی نشدن محیط زیست در همسوئی منافع شرکت های نفتی با دولت میزان یکی از دغدغه هایی است که با مشارکت طرفین باید این معادله را نیز حل کرد. برای انجام این تکلیف می بایست از ظرفیت های نهفته در حاکمیت ملی

1- Positive Norms.

2- Normative.

دولت صاحب مخزن، قوانین بین المللی، حاکمیت قضائی و مهم تر از همه درک مشترک طرفین نسبت به وضعیت «هشدار» کنونی سود جست. آنچه مهم است اینکه در این همسویی، پیمانکار و شرکت های نفتی نباید خود را مغبون احساس نمایند و سرمایه خود را از دست رفته بدانند. نگاه مشترک به تولید پاک و سود معقول از لوازم اولیه توسعه پایدار می باشد.

بند اول: ایجاد تعادل دو سویه در بهره برداری نفتی و حفاظت از محیط زیست

عدم تعادل موجود بین تولید نفت و رعایت مقررات زیست محیطی، برخاسته از تعارض منافع و اشتیاق به سود حداکثری است. از لحاظ تاریخی و به رغم جذابیت تئوری مشارکت و یا توزیع متناسب بین شرکت نفتی خارجی و دولت میزبان، از دیدگاه شرکت های نفتی خارجی تامین منفعت به عنوان هدف اصلی تلقی می گردد و این تامین منفعت جز در قالب ثبات معاملاتی متصور نمی باشد. ثبات به این معناست که شرکت نفتی خارجی سرمایه گذار در فضای حقوقی، مالی و اقتصادی قرار گیرد که انجام عملیات اکتشاف، توسعه، تولید، استخراج و انتقال نفت و گاز به پایانه ها و نهایت اینکه عرضه آن به بازار فروش متضمن منافع مالی ثابت و قابل پیش بینی برای وی باشد. در مقابل دولت میزبان نیز در مقام حفظ منافع ملی قرار داشته و در این راستا نظارت دقیق بر انعقاد قراردادهای نفتی و نحوه اجرای آن را در راستای اعمال حاکمیت ملی خود بر منابع زیر زمینی می داند و بر این اساس سعی در تدوین ساختاری می نماید که نسبت به تامین منافع از طریق نظارت بر اجرای قراردادهای نفتی و امکان فسخ قراردادها اقدام نماید (ایرانپور، ۱۳۸۶: ۲). در عین حال، الزام به رعایت استانداردهای زیست محیطی در قراردادهای نفتی، بر این تعارض منافع می افزاید و بدین ترتیب اساساً این سؤال به وجود می آید که مسئولیت اجرای قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی برعهده کدام یک از طرفین قرارداد است و هزینه اجرای آن را باید کدام یک از طرفین پرداخت نماید و از چه ابزارهایی باید برای استقرار و نهادینه کردن آن در قراردادهای نفتی سود جست تا همچنان شاهد ثبات معاملاتی در فعالیت اقتصادی حوزه نفتی باشیم و هر یک از طرفین خود را مغبون در مشارکت نداند^۱ (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲).

۱- البته مانعی نخواهد داشت که شریکان در تقسیم سود و زیان به گونه ای دیگر غیر از تناسب در «سهم» تراضی کنند و سهم شریکی را از سود فزون تر سازند یا از سهم او در زیان بکاهند. این شرط در جایی که شریک، کار اضافی (مثال در این مورد، رعایت استانداردهای زیست محیطی) انجام می دهد، بی تردید نافذ است.





منابع طبیعی از جمله نفت یکی از مهم‌ترین عناصر محیط زیست در حقوق داخلی و روابط بین‌المللی است و ارزش این منابع است که دولت‌ها را به منازعه در داخل و نیز در عرصه بین‌المللی ترغیب می‌نماید. از آن جایی که منابع طبیعی همانند میدان‌های نفتی در محدوده‌های ملی واقع هستند و موضوعی داخلی و در حوزه حقوق داخلی و اولویت‌های ملی توسعه تلقی می‌گردند، مسئولیت درج قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی به عهده دولت‌های صاحب مخزن می‌باشد. صلاحیت حاکمیتی دولت‌های مذکور به شرکت‌های ملی نفت که به عنوان بخشی از حاکمیت محسوب شده و عنوان کارفرما، طرف قرارداد با شرکت‌های نفتی می‌باشند نیز تسری می‌یابد. حاکمیت ملی و سلطه حقوقی آن بر منابع طبیعی و مسائل توسعه‌ای آن، در بسیاری از معاهدات بین‌المللی و اعلامیه‌ها نیز مورد تأکید قرار گرفته است. کنوانسیون ۱۹۹۲ تنوع زیستی، تأیید می‌کند که دولت‌ها بر منابع طبیعی خویش از حقوق حاکمیتی برخوردارند و می‌توانند از طریق قانونگذاری ملی، دسترسی به منابع ژنتیک را تنظیم نمایند.^۱ در اعلامیه استکهلم ۱۹۷۲ و در اعلامیه ریو نیز مجدداً تأیید شده است که دولت‌ها طبق منشور سازمان ملل متحد و اصول حقوق بین‌الملل برای بهره‌برداری از منابع طبیعی خویش مطابق با سیاست‌های زیست محیطی و توسعه‌ای مورد نظر خود از حق حاکمیت برخوردارند و مسئولیت دارند تا اطمینان حاصل کنند که اقدامات داخل در حوزه صلاحیت یا کنترل آنها به محیط زیست سایر دولت‌ها یا مناطق خارج از حوزه صلاحیت ملی صدمه وارد نمی‌آورد.^۲ لذا تعارض موجود بین دو بازیگر اصلی در طرح‌های نفتی یعنی دولت میزبان و شرکت‌های نفتی خارجی در خصوص درج قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی و اجرای آن می‌بایست تبدیل به همسویی و تفاهم مشترک گردد که عناصر اصلی دخیل در این همگرایی یا واگرایی طرفین، عبارت از قانون حاکم بر قراردادهای نفتی و حاکمیت قضائی مرتبط با آن می‌باشد.

بند دوم: نقش قانون حاکم در همسوئی منافع بین دولت میزبان و شرکت‌های نفتی جهت رعایت مقررات زیست محیطی

برای برآورده شدن این مقصود که قید استناددهای زیست محیطی در قراردادهای نفتی و اجرای آن، به یک تفاهم مشترک و سودمندانه بین دولت میزبان و شرکت‌های نفتی تبدیل شود، باید قادر باشیم که رعایت مقررات زیست محیطی را برای اجرای هدف مذکور به خدمت بگیریم. اولین گام در این

۱- ماده ۱۵ کنوانسیون تنوع زیستی.

۲- اصل ۲ اعلامیه ریو و اصل ۲۱ اعلامیه استکهلم.

زمینه، ایجاد نگرش مشترک و همسوگرایی بین دولت میزبان و شرکت نفتی می باشد. برای ایجاد تفاهم مشترک جهت رعایت مقررات زیست محیطی در قراردادهای نفتی لازم است که قانون شایسته حاکم بر آن نیز تعیین شود. برای تعیین قانون مذکور همواره کشاکشی بین حاکمیت قانون ملی دولت میزبان و قانون فراملی مدنظر شرکت خارجی وجود داشت. در سیر تحولات تاریخی قراردادهای منعقد با سرمایه گذران خارجی، گرایش کشورهای در حال توسعه، در ابتدا اعمال قواعد حقوق اداری نسبت به قراردادهای توسعه صنعتی منعقد با شرکت های خارجی و به ویژه در خصوص قراردادهای ناظر بر اکتشاف، استخراج و توسعه میادین نفت و گاز بوده است که به زعم آن شرکت ها این نوع از قراردادها به عنوان قرارداد «اداری» تلقی می گردد (ایرانپور، ۱۳۸۲: ۴۴) و قادر به ایجاد همسویی بین طرفین قرارداد نبود.

شرکت های نفتی در عدم پذیرش قرارداد اداری به دلایلی استناد می کنند که حاکی از نگرانی آنها از تسلط یک جانبه دولت میزبان بر روابط حقوقی آنها است. به عبارت دیگر اثر حقوقی تولید شده از قرارداد را باعث غبن خود می دانند (موسی زاده، ۱۳۸۸: ۱۲۷). تسلط مذکور ممکن است ناشی از ذات قراردادهای اداری باشد. در قرارداد اداری حداقل یکی از طرفین می بایست جزو اشخاص حقوقی در حقوق عمومی تلقی گردد. یک قرارداد زمانی اداری است که هدف آن اجرای یک خدمت عمومی بوده یا اینکه حاوی یکی از شروط استثنائی و غیر معمول در حقوق خصوصی باشد. این شروط، طرف قرارداد با اداره را تحت نظارت مقام شخص حقوقی حقوق عمومی قرار می دهد و یا اینکه موقعیت وی را به طرق مختلفی در سطح پائین تر قرار داده و اداره (یا همان دولت میزبان) را در موقعیت برتر قرار می دهد و به شخص حقوقی حقوق عمومی اجازه می دهد که به طور یک جانبه بعضی اقدامات را انجام دهد. به همین جهت اغلب احکام و قواعد حاکم بر قراردادهای اداری که به حکم قانون بر روابط طرفین قرارداد حکومت می کند اغلب از پیش توسط قانونگذار و یا اداره وضع و مقرر شده اند (رضایی زاده، ۱۳۸۲: ۴۴).

شرکت های نفتی معتقدند در این گونه قراردادها دولت میزبان جهت برآورده شدن شروط مربوط به رعایت مقررات محیط زیست در جریان طرح های نفتی، به گونه ای با شرکت های نفتی رفتار می نماید که با اتباع خود همان چهره از حاکمیت را به نمایش می گذارد در حالی که آنان قرارداد را به عنوان امری از قانون ملی حاکم بر آن و فضای محاط بر قرارداد در نظر گرفته و حاکمیت اراده را به تنهایی، قطع نظر از نظام حقوقی ملی، دارای احترام و اعتبار می شناسند. وصف «طولانی بودن





قراردادهای^۱ نفتی یکی از استناداتی است که شرکت های نفتی بدان توسل جسته و بدین وسیله می کوشند امکان درج شروط قراردادی را تسهیل و از لحاظ عملی سبب فراملی سازی قراردادهای نفتی گردند. البته وصف طولانی بودن مدت قراردادهای نفتی نیز بستری مناسب برای فراملی سازی قراردادهای نفتی است. قراردادهای نفتی نوعاً قراردادهای طولانی مدتی می باشند که بین شرکت نفتی خارجی و دولت میزبان منعقد می گردد. به طور متوسط مدت اعتبار این قراردادها ۲۰ تا ۳۰ سال می باشد، چه اینکه عملیات اکتشافی، توسعه و استخراج، عملیات طویل المدت بوده و بنابراین شرکت نفتی باید با اطمینان از طولانی بودن قرارداد نسبت به سرمایه گذاری های سنگین و گزاف در مناطق مختلف نفتی اقدام نماید (ایرانپور، پیشین: ۷).

بند سوم: اجتناب از درج شروط تحمیلی

یکی از دلایل عمده گریز شرکت های نفتی خارجی از پذیرش حاکمیت قانون داخلی در رعایت مقررات زیست محیطی نسبت به پروژه های نفتی، نگرانی آنان از درج «شروط تحمیلی»^۲ در قراردادهای نفتی همسو با قوانین دولت میزبان می باشد. منظور از شرط تحمیلی در قراردادها، شرطی است که یکی از متعاقدین با سوء استفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی و با تخصص خود به طرف دیگر تحمیل می کند (Robyn, ۲۰۰۵: ۷۴۱). به عنوان مثال چنانچه دولت میزبان رعایت سطح مشخصی از استاندارد های زیست محیطی در استخراج مواد نفتی از پیمانکار درخواست کند ولی آن را در مبلغ قرارداد محاسبه نماید و از طرف دیگر از استرداد ضمانت شرکت تا تامین مقررات خواسته شده نیز خودداری نماید، از نظر شرکت نفتی، شرطی تحمیلی محسوب می گردد که از ناحیه قوانین داخلی نیز حمایت می گردد و از آن به عنوان سوء استفاده از قوانین داخلی تعبیر می شود. در واقع کسی که در حین انعقاد قرارداد شروطی را به طرف مقابل تحمیل می کند و به این طریق امتیاز افراطی از قرارداد تحصیل می کند از حق قرارداد خویش سوء استفاده کرده است. اما در مقابل آنان که قائل به حاکمیت قانون دولت در وضع قواعد زیست محیطی ناظر بر قراردادهای نفتی و اجرای آن هستند منکر سوء استفاده در چنین قراردادهایی هستند و چنین اظهار عقیده کرده اند که معیار تشخیص سوء استفاده از حق، قصد آزار و اذیت دیگری است. این در حالی است که در بحث شروط تحمیلی چنین قصدی منتفی است و بر عکس، در قراردادها معمولاً جلب رضایت طرف مد نظر است. به این

1- Long Term Agreement.

2- Unconscionable Clause.

ایراد می توان چنین پاسخ داد که معیار واقعی سوء استفاده از حق، به کار بستن حق در خارج از هدف و منظور آن است و کسی که با توسل به حق انعقاد قرارداد خویش در جهت تحصیل نابرابری فوق العاده است، این حق را در خارج از هدف خویش استعمال می کند. ایراد دوم در رابطه با دایره شمول قاعده سوء استفاده از حق «توسط دولت میزبان علیه شرکت های نفتی خارجی» است. ایراد کنندگان معتقدند این تئوری فقط برای مبارزه با سوء استفاده از حق کارساز است و سوء استفاده از آزادی را در بر نمی گیرد و بنابراین سوء استفاده از آزادی قراردادی مشمول این تئوری نمی گردد. در پاسخ باید گفت که اولاً آزادی قراردادی تعبیر دیگری از حق انعقاد قرارداد است و ثانیاً وقتی سوء استفاده از حق ممنوع باشد به طریق اولی سوء استفاده از آزادی نیز ممنوع است. ایراد سوم به این شرح است که ضمانت اجرای تئوری سوء استفاده از حق، پرداخت خسارت است در حالی که در بحث شروط تحمیلی «بطلان شرط» به عنوان ضمانت مطرح است. در پاسخ به این ایراد نیز می توان گفت که ضمانت اجرای تئوری سوء استفاده از حق، در وهله اول ضمانت اجرای طبیعی است و در صورت عدم امکان این ضمانت اجراء، پرداخت خسارت مطرح می شود. ضمانت اجرای طبیعی در رابطه با درج شروط تحمیلی در قراردادها نیز حذف همان شرط است (کریمی، ۱۳۸۱: ۸۱).

در پذیرش شروط تحمیلی به این دلیل مقاومت صورت می گیرد که خلاف مقتضای ذات عقد بوده و متضمن غبن یکی از طرفین قرارداد می باشد و به همین دلیل ناعادلانه قلمداد می شود. به نظر می رسد برای ایجاد همسویی منافع بین دولت میزبان و شرکت های نفتی جهت رعایت مقررات زیست محیطی در قراردادهای نفتی و با ملاحظه اینکه؛

- ۱، حاکمیت دولت میزبان، تعیین قانون آن دولت را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد اقتضاء می کند.
- ۲، اصول عدم «سوء استفاده از حق»، «عدالت و انصاف قراردادی» و اصل «آزادی در انعقاد قرارداد»^۱ با درج شروط تحمیلی در تضاد می باشند. لذا تعیین قانون دولت میزبان به عنوان قانون حاکم در قراردادهای نفتی جهت رعایت مقررات زیست محیطی با حذف شروط تحمیلی^۲ قادر به برقراری تعادل و ایجاد همسویی بین کشور میزبان و شرکت نفتی می باشد. تعادل مذکور با تاسیس نهاد مناسب حل و فصل دعاوی در اختلافات نفتی تکمیل می گردد که در گفتار آتی به آن خواهیم پرداخت.

1- Freedom of Contract.

۲- در این جا به معنی شروطی است که یکسویه و اقتدارگرایانه محسوب شده و حقوق پیمانکار نفتی را مد نظر قرار نمی دهد.





بند چهارم: همسوئی منافع بین دولت میزبان و شرکت های نفتی جهت رعایت مقررات محیط زیست با تبدیل حاکمیت قضائی به نهاد داوری

تعیین صلاحیت قضائی دادگاه های دولت میزبان جهت رسیدگی به تخلفات شرکت های نفتی در خصوص عدم رعایت مقررات زیست محیطی در اکتشاف، استخراج و انتقال مواد، تعیین غرامت و اجرای حکم، مورد استقبال شرکت های نفتی قرار نگرفته و آنها اغلب به این نحو از اعمال صلاحیت قضائی به دو صورت واکنش نشان می دهند: ۱، به هر وسیله تلاش می کنند مقررات زیست محیطی در قراردادهای نفتی را به حداقل رسانده و در حد اقدامی اختیاری و یا فاقد ضمانت اجرا تنزل دهند. چنانچه هم اکنون نیز در برخی کشورهای توسعه نیافته به همین شیوه مبادرت می ورزند.

۲، به دلیل خطر پذیری و ریسک بالا، از عقد این گونه قراردادها طفره می روند که این عمل نوعی فشار به کشور صاحب مخزن برای تمکین به خواسته آنان محسوب می گردد.

نگرانی شرکت های نفتی از حاکمیت قضائی دولت میزبان، تفسیر موسع از مفهوم حاکمیت به عنوان یک مفهوم غیر قابل تحدید و غیر قابل اسقاط است که غالباً به اعمال قواعد آمره دولتی منجر می گردد. ماهیت قراردادهای نفتی در واقع متأثر از این واقعیت است که به دنبال استقلال طلبی بسیاری از کشورهای نفت خیز و صاحب منابع غنی انرژی، و با استناد به حاکمیت ملی نسبت به منابع زیرزمینی، دولت ها به نحو مؤثر نسبت به کنترل نحوه اکتشاف استخراج، تولید و انتقال منابع زیرزمینی نفت و گاز در سرزمین خود اقدام نموده و بر این اساس مقررات آمره ای را نسبت به آن وضع می نمایند تا بتوانند نسبت به حفظ منافع ملی در مقابل منافع اشخاص حقوق خصوصی خارجی اقدام نمایند (ایرانپور، پیشین: ۱۰). مقررات آمره مذکور به چگونگی قید قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی محدود نگردیده و در صورتی که حاکمیت قضائی دولت میزبان بر قضاوت، دادرسی و حل اختلاف دعاوی ناشی از آن نیز تسری یافته و سلطه آن تثبیت گردد، شرکت های نفتی بازندگان مرافعه بوده و به احتمال زیاد به پرداخت غرامات سنگینی نیز محکوم خواهند شد. لذا نهادی که می تواند تامین کننده حقوق طرفین در قراردادهای نفتی بویژه ناظر بر رعایت مقررات زیست محیطی بر آن باشد و شرکت های نفتی نیز گمان نبرند که حق آنان در پیسج و خم محاکم داخلی و بعضاً متأثر از حاکمیت دولت میزبان مخدوش می گردد، تاسیس نهاد داوری به جای حاکمیت قضائی است. نهاد داوری از نظر ماهیت، تاسیسی است که به واسطه آن اشخاص اختلافات خود را تا حدی که قانون اجازه می دهد، به طور خصوصی فیصله می دهند. خصوصیت متمایز کننده این شکل از سیستم عدالت

خصوصی، ماهیت رضایی و داوطلبانه آن است. در حالی که تسلیم شدن به صلاحیت دادگاه های عمومی از موارد التزام حقوقی است. بنابراین طبق نظریه قراردادی ماهیت داوری، می توان استدلال کرد که داوری موجودیت و صحت خود را از اراده و رضایت طرح کنندگان دعوی می گیرد و در مغایرت آشکار با سیستم عمومی قضاوت، فرآیند داوری بیانگر نظم خصوصی است. هنگامی که یک طرف وارد داوری می شود عمل او عوضی برای تعهد طرف دیگر به پذیرش رای داور است و برعکس^۱ (Jones, ۱۹۹۷: ۱۲۲).

موافقتنامه داوری نوعی قرارداد است که در سطحی عالی تر به تخصیص ریسک می پردازد (Kellor, ۱۹۴۱: ۸). این مکانیسمی است که تحت آن طرفین یک قرارداد توافق می کنند شخص ثالثی را در صورت شکست آنها در رسیدن به یک توافق در آینده برای تصمیم گیری درگیر نمایند. در انجام این کار طرفین از معیار آزادی فردی چشم پوشی می کنند. چنین استدلال شده است که هر دو جنبه داوری یعنی قرارداد داوری و رای داوری ویژگی قراردادی داوری را نشان می دهند. در نتیجه مانند هر قرارداد عادی دیگر قدرت الزام آوری توافقنامه داوری از اصل وفای به عهد نشأت می گیرد. در این معنا، رای خود یک فعل خصوصی است که فارغ از منافع دولت است. عنصر قراردادی و نقش توافقنامه داوری در تشکیل این شکل از دادرسی خصوصی نشان می دهد که این تاسیس حقوقی به تنهایی بسط یک ترتیب قراردادی توسط طرفین برای پر کردن خلاءهای قراردادی است (باقری، ۱۳۸۶: ۴۳، ۴۵). لذا با پذیرش اینکه شرکت های نفتی رغبت بیشتری به پذیرش رای داوری در قراردادهای نفتی و بالاخص رای داوری در خصوص وقوع یا عدم وقوع تخلف شرکت ها راجع به رعایت مقررات زیست محیطی در طرح های نفتی دارند و اعمال حل و فصل اختلافات به طریقه داوری منتهی به جلب اعتماد شرکت های نفتی و بالا رفتن ضریب اطمینان از عدم وقوع خسارت های زیست محیطی می گردد، لازم است معیارهای سه گانه جغرافیائی، آئین دادرسی و تعیین داوران در این فرآیند حل و فصل اختلافات نیز مورد بررسی قرار گیرد.

بند پنجم: معیار جغرافیائی در حل اختلافات به شیوه داوری

آیا در حل اختلاف ناشی از عدم رعایت مقررات زیست محیطی در قرارداد نفتی، محل صدور رای داوری واجد اهمیت است؟ همان گونه می دانیم قرارداد داوری مشتمل بر توافقی بین طرفین معامله

۱- برای نمونه، به استناد ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی ایران، دعوی ورشکستگی و دعوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب قابل ارجاع به داوری نیست.





است مبنی بر ارجاع اختلافاتی که بعداً از معامله آنان ممکن است حاصل شود به داوری، خواه توافق مذکور به صورت عقد مشتمل باشد خواه به صورت شرط ضمن عقد (لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۸۴)، در مواردی که حل اختلاف با روش حاکمیت قضائی و توسط محاکم صورت می‌گیرد معمولاً دادگاه محل اجرای طرح برای دادرسی انتخاب می‌شود و همچنان که قبلاً گفته شد این گونه دادرسی‌های کلاسیک مطابق خواست کشور میزبان و به عنوان بروز چهره‌ای از حاکمیت بر منابع عمومی تلقی می‌گردد. اما قراردادهای نفتی به دلیل وجود عنصر خارجی در آن، واجد وصف داوری بین‌المللی است. بر خلاف دسته‌ای از داوری‌ها که در آن تابعیت طرفین دعوی و داوران، محل برگزاری داوری، قانون قابل اعمال و محل اجرای رای در یک قلمرو سیاسی قرار دارد، داوری داخلی محسوب شده (Lew, ۱۹۷۸: ۱۸) و قرابت بیشتری با دادرسی توسط محاکم ملی دارد. در داوری‌های بین‌المللی عوامل متعددی وجود دارد که موضوع را به چندین کشور مربوط می‌کند؛ خود طرفین داوری و نیز داور یا داوران در کشورهای مختلف اقامت دارند، رسیدگی‌های داوری گرچه معمولاً در یک کشور برگزار می‌شود ولی مانعی وجود ندارد که جلسات رسیدگی در چندین کشور انجام شود و خصوصاً لوایح کتبی ممکن است به محل سکونت معمولی داور ارسال شود و داوران ممکن است رای را در کشور محل رسیدگی یا در جای دیگری مثلاً در کشور محل سکونت خود امضاء کنند (جنیدی، ۱۳۸۷: ۷۱).

در رای داوری، معیار جغرافیائی، معیار محدود کننده‌ای به شمار نمی‌آید و بنابر تراضی اراده بین دولت میزبان و شرکت نفتی خارجی، کشور محل صدور رای در خصوص اختلافات ناشی از چگونگی اجرای مقررات زیست محیطی می‌تواند در کشوری غیر از قلمرو جغرافیائی دولت میزبان باشد. همچنان که در شرط داوری دولت شیخ نشین راس الخیمه در سال ۱۹۷۸ با شرکت نفتی طرف قرارداد، مقر داوری در ژنو تعیین گردید (آریان کیا، ۱۳۸۸: ۲۱۲).

در هر صورت معیار جغرافیائی غیر محدود در انتخاب محل صدور رای داوری و یا همان مقر داوری، از امتیازات روش داوری در حل و فصل اختلافات ناشی از رعایت مقررات زیست محیطی در قراردادهای نفتی است تا دولت میزبان به مداخله در امر دادرسی به طور مستقیم یا غیر مستقیم متهم نگردد. البته از آن جایی که اصولاً محل صدور رای داوری در قرارداد یا در شرط رجوع به داوری مشخص می‌شود، این امکان نیز وجود دارد که محل داوری، انشاء و صدور رای، بنابر تراضی با کشور میزبان تعیین گردد.

بند ششم: معیار آئین دادرسی در حل اختلافات به شیوه دادرسی

مقصود از آئین دادرسی در این مبحث اعم از قانون مورد اجرا در داوری و آئین دادرسی به نحو اخص می باشد. همان گونه که قبلاً اشاره شد، نگرانی عمده شرکت های نفتی در اعمال صلاحیت قضائی محاکم کشور میزبان، قوانین و استانداردهای زیست محیطی کشور میزبان نیست، بلکه قواعد آمره فراقانونی است که آن را نافی عدالت و موجبات سوء استفاده از حق دانسته و بر ضرورت حذف و عدم قید آن در قراردادهای نفتی تاکید شده است.

بنابراین آنچه در معیار آئین دادرسی در امر داوری اهمیت دارد، تعیین آئین دادرسی توسط طرفین نیست بلکه اطمینان یافتن از قانون کشور محل داوری است که اجازه داوری بر اساس قانون توافق شده در شرط رجوع به داوری را بدهد. در واقع برای چنین توافقی باید مطمئن و یا دست کم امیدوار بود که هم کشور محل برگزاری و هم کشوری که قانون آن بر داوری حاکم است اجازه انجام داوری به موجب قانونی غیر از قانون کشور محل برگزاری داوری را بدهند. کارکرد قانون حاکم بر داوری مهم و وسیع است. این قانون است که مشخص می کند دادگاه های کدام کشور صلاحیت اقدام نسبت به داوری «مثلاً نصب داوران در صورت لزوم» را دارد. همچنین همین قانون تعیین می کند که دادگاه های کدام کشور صلاحیت نظارت بر مشروعیت داوری و رای صادره را دارا هستند. هنگامی که قانون حاکم بر داوری غیر از قانون محل برگزاری داوری باشد احتمال دارد هنگامی که طرفین، داوری در کشور «الف» به موجب قانون کشور «ب» را مقرر می دارند ولی کشور «الف» اختیار تعیین قانون داوری خارجی را به آنها ندهد. یا برعکس، اگر کشور «الف» اختیار طرفین جهت تعیین قانون خارجی را بپذیرد ولی کشور «ب» اجازه برگزاری داوری در خارج از کشور بر اساس قانون خود را ندهد (جنیدی، پیشین: ۷۸). موضوعی که در واقع به لزوم یا عدم لزوم امتناع قاضی ملی «حقوق داخلی» از رسیدگی در فرض وجود یک شرط داوری بین المللی مربوط می شود^۱ (عابدی، ۱۳۸۵: ۹). هر چند این موضوع، یعنی ضرورت انطباق قانون محل صدور رای داوری با قبول شرط داوری بسیار مهم است اما نباید مانع از پیشرفت روند حل و فصل اختلافات در قواعد زیست محیطی از طریق داوری گردد. راه حل آن نیز در گزینش کشورهایی به عنوان مقر داوری است که بتوان از تطبیق



۱- در خصوص دعوایی که در سال ۱۳۷۴ یک سازمان دولتی ایران علیه شرکت اینترنشنال لیمیند انگلیس به خواسته اعلان بطلان قرارداد و الزام به جبران خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی مطرح کرده بود و استدلال دادگاه ایران در خصوص نحوه توافق طرفیت و ارجاع اختلاف به داوری یک سازمان بین المللی توضیحات جامعی ارائه گردید.



قوانین آن و یا وجود وحدت رویه قضایی مبنی بر عدم امتناع حقوق داخلی از رسیدگی با وجود شرط داوری بین المللی اطمینان حاصل کرد. به عنوان مثال چنانچه شرکت خارجی نفتی طرف قرارداد با کشور ایران مرتکب نقض تعهد در رعایت مقررات زیست محیطی در جریان اکتشاف و استخراج نفت در سواحل ایران گردد و در خصوص تقصیر و میزان غرامتی که شرکت خارجی نفتی باید بپردازد بین طرفین قرارداد اختلاف حاصل شود، اختلاف مذکور به استناد قرارداد داوری و یا شرط رجوع به داوری به داورانی سپرده می شود که می بایست بر اساس قوانین ایران «قانون حاکم» رای خود را صادر نمایند. بدیهی است همچنان که گفته شد

حسب توافق و تراضی طرفین، محل صدور رای می تواند کشور میزبان یعنی ایران تعیین شود اما چنانچه در

قرارداد داوری، کشور ثالثی به عنوان کشور محل صدور رای در نظر گرفته شود اقتضاء دارد که قبلاً به طریق مقتضی از انطباق قوانین کشور محل صدور رای داوری با قبول شرط داوری بین المللی اطمینان یافت. چرا که این قوانین ملی کشور محل صدور رای داوری هستند که در صورت تشخیص صلاحیت خود، قادر خواهند بود رای داوری صادره را در مقام تجدید نظر، ابطال و حاکمیت قوانین داخلی و محاکم ملی را بر موضوع مورد اختلاف استوار سازند. علیرغم این گونه محظورات، برای شرکت های نفتی ارجاع امر به داوری، باز هم یک مزیت خواهد بود چرا که قادرند در تعیین آیین داوری ابتکارات خود را به کار گیرند تا در فرایند رسیدگی، به ویژه تفسیر، تعیین مسئول و چگونگی پرداخت غرامت، تسهیل گردد.

بند هفتم: معیار تعیین داوران در حل اختلافات به شیوه داوری

اعتقاد بر این است که اگر شرکت خارجی نفتی در روند رسیدگی به تخلفات زیست محیطی، در اتخاذ تصمیم مشارکت داشته باشد رغبت بیشتری به اجرای رای صادره داشته و در دراز مدت تحول مثبتی در کاهش آلودگی نفتی رخ خواهد داد. اما با توجه به اینکه معمولاً، قانون حاکم بر داوری و شرایط آن، همان قانون کشور میزبان می باشد، آزادی عمل کشور میزبان و شرکت خارجی نفتی در تعیین داوران تا چه حدی است؟ لذا مقررات مربوط به تعیین داور واجد اهمیت می باشد. به عنوان مثال در قانون ایران، طرف ایرانی در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است نمی تواند به نحوی از انحاء ملزم شود که در صورت بروز اختلاف حل

آن را به داور یا داوران یا هیاتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد.^۱ نگرانی قانونگذار ایرانی در اصل شایستگی ارجاع اختلاف ناشی از یک معامله همانند استخراج و انتقال نفت و توابع آن مانند رعایت استانداردهای زیست محیطی به داوری نیست بلکه موضوع، ناظر بر عدم حل و فصل اختلاف توسط داور یا مجموعه ای از داوران دارای تابعیت طرف معامله می باشد. از مجموع آنچه که به عنوان قواعد داوری از مفاد کنوانسیون نیویورک مصوب ۱۹۵۸،^۲ کمیسیون حقوق تجارت بین الملل «آنستیرال»^۳ و مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه گذاری حاصل^۴ می آید، افزون بر این، راهکار

تعیین داوران در سه مرحله قابل توجه می باشد: ۱، تعیین هیات داوری که معمولاً از سه داور تشکیل می گردد، بدین نحو که کشور میزبان یک داور و شرکت خارجی نفتی نیز یک داور تعیین می کنند و دو داور مزبور قبل از شروع به رسیدگی داور ثالث را انتخاب خواهند کرد تا سمت ریاست هیات داوری را داشته و به آن سر داور نیز می گویند.^۵ نکته اینجاست که اگر کشور میزبان و یا شرکت خارجی نفتی نسبت به انتخاب سر داور توافق نکنند، باید به قانون حاکم بر داوری توسل جست و علی القاعده قانون حاکم در شرط داوری نیز یا به صورت مستقیم از داور سوم در صورت عدم اتفاق نام می برد و یا مرجعی را معرفی می کند که سرداور را معین می کند. به عنوان مثال در این مورد می توان رئیس دیوان عالی کشور میزبان یا کشور ثالث دیگری را برگزید تا نسبت به معرفی داور سوم با توجه به شرایط مندرج در قرارداد داوری اقدام نماید.

۲، فرآیند پیش گفته در این حالت نیز به انجام می رسد که یکی از طرفین داور خود را انتخاب نکند و یا در صورت انتخاب به اطلاع طرف دیگر نرساند که در این صورت تقاضای تعیین داور دوم از ناحیه طرف دیگر عمل خواهد آمد و مرجعی که در قرارداد داوری مشخص گردید، نسبت به انتخاب داور سوم و ابلاغ به طرفین اقدام می نماید.^۳ چنانچه به هر علت یکی از اعضای هیات داوری پس از قبولی

۱- ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، باب هفتم در موضوع داوری.

2- New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments.

3- United Nations Commission on International Law (UNCITRAL).

4- The International Center for Settlement of Investment Disputes.

۵- در قضیه داوری بین شرکت نفتی امین اوایل و کویت «۱۹۸۲»، هیات داوری متشکل بود از سر جرالد فیتز موریس، داور منتخب شرکت نفتی امین اوایل، پروفیسور حامد سلطان مصری، داور منتخب کویت و پروفیسور روینز، رئیس هیات داوری. Aminoil v.

Kuwait ILR, p. ۵۱۸.



وظایفی که به او محول شده است قادر یا مایل به شروع یا تکمیل رسیدگی به مورد اختلاف، از جمله صدور نظریه خویش در خصوص تخلف یا عدم تخلف زیست محیطی و مقدار و چگونگی پرداخت غرامت مربوطه نباشد. در این صورت چنانچه طرفین به صورت دیگری با هم توافق ننمایند هر یک از طرفین می تواند از مرجع تعیین شده در قرارداد رجوع به داوری تقاضا نماید که جانشین مزبور را تعیین نماید. رویه های حاصل از داوری های بین المللی معاصر مشخص ساخت که نهاد داوری، نظر شرکت های غربی مبنی بر اینکه قرارداد داوری به کلی از قانون داخلی کشور میزبان منتزع شود و تابع حقوق بین الملل باشد را بر نمی تابد، همچنان که تقریط های دولتی طرف قرارداد را که می خواهند قرارداد را تا حد یک پیمان ساده داخلی که کاملاً مشمول قوانین و مقررات داخلی آنها باشد، تقلیل دهند و هر گونه نقش و حضور موازین حقوق بین المللی را در اداره قرارداد انکار کنند، نمی پذیرد (محبی، ۱۳۸۵: ۶۷). لذا می توان موانع همسویی بین دولت میزبان و شرکت های نفتی خارجی را با اجرای ترتیباتی نه چندان غامض از بین برد و یا کاهش داد تا محیط زیست در قراردادهای نفتی همچنان بین نادیده گرفته شدن مقررات آن و یا تفری از آن به عنوان امری حاکمیتی و یک طرفه فراموش نگردد.

بخش دوم: قید قواعد زیست محیطی با توجه به ماهیت قراردادهای نفتی

قراردادهای نفتی با هر مشخصه خاصی که باشند موید فعالیتی هستند که یک آلوده کننده بالقوه در محیط زیست محسوب می گردند. چنین توصیفی از قرارداد نفتی آن را به «قراردادهایی خطر پذیر»^۱ نه از باب برگشت سرمایه، بلکه از نظر آسیب محتمل به چرخه محیط زیست تبدیل می کند که قید مقررات زیست محیطی در آنها اجتناب ناپذیر می باشد. می توان گفت که اولین بار در بیانیه ریو به اصولی اشاره شد که قواعد اصلی در زمینه حفاظت از محیط زیست محسوب می شوند. اجرای قواعد زیست محیطی مذکور در قراردادهای نفتی نه تنها مغایرتی با ماهیت قراردادهای نفتی ندارد بلکه ضامن توسعه پایدار و تداوم بهره برداری بهینه از منابع طبیعی است.

در مجموع، قراردادهای نفتی دارای چهار ویژگی اصلی هستند که عبارتند از: ۱، نحوه و میزان مداخله دولت میزبان در تصمیم گیری در پروژه های نفتی ۲، قواعد ناظر بر خطرپذیری برای شرکت سرمایه گذار و دولت میزبان ۳، میزان مشارکت دولت میزبان در عملیات ناظر بر اکتشاف و تولید نفت ۴، نحوه سرمایه گذاری شرکت خارجی (ایرانپور، پیشین: ۱۶)، همگی به استناد «معاهده منشور انرژی» و

1- Risky Contracts.

«پروتکل معاهده منشور انرژی راجع به بهینه سازی انرژی و جنبه های زیست محیطی مربوطه» ملزم به انجام ارزیابی های زیست محیطی و تطبیق با استاندارد های محیط زیست می باشند. معاهده مذکور همه جنبه های مهم انرژی از اکتشاف گرفته تا بهره برداری را در برداشته و بر اصول

سیاست گذاری جهت ترویج بهینه سازی انرژی به عنوان یک منبع انرژی و کاهش آثار نامطلوب زیست محیطی در نظام های انرژی تاکید می ورزد (طلایی، ۱۳۹۰: ۲۰۰) و به عبارت، دیگر لزوم تطبیق نظام های انرژی در رعایت استاندارد های زیست محیطی فارغ از انواع مختلف قراردادهای نفتی و تامین انرژی را یاد آور می شود. از نقطه نظر این دیدگاه، قراردادهای نفتی باید با مقررات زیست محیطی تطبیق داده شوند و اگر موانعی وجود داشته باشد با راهکارهای مناسب از سر راه برداشته شود. در این نگاه آنچه که اصل است تامین انرژی با هر قیمت و در کوتاهترین زمان نیست بلکه تامین انرژی توأم با حفظ بقاء محیط زیست و سیستم اکولوژیک آن است.

آن چه در قسمت های مختلف این نوشتار به آن اشاره شده این است که ماهیت قراردادهای نفتی تا چه حد ضرورت قید قواعد زیست محیطی را در متن خود اقتضاء می کند، هر چند که قراردادهای مذکور در قالب نظام های حقوقی متفاوتی تنظیم گردند و فارغ از اینکه قراردادهای نفتی واجد وصف داخلی یا بین المللی باشند. اساساً آمره بودن رعایت قواعد زیست محیطی موجب می گردد تا داخلی یا بین المللی بودن قراردادهای نفتی تاثیری بر لزوم اجرای آن نداشته باشد. در این میان اغلب نویسندگان با این استدلال که قریب به اتفاق منابع نفتی در تملک دولت ها قرار دارد و از سوی دیگر توانائی هائی فنی و مالی لازم برای استخراج نفت اغلب نزد شرکت های چند ملیتی خصوصی یافت می شود و قرارداد نفتی نیز بین شرکت نفتی دارای تابعیت خارجی، با دولت و یا شرکت دولتی میزبان منعقد می گردد لذا قرارداد منعقد به اعتبار شخص طرف معامله قراردادی بین المللی محسوب می شود (امانی، ۱۳۸۹: ۷۵). اما این تعریف با وجود عمومیت داشتن، خالی از استثناء نیست و در حال حاضر در برخی قراردادهای نفتی، شرکت پیمانکار از تابعیت داخلی کشور صاحب مخزن برخوردار بوده و سرمایه مورد نیاز از طرق مختلف تامین اعتبار داخلی از جمله فروش اوراق مشارکت تامین می گردد. با این وصف امروزه اغلب قراردادهای نفتی از قبیل قراردادهای امتیازی، قراردادهای مشارکت در تولید و سرمایه گذاری و قراردادهای خدمت که در این پژوهش مورد بررسی قرار می گیرند در قالب قراردادهای نفتی بین المللی منعقد می شوند.





بند اول: قواعد زیست محیطی قابل استفاده در قراردادهای نفتی مندرج در بیانیه ریو

مجمع عمومی سازمانی ملل متحد در سال ۱۹۸۹ تصمیم گرفت که به منظور شناساندن و پیشرفت توسعه پایدار، کنفرانسی را در سال ۱۹۹۲ در شهر ریودوژانیو و کشور برزیل با نام کنفرانس محیط زیست و توسعه سازمان ملل متحد برگزار نماید. دستور کار کنفرانس مربوط به عواملی بود که باعث تخریب محیط زیست و به طور کلی برهم خوردن تعادل اکولوژیکی زمین از جمله آلودگی نفتی می گردید و نگرانی های بین المللی را در زمینه نابودی منابع طبیعی و انقراض نسل بسیاری از گونه های گیاهی و جانوری افزایش می داد. مذاکرات به طور عمده بر سر ارائه دو سند اصلی برای تصویب در کنفرانس بود. سند اول، بیانیه ای از اصول مورد تفاهم بود که بعدها در کنفرانس ریو به بیانیه ریو تغییر نام داد و سند دوم، دستور العمل های لازم برای اجرای توسعه پایدار بود که در کنفرانس ریو به نام دستورالعمل ۲۱ مشهور گردید. بیانیه ریو مشتمل بر اصول زیست محیطی برای تعیین وظایف کشورها، همکاری های بین المللی برای محافظت از محیط زیست و نقش و حقوق شهروندان در این رابطه می باشد. از آن جایی که اصول مذکور توسط بیش از ۱۵۰ کشور جهان به امضاء رسیده و به رسمیت شناخته شد، به عنوان اصول فراگیر و قواعد اصلی در زمینه حفاظت از محیط زیست از جمله آلودگی نفتی ملاک عمل می باشد که در ادامه به بررسی آنها می پردازیم.

بند دوم: اصل جلوگیری

در خصوص آلودگی محیط زیست ناشی از مواد نفتی، اصل پیش گیری از آلودگی به عنوان یک تعهد عمومی برای اجتناب از ایراد خسارت زیست محیطی، بهترین تدبیر محسوب می گردد. تمرکز بر پیش گیری از آلودگی هم از سوی صنایع و هم سیاست گذاران، انعکاس این آگاهی روزافزون است که خودداری و کاهش آلودگی تقریباً همیشه از تلاش برای اعاده وضعیت یک منطقه آلوده شده کم خرج تر و مقرون به صرفه تر است. این اصل شباهت نزدیکی با اصل ۶ اعلامیه استکهلم دارد که در عباراتی جامع و فراگیر بیان می دارد؛ رهاسازی مواد سمی یا سایر مواد و انتشار گرما در مقادیر و مقیاسی که فراتر از توان محیط زیست برای سالم و بی خطر ساختن آنها باشد، باید به منظور حصول اطمینان از عدم ایراد خسارت جدی و غیر قابل جبران به اکوسیستم متوقف گردند (گروه صلح کرسی حقوق بشر، ۱۳۸۹: ۱۸۹). لذا با توجه به اینکه مواد نفتی به ویژه در صورت ترکیب با آب، به یکی از مواد سمی در طبیعت تبدیل می شود و هزینه پاکسازی و سالم سازی محیط زیست از آلودگی ناشی از

مواد نفتی بسیار زیاد است، رعایت اصل جلوگیری از آلودگی نفتی به عنوان یکی از اصول اساسی زیست محیطی در هر طرح نفتی محسوب می گردد.

اصل اصل اقدام همگانی به این معنا است که اقدام برای رفع آلودگی نفتی اولاً می بایست در تمام سطوح قانونگذاری اعم از ملی و بین المللی بسط یابد و ثانیاً مجریان نیز در سطح ملی و بین المللی نسبت به انجام تکالیف خود توجه گردیده و توانا باشند. به عبارت دیگر چالش عمده سازمان هایی که مدیریت محیط زیست را بر عهده دارند ارتباط بین افراد و آثار بین المللی رفتار های آنها می باشد. به استناد اصل مذکور بسیار مهم است که قواعد توسعه یافته در سطح رژیم های بین المللی با شرایط بسیار گوناگون و متنوع محیط زیستی منطقه ای یا داخلی نیز سازگار باشند (برنامه محیط زیست سازمان ملل متحد، ۱۳۸۸: ۲۴). همچنین اصل مذکور ناظر بر این است که مسئولیت و تصمیم گیری تا پایین ترین سطح یک دولت یا سازمان سیاسی که می تواند اقدامی موثر به عمل آورد نفوذ نماید.

بند سوم: اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت

حقوق بین الملل محیط زیست اغلب به تعهد عمومی دولت ها در خصوص همکاری در تحقیق، تشخیص و احتراز از صدمات زیست محیطی مربوط می شود. در چارچوب تعهد به انجام همکاری، وظیفه اصلی مترتب با آن، مبادله اطلاعات، لزوم اخطار و مشورت با دولت هائی که به طور بالقوه در معرض تاثیر هستند و لزوم هماهنگی در تحقیقات علمی بین المللی با آنها وجود دارد. هر چند اکثر قواعد زیست محیطی مستلزم مشارکت کشورهای فقیر و غنی می باشند اما همه کشورها در مقایل ورود خسارات به محیط زیست، مسئولیت مساوی ندارند چرا که کشورهای مختلف منابع متفاوتی در اختیار دارند. بنابر این در حالی که کشورها همگی دارای مسئولیت مشترک برای حفظ محیط زیست هستند اما در مورد خسارات زیست محیطی، مسئولیت هر یک به تناسب سهم آن کشور در ورود خسارت متفاوت است. به عنوان مثال به موجب «پروتکل کیوتو»^۱ فقط کشورهای توسعه یافته عضو پروتکل برای کاهش استفاده از گازهای گلخانه ای مسئولیت دارند. در خصوص آلودگی نفتی نیز کشورهای نفت خیز سواحل خلیج فارس که دارای ۳۴ حوضچه نفت و گاز، ۸۰۰ حلقه چاه استخراج نفت و ۲۵ پایانه بزرگ نفتی می باشند به استناد اصل مذکور مسئولیت بیشتری برعهده داشته و اتخاذ تدابیر لازم برای کاهش و رفع آلودگی نفتی نیز نتیجه مسئولیت مذکور می باشد.



1- Kyoto Protocol, 1997.

بند چهارم: اصل شفاف سازی

می توان گفت جامع ترین تعریف از اصل شفاف سازی در ماده ۱۴ کنوانسیون تنوع زیستی بیان گردیده است که مقرر می دارد، هر یک از کشورهای عضو در حد امکان و به گونه مناسب باید روش های مناسب در زمینه ارزیابی اثرات زیست محیطی پروژه های خود را که ممکن است اثرات زیانبار قابل توجهی بر تنوع زیستی داشته باشد با هدف اجتناب از ایجاد چنان تاثیراتی در پیش گرفته و زمینه مشارکت مردمی را آن گونه که باید در این روش ها در نظر بگیرد؛ فراهم نماید تا تضمین نماید که پیامدهای زیست محیطی در خصوص آن دسته از برنامه ها و سیاست هایی که اثرات زیان باری بر تنوع زیستی دارند مد نظر قرار می گیرد؛ در زمینه فعالیت های تحت صلاحیت یا کنترل خود که احتمالاً اثرات زیان بار قابل ملاحظه ای بر تنوع زیستی سایر کشورها یا مناطق ماورای قلمرو داخلی آن دارند بر اساس رفتار متقابل، با عقد قراردادهای دوجانبه، منطقه ای یا چند جانبه مناسب، ارایه و تبادل اطلاعات و مشاوره را تشویق کند؛ در صورت بروز خطر یا خسارت آتی یا کشنده برای تنوع زیستی در منطقه تحت صلاحیت یا کنترل سایر دولت ها یا مناطق خارج از محدوده صلاحیت ملی خود فوراً دولت هایی را که به طور بالقوه در معرض خطر قرار می گیرند آگاه کرده و اقدامات لازم را برای جلوگیری یا کاهش خطرات و خسارت یادشده را آغاز کند. بنابراین شفاف سازی از دو عنصر اصلی تشکیل می شود. اول، دسترسی به موقع، آسان و کامل به اطلاعات توسط تمامی کسانی است که شفاف سازی بر منابع آنها اثر می گذارد. دوم، مشارکت عمومی در تصمیم گیری ها است. چرا که تصمیم گیرندگان برای تصمیم گیری خوب و صحیح به اطلاعات مربوط به آنهايي که تحت تاثیر آثار تصمیمات آنها قرار می گیرند نیاز دارند و تصمیم گیری شفاف باعث ایجاد نتایج بهتر می شود.

بند پنجم: اصل پرداخت خسارت محیط زیست توسط آلوده کننده

اصل مذکور به عنوان یکی از قواعد زیست محیطی، جنبه عام الشمول و عرفی یافته و در بسیاری از معاهدات بین المللی به صراحت مورد شناسائی قرار گرفته است. به عنوان نمونه در مقدمه کنوانسیون بین المللی آمادگی، مقابله و همکاری در برابر آلودگی نفتی، آلوده کننده مسئول پرداخت خسارت است و این امر به عنوان یک اصل کلی حقوق بین المللی محیط زیست شناخته و اعلان شده است. با این حال در تحلیل اقتصادی ابزارهای توسعه و نقشی که اقتصاد در این زمینه می تواند ایفا کند، جایگزین هایی برای این اصل مطرح شده است. این اصل که ذینفع باید بپردازد یا پرداخت توسط ذینفع صورت گیرد از جمله این موارد است (گروه صلح کرسی حقوق بشر، پیشین: ۲۲۲). بر اساس

این جایگزینی، اصل مذکور تنها اصل ممکن نیست. جوامع گوناگون و در شرایط مختلف ممکن است حق بهره برداری از محیط زیست را به آلوده کنندگان بدهند. در چنین حالتی است که گفته می شود ذینفع باید پردازد. بر اساس این اصل، کسانی که توقع دارند از مهار آلودگی یا حفاظت بهره مند شوند باید مخارج برآورده شدن آن را پردازند (پانایوتو، ۱۳۸۷: ۲۱). چنین برداشت هایی موجب شد که اصل مزبور به اصل گسترده تر داخلی کردن هزینه ها تکامل یافت. یعنی اینکه آلوده کننده باید هزینه کامل خسارت های زیست محیطی ناشی از فعالیت های خود را پردازد.

بخش سوم: رعایت قواعد زیست محیطی در انواع قراردادهای نفتی

وجه شاخص رعایت قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی، تسهیل حق دادخواهی در دعاوی زیست محیطی ناشی از آلودگی های نفتی است. هر چند تسری مقررات مدون در کنوانسیون های بین المللی به متن قراردادهای نفتی و به عبارت دیگر وضع قانون، یکی از مهم ترین و اصلی ترین مراحل در حفاظت از محیط زیست محسوب می شود اما تقنین به تنهایی برای صیانت از منابع طبیعی وافی به مقصود نیست زیرا مقررات وضع شده باید توسط ارکان اجرایی به مرحله ی اجرا گذاشته شود. تحقق اهداف مندرج در قوانین و مقررات وضع شده، در صورتی ملموس خواهد بود که برای عدم اجرای آنها ضمانت اجرایی وجود داشته باشد (رمضانی قوام آبادی، ۱۳۹۰: ۲۱۵). لذا قراردادهای نفتی که اسناد حقوقی لازم الرعایه بین طرفین قرارداد محسوب می گردند، می بایست به درستی و با شفافیت مقررات زیست محیطی را به گونه ای در خود بگنجانند که حقوق دولت میزبان و شرکت های نفتی محفوظ مانده و توسعه پایدار محقق گردد.

بند اول: رعایت قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی ناظر بر نظام امتیازی

قراردادهای مبتنی بر نظام امتیازی^۱ از جمله ابتدایی ترین قراردادهای نفتی هستند که در آنها دولت میزبان، مخزن یا میدان را به شرکت نفتی واگذار می کند و شرکت مورد نظر عملیات اکتشاف، توسعه، بهره برداری و تولید و بازیابی محصولات آن میدان را با سرمایه و هزینه های خود به عهده گرفته و در تمام عملیات، بر مخازن نفت و گاز تا پایان دوره، مالکیت کامل دارد. شرکت باید به مالک مخزن تا هنگامی که منبع را در اختیار دارد و تا پایان دوره قرارداد حق مالکانه و یا حق الارض و درصدی از درآمد خالص را به عنوان مالیات پرداخت کند. قراردادهای امتیازی به طور تقریبی



1- Concessionary Contracts.

معادل عمر میدان اعتبار دارند (صابر، ۱۳۸۹: ۲۳). لذا ویژگی هائی عمده قراردادهای نفتی در قالب نظام امتیازی عبارتند از:

- ۱، طولانی بودن مدت قرارداد و وسیع بودن مناطق واگذاری به شرکت های نفتی
- ۲، حق انحصاری شرکت نفتی و یا مالکیت کامل وی بر مخازن نفتی و فروش نفت تا پایان دوره
- ۳، پرداخت بهره مالکان به دولت
- ۴، تعهد به نتیجه و با خطرپذیری کامل شرکت نفتی در خصوص تمام مراحل اکتشاف، توسعه و تولید نفت.

ویژگی های مذکور کمابیش در تمام نقاط جهان به طور یکسان به چشم می خوردند (Darja, ۱۹۶۲: ۱۵۵) و برخی از این ویژگی ها امکان عدم رعایت مقررات زیست محیطی در قراردادهای نفتی در نظام امتیازی را برای پیمانکار فراهم می آورند. طولانی بودن مدت قرارداد و وسعت محدود جغرافیائی عملاً امکان ارزیابی عملیات پیمانکار نفتی و نظارت بر رعایت مقررات زیست محیطی را از کشور میزبان سلب می نمود. در قرارداد امتیازی ۱۹۳۴ کشور کویت، تمامی جزایر و آب های ساحلی متعلق به کویت جزء محدوده امتیاز دانسته شده بود و در قرارداد عمان ۱۹۳۷ نیز تمامی سرزمین های خشکی و دریایی تحت حاکمیت عمان جزء محدوده امتیاز قرار داشت که فقط مناطق ظفار و قوار از آن استثناء شده بود. در قرارداد امتیازی نفت ایران به سال ۱۳۱۲ نیز محدوده جغرافیائی حداکثر یکصد هزار مایل اعلام گردید و دوره زمانی امتیازات نفتی مذکور نیز معمولاً بین ۶۰ تا ۷۵ سال متغیر بود (امانی، پیشین: ۸۰). وسعت زیاد و دوره طولانی مدت قرارداد بیانگر ناشناخته بودن مناطق و عدم امکان دسترسی سریع شرکت نفتی به نفت و مهم تر از همه عدم امکان فروش و حصول عواید و نفع شرکت در مدت زمان محدود و در منطقه جغرافیائی محدود بود و آنچه در این میان عملاً مجالی برای اجرای آن نبود، الزام شرکت پیمانکار به رعایت مقررات زیست محیطی بود، البته در قراردادهای نفتی از نوع امتیازی، شروطی با عنوان رعایت اصول علمی گنجانده می شد که مقصود از آن رعایت قواعد زیست محیطی بود اما عملاً کشور میزبان امکان نظارت بر رعایت یا عدم رعایت این گونه مقررات را نداشت. به عنوان مثال در قراردادهای امتیازی عمان و کویت مقرر شده بود که دارنده امتیاز باید عملیات امتیاز را به صورت حرفه ای^۱ و با رعایت اصول علمی مناسب انجام دهد و باید تمامی اقدامات لازم را به

1- Workman Like.

عمل آورد تا از ورود آب به لایه های حاوی نفت جلوگیری کند و ملزم بود به شیوه های مناسبی تمام چاه های نفت خشک را بپوشاند (امانی، پیشین: ۸۱). بدین ترتیب، حق انحصاری شرکت نفتی و مالکیت کامل وی بر مخازن نفتی تا مرحله فروش نفت به اجمال در رعایت مقررات زیست محیطی می افزود چرا که مفهوم حقوقی مالکیت کامل بر مخازن و حوزه های نفتی سبب کند شدن ابزار نظارتی و عدم قدرت لازم از سوی مامورین کشور میزبان در ورود به حوزه های نفتی مورد قرارداد می شد و به همین سبب برخی شرکت های نفتی بین المللی درحوزه های وسیع عملیات نفتی خود^۱ نسبت به استقرار قوای رزمی و مسلح اقدام می نمودند (مهدوی، ۱۳۷۵: ۳۵). از طرف دیگر مفاهیم زیست محیطی بیشتر از نیمه دوم قرن بیستم با افزایش آلاینده ها و خطر آلودگی محیط زیست ناشی از مواد نفتی در اثر سیر صعودی اکتشافات و استخراج نفت مورد توجه قرار گرفت در حالی که در قراردادهای نفتی امتیازی که به عنوان نسل اول قراردادهای نفتی محسوب می شود، رعایت قواعد زیست محیطی به عنوان یک اولویت محسوب نمی گردید. از دلایل دیگر عدم رعایت قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی در نظام امتیازی، خطرپذیری کامل شرکت نفتی در تمام مراحل اکتشاف، استخراج و تولید نفت بود که برای کشور میزبان تعهد به نتیجه محسوب می گردید. در این روش عدم توفیق در عملیات اکتشافی و نیز تمام هزینه های ناشی از عدم توفیق در اکتشاف، استخراج و تولید تجاری به عهده شرکت خارجی داشت. به همین دلیل قراردادهای نفتی مذکور به قراردادهای خطرپذیر محض نیز معروف است. قرارداد داری از لحاظ تاریخی، اولین قرارداد امتیازی ایران با وصف خطر پذیری محض بود که با سرمایه گذاری عظیم خارجی صورت گرفت و دادرسی تا سال های اولیه نیز هیچ گونه سودی تحصیل نمود تا اینکه توانست در مسجد سلیمان به منابع عظیم نفت و گاز دسترسی پیدا کند. خطرپذیری محض و عدم مشارکت دولت میزبان در این خطرپذیری همه جانبه باعث عدم رغبت شرکت نفتی به رعایت مقررات زیست محیطی می شد به نحوی که تمام تلاش شرکت معطوف به رسیدن به نفت، استخراج آن و پرداخت بهره مالکانه دولت بود. به عبارت دیگر غیر از تامین سرمایه، استخراج نفت و پرداخت «حق مالکانه»^۲ به دولت میزبان تا زمان اختتام قرارداد که نوعاً به صورت پول نقد یا کالا تسلیم می شد، شرکت تعهد دیگری به ویژه در امور زیست محیطی



۱- به عنوان مثال، برای حوزه جغرافیایی شرکت نفتی داری در ایران ۱۹۳۳، یکصد هزار کیلومتر از استان های خوزستان و کرمانشاه و مدت زمان ۶۰ سال در نظر گرفته شده بود.

2- Royalty.

نداشت. وجود چنین وضعیتی، ماهیت استعماری قراردادهای امتیازی و نیز وقوع جنبش‌های ملی دهه ۵۰، ۶۰، سبب شد که به واسطه اعتراض کشورهای در حال توسعه، در این گونه قراردادهای بازمینی شده و شرایط قراردادی به نحوی دیگر و در جهت تامین منافع دولت میزبان ترسیم شود. گرایش سیاسی مذکور که با جنبش‌های ملی و آزادی خواهی دهه ۵۰ آغاز گردید آثار حقوقی خود را از سه جهت در قراردادهای سنتی امتیازی اعمال نمود که منتهی به افزایش سهم منافع مالی کشور میزبان، مداخله دولت میزبان در عملیات اکتشافی، استخراجی و مشارکت در محصولات اکتشافی گردید (ایرانپور، پیشین: ۲۷). تغییرات مذکور مقدمه‌ای بود تا نسل‌های دوم و سوم قراردادهای نفتی پا به عرصه ظهور بگذارند. در مقررات جدید میزان دخالت دولت هم در مدیریت میادین و هم در نظارت بر فعالیت میدان افزایش یافت به نحوی که هرگونه تغییری در تکالیف کاری دارنده امتیاز منجمله رعایت مقررات زیست محیطی چه مراحل اکتشاف، استخراج، توسعه و انتقال، می‌بایست به تصویب مدیران دولتی می‌رسید. بدیهی است که جلوگیری از آلودگی محیط زیست به مواد نفتی حتی در قراردادهای نسل جدید به این موضوع بستگی دارد که دولت میزبان تا چه حد تمایل داشته باشد و یا قادر باشد از فرصت‌های به دست آمده تکنیکی و حقوقی در جهت حفظ محیط زیست، هم زمان با برخورداری از درآمدهای نفتی بهره‌برداری نماید.

بند دوم: رعایت قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی از نوع مشارکت

از دیدگاه حقوقی، مشارکت دولت میزبان در قرارداد نفتی چه در تولید و چه در سرمایه‌گذاری بیانگر مسئولیت دولت در قبال رفاه و رعایت منافع عمومی و نظارت بر آن از جمله مقررات زیست محیطی و جلوگیری از ورود خسارت به محیط زیست ناشی از آلودگی نفتی می‌باشد. قراردادهای مشارکتی، محصول اراده مشترک دولت میزبان و شرکت سرمایه‌گذاری خارجی است که عموماً از آن به عنوان «مشارکت در تولید»^۱ نام برده می‌شود. در این قرارداد سرمایه‌گذار متعهد به تامین سرمایه مورد نیاز برای اکتشاف و استخراج منابع معدنی در چارچوب قوانین و مقررات دولت میزبان است و در مقابل دولت متعهد می‌شود در صورت موفقیت آمیز بودن عملیات اکتشاف و توسعه میدان نفتی و به بیان دیگر کشف یا توسعه تجاری میدان از محل نفت استحصال شده، هزینه‌های انجام شده توسط شرکت بین‌المللی را جبران کند که البته میزان هزینه‌ها و کیفیت بازپرداخت آن در فرمول‌های مختلف با یکدیگر تفاوت دارد. با این توضیح که گاهی حتی در فرض کشف تجاری نفت، ریسک یا خطر

1- Production Sharing Agreement.

افزایش هزینه ها از حد سقف معینی در قرارداد به عهده شرکت بین المللی نفتی است و بیش از سهم تعیین شده در قرارداد به شرکت نفتی تعلق نخواهد گرفت. به بیان دیگر قرارداد مشارکت در تولید به مشابه یک «قرارداد فروش محصول»^۱ است که دولت میزبان سهمی از نفت تولیدی را با تحویل این سهم به شرکت بین المللی نفت در مقابل هزینه های اکتشاف، توسعه و اداره میدان به شرکت اخیر می فروشد (امانی، پیشین: ۱۰۶). لذا می توان شاخصه های قراردادهای نفتی از نوع مشارکت را به صورت زیر عنوان نمود:

۱، بر خلاف قراردادهای امتیازی، به اصل حاکمیت بر منابع طبیعی توسط دولت میزبان احترام گذاشته شده و دولت میزبان مالک نفت تولیدی شناخته می شود.

۲، همه هزینه ها با رعایت شرایط و با نظارت دولت میزبان بر عهده شرکت نفتی می باشد

۳، شرکت نفتی می تواند برای جبران هزینه های عملیات و تامین هزینه های توسعه نسبت به ذخیره و فروش بخشی از تولید، حسب توافقات قراردادی، بی آنکه مفید انتقال مالکیت باشد اقدام نماید

۴، شرکت نفتی بین المللی ملزم به پرداخت مالیات به دولت میزبان می باشد.

با توجه به اولین شاخصه فوق الذکر، مسئولیت دولت میزبان در خصوص رعایت مقررات زیست محیطی از این جهت محرز است که حتی پس از عقد قرارداد مشارکت، دولت صاحب مخزن، مالک نفت می باشد و صرف مشارکت با شرکت نفتی، موجب اسقاط تعهدات زیست محیطی دولت میزبان نمی گردد. به ویژه اینکه آلودگی نفتی مذکور به منافع دیگر کشورها نیز خسارت وارد کند. پس «مشارکت در تولید» و «مشارکت در سرمایه گذاری»^۲ از مسئولیت دولت میزبان در رعایت مقررات زیست محیطی نمی کاهد چرا که اولاً دولت میزبان مالک زمین و منابع طبیعی در حوزه نفتی واگذار شده به شرکت نفتی می باشد و ثانیاً در هنگام واگذاری، عدم آلودگی نفتی مفروض تلقی می گردد. به عبارت دیگر فعل دولت در امضاء قرارداد مشارکت به معنای واگذاری منابع طبیعی و محیط زیست برای شروع یک فعالیت بالقوه آلوده کننده بوده و در صورتی که آلودگی محیط زیست ناشی از تقصیر دولت شریک در قرارداد نفتی باشد، مسئولیت بین المللی کیفری نیز دامنگیر دولت میزبان می شود. ماده ۱۹ طرحی که در سال ۱۹۷۶ به تصویب اکثریت اعضای کمیسیون حقوق بین الملل رسید ناظر بر همین معنا است. به موجب ماده مذکور چنانچه هر دولت تعهدی را که

1- Production Sales Agreement.

2- Joint Venture Contract.



کل جامعه بین المللی برای منافع اساسی خود حیاتی تلقی می کند نقض نماید، مرتکب جنایت بین المللی شده است. بدیهی است، جنایت بین المللی از این لحاظ که نقض یک تعهد عینی در مقابل کلیه کشورها است به کل جامعه بین المللی مربوط می شود. بر اساس ماده ۱۹ طرح فوق الذکر، جنایت بین المللی خصوصاً از نقض عمده تعهدات بین المللی که برای تضمین و حفظ محیط زیست انسانی مانند تعهدات مربوط به منع آلودگی گسترده جوی یا دریاها واجد اهمیت است، ناشی می شود (زمانی، پیشین: ۴۱).

تعهدات زیست محیطی دولت میزبان در قراردادهای مشارکتی نفتی، چنان مستقیم و مستحکم است که گویی خود دولت میزبان در حال اکتشاف، استخراج، تولید و انتقال نفت می باشد، چرا که اهلیت طرف دولتی یا بر مبنای تملک منابع طبیعی توسط دولت است و یا به واسطه اجازه انحصاری است که به شرکت دولتی در راستای بهره برداری از منابع طبیعی اعطا نموده است. اجازه فعالیت نفتی به شرکت نفتی به معنی تفویض اهلیت و انتقال مسئولیت دولت میزبان از جمله رعایت مقررات زیست محیطی در عملیات نفتی به پیمانکار به دلایل ذیل نیست:

اولاً، سهمی که از تولید به شرکت بین المللی نفتی تعلق می گیرد در واقع اجرتی است که از سوی کارفرما به پیمانکارش پرداخت می گردد و این نیز در صورتی است که پیمانکار در تولید مشارکت داشته و منجر به تولید نفت شده باشد. لذا تنها ادعایی که از ناحیه پیمانکار مسموع است ادعای دریافت سهمی از تولید است نه ادعای مالکیت مخزن. لذا در کل فرآیند هیچگاه مالکیت منابع طبیعی، مخزن و حتی منابع زیر زمینی به پیمانکار واگذار نمی گردد و همچنان تحت مالکیت و اشراف دولت میزبان باقی می ماند. به همین دلیل بقاء مسئولیت دولت در عدم آلودگی منابع طبیعی همانند وضعیت قبل از واگذاری استنباط می گردد.

ثانیاً، حال که مشخص شد حقوق و مسئولیت کشور میزبان از جنس حق مالکیت است و قرارداد تأثیری در ایجاد و یا احتمالاً سلب آن ندارد، در خصوص پیمانکار نفتی این موضوع در نقطه مقابل قرار دارد. یعنی حقوق پیمانکار در قرارداد مشارکتی فقط ریشه قراردادی دارد مانند حق نسبت به باز پرداخت هزینه ها و پرداخت اجرت اعمال صورت گرفته. به بیان روشن تر می توان گفت که استقرار حق پیمانکار منوط به اجرای تعهدات قراردادی است که به طور تدریجی ایجاد می شود (امانی، پیشین: ۱۰۷). از این بیان، مسئولیت ثانوی دولت میزبان احراز می شود که همان وضع دقیق تعهدات قراردادی حاوی مقررات زیست محیطی در خصوص اکتشاف، استخراج و انتقال مواد نفتی توسط پیمانکار می

باشد و اگر به هر دلیلی این مسئولیت را به انجام نرساند بدین معنا خواهد بود که به ضرر محیط زیست داخلی و فراملی، تعهدات قراردادی را به نفع شرکت نفتی تنزل داده است. این عمل، کیفری قلمداد نمودن نقض تعهدات ناظر بر حفاظت از محیط را بر مبنای هر دو استدلال آتی توجیه می کند که یکی به ماهیت مناط ها و ضوابط زیست محیطی باز می گردد و دیگری از ناکارآمدی نظام مسئولیت دولت ها در اجرای استانداردهای بین المللی زیست محیطی نشأت می گیرد. دولت میزبان صرفاً با درج دقیق تعهدات زیست محیطی شرکت نفتی در متن قرارداد منعقد شده است که می تواند ادعا نماید مسئولیت ثانوی خود را در قبال نظارت بر حفاظت از محیط زیست به انجام رسانده است در حالی که هنوز مسئولیت اولیه وی به عنوان مالک انحصاری منابع طبیعی و حوزه های نفتی، در عدم آلودگی محیط زیست ناشی از مواد نفتی علیرغم تعهدات قراردادی، به قوت خود باقی است.

ثالثاً، وجود ضمانت اجرا و یا همان تضمین های مالی در قراردادهای مشارکت، بیانگر بقاء مسئولیت حفظ محیط زیست بر عهده مضمون له یا همان دولت میزبان می باشد. وظیفه ذاتی دولت ها، رعایت منابع عمومی و رفاه عامه و سلامت اجتماع را اقتضاء می نماید و چنانچه هزینه های عملیات و هزینه های توسعه در قراردادهای مشارکتی، علیرغم آلوده سازی محیط زیست، به شرکت پیمانکار نفتی پرداخت گردد، در حقیقت به معنای عدم استفاده دولت میزبان از تضمین های مالی به ضرر محیط زیست می باشد. سوء برداشت و یا استنباط یک سویه از تضمین مالی در قراردادهای مشارکت از اینجا حاصل می شود که برخی اعتقاد دارند در این نوع از قراردادها به شرکت خارجی اجازه داده می شود به صرف موفقیت آمیز بودن عملیات اکتشاف و استخراج نفت، در نهایت بخشی از سود حاصل از عملیات و سرمایه گذاری های انجام شده را از حمل نفت استخراج شده همان حوزه قراردادی برداشت نماید (ایرانپور، پیشین: ۲۷). در حالی که اولاً مسئولیت ثانویه دولت های میزبان اقتضاء می کند که در راس تعهدات قراردادی، قید قواعد زیست محیطی به عنوان یکی از شرایط اساسی قرارداد گنجانده شود و ثانیاً به محض تولید نفت، تعهد شرکت نفتی را انجام شده تلقی نمایند و ثالثاً رعایت مقررات زیست محیطی را در پرداخت سهم پیمانکار، دریافت مالیات و حسب مورد دریافت بهره مالکانه تاثیر داده و شرط نماید. حتی در مواردی نیز که دولت میزبان در تامین هزینه ها مشارکت می نماید اگر چه در این گونه قراردادها پیمانکار موظف به تامین مالی پروژه های اکتشاف و بهره برداری است، اما لازم است تمامی اقدامات شرکت نفتی مطابق با برنامه سالیانه و بودجه ای باشد که به تصویب دولت میزبان می رسد و یکی از سرفصل های شاخص برنامه تصویبی دولت میزبان در



خصوص تعهدات شرکت نفتی راجع به رعایت استانداردهای زیست محیطی، ترتیبات پیش گیرانه، ضمانت اجرا و حدود مسئولیت آن خواهد بود.

بند سوم: رعایت قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی خدمت

رعایت قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی خدمت^۱ به لحاظ ماهیت این گونه قراردادها به عنوان یکی از شاخصه ها و عنصر اساسی در قرارداد نفتی مذکور محسوب می گردد، چرا که توجه به عامل ریسک یا خطر پذیری و تصمیم گیری در رفع و یا کاهش خطرات موجود، از ارکان اصلی قرارداد به شمار می آید و لاجرم بی توجهی به آلودگی محیط زیست ناشی از مواد نفتی و عدم پیش بینی مسئول آلوده کننده و چگونگی مواجهه با آن، از خطرات عمده فراروی طرفین قرارداد می باشد. با این تعبیر، تفاوتی بین قراردادهای خدماتی با خطر پذیری پیمانکار و یا خطر پذیری دولت میزبان نخواهد بود، آن چه مهم است اینکه آلودگی محیط زیست ناشی از مواد نفتی به عنوان یکی از موارد خطرناک شناسائی و در مسئولیت های طرفین در قرارداد مذکور از مرحله شروع به اکتشاف تا تولید و فروش نفت تاثیر گذار باشد.

قرارداد خدمت که در نظام حقوقی ما از آن به عنوان قرارداد پیمانکاری یا اجاره خدمات نیز یاد می شود یک رابطه قراردادی است که بر اساس آن در قبال خدمات انجام شده اجرت پرداخت می شود. در خصوص رابطه این گونه قرارداد با مقاطعه کاری، نویسندگان حقوقی قرارداد مقاطعه کاری را قراردادی دانسته اند که اگر چه مقاطعه کار با پیمانکار در مقام انجام عمل معینی مستحق دریافت اجرت قراردادی می شود ولی در انتخاب شیوه اجرای خدمتی که به عهده گرفته آزاد است. به بیان دیگر صاحب کار نتیجه ای را که طالب آن است معین می سازد و مقاطعه کار نیز برای رسیدن به همان نتیجه تلاش می کند ولی در ترسیم نقش رسیدن به مطلوب قرارداد آزاد است (لنگرودی، پیشین: ۶۷۶). اما قراردادهای که به نام قراردادهای پیمانکاری در اکتشاف و توسعه منابع نفتی رایج است اندکی متفاوت با یک «قرارداد پیمانکاری ساده»^۲ است. زیرا این قراردادها به منظور تامین سرمایه و دانش فنی منعقد می گردد و مستلزم قبول ریسک های اکتشاف توسط پیمانکار است در حالی که قراردادهای پیمانکاری ساده این منظور را محقق نمی سازد. بنابراین نسل دیگری از این قراردادها پا به منصفه ظهور گذاشت که به «قراردادهای پیمانکاری ریسکی» معروف شد. در این قراردادها پیمانکار

1- Service Contract.

2- Pure Service Contract.

متعهد به تهیه منابع مالی، انجام عملیات مربوط به اکتشاف و توسعه و تحمل تمامی ریسک های این مرحله می باشد. هزینه خدمات و بازپرداخت وام ها بعد از تولید تجاری از میدان، به صورت نقدی یا باز فروش نفت تولیدی از میدان پرداخت می شود. بنابراین از آنجائی که تعهد شرکت نفتی از جنس تعهد به نتیجه است در صورت عدم تولید تجاری میدان، شرکت اخیر مستحق باز پرداخت یا مسترد داشتن هیچ یک از هزینه های انجام شده نمی باشد. شایان ذکر است که در این قراردادها راه های مختلفی برای جبران ریسک تحمیل شده به پیمانکار تجربه شده است، از جمله پرداخت مبلغی بابت هزینه ریسک در هر بشکه یا پرداخت مبالغی بر اساس میزان اکتشاف و اندازه منابع مالی سرمایه گذاری شده (امانی، پیشین: ۱۱۰). بنابراین می توان در قراردادهای نفتی خدمت، روابط حقوقی دولت میزبان و شرکت نفتی را به صورت زیر طبقه بندی نمود:

۱، منابع مالی پروژه نفتی موضوع قرارداد می بایست از طریق شرکت نفتی تهیه و تامین گردد.
۲، شرکت با قبول خطر پذیری ناشی از عدم دسترسی به نفت، عملیات مربوط به اکتشاف و توسعه میدان نفتی را انجام می دهد.

۳، در صورت به نتیجه رسیدن عملیات اکتشاف و تولید نفت، دولت میزبان نسبت به بازپرداخت هزینه شرکت نفتی به صورت نقد یا اختصاص درصدی از فروش نفت تولیدی اقدام می نماید.

منابع مالی پروژه نفتی مذکور نیز به دو صورت قابل محاسبه می باشد. در حالت اول به این صورت است که در طرح پروژه نفتی بدون توجه به رعایت استانداردهای زیست محیطی، صرفاً هزینه های مربوط به گمانه زنی، حفاری، انتقال و نصب تجهیزات استخراج و انتقال محصول محاسبه شده و چارچوب انجام پروژه نفتی در همین سطح مورد توافق دولت میزبان و شرکت نفتی قرار گیرد. لذا صورت وضعیت مالی، که شرکت نفتی برای دریافت هزینه های خود ارائه خواهد داد صرفاً ناظر بر مراحل پیشرفت فیزیکی و مقدار استهلاک سرمایه و ماشین آلات به کار برده شده می باشد.

در حالت دوم، دولت میزبان بنابر تعهدات ملی و بین المللی خود، رعایت مقررات زیست محیطی و به کارگیری استانداردهای لازمه را به عنوان بخش لاینفکی از انجام پروژه نفتی در توافق خود با شرکت نفتی می گنجانند. در این صورت هر چند به ارقام مربوط به تامین منابع مالی پروژه نفتی افزوده می شود اما شرکت نفتی الزاماتی را در جهت توسعه پایدار و تولید پاکیزه نفت می پذیرد و دولت میزبان نیز به مسئولیت خود در حوزه نظارت بر قرارداد نفتی در مقام شخص حقوقی حاکم بر منابع طبیعی عمل می نماید. در این صورت دولت میزبان صورت وضعیتی را از شرکت نفتی می پذیرد که در هر مرحله



الزامات زیست محیطی را رعایت و خطرات آلودگی را یا رفع کرده یا به حداقل رسانده و در صورت ورود خسارت، تعهدات مربوط به پرداخت غرامت را نیز انجام داده باشد. منطق باز پرداخت در برابر ما به ازای خدمات انجام شده مندرج در بند سوم حکم می کند که صرفاً با ملاحظه تولید نفت، باز پرداخت صورت نگیرد چرا که «تعهد به نتیجه» زمانی محقق می شود که الزامات زیست محیطی نیز به انجام رسیده باشد. به عبارت دیگر با دخالت و ورود عامل مهم رعایت مقررات زیست محیطی، مفهوم خطرپذیری شرکت نفتی گسترده تر شده و تولید پاکیزه نفت را نیز شامل می شود. با این توضیح که با وجود قواعد آمره زیست محیطی در قوانین داخلی و کنوانسیون های بین المللی و تصریح به مسئولیت ذاتی دولت ها در حفاظت از منابع طبیعی و استفاده از مواهب طبیعی به شرط عدم آلوده سازی، چنانچه شرکت نفتی موفق به تولید نفت گردد هنوز می بایست مراقبت نماید تا ریسک «یا همان خطر بالقوه» آلودگی محیط زیست بر طرف گردد. همین مفهوم تلویحاً در قرارداد نفتی بیع متقابل^۱ که از اقسام قراردادهای نفتی خدمت محسوب می گردد نهفته است. در قرارداد مذکور شرکت نفتی خارجی کلیه هزینه های مربوط به سرمایه گذاری، اعم از خرید تجهیزات، نصب، راه اندازی و کلیه هزینه های مربوط به استفاده از نیروی انسانی و هزینه های عملیاتی تا مرحله توسعه میدان نفتی یا گازی خاص را تامین می کند و بعد از آن که تولید به سطح مقرر در قرارداد رسید، کلیه تجهیزات را در اختیار شرکت ملی نفت قرار می دهد و در مقابل، شرکت ملی نفت توافق می کند که کلیه خدمات پیمانکار اعم از هزینه ها، حق الزحمه و سود از طریق فروش مستقیم نفت یا گاز حاصله از میدان به پیمانکار طرف قرارداد یا از طریق تخصیص عواید حاصل از سهم گاز یا نفت طرف قرارداد که توسط شرکت ملی نفت به طرف های ثالث فروخته شده را طی اقساط معین و در مدت زمان معلوم با دوره استهلاك بین ۵ تا ۸ سال جبران نماید. محل تامین هزینه های جمعی پیمانکار خارجی از تولید آن در دوره استهلاك حداکثر تا ۶۰ درصد محصول می باشد. بدیهی است که در تعریف فوق الذکر مقصود از تولید نفت با هر میزان آلودگی و به معنی خسارت به محیط زیست و بدون تعیین مسئول آلودگی نیست بلکه چگونگی رعایت استانداردهای زیست محیطی در همین قرارداد اصلی یا طی پروتکلی جداگانه قید می گردد.

1- Buy- Back Contract.

افزون بر این، توجیه حقوقی الزام پیمانکار به رعایت مقررات زیست محیطی در قراردادهای نفتی بیع متقابل این است که طرف قرارداد، تعهدات خود را به طرف دوم منتقل می نماید. انتقال تعهد مذکور از نوع انتقال تهاتری کالا به کالا نیست که صرفاً به داد و ستد کالا محدود شود، بلکه در انتقال تعهد، وظایف نیز تا انتهای قرارداد منتقل می گردد به همین دلیل بیع متقابل از دیدگاه حقوقی بسیار شبیه تعهد متقابل است. در این تعهدات دو جانبه هر چند به دلیل نیاز به پیشرفت پروژه، جایگاه دو شخصیت حقوقی قرارداد عوض می شود اما در اصل تعهد طرفین تغییری حاصل نمی آید. رعایت مقررات زیست محیطی، حفظ سلامت عامه و عدم آلودگی محیط از تعهدات و وظایف ذاتی دولت میزبان به عنوان طرف اول در قرارداد بیع متقابل می باشد که با امضاء قرارداد بیع متقابل، وظیفه مذکور تا انتهای قرارداد و رساندن تولید به سطح مقرر در قرارداد به شرکت نفتی منتقل می گردد و از طرف دیگر دولت میزبان وظیفه شرکت نفتی را در فروش محصول تولید شده یعنی نفت به عهده گرفته و کلیه خدمات پیمانکار را از طریق تخصیص عواید حاصل از فروش نفت پرداخت می نماید. لذا بر خلاف دیدگاه برخی حقوقدانان که بیع متقابل را تهاتر تولیدی می دانند (نصیری، ۱۳۷۰: ۲۱۳) اما در واقع قرارداد بیع متقابل، عقد عهدی است زیرا برای طرفین، خریدار و فروشنده در حین توافق مالکیتی ایجاد نمی شود و تنها تعهد به انجام پذیرفتن اعمال می شود. برخلاف معاوضه که یکی از ویژگی هایش تکمیلی بودن آن است. به همین دلیل است که در قرارداد بیع متقابل، پیمانکار متعهد به ایجاد، توسعه، نوسازی، بازسازی، اصلاح و یا روزآمد کردن طرح نفتی می باشد و بخش عمده ای از استانداردهای زیست محیطی در پروژه های نفتی شامل بهینه سازی به موقع تجهیزات، نوسازی ماشین آلات فرسوده، قدیمی و با خطر نشت مواد نفتی است. به عبارت دیگر انتقال تعهدات و وظایف دولت میزبان در رعایت مقررات زیست محیطی به پیمانکار، حتی اگر در قرارداد نفتی خدمت و یا بیع متقابل تصریحی به آن نشود اقتضاء می کند که شرکت نفتی با اقدام به نوسازی، بازسازی، اصلاح و روزآمد کردن پروژه نفتی، استانداردهای زیست محیطی را رعایت نماید در غیر این صورت استحقاق دریافت خدمات پیمانکاری خود را ندارد چرا که در واقع تا رفع آلودگی، پرداخت غرامت و یا اعاده وضع به حال سابق، تعهدات مذکور محقق شده تلقی نمی گردد.



نتیجه گیری

در این مقاله تلاش شده است یکی از نگرانی های بشر در زمینه آلودگی محیط زیست ناشی از استخراج و انتقال مواد نفتی مورد بررسی علمی قرار گیرد. تمرکز اصلی بر روی این موضوع قرار گرفت که برای پیش گیری، تقلیل و نهایتاً متوقف ساختن آلودگی ناشی از استخراج و انتقال مواد نفتی باید علت اصلی آن را جستجو کرد و سپس راه حلی ارائه نمود تا ما را در رسیدن به هدف، که رفع تدریجی آلودگی نفتی است یاری نماید و آن، توجه به نکته بسیار مهم و اساسی یعنی قراردادهای بین المللی نفتی می باشد. در خصوص اینکه قید رعایت قواعد در قراردادهای نفتی چه تاثیری بر کاهش آلودگی نفتی دارد باید به نقش محوری و تاثیرگذار قراردادهای نفتی در تنظیم رفتار طرفین قرار داد اشاره کرد. قراردادهای نفتی اسناد لازم الرعایه ای هستند مشتمل بر حقوق و تعهداتی که بین کشور میزبان از یک طرف و اشخاص حقیقی و یا حقوقی اعم از داخلی و یا خارجی از طرف دیگر برای اجرای پروژه نفتی تنظیم گردیده و طرفین خود را مقید به اجرای آن می دانند. به عبارت دیگر مسئولیت های هر یک از طرفین قرارداد با قید زمان بندی و نیز ضمانت اجرای مشخص در آن معین می گردد. درج مسئولیت رعایت مقررات زیست محیطی در قراردادهای نفتی به معنای به رسمیت شناختن زیان دیده احتمالی، تعیین آلوده کننده و از همه مهم تر تسهیل فرآیند دادرسی به نفع زیان دیده و احقاق حقوق خود از لحاظ دریافت غرامت و یا اعاده به وضع سابق می باشد. مسئولیت کشور صاحب مخزن نفتی و یا شرکت های نفتی مندرج در قرارداد قابل استناد در هر محکمه و توسل به آن به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی به هنگام احراز تقصیر آلوده کننده می باشد. تعیین ضمانت اجرای مناسب برای آلودگی نفتی در قراردادهای نفتی طرفین قرارداد را ملزم به رعایت استانداردهایی خواهد کرد که آلودگی نفتی را به حداقل کاهش دهد و به عبارت دیگر قید رعایت قواعد زیست محیطی در قراردادهای نفتی به معنای حاکم کردن اصول اساسی حاکم بر قواعد زیست محیطی از قبیل اصل جلوگیری، اصل اقدام همگانی، اصل مسئولیت مشترک، اصل شفاف سازی، اصل پرداخت خسارت توسط آلوده ساز و اصل برخورد احتیاطی در متن سندی لازم الاجرا است که اجرای آنها به کاهش و رفع تدریجی آلودگی نفتی منجر خواهد شد.

در حقیقت طرح یک نگرانی پنهان ناشی از احتمال اختلال در امنیت انرژی به دلیل به کارگیری اجباری استانداردهای زیست محیطی و دقیق تر کردن قواعد نظارتی و توسیع دامنه مسئولیت ها در قراردادهای نفتی می باشد. به عبارت دیگر، این احتمال وجود دارد که با قید این دسته از مقررات و

اعمال استانداردهای توام با نظارت بر قراردادهای بین‌المللی نفتی، نرخ سرمایه‌گذاری در این بخش از صنعت و تجارت رشد معکوسی را طی کند و منتهی به اختلال در تأمین نیاز جهانی به انرژی گردد. هر چند این احتمال قابل تأمل است اما تأثیر وزن منفی آن در حدی نیست که لزوم اعمال قواعد زیست محیطی بر قراردادهای نفتی را منتفی سازد. کاهش سرمایه‌گذاری موقتی‌تر از آن خواهد بود که بر تأمین انرژی در سطح جهانی تأثیر قابل اعتنایی بگذارد و احتمال اختلال در امنیت انرژی جهانی حتی با خودداری کشورهای تولیدکننده از پذیرش قواعد فوق‌الذکر به بهانه کاهش سرمایه‌گذاری نیز اندک می‌باشد، چرا که اولاً، قید قواعد زیست محیطی در قراردادهای بین‌المللی نفتی هزینه‌های زیادی را بر دوش سرمایه‌گذار تحمیل نخواهد کرد. ثانیاً، بخشی از هزینه‌های مذکور با افزایش قیمت جهانی نفت خام ناشی از نوسانات عرضه و تقاضا جبران خواهد شد و ثالثاً افکار عمومی و سازمان‌های مسئول بین‌المللی به لحاظ درک وضعیت خطرناک جهان به دلیل آلودگی روزافزون ناشی از مواد نفتی، با عدم پذیرش استدلال مذکور، قید قواعد زیست محیطی در قراردادهای بین‌المللی نفتی را به مسئولیت قهری بین‌المللی دولتهای دارنده مخازن نفتی تبدیل خواهند کرد که تخلف از آن هزینه سنگین‌تری را برای دولت‌های مذکور در پی خواهد داشت.



منابع

الف) منابع فارسی

۱. امامی، مسعود، حقوق قراردادهای بین المللی نفت، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۲. ایرانپور، فرهاد، «مبانی عمومی قراردادهای نفتی»، فصلنامه حقوق، دانشگاه تهران، دوره ۳۷، شماره ۳، ۱۳۸۶.
۳. ایرانپور، فرهاد، «نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین المللی دولت»، فصلنامه حقوق، دانشگاه تهران، شماره ۶۲، ۱۳۸۲.
۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت ها، صلح، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۵. موسی زاده، رضا، بایسته های حقوق بین الملل، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۶. رضایی زاده، محمد جواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، فصلنامه حقوق، دانشگاه تهران، شماره ۶۲، ۱۳۸۲.
۷. طلایی، فرهاد، حقوق انرژی، بررسی حقوق و تعهدات دولت ها در چارچوب حقوق بین المللی انرژی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۸. پانایوتو، تئودور، ابزارهای تحول برای فراهم کردن موجبات توسعه پایدار، ترجمه: سید امیر ایافت، تهران، سازمان حفاظت محیط زیست، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۹. نصیری، مرتضی، حقوق چند ملیتی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۷۰.
۱۰. مومنی راد، احمد، امیرخانی، آزاده، تیموری، زهره، (۱۳۹۵)، «حفظ حقوق محیط زیست بشر در قراردادهای نفتی»، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال پنجم، شماره ۱۱، ۱۳۹۵.
۱۱. مصدق، احمد، تخریب محیط زیست جهانی و آینده آن، تهران، انتشارات علوم کشاورزی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۱۲. گروه صلح کرسی حقوق بشر، حقوق زیست محیطی بشر، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۹.

ب) منابع انگلیسی

1. Robyn, L.M., Unconscionability as a Contract Policing for the Elder Client: How Useful Is It? Akron Law Review, No.38, 2005.
2. Kellor, K. F, Arbitration in Action, New York: University Press, 1941.

3. Lew, Julian, D. M, Applicable Law in International Commercial Arbitration, London: Oceania publication Inc, 1978.
4. K.H, Darja, Oil Concessions in West Asia and the Problem of Revision, International Studies, Vol.4, No.2, 1962.
- 5.Purnomo, Yusgiatoro, Production Sharing Contracts and Decision Making in Oil Production, Energy Economics, Vol. 15, No. 4, 1993.
- 6.Steve, Sorrell, The Economics of Energy Service Contracts, Energy Policy, Vol.35, No. 1, 2007.
- 7.S.N, Ebrahimi and Shiravi, Khouzani, The Contractual Form of Iran's Buy Back Contracts in Comparison with Production Sharing and Service Contract. Society of petroleum Engineers Inc, 2003.

بررسی مبانی حقوقی وضع تحریم های هوشمند علیه ایران و تاثیرات برجام بر این

تحریم ها

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

دکتر نوبان فشندی

عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران غرب

حسین قادری

دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق بین الملل واحد الکترونیکی دانشگاه آزاد اسلامی

چکیده

«تحریم» در تئوری به عنوان ابزاری برای برقراری «صلح پایدار جهانی» توسط شورای امنیت سازمان ملل به وجود آمد ولی در عمل به ابزاری برای دستیابی به اهداف ملی یا منطقه ای کشور یا کشورهای خاصی بدل شد. پس از روی کار آمدن باراک اوباما با سیاست خارجی دوسویه «تماس و مهار» یا «تعامل و فشار» در خصوص ایران، تحریمهای جدیدی با عنوان «تحریمهای هوشمند، هدفمند یا فلج کننده» مطرح گردید هدف این سیاست دوسویه تغییر رفتار ایران در زمینه های مورد نگرانی آمریکا شامل تروریسم، حقوق بشر و فعالیت های هسته ای ذکر می شود. نتیجه چنین سیاستی پرهیز از روبرو شدن با دو گزینه ایران هسته ای و حمله نظامی به ایران است و در همین راستا آمریکا با جلب همکاری سایر کشورها اقدام به اعمال تحریمهای هوشمند علیه مقامهای ایرانی، سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، صنایع نظامی، بنیادهای مهم اقتصادی شامل بخشهای بانکی، بیمه ای، تجاری و سرمایه گذاری، بخش انرژی شامل نفت، گاز، بنزین و پتروشیمی، بخشهای حمل و نقلی شامل کشتیرانی و هواپیمایی نمود. در این پژوهش علاوه بر بررسی مبانی و اصول تحریم در حقوق بین الملل به بررسی روند و کیفیت تحریم های اعمال شده علیه ایران پرداخته میشود و در پایان تلاش کرده ایم که نتایج برجام را در خصوص لغو تحریم ها با در نظر گرفتن متغیر های زمان و موقعیت مورد بررسی و تدقیق قرار دهیم.

۱۳۵



بخش اول: تحریم ها و حقوق بین الملل

بند اول: ابعاد نظری تحریم

تحریم اقتصادی هیچگاه بهترین روش حل و فصل مخاصمات بین المللی نبوده است اما همیشه آخرین روش قبل از توسل به زور بوده است. از سال ۱۹۹۰ تاکنون عراق، یوگسلاوی، یونان، لیبی، لیبیا، هائیتی، جبهه یونیتا در آنگولا، جبهه متحد انقلابی RUF، سومالی، رواندا، سیرالئون، افغانستان، گروه طالبان و القاعده، کنگو، سودان، بعضی اتباع لبنان، کره شمالی و ایران از طرف شورای امنیت سازمان ملل تحریم شده اند. اما از تحریمهای یکجانبه باید از گفته "ریچارد چنی" وزیر دفاع سابق آمریکا نقل قول کنیم که "بیش از ۷۰ کشور با دو سوم جمعیت جهان تحت تأثیر تحریمهای آمریکا قرار دارند". تحول در مفهوم حاکمیت و نتایج گوناگون تحریم در گذر تاریخ موجب شده است تا موضع گیری های کارشناسانه در مورد تحریم اشکال مختلفی به خود بگیرد.

برای شناخت دقیق تحریم و ارائه تعریفی جامع و مانع از آن و برای آنکه بتوانیم مصادیق واقعی آن را شناسایی نمائیم باید در وهله اول تفاوت مفهوم "تحریم اقتصادی" با "تحریم تجاری" مشخص گردد. هرچند در ظاهر "تحریم تجاری" و "تحریم اقتصادی" از نظر اقتصادی یک تأثیر دارند اما از نظر حقوقی دارای آثار متفاوتی هستند. تحریم تجاری محدودیت هائی است که دولت های ملی بر تجارت بین الملل اعمال می کنند. اینگونه محدودیت های تجاری اهداف تعریف شده سیاست تجاری یک دولت است در حالی که در تعریف تحریم اقتصادی آن را چون ابزاری برای نیل به اهداف سیاست خارجی مطرح می کنند.

به طور خلاصه آنچه که تمایز میان تحریم تجاری و اقتصادی را بازگو می کند وجود منافع اقتصادی برای کشور محدود کننده تجاری است و وجود منافع سیاسی برای کشور تحریم کننده اقتصادی است. هرچند ممکن است در این حالت کشور تحریم کننده از لحاظ اقتصادی متضرر نیز بگردد.

بنا به تعریف، تحریم اقتصادی عبارت از یک سلسله سیاست های برنامه ریزی شده به دولت برای محدود کردن مناسبات اقتصادی (به طور کل) با دولتی دیگر، به منظور دستیابی به اهداف سیاسی و اقتصادی خود است. تحریم ها می توانند به طور یک جانبه، چند جانبه و یا براساس قطعنامه های بین المللی اعمال شوند. تحریم بین المللی مستلزم صدور قطعنامه سازمان ملل است؛ اما در تحریم چند جانبه معمولاً چند کشور برای اعمال تحریم علیه یک کشور دیگر با هم توافق می کنند. در تحریم یک جانبه نیز یک کشور به تنهایی علیه کشور دیگر وارد عمل می شود. دو مورد اخیر مستلزم صدور

قطعه‌نامه شورای امنیت نیست و توافق کشورها زمینه تحریم را فراهم می‌کند. اگر در یک تحریم چند جانبه یا بین المللی حلقه ضعیف وجود داشته باشد کل تحریم ضعیف می‌شود، زیرا استحکام کلی یک رشته زنجیر به مقاومت ضعیف ترین حلقه آن بستگی دارد.

در تحریم های بین المللی، اغلب پیش از اعمال تحریم کامل مجموعه ای از اقدامات صورت می‌گیرد که می‌تواند شامل موارد زیر باشد:

(۱) تشویق یا ترغیب از طریق مذاکره دو جانبه؛

(۲) اعلام عمومی و هشدار برای آگاه کردن کشور مورد نظر؛

(۳) مشاوره با متحدین برای ایجاد ائتلاف؛

(۴) آغاز تحریم های غیراقتصادی:

(الف) لغو جلسات چند جانبه بین المللی در کشور مورد تحریم

(ب) لغو اعطای روادید به مسئولین کشور مورد تحریم

(ج) کاهش روابط دیپلماتیک با کشور مورد تحریم

(د) عدم اعطای تسهیلات و کمک های مالی

(ه) قطع ارتباطات مختلف

(و) انواع تحریم

تحریم های اقتصادی از جمله سازوکارهای اجرایی عمده ای است که در سالهای اخیر به دفعات متعدد از سوی شورای امنیت علیه بسیاری از کشورها اعمال شده است. سابقه اعمال این تحریم ها در دوران جنگ سرد تنها در دو مورد علیه کشورهای رودزیای جنوبی (زیمبابوه) در ۱۹۶۶ و آفریقای جنوبی در ۱۹۷۷ مشاهده می‌شود. پس از جنگ سرد، شورای امنیت سازمان ملل چنین تحریم هایی را علیه کشورهای عراق، یوگسلاوی سابق، آنگولا، لیبی، رواندا، لیبیا، هائیتی، سودان و ایران اعمال کرده است. در واقع هدف از اعمال تحریم های اقتصادی، جلوگیری از هنجارشکنی اعضای جامعه بین الملل و تشویق به رعایت این اصول و هنجارهاست.

تحریم ها براساس اهداف به دو نوع تقسیم می‌شوند:

۱. تحریم با هدف استراتژیک؛ در این حالت، منافع استراتژیک یک کشور در خطر قرار دارد، در این صورت تحریم جایگزین جنگ می‌شود (هزینه اش از جنگ کمتر است)؛

۲. تحریم با هدف تغییر رفتار؛ در این حالت، تحریم همه جانبه نخواهد بود و تغییر رژیم و بی ثبات کردن آن مورد نظر نیست.

همانطور که بیان شد هدف اصلی از اعمال تحریم های اقتصادی، جلوگیری از هنجارشکنی اعضای جامعه بین الملل و تشویق به رعایت این اصول و هنجارهاست. اما طی دوره اخیر، شورای امنیت در اثر فشار قدرتهای بزرگ رویکردی دوگانه در قبال اعضاء اتخاذ نموده است. به عنوان مثال ایالات متحده آمریکا که به بهانه های مختلف سایر کشورها و دولت ها را مورد تهاجم قرار می دهد و یا تهدید به عملیات نظامی می کند و یا رژیم صهیونیستی که منشأ بسیاری از بحرانهای منطقه ای است، مصون از هرگونه اقدامات تحریمی هستند.

بند دوم: جایگاه تحریم در منشور سازمان ملل متحد

بی شک مجازات متخلفان نقش به سزائی در کارائی هر نظام حقوقی بعهده دارد، یکی از مظاهر پیشرفت نظام حقوقی، وجود مقررات دقیق و جامعی در زمینه ضمانت اجراست. در جامعه بین المللی به علت برخورداری هر یک از اعضای آن از حاکمیت که مانع اصلی ایجاد قدرت مافوق دولتها می باشد، در صورت نقض حقوق بین الملل دولت ها می توانند راسا اقداماتی را به منظور مجازات متخلف انجام دهند. این اقدامات می تواند اعتراض دیپلماتیک، قطع روابط دیپلماتیک یا تجاری و یا لغو یکجانبه قرارداد باشد. همزمان با پیشرفت و توسعه حقوق بین الملل عمومی و در روابط با سازمان دهی روز افزون جامعه بین المللی، ضرورت انتقال تدریجی صلاحیت توسل به مجازات از دولت ها به سازمانهای بین المللی مشاهده شد. برای اولین بار بعد از پایان جنگ بین المللی اول، در چهار چوب میثاق جامعه ملل موضوع توسل به مجازات اقتصادی منجمله قطع روابط تجاری، و مجازات نظامی علیه دولتی که بدون در نظر گرفتن تعهدات خود ناشی از میثاق صلح را نقض کرده پیش بینی شد.

طبق ماده ۱۶ میثاق هر یک از اعضای جامعه ملل موظف بودند که بی درنگ روابط خود را با دولت خطا کار قطع کند. توسل به مجازات نظامی بر خلاف مجازات اقتصادی علیه دولت خطا کار الزامی نبود. شک نیست که تعهدات دولت ها در چهار چوب میثاق جامعه ملل به معنای سلب صلاحیت در زمینه توسل به مجازات اقتصادی و نظامی نیست و فقط دولت ها را در صورت نقض صلح ملزم به توسل به مجازات اقتصادی علیه دولت خاصی می کند. معهذا باید اذعان کرد که میثاق جامعه ملل اولین گام در جهت تنظیم مقرراتی در زمینه توسل به مجازات در سطح بین المللی و محدود کردن آزادی عمل دولتها است. قدم دوم که نقش فوق العاده موثری در این زمینه دارد. مقرراتی است که در

منشور سازمان ملل متحد وضع شده است. طبق فصل هفتم منشور، در صورت تهدید علیه صلح، نقض صلح و اعمال تجاوز از طرف دولت عضو، شورای امنیت این سازمان می تواند به منظور تضمین صلح متوسل به عملیات اجرایی شود. اقدامات این شورا ممکن است ((شامل متوقف ساختن تمام و یا قسمتی از روابط اقتصادی ...)) باشد و در صورتیکه اقدامات اخیر کافی نباشد شورا می تواند متوسل به نیروهای مسلح پیش بینی شده در منشور شود. در هر دو مورد اقدامات شورای امنیت برای کلیه اعضای سازمان الزام آور خواهد بود. بدین ترتیب بر خلاف میثاق جامعه ملل، منشور سازمان ملل متحد مسئولیت توسل به مجازات اقتصادی و نظامی را به شورای امنیت محول میکند. اقدامات دولتها در این زمینه موقوف به اتخاذ تصمیم توسط این رکن میباشد و هیچ گونه عملیات اجرایی و اقدامات قهر آمیز حتی ((به موجب قراردادهای منطقه ای بدون اجازه شورای امنیت انجام نخواهد گرفت)) و به طریق این محدودیت شامل دولتها نیز می شود.

محدودیت فوق عملاً به منزله انتقال صلاحیت توسل به مجازات اقتصادی و تحریم اقتصادی از دولتها به سازمان ملل متحد است و حتی در مواردی که شورای امنیت از تصمیم گرفتن در این باره خودداری کند و یا به عللی منجمله رأی منفی یکی از اعضای دائم شورا و یا عدم حصول اکثریت موفق به تصویب قطعنامه نشود دولتهای عضو این سازمان نخواهند توانست متوسل به تحریم اقتصادی شوند. نظر به اهمیت مجازات اقتصادی و عواقب آن برای صلح جهانی سلب صلاحیت از دولتها در این زمینه به نفع شورای امنیت که مسئولیت برقراری صلح جهانی را بعهده دارد امری طبیعی و منطقی بنظر می رسد. تحولات اخیر حقوق بین الملل نیز در جهت تأیید نظریه فوق می باشد. بنابراین با توجه به اینکه حفظ صلح و امنیت بین المللی به عنوان مسئولیت اولیه به عهده شورای امنیت گذارده شده است، توسل به اقدامات اجبار کننده را باید مهمترین ابزار برای برقراری صلح جهانی تلقی کرد. در واقع اهداف منشور سازمان ملل با اجرای مقررات فصل هفتم این منشور (مواد ۳۹ تا ۵۱) و خصوصاً مواد ۴۰ و ۴۱ آن تحقق می یابد. پیش از اینکه شورای امنیت براساس موارد ۴۱ و ۴۲ اتخاذ تصمیم کند، بایستی به موجب ماده ۳۹ احراز شود که آیا «تهدید علیه صلح» «نقض صلح» یا «اقدام تجاوز کارانه» صورت گرفته است یا خیر. به عبارت دیگر تصمیمات شورای امنیت براساس فصل هفتم فقط با احراز یکی از مفاهیم مندرج در ماده ۳۹ باید اخذ شود. در صورت احتمال بروز هر کدام از این موارد، یکی از راه های پیش بینی شده جهت اعمال فشار بر کشورهای ناقض صلح یا متجاوز، برقراری تحریم به عنوان یک راه حل غیرنظامی می باشد. شورای امنیت براساس ماده ۴۱ به اقداماتی متوسل می شود که



متضمن توسل به زور نیست. براساس تمهیدات پیش بینی شده در فصل هفتم، شورای امنیت سازمان ملل متحد می تواند واکنش خود را نسبت به تهدید امنیت و صلح بین المللی، با توسل به تحریم ها نشان دهد.

در این قبیل اقدامات، شورای امنیت می تواند از اعضای ملل متحد بخواهد تا به اقداماتی چون قطع تمام یا قسمتی از روابط اقتصادی و ارتباطات راه آهن، دریایی، هوایی، پستی، تلگرافی، رادیویی و یا سایر وسایل ارتباطی و یا قطع روابط سیاسی متوسل شوند.

بخش دوم: محدودیت های حقوقی شورای امنیت در اعمال تحریم ها

بند اول: محدودیت های شورا به موجب اصول حقوق بین الملل عام

برخی عقیده دارند که شورای امنیت موظف می باشد از حقوق بین الملل عام تخلف ننماید مگر آنکه منشور در مورد خاص اجازه ی چنین اقدامی را به شورا داده باشد. التزام شورای امنیت به اصول بین الملل عام در زمینه ی اعمال تحریم های اقتصادی مستلزم رعایت سه اصل مهم می باشد: اصل انسانی بودن اصل ضرورت و اصل تناسب

الف) اصل انسانی بودن تحریم های اقتصادی

این اصل که به مفهوم رعایت جنبه های انسانی در اعمال این گونه تحریم هاست یکی از اصول مهم برگرفته از حقوق بین الملل عام می باشد. با این وجود اصل انسانی بودن مستلزم رعایت حقوق بشر و سایر حقوق انسانی می باشد نکته ای که لازم است مدنظر قرار گیرد این است که اصل انسانی بودن با اصل رعایت موازین حقوق بین الملل بشر متفاوت است، به این معنا که اصل انسانی بودن دایره وسیع تری دارد و بسیاری از حقوق انسانی را که در زمره حقوق بشر قرار نمی گیرند نیز دربرمی گیرد. با این وجود، اصل انسانی بودن با توجه به گستره وسیع خود، مستلزم رعایت حقوق بشر نیز می باشد و اعم از حقوق بشر و سایر حقوق انسانی است. اصل انسانی بودن مصادیق متعددی دارد؛ ماده ۲ کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹ در بیان حقوق اسیران جنگی، برخی از این مصادیق را ذکر کرده است که عبارتند از: آسایش فردی، بهداشت، محل مناسب زندگی، مواد خوراکی مناسب و مغذی، دسترسی به آب آشامیدنی کافی، پوشاک، مراقبت پزشکی، حق انجام مناسک مذهبی و فرصت انجام دادن فعالیتهای فکری، آموزشی، تفریحی، ورزش و بازی. همان گونه که ملاحظه می شود، اصل انسانی بودن از دایره شمول گسترده ای برخوردار است و کلیه حقوق انسانی اعم از حقوق بشر و غیر آن را دربرمیگیرد. نتیجه اعمال اصل انسانی بودن به عنوان یک اصل کلی حقوقی بر اقدامات غیرنظامی شورای امنیت،

این است که چنین اقداماتی نباید به آن درجه از شدت باشند که انسان ها را در معرض شرایط غیرانسانی حیات قرار داده و با خطر بیماری و مرگ مواجه سازند.

ب) اصل ضرورت

اصل ضرورت در هر موردی که به یک مرجع عمومی اختیارات تشخیصی اعطاء شده باشد، کاربرد دارد. چنین مرجعی باید این امر را احراز نماید که اقداماتی که اعمال می کند به منظور نیل به اهداف اساسی که به خاطر آنها ایجاد گردیده، ضروری می باشند. اصل ضرورت در زمین های متعددی کاربرد دارد که از آن جمله می توان به روابط بین المللی، حقوق بین الملل بشرو حقوق مخاصمات مسلحانه اشاره نمود. از آنجایی که سازمان ملل متحد به اصول کلی حقوق بین الملل ملتزم می باشد، شورای امنیت ملزم به رعایت اصل ضرورت به عنوان یکی از اصول حقوق بین الملل عام خواهد بود.

استناد به اصل ضرورت در روابط بین المللی در موارد مختلفی ممکن است انجام پذیرد. به عنوان مثال کشوری که با یک خطر شدید و قریب الوقوع مواجه می گردد و ناگزیر می شود از تعهدات بین المللی خود تخطی نماید به این دلیل که تنها شیوه حفاظت از منافع اساسی اش را در این اقدام می بیند، می تواند به اصل ضرورت استناد نماید.

برخی از حقوقدانان، ضرورت را یکی از جنبه های تناسب محسوب نموده اند. به نظر آنان، تناسب در صورتی تحقق خواهد یافت که تحریم اقتصادی، اولاً ضروری باشد و ثانیاً در قبال رفتار متخلفانه طرف مقابل، واکنشی مناسب به شمار آید. معیار ضرورت با موضوع کارامدی تحریم نیز ارتباط دارد برای تحقق شرط ضرورت برنامه تحریم باید به گونه ای طراحی شده باشد که بتوان به نحو متعارف از آن انتظار تحقق بخشیدن هدف مورد نظر را داشت. به عبارت دیگر، رفتار تحریم شونده را تغییر داده و موجب گردد که او از قواعد حقوقی تبعیت نماید. نکته دیگر آن است که لازمه اصل حسن نیت، به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی، رعایت اصل ضرورت می باشد. به عبارت دیگر اصل حسن نیت ایجاب می نماید، مرجع تحریم کننده، در اعمال تحریم به اقدامی فراتر از حد لازم مبادرت نرزد. بنابراین شورای امنیت هنگام ایفای وظایف خود از جمله زمانی که لازم می بیند در برابر تهدید یا نقض صلح واکنش نشان دهد، باید با حسن نیت عمل نماید، در نتیجه لازم است براساس اصل ضرورت اقدام کند. با پذیرش این مطلب که اصل ضرورت به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی نسبت به اقدامات شورای امنیت قابل اعمال می باشد، این نتیجه حاصل می شود که هرگونه خدشه به حقوق بشر قابل تعلیق که منوطاً به عنوان نتیجه این قبیل اقدامات قابل پیش بینی است، باید در جهت نیل به



هدف مشروع اقدامات مزبور، ضروری تشخیص داده شود. به عنوان مثال، چنانچه ممنوعیت یا محدودیت مسافرت بین المللی افراد مقیم در کشور مورد تحریم به عنوان بخشی از اقدامات اجرایی غیرنظامی، مورد توافق قرار گیرد باید محرز شده باشد که چنین محدودیتی نسبت به حقوق شهروندان آن کشور برای نیل به هدف مشروع اقدامات مزبور، ضروری است.

ج) اصل تناسب

اصل تناسب با ضرورت ارتباط دارد. گفته می شود که میزان هر محدودیتی باید دقیقاً با ضرورت تناسب داشته باشد و یا متناسب با منفعت بالاتری باشد که به وسیله آن محدودیت، مورد حمایت قرار گیرد. اصل تناسب صرفاً در ارتباط با اقدامات مشروع و ضروری قابل استناد می باشد. بنابراین چنانچه اقدامی از نظر حقوق بین الملل نامشروع و متخلفانه باشد، استناد به معیار تناسب به منظور مشروع جلوه دادن آن نمی تواند موجه باشد؛ اقدامات متقابل و تصمیمات شورای امنیت در چارچوب فصل هفتم منشور ملل متحد از جمله اقدامات مشروعی می باشند که استناد به معیار تناسب در مورد آنها امکان پذیر است. اصل تناسب مستلزم آن است که تحریم ها متضمن واکنشی مناسب در قبال رفتار کشور مورد تحریم باشد. به این منظور لازم است منافع حاصله از برنامه تحریم بیش از زیان های ناشی از آن باشد. طبق ماده ۵۱ طرح مواد راجع به مسئولیت دولتها اقدامات متقابل باید با در نظر گرفتن شدت عمل متخلفانه ی بین المللی و حقوق مورد بحث با زیان وارده متناسب باشد. تناسب هرگز به معنای تشابه و تساوی نیست؛ زیرا در این صورت، به عنوان مثال، نقض شدید حقوق بشر در طول اعمال تحریم اقتصادی به منظور مقابله با نقض شدید حقوق بشر در یک کشور مجاز خواهد بود که امری غیرمنطقی است. نکته دیگر در ارتباط با اصل تناسب این است که طولانی شدن تحریم اقتصادی در شرایطی ممکن است معیار تناسب را دستخوش تغییر نماید ممکن است با بوجود آمدن تغییراتی در کشور مورد تحریم، اقدامی که در آغاز معمولی و متناسب بوده به یک اقدام ویرانگر و نامتناسب تبدیل گردد البته عکس این موضوع نیز صادق است؛ به این معنا که ممکن است تغییرات ایجاد شده، تحریمی را که ابتدائاً نامتناسب بوده است به اقدامی متناسب تبدیل نماید. همچنین این امکان وجود دارد که با تغییر شرایط در کشور مورد تحریم، تحریم هایی که در آغاز متناسب بوده اند، کارآیی و تأثیرگذاری اولیه خود را از دست بدهند و به صورت اقداماتی بیش از حد ملایم درآیند. در هر صورت، با تغییر شرایط و اوضاع و احوال، تغییر و تعدیل تحریم ها به منظور رعایت اصل تناسب ضروری خواهد بود.

ذکر این نکته نیز ضروری است که طولانی شدن مدت تحریم بدون بروز تغییرات اساسی در وضعیت کشور مورد تحریم، به خودی خود، تناسب را منتفی نمی سازد؛ زیرا هرچند تشدید تحریم ها بدون در نظر گرفتن اصل تناسب مجاز نمی باشد، اما تداوم تحریم ها به منظور نیل به هدف مورد نظر مجاز است.

بند دوم: محدودیت های شورا به موجب قواعد آمره

این دیدگاه که شورای امنیت دست کم به قواعد آمره ملتزم می باشد مورد مناقشه نیست. آنچه که درباره آن اتفاق نظر وجود ندارد این است که آیا شورای امنیت منحصراً ملزم به رعایت قواعد آمره می باشد؟ این عقیده که شورای امنیت فقط ملزم به رعایت قواعد آمره می باشد، پذیرفتنی نیست؛ زیرا این نهاد به عنوان یک رکن اصلی سازمان ملل متحد، باید وظایف خود را براساس اساسنامه سازمان و نیز قواعد عام حقوق بین الملل و قواعد آمره و همچنین معاهدات بین المللی انجام دهد. این نکته را نیز باید مدنظر قرار داد که قاعده آمره منبع مستقلی محسوب نمی گردد بلکه وصف و ویژگی سایر منابع حقوق بین الملل از جمله معاهدات عام و حقوق بین الملل عرفی می باشد. به عبارت دیگر قواعد آمره از حیث منشأ تکوین و تکامل همواره به معاهدات عام و حقوق بین الملل عرفی متکی هستند. نتیجه ای که از احراز شخصیت حقوقی بین المللی سازمانهای بین المللی استنباط می گردد این است که این سازمانها علاوه بر آنکه باید وظایفی را بر مبنای اساسنامه خود انجام دهند، به همان ترتیب ملزم به رعایت کلیه اصول حاکم بر حقوق معاهدات، در رابطه با معاهداتی هستند که به عنوان یک شخصیت حقوقی بین المللی بادرولتها و یا سایر سازمانهای بین المللی منعقد می نمایند. قواعد آمره می تواند محدودیتهای شناخته شده متعددی را که نسبت به اختیارات شورای امنیت می توان از منشور، اصول کلی حقوق بین الملل و عرف استنباط نمود، تکمیل نماید. کمیسیون حقوق بین الملل قواعد آمره را در ارتباط با موجبات زوال وصف متخلفانه و مشروعیت اقدامات متقابل نیز مورد اشاره قرار داده است. از آنجایی که تحریم های اقتصادی همانند اقدامات متقابل اعمالی واکنشی محسوب می شوند و برای آنکه از مشروعیت برخوردار باشند، در دارا بودن برخی از شرایط با اقدامات متقابل وجه مشترک دارند، نظر کمیسیون به تحریم های اقتصادی نیز قابل تعمیم می باشد. ضمن آنکه برخی از دیدگاههای کمیسیون بیانگر قواعد عرفی و یا اصول کلی حقوقی است. بر این اساس اصولاً اتخاذ تحریم های اقتصادی مغایر با موازین حقوق بشر در قبال نقض حقوق بشر مجاز نخواهد بود، مگر آنکه در چارچوب اصول ضرورت و تناسب، اهمیت حقوق بشری که هدف تحریم های اقتصادی حمایت از





آنهاست، بیش از حقوقی رهگذر اعمال تحریم های اقتصادی نقض می شوند. روشن است منشور ملل متحد حداقل در عالم حقوق همواره در معرض تهدید بطلان از طریق ایجاد یک قاعده آمره بین المللی می باشد و در صورت تحقق این امر، تجدیدنظر در منشور ضروری خواهد گردید؛ زیرا وجدان جامعه بین المللی با پذیرش قاعده آمره مغایر با منشور ملل متحد، در واقع اراده خود را جهت تجدیدنظر در منشور ظاهر ساخته است ... به این لحاظ می توان گفت قاعده آمره ... مسامحتاً می تواند زیربنای قانون اساسی در جامعه بین المللی قرار گیرد و به همین دلیل منشور ملل متحد در پرتو اوامر و نواهی آن قرار می گیرد؛ زیرا در تحلیل نهایی معاهده ای بین المللی با ویژگیهای خاص خود می باشد و نه بیشتر و در سلسله مراتب حقوقی، قاعده آمره بر آن حکومت می نماید. قواعد آمره مندرج در معاهدات بین المللی نیز بر منشور مقدم می باشند و شورای امنیت نباید آنها را نقض نماید. در نتیجه شورای امنیت موظف است در وضع برنامه های تحریم اقتصادی، قواعد آمره را در نظر گیرد و حتی این قواعد را بر مقررات منشور نیز مقدم دارد بر این اساس، شورای امنیت، به عنوان مثال باید در اعمال تحریم های اقتصادی، حق حیات را که جزء قواعد آمره می باشد، رعایت نماید.

بند سوم: محدودیت های شورا به موجب قواعد خاص منشور ملل متحد

الف) موثر بودن تحریم های اقتصادی

تحریم اقتصادی یکی از انواع اقدامات دسته جمعی می باشد و بر این اساس باید از کارآمدی و تأثیرگذاری لازم برخوردار باشد. چنانچه اقدامات دسته جمعی، از جمله تحریم های اقتصادی برای حفظ صلح و امنیت بین المللی مؤثر نباشند، نباید اعمال گردند و در صورتی که اجرای آنها آغاز شده و بی تأثیر تشخیص داده شده اند باید متوقف گردند. از آنجایی که جمعیت غیرنظامی غیرمسلح به احتمال فراوان قادر به تهدید صلح نمی باشد، بعید است اعمال تحریم های اقتصادی علیه آن به عنوان اقدامی مؤثر به منظور اعاده صلح تلقی گردد. بر همین اساس، یکی از وظایف کمیته های تحریم شورای امنیت بررسی موضوع تأثیرگذاری و کارآمدی تحریم های اقتصادی می باشد. اعمال تحریم ها به صورت پلکانی و تشدید آنها نیز نشانگر آن است که شورای امنیت به کارآمدی و مؤثر بودن تحریم ها توجه خاصی دارد. همچنین در سالهای اخیر شورای امنیت با اعمال تحریم های هوشمند که مستقیماً علیه افراد متخلف و یا سران دولتهای خاطی به اجراء درمی آید، در راستای مؤثرتر ساختن تحریم ها گام برداشته است.

ب) هماهنگی در اعمال تحریم های اقتصادی

از یک سو در استفاده از تحریم های اقتصادی، شورای امن ی ت باید اصل عدم تبعیض را مراعات نموده و چنانچه شرایط و وضعیت در قضایای جداگانه، مشابه بوده و اعمال تحریم اقتصادی را ایجاب نماید، به استفاده از تحریم های اقتصادی مشابه مبادرت ورزد. ازسوی دیگر، در اجرای برنامه های تحریم نیز تفاوتی میان کشورها مگر براساس شرایطی که برای مؤثرتر ساختن تحریم ها ضروری است قایل نشود. به بیان دیگر، شدت و ملایمت تحریم ها صرفاً باید بر مبنای شرایط واقعی و نیز با رعایت اصل تناسب تنظیم گردد و شورا نباید در این زمینه براساس انگیزه ها و ملاحظات سیاسی عمل نماید.

ج) مواد ۳۹ و ۴۱ منشور ملل متحد

اگر ماده ۴۱ به تنهایی در نظر گرفته شود بیانگر آن خواهد بود که شورای امنیت می تواند صرف نظر از وجود یا فقدان تهدید علیه صلح یا نقض صلح، هریک از اقدامات مذک و ر را در هر زمان اعمال نماید. چنین برداشتی با مفاد ماده ۳۹ منشور مغایر می باشد. مواد ۳۹ و ۴۱ باید در ارتباط با یکدیگر مورد توجه قرار گیرند. اقدامات مذکور در ماده ۴۱ در صورتی قابل اعمال می باشد که شورا وجود هرگونه تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز را که در ماده مقرر گردیده است، احراز نموده باشد. در واقع شورا پس از آنکه وجود هریک از وضعیت های مذکور در ماده ۳۹ را احراز نمود، این اختیار را دارد که از طرفهای ذی نفع بخواهد اقدامات موقتی را که شورا ضروری یا مطلوب تشخیص می دهد، به عمل آورند (ماده ۴۰ منشور) و تصمیم بگیرد، اقداماتی را که متضمن استفاده از نیروی مسلح نباشد، برای اجرای تصمیماتش اعمال نماید ماده ۴۱ منشور، یا چنانچه ثابت شود اقدامات مذکور در ماده ۴۱ ناکافی می باشد، تصمیم به اتخاذ اقداماتی به وسیله نیروهای هوایی، دریایی یا زمینی بگیرد که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین المللی ضروری باشد. (ماده ۴۲ منشور)

بنابراین تشخیص اینکه اقدامات لازم به تدریج و در مراحل مختلف اجرا شود و یا آنکه از همان آغاز اقدام مقتضی اعم از تحریم اقتصادی و یا اقدامات نظامی به عمل آید با شورای امنیت خواهد بود تا براساس شرایط و اوضاع و احوال موجود، تصمیم گیری نماید. در واقع توالی منطقی مقرر در منشور، برگرفته از اصول ضرورت و تناسب می باشد، به این معنا که اولاً، اقدامات اجرایی در چارچوب فصل هفتم منشور برای حفظ یا اعاده صلح ضرورت داشته باشد و ثانیاً، این اقدامات با توجه به خصوصیات هر قضیه، متناسب باشند.





بخش سوم: تحریم های هوشمند اعمال شده علیه ایران و برجام (برنامه جامع اقدام مشترک)

بند اول: تبعات تحریم اقتصادی بر بخش کشاورزی :

آثار احتمالی تحریم اقتصادی در بخشهای مختلف اقتصادی ایران است. از آنجایی که بخش کشاورزی از حوزه های بسیار حساس به شمار می آید که به طور مستقیم با امنیت غذایی توده مردم سر کار دارد. بالطبع در صورت وقوع چنین رویدادی، پیامد های ناشی از آن بیش از همه بر این بخش سایه می افکند. عواقب و آثار ناشی از تحریم را در بخش کشاورزی نگران کننده است و در چنین شرایطی ممکن است ابتدا تولیدات کشاورزی بدلیل اهمیت و حمایت بیشتر دولت افزایش یابد اما در بلند مدت نا رسیهای بسیاری پدید خواهد آمد. دولت در سال اول و دوم مجبور میشود با پرداخت یارانه و افزایش سطح زیر کشت، قیمت کالاهای استراتژیک را برای مصرف کننده تا حدودی ثابت نگه دارد اما برخی از محصولات به دلیل تولید کم به تدریج قیمتشان افزایش می یابد و در این صورت سطح زیر کشت آنها بالا میرود و در نتیجه تولید کالاهای استراتژیک پایین می آید. در واقع یک حرکت سینوسی در تولیدات به وجود می آید که بدون بهره گیری از تولید، تثبیت این حرکت سخت خواهد بود مگر اینکه دولت، تولید آزاد حذف کند. بر اثر تحریم اقتصادی، اقتصاد کشاورزی ما نیز کاملاً درون گرایی شود شود که این اقتصاد، غیر رقابتی خواهد بود و در یک اقتصاد غیر رقابتی، تقاضا بالا و عرضه محدود است.

تحریم نفت، توان سرمایه گذاری در بخش کشاورزی را از بین میبرد چرا که دولت حتی نمی تواند هزینه های خود را تأمین کند. چنانچه درآمد نفتی مسدود شود کارخانه ها تعطیل و تولیدات کاهش می یابد و در این صورت مردم مالیات پرداخت نخواهند کرد و از این رو درآمدی هم برای دولت ایجاد نمی شود و دولت در آستانه ورشکستگی قرار می گیرد.^۱

افزایش فساد مالی نیز یکی دیگر از پیامدهای تحریم به شمار می آید: افزایش فساد، نابرابری های زیادی را در جامعه ایجاد میکند و دوباره، میلیاردرهای یک شبه که به قدرت وابسته اند، فراوان میشوند. به گفته تحلیلگران نابسامانی های اقتصادی کشور ما نیز بخش کشاورزی را در برابر تحریم اقتصادی دچار آسیب و تنش میکند. با توجه به این که طبق آمار، نزدیک به ۸۲ درصد از مواد غذایی

^۱ کلاوسون، ترجمه محمدی نجم، ۱۳۷۶، ص ۲۱۹

در داخل تولید میشود و در سالهای اخیر میزان تولیدات کشاورزی افزایش یافته است آنچه که در شرایط تحریم بخش کشاورزی تهدید خواهد کرد، خطر خارجی نیست بلکه خطر داخلی است . با توجه به حضور دلالات و واسطه ها در بخش کشاورزی ، افراد و سازمانهایی در فاصله ی بین تولید تا توزیع دخالت دارند که با استفاده از سرمایه های خود در مالکیت و حاکمیت ، در شرایط تحریم ، قیمت کالاها را به طور مصنوعی بالا برده و بدین ترتیب اقشار وسیعی از مردم را از دستیابی به حداقل مواد غذایی محروم میکنند و امنیت غذایی را به مخاطره می اندازند .

گسترش احتکار و قاچاق کالاهای کشاورزی غیر بهداشتی از دیگر تبعات تحریم است . افزایش تولید محصولات کشاورزی برای جبران کمبودهای ناشی از قطع واردات بدون توجه به روابط حاکم بر تولید، توزیع و مصرف ، نارسا است . در کشور ما ، مراحل تولید ، توزیع و مصرف جدا از هم مطرح بوده و تولید بدون توجه کافی به نظام توزیع و مصرف در نظر گرفته میشود ، در حالی که این سه مرحله ، چرخه ی کاملاً متحدی تشکیل می دهند و نارسایی در یکی از این مراحل موجب بحران در دیگری می شود . نظام اقتصادی ایران نابسامان ، آشفته ، بدون نقشه و فاقد شبکه ای از روابط بین بخش های معدن ، صنعت ، کشاورزی و امور مالی است ؛ در صورتی که کشورهای پیشرفته دارای شبکه ی پیچیده ای از روابط بین این بخش ها هستند که اقتصاددانان، آن را می شناسند و واردات ، صادرات و تولید محصولات متکی به مصالح و امکانات آن شبکه داخلی صورت میگیرد .^۱

حوزه ی کشاورزی در ایران به دلیل عدم وجود این شبکه در برابر تحریم آسیب پذیر است . ضمن آنکه برنامه های سوم و چهارم توسعه نیز بر این اساس ، بر تحلیل های دقیقی از اقتصاد تکیه ندارد و آنچه که منعکس می شود ، کمتر مطابق با داده های جامعه است و به همین خاطر ، برنامه ها تاکنون راه به جایی نبرده است . تولیدات محصولات کشاورزی به دلیل وابستگی کم به درآمد ارزی و تکنولوژی خارجی ، لطمه ی زیادی نخواهد دید .

حوزه ی کشاورزی در ایران به دلیل عدم وجود این شبکه در برابر تحریم آسیب پذیر است . ضمن آنکه برنامه های سوم و چهارم توسعه نیز بر این اساس ، بر تحلیل های دقیقی از اقتصاد تکیه ندارد و آنچه که منعکس می شود ، کمتر مطابق با داده های جامعه است و به همین خاطر ، برنامه ها تاکنون



^۱ علیخانی، ترجمه متقی نژاد، ۱۳۸۴، ص ۳۸



راه به جایی نبرده است. تولیدات محصولات کشاورزی به دلیل وابستگی کم به درآمد ارزی و تکنولوژی خارجی، لطمه‌ی زیادی نخواهد دید.

وضعیت زراعت و دام و طیور را از نظر ماشین آلات، بذر، نهال سموم دفع آفات و مکمل‌های غذایی مطلوب ارزیابی نمی‌شود. اکثر نیازهای این بخش‌ها در داخل توسط بخش خصوصی و دولتی تولید می‌شود. در صورت تحریم روند صادرات اقلام غیرنفتی و حتی صنایع تکمیلی و تبدیلی و صنایع وابسته به کشاورزی مانند فرش دچار اختلال خواهد شد.

کارشناسان در پاسخ به این پرسش که در صورت تحریم کدام یک از بخش‌های کشاورزی دچار چالش بیشتری می‌شود، نظرات متعدد و گاه مشابهی می‌دهند.^۱

در کوتاه مدت بیشترین صدمه متوجه مصرف کنندگان شهری و در دراز مدت روستاییان می‌شود زیرا کمبود بنزین، سیستم حمل و نقل و انرژی را مختل کرده و هزینه‌های تولید افزایش می‌یابد. در عرصه‌ی کشاورزی نیز بیشترین زیان در بخش باغبانی و بیشترین مزیت در بخش زراعت خواهد بود؛ چرا که باغ مانند زراعت نیست که امسال یک محصول و سال بعد محصول دیگر کاشته شود و یک باغدار ممکن است ۱۰ تا ۳۰ سال برای باغ خود سرمایه‌گذاری کرده باشد. بخش باغبانی و به خصوص تولید و صادرات گل، لطمه زیادی در جریان تحریم خواهد دید. و همچنین در بخش دامپروری: بخش برزگی از نیازهای دامپروری مانند ذرت برای تأمین خوراک دام از خارج وارد می‌شود و اگر قیمت این نهاده‌ها گران شود و یا وارد شود قیمت شیر و گوشت افزایش خواهد یافت. همچنین بخشی از زراعت وابسته به واردات بذرهای اصلاح شده می‌باشد. اگر بذر مرغوب مانند ذرت و سیب زمینی در اختیار کشاورزان قرار نگیرد، در تولید این محصولات مشکل به وجود می‌آید. در صورت تحریم محصولات خشکبار به دلیل مازاد تولید بیشترین صدمه را می‌بیند. بعضی از محصولات باغی قابل تبدیل هستند و میتوان از طریق فراوری و تبدیل آنها به کمپوت و کنسرو جلوی ضرر آنها را از فساد پذیری گرفت اما در بحث خشکبار به خصوص پسته با تهدید جدی مواجه خواهیم شد زیرا افق سرمایه‌گذاری در خشکبار به خصوص پسته افق صادراتی است و ما بیشتر از مصرف داخل برای صادرات اقدام به کشت این محصول کرده‌ایم.^۲

^۱ موسویان، ۱۳۹۳، ص ۱۲۹

^۲ ظریف و سعید میرزائی، ۱۳۷۶، صص ۱۳۱ و ۱۳۴

بند دوم: دوم. تبعات تحریم ها بر سیستم مالی و بانکی :

الف) تحریم بانک مرکزی:

«کنوانسیون اروپایی ۱۹۷۲ مصونیت دولت» اعمال حاکمیت دولت را (مانند اموال دیپلماتیک و اموال نظامی) اعمالی تعریف کرده که دولت برای اقتدار حاکمیت خود انجام می دهد و بنا بر این گمرک، سیاست پولی و ... جزو اینگونه اعمال هستند و در این بین اعمال تجاری (تصدی گری) دولت به دقت احصا شده است. در ضمن کنوانسیون مصونیت دولت و اموال آن مصوب ۲۰۰۴ مجمع عمومی ملل متحد نیز اموال بانک مرکزی یا دیگر نهادهای مالی متعلق به دولت را به عنوان اموال خاص دولت تلقی کرده و به صراحت آن را در کنار اموال نظامی و دیپلماتیک به عنوان دسته های خاص اموال دولت محسوب کرده و اینگونه اموال را مصون تلقی کرده است. با در نظر گرفتن هر معیار برای تفکیک اعمال حاکمیتی دولت از اعمال تصدیگری آن، با قاطعیت می توان گفت «سیاست های پولی»، «مالی» و «اموال و حقوق، منافع و فعالیت های خاص» بانک مرکزی که در سرمایه گذاری و هدایت سرمایه نقل و انتقال پول، چاپ اسکناس تنظیم روابط بین بانک ها و... تجلی می یابد، از جمله بارزترین فعالیت های «بانک مرکزی ایران» بوده است که به روشنی جزو اعمال حاکمیتی دولت ایران تلقی می شود. روشن است که اجرای تحریم گسترده علیه بانک مرکزی مانع اعمال حاکمیت و اقتدار سیاسی، اقتصادی کشور خواهد شد و در این باره، حتی کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت نقض شده است.

ب) تحریم سیستم مالی و بانکی

سیستم بانکی در ایران بعد از پیروزی انقلاب اسلامی به عنوان بازوی اقتصاد دولت به شمار رفته و می رود. امروز شاید بدون تردید بتوان اذعان کرد که قسمت عمده برنامه های توسعه اقتصادی کشور بویژه برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دولت متأثر از میزان توانمندی نظام بانکی است که متأسفانه در قطعنامه ۱۷۴۷ شورای امنیت این توانمندی مورد هدف و تهدید قرار گرفته و چنانچه تمهیدات هوشمندانه اتخاذ نشود، در کل اقتصاد کشور و زندگی عموم مردم موثر خواهد افتاد. تا پایان سال ۸۶ بانک های سپه و صادرات مورد تحریم عمومی شورای امنیت قرار گرفته و بانک های صادرات، ملت و ملی از سوی آمریکا تحریم شده است. تحریم از جانب آمریکا بر خلاف آنچه در نگاه نخست دیده می شود، ابعادی بسیار گسترده دارد، زیرا بانک های اروپایی طرف قرار داد با بانک های آمریکایی به کاهش ارتباط خود با آمریکا تمایل ندارند.



۱) از روز صدور قطعنامه و تحریم بین المللی بانک سپه با عنایت به مرکزیت بانک سپه لندن به عنوان پرداخت های حساب ذخیره ارزی کلیه اعتبارات گشایش اعتبار شده و فعال تحت تاثیر این تحریم قرار گرفته و فروشندگان از ارسال کالا به علت عدم امکان معامله اسناد و دریافت وجه خود داری می کنند. در نتیجه کلیه کالاهای مهم سرمایه یی موضوع گشایش اعتبارات از محل حساب ذخیره ارزی بلا تکلیف مانده و بانک مرکزی نیز تاکنون موفق به تعیین بانک یا بانک های جایگزین برای پرداخت های باقیمانده اعتبارات نشده است. اثرات اقتصادی موضوع مذکور تا به حال و در همین مدت کوتاه جبران ناپذیر و زیانبار و در صورت تداوم غیر قابل پیش بینی است (محاسبه کارشناسانه تعویق در برنامه زمانبندی طرح های سرمایه گذاری این موضوع را شفاف خواهد کرد.^۱

۲) در صورت ادامه مورد فوق و توسعه دامنه تحریم از بانک های صادرات و سپه به دیگر بانک ها متأسفانه دامنه تاثیرات زیانبار اقتصادی این تحریم ها غیر قابل پیش بینی است.

۳) از صدور قطعنامه ۱۷۳۷ و پیرو آن قطعنامه ۱۷۷۴ ریسک اعتباری و پوشش بیمه یی صادرات کالا به ایران در حال افزایش است.

۴) در سال ۲۰۰۷ میلادی قیمت کالاهای سرمایه یی (ماشین آلات و تجهیزات) بین ۷ الی ۱۰ درصد افزایش یافت (از سوی فروشندگان اروپایی)، و در حالی که نرخ تورم در این کشورها بین یک الی سه درصد بود.

۵) اعتماد فروشندگان بین المللی نسبت به بانک های ایران با تحریم قدیمی ترین بانک ایرانی (بانک سپه) و بانک صادرات به شدت کاهش یافته است، و به طوری که تاکید به عدم انجام مرادوات با این بانک ها می کنند و اشاعه آن در سطح وسیع به کل نظام بانکی اثرات زیانباری خواهد داشت.^۲

۶) هزاران نیروی متخصص ارزی بانک های تحت تحریم بین المللی و شعب خارجی آنها از این موضوع به شدت آسیب پذیر بوده و در صورت تداوم بلند مدت آن، اثرات آن برای بانک های مذکور غیر قابل جبران است. ۷) مهم ترین عاملی که کلیه بانک ها را یکی پس از دیگری تحت الشعاع قرار داده و از اثرات زیانبار اقتصادی و اجتماعی آن به دیگر بخش های اقتصادی نیز شمولیت پیدا می کند؛ امکان کاهش اعتماد عمومی به نظام بانکی در داخل کشور و خروج بیشتر سرمایه ها از کشور به دلیل افزایش بوروکراسی و عوامل بازدارنده مالی و بانکی در بخش تولید است.

^۱ موسویان، ۱۳۹۳، ص ۱۹۰

^۲ ممتاز، سال ۱۳۸۷، ص ۱۴۶

بند سوم: تبعات تحریم ها بر بخش صنعت:

الف) اختلال در روند تامین مواد اولیه و لوازم یدکی و تجهیزات و دانش فنی و فناوری :

با توجه به مسائل سیاسی در حال حاضر گروهی از شرکت های خارجی اعم از خریدار و فروشنده اقدام به قطع روابط خود با شرکت های ایرانی کرده اند . این قطع ارتباط باعث توقف روند تامین برخی از مواد اولیه ؛ ماشین آلات و قطعات یدکی و در نتیجه کاهش شدید صادرات شده است . همچنین به بهانه ارتباط برخی لوازم و تجهیزات با صنایع هسته ای یا نظامی ، تهیه مایحتاج صنعت بسیار دشوار شده است . ضمناً فناوری و دانش فنی برخی صنایع دنیا نیز منتقل نمی شود .^۱

ب) وضع تحریم های بین المللی برای برخی از بانک های داخلی :

به دلیل وضع تحریم های بین المللی برای برخی از بانک های داخلی انجان عملیات بانکی به صورت ارزی محدود به معدودی از بانک های فعال داخلی شده که با توجه به قوانین دست و پاگیر سیستم بانکی کشور ؛ باعث کاهش قابلیت ها و قدرت مانور تولید کنندگان داخلی در بازار سختگیر جهانی شده است .

پس از تحریم بانک های صادرات سپه و با توجه به اینکه قرار است بانک های ملی و ملت نیز تحریم رسمی شوند ، در حال حاضر شاهد بروز مشکل برای بانک های ملی ؛ ملت ، صادرات و سپه هستیم . خلاصی از این مشکلات بعضاً از راه حل های موردی (مثلاً واردات یا صادرات از طریق کشور ثالث و با ایجاد ارتباطات خاص) استفاده می شود که به افزایش قیمت تمام شده مواد اولیه و محصول می انجامد .

بخش چهارم. تبعات تحریم ها بر جذب سرمایه گذاری خارجی :

به رغم تصویب قانون جلب و حمایت از سرمایه گذاری خارجی در مجلس ششم و رفع ابهامات قانونی که باید جذب سرمایه های خارجی را شتاب بخشد ، در سال ۸۴ و به ویژه در سال ۸۵ شاهد کاهش میزان **LOCO monitor** شدید سرمایه گذاری خارجی در کشورمان هستیم. موسسه بین المللی جذب سرمایه های خارجی ایران در سال های ۲۰۰۳ و ۲۰۰۴ و ۲۰۰۵ و ۲۰۰۶ به ترتیب ۲۹۹۰، ۴۲۶۰، ۸۰۳، ۱۱۵۰، ۸۰۳، ۱۱۵۰، ۴۲۶۰، ۲۹۹۰ میلیون دلار اعلان کرده است و ظاهراً این رقم در سال ۲۰۰۷ و به دنبال

^۱ موسویان، ۱۳۹۳، ص ۴۱



صدور قطعنامه‌های سه گانه به کمتر از یکصد میلیون دلار رسیده است. در شرایطی که ایران مذاکره خود را با اروپا و آمریکا آغاز کرده است همچنان تحریمهای اقتصادی علیه ایران بر مشکلات این کشور اضافه می‌کند. در میان بخشهای مختلف اقتصادی کشور بیشترین آسیب به بخش نفت و گاز وارد شد. بخشی که نبض اقتصاد ایران است و می‌تواند روی ساختار و عملکرد اقتصادی کشور تاثیر بسزایی به جای بگذارد.^۱

بند اول: تبعات تحریم ها بر بخش نفت و گاز

ایران اقتصادی وابسته به نفت دارد و هر ساله سهم بزرگی از درآمد این کشور از صادرات نفت و گاز بدست می‌آید. مطالعات نشان می‌دهد طرح تحریم اقتصادی غرب علیه ایران که در مراحل اولیه صنعت نفت را هدف قرار داده بود بیشترین آسیب را به نبض اقتصادی ایران وارد کرده است و ادامه این روند می‌تواند آسیبهای جبران ناپذیری ایجاد کند.

زیرا صنعت نفت و گاز ایران نیازمند سرمایه‌گذاریهای کلان خارجی و حضور شرکتهایی است که به تکنولوژیهای روز دنیا دسترسی داشته باشند. با اجرای طرح تحریم اقتصادی و خروج شرکتهای غربی از ایران هم استفاده ایران از فن‌آوریهای روز دنیا منتفی شد و هم ایران نتوانست به توسعه حوزه‌های نفت و گاز جدید بپردازد که در سالهای آینده جایگزین حوزه‌های فرسوده امروزی شود. طبق گزارش تحقیقاتی اخیر کنگره آمریکا آسیب‌پذیری صنعت نفت و گاز ایران از تحریمهای اقتصادی علیه این کشور مساله‌ای بدیهی و اجتناب ناپذیر است. این در حالیست که دست‌اندرکاران اقتصادی ایران بر این باورند ایران با کمک قیمت بالای نفت می‌تواند با این مشکل مقابله کند همانطور که در سال گذشته به مدد این درآمد کلان توانست با کمترین مشکل تحریمها را از سر بگذارد.

آژانس اطلاعات انرژی درآمد حاصل از صادرات نفت ایران در نیمه اول سال ۲۰۰۸ میلادی را ۵۴ میلیارد دلار اعلام کرد در حالیکه در سال گذشته میلادی مجموع درآمدهای صادراتی ایران از فروش نفت تنها ۶۰ میلیارد دلار آمریکا بود. بدون شک رشد درآمد صادراتی ایران ناشی از افزایش حجم تولید در این کشور نیست بلکه به دلیل رشد قیمت نفت است که از مرز ۷۰ دلار در سال گذشته به بیشتر از ۱۲۰ دلار رسید و حتی قیمت ۱۴۰ دلار را نیز تجربه کرد.^۲

^۱ ممتاز ۱۳۸۷، ص ۱۸۲

^۲ موسویان، ۱۳۹۳، ص ۱۱۷

مطالعات نشان می دهد در سال ۱۹۹۰ میلادی درآمد حاصل از صادرات نفت ایران به بازارهای جهانی معادل ۱۷ میلیارد دلار امریکا بود و از آن زمان تا سال ۲۰۰۰ میلادی قیمت بین ۱۰ تا ۲۲ میلیارد دلار نوسان داشت. بعد از سال ۲۰۰۰ میلادی درآمد حاصل از صادرات نفت ایران دوباره به کمتر از ۲۰ میلیارد دلار رسید و سپس به یکباره رشد کرد.

مطالعات نشان می دهد در سال ۲۰۰۵ میلادی درآمد حاصل از صادرات نفت برای کشور ایران برابر با ۴۸ میلیارد دلار و در سال ۲۰۰۶ میلادی به ۵۴ میلیارد دلار و در نهایت در سال گذشته میلادی به ۶۰ میلیارد دلار امریکا رسید.

طی یک سال گذشته ایران روزانه حدود ۴ میلیون بشکه نفت تولید کرده است و طبق گزارشهای موجود توان افزایش تولید را ندارد زیرا حوزه های کنونی فرسوده هستند و سرمایه گذاری کافی برای توسعه حوزه های جدید انجام نشده است. ایران در نظر دارد سرمایه گذاریهای بیشتری در صنعت نفت و گاز انجام دهد و برای این سرمایه گذاریهای نیازمند کشورهای اروپایی و امریکایی نیست. در ماههای اخیر ما اخباری مبنی بر جایگزین شدن کشورهای آسیایی به خصوص چین شنیدیم.

در همین زمان مذاکراتی بین ایران و روسیه انجام شد که احتمال انعقاد قرار دادهایی بین دو کشور را تقویت کرد. این دو کشور که تا اندازه زیادی می توانند جایگزینهای غرب برای ایران باشند در صدد هستند با سرمایه گذاری کلان و اجرای پروژه های بزرگ وارد ایران شوند تا به جای کشورهای اروپایی از پتانسیلهای ایران سود ببرند و از طرف دیگر ایران نیز می تواند از این همکاری های سود زیادی بدست آورد و از فشار تحریمهای اقتصادی غرب بکاهد.^۱

شرکت ملی نفت این کشور در نظر دارد در سال ۱۳۸۷ هجری شمسی ۱۶ میلیارد دلار در اجرای پروژه های نفت و گاز ایران سرمایه گذاری کند. این در حالیست که طی سه سال گذشته ایران تنها ۱۲ میلیارد دلار در هر سال سرمایه گذاری کرد.

ایران در نظر دارد از ظرفیتهای داخلی به جای سرمایه های جهانی در توسعه صنعت نفت بهره برد. هم اکنون ایران امکان بهره گیری از سرمایه های خارجی را ندارد و به همین دلیل ظرفیتهای داخلی را جایگزین سرمایه های خارجی کرده است.



^۱ فرخ سیری، ۱۳۸۷، ص ۹۵



توان تولیدی ایران را ۴.۳ میلیون بشکه در روز است که تا دو سال آینده ظرفیت تولید نفت ایران به ۴.۷ میلیون بشکه در روز خواهد رسید. شایان ذکر است قبل از انقلاب اسلامی ایران روزانه بیشتر از ۶ میلیون بشکه نفت استخراج می کرد و هم اکنون مشکل ایران عدم دسترسی به تکنولوژیهای جدید است.

در سالهای گذشته ما شاهد خروج تدریجی شرکتهای غربی از ایران بودیم. در اثر تحریمهای اقتصادی شرکتهای امریکایی از کار در ایران محروم شدند و شرکتهای بزرگ اروپایی از قبیل شرکت بریتیش پترولیوم، رویال داچ شل و توتال هم که در این دوران در صحنه اقتصادی ایران باقی مانده بودند در شرایط اقتصادی و سیاسی حاکم بر جهان ادامه همکاری با ایران را بسیار پر ریسک خواندند. به هر حال با تمام این تفصیلات نیاز صنعت نفت و گاز ایران به سرمایه گذاری بیشتر از دیگر بخشها است. زیرا این صنعت نقشی کلیدی در اقتصاد ایران دارد و در سالهای انقلاب اسلامی و جنگ آسیبهای زیادی را متحمل شده است. از طرف دیگر حوزه های نفتی ایران در زمره قدیمی ترین حوزه های نفتی جهان است و استفاده از این حوزه ها سبب شد تا میزان نفت در چاهها تنزل یابد. در این شرایط بدون سرمایه گذاری و حفاری تازه نمی توان امیدوار بود ایران بتواند تولید خود را در سالهای آینده حفظ کند.

بند دوم: تبعات تحریم بر تجارت و تولید

طبق طرح های تحریمی که برای اولین بار در سال ۲۰۰۶ میلادی توسط سازمان ملل متحد اجرا شد و در سال گذشته میلادی توسط امریکا این تحریمها تشدید شد دسترسی ایران به بازارهای بین المللی سرمایه کمتر شد و مانعی بزرگی برای بهره گیری این کشور از تکنولوژی های پیشرفته امریکا و اروپا ایجاد شد.

این تحریمها مشکلات زیادی را برای تجارت ایران ایجاد کرد. افزایش هزینه های تجاری ایران بسیاری از شرکتهای را از به خروج از پروژه های ایران وادار کرد. برای مثال در اثر تشدید تحریمهای اقتصادی پیدا کردن شرکتهای خصوصی برای تامین مالی پروژه های بزرگ و پیدا کردن شرکتهایی که قطعات مورد نیاز پروژه ها را به ایران صادر کنند بسیار مشکل بود و همین مساله سبب بیشتر شدن هزینه ها شد. مشاوران اقتصادی شرکت مهندسی و ساخت فراساحلی ایران پیش بینی می کنند تحریمها، هزینه های شرکت را بیشتر از ۳۰ درصد افزایش دهد. بدون شک این رشد در سال جاری

خواهد بود و در صورتیکه تحریمها ادامه داشته باشد در سال های آینده هزینه های بیشتر و بیشتر افزایش خواهد یافت.^۱

بند سوم: تحریم داروی ایران

امروزه جامعه جهانی به جایی رسیده است که اگر روابط بین اعضای این جامعه را بدون وجود حقوق بین الملل تصور کنیم، به هیچ وجه نخواهیم توانست که آینده ی یک چنین نظامی را ترسیم نماییم. آنچه دردنیای امروز و خصوصا پس از جنگ جهانی دوم در روابط بین الملل نمود یافته است، تلاش دولت هاست (چه به صورت انفرادی و چه جمعی) مبنی براین که برای اقدامات خود، توجیهاتی ارائه کنند که مستند به یک عرف مسلم و یا معاهده ای عام یا خاص باشد تا ناقض حقوق بین الملل و یا ناقض صلح شناخته نشوند. لکن حاکمیت کشورها در بسیاری از موارد، اجازه نمی دهد که یک کشور به طور تام و تمام مطیع قواعد و کنوانسیون های بین المللی شود. اما اصولی در این جامعه پذیرفته شده اند که هیچ دولتی نمی تواند آنها را نقض کند و الا طیف وسیعی از اقدامات جامعه بین المللی، ممکن است علیه آن دولت اعمال شود. از توصیه های مقامات ذیصلاح گرفته تا تحریم و اقدامات نظامی. ولی متأسفانه «سیاست بین الملل در مواردی، مانع عظیمی در راه پیشرفت و عدم اجرای مقررات بین المللی است» به گونه ای که تفسیر های ارائه شده از برخی فاکتورها در دوره های مختلف، بسیار جانب دارانه بوده است. مثلاً اگر اقداماتی خاص، توسط کشوری نظیر ویتنام صورت گیرد، ممکن است تهدید کننده ی صلح جهانی تلقی شود اما اگر ایالات متحده ی امریکا عامل آن اقدامات باشد، چنین طرز تلقی از آن نخواهد شد. کشور ما نیز به نظر می رسد در جامعه بین المللی حاضر، درگیر یک چنین کشمکش شده و متحمل تحریم های اقتصادی سنگینی است که بر سایر جوانب غیر اقتصادی تأثیرات بسزایی داشته است. من جمله در حوزه دارو و تجهیزات پزشکی که به طور غیرمستقیم از تحریم های اقتصادی، آسیب هایی را شاهد بوده است. در این یادداشت قصد داریم تا ضمن بررسی مشروعیت این تحریم ها به مطالعات حقوق بشری نیز در این حوزه اشاره ای داشته باشیم.

مهم ترین نکته در خصوص ایجاد این تحریم ها علیه ایران، مشروعیت آنها و همچنین قانونی بودنشان است. باید توجه داشت که شورای امنیت و اتحادیه اروپا و ایالات متحده ی امریکا در صورتی که



^۱ ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۷، ص ۸۱

اقدام به تحریم یک کشور می نمایند، باید برای این اقدامات، توجیهات حقوقی داشته باشند تا مشروعیت یابند. لکن در خصوص ایران، به نظر می رسد این تحریم ها ریشه در تصمیمات حاکمیتی نهاد های مزبور دارد و نه استدلال هایی که تماما از منطق حقوقی نشأت گرفته باشد. اما می توان این اقدامات را قانونی و الزام آور تلقی نمود. چراکه رکن صلاحیت دار و دارای حاکمیت، این تحریم ها را با توجه به ظرفیت مقررات بین المللی وضع کرده است. بنابراین شاید بتوان گفت: «این تحریم ها، غیر مشروع هستند اما قانونی و الزام آورند». از طرفی موضوعات تحریم ها علیه ایران نیز جای بررسی دارد. در واقع امریکا و اتحادیه اروپا که مبادلات بانکی و بازرگانی ایران را با کشورهای عضو سازمان ملل، هدف قرار داده اند و آنطور که مشاهده می شود، قصد دارند صادرات نفت از ایران را نیز بطور چشمگیری مشمول تحریم قرار دهند، باعث شده ورود و خروج ارز به شدت تحت تاثیر قرار گرفته و مشکلاتی را در جهت تهیه مایحتاج ایران در بخش های ضروری پدید آورد. اما تعهدات حقوق بشری دولت ها همواره سر جای خود باقیست و آنها نمیتوانند بوسیله تحریم، حقوق بشر را نقض کنند. بخشی از حقوق شناخته شده ی بشر که در اعلامیه ها و معاهدات حقوق بشری که بسیاری از آنها الزام آور تلقی می شوند عبارت است از حق بر زندگی با استاندارد های مناسب، بهداشت و سلامت و ... اما تحریم کانال های تبادل ارزی با ایران سبب شده که تهیه دارو و تجهیزات پزشکی، شدیداً با مشکل مواجه شده و موجبات تشدید برخی بیماری ها و مسائل بهداشتی و ... را فراهم آورد. تا کنون هیچ تحریمی به طور مستقیم دارو و ملزومات پزشکی را هدف قرار نداده اما تحریم اقتصادی در اصل نباید به گونه ای اعمال شود که به حقوق بنیادین مردم (حقوق بشر) در کشور هدف، آسیب بزند. استدلالی که کشور های غربی در این مورد ارائه می کنند، این است که اگر تخصیص ارز و روش های خروج ارز و کانال های مبادله ای، صرفاً برای تهیه دارو و ملزومات پزشکی، تشخیص داده شود (مسیر پاک) به هیچ وجه در این حوزه محدودیتی وجود ندارد. کما اینکه در حال حاضر در کشور ما نیز تخصیص ارز به این حوزه صورت گرفته است. اما طرز تلقی دولت های غربی از این مبادلات و نگاه جانب دارانه ی ایشان که متأثر از دید حاکمیتی آنهاست مشکلاتی را پدیدار ساخته. مشکلاتی که ناشی از نقض غیر مستقیم حقوق بشر است. حقوقی که برای هر فرد ذاتاً وجود دارد و شاخصه متمدن بودن یک کشور رعایت این حقوق است. جالب اینجاست که شورای امنیت خود با رویکردی مواجه است که حقوق بشر و صلح جهانی را به یکدیگر پیوند می زند، گویی که هر کجا حقوق بین الملل رعایت نشود، تحدیدی برای صلح محسوب می شود. حق برخورداری از امکانات بهداشتی و درمانی

نیز به طور ضمنی در «اعلامیه جهانی حقوق بشر» و با تفصیل در «میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» مورد توجه قرار گرفته است. قطعنامه ای هم در سال ۱۹۶۸ توسط کنفرانس ملل متحد در خصوص حقوق بشر به تصویب رسید و اعلامیه جهانی حقوق بشر را برای اعضای سازمان الزام آور ساخت. با این تفاسیر همچنان دیدگاه منطق حقوقی صرف در استدلالات شورای امنیت و اتحادیه اروپا و ایالات متحده، دیده نمی شود. هرچند نمی توان انتظار داشت در جامعه ای که حاکمیت یک به یک دولت ها به رسمیت شناخته شده و واضع و موضوع حقوق بین الملل، آنها هستند استدلالات حقوقی تمام عملکردهای این جامعه ناهمگون را شامل شود اما جایی که تعهدات عام الشول حقوق بشری وجود دارد، انتظارات از ملل متمدن عضو این جامعه بیشتر می شود و نباید شاهد نقض حقوق بشر هرچند با دیدگاه های حاکمیتی و به ظاهر، قانونی و الزام آور باشیم.

بخش پنجم: رویکرد ایران در قبال تحریمها و انعقاد برجام

بند اول: مدیریت تحریم های اقتصادی در دولتهای مختلف

تلاطم های بین المللی و نابسامانی ها در کشور، بحران اقتصادی خاصی را پدید می آورد و در کشوری مانند ایران، این نوسانات حتی در کوتاه مدت هم می تواند کشور را تحت تاثیر قرار دهد. کشور ایران به لحاظ شرایط سیاسی و دیپلماسی خارجی که دارد، همواره در معرض تحریم های اقتصادی است و این تحریم ها در برخی مقاطع زمانی و با اجماع برخی کشورها، علیه ایران شدت گرفته و در سال های اخیر تحت تاثیر قطعنامه های شورای امنیت جدی تر شده است. در این میان، مدیریت تحریم های اقتصادی یکی از مباحث حساس، کلیدی و زیربنایی است که برای مقابله با آن باید راهکارهایی در پیش گرفت که آثار تحریم ها را کاهش دهد یا به حداقل برساند. تحریم اقتصادی، اقدام برنامه ریزی شده یک یا چند دولت از طریق محدود کردن مناسبات اقتصادی اعم از روابط اقتصادی، تجاری و مالی برای اعمال فشار بر کشور هدف است که با مقاصد مختلف سیاسی صورت می گیرد و یکی از ابزارهای سرمایه داری برای مقابله با کشورهایی است که در چارچوب سیاست های آنها در نظام جهانی حرکت نمی کنند. کشور ما نیز از نهضت ملی شدن صنعت نفت تا پیروزی انقلاب و جنگ تحمیلی و دستیابی به فناوری صلح آمیز هسته ای همواره در مواقع متعددی مورد تحریم اقتصادی قرار گرفته است و امریکا بیش از هر کشور دیگری از ابزار تحریم برای برهم زدن وضع اقتصادی ایران و اعمال فشار استفاده کرده است ولی ملت ایران همواره با اتکا به خود و برآورده کردن احتیاجات خود با توسل به توانایی های داخلی نه تنها امریکا را به زانو در آورده اند، بلکه با استفاده از این فرصت و توفیق اجباری



به موفقیت‌های چشمگیری نیز دست یافته‌اند. بنابراین تحریم‌های اقتصادی مباحثی است که از سالیان سال در ایران وجود داشته است، اما در ماه‌های اخیر این تحریم‌ها کمی شدت یافته و نگرانی‌ها را در این خصوص افزایش داده است.^۱ دشمنان ما همواره برای ایجاد فشار به ایران در پی بهانه بوده‌اند و از همین روست که پرونده هسته‌ای ایران بابتی مناسب برای غربی‌ها باز کرده تا این بار با تمسک به آن، فشارهای خود را علیه ایران تشدید کنند و در این میان آنچه می‌تواند این حربه زنگ‌زده تحریم اقتصادی دولت آمریکا را با شکست مواجه کند، چگونگی مدیریت این تحریم‌های اقتصادی است. به طور طبیعی هر کشوری در کوتاه مدت، میان مدت و بلندمدت با چالش‌های متعددی روبه‌روست و یکی از دغدغه‌های برنامه‌ریزان حتی در میان کشورهای توسعه یافته، بحث مقابله با تحریم و بحران‌های اقتصادی است، بویژه این که چنین مسائلی در کالاهای اساسی و ضروری بخصوص در قوت مردم از حساسیت و کشش بسیار بالایی برخوردار است و کوچک‌ترین نابسامانی و آشفتگی می‌تواند به یک بحران اقتصادی تبدیل شود. در این شرایط، کارشناسان و صاحب‌نظران اقتصادی دیدگاه‌های متفاوتی در بحث تحریم دارند. عده‌ای معتقدند تحریم‌ها علیه ایران تهدید نیست، بلکه فرصتی است که با استفاده از مدیریت تحریم می‌توان آن را به شرایط مناسب برای کشور تبدیل و با رشد و توسعه فناوری اقتصادی به توسعه کشور کمک کرد. برخی دیگر از صاحب‌نظران عقیده دارند رشد اقتصادی و فناوری باید در بستر آرام اقتصادی محقق شود و صنایع کشور بتدریج در مسیر توسعه و پیشرفت گام بردارند و در این میان و با توجه به شرایط کنونی، بسیاری از صنایع کشور که به واردات مواد اولیه از خارج وابسته‌اند، دچار زیان‌های اساسی و جدی خواهند شد. اما آنچه تمامی صاحب‌نظران با دیدگاه‌های متفاوت بر آن تاکید دارند، بحث مدیریت تحریم و استفاده از منابع و امکانات کشور است که می‌تواند تحریم را به فرصت تبدیل کند تا تحریم، تهدید نباشد.^۲

بند دوم: تعارض تحریمها با تعهدات بین المللی کشورهای تحریم کننده علیه ایران

برخی دولت‌ها در موافقتنامه‌های دوجانبه مودت و آزادی تجارت یکدیگر را متعهد به برقراری تجارت آزاد کرده‌اند. موافقتنامه مودت و تجارت میان ایران و آمریکا یکی از بهترین نمونه‌هاست

^۱ ظریف و سعید میرزائی، ۱۳۷۶، ص ۱۶۳

^۲ سایت اینترنتی فراو، دوازدهم مرداد ۱۳۹۴، آدرس پایگاه اینترنتی؛ www.fararu.com

که پس از فراز و نشیب های بسیار در روابط ۲ کشور کماکان از سوی ۲ دولت معتبر قلمداد می شود. این معاهده طرفین را ملزم به برقراری تجارت آزاد میان اتباع یکدیگر کرده و تحریم های یکجانبه آمریکا علیه ایران نقض صریح معاهده است. به همین ترتیب کشورهای اروپایی موافقتنامه های متعددی در زمینه های مختلف روابط اقتصادی و مالی، بانکی و مالیاتی با ایران دارند که توسط نهادهای قانونی ۲ کشور به تصویب رسیده و لازم الرعایه است. موافقتنامه ۱۹۶۵ سرمایه گذاری متقابل، موافقتنامه ۲۰۰۳ سرمایه گذاری متقابل میان ایران و فرانسه، کنوانسیون سال ۲۰۰۴ مصونیت دولت ها و همچنین اساسنامه صندوق بین المللی پول و به طور مشخص موافقتنامه های «تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری متقابل» و «معافیت از اخذ مالیات مضاعف» از جمله موافقتنامه های دو جانبه رایج بین کشورها هستند که تحریم های اخیر وضع شده می تواند نقض یکجانبه این موافقتنامه ها تلقی شود.

هر چند در سال ۲۰۱۲ نرخ تورم در ایران دو برابر شده همچنین درآمد های نفتی ۳۰ درصد کاهش یافته صنعت خودروسازی که به واردات قطعات به غرب به شدت وابسته است آسیب دیده ارزش پول ملی ایران کاهش یافته و دست کم ۵۰۰ هزار نفر کار خود را از دست داده اند اما در حقیقت ایران چگونه توانسته خود را با این اوضاع وفق دهد؟

امارها نشان می دهد به رغم منفی بودن بسیاری از شاخص های اقتصادی رشد شاخص در بازار بورس تهران ادامه یافت و به بیش از ۱۵ درصد رسید. به علاوه به رغم ارزش ریال از اوایل سال ۲۰۱۲ بخش ساخت و ساز املاک رشد سریعی را تجربه کرد و نه تنها شاهد افزایش فعالیت بود بلکه رشد سریع قیمت ها را هم تجربه کرد.

همچنین به دلیل محدودیت اعمال شده در زمینه واردات واحدهای مختلف تولیدی در داخل خود را ترمیم کردند و موجب افزایش تولید و رشد فعالیت های اقتصادی شد.

به علاوه در اوایل سال ۲۰۱۳ ایران اقداماتی برای جلوگیری از افت استانداردهای زندگی طبقه کارگر آغاز کرد که شامل افزایش دستمزدها و توزیع کالا برنگ مواد غذایی در بین اقشار فقیر جامعه شد. همچنین هرچند نرخ بیکاری در کشور افزایش یافته و در حال حاضر بر بیش از ۴ میلیون نفر تاثیر گذاشته اما این رقم بالا هنوز موجب بروز ناآرامی های اجتماعی نشده است. زیرا ایران مزایای بیکاری را در یک دوره ۵۰ ماهه که طولانی ترین دوره اعطای مزایای بیکاری در جهان است پرداخت کرده است. در اوایل سال ۲۰۱۳ دو سال بعد از گذشت تحریم های شدید ایران همچنان ارز و ذخایر طلا به





ارزش ۷۹ میلیارد دلار در اختیار دارد در حالی که تراز پرداخت های ایران افزایش یافته است. بنابراین حتی اگر تحریم ها باز هم تشدید شوند و ایران ۷۰ درصد درآمدهای نفتی خود را از دست دهد این کشور باز هم قادر خواهد بود نه تنها هزینه واردات سالانه اش به مبلغ ۵۰ تا ۶۰ میلیارد دلار را تامین کند بلکه همچنین میتواند از فزونی تراز تجاری و حساب فعلی خود در تراز پرداخت ها بهره ببرد. حال به توجه به واقعیت های موجود باید گفت ایران خود را با تحریم ها وفق داده و حتی اگر تحریم ها موجب آسیب جدی اقتصاد ایران در کوتاه مدت و دراز مدت شود در عمل وجود ذخایر ارزی و طلایی گسترده و فزونی تراز پرداخت ها به این کشور امکان خواهد داد تا سیاست هسته ای خود را بدون آسیب جدی اقتصادی و اجتماعی ادامه دهد.^۱

بند سوم: دیپلماسی دولتها در مقابله با تحریم ها

ما باید سعی کنیم از طریق تعامل و دیپلماسی فعال بر مبنای تعامل و گفتگو از صدور قطعنامه ها که متضمن تحریم هایی برای کشورمان است جلوگیری کنیم و در وهله بعد دستگاه دیپلماسی خارجی مان از طریق رایزنی ها و گفتگوهای موثر با سران کشورها در همه جای دنیا به آنها تفهیم کنند که صدور این قطعنامه ها یک اقدام ظالمانه در حق ایران است.

علاوه بر آن ما باید دارایی هایمان را در هر جای دنیا در نزد بانک ها ایمن سازی کنیم و از آسیبی که ممکن است به آنها وارد شود برایش چاره اندیشی کنیم.

خلاصه این که برای دارایی هایمان مصونیت ایجاد کنیم زیرا ممکن است در شرایطی آنها متعرض دارایی های ما در خارج از کشور شوند.

ما باید با استفاده از ظرفیت های مجامع بین المللی نیز از آنها بخواهیم حقوق ما را به رسمیت بشناسند و بر کشورهای زورگو و کشورهایی که ما را تحت فشار غیرقانونی قرار دادند، فشار بیاورند. در این خصوص نمایندگان ما در مجامع و محافل بین المللی می توانند موثر باشند. در داخل کشور هم باید افکار عمومی را به طور مستمر در جریان اتفاقات رخ داده قرار دهیم تا آنها در این موارد از مسوولان خود حمایت و برای خروج از این مشکل چاره اندیشی کنند.^۲

با این که این تحریم ها اقتصادی است، ولی راه حل سیاسی دارد. بنابراین ما باید سعی کنیم پیمان های منطقه ای خود را در ارتباط با کاهش فشار اقتصادی فعال کنیم و راه های مناسبی را برای تامین نیازهای

^۱. به گزارش پایگاه اینترنتی فری پرس کانادا. و نقل شده از روزنامه اطلاعات مورخ ۱۰ شهریور ۱۳۹۲ شماره ۲۵۶۷۹

^۲ کلاوسون، ترجمه محمدی نجم، ۱۳۷۶، ص ۱۹۴

حیاتی خود که باید از خارج کشور تامین شود، جستجو کنیم که می‌توان آن را در قالب پیمان‌های منطقه‌ای فعال کرد.

در واقع پیمان‌های منطقه‌ای یکی از رهکارهای مبارزه با آثار تحریم است تا از این طریق بر بازارهای آنها تاثیرگذار باشیم؛ به نحوی که شرکت‌ها و کمپانی‌های اقتصادی در کشورهایی که ما را مورد تحریم قرار دادند، عامل فشار بر آنها باشد نه عامل تهدید برای ما.

تحریم‌ها عام بوده و بسیاری از کالاهای اساسی را دربر می‌گیرد و چون این تحریم‌ها اثرات منفی روی اقتصاد ایران می‌گذارد، باید سعی کنیم با خودکفایی، اثر آنها را کاهش دهیم.

به عنوان مثال در کالاهایی مثل برنج و گندم، خودکفایی می‌تواند اثر این تحریم‌ها را کم کند؛ اما در خصوص محصولات و کالاهای صنعتی نیازمند یک برنامه استراتژیک بلندمدت هستیم. متأسفانه سیاست خارجی ما تاکنون به گونه‌ای بوده است که دوستان ما، دوستان واقعی نبودند؛ یعنی در واقع متحدان استراتژیک برای ما نبودند و در شورای امنیت علیه ما رای دادند، بنابراین برای مقابله با تحریم‌های اقتصادی و مدیریت آن باید در سیاست خارجی خود تجدیدنظر کنیم.^۱

راه دیگر مدیریت تحریم این است که مردم واقعیت را بدانند و کمک کنند. یکی دیگر از راهکارهای مدیریت تحریم و عبور از آن را در حمایت از کالاهای داخلی و تولیدات داخلی است نمونه آن را در ۸ سال دفاع مقدس که در آن موقع هم به نوعی در تحریم بودیم، تجربه کردیم. ما با حمایت از تولیدات داخلی مثل خرید تضمینی گندم می‌توانیم در سایر کالاها نیز به خودکفایی برسیم. در خصوص کالاهای صنعتی مثل قطعات خودرو و غیره نیز که ایران بعضاً واردکننده برخی قطعات است، باید به فکر خودکفایی باشیم و راهکارهای مربوط را پیگیری کنیم. با توجه به این که مهمترین منبع درآمدی کشور ما صادرات نفت و فرآورده‌های نفتی است و اینها در سیستم بانکی و بین‌المللی جذب می‌شوند و خیلی از پرداخت‌ها و هزینه‌های ما از طریق بانک‌های بین‌المللی پرداخت می‌شود، اگر این تحریم‌ها دامنه‌اش به تمام بانک‌های معتبر کشور بگردد، مشکلاتی را برای ما به وجود می‌آورد، بنابراین در چنین شرایطی ما باید با کشورهایی که دارای سیستم بانکی فرعی هستند، مثل سوئیس یک مقداری تعامل برقرار کنیم و پای بانک‌های بزرگ بین‌المللی را به ایران باز کنیم و در حقیقت اجازه دهیم آنها در ایران بانک ایجاد کنند که خود این می‌تواند در مبادلات ارزی به ما کمک کند.^۲

^۱ موسویان، ۱۳۹۳، ص ۱۷۲

^۲ علیخانی، ترجمه متقی نژاد، ۱۳۸۴، ص ۵۱



راه حل دوم این که ما باید جلوی تحریم‌های بانکی را تا آنجا که می‌توانیم سد کنیم؛ زیرا ما هر کاری که بخواهیم بکنیم، هزینه مبادله بالا می‌رود.

فرض کنید شرکت‌های ما ماشین‌آلاتی را خریداری کردند، ولی به دلیل مشکل اعتباری که بانک‌ها نمی‌پذیرند، مدت‌ها در گمرک می‌ماند. ما باید سعی کنیم این مشکلات به وجود نیاید. هرچه دامنه و محدوده تحریم بانک‌ها زیاده‌تر شود، آسیب‌پذیری صنایع و اقتصاد ما بیشتر می‌شود. بهترین کار این است که مدیریت سیاسی ما به نحوی تغییر کند که این تحریم‌ها پیش نیاید و اگر هم پیش می‌آید، کمترین آسیب را بزند و دستگاه دیپلماسی ما هم باید با فعالیت خود جلوی تحریم‌ها را بگیرد؛ زیرا در صورت وقوع آن راهکار عملی بسیار مشکل و پرهزینه می‌شود.^۱ برای مقابله با تحریم‌ها باید برنامه‌ریزی صحیح داشت. برای این که بتوانیم تحریم‌های اقتصادی را در کشور مدیریت کنیم، باید چند باور و چند برنامه داشته باشیم. باور اول این که قبول کنیم امریکا در رابطه با دشمنی با ایران برنامه دارد و این برنامه در درازمدت، کوتاه‌مدت و میان‌مدت با هم متفاوت است، اما یک نتیجه و خروجی دارد و آن این که دنیا را مقابل ما قرار دهد. دومین باور این که این تحریم‌ها با تحریم‌های ابتدایی متفاوت است. مثلاً ما تحریم امریکا را از ابتدا داشتیم، اما تحریم جهانی نبود و قطعنامه‌ای نداشتیم که کشورها را مجاب کنند که نمی‌توانید کالاهای خود را به ایران بفروشید و اگر بفروشید، تحریم می‌شوید.

سومین باور این است که ما بپذیریم نگاه مردم به اقتصاد با ۱۰، ۲۰ سال پیش خیلی فرق می‌کند؛ زیرا احزاب در کشور ما به گونه‌ای عمل کردند که نیازهای اقتصادی و احساس فقر را تشدید می‌کند. بنابراین در شرایط فعلی اگر اقتصاد حرف اول زندگی مردم نباشد. مهم‌ترین موضوع زندگی آنهاست. بر اساس راهکارهای مقابله با تحریم اقتصادی و چگونگی مدیریت آن، ما باید دوستان دیپلماتیک خود را افزایش دهیم و این کار فقط در حد یک نامه و سفر و سلام‌علیک مقدور نیست، بلکه باید در قالب قراردادها مطرح شود و در وهله دوم نیز باید تدبیری که باید آخر کار بکنیم، اول و وسط کار بکنیم، یعنی خودمان را در موضعی نیندازیم که هزینه‌ها را داده باشیم، بلکه با تدبیری که اتخاذ می‌کنیم پیش از این که هزینه‌ها زیاد شود، جلوی آن را بگیریم. درباره تحریم کالاهای اقتصادی هم یا ما وارد کننده هستیم یا صادر کننده، پس به بازار نیازمندیم. در این صورت هم نمی‌توانیم بدون توجه به روابط سیاسی دیپلماتیک مسائل اقتصادی‌مان را حل کنیم. ما باید درباره دشمن، شناخت شرایط فعلی

^۱ ظریف و سعید میرزائی، ۱۳۷۶، ص ۱۶۸

دنیا در خصوص اقتصاد، شرایط فعلی اقتصاد در کشور، وابستگی و پیوستگی اقتصادی، تدبیر برای برون رفت از راه دیپلماتیک و سیاسی در وهله اول وزارت خارجه مان را تقویت و در این بخش تحولی اساسی و همه جانبه ایجاد کنیم. ما در دستگاه دیپلماسی به آدمهایی نیازمندیم که تدبیر، دانش و اطلاعات و به رهبری و انقلاب پیوستگی داشته باشند و مساله را با عقل حل کنند. باید شرایط را اولویت بندی کنیم و میان صنایع کوچک و بزرگ همچنین صناعی که وابستگی ما را به واردات زیاد می کند یا نیاز به سرمایه گذاری سنگین دارند، تفاوت قائل شویم و با توجه به انواع نگاه ها از باب مکان یابی طرح ها، اجرای طرح ها را اولویت بندی کنیم و دولت راحت ترین کاری که می تواند در این زمینه بکند، این است که خودش را دولت رفاه کند و خود را از شر خیلی از شرکت ها راحت کند و آن را به بخش خصوصی بسپارد و هزاران میلیارد تومان پول خود را که در گیر این شرکت هاست، آزاد و برای زندگی مردم هزینه کند.^۱

بند چهارم: کلیت تاثیر تحریم ها بر اقتصاد ایران

برخی از پیامدهای کلی تحریم ها بر اقتصاد ایران را می توان به صورت زیر دسته بندی کرد؛

۱. تحریم ها چه به صورت یکجانبه و چه چند جانبه از زمان انقلاب اسلامی ایران، هسته اصلی سیاست ایالات متحده در قبال ایران بوده اند. باراک اوباما، رئیس جمهور کنونی آمریکا، زمانی که برای نخستین بار وارد کاخ سفید شد، تاکید کرد قصد دارد سیاست تعامل با ایران را دنبال کند. اما در دور نخست ریاست جمهوری وی، سخت ترین تحریم های تاریخ آمریکا علیه ایران اعمال شد.

۲. استراتژی تحریم رشد اقتصادی و صنعتی ایران را کاهش داده، سرمایه گذاری های خارجی را محدود کرده، ریال را ضعیف کرده، نرخ تورم را چند برابر کرده

و تولید و صادرات نفت و گاز را کاهش داده است. محمود بهمنی، رئیس بانک مرکزی جمهوری اسلامی، در توصیف اثر تحریم ها می گوید که این تحریم ها چیزی کمتر از جنگ نظامی ندارند. حتی محمود احمدی نژاد، که زمانی تحریم ها را رفتاری تمسخر آمیز توصیف کرده بود، اکنون می گوید تحریم ها اقتصاد ایران را تحت تاثیر قرار داده است.

۳. به این ترتیب اگر هدف تحریم ها، صدمه زدن به مردم ایران بوده، این هدف محقق شده است. اما در صورتی که تحریم ها به منظور راضی کردن تهران به دست کشیدن از برنامه های هسته ای اش،





طراحی شده باشند، آنها شکست خورده و در واقع به فعالیت های هسته ای جمهوری اسلامی نیز شتاب بخشیده اند. این نتیجه ای است که من پیش بینی کرده بودم. ایرانیان با توجه به طرز تفکر، فرهنگ و عقاید مذهبی، مخالف تسلیم شدن هستند و به همین دلیل برنامه های هسته ای خود را توسعه دادند.^۱

۴. همانگونه که گزارش های آژانس بین المللی انرژی اتمی نشان می دهد، پیش از اعمال تحریم ها ایران یک تاسیسات غنی سازی، یک تاسیسات پالوت با ۱۶۴ سانتریفوژ با درجه غنی سازی ۳.۵ درصد، یک نسل از سانتریفوژها و حداکثر ۱۰۰ کیلوگرم ذخیره اورانیوم غنی شده داشت. اما امروز ایران دو تاسیسات غنی سازی با ۱۲ هزار سانتریفوژ در اختیار دارد و می تواند غنی سازی را با خلوص ۲۰ درصد انجام داده و از سانتریفوژهای نسل جدید استفاده کند که تا کنون ذخیره ای ۸ هزار کیلوگرمی از اورانیوم غنی شده در اختیار ایران قرار داده است.

۵. پیشرفت هسته ای ایران در زمان اعمال تحریم ها جای تردیدی باقی نمی گذارد که زور و اجبار غرب، عامل مهمی در سوق دادن جمهوری اسلامی به سمت خود کفایی در تکنولوژی هسته ای بوده است. پدیده مشابهی در جریان جنگ ایران و عراق رخ داد. پیش از این درگیری، ایران نمی توانست حتی یک گلوله تولید کند و به طور کامل به تسلیحات غربی وابسته بود. اما در دوران جنگ و پس از آن، باوجود افزایش تحریم ها، ایران صنعت دفاعی عظیمی را بنیانگذاری کرد و در تولید سلاح به خود کفایی رسید. ایران هم اکنون موشک های دور برد ساخته و حتی یک ماهواره نیز به فضا فرستاده است

۶. ایالات متحده نیز در خلال سیاست تحریم ها، نفوذ شرق در ایران را زمینه ساز شد. از سال ۲۰۰۱، صادرات چین به ایران تقریباً ۶ برابر شد. هرچند اروپا در سال های ۱۹۹۰، حدود ۵۰ درصد از اقتصاد ایران را تشکیل می داد، به واسطه تحریم ها، این جایگاه خود را از دست داد. به بیان دیگر، غرب خود را علیه نفوذ در ایران تحریم کرد و راه را برای ورود رقبایی مانند چین، روسیه و هند باز کرد. در واقع تحریم ها، جهت تجارت بین المللی ایران را از غرب به شرق تغییر داد.^۲

۷. این در حالی است که ایرانیان در جمع ملیت های دیگر در منطقه، کمترین خصومت را با ایالات متحده دارند. مقامات آمریکایی می دانند که تحریم ها مردم عادی را تحت تاثیر قرار داده و به این ترتیب ریسک نشاندن بذر نفرتی دراز مدت در دل ایرانیان علیه آمریکا، وجود دارد. نظرسنجی گالوپ

^۱ فرخ سیری، ۱۳۸۷، ص ۱۰۴

^۲ ممتاز و رنجبریان، ۱۳۷۶، ص ۷۰

نشان می دهد که ایرانیان پیامد تحریم ها را حس کرده اند و به جای سرزنش رهبران خود، ایالات متحده را در این زمینه مقصر می دانند .

۸. تحریم ها طبقه متوسط در جامعه را از بین برده و بخش خصوصی را به نفع بخش دولتی به حاشیه رانده است. علاوه بر این، تحریم ها تجارت را از سیستم بانکداری رسمی خارج و به سمت شبکه های زیرزمینی متمایل کرده است. در نتیجه تحریم ها، غرب ایران را ناگزیر کرده تا از اقتصاد بازاری فاصله بگیرد.

۹. اکنون واضح است که ایالات متحده در استفاده از تحریم ها برای برانگیختن همکاری تهران، موفق نبوده است. سیاست تحریم غرب به رادیکال تر شدن ایران منجر شده است. رضا نقدی، فرمانده بسیج، مخالف آن است که ایران در دور بعدی مذاکرات هسته ای، پیشنهاد لغو تحریم ها را ارائه دهد. وی بر این باور است که تحریم ها پتانسیل نهفته ایران را آزاد کرده و تحریم نفتی موجب شده که وابستگی ایران به فروش نفت از بین برود.

۱۰. توسعه تکنولوژی هسته ای یک مساله افتخار و غرور ملی برای ایرانیان است. اکثریت ایرانیان از برنامه های هسته ای دفاع می کنند. نظرسنجی گالوپ در دسامبر ۲۰۱۲، نشان داد که ۶۳ درصد ایرانیان اعتقاد دارند با وجود تحریم ها، برنامه های هسته ای باید پیش برود. در این بین تنها ۱۷ درصد مخالف بوده اند.

۱۱. فشار و تحریم ها، تردید ها در مورد منافع ایران در عضویت در پیمان منع اشاعه هسته ای را افزایش داده است. محمد علی جعفری، فرمانده سپاه، اخیرا در یکی از کنفرانس های خبری به صراحت از احتمال خروج ایران از ان پی تی، سخن گفته است.

۱۲. همچنین تحریم ها موجب شده اند که جمهوری اسلامی اینگونه نتیجه گیری کند، آمریکا در سیاست تعامل با تهران، جدی نیست و در مقابل سیاست سنتی خود مبتنی بر تغییر رژیم را همچنان دنبال می کند. مقام معظم رهبری در سخنرانی خود تاکید کرده اند که هر زمان که به راه حل نزدیک می شویم، آمریکایی ها مشکلی ایجاد می کنند تا از دستیابی به راه حل جلوگیری کنند. ایشان ادامه دادند، به گمان من هدف آنها غیر قابل حل نگاهداشتن این موضوع است تا بهانه ای برای افزایش فشار بر ایران داشته باشند.





بنا به گفته بسیاری از تحلیلگران ۵۲ درصد صادر کنندگان، فعالیت خود را در همه بازارهایی که تحریم‌های اقتصادی را علیه ایران اعمال کردند متوقف کردند، اما ۳۷ درصد از آنها نیز متوجه بازارهای سرمایه‌گذاری جدید شدند.

تحریم‌های اقتصادی علیه ایران بر سر پرونده هسته‌ای اش چیزی است که غربی‌ها در حال حاضر به عنوان ابزاری برای فشار به ایران از آن استفاده می‌کنند. اما هنوز برای بسیاری این سوال مطرح است که آیا این تحریم‌ها توانسته است تاثیرگذار باشند یا خیر؟ ما شاهدیم که از ارزش واحد پول ملی این کشور کاسته شده و هزینه‌های اقتصادی آن افزایش یافته است اما هم‌زمان ایرانی‌ها توانسته‌اند اقتصاد خود را به سمت اقتصادی ریاضتی هدایت کنند و بازاری جدید را برای تولیدات خود بیابند که این مساله سبب شده تا هزینه‌هایی که انتظار می‌رفت از قبل تحریم‌ها متوجه ایران شود، به اندازه پیش‌بینی‌ها نباشد.^۱

انتخاب‌هایی که ایران در برابر این تحریم‌ها دارد، عبارتند از: یکی این که همه صادرات خود را به کشورهای جهان متوقف کند و حالتی از رکود را بر بازار محلی خود اعمال کند و دیگری این که با حجمی کمتر بازار تازه‌ای را برای محصولات خود بیابد. بررسی‌ها نشان می‌دهد که ایران گزینه دوم را در حال حاضر انتخاب کرده است

روشن است که در پی اعمال تحریم‌های شورای امنیت سازمان ملل و بعد از آن اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا و استرالیا و کانادا علیه ایران، صادرات نفتی این کشور کاهش یافته است اما صادرات محصولات غیر نفتی روند عکس داشته است. یکی از دلایل آن ابتکارهایی بود که ایران توانست در تعاملاتش با دیگر کشورها به کار بندد. مثلاً ایران توانست در برابر صادرات کالا به کشورهای دیگر طلا وارد کند که این مراوده به ایران کمک کرد تا از حجم هزینه‌های تحمیلی بر اقتصاد خود که غربی‌ها انتظار آن را داشتند، کاسته شود. برای تایید این ادعا می‌توان به گزارش گمرکات ایران مراجعه کرد که نشان می‌دهد صادرات ایران از سال ۲۰۰۶ تا ۲۰۱۱ رشدی خیره‌کننده داشته است. در بررسی گزارش‌های گمرکات ایران می‌توان این نکته را نیز برداشت کرد که پس از این که ایرانی‌ها دیدند نمی‌توانند به مقاصد سابق خود کالا صادر کنند به سراغ بازارهای جدید رفتند. به این ترتیب به روشنی می‌بینیم که پس از اعمال تحریم‌ها علیه ایران صادرات غیر نفتی این کشور به شدت افزایش

^۱ مهرپور، ۱۳۸۰ ص ۱۲۴

یافت. این مساله سبب شده است تا از کارآمدی تحریم ها کاسته شود و ایرانی ها به دنبال منابع تامین کننده ارزی تازه ای بروند. بنا به گفته بسیاری از تحلیلگران ۵۲ درصد صادر کنندگان، فعالیت خود را در همه بازارهایی که تحریم های اقتصادی را علیه ایران اعمال کردند، متوقف کردند، اما ۳۷ درصد از آنها نیز متوجه بازارهای سرمایه گذاری جدید شدند. بازارهایی که تحریم های اعمال شده علیه ایران را رعایت نمی کنند. به عبارت دیگر تحریم ها باعث شدند تا ایرانی ها مسیر تجاری خود را عوض کنند و بازار تجاری با بازارهای جدید بیابند. تجار ایرانی در بازارهای جدید پذیرفتند که از حجم فعالیت اقتصادی خود بکاهند و در مقابل به فکر تصاحب بازارهای تازه بیفتند. آنها همچنین به جای صادرات تک محصولی به صادرات محصولاتی پرداختند که در میدان رقابت حرفی برای گفتن داشته باشد و بازاریابی آن آسان تر باشد. در عین حال به این فکر افتادند که کالاهای متجانس و نه متمایز را در بازارهای جدید عرضه کنند. از سوی دیگر برای کاستن از هزینه های صادرات از بعد جغرافیایی دایره فعالیت خود کاستند و به فکر کشورهای نزدیک و همسایه افتادند. این مساله باعث شده است تا حجم گسترده تری از سرمایه گذاری خارجی را از همین کشورها به سمت خود هدایت کنند و برای سرمایه گذاران جدید نیز تعرفه های گمرکی و محدودیت های وارداتی کمتری در نظر بگیرند.

بالاخره تحریم ها تعلیق شد؛ اکنون چه اتفاقی در ایران می افتد؟ بهترین توصیف از اقتصاد ایران می تواند طیفی از رنگ خاکستری یا تا اندازه ای مایوس کننده باشد. اوضاع اقتصادی ایران که از نظر شفافیت تقریباً خاکستری روش بود، به علت تحریم ها خاکستری تیره شده است. با لغو تحریم ها، باید کم کم شاهد کاهش مشکلات اقتصادی باشیم. امضای توافق هسته ای با قدرت های جهان باعث امیدواری شده است و احتمالاً فصل جدیدی را در روابط تجاری ایجاد می کند. براساس مفاد توافق موقتی که با اعضای دائمی شورای امنیت سازمان ملل و آلمان یا همان به اصطلاح ۵+۱ به امضاء رسیده است، دولت میانه روی حسن روحانی به ازای لغو بخشی از تحریم های اقتصادی، به مدت شش ماه فعالیت های هسته ای کشور را محدود خواهد کرد. بخش خصوصی ایران اولین بخشی بود که از بابت این تحریم ها لطمه دید و آخرین بخشی خواهد بود که از لغو بخشی از این تحریم ها سود می برد. تحلیل گران ایران می گویند از آنجا که کوبنده ترین تحریم ها در زمینه صادرات نفت خام و بانکداری به قوت خود باقی است، کاهش تحریم ها چندان زیاد نیست، اما با این حال، تاثیر آن در روحیه مردم ایران و در حوزه اقتصادی را نباید نادیده گرفت. سال گذشته، نرخ تورم ۳۹/۳ درصد بود و تولید ناخالص داخلی کشور ۵/۸ درصد کاهش یافت. بیکاری در میان قشر جوان حدود ۲۴ درصد



است. سال ۱۳۹۶ کاهش تحریم‌ها احتمالاً برای اقتصاد ایران ۱۵ میلیارد دلار سود آوری دارد. یعنی ۳ میلیارد دلار در حوزه خودروسازی، صنایع هوایی، تجهیزات پزشکی و داروسازی و ۴،۵ میلیارد دلار در زمینه صادرات محصولات پتروشیمی. ضمن اینکه اگر تحریم‌ها همچنان به قوت خود باقی مانده بود، بیش از ۷ میلیارد دلار درآمد حاصل از صادرات نفت که مسدود شده بود و برخی دیگر از ذخایر مالی بلوکه شده ایران همچنان مسدود باقی می‌ماند. پیش‌بینی می‌شود که بخش پتروشیمی از کاهش تحریم‌ها منتفع شود، چون این بخش برای افزایش تولیدات و صادرات خود آمادگی دارد. ایران بیش از ۱۵ میلیارد دلار فراورده‌های پتروشیمی تولید کرد که دوسال پیش بیشتر آن صادر شد. اما به علت تحریم‌ها این مبلغ در سال ۱۳۹۳ به کمتر از ۱۰ میلیارد دلار کاهش یافت. مقامات ایران انتظار دارند که صنعت هواپیمایی نیز تقریباً به سرعت از کاهش تحریم‌ها سود برد. ناوگان هوایی متشکل از ۲۴۳ فروند هواپیما است که هواپیماهای بوئینگ آن بیش از سه دهه پیش خریداری شده‌اند. حدود ۱۰۰ فروند آن به علت نداشتن لوازم یدکی زمین گیر شده است. در ژانویه ۲۰۱۱ میلادی، بر اثر سقوط بوئینگ ۷۲۷، حداقل ۷۰ نفر کشته شدند.^۱

خودروسازی ایران، که بزرگترین بخش غیرنفتی کشور است، از جمله بخش‌هایی است که به زمان بیشتری نیاز دارد تا از کاهش تحریم‌ها سود برد، اگرچه تنها علت مشکلات صنعتی کشور تحریم‌ها نیست. با توجه به ارزیابی تحلیلگران مبنی بر این که این صنعت در مجموع نیازمند حداقل ۲ میلیارد دلار اعتبار تضمینی است، شرکت‌های خودرو سازی همچون ایران خودرو و سایپا شدیداً بدهکارند. تحلیل‌گران امیدوارند رفع تحریم‌ها کمک کند بازار خودرو دوباره روی پای خود بایستد و این خودروسازان غربی، به ویژه تولیدکنندگان فرانسوی مثل کارخانه پژو را ترغیب کند تا وضعیت سابق خود را دوباره به دست آورند.^۲ مسئولان ایران به تجار گفته‌اند که هفت بانک اروپایی از جمله «کامرز بانک» و «سوسیتیه ژنرال» برای انتقال ۴/۲ میلیارد دلار از مبالغ مسدود شده ایران در نظر گرفته شده‌اند، اما همچنان نوعی معما در مورد این که چه بانک‌های ایرانی می‌توانند این پول را دریافت کنند باقی است، زیرا اکثر این بانک‌ها گرفتار تحریم‌های بانکی گسترده‌ای هستند که هنوز پابرجاست.

^۱ موسویان، ۱۳۹۳، ص ۱۸۰

^۲ الاخبار، تحریریه دیپلماسی ایرانی، آدرس پایگاه اینترنتی؛ www.irdiplomacy.ir

نتیجه گیری:

شورای امنیت سازمان ملل متحد به عنوان یکی از تابعان حقوق بین الملل ملزم به رعایت قواعد و مقررات بین المللی است و حقوق بین الملل مبنای هنجاری منشور محسوب می شود بنابراین شورای امنیت در ایفای وظایف خود در چارچوب فصل هفتم منشور از جمله در اعمال تحریم های اقتصادی با محدودیتهایی مواجه میباشد. محدودیتهای حقوقی شورای امنیت در اعمال تحریم های اقتصادی شامل حقوق بین الملل، مقررات خاص منشور و قواعد حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه می باشد. الزام شورای امنیت به رعایت مقررات منشور ناشی از ماده ۲۵ می باشد که تصریح می نماید اعضای ملل متحد موافقت می نمایند که تصمیمات شورای امنیت را به موجب این منشور قبول و اجرا نمایند. مفهوم مخالف این ماده به سادگی این معنی را میرساند که چنانچه قطعنامه های شورای امنیت متضمن عدول از منشور و یا نادیده گرفتن آن باشد قابل قبول نبوده و لازم الاجرا محسوب نمیگردند. پایبندی شورای امنیت به اصول حقوق بین الملل عام در اعمال تحریمهای اقتصادی مستلزم رعایت سه اصل انسانیت و رعایت موازین انسانی، ضرورت و تناسب می باشد. همچنین شورای امنیت ملزم به رعایت قواعد آمره در زمینه اعمال تحریمهای اقتصادی می باشد این دسته از قواعد در جایگاهی برتر نسبت به مقررات منشور قرار دارند. یکی از مهمترین قواعد آمره ای که شورای امنیت باید در اعمال تحریم های اقتصادی آن را رعایت نماید حق حیات می باشد که بر اساس تفسیر کمیته حقوق بشر دارای مفهومی وسیع است و شامل تامین حداقل کالاها و خدمات ضروری و امکانات اولیه بهداشتی و مراقبت های پزشکی نیز می شود بنابراین تحریم های اقتصادی جامع و گسترده که مردم را از دستیابی به این امکانات محروم میسازند مغایر با قواعد آمره حق حیات می باشد.

در کل با توجه به مطالب مطرح شده می توان گزاره های زیر را در جمع بندی این پژوهش عنوان کرد؛
(۱) حاکمیت مطلق کشورها در تعریف امروزی از حقوق بین الملل جایگاهی ندارد چرا که مبنای نظام بین المللی، همکاری و مشارکت میان کشورهاست تا منافع مشترک خود را حفظ نمایند و ارتقا بخشند. در حالی که تلقی حاکمیت صرف برای کشورها منجر به این نتیجه می شود که حقوق بین الملل وسیله ای برای حل اختلافات ناشی از تعارض میان منافع کشورهاست.

(۲) توسل به انواع خاص اقدامات متقابل ممنوع است. کمیسیون حقوق بین الملل، اجبار اقتصادی یا سیاسی شدید به منظور به خطر انداختن تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت را در زمره اقدامات متقابل غیرقانونی فهرست کرده است.



۳) با مشخص شدن اهداف گفته و ناگفته امریکا پیداست که اعمال این تحریمها نمی تواند با حسن نیت حقوقی یا اقتصادی صرف همراه باشد.

۴) حتی با توجیه تحریمهای اولیه بی اعتباری تحریمهای ثانویه غیرقابل انکار است. بر این اساس تحریمهای اولیه با دلایلی چون اصل عدم مداخله، اصل آزادی تجارت، تعهدات مختلف بین المللی، نظام مسئولیت بین المللی و حقوق بشر غیرقانونی است. همچنین تحریم ثانویه با دلایلی چون عدم اعتبار فرا سرزمینی بودن قانون از مشروعیت برخوردار نیست.

در واقع اعضای سازمان ملل متحد به موجب ماده ۲۵ منشور که تصریح می کند «اعضای ملل متحد موافقت می نمایند که تصمیمات شورای امنیت را طبق این منشور قبول و اجرا نمایند»، تعهد به اجرای تصمیمات آن شورا را به شرط «مطابقت با منشور» پذیرفته اند، و لذا در صورت تشخیص عدول شورای امنیت از حیطه اختیارات قانونی خود، از نظر حقوقی محق خواهند بود که از موافقت و اجرای آن سر باز زنند.



منابع و مأخذ:

الف. منابع فارسی:

۱. اسکینی، ربیعا، « حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری) »، تهران، انتشارات سمت، چاپ هفتم ۱۳۹۴
۲. ایزد پناه، مسیح، حقوق بیمه، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۹۰
۳. ایوانز، گراهام و نونام، جفری، ترجمه مشیرزاده، حمیرا و شریفی طراز کوهی، فرهنگ روابط بین الملل، تهران، نشر میزان ۱۳۸۹
۴. ترابی، یوسف، بررسی روابط اقتصادی، نظامی ایران و امریکا، نشر عروج ۱۳۹۰
۵. زهرانی، مصطفی، تحریم اقتصادی از نظر تا عمل؛ مجله سیاست خارجی؛ شماره ۱۱، سال یازدهم.
۶. شاو، ملک؛ ترجمه وقار، محمدحسین، حقوق بین الملل؛ تهران ۱۳۸۹
۷. طباطبایی، سیداحمد؛ تحریم های اقتصادی شورای امنیت سازمان ملل متحد علیه عراق و حقوق بشردوستانه؛ مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ششم ۱۳۸۶
۸. ظریف، محمد جواد و میرزایی، سعید، تحریم های یکجانبه امریکا علیه ایران، مجله سیاست خارجی، سال یازدهم ۱۳۸۸
۹. والاس، ربکا، ترجمه زمانی، سیدقاسم و بهراملو، مهناز، حقوق بین الملل؛ تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی ۱۳۹۰

ب. منابع انگلیسی:

1. Al-Ali, Nadje (2000), *Sanctions and women in Iraq*, Cambridge Press
2. Al-Jawaheri, Yasmin Husein (2008), *Women in Iraq: the gender impact of international sanctions*, Boulder, Colo: Iynne Rienner Publishers.
3. Alston, Philip and Megret, Frederic., (ed), (2008), *The United Nations and Human Rights*, Oxford University Press.
4. Arnove, Anthon (2003), *Iraq Under Siege: The Deadly Impact of Sanctions and War*, 2nd edn, South End Press.



5. Bailey, Sydney D.(1994), *The UN Security Council and Human Rights*, Palgrave Macmillan.
6. Barnhizer, David (2002), *Effective Strategies for Protecting Human Rights: Economic Sanctions, Use of National Courts and International Fora and Coercive Power (Law, Justice and Power)*, Ashgate Pub Ltd.



وضعیت معاملات ممنوعه قانونی در نظام حقوقی ایران

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

علی رزمان

دانشجوی مقطع دکتری و مدرس دانشگاه

چکیده:

در قوانین موضوعه ایران، قانونگذار در زمان وضع قوانین مختلف بسیاری از امور را منع نموده است و به کرات با استعمال نواهی مختلف آثار مختلفی را بر آن مترتب نموده است. سابقه این موضوع ریشه در مبانی فقهی داشته و شارع مقدس در مقابل اوامر، با استعمال نواهی به شکلهای مختلف انجام برخی از اعمال را نهی نموده است. در بررسی این موضوع در مباحث فقهی ملاحظه می گردد که صورت نهی به اشکال متعدد مورد استعمال قرار گرفته است. گاهی نهی با ماده نهی می باشد، برخی اوقات نهی بصورت صیغه نهی بکار رفته است مانند مکن، مگو و گاهی هم به صورت جملهی منفی به کار رفته است، مانند نمی گوئی و نمی روی. این اشکال نهی در قوانین موضوعه ایران قابل مشاهده بوده و قانونگذار ضمن ممنوعیت اعمال خاص، آثار و ضمانت اجرای مخالفت مرتکب از ممنوعیت وضع شده را نیز مشخص نموده است. به عنوان مثال ماده ۱۲۳۳ قانون مدنی تصریح می نماید «زن نمی تواند بدون رضایت شوهر خود سمت قیومیت را قبول کند» و یا ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی بیان می نماید «ولی مسلم نمی تواند برای امور مالی مولی علیه خود وصی غیرمسلم معین کند» بر این اساس در تحقیق حاضر با تبیین انواع ممنوعیت موجود در قوانین موضوعه ایران و با تشریح مصادیق مختلف و تبیین نظرات برخی از حقوقدانان، به بررسی وضعیت حقوقی ممنوعیت های قانونی در برخی از قوانین خواهیم پرداخت.

۱۷۳





بخش اول: کلیات

بند اول: مفهوم نهی

معنای لغوی نهی دستور انجام ندادن کاری است که مورد نهی قرار گرفته است. از لحاظ فقهی و اصولی نهی به معنای حرمت می باشد و در اصطلاح حقوقی نهی الزام به عدم انجام عملی است که از آن نهی شده است به عنوان مثال اخطارهای «وارد نشوید» و «توقف نکنید» از نظر لغوی دستور ترک این کارها، از نظر فقهی و اصولی موجب حرمت هر یک از این اعمال و از نظر حقوقی مفید الزام و اجبار به عدم انجام آنهاست. برخی از صاحب نظران نهی را از نظر فقهی منع از فعل بیان نموده اند که اگر بصورت الزامی باشد نهی تحریمی است و آن ارتکاب فعلی که نهی شده حرام می باشد تعریف گردیده است و اگر الزامی نباشد نهی کراهتی است یعنی ترک فعل در نظر مقنن بهتر است از ارتکاب فعل. در حقوق جدید نهی به معنی تحریمی است یعنی چیزیکه مورد نهی واقع شده، ارتکاب آن ممنوع است و الزاماً باید ترک شود.^۱

سوالی که در این خصوص مطرح می گردد آن است آیا نهی موجب فساد و بطلان عملی که از آن نهی شده هم می باشد یا خیر؟ در اصول دامنه این بحث از آنجا توسعه یافته که نهی در عبادات و معاملات هر دو مورد توجه بوده است لکن در حقوق تنها به معاملات توجه می شود و در عبادات بدان توجه نمی گردد.

بند دوم: لوازم نهی

همانگونه که اذن در شیء در لوازم لاینفک آن نیز می باشد امر به چیزی، امر به لوازم آن نیز محسوب می گردد. و نهی از چیزی نهی از لوازم آن نیز می باشد لکن محاسبه و تشخیص لوازم کار آسانی نیست. فقها این بحث را تحت عنوان «آیا نهی در معاملات موجب فساد است؟» مطرح کرده اند لکن برخی از حقوقدانان برخلاف نظرات فقها بر این عقیده اند اولاً: این بحث اختصاص به معاملات ندارد ثانیاً عنوان معامله در فقه گاهی به معنی غیر عبادت استعمال می شود و ثالثاً عنوان و صورت مساله به صورتی که طرح کرده اند خالی از ابهام نیست^۲ براین اساس در تبیین نظر خویش چند مثال را بیان نموده اند:

^۱ - دکتر محمد جعفر لنگرودی - ترینولوژی حقوقی - انتشارات گنج دانش - چاپ ششم - سال ۱۳۷۲ صفحه ۷۲۵

^۲ - دکتر محمد جعفر لنگرودی - مقدمه عمومی علم حقوق - انتشارات گنج دانش - چاپ پنجم - سال ۱۳۷۶ صفحه ۷۱۵

مثال اول : بند (ز) قانون اراضی دولت و شهرداریهای مصوب ۳۵/۶/۸ تصریح می نماید : «نقل و انتقالی که از تاریخ تقدیم لایحه مزبور به سنا تا خاتمه رسیدگی هیات مذکور توسط متجاوزین فرض و ایادی متلقای آنها به هر عنوان بعمل آمده باشد معتبر نخواهد بود.»

در این قانون نهی از معامله محقق گردیده است حال چنانچه شخصی که سند مالکیت دارد و مشمول بند (ز) باشد و دعوی علیه او در هیات پنج نفری مطرح گردد در اثناء جریان دعوی فوت کند و وارث برابر ماده ۲۲ قانون ثبت تقاضای سند مالکیت نماید آیا ادارات ثبت می توانند به تقاضای آنها ترتیب اثر دهند یا باید منتظر صدور رای هیات باشند؟ در پاسخ به این سوال اکثریت شورایعالی ثبت بیان نموده اند که ادارات ثبت باید منتظر رای هیات باشند و اقلیت معتقد به ترتیب اثر دادن به تقاضای وراث می باشند این اختلاف ناشی از محاسبه لوازم نهی است.

مثال دوم: ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت تصریح می نماید :

«... معامله کننده مکلف است در موقع تنظیم سند اینگونه معاملات خصوصیات معامله قبلی را در سند تصریح نماید والا به کیفر مقرر در ماده ۱۱۷ قانون ثبت محکوم خواهد شد»

در صورت عدم عمل به نهی مذکور اختلاف نظر در شورایعالی ثبت ایجاد می گردد که برخی براین عقیده اند که نهی مزبور مستلزم بطلان معامله متاخر می باشد برخی نهی مزبور را دلالت بر بطلان ندانسته و متخلف را مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت می دانند .

براین اساس بیان گردیده است که تبیین قاعده کلی برای محاسبه لوازم نهی امکانپذیر نمی باشد و در خصوص هر مورد باید با رعایت اوضاع و احوال آن مورد، اظهارنظر نمود .

فقها بر این عقیده اند که نهی در معاملات موجب فساد نیست لکن دلیل قابل ملاحظه ای برای این نظر نیاورده اند و استدلال آنان این است که نهی و صحت معامله مانع الجمع نیستند که در پاسخ بیان گردیده است که این دلیل اولاً مصادره به مطلوب است ثانیاً کلیت این نظر را از راه پیاده کردن آن بر مثالهای موجود در عمل می توان تخطئه نمود.^۱

بند سوم: دلالت نهی بر فساد:

در میان علمای اصول این اختلاف وجود دارد که اگر از انجام عبادت یا معامله نهی شود در صورت انجام آن ، فساد و بطلان آن عبادت و معامله از نظر شرعی و لغوی دلالت خواهد کرد یا اینکه فقط از

^۱ - دکتر محمد جعفر لنگرودی - مقدمه عمومی علم حقوق - انتشارات گنج دانش - چاپ پنجم - صفحه ۲۱۶





نظر شرعی موجب فساد و بطلان آن عبادت یا معامله خواهد شد یا اینکه فقط در عبادات از نظر شرعی و لغوی موجب فساد است. در پاسخ به این سوال در بین علمای اصول چند نظر و جود دارد برخی بر این عقیده اند که ظاهر نهی بر فساد عبادات دلالت می نماید به این معنی که اگر انجام عبادتی نهی شده باشد ولی آن عبادت انجام شود آن عبادت فاسد و باطل می باشد و این نوع دلالت شرعی می باشد و نه لغوی. بر این اساس نهی موجب فساد و معاملات نمی شود. طرفداران این نظر در تبیین دلیل نظریه مذکور بیان می نمایند که وقتی امر به صورت کلی و عام وارد می شود و سپس از برخی افراد مصادیق آن امر یکی نهی شود در اینصورت این نهی، آن امر کلی را تخصیص می دهد بدین معنی که این امر دلالت می کند که برای این کار امری وجود ندارد پس هنگامی که به عبادتی امر نشده باشد اطاعت و فرمانبرداری از آن نیز مفهومی ندارد. چون عبادات مشخص و معین هستند بنابراین در صورتی که از عبادتی نهی شده باشد چگونه می توان آن را اطاعت نمود. بر این اساس دلیل شرعی دلالت نهی بر فساد عبادات از آن جهت است که معنای لغوی صیغه لاتفعل دلالت می کند که آن عبادت را نباید به جا آورد. لکن اینکه هر عبادتی را باید به قصد اطاعت و امتثال آن امر انجام، تا صحیح باشد و در عبادتی که از انجام آن منع شده است، امری وجود ندارد پس چنین عبادتی فاسد و باطل است بنابراین معنی این جمله که دلالت نهی بر فساد شرعی است، یعنی به کمک مقدمات شرعی، فاسد بودن عبادت فهمیده می شود و ما فاسد بودن عبادات را از آن مقدمات شرعی و از نهی می فهمیم نه از معنای لغوی نهی به تنهایی. لکن اگر از انجام معامله ای نهی شود در صورت انجام دادن، آن معامله فاسد و باطل نخواهد بود به این دلیل است که برای صحت معاملات و بار شدن آثار آنها نیازی نیست که انجام دهنده آن قصد قربت و اطاعت داشته باشد. در نهایت چیزی که نهی دلالت بر آن دارد، در صورتیکه منهی ارشادی نباشد این است که معامله مذکور حرام است ولی این مساله از بار شدن آثار معامله بر آن جلوگیری نمی کند زیرا برای اینکه معاملات صحیح باشند نیازی به قصد قربت و امتثال ندارند.^۱

بند چهارم: نهی در معاملات

نهی در معاملات گاهی برای بیان مانعیت شی منهی عنه یا با انگیزه دیگری مشابه آن است و گاهی هم با انگیزه منع و بازداشتن و بخاطر مبغوضیت و عدم مطلوبیت چیزی است که نهی بدان تعلق گرفته

^۱ - دکتر عباس زراعت و حمید مسجد سرائی - ترجمه و شرح اصول الاستنباط - تألیف علامه حیدری - انتشارات نشر فیض - چاپ اول

است. در نهی نوع اول اگر نهی با انگیزه ارشاد با ماهیت یک چیز در معامله باشد بر فساد معامله در فرض اخلال به آن شرط دلالت خواهد داشت چرا که نهی دال بر اعتبار عدم مانع در معامله است پس مخالفت با نهی به معنای تخلف در شرطی است که در صحت معامله معتبر است و هیچ کس نمی تواند در این بحث با دیگری اختلاف داشته باشد اما اگر نهی از نوع دوم باشد به چند صورت قابل تبیین می باشد. یا نهی به خود ذات سبب یعنی به عقد انشایی یا بگو به نفس تسبیب انشا برای ایجاد معامله تعلق گرفته است مثل نهی از بیع در هنگام اذان جمعه که در این نوع نهی دال بر فساد معامله نیست چرا که نه عقلاً و نه عرفاً منافاتی ندارد که عقد و سببیت آن مبغوض باشد و در عین حال شارع آن را امضا کند و یا نهی از ذات مسبب یعنی از وجود خود معامله است مثل نهی از فروش عبد فراری یا فروش قرآن که گروهی از علما در این نوع نهی قائل به فساد عقد گردیده اند.

در تبیین این نظر تصریح گردیده است که صحت هر معامله ای مشروط به این است که عاقد از حیث حکم شارع، مسلط بر معامله باشد و از جانب او، ممنوع از تعریف در عینی که معامله بر روی آن انجام می شود، نشده باشد و حال آنکه نهی از مسبب خود به منزله چیزی است که از جانب مولی مکلف را از انجام معامله عاجز می کند و سلطنت او را بر انجام فعل بر می دارد. در نتیجه شرط معتبر در صحت معامله مختل می شود و ضرورتاً فساد بر چنین معامله ای مترتب می شود. در پاسخ به این استدلال بیان گردیده است که استناد فساد به نهی در فرضی صحیح است و می توان در آن نزاع که عقد با تمام شرایط و حتی شرائط متعاقدين و شرایط عوض و معوض موجود باشد و چیزی در این میان جز مساله مبغوضیت ناشی از نهی مطرح نباشد. در این صورت است که بحث می شود آیا این مبغوضیت با صحت معامله منافات دارد یا ندارد؟ اما اگر نهی دال بر اعتبار چیزی در متعاقدين و یا عوضین و یا در خود عقد باشد مانند نهی از اینکه آدم سفیه و مجنون و صغیر بفروشد، که در این موارد نهی دال بر فساد معامله است. زیرا این نهی در حقیقت به قسم اول باز می گردد یعنی نهی ای که با انگیزه ارشاد به اعتبار چیزی در معامله است از طرفی دلیلی بر منافات بین خود نهی با انگیزه منع و بازداشتن و صحت معامله وجود ندارد تا ملازمه بین نهی و فساد معامله اثبات گردد و اینکه نهی از مسبب، معجز مولودی برای مکلف از انجام فعل است و سلطنت و سلطه او را بر معامله بر می دارد، معنایش این است که نهی



از معامله، شأنت دلالیت بر این مطلب را دارد که با ارتکاب منهی عنه شرطی از شروط معامله محقق می‌شود.^۱

در تبیین مفهوم معاملات در بحث نواهی بیان گردیده است که منظور از معاملات چیزهایی است که در آن قصد قربت لازم نیست مانند عقود و ایقاعات و در مقابل عبادات قرار دارد و منظور از صحت در معاملات آن است که اثر مطلوب معامله بر آن بار شود مانند مالکیت که اثر مطلوب بیع است و زوجیت که اثر مطلوب نکاح است.

چنانچه نهی مواردی تحریمی یا کراهتی به معامله ای از آن جهت که عمل خاصی می‌باشد تعلق بگیرد یعنی به معامله به عنوان سبب تعلق بگیرد مثلاً وقتی آیه قرآن می‌فرماید که هنگام نماز جمعه، معامله نکنید منظورش خود عملیات معامله یعنی ایجاد و قبول است گاهی نیز نهی به مسبب تعلق می‌گیرد یعنی شارع نمی‌خواهد که نتیجه معامله حاصل شود مانند نهی از ازدواج با خواهر.

بخش دوم: نهی به جهت موانع و اجزاء عقد موجب فساد و بطلان است.

در قوانین موضوعه ایران در بسیاری از موارد قانونگذار مواردی را نهی نموده است که با بررسی این نواهی احراز می‌گردد که هدف قانونگذار تبیین شرایط، موانع و اجزاء عقد می‌باشد و چنانچه شخص با آن نواهی مخالفت نماید عمل وی موجب فساد و بطلان می‌باشد. بدین معنی که عمل شخص به جهت فقدان آن شرایط و یا وجود مانع سبب بطلان می‌گردد و صرف وجود نهی بر بطلان و فساد آن عمل دلالیت نمی‌نماید.

بند اول: ممنوعیت نکاح با اقارب نسبی

ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی چهار گروه از محارم نسبی را مشخص نموده است و نکاح با این اقارب نسبی را ممنوع نموده است این چهار گروه عبارتند از:

- ۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات، هر قدر که بالا برود
- ۲- نکاح با اولاد، هر قدر که پایین برود
- ۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پایین برود
- ۴- نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات.

^۱ - محسن غروی‌ان، ترجمه اصول فقه، جلد اول، علامه محمد رضا مظفر، انتشارات دارالفکر، چاپ اول سال ۱۳۸۴ ص ۳۸۱

به تصریح قسمت اخیر ماده مذکور، اگر چه این قرابت در نتیجه شبهه یا زنا ایجاد گردیده باشد نیز این ممنوعیت قانونگذار به قوت و اعتبار خود باقی است و نکاح با این اشخاص ممنوع می باشد و برخی از صاحب نظران بر این عقیده اند که فرزندی که از رابطه نامشروع زن و مردی به وجود آمده است از لحاظ حرمت نکاح، مانند فرزند مشروع آنهاست و نمی تواند با پدر و مادر و فرزندان آنها (که خواهر و برادر طبیعی او هستند) نکاح کند و همین حکم نیز در خصوص سایر خویشان نسبی مشخص حاکم می باشد.^۱

منع ازدواج با خویشان نزدیک مبتنی بر دلایل گوناگون می باشد این دلایل عبارتند از:

۱- ازدواج با خویشان نزدیک از نظر فیزیولوژی زیان بخش می باشد. این گونه ازدواج موجب ضعف نسل و عقب افتادگی کودکان و بروز پاره ای بیماریهاست علم ژنتیک زیان ناشی از ازدواج با محارم را اثبات نموده است.

۲- ازدواج با خویشان نزدیک از نظر اخلاقی منفور و محکوم است و بر این اساس اشخاصی که بدین واسطه با هم زندگی می نمایند نظم و آرامش خانواده آنها برهم می ریزد. چنانچه امکان ازدواج بین خویشان نزدیک وجود داشته باشد، روابط نامشروع بین آنان به آسانی برقرار می گردد. چه اینکه آنان بر این تصور می باشند که با ازدواج بعدی می توانند بر اعمال نامشروع خود سرپوش بگذرانند.

۳- از نظر اجتماعی نیز مصلحت در این است که با خانواده های دیگر وصلت نمایند اثر این امر این است که بدین واسطه میان خانواده های مختلف پیوند محبت و یگانگی ایجاد شود و بیگانگی و نفاق جای خود را به خویشی و دوستی بدهد.^۲

البته قرابت نسبی بطور مطلق و عام موجب حرمت نکاح نیست زیرا از این حکم کلی فرزندان عمو، عمه خاله و دایی استثنا گردیده است و ازدواج آنان با یکدیگر مانعی ندارد. توضیح اینکه آیه ۲۳ سوره نسا این چهار گروه را بصورت یکجا و کامل تبیین نموده است.^۳ به تصریح برخی از حقوقدانان مذهبی که منظورشان اتحاد بشر و تشکیل منظم جامعه بوده است و این امر منوط به برهم زدن مرکزیت خانواده می بود لذا به منع ازدواج بین اقربا حکم نموده اند و نکاح بین اقربا را منع نموده

^۱- دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظر حقوقی کنونی - انتشارات دانشگاه تهران - چاپ ششم سال ۱۳۸۱ - ص ۶۵۱

^۲- دکتر سیدحسین صفایی - حقوق خانواده - جلد اول - انتشارات دانشگاه تهران - چاپ پنجم - سال ۱۳۷۵ - ص ۱۲۳

^۳- سیدمصطفی محقق داماد - حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن - انتشارات علوم اسلامی - چاپ چهارم سال ۱۳۷۲ - ص ۶۴





اند دایره منع نکاح بین اقربا در بین برخی اقوام و مذاهب چنان گسترده بود که ازدواج بین کسانی که دارای یک نام خانوادگی نیز بوده اند از ناحیه آنان منع شده بود.^۱ بنابراین در ممنوعیتی که قانونگذار در ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی بدان تصریح نموده است هدف قانونگذار تبیین شرایط و موانع عقد می باشد چه اینکه به تجویز ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی « هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد می توان خواستگاری، نمود » بنابراین قرابت نسبی در خصوص برخی از اقارب نسبی از موانع نکاح با آنان می باشد و چنانچه شخص با این ممنوعیت قانونگذار مخالفت نماید عمل وی که همان عقد نکاح می باشد موجب بطلان و فساد می باشد. و این امر به جهت موانع عقد می باشد.

بند دوم: ممنوعیت معاملات رهن در عین مرهونه

به تصریح ماده ۷۹۳ قانون مدنی «رهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن» در تفسیر نوع تصرفات برخی از حقوقدانان بر این عقیده اند که فرقی بین تصرفات حقوقی و مادی نمی باشد بدین معنی که چنانچه رهن عین مرهونه را انتقال دهد و یا آنکه خانواده مرهونه را تخریب یا درختان باغ را قطع نماید هر دو صورت اعمال منافی حقوق مرتهن می باشد چه اینکه در اثر رهن، عین مرهونه وثیقه دین رهن قرار می گیرد تا چنانچه رهن دین خود را در موعد مقرر تادیه نماید مرتهن بتواند فروش آن را بخواهد و از ثمن فروش استیفا طلب نماید بنابراین رهن نمی تواند تصرفاتی بنماید که موجب تلف موضوع رهن گردد یا منقضی در آن پیدا شود که به فروش نرود یا رغبت خریداران به آن کم شود زیرا این گونه تصرفات منافات با مقصودی دارد که عقد رهن برای بدست آوردن آن منعقد شده است. در این راستا رای وحدت رویه ۶۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور با تاکید بر حق عینی مرتهن نسبت به عین مرهونه بر منع تصرفات رهن نسبت به مال مرهونه تاکید داشته و این تصرفات را باطل اعلام نموده است. البته برحق از صاحب نظرات رهن مکرر از سوی رهن را منافی با حق مرتهن نمی دانند و بر این عقیده اند حق مرتهن اول مقدم برخی مرتهن دوم می باشد و با ایجاد رهن مازاد مطابق آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی بر صحت این نوع تصرفات تاکید دارند. در خصوص تصرفات ناقل مالکیت نظر شهور و با استناد به ماده ۲۶۴ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۳۴ مکرر اصلاح شده قانون ثبت، همچنین مفاد ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی منافی با حق مرتهن می داند و آن

^۱ - دکتر سید حسن امامی - حقوق مدنی - جلد چهارم انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ دهم سال ۱۳۷۳ ص ۲۹۰

را منع می نماید لکن علی رغم مستندات فوق برخی از حقوقدانان بر این عقیده اند انتقال عین مرهونه به حق مرتهن صدمه نمیزند چه اینکه حق او نیز عینی است و بر مورد انتقال باقی می ماند حاکم بر حق مالکیت انتقال گیرنده است. عده ای از حقوقدانان نیز فروش عین مرهونه را با قید حق بستانکار مقدم مجاز می شمردند.^۱ چنانچه راهن بدون اجازه مرتهن معامله ای بنماید که منافی با حق او باشد از قبیل فروش، صلح، صحت آن منوط به اجازه مرتهن است چه اینکه معاملات مذکور اگر چه از ناحیه مالک می باشد ولی چون مورد آن متعلق حق غیر است و در انتقال عین مرهونه رعایت حق او نشده در حکم فضولی و غیرنافذ است و چنانچه مرتهن معامله مزبور را اجازه ندهد و آن را رد نماید آن معامله باطل و کان لم یکن خواهد بود.

بند سوم: ممنوعیت بیع مال موقوفه:

به تصریح صدر ماده ۳۴۹ قانون مدنی بیع مال وقف صحیح نیست. چه اینکه به تصریح ماده ۵۵ قانون مدنی «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود» در تفسیر حبس عین بیان گردیده است که مقصود از آن جداساختن ملک و فک ملک از دارایی مالک و مصون داشتن آن از نقل و انتقال است.^۲

براین اساس ترهین مال موقوفه نیز جایز نمی باشد چرا که مال موقوفه را در معرض زوال قرار می دهد علاوه بر این مالی قابل رهن گزاردن است که قابل نقل و انتقال قانونی باشد. قانون مدنی در مواردی فروش مال موقوفه را جایز دانسته است و آن عبارت است از:

- ۱- در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود به نحوی که بیم سفک دماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد.
- ۲- در صورتی که مال موقوفه خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی که جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود در صورت فروش عین موقوفه وقف به اقرب به غرض واقف تبدیل می شود. بنابراین به جهت آنکه در بیع عین موقوفه در انعقاد عقد مانع وجود دارد لذا چنانچه شخص با این منع قانونگذار مخالفت نماید عمل وی موجب فساد است و سبب بطلان عقد می گردد.

^۱ - دکتر سید حسن امامی - حقوق مدنی - جلد دوم انتشارات کتابفروشی اسلامی - چاپ نهم سال ۱۳۷۲ ص ۳۷۰

^۲ - دکتر ناصر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم حقوق کنونی - انتشارات میزان - چاپ ششم بهار ۱۳۸۱ - ص ۵۶





بند چهارم: ممنوعیت واگذاری سهام در شرکت تضامنی و نسبی:

ماده ۱۲۳ قانون تجارت در بحث شرکت های تضامنی تصریح می نماید «در شرکت تضامنی هیچ یک از شرکا نمی توانند سهم خود را به دیگری منتقل کند مگر به رضایت تمام شرکاء» براین اساس اصل غیر قابل انتقال بودن سهم الشرکه در شرکت های تضامنی فقط با رضایت کلیه شرکا ممکن است تغییر پیدا نماید. برخی از حقوقدانان بر این عقیده اند حتی در صورتی که در اساسنامه شرکت تضامنی پیش بینی شده باشد که با موافقت اکثریت شرکا اختیار واگذاری سهم الشرکه خود را به دیگران دارند، توافقی قانونی نبوده و دارای اعتبار نمی باشد. و بر این باورند که هر گونه قراری بر خلاف مفاد ماده مزبور نافذ نمی باشد.^۱ بر این اساس در شرکت های مذکور هر شریک، قطع نظر از میزان سرمایه می تواند مانع از انتقال سهم الشرکه گردد. برخی از حقوقدانان در تبیین انتقال سهام بر این عقیده می باشند که به جهت آنکه شرکا مسئول پرداخت بدهی های شرکت می باشند و دارایی آنها نیز مانند دارایی شرکت، وثیقه طلب طلبکاران شرکت است لذا شخصیت و اعتبار و میزان دارایی شرکا مورد توجه می باشد و در شرکت نیز موثر می باشد بنابراین انتقال سهم الشرکه موجب خروج یکی از شرکا و ورود شخص دیگری به شرکت می گردد که این امر منوط به رضایت سایر شرکا می باشد.^۲

البته این امر اختصاص به انتقال ارادی ندانسته و به جهت آنکه شخصیت شرکا در شرکت تضامنی دارای اهمیت است لذا در صورت انتقال قهری شرکا دیگر در خصوص ابقاء یا انحلال به تصریح ماده ۱۳۹ قانون تجارت مختار می باشند.

در خصوص شرکت نسبی نیز با عنایت به تصریح ماده ۱۸۵ قانون تجارت این موضوع شامل شرکت نسبی می گردد بنابراین در صورت انتقال سهم الشرکه بدون رضایت سایر شرکا این انتقال نافذ نمی باشد و نیازمند تنفیذ سایر شرکا می باشد و در صورت رد آن باطل می گردد.

بند پنجم: ممنوعیت معاملات ورثه نسبت به ماترک

به تصریح ماده ۸۶۸ قانون مدنی «مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی شود مگر پس از ادا حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق گرفته»

براین اساس پس از فوت مورث اگر اموالی برای متوفی باقیمانده باشد این اموال قهراً به وراث او انتقال می یابد خواه مورث دینی بر ذمه داشته باشد یا خیر؟ و در صورت وجود دین، اعم از این است که دین

^۱ - دکتر حسن ستوده تهرانی - حقوق تجارت جلد اول - انتشارات دادگستر - چاپ اول سال ۱۳۷۴ - ص ۱۷۳

^۲ - دکتر حسن حسینی - حقوق تجارت - انتشارات میزان - چاپ پنجم سال ۱۳۸۵ ص ۳۰۱

مزبور مستغرق ترکه او باشد یا اینکه ترکه بیش از دیون او باشد، لکن مالکیت ورثه نسبت به ترکه پیش از ادای دیون و حقوق متعلق به ترکه، متزلزل است و پس از ادای آنها استقرار پیدا می نماید.^۱ بنابراین به تصریح ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی و ماده ۸۷۱ قانون مدنی تصرفات وراثت در ترکه نافذ نمی باشد مگر پس از اجازه بستانکاران یا ادای دیون متوفی. برخی از حقوقدانان بر این عقیده اند اگر دیون مورث بیش از دارایی او باشد، مالکیت متزلزل، ترکه به وراثت منتقل خواهد شد و برخی از فقها نیز در این خصوص بیان نموده اند که اگر این مستغرق ترکه باشد ترکه به وراثت انتقال پیدا نمی کند، بلکه در حکم مال میت باقی می ماند و اگر مستغرق ترکه نباشد، مازاد بر این منتقل به ورثه می شود و آنچه در برابر دین قرار می گیرد در حکم مال میت باقی می ماند. در تفسیر نوع تصرفات ورثه در ماترک برخی از حقوقدانان بر این عقیده اند که این تصرفات شامل تصرفات ناقل از قبیل فروش و صلح است که از وثیقه طلبکاران می کاهد فلذا شامل قراردادهای مربوط به اداره ترکه از جمله اجاره نمی شود.^۲ بنابراین در صورت انجام معاملات ناقل از ناحیه ورثه متوفی، این معاملات نافذ نبوده و صحت آن مشروط به پرداخت دین می گردد و در صورت پرداخت این معامله نافذ می گردد چه اینکه این امر در نتیجه ممنوعیت قانونگذار از انجام عمل به جهت مانع موجود محقق گردیده است و در صورت دفع آن عمل صحت می یابد.

بند ششم: ممنوعیت عقد نکاح در حال احرام:

به تصریح ماده ۱۰۵۳ قانون مدنی عقد در حال احرام باطل است و با علم به حرمت موجب حرمت ابدی است. در تفسیر نوع عقد نکاح بیان گردیده که فرقی نمی نماید که نکاح دائم باشد یا منقطع، محرم خود عاقد باشد یا دیگری به وکالت برای او عقد نکاح را جاری نماید و نیز تفاوتی نمی نماید که شخص عالم به حرمت نکاح بوده یا جاهل آن.^۳ چنانچه نکاح در حال احرام در صورت جهل واقع گردد باطل می باشد ولی موجب حرمت ابدی نمی باشد. بنابراین پس از خروج از احرام می تواند عقد نکاح منعقد نماید لکن در صورتی که عالماً واقع گردد عقد نکاح باطل و موجب حرم ابدی می گردد در این خصوص تفاوتی نمی نماید که زن هم حین عقد محرم باشد یا خیر. در خصوص حرمت ابدی در فرض جهل به حرمت بین فقها اختلاف نظر وجود دارد لکن مشهور فقها تزویج در حال احرام

^۱ - دکتر مهدی شهیدی - ارث - انتشارات سمت - چاپ دوم - سال ۱۳۷۶ - ص ۴۳

^۲ - دکتر ناصر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم حقوق کنونی - انتشارات میزان - چاپ ششم سال ۱۳۸۰ صفحه ۵۴۲

^۳ - سید مصطفی محقق داماد - بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن انتشارات علوم اسلامی - چاپ چهارم سال ۱۳۷۲ ص ۱۱۷



را موجب حرمت ابدی نمی دانند و بعد از اتمام احرام می توانند با یکدیگر ازدواج نمایند. بنابراین در این نوع ممنوعیت هدف قانونگذار تبیین موانع و شرایط می باشد و عمل مشخص به جهت فقدان شرایط و یا وجود مانع سبب بطلان می گردد.

بند هفتم: ممنوعیت نقل و انتقال نسبت به اموال توقیف شده :

بدلالت ماده ۵۶ قانون اجرای احکام هرگونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلاثر می باشد در این راستا قانونگذار بر اعمال حقوقی شخص متخلف از ممنوعیت، اثری مترتب ننموده و آن را باطل اعلام نموده است مضافاً اینکه به تصریح ماده ۵۷ همان قانون هرگونه قرارداد یا تعهدی که نسبت به مال توقیف شده بعد از توقیف به ضرر محکوم له منعقد شود نافذ نخواهد بود مگر اینکه محکوم له کتباً رضایت دهد. فلذا در صورت عدم رضایت محکوم به بطلان است.

بخش سوم: نهی موجب ضمان است.

برخی از موارد مندرج در قوانین موضوعه موید وجود نهی بوده که دلالت بر فساد و بطلان نمی نماید بدین معنی که با بررسی وضعیت نهی در این قوانین احراز می گردد که هدف قانونگذار تبیین شرایط، موانع و اجزا عقد نمی باشد و از سوی دیگر مخالفت شخص با آن نواهی موید فساد و بطلان عمل نمی باشد بلکه زمینه ایجاد تحقق ضمان می باشد و مسئولیت شخص را در مقابل دیگران موجب می گردد.

بند اول: ممنوعیت تصرفات امین در مال مورد ودیعه

به تصریح ماده ۶۱۷ قانون مدنی «امین نمی تواند غیر از جهت حفاظت تصرفی در ودیعه کند یا به نحوی از انحا از آن منتفع گردد مگر با اجازه صریح یا ضمنی امانتگذار والا ضامن است» منظور از ودیعه نگاهداری مال ودعی است بنابراین هرگاه مستودع تصرفی بدون اجازه مالک در مال ودعی بنماید تعدی مسحوب می شود و این تعدی موجب ضمان شخص مستودع می گردد.^۱ برخی از فقها در این خصوص تصریح می نمایند امین در صورتی که امانت نزد خودش را تلف یا معیوب نماید ضامن نیست مگر آنکه در حفظ آن کوتاهی کرده و یا بدون اذن مالک آن را به کار زده باشد.^۲ بنابراین در صورت تبدیل ید امانی شخص مستوع به ید ضمانی مسئولیت وی محقق می گردد و این امر به لحاظ ممنوعیتی که قانونگذار در خصوص مال مورد ودیعه قرارداد داده است و به جهت

^۱ - دکتر سیدحسن امامی - حقوق مدنی - جلد دوم انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ دهم سال ۱۳۷۳ ص ۱۶۶

^۲ - حضرت آیت ا. العظمی امام خمینی - تحریر الوسیله جلد سوم انتشارات دارالعلم چاپ دوم سال ۱۳۷۳ ص ۱۴۹

مخالفت شخص مستودع از این نهی قانونگذار برای وی ایجاد ضمان گردیده است همین ممنوعیت در ماده ۶۴۷ قانون مدنی نیز تصریح گردیده است. قانونگذار در این ماده بیان می نماید «مستعیر نمی تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد مگر به اذن معیر» برخی از حقوقدانان در خصوص این ممنوعیت قانونگذار به این عقیده می باشند که شخص مستعیر نمی تواند مال مورد عاریه را عاریه بدهد.^۱

در فقه نیز عاریه دادن مال مورد عاریه به دیگری جز با اذن مالک جایز نمی دانند برخی دلیل این ممنوعیت را چنین تبیین می نمایند که عاریه دادن فقط شامل اذن به خود مستعیر است و شامل اذن به سایر اشخاص دیگر نمی گردد و در صورت تخلف از این ممنوعیت شخص مستعیر ضامن می باشد البته شخص مستعیر یا وکیل او می تواند استیفای منفعت نماید ولی این امر عاریه دادن نیست زیرا منفعت به خود مستعیر می رسد نه وکیل او و چنانچه مستعیر عین را عاریه دهد ضامن عین منفعت آن است و مالک حق دارد به هر یک از این دو رجوع نماید.

بنابراین در این نوع از ممنوعیت وجود نهی بر تحقق فساد و بطلان دلالت نمی نماید بلکه موجبات تحقق ضمان را برای شخص مخالفت کننده از منع قانونگذار فراهم می نماید. چه اینکه هدف قانونگذار تبیین شرایط موانع و اجزا عقد نمی باشد تا در صورت فقدان آن عقد، فاسد و باطل گردد.

بند دوم: ممنوعیت شراکت با ثالث در عقد مساقات

به تصریح ماده ۵۴۵ قانون مدنی عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید در ممنوعیت قانونی ایجاد شده از ناحیه قانونگذار چنانچه عامل بدان مخالفت نماید و اقدام به واگذاری و یا شراکت با شخص ثالث بدون مالک نماید در این صورت در قبال مالک مسئول و ضامن می باشد بنابراین به جهت مخالفت عامل از این شخص، قانونگذار برای وی ایجاد ضمان نموده است.

بند سوم: ممنوعیت گرفتن اجیر در عقد مزارعه:

براساس صدر ماده ۵۴۱ قانون مدنی عامل می بایست نسبت به انجام عمل زراعت اقدام نماید و حق ندارد برای زراعت اجیر نماید لکن در صورت مخالفت با این نهی قانونگذار ضامن می باشد و قانونگذار برای عامل ایجاد ضمان نموده است.

^۱ - دکتر ناصر کاتوریان - قانون مدنی در نظم حقوق کنونی - انتشارات میزان - چاپ ششم سال ۱۳۸۱ ص ۴۲۳



بند چهارم: ممنوعیت تخلیه خوابگاههای دانشجویی

به تصریح ماده واحده قانون ضرورت عدم تخلیه خوابگاههای دانشجویی مصوب ۶۸/۷/۱۶ مجلس شورای اسلامی، تخلیه ساختمانهایی که در اختیار خوابگاههای دانشجویی قرار دارند تا رفع نیاز دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی حداکثر به مدت ۵ سال ممنوع می باشد. بر این اساس قانونگذار با تصریح به نهی اقدام به وضع ممنوعیت قانونی نسبت به فعل خاصی نموده است لکن چنانچه مرتکب، با این نهی قانونگذار مخالفت نماید و اقدام به تخلیه خوابگاههای مذکور نماید در ماده واحده مذکور ضمانت اجرایی برای آن متصور نمیشود در این خصوص مشخص نگردیده است که این ممنوعیت منجر به فساد عمل شخص مرتکب می گردد یا خیر و اساسا اثری بر انجام آن مترتب می باشد یا خیر؟ به عبارت آخری پس از انجام تخلف از سوی مرتکب امکان اعاده به وضعیت سابق متصور می باشد. و به جهت بطلان و فساد عمل شخص، می بایست متصرفین قبلی در عمل مذکور استقرار یابند و یا آنکه این نهی موجب فساد نمی گردد و تخلیه ملک عملی صحیح تلقی شده و صرفا به جهت تخلف مجری از مقررات قانونی نامبرده مستحق مجازات و یا موجب ضمان می گردد. که با عنایت به منطوق ماده به نظر می رسد که نمی توان عمل را فاسد اعلام نمود بلکه، ضامن دانستن مرتکب متخلف و یا تعیین مجازات موضوعی پیدا خواهد نمود.

بند پنجم: ممنوعیت ازدواج کارمندان وزارت امور خارجی با اتباع بیگانه:

به موجب ماده واحده قانون منع ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه از تاریخ تصویب قانون مذکور ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه و یا کسانی که قبلا بر اثر ازدواج به تابعیت ایران درآمده اند ممنوع می باشد بر این اساس با ایجاد ممنوعیت از ناحیه قانونگذار، در قسمت اخیر ماده واحده مذکور شخص متخلف فاقد صلاحیت ادامه خدمت در وزارت امور خارجه تشخیص گردیده است لکن در ماده واحد مذکور و تبصره های آن در خصوص تاثیر ممنوعیت ایجاد شده در عقد منعقد تصریحی نداشته و قانونگذار وضعیت عقد نکاح بین کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه را مشخص ننموده است به عبارت آخری در قانون مذکور مشخص نشده است که در صورت مخالفت شخص با نهی قانونگذار و ازدواج شخص با اتباع بیگانه آیا نکاح باطل می باشد و آیا نهی قانونگذار باعث فساد عقد نکاح می گردد و یا اینکه عقد صحیح است و صرفا باعث ضمان شخص در قبال دستگاه متبوع خویش می گردد؟ مندرجات ماده واحده مذکور و تبصره آن موید صحت عقد

نکاح و عدم بطلان عقد می باشد به عبارت دیگر در این حالت نهی باعث فساد نمی گردد بلکه موجب مسئولیت و ضمان متخلف می شود.

بند ششم: منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی

به تصریح ماده ۴ قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکتهای تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی مصوب سال ۱۳۸۱ هرگونه نقل و انتقال و واگذاری زمین به شرکتهای تعاونی مسکن و اشخاص حقیقی و حقوقی برای امر مسکن در خارج محدوده (قانونی) شهرها اعم از داخل و یا خارج از حریم شهرها به جزء در محدوده مصوب شهرهای جدید و شرکتهایی که طبق مقررات و بر اساس طرحهای مصوب احداث شده یا می شوند، ممنوع می باشد. بر این اساس به تصریح ماده ۶ قانون مذکور هرگونه نقل و انتقال اعم از رسمی و عادی، تفکیک و افراز، صدور سند و تغییر کاربری در مورد زمینهای موضوع این قانون، بدون رعایت مفاد این قانون و مقررات مربوط ممنوع است. توضیح اینکه در صورت مخالفت شخص با ممنوعیت قانونی وضع شده به تصریح قسمت اخیر ماده مذکور، متخلفان از جمله هیات مدیره شرکت تعاونی ذیربط، مسئول جبران خسارات وارده شده به اشخاص حقیقی و حقوقی، شهرداریها، دولت و اعضای شرکت های تعاونی مسکن می باشند لکن قانونگذار در خصوص وضعیت معامله ممنوع انجام شده توسط شخص مرتکب تصریحی نداشته و مشخص ننموده که این معامله باطل می باشد یا خیر؟ بنظر می رسد با توجه به ممنوعیت ایجاد شده از ناحیه قانونگذار و تخلف شخص مرتکب از ممنوعیت ایجاد شده، ابطال معامله مورد نظر قابل انجام می باشد.

بخش چهارم: نهی موجب مجازات است.

در برخی از قوانین موضوعه قانونگذار بر نهی برخی از معاملات و اعمال حقوقی تصریح نموده است لکن آثار بطلان و فساد را بر آن اعمال در صورت تحقق بار ننموده است بلکه به جهت مخالفت آن عمل با قانون مرتکب را مستوجب مجازات می داند و بطلان عمل مرتکب هیچگونه تصریحی ندارد. در این نوع نهی اگر چه بصورت ظاهر به معامله وارد شده ولی درواقع نهی از عمل دیگری است که اتفاقاً همراه و مقارن با معامله شده است. و در برخی موارد نیز قانونگذار ضمن اعلام بطلان آن اعمال، مجازات نیز برای آن تصریح نموده است.

بند اول: ممنوعیت مدیران شرکت در انجام معاملات

به تصریح صدر ماده ۱۲۹ قانون تجارت «اعضای هیات مدیره و مدیر عامل شرکت و همچنین موسسات و شرکت هایی که اعضای هیات مدیره و یا مدیر عامل شرکت شریک یا عضو هیات مدیره



یا مدیر عامل آنها باشند نمی‌توانند بدون اجازه هیات مدیره در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت می‌شود به طور مستقیم یا غیرمستقیم طرف معامله واقع و یا سهام شوند....» در تفسیر معاملات هیات مدیره و مدیر عامل برخی از صاحب‌نظران قائل به تفکیک گردیده‌اند بر این اساس تعدادی از قراردادهای اشخاص مذکور مطلقاً باطل می‌باشد این گونه معاملات در ماده ۱۳۲ قانون تجارت تصریح گردیده است. به تصریح صدر ماده ۱۳۲ قانون مدنی «مدیر عامل شرکت و اعضای هیات مدیره به استثنای اشخاص حقوقی، حق ندارند هیچ گونه وام یا اعتبار از شرکت تحصیل نمایند و شرکت نمیتواند دیون آنان را تضمین یا تعهد کند....» این گونه قراردادهای به خوی خود باطل می‌باشند بجز قراردادهای مندرج در ماده ۱۳۲ قانون تجارت کلیه قراردادهای شرکت سهامی، مشمول سیستم کنترل مندرج در مواد ۱۲۹ قانون مذکور و موادی بعدی حال چه از قراردادهای مهم باشد چه از قراردادهای عادی و کم اهمیت.^۱ علاوه بر این به تصریح ماده ۱۳۳ قانون تجارت مدیران و مدیرعامل نمی‌توانند معاملاتی نظیر معاملات شرکت که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد انجام دهد. چنانچه اعضای هیات مدیره با مدیر عامل معاملات موضوع ماده ۱۲۹ قانون تجارت را برخلاف منافع شرکت انجام دهند به موجب بند ۴ و ۳ ماده ۲۵۸ قانون تجارت دارای مسئولیت کیفری خواهند بود.^۲ بنابراین به تصریح ماده ۱۳۱ قانون تجارت چنانچه معاملات موصوف بدون اجازه هیات مدیره صورت گرفته باشد هرگاه مجمع عمومی عادی شرکت آنها را تصویب نکند آن معاملات قابل ابطال می‌باشد. مضافاً اینکه مسئولیت کیفری برای مدیران شرکت متخلف نیز تعیین گردیده است و چنانچه بر اثر انجام معامله نیز به شرکت خسارتی وارد آمده باشد میزان خسارات بر عهده هیات مدیره و مدیرعامل یا مدیران ذینفع و مدیرانی که اجازه آن معامله را داده‌اند به تصریح ماده ۱۳۰ قانون تجارت می‌باشد.

بند دوم: ممنوعیت ازدواج با زن شوهردار و یا زنی که در عده دیگری می‌باشد.

به تصریح ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی «هر کس زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق یا در عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل و» در تفسیر ماده مذکور برخی از حقوق‌دانان بطلان نکاح زن شوهردار در موردی

^۱ - دکتر ربیعا اسکینی - حقوق تجارت، شرکت های تجاری جلد دوم - انتشارات سمت - چاپ دوم - سال ۱۳۷۸ - صفحه ۱۵۶

^۲ - محمد دمیرچی - علی خاتمی و محسن قرآتی - قانون تجارت در نظم حقوق کنونی - انتشارات موسسه تحقیقات حقوقی میثاق

هم که یکی از دو طرف یا هر دو جاهل بر وجود مانع یا حرمت نکاح باشند جاری دانسته اند.^۱ در خصوص نکاح با زنی که در عده می باشد فقها بر بطلان آن نظر دارند و در این رابطه فرقی نمی نمایند که نکاح دائم باشد یا منقطع و طلاق بائن باشد یا رجعی و نیز عده وفات یا عده شبهه.^۲ مستند فقها در خصوص بطلان نکاح مذکور آیه ۲۳۵ سوره بقره می باشد که فقها اختلاف نظری در این خصوص ندارند.

براین اساس ماده ۶۴۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص عقد با زن در قید زوجیت یا در عده را با وصف علم به موضوع را دارای وصف مجرمانه دانسته و مرتکب را مستوجب مجازات دانسته است. برخی از فقها ضمن اعلام بطلان و تحریم در فرض نکاح با زن شوهردار یا زنی که در عده دیگری است دلیل آن را اطلاق نصوص وارده دانسته اند و آن را شامل هر دو نوع عقد دائم و موقت می دانند.^۳ برخی از حقوقدانان در تبیین بطلان نکاح با زنی که در عده می باشد تصریح نموده اند نکاح با زنی که در عده دیگری است در حکم نکاح با زن شوهردار می باشد مضافاً اینکه موجب حرمت ابدی می گردد.

بند سوم: ممنوعیت معاملات ربوی

ربا را بیع جنس به همجنس در مکیل و موزن به شرط اضافه گرفتن یا قرض دادن بشرط اضافه ستدن تعریف نموده اند که بیع مذکور را بیع ربوی و قرض مذکور را قرض ربوی گویند.^۴ بر این اساس قسمت اخیر ماده ۶۵۴ قانون مدنی تعهدات موضوع معاملات نامشروع را باطل و دعاوی راجع به آن را مسموع ندانسته است همچنین بند ۵ اصل ۴۳ و اصل ۴۹ قانون اساسی نیز معاملات ربوی را باطل دانسته است. به منظور تحقق بیع ربوی شرایطی تعیین گردیده است و آن عبارت است از:

- ۱- میب و ثمن از یک جنس باشد
- ۲- میب و ثمن مکیل یا موزون باشد
- ۳- در مبادله او کالای همجنس مقدار یکی زیاد تراز دیگری باشد^۵

^۱ دکتر ناصر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی - انتشارات میزان - چاپ ششم سال ۱۳۸۱ - ص ۶۵۳

^۲ دکتر سیدمصطفی محقق داماد - بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن - انتشارات علوم اسلامی چاپ چهارم سال ۱۳۷۲ صفحه ۱۰۴

^۳ سعید منصوری آرانی - متون فقه - انتشارات الهام - چاپ اول - سال ۱۳۷۴ - ص ۱۳۷

^۴ دکتر محمدجعفری لنگرودی - ترمینولوژی حقوق - انتشارات گنج دانش - چاپ ششم - سال ۱۳۷۲ - ص ۳۲۷

^۵ دکتر ناصر کاتوزیان - حقوق مدنی - معاملات معوفی - عقود تملیکی - انتشارات مدرسه - چاپ ششم سال ۱۳۷۴ - ص ۳۲۰





بند ب ماده یک قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی در تبیین ربای معاملی بیان می نماید «... و آن زیاده ای است که یکی از طرفین معامله زائد بر عوض یا معوض از طرف دیگر دریافت می کند بشرطی که عوضین مکیل یا موزون و عرفا یا شرعا از جنس واحد باشند»^۱

برخی از فقها بر این عقیده اند که ربای معاملی مختص به بیع نیست بلکه در سایر معاملات چون صلح و امثال آن نیز جریان و این نظر قول مشهور می باشد.^۱

قانون مجازات اسلامی در ورود به بحث ربا هرگونه توافق تحت هر قراردادی را که جنسی با شرط اضافه با همان جنس مکیل و موزن معامله گردد و یا زاید بر مبلغ پرداختی وجهی دریافت شود را جرم دانسته و در هر دو نوع ربای جنسی و ربای قرضی برای طرفین و واسطه آنان مجازات تعیین نموده است علاوه بر این گیرنده را مکلف به استرداد مبلغ اضافی نموده است بنابراین در این نوع ممنوعیت قانونگذار ماده اخیرالذکر آثار بطلان و فساد را بر اصل عقد بار ننموده و تصریحی به بطلان اصل عقد ندارند لکن بر استرداد وجه اضافی و نیز تعیین مجازات برای مرتکبین و اشخاص واسطه تاکید دارد . البته در صورتیکه شرط اضافه را خلاف مقتضای ذات عقد (قرض) بدانیم در این صورت امکان تصور شرط باطل و مبطل عقد قابل تأمل می باشد.

بند چهارم: ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی

به تصریح ماده واحده مصوبه ۱۳۷۲/۴/۲۷ مجلس شورای اسلامی قبول هرگونه پورسانت از قبیل وجه، مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال تحت هر عنوان بطور مستقیم یا غیر مستقیم در رابطه با معاملات خارجی قوای سه گانه و موسسات دولتی و نیروهای مسلح و شهرداری ها ممنوع می باشد. قانونگذار در این ممنوعیت علاوه بر استرداد وجوه یا اموال اخذ شده یا معادل آن اقدام به تعیین مجازات حبس و جزای نقدی برای شخص مرتکب نموده است . بنابراین قانونگذار علاوه بر اعلام بطلان عمل برای آن مجازات نیز مقرر نموده است.

بخش پنجم: نهی موجب فساد و بطلان است.

در برخی از مواد مندرج در قوانین موضوع نهی موید فساد و بطلان می باشد . بر این اساس نتیجه و حاصل عملی مورد نهی قانونگذار قرار میگیرد در نتیجه مخالفت با این نهی موجب بی ارزش شدن و

^۱ - حضرت آیت ا... العظمی امام خمینی - ترجمه تحریر الوسیله - جلد سوم - انتشارات دارالعلم - چاپ دوم سال ۱۳۷۳ ص ۶۵

نهایتاً فساد و بطلان آن عمل خواهد بود. به عبارت دیگر معاملاتی که در مخالفت با این ممنوعیت قانونگذار منعقد می گردند باطل و دارای فساد می باشد و در نتیجه دارای اثر نمی باشد.

بند اول: ممنوعیت مداخله وزراء و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری

به تصریح لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۲۲ دیماه ۱۳۳۷ اشخاص حقیقی یا حقوقی که در ماده یک لایحه قانونی مذکور احصاء گردیده است از تاریخ تصویب قانون مذکور نمیتوانند در معاملات یا داوری در دعاوی با دولت یا مجلس یا شهرداری ها و یا دستگاه های وابسته به آنها شرکت نمایند اعم از اینکه دعاوی مذکور در مراجع قانونی مطرح شد یا نشده باشد. در این خصوص خدمت اشخاص مذکور در مراجع مورد نظر هر چند بصورت افتخاری و رایگان انجام گیرد و یا آنکه حقوق یا مالی را دریافت نمایند در تحقق ممنوعیت در ورود به این معاملات و اموال تاثیری نداشته و قانون گذار به صراحت اشخاص موصوف را در این خصوص منع نموده است. قانونگذار در ماده دو لایحه مذکور به منظور ایجاد ضمانت اجرایی در خصوص عدم ورود اشخاص حقیقی و حقوقی احصاء شده در ماده یک لایحه، اقدام به تعیین مجازات نموده و تصریح داشته اشخاصی که با این نوع ممنوعیت مخالفت نمایند و بر این اساس وارد معاملات مذکور گردند در هر رتبه و درجه و مقامی باشند به حبس از دو تا چهار سال محکوم می گردند علاوه بر این قانونگذار در خصوص وضعیت این نوع معاملات اظهار نظر نموده و تصریح داشته معاملات مزبور باطل می باشند و متخلف شخصا و متعاقبا مسئول پرداخت خسارت ناشی از آن معامله و یا داوری و ابطال آن می باشد. توضیح اینکه محدودیت انجام معامله بر افراد وابسته در ماده یک لایحه و تبصره آن ناظر بر معاملات و مواردی است که افراد مشمول این قانون در وزارتخانه یا سازمان دارای سمت های وزارت یا معاونت یا مدیریت باشند بنابراین اگر کسی در شرکت ها و موسسات مذکور کارمند سطوح پایین تر از عناوین ذکر شده باشد، برای بستگان ذکر شده او محدودیتی در معامله با دستگاه متبوع وی نخواهد بود.^۱

بنابراین در این نوع ممنوعیت قانونگذار آثار گوناگونی را بر عمل شخص مخالف بار نموده است چه اینکه صراحتاً در ماده دو لایحه بر بطلان عقد و فساد عمل شخص مرتکب تصریح داشته و بیان می



^۱-پیدا... حبیبی - حقوق و قوانین معاملات دولتی - انتشارات مجد - چاپ اول سال ۱۳۸۵ صفحه ۱۱۴



دارد که چنین معاملاتی فاقد آقار قانونی می باشد علاوه بر این در نتیجه بطلان خساراتی که ایجاد می گردد شخص متخلف دارای مسئولیت بوده و ضامن عمل خویش می باشد مضافاً اینکه قانونگذار برای مرتکبین و منعقد کنندگان معاملات مذکور مجازات تعیین نموده است و آنان را مستوجب حبس از دو تا چهار سال می داند .

بند دوم: ممنوعیت سوء استفاده از مالکیت

به تصریح ماده ۱۳۲ قانون مدنی «کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد» در خصوص میزان تصرفات تصریح گردیده که تصرف زیانبار باید برای رفع حاجت و دفع ضرر یا پیشگیری از آن باشد و به قید اضرار به همسایه نباشد بر این اساس تصرفات زیانبار در صورتی مجاز است که دو شرط مورد نظر هم به قدر متعارف و هم برای رفع حاجت و ضرر را با هم داشته باشد . در غیر اینصورت تجاوز از این حکم علاوه بر ایجاد مسئولیت مدنی به دادگاه اختیار می دهد که مالک را از تصرف بازدارد و منبع ضرر را نیز از بین ببرد^۱.

همچنین ماده ۱۳۰ قانون مدنی از منع خروجی از خانه به فضای خانه همسایه بدون اذن تصریح داشته و شخص را ملزم به دفع آن می نماید همین حکم در ماده ۱۳۱ قانون مدنی نیز تاکید گردیده و قانونگذار بیان داشته چنانچه شاخه درخت کسی داخل در فضای خانه یا زمین همسایه شود باید از آنجا عطف گردد و در قسمت اخیر ماده مذکور ضمانت اجرای عطف شاخه های درخت و ریشه آن را بیان نموده است و یا ایجاد برجستگی در ساختمان به فضای ملک همسایه نیز با چنین وضعیتی روبرو می باشد چرا که این حکم نتیجه منطقی مالکیت همسایه بر فضای محاذی ملک خویش می باشد . چه اینکه ماده ۳۸ق.م تصریح می نماید «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای مجازی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیرزمین بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد.» در خصوص میزان تصرفات برخی از حقوقدانان بر این عقیده اند که در صورتی که مالکی برای جلوگیری از ورود سیل به ملک خود سد بسازد این اقدام برای دفع ضرر مجاز است هر چند که سبب ورود آب به خانه همسایه شود.^۲

^۱ - دکتر ناصر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم حقوق کنونی - انتشارات میزان - چاپ ششم سال ۱۳۸۱ ص ۹۴

^۲ - دکتر سیدحسن امامی - حقوق مدنی - جلد اول انتشارات کتابفروشی اسلامیه - چاپ دهم سال ۱۳۷۲ ص ۵۰

در این نوع از ممنوعیت قانونگذار بر بطلان و فساد عمل شخص مرتکب تصریح داشته و اقدامات شخص را بی ارزش دانسته و او را مجبور به اعاده وضعیت به حالت سابق نموده است و در صورت خودداری از اعاده وضعیت به دادگاه اختیار داده است که منع ضرر را از بین ببرد که در این خصوص شرط استفاده به قدرت متعارف و برای رفع حاجت و ضرر می بایست رعایت گردد.

بند سوم: ممنوعیت قمار و گردبندی:

در ماده ۶۵۴ قانون مدنی تصریح می دارد «قمار و گردبندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود» قمار عبارت است از قراردادی بین دو یا چند نفر که بازی مخصوصی بنمایند و هر یک از آنها که برنده شد دیگران مال معینی به او بدهند. گردبندی قراردادی است بین دو طرف که یکی امر معینی را اثبات و دیگری نفی مینماید و تعهد می کنند که هر یک درست گفته باشد مال یعنی را دیگری به او بدهد.^۱ قمار و گردبندی در ردیف معاملاتی که مبتنی بر اصول تجاری و نظم اجتماعی قرار نگرفته است و موجب بطلان تعهدات ناشی از آن به جهت نامشروع بودن علت آن میباشد بنابراین دین مدنی ایجاد نمی گردد. برخی از حقوقدانان در تبیین علت بطلان آن بر این عقیده اند که قمار و گردبندی از مصداقهای بارز استفاده بدون جهت می باشد و بدین لحاظ نه تنها دعوی مطالبه آن مسموع نیست بلکه اگر مالی پرداخت شده باشد قابل استرداد می باشد.^۲ در این قسم از ممنوعیت قانونی، قانونگذار صراحتاً بر بطلان اعمال شخص مرتکب تصریح داشته و بر آن هیچ گونه اثر قانونی مترتب نمی نماید بنابراین چنانچه کسی در قمار ببازد و بر این اساس بابت بدهی خود سند بدهد و آن سند از سوی دارنده آن به دادگاه ارائه گردد و مورد مطالبه قرار گیرد خواننده می تواند با اثبات منشاء نامشروع بودن این تعهد، دعوی خواهان را غیر مسموع اعلام نماید البته بخت آزمایی با قمار متفاوت می باشد و برخی از حقوقدانان آن را معامله غرری و باطل می دانند.

بند چهارم: ممنوعیت معادلات تاجر ورشکسته:

به تصریح ماده ۴۱۸ قانون تجارت تاجر از تاریخ صدور حکم در تمام اموال خود ممنوع می باشد و چنانچه تاجر یکی از معاملات موضوع ماده ۴۲۳ قانون تجارت را بنماید آن معامله باطل و بلا اثر می باشد بر این اساس مدیر تصفیه یا اداره تصفیه قائم مقام قانونی ورشکسته می باشد اثر منع مداخله تاجر در این است که وی نمیتواند عملی انجام دهد که موجب تغییر دارائی خود گردد بر این اساس نمی

^۱ - دکتر سیدحسن امامی - حقوق مدنی - جلد دوم انتشارات کتاب فروشی اسلامیة - چاپ نهم سال ۱۳۷۲ ص ۲۱۰

^۲ - دکتر ناصر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم حقوق کنونی - انتشارات میزان - چاپ ششم - سال ۱۳۸۱ - صفحه ۴۳۶





تواند اموالی را بفروشد یا مالی را بخرد و سایر امور دیگر البته این امر به معنی سلب مالکیت یا محجر و عدم اهلیت تاجر نمی باشد^۱. برخی از حقوقدانان در تفسیر وسعت منع مداخله تاجر بیان نموده اند که تاجر از تاریخ صدور حکم ورشکستگی حق عقد قراردادی که مؤثر در حقوق هیات طلبکاران باشد را ندارد. همچنین از هر گونه پرداختی به طلبکاران یا اشخاص دیگر ممنوع است و در صورت بدهکاری به تاجر ورشکسته تهاثر صورت نمی گیرد و تا دیه آن بایستی به مدیر تصفیه انجام پذیرد^۲.

بنابراین چنانچه تاجر پس از صدور حکم ورشکستگی از نوع معاملات مندرج در ماده ۴۲۳ قانون تجارت یعنی معاملات بعد از توقف را منعقد نماید این عقود باطل و بلاثر می باشد علاوه بر این قاعده منع مداخله از قواعد آمره و دارای خصیصه نظم عمومی است و توافق برخلاف آن صحیح نمی باشد در این نوع ممنوعیت، نتیجه و حاصل عمل مورد نهی قانونگذار قرار گرفته و در نتیجه مخالفت با این نهی موجب بی ارزش شدن و نهایتاً فساد و بطلان آن عمل خواهد بود. در خصوص کلمه «ممنوع» در ماده ۴۱۸ قانون تجارت برخی از حقوقدانان بر این عقیده اند معاملات بعد از صدور حکم ورشکستگی غیر نافذ بوده و از طرف طلبکاران قابلیت تنفیذ دارد^۳. در نظریه اداره حقوقی دادگستری این نوع معاملات را باطل دانسته است و با استناد به ماده ۴۲۳ قانون تجارت آن را غیر نافذ نمی داند و تصریح می دارد وقتی تاجر از دخالت در کلیه اموال و حقوق مالی خویش محروم می باشد بنابراین ضمانت اجرای معاملات بعدی بطلان می باشد^۴.

بند پنجم: ممنوعیت معاملات قیم نسبت به اموال مولی علیه

در حقوق موضوعه ایران معامله با خود به تصریح ماده ۱۹۸ قانون مدنی پذیرفته شده است لکن قیم از برخی معاملات با خود منع شده است و نمی تواند به نمایندگی از مولی علیه خود آن معاملات را انجام دهد بر این اساس ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی تصریح نموده است «قیم نمی تواند به سمت قیمیت از طرف مولی علیه با خود معامله کند اعم از اینکه مالی مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد» در تفسیر این ماده برخی از حقوقدانان بیان نموده اند که این گونه معاملات خطرناک است و ممکن است مصلحت محجور در آنها رعایت نشود. و از این رو قانونگذار قیم را از انجام دادن

^۱ - دکتر ربیعا سکنی - حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته - انتشارات سمت چاپ اول سال ۱۳۷۵ - صفحه ۵۹

^۲ - دکتر ناصر کاتوزیان - حقوق - دوره مقدماتی حقوق مدنی - اعمال حقوقی - انتشارات شرکت - چاپ اول - سال ۱۳۷۰

^۳ - دکتر ناصر کاتوزیان - حقوق مدنی در دوره مقدماتی حقوق مدنی - اعمال حقوقی - انتشارات شرکت - چاپ اول سال ۱۳۷۰

^۴ - دکتر محمدحسین قائم مقام فراهانی - حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه - انتشارات دادگستر - چاپ اول سال ۱۳۷۵ ص ۱۲۴

آن منع نموده است بر این اساس حتی اجاره مال مولی علیه از ناحیه قیم را به جهت انتقال منفعت از ماجر به مستاجر نپذیرفته اند.^۱

ماده ۸۱ قانون امور حسبی در این خصوص تصریح نموده است: «اموال غیر منقول محجور فروخته نخواهد شد مگر با رعایت غبطه او و تصویب دادستان، بر این اساس مراد ۱۲۴۱ و ۱۲۴۲ قانون مدنی برخی از معاملات مهم را از ناحیه قیم موقوف به اجازه دادستان نموده اند و آن معاملات عبارتند از:

۱- فروش اموال غیر منقول

۲- رهن اموال غیر منقول

۳- قرض

۴- صلح دعاوی

۵- معاملاتی که به موجب آن قیم مدیون مولی علیه گردد»

بنابراین چنانچه قیم معاملات ممنوعه موضوعه ماده ۱۲۴۰ را انجام دهد و یا آنکه اجازه موضوع مواد ۱۲۴۱ و ۱۲۴۲ اخذ ننماید معاملات مذکور باطل می باشد. در این خصوص براساس نظریه شماره ۷/۴۸۴۱ مورخ ۷۸/۷/۱۰ اداره حقوقی دادگستری علاوه بر ابطال معامله به سبب عدم رعایت ضابطه قانونی در صورت ورود خسارت، قیم باید از عهده جبران آن بر آید.^۲ همین حکم نیز در خصوص اموال در اختیار امین با عنایت به تصریح ماده ۱۰۱۵ قانون مدنی حاکم می باشد. برخی از حقوقدانان نیز با عنایت به قسمت آخر ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی بر این عقیده اند معامله تیم به نمایندگی یا قیومیت از طرف دیگری با مولی علیه دارای هیچ منعی نمی باشد. بنابراین ممنوعیتی که قانونگذار در ماد ۱۲۴۰ قانون مدنی بدان تصریح نموده است در خصوص نتیجه و حاصل عملی می باشد و چنانچه شخص با آن مخالفت نماید آن معامله باطل و بی ارزش می باشد.

بند ششم: ممنوعیت تعهدی بیش از یک شغل

به تصریح تبصره ۴ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۱ مجلس شورای اسلامی و در اجرای اصل ۱۴۱ قانون اساسی تصدی هر نوع شغل دولتی دیگر در موسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت یا موسسات عمومی است و نمایندگانی

^۱ - دکتر سیدحسین صفایی و دکتر سید مرتضی قاسم زاده - حقوق مدنی - اشخاص و محجورین - انتشارات سمت - چاپ اول سال

^۲ - علیرضا میرزایی - محشی قانون مدنی - انتشارات بهنامی چاپ پنجم سال ۱۳۸۸ ص ۳۴۲



مجلس شورای اسلامی، وکالت دادگستری، مشاوره حقوقی و ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیات مدیره انواع شرکتهای خصوصی جزء شرکتهای تعاونی ادارات و موسسات برای کارکنان دولت ممنوع است. برای اساس قانونگذار با وضع ماده واحده مزبور ضمن تبیین ممنوعیت قانونی مذکور در تصدی بیش از یک شغل متخلف را به انفصال خدمت موقت از ۶ ماه تا یکسال محکوم خواهد گردید بنابراین قانونگذار با وضع ماده واحده موصوف متخلف از نهی را مستوجب مجازات می داند و رابطه استخدامی شخص متخلف نیز قطع می گردد و وجوه دریافتی از مشاغلی که در یک زمان تصدی آن را داشته است به جز حقوق و مزایایی شغل اصلی در اجرای تبصره ۵ ماده واحده مذکور از مشارالیه مسترد می گردد.



نتیجه گیری

در بررسی قوانین موضوعه ایران احراز می گردد که قانونگذار همانند بحث نواهی در مباحث فقهی، اقدام به وضع ممنوعیت های قانونی به اشکال مختلف نموده است و بالطبع تدقیق در قوانین موضوعه مذکور، آثار قانونی گوناگون، همچنین ضمانت اجراهای مختلف را بر آن مترتب نموده است. اگر چه در تعریف لغوی نهی آن را انجام ندادن کاری تبیین نموده اند لکن شیوه بیان آن در مباحث فقهی و همچنین نوع استعمال ممنوعیت در قوانین موضوعه حکایت از معانی گوناگون آن و آثار مختلف بر اصطلاح مذکور دارد. در آثار فقها در ورود به بحث نواهی، به منظور تبیین و تشریح صحیح آن، مباحث مطروحه را در دو بخش نهی در معاملات و نهی در عبادات مورد بررسی قرار داده اند و در خصوص موضوع نهی در عبادات ضمن تبیین صور مختلف آن، آثار و تبعات آن را نیز مشخص و تصریح نموده اند که اشکال گوناگون نهی در عبادات با ارتکاب شخص متخلف منجر به فساد عبادت می گردد یا خیر؟ در وضعیت بطلان عملی عبادی نیز به ملاک مبغوضیت خداوند اشاره و تصریح داشته اند که ضابطه در دلالت داشتن و یا دلالت ننمودن نهی بر فساد، مبغوضیت خداوند متعال می باشد و بر این اساس در هر موردی که ملاک نهی (مبغوضیت) با ملاک صحت (امر یا محبوبیت) قابل جمع نباشد، حکم به فساد عبادت صادر میگردد. همچنین با استدلال فوق بیان داشته اند که نهی از عبادات خواه از اصل عبادت یا جزء آن باشد و یا نهی از شرط آن و یا از وصف آن باشد، مقتضی فساد می باشد.



منابع و مآخذ

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش ۱۳۹۲
۲. محمدی دکتر ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۹۰
۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۸۹
۴. امامی دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، انتشارات کتابفروشی اسلامیة ۱۳۸۸
۵. صفایی، دکتر حسین امامی، دکتر اسدا... حقوق خانواده، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران
۶. محقق داماد، سید مصطفی، حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، انتشارات علوم اسلامی، چاپ چهارم ۱۳۸۸
۷. امامی دکتر سید حسن. حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ نهم
۸. ستوده تهرانی، دکتر حسن، حقوق تجارت، جلد اول، انتشارات دادگستر ۱۳۹۲
۹. حسینی، دکتر حسن، حقوق تجارت، انتشارات میزان، چاپ پنجم ۱۳۸۸
۱۰. شهیدی، دکتر مهدی، ارث، انتشارات سمت ۱۳۸۹
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، انتشارات علوم اسلامی ۱۳۸۹
۱۲. امام خمینی، حضرت آیت ا... العظمی، ترجمه تحریرالوسیله، جلد سوم انتشارات دارالعلم، چاپ دوم، ۱۳۷۳
۱۳. لطفی، دکتر اسدا... ترجمه مباحث حقوق شرح لمعه، انتشارات مجد، چاپ دوم ۱۳۸۰
۱۴. اسکینی، دکتر ربیعا، حقوق تجارت، شرکت های تجاری، جلد دوم، انتشارات سمت، چاپ دوم ۱۳۷۸
۱۵. دمیرچیلی، محمود، حاتمی، علی، قرائتی، محسن، قانون تجارت در نظم کنونی، انتشارات موسسه تحقیقاتی حقوقی ميثاق عدالت، چاپ سوم ۱۳۸۲
۱۶. منصوری آرانی، سعید، متون فقه، انتشارات الهام ۱۳۸۸
۱۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، معاملات معرض، عقود تملیکی، انتشارات مدرس ۱۳۸۸
۱۸. حبیبی، یدا... -حقوق و قوانین معاملات دولتی، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۷۵
۱۹. زراعت، دکتر عباس، ترجمه و شرح الموجز فی اصول الفقه تالیف آیت ا... شیخ جعفر سبحانی، انتشارات حقوق اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۰

مقایسه عدالت کلاسیک با عدالت ترمیمی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

میرحیدر میرنقی زاده

دکتری حقوق خصوصی، قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه در دوره های ارشد

اکبر صفری

کارشناسی حقوق قضایی و مشاور حقوقی

Comparison of classical justice to restorative justice

چکیده

«عدالت سزادهنده» که ناظر به جرم است و «عدالت بازپرورانه» که ناظر به بزهکار است و هر دو به عنوان مدل کلاسیک یا سنتی عدالت کیفری مشهور شده اند، در دهه های اخیر، با ایرادهای مختلفی که متوجه کارایی و عملکرد آنهاست روبه رو هستند. روی این قضیه عده ای از جرم شناسان و حقوق دانان در پی جابه جایی نظام عدالت کیفری کلاسیک برآمدند و نظام عدالت جدیدی با عنوان "عدالت ترمیمی" به عرصه ی جرم شناسی و جزا وارد شده است. این مدل به اعتقاد طرفداران آن می تواند علاوه بر حل و فصل اختلافی که با ارتکاب جرم ایجاد شده است، خصومت تنش و اختلاف ناشی از آن بین بزه دیده و بزهکار را در جامعه ی محلی در چارچوب فرایند میانجی گری، مذاکره و مصالحه ی جمعی و با روش های متنوع رفع و ترمیم کند. در این نوشتار با توجه به عنوان تحقیق این دو نظام عدالت دهی به صورت تطبیقی مطالعه و بررسی شده است.

۱۹۹



بخش اول: کلیات

این مقاله به بررسی نظام عدالت کیفری کلاسیک و نظام عدالت کیفری ترمیمی می پردازد. وجود ضرورت های تغییر و جابجایی عدالت کیفری کلاسیک با عدالت ترمیمی؛ با بررسی مکانیسم های مربوط به اجرای عدالت توسط نهادهای ملی و بین المللی ذی ربط به ویژه سازمان ملل متحد و همچنین تلاش های ملی در اکثر کشورها صورت می گیرد. در راستای نشان دادن این ارتباطات و ضرورت روی آوری به «نظام عدالت ترمیمی» ضمن آوردن اصول هر دو نظام عدالت دهی موضوع تحقیق؛ در ادامه علل روی آوری به پارادایم های عدالت ترمیمی و ارزش ها و اهداف نظام اخیرالذکر پرداخته خواهد شد. به هر حال نظام عدالت کیفری سنتی (کلاسیک) با محدودیت ها و تنگنایهای عمده ای روبروست که تقاضا برای اصلاح و تغییر آن را افزایش داده است. در قلمرو ملی و بین المللی، این نظام با انتقادات و ایرادهای اساسی مواجه است. هدف اجرای عدالت بایستی توانمند بازتوانی بزه دیده و اجتماع (جامعه محلی) و بازپذیری بزهکار باشد. که این مهم در اصول و پارادایم های متن مقاله قابل عرضه بوده است برای مثال با وقوع جرم که آسیب اصلی از هر حیث (مادی و معنوی) به بزه دیده وارد گردیده در روند دادرسی و سیستم عدالت دهی بایستی نوعی اجرای عدالت سازماندهی گردد تا رضایت خاطر بزه دیده تامین و حس انتقام جویی در آن به حداقل برسد و جامعه نیز بتواند از لحاظ جرم شناسی بزهکار را با توسل به پارادایم های عدالت دهی مناسب از تکرار بزه های احتمالی آتی دور نگه داشته و بازتوانی به معنی واقعی که هدف اجرای مجازات است به خوبی انجام یابد. در تحقیق حاضر کوشش شده به چند فرضیه اصلی پاسخ داده شود:

فرضیه نخست: عملکرد و کارایی نظام عدالت کیفری کلاسیک در نظام قضایی امروزی تا چه حد پاسخ گوی توانمند بازتوانی بزه دیده، جامعه و بزهکار بوده است؟

فرضیه دوم: آیا در نظام عدالت سنتی (کلاسیک) نقش و جایگاه بزه دیده تا چه حد به هدف عدالت دهی نزدیک است و اصولاً می توان بین نقش بزه دیده و دولت در این زمینه معاوضه ای انجام داد؟
فرضیه سوم: علل روی گردانی سیستم های حقوقی کشورها از عدالت کیفری سنتی و روی آوری به پارادایم های عدالت ترمیمی چیست؟

فرضیه چهارم: اهداف و اصول نظام عدالت ترمیمی بر چه پایه و اساسی استوار بوده و از چه روش هایی به بازتوانی سهامداران عدالت کیفری (بزه دیده، جامعه بزهکار) می پردازد؟



این مقاله در ابتدا به تعریف مختصری از مفهوم عدالت، عدالت کلاسیک و عدالت ترمیمی و عناصر آن پرداخته و سپس به بررسی ارزش ها، اهداف و مبانی عدالت ترمیمی می پردازد. در نهایت مقایسه

بند اول: مفهوم عدالت، عدالت کلاسیک و عدالت ترمیمی

در این بحث به بررسی مفهوم عدالت به طور مطلق و سپس عدالت کلاسیک و عدالت ترمیمی و تبیین انواع تعاریفی که از آن به عمل آمده است پرداخته خواهد شد. هم چنین ارزش ها و اهداف عدالت ترمیمی در همین بحث مورد مطالعه قرار می گیرند.

بند دوم: تعریف و تبیین عدالت به طور مطلق

عدالت و دادگری از خواسته ها و آرزوهای دیرینه انسان هاست. در دورانی که اندیشه مذهبی برای هر یک از مفاهیم جهان نماد و خداوندی را در نظر می گرفت، خورشید که کانون خیر و برکت و گرمی زندگی و پرورش گیاهان و درخشنده ترین اختر فروزان آسمان بود به نام خداوند عدالت برگزیده شده بود. در پیشانی ستون سنگی که قوانین حمورابی بر آن نقش بسته است چهره پادشاه بابل به چشم می خورد که در حال گرفتن لوح قانون خود از خورشید می باشد. با این حال عدالت یک مفهوم نسبی، اجتماعی و انسانی است و با پیشرفت اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی جامعه های بشری معیارهای آن دگرگون می شود.^۱ که گاهی نحوه اجرای عدالت و معنی آن در دوران های مختلف، متفاوت بوده است که سیستم عدالت دهی و هدف سیستم عدالت کیفری تغییر می کند خصوصاً وقتی که دولت هایی در قالب پادشاهی، ارباب و رعیت ظاهر می شوند. تبیین مفهوم عدالت از بُعد اجتماعی، اخلاقی و فلسفی در این مختصر میسر نیست و در این گفتار صرفاً به تعریف عدالت از دیدگاه فلاسفه و حقوق دانان می پردازیم؛ به نظر ارسطو، حکیم یونانی، عدالت دو معنای عام و خاص دارد. در معنای عام عدالت یعنی اعتدال در کارها و شامل فضایل است اما عدالت به معنای خاص یعنی: « باید به هر کسی آنچه را که حق اوست داد».

سیسرون حقوق دان رومی به تعریف اخیر از عدالت قیدی اضافه می کند و می گوید: « باید به هر کسی آنچه را که حق اوست داد به شرط اینکه به منافع عمومی زیان نرسد».^۲

بند سوم: تعریف و تبیین عدالت کلاسیک



^۱ - سید محمود، کاشانی؛ استانداردهای جهانی دادگستری، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۳. ص ۹

^۲ - ناصر، کاتوزیان؛ مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت انتشار، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۲. ص ۶۱



مقررات کیفری و به عبارتی حقوق کیفری در جوامع بشری، بیش از ۴۰۰۰ سال قدمت دارد، لیکن حقوق کیفری مدرن (امروزی)، به عنوان رشته ای نظام مند و دارای اصول و قواعد کلی ناظر به جنبه های شکلی و ماهوی مستقل از هم که در چارچوب مجموعه هایی به نام قانون نامه (کد) تدوین و هماهنگ شده اند، عمری حدود دو قرن دارد. عده ای از حقوق دانان انسجام و نظام بخش حقوق کیفری را بیشتر مرهون اندیشه ها و دیدگاه سزار بکاریایی ایتالیایی می دانند که در اعتراض به حقوق کلیسایی و محتوا و کیفیت اعمال عدالت کیفری شرعی توسط روحانیون کاتولیک مطرح شده بود و در کتابی به عنوان رساله ی جرایم و مجازات ها منعکس و در سال ۱۷۶۴ منتشر گردید.^۱ این اثر کوچک، در اروپا و سپس در سایر کشورها موجب «انقلاب کیفری» شد. که از بطن آن رویکردهای نوینی نسبت به بزه، بزهکار و کیفر به وجود آمد بدین ترتیب حقوق کیفری نظام مند در فضای فکری متولد شد که جرم، یک عمل ضد اخلاق اجتماعی تلقی می شد و مرتکب می باید متناسب با وخامت و شدت عمل مجرمانه ارتكابی، تنبیه و مکافات شود. این مجازات باید نسبت به همه مجرمان یکسان و از قبل برای جرایم معینی پیش بینی شده باشد. بدیهی است در این مقطع زمانی، جرم، فعل یا ترک فعلی قلمداد می گردید که عمدتاً علیه منافع و مصالح عمومی جامعه ارتكاب یافته باشد و لذا دستگاه قضایی به عنوان نماینده ی جامعه و دولت، مشروعیت قانونی برای تعقیب و سرکوب آن را پیدا می کرد. در واقع، این طرز تفکر به پیدایش عدالت کیفری سازمان دهی شده، متحدالشکل و یکسانی برای همه انجامید که جهت گیری عمده ی آن، سرکوب کیفری بزهکار بر اساس معیار شدت و ضعف جرم، یعنی رعایت اصل تناسب جرم و کیفر، بود.^۲

بند چهارم: تعریف و تبیین عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی، ساختاری فلسفی است که نوع دیگری از اندیشه و تفکر نسبت به جرم و عدالت کیفری را عرضه می کند. عدالت ترمیمی روش جدید اندیشیدن درباره جرم و هم درباره چگونگی پاسخ (واکنش) به آن است.^۳

۱ - سزار، بکاریا؛ رساله جرایم و مجازات ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۹.

۲ - علی حسین، نجفی ابرند آبادی؛ از عدالت کلاسیک تا عدالت ترمیمی، نشریه: حقوق «آموزه های فقهی (الهیات و حقوق)» پاییز و زمستان ۱۳۸۲ - شماره ۹ و ۱۰

۳ - حسین، غلامی؛ عدالت ترمیمی، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۰. ص ۷

در خصوص تعریف فرایند های عدالت ترمیمی هیچ اتفاق نظری وجود ندارد. برخی از تعاریف صرفاً ناظر به اهداف و فرایند های عدالت ترمیمی اند.

« فرایند ها و روش های ترمیمی... باید احساس عضویت در اجتماع و رضایت از فرایندها و روش عدالت ترمیمی را در بزهکاران و بزه دیدگان تقویت نمایند. این فرایندها و روش ها باید موجب ایجاد احساس بهتر بزه دیده در نتیجه مشارکت در فرایند عدالت ترمیمی و پاسخ گو نمودن بزهکاران به روش مفید و معنادار از طریق تشویق آنان به جبران ضرر و زیان های بزه دیدگان شوند.»^۱

«هوارد زهر» با تاکید بر کارکرد عدالت ترمیمی آن را این گونه تعریف می کند: «عدالت ترمیمی فرایندی است برای درگیر نمودن کسانی که سهمی در یک جرم خاص دارند، تا آنجا که امکان پذیر است، تا به طریق جمعی نسبت به تعیین و توجه به صدمات و زیان ها و تعهدات جهت التیام و بهبود بخشیدن و راست گردانیدن امور به اندازه ای که امکان پذیر است اقدام نمایند.»

عدالت ترمیمی، نوعی از عدالت (راجع به امور کیفری) مبتنی بر «جبران» است به این معنا که در اجرای آن باید تلاش شود آثار وخامت بار جرم و ضرر و زیان های ناشی از آن، خواه به صورت کامل یا به گونه ای نمادین، ترمیم شود. «زهر» خاطر نشان می کند که «تعدی و تجاوز» موجب ایجاد تعهد می گردد. به این معنا که وقتی فردی نسبت به دیگری مرتکب خطا می شود، برای او تعهدی جهت درست کردن و ساختن آنچه از بین برده است ایجاد می گردد.^۲

یکی از تعاریف پذیرفته شده برای عدالت ترمیمی، تعریف تونی مارشال، نویسنده و جرم شناس انگلیسی است:

«عدالت ترمیمی فرایندی است که در آن کلیه کسانی که در خصوص یک جرم خاص سهمی دارند گرد هم می آیند تا به طور جمعی چگونگی برخورد با آثار و نتایج جرم و مشکلات ناشی از آن برای آینده تصمیم گرفته، راه حلی بیابند.»

عدالت ترمیمی که بر مبنای ترمیم قرار دارد، در تقابل با مفهومی از عدالت است که سزاگرا بوده و مدلی انتقام جویانه و خشن ارائه می دهد. عدالت ترمیمی، تعریفی متفاوت از بزه داشته و به بزهکار توجه می کند. نگاه عدالت ترمیمی به آینده بوده، تمرکز آن بر حل مسایل است و مخالف سازو

۱ - موریس، ماکسول؛ عدالت ترمیمی الگوی نوین تفکر در امور کیفری، ترجمه حسین غلامی، مجله پژوهش حقوق و سیاست،

شماره ۹

۲ - حسین، غلامی؛ پیشین، ص ۸





کارهای قضایی در خصوص تمام رفتارهای مجرمانه است. عدالت ترمیمی به نقش بزه دیده به جای جامعه که خود را مستحق در اعطای مجازات می داند، اهمیت می‌دهد؛ این مفهوم از عدالت کیفری بر فرایندی مبتنی است که در آن اقرار صادقانه، به جای اقرار مبتنی بر شکنجه می‌نشیند، به حضور اعضای جامعه در فرایند عدالت به جای وکیل، دادستان و بازپرس اعتقاد دارد؛ هم چنین در این پارادایم عدالت دهی نقش دین و اصول روحانی و اعتقادی در مقایسه با عدالت سزاگرا بیشتر به چشم می‌خورد؛ بزه به عنوان اختلافی میان افراد در نظر گرفته می‌شود که قابل حل و فصل و جبران خواهد بود.^۱ با توجه به مجموع تعاریف و تبیین‌های ناظر به عدالت ترمیمی می‌توان وجوه مشترک آنها را که در واقع ویژگی‌های بنیادین برنامه‌ها و ارکان عدالت ترمیمی است به ترتیب ذیل برشمرد:

۱. جرم تعدی و تجاوز به افراد و روابط میان‌انهاست.
۲. تعدی و تجاوز موجب تعهداتی است.
۳. عدالت، بزه دیدگان، بزه‌کاران و اعضای جامعه محلی را درگیر تلاش برای اصلاح امور می‌کند

بند پنجم: عناصر عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی به دنبال رسیدن به اهداف خود، باید عناصری را دارا باشد تا بتوان از آن الگویی را به دست آورد. لذا این قسمت از عدالت کیفری، میان سه رکن بزه‌کار، بزه دیده و جامعه قایل به وجود عناصر ذیل است:

(الف) داوطلبانه بودن: شرکت بزه‌کار به صورت داوطلبانه و با اراده‌ای آزاد بدون اکراه و اجبار و طیب خاطر در کنار بزه دیده.

(ب) اظهار حقیقت: بزه‌کار با اقرار خود حقیقت را بیان می‌کند.

(ج) رو در رویی: رو در رویی بین بزه دیده و بزه‌کار؛ و این ملاقاتی است که در آن در خصوص آسیب‌های وارده بر بزه دیده از سوی بزه‌کار بحث می‌شود.

(د) توافق: توافق و قرارداد بر نحوه جبران خسارت و اصلاح و واکنش به جرم به گونه‌ای که، از فرایندهای کیفری به دور باشد و دارای وصف ترمیمی باشد.

۱ - شهلا، معظمی؛ محمد پارسا، انجمن معنادان گمنام، از منظر عدالت ترمیمی، تهران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۸، زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۲۳

ه) حمایت: حمایت از بزه دیده، بزهکار، بیمار و ... به نحوی که شرایطی برابر میان طرفین ایجاد شود.

و) غیرعلنی و محرمانه بودن: جهت بازپذیری مجرم به جامعه و حفظ آبروی او، رو در رویی میان بزه دیده و بزهکار در فضایی غیرعلنی انجام گرفته و مباحث مطرح شده در آن نیز به صورت محرمانه باقی خواهد ماند.

بند ششم: ارزش ها و اهداف عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی دارای چهار هدف عمده ی: اصالت روابط شخصی، جبران، بازپذیری و مشارکت است که در ذیل به طور خلاصه به توضیح هر کدام از آنها می پردازیم.

۱. اصالت روابط شخصی:

این نظریه که جرم اصولاً و ابتدائاً تعدی به روابط میان فردی است نه صرفاً تعدی به روابط میان فرد و حکومت، نقطه آغاز عدالت ترمیمی است. «زهر» تاکید میکند که جرم نباید به عنوان مفهومی انتزاعی درک و استنباط شود بلکه باید به عنوان صدمه و تعدی به افراد و روابط میان فردی تلقی گردد. آثار صدمه و خشونت فراتر از رنج و عذاب بزه دیده است؛ بزهکار، بزه دیده و خانواده آنها از وقوع جرم متأثر می شوند. عدالت ترمیمی در جستجوی ترمیم همه ابعاد مذکور است. ویژگی «شخصی بودن» در عدالت ترمیمی، در مقابل ویژگی فقدان تشخص و عدم توجه به روابط شخصی در عدالت کلاسیک است. در نظام عدالت کلاسیک پاسخ به پدیده مجرمانه را قانون و مجریان حرفه ای آن تعیین می کنند. به عبارتی دیگر در عدالت ترمیمی بزه دیده اصلی دولت است نه فرد. به همین ترتیب واکنش اتخاذی نه در جستجوی تامین حقوق و آزادی های بزه دیده بلکه در اندیشه حفظ دولت و حمایت از آن است. بدون تردید یکی از مهم ترین نتایج نظام عدالت کلاسیک آن است که زیان های وارده به بزه دیده و به ویژه زیان های معنوی در فرایند رسیدگی کیفری را، بدون پاسخ می گذارد.^۱

۲. جبران:

هدف واکنش ترمیمی به جرم، نه مجازات مجرم بلکه جبران زیان ناشی از آن است. پرسشی که پس از وقوع جرم در عدالت ترمیمی مطرح می شود این است که «چگونه می توان آن را که تخریب شده





است دوباره ساخت؟» و «برای ساختن مجدد چه باید کرد؟». از یک نظر ممکن است مهم ترسن زیان ناشی از جرم، ضرر و زیان مادی باشد اما در واقع بیشترین زیان های ناشی از جرم ضرر و زیان های روحی و روانی اند که جبران آنها به آسانی امکان پذیر نیست؛ صدمات و زین هایی مانند هتک حرمت و کرامت انسانی بزه دیده، سلب آرامش و امنیت وی، احساس عدم اطمینان و کاهش عزت نفس او.^۱ بدین ترتیب عدالت ترمیمی در مفهوم موسع یا امروزی آن جرم را قبل از اینکه نقض مقررات و هنجارهای مجرد و انتزاعی عمومی و رسمی تلقی کند، لطمه ای به اشخاص و روابط میان آنها تعریف می کند که آثار مطلوب و خسارات مادی، معنوی، روانی و عاطفی آن، نه فقط بزه دیده بلکه جامعه محلی و علقه و روابط اجتماعی محلی و حتی خود بزهکار را متأثر می نمایند.^۲

بسیاری از نویسندگان عدالت ترمیمی، جبران خسارت واقعی یعنی جبران خسارتی را که هم به رفع زیان های مادی و هم ترمیم زیان های معنوی بزه دیده منجر شود جایگزین مناسب مجازات می دانند. بعلاوه ترفداران عدالت ترمیمی آرمان جبران زیان های ناشی از جرم را به سنت های بومی، مذهبی پیوند می زنند، سنت هایی که در آنها التیام و بهبودی بزه دیده، بازگرداندن توازن و هماهنگی به زندگی بزه دیده و جامعه محلی و ترمیم روابط گسسته شده، هسته ی اصلی اجرای عدالت است. پیشینه ی بومی عدالت ترمیمی چنان طولانی است که هنوز بومیان برخی کشور ها همانند کانادا، استرالیا، نیوزلند و آمریکا از آن استقبال می کنند و در بسیاری از مناطق جهان کم و بیش از آن استفاده می شود.^۳

فمونیست ها نیز عدالت ترمیمی را بر عدالت مبتنی بر سزادهی ترجیح می دهند و معتقدند که جبران و ترمیم روابط مختل شده در نتیجه ارتکاب جرم نه تنها به موازین اخلاقی نزدیک تر است بلکه فواید بیشتری در روابط میان فردی دارد.^۴

۳. بازپذیری:

عدالت ترمیمی علاوه بر جستجوی روش های جبران زیان بزه دیده در اندیشه بازپذیری بزهکار نیز هست. همانند جبران خسارت بزه دیده، باز پذیرگی بزهکار یکی از اهداف عمده ی اجرای عدالت در

۱ - حسین غلامی، پیشین. ص ۲۱

۲ - علی حسین، نجفی ابرند آبادی؛ پیشین. ص ۳۲

۳ - برای مطالعه بیشتر رجوع شود به کتاب بسترهای تاریخی عدالت ترمیمی در ایران، روزنامه رسمی کشور. ۱۳۸۹

۴ - حسین غلامی، پیشین. ص ۲۸

گذشته بوده است. طرفداران عدالت ترمیمی استدلال می کنند که عدالت کلاسیک این مهم را نادیده گرفته است. زندان ها تاثیر و نقش قابل توجهی در این خصوص ندارند و تمرکز اصلی آنها بر منزوی و بیگانه کردن بزهکار از جامعه است. در این راستا حتی به جایگزین های حبس^۱ نیز توجه کافی نشده است. بزهکار میتواند به انجام خدمات اجتماعی اقدام کند یا جزای نقدی پرداخت نماید، اما هرگز به وی فرصت کافی داده نمی شود تا با ارزیابی رفتار خویش احساس ندامت و پشیمانی کند.^۲

مجرمان در زندان با فشارهای عصبی و مشکلات اجتماعی مانند سلب آزادی، ممنوعیت ارتباط با خانواده و دوستان پیشین و تحمل رفتارهای انضباطی سخت رو به رو اند. آنان ناگزیر باید با جامعه پذیر شدن با هنجارهای حاکم بر زندان یک جهان اجتماعی جدید و تحمل پذیر برای خود بسازند. فرایندی که از رهگذر آن زندانی با عادت ها، هنجارها، ارزش ها و فرهنگ زندگی در زندان مطابقت و همانندی می یابد، جامعه پذیری مجرم در زندان یا زندان پذیر شدن نامیده می شود.

مجازات زندان که در حقوق کیفری به منزله ی یکی از واکنش های اصلی مورد تاکید مکتب های حقوقی است، از نظرگاه دانش جرم شناسی مشکلات فراوانی را ایجاد می کند و در این نهاد کیفری (زندان) بزهکار به جای اینکه اصلاح شود و به عبارتی بازپذیر شود از بزهکار اتفاقی به بزهکار حرفه ای تبدیل می شود؛ در حالی که روش های جانشین حقوق کیفری به ویژه نهاد میانجی گری به خوبی چنین مسائلی را حل می کنند.^۳

در مقابل، عدالت ترمیمی بر ضرورت تقویت رابطه میان بزهکار و اجتماع تاکید می کند. این رابطه از آنجا آغاز می شود که بزهکار درک می کند مرتکب اقدامی نادرست شده و ضروری است همانند سایر افراد مطیع قانون، جایگاه مناسبی در جامعه پیدا کند. وی با جبران خسارت ناشی از جرم می تواند زمینه بازپذیری خویش را فراهم سازد و رضایت بزه دیده و جامعه را به دست آورد. با این وجود مسئولیت بازپذیر ساختن صرفا بر عهده بزهکار نیست بلکه اجتماع (جامعه محلی) نیز در این خصوص وظایفی دارد. وظیفه جامعه مساعدت به بزهکار همانند مساعدت به بزه دیده است. در این راستا برخی

۱ - برای بدست آوردن اطلاعات لازم پیرامون « جانشین های زندان » و بویژه نتایج اعمال آن در برخی از کشورها، بنگرید به محمد، آشوری، جایگزین های زندان یا مجازات های بینابین، نشر گرایش، ۱۳۸۲

۲ - حسین غلامی، پیشین، ص ۱۹

۳ - جواد، فروغی فر؛ نقش قضا زدایی در کاهش جمعیت کیفری زندانها، مجموعه مقاله های همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۶. ص ۱۹۳

از نویسندگان معتقدند که «احساس شرمساری» بزهکار که در نتیجه ترد و رد و عدم تایید اقدامات بزهکار از طرف جامعه ایجاد می شود، در صورتی که پس از واکنش مناسب اجتماع یا بازپذیری و مساعدت جامعه جهت تبدیل بزهکار به شهروندی مطیع قانون توأم شود، نقش بسیار موثر بلکه موثرترین نقش را در کنترل بزهکاری ایفا می نماید. «برایت ویت» معتقد است که نکته اساسی در بازپذیری بزهکار در اجتماع این است که باید میان فعل مجرمانه و هویت و شخصیت بزهکار تمیز و تفاوت قائل شد، به عبارت دیگر همان گونه که در ادبیات مسیحی تاکید می شود «از گناه نفرت داشته باشید اما به گناهکار عشق بورزید» تا نجات یابد.

۴. مشارکت:

عدالت ترمیمی مشوق مشارکت بزه دیده، بزهکار و جامعه محلی در بررسی جرم و اتخاذ تصمیم راجع به آن است. آرمان مشارکت در اجرای عدالت، یکی از مهم ترین آرمان های عدالت ترمیمی و جزء ماهیت و تعریف آن است. مطابق تعریف مارشال: «عدالت ترمیمی فرایندی است که از طریق آن کلیه طرفین با داشتن سهمی در یک جرم خاص گرد هم می آیند تا به طور جمعی در مورد چگونگی مقابله با آثار جرم و نتایج آن برای آینده تصمیم گیری کنند».

تصمیم گیری جمعی ممکن است به اشکال مختلف انجام شود. برخی از روش های اجرای عدالت ترمیمی عبارت اند از: برگزاری نشست ها، میانجی گری، حلقه ها یا محافل و هیئت ترمیمی جامعه محلی. آنچه در میان همه روش های مذکور مشترک است مشارکت آزادانه بزه دیده، بزهکار و نیز جامعه محلی در اجرای فرایند ترمیمی است. «نیل کریستی» در مقام تبیین ضرورت مشارکت بزه دیده، بزهکار و جامعه محلی در اجرای عدالت تاکید می کند: اختلاف یا به اصطلاح دعوی متعلق به کسانی است که از آن متأثر شده اند اما مجریان حرفه ای عدالت کیفری و در راس آنها دولت آن را از آنها ربوده اند.^۱

بدیهی است که با حضور بزه دیده، بزهکار فرصت کمتری برای گریز از مسئولیت پیدا می کند. علاوه بر این با توجه به رویارویی بزهکار و بزه دیده فرض بر آن است که بزهکار احساس مسئولیت بیشتری خواهد کرد و آثار و نتایج عمل ارتكابی خود را با وضوح بیشتری ملاحظه خواهد نمود.

۱- نیل، کریستی؛ اختلافات به مثابه دارایی، ترجمه حسین غلامی، فصل نامه تخصصی فقه و حقوق، شماره هشتم، سال دوم، ص

چنین ملاقاتی زمینه ترمیم اجتماع را نیز به نحو مناسب تری ایجاد می کند به نحوی که نه تنها موجبات مشارکت اجتماع در ترمیم زیان های بزه دیده بلکه زمینه بازپذیری بزهکار را نیز ایجاد میکند. برخی از نویسندگان درگیر شدن بزهکار، بزه دیده و جامعه برای رسیدگی به نتایج حاصل از جرم ارتكابی را موجب ارائه نوعی (آموزش مبتنی بر احساس و عاطفه) به بزهکار می دانند که در نتیجه آن طرز تفکر و اندیشه بزهکار و عادت های وی اصلاح می شود تا به عنوان شهروندی مطیع قانون عمل کند.^۱

پشیمانی و ندامت و تلاش برای جبران آثار زیان بار جرم از جمله نشانه های تحول در بزهکار است.

بخش دوم: اصول عدالت ترمیمی

به دلیل نوپایی مباحث مربوط به عدالت ترمیمی از یک سو و وجود دیدگاه های متفاوت و متنوع از سوی دیگر، حتی متخصصان و نویسندگان عدالت ترمیمی، در خصوص اصول عدالت ترمیمی اتفاق نظر کامل ندارند. برای مطالعه و بررسی اصول بنیادین عدالت ترمیمی مراجعه به ۴ سند ناظر به عدالت ترمیمی ضروری است:

۱. بیانیه لوون

۲. بیانیه اتحادیه سازمان های غیر دولتی پیش گیری از جرم و عدالت کیفری (نیویورک)^۲

۳. اصول بنیادین استفاده از برنامه های عدالت ترمیمی در امور کیفری^۳ که در سال ۲۰۰۲ به تصویب شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد رسیده است.

۴. بیانیه اصول عدالت ترمیمی از طرف کنسرسیوم عدالت ترمیمی و سایر اسنادی که به آنها اشاره خواهد شد.^۴

با بررسی اهداف و نظریه های عدالت ترمیمی از یک طرف و اسناد مذکور از طرف دیگر می توان مهم ترین اصول عدالت ترمیمی را به دو دسته اصول ناظر به مبانی نظری عدالت ترمیمی و اصول ناظر به اجرای عدالت ترمیمی تقسیم کرد.

بند اول: اصول ناظر به مبانی نظری عدالت ترمیمی

این اصول را می توان به دو دسته اصول کلی و اساسی و اصول جزئی و فرعی تقسیم نمود.

الف) اصول کلی و اساسی عدالت ترمیمی

۱ - حسین غلامی، پیشین، ص ۱۹

2 - Statement by EU NGOs Crime Prevention and Criminal Justice (New York)

3 - Fundamental principles of restorative justice programs in criminal matters

4 - Statement by the Consortium of restorative justice restorative justice principles





۱. جرم قبل از هر چیز تعدی و تجاوز به روابط میان مردم است نه صرفاً اقدامی علیه دولت. ارتکاب جرم منجر به ایراد ضرر و زیان به بزه دیده، اجتماع و بزه‌کار می‌شود و آنها باید به صورت فعال در فرایندهای اجرای عدالت مشارکت داده شوند.

۲. همه آنهایی که از جرم متاثر شده‌اند برای مقابله و برخورد جمعی با آثار و نتایج جرم نقش ها، مسئولیت‌ها و نیازهایی دارند.

۳. جبران ضرر و زیان، حل و فصل مشکلات ناشی از جرم به منظور حصول به توافق و آشتی و پیشگیری از زیان‌های بیشتر.^۱

اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی در پیش‌گیری از جرم و زیان‌های بیشتر خصوصاً برنامه‌های میانجی‌گری کیفری که بیشتر بر جرم‌های کوچک‌تر و جرم‌های مالی و بزه‌های بزه‌کاران جوان متمرکز است، قابلیت‌های گسترده‌ای در کاهش حجم گسترده پرونده‌های کیفری دارد. میانجی‌گری در مصداق‌ها و انواع مختلف آن می‌تواند از همان ابتدا از ورود پرونده به نظام عدالت کیفری جلوگیری کند. ممکن است پرونده در مرحله پی‌گردد به منزله یکی از روش‌های قضازدایی از قلمرو نظام پی‌گردد و دادرسی بیرون رود یا حین رسیدگی کیفری از آمار پرونده‌ها کسر شود یا حتی پس از مجازات مجرم، از آمار پرونده‌های مراکز اصلاح و تربیت، زندان‌ها و اقدام‌های احتیاطی کسر شود. در این صورت، نظام عدالت کیفری به رسیدگی به جرم‌های بسیار مهم تر اختصاص یافته و این پرونده‌ها به دور از شتاب زدگی بی‌دقتی مورد رسیدگی قرار می‌گیرند.

به جز بحث تورم پرونده‌های کیفری و طولانی شدن دادرسی، توسل به سازوکارهای غیر کیفری موجب کاهش هزینه‌های بازداشت، زندان و ... می‌شود. افزون بر آن، اصلاح و بازپذیری مجرم که هدف اصلی پارادایم عدالت ترمیمی بوده (که پیشتر مورد مطالعه و بررسی قرار گرفت)، نیز به گونه‌ای مطلوب تر برآورده شده و سرانجام موجب کاهش آمار جرم‌ها در جامعه و حمایت از نظم اجتماعی خواهد شد.^۲

نظام حقوقی کشور ایران نیز کم و بیش مطابق فضای بین‌المللی جهت روی گردانی از عدالت کلاسیک سنتی در طول سال‌های گذشته به جایگزینی عدالت ترمیمی اقدام نموده که از جمله آنها

۱ - حسین غلامی، پیشین، ص ۲۱ و ۲۰

۲ - جواد، فروغی فر، پیشین، ص ۱۹۳ و ۱۹۲

تصویب قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۹۴/۱۰/۹ و گنجاندن موادی در این خصوص در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲/۱۲/۴ می باشد که رویه معمول محاکم نیز قبل از رسیدگی و شروع تحقیقات؛ ارجاع موضوع جهت صلح و سازش به مراکز شورای حل اختلاف و میانجیگری است که مراتب مزبور بیانگر تمایل سیستم حقوقی ایران به اصول اساسی و پارادایم های عدالت ترمیمی می باشد.^۲

بخش سوم: زوال و ظهور عدالت ترمیمی

در ادبیات تاریخی عدالت کیفری اصطلاحاتی از قبیل استرداد، جبران، پرداخت خسارت، آشتی و سازش، کفاره (دیه، اصلاح)، جبران کردن، خدمات اجتماعی، میانجی گری، و تاوان مترادف یکدیگر به کار رفته اند و اصطلاح «عدالت ترمیمی» تا حدودی جدید است. و وجود این همه اصطلاحات مذکور تحت عنوان کلی عدالت ترمیمی قابل جمع اند. با توجه به آنچه بیان گردید معلوم است که عدالت ترمیمی در مقایسه با عدالت کلاسیک متضمن پاسخ خاص و متفاوت به جرم است. در حالی که ممکن است برخی واکنش هاس سزا دهنده و مبتنی بر بازپروری مشابه پاسخ های ترمیمی باشند، اما میان اهداف عدالت ترمیمی و دو گونه دیگر از اجرای عدالت در امور کیفری کاملاً متفاوت است. «مطابق نظر «والگراو» پاسخ مبتنی بر سزادهی در اجتماع و از طریق دولت و قدرت وی ارائه می شود. این پاسخ متمرکز بر جرم، زیان حاصل، مجازات متناسب و استحقاقی و به علاوه در حاشیه قرار دادن بزه دیده است. واکنش مبتنی بر بازپروری در زمینه ای اجتماعی با «دولت رفاه» بروز می یابد و مبتنی بر تمرکز به بزهکار، درمان وی، همونوا سازی بزهکار با جامعه و در عین حال فراموش کردن بزه دیده است. در مقابل، عدالت ترمیمی در زمینه اجتماعی و با وجود دولت مقتدر وقوع می یابد، بر ضرر وارده متمرکز می شود زیان وارده را ترمیم می کند و در جستجوی راضی کردن طرفین بوده، به بزه دیده به عنوان کانون اجرای عدالت می نگرد.»^۱

فراهم نمود. هم چنین سزار بکاریا در رساله ی جرایم و مجازات ها به صورت کلی به اصول و اهداف عدالت ترمیمی می پردازد همانا که «پیش گیری از جرم» از اهداف عدالت ترمیمی است بکاریا در فصل چهل و یکم تحت عنوان "چگونه از وقوع جرایم پیش گیری کنیم" به این امر می پردازد.^۲



۱ - حسین غلامی، پیشین. ص ۴۵ و ۴۴

۲ - سزار بکاریا، پیشین. ص ۱۳۱

بنام فیلسوف انگلیسی نیز بر ضرورت توجه به بزه دیده در فرایند کیفری تاکید می کند: « رضایت خاطر جهت مقابله با علت بدی لازم است ، و اینکه باید هر چیز بار دیگر همانند زمان قبل از وقوع جرم ، در جای خود قرار بگیرد». او معتقد است رضایت خاطر (بزه دیده) به همان اندازه ضروری است که اعمال مجازات بر بزهکار.^۱

حمایت از عدالت ترمیمی در برخی کنگره های بین المللی در فاصله سال های ۱۸۷۸ تا ۱۹۰۰ قابل توجه است. در کنگره بین المللی زندان که به سال ۱۸۷۸ در استکهلم برگزار شد بر ضرورت بازگشت به مفهوم سنتی « جبران و استرداد» در میان کلیه نظام های حقوقی تاکید گردید. کنگره های بعدی که در سال ۱۸۹۰ در پترزبورگ (روسیه) و کریستیان (نروژ) برگزار شد متضمن نتایج زیر در خصوص حمایت از احیای عدالت ترمیمی بود:

۱. حقوق جدید به اندازه کافی به جبران خسارات بزه دیدگان توجه نمی کند
 ۲. در مورد جرایم کوچک باید به بزهکار فرصت کافی جهت جبران خسارت و پرداخت غرامت به بزه دیده اعطا شود.
 ۳. درآمد زندانیان در زندان در این رابطه (جبران خسارت بزه دیدگان) مصرف شود.
- در کنگره بین المللی زندان به سال ۱۸۹۵ درباره موضوع عدالت ترمیمی ، استرداد مال و پرداخت و جبران خسارت بزه دیدگان به نحو دقیق تری بحث شد و نتایج زیر مورد توجه قرقر گرفت:
۱. حقوق جدید به عدالت ترمیمی به عنوان جبران خسارت بزه دیدگان توجه کافی نمی کند
 ۲. در برخی کشورها قوانین نسبت به بزه دیدگان سخت تر است تا نسبت به بزهکاران.
- در کنگره سال ۱۹۰۰ در بروکسل (فرانسه) موضوع عدالت ترمیمی به نحو جامعی مورد بحث قرار گرفت و « گارو فالو» یکی دیگر از بنیان گزاران مکتب تحقیقی پیشنهاد کرد که جبران خسارت بزه دیده و اخذ رضایت وی باید به عنوان شرط اعطای آزادی مشروط به بزهکار تلقی شود. هم چنین او پیشنهاد نمود « یک صندوق پولی دولتی جهت جبران خسارت بزه دیدگانی که بزهکاران آنها قادر به پرداخت غرامت نیستند ، تاسیس شود». با وجود این شرکت کنندگان در کنگره مذکور قادر به ارائه پیشنهاد جمعی مشخصی نشدند و در قطعنامه پایانی صرفاً بر توجه بیشتر به حقوق بزه دیدگان در فرایند رسیدگی حقوقی (نه کیفری) تاکید کردند. برخی نویسندگان از این پیشنهاد قطعنامه تحت عنوان «

دفن عدالت ترمیمی « یاد کردند و برخی دیگر تاکید نمودند « پدران بر ما در زمینه اجرای عدالت خردمندتر از ما بودند»^۱.

بند اول: احیای عدالت ترمیمی در عمل

عدالت ترمیمی تحت عناوینی چون «انقلاب در عدالت کیفری التیام و قرار گرفتن امور در جای خود»، «جایگزینی کینه و انتقام با تعهد و احساس دیدار زنده و حیات بخش ساختاری کاملاً نو برای درک و ارائه پاسخ به جرم و بزدیدگی» و «تغییر سرمشق (پارادایم)» در دهه ۱۹۷۰ میلادی ظهور کرد. اولین کسانی که از این اصطلاح استفاده کردند «آلبرت اگلاش» و «بارنت» بودند. اگلاش، که از او تحت عنوان واضع اصطلاح عدالت ترمیمی یاد میشود، در سال ۱۹۷۷ در مقاله ای تحت عنوان «استرداد: سرمشق (پارادایم) جدید عدالت کیفری» منتشر نمود و به توضیح و تغییر آن پرداخت.

صرف نظر از ریشه های تاریخی عدالت ترمیمی در برخی کشور ها از جمله نیوزلند، کانادا و ... که در مباحث مربوط به آنها خواهیم پرداخت، حتی برخی جنبش های اجتماعی نظیر جنبش های اجتماعی زنان در دهه ۱۹۶۰، جنبش حمایت از حقوق زندانیان در آمریکا و نیز تلاش هایی که برای «اجتماعی کردن عدالت کیفری» در دهه ۱۹۶۰ به ویژه در آمریکا انجام شده از ریشه های تاریخی ظهور عدالت ترمیمی است. به طور دقیق و ملموس تر می توان به برخی جنبش های حقوقی برای احیای حقوق بزه دیده و به ویژه حق دریافت خسارت و استرداد مال در دهه ۱۹۶۰ و نیز نهضت حقوق بزه دیدگان در دهه ۱۹۷۰ اشاره نمود که تلاش کردند در حالی که اصل بر اجرای عدالت نسبت به بزهکار بود و بزه دیده به عنوان موجودی «بدبخت و مفلوک» فراموش شده بود، جایگاهی برای وی در فرایند اجرای عدالت فراهم آورند.^۲

اولین برنامه عدالت ترمیمی در قالب برنامه های ایجاد سازش میان بزه دیده، بزهکار در سال ۱۹۷۴ در کانادا به مورد اجرا درآمد. هدف این برنامه که تحت حمایت کلیسای محلی منونیت و با استفاده از روش میانجی گری و ملاقت چهره به چهره بزه دیده، بزهکار اجرا شد. تمحید شرایطی برای کاهش استفاده از حبس از یک طرف و ایجاد آگاهی در بزه دیده و بزهکار راجع به فرایندهای عدالت کیفری و حل معضلات و مشکلات روانی بزه دیده از طرف دیگر بود. در سال ۱۹۷۸ کلیسای مذکور برنامه دیگر ایجاد سازش میان بزه دیده، بزهکار را در «الکهارت» (ایندیانای آمریکا) اجرا شد. پس

۱ - حسین غلامی، پیشین. ص ۷۰

۲ - حسین غلامی، پیشین. ص ۷۱ و ۷۲





از آن از اجرای برنامه های عدالت ترمیمی در آمریکا استقبال شد به نحوی که تعداد برنامه های ایجاد سازش در این کشور در سال ۱۹۸۶ به ۵۰ فقره و در سال ۱۹۹۴ به ۱۲۳ برنامه رسید و در حال حاضر بیش از ۳۰۰ برنامه عدالت ترمیمی در این کشور اجرا می شود. برنامه های عدالت ترمیمی علاوه بر اروپا، آمریکا و کانادا در نیوزلند و استرالیا نیز مورد استقبال قرار گرفته اند.

اکنون عدالت ترمیمی نه تنها در جستجوی زمینه اجرای برنامه های عدالت ترمیمی بلکه در پی اصلاح نظام عدالت کیفری است. در سال ۱۹۹۴، بخش اصلاح و تقویت «ورمونت» آمریکا پس از آگاهی از نارضایتی مردم از کیفیت عملکرد دستگاه عدالت کیفری و رضایت و حمایت بیشتر آنها از برنامه های عدالت ترمیمی اجرا شده نسبت به جرایم غیر خشونت آمیز، اقدام به انحلال نظام اصلاحی، تربیتی یکصد ساله ای نمود که بر محور حبس یا آزادی مشروط گردش می کرد. هم چنین در سطوح ملی، منطقه ای و نیز در سطح بین المللی تلاش های گسترده ای برای اجرای برنامه های عدالت ترمیمی صمرت می گیرد. مخاطبان این برنامه ها، مجرمان نوجوان و جوان و بزهکاران بزرگ سال و مرتکبان انواع جرایم اند.

سیاست گزاران جنایی در انگلستان در یکی از سیاست های اتخاذی ناظر به بزهکاری جوانان، در سال ۱۹۹۸، اصطلاحاً از عدالت ترمیمی تحت عنوان «۳ آر»، (۳آ) یاد کرده اند که ناظر به سه موضوع عدالت ترمیمی یعنی جبران، ترمیم، بازپذیری اجتماعی و مسئولیت و پاسخ گویی بزهکار است که به ترتیب زیر تعریف شده اند:

- جبران و ترمیم: بزهکاران جوان از بزه دیدگان خود پوزش خواسته، نسبت به جبران زیان های ناشی از جرم اقدام می کنند.
- بازپذیری اجتماعی: بزهکاران جوان دین خود را به جامعه می پردازند، جرم ارتكابی را پشت سر می گذارند و با اجتماع مطیع قانون هم خوان میشوند.
- مسئولیت و پاسخ گویی: بزهکاران جوان، والدین آنها، با نتایج رفتار مجرمانه رو به رو شده، مسئولیت پیش گیری از بزهکاری بعدی را می پذیرند.

تفاوت میان مدل های نظری و حیات آنها، نخست تنوع، هم زیستی و فزونی نامیده می شود. وضعیت یکسان در کشور و در لحظه واحد، هیچ گاه به یک شکل تجربه نمی شود. برای نمونه، پاسخ رسمی به یک سرقت، در فرانسه در ۲۰۲۰ چه خواهد بود؟ این پاسخ (در قالب متغیر کیفری مدل دولت،

جامعه لیبرال، هم بستگی گرایی یا کنترل جامعه‌ی، تنها درباره پرونده هایی که پلیس آنها را تعیین و تکلیف کرده باشد، عمل می کند.^۱

« دلماس مارتی» در کتاب خویش تحت عنوان " نظام های بزرگ سیاست جنایی " هسته اصلی شبکه کیفری را به سه قسمت تقسیم می کند:

۱- اقتدار گرایی

۲- تفوق حقوق

۳- هم بستگی گرایی و نظارت جامعه‌ی که هر دو مشارکت زیاد جامعه مدنی^۲ را می طلبد. و منظور از نظارت جامعه‌ی را، تقویت طرد بزهکار یا مساعد کردن زمینه بازگشت او به جامعه می داند.^۳

اکنون عدالت ترمیمی به عنوان مبنای مشروع تعقیب برخی مسائل کیفری مد نظر کمیسیون های مستقل قرار گرفته و جایگاه مناسبی در میان اسناد و ابزار های حقوقی بین المللی پیدا کرده است در سال ۱۹۹۹ سازمان ملل متحد استفاده از میانجی گری و عدالت ترمیمی را در موضوعات متناسب توصیه نمود و علاوه بر آن کمیسیون پیش گیری از جرم و عدالت کیفری را جهت بررسی تحولات و توسعه اصول راهبردی در مورد استفاده از میانجی گری و برنامه های عدالت ترمیمی فرا خواند. قطعنامه صادره در دهمین کنگره سازمان ملل متحد ناظر به پیش گیری از جرم و اصلاح مجرمین در سال ۲۰۰۰، دولت های عضو را به استفاده از عدالت ترمیمی تشویق کرد. پس از آن ف کمیسیون پیش گیری از جرم و عدالت کیفری سازمان ملل متحد با توجه به اظهار نظر ۳۸ کشور از جمله کشور های اتریش، بلژیک، بلغارستان، کانادا، جمهوری ژک، مکزیک و هلند طرح « اصول بنیادین راجع به استفاده از برنامه های عدالت ترمیمی در موضوعات کیفری » را تهیه و به شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل تقدیم نمود که به تصویب آن شورا رسید.

از طرف دیگر تنها در اروپا بیش از ۷۰۰ برنامه میانجی گری میان بزه دیده، بزهکار اجرا شده است. در آوریل سال ۲۰۰۳ دولت بلژیک طرحی را تقدیم پارلمان اروپا کرد. پارلمان مذکور ضمن تصویب

۱- می ری دلماس، مارتی؛ نظامهای بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، نشر میزان، چاپ اول،

۱۳۸۲، جلد دوم. ص ۲۸

۲- یعنی مشارکت گروه اجتماعی، بزه دیده (در صورتی که وجود داشته باشد) و بزه کار یا منحرف

۳- همان، ص ۳۱ و ۳۰





پیشنهاد بلژیک پس از انجام برخی اصلاحات، از شورای وزیران اتحادیه اروپا در خواست کرد در خصوص طرح پیشنهادی دولت بلژیک تصمیم‌گیری نمایند.

این طرح که طبق پیشنهاد پارلمان اروپا تحت عنوان « شبکه اروپایی نقاط تماس ملی برای میانجی‌گری در امور کیفری و عدالت ترمیمی » نامیده شد: « به منظور تسهیل و تسریع موثر در همکاری قضایی میان دولت‌های عضو در امور کیفری از جمله مسائل مربوط و اجرای تصمیمات اتخاذی از طریق میانجی‌گری و سایر روش‌های عدالت ترمیمی، و به علاوه تامین شرایط مطابقت میان قواعد و مقررات قابل اجرا تا حدودی که چنین همکاری را ضروری می‌سازد لازم است نسبت به تاسیس شبکه اروپایی نقاط ارتباط ملی برای میانجی‌گری در مسائل کیفری و عدالت ترمیمی، اقدام شود». هدف از تاسیس این شبکه گردآوری، تجزیه و تحلیل و توزیع اطلاعات در خصوص کیفیت اجرای عدالت ترمیمی از یک سو و تشویق ارتباط و تبادل تجربیات میان مراجع ذی‌ربط، نهادها و سازمان‌های ذی‌صلاح و نیز برگزاری سمینارها، کنفرانس، ملاقات‌ها و همکاری با کشورهای درخواست‌کننده، کشور‌های ثالث و سازمان‌های بین‌المللی در زمینه اجرای عدالت ترمیمی است.

بند دوم: مقایسه نظام عدالت کیفری سنتی (کلاسیک) با عدالت ترمیمی

با توجه به ویژگی‌های خاص نظام سنتی عدالت کیفری و مقایسه آن با عدالت ترمیمی می‌توان مهم‌ترین تفاوت‌های آنها را به ترتیب زیر بررسی کرد:

۱. تقصیر

در نظام عدالت کیفری کلاسیک تلاش می‌شود با بررسی اعمال واجد وصف مجرمانه، عناصر بزهکاری مجرم احراز و اثبات شود. دادگاه‌ها از قواعد آیین دادرسی و مدارک و دلایل لازم برای این منظور استفاده می‌کنند. پلیس، دادستان و به طور کلی دادسرا در همین جهت فعال می‌شوند. در مقابل، در اجرای فرایند ترمیمی از بزهکار خواسته می‌شود مسئولیت عمل خود را بپذیرد. در اینجا به دنبال اثبات تقصیر و مجرمیت وی نیستند. تمایز میان پذیرش مسئولیت و تقصیر ریاال در فهم و درک چگونگی عدم موافقت عدالت ترمیمی با نظام فعلی عدالت کیفری مهم است. در حالی که ممکن است متهم مسئولیت آنچه را انجام داده است بپذیرد، دادگاه‌ها در اجرای عدالت کیفری سنتی بیشتر در پی آن هستند که بدانند آیا وی در انجام عمل « عامد » و « قاصد » بوده است یا خیر. متهم ممکن است نتایج اعمال و رفتار خود را پذیرفته، مایل به جبران آن باشد، اما در عین حال از قبول تقصیر خودداری کند. زیرا هیچ قصد مجرمانه‌ای نداشته یا آنکه توصیف مقام تعقیب از آنچه اتفاق افتاده با

آنچه مورد توجه متهم است متفاوت باشد. در نظام فعلی عدالت کیفری، پاسخ به جرم اصولاً باید متناسب با شدت آن، ضرر و زیان خاص ناشی از آن و میزان تقصیر بزهکار باشد. در عدالت ترمیمی و به عنوان مثال در میانجی‌گری میان بزه دیده، بزهکار، نیاز بزه دیده و ضرورت کمک به وی ممکن است از بررسی مسئولیت یا تقصیر بزهکار اهمیت بیشتری داشته باشد. در این نظام دو بزهکار با دو جرم مشابه و میزان تقصیر یکسان ممکن است مشمول دو حکم جداگانه قرار گیرند؛ یکی بخشیده شود و دیگری مجازات گردد. از طرف دیگر، دخالت اعضای اجتماع و توجه به دیدگاه‌های آنها و نیز مشارکت آنها با بزهکار جهت جبران زیان‌های حاصله از جرم، در سرنوشت بزهکار موثر است.

۲. آشفتگی و اضطراب

نظام عدالت کیفری می‌کوشد با بزهکار به نحوی بی‌طرفانه و بدون غرض برخورد نماید و درخواست عموم برای اعمال مجازات یا اخذ انتقام، با اصول آیین دادرسی و مبانی حقوقی جهت تبیین واکنش احتمالی مطابقت داده شود. در دادگاه‌های کیفری فوران هیجانات و غلیان اضطراب‌ها دقیقاً مدیریت می‌شود. بروز و ظهور هیجانات در این نظام وفق موازین کنترل می‌گردد و به هر ترتیب اجازه داده نمی‌شود که بر آیین دادرسی غالب شود.

در عدالت ترمیمی تأثیر جرم بر احساس و هیجان بزه دیده، بزهکار و اجتماع به رسمیت شناخته می‌شود. عدالت ترمیمی در جستجوی التیام بخشیدن به اضطراب‌ها و آشفتگی‌هایی است که در نتیجه تحمل جرم بر بزه دیده وارد می‌شود، و بزهکار مسئول دفع آثار زیان بار روانی، جسمانی و مالی ناشی از جرم در بزه دیده تلقی می‌گردد بدون توجه به چنین آثاری بعید است که بزهکار مسئولیت واقعی اعمال خود را بپذیرد.



نتیجه گیری

در یازدهمین کنگره ی پیش گیری از جرم و عدالت کیفری سازمان ملل متحد که در سال ۲۰۰۵ در وین (اتریش) برگزار شد از عدالت ترمیمی به عنوان یکی از راه های اصلاح نظام عدالت کیفری یاد شده است . در این کنگره تاکید شده است در حالی که تنها حدود ۲۵ سال از ظهور عدالت ترمیمی می گذرد ، این پارادایم در سطح جهانی ، به عنوان یکی از مهم ترین الگوهای تغییر و تحرک در عدالت کیفری کلاسیک مطرح شده است. اکنون در حدود ۸۰ تا ۱۰۰ کشور جهان از الگوی عدالت ترمیمی برای واکنش نسبت به پدیده های مجرمانه استفاده می کنند. در حالی که در برخی از این کشورها ، عدالت ترمیمی مراحل آزمایشی و اجرایی شدن خود را طی می کند که میزان تمایل مقنن و سیستم حقوقی ایران نیز نسبت به اجرای عدالت ترمیمی بحث و بررسی گردید و نمونه هایی آورده شد. در برخی دیگر از کشورها از آن به عنوان الگوی اصلی یا جانشین نظام عدالت کیفری سنتی (کلاسیک) ، حداقل در رسیدگی به جرایم کودکان و نوجوانان، استفاده می شود. در این مقاله به صورت مبسوط عدالت ترمیمی را به عنوان مدل بدیل و جانشین برای عدالت کلاسیک معرفی کردیم و انتقادهای ناظر بر عدالت کیفری سنتی (کلاسیک) آورده شد و علل و فواید روی آوری به مدل جدید عدالت دهی (عدالت ترمیمی) به صورت تطبیقی مطالعه و بررسی شد.

از برنامه های ترمیمی در زندان ها و جهت کاهش جمعیت کیفری آن می توان استفاده کرد. بخشی از این برنامه ها ناظر بر ایجاد شرایط ملاقات بزه دیدگان با بزهکاران در زندان است.

چنین ظرفیت هایی زمینه اجرای عدالت ترمیمی را در هر جامعه ای فراهم می کند. در نتیجه عدالت ترمیمی خواه به عنوان الگوی رقیب یا الگوی هم زیست با عدالت کیفری سنتی ، می تواند در کاهش مشکلاتی که عدالت کیفری سنتی به آنها دچار است یا موجب برخی از آنهاست، موثر باشد. تردیدی نیست که با در نظر گرفتن مشکلات اجرای عدالت کیفری سنتی در ایران و از جمله اطاله دادرسی ، افزایش جمعیت زندانیان و کاهش فضای مطلوب زندان برای نگهداری آنها ، و بزهکاری در محیط کنترل شده زندان ، استفاده از برنامه های ترمیمی ، تا حدودی از شدت این مشکلات خواهد کاست.



منابع و مآخذ

۱. آشوری، محمد، جایگزین های حبس یا مجازاتهای بینابین، تهران ۱۳۸۲
۲. بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازاتها، تهران، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۹
۳. زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳
۴. غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۰
۵. کاشانی، سید محمود، استانداردهای جهانی دادگستری، تهران، نشر میزان، چاپ اول
۶. کریستی، نیل، اختلافها به مثابه دارایی، ترجمه حسین غلامی، فصل نامه تخصصی فقه و حقوق، سال دوم، شماره ۸
۷. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت انتشار، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۲
۸. مدنی قهفرخی، سعید و امیر حمزه زینالی، آسیب شناسی حقوق کودکان در ایران، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰
۹. معظمی، شهلا و محمد پارسا، انجمن معتادان گمنام از منظر عدالت ترمیمی، تهران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۸، ۱۳۸۸
۱۰. مارتی، می ری دلماس، نظامهای بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، نشر میزان، جلد دوم، چاپ اول، ۱۳۸۷
۱۱. موریس، ماکسول، عدالت ترمیمی الگوی نوین تفکر در امور کیفری، ترجمه حسین غلامی، تهران، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۹
۱۲. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، از عدالت کلاسیک تا عدالت ترمیمی، مشهد، نشریه حقوق «آموزه های فقهی (الهیات و حقوق)» پاییز و زمستان ۱۳۸۲، شماره ۹ و ۱۰
۱۳. علیرضا، مختاری، نقش حمایت از بزه دیده گان در کاهش جمعیت کیفری زندانها، مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، تهران، نشر میزان
۱۴. جواد، فروغی فر، نقش قضازدایی در کاهش جمعیت کیفری زندانها، مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶



عزل و فوت یکی از وکلا در فرض اجتماع

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

آمنه حسینی مرادی

پژوهشگر، محقق و وکیل دادگستری

چکیده

یکی از عقودی که به عنوان عقود معین جایز، شرایط و آثار آن در قانون مدنی پیش‌بینی شده است، عقد وکالت است. عقد وکالت از عقود معینی است که در جامعه روابط اشخاص نقش اساسی دارد، زیرا از جهتی در دعاوی و احیای حق زیان دیده در محاکم دادگستری دارای اهمیت است و از جهت دیگر، اشخاص ناچار به استیفای حق خود به مباشرت نمی‌باشند، بلکه با انعقاد عقد وکالت می‌توانند حقوق خود را از طریق وکیل، به نفع خود اعمال کنند. پس باتوجه به اهمیت وکالت، بعد از مختصر توضیحی در باب عقد وکالت موضوع اصلی مطرح می‌گردد. در این مقاله سعی شده است تمامی فروض و حالات عزل و فوت یکی از وکلا در فرض اجتماع و استقلال مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد و در خصوص این مبحث مهم که یکی از موارد و مشکلات قابل توجه جامعه حقوقی و حقوقدانان کشور است رفع شده و خلاء تحقیقاتی موجود در این راستا مرتفع گردد.



بخش اول: کلیات

بموجب ماده ۶۵۶ ق.م.: «وکالت عقدی است که بموجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید». از این تعریف نتایجی بدست می‌آید که در شناخت ماهیت و اوصاف وکالت اهمیت ویژه دارد:

۱. اثر عقد وکالت اعطای نیابت است: بدین معنی که موکل اقدام وکیل را، در مورد انجام اعمال حقوقی، به منزله اقدام خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که بنام و حساب موکل تصرفاتی انجام دهد. بنابراین، وکیل نسبت به آثار آموری که انجام می‌دهد، در حکم واسطه است و آنچه می‌کند برای موکل است: تعهدهایی که پذیرفته است بر موکل تحمیل می‌شود و اگر نفعی در بین باشد برای او است.

پاره‌ای از مؤلفان جوهر وکالت را در اعطای سلطه به دیگران دانسته‌اند نه دادن نیابت و اذن در تصرف، و از این تحلیل نتیجه گرفته‌اند که وکالت در شمار عقود است، زیرا هیچکس را نمی‌توان بطور قهری مسلط بر امری ساخت. درحالی که، اگر اثر وکالت تنها دادن اذن و مباح ساختن تصرف باشد، بایستی در شمار ایقاعات درآید.^۱ ولی، اکثریت قاطع نویسندگان، وکالت را مبتنی بر اعطای نیابت یا دادن نمایندگی شمرده‌اند.^۲

بطور معمول، عمل حقوقی را که وکیل انجام می‌دهد بنام موکل است، یعنی در قرارداد از او نام می‌برد. تا طرف دیگر بداند با چه کسی پیمان می‌بندد. ولی، گاه نیز نام موکل در این رابطه پنهان می‌ماند: قرارداد به حساب موکل و بنام وکیل منعقد می‌شود و او خود عهده‌دار اجرای تعهدهای ناشی از عقد می‌گردد (ماده ۱۹۶ ق.م.). در حقوق تجارت نیز، با اینکه حق‌العلم کار به اسم خود و به حساب آمر معامله می‌کنند (ماده ۳۵۷ ق.ت)، قانونگذار آن را در حکم وکالت می‌داند و جز در موارد

^۱ - محمد حسین آل کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۴، کتاب ۱۱، ص ۵ و ۶ - ماده ۱۹۸۴ قانون مدنی فرانسه نیز وکالت را به اعطای سلطه و اختیار تعریف کرده است.

^۲ - در فقه امامیه: علامه حلی، تذکره، ج ۲، کتاب وکالت؛ قواعد، همان کتاب، سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۵۲۳ - محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۴۸۳ - شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۳۲، شرح لمعه، ج ۴، ص ۳۶۷ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۴۷ - سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، محققات عروه الوثقی، ج ۲، ص ۱۱۹ - سید محمد مجاهد، متأهل، کتاب وکالت.

در حقوق فرانسه: ریبر و بولانژه، ج ۳، ش ۲۱۳۱، پلنیول وریبر، ج ۱۱ بوسیله ساواتیه، ش ۱۴۲۷ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۳۴۳.

استثنایی، رابطه حق العمل کار و آمر را تابع مقررات و کالت در قانون مدنی می‌داند (ماده ۳۵۹ همان قانون). با وجود این، چون طبیعت «نماینده‌گی دادن» ایجاب می‌کند که وکیل واسطه انجام عمل حقوقی و ایجاد تعهد برای موکل باشد و خود عهده‌دار امری نشود، این گونه قراردادها را، که شخص تنها به حساب دیگری و بنام خود معامله می‌کند، باید «در حکم وکالت، شمرد»^۱.

۲. از ظاهر ماده ۶۵۶ چنین برمی‌آید که موضوع وکالت ممکن است انجام یک «عمل حقوقی» باشد، مانند فروش خانه یا فسخ اجاره و طلاق، یا امر دیگری که در شمار اعمال مادی است و برای موکل انجام می‌شود، مانند مقاطعه ساختن بنا یا تهیه نقشه آن یا انجام عمل جراحی و نقاشی. قانون مدنی فرانسه نیز در این باره صراحت ندارد و شبیه قانون ما است، ولی بیشتر نویسندگان فرانسوی و دادگاه‌ها وکالت را، باتوجه به مفهوم نمایندگی، به انجام عمل حقوقی برای موکل اختصاص داده‌اند.^۲

به نظر می‌رسد که این تعبیر در حقوق ما نیز، باتوجه به مفاد سایر مواد قانون مدنی و سابقه تاریخی آن، قابل پذیرفتن باشد. زیرا، نیابت در اموری قابل استفاده و تصور است که به اراده انجام شود و آثار به بار آورد که وضع حقوقی موکل را تغییر دهد. باضافه، پاره‌ای از مواد مربوط به وکالت در صورتی مفهوم درست پیدا می‌کند که نمایندگی مربوط به انجام عمل حقوقی باشد. برای مثال، در ماده ۶۶۲ آمده است که: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد».

اکنون این پرسش‌ها به ذهن می‌آید که، آیا در امور مادی نیز برای درستی وکالت لازم است که خود موکل بتواند آن را انجام دهد؟ آیا موکلی که فن معماری یا نقاشی را نمی‌داند یا در اثر بیماری و گرفتاری نمی‌تواند برای انجام کار موردنظر به مسافرت برود، حق ندارد برای انجام کار خود وکالت دهد؟ آیا برای امور مادی، مانند آسفالت کردن و نقاشی، اهلیت لازم است؟ مفاد ماده در صورتی معنی پیدا می‌کند که وکالت ناظر به انجام عمل حقوقی باشد، زیرا، تنها در این امور است که اهلیت موکل برای تصرف در اموال خود و اهلیت وکیل برای انجام آن مطرح می‌شود.

^۱ - پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی، اعطای نمایندگی را طبیعت وکالت دانسته‌اند نه جوهر آن: بدین معنی، که بطور معمول وکیل نماینده موکل است و قرارداد بنام و حساب او بسته می‌شود، ولی، هرگاه کسی بتواند بنام خود و بحساب دیگری نیز قرارداد ببندد، مانند حق العمل کار، باید آن را وکالت نامید، هرچند که وکیل نیز خود عهده‌دار اجرای تعهدهای ناشی از عقد باشد (کولن و کاپیتان، ج ۳، ش ۱۱۳۱ - ابری و رو، همان کتاب، ص ۱۹۸ - رودیر، وکالت، دالوز، فرهنگ حقدوق مدنی، ج ۳، ص ۳۱۸ - پلنیول وریرو ساواتیه، همان کتاب).

^۲ - همان کتاب‌ها، همچنین، رجوع شود به: رودیر، مقاله وکالت، دالوز، فرهنگ حقوق مدنی، ج ۳، ص ۳۱۸.



فقیهان امامیه نیز، با اینکه درباره اختصاص موضوع وکالت به اعمال حقوقی تصریح نکرده‌اند، از تعریف مشهور آنان «استثنا به در تصرف» چنین برمی‌آید که وکالت باید در امری داده شود که از نظر حقوقی برای موکل به بار آورد و در اصطلاح آنان «تصرف حقوقی» باشد.^۱

منتها، درجه دخالت وکیل تفاوت می‌کند، چنانکه ممکن است تنها ناظر به گرفتن ایجاب و قبول و امضای سند باشد یا حق تصمیم گرفتن و مذاکره در باب شرایط عمل حقوقی نیز به او واگذار شود.^۲

فقط در جایی که شخص واسطه تنه‌ای وسیله اجرای دستور و اعلان اراده است، مانند نامه بر در عقد بین غایبان یا کارمند مأمور فروش بلیط به واردین یا مشاور در امور حقوقی و تجارتي، نایبستی پیمان را وکالت نامید.^۳

با وجود این، گاه قانونگذار دادن نیابت برای انجام اموری، مانند مشاوره و مذاکره درباره شرایط قرارداد و بیان خواست‌های طرفین، را تابع احکام وکالت قرار داده است. چنانکه ماده ۳۳۵ قانون تجارت، در تعریف دلال و قواعد حاکم بر قرارداد دلال، مقرر می‌دارد: «دلال کسی است که در مقابل اجرت واسطه انجام معاملاتی شده یا برای کسی که می‌خواهد معاملاتی نماید طرف معامله پیدا کند. اصولاً قرارداد دلالی تابع تابع مقررات راجعه به وکالت است». پس، قرارداد دلالی و مانند آن را باید در حکم وکالت شمرد.^۴

بخش دوم: اوصاف عقد وکالت

از آنچه گفته شد چنین برآمد که با همه گفتگوها و تردیدهایی که در این زمینه شده است، بین مفهوم وکالت و نیابت رابطه بسیار نزدیک وجود دارد: عقد وکالت وسیله اعطای نیابت ارادی است به وکیل،

^۱ - به ویژه، از اینکه بعضی «استثنا به در تصرف» را در برابر «استثنا به در حفظ» یعنی ودیعه نهاده‌اند، معلوم می‌شود که اعطای نیابت برای نگاهداری داخل در مفهوم وکالت، که ویژه تصرف حقیقی است، نمی‌شود وگرنه، هرگاه تصرف مادی نیز موضوع وکالت قرار می‌گرفت، «نگاهداری» نیز از اقسام آن به شمار می‌آمد (ش ۱۲).

^۲ - پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند، وکالت ویژه موردی است که مأمور امکان ابتکار و اندیشیدن و تصمیم گرفتن را داشته باشد، وگرنه باید او را «رسول» یا «سخنگو» نامید نه وکیل (رودیر، وکالت، فرهنگ حقوق منی، دالوز، ج ۳، ص ۳۱۹، ش ۱۴). ولی، گروه دیگر این ضابطه را نپذیرفته‌اند (ابری و رو، ج ۶، ص ۱۹۸ - مازو، ج ۳، ش ۱۳۸۵ و مانند آن در فقه امامیه: سید محمد کاظم طباطبایی زدی، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۳۷، در نیابت برای مجرد اجرای صیغه بیع).

^۳ - پلنبول و ریپر، ج ۱۱ بوسیله ساواتیه، ش ۱۴۶

^۴ - برای دیدن نظری که دلالی را «وکالت» می‌داند رجوع شود به: ابری و رو، همان کتاب.

تا در حدود اختیار تفویض شده به او، اعمال حقوقی معینی را بنام و حساب موکل انجام دهد. بر این مبنا، عقد وکالت دارای اوصاف معینی است که در شناخت ماهیت آن باید مورد توجه قرار گیرد:

۱. وکالت در زمره «عقود اذنی» است: بدین معنی که اثر مستقیم آن ایجاد اذن است؛ اختیاری که به وکیل تفویض می‌شود و او بطور صریح یا ضمنی آن را می‌پذیرد. به همین اعتبار نیز عقد وکالت جایز است و هیچ التزامی برای موکل و وکیل ایجاد نمی‌کند و با فوت و حجر یکی از آنان نیز منفسخ می‌شود.

باید دانست که تفویض اختیار و دادن اذن به وکیل متضمن این تعهد نیز هست که، تا اذن باقی است، آثار حقوقی اعمالی را که به نیابت انجام می‌دهد، موکل می‌پذیرد و مخارجی را که کرده است می‌پردازد. منتها، چون تحقق این تعهد منوط به اجرای وکالت است و تعهد اصل، یعنی پای‌بند بودن به اعمالی که وکیل انجام می‌دهد، در برابر دیگران است و در واقع اثر اجرای اذن است نه نتیجه عقد، وکالت را در مرحله نخست باید در شمار «عقود اذنی» آورد و به اعتبار آثار اذن «عقد اذنی» عهدی نامید.

از سوی وکیل هم، پذیرش اختیار تفویض شده، او را ملزم به اجرای مفاد وکالت می‌کند. منتها، چون این التزام نیز نتیجه مستقیم عقد نیست و از لوازم نگاهداری سمت امانت و نیابت به شمار می‌آید، وکیل در فسخ عقد آزاد است. ولی، اگر رابطه قراردادی را نگاه دارد و بار امانت را به دوش کشد، باید به مفاد آن سمت نیز پای‌بند بماند.

با این تحلیل، می‌توان مفهوم «تعهد» موکل و وکیل را در برابر یکدیگر را با «جایز بودن عقد» جمع کرد، و گرنه، آنان که وکالت را عقد عهدی می‌دانند و مفهوم «عقد اذنی» را نمی‌پذیرند، در برابر این پرسش که چگونه طرفین عقد می‌توانند به دلخواه عهد خویش را برهم زنند، پاسخ قانع کننده‌ای ندارند. زیرا تعهد و تکلیف با اختیار و جواز با هم جمع نمی‌شود. پس، ناچار باید اثر مستقیم عقد را «اذن» و تعهد را از آثار و لوازم «اذن» شمرد.^۱

^۱ - در حقوق فرانسه، که وکالت را «عقد عهدی» می‌دانند، برای توجیه حق فسخ موکل گفته شده است که، در وکالت چنین فرض می‌شود که عقد تنها به سود موکل است و او می‌تواند هرگاه بخواهد از این سود بگذرد (ریپروبولانژه، ج ۳، ش ۲۱۶۱ - مازو، ج ۳، ش ۱۴۱۸). در حالی که می‌دانیم وکالت در بسیاری موارد به سود وکیل نیز هست، به همین جهت، رویه قضایی ناچار شده است در مواردی که وکالت به سود طرفین واقع می‌شود، عقد را در حکم موردی بداند که شرط «عدم قابلیت فسخ» در آن شده است (مازو، همان کتاب). و انگهی، در این فرض نیز حق فسخ موکل از بین نمی‌رود و تنها برای او ایجاد مسئولیت می‌کند (رودیر، همان مقاله، ش ۳۶۸ - دیوان کشور، ۷ نوامبر ۱۹۲۳، سیری ۱۹۲۴، ۱، ۳۱۰).





۲. وکالت عقدی است مجانی، بدین معنی که در برابر تفویض اختیار به وکیل عوضی قرار نمی‌گیرد. ولی، کاری که وکیل به نیابت انجام می‌دهد رایگان نیست، مگر اینکه در عقد شرط شده باشد (ماده ۶۷۷ ق.م.ا). بنابراین، اگر نسبت به میزان دستمزد وکیل قراردادی نباشد، این مبلغ تابع عرف و عادت یا اجرت‌المثل کار انجام شده است (ماده ۶۷۶).

این دوگانگی، که سبب می‌شود عقد وکالت به اعتباری رایگان و به اعتبار دیگر معوض باشد، ناشی از طبیعت «اذنی» عقد و تفاوت آن با قرارداد کار یا مقاطعه کای است: اثر مستقیم عقد وکالت و مقصود اصلی از انعقاد آن، دادن نیابت است نه اجاره خدمات و از همین نکته تفاوت اصلی بین وکالت دادن برای انجام کاری با اجیر کردن معلوم می‌شود. در وکالت، هدف نایب گرفتن و تفویض اختیار است و اعطای این سمت یا چیزی مبادله نمی‌شود و تعهد موکل در پرداخت حق‌الوکاله نتیجه اجرای مفاد نمایندگی است و جنبه فرعی و تبعی دارد. ولی، در اجاره خدمات (قرارداد کار و مقاطعه کاری) هدف اصلی مبادله تعهد به انجام کار در برابر عوض معین است و نیابت در آن جنبه فرعی دارد.^۱ پس، اگر گفته می‌شود که وکالت عقد مجانی است و با وجود این موکل باید دستمزد وکیل را بپردازد، نباید باعث شگفتی شود یا توهم تعارضی برود.

بخش سوم: نظر برخی از حقوقدانان در مورد فوت و حجر یکی از وکلا در حالت تعدد وکلا و اجتماع آن‌ها:

یکی از حقوقدانان در این رابطه معتقد است که اگر موکل اشخاص متعددی را به عنوان وکیل انتخاب کرده باشد. در این صورت اگر به هر کدام مستقلاً اختیار تصرف در امور را واگذار کند، هر کدام می‌تواند بدون رعایت نظر وکیل دیگر، مورد وکالت را اجرا کند. ولی اگر به هر کدام اختیار تصرف به طور استقلالی را نداده باشد، باید با توافق یکدیگر مورد وکالت را انجام دهند و در صورت اقدام استقلالی تجاوز از حدود محسوب می‌شود. به همین لحاظ در ماده ۶۶۹ ق.م.ا مقرر شده است: «هرگاه برای انجام امری دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون اذن

^۱ - تمیز هدف اصلی از انعقاد قرارداد، در تمیز بین وکالت و مضاربه و جعاله و شرکت و مزارعه و مساقات و سایر عقود که بنحوی «نیابت» در آنها موردنظر است، شرح لمعه، ج ۴، ص ۳۶۷؛ مسالک، ج ۱، ص ۳۳۲ شهید ثانی، برای نشان دادن اهمیت مقصود اصلی در وکالت، کلمه «بالذات» را بر تعریف مشهور می‌افزاید و در شرح لمعه می‌نویسد: «هی استنباه فی التصرف بالذات» تا نمایشگر تفاوت وکالت و سایر عقود امانی باشد.

^۲ - باریکلو - علیرضا - عقود معین دو - عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم

دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید مگر این که هریک مستقلاً وکالت داشته باشد. در این صورت هر کدام می‌تواند به تنهایی آن امر را به جا آورد.» باتوجه به این که عرفاً، عمل انتخاب وکیل متعدد، در صورت عدم تصریح موکل به خلاف، ظاهر در این است که آنان باید اتفاقاً عمل کنند چون موکل حدود اختیارات آنان را محدود به عمل جمعی کرده است^۱ اگر یکی از آنان مستقلاً عمل کند، عمل او خارج از حدود محسوب می‌شود. لذا در ماده ۶۷۰ ق.م. مقرر شده است: «در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند، به موت یکی، وکالت دیگری باطل می‌شود.» وجه زایل شدن سمت وکیل زنده این است که چون اختیار تصرف او محدود به توافق دیگری است با موت یا جنون او، وکالت وکیل دیگر نیز منفسخ می‌شود^۲. بنابراین، وکیل لازم است از دو جهت حدود وکالت را رعایت کند و از آن تجاوز نکند.

حقوقدان دیگری در این خصوص می‌گوید:^۳

ممکن است موکل برای اطمینان خاطر از انجام امر وکالت و جلوگیری از هرگونه اشتباه یا سوء نیت و یا خیانت، بهجای یک نفر، چند وکیل را برای انجام امری انتخاب نماید.

ماده ۶۶۹ قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه برای انجام یک امر، دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن بنماید، مگر اینکه هریک مستقلاً وکالت داشته باشد، در این صورت هر کدام می‌تواند به تنهایی آن امر را به جا آورد.»

در صورت تعدد وکلاء، وکالت ممکن است به نحو استقلال باشد، یعنی هر وکیل حق داشته باشد به تنهایی کار مورد وکالت را انجام دهد و وکالت ممکن است به نحو اجتماع باشد، یعنی هریک از وکلاء به تنهایی نمی‌تواند مورد وکالت را انجام دهد و در صورت اقدام عمل آنان فضولی بوده و محتاج به تنفیذ یا رد وکلای دیگری می‌باشد.

گفته شد، عمل هریک از وکلاء به تنهایی فضولی و غیرنافذ است، ولی باطل نیست زیرا ماده ۶۶۹ می‌گوید: «... هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری...» نمی‌تواند، مبین غیرنافذ بودن است نه بطلان.

^۱ - وحید بهبهانی، پیشین، ص ۴۷۰

^۲ - سید حسن امامی، پیشین، ص ۳۰۱

^۳ - دکتر موین - پرویز - حقوق مدنی ۷ عقود معین ۲ - گنج دانش - ۱۳۷۸

بدیهی است چنانچه در وکالتنامه، با تعدد وکلاء، صراحتاً نوشته شده باشد که اقدام وکلاء به نحو استقلال است یا اجتماع، عرفاً بایستی به نحو اجتماع باشد والا دلیلی نداشت که موکل دو یا چند وکیل انتخاب نماید و هزینه بیشتری را متقبل شود.

سوالی که پیش می‌آید این است که اگر اختیارات هریک از وکلا به نحو استقلال باشد و هر دو، کار موردنظر را انجام دهند، تکلیف چیست؟

اولاً، وکیلی که مورد وکالت را زودتر (مقدم) انجام داده، عمل او صحیح و دومی باطل است. ثانیاً، هرگاه هر دو وکیل برحسب تصادف در یک زمان کار وکالت را به اتمام برسانند. مثلاً در روز دوشنبه ساعت ده صبح هریک از وکلا بی‌خبر از دیگری ملک موردنظر را با خرید از خود قولنامه می‌نماید. هر دو قولنامه باطل است، زیرا یکی را بر دیگری بدون مستند، نمی‌توان ترجیح داد.

در خصوص فوت یکی از وکلاء ایشان این است که:

ماده ۶۷۰ قانون مدنی می‌گوید: «در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند، به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می‌شود».

در ماده فوق، چند نکته مبهم است که ذیلاً متذکر می‌شویم:

اولاً، از مفهوم مخالف ماده استنباط می‌شود که اگر وکلاء در حالت استقلال باشند و یکی از آنها فوت نماید، وکالت دیگری باطل نمی‌شود.

ثانیاً، ماده به دو نفر وکیل اشاره دارد. به نظر می‌رسد که در انشاء ماده سهو به کار رفته است، چنانچه وکلا سه یا چهار نفر نیز باشند، باز هم کم فوق اعتبار دارد.

ثالثاً، ماده مذکور فقط به فوت یکی از وکلاء نظر دارد و در مورد حجر یا عزل آنها مطلبی را مورد حکم قرار نمی‌دهد.

رابعاً، حجر و فوت را باید مشمول یک حکم و عزل را مشمول حکم دیگری بدانیم. بدین معنا که اگر دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند و موکل یکی از آنها را عزل نماید، وکالت وکیل دومی صحیح و معتبر است و به طور قطع استنباط می‌شود که موکل خواسته است فقط یک وکیل داشته باشد و دلیلی بر ابطال وکالت وکیل دومی در دست نداریم. (عزل یکی از وکلاء و ابطال وکالت نفر دیگر به هیچ وجه قرینه نیستند).

خامساً، حجر یا فوت یکی از دو نفر، موجب بطلان وکالت نفر دوم نمی‌شود. اینکه باید به نحو اجتماع عمل نمایند و با فوت و یا حجر یکی از وکلاء دومی نمی‌تواند اقدامی به عمل آورد، دلیل بر ابطال

وکالت او نیست و نهایتاً باید گفت که کار و فعالیت وکیل دوم متوقف می‌شود. مضاف بر اینکه آنچه مهم می‌باشد اراده موکل است و موکل بر دادن نیابت خود باقی است. پس موکل اگر کماکان بر نظر «اجتماع بودن عمل و کلا» باقی باشد، می‌تواند نفر دیگری را به وکالت برگزیده و به وکالت دیگری ضمیمه نماید.

دکتر رودیجانی در کتاب خود حقوق مدنی ۷ در زمینه تعدد وکلا و مرگ و حجر یکی از آن‌ها می‌گویند:

ماده ۶۶۹: هرگاه برای انجام امری دو یا چند وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید مگر اینکه هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد، در این صورت هر کدام می‌تواند به تنهایی آن امر را به جا آورد.

اصولاً در قانون مدنی هنگامی که چند نفر برای انجام امری معین شده باشند، اصل بر اجتماع آنها در آن کار است مگر اینکه استقلال آنها تصریح شده باشد. ماده ۸۵۴ قانون مدنی در بحث وصیت). بنابراین مطلق گذاشتن وکالت چند نفر، منصرف به اجتماع آنها در امر وکالت می‌شود.

بند اول: اثر موت، جنون و سفه یکی از وکلاء در وکالت به نحو اجتماع

ماده ۶۷۰: در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می‌شود. وکالت عقد جایز است و با موت و جنون و سفه طرفین منفسخ می‌شود. البته سفه در صورتی موجب انفساخ وکالت می‌شود که در امر وکالت، رشد لازم باشد (ماده ۹۵۴ قانون مدنی). در این ماده به جای انفساخ مسامحتاً لفظ بطلان به کار برده شده است که باتوجه به مفهوم انفساخ و بطلان (که انفساخ از هنگام انحلال عقد به بعد اثر دارد ولی بطلان از اصل اثر دارد) باید عبارت را حمل بر مفهوم انفساخ نماییم. در حالتی که دو وکیل به نحو اجتماع قرار داده شده‌اند در واقع هر دو یک نفر محسوب می‌شوند. در واقع اذنی که موکل می‌دهد به هر د نفر وکیل است و با از بین رفتن یکی از آنها این اذن مخدوش شده و وکالت منفسخ می‌شود. در واقع انفساخ در اثر عوامل خارجی بر قرارداد عارض و آن را منحل می‌نماید.^۱

دکتر کاتوزیان (کاتوزیان) معتقدند که:

هرگاه دو یا چند نفر برای انجام امری وکالت داشته باشند، اجرای وکالت بدین ترتیب است:

^۱ - حاتمی، علی اصغر، رویجانی، محمد مجتبی، بررسی تطبیقی قوه قاهره، همان، ص ۷۱.





در صورتی که دو یا چند نفر بطور اجتماع وکیل باشند، «هیچیک از آنها نمی‌تواند، بدون دیگری یا دیگران، دخالت در آن امر بنماید...» (ماده ۶۶۹ ق.م) و در صورتی که یکی از آنها فوت کند، وکالت دیگری باطل می‌شود (ماده ۶۷۰ ق.م)، زیرا به تنهای سمتی در اجرای وکالت ندارد.^۱ در این حالت، حاکم نمی‌تواند دیگری را ضمیمه وکیل موجود کند، چون بنا به فرض موکل زنده و حاضر است. همچنین، هرگاه موکل یکی از دو وکیل را عزل کند، وکالت دیگری نیز با از بین رفتن شرط بقای خود از بین می‌رود، مگر اینکه به قرائن معلوم شود که مقصود موکل حفظ نیابت دیگری است.^۲ مانند اینکه موکل، پس از عزل وکیل، شخص دیگری را بجای او منصوب کند تا با وکیل باقی مانده بطور اجتماع عهده‌دار اجرای وکالت شوند. پاره‌ای از نویسندگان اظهار نظر کرده‌اند که مقصود از بطلان وکالت از بین رفتن اختیار او در اجرای وکالت است، پس هرگاه موکل، بحای وکیل متوفی، وکیل دیگری را انتخاب کند، آن دو می‌توانند بطور اجتماع امر وکالت را انجام دهند (دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۲۳). ولی، اگر موکل تصریح به حالت اجتماع کند یا قرینه‌ای بر این امر موجود باشد، می‌توان گفت با این اقدام موکل دوباره به وکیل موجود نمایندگی داده است تا با همکار جدید عهده‌دار انجام وکالت شود. بدین ترتیب نتیجه موردنظر با ظاهر قانون مدنی نیز جمع می‌شود. با وجود این، باید دانست که ظهور مورد استناد و مفاد ماده ۶۶۹ ناظر به موردی است که چند نفر با هم و ضمن یک انشاء وکیل قرار داده شوند، وگرنه، هرگاه چند نفر در زمان‌های مختلف وکیل در امری گردند، ظاهر این است که هر کدام استقلال دارد و نمی‌توان وکالت مؤخر را به معنی عزل وکیل پیشین انگاشت، زیرا هیچ تعارضی بین آنها وجود ندارد.^۳

^۱ - پاره‌ای از نویسندگان اظهار نظر کرده‌اند که مقصود از بطلان وکالت از بین رفتن اختیار او در اجرای وکالت است، پس هرگاه موکل، بحای وکیل متوفی، وکیل دیگری را انتخاب کند، آن دو می‌توانند بطور اجتماع امر وکالت را انجام دهند (دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۲۳). ولی، اگر موکل تصریح به حالت اجتماع کند یا قرینه‌ای بر این امر موجود باشد، می‌توان گفت با این اقدام موکل دوباره به وکیل موجود نمایندگی داده است تا با همکار جدید عهده‌دار انجام وکالت شود. بدین ترتیب نتیجه موردنظر با ظاهر قانون مدنی نیز جمع می‌شود.

^۲ - سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروه الوثقی، ج ۲، ص ۱۴۰

^۳ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۴۰۶ - مقدس اردبیلی، شرح ارشاد، کتاب وکالت - شرح الیاسی، ج ۳، ص ۲۱۳ (فقه حنفی)

بند دوم: نظر دکتر سید حسن امانی در این رابطه

در صورتیکه دو نفر بنحو اجتماع در امری وکیل باشند طبق ماده ۶۷۰ ق.م. بموت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می‌شود، زیرا آن دو باید در انجام امر واحد با همدیگر تشریک مساعی و همفکری و عمل نمایند و مانند آن است که آندویک پیک را در امر وکالت تشکیل می‌دهند و چون یکی فوت کند دیگری ممنوع از انجام آن امر خواهد بود و مانند آن است که موضوع وکالت منتفی شده است. بنظر می‌رسد که با فوت یکی از دو وکیل بطلان وکالت موجبی ندارد و عدم قدرت بر انجام امر بوسیله وکل دیگر، نمی‌تواند مانند انتفاء موضوع تعهد سبب بطلان وکالت قرار گیرد، بنابراین هرگاه موکل بجای وکیل متوفی، وکیل دیگری انتخاب نماید آندو می‌توانند مجتمعاً امر وکالت را انجام دهند. ممکن است منظور ماده بالا از عبارت (وکالت دیگری باطل می‌شود) نیز بیان همین امر باشد و خواسته است تذکر دهد که نمی‌تواند کسیکه در قید حیات هست عمل وکالت را به تنهایی انجام دهد و عمل او باطل می‌باشد.



نتیجه گیری

به نظر می رسد که در پاسخ به این سؤال که آیا در حالت اجتماع وکلا با فوت یا عزل یکی از وکلا وکیل دیگر می تواند به تنهایی اقدام کند یا نه باید گفت با توجه به متن و مفاد ماده ۶۷ قانون مدنی چون با فوت یا عزل یکی از وکلا در حالت اجتماع دیگری سمتی ندارد باید گفت وکالت بقیه مدخل می شود. (بامدل) و حاکم هم نمی تواند بر خلاف و وصایت در وکالت ضم الامین نماید چون موکل زنده و حاضر است اما در فرض عزل نیز وکالت دیگری با از بین رفتن شر مابقای خود را از دست می دهد مگر قرائن بر خلاف آن را نشان دهند.

منابع و ماخذ:

۱. دکتر قاسم زاده ، سید مرتضی ، اصول قراردادها و تعهدات ، انتشارات دادگستر ، چاپ یازدهم ۱۳۸۵
۲. سید مهدی شهیدی . حقوق مدنی . حقوق مدنی ۳ . تعهدات . انتشارات مجد . چاپ دهم ۱۳۸۵
۳. حمید بهرامی احمدی . کلیات عقود و قراردادها . حقوق مدنی ۳ . چاپ نهم نشر میزان ۱۳۹۲
۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی . ترمینولوژی حقوق . گنج دانش . چاپ پنجم ۱۳۹۱
۵. سید محمد موسوی بجنوردی . قواعد فقهیه . ناشر میعاد . چاپ دهم . تهران ۱۳۹۰
۶. حسن امامی . حقیق مدنی . جلد چهارم . کتابفروشی اسلامیة ۱۳۸۹
۷. حبیب الله طاهری . حقوق مدنی . جلد چهارم . دفتر انتشارات اسلامی ۱۳۸۹
۸. حسن امامی . حقوق مدنی . جلد اول . انتشارات اسلامی ۱۳۸۲
۹. ناصر کاتوزیان . قواعد عمومی قراردادها . جلد سوم . شرکت انتشار ۱۳۸۲
۱۰. شیخ عبدالله انصاری . خيارات . مبحث شروط ۱۳۹۲
۱۱. ناصر کاتوزیان . عقود معین . جلد اول . چاپ اول . صحافی ایران ۱۳۷۶
۱۲. ناصر کاتوزیان . قواعد عمومی قراردادها . جلد پنجم . شرکت انتشار ۱۳۸۵



بررسی مبانی، آثار و شرایط انواع عفو بانگاهی به قانون مجازات جدید

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ - تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

اکبر شهریاری

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

چکیده

موضوع عفو یکی از مباحث مهم در قانون مجازات اسلامی به شمار می آید که مهمترین هدف محقق در این مقاله شناخت مبانی، آثار و شرایط عفو و روشن نمودن ابعاد حقوقی آن با بهره گیری از منابع اسلامی و دیدگاه های حقوقدانان است که پیامد آن، بازگرداندن ثبات، آرامش و امنیت به جامعه و اصلاح مجرم می باشد. عفو به دو نوع عفو عمومی و خصوصی تقسیم شده است. عفو عمومی به موجب قانون اعطا می شود و از موجبات لغو تعقیب است و عفو خصوصی که فقط ناظر به مجازات و از موجبات لغو آن است، در جمهوری اسلامی ایران با پیشنهاد رئیس قوه قضائیه و تأیید مقام رهبری صورت می گیرد که با توجه به ماده ۹۶ ق.م.ا. عفو محکومان پس از پیشنهاد رئیس قوه قضائیه با مقام رهبری است. طبق ماده ۹۷ ق.م.ا. عفو عمومی تعقیب و دادرسی را موقوف می کند، اجرای مجازات موقوف و آثار محکومیت نیز زائل می شود. با توجه به ماده ۹۸ ق.م.ا، عفو خصوصی همه آثار محکومیت را منتفی می کند؛ لیکن تأثیری در پرداخت دیه و جبران خسارت زیان دیده ندارد. در نتیجه عفو عمومی در هر مرحله ای از دادرسی های کیفری قابل اعمال است در مرحله کشف، تحقیقات مقدماتی، تعقیب، دادرسی و اجرای حکم، در حالی که عفو خصوصی مختص مرحله بعد از صدور حکم قطعی است و پیش از آن قابل اعمال نیست.

۲۳۵



بخش اول: کلیات

عفو از گذشته‌های بسیار دور در جوامع گوناگون، ادیان و قبایل مطرح بوده و به صورت‌های مختلف اعمال می‌شده است و در آموزه‌های اسلامی و آیات و روایات وارده از معصومین علیه السلام مورد تأکیدات فراوانی قرار گرفته است. براین اساس قانون جمهوری اسلامی ایران در بند ۱۱ اصل ۱۱۰ موضوع عفو را به عنوان یکی از اختیارات رهبری نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران برشمرده است. موضوع عفو در مواد ۹۶ و ۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و آیین نامه کمیسیون عفو و تخفیف مجازات محکومان مصوب ۱۳۸۷، در حال حاضر مبنای عمل کمیسیون عفو و بخشودگی قوه قضاییه است. هدف از ایجاد تأسیس معافیت از کیفر، اصلاح بزهکار و تشویق او به داشتن رفتار مناسب و قانونمند و برگرداندن آرامش و امنیت به جامعه است، به همین دلیل با وجود اینکه احراز مجرمیت می‌شود، دادگاه بزهکار را از کیفر معاف می‌کند؛ البته به شرط آن که در مدت معین مرتکب جرم جدیدی نشود.

عفو در اصطلاح حقوق کیفری، به معنای اقدامی است که با تصویب نهادهای حکومتی اعم از نهاد رهبری، مجلس قانونگذاری به منظور موقوف کردن تعقیب، دادرسی، اجرای حکم، مجازات و رفع آثار محکومیت از سبیل کیفری است. اقسام بخشودگی؛ شامل عفو عمومی و عفو خصوصی است. در عفو عمومی قانون‌گذار که خود مرجع تعیین جرم و مجازات می‌باشد با وضع قانون جدید وصف مجرمانه را از اعمالی که جرم بوده یا سلب یا تعقیب و مجازات عمل مجرمانه ارتكابی را منع می‌کند. بنابراین عفو عمومی توسط قانونگذار اعطا می‌شود و نیازمند قانون خصوصی است، ولی عفو خصوصی نیاز به قانون نداشته و توسط بالاترین مقام کشور صورت می‌گیرد و موجب می‌شود که تمامی یا قسمتی از مجازات عفو شود. عفو خصوصی مربوط به اشخاص خاص و قید شده در عفونامه است و موجب از بین رفتن سوءپیشینه کیفری مجرمان نخواهد شد. تنها اثر این نوع عفو عدم مجازات مجرم است؛ اما درخصوص عفو عمومی باید خاطر نشان ساخت که این نوع عفو از طریق مجلس قانون‌گذاری و به موجب قانون انجام می‌شود. امروزه میان صاحب‌نظران در خصوص نوع عفو و کیفیت اعطای آن اختلاف نظر وجود دارد که آیا عفو اعطایی توسط عالترین مقام، از نوع عفو عمومی است یا خصوصی؟

همچنین تردیدی نیست که حتی پس از محاکمه و صدور حکم نیز همواره اجرای مجازات یا کامل کردن آن بهترین و مؤثرترین شیوه اصلاح مجرم نیست؛ زیرا چه بسا مجرم در مدت دستگیری و

محاكمه یا تحمل مقداری از مجازات، از کرده خویش پشیمان شده باشد. در این صورت، اجرای مجازات به ویژه حبس، ممکن است آثار مخرب و نامطلوبی برجای گذارد و او را به سوی ارتکاب جرم در آینده سوق دهد.

بند اول: بررسی مفهومی موضوع

عفو به معنای گذشتن از گناه و ترك كیفر آن است و اصل و ریشه آن به معنی محو و نابودی است.^۱ عفو در لغت به معنای گذشت، مغفرت، آمرزیدن، ساقط کردن عذاب و بخشایش^۲ می باشد. در اصطلاح حقوق کیفری، عفو اقدامی است که با تصویب نهادهای حکومتی اعم از نهاد رهبری یا مجلس قانون گذاری، به منظور موقوف ماندن تعقیب متهمان و یا بخشودن تمام یا قسمتی از مجازات محکومان صورت می گیرد.^۳ هدف تحقیق شناخت و بررسی مبانی، آثار و شرایط عفو و روشن نمودن ابعاد قانونی آن با بهره گیری از منابع اسلامی، فقها و حقوق دانان با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۹۲ خواهد بود و بیان می دارد که عفو به دو نوع عمومی و خصوصی تقسیم می شود. نگارنده در جستجوی پاسخگویی به چگونگی مبانی، عفو در ایران با توجه به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است و آیا آثار و شرایط عفو در نظام حقوقی ایران، نتایج و اثر بخشی لازم را در کاهش میزان جرایم در آینده دارد؟ به نظر می آید عفو تعقیب و دادرسی و اجرای مجازات را موقوف و آثار محکومیت را زائل می کند؛ که نتیجه اش بازگرداندن امنیت به جامعه و اصلاح مجرم است؛ اما آیا می توان پاسخ گوی شبهه ها، نواقص و کاستی هایی در مورد عفو عمومی و خصوصی شد، هنوز مورد اختلاف نظر حقوقدانان است.

بند دوم: شناخت مفهومی اصلاح و واژه عفو

«عفو» (ع ف و) [ع] ۱- (مص م). بخشودن، گذشت کردن. ۲- (امص). بخشایش، گذشت. در لغت به معنی از کنار کسی گذشتن، بخشودن و گذشت کردن است.^۴ راغب در مفردات این معنی را ریشه اصلی نمی داند و معتقد است که عفو به معنای قصد گرفتن چیزی است و به همین مناسبت به وزش بادهایی که منجر به ویرانی و گرفتن چیزی می شود، این واژه اطلاق شده است و اگر به محو کردن،

^۱ - لسان العرب، ابن منظور، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۶، چاپ اول، ج ۹، ص ۲۹۴

^۲ - دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۱۰، ص ۱۵۹۷۱.

^۳ - اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۷، ص ۲۶۱.

^۴ - معین، محمد، فرهنگ معین، جلد ۲، تهران، موسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ دوم، ۱۳۵۳، ص ۲۳۱۹.



عفو اطلاق می‌گردد بخاطر این است که آن هم نوعی قصد برگرفتن چیزی است.^۱ اعطای عفو بر حسب مرجع اعطا کننده به عفو عمومی یا عام و عفو خصوصی یا خاص قابل تقسیم است. در عفو، صاحب حق، حق خود را ساقط کرده و مطالبه نمی‌کند، مانند عفو اولیای دم از قاتل، عفو مجروح از جراح و عفو مظلوم از ظالم.

عفو در اصطلاح حقوقدانان، در معانی زیر نیز آمده است: اسقاط مجازات به وسیله رئیس یک کشور و یا امام، قدر مشترک ابراء و هبه و نیز در علم اصول به معنای اباحه و براءة است.^۲ عفو، اقدامی مبتنی بر اغماض و مصالح جامعه و فرد است، که با تصویب نهادهای حکومتی اعم از نهاد رهبری یا مجلس قانونگذاری، به منظور متوقف ماندن تعقیب متهمان و یا بخشودن تمام یا قسمتی از مجازات محکومان، صورت می‌گیرد.^۳ به نظر می‌رسد این تعریف جامع‌تر و کامل‌تر از سایر تعاریف باشد.

بنابراین از طرفی عفو، گذشت شخص متضرر از جرم، از شخص مرتکب جرم است و از طرف دیگر، گذشت امام یا حاکم مسلمین (قاضی جامع الشرایط) از شخص یا اشخاصی، که ممکن است به شکلهای عفو عام، عفو خاص، یا عفو بعد از گذشت متضرر از جرم محقق گردد. منظور ما از عفو در این جا، با توجه به موارد فوق صورت دوم آن می‌باشد که منوط به عفو حاکم، و عفو بعد از گذشت متضرر جرم است.

خداوند در قرآن همانگونه که جزای مجرمان را در نظر گرفته است، عفو را برای افراد پیش بینی نموده است و می‌فرماید: «جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ»^۴، یعنی: مجازات هر بدی، بدی است و همچنین اگر کسی عفو کند پاداش او بر عهده خدا است. آنچه مسلم است، این است که بیشترین استفاده از این صیغه در قرآن کریم، همان مفهوم رایج و شایع آن، یعنی از گناه کسی گذشتن و بخشودن یا بخشایش است. عفو در اصطلاح حقوق کیفری به معنای اقدامی است که با تصویب نهاد های حکومتی اعم از نهاد رهبری، مجلس قانونگذاری به منظور موقوف ماندن تعقیب متهمان و یا بخشودن تمام یا قسمتی از مجازات محکومان صورت می‌گیرد. این تعریف عام است و شامل عفو خصوصی و عمومی هر دو می‌شود.

^۱ - راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ مفردات الفاظ قرآن کریم، قم، طلیعه نور، چاپ اول، ۱۴۲۶، ج ۱، ماده عفا

^۲ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۲۵۵۳.

^۳ - اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، چاپ بیستم، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۶۱.

^۴ - آشوری/۴۰

الف) عفو عمومی

در خصوص برخی جرایم یا گروهی از مجرمین که معمولاً در شرایط خاص مبادرت به اعمال مجرمانه ورزیده‌اند، قانون‌گذار با هدف اعاده آرامش، اعطای فرصت مجدد برای متخلفین، تقلیل التهاب اجتماعی و یا بسترسازی برای آشتی ملی، مبادرت به اعلام عفو عمومی با توسل به اختیارات قانونی خود می‌نماید.

عفو عمومی یکی از موارد سقوط مجازات و یکی از اسباب برداشتن محکومیت جزایی^۱ است. عفو عمومی به موجب قانون خاص نوعی و کلی است و در مواردی که عده زیادی در مقاصد معین شرکت کرده باشند، صادر می‌شود. این عفو ممکن است حتی قبل از دادرسی اعلان شود، معافیت از مجازات در این عفو تمام آثار جرم را از بین می‌برد. بنابراین عفو عمومی اصولاً شامل حال کلیه مرتکبان (پیش از تعقیب و در حال تعقیب) و محکومان قطعی و غیر قطعی است، اما در فرمان عفو ممکن است خلاف این اصل پیش بینی شود.

ب) عفو خصوصی

در نظام جمهوری اسلامی ایران، رهبر عالی‌ترین مقام اجرایی است و عفو از سوی رئیس قوه قضاییه پیشنهاد می‌شود. بنابراین، می‌توان گفت: «عفو خصوصی تصمیمی است که به ابتکار و با پیشنهاد قوه قضاییه و موافقت عالی‌ترین مقام اجرایی کشور، یعنی رهبری گرفته می‌شود و به موجب آن تمام یا قسمتی از مجازات محکومان بخشوده و یا به مجازات خفیف تری تبدیل می‌شود».^۲ در فرهنگ حقوقی آکسفورد، منشأ چنین بخششی حق رأفت و رحمت حکمران و رئیس حکومت دانسته شده است. یکی از شارحان قانون اساسی در تعریف عفو خصوصی با توجه به این مورد می‌گوید: «عفو خصوصی، گذشت توأم با عفوئی است که در آن رئیس قوه مجریه (عالی‌ترین مقام کشور) تمام یا قسمتی از محکومیت را می‌بخشد یا تخفیف می‌دهد یا مجازات را به مجازات سبک تری تبدیل می‌نماید».^۳ به موجب اصل نود پیش نویس قانون اساسی، در خصوص اختیارات و صلاحیت مجلس شورای ملی سابق و شورای اسلامی جدید به این شرح تصویب شده بود: «اعلام عفو عمومی پس از تصویب مجلس شورای ملی با رئیس جمهور است. همچنین رئیس جمهور حق دارد در حدود قوانین،

^۱ - آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۳، چاپ دوم، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۱۲۳.

^۲ - اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، ص ۲۶۱.

^۳ - هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، ص ۱۰۰.





مجازات محکومان را تخفیف دهد».^۱ چنانچه به مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اصل یکصد و دهم در باب اختیارات مقام رهبری مراجعه شود، در مورد تصویب اختیار اعطای عفو عمومی و چگونگی آن عده‌ای معتقد بودند باید در قانون اساسی، مفهومی تحت عنوان عفو عمومی و به موجب اصلی جداگانه، گنجانده و اختیار آن به مقام رهبری واگذار شود و این واگذاری به موجب پذیرش اصل ولایت فقیه و حق اعمال ولایت وی در تمام ابعاد جامعه اسلامی است.^۲ به رغم وجود اختلاف نظر در خصوص موضوع فوق، مبحث عفو عمومی و چگونگی و مقام اعطا کننده آن در نهایت مورد غفلت قرار گرفته و در خصوص نقش مجلس در این مورد هیچ سخنی به میان نیامده است و بالاخره با نادیده گرفتن و حذف اصل ۹۰ پیش نویس، تدوین کنندگان قانون اساسی بدون تعیین تکلیف راجع به تأسیس عفو عمومی در قالب بند ۱۱ اصل یکصد و دهم قانون اساسی (وظایف و اختیارات رهبری) چگونگی اعطای عفو خصوصی را مورد تصویب قرار داده‌اند.^۳ همین موضوع باعث شده که اعضای شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ نیز علیرغم تأکید بر پذیرش اصل ولایت مطلقه فقیه و با بحث فراوانی که راجع به اختیارات ولی امر نموده باشند،^۴ تنها با تغییری جزئی در خصوص مقام پیشنهاد دهنده عفو خصوصی، هیچ مذاکره یا مصوبه‌ای در خصوص عفو عمومی نداشته‌اند و بدین ترتیب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در باب عفو عمومی هیچ مصوبه و راهکاری ارائه نداده است، هر چند شایسته بود قانونگذار با نگاهی جدی به این مسأله، خلأ را جبران می‌کرد و تمام ابهام‌هایی را که هنوز گریبانگیر جامعه حقوقی است، برطرف می‌ساخت.

هر چند در قانون اساسی در اختیارات و صلاحیت و کیفیت اعطای عفو عمومی سخن به میان نیامده است، لکن با برداشت موسع از اصل هفتاد و یکم قانون اساسی^۵ از یک طرف و با در نظر گرفتن

^۱ - صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۴، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، چاپ اول ۱۳۶۴، ص ۱۵۴.

^۲ - صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۲۴، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، چاپ اول ۱۳۶۴، ص ۱۱۹۹.

^۳ - صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۲۴، همان، ص ۱۲۰۶.

^۴ - پیشین، جلد ۳، ص ۱۳۰۷.

^۵ - اصل ۷۱ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند».



دیدگاه‌های دیگر حقوقدانان^۱ می‌توان این اختیار را در صلاحیت مجلس شورای اسلامی دانست؛ چرا که صلاحیت قانونگذار از این حیث محدود نیست اگر چه برخی معتقدند که این عفو اعم از عمومی و خصوصی در صورتی مشروعیت دارد که به نحوی به ولی امر منتسب گردد^۲ و حقوقدانان عرب نیز بر آن صحه گذاشته‌اند^۳ و برخی آن را از شئون ولی امر دانسته‌اند.^۴ در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ۹۶ قانون مزبور، عفو خصوصی پیش بینی شد. این ماده مقرر می‌دارد: «عفو یا تخفیف مجازات محکومان، در حدود موازین اسلامی پس از پیشنهاد رئیس قوه قضائیه با مقام رهبری است». حال چنانچه مجلس شورای اسلامی بنا به مصلحت، اقدام به تصویب قانون مبنی بر عفو عمومی نماید و سپس آن قانون به تصویب شورای محترم نگهبان و فقهای انتخاب شده از سوی ولی امر برسد، چنین قانونی لازم الاجرا خواهد بود و در عمل نیز مجلس شورای اسلامی و قبل از آن شورای انقلاب چنین قوانینی را به تصویب رسانیده‌اند.^۵

بند سوم: رویه عفو و بخشودگی در حقوق موضوعه

رویه جاری در خصوص عفو به دو صورت عمومی و خصوصی صورت می‌گیرد، به طوری که اختیار رهبر در اعطای عفو خصوصی در قبال محکومیت‌های تعزیری و بازدارنده، به جز رعایت «موازین اسلامی» قید دیگری ندارد. درباره تفاوت آثار عفو عمومی و خصوصی بین حقوقدانان اتفاق نظر وجود دارد و همگی معتقدند که عفو خصوصی موجب معافیت محکوم کیفری از اجرای کیفر مورد عفو است، اما آثار محکومیت کیفری جز کیفر اصلی و هر آنچه در حکم عفو بدان تصریح شده باشد، به قوت خود باقی است، در حالی که «عفو عمومی» همه آثار محکومیت کیفری را از بین می‌برد، جز

^۱ - گارو، رنه، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ترجمه و تطبیق سید ضیاء‌الدین نقابت، جلد دوم، تهران، چاپ اول، انتشارات ابن سینا، بی تا، ص ۷۶۶.

^۲ - قدسی، سید ابراهیم و سید رضا سجودی، «عفو در حقوق کیفری ایران و بررسی فقهی آن»، فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۷۵، سال ۱۳۸۵، ص ۱۶.

^۳ - عوده، عبدالقادر، حقوق جزای اسلامی (التشریع الجنایی الاسلامی)، جلد اول، تهران، معاونت فرهنگی جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲، ص ۲۵۳.

^۴ - ابن‌الکریم، زید، پیشین، ص ۸۸.

^۵ - در این خصوص میتوان به قانون عفو و منع تعقیب دارندگان اسلحه غیر مجاز مصوب ۱۶ فروردین ۱۳۶۲ توسط مجلس شورای اسلامی دوره اول و لایحه قانونی عفو عمومی متهمان و محکومان جزایی مصوب ۱۳۵۸/۶/۱۳ توسط شورای انقلاب اشاره نمود.



آنچه در حکم عفو استثنا می‌شود. براین اساس قانون اساسی در بند ۱۱ اصل ۱۱۰ موضوع عفو را به عنوان یکی از اختیارات رهبری نظام جمهوری اسلامی ایران برشمرده است و به تبع آن در قوانین عادی موضوع عفو پیش بینی شده است، همچنین مواد ۹۶ و ۹۸ و ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و ماده ۶ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه های عمومی و انقلاب^۱ و ماده ۳۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر که در همه آنها موضوع عفو مورد تبیین قرار گرفته است و براساس اصل ۱۱۰ قانون اساسی و آیین نامه کمیسیون عفو و تخفیف مجازات محکومان مصوب ۱۳۸۷ در حال حاضر مبنای عمل کمیسیون عفو و بخشودگی قوه قضائیه است.

در ماده ۲۵ آیین نامه^۲ به صراحت بیان شده است که جرایمی مانند قاچاق مواد مخدر، در موارد حق الناس (قصاص که باید از سوی اولیای دم صورت گیرد)، سرقت مسلحانه، تجاوز به عنف و جرایم علیه امنیت (جاسوسی، محاربه، آدم ربایی، اغتشاش) امکان عفو مجرمان وجود ندارد. مفهوم مخالف این ماده این است که عفو شامل جرایم دیگر می‌شود. عفو عمومی را قوه مقننه (مجلس شورای اسلامی) مقرر می‌کند و شامل متهمانی می‌شود که طبق ماده ۹۷ ق.م.ا، مثلاً در جریان یک شورش، حادثه‌ای اتفاق افتاده و ۱۰۰ نفر در این شورش، هنوز محکوم نشده‌اند و قانون این ۱۰۰ نفر محکوم را از مجازات معاف می‌کند. گاهی هم عفو به صورت موردی اتفاق می‌افتد که اساس آن بر رفتار و کردار زندانی در زندان است، به طوری که پیشنهاد اعطای عفو در کمیسیونی به همین نام ارائه می‌شود و سپس با در نظر گرفتن مواردی همچون شرکت زندانی در فعالیت‌های مذهبی، اصلاحی و مانند اینها برای او درخواست عفو خواهد شد. «رأفت اسلامی» بهترین عنوان برای عفوهای مناسبی به زندانیان است، زیرا از یک سو می‌تواند تأثیری عمیق و ماندگار بر ادامه رفتار زندانی در بیرون از زندان و خانواده آن بگذارد و از سوی دیگر، سایر زندانیان را به رویکردهایی مانند عفو در اعیاد و تشویق آنها برای رفتار پسندیده در زندان آگاه کند. عفو می‌تواند پاداش حسن رفتار و اخلاق مجرم در دوره

^۱ - ماده ۶ ق. آ. د. ع. و. ا. ک. تعقیب امر جزایی و اجرای مجازات که طبق قانون شروع شده باشد موقوف نمی‌شود، مگر در موارد زیر: اول - فوت متهم یا محکوم علیه در مجازات‌های شخصی. دوم - گذشت شاکی یا مدعی خصوصی در جرائم قابل گذشت. سوم - مشمولان عفو. چهارم - نسخ مجازات قانونی. پنجم - اعتبار امر مختومه. ششم - مرور زمان در مجازات‌های بازدارنده. تبصره - هرگاه مرتکب جرم قبل از صدور حکم قطعی مبتلا به جنون شود تا زمان افاقه تعقیب متوقف خواهد شد.

^۲ - آیین نامه کمیسیون عفو و تخفیف مجازات محکومین مصوب ۱۳۸۷/۹/۱۲ رئیس قوه قضائیه

تحمل مجازات حبس باشد، عفو می تواند موجبی برای باز اجتماعی شدن مجرم و ایجاد فرصت جدید برای وی جهت ارائه خدمات مثبت به جامعه و جبران آسیب های وارده به جامعه باشد.

بخش دوم: بررسی شرایط و آثار عفو در قانون مجازات اسلامی جدید

بند اول: خصایص و ویژگی های عفو

در عفو اسلامی افرادی که طبق تایید مقام عالی قضایی برای عفو مورد تأیید باشند به رهبری اعلام شده و به دستور ایشان مورد عفو قرار می گیرند. شرایط عفو در موارد زیر احراز می شود:

- اگر جرمی مورد عفو واقع شود و شاکی خصوصی دادخواست ضرر و زیان نداده باشد، قرار تامین خواسته صادره در آن مورد فک شود.
- هرگاه شخصی محکوم به حبس و رد مال حاصل از جرم به صاحب آن شود و حبس او مشمول عفو عمومی شود، حکم به رد مال چون جنبه کیفری ندارد، مشمول عفو نمی شود.
- عفو یا تخفیف مجازات به وسیله مقام رهبری مربوط به بعد از قطعیت احکام است.
- عفوی که از طرف مقام رهبری داده می شود عفو خصوصی است و تاثیری در مجازات های تبعی و تکمیلی ندارد.
- عفو شامل انفصال خدمت نمی شود؛ مگر در موارد مصرح در قانون.
- لغو حکم آزادی مشروط و یا تعلیق اجرای حکم مانع استفاده از عفو نیست.
- در صورتی که فرمان عفو، کلی باشد و زندانیان خاصی را چه از نظر نوع مجرمیت و یا از نظر تابعیت بیگانه مستثنی نکرده باشد، عفو شامل اتباع خارجی با رعایت شرایط می شود.
- استفاده از عفو در محکومیت به جزای نقدی، بنا بر آنچه از ماده ۴ آیین نامه کمیسیون عفو و بخشودگی و تبصره های ذیل ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی استنباط می شود، منع قانونی ندارد و استفاده قبلی متقاضی از آزادی مشروط در مورد حبس، موجب محرومیت او از استفاده از عفو مقام رهبری نیست.
- عفو عمومی که به تصویب قوه مقننه می رسد رافع آثار جرم و محکومیت است. سایر عفو ها فقط اجرای حکم را موقوف می کند، اما آثار محکومیت به حال خود باقی است؛ بنابراین محکومینی که قبل از اتمام مجازات مشمول عفو و از زندان آزاد شده اند، عفو آنان رافع آثار قبلی نمی شود.
- قاضی مجری نیابت نیز می تواند پیشنهاد عفو محکوم علیه را بدهد.





- عفوی که قوه مقننه و یا شورای انقلاب اسلامی تصویب و اعطا کرده، عفو عمومی محسوب و عفوی که مقام رهبری اعطا کنند، عفو خصوصی است و در عفو خصوصی آثار تبعی جرم زائل نمی‌شود، مگر اینکه در دستورالعمل عفو خصوصی تصریح شده باشد.
- گاهی هم عفو به صورت موردی اتفاق می‌افتد که اساس آن بر رفتار و کردار زندانی در زندان است؛ به طوری که پیشنهاد اعطای عفو در کمیسیونی به همین نام ارائه و با در نظر گرفتن مواردی همچون شرکت زندانی در فعالیت‌های مذهبی، اصلاحی و ... برای او درخواست عفو می‌شود.
- گاهی عفو تعدادی از زندانیان و خروج آنان از زندان، امنیت جامعه را به خطر می‌اندازد، بنابراین این گروه که جزو مشتریان دایمی زندان‌ها هستند، به دلیل تعدد ارتکاب به جرایم مشمول عفو نخواهند شد.
- بر اساس رأفت اسلامی امتیازاتی به زندانی ارائه می‌شود که عفو مشروط یا تعویق اجرای حکم، یکی از آنهاست، اما تصمیم نهایی با مقام رهبری و تفویض رئیس قوه قضاییه است.
- برای اینکه زندانی بتواند از این رأفت اسلامی برخوردار باشد، باید مواردی را رعایت کند که در میان آنها، در پیش گرفتن اخلاق و رفتار مناسب در زندان و تاثیرگذاری بر سایر هم‌سلولی‌ها، از نکات اصلی به شمار می‌رود.

بند دوم: مبانی عفو عمومی

عفو عمومی یکی از اسباب سقوط دعوی به شمار می‌آید و جنبه آمرانه دارد. متهم یا محکوم علیه حق ندارد از قبول آن امتناع ورزد. عفو عمومی به موجب قانون مقرر می‌شود و می‌تواند در کلیه مراحل دادرسیهای کیفری، تعقیب متهم و یا اجرای مجازات را موقوف نماید. اکنون باید دید مبنای نظری عفو چیست؟ آیا عفو محکومان توجیه حقوقی و اجتماعی دارد یا خیر؟ و در صورت داشتن توجیه، آیا شارع مقدس اسلام نیز آن را تجویز کرده است؟

«صرف نظر از اینکه حکومت‌ها از زمان‌های گذشته گاه به لحاظ ملاحظات خاصی تعقیب یا مجازات مجرمین را متوقف می‌کردند عموماً پس از تحولات سیاسی و بحران‌های اجتماعی یا اتفاقات غیر عادی همچون جنگ و خاتمه بحران و رفع بیم هر گونه بی‌نظمی، رئیس حکومت یا قوه مقننه متهمین را مورد عفو عمومی قرار می‌دهند که بدین وسیله حس کینه توزی و انتقام و میل مرتکبین جرایم مزبور که ممکن است در صدد به دست آوردن فرصت و تکرار عملیات خود باشند تسکین داده می-



شود»^۱، تردیدی نیست که اجرای مجازات همیشه بهترین و موثرترین شیوه برای اصلاح بزهکار نیست و مصلحت جامعه نیز همیشه مقتضی مجازات شدن مجرم نیست. بر همین اساس از روزگاران کهن قضا زدایی و کیفر زدایی به روش های مختلف، مطرح بوده است. اگر پیامبر (ص) پس از فتح مکه عفو عمومی اعلام نمی کرد بسیاری در صدد فرصت و ضربه زدن به پیامبر (ص) و حکومت نوپای اسلام بر می آمدند. اما پیامبر (ص) با دوراندیشی که داشتند، نه تنها از این تهدید جلوگیری کردند، بلکه با نشان دادن رأفت اسلامی، باعث شدند تا مردم دسته دسته و فوج فوج به سوی اسلام بیایند.

بنابر منابع اسلامی، عفو عمومی اولاً و بالذات متعلق به خداوند است^۲ و به جعل شارع مقدس، پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) و ولی فقیه به عنوان حاکم اسلامی در غیاب معصوم (ع) می توانند در اوضاع و شرایط خاصی خواه به صورت مطلق و خواه مشروط، با در نظر گرفتن غبطه و منافع جامعه اسلامی آن را اعطا نمایند.^۳ از این رو طبیعت و خصوصیت عفو عمومی، عمومیت آن است، به این معنا که در مورد متهمان و محکومان متعدد اعمال می شود، نه یک فرد. عفو عمومی آن بخشودگی است که وصف مجرمیت را از فعل مرتکب می زداید؛ با این بیان که عفو به زمان اجرای مجازاتی که شامل عفو شده برمی گردد و صفت مجرمیت را از آن فعل می گیرد، گویا چنین عملی انجام نشده است یا اصلاً قانون چنین عملی را جرم نمی شناسد.^۴ برخی با تفصیل بیشتر گفته اند: در واقع عفو عمومی، به صورت عطف به ماسبق شدن خصیصه مجرمانه را از برخی اعمال می گیرد. توضیح اینکه اعمالی که طبق قانون، جرم به حساب آمده و محقق شده و شخص به واسطه آن اعمال محکوم شده و بعداً به موجب قانون دیگری فرض می شود که آن عمل هرگز جرم نبوده است و خصیصه مجرمانه از آنها گرفته می شود.^۵ بنابراین عفو عمومی معمولاً برای جرائمی است که در مواقع انقلابات سیاسی و بحران های شدید اجتماعی وقوع می یابد و عده زیادی از افراد جامعه به خاطر مقاصد مشترک سیاسی - اجتماعی در آن

^۱ - سمیعی، حسن، حقوق جزا، تهران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، ص ۵۲.

^۲ - مائده / ۹۵ «خداوند از آنچه در گذشته واقع شده، عفو کرده است و هر کس تکرار کند خداوند از او انتقام می گیرد»

^۳ - در آیات مختلف، خداوند علاوه بر امر بر اطاعت مسلمین از پیامبر و ولی فقیه («اطيعوا الله و اطيعوا الرسول...») (سوره نساء، آیه ۵۹)، بر عفو عمومی تأکید نموده است. از جمله در آیه ۱۹۵ سوره آل عمران که شأن نزول آن در ارتباط با آن دسته از مسلمانان است که در جنگ احد اقدام به فرار نمودند. که خداوند می فرماید: «ایشان را عفو کن و برای ایشان طلب آمرزش نما».

^۴ - زاکای صافی، طه، المبادئ الاساسية لقانون العقوبات البنياني، القسم العام، طرابلس لبنان، المؤسسة الحديثه للكتاب، الطبعة الاولى، ۱۹۹۳ میلادی، ص ۴۱۲.

^۵ - افراسیابی، محمد اسماعیل، حقوق جزای عمومی، جلد ۲، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۷، ص ۲۷۳.



شرکت می‌کنند. حق عفو عمومی متعلق به جامعه است. لذا جامعه می‌تواند بنا به مصالح و مقتضیات از تعقیب مجرمان و حتی از اجرای مجازات مقرر درباره آنان صرف نظر بکند.

بند سوم: شرایط عفو عمومی

از دیدگاه قانون مجازات اسلامی یکی از شرایط معافیت از کیفر در ماده ۳۹ ق.م.ا، فقدان سابقه کیفری مؤثر است. شرط بعدی آن است که شاکی گذشت کند و فرد محکوم علیه زیان شاکی را جبران کند یا ترتیبی برای جبران آن بدهد. این موارد شرایط معافیت از کیفر در ماده ۳۹ ق.م.ا، است که ناظر به جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ است. قانونگذار در ماده ۴۵ ق.م.ا، می‌گوید: «شرط معافیت از کیفر آن است که باید مدت تعویق بگذرد». مدت تعویق در ماده ۴۰ ق.م.ا، شش ماه تا دو سال است که دادگاه مدت آن را تعیین می‌کند و لازم است این مدت طی شود تا دادگاه ملاحظه کند شخص مرتکب جرم که مجازاتش تعویق شده، چقدر به دستوراتی که دادگاه تعیین کرده، پایبند بوده است؟ این که گفته می‌شود که در ماده ۳۹ ق.م.ا، حکم قطعی نیست، باید گفت حکمی که صادر می‌شود می‌تواند قطعی شود. تفاوت ماده ۳۹ ق.م.ا، با ماده ۴۵ ق.م.ا، این است که در ماده ۳۹ ق.م.ا، دادگاه ضمن صدور حکم محکومیت، مثلاً در فرض تخفیف مجازات، یک تخفیف برای شخص در نظر می‌گیرد یا با لحاظ وضع شخص، حکم معافیت از کیفر صادر می‌کند. در شرایط استفاده از عفو موارد زیر رعایت می‌شود که عبارتند از:

- (۱) نداشتن بیش از دو فقره سابقه محکومیت مؤثر کیفری.
 - (۲) عدم ارتکاب جرم عمدی جدید مستوجب مجازات درجه یک تا پنج موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ در ایام تحمل حبس یا در زمان مرخصی اعطایی.
 - (۳) نداشتن شاکی خصوصی و یا جلب رضایت وی و یا جبران ضرر و زیان مدعی خصوصی و زیان دیده (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) تا تاریخ ۱۳۹۴/۴/۳۱.
 - (۴) عدم استفاده از عفو در محکومیت‌های قبلی و فعلی.
- لازم به ذکر است معاونت در جرائم به استثناء قتل عمد، نیاز به جلب رضایت شاکی خصوصی نداشته و مانع اعمال عفو نمی‌باشد.
- بنابراین، عفو (اعم از عمومی و خصوصی) در صورتی مشروعیت دارد که به نحوی به ولی امر منتسب شود و با توجه به ماده ۲۵ آئین‌نامه کمیسیون عفو و تخفیف مجازات محکومین شرایط عفو و تبدل مجازات به آنها تعلق گیرد.

بند چهارم: آثار و مبانی عفو عمومی

عفو عمومی پیش از محکومیت قطعی، دعوای عمومی را ساقط می‌سازد. بنابراین چنانچه دعوای عمومی تعقیب نشده باشد، پس از آن دیگر تعقیب نخواهد شد و یا اگر تعقیب شروع شده و منتهی به صدور حکم نشده باشد موقوف می‌گردد.^۱ از آنجا که عفو عمومی از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است، شخص نمی‌تواند از قبول آن امتناع نماید و تقاضای تعقیب و رسیدگی به اتهام خود را از مرجع قضایی بخواهد. بنابراین هر گاه متهم تعقیب شده باشد و دعوای عمومی به صدور حکم قطعی منتهی شود با عفو عمومی آثار محکومیت زایل می‌گردد.

از آن جهت که عفو عمومی موجب محو کلیه آثار جرم از جمله مجازات‌های اصلی و تبعی و تکمیلی شده و نیز شامل معاون جرم می‌گردد و موجب زوال وصف مجرمانه می‌گردد.^۲ به نظر می‌رسد تفاوت اصلی عفو عمومی با نسخ قانون^۳ در همین نکته بسیار مهم است که عفو عنوان مجرمانه را زایل نمی‌کند بلکه اعمالی را که از نظر قانون همچنان جرم است چنانچه در قبل ارتکاب یافته باشد به جهت مصالحی که بیان شد مشمول عفو قرار می‌دهد و در صورتی که عنوان و وصف مجرمانه را زایل نماید در آن صورت بدان نسخ قانون گفته می‌شود. بنابراین عفو عمومی در هر مرحله‌ای که باشد تعقیب را متوقف می‌نماید و در تمام مراحل اعم از تعقیب و قبل از صدور حکم و یا بعد از آن قابل اعطا است.^۴ این عفو محکومیت کیفری را زایل می‌کند و چنانچه قسمتی از مجازات اجرا شده باشد، از اجرای بقیه آن خودداری به عمل می‌آید و محکوم علیه فوراً آزاد می‌شود.^۵ در صورت تصریح قانونگذار، علاوه بر مجرمین اصلی، شرکا و معاونین جرم را نیز شامل می‌شود چرا که اصولاً صرف‌نظر از شخصیت مجرمین اعطا می‌گردد؛ مگر اینکه عفو به صورت شخصی باشد که به طبقه خاصی و یا فرد خاصی اطلاق داشته باشد که در این صورت شرکاء و معاونین جرم، قابل تعقیب و مجازات می‌باشند. عفو عمومی از علل



۱- اردبیلی، محمد علی، پیشین، ص ۲۷۲ و ایرج گلدوزیان، پیشین، ص ۴۱۲.

۲- ر.ک: صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۳۲۲، ایشان معتقدند که: قانونگذار که خالق جرایم و مجازات‌هاست می‌تواند وصف مجرمانه را از اعمالی که جرم بوده است بزداید.

۳- ماده ۹۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص نسخ قانون مقرر می‌دارد: «نسخ قانون، تعقیب و اجرای مجازات را موقوف می‌کند. آثار نسخ قوانین کیفری به شرح مندرج در ماده (۱۰) این قانون است».

۴- گارو، رنه، پیشین، ص ۷۶۵.

۵- در این خصوص ماده ۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «عفو عمومی ...، تعقیب و دادرسی را موقوف می‌کند. در صورت صدور حکم محکومیت، اجرای مجازات موقوف و آثار محکومیت نیز زائل می‌شود».



سقوط دعوا محسوب می‌گردد، لذا عنوان مجرمانه را زایل نمی‌کند و تنها قوه مقننه اعمال و افعالی را که جرم بوده و هست، به دلایل سیاسی و اجتماعی مورد عفو قرار می‌دهد.^۱ عفو عمومی حق تکلیف تعقیب، رسیدگی و اجرای حکم درباره رفتار مورد عفو را از مرجع قضایی سلب می‌کند. همینطور در ماده ۶ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب^۲ در امور کیفری، تنها در برگیرنده صدور قرار موقوفی تعقیب و قرار موقوفی اجرای مجازات درباره متهمان تعقیب شده و محکومان قطعی یا کسانی است که در حال تحمل مجازات می‌باشند، زیرا در صورت تعقیب پس از عفو باید قرار منع پیگرد صادر شود نه موقوفی تعقیب. اجرای مجازات همیشه بهترین و موثرترین شیوه اصلاح مجرم نیست زیرا چه بسا افرادی هستند که همین مقدار که خود را خطاکار یافتند، متنبه شده و از راه خطا برمی‌گردند. امام علی (ع) می‌فرماید: «رب ذنب مقدار العقوبه علیه اعلام المذنب به».^۳ چه بسا جرمی که صرف اعلام و گوشزد کردن آن به مرتکب برای مجازات کردن وی کافی است. در این گونه موارد حفظ شخصیت اجتماعی و عزت و احترام او در جامعه، آثار اصلاحی بهتری دارد و شخص خود را در مقابل مدیریت جامعه و سازمان اجتماعی بدهکار می‌بیند. به عکس، اجرای مجازات به حیثیت وی ضربه زده و نه تنها ارتکاب جرم قبح و زشتی اولیه‌اش را در نظر او از دست می‌دهد و ننگ مجازات شدن در نظرش کمرنگ می‌شود، بلکه ممکن است شکسته شدن حیثیت اجتماعی، در دل او کینه و نفرتی ایجاد کند که به فکر انتقام برآید و مخالفت‌های شدیدتری را مرتکب گردد. بر همین اساس در فرهنگ اسلامی مخصوصاً بر این نکته تأکید شده است که تا گذشت و اغماض ممکن است از مجازات و کیفر دادن استفاده نشود. امام علی (ع) در وصیتی به امام حسن (ع) می-

^۱ - شیری، عباس، پیشین، ص ۶۵.

^۲ - ماده ۶ - تعقیب امر جزایی و اجرای مجازات که طبق قانون شروع شده باشد موقوف نمی‌شود، مگر در موارد زیر:

اول - فوت متهم یا محکوم علیه در مجازات‌های شخصی.

دوم - گذشت شاکی یا مدعی خصوصی در جرائم قابل گذشت.

سوم - مشمولان عفو.

چهارم - نسخ مجازات قانونی.

پنجم - اعتبار امر مختومه.

ششم - مرور زمان در مجازات‌های بازدارنده.

تبصره - هرگاه مرتکب جرم قبل از صدور حکم قطعی مبتلا به جنون شود تا زمان افاقه تعقیب متوقف خواهد شد.

^۳ - لثی الواسطی، علی بن محمد، عیون الحکم و المواعظ، قم، دارالحديث، ۱۳۷۶، ص ۲۶۷.



فرمایند: «اگر یکی از شما خطایی مرتکب شد، عفو همراه با عدالت، ضربه‌اش موثرتر از مجازات است، البته نسبت به کسانی که عقل دارند».^۱

امام (ع) دو قید را آورده‌اند: یکی عدالت است، زیرا عفو زمانی شایسته است که موجب تضییع حق دیگران نشود و دیگری درک ارزش عفو است. کسی که نمی‌تواند ضربه عفو را درک کند باید ضربه مجازات او را به خود آورد. از این رو در روایات به عفو و گذشت نسبت به لغزش انسان‌های با شخصیت بیشتر تأکید شده است. حضرت علی (ع) در این رابطه می‌فرماید: از لغزش مردم نیک و باشخصیت چشم پوشی کنید.^۲

باید به این نکته توجه کرد که اگر غرض اصلی از مجازات، اصلاح بزهکار است، گاهی عفو بهتر از مجازات، این هدف را تأمین می‌کند. پروفیسور گارو در این زمینه معتقد است اجرای صحیح و عاقلانه عفو موجب تشویق محکومین به اتخاذ راه صلاح و ارشاد آنها به اصلاح می‌شود.^۳

نکته دیگر شایان توجه این است که مجازات را قاضی در موقع صدور حکم محکومیت، معین می‌کند و نظر به احوال متهم در همان روز دارد و حال آن که چه بسا احوال غیرقابل پیش بینی بعداً پیدا می‌شود که هر یک از آنها برای قطع و عدم اجرای مجازات کافی است.^۴

تمایل قانونگذار بر تمسک مجرم به توبه و دفع کیفر از خود به نحوی گسترده در مدارک و منابع اسلامی منعکس است. پیراستن از زشتی و بزهکاری اگر چه ممکن است در پی اجرای کیفر نیز حاصل شود اما هیچ طهارتی برتر از توبه نخواهد بود. امام باقر (ع) می‌فرماید: «کسی که از گناه توبه می‌کند همانند کسی است که مرتکب گناه نشده است».^۵ علاوه بر موارد یاد شده، عفو خصوصی، تدبیری برای کاهش شدت مجازات‌هاست. این امتیاز خصوصاً در جرایم سیاسی به رئیس مملکت اجازه می‌دهد تا با عفو سران و رهبران سیاسی، بار دیگر آرامش و نظم را در جامعه مستقر کند.^۶ بر همین اساس،

^۱ - رفیعی، عطاء الله، «بررسی جایگاه عفو در تنبیه»، روزنامه رسالت، شماره ۱۹۱۴، مورخه ۱۳۷۱/۶/۵، ص ۱۴.

^۲ - نهج البلاغه، حکمت شماره ۲۰. «ایموا ذوی المروئات عثرانهم...».

^۳ - گارو، رنه، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ترجمه و تطبیق سید ضیاءالدین نقابت، جلد دوم، تهران، چاپ اول، انتشارات ابن سینا، بی تا، ص ۷۸۰.

^۴ - گارو، همان، صص ۷۷۹-۷۸۰.

^۵ - کلینی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، جلد ۲، چاپ اول، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۲۷.

^۶ - اردبیلی، محمد علی، پیشین، ص ۲۶۱.



برخی از نویسندگان حقوق از آن به عنوان یک ضرورت اجتناب ناپذیر یاد می‌کنند و وجود چنین نهادی را برای حکومت، لازم و واجب می‌دانند.^۱

بنابراین در بیان ضرورت عفو خصوصی برای جامعه و قانونی بودن آن فوایدی دارد که به قرار ذیل است:

۱- عفو خصوصی از عواقب و نتایج احکامی که در اثر اشتباهات قضات محاکم عدلیه صادر و قطعی گردیده جلوگیری می‌نماید هر چند که تمامی آثار مترتب بر حکم را محو نمی‌کند اما به هر حال عفو خصوصی نوعی چاره اندیشی سریع است.

۱- وجود عفو در قوانین به زندانیان امیدواری بخشیده، که در صورت خوش رفتاری و انضباط زندان و نشان دادن آثار اصلاح مورد عفو واقع خواهند شد.

۲- عفو چاره مناسبی است برای کاهش شدت مجازات و ایجاد توازن میان عدالت و رحمت. بنابراین حق اعطای عفو امتیازی است که قوای حاکم هر کشور در اختیار دارد تا بتوانند در اعمال حاکمیت خود مصالح و منافع گوناگونی را تأمین کند. این امتیاز خصوصاً در جرایم سیاسی به رئیس مملکت اجازه می‌دهد تا با عفو سران و رهبران سیاسی بار دیگر آرامش و نظم را در جامعه مستقر سازد. عفو خصوصی تدبیری است برای کاهش مجازات‌ها از جمله مجازات اعدام در وضعی که ما بعد دیگر تحمل چنین مجازات‌هایی را ندارد. علاوه بر آن، اعطای عفو در ترمیم خطاها و اشتباهات قضایی بسیار مؤثر است.

بند پنجم: شرایط عفو خصوصی

نکته دیگری که در این قسمت قابل توجه است این که تأثیر عفو، مشروط به قبول محکوم علیه نیست؛ زیرا عفو یا تخفیف مجازات محکومان از حقوق عمومی به شمار می‌آید.^۲

با توجه به ماده ۲۶ کمیسیون موارد زیر مشمول عفو، تخفیف و تبدیل مجازات نمی‌شود:

۱- قاچاقچیان حرفه‌ای ۲- موارد حق الناس ۳- سرقت مسلحانه ۴- تجاوز به زنا به عنف ۵- مصادیق مهم جرائمی از قبیل: جاسوسی، محاربه، قاچاق سلاح و مهمات، اختلاس، ارتشاء و آدم ربایی ۶- محکومین به جرائم مستوجب حد شرعی اعدام و رجم مانند زنا محصنه و لواط مشروط بر اینکه جرم آنان با شهادت شهود عادل ثابت شده باشد.

^۱ - فوده، عبدالحکم، انقضاء الدعوی الجنائیه و سقوط عقوبتها، بیروت، منشاه المعارف بالاسکندریه، ۱۹۹۴ میلادی، ص ۴۲۴.

^۲ - آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۲۳۴.

با توجه به ماده ۲۴ کمیسیون عفو، جرایم ارتكابی، از نوع سرقت مسلحانه، قاچاقچیان حرفه‌ای، تجاوز و زنای به عنف، اعدام و رجم با اثبات شهادت شهود، جاسوسی، محاربه، قاچاق سلاح و مهمات، اختلاس، ارتشاء و آدم‌ربایی نباشد.

بنابراین:

الف- عفو خاص شامل بزه‌کارانی شده که به موجب حکم دادگاه محکومیت شان قطعی و قابل اجراء گردیده است. لذا احکامی که به مرحله قطعیت و لازم‌الاجرا شدن نرسیده شامل نمی‌شود.
ب- مطابق آئین نامه بخشودگی و عفو مقرر شده اعطای عفو به تحمل بخشی از مجازات مشروط شده و یا حکم محکومیت در حال اجرا باشد.

ج- در استفاده محکومان از عفو خاص باید استحقاق آنها اجرا بشود که آیا مجازات در بزه‌کار تأثیر گذاشته است؟ لذا با در نظر گرفتن اوضاع اجتماعی روانی تک تک محکومان و اطمینان خاطر از رفتار آتی آنها، مشمول عفو قرار می‌گیرند.

بند ششم: آثار عفو خصوصی

پس از موافقت ولی امر با اعطای عفو نسبت به محکومان، از آنجا که این عفو قطعی و از شخص خاص (ولی امر) نشأت می‌گیرد و نه از جانب قانونگذار، واجد آثاری به قرار ذیل می‌باشد:

الف- مهمترین اثر عفو خصوصی سقوط مجازات است. به عبارت دیگر، عفو خصوصی اجرای مجازات را متوقف می‌سازد و در نتیجه محکوم علیه از تحمل تمام یا قسمتی از مجازات معاف می‌گردد.^۱ از سوی دیگر، تخفیف و تبدیل مجازات‌ها تنها نسبت به تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده قابل اعمال است و حدود و قصاص و دیات نیز تابع احکام خود هستند.

ب- برخلاف عفو عمومی، عفو خصوصی آثار محکومیت را زایل نمی‌کند.

ج- معافیت از تمام یا بخشی از مجازات اصلی، نباید تأثیری بر مجازات‌های تنیمی و تبعی که از آثار محکومیت کیفری است داشته باشد، مگر آن که در پیشنهاد و فرمان عفو به این گونه مجازات‌ها که نوعاً تعزیری است تصریح شده باشد.

د- عفو خصوصی نسبت به حقوق زیاندیدگان از جرم بی اثر است.

^۱ - شیری، عباس، سقوط مجازات در حقوق کیفری اسلام و ایران، تهران، مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، چاپ اول،





ه- عفو خصوصی تأثیری در مورد شرکاء و معاونین جرم ندارد؛ زیرا عفو خصوصی به مجرم توجه دارد نه به جرم و عمل ارتكابی، لذا جنبه شخصی و فردی دارد و تنها شامل افراد مورد نظر مقنن می‌شود. بنابراین به شرکاء و معاونین جرم تعمیم پیدا نمی‌کند.

در خصوص حقوق اشخاص ثالث باید گفت که: عفو خصوصی تأثیری در حقوق متضرر از جرم ندارد بلکه محکوم علیه باید نسبت به پرداخت ضرر و زیان مورد حکم اقدام کند یا قراری در این خصوص گذاشته و یا رضایت مدعی خصوصی را جلب کرده باشد. این شرط در کلیه آیین نامه‌های کمیسیون عفو و بخشودگی تصریح شده است.^۱

«عفو» برابر قوانین کشور ایران به دو دسته عمومی و خصوصی تقسیم می‌شود، اما برابر قانون مجازات اسلامی مصوب اردیبهشت سال ۹۲ در فصل یازدهم خود با عنوان «سقوط مجازات» و در ذیل مبحث اول خود به بیان مقررات مربوط به عفو مجرمان و متهمان پرداخته است. هرچند در قانون جدید نیز تشریفات انجام عفو خصوصی دقیقاً مثل قانون سابق و در نتیجه با پیشنهاد رییس قوه قضاییه و دستور مقام رهبری است.

همچنین در این راستا در ماده ۹۷ ق.م.ا. آمده است: «عفو عمومی که به موجب قانون در جرائم موجب تعزیر اعطاء می‌شود، تعقیب و دادرسی را موقوف می‌کند. در صورت صدور حکم محکومیت، اجرای مجازات موقوف و آثار محکومیت نیز زائل می‌شود.» و در ماده ۹۸ ق.م.ا. جدید: «عفو، همه آثار محکومیت را منتفی می‌کند لکن تأثیری در پرداخت دیه و جبران خسارت زیان‌دیده ندارد.»

بر اساس ماده ۱۱۴ ق.م.ا، در جرایم موجب حد به استثنای قذف و محاربه، هر گاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌شود. همچنین اگر جرایم فوق غیر از قذف، با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رییس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست کند. قانون مجازات کنونی در این بخش ناظر به عفو عمومی بوده و قانون مجازات سابق در این قسمت بیان‌کننده اثر عفو خصوصی است. اما به طور کلی هیچ کدام از دو قانون مجازات اسلامی، قیدی در مورد نوع عفو در این باره درج نکرده و بنابراین موجب اشتباه و سردرگمی مردم و به خصوص حقوقدانان شده‌اند.

^۱ - آخرین آیین نامه مصوب که در حال حاضر نیز لازم الاجرا می‌باشد، آیین نامه کمیسیون عفو و بخشودگی مصوب ۱۳۷۳/۹/۱۹ می‌باشد.

ماده ۳۹ ق.م.ا، تحت عنوان تخفیف مجازات و معافیت از آن و ماده ۴۵ ق.م.ا، تحت عنوان تعویق صدور حکم است. در حقیقت یکی از تفاوت‌های این دو ماده آن است که ماده ۳۹ ناظر به جرایم تعزیری درجه ۷ و درجه ۸ و ماده ۴۵ ناظر به جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸ است. بنابراین بر اساس ماده ۳۹ این قانون، شرط معافیت از کیفر این است که دادگاه کیفیات مخففه را احراز کند؛ یعنی ابتدا مجرمیت شخص و سپس کیفیات مخففه را احراز می‌کند و تشخیص می‌دهد که اگر مجازات اجرا نشود، مرتکب اصلاح می‌شود یا نه؟ زیرا یکی از اهداف اعمال مجازات اصلاح مرتکب است. از این رو در قوانین کشور ما قانون‌گذار برای مجازات؛ مواردی را از قبیل تخفیف مجازات، تعلیق مجازات، تشدید مجازات و سقوط مجازات در نظر گرفته است که توجه به هر یک از این موارد در راستای دستیابی به هدف مورد نظر نقش مهمی در صدور رأی عادلانه دارد. همانطور که گفته شد عفو باید با درخواست رییس قوه قضاییه و به دستور مقام رهبری انجام شود، اما این بخشش مشمول همه زندانیان نمی‌شود و برخی از آنان باید دوره محکومیت خود را تمام و کمال بگذرانند. مطابق قانون مجازات اسلامی مجرمان حرفه‌ای قاچاق، جاسوسی، اختلاس، سرقت مسلحانه، تجاوز و زنا به عفو افرادی هستند که مشمول عفو یا تخفیف قرار نمی‌گیرند.



نتیجه گیری

از مجموع مباحث به دست آمده موضوع راجع به مبانی، آثار و شرایط انواع عفو با نگاهی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نتیجه گرفته شد:

«عفو» به دو دسته عمومی و خصوصی تقسیم شده است، عفو اگر به صورت چشم پوشی از اجرای تمام یا قسمتی از مجازات محکوم باشد، عفو خصوصی است، ولی اگر به فراموشی سپردن و نادیده گرفتن جرم باشد، عفو عمومی است. در نظام کیفری اسلام، آنجا که عفو تجویز شده، اختیار آن، اعم از عفو خصوصی و عفو عمومی، با رهبر جامعه است که با رعایت مصلحت فرد و اجتماع، آن را اعمال می کند. بنابراین در شریعت اسلام، عفو محکومان و مجرمان در مجازات های مختلف با شرایط خاص پذیرفته شده است و آیات و روایات بر آن دلالت دارند و سیره عملی پیامبر (ص) و علی (ع) نیز آن را تأیید می کنند.

به استناد بند ۱۱ از اصل ۱۱۰ قانون اساسی و ماده ۹۶ ق.م.ا، عفو خصوصی از اختیارات مقام رهبری است و مختص مرحله بعد از صدور حکم قطعی است و پیش از آن قابل اعمال نیست و فقط اجرای مجازات را در حدی که مورد عفو قرار گرفته است، موقوف می کند و قبول آن برای متهم اجباری نیست. در اغلب موارد، اعطای عفو خصوصی به درخواست محکوم علیه منوط می شود. با توجه به ماده ۹۷ ق.م.ا، عفو عمومی تعقیب و دادرسی را موقوف می کند و در صورت صدور حکم محکومیت، اجرای مجازات موقوف و آثار محکومیت نیز زائل می شود. همچنین در ماده ۹۸ ق.م.ا، عفو همه آثار محکومیت را منتفی می کند؛ لکن تأثیری در پرداخت دیه و جبران خسارت زیان دیده ندارد.

از دیدگاه قانون مجازات اسلامی، عفو عمومی، شامل تمامی افراد می شود و ضمن حذف و الغاء مجازات ها، آثار محکومیت را از بین می برد و خللی به ماهیت عنوان و وصف مجرمانه وارد نمی سازد، زیرا عنوان و وصف مجرمانه کماکان باقی است و کلیه کسانی که بعد از تاریخ معین مرتکب آن شوند، برابر مقررات به مجازات می رسند. در خصوص تأثیر عفو عمومی بر حقوق اشخاص، ابطال حکم محکومیت جزایی مستلزم بطلان دعاوی حقوقی نمی تواند باشد، مگر اینکه در قانون خلاف آن تصریح شده باشد. پس عفو عمومی هیچ تأثیری بر حقوق اشخاص زیان دیده از جرم ندارد، زیرا وقتی مجازات از بین رفت، آثار فعلی که باعث زیان شده است، همچنان باقی است.

در خصوص این سوال که آیا عفو عمومی وصف مجرمانه عمل ارتكابی را از بین می برد یا خیر، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. اما در جواب سوال مذکور می توان گفت: از آن جهت که عفو

عمومی موجب محو کلیه آثار جرم از جمله مجازات‌های اصلی و تبعی و تکمیلی شده و شامل معاون جرم می‌گردد، از این رو عفو عمومی نیز موجب زوال وصف مجرمانه می‌گردد و نهایتاً در پایان این مقاله پیشنهادات زیر قابل توجه است:

۱- از آنجا که در مواردی، عفو محکومان و حفظ حیثیت اجتماعی ایشان آثار سازنده‌تر و مفیدتری نسبت به اجرای مجازات دارد و امنیت و آسایش جامعه را بهتر تأمین می‌کند، لذا پیشنهاد می‌شود که این مورد به صورت آشکار در تمامی مجازات‌ها مورد تصریح مقنن قرار گیرد.

۲- پیشنهاد می‌شود در مواردی که ولی امر حق عفو و صرف‌نظر کردن از مجازات حدی را دارد، بتواند به میزانی که تعزیر در تنبیه و اصلاح محکوم مؤثر است، مجرم را تعزیر نماید. تصریح به این مطلب در قانون امری شایسته و نیکو می‌باشد.

۳- تکرار جرم از موارد منع عفو باشد.

منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم

۲. آیین نامه کمیسیون عفو و تخفیف مجازات محکومین مصوب ۱۳۸۷/۹/۱۲ رئیس قوه قضائیه
۳. ابن منظور، لسان العرب، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ اول، ج ۹، بیروت
۴. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، چاپ هفدهم، نشر میزان ۱۳۹۰
۵. افراسیابی، محمد اسماعیل، حقوق جزای عمومی، جلد ۲، تهران، انتشارات فردوسی جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ۱۳۸۹
۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ مفردات الفاظ قرآن کریم، قم، طلیعه نور، چاپ اول ۱۴۳۰
۷. رفیعی، عطاء الله، «بررسی جایگاه عفو در تنبیه»، روزنامه رسالت، شماره ۱۹۱۴، مورخه ۱۳۷۱/۶/۵
۸. زاکای صافی، طه، المبادئ الاساسیه لقانون العقوبات البنانی، القسم العام، طرابلس لبنان، الموسسه الحديثه للكتاب، الطبعة الاولى، ۱۹۹۳ میلادی
۹. سمیعی، حسن، حقوق جزا، تهران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۴۸
۱۰. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۹۲
۱۱. شیرینی، عباس، سقوط مجازات در حقوق کیفری اسلام و ایران، تهران، مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۸۲
۱۲. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، گنج دانش ۱۳۸۲
۱۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۲۴، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، چاپ اول ۱۳۶۴
۱۴. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۴، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، چاپ اول ۱۳۶۴
۱۵. عوده، عبدالقادر، حقوق جزای اسلامی (التشريع الجنایی الاسلامی)، جلد اول، تهران، معاونت فرهنگی جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۸۷
۱۶. فوده، عبدالحکم، انقضاء الدعوی الجنائیه و سقوط عقوبتها، بیروت، منشاه المعارف بالاسکندریه ۱۹۹۴
۱۷. قدسی، سید ابراهیم و سید رضا سجودی، «عفو در حقوق کیفری ایران و بررسی فقهی آن»، فصلنامه مطالعات اسلامی ۱۳۸۵

۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، جلد ۲، چاپ اول، بیروت، دارالاضواء ۱۴۱۳
۱۹. گارو، رنه، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ترجمه و تطبیق سید ضیاءالدین نقابت، جلد دوم، تهران، چاپ اول، انتشارات ابن سینا ۱۳۸۲
۲۰. لیشی الواسطی، علی بن محمد، عیون الحکم و المواعظ، قم، دارالحديث ۱۳۹۰
۲۱. نهج البلاغه، حکمت شماره ۲۰، ترجمه انصاریان، حسین، تهران، ناشر پیام آزادی ۱۳۹۰



بررسی مبانی و اصول مسئولیت مدنی معمار در نظام حقوقی ایران

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۳/۰۳ - تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۰۵/۰۵)

کیانوش یوسفیان

مدرس دانشگاه

مریم فرهادی مسترخانی

چکیده

در حقوق اسلام از مسایل مربوط به مسئولیت مدنی به معنی خاص در قسمت «ضمان قهری» بحث شده است. بر اساس بیمه نامه مسئولیت حرفه ای مهندسین، مسئولیت حرفه ای اشخاص یاد شده در رابطه با طراحی، محاسبه و نظارت ساختمانی مطابق قوانین بیمه و مسئولیت، قانون نظام مهندسی ساختمان و قانون شهرداری و آئین نامه های اجرایی مربوطه در برابر مالکین ساختمان ها، اشخاص ثالث (شامل همسایگان، عابرین و ...) و کارکنان اجرایی پروژه ساختمانی تحت پوشش بیمه ای قرار می گیرد. تعهدات بیمه ای برای خسارت بدنی تا مبلغ دیه قانونی برای هر نفر و برای خسارت مالی مطابق تقاضای مهندس طراح، محاسب و ناظر خواهد بود. در این تحقیق با بررسی دقیق و عمقی مسئولیت مدنی معماران در امر ساخت و تعهدات منعقد شده آن ها با کارگران در حین انجام وظایف محوله در نظام معماری و حقوقی کنونی کشور به تحقیق و پژوهش خواهیم پرداخت.

۲۵۹



بخش اول: کلیات

بند اول: فلسفه مسئولیت مدنی

حقوق مدنی مانند دیگر رشته های حقوق از جهات تاریخی، حقوقی، تطبیقی، قضایی و فلسفی مورد مطالعه قرار می گیرد. مطالعه حقوق مدنی از جهت فلسفی عبارتست از: «تحقیق در علت و وضع قوانین موضوعه و سنجش سود و زیان اجتماعی آن و پیدا کردن طرح بهتری که بتواند منافع اجتماعی افراد را تأمین نماید». اهمیت مسئولیت مدنی تا آنجاست که گروسیوس در ابتدای کتاب خود با عنوان «رساله حقوق جنگ و صلح» علم حقوق را در سه اصل خلاصه می کند و «لزوم جبران ضرر» را یکی از آن سه اصل می داند. روشن است در این صورت اطلاع از مبانی فلسفی لزوم جبران خسارت که موضوع اصلی مسئولیت مدنی را تشکیل می دهد، یک ضرورت است. نحوه ی رفتار افراد با یکدیگر از لحاظ فلسفه اهمیت بسزایی دارد و در مسئولیت مدنی بیش از هر جای دیگر حقوق این پرسش مطرح می شود که: افراد چگونه باید با یکدیگر رفتار کنند؟ وانگهی، مسئولیت مدنی مبتنی بر مفاهیمی مانند تقصیر، رابطه سببیت، مسئولیت، اراده، آزادی، سودمندی، حقیقت و سرانجام عدالت است که هر کدام از دیدگاه فلسفه از اهمیت فوق العاده ای برخوردارند و از این لحاظ مسئولیت مدنی بر مبنای فلسفی استوار است. فلسفه به ما می گوید: مسئولیت مدنی چیست و در اصل چگونه باید باشد و چه اصول و هدف هایی دارد و چرا؟ پس روشن است، مطالعه مسئولیت مدنی از دیدگاه فلسفه درک ما را از آن بیشتر می کند و باعث می شود تا ساختار نظریش را بهتر درک کنیم و آن را با اصول و آرمان های فردی و اجتماعیمان سازگار کنیم.

وقتی زبانی به بار می آید که در نتیجه ی آن فرد یا افرادی دچار گرفتاری و بدبختی می شوند این پرسش اساسی مطرح می شود که هزینه ی این بدبختی را، که لازمه ی زندگی اجتماعی است، چه کسی باید تحمل کند؟ زیان دیده، وارد کننده ی زیان، جامعه و یا کس دیگری؟ بر اساس چه اصولی باید به این پرسش پاسخ داد و برای تحقق این اصول چه نهاد هایی را باید ایجاد کرد؟ به عبارت دیگر، چرا و با چه توجیهی وارد کننده ی زیان باید از لحاظ مدنی مسئول شناخته شود؟ استحقاق زیان دیده برای جبران خسارت از کجا ناشی می شود؟ هدف ها و کارکرد های نظام مسئولیت مدنی کدام است؟ در صورتی که مسئولیت مدنی در دستیابی به هدف هایش ناکام ماند تکلیف چیست؟ مسئولیت مدنی تا چه میزان با واقعیت های اخلاقی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی



انطباق دارد و در صورت عدم انطباق با آن چه باید کرد؟ مسئولیت مدنی چه ارتباطی با سایر ساز و کارهای جبران خسارت مانند بیمه و تامین اجتماعی دارد؟

بند دوم: مفهوم مسئولیت مدنی

الزامی که برای هر شخص وجود دارد رعایت یکسری قوانین و مقررات است و بر این اساس اگر هر کس به دیگری ضرری وارد کند بایستی آن را جبران نماید که در فقه از آن به قاعده (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) تعبیر شده است. (در اسلام هیچ گونه ضرری توجیه نشده است). در مسئولیت مدنی موضوع بدین شیوه بیان شده است که هر کس در اثر و نتیجه بی احتیاطی، سهل انگاری و بطور کلی در اثر تقصیر، خسارتی به دیگری وارد کند مسئول جبران خسارت وارده می باشد.

ماده ۱ ق.م.م مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ بیان می دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمدا یا در نتیجه بی احتیاطی 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 لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد». در هر مورد که شخص موظف به جبران خسارت دیگری است، می گویند در برابر او مسئولیت مدنی دارد یا ضامن است. این قاعده عاقلانه از دیرباز وجود داشته است که (هر کس به دیگری ضرر بزند باید آن را جبران کند، مگر در مواردی که اضرار به غیر به حکم قانون باشد یا ضرری که به شخص وارد آمده است ناروا و نامتعارف جلوه نکند). و چون زیان هایی که از کار اشخاص به دیگران می رسد گاه لازمه ی زندگی اجتماعی است، همه ی بحث ها برای این است که معلوم شود در کجا زیان وارد شده ناروا و خلاف عرف است و باید جبران شود و در چه مورد باید آن را به حکم ضرورت تحمل کرد؟

برای اینکه مفهوم مسئولیت مدنی، روشن شود، باید آن را از مسئولیت کیفری و اخلاقی بازشناخت و تفاوت های آن را با مسئولیت قراردادی معین کرد.

بخش دوم: بررسی و شناخت حقوقی معمار و معماری

معماری یعنی ارائه بهترین راه حل، چه استفاده از راه حل های گذشته، چه خلق راه حل جدید برای رسیدن به هر هدفی. معماری هنر و دانش طراحی بناها و سایر ساختارهای کالبدیست. تعاریف جامع تر، بیش تر معماری را شامل طراحی تمامی محیط مصنوع از طراحی شهری و طراحی منظر تا طراحی خرد جزییات ساختمانی و حتی طراحی مبلمان می دانند. طراحی معماری در اصل استفاده خلاقانه از توده، فضا، بافت، نور، سایه، مصالح، برنامه و عناصر برنامه ریزی مانند هزینه، ساخت و فناوری است به



منظور دستیابی به اهداف زیبا شناختی، عملکردی و اغلب هنری. این تعریف، معماری را از طراحی مهندسی که استفاده خلاقانه از مصالح و فرمها با بهره گیری از ریاضیات و قواعد علمی است، متمایز می کند.

آثار معماری به عنوان نمادهای فرهنگی، سیاسی و اجتماعی یک کشور شناخته می شوند. تمدنهای تاریخی نخست از طریق همین آثار معماری شناخته می شوند. ساختمانهایی چون تخت جمشید، اهرام ثلاثه مصر، کالاسیوم روم از جمله چنین آثاری محسوب می شوند. آثاری که پیوند دهنده مهم خودآگاهیهای اجتماعی بوده اند. شهرها، مذاهب و فرهنگها از طریق همین یادواره ها خود را می شناسانند.

بند اول: معانی و تعاریف معماری

باید توجه داشت که امروزه واژه «معماری» در دو معنای وابسته بکار می رود:

یکی معماری به عنوان «فرایند ساماندهی فضا» که اسم معنا شمرده شده است و به یک فعالیت آفرینشگر (خلاقانه) آدمی توجه دارد و بر پایه ی علمی - تجربی، هنر و فناوری ساخت پدید می آید. این برداشت بیشتر از سوی معماران صورت می گیرد. دوم معماری به عنوان «دستآورد ساماندهی فضا» یا اثر معماری که اسم ذات شمرده شده است و به ساختمانهایی اشاره دارد که پیش از ساخت آنها این فرآیند پیموده شده است. این برداشت بیشتر از سوی باستان شناسان و مورخین معماری بکار می رود. در یک تعریف کلی از معماری ویلیام موریس چنین می نویسد: معماری؛ شامل تمام محیط فیزیکی است که زندگی بشر را در بر می گیرد و تا زمانی که جزئی از دنیای متمدن بشمار می آییم، نمی توانیم خود را از حیطه آن خارج سازیم، زیرا که معماری عبارت از مجموعه اصلاحات و تغییراتی است که به اقتضای نیازهای انسان، بر روی کره زمین ایجاد شده است که تنها صحراهای بی آب و علف از آن بی نصیب مانده اند. ما نمی توانیم تمام منافع خود را در زمینه معماری در اختیار گروه کوچکی از مردمان تحصیل کرده بگذاریم و آنها را مامور کنیم که برای ما جستجو کنند، کشف کنند، و محیطی را که ما باید در آن زندگی کنیم شکل دهند و بعد ما آن را ساخته و پرداخته تحویل بگیریم و سپس شگفت زده شویم که ویژگی و کارکرد آن چیست. بعکس این بر ماست که هر یک، به نوبه خود ترتیب صحیح بوجود آمدن مناظر سطح کره زمین را سرپرستی و دید بانی کنیم و هر یک از ما باید از دستها و مغز خود، سهم خود را در این وظیفه ادا کند.

بند دوم: ریشه یابی واژه معماری

واژه «معماری» در زبان عربی از ریشه «عمر» به معنای عمران و آبادی و آبادانی است و «معمار» ، بسیار آباد کننده. در زبان فارسی برابرهایی گوناگونی برای آن آمده است مانند: «والادگر»، «راز» ، «رازیگر» ، «زاویل» ، «دزار» ، «بانی کار» و «مهراز». مهراز، واژه‌ای است که از «مه» + «راز» درست شده و مه برابر مهتر و بزرگ بنیان است. بنابراین از دو بخش « مه » ، به معنای بزرگ و «راز» به معنای سازنده درست شده است. این واژه برابر مهندس معمار به تعبیر امروزی است. در زبان لاتین نیز واژه از دو بخش به معنای سر، سرپرست و رئیس و به معنای سازنده درست شده که کاملاً همتراز با واژه مهراز می باشد. مفهوم دقیق واژه معماری ریشه در واژه یونانی به معنای ساختن ویژه دارد، ساختنی که هدایت شده و همراه با آرخه باشد. آرخه (از فعل آرخین) به معنای هدایت کردن و اداره کردن است. همانگونه که گفته شد در کلیه زمینه های هنری معماری جاری است و معمار هر هنری به نامی نامیده میشود همانند شاعر که معمار شعر است نقاش که معمار اثر است و مجسمه ساز که معمار پیکر تراشیده و معمار بناها و یا ابنیه معمار آن نمایه ها می باشد.

بخش سوم: پروانه اشتغال به کار مهندسی ، حدود صلاحیت و ظرفیت اشتغال

بند اول : پروانه اشتغال به کار مهندسی

دارندگان مدرک تحصیلی کارشناس و بالاتر در هر یک از رشته های اصلی یا رشته های مرتبط می توانند از طریق تقاضای صدور پروانه اشتغال به کار مهندسی با توجه به مدارک تحصیلی و سوابق کار و تجربه در یک یا چند زمینه خدمات مهندسی از طریق طراحی ، محاسبه ، نظارت ، اجرای بهره برداری ، نگهداری ، کنترل و بازرسی امور آزمایشگاهی ، مدیریت ساخت و تولید، نصب ، آموزش و تحقیق درخواست تشخیص صلاحیت نمایند. برای صدور پروانه اشتغال علاوه بر دارا بودن مدرک تحصیلی ، گواهی اشتغال به کارآموزی و گواهی قبولی در آزمون های مربوط و سابقه کار حرفه ای در رشته های تخصصی و فنی مربوط، بعد از تاریخ اخذ مدرک به شرح زیر ضروری است :

الف - دارندگان مدرک علمی دکتری با حداقل (۱) سال کارآموزی یا سابقه کار.

ب - دارندگان مدرک کارشناسی ارشد با حداقل (۲) سال کارآموزی یا سابقه کار.

پ - دارندگان مدرک کارشناسی با حداقل (۳) سال کارآموزی یا سابقه کار.

گواهی اشتغال به کار و تجربه عملی و سابقه کار متقاضی در صورتی معتبر شناخته خواهد شد که توسط واحدهای فنی وزارتخانه ها، سازمانهای دولتی یا وابسته به دولت ، شهرداری ها، شخصیت های





حقوقی شاغل در رشته های موضوع قانون ، شرکت های ساختمانی یا مهندسان مشاور که دارای پروانه اشتغال به کار مهندسی شخص حقوقی می باشند و یا توسط دو نفر از مهندسان با بیش از ده سال سابقه کار و دارای پروانه اشتغال به کار مهندسی و یا توسط نظام مهندسی استان تأیید و صادر شده باشد.

در گواهی اشتغال مذکور موارد زیر باید درج شود :

الف - نام ، محل و مشخصات پروژه ای که متقاضی در آن اشتغال داشته است .

ب - مدت اشتغال متقاضی با ذکر تاریخ شروع و خاتمه کار.

پ - نام و مشخصات تحصیلی متقاضی .

ت - نام ، مشخصات ، سمت و شماره پروانه اشتغال شخص حقیقی یا حقوقی صادر کننده گواهی .
متقاضی پروانه اشتغال باید تقاضای کتبی خود را طبق فرم مخصوصی که توسط وزارت مسکن و شهرسازی تهیه شده و حاوی نکات ضروری که متقاضی باید تعهد و رعایت نماید نیز می باشد، تکمیل نموده همراه با مدارک زیر تسلیم نماید.

الف - فتوایی مصدق مدرک تحصیلی که ارزش دانشگاهی و رشته و درجه علمی آن صریحاً توسط وزارت فرهنگ و آموزش عالی مورد تصویب و تأیید قرار گرفته باشد، به کیفیتی که اطمینان به صحت آن برای مرجع صادر کننده پروانه اشتغال محرز شود.

ب - گواهی اشتغال به کار

پ - گواهی قبولی در آزمون .

ت - فتوایی کارت کد اقتصادی متقاضی .

ث - فیش بانکی مربوط به پرداخت عوارض صدور پروانه اشتغال .

ج - مدارک عضویت نظام مهندسی استان مربوط .

چ - مدارک هویت به ترتیبی که در فرم تقاضای پروانه اشتغال تعیین و مقرر شده است .

ح - سایر مدارکی که ارائه آنها به موجب مقررات این آیین نامه و یا قوانین حاکم بر صدور این گونه مدارک الزامی باشد.

وزارت مسکن و شهرسازی پس از بررسی تقاضای پروانه اشتغال و مدارک ضمیمه آن در صورت کامل بودن ، حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ وصول ، پروانه اشتغال مورد درخواست را صادر خواهد نمود و در صورت کافی نبودن مدارک ، مراتب را ظرف (۱۵) روز با ذکر نواقص به طور کتبی به متقاضی اعلام خواهد نمود. وزارت مسکن و شهرسازی در استانهایی که شرایط را مقتضی تشخیص

دهد، وصول تقاضای پروانه اشتغال و مدارک مربوط را به عهده نظام مهندسی استان محول خواهد کرد. نظام مهندسی استان در این حالت پس از بررسی و تأیید و تنظیم پرونده، آن را برای صدور پروانه اشتغال به وزارت مسکن و شهرسازی ارسال خواهد کرد. اشخاص حقیقی دارای پروانه اشتغال به کار مهندسی در رشته و تخصصی که تشخیص صلاحیت شده اند به طور فردی یا به طور مشترک با مسئولیت مشترک می توانند اقدام به تأسیس دفتر مهندسی بنمایند. دفاتر مهندسی قائم به شخص یا اشخاص حقیقی دارای پروانه اشتغال می باشد و امتیاز آن قابل واگذاری نیست. اشخاص مذکور موظف به نگهداری دفاتر قانونی بر اساس ماده ۹۶ قانون مالیات های مستقیم می باشند. دفاتر مهندسی مذکور می تواند با توجه به حدود صلاحیت افراد دارنده پروانه اشتغال که عضو دفتر می باشند از وزارت مسکن و شهرسازی درخواست صلاحیت بنمایند. در ماده ۱۰ این آیین نامه آمده است که: «اشخاص حقوقی با دارا بودن شرایط و ارائه مدارک به شرح زیر می توانند در یک یا چند رشته، مشروط بر اینکه حداقل دو نفر از مدیران آن دارای پروانه اشتغال به کار مهندسی یا کاردانی باشند تقاضای صدور پروانه اشتغال شخص حقوقی بنمایند.

الف - فتوایی پروانه اشتغال به کار مهندسی یا کاردانی اشخاص حقیقی فوق الذکر.

ب - یک نسخه فتوایی اساسنامه و روزنامه رسمی حاوی آگهی تأسیس و آخرین تغییرات و یک نسخه از صورتجلسه مجمع عمومی و مدارک مربوط به ثبت آن در مورد انتخاب مدیر یا مدیران و کسانی که دارای حق امضا می باشند.

پ - مدارک مربوط به احراز صلاحیت از سازمان برنامه و بودجه و سایر مراجع ذی ربط در صورت وجود.

ت - فتوایی کارت کد اقتصادی متقاضی.

ث - فیش بانکی مربوط به پرداخت عوارض صدور پروانه اشتغال.

ج - ارائه مدارک عضویت در نظام مهندسی استان.

چ - هر نوع مدارک دیگری که در فرم تقاضای پروانه اشتغال اشخاص حقوقی تعیین و مقرر شده باشد. تبصره - تغییرات اساسنامه یا ترکیب مدیران باید ظرف حداکثر یک ماه به مرجع صادر کننده پروانه اشتغال اطلاع داده شود و در صورتی که تغییرات مذکور به موقع اطلاع داده نشود و یا مدیرانی که دارای پروانه اشتغال شخص حقیقی می باشند از مدیریت شخص حقوقی خارج شوند، وزارت مسکن و شهرسازی می تواند حسب مورد پروانه اشتغال مدیران یا شخصیت حقوقی یا هر دو را لغو کند».

بند دوم: حدود صلاحیت و ظرفیت اشتغال

در ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان حدود صلاحیت و ظرفیت اشتغال پروانه کار مهندسی را بیان نموده است:

پروانه اشتغال به کار مهندسی در چهار درجه پایه (۳)، پایه (۲)، پایه (۱) و ارشد صادر می شود. برای متقاضیان پروانه اشتغال، با داشتن سوابق تجربی یا کارآموزی به میزان مندرج در ماده (۵) پروانه اشتغال (پایه ۳) صادر می شود.

جهت ارتقا از پایه (۳) به پایه (۲) داشتن (۴) سال و از پایه (۲) به پایه (۱)، (۵) سال و از پایه (۱) به ارشد (۶) سال سابقه کار حرفه ای در پایه قبلی و موفقیت در آزمون مربوط ضروری است.

تبصره ۱- اشخاصی که در حال حاضر دارای پروانه اشتغال به کار مهندسی در رشته های اصلی می باشند و یا با داشتن سوابق کار بیشتر از میزان مندرج در ماده (۵) این آیین نامه، متقاضی دریافت پروانه اشتغال هستند، چنانچه ظرف یک سال از تاریخ ابلاغ این آیین نامه جهت تعویض یا دریافت پروانه اشتغال مراجعه نمایند، با احتساب سنوات تجربه حرفه ای طبقه بندی و بدون آزمون در یک درجه پایین تر قرار خواهند گرفت و در صورتی که بعد از ضرب الاجل مذکور مراجعه نمایند درجه پروانه اشتغال با توجه به سنوات تجربه حرفه ای و موفقیت در آزمون هر یک از درجات مذکور تعیین خواهد شد.

تبصره ۲- در ظرف یک سال موضوع تبصره (۱) این ماده جهت انطباق اشخاص به درجه مهندسی ارشد، شورای مرکزی سوابق و شرایط متقاضیان را بررسی و پس از تأیید صلاحیت حرفه ای، آنها را جهت اخذ درجه مهندسی ارشد به وزارت مسکن و شهرسازی معرفی می کند. اشخاص مذکور می توانند تا سیر تشریفات مذکور، با اخذ پروانه اشتغال پایه (۱) به کار خود ادامه دهند. پس از پایان مهلت مذکور، انطباق درجه متقاضیان مهندسی ارشد یا احراز درجه مذکور نیز تابع شرایط عمومی مندرج در این آیین نامه خواهد بود.

تبصره ۳- وزارت مسکن و شهرسازی موظف است با توجه به تعداد متقاضیان هر درجه و رعایت تناسب مورد نیاز جامعه به آن، به طور مستمر در فواصل زمانی معین نسبت به برگزاری آزمون های مربوط اقدام کند.

تبصره ۴- تعیین حدود صلاحیت و ظرفیت اشخاص حقوقی که به وسیله سازمان برنامه و بودجه تشخیص صلاحیت و تعیین ظرفیت شده یا می شوند، مطابق دستورالعملی خواهد بود که به طور مشترک توسط وزارت مسکن و شهرسازی و سازمان برنامه و بودجه تهیه و ابلاغ می شود.

به منظور تعیین حدود صلاحیت و ظرفیت اشتغال دارندگان پروانه اشتغال در مهندسی ساختمان، فعالیت های مهندسی بر اساس پیچیدگی عوامل و حجم کار به چهار گروه "الف"، "ب"، "ج" و "د" تقسیم می شود.

برای تعیین فعالیت های مهندسی در بخش ساختمان، ساختمانها به چهار گروه به ترتیب زیر تقسیم می شوند:

گروه "الف" با مقیاس کاربری محله (۱) تا (۲) طبقه ارتفاع از روی زمین یا حداکثر زیربنای (۶۰۰ متر مربع).

گروه "ب" با مقیاس کاربری ناحیه (۳) تا (۵) طبقه ارتفاع از روی زمین یا حداکثر زیربنای (۲۰۰۰ متر مربع).

گروه "ج" با مقیاس کاربری منطقه (۶) تا (۱۰) طبقه ارتفاع از روی زمین یا حداکثر زیربنای (۵۰۰۰ متر مربع).

گروه "د" با مقیاس کاربری شهر بیش از (۱۰) طبقه ارتفاع از روی زمین یا بیش از (۵۰۰۰ متر مربع).

طبقه بندی صلاحیت برای هر یک از گروه های ساختمان در محل هایی که مهندس معمار یا عمران به تعداد کافی نباشد طبق نظر وزارت مسکن و شهرسازی حسب مورد از خدمات مهندسی رشته های مرتبط یا رشته های دیگر یا کاردان های دارای صلاحیت استفاده می شود. ظرفیت اشتغال دارندگان پروانه اشتغال در رشته های مختلف و در هر استان به پیشنهاد نظام مهندسی استان و تصویب وزارت مسکن و شهرسازی تعیین می شود. دارندگان پروانه اشتغال و کلیه مراجع صادر کننده پروانه ساختمان و سایر مجوزهای مربوط موظفند حدود صلاحیت و ظرفیت اشتغال مندرج در پروانه اشتغال را رعایت نمایند.

بند سوم: حفاظت و ایمنی در کارگاه ها

به طور کلی مسئله حفاظت و ایمنی در کارگاه ها چه از جنبه انسانی و چه از نقطه نظر اقتصادی حائز اهمیت بسیار می باشد. دانش حفاظت و ایمنی کارگاه اگرچه یک علم جوان است ولی به علت

احتیاج وافری که در این رابطه احساس می گردید در زمان کوتاهی تکامل بسیار یافته است اما متأسفانه در تمام جهان جنبه ی انسانی این مسئله تا آن اندازه که جنبه ی اقتصادی اش مطرح است مورد توجه قرار نگرفته و به همین دلیل در علم مهندسی حفاظت اکثراً روش های علمی و آماری و احتمالی چگونگی و علل سوانح و روش های پیشگیری آنها بررسی می شود. و با کمال تأسف هر سانحه ای فقط از نظر اقتصادی مورد توجه قرار می گیرد.

بند چهارم: لزوم اجرای برنامه های حفاظتی در کارگاه ها

با توجه به توسعه صنعت و تکنولوژی که در اوایل قرن بیستم با سرعت زیادی آغاز شد. در کنار پیشرفت کارگاههای صنعتی، کارگاههای ساختمانی نیز به شدت دستخوش دگرگونی گردید و با توجه به این مسئله که در آن زمان توجه به مسائل حفاظت و ایمنی در امور متداول نشده بود تعداد صدمات و سوانح در کارگاههای صنعتی و ساختمانی بسیار بالا بود به طوری که دولت ها درصدد برآمدند که به نحوی اجرائی از این اتفاقات بکاهند و بدین منظور ابتدا قوانین شدیدی وضع کردند و سپس از طریق شرکت های بیمه، مقاطعه کاران را تشویق و ترغیب به اجرای آن برای چاره اندیشی مشکل مذکور نمودند و بدین روش شرکت های بیمه برای بیمه کردن کارگران حق بیمه متعارفی را که دولت بنابر چگونگی هر کار تعیین می نمود از مقاطعه کاران دریافت می کرد و هرگاه پس از یکسال و یا یک دوره از کار یک کارگاه در صورتی که شرکت مذکور می توانست تعداد سوانح را در کارگاههایش کاهش یا به حداقل برساند تخفیفی متناسب با این کاهش می دادند و بالعکس چنانچه تعداد سوانح از حد متوسط بیشتر می شد، حق بیمه بیشتری از وی طلب می کردند. این راه حل تا حدی مؤثر واقع شد و پیمانکاران مجبور شدند که یک برنامه حفاظتی مناسب را به موقع اجرا در آورند.

باید توجه داشت بطور کلی هر حادثه و سانحه ای دو گونه مخارج به وجود می آورد:

الف- مخارج مستقیم

مخارج مستقیم از قبیل پرداخت حق بیمه کارگر، بالا رفتن حق بیمه شرکت، پرداخت غرامات ناشی از حادثه و غیره.

ب- مخارج غیر مستقیم

از قبیل وقت تلف شده کارگران که در اثر حادثه بوجود آمده، متوقف شدن کوتاه مدت کار، مخارج مربوط به وسیله صدمه دیده، تلف شدن مواد و مصالح و از این قبیل که هرگز بیمه آنها را قبول نمی کند و مستقیماً برعهده پیمانکار می باشد.

با توجه به آمارهای تهیه شده تعداد سوانح در کارگاههای ساختمانی به مراتب بیشتر از کارگاههای صنعتی است، بنابراین لزوم اجرای برنامه های حفاظتی مناسب در کارگاههای ساختمانی را میبایستی به عنوان یکی از اصول بیان نمود.

بند پنجم: اصول کلی در پیشبرد یک برنامه حفاظتی مناسب

بطور کلی یک برنامه حفاظتی مناسب و موثر را می توان بصورت زیر خلاصه کرد:

- ۱- داشتن یک سیستم مناسب رهبری و اجرایی مداوم که با قدرت در کارگاه حضور داشته باشد.
- ۲- سلامت وسائل و ماشین آلات و بررسی دقیق روزانه آنها.
- ۳- دارا بودن راهنما و تکنسین های با درک خوب و درستکار.
- ۴- همکاری و شرکت کامل کلیه کارگران و آموزش آنها جهت پیشگیری سوانح بایستی کاملاً به مورد اجرا گذاشته شود.

بند ششم: کلیات درباره علل سوانح

در مجموع هرگونه علل و برخوردی که ایجاد صدمه کاری نماید را به عنوان فاکتورهای پیش آمد به حساب می آورند و این فاکتورها به شش دسته مهم تقسیم می شوند:

- ۱- وسیله: کلیه وسایل و ماشین آلات، وسایل حرکتی، پمپ ها، بالابرها و غیره جزء این دسته به حساب می آیند.
- ۲- جزئی از وسیله: در این رابطه منظور قسمتی از یک وسیله می باشد که بیش از سایر قسمت ها با صدمه زدن ارتباط دارد و بایستی امکان حفاظتی بیشتری در آن مورد به وجود آورد.
- ۳- شرایط ناسالم: شامل وسایلی که به اندازه کافی حفاظت شده نباشد، وسایل و لوازم مخرب و مضر و ناسالم، کارهای خطرناک، روشنایی نامناسب و غیره.
- ۴- نوع پیش آمد: برخورد شخص و مصدوم شدن به وسیله ی چیزی یا در مسیر قرار گرفتن و یا احیاناً حرکتی که موجب سانحه می گردد مثل افتادن، لیز خوردن، پرت شدن.
- ۵- اعمال ناسالم: با سرعت نامناسب کار کردن، دستکار و خرابکاری در وسایل حفاظتی، استفاده از وسیله های ناسالم، ایستادن در محل های خطرناک و غیره.





۶- عوامل ناسالم شخصی: منظور خصوصیات و کارکردهای شخصی و مغزی و یا بدنی افراد است که باعث انجام کارهای ناسالم می‌گردد و در این رابطه نداشتن معلومات کافی و مهارت‌های لازم و طرز فکر نامناسب، نقائص جسمی و غیره مبنای آن است.

بند هفتم: بیمه کارها و امورات ساختمانی

با توجه به گسترده بودن مسئله بیمه و اهمیت آن در دنیای امروز بخصوص در میان ملل مترقی می‌توان ادعان نمود که کمتر فعالیت اقتصادی می‌توان یافت که بدون عامل بیمه مسائل مربوط به آن وجود داشته باشد. اصولاً می‌توان بیمه را قراردادی دانست که به موجب آن یک طرف تعهد می‌کند در ازاء دریافت وجه یا وجوهی از طرف دیگر در صورت بروز حادثه، خسارت وارده را جبران نماید و یا وجه معینی را به طرف قرارداد خود پردازد و این قرارداد هنگامی معتبر خواهد بود که بیمه‌گذار (شخص بیمه شده) هم متقابلاً وجه تعیین شده از طرف بیمه را به عنوان حق بیمه پرداخت نماید (ماده ۱ قانون بیمه). اصولاً وجهی را که بیمه‌گذار برای شیء مورد بیمه می‌پردازد به نسبت مبلغی خواهد بود که از طرف بیمه مذکور برای آن شیء تعیین کرده باشد. بر طبق سند بیمه شرکت بیمه متعهد می‌گردد بیمه‌گذار را در مقابل خطرات و خسارات مشخص و معینی حفاظت نماید. در هنگام اجرای یک پروژه ساختمانی و با توجه به علل مختلفی که در یک کارگاه ساختمانی احتمال آن می‌رود امکان دارد که به پیمانکار و یا کارگاه خساراتی وارد شود و یا خطراتی برای اشخاص و اموال آنها بوجود آید که اکثراً بیشتر مسئولیت آن به عهده پیمانکار خواهد بود ولی کارفرما نیز در این رابطه مسئول می‌باشد. بنابراین لازم است که قبلاً پروژه را در مقابل خساراتی که احتمال وقوع آن زیاد است بیمه نماید و همواره آن را به عنوان هزینه اضافی برای اجرای کار در نظر داشته باشد. برای اینکه بتوان کار را به نحو رضایت بخشی به اتمام رساند و حفاظت در مقابل آتش سوزی، سیل، انفجار و حوادث ناگوار دیگر از این قبیل که باعث زیانهای غیر قابل جبرانی می‌گردد را تامین نمود بایستی هر مورد پیش بینی شده به طور جداگانه به وسیله بیمه نامه‌ها تضمین گردد. و این نوع خسارات شامل یک تقسیم بندی کلی به نام «بیمه حوادث» نامیده می‌شود.

نوع و روش و مقدار بیمه ای که برای حفاظت یک پروژه ساختمانی لازم الاجراء می‌باشد در رابطه با هر پروژه و با توجه به خصوصیات و کیفیت آن متفاوت می‌باشد. نظر به اینکه اکثر تعهدات پیمانکار بعد از اتمام پروژه و تحویل قطعی آن به عهده کارفرما قرار می‌گیرد، کارفرما بایستی کاملاً جوانب کار را قبلاً بررسی نموده باشد. به همین دلیل معمولاً برای کارهای ساختمانی بایستی از پیمانکار

خواسته شود تا پروژه را در مقابل خسارات مشخصی که مورد نظر است بیمه نماید، انواع مختلفی که در ارتباط با بیمه که در حین اجرای کار لازم است عبارتند از:

۱- بیمه نامه ای که پیمانکار خود را در مقابل حوادث ناشی از آن بیمه می کند که شامل چند قسمت می شود:

- الف- حفاظت دارائی اش در مقابل آتش سوزی، صاعقه، رعد و برق، انفجار و غیره
- ب- خسارت دیدن یا از بین رفتن وسائل کار چه در حین انجام کار و یا در حال سکون.
- ج- دزدی و غارت اموال.
- د- نادرستی کارمندان در اثر اختلاس و غیره

۲- بیمه ای که پیمانکار شخص ثالث را بیمه می نماید و آن شامل موارد ذیل است:

- الف- بیمه تعهدات عمومی
- ب- بیمه تعهدات پیمانکار
- ج- بیمه اتومبیل و ماشین آلات سنگین
- د- بیمه کارگران

۳- بیمه ای که کارفرما را از زیان ها محافظت می نماید شامل:

الف- قرارداد حفاظت کارفرما (صاحبکار)

ب- بیمه خسارت وارده به اموال کارفرما (صاحبکار)

بیمه نامه آتش سوزی استاندارد در کلیه کشورها مفاد آن تا حدودی یکنواخت و متحدالشکل می باشد و در آن حق بیمه، مشخصات مورد بیمه (جنس بیمه شده)، حدود تعهدات بیمه گر، شروع و خاتمه مدت اعتبار بیمه نامه، بی اعتبار شدن قرارداد و بالاخره تصفیه خسارت ذکر می گردد. بطور کلی خسارات ناشی از آتش سوزی به سه دسته تقسیم می شود:

۱- خسارت به بنای ساختمان

۲- خسارت به وسایل و اثاثیه داخل ساختمان

۳- خسارت به لوازم ثابت داخل ساختمان (تاسیسات آب و برق و از این قبیل)

به طور معمول در پروژه های ساختمانی در حین اجرای کار فقط بیمه خسارت به خود ساختمان مطرح می شود که شامل جبران خسارت وارده به ساختمان و ضامان آن و سایر متعلقات مربوطه می باشد. تعیین نرخ بیمه آتش سوزی بستگی به محل مورد نظر و در دسترس بودن وسائل مبارزه با آتش

سوزی، نوع ساختمان و سایر موارد دارد و ملاک خسارت ارزش نقدی مورد بیمه در لحظه وقوع حادثه آتش سوزی می باشد. در خصوص بیمه مقاطعه کار با شرط جامع هم باید اذعان داشت با توجه به گستره بودن دامنه این نوع بیمه معمولاً وقتی از این نوع بیمه نامه استفاده می شود به هیچ نوع بیمه نامه دیگری احتیاج نیست. و این نوع بیمه نامه خود به دو صورت انجام می شود:

- ۱- بیمه نامه گزارشی: که خسارت ایجاد شده را طبق آخرین گزارش پیشرفت کار پرداخت می نماید.
- ۲- بیمه نامه قیمت تمام شده: که بر طبق هزینه کلی تمام شده با در نظر گرفتن کلیه تعهدات و بدهی ها در هر زمان مشخص تنظیم می گردد.

بر اساس این نوع بیمه نامه اگر چنانچه خسارت مالی به شخص بیمه شده وارد شود شرکت بیمه آن را جبران می نماید. و در این رابطه چنانچه بعد از اتمام کار برای مصالح باقیمانده و یا وسایل نصب شده اتفاقی پیش آید که باعث ضرر و زیان ناشی از تعهدات پیمانکار گردد شرکت بیمه با توجه به مفاد بیمه نامه آن را جبران می نماید. نظر به اینکه با توجه به قانون رفاه کارگران و قانون کار که مسئولیت هرگونه خسارت و حوادث صنعتی و ساختمانی را به عهده کارفرما قرار داده است امکان دارد در اثر پیش آمد های ناگوار خسارات سنگین و غیر قابل پیش بینی به کارفرما وارد نماید و حتی در بعضی مواقع ثبات مالی او را به مخاطره اندازد، بیمه نامه رفاه کارگران و تعهدات کارفرما به وجود آمد. و در این نوع بیمه نامه شرکت بیمه خسارت وارده به کارفرما را به نسبت حق بیمه ای که می پردازد در نظر می گیرد. و با توجه به این نوع بیمه کارگران و کارفرمایان هر دو در مقابل خسارات جانی و مالی بیمه می شوند.

در خصوص تعهدات پیمانکار هم باید گفت مسئولیت حسن اجرای کار، حفاظت از کار و شخص ثالث، مراقبت های لازم پیمانکار مسئولیت کامل حسن اجرای کارهای موضوع پیمان را طبق اسناد و مدارک پیمان بر عهده دارد. پیمانکار از روز تحویل کارگاه تا روز تحویل موقت عملیات موضوع پیمان، مسئول حفظ و نگهداری کارهای انجام شده، مصالح، تجهیزات، تاسیسات و بناهایی می باشد که زیر نظر و مراقبت او قرار دارد، و به همین منظور، اقدامات لازم را برای نگهداری و حفاظت آنها را باید به عمل آورد. پیمانکار در چارچوب مقررات و دستورالعمل های حفاظت فن و بهداشت کار مسئول خسارت های وارد شده به شخص ثالث در محوطه کارگاه است، و در هر حال، کارفرما در این مورد هیچ مسئولیتی ندارد. کارفرما و مهندس مشاور می توانند در صورت مشاهده عدم رعایت دستورالعمل های حفاظت فنی و بهداشت کار، دستور توقف بخشی از کار را که دارای ایمنی لازم

نیست تا برقراری ایمنی طبق دستورالعمل های یاد شده صادر نمایند. در این حالت پیمانکار حق مطالبه خسارت در اثر دستور توقف کار را ندارد. پیمانکار متعهد است که تدابیر لازم را برای جلوگیری از وارد شدن خسارت و آسیب به املاک مجاور اتخاذ نماید، و اگر در اثر سهل انگاری او خسارتی به املاک و تاسیسات مجاور یا محصول آنها وارد آید، پیمانکار مسئول جبران آن می باشد. پیمانکار متعهد است که عملیات اجرایی خود را طوری انجام دهد که راه عبور مناسبی در پیاده رو و سواره رو برای عبور و مرور رهگذران و وسایل نقلیه همواره باز بماند و مصالح خود را در جاهایی انبار نماید که موجب ناراحتی یا زحمت ساکنان اطراف، یا رهگذران نشود. در مواردی که اجرای کار ایجاب کند که قسمتی از سواره رو یا پیاده رو برای مدتی موقت و با اطلاع مهندس مشاور یا مهندس ناظر به طور کلی مسدود شود، پیمانکار باید با کسب مجوز لازم از شهرداری، عبور و مرور را با راههای انحرافی که مسیر آنها باید به تایید مهندس مشاور برسد، تامین کند. کارفرما نیز مساعدت لازم را برای تحصیل مجوزهای مورد نیاز به عمل می آورد. هرگاه پیمانکار برخلاف مفاد این بند رفتار کند، مسئول جبران خسارت های وارد شده می باشد. ماده ۲۱ قانون نظام معماری و ساختمانی معماران با اثر خود در هر زمینه ای به بیننده ایده ها و نظرات خود را ارائه می کنند آنان دارای مسئولیت بسیار سنگین در مورد ارائه مفاهیم و ادبیات معماری ارائه شده خود می باشند.

خداوند دنیا را با پدیده های مختلف آفریده و یک رمز و راز و نظم خاص در خلقت آنها موجود است که معماران در کلیه هنرها وظیفه دارند که این رسالت را به گونه ای منظم حفظ کنند و موجبات تخریب آنها نشوند زیرا ما می توانیم اثر خود را تخریب و بازسازی کنیم ولی خداوند جهان را برای یک بار آفریده است و غیر قابل برگشت است. انسان در فکر خود و در ذهن و تخیلات و یا رویاهای خود شکل و یا رویا و یا جسم و یا انسان و یا حیوان را به تصویر می کشد که این فضا را فقط و فقط خود آن شخص می داند و تنها اوست که چه نقشی آفریده و چه رویایی خلق نموده و چه معنایی در آن نهفته است اگر انسانی نتواند فضای ذهن خود را که در قالب تفکر و یا احساسی خاص به وجود آمده به تصویر خیال بکشد هیچ فرد دیگری قادر نخواهد بود و نمی تواند آن را درک کند. با توجه به این مورد میتوان به جرات گفت که تمامی هنرها و جود خود را از طریق ایجاد این گونه فضاها بدست می آورند. فضایی که هنرمند با نگرش خاص خود آن را خلق کرده است فقط با توصیف و علایم و تمثیل ها آن فضا برای شخص دیگر در رویا قابل حس و تجسم است.



بخش چهارم: بررسی مسئولیت های مدنی معماران

معماران با خلق آثار خود در هر هنر و زمینه ای جایگاهی برای آن تعریف می کنند برخی اوقات این جایگاه با محیط و قوانین مدنی مطابقت دارد و این تطابق باعث پذیرش اثر در آن جامعه می گردد و آن هنرمند را گرمی داشته و اثر او را جاودانه می پندارند. این معمار با دانسته های جامعه عجین بوده و در راستای خواسته ها و یافته های آن جامعه قدم برداشته که به تفسیری دیگر این هنرمند و معمار از تک روی و یا ابداع خوداری نموده و می نماید و برای جامعه هنری چندان مقبول نیست زیرا معماران هنرمندانی هستند که میبایست هنر خود را در قالب هنر و فرم و بستری پر بار که تا کنون وجود نداشته متبلور کنند باید فضایی بسازند که در رویای هر فردی قابل دیدن نباشد نه آن که الگوبرداری از آثار و شاخصه های تعریف شده بنمایند. معماران و یا بطور کلی هنرمندان باید به تعهد اخلاقی خود عمل کنند تا بتوانند نسبت به خلق و یا آفریدن اثری بدیع در هر زمینه ای اقدام نمایند. زمانی که فرد با دیگری قرارداد می بندد اگر چنانچه معمار خطایی مرتکب شود از نظر مسئولیت مدنی باید جبران کند. مسئولیت معمار در مقابل مالک ناشی از قرارداد است اما تبع کار معمار به گونه ای است که ضمان ناشی از کار وی فراتر است از رابطه ی قراردادی، زیرا بنای احداث شده مدت ها باقی می ماند و دست به دست می گردد و ممکن است سبب بروز خسارت به مصرف کنندگان یا اشخاص دیگری شود که طرف قرارداد نبوده اند. در قانون نظام معماری مصوب ۱۳۵۲ تخلف از نظام معماری و طراحی ساختمان به عنوان تجاوز به قواعد اجتماعی پذیرفته شده است. به همین جهت شورای انتظامی سازمان نظام معماری و ساختمانی می تواند اعضای آن را به مجازات های انتظامی حداکثر تا ۳ سال محرومیت از کار محکوم کند و در صورت تکرار تخلف تا محرومیت کامل تشدید می شود. در عمل پیوستن مهندسين به این سازمان اجباری است، از جمله اینکه مؤسسان دولتی تنها به اعضای سازمان ارجاع کار می کنند. تبصره ۱ ماده ۶ قانون نظام معماری و طراحی بیان می دارد: «از تاریخی که وزارت مسکن و شهرسازی در هر محل اعلام خواهد نمود وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی و یا شرکتهایی که دولت در آنها سهم می باشد علاوه بر رعایت مقررات طرحهای عمرانی فقط به اشخاص حقیقی یا حقوقی که پروانه اشتغال دریافت داشته و احراز عضویت سازمان مربوط را نموده باشند کار طراحی و اجرایی و نظارت در کارهای ساختمان و تأسیسات و معماری و شهرسازی ارجاع خواهند نمود.» همچنین در ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی نظام مهندسی و کنترل ساختمان آمده است که: «مسئولیت صحت طراحی و محاسبه، اجرا، نظارت و نظایر آن به عهده مدیرعامل یا رئیس مؤسسه و در

مورد اشخاص موضوع ماده ۱۵ این آیین نامه به عهده مسئولان واحدهای فنی مربوط که دارای پروانه اشتغال شخص حقیقی بوده و به امضای آنها رسیده است خواهد بود و این مسئولیت قائم به شخص امضا کننده بوده و با تغییر سمت وی، ساقط نخواهد شد. همچنین امضای وی رافع مسئولیت مهندس طراح، محاسب و ناظر که در رشته مربوط امضا یا تعهد نظارت کرده اند نخواهد بود.»

در ماده ۱۵ قانون نظام طراحی و معماری بیان شده که: «هر گاه بر اثر عدم رعایت مقررات و اصول فنی یا به کار بردن مصالح نامناسب و غیر کافی و یا مسامحه و بی مبالایی یا بی احتیاطی مهندسان محاسب، ناظر فنی، پیمانکاران و معماران و به طور کلی کسانی که مسئولیت صحت انجام ساختمان به عهده آنها محول است جرمی واقع شود مسئول مربوط بر حسب مورد طبق مقررات از لحاظ کیفری مورد تعقیب قرار خواهد گرفت.»

در نتیجه می توان گفت که، در موردی که معماری تعهد به ساختن بنایی می کند که مقاومت ویژه ای داشته باشد، تعهد او ناظر به نتیجه است. زیرا، در فن او دخالت عوامل خارجی و پنهانی کمتر راه دارد و به طور معمول می توان نسبت به حصول نتیجه مورد نظر اعتماد داشت. پس، اگر بنا خراب شود، معمار مقصر محسوب می شود مگر اینکه ثابت کند خرابی مربوط به کار او نبوده و آفات ناگهانی و احتراز ناپذیر سبب آن شده است.



نتیجه گیری

الزامی که برای هر شخص وجود دارد رعایت یکسری قوانین و مقررات است و بر این اساس اگر هر کس به دیگری ضرری وارد کند بایستی آن را جبران نماید که در فقه از آن به قاعده (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) تعبیر شده است. (در اسلام هیچ گونه ضرری توجیه نشده است). در مسئولیت مدنی موضوع بدین شیوه بیان شده است که هر کس در اثر و نتیجه بی احتیاطی، سهل انگاری و بطور کلی در اثر تقصیر، خسارتی به دیگری وارد کند مسئول جبران خسارت وارده می باشد. در هر مورد که شخص موظف به جبران خسارت دیگری است، می گویند در برابر او مسئولیت مدنی دارد یا ضامن است. در تقصیرهای حرفه ای و شغلی نکته ی مهم در مفاد تعهدی که بر دوش دارند این است که این تعهد ناظر به فراهم آوردن نتیجه معین است و تعهد معمار تعهد به نتیجه است نه تعهد به وسیله، در موردی که معماری تعهد به ساختن بنایی می کند که مقاومت خاص و ویژه ای داشته باشد تعهد او، تعهد به نتیجه است، پس اگر بنا خراب شود معمار مقصر محسوب شده و باید از عهده خسارت به وجود آمده بر آید. مگر اینکه ثابت کند که خرابی مربوط به کار او نبوده بلکه به علل خارجی یا همان فورس ماژور بوده که در این صورت از مسئولیت بری می شود.



منابع و مأخذ

۱. امامی، سید حسین، حقوق مدنی، جلد اول، کتابفروشی اسلامیة، چاپ دهم، ۱۳۹۰
۲. بادینی، حسن، فلسفه مسؤولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۴
۳. بازگیر، یدالله، مسؤولیت مدنی، تهران، مجد، چاپ نهم، ۱۳۹۲
۴. کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی - مسؤولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۹۰
۵. موسویان، محمد رضا، آشنایی با اصول مدیریت ساختمان و کارگاه، تهران، آذرخش، چاپ سوم، ۱۳۸۶
۶. امامی، سید حسین، حقوق مدنی، جلد اول، کتابفروشی اسلامیة، چاپ هشتم، ۱۳۷۰



The effects and conditions of detention- delay- closure and suspension of the enforcement of the sentence in the rights of Iran and Iraq

Abolfazl Akbar Porshali

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

The ultimate goal of the trial and in general the ultimate goal of the justice system in other words is the execution of the sentence so the stage of execution plays a very important role in the realization of justice and the aspiration of its aspirations therefore a judgment that came into force It can no longer be stopped or delayed unless explicitly ruled out by law. The principle of urgency is the principle of continuity and the principle of prohibition in preventing the enforcement of the ruling from the essential principles of the implementation of the law but despite this the legislator has in exceptional cases allowed the arrest delay interruption or closure of the execution of the sentence Although the Iranian legislator has mentioned the delay and detentions of the execution of the ruling in the form of statements but has not clearly distinguished between them and has not disclosed the instances of termination and closure of the execution of the sentence in the comparative discussion of this issue in the legal system of Iraq Been paid. The Iraqi legislator has generally used three terms of arrest delay and the fall of the execution of sentences over time. And clearly and explicitly state the circumstances and circumstances of each one. The issue of detention is where the execution of the sentence enters into it becomes valid. The termination of the enforcement of the sentence through a time lapse is similar to the recent notion of the detention of a sentence. Their effect is one. But they have different conditions- and the delay of the ruling is a situation which- if the execution of the sentence is not started is delayed and if started- stops to determine the final outcome.

Key words: Detention- Delay execution- Execution- Closure of execution of sentence

۲۲۸



فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار - دوره دوم - تابستان ۱۳۹۶

Exploring and explaining the prevailing conditions from the perspective of Jurisprudents and Islamic Philosophers

Rahele Ghadiri

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

This research explores the conditions governing the jurisprudents and the Islamic philosophers and in this context it intends to identify and characterize the Quran and religion from the perspective of the Islamic jurists and philosophers through the design of a guide and strategic plan for the establishment organization and administration of the Ummah. The government and the Islamic system consider that these views are among the most important and authentic features that have been narrated in the field of justice, freedom, legitimacy and the right to choose people- which with its correct application on the one hand guides people and on the other hand they save their lives in the world and the Hereafter. It should be noted that the Islamic justice system can only be used in the light of the application of indicators such as familiarity with the principles and principles of religion, being obliged to be Muslim- being fair, free, courageous, competent and competent both in the view of the jurists and in the philosophers' view it will be possible and in the first place the path of excellence of the people of society, the ultimate goal of which is the religion of Islam will be provided in the guise of such a ruler.

۲۷۹



فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار - دوره دوم - تابستان ۱۳۹۶

Key words: ruler- government- Islamic government- jurisprudence

Investigation of Abortion Victims in Iranian Law

Saeed Shahporjani

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

Medicine is a science that has always been human and because physicians are connected with human health and life they must be committed and expert and use their full power to protect the health of the patients as the physician's error is heavy and in most cases irreparable Is these organizations caused damage to public health and sometimes doctors oath learned have forgotten and the ethics of their profession disregarded or due to carelessness injuries physical and mental to the patient which extends in such disputable cases of criminal responsibility and their civil It is proposed in this paper In this paper.

۲۸-



فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار - دوره دوم - تابستان ۱۳۹۶

Key words: abortion- mother's uterus- growth- fertilization- abortion

Comparative study of the intellectual rights of the author

Erfan Akbari

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

The intellectual right of the author is one of the rights of the author which is considered intellectual property. In recent decades both national and international aspects of copyright have been given special attention to the author in this respect many domestic laws and regulations have been adopted in accordance with the international conventions adopted in this field. Major changes have been made. Since this issue has not been studied and analyzed in Iran's law this paper addresses the legal and legal dimensions of the issue and its legal errors and uncertainties. Also emphasizing jurisprudential theories about the necessity of observing the intellectual right of the author of this type of right and the guarantee of the implementation of the protection of that right was explained.

۲۸۱



فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار - دوره دوم - تابستان ۱۳۹۶

Key words: intellectual property- intellectual property- royalty- author- author

Regulatory Requirements for Environmental Contracts in Oil Contracts

Hoseein Foroghinia - Mohammad Valipor - Mehrasa Sheikhi

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

Ensuring a healthy environment involves and protects human beings and besides enjoying this right man has a commitment to protect it. The need to pay attention to the environment should be considered in parallel with the productive activities as a pillar of sustainable development. With regard to the position that the oil industry has found in today's world it should not be overlooked for human and environmental damage and we should look for solutions to reduce these injuries. Oil operations such as exploration development exploitation transportation and oil refining on the environment have devastating effects that can be controlled and reduced by measures. In this regard governments try to reduce the environmental impact of oil operations by setting laws and regulations. In this paper the emphasis on compliance with environmental requirements and the preservation of human rights of the environment has been addressed by the review of environmental laws and regulations and oil issues.

۲۸۲



فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار - دوره دوم - تابستان ۱۳۹۶

Key words: Environment- Oil Pollution- Environmental Damage- Oil Contracts.

Examining the legal bases for smart sanctions against Iran and the impact of these sanctions

Nobaan Fashandi-Hoseein Ghaderi

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

The "boycott" was developed in theory as a tool for establishing lasting peace" by the United Nations Security Council but in practice it became a tool for achieving national or regional goals of a particular country or countries. After Barack Obama came into contact with the two way foreign policy of "Call and hold" or engagement and pressure"against Iran new sanctions were introduced as "smart targeted or crippling sanctions"The purpose of this two way policy was to change Iran's behavior The US concerns include terrorism- human rights and nuclear activities. The result of such a policy is to avoid dealing with two Iranian nuclear options and a military strike against Iran and the United States with the cooperation of other countries has been making smart sanctions against Iranian authorities the Islamic Revolutionary Guards Corps militar industries important economic foundations The banking insurance commercial and investment sectors the energy sector including oil gas petrol and petrochemicals included transport and shipping sectors including shipping and airline. In addition to studying the principles and principles of sanctions in international law this paper examines the process and quality of sanctions imposed on Iran and- in the end- we have tried to implement the results of the abolition of sanctions by taking into account the variables of time and The situation is investigated and analyzed.

۲۸۳



Key words: smart sanctions- economic sanctions- security council- nuclear program- Iran's nuclear program.

Status of prohibited legal transactions in Iran's legal system

Ali Razman

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

In Iran's laws the legislator has prohibited many things at the time of the establishment of various laws and it has repeatedly impacted various effects on different descendants. The history of this subject is rooted in the jurisprudential principles and the sacred law against the commandment has prohibited certain acts from being used in various ways in various forms. In considering this issue in jurisprudential issues it is noted that the form of forgiveness has been used in many forms. Sometimes forbidding with forbidden substance is sometimes used as a forbidden denominator as it is not used spoken or sometimes used as a negative phrase like not saying and not. These prohibited forms are observable in the Iranian law and the legislator while prohibiting certain acts has also specified the effects and guarantees of the implementation of the opposition to the prohibition imposed For example Article ۱۲۳۲ of the Civil Code stipulates that a woman can not accept herself without the consent of her husband" or Article ۱۱۹۲ of the Civil Code but it cannot be determined for a financial asset against a self employed person" In this study we will examine the legal status of legal prohibitions in some laws by explaining the types of prohibitions contained in the Iranian law and explaining various examples and explaining the views of some lawyers.

۲۸۴



فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار - دوره دوم - تابستان ۱۳۹۶

Key words: Contracts and transactions- Prohibition of transactions- Corruption in transactions- Neglected contracts

Comparing classic justice with restorative justice

Mirheydar Mirnaghizadeh-Akbar Safari

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

The "criminal justice" which is considered a crime and "criminal justice" and "criminal justice" both known as the classic or traditional model of criminal justice have come to light in recent decades with various facets of their efficiency and performance. This a number of criminologists and lawyers have sought to move the classical criminal justice system and the new justice system entitled "Restoration of Justice" has entered criminal and criminal justice. This model in the opinion of its supporters can in addition to resolving the disputes that have been created by committing the crime the hostility of the tension and the resulting disagreement between the victim and the offender in the local community within the framework of the process of mediation negotiation and collective reconciliation And fix and repair various methods In this paper considering the title of the research these two systems of justice have been studied and adapted accordingly.

۲۸۵



فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار - دوره دوم - تابستان ۱۳۹۶

Key words: classic justice- restorative justice- mediation- victim- delinquent

Dismissal and death of one of the lawyers in the assumption of the community

Amaneh Hosseini Moradi

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

One of the contracts that has been approved as a specific contract its conditions and effects in civil law- is the lawyer's contract. A lawyer is a specific contract which plays a fundamental role in the society of relations between individuals because it is important in the claims and reinstatement of the loss suffered in the judiciary and on the other hand individuals are not forced to exercise their right to stewardship but by concluding a contract Lawyers can enforce their rights through a lawyer. Therefore considering the importance of the lawyer after a brief explanation of the contract of the lawyer the main issue is raised. In this article all the assumptions and descriptions of the deportation and death of one of the lawyers in the assumption of community and independence are examined and examined. An important topic that is one of the significant issues facing the legal community and lawyers in the country has been resolved and the research vacuum available in this regard is being addressed.

۲۸۶



فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار - دوره دوم - تابستان ۱۳۹۶

Key words: Attorney- dismissal and lawyer- lawyer- lawyer- lawyer- client

Examining the foundations, effects and conditions of all kinds of amnesties by looking at the new penal code

Akbar Shahryari

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

The present research seeks to investigate the results and conditions of different kinds of Amnesties. In this regard the criminal laws enacted on ۱۳۹۲ are considered. The research methodology is descriptive-analytic and data are gathered from library resources. The main purpose of this research is to discuss the foundations, results and required conditions for Amnesty fulfillment and to clarify the legal aspects of this issue. To this end the Islamic resources and lawyers' views are referred to. Amnesty enactment causes the society to be improved and to be safe and results in improving the criminals. There are two kinds of Amnesties including general and private Amnesty. The private Amnesty which relates to punishment and causes it to be nulled will be issued by the country's highest political authority. In the Islamic Republic of Iran, the Judiciary Chief offers the private Amnesty and the great leader approves it. According to article ۹۶, the condemned people's Amnesty is conditioned upon the leader's approval and According to article ۹۷, the general Amnesty causes the lawsuit and procedure to be stopped and punishment and condemnation to be nulled. According to article ۹۸, private Amnesty causes all results of condemnation to be nulled. However, this is not true regarding delay in payment of blood and compensation of damages. The general Amnesty is executable in all stages of criminal procedure, including discovery, primary investigations, lawsuit, procedure and execution of judgment, while the private Amnesty is executable after the judgment is issued.

۲۸۲



The study of the principles and principles of civil liability of architect in the legal system of Iran

Kianoosh yosefian - Maryam farhadi masterkhani

(RECEIVED: 26May 2017 ACCEPTED: 27July2017)

Abstract

In Islamic law, civil liability issues have been discussed in the special section of the "Qur'anic Compensation" section. According to the professional insurance policy of the engineers, the professional responsibility of the persons mentioned in relation to the design, calculation and supervision of the building in accordance with the insurance and liability laws, the law of the building engineering system and the law of the municipality and the relevant executive regulations against the owners of the buildings, third parties (including neighbors , Pedestrians, etc.) and executive staff of the construction project is covered by insurance. Compensation obligations for damages up to the amount of legal proceeds for each person and for financial damages, according to the demand of the designer, the calculator and the supervisor.



CONTENTS:

THE EFFECTS AND CONDITIONS OF DETENTION- DELAY- CLOSURE AND SUSPENSION OF THE ENFORCEMENT OF THE SENTENCE IN THE RIGHTS OF IRAN AND IRAQ.....	11
---	----

ABOLFAZL AKBAR PORSHALI

EXPLORING AND EXPLAINING THE PREVAILING CONDITIONS FROM THE PERSPECTIVE OF JURISPRUDENTS AND ISLAMIC PHILOSOPHERS	23
--	----

RAHELE GHADIRI

INVESTIGATION OF ABORTION VICTIMS IN IRANIAN LAW.....	67
---	----

SAEED SHAHPORJANI

COMPARATIVE STUDY OF THE INTELLECTUAL RIGHTS OF THE AUTHOR.....	81
---	----

ERFAN AKBARI

REGULATORY REQUIREMENTS FOR ENVIRONMENTAL CONTRACTS IN OIL CONTRACTS	101
---	-----

HOSEIN FOROGHINIA - MOHAMMAD VALIPOR - MEHRASA SHEIKHI

EXAMINING THE LEGAL BASES FOR SMART SANCTIONS AGAINST IRAN AND THE IMPACT OF THESE SANCTIONS	135
---	-----

NOBAAN FASHANDI-HOSEIN GHADERI

STATUS OF PROHIBITED LEGAL TRANSACTIONS IN IRAN'S LEGAL SYSTEM.....	173
---	-----

ALI RAZMAN

COMPARING CLASSIC JUSTICE WITH RESTORATIVE JUSTICE.....	199
---	-----

MIRHEYDAR MIRNAGHIZADEH- AKBAR SAFARI

DISMISSAL AND DEATH OF ONE OF THE LAWYERS IN THE ASSUMPTION OF THE COMMUNITY	221
---	-----

AMANEH HOSSEINI MORADI

EXAMINING THE FOUNDATIONS, EFFECTS AND CONDITIONS OF ALL KINDS OF AMNESTIES BY LOOKING AT THE NEW PENAL CODE	235
---	-----

AKBAR SHAHRYARI

THE STUDY OF THE PRINCIPLES AND PRINCIPLES OF CIVIL LIABILITY OF ARCHITECT IN THE LEGAL SYSTEM OF IRAN.....	258
--	-----

KIANOOSH YOSEFAN - MARYAM FARHADI MASTERKHANI



JOURNAL OF CIVIL & LEGAL SCIENCES

GHANONYAR

MANAGING DIRECTOR: BEHNAM ASADI

Members of the jury:

DR ALI ABBAS HAYATI

DR AMIR AHMADI

DR BABAK VOSOGHI FARD

DR AFSANEH MORAD ZADEH RAMI

VOL2 – NO2 - SUMMER 2017



فرم اشتراک فصلنامه قانون یار

☐ قبلاً مشترک بودهام	☐ قبلاً مشترک نبودهام
☐ اشتراک کتابخانه / نام کتابخانه:	
☐ اشتراک سازمان، موسسه / نام سازمان یا موسسه:	
☐ اشتراک شخصی / نام و نام خانوادگی:	
نشانی دقیق:	
تلفن: دورنگار: پست الکترونیک:	
به پیوست رسید بانکی به شماره به مبلغ ریال بابت اشتراک سال شماره الی یا خرید تک شماره(های) ارسال می گردد.	
تاریخ و امضاء	

بهای اشتراک تک شماره ۲۵۰۰۰ تومان می باشد
مبلغ اشتراک سالانه به مبلغ ۱۰۰۰۰۰ تومان به حساب ۰۳۰۷۰۶۹۵۸۴۰۰۴ بهنام اسدی بانک ملی واریز کرده
و یا دفتر مرکزی فصلنامه قانون یار تماس حاصل فرمایید
آدرس: تهران، خیابان کارگر جنوبی، خیابان شهید مهرداد روانمهر، پلاک ۱۵۲، طبقه دوم

دفتر مرکزی فصلنامه: ۰۲۱۶۶۹۷۹۵۲۶

دفتر مرکزی انتشارات: ۰۲۱۶۶۹۷۹۵۱۹

پست الکترونیک: Ghanonyar.Tehran@gmail.com

ISSN: ۲۵۳۸-۳۷۰۱

جهت عضویت در خانواده بزرگ قانون یار عدد ۲۰ را به سامانه پیامکی ۵۰۰۰۱۰۰۹۰۰۸۰۰ ارسال نمایید