

در این شماره می‌خوانید:

یادداشت ویژه: تأثیر آموزه‌های انسان‌شناسی بر توجه بیشتر به «مقصدهای شریعت» و «مصلحت» در فرآیند استنباط حقوق اسلامی
دکتر مهدی نیازآبادی، استاد مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

وضعیت غرب وحشی در حراج تهران

مهدیه سادات حق، دانشجوی کارشناسی حقوق

دعای جمعی

ستاره آیتی، دانشجوی کارشناسی حقوق

سرمقاله: جایگاه استصناع در تأمین مالی

عرفان ولی‌پور، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل

چه شد که نفت ملی شد؟

محراب کمالی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق انرژی





دادستان

صاحب امتیاز: انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه شهید بهشتی
مدیر مسئول: عرفان ولی پور
سر دبیر: علی وفائی خسروشاهی
هیأت تحریریه: عرفان ولی پور، علی وفائی خسروشاهی،
کارن حیدری، صدرا اعلمی، تینا نصیریانی

نویسندگان: دکتر مهدی نیازآبادی، عرفان ولی پور،
امیرحسین زال نژاد، محمدجواد محمدکریمی، ستاره آیتی،
مهدیه سادات حق، محمدجواد حاجبانی، علی غلامی،
ابراهیم اسمعیلی اتوی، محمدرسول مؤذنی زاده،
محراب کمالی، ابوالفضل مختاری، آرش حاتم زاده

گروه ویراستاری:

ویراستاران علمی: عرفان ولی پور، علی وفائی خسروشاهی
ویراستاران نگارشی: ستاره آیتی، صدرا اعلمی، فاطمه پایداری،
کارن حیدری، علیرضا سلمانی، محمدرضا صابری،
سیدمصطفی طاهری، یاسمن فتحی

گروه گرافیک:

تهیه عکس و تصویرسازی: تینا نصیریانی، کارن حیدری
[در تصویرسازی برای این نشریه، به طور عمد از هوش مصنوعی استفاده شده است.]

صفحه آرا: محمدجواد محسنی

طرح روی جلد: علی وفائی خسروشاهی

طراح لوگو: احمد محمدی شربیانی

امور رسانه: یاسمن حسن زاده، محمدابراهیم سلیمانی

با تشکر از دکتر مهدی نیازآبادی، استاد مدعو دانشکده
حقوق دانشگاه شهید بهشتی

ایمیل: Dadestanjournal@gmail.com

کانال تلگرام: @Dadestanjournal

اینستاگرام: Dadestanjournal

فهرست

۳	جایگاه استصناع در تأمین مالی عرفان ولی‌پور	سرمقاله	آغازین
۲۷	تأثیر آموزه‌های انسان‌شناسی بر توجه بیشتر به ... دکتر مهدی نیازآبادی	یادداشت ویژه	
۴۳	مفهوم‌شناسی تطبیقی عرف تجاری ... امیرحسین زال‌نژاد و محمدجواد محمدکریمی	اول	حقوق خصوصی و تجارت
۵۱	دعاوی جمعی ستاره آیتی	دوم	
۵۹	وضعیت غرب وحشی در حُزاج تهران مهدیه سادات حقّی	سوم	
۶۶	مطالعه‌ی تطبیقی بر حق حریم خصوصی و نظارت دولتی محمدجواد حاجبانی و علی غلامی	چهارم	حقوق اساسی
۸۵	رهیافت‌های قواعد حاکم بر دیات از منظر نهاد عدالت ترمیمی ابراهیم اسمعیلی اتوی	پنجم	حقوق کیفری
۱۱۸	داوری‌های سرمایه‌گذاری حوزه‌ی انرژی‌های تجدیدپذیر محمدرسول مؤذنی‌زاده	ششم	حقوق انرژی
۱۳۳	چه شد که نفت ملی شد؟ محراب کمالی	هفتم	
۱۵۴	تحلیل رأی: تحلیل رأی دیوان عدالت اداری من باب تعهد ... ابوالفضل مختاری و آرش حاتم‌زاده	هشتم	نقد رأی



جایگاه استصناع در تأمین مالی

عرفان ولی پور

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل دانشگاه شهید بهشتی

erfanvalipour79@gmail.com



چکیده

امروزه استفاده از ابزارهای مالی مورد توجه و استفاده بسیار دولت‌ها، مؤسسات و نهادهای عمومی و خصوصی به‌ویژه با هدف تأمین مالی قرار گرفته است. یکی از این ابزارهای مالی مفید و موثر در بازار مالی، استصناع (قرارداد سفارش ساخت) می‌باشد. استصناع به دلیل ریسک پایین و معین بودن سود، در بازارهای مالی اسلامی به دلیل عدم مشروعیت اوراق قرضه مورد استقبال واقع شده است. در این مقاله، ابتدا ضمن تبیین ماهیت و اعتبار استصناع از منظر فقهی و حقوقی به ویژگی‌ها، مزایا و چگونگی استفاده از آن در بازار مالی با تأکید بر تأمین مالی می‌پردازیم. درخصوص ماهیت قرارداد استصناع، میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این نظرند که عقد استصناع را باید در قالب عقود معینی چون بیع، بیع سلم، اجاره، جعاله، تعهد به بیع و... تحلیل کرد و عده‌ای دیگر ماهیت عقد استصناع را عقدی مستقل می‌دانند که در این مقاله، مستقل بودن عقد استصناع با مقایسه این عقد با سایر عقود توجیه شده است. درمجموع، استصناع ابزار مناسبی جهت نیل به اهدافی چون تأمین مالی، تثبیت سطح عمومی قیمت‌ها، بهبود موازنه پرداخت خارجی، اعمال سیاست‌های مالی و پولی، جبران کسری بودجه، کنترل نقدینگی و تورم و سرمایه‌گذاری مولد است.

واژگان کلیدی: استصناع، استصناع مستقیم، استصناع موازی، بازار مالی، تأمین مالی.

مقدمه

توسعه و پیشرفت اقتصادی نیازمند تجهیز و تخصیص بهینه و کارآمد منابع است. شایسته است از طریق ساختاری نظامند، وجوه مازاد عموم جمع‌آوری گردد و در مسیر توسعه اقتصادی به‌کار گرفته شود. رشد اقتصادی مستلزم تولید و تولید مستلزم سرمایه‌گذاری است. برای اینکه سرمایه‌گذاری به میزان کافی و



به شیوه صحیح صورت گیرد و وجوه به جای استفاده در فعالیتهای سفته‌بازانه در امور تولیدی به کار گرفته شوند، نیازمند توسعه بازار مالی هستیم. کارکرد اصلی بازار مالی، تسهیل فرایند تأمین مالی است که خود منتج به توسعه اقتصادی می‌شود.^۱

یکی از اصلی‌ترین اهداف و کارکرد بازار مالی، تأمین مالی است و بازار مالی بر این اساس و معیار سررسید تعهدات به بازار پول^۲ (بانک محور) و سرمایه^۳ (اوراق بهادار محور) تقسیم می‌شود. تولید و تجارت نیاز به سرمایه دارد و بانک‌ها یکی از مهم‌ترین منابع تأمین این

۱. سلطانی، محمد، ۱۴۰۲، حقوق بازار سرمایه، تهران: سمت، چاپ پنجم، ص ۱.

2. Money markets

3. Capital markets

معنا و مفهوم اصطلاحی استصناع

سازنده (صانع) در ازای دریافت مبلغ معینی، ساخت و تحویل کالای مشخصی در مدت زمان معلومی را با وسایل و مواد اولیه متعلق به خود بر عهده می‌گیرد و در مقابل سفارش‌دهنده (مستصنع) متعهد می‌شود مبالغ مربوط به کالا یا طرح موضوع سفارش را در زمان مقرر میان طرفین به سازنده بپردازد. مطابق ماده ۷۷ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (الحاقی ۱۳۹۰/۰۵/۲۵ هیأت وزیران) و ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع مصوب ۱۳۹۰/۰۵/۲۵ شورای پول و اعتبار،

سرمایه هستند. در بانکداری غربی، تخصیص وجوه از طریق عقد قرض صورت می‌گیرد، اما در بانکداری اسلامی به جهت ممنوعیت دریافت ربا، استفاده از عقد قرض راهگشا نخواهد بود. بنابراین براساس نیاز جدی کشورهای درحال توسعه اسلامی و ضرورت مطابقت با شریعت اسلام، عقد استصناع به عنوان ابزار مهم مالی در این راستا طراحی شد. عقد استصناع، به‌ویژه، پس از آنکه مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی در ذی‌القعدة سال ۱۴۱۲ قمری در جده اعلام کرد که این عقد، عقدی لازم الطرفین است و به علت ماهیت و ویژگی‌های آن و عدم وجود محدودیت‌های قراردادی سایر عقود مانند بیع، اجاره، مشارکت مدنی و... در کشورهای اسلامی شیوع و گسترش ویژه‌ای یافت.

در این مقاله ابتدا ماهیت و اعتبار استصناع را بررسی می‌کنیم: عقد استصناع چه ماهیتی دارد؟ آیا می‌توان آن را عقدی مستقل دانست؟ یا به ناچار باید عقد استصناع را در قالب عقود معینی چون بیع، اجاره، جعاله و... تحلیل و تفسیر کرد؟ در ادامه، ویژگی‌ها، مزایا، کارکردها و جایگاه این عقد را در بازار مالی و تأمین مالی بررسی می‌کنیم.

معنا و مفهوم لغوی استصناع

واژه *استصناع* از ریشه «صنع» و از باب استفعال است. ماده «صنع» به معنای ساختن و باب استفعال نیز غالباً برای افاده معنای طلب است؛ مانند آنکه شخصی امری را از شخص دیگری درخواست کند. معنای لغوی استصناع مصادیق گسترده‌تری را از مفهوم عرفی-حقوقی آن شامل می‌شود و اوامر اشخاص را نیز دربر می‌گیرد در فارسی «استصناع» را «قرارداد سفارش ساخت کالا» معنا می‌کنند.

استصناع عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغی معین متعهد به ساخت، تولید، تبدیل و تغییر اموال منقول و غیر منقول مادی و غیر مادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می‌گردد.

پرسشی که مطرح می‌گردد این است که آیا با وجود دستورالعمل اجرایی عقد استصناع، استصناع عقد معین تلقی می‌گردد؟ به نظر پاسخ منفی است. عقد معین به عقدی اطلاق می‌شود که اغلب مقررات مربوط به شرایط، اعتبار و آثار آن در قانون پیش‌بینی



شده باشد.^۴ برای مثال قرارداد اجاره به شرط تملیک که در قانون عملیات بانکی بدون ربا آمده است، عقد غیرمعین و تابع قواعد عمومی قراردادها می‌باشد. در دستورالعمل مذکور نیز عمدتاً مقررات شکلی برای تسهیل امور بانکی مطرح شده و مباحث ماهوی، آثار و احکام مربوط به استصناع ذکر نگردیده است.^۵

اعتبار استصناع

در عصر حاضر، جمهور فقها بر عقد بودن و صحت استصناع اتفاق نظر دارند اما در خصوص ماهیت استصناع با اختلاف نظر در اندیشه فقها و حقوق‌دانان مواجهیم. لازم به ذکر است برای صحت این عقد در فقه امامیه به ادله‌ای چون «وفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و «... تجارة عن تراض» و در فقه عامه به استحصان و اجماع تمسک شده است.

۴. باریکلو، علیرضا، ۱۳۹۹، حقوق قراردادها: عقود معین (۱)، تهران: میزان، چاپ دوم، ص ۱۵.
کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۶، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، تهران: گنج دانش، چاپ اول، صص ۴۲ و ۴۳.

۵. قاضیانی عاکفی، موسی، قاضیانی عاکفی، وحید، ۱۳۹۹، مطالعه تطبیقی استصناع به عنوان عقدی معین و مستقل؛ در فقه، قوانین برخی کشورهای عربی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، تمدن حقوقی، دوره ۳، شماره ۷، ص ۷۱.



ماهیت استصناع

استصناع قالب حقوقی مستحدث و نوینی نیست؛ اما امروزه استفاده از این قالب حقوقی بسیار گسترده و متنوع شده است. بسیاری از پروژه‌ها در حوزه نفت و گاز، پتروشیمی، برق، سدسازی و... در چارچوب این عقد عملیاتی و اجرا شده‌اند. بنابراین، لازم است به جهت شناسایی بهتر اوصاف، احکام و آثار استصناع، ماهیت آن را بررسی و تبیین کنیم.

برخی این نهاد حقوقی را در قالب عقود معین شرعی توصیف و تحلیل می‌کنند و برخی دیگر قائل به استقلال این نهاد حقوقی از سایر نهادهای مشابه هستند و بر این باورند که استصناع با ویژگی‌ها و آثار خاص خود در هیچ یک از قالب‌های عقود معین نمی‌گنجد و باید آن را عقدی مستقل توصیف و شناسایی کرد

الف) استصناع در دیدگاه فقیهان امامیه

۱- فقه‌های متقدم

شیخ طوسی در کتاب خلاف در باب سلم درباره استصناع می‌گوید:

استصناع چکمه، کفش، ظروف چوبی، رویی مسی و آهنی جایز نیست... دلیل ما بر بطلان استصناع آن است که به اجماع مذهب ما بر سازنده واجب نیست که شی ساخته شده را تسلیم مشتری کند: می‌تواند آن را تسلیم کند یا بهای آن را برگرداند. از طرفی، قبض آن بر مشتری لازم نیست و اگر این عقد صحیح می‌بود، نباید چنین باشد. دلیل دیگر ما بر بطلان استصناع آن است که کالای سفارش شده مجهول بوده و نه عین آن معلوم است و نه صفت آن و و عقد بر مجهول، ممنوع است.

ایشان در باب سلم کتاب مبسوط نیز همین مضمون را دارند.^۶ شیخ طوسی سه دلیل بر بطلان استصناع در کتاب خلاف ذکر کرده است:

۱. اجماع بر عدم وجوب تسلیم کالا
 ۲. مختار بودن طرفین در انجام تعهدات متقابل
 ۳. مجهول بودن کالای مورد قرارداد
- به اعتبار ادله شیخ طوسی، ایراداتی عمده وارد است: اول اینکه ادعای اجماع پذیرفته نیست؛ چراکه در زمان شیخ طوسی و قبل

۶. سیفی زیناب، غلامعلی، حسن‌زاده، منصوره، استصناع در فقه و حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، ص ۲۰۰.

ابن/احمد حلی نیز می‌گوید:

استصناع یعنی طلب ساختن چیزی
و اگر صانع چنین کاری را انجام دهد،
قرارداد برای سفارش‌دهنده غیر لازم
است و او می‌تواند آن را رد نماید.^۱

از آن، فقها چندان به استصناع نپرداخته‌اند و در استناد به اجماع منقول در اثبات این مدعا تردید وجود دارد و بر فرض وجود اجماع، مستفاد این اجماع عدم لزوم عقد است نه عدم صحت آن و مجهول بودن مورد معامله و به تبع آن، غری شدن موضوعیت ندارد چراکه امروزه در تجارت به‌ویژه عرصه بین‌المللی و با وجود استانداردها، طرفین قرارداد خصوصیات کالای مورد سفارش را به‌دقت تعیین می‌نمایند، به نحوی که گویی شیء موجود و ساخته‌شده را توصیف می‌کنند - بدین جهت وجود غرر منتفی است.

پس از یک قرن و نیم از وفات شیخ در قرن ششم، ابن حمزه و ابن سعید هر کدام به‌اختصار به استصناع اشاره کرده‌اند. ظاهر کلام هر دو، صحت این عقد است؛ ولیکن معتقدند که این عقد، عقدی جائز است. ابن حمزه در این باره می‌گوید:

کسی که سفارش ساخت چیزی را
بدهد و صانع آن را بسازد، سازنده
مخیر است که کالای ساخته‌شده
را تسلیم مستصنع کند یا تحویل
ندهد، همچنین مستصنع مخیر
بین قبول و رد کالای ساخته‌شده
می‌باشد.^۲

عقد مزبور هر چند مرکب از چند
عقد است اما اگر مجموعاً تحت
یک عقد قرار گیرند مصداق یکی از
عقود متعارف نبوده و عقد مستقل
صحیح و لازم‌الطرفین است

۲- فقهای متأخر

در این بخش تعدادی از استفتائات از مراجع
عظام تقلید در خصوص ماهیت استصناع
مطرح می‌گردد:
- آیت‌الله جوادی آملی:

۷. نظریور، محمد نقی، محمدی، مرتضی، ۱۳۹۰، صحت یا فساد عقد استصناع، حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۸.

۸. نظریور، محمدتقی، استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع، مجله فقه اهل بیت، شماره ۶۶-۶۷، صص ۱۲۷ و ۱۲۸.

- آیت‌الله حسینی شاهرودی:



قرارداد مذکور صحیح است
و در قالب عقد اجاره قرار
می‌گیرد و اجرت بر عمل معین
می‌باشد و عقدی لازم است



- آیت‌الله گرامی:



قرارداد مزبور صحیح است و
لازم و نافذ، این عقد می‌تواند عقد
مستقلی باشد و از کریمه اوفوا
بالعقود اعتبار بگیرد به نظر اینجانب
می‌تواند بیع هم حساب شود. در
بیع به نظر اینجانب لازم نیست
مبیع بالفعل موجود باشد. دلیلی
هم بر منع کالی به کالی نیست



- آیت‌الله صانعی، آیت‌الله فاضل لنکرانی،
آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز ماهیت استصناع
را عقدی مستقل و آیت‌الله خامنه‌ای ماهیت
آن را بیع و آیت‌الله مکارم شیرازی ماهیت
استصناع را بیع سلف می‌دانند.^۹

ب) دیدگاه فقهای عامه

فقهای عامه در خصوص ماهیت استصناع
مانند فقهای امامیه وحدت نظر ندارند. علمای
مالکی، شافعی و حنبلی استصناع را ملحق به
سلم دانسته و شروط سلم را در آن لازم می‌دانند
اما اکثر فقهای حنفی قائل به استقلال استصناع
از عقد سلم هستند. با این حال لزوم و یا
جواز قرارداد استصناع نیز میان فقهای مذهب
اخیر مورد اختلاف فروان قرار گرفته و نظرات
گوناگونی در این مورد ابراز گردیده است.^{۱۰}

ج) مقایسه عقد استصناع با سایر نهادهای حقوقی

برای شناخت ماهیت استصناع باید ویژگی‌ها
و وجوه تمایز آن از سایر نهادهای حقوقی
مشابه شناخت. چهار ویژگی متمایزکننده در
این قرارداد قابل ذکر است: **اول** آنکه کالای
موضوع عقد در هنگام انعقاد قرارداد موجود
نیست و در آتی ساخته و تحویل می‌شود؛
دوم آنکه به جهت موجود نبودن موضوع
قرارداد، باید اوصاف و ویژگی‌های آن به‌دقت
در قرارداد معین شود تا غرری باقی نماند؛
سوم تهیه قسمت غالب مواد اولیه و لوازم
کار برعهده سازنده است و **چهارم** اینکه تمام
ثمن در هنگام قرارداد پرداخت نمی‌شود و
معمولاً بخشی در آغاز کار و مابقی به‌تناسب
پیشرفت کار یا حتی پس از خاتمه کار تحویل

۹. کمپانی، اکبر، نظریور، محمدتقی، ۱۳۸۷، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۰، ص ۹۱.

۱۰. دهقانی‌نژاد، عباس، بادینی، حسین، ۱۳۹۱، تحلیل مفهوم عقد استصناع، فصلنامه مطالعات حقوقی دولت اسلامی، سال اول، شماره اول، صص ۱۵۹-۱۶۱.



می‌شود. ویژگی اول و دوم عقد استصناع را از برخی مصادیق بیع خارج می‌سازد، ویژگی سوم سبب تمایز از اجاره و ویژگی چهارم سبب تمایز از بیع سلم می‌گردد.^{۱۱}

۱- مقایسه استصناع با عقد بیع

برخی از فقهای امامیه بیان داشته‌اند: این نوع قرارداد سفارش ساخت که در میان مردم بسیار رایج است بیع محسوب می‌شود و تردیدی در آن وجود ندارد؛ زیرا از دیدگاه مردمی که مخاطب احکام شرعی هستند واژه «بیع» بدین معناست که یک طرف کالایی را در برابر قیمت آن به ملکیت طرف دیگر درآورد و او هم این ملکیت را بپذیرد و همین معنا در این نوع از قرارداد سفارش ساخت وجود دارد. هیچ تفاوتی میان بیعی که ما از آن به سفارش ساخت تعبیر کرده‌ایم و سایر اقسام بیع وجود ندارد؛ جز اینکه در اینجا هنوز کالای مورد معامله ساخته نشده و خریدار شرط کرده است که فروشنده آن را بسازد و تحویل دهد و این شرط باعث خارج شدن قرارداد از حقیقت آن، یعنی بیع، نمی‌شود؛ زیرا حقیقت بیع گسترده است



گرچه بیع با
استصناع تشابه
زیادی دارد و هر دو
عقدهی لازمند، شروط
صحت معامله در هر دو شرط
است، اهلیت کامل برای عقد
مغایبه‌ای نیاز دارند و... اما از جهاتی
با هم اختلاف دارند:

**الف- موضوع استصناع عمل و تملیک
است؛ اما موضوع بیع صرفاً تملیک است و نه
عمل.**

**ب- مورد معامله در بیع باید صرفاً عین موجود
باشد؛ به خلاف استصناع که عمل همراه با عین
است. در قرارداد استصناع غالباً کالای مورد نظر موجود
نیست و قرار است بعداً ساخت، طراحی، بسته‌بندی و...
شود. این ویژگی‌ها موجب تمایز عقد استصناع از بیع
عین معین و کلی در معین می‌گردد.**

در موردی که ثمن نقد است، تعهد فروشنده در تسلیم
مبیع می‌تواند مؤجل باشد و در چنین حالتی، هرگاه مبیع
کلی و در ذمه باشد، آن را بیع سلف یا سلم می‌گویند.
نکته اصلی که در اینجا پیش می‌آید بحث بیع کالی به
کالی است. بیع کالی به کالی حالتی است که ثمن و مبیع
مؤجل باشند. در فقه این بیع را باطل می‌دانند. وانگهی،

مطالعه کتاب‌های
فقه نشان می‌دهد که
شرط لزوم قبض ثمن در
مجلس عقد و بطلان بیع مال
کلی به نسبه بیشتر به اجتهاد و
به احتمال به مصلحت‌اندیشی فقیهان
اتکاء دارد تا به منع صریح اخبار. آنچه
مسلم به نظر می‌رسد منع فروش دین به دین
است (لایب‌الع/الدین بالدین) جمعی از فقیهان نیز
اعتقاد دارند که قدر متیقن این است که مبیع باید
پیش از عقد، دین باشد نه این که به سبب عقد بر ذمه
قرار گیرد.^{۱۲}

در هر صورت اگر نظریه مشهور فقها و ادعای اجماع بر لزوم
قبض ثمن در مجلس عقد را بپذیریم، تطبیق قرارداد استصناع بر سلم
محدود به مواردی می‌شود که قیمت در مجلس عقد پرداخت می‌شود و
اگر قیمت پرداخت نشود منطبق بر عقد سلم نخواهد بود اما اگر اجماع را
به دلیل مدرکی بودن آن قابل استناد ندانیم، پرداخت قیمت در مجلس عقد لازم
نیست و بنابراین قرارداد استصناع بر سلم منطبق می‌شود.
وجه تمایز دیگری که نیز وجود دارد این است که مبیع در قرارداد سلم باید مثلی
باشد؛ به خلاف استصناع که مورد معامله می‌تواند مثلی یا قیمی باشد و قاعدتاً در استصناع
مورد معامله باید مصنوع باشد. بنابراین، برخلاف بیع سلم، مورد معامله در عقد استصناع میوه
و محصولات زراعی نمی‌تواند باشد.

مزیت عقد استصناع نسبت به سلم در پروژه‌های عظیم که ساخت آن ممکن است چند سال
طول بکشد به طور کامل آشکار است؛ زیرا در این نوع پروژه‌ها کل مبلغ قرارداد در مجلس
قرارداد پرداخت نمی‌شود و از نظر اقتصادی و تجاری پرداخت یکجای معامله منطقی نیست و
به نوعی می‌توان ادعا کرد پرداخت کامل در ابتدا این شیوه قراردادی را از معقولیت و کارایی
دور می‌سازد؛ زیرا پیمانکار یا پیمانکاران برای شروع طرح، نیاز به دریافت کل مبلغ در ابتدای
پروژه ندارند؛ به‌ویژه اینکه اگر طرح دولتی باشد تخصیص منابع مورد نیاز در قالب بودجه‌های
مصوب به صورت سالانه و متناسب با پیشرفت آن صورت می‌پذیرد و امکان تخصیص یکجا
به صورت تمام و کمال وجود ندارد. در طرح‌های متوسط و تا حدودی کوچک نیز موضوع از
همین قرار است. در این موارد، با توافق طرفین قرارداد برای پرداخت مبالغ مورد نظر زمان‌بندی

عقدی لازم است. برخی برای حل این مشکل به‌ویژه در بانک‌ها این قرارداد را در ضمن عقد لازمی منعقد می‌کنند؛ اما مشکل در صورت فوت یکی از طرفین رخ می‌دهد، در صورت فوت این عقد جایز حتی اگر در ضمن عقد لازم آمده باشد بر لزوم باقی نمی‌ماند.

۳- موضوع جعاله صرفاً عمل است اما موضوع استصناع عمل و عین است.

۳- مقایسه عقد استصناع با تعهد به بیع

با امعان نظر نسبت به قرارداد استصناع که کالا در آینده ساخته خواهد شد؛ باید اذعان نمود که قرارداد استصناع نمی‌تواند فقط یک تعهد به بیع یا وعده متقابل بیع باشد، چه آنکه در تفسیر هر قراردادی باید به قصد مشترک طرفین قرارداد توجه کرد؛ در استصناع قصد سازنده و سفارش‌دهنده این نیست که فقط یک وعده بیع محقق شود، بلکه پس از انعقاد قرارداد و بعد از آنکه سفارش‌دهنده بخشی از بهای مورد توافق را به سازنده پرداخت می‌کند متعهد می‌شود که بقیه بهای کالای مورد نظر را در فواصل و مواعید زمانی معینی با توجه به پیشرفت کار به سازنده پرداخت کند و سازنده نیز تعهد می‌کند که در موعد مقرر در قرارداد، کالای مورد نظر را طبق توافق بسازد و به سفارش‌دهنده تحویل دهد. بنابراین اینگونه به نظر می‌رسد که طرفین در عقد استصناع قصد تعهد به بیع را ندارند.

۴- مقایسه عقد استصناع با اجاره اشخاص

استصناع و اجاره اشخاص هر دو عقد لازم هستند و در هر دو عمل شخص نقش عمده دارد اما این دو عقد نیز از یکدیگر جدا هستند. برخی از وجوه تمایز را مطرح می‌نماییم:

الف) در اجاره عین از مستأجر و عمل از اجیر است، اما در استصناع عین و عمل از سازنده است.

خاصی در نظر گرفته می‌شود. بنابراین، به طور متعارف نمی‌توان از عقد سلم برای چنین پروژه‌هایی که کل مبلغ قرارداد به هر علت در زمان انعقاد قرارداد به طور کامل پرداخت نمی‌شود، استفاده کرد. قرارداد استصناع با امکان پرداخت بخشی از مبالغ به صورت نقدی و بخشی به صورت اقساط یا حتی پرداخت کل مبلغ قرارداد هنگام تحویل محصول یا پروژه مناسب‌ترین عقد شرعی برای اجرای این پروژه‌ها است.

۲- مقایسه عقد استصناع با عقد جعاله

جعاله طبق ماده ۵۶۱ قانون مدنی ایران عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در قبال عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین. برخی بر این عقیده‌اند که استصناع منطبق بر عقد جعاله است و آن هم فقط در وجهی قابل تصور است که سفارش ساخت به صورت جعاله خاص مطرح گردد؛ زیرا در عقد استصناع تا سازنده مشخص نباشد قراردادی منعقد نمی‌گردد. بنابراین امکان توجیه استصناع در قالب جعاله به صورت عام وجود ندارد؛ اما به دلایل ذیل نمی‌توان استصناع را در قالب جعاله خاص نیز توجیه و تحلیل کرد:

۱- طبق ماده ۵۶۳ و ۵۶۴ قانون مدنی در عقد جعاله معین نمودن نوع عمل، مدت زمان کار، میزان اجرت و علم به آن‌ها شرط نیست و شناخت اجمالی به آن‌ها کافی است؛ اما در استصناع به صورت تفصیلی باید این موارد و تمام ویژگی‌های خاصی که مورد مستصنع است و همچنین میزان مبلغی که صانع در مقابل آن کار انجام می‌دهد، مشخص گردد (استصناع عقد مغابنه‌ای و جعاله عقد مسامحه‌ای است).

۲- طبق ماده ۵۶۵ قانون مدنی جعاله تعهدی جایز است در حالی که عقد استصناع

از آنجا که مورد معامله در زمان توافق و انعقاد قرارداد موجود نیست، برای جلوگیری از غرر، لازم است ویژگی‌های مورد معامله اعم از جنس نوع وصف و مقدار آن تعیین گردد تا بدین واسطه جهل طرفین نسبت به موضوع مورد معامله برطرف گردد. با توجه به این که زمان تحویل کالا در این عقد دارای اهمیت ویژه ای است باید موعد تحویل مشخص شده تا از آن لحظه امکان مراجعه به صانع برای مشتری فراهم آید؛ در غیر این صورت معامله غرری و باطل خواهد بود.

اهمیت و نقش بازارهای مالی

بازارهای مالی از آن جهت که امکان تبادل عرضه و تقاضای وجوه مالی را فراهم می‌آورند اهمیت و ضرورت ویژه‌ای دارند. دارندگان وجوه اندک نیز می‌توانند در این بازار با سرمایه‌گذاری برای خود درآمدی به دست آورند و هرگاه به نقد کردن وجوه خود نیاز داشته باشند یا احساس کنند سرمایه‌گذاری در زمینه دیگر اقتصادی سودآورتر است می‌توانند اوراق قرضه یا اوراق بهادار دیگر نظیر اوراق سهام را در بازار ثانویه عرضه کرده، وجوه مورد نیاز خود را به دست آورند. در همه کشورهای، به‌ویژه در کشورهای جهان سوم که بخش بزرگی از

ب) در اجاره اجیر مسئول تلف یا نقص اموال مستأجر نیست مگر تقصیر کرده باشد؛ اما در استصناع چون ماده اولیه از سازنده است، تلف و نقص و عیب از ملک خود اوست و به هر حال مسئول است.

۵- استصناع به عنوان عقد مستقل

به نظر می‌رسد که قرارداد استصناع از لحاظ ماهوی عقد مستقل و متمایزی از عقود معین با شرایط نوین ناشی از تحولات و پیشرفت‌های جامعه و نیاز اساسی افراد به ساخت هر نوع کالای مورد نظر خصوصاً در کشورهای در حال توسعه است. این نظر در فقه امامیه و مذهب حنفی نیز طرفداران قابل توجهی دارد.^{۱۳}

اوصاف حقوقی عقد استصناع

استصناع عقدی است لازم که طرفین ملزم به پایبندی بر تعهدات خود بوده و نمی‌توانند از مفاد آن تخلف نمایند. اصل لزوم قراردادهای و ماده ۲۱۹ قانون مدنی، بر اثبات این امر دلالت دارد. استصناع عقدی است عهدی و نه تملیکی بنابراین تا قبل از تسلیم مصنوع به مشتری، مالکیت مال از آن صانع بوده و او می‌تواند هرگونه تصرفی در کالای ساخته شده بنماید، البته به نحوی که منجر به تخلف در عهد وی نسبت به طرف مقابل نگردد.

۱۳. نگاه کنید به قسمت دیدگاه فقهای متأخر.



مردم درآمدهای متوسط یا زیر متوسط دارند این بازارها می‌توانند سرمایه‌های مردم را جمع و صرف سرمایه‌گذاری در امور زیربنایی کنند و در عین حال، فرصت سیاست‌گذاری برای بانک مرکزی کشورها جهت کنترل نقدینگی را فراهم آورند. طبیعی است هر چه بازارهای مالی در سطح کشور گسترده‌تر و فراگیرتر باشد و از نظر کیفی نیز شفافیت مناسب‌تر و ابزارهای لازم و تخصص و نوآوری‌های مطلوب‌تری داشته باشد توان جذب بیشتر سرمایه را خواهد داشت و کارایی نیز افزایش خواهد یافت. بنابراین، هدف اصلی بازار مالی، تأمین مالی می‌باشد.

تأمین مالی^{۱۴}

تأمین مالی در معنای کلی و منصرف از وصف داخلی یا خارجی، اصطلاحاً به فرایند تمرکز منابع مالی سرمایه به صورت میان‌مدت و بلندمدت اطلاق می‌گردد. همچنین شاخه‌ای از علم اقتصاد است که به بررسی موضوع فراهم کردن سرمایه برای اشخاص، کسب‌وکارها و دولت‌ها می‌پردازد. تأمین مالی به نهادهای پیش‌گفته این امکان را می‌دهد تا به جای در دست داشتن پول نقد از اعتبار برای خرید کالا سرمایه‌گذاری در پروژه یا دیگر مبادلات اقتصادی خود استفاده کنند.^{۱۵}

ضرورت طراحی ابزاری مناسب برای جایگزینی اوراق قرضه

بی‌تردید، اوراق قرضه در چارچوب عملیات بازار باز یکی از مهمترین ابزارهای مالی در بازارهای پول و سرمایه به شمار می‌رود؛ ولی به علت دربرداشتن بهره و ممنوعیت آن در اسلام در اقتصاد

14. Financing

۱۵. فیضی چکاب، غلام نبی، خدادادی دشتکی، خداداد، ۱۳۹۸، درآمدی بر تأمین مالی و سرمایه‌گذاری خارجی، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ص ۱۵.



اسلامی جایگاهی ندارد. در چارچوب اقتصاد اسلامی فروش اوراق قرضه به معنای قرض گرفتن از دیگری همراه با بهره است. این به معنای استیفای دین و دریافت مازاد بر اصل مبلغ اولیه است که ربا شمرده می‌شود؛ بنابراین امکان کاربرد این اوراق در اقتصاد اسلامی وجود ندارد. افزون بر ضابطه پیشین، اوراق جایگزین اوراق قرضه باید واجد خصوصیات ذیل نیز باشند:

۱. **قابلیت تأمین اعتبار مالی:** اوراق جایگزین باید به گونه‌ای باشد که دولت بتواند از طریق فروش آن‌ها طرح یا طرح‌های مشخصی را تأمین اعتبار کند.
۲. **قابلیت برای ابزار سیاست پولی:** اوراق مذکور باید به گونه‌ای باشد که بانک مرکزی بتواند با خرید و فروش آن‌ها به افزایش و کاهش حجم پول و نقدینگی در اقتصاد اقدام کند.
۳. **قابلیت تشکیل بازار:** اوراق باید چنان طراحی شوند که اعتماد مردم به آن‌ها جلب شود؛ به طوری که در عمل، بازاری فعال برای خرید و فروش آن‌ها شکل گیرد. برای تحقق این منظور، اوراق باید دارای عنصر انگیزشی برای مردم باشد تا مردم و مؤسسه‌های بخش خصوصی به خرید و فروش آن اقدام کنند و این عنصر قابلیت تغییر داشته باشد تا بتوان با تغییر آن، مقدار خرید یا فروش مورد نظر را تأمین کرد.
۴. اوراق باید از جهت مسائل حقوقی مالی دارای ضوابطی روشن باشد؛ یعنی مسائل مربوط به اصل مبالغ پرداختی، سود حاصله، زمان و مکان پرداخت، نحوه خرید و فروش اولی و ثانوی و نحوه رسیدگی به اختلاف‌ها به طور دقیق روشن باشد.
۵. اوراق باید قابلیت تجدید انتشار در سررسید داشته باشد تا بتوان در سررسید اوراق پیشین، اوراق جدیدی را منتشر و جایگزین کرد.
۶. منابع مالی حاصل از فروش اوراق امنیت کافی را ولو از طریق پوشش‌های گوناگون بیمه داشته باشند.^{۱۶}

سرانجام اندیشمندان توانستند با رعایت ضوابط و مقررات شرعی و متناسب با نیازهای واقعی جوامع اسلامی انواعی از ابزارهای مالی را طراحی نمایند. این ابزارها به سه گروه عمده تقسیم می‌شوند: گروه نخست **ابزارهای مالی غیرانتفاعی** هستند که بر اساس قراردادهای خیرخواهانه اسلامی چون قرض الحسنه و وقف طراحی شده‌اند؛ گروه دوم **ابزارهای مالی انتفاعی با نرخ‌های سود انتظاری** هستند که بر اساس قراردادهای مشارکتی چون شرکت، مضاربه، مزارعه و مساقات طراحی شده‌اند؛ گروه سوم ابزارهای مالی انتفاعی با نرخ‌های سود معین (عقود مبادله‌ای) هستند که براساس قراردادهایی چون مباحه، اجاره و استصناع طراحی شده‌اند.

۱۶. نظریور، محمدنقی، ۱۳۸۴، اوراق بهادار استصناع ابزاری برای سیاست پولی، اقتصاد اسلامی، سال پنجم، صص ۹۷ و ۹۸.



تعریف اوراق استصناع

اوراق استصناع (سفارش ساخت) اوراق بهاداری است که ناشر براساس قرارداد سفارش ساخت کالایی منتشر می‌کند که مورد احتیاج بانی^{۱۷} است. این اوراق، قابل مبادله در بازار ثانویه و دارای بازده معین است.

ویژگی و کارکرد اوراق استصناع

ویژگی اصلی اوراق استصناع در مقایسه با سایر اوراق، معین بودن میزان سود در سررسید معین است که توسط ناشر در ابتدای امر مشخص می‌شود. در این مدل، ناشر همان اوراق استصناعی را که از بانی به عنوان عوض قرارداد استصناع دریافت کرده است در اختیار سرمایه‌گذاران قرار می‌دهد و آن‌ها در مواعد مقرر می‌توانند با مراجعه به بانی، وجوه مقرر در اوراق استصناع را که همان ارزش اسمی اوراق است دریافت کنند. واسط، اوراق استصناع را به سرمایه‌گذاران، زیر قیمت اسمی می‌فروشد و دارندگان اوراق در سررسید، مبلغ اسمی اوراق را از بانی دریافت می‌کنند و تفاوت ارزش اوراق در زمان خرید و ارائه به بانی، سود سرمایه‌گذاران را تشکیل می‌دهد.

چگونگی کاربست استصناع در تأمین مالی

استفاده از قرارداد استصناع (سفارش ساخت) در تأمین مالی به روش‌های مختلفی میسر است، اما در این زمینه از دو روش اصلی به دو صورت مستقیم و غیرمستقیم (موازی) استفاده می‌گردد.

الف) استصناع مستقیم

وزارتخانه‌ها و سازمان‌هایی که می‌خواهند طرح‌هایی را در سطح ملی یا منطقه‌ای اجرا کنند، اما اعتبارات لازم برای اجرای آن را در زمان حاضر ندارند، همچنین بانک‌های تجاری و تخصصی، مؤسسه‌های پولی و اعتباری که به عللی به اجرای طرح‌ها و پروژه‌های گوناگون تمایل دارند، می‌توانند با شخصیت‌های حقیقی یا حقوقی در جایگاه

۱۷. به شخصی که نیازمند تأمین مالی است و سبب و زمینه‌ساز انتشار اوراق بهادار می‌شود «بانی» گفته می‌شود.

پیمانکار قرارداد استصناع ببندند؛ بدین گونه که سفارش ساخت طرح‌های بزرگ نظیر راه‌سازی، سدسازی، شهرسازی یا طرح‌های کوچک نظیر احداث ساختمان، شرکت، تکمیل پروژه‌های مورد نظر یک شرکت موجود یا حتی طرح‌های انفورماتیک در زمینه ترافیک حمل و نقل و... را به پیمانکاران بدهند. در مقابل، نهادهای پیش‌گفته به جای پرداخت همه یا بخشی از مبالغ قرارداد، به پیمانکار اوراق استصناع با سررسید مشخص که طرح در آن سررسید به اتمام می‌رسد در یک زمان‌بندی متناسب با قرارداد می‌پردازند. پیمانکاران و مجریان طرح‌ها می‌توانند با سرمایه‌های دیگری که احیاناً در اختیار دارند طرح را آغاز و به پیش برند و در سررسید با تحویل اوراق استصناع مبالغ را از سفارش‌دهنده دریافت دارند و در صورتی که به هر دلیل نیاز به پول نقد دارند می‌توانند همه یا بخشی از این اوراق را در بازارهای ثانویه یا بانک‌های عاملی که واسطه هستند ارائه کنند و با فروش همراه تنزیل آن اوراق، به مبالغ مورد نظر دست یابند. بدیهی است قیمت این اوراق در بازار قیمت سررسید آن نخواهد بود؛ بلکه به تناسب زمان باقیمانده تا سررسید، به قیمت سررسید نزدیک می‌شود. خریداران این اوراق نیز می‌توانند در صورتیکه خواستند آن را به پول نقد تبدیل کنند؛ یعنی هر زمان قبل از سررسید، به بازار ثانویه یا بانک‌های عامل مراجعه و به تناسب مدت باقیمانده به فروش آن اقدام کنند و در صورتیکه تا زمان سررسید صبر کنند، می‌توانند از منتشرکننده اوراق، قیمت اسمی آن را که مندرج در آن است دریافت دارند. دارندگان این اوراق به تناسب موقعیت اقتصادی کشور می‌توانند سود مورد انتظار را به فروش اوراق کسب کنند.^{۱۸}

۱۸. نظریور، محمدنقی، ۱۳۸۴، اوراق بهادار استصناع ابزاری برای سیاست پولی، اقتصاد اسلامی، سال پنجم، صص ۹۸ و ۹۹.



(ب) استصناع غیرمستقیم

در استصناع غیرمستقیم، بانی برای ساخت کالای مورد احتیاج که وجوه برای آن در اختیار ندارد به نهاد واسطه^{۱۹} مراجعه می‌کند و این شرکت ضمن پذیره‌نویسی و جمع‌آوری وجوه از سرمایه‌گذاران، سفارش ساخت کالا را به شخص یا اشخاص ذی‌صلاح واگذار می‌کند. در این روش، دو قرارداد استصناع منعقد می‌گردد؛ استصناع اول میان بانی و ناشر و استصناع دوم میان ناشر و سازنده.

در این روش، بانی (مانند یک وزارتخانه یا شهرداری یا شرکت دولتی یا خصوصی) با انتخاب مؤسسه واسطه، تأمین مالی و اجرای پروژه را از طریق قرارداد استصناع به آن می‌سپارد و به جای قیمت پروژه، اوراق بهادار استصناع با سررسیدهای معین می‌پردازد. واسطه، طبق قرارداد استصناع دومی، ساخت پروژه مورد نظر را به پیمانکار مربوطه سفارش می‌دهد و در مقابل متعهد می‌شود قیمت پروژه را طبق زمان‌بندی مشخص به وی بپردازد. سپس واسطه اوراق بهادار استصناع که حکایت از بدهی بانی می‌کند را از طریق یک بانک یا شرکت تأمین سرمایه به مردم می‌فروشد و بدهی خود به پیمانکار را می‌پردازد.

استفاده از قرارداد استصناع موازی زمانی اتفاق می‌افتد که طرح چنان بزرگ است که یک پیمانکار توان انجام آن را ندارد؛ در این موارد سفارش‌دهندگان می‌توانند از طریق نهاد مالی یا بانک اقدام کنند؛ برای مثال وزارتخانه‌ای احداث پروژه خاصی مثل ساخت فرودگاه بین‌المللی را طبق قرارداد استصناع از یک نهاد مالی یا بانک می‌خواهد؛ نهاد مالی یا بانک متعهد می‌شود در قبال مبلغ مشخصی که در طول زمان‌بندی معین دریافت کرده است پروژه را تا سه سال ساخته و تحویل دهد، سپس نهاد مالی یا بانک آن پروژه را در قالب پروژه‌های کوچک‌تر تعریف کرده، با چند پیمانکار قرارداد استصناع می‌بندد.

در این روش نیز وزارتخانه مربوطه به تناسب پیشرفت پروژه، اوراق بهادار استصناع را که به تناسب قرارداد دارای سررسیدهای معین هستند، در اختیار نهاد مالی یا بانک قرار می‌دهد و بانک آن‌ها را در بازار ثانوی به مردم فروخته و بدهی خود را به پیمانکاران می‌پردازد.

۱۹. نهاد واسط شرکتی است که در تأمین مالی مبتنی بر دارایی با اهداف معین، به‌ویژه به منظور جدا ساختن ریسک‌های مربوط به تأمین مالی شونده از دارایی‌های مبنای انتشار اوراق، مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۲۰. کریمی، عبدالحق، ۱۳۹۹، موضوع‌شناسی اوراق استصناع، مجله معرفت، سال سی‌ام، شماره دوم، پیاپی ۲۸۱، ص ۷۳.

کاربردها و مزایای عقد استصناع

استصناع از آنجا که جزو عقود مبادله‌ای^{۲۱} بوده و دارای بازده ثابت است، برای جمع‌آوری سرمایه‌های هر چند کوچک افراد، به‌ویژه افراد ریسک‌گریز مناسب است و با سوق دادن این سرمایه‌ها در اجرا یا تکمیل طرح‌های تولیدی می‌تواند تأثیر چشمگیری داشته باشد. عقد استصناع می‌تواند بر اساس ماهیت ذاتی خود، پاسخگوی سلیقه‌های متنوع افراد، بنگاه‌های اقتصادی تولیدی و بخش‌های دولتی و عمومی در احداث طرح‌ها و پروژه‌های خرد و کلان قرار گیرد و جایگزین مناسبی برای عقود مورد استفاده مانند: سلم، جعاله و مشارکت مدنی در تخصیص منابع بانک‌ها در نظام بانکی کشور باشد. اوراق استصناع از اوراق بهاداری است که در آن، علاوه بر بازار اولیه که در آن اوراق توسط واسطه منتشر می‌گردد، بازار ثانویه‌ای نیز به وجود خواهد آمد تا دارندگان در صورت نیاز به ارزش اوراق در آن زمان، بتوانند با فروش اوراق به سرمایه خود دست یابند و همچنین چنانچه افرادی بخواهند در قالب این اوراق سرمایه‌گذاری کنند، با خرید آن، به مقصود خود برسند. در این بخش به دو کارکرد اصلی استصناع به عنوان تأمین مالی و ابزاری برای اعمال سیاست پولی می‌پردازیم.

الف) تأمین مالی

تأمین مالی از طریق استصناع به دلیل عینی بودن طرحی که تأمین مالی می‌شود سبب می‌گردد این عقد به درستی انجام گیرد و شبهه‌ی صوری بودن عقد به وجود نیاید. این اوراق با فراهم آوردن امکان جذب سرمایه‌های افراد ریسک‌گریز، می‌تواند فرصت مناسبی را برای سرمایه‌گذاری در اختیار افراد قرار دهد؛

به دلیل این که قیمت این اوراق در سررسید، متناسب با وضعیت رونق و رکود تغییر نخواهد کرد و مقدار ثابتی باقی خواهند ماند این اوراق این توانایی را دارد که دغدغه‌های اعتباری پیمانکاران را از طریق فراهم آمدن امکان فروش این اوراق قبل از سررسید برطرف کند. همچنین با نقد شدن اوراق استصناع، مشکلی از جهت افزایش نقدینگی ایجاد نمی‌شود؛ زیرا متناسب با رشد محصول، پول به جامعه تزریق می‌شود.

تا اکنون طرح‌های فراوانی از سوی بانک توسعه اسلامی در قالب عقد استصناع تأمین شده است که می‌توان به موارد ذیل از میان آن‌ها اشاره کرد:

- ساخت برج اداری البطحار در کشور امارات متحده عربی در سال ۱۹۹۹ میلادی؛
- ساخت جاده آستانه به قزقند در قزاقستان در سال ۲۰۰۰ میلادی؛
- توسعه سامانه توزیع برق الجزایر در سال ۲۰۰۰ میلادی؛
- توسعه و تجهیز سامانه تصفیه و توزیع آب در لبنان در سال ۱۹۹۹ میلادی؛
- ساخت خوابگاه و مهمانسرای استادان مدارس اسلامی‌کنیا در سال ۱۹۹۹ میلادی؛
- مکانیزاسیون شبکه آبیاری ایران در سال ۱۹۹۹ میلادی.

همچنین طرح‌های ذیل نیز در قالب عقد استصناع به وسیله بانک توسعه اسلامی تأمین مالی شد:

- تأمین مالی طرح تقویت پل شیخ خلیفه بن سلیمان در بحرین به مبلغ ۳۱/۲۶۰ میلیون دلار در سال ۲۰۰۱؛
- تأمین مالی هزینه‌های طرح تولید برق برای هفت منطقه در مغرب به مبلغ ۴۱/۵ میلیون

۲۱. قراردادهای مبادله در مقابل قراردادهای مشارکتی قرار می‌گیرند و در این عقود، عوضین به ملکیت طرفین درمی‌آید. این عقود دو ویژگی اصلی دارند:

(۱) معین بودن میزان سود قرارداد (۲) تملیکی بودن قرارداد

دلار در سال ۲۰۰۴؛

- مشارکت در سرمایه‌گذاری توسعه حوض‌آبگیری کشتی‌سازی بندر عباس در جمهوری اسلامی ایران به مبلغ ۳۷/۶ میلیون دلار در سال ۲۰۰۵؛

- قرارداد استحکام بندر خلیفه بن سلیمان در بحرین به مبلغ ۴۶ میلیون دلار در سال ۲۰۰۴.^{۲۲} در این بخش، تأمین مالی به وسیله استصناع را در دو بخش طرح‌های دولتی و عمومی و بخش خصوصی بررسی می‌کنیم:

۱- تأمین مالی طرح‌های دولتی و بخش عمومی

در صورت درخواست وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها برای تأمین مالی طرح‌های ملی یا منطقه‌ای، بانک می‌تواند در قالب عقد استصناع این طرح‌ها را از سفارش‌دهندگان بپذیرد یا به صورت استصناع مستقیم، خود آن را اجرا کند یا اینکه واسطه شده و این طرح‌ها را با همان ویژگی‌های مورد نظر به پیمانکار یا پیمانکاران دیگر واگذارد. بخش دولتی و عمومی که سفارش‌دهنده این طرح است درباره زمان‌بندی پرداخت‌ها در سررسیدهای مشخص با بانک به توافق می‌رسد. بانک با در نظر گرفتن سود معین و هزینه معطلی وجوه پرداختی خود مبلغ‌های مورد نظر خود را از دولت یا بخش عمومی دریافت می‌کند. برای مثال:

در عربستان سعودی بانک ریاض از یک سو در جایگاه صانع، سفارش ساخت ساختمان تجهیزات ماشین‌آلات یا احداث پروژه را مطابق خواست متقاضی می‌پذیرد (قرارداد نخست) و از سوی دیگر با عقد مستقل دیگری در جایگاه مستصنع و سفارش‌دهنده آن را به پیمانکار با

همان ویژگی‌های مورد نظر با قیمت مشخص و احیاناً با زمان‌بندی خاص واگذار کرده و پس از تحویل گرفتن کالا یا پروژه در موعد مقرر آن را به متقاضی تحویل داده و مطابق آنچه که در قرارداد نخست استصناع با متقاضی مورد توافق قرار گرفت، قیمت را در زمان‌بندی خاص از وی دریافت می‌دارد. بنابراین، این بانک در چارچوب استصناع موازی معامله‌های خود را انجام می‌دهد و سود مناسب را از مابه‌التفاوت قیمت در دو قرارداد استصناع دریافت می‌دارد. بانک/جزیره نیز از این عقد برای تأمین مالی طرح‌های زیربنایی استفاده می‌کند؛ بدین گونه که بانک با مشتری و متقاضی تسهیلات قراردادی امضا می‌کند که به طور مثال ساختمان پل و... را طراحی کرده یا ساخته یا طرحی را احداث کند. بانک سپس قرارداد دیگری را با مجری یا پیمانکار امضا می‌کند. در عین حال، مسئولیت مستقیم اجرای طرح با بانک است. این بانک نیز در چارچوب استصناع موازی معامله‌های مورد نظر را انجام می‌دهد. بانک سرمایه‌گذاری سعودی، بانک الراجحی و بانک البلاد نیز از قرارداد استصناع استفاده می‌کنند.

بانک بین‌المللی اسلامی قطر برای ساخت ساختمان‌های مسکونی و تجاری و تولید یا کالای صنعتی خاص با ویژگی‌های معین، با متقاضیان براساس ضوابط شرعی قرارداد استصناع امضا می‌کند؛ سپس بانک با پیمانکار یا شرکت خاصی براساس همان ویژگی‌ها و شرایط، عقد استصناع دیگری منعقد می‌سازد و در کیفیت پرداخت و دریافت به صورت نقدی و اقساطی در این دو عقد استصناع و با تغییر برخی از شرط‌ها، ضمن تأمین مالی طرح‌های پیش‌گفته سود مورد نظر خود را به دست می‌آورد.^{۲۳}

۲۲. کمیجانی، اکبر، نظریور، محمدتقی، ۱۳۸۷، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۰، ص ۷۴.

۲۳. کمیجانی، اکبر، نظریور، محمدتقی، ۱۳۸۷، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۰، صص ۷۵ و ۷۶.

۲- تأمین مالی طرح‌های خصوصی

شرکت‌ها یا افرادی که می‌خواهند طرح‌های خاصی را با مشخصات و شرایط ویژه اجرا کنند اما همه یا بخشی از اعتبارهای لازم را در اختیار ندارند، می‌توانند با بانک وارد مذاکره شوند تا بانک این طرح‌ها را در قالب عقد استصناع و سفارش ساخت به پیمانکاران واگذارند و در ابتدا و به تناسب پیشرفت کار، مبالغ مورد توافق را به پیمانکاران پرداخت کنند و پس از اینکه کالا به ملکیت بانک درآمد، به صورت فروش اقساطی یا اجاره به شرط تملیک به متقاضیان اجرای این طرح‌ها واگذارده و از مابه‌التفاوت قیمت نقدی و نسبه به سود مناسب دست یابند. البته قراردادی که بانک با این متقاضیان منعقد می‌سازد می‌تواند خود نیز در قالب عقد استصناع صورت پذیرد. در این صورت، استصناع موازی یا غیرمستقیم تحقق می‌یابد و در صورتیکه بانک در جایگاه پیمانکار بتواند با تأمین مالی خود این طرح خاص را اجرا کند و با زمان‌بندی خاصی مبالغ را از سفارش‌دهنده دریافت کند، استصناع مستقیم تحقق می‌یابد. شیوه استصناع غیرمستقیم به جهت درگیر نشدن در مسایل ریز پیمانکاری برای بانک مطلوب‌تر است و در این صورت فقط شیوه‌های تأمین مالی در دو عقد استصناع متفاوت است. در واقع، بانک در یک عقد استصناع مبلغ‌هایی را نقدی پرداخت می‌کند و در عقد دیگری به صورت اقساطی دریافت می‌دارد و از مابه‌التفاوت نقد و نسبه و هزینه‌های جانبی عملیاتی که انجام می‌دهد سود لازم را کسب می‌کند.

ب) اعمال سیاست پولی

بانک مرکزی می‌تواند از طریق عملیات باز، تمام یا بخشی از این اوراق استصناع را تنزیل و خریداری کند و قیمت آن‌ها را به دارندگان اوراق بدهد و با این اقدام به سیاست پولی

انبساطی اقدام ورزد؛ یعنی در وضعیت رکود اقتصادی این اوراق با قیمت بیشتری در مقایسه با قیمت رایج بازار خریداری می‌شود. از این طریق، حجم نقدینگی جامعه و به تبع آن، مخارج کل و قیمت‌ها و اعتبارات مؤسسه‌های پولی افزایش می‌یابد و بالعکس در شرایط رونق اقتصادی سیاست انقباضی پولی اعمال کرده، اوراق را با قیمت پایین‌تر به تقاضاکنندگان خواهند فروخت.

نتیجه‌گیری

- استصناع را به این صورت می‌توان تعریف کرد:

سازنده (صانع)، در ازای دریافت مبلغ معینی ساخت و تحویل کالای مشخصی در مدت زمان معلومی را با وسایل و مواد اولیه متعلق به خود برعهده می‌گیرد و در مقابل سفارش‌دهنده (مستصنع) متعهد می‌شود مبالغ مربوط به کالا یا طرح موضوع سفارش را در زمان مقرر میان طرفین به سازنده بپردازد.

- استصناع عقد مستحدثی نیست؛ اما در مورد ماهیت آن در بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. در فقه عامه، مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی عمدتاً

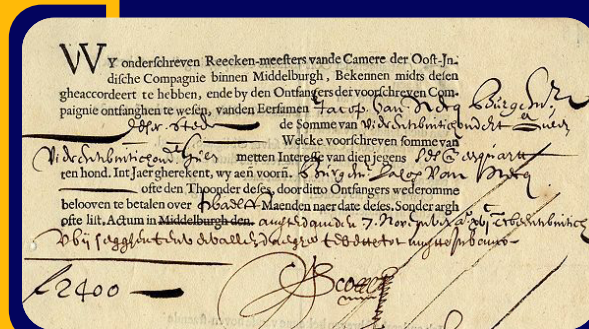


استصناع را در قالب عقد سلم و مذهب حنفی آن را به عنوان عقد مستقل تصحیح کرده‌اند. فقهای امامیه نیز قائل به صحت این عقد هستند و طبق فتاوی فقهای معاصر، می‌توان مدعی استقلال عقد استصناع از سایر عقود معین بود.

- از آنجا که در نصوص شرعیه و سنت دلیلی بر فساد استصناع نداریم، این عقد مشمول عموم «وفوا بالعقود» و «المؤمنون عند الشروطهم» و اطلاق «تجارة عن التراض» می‌شود.
- قرارداد استصناع این ویژگی‌های متمایزکننده از سایر نهادهای حقوقی را دارد؛ اول آنکه کالای موضوع عقد در هنگام انعقاد قرارداد موجود نیست و در آینده ساخته و تحویل می‌شود؛ دوم آنکه به جهت موجود نبودن موضوع قرارداد باید اوصاف و ویژگی‌های آن به دقت در قرارداد معین شود تا غرری باقی نماند؛ سوم تهیه قسمت غالب مواد اولیه و لوازم کار برعهده سازنده است و چهارم اینکه تمام ثمن در هنگام قرارداد پرداخت نمی‌شود و معمولاً بخشی در آغاز کار و مابقی به تناسب پیشرفت کار یا حتی پس از خاتمه کار تحویل می‌شود.
- استصناع می‌تواند به روش‌های مختلفی در تخصیص منابع و انتشار اوراق براساس آن استفاده شود اما استفاده از استصناع مستقیم و غیرمستقیم روش اصلی محسوب می‌گردد. در قرارداد استصناع مستقیم وزارتخانه‌ها و مؤسسات مستقیماً با پیمانکاران وارد مذاکره می‌شوند و

اوراق استصناع را به خودشان می‌دهند؛ اما زمانی که طرح کوچک باشد و یا طرح بزرگی به طرح‌های کوچک تبدیل شود و پیمانکاران جزء نتوانند با وزارتخانه و... مستقیماً وارد مذاکره شوند یا تخصص و توان لازم را به هر جهت برای فروش اوراق استصناع در بازار ثانویه نداشته و یا اساساً تمایلی به انعقاد چنین قراردادی نداشته باشند، این نهادها و مؤسسات می‌توانند با یک بانک معتبر قرارداد استصناع ببندند و اوراق استصناع را به بانک بدهند؛ بانک اکنون به عنوان واسطه، خود با پیمانکاران طرف قرارداد می‌شود و در این صورت بانک می‌تواند قرارداد استصناع دیگری با پیمانکاران جزء منعقد نماید و بخشی از مبلغ را هنگام قرارداد و بخش دیگری را به صورت اقساطی و متناسب با پیشرفت کار به این پیمانکاران تحویل دهد. بانک نیز می‌تواند تا سررسید اوراق استصناع صبر کند و کل مبلغ را در سررسید از انتشاردهنده آن طلب نماید و یا این که با مراجعه به بازار ثانویه و با تن دادن به تنزیل و متناسب با مدت باقیمانده تا سررسید به پول نقد دست یابد. خریداران این اوراق نیز می‌توانند این اوراق را تا زمان سررسید نگهداری کنند یا در بازار ثانویه به فروش برسانند.

استصناع از آنجا که جزو عقود مبادله‌ای بوده و دارای بازده ثابت است برای جمع‌آوری سرمایه‌های هرچند کوچک افراد، به‌ویژه افراد ریسک‌گریز مناسب است و با سوق دادن این سرمایه‌ها در اجرا یا تکمیل طرح‌های تولیدی می‌تواند تأثیر چشمگیری داشته باشد. عقد استصناع می‌تواند بر اساس ماهیت ذاتی خود پاسخگوی سلیقه‌های متنوع افراد، بنگاه‌های اقتصادی تولیدی و بخش‌های دولتی و عمومی در احداث طرح‌ها و پروژه‌های خرد و کلان قرار گیرد و جایگزین مناسبی برای عقود مورد استفاده مانند: سلم، جعاله، مشارکت مدنی در تخصیص منابع بانک‌ها در نظام بانکی



کشور باشد. بنابراین، استفاده از استصناع می‌تواند پاسخگوی نیازها به تأمین مالی و سرمایه‌گذاری باشد و منجر به رشد و پویایی بازار سرمایه، توسعه اقتصادی، کنترل و مهار تورم، سیاستگذاری اقتصادی و... شود.

– امروزه کاربرد و مزایای این قرارداد بسیار و روبه‌فزونی است بنابراین، پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار مانند سایر کشورها چون عراق و مصر این قرارداد را به عنوان یکی از عقود خاص و معین مطرح نموده و احکام، آثار و شرایط ویژه آن را تبیین سازد.

منابع و مآخذ

الف) کتاب‌ها

- باریکلو، علیرضا، ۱۳۹۹، حقوق قراردادهای عقود معین (۱)، تهران: میزان، چاپ دوم.
- سلطانی، محمد، ۱۴۰۲، حقوق بازار سرمایه، تهران: سمت، چاپ پنجم.
- سلطانی، محمد، ۱۳۹۸، حقوق بانکی، تهران: میزان، چاپ چهارم.
- فیضی چکاب، غلام‌نبی، خدادادی دشتکی، خداداد، ۱۳۹۸، درآمدی بر تأمین مالی و سرمایه‌گذاری خارجی، تهران: شرکت چاپ و نشر بازگانی، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۶، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۸، درس‌هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش، جلد اول.

ب) مقالات

- الهام، صادق، عباسی، یونس، ۱۳۹۹، قرارداد استصناع بانکی در ترازوی تحلیل و نقد فقهی، فصلنامه علمی اقتصاد اسلامی، مقاله علمی-پژوهشی، سال بیستم، شماره ۷.
- آیتی، سیدمحمد رضا، آل بویه، علی، ۱۳۸۹، بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار

بورس، سال سوم، شماره پنجم. دهقانی‌نژاد، عباس، بادینی، حسین، ۱۳۹۱، تحلیل مفهوم عقد استصناع، فصلنامه مطالعات حقوقی دولت اسلامی، سال اول، شماره اول.

• سیفی زیناب، غلامعلی، حسن‌زاده، منصوره، استصناع در فقه و حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰.

• عبدی، یاسر، جعفرزاده، جعفر، آری، محمود، ۱۳۹۴، بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد استصناع، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره چهل و دو.

• قاضیانی عاکفی، موسی، قاضیانی عاکفی، وحید، ۱۳۹۹، مطالعه تطبیقی استصناع به عنوان عقدی معین و مستقل؛ در فقه، قوانین برخی کشورهای عربی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، تمدن حقوقی، دوره ۳، شماره ۷.

• کمیجانی، اکبر، نظریور، محمدتقی، ۱۳۸۷، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۰.

• موسویان، سید عباس، ۱۳۸۶، اوراق بهادار استصناع، مکمل بازار سرمایه ایران، دوفصلنامه علمی-پژوهشی جستارهای اقتصادی، سال چهارم، شماره هشتم.

• موسویان، سید عباس، بازوکار، احسان، ۱۳۹۲، بررسی فقهی-حقوقی اوراق استصناع موازی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۳.

• نظریور، محمدتقی، ۱۳۸۴، اوراق بهادار استصناع ابزاری برای سیاست پولی، اقتصاد اسلامی، سال پنجم.

• نظریور، محمدتقی، استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع، مجله فقه اهل بیت، شماره ۶۶-۶۷.



تأثیر آموزه‌های انسان‌شناسی بر توجه بیشتر به «مقصدهای شریعت» و «مصلحت» در فرآیند استنباط حقوق اسلامی

دکتر مهدی نیازآبادی*

استاد مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

M.niazabadi@gmail.com



پس از فتح مناطق وسیعی از ایران توسط اعراب مسلمان در زمان خلافت خلیفه دوم (عمر) و سقوط کامل امپراتوری ساسانی در زمان خلافت خلیفه سوم (عثمان) در سال ۶۵۱ میلادی (مطابق با سال ۳۰ هجری قمری و همزمان با کشته شدن یزدگرد سوم، آخرین پادشاه ساسانی) تحولات عظیمی در عرصه‌های مختلف اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و... در سرزمینی که امروزه از آن با نام «ایران» یاد می‌کنیم پدید آمد.^۱ ایرانیانی که از تبعیض طبقاتی در کشورشان ناراضی بودند اصل و نفس اسلام را پذیرفتند و در اشاعه آن نیز کوشیدند؛ هرچند هرگز مخالفت خویش را با سلطه امویان و عباسیان پنهان نکردند و در این مسیر جنبش‌های استقلال‌طلبانه متعددی را به پا ساختند.^۲

پذیرش اسلام به عنوان دین، آیین و مسلکی جدید در این مناطق سبب شد که حوزه تقنین (صدور فرمان‌های پادشاهی) نیز، مانند سایر حوزه‌ها در گذر زمان تحت تأثیر آموزه‌ها و معارف اسلامی قرار گیرد. این هم‌نشینی و تأثیر گسترده‌ای که اسلام بر حوزه تقنین در مناطقی از ایران نهاد، امری گریزناپذیر بود تا جایی که در زمان حکومت ایلخانان (سلسله‌ای از مغولان ۷۵۰-۶۵۴ ه.ق. / ۱۳۳۵-۱۲۵۶ م.) شخص هولاکو به دین اسلام گروید، نام اسلامی برای خود برگزید و سعی بر آن نمود که فرامین حکومتی خود را بر پایه آموزه‌ها و اصول اسلامی صادر نماید. اما اوج تأثیرپذیری از آموزه‌های اسلامی را باید در تأسیس دولت صفویه (۹۰۵-۱۱۳۵ ه.ق. / ۱۷۲۲-۱۵۰۱ م.) دانست؛ صفویان با غرض اصلی عرض اندام در برابر امپراتوری عظیم عثمانی (۱۹۲۲-۱۲۹۹ م.) که قائل به فرقه‌ای از تسنن بودند، مذهب شیعه را به عنوان مذهب رسمی خود انتخاب نمودند و در راستای طی طریق بر این سبیل، از شیخ بهایی و پدرش جهت رتق و فتق امور حکومتی بر پایه

* مدرس مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

۱. زرین کوب، عبدالحسین (۱۳۸۳)، *تاریخ ایران بعد از اسلام*، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ دهم، ص ۳۳۴.

۲. طاهریان (۸۸۱-۸۲۶ م.)، صفاریان (۹۰۳-۸۶۶ م.)، سامانیان (۹۹۹-۸۱۹ م.) و آل بویه (۱۰۵۰-۹۴۵ م.).



آموزه‌های این مذهب دعوت به عمل آوردند. سالیان بعد، در زمان حکومت دولت قاجار (۱۱۷۴-۱۳۰۴ ه.ش.) و حکمرانی مظفرالدین شاه (۱۲۸۵-۱۲۷۵ ه.ش.) و محمدعلی شاه (۱۲۸۸-۱۲۸۵ ه.ش.) جنبش مشروطه‌خواهی برای تبدیل حکومت استبدادی به مشروطه، به تشکیل مجلس شورای ملی و تصویب نخستین قانون اساسی انجامید. همنشین بلندمدت اسلام با ابعاد و عرصه‌های مختلف دول ایرانی و تأثیرات غیرقابل انکار آن بر حوزه تقنین به گونه‌ای واضح در این برهه زمانی نیز قابل مشاهده است؛ چنانکه علمای آن روز شیعه، چون سید محمد طباطبایی، سید عبدالله بهبهانی و شیخ فضل‌الله نوری، دم از مشروطه مشروعه و صدور قوانین مجلس بر پایه اصول اسلامی و شرعی می‌زدند. پس از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ ه.ش. و رأی مردم ایران به نظام جمهوری اسلامی، لزوم رعایت اصول و آموزه‌های دین اسلام، به جهت اتّصاف نظام سیاسی ایران به وصف اسلامیت، اجتناب ناپذیر شد. حوزه

تقنین به عنوان بخش اصلی و اعظم این نظام نیز از این مقوله مستثنی نبود؛ چنانچه رعایت «اصل تقنین بر پایه فقه شیعی-اسلامی و شرع انور» در عالی‌ترین درجه قانون‌گذاری نظام ایران مورد تأکید و تأیید قرار گرفته است.^۳

اما سوی دیگر قضیه پیشرفت علوم و ابعاد مختلف زندگانی بشر است که روزبه‌روز بر سرعت آن افزوده می‌شود و توجه به آن امری اجتناب‌ناپذیر است، چرا که لازمه زیست و بقای انسان‌های امروزی است. این قبیل پیشرفت‌ها موجب توسعه در موضوعات می‌شود و توسعه در موضوعات نیز توسعه در احکام را مقتضی است؛ به دیگر سخن، جهت حل و فصل موضوعات جدید معلول پیشرفت‌های زندگانی افراد بشر، ناگزیر به ایجاد احکام و قواعد عمومی جدید هستیم که این مقوله در نظام حقوقی ما خود محتاج رعایت یک پیش‌نیاز است و آن رعایت موازین شرعی است.^۴ از سوی دیگر، استنباط احکام و مقررات جدید در حقوق اسلامی نیز خود باید به گونه‌ای صورت گیرد که اولاً، پاسخگوی نیازها و اقتضائات جدید باشد و توسط مسلمانان ادا شود و ثانیاً، به‌خوبی بتواند منابع حقوق در نظام‌های حقوقی مثل ایران را تأمین، تکمیل و تفسیر نماید؛ در غیر این صورت احکام و مقررات متروک و مطرود خواهد ماند.

حقیقتاً یکی از مهم‌ترین چالش‌های پیش روی اسلام و مسلمانان در روزگار ما این است

که آیا دین می‌تواند در مواجهه با نیازها، پرسش‌ها و دغدغه‌های انسان معاصر، پاسخ‌ها و راه‌حل‌های مناسب و کارگشا عرضه کند و در عین حال بر مبنای سنتی و اصیل خود باقی بماند؟ به جرأت می‌توان گفت که هیچ سؤالی تا این اندازه ذهن پژوهشگران عرصه دین را به خود مشغول نساخته است و هیچ خط و مرزی تا این حد جداسازنده افکار، آرا و سلایق نبوده است. بسیاری از کشمکش‌ها،

مناظرات و معرکه‌های علمی در همین نقطه به هم برخورد و به افتراق یا اشتراک رسیده‌اند. گروهی در همین‌جا، نهان یا آشکار، به‌صراحت یا به‌کنایه، فروتنانه یا سرکشانه و باتعارف یا بی‌تعارف راهشان را از درون دین جدا ساخته و خود را ناچار دیده‌اند تا پاسخ این پرسش را از بیرون دین بجویند. آن‌گاه، با هزار و یک ترفند، نگاه برون‌دینی به این مقوله را تنها کلید‌گشایش این باب دانسته و اندک‌اندک در همه چیز و همه سو، به نگاه برون‌دینی معتاد شده‌اند. این گروه از پژوهشگران دینی در جامعه ما کم نیستند، خواه در حوزه‌های علوم دینی، خواه در دانشگاه‌ها و خواه با شکل و شمایل سنت‌گریز. نقطه اشتراک ایشان آن است که خود دین را از پاسخگویی به این نیاز و سؤال ناتوان می‌دانند

۳. اصل چهارم قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

۴. تغییر و تحول مستمر و همیشگی از ویژگی‌های عالم ماده است؛ بلکه به اعتقاد بسیاری از حکما و فلاسفه تغییر و تحول از لوازم زیستی لاینفک عالم ماده شمرده می‌شود (نظر حرکت جوهری) و از آن‌جا که انسان نیز جزئی از این عالم است، این تحول خواه و ناخواه تمام شئون زندگی او را در بر می‌گیرد و روابط تازه و جدید وی با اشخاص، جوامع یا دولت‌ها را شامل می‌شود و این حقیقت فقه را با پدیده مسائل مستحدثه روبرو می‌کند و همه زمانی و همه مکانی بودن شریعت اسلامی نیز ضرورت بحث از مسائل مستحدثه و موضع‌گیری نسبت به آن‌ها را اقتضا دارد.



«مگر آن که صدها محقق را
به خدمت گیریم و دیدارها و
همایش‌های علمی و تخصصی
فراوانی برپا نماییم تا به مطالعه
و تحلیل میراث ما پردازند و
تمام اندیشه‌های مسموم و بیمار را
شناسایی و از بخش ویراسته و اصیل
فرهنگمان جدا کنند تا این افکار
مسموم به تدریج اندیشه‌های اصیل
میراث و فرهنگ ما را ریشه‌کن
نکند و به نابودی نکشاند»^۵



این رسالت بدون ایجاد رابطه‌ای تازه با وحی الهی و سازگاری میان بازخوانی وحی و فهم هستی و استخراج حکم آن از فقه متمدن با بازخوانی این دو اصل به همراه هم و با توجه به روشمندی معرفتی به سرانجام نمی‌رسد.^۶ در این میان، نباید از نقش بارز عنصر اجتهاد غافل شد؛ بنا نهادن امر خطیر استنباط بر امور اخیرالذکر است که منتج به اجتهاد به معنای حقیقی کلمه شده و حیات دینی مسلمانان را با پیشرفت‌های دنیوی هماهنگ و سازگار می‌سازد.^۷ لذا به نظر می‌رسد یکی از امور

و معتقدند سنت با پایه‌های اصیل و تعاریف کهن آن نمی‌تواند مردم امروز را هم دین‌دار و هم مترقی نگاه دارد و لاجرم باید راهی برگزیند که از کرانه‌های عقل جمعی عبور کند و معارف و احکام و آموزه‌های دینی را با قرائتی کاملاً بشری و منطبق با فهم معاصر بازخوانی نماید؛ و گر نه هر روز شکاف میان دینداران سنتی با ترقی و پیشرفت و تکامل بیشتر می‌شود.^۵

سوی دیگر را نیز گروهی تشکیل می‌دهند که می‌کوشند با توسل به مبانی نقلی و نصوص کتاب و سنت، هرگونه نیاز معاصر و مسأله مستحدثی را پاسخ گویند و به رتق و فتق امور بشری پردازند، بدون آنکه ذره‌ای از عقاید غیرمنعطف خود کوتاه بیایند. در حالی که از مهم‌ترین معیارهایی که نشان می‌دهد عالمی را ترک گفته و به عالم جدیدی وارد شده‌ایم این است که بدیهیات عالم گذشته از بداهت خارج شده و جای خود را به بدیهیات دیگری داده‌اند. اما به نظر می‌رسد که ارائه راه‌حلی بینابین افراط و تفریط فوق، جهت برخورد با این گونه مسائل، یک بازنگری کلی، روشمند و عالمانه را مقتضی است. بازنگری علمی در میراث گذشته فقهی و اصولی، مقتضی تعیین چهارچوب‌ها، حدود، ثغور و ویژگی‌های کلی اسلام^۶، چگونگی اندیشیدن، تفقه و اجتهاد حقیقی در آن چهارچوب‌ها، استفاده از امکانات مجاز استنباط تا حد نهایت و در نتیجه صدور احکام و قواعد مناسب و چاره‌گشا توسط عالمان و داعیان این حوزه است. این مهم حاصل نمی‌شود

۵. علوانی، طه جابر (۱۳۸۸)، **مقصد‌های شریعت**، ترجمه سیدابوالقاسم حسینی (ژرفا)، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، صص ۶۵ و ۶۶

۶. مهمترین این ویژگی‌ها جهان‌شمولی و رسالت همگانی اسلام، برتری، اقتدار و سیطره کتاب خدا، شیوه سبک‌سازی، آسان‌گیری و شفقت و رحمت در اسلام، خاتمیت پیامبر اسلام و الگو بودن و نمونه بودن امت اسلامی است.

۷. همان منبع، ص ۸۶.

۸. همان منبع، ص ۱۲۴.

۹. مقصود از «دین» در این نوشتار آیینی است که شامل دو بخش باشد: عقایدی چون اعتقاد به خداوند و معاد؛ و باید‌ها

و اصلی تخلف‌ناپذیر است؛ مطالعات انسان‌شناسی در جوامع اسلامی نشان می‌دهد که مسلمانان، چه پیش از دوران مدرنیته و چه در بطن این دوران، قائل به این بوده و هستند که احکام و مقررات اسلامی، «بدون هدف» توسط شارع وضع نشده است؛ حتی اگر در ظاهر امر برخی از این احکام و مقررات غیرمنطقی و نامعقول^{۱۱} به نظر برسد، یقیناً در آن «هدف» و «مقصود»ی مندرج و مورد نظر شارع بوده است. این هدف و مقصود، بر پایه دو امر مهم «مصلحت» و «مفسده» بنا شده و جامع احکام و مقررات باید بر اساس این دو امر، استنباط و وضع شود؛^{۱۲} در غیر این صورت، مکلفی که به عنوان «انسان» مخاطب احکام است، دلیلی بر اجرای آن نمی‌بیند. طبیعی است که احکام و مقررات ایجابی اسلام باید به منفعت و مصلحت مسلمانان باشد و احکام سلبی باید، از ایراد ضرر و زیانی به ایشان جلوگیری نماید؛ لذا شاه‌بیت توجه به آموزه‌های انسان‌شناسی در حقوق اسلامی، آن است که باید توجه به عنصر «مصلحت» - و ضد و نقیض آن که «مفسده» است - در فرآیند استنباط

خطیری که در دنیای امروز بر عهده فقها و عالمان اسلام می‌باشد، توجه به همین موضوع است؛ این که احکام اسلام و مقررات حقوق اسلامی به گونه‌ای استنباط و وضع گردد که پاسخگوی نیازهای روز مسلمانان باشد و بتواند به نحو حقیقی به تنظیم روابط ایشان با یکدیگر بپردازد؛ و الا با خطر عدم توجه و متروک شدن روبه‌رو خواهد شد. در این مسیر، تلفیق نگاه برون‌دینی و درون‌دینی، ممکن است به نحو به فرآیند استنباط حقوق اسلامی کمک کند. نقداً و در بادی امر، یکی از نکاتی که می‌تواند مورد توجه علمای اسلام قرار گیرد، لحاظ نمودن آموزه‌های «انسان‌شناسی»^{۱۳} در فرآیند استنباط احکام و وضع مقررات است؛ حقیقت آن است که مخاطب احکام و مقررات در فقه و حقوق اسلامی، انسان «مکلف» است؛ یعنی انسانی که واجد شرایط بلوغ، عقل و اختیار باشد. توجه به برخی خصایص مکلف (که به عنوان انسان مجری حکم و لذا یکی از محورهای اصلی حقوق اسلامی است) در فرآیند استنباط و وضع احکام و مقررات اسلام، امری مهم

و نبایدهای رفتاری که در رسیدن به کمال و سعادت نهایی نقش دارند. منظور از «شریعت»، شریعت بالمعنی الاخص است؛ یعنی احکام (آموزه‌هایی که رفتارها را به مجاز و غیرمجاز، راجح یا مرجوح تقسیم می‌کند. و همچنین گزاره‌هایی اعتباری و وضعی). شریعت بالمعنی الاعم بر مجموعه دین اطلاق می‌شود. «فقه» - که در این نوشتار گاه با معادل «حقوق اسلامی» از آن یاد می‌شود - نیز بر مجموعه قضایایی اطلاق می‌شود که کاشف از حلال و حرام و اعتباریات الهی است؛ قضایایی که با اجتهاد «فقیه» از منابع تفصیلی و مستندات شرعی استخراج می‌شود. و «اجتهاد» فعلی را گویند که با هدف استخراج شریعت از منابع تفصیلی و مستندات شرعی انجام می‌گیرد.

10. Anthropology

در انسان‌شناسی به دنبال شناخت انسان هستیم و از آن‌جا که انسان موجودی بسیار پیچیده و دارای ابعاد و شئون وجودی مختلف است که بررسی و تحقیق همه آن‌ها در یک شاخه علمی امری ناممکن به نظر می‌رسد، هر شاخه‌ای از معرفت که به گونه‌ای ساحتی از ابعاد وجودی انسان را مورد بررسی قرار دهد، شایسته عنوان انسان‌شناسی خواهد بود. پس عنوان جامع انسان‌شناسی شامل همه شاخه‌های علمی خواهد بود که به بررسی و شناخت و تحلیل بعد یا ابعادی از ساحت‌های وجودی انسان یا گروه و قشر خاصی از انسان‌ها می‌پردازد

11. Irrational

12. "In accordance with the theory of *Maqasid Al Sharaia*, Muslim scholars constantly emphasize that *Sharia* rules exist to benefit humankind in this life and the next. Thus, Al Ghazali states: the messengers were only sent [by God] for the sake of human benefits in the Hereafter and in this life (*li-masalih al-khalgh fi-l-din wa-l-dunya*). Similarly Ibn Al Qayyim states: Verily *Sharia* is founded upon human benefits in this life and the next" Nakissa, Aria (2019), **The Anthropology of Islamic Law**, Oxford: Oxford University Press, 1st edition, p 189.

Metcalf, Peter (2023), **The Anthropology of Religion**, New York: Routledge pub, 1st edition, p 202.

احکام جزئی و خُرد غرض یا اغراض خاصی را بیان می‌کند.^{۱۳} احادیث فراوانی نیز بر این اصل دلالت دارند.^{۱۴} نگارش و تدوین کتبی چون *علل الشرائع*، *اثبات العلل*، *مقاصد الشریعة* و ... نیز حاصل این تأکید و ابرام است.

مضاف بر آن، میان فقها مشهور است که احکام اسلامی تابع اغراض، اهداف، مصالح و مفسد نفس الامری هستند و هیچ حکمی بدون معیاری که حقیقت و جوهره آن را نمایان کند وجود ندارد. برخی کوشیده‌اند که تبعیت احکام از مصالح و مفسد را به اشاعره نیز نسبت دهند که پذیرش این امر کمی دشوار می‌نماید.

از میان فقهای شیعه، سید مرتضی در کتاب *الذریعة* بیان می‌دارد:

«حکم شرعی در اثبات و نفی، بر مدار ملاک‌های واقعی می‌گردد؛ آن گونه که هر جا ملاک باشد حکم هم هست و آنجا که ملاک نباشد، حکمی هم در کار نخواهد بود؛ یعنی احکام شرعی علت دارند و خداوند به پیروی از مصالح بدان‌ها حکم کرده است»^{۱۵}.

و وضع احکام و مقررات جدی‌تر گرفته شود تا مکلف، که به عنوان «انسان»، مخاطب این احکام است، امثال آن را با اشتیاق مدنظر داشته باشد و اسلام را پاسخگوی نیازهای خود بداند. در غیر این صورت، متروک ماندن حقوق اسلامی و تبدیل شدن آن به تاریخ حقوق، امری بعید نخواهد بود. مذاقه در آرای اصولیون و فقها بیانگر آن است که عنصر «مصلحت» در فقه امامیه، نسبت به فقه عامه، مورد توجه کمتری بوده است؛ علت هم مشخص است، اساساً اصولیون و فقهای امامیه در وارد نمودن منابع و ادله استنباط حکم، وسواس بیشتری را داشتند و هر آن‌چه را که در اتصال منابع به شارع، تشکیک ایجاد می‌کرده رد می‌نمودند؛ اصل «مصلحت» و ارزیابی آن نیز از نظر ایشان یک امر انسانی و زمینی است و لذا پذیرش مطلق آن به عنوان یکی از منابع یا روش‌های استنباط حکم همواره محل تردید است.

اما واقعیت آن است که لحاظ نمودن عنصر «مصلحت» در امر استنباط و تشریع، به طرق مختلف و متنوعی قابل تصور است. در این میان اشاره کوتاهی به دو طریق «فقه المقاصد» و «فقه المصالح» می‌نماییم و سعی می‌کنیم به شیوه فقهای امامیه (درون‌دینی) پیشنهادی را برای لحاظ نمودن این عنصر در امر استنباط حکم ارائه دهیم؛ پیشنهادی که به اصول استنباط احکام و مقررات اسلامی در فقه امامیه خدشه‌ای را وارد نکند یا حداقل چالش را در این فرآیند ایجاد نماید.

۱. فقه المقاصد

نصوص معتبر دینی و عقل سلیم به هدفمند بودن شریعت اسلام حکم می‌کنند؛ قرآن کریم در آیات بسیاری، انزال کتب و ارسال رسل را تابع اغراض و اهداف خاصی می‌داند و گاه بر

۱۳. بقره، آیه ۱۲۹ / آل عمران، آیه ۱۶۴ / اعراف، آیه ۱۵۷ / حدید، آیه ۹ و

۱۴. نهج البلاغه، خطبه‌های ۱ و ۱۸۹.

۱۵. علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۸۴)، *الذریعة الی اصول الشریعة* (با مقدمه و تصحیح ابوالقاسم گرگی)، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ص ۵۲۲.

قبل‌تر از سید مرتضی، شیخ صدوق (متوفی ۳۸۱ ق.)، کتابی با نام «علل الشرایع» نگاشت که حاوی مجموعه‌ای از روایات اهل بیت (ع) درباره فلسفه احکام و مقاصد تشریع است.

در کتاب‌هایی که پس از سده سوم هجری نگاشته شد، مفهوم و ایده مقاصد الاحکام راه یافت؛ عده‌ای معتقدند که *امام/الحرمین جوینی* در کتاب «البرهان فی اصول الفقه» نخستین کسی است که بنای نظری مقاصد فقهی را مطرح کرده است و احکام را به چهار دسته «ضرور، پاسخگوی نیازهای انسانی، حافظ کرامت انسانی و با اهداف و علل ناآشکار» تقسیم نموده است. بعد از او غزالی در کتاب «المستصفی من علم الاصول»، احکام شریعت را به سه رتبه ضرورت، احتیاجات و مستحسّنات دسته‌بندی می‌کند و مبحث مقاصد الشریعة را مورد اشاره قرار می‌دهد. اما شاید کسی که در این عرصه تلاشش نقطه عطفی تلقی می‌شود، *ابواسحاق شاطبی* غرناطی باشد که در کتاب «الموافقات» پس از جمع‌آوری سخنان گذشتگان به دو مسأله تازه در حوزه مقاصد پرداخت؛ یکی دسته‌بندی مقاصد و دیگری راه‌های دستیابی به مقاصد و اهداف شریعت. پس از شاطبی تلاش‌های آن چنانی را در این زمینه نمی‌بینیم مگر ترغیب شیخ محمد عبده برای مطالعه آثار پیشینیان و به غفلت رها نکردن آن‌ها؛ تا آنکه شیخ محمدبن طاهر بن عاشور کتاب

«مقاصد الشریعة الاسلامیة» را نوشت و نیز شیخ *علال الفاسی* نگارش کتاب «مقاصد الشریعة الاسلامیة و مکارمها» را به پایان برد (قرن ۱۴ هجری قمری).

اما وارد کردن مقصدهای شریعت در فرآیند استنباط احکام و مقررات در فقه امامیه با مانع بزرگی روبه‌رو است و آن، همان قسم ایراداتی است که به منابع و روش‌های دیگر از استنباط احکام (مانند سد ذرایع، استحسان، عرف و ...) وارد می‌کنند؛ لذا برای استفاده از مقصدهای شریعت در فرآیند استنباط احکام در فقه امامیه، ناگزیریم در مسیرهایی که مورد تأیید فقهای امامیه است، حرکت کنیم.

نخست: ساختن یا شکستن ظهور سند

همانطور که می‌دانیم مرجع در تعیین مفاهیم تصویری، واژگانِ نصوص و مفادِ تصدیقی آن «عرف عام» است. معنای این سخن آن است که چون مخاطبان نصوص شرعی، مکلفان و مردم کوچه و بازار هستند، برداشتی که ایشان از نصوص شرعی می‌نمایند، حجت است، اعم از اینکه دلالت نصوص در معنا و تصور صریح و روشن باشد یا ظاهر. این نکته نیز تردیدناپذیر است که مخاطبان نصوص شرعی در تعیین مفاد آن، علاوه بر ملاحظه دلالت واژگان به‌کاررفته در دلیل، قرائنِ حالیه و مقالیه آن دلیل را نیز در نظر می‌گیرند، که از آن جمله «مقاصد و اهداف مورد نظر شارع» است. از این رو، گاه نص

«اینجاست که باید از مفاد نص چشم‌پوشی کرد و به اقتضای درک قطعی عقل فتوا داد».^{۱۷}

همانطور که می‌دانیم، برخی فقها چون شیخ انصاری، با اتکای صرف به نصوص و اسناد، فروش سلاح به دشمنان و کفار را صرفاً در حالت جنگ حرام می‌دانند؛ اما دسته‌ای چون شهید اول فروش سلاح به کفار را موجب تقویت کفر و تضعیف اسلام دانسته و تقویت کفر و تضعیف اسلام را در همه حال حرام می‌دانند و لذا حکم به حرمت فروش سلاح به کفار در همه حال اعم از حالت جنگ و حالت صلح می‌دهند؛ شهید ثانی با توجه به یکی از مقاصد کلی شریعت که حفظ دین باشد، از حد نص فراتر رفته و به یک چنین موردی حکم می‌دهد.

با این توجیه و دفاع از نظر شهید اول، خرده‌ای که شیخ انصاری، بر آن می‌گیرد و آن را اجتهاد مقابل نص می‌داند، ناوارد می‌نماید؛ زیرا اجتهاد شهید اول هرچند اجتهاد در مقابل نص منقول است لکن متکی به سند معتبر دیگری یعنی عقل است و شیخ انصاری، خود، از کسانی است که در درگیری نص نقلی و درک قطعی عقلی، عقل را مقدم می‌نماید. شیخ انصاری می‌توانست عرصه را بر کلام شهید اول

با بسند به واژگان به‌کاررفته در آن، ظهور در معنایی دارد؛ با توجه به مقاصد شریعت، آن ظهور شکسته می‌شود. به تعبیری دیگر، آن ظهور به وجود نمی‌آید و عبارت مزبور در معنایی دیگر ظهور می‌یابد یا حتی گاه ظهور اول آن شکسته می‌شود، بدون اینکه در معنای دیگری ظهور یابد؛ مثلاً می‌توان انگاره برخی فقیهان امامیه را به عنوان یک نمونه بیان کرد که عمومات و اطلاقات ادله دال بر صحت معاملات را با استناد به مقاصد کلان شارع که رشد خرد انسان‌ها و تکمیل و استقرار ارزش‌های اخلاقی است، شامل معاملات سفهی نمی‌دانند. بنابراین دیدگاه عمومات و اطلاقات ادله امضا در معاملات، با توجه به این مقصد، از ابتدا ظهور به عموم یا اطلاق نسبت به معاملات سفیهانه و نابخردانه پیدا نمی‌شود تا نیاز به تخصیص و تقیید باشد.^{۱۶}

دوم: زمینه‌سازی برای حضور عقل در کنار نص

در مورد قبل، آنچه موجب شکستن ظهور سند و مانع اعمال عمومات و اطلاقات ادله منصوص و لفظیه می‌شد، برداشت مخاطبان نصوص براساس ادراکات عرفی آنان بود؛ اما در این مورد، عقل بماهو عقل، فارغ از کشش‌های عرفی، تاریخی، نسلی و ... موجب فهمی متفاوت از نص و استنباط حکم به صرف تکیه بر سند می‌گردد. توضیح آنکه توجه به مقاصد، گاه تأثیری بر مضمون و مفاد نص ندارد، ولیکن با عبور از آن و التفات به مقاصد، زمینه برای حضور درک عقل (به عنوان یکی از ادله مستقل شرعی) و تشکیل قیاس منطقی و عقلی آماده می‌شود

۱۶. علوانی، طه جابر (۱۳۸۸)، منبع پیشین، ص ۵۳.

۱۷. همان منبع، ص ۵۴.



به گونه‌ای دیگر یعنی مناقشه در صغرای
قیاس تنگ نماید^{۱۸}
لذا توجه به مقاصد شریعت در امر اجتهاد در
هنگام استنباط حکم از ادله شرعی از دو طریق فوق
به عمل می‌آید و رعایت چهارچوب‌های مذکور منتج
به صدور احکام شرعی مناسب و معقول خواهد شد.

۲. فقه المصالح

مصلحت بر وزن «منفعت»، و مدعا آن است که این لفظ به همین معنی می‌باشد؛ این واژه مصدری میمی است. در لغت مصلحت را به ضد و نقیض فساد و افساد تعریف نموده و آن را مرادف صلاح می‌دانند: «الصلاح ضد الفساد و الصلاح نقیض الفساد و المصلحة هی الصلاح»^{۱۹}؛ حسب تعریف فوق و مطابق با اصطلاحات منطقی اگر مصلحت نقیض افساد باشد، میان مصلحت و مفسده واسطه دیگری نیست و نفی یکی مستلزم وجود دیگری است، ولیکن در فرض ضد بودن مصلحت با فساد، نفی یکی مستلزم وجود دیگری نیست. واقعیت آن است که در ارتباط با مفهوم شناسی «مصلحت»، اختلاف آرا بسیار است و حداقل باید تلاش کرد که میان این مفهوم و برخی مفاهیم مشابه، مانند عدالت، استحسان، سد ذرایع و ... در فرآیند استنباط، مرز دقیقی را ترسیم کرد.

۱۸. همان، ص ۵۵.

۱۹. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۳۶۳)، *لسان العرب*، ج ۲، قم: نشر ادب الحوزه، چاپ اول، ص ۵۱۶.

سه اندیشه در خصوص
«تبعیت یا عدم تبعیت احکام از مصالح
و مفسد واقعی» وجود دارد؛ اندیشه نخست، تحت
عنوان «اندیشه انکار»، منتسب به اشاعره است که احکام
شرعی را تابع مصالح و مفسد نفس الامری ندانسته و می‌گویند
«الحسن ما حسنه الشارع و القبیح ما قبحه الشارع» و علت حسن
تکلیف را ربوبیت خداوند و عبودیت بندگان می‌دانند نه رعایت مصالح^{۲۰}.
فی الواقع، در دیدگاه این دسته، در نظر گرفتن مصلحت و مفسده برای احکام
شارع با الوهیت و تنزیه او در تنافی است.
اندیشه دوم، موسوم به «اندیشه اثبات» است که معتقد به وجود مصالح و
مفاسدی از قبل در متعلق احکام الهی است، هرچند ممکن است آن مصالح و
مفسد قابل درک و فهم نباشد. این نظرگاه به تمام عدلیه (معتزله) و گاه به مشهور
آنان منتسب می‌شود^{۲۱}. أدل دلیل این اندیشه را محال بودن ترجیح بلامرجح و
برخی آیات قرآن چون «ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنکر»^{۲۲} و «ان الله یأمر
بالعدل و الاحسان و ینهى عن الفحشاء و المنکر»^{۲۳} تشکیل می‌دهد

۲۰. فخر رازی، محمد بن عمر (۱۳۷۱)، **تفسیر کبیر (مفاتیح الغیب)**، ج ۱۱، تهران: انتشارات اساطیر، چاپ اول، ص ۱۲۸

۲۱. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۰)، **فقه و مصلحت**، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم، ص ۱۵۵.

۲۲. عنکبوت، آیه ۴۵.

۲۳. نحل، آیه ۹۰.

امامیه به همان اصل کلی بازگشت کند که اساساً اقدامات بشری فاقد درک جامع و کامل است و مصلحت‌سنجی نیز اقدامی بشری است؛ دقیقاً همان دلیل عقلی که برای مردود دانستن قیاس مستنبط‌العله، استحسان و عرف در مذهب امامیه ارائه می‌گردد. با وجود این اتفاق نظر، دسته‌ای احتمال‌گرایی به حجیت استصلاح را داده‌اند:



«با تأملی واقع‌گرایانه در ادله نفی و اثبات، روشن می‌شود که ادله اثبات به طور اصولی ترجیح دارد ... طرفداران استصلاح و کسانی که به مجتهد حق می‌دهند در چهارچوب پاس‌داشت مصالح شرعی و با الهام از روح تشریح، احکامی نوین از دین بیرون کشد، راهی که می‌پیمایند چندان سست بنیادتر از راه ظاهرگرایانی نیست که به احادیث فراوانی از ملاحظات درباره متن و سند تکیه می‌زنند و ظن حاصل از این طریق را حجت معتبر شرعی می‌دانند و در برابر این ظن راه را بر یقین عقل می‌بندند ... دلیل عقلی و همچنین ارشاد بسیاری از ادله نقلی به اعتبار مصلحت قابل انکار نیست. به‌ویژه آن هنگام که پویایی فقه و پاسخگو بودن نظام تشریع به نیازهای زندگی مردم، درگرو اعتبار مصالح و حکم کردن بر پایه استصلاح باشد.»^{۲۴}



و اندیشه سوم، موسوم به «اندیشه اعتدال» است که بیان می‌کند احکام از مصالح و مفاسد واقعی یا تشریع از مصلحت در جعل تبعیت می‌کند. صاحبان این اندیشه بر این باورند که تشریع خداوند، همسان با سایر کارهای او و نظیر همه افعال حکیمان، تابع غرض و انگیزه است. این غرض به عنوان علت غایی فاعلیت پروردگار خارج از ذات او نیست؛ زیرا غیر ذات او، چون دانی است، علت غایی خداوند - که عالی است - نمی‌تواند باشد (العالی لا یفعل لأجل السافل شیئاً). لکن این غرض به عنوان سبب برای فعل و کار خاص او خارج از ذات او است و آن - همانگونه که نصوص بی‌شمار مبین اهداف در بعث رسول و انزال کتب و تشریع مبین آن است - چیزی جز مصلحت مکلفان و بندگان نیست. این عده معتقدند که در احکام تکلیفی واقعی، مصلحت از قبل در تعلق آن‌ها وجود داشته و لیکن در احکام ظاهری مصلحت در نفس جعل احکام است، نه در متعلق آن‌ها.^{۲۴} بنابراین در این دیدگاه، مصلحت همواره در متعلق احکام وجود ندارد و هرچه که مفسده است، مورد نهی شارع و هرچه که مصلحت است مورد امر شارع قرار نگرفته است، بلکه گاه تأمین مصلحت فوق در نفس و اصل تشریع و جعل است.^{۲۵}

به‌کارگیری عنصر مصلحت به عنوان منبع یا روش استنباط حکم شرعی در میان مذاهب مختلف اسلامی یکسان نیست؛ مشهور عرفی آن است که حجیت استصلاح و تمسک به مصلحت (مرسل) در فقه امامیه نزد فقها و اصولیین مردود است تا آنجا که بسیاری از علمای متأخر در کتب و متون گران‌سنگ خود حتی متعرض بحث مصالح مرسله نشده‌اند (مانند فرّاند /الاصول/ شیخ انصاری و کفایة /الاصول/ آخوند خراسانی) و آن عده نادری هم که متعرض آن شده‌اند، به سرعت از کنار آن گذشته‌اند و بطلان آن را مسلم انگاشته‌اند (مانند قوانین /الاصول/ میرزای قمی). شاید علت حجت نپنداشتن مصالح مرسله و استصلاح نزد علمای فقه

۲۴. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم (۱۳۸۷)، **کفایة الاصول**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ ششم، ص ۲۳۲.

۲۵. برای مطالعه مبانی نقلی و عقلی این اندیشه نک: علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۰)، **فقه و مصلحت**، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، صص ۱۶۵-۱۶۰.

۲۶. صابری، حسن (۱۳۸۹)، **فقه و مصالح عرفی**، قم: موسسه بوستان کتاب، چاپ سوم، صص ۹۶-۹۴.



قبول فقه و فقها، اصول و اصولیین و علما قرار گیرد.

اما حقیقت آن است که در عملیات استنباط، همان فقها، به طور مطلق به اندیشه رد و انکار استصلاح پای بند نبوده و در مواردی بدان استناد نموده اند:

- سید مرتضی در رسائل، علت تحریم شرب خمر را مصلحت می داند.^{۲۷}
- علامه حلی در مختلف الشیعه، معتقد است که احکام برپایه مصالح و مفسد

سخنان مذکور زمانی مقبول می افتد که خود واجد حامی شرعی باشد؛ بدین معنا که به صرف این ادعا که استصلاح سست تر از توسل به ادله نقلی نیست، نمی توان حجیت آن را اثبات نمود بلکه باید حجیت آن را از طریق منابع فقهی مقطوع و متیقن اثبات کرد یا آن را ذیل دلیلی چون عقل انگاشت. لذا حجت دانستن منبع و روشی نوین برای استنباط احکام شرعی به صرف ادعا و ذکر سخنان شورانگیز، طریقی نیست که مورد

۲۷. علم الهدی، سید مرتضی (۱۴۰۵ ه.ق.)، رسائل الشریف المرتضی، ج ۱، قم: مطبعة سیدالشهداء، چاپ اول، ص ۱۰۰.

تشریع شده است و در بیع کالایی به قیمتی گرانتر از آنچه خریداری شده نیز همین امر را حاکم می‌داند؛ یعنی این بیع به نفع و مصلحت بندگان است و لذا واجب است که جایز باشد.^{۲۸}

همچنین علامه در همین کتاب، در صحت عقد شرکتی که در آن یکی از طرف‌ها به سود خود چنین شرط کند که بیش از اقتضای سهم خود بپردازد، به مصلحت استناد می‌کند و می‌گوید اگر جواز چنین شرکتی تشریع نشود لازم می‌آید بی‌هیچ دلیلی مصلحت ناشی از مشروعیت (شرکت) از کف برود.^{۲۹}

روح حاکم بر همه موارد فوق «قانون اهم و مهم و لزوم تقدیم امر اهم بر امر مهم است»^{۳۰} که مبنای آن را عنصر «مصلحت» در تزامم احکام تشکیل می‌دهد. لذا علی‌رغم موضع رد و انکار فقها و اصولیین امامیه در خصوصیت حجیت استصلاح، در متون فقهی نموده‌هایی از این عنصر، مشاهده می‌شود؛ بدیهی است که حجیت استصلاح باید به دلیلی معتبر مستند باشد و تا چنین دلیلی اقامه نشود، حجیت و سندیت آن، چون سایر گزاره‌های نیازمند به دلیل اما نابرخوردار از آن، ثابت نمی‌شود و اسناد حجیت آن به شارع مقدس یا اعتماد بر مکشوف آن در استنباط، ممکن نخواهد بود. لذا در این قسمت سعی بر آن است که طریق تمسک به مصلحت (مرسل) را در فقه امامیه ذیل ادله و اموری تفسیر نماییم که از پیش حجیت آن‌ها اثبات و تأیید شده است؛ یعنی مدرکات عقل عملی و تعینات مقاصد الشریعة

۲۸. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ هـ.ق.)، *مختلف الشیعة*، ج ۵، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، صص ۲۳۶-۲۳۲.

۲۹. همان منبع، صص ۱۹۶ و ۱۹۷.

۳۰. همان منبع، ص ۴۱۰.

نخست: کارآیی سندی مصلحت در استنباط احکام از طریق عقل

همانطور که می‌دانیم عقل در استنباط احکام شرعی دو نقش استقلالی و غیراستقلالی دارد؛ به اعتبار نقش استقلالی در کنار کتاب، سنت و اجماع، منبع مستقل است و به لحاظ کاربرد غیراستقلالی، ابزار استنباط احکام از سایر منابع شمرده می‌شود.^{۳۱}

آنچه در این قسمت مد نظر می‌باشد نقش استقلالی عقل است که در فقه امامیه بر آن پای می‌فشارند و آن را در ردیف کتاب، سنت و اجماع، از ادله کشف احکام به حساب می‌آورند. مقصود از عقل به عنوان یکی از منابع فقهی اولاً، عقل بماهو عقل فارغ از هرگونه تقیّد و کشش بیرونی، عرفی، نسلی، تاریخی و ... است و ثانیاً کشف حکم شرعی از طریق مناط حکم (مصلحت و مفسده) از سوی عقل است نه کشف مناط و فلسفه حکم شرعی توسط عقل پس از آن که حکم از ناحیه قرآن، سنت و امثال آن کشف گردیده است.

لذا کارآیی عقل به عنوان یکی از ادله شرعی بدین طریق است که مستقلاً (مستقل از ادله منصوص) و فارغ از هرگونه تقیّد اضافی، مصلحت و مفسده‌ای را در موضوعی کشف می‌کند و به موجب قاعده ملازمه (کلما حکم به العقل حکم به الشرع) حکم شرعی مربوط به آن موضوع را تبیین و اصدار می‌نماید. لذا پایه حکم صادره همان مصلحت یا مفسده‌ای است که عقل آدمی بدان حکم می‌دهد و تحت عنوان مدرکات قطعی عقل عملی شناخته می‌شود؛ روشن است که این مورد چیزی جز کارآیی سندی عنصر مصلحت نیست ولیکن نه به

عنوان «مصلحت مرسل» بلکه به عنوان «مدرکات عقل عملی» در ذیل «دلیل العقل» و جالب است که بدانیم برخی مثال‌های معروف استصلاح به راحتی به درک عقل بازمی‌گردد؛ مثل حکم به جواز یا وجوب قتل مسلمانانی که ناخواسته سپر امنیتی کفار قرار گرفته‌اند.

اما در این ارتباط باید به سه نکته مهم توجه نمود:

- مصالح مرسله‌ای که مصداق درک قطعی عقل است (عقل در آن موارد مصلحت لازم‌التحصيل و خالی از مفسده می‌بیند) اعتبار دارد، البته بهتر است نام «درک عقل» بر آن نهاده شود نه «مصلحت مرسل» تا موجب موضع‌گیری مخالفان نگردد.
 - مصالح مرسله‌ای که پشتوانه‌ای از درک عقل ندارد و حداکثر ظن به موافقت شارع بر وفاق آن وجود دارد، بی اعتبار است و نمی‌توان از آن در استنباط احکام شرع بهره برد.
 - اعتبار مصالح مرسله‌ای که درک عقل اطمینانی (بین ظن متعارف و علم قطعی عقلی و نه علم عادی و عرفی) را بر وفاق خود دارد، مشروط به حجیت اطمینان، در درک مصالح و مفسدات است؛ بر مبنای اعتبار اطمینان، می‌توان به چنین مصلحتی اعتماد کرد و فتوا داد و بر مبنای عدم اعتبار اطمینان - که حق چنین است - نمی‌توان به این مصلحت در استنباط حکم شرعی اعتماد نمود.^{۳۲}
- لذا امکان تمسک به عنصر مصلحت در فقه امامیه ذیل «دلیل العقل»، مشروط بر رعایت قواعد و ضوابط آن، وجود دارد.

۳۱. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۱)، *فقه و عقل*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ پنجم، ص ۱۱.

۳۲. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۰)، *منبع پیشین*، ص ۳۵۲ و ۳۵۳.



مع الوصف، با توجه به توضیحاتی که در باب دخیل کردن مقصدهای شریعت در جریان استنباط و تفقه ارائه کردیم، تکلیف عنصر مصلحت نیز روشن می‌گردد؛ یعنی بنابر پذیرش رویه «نص بَسند با توجه به مقاصد» می‌توان از دو تکنیک اصولی مذکور در باب مصلحت نیز استفاده نمود؛ نخست آنکه مصلحت حتمی و تام مکشوف از نصوص معتبر و عقل را به عنوان یکی از مقاصد شرعی برای شکستن ظهور اسناد یا مانعیت اطلاق و عموم آن‌ها به کار بریم و حکمی متفاوت را استنباط و ارائه نماییم؛ و دوم آنکه با آماده‌سازی آن به عنوان مدرکات عقلی یک قیاس منطقی و عقلی ساخته و در کنار سند قرار دهیم و لذا در صورت امکان و اقتضای مصلحت، آن را بر اسناد ترجیح دهیم.

لذا یکسان‌انگاری مصلحت با مقاصد الشریعة به معنای در نظر گرفتن تکنیک‌های اصولی مقاصد الشریعة برای عنصر مصلحت است تا به گونه‌ای که در فقه و اصول امامیه مقبول است، آن را وارد جریان استنباط و تفقه نماییم. بدیهی است دو نکته مهم «سنجه‌های تقدیم مصلحت» و «متولیان تشخیص آن» امر لازمی است که حول توجه به اصل «مصلحت» باید به آن پرداخته شود.

دوم: اعتبار مصالح مرسله در استنباط احکام از طریق یکسان‌انگاری آن با مقاصد الشریعة

همانطور که از نظر گذشت، بنابر نظری مصلحت فی‌نفسه یکی از مقاصد کلان شریعت یا حتی مرادف این عنوان است؛ چرا که مطابق نصوص معتبر و عقل سلیم، شریعت هدفمند است و مراجعه به منابع شریعت، غرض خداوند از تشریع احکام را تأمین مصلحت بندگان می‌داند؛ لذا نتیجه قهری سخنان مذکور این است که هرگاه مصلحت‌دار بودن عملی (مصلحت حتمی و تام) با سند معتبر، احراز گردید، خداوند آن مورد را هدف خویش در تشریع قرار می‌دهد.^{۳۳}

لذا نگاه برون دینی و لحاظ آموزه‌های انسان‌شناسی در فرآیند استنباط، اقتضای توجه به عناصر «مقصدهای شریعت» و «مصلحت» را دارد؛ عناصری که حقوق اسلامی را منعطف‌تر و پاسخگویی آن را به مستحدثات و مقتضیات زمان تضمین می‌نماید. اما توجه به آن‌ها باید با نگاهی درون دینی و از مسیر و روش مورد قبول در فقه و اصول امامیه، انجام گیرد.

منابع:

الف) فارسی

- زرین‌کوب، عبدالحسین (۱۳۸۳)، *تاریخ ایران بعد از اسلام*، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ دهم.
- صابری، حسن (۱۳۸۹)، *فقه و مصالح عرفی*، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ سوم.
- علوانی، طه جابر (۱۳۸۸)، *مقصدهای شریعت*، ترجمه سیدابوالقاسم حسینی (زرقا)، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۰)، *فقه و مصلحت*، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ سوم.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۱)، *فقه و عقل*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ پنجم.
- فخر رازی، محمدبن عمر (۱۳۷۱)، *تفسیرکبیر (مفاتیح الغیب)*، ج ۱۱، تهران: انتشارات اساطیر، چاپ اول.

ب) عربی

- ابن منظور، محمدبن مکرم (۱۳۶۳)، *لسان العرب*، ج ۲، قم: نشر ادب‌الحوزه، چاپ اول.
- حلی، حسن‌بن یوسف (۱۴۱۳ هـ.ق)، *مختلف الشیعه*، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- خراسانی (آخوند)، محمدکاظم (۱۳۸۷)، *کفایة الاصول*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ ششم.
- علم‌الهدی، سید مرتضی (۱۳۸۴)، *الذریعة الى اصول الشریعة* (با مقدمه و تصحیح ابوالقاسم گرجی)، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
- علم‌الهدی، سید مرتضی (۱۴۰۵ هـ.ق)، *رسائل الشریف المرتضی*، ج ۱، قم: مطبعة سیدالشهداء، چاپ اول.
- فخر رازی، محمدبن عمر (۱۳۷۱)، *تفسیرکبیر (مفاتیح الغیب)*، ج ۱۱، تهران: انتشارات اساطیر، چاپ اول.

ج) انگلیسی

- Metcalf, Peter (2023), *The Anthropology of Religion*, New York: Routledge pub, 1st edition.
- Nakissa, Aria (2019), *The Anthropology of Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press, 1st edition.



مفهوم‌شناسی تطبیقی عرف تجاری (Lex Mercatoria) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)



محمدجواد محمدکریمی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری
دانشگاه تربیت مدرس

karimi.mjavad78@gmail.com

امیرحسین زال‌نژاد

دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری
بین‌المللی دانشگاه شهید بهشتی

amirhzalnezhad@gmail.com



چکیده

تشکیل اتحادیه اروپا و بازار متحدالشکل اروپایی زمینه‌ساز شکل‌گیری قواعد تنظیم‌کننده و سازمان‌بخش در قلمرو سرزمینی و نیز متحدالشکل‌سازی قوانین مجری، به‌ویژه در حوزه‌ی قراردادی و معاملات تجاری بوده است. از مهم‌ترین تلاش‌های صورت گرفته در این زمینه می‌توان به شکل‌گیری اصول حقوق قراردادهای اروپایی یا PECL اشاره کرد که با وجود دربرداشتن اصول سنتی قراردادی، پاسخگوی تحولات دنیای مدرن امروزی نیز است و بدین سبب در خارج از مرزهای این قاره نیز از جایگاهی متمایز برخوردار می‌باشد. پرداختن به عرف تجاری یا به تعبیر کلاسیک آن Lex Mercatoria از موارد حائز اهمیت در این سند است که نشانگر توجه تدوین‌کنندگان اصول قراردادهای اروپایی بر حاکمیت اراده و تحکیم قواعد نانوشته عرفی بر معاملات تجاری میان بازرگانان می‌باشد. شناخت مفاهیم اساسی و مرتبط با عرف تجاری در سند مطروحه و جایگاه اراده متعاملین در اعمال قواعد عرفی موضوع نوشته‌ی حاضر است که با بررسی تحلیلی از متون اصلی به آن پرداخته خواهد شد.

واژگان کلیدی: اصول حقوق قراردادهای اروپایی، عرف تجاری، سنت حقوقی اروپایی، معاملات تجاری، بازرگانان.

مقدمه

به طور کلی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۱ را می‌توان محصول یک سنت^۲ طولانی دانست که دارای انعطاف ذاتی و ظرفیت توسعه‌ای است که به عنوان نظام حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. هدف این سند تسهیل تجارت فرامرزی در اروپا با در

1. The Principles of European Contract Law (PECL)

2. Tradition

(a) have agreed that their contract is to be governed by 'general principles of law', the 'lex mercatoria' or the like; or

(b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract.

(4) These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.



دسترس قراردادن مجموعه‌ای از مقررات، فارغ از ویژگی‌های هر نظام حقوقی ملی است و تجار می‌توانند مبادلات خود را مشمول آن سازند. علاوه بر این، تدوین‌کنندگان اصول قراردادهای، این مبانی را به عنوان صورت‌بندی مدرن Lex Mercatoria می‌دانند.^۳ در ادامه به بررسی جایگاه عرف تجاری در اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۴ و مفاهیم مشابه با آن با جست‌وجو در سند مذکور خواهیم پرداخت و کارآمدی این نظام عرفی را بر روابط تجار و بازرگانان ارزیابی خواهیم کرد.

۱. اصطلاحات عرفی اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)

۱-۱) اصطلاح Lex Mercatoria

۱-۱-۱) عرف تجاری در قرون وسطی (The Medieval Law Merchant)

عرف تجاری (Lex Mercatoria) در قرون وسطی وجود داشته است و با توجه به پیشینه تاریخی، در ادبیات حقوق انگلیسی از حقوق بازرگانی^۵ یاد می‌شود. عده‌ای معتقدند یک نظم حقوقی مستقل است که منشأ آن آداب و رسوم تجاری است. در این نگاه عرف تجاری دارای چند جنبه است:

نخست، جنبه شکلی و رسیدگی: روند رسیدگی به مسائل حقوقی بازرگانان که نسبت به طرح دعوی در دادگاه‌های تجاری سریع‌تر بود.

دوم، جنبه ماهوی یا حقوق تجار: به مانند حقوق دریایی. بدین نحو، اگر حقوق بازرگانی بر اساس امتیازاتی بود که به تجار و بازرگانان اعطا می‌گشت، به سختی می‌شد آن را یک نظم حقوقی مستقل نامید.^۶



ماده یک- بخش ۱:۱۰۱ (Article 1:101 Application of the Principles)

(1) These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Union.

(2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.

(3) These Principles may be applied when the parties:

3. Graf-Peter Calliess, 'Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System' German Law Journal Vol. 2 No. 17 - 01 November 2001.

۴. به جهت رعایت اختصار در ادامه، از اصول حقوق قراردادهای اروپایی با عبارت (PECL) و از عرف تجاری نیز با عبارت لاتین (Lex Mercatoria) یاد خواهیم کرد.

5. Law of Merchant

6. Klaus Peter Berger 'The new law merchant and the global market: a 21st century view of transnational commercial law' Int. A.L.R. 2000, 3(4), 91-102;

۲-۱-۱) عرف تجاری مدرن (The Modern Lex Mercatoria)

۱-۲-۱) نظریه رژیم حقوقی مستقل (an autonomous lex mercatoria)

در نظر گرفتن عرف تجاری و بازرگانی به عنوان یک نظام حقوقی مستقل در پاسخ به نیازهای حقوقی تجار در جهت تحقق حاکمیت اراده، مؤثر است. این نظریه، ناشی از یک نگاه تجربی است که جهات عرفی موجود را جمع‌آوری و نظام‌مند می‌نماید. تنها در این صورت است که می‌توان ارزیابی نمود آیا صحبت از Lex Mercatoria به عنوان یک نظم حقوقی خودمختار موجه است یا خیر.^۷

با این حال، به نظر می‌رسد یکی از اصول Lex Mercatoria این است که مقررات حاکم بر روابط طرفین، وابسته به TRADE USAGE، CISG^۸، PECL و UNIDROIT^۹ است. بنابراین Lex Mercatoria می‌تواند در قالب چهارچوبی برای اعمال آن دسته از قواعد عمل کند که هنوز به عنوان قاعده‌ی عرفی واجد شرایط نیستند، اما قبلاً به عنوان TRADE USAGE به حساب می‌آمدند و نیز رویه‌ها یا شرایطی که نه در مقررات عرفی و نه در TRADE USAGE مطرح گشته‌اند اما از حیث عملی بیشترین کاربرد را در فضای تجارت دارند.^{۱۰}

با وجود این مسئله، بسیاری از طرفداران Lex Mercatoria از چنین رویکردی فراتر رفته‌اند. این افراد Usagesها، فرم‌های استاندارد و شرایط استاندارد را منابع Lex Mercatoria می‌دانند، بدون آنکه بین مقررات عرفی، کاربردهای تجاری و شرایط قرارداد قائل به تمایز شوند. علاوه بر این، بسیاری از مقررات متحدالشکل بین‌المللی را نیز به عنوان منبع Lex Mercatoria معرفی کرده‌اند.

PECL و UNIDROIT نیز بخشی از Lex Mercatoria هستند با این حال، نویسندگان آن از Trade Usages استفاده نکرده‌اند^{۱۱} و در عوض یک رویکرد مقایسه‌ای را در پیش گرفتند. این افراد نمی‌خواستند آداب و رسوم تجاری را مجدداً بیان کنند، بلکه خواهان برقراری یک نظم حقوقی ایدئال برای تجارت بین‌المللی بودند.

Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant, Current Law and Social Problems* (1961)

7. Maria del Pilar Perales Viscasillas 'The Formation of Contracts and the Principles of European Contract Law' 13 Pace Int'l L. Rev. 371 (fall 2001).

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

9. UNIDROIT is an intergovernmental organization whose objective is to harmonize private international law across countries through uniform rules, international conventions, and the production of model laws, sets of principles, guides and guidelines.

10. Reinhard Zimmermann 'Ius Commune and the principles of European Contract law: Contemporary Renewal of an Old Idea' in Hector L. MacQueen, Reinhard Zimmermann (eds) *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* (Edinburgh University Press, Edinburgh 2006)

11. Karimi, Mohammad and Kashani, Javad and Nassiran, Dawood, 'Lex Mercatoria' as an Independent Legal System (October 23, 2016).

except where the application of such usage would be unreasonable.



PECL بر این سؤال تمرکز می‌کند که چه زمانی می‌توان «عرف تجاری» و «رویه تجاری» را به عنوان بخشی از محتوای یک قرارداد در نظر گرفت. عرف تجاری در زمینه‌های تجاری اهمیت ویژه‌ای داشته و به عنوان ابزاری که از طریق آن بازرگانان به سرعت با ضرورت‌های یک واقعیت تجاری در حال تغییر سازگار می‌شوند کارایی دارد. عرف‌های تجاری برای تجارت بین‌الملل دارای اهمیت حیاتی هستند.^{۱۴}

گفتگوها حول تأثیر «هنجاری» عرف در مواردی که طرفین آگاهانه آن را در قرارداد خود وارد نکرده‌اند، شکل گرفت. به طور سنتی در این خصوص دو نظریه وجود دارد:

نظریه‌ی ذهنی که طبق آن عرف فقط به عنوان شرایط قراردادی الزام‌آور است و دیگری، **نظریه‌ی عینی** که عرف را به عنوان هنجارهایی در نظر می‌گیرد که تأثیر الزام‌آور فوری بر طرفین دارد.^{۱۵}

PECL تعریفی از عرف و رویه ارائه نمی‌دهد، بلکه بر ارتباط عرف و رویه‌هایی که طرفین بین خود برقرار کرده‌اند در سه زمینه‌ی مختلف تمرکز دارد: تعریف کلی «معقول بودن» در PECL 1:302؛ شکل‌گیری قرارداد در PECL 2:205 و تفسیر قرارداد در PECL 5:102 که در همه‌ی این موارد، عرف و رویه به عنوان یک

در نهایت، برخی از نویسندگان معتقدند که Lex Mercatoria یک مجموعه قواعد منفرد قابل تشخیص نیست، بلکه یک روش است. رأی داوری که مبتنی بر چنین روشی است می‌تواند به عنوان بخشی از Lex Mercatoria محسوب شود.^{۱۲} اگر طرفین تصمیم گرفته باشند که قراردادشان براساس Trade Usages تجارت بین‌المللی یا اصول کلی قانون باشد، اما چنین عرف یا اصولی قابل اطمینان نباشد، داور می‌تواند راه‌حلی را انتخاب نماید که عادلانه و منصفانه است: «این فرآیند قضایی که تا حدی کاربرد قواعد حقوقی و تا حدودی فرآیندی انتخابی و خلاقانه است، ... به کارگیری Lex Mercatoria نامیده می‌شود.»^{۱۳}

۳. اصطلاحات Usages and Practices



ماده یک- بخش ۵۰۱ (Article 1:105: Usages and Practices)

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties,

12. O Lando, E Clive (n 9) 95, Article 1:101 of PECL Comment.

13. GILLES CUNIBERTI, Three Theories of Lex Mercatoria, COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, 52:369

14. Dölle, 'Bedeutung und Funktion der "Bräuche" im Einheitsgesetz über den Internationalen Kauf beweglicher Sachen', in Ius Privatum Gentium: Festschrift für Max Rheinstein (1969)

15. KP Berger, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria (2nd edn, 2010) 1-8; P Kahn, 'La lex mercatoria: point de vue français après quarante ans de controverses', (1992) 37 McGill LJ 413-27, 414 f.

استاندارد تفسیری عمل می‌کنند، نه به عنوان منبع تعهدات.^{۱۶}

نتایج:

۱- این واقعیت که طرفین تجارت بین‌المللی ملزم به عرف تجاری با ماهیت تعریف شده در اصول هستند، حتی اگر آن‌ها را نمی‌شناختند، از پیش فرض‌های صلاحیت حرفه‌ای بازرگانان بین‌المللی ناشی می‌شود. به دلیل این صلاحیت حرفه‌ای، تجار باید بپذیرند که متعهد به عرف‌های تجاری هستند که می‌دانستند یا باید می‌دانستند.

۲- عرف از سه جهت قابل استناد است: **نخست**، باید عرفی باشد که طرفین بدانند یا باید بدانند. **دوم**، باید به طور گسترده در تجارت بین‌الملل توسط طرفین قراردادهای مربوطه شناخته شده و به طور منظم مشاهده شود و **سوم**، عرف تجاری باید از شاخه‌ی خاصی از تجارت که طرفین در آن فعالیت می‌کنند نشأت گیرد.

۳- یک عرف تجاری ممکن است به عنوان نظم عمومی یا حداقل سازماندهی گسترده از یک خط رفتار خاص، در میان افرادی که در یک شاخه ویژه از تجارت

بین‌الملل در حداقل یک دوره‌ی زمانی کوتاه فعالیت می‌کنند تعریف شود.

۴- ملزم بودن طرفین به رویه‌ای که بین خود برقرار کرده‌اند از اصل لزوم قراردادهای و منع رفتار ناسازگار ناشی می‌شود مانند عرف، اما برخلاف آن، نباید توسط بازرگانان یک شاخه‌ی خاص تجارت، بلکه فقط توسط طرفین قرارداد مورد نظر رعایت شود

۵- اینکه آیا یک رویه تجاری بین طرفین «تاسیس» شده است یا خیر به شرایط هر مورد بستگی دارد. اشاره به اصل لزوم قراردادهای به این معناست که عمل باید مبتنی بر درک مشترک طرفین باشد و طرف دیگر به دلیل درک مشترکی که در گذشته، بین طرفین قرارداد ایجاد شده است به آن متعهد باشد. این درک مشترک می‌تواند با توجه به اجرای قراردادهای قبلی منعقدشده میان آن‌ها یا در مورد قراردادهای بلندمدت، با توجه به رویه‌های قبلی تحت قرارداد موجود پدیدار شود.^{۱۷} برای نمونه می‌توان به رأی ICC Award 4840, Coll. ICC Arb. Awards (1986-1990)^{۱۸} یا به‌طور مشابه به رأی ICC Award No. 9117, 10 ICC Bull. No. 2, (1999, at 96 et seq)^{۱۹} اشاره کرد:

16. 'Unification of Sales Law: Trade Usage and Course of Dealing', in Unification and Comparative Law in Theory and Practice: Contributions in Honour of Jean Georges Sauveplanne (1984) 81, 83.

17. Vogenauer, in: Vogenauer/Kleinheisterkamp (eds.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2009, at 194

18. "Therefore, in the light of the foregoing, the Tribunal rules that it will give precedence in this dispute to the rules the parties have established for their relationship i.e. the terms of their contracts supplemented by the relevant trade usage applicable to the matter and, for issues directly related to the object of the contractual relationship that may arise in the course of this arbitration and which are not provided for in the contracts, the Tribunal would supplement by the Saudi law in the first place."

19. "The Majority Arbitrators further considered whether under the general duty to act in good faith Claimant would have been under an obligation to accelerate the shipment . . . so as to allow a customs clearing prior to the expiry of the US import license. For instance, parties to a contract might be or become bound by a particular course of dealing which they have established as between themselves, by virtue of their previous commercial practices and conduct, and which can fairly be regarded as a common basis of understanding for interpreting their expression and other conduct. This notion, for instance, is also reflected in Article 4.3 of the

۴. اصطلاح Reasonableness

در موارد متعدد، این مهم است که آیا طرف قرارداد می‌تواند یا می‌توان «به طور معقول انتظار داشت» کاری انجام دهد یا خیر، مثلاً با طرف مقابل همکاری کند، یا تغییر شرایط آینده یا مانعی برای انجام آن را در نظر بگیرد.^{۲۰} تمام مقررات مربوط به «معقول بودن» در فصل‌های مقدماتی قرار گرفته است. این موقعیت برجسته با این واقعیت تضمین می‌شود که این مفهوم در تمام قسمت‌های متون مربوطه اعمال می‌گردد. با این حال، نزدیکی به مقررات مربوط به آزادی قرارداد (PECL 1:102) یا حسن نیت و معامله‌ی منصفانه (PECL 1:201) نباید ما را به این نتیجه برساند که «معقول بودن» نیز باید به‌عنوان یک قاعده یا اصل کلی در نظر گرفته شود. نه رفتار طرفین و نه تفسیر قانون تابع معیار کلی «معقول بودن» نیست. این ویژگی تفاوت مهمی را با مفهوم حسن نیت نشان می‌دهد، که در PECL 1:201 و سایر بخش‌های سند به عنوان یک قاعده مستقل ابداع شده است.^{۲۱}

در واقع، ماده ۱:۱۰۲ (۱) بیان می‌دارد که: «طرفین در انعقاد قرارداد و تعیین محتوای آن، مشروط به الزامات حسن نیت و معامله‌ی منصفانه، و قوانین اجباری تعیین‌شده توسط این اصول، آزاداند.» بنابراین به نظر می‌رسد حسن نیت، بخش سوم در مثلث قراردادی را نیز تشکیل می‌دهد که شامل آزادی قرارداد و اطمینان قانونی است. مفهوم حسن نیت نیز غالباً با معقولیت تعریف‌شده در ماده ۱:۳۰۲ همراه است: «طبق این اصول، معقولیت بر اساس آنچه اشخاصی که با حسن نیت و در همان موقعیتی که طرفین عمل می‌کنند معقول می‌دانند، مورد قضاوت قرار می‌گیرد.»^{۲۲}



ماده یک- بخش ۳۰۱ (Article)

(1:302: Reasonableness)

- Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.



بررسی‌های اولیه در سند، کاربردهای مختلفی از معیار معقول بودن را نشان می‌دهد: قراردادها و اظهارات یک جانبه باید بر اساس معنایی که «شخص معقول» برداشت می‌نماید تفسیر شود. در صورتی که در قرارداد قیمت تعیین نگردیده باشد، اراده طرفین را باید بر تعیین «قیمت معقول» تلقی کرد، و در صورتی که قیمت باید توسط یکی از طرفین یا شخص ثالث تعیین گردد، نباید «به شدت غیر منطقی» باشد.

1994 Unidroit Principles (which are not directly applicable in the instant case, but nevertheless express a communis opinio and consensus)''

20. PECL 5:101 (3); PICC 4.1 (2); DCFR II-8:201 (1). 5 See, eg, PECL 6:104; CESL 73. 6 See, eg, PECL 6:105 f

21. H MacQueen and R Zimmermann (eds), European Contract Law: Scots and South African Perspectives (2006) 43–73

22. I. DE LAMBERTERIE, G. ROUHETTE et D. TALLON, Les principes du droit européen du contrat, Paris, La documentation française, 1997, p. 19



نتایج:

منافع خود و دیگران از اعضای خود می‌خواهد.
۳- در دعاوی حقوقی، دادگاه یا دیوان دآوری
فرد عاقل را اعتبار می‌بخشد.^{۲۳} به عنوان
مثال، در رأی (ICC Award No. 2291, Clunet)
Socimer و یا در پرونده (1976, at 989 et seq
International Bank Limited (in liquidation) v
Standard Bank London Ltd, [2008] EWCA
Civ 116)^{۲۴} دادگاه به دنبال احراز رابطه‌ی
عینی بوده است

۱- این اصل از معیار کلی حسن‌نیت و
معامله‌ی منصفانه گرفته شده است.
۲- کاربرد آن مستلزم یک ضابطه‌ی عینی
است که در موقعیت یک شخص بی طرف (فرد
معقول) قرار می‌گیرد. فرد معقول را می‌توان
به عنوان یک تاجر خیالی توصیف کرد که دارای
ویژگی‌های توجه، دانش، هوش و قضاوتی
است که تجارت بین‌المللی برای حفاظت از

23. Berger, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* 2nd. ed. 2010

24. The parties have to display a normal and usual diligence, which is reasonable for the safeguard of their interests, particularly in trying not to make rushed and unreasoned offers, with a potential to surprise the co-contractor.

25. The judge concluded that “Standard was obliged to act honestly and reasonably and to arrive at a value which properly reflected the actual value of the Designated Assets as at the termination date”, albeit it might also be entitled to adopt “an extremely conservative approach” to the question of valuation. However, when the judge came to expand on her reasons, it appears that there might be some confusion or conflation in her mind between the concepts of reasonableness and rationality, for she referred to the cases from *The Product Star* to *Cantor Fitzgerald* as demonstrating

مؤخره

تدوین اصول PECL در واقع یکی از دستاوردهای برجسته در تاریخ حقوق خصوصی اروپا است. این یک مجموعه مقررات مستقل است که برای حاکمیت بر قراردادهای میان اعضای اتحادیه اروپا قابل اجرا است و کمک زیادی به داوران و جامعه‌ی تجاری بین‌المللی جهت کاهش هزینه‌های مبادله در تجارت جهانی، با ایجاد اطمینان قانونی داشته است. یکی از دستاوردهای قابل توجه PECL هماهنگی قانون و عرف برای تشکیل مقرراتی مشترک برای همه‌ی کشورهای عضو است. از استدلال‌های ارائه‌شده در بالا می‌توان نتیجه گرفت که PECL قواعدی مستقل است اما محدود به اروپا است؛ زیرا به وضوح در اعمال اصول در ماده ۱:۱۰۱ ذکر شده است. قواعد PECL، برای تشکیل بخشی از Lex Mercatoria جهانی، بر اساس اعمال این اصول و موقعیت‌های مشابه، ممکن است مورد پذیرش همه‌ی نظام‌های حقوقی قرار گیرد.

منابع

Books .1

- - Commission of the European Communities, 2001, “Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on an Open Method of Coordination for the Community Immigration Policy”, Office for Official Publications of the European Communities.
- - Fauvarque-Cosson, Bénédicte, and Denis Mazeaud, 2009, “European contract law: materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules”, Walter de Gruyter.
- - Jansen, Nils, and Reinhard Zimmermann, 2018, “eds. Commentaries on European contract laws”, Oxford University Press.
- - McKendrick, Ewan, 2014, “Contract law: text, cases, and materials”, Oxford University Press (UK).

Papers .2

- - Cuniberti, Gilles, 2013, “Three theories of lex mercatoria.” Colum. J. Transnat’l L. 52, 369 – 434.
- - Karimi, M., Kashani, J., & Nassiran, D, 2016, “Lex Mercatoria’ as an Independent Legal System”, Private law research, 8(31), 65-85

Acts .3

- - Principles of European Contract Law (PECL) – 2002

that the courts are not slow to imply a term that a party must exercise its contractual discretion “not only honestly and in good faith, but also reasonably and not capriciously”. I have made the point above that those cases use “reasonably” in that context to refer to a Wednesbury -type rationality. Moreover, she went on to say this:

“In fact I do not view the obligation to act reasonably as anything in essence different from the obligation to use good faith; it is part of the good faith obligation that Standard should conduct the valuation process in a reasonable manner; to arrive at what objectively can be said to [be] a proper value of the Designated Assets at the termination date ...”



دعاوی جمعی

ستاره آیتی

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه شهید بهشتی

setiayati66@gmail.com



چکیده

نخست؛ دعاوی جمعی دعوایی است که از طرف یکی از اشخاص متضرر به نمایندگی از یک گروه یا طبقه‌ای از اشخاص متضرر دیگر که بعضاً به صورت غایب در دعوا شرکت می‌کنند، به طرفیت متهم یا تعدادی از متهمان اقامه می‌شود. این نوع دعوا، از دعاوی سنتی، که در آن یک طرف از طرف دیگر شکایت می‌کند و دادگاه با حضور همه‌ی اشخاص برگزار می‌شود، متفاوت است. به این ترتیب به جای این که هر فرد متضرر به صورت مجزا دعاوی شخصی خود را مطرح کند، در این نوع دعوا که به یک دوره‌ی حقوقی اشاره دارد، شاکی به نفع گروه بزرگتری از افراد آسیب‌دیده با ادعاهای مشابه، تنها **یک دعوا** اقامه می‌کند. هرگونه عواید حاصل از این دعوا پس از هزینه‌های حقوقی، چه از طریق حکم باشد چه از طریق تسویه حساب، میان همه‌ی اعضا یا به عبارتی تمامی خواهان‌ها -البته نه لزوماً به مقدار مساوی- تقسیم می‌شود.

خسارات محدودی که به مصرف‌کنندگان وارد می‌شود، درحالی که به هریک از آن‌ها هزینه‌ی بیش‌تری برای استخدام وکیل در جهت پیروزی در دعوا تحمیل می‌شد، سبب می‌شد تا دعاوی را اقامه نکنند. این امر موجب گردید تا نظام‌های حقوقی به دنبال راهکاری برای پرکردن خلأ اجرای عدالت برای مصرف‌کنندگان باشند. این دعاوی در نظام‌های کامن‌لای و به‌ویژه حقوق آمریکا شکل گرفت. حال با توجه به ضرورت پذیرش این نوع دعوا در تمامی نظام‌های حقوقی، به علت مزایای قابل توجه، از جمله احقاق حقوق مصرف و جلوگیری از انگیزه‌ی ارتکاب تخلف بعدی توسط شخص یا شرکت مسئول، در این نوشته به نقد و بررسی قوانین مربوط و موقعیت کنونی حقوق ایران می‌پردازیم.

کلید واژگان: دعاوی جمعی (class action)، حقوق مصرف‌کنندگان، حقوق فردی و فرافردی، حقوق ایران



از نقض حقوق مصرف‌کنندگان
توسط افراد متخلف در کنار این که
توسل به آیین دادرسی برای یکایک افراد
متضرر امری پرهزینه می‌باشد لزوم توجه
قانون‌گذاران برای حمایت از آن‌ها را آشکار
می‌کند.

از کارآمدترین روش‌ها برای اعمال این
حمایت توسط قانون‌گذار «**آیین دادرسی
دعاوی جمعی**» می‌باشد.

در چنین جایی نمایندگی‌ای از سمت
گروهی به شخصی اعطا می‌شود تا اصالتاً
یا به نیابت از آن گروه برای مطالبه‌ی منافع
آن افراد، اقدام کند

مقدمه

دعاوی جمعی زمینه‌ی
تجمیع دعاوی با جهات حکمی
و موضوعی یکسان یا مشابه را فراهم
می‌کند.^۱ نکته‌ی مثبتی که این دعا در پی
دارد این است که عدم هماهنگی در آراء
دادگاه‌ها در خصوص موضوعات مشابه را از
بین می‌برد. نکته‌ی مهم‌تر، احقاق حقوق
مصرف‌کنندگان و کاهش هزینه‌های پیگیری
حقوقی در این نوع دعا برای یکایک افراد
متضرر است. به دست آمدن سود چشم‌گیر

۱. صفری، ناهید؛ حاجی عزیزی، بیژن؛ مولودی، محمد (۱۳۹۹)؛ ضرورت‌ها و موانع پذیرش دعاوی جمعی آمریکایی در نظام
رومی ژرمنی و حقوق ایران، فصلنامه علمی حقوق تطبیقی، ش. ۱، ص. ۱۰۲.

معرفی دعوای جمعی

دعوای جمعی یک رویه‌ی حقوقی است که به موجب آن تعدادی از افراد علیه یک خواننده در یک دعوا تعیین می‌شوند. در یک دعوای جمعی، یک یا چند نفر (نماینده‌ی خواهان‌ها) ممکن است از طرف خود و از طرف تعدادی از افراد دیگر که ادعای جبران خسارت مشابه را علیه خواننده‌ی واحد دارند شکایت کنند. در این موارد، ادعاهای آن‌ها دارای جهات حکمی و موضوعی مشابهی با ادعای خواهان اصلی است. در این شیوه‌ی دادرسی، فقط خواهان(های) اصلی طرف دعوا محسوب می‌شوند و اعضای دیگر به عنوان افراد جداگانه شناسایی نمی‌شوند؛ بلکه تنها توصیف می‌شوند. اعضا به نتیجه‌ی دعوا در مورد موضوعات مشترک، خواه مطلوب یا غیرمطلوب، متعهد هستند، اگرچه در بیشتر موارد، هیچ‌گونه مشارکت فعالی در آن دعوا ندارند. مشکلی که شاید بتوان برای این نوع دعوا به آن اشاره کرد این است که افراد شانس خود را برای اقامه‌ی دعوا به صورت انفرادی از دست خواهند داد. البته که اگر قانون به آن‌ها اجازه‌ی انصراف دهد، هریک از اعضا که رضایت نداشته باشد می‌تواند انصراف دهد و در این صورت او دیگر متعهد به این دعوای جمعی نیست

این دعوا که ریشه در نظام حقوقی آمریکا دارد در صورتی توسط دادگاه‌های دارای صلاحیت به‌عنوان دعوای دسته‌جمعی تأیید می‌شوند که معیارهای مندرج در ماده‌ی ۲۳ قواعد دادرسی مدنی فدرال ایالات متحده را دارا باشد.

از این معیارها می‌توان به شرط تعدد که در بند اول این ماده آمده اشاره کرد. قانون، تعداد خاصی را برای اعضا مشخص نکرده ولی چنان‌که رویه‌ی اکثر دادگاه‌ها نشان می‌دهد برای تشکیل به حداقل ۴۰ نفر عضو نیاز است. اگرچه بسته به مورد پرونده، ۲۰ عضو هم کفایت می‌کند.

مضاف بر آن، در بند اول همین ماده به شرط اشتراک در جهات حکمی و موضوعی اشاره شده است. نیازی به اشتراک تمامی اعضا در سرتاسر آن دعوا نیست و همان‌که تنها در یک موضوع مهم مشترک باشند، کافی ست.

به علاوه در این ماده ذکر شده که فرد خواهان نمایندگی افراد، بایستی بتواند به

صورت شایسته از منافع اعضا دفاع کند. لکن در حقوق ایران خواهان‌ها می‌بایست محصور باشند، یعنی تعدادشان مشخص باشد. به علاوه موانعی مانند عدم وجود نهادی هم‌چون هیئت منصفه و وجود اصولی در حقوق ایران چون اصل استقلال دعاوی و اصل دادخواهی به‌طور شخصی، سبب جلوگیری از شکوفایی دعاوی جمعی می‌شود. هم‌چنین، نظام کشف دلیل و حق‌الوکاله مشروط که از عوامل موفقیت دعاوی جمعی در آمریکاست، در حقوق ایران وجود ندارد.

مزایای طرح دعاوی جمعی

برخی از قواعد حاکم بر دعاوی جمعی برخلاف قواعد شکلی سنتی‌ست؛ اما با این حال نمی‌توان از مزایای آن چشم‌پوشی کرد، چراکه طرفداران دعاوی جمعی معتقدند بسیاری از دعاوی فردی را در یک دادخواست وکالت جمع می‌کنند و این خود، امر مثبتی‌ست. حال از جمله مزایای این دعا می‌توان به این موارد اشاره کرد:

نخست؛ تجمیع می‌تواند کارایی فرآیند حقوقی را افزایش دهد و از طرفی دیگر، این کار هزینه‌های دادرسی را کاهش می‌دهد. همان‌طور که در پرونده‌های فراوانی از جمله پرونده‌ی جنکینز علیه ریمارک/بندوس مشاهده می‌شود، با اقامه‌ی دعا به صورت جمعی، می‌توان از رفت‌وآمد شاهدانی با آثار و مسائل تکراری جلوگیری کرد. درواقع می‌توان گفت از به‌کارگیری ناکارآمد منابع انسانی و مالی در دادگاه‌ها جلوگیری می‌شود. قابل ذکر است که چه بسا ضرر مصرف‌کنندگان به صورت فردی و عرفی، ناچیز و قابل چشم‌پوشی می‌باشد و تجمیع آن امری عقلانی‌تر است.

دوم؛ در مواردی که فرد خاطی به هریک از شاکیان به صورت **حداقلی** ضرری وارد کرده، اما با تجمیع این ضرر می‌توان گفت آسیب

بسیار گسترده‌ای به گروهی از افراد وارد شده، جداگانه مطرح کردن این دعاوی برای جبران ضرری ناچیز قابل توجیه نمی‌باشد. افراد مصرف‌کننده در فرض مطرح‌شده، انگیزه‌ی کافی برای اقامه‌ی دعا برای چنین ضرری را ندارند. مضاف بر بحث جبران خسارت وارده، این امر فرد خاطی را که با حجم وسیع‌تری از شکایات مواجه می‌شود، از ارتکاب تخلفات آینده باز می‌دارد. به عبارتی موجب می‌شود تا متخلفان بالقوه‌ای که خود را در معرض این گونه دعاوی می‌بینند توجه بیشتری به رعایت حقوق مصرف‌کنندگان نشان دهند. به علاوه که طرح این دعا در شرایط رقابتی بازار، ضربه‌ی مهلکی بر اعتبار آن عرضه‌کننده وارد می‌کند. **سوم؛** این دعاوی از ایجاد استاندارد نادرست رفتاری‌ای که ممکن است در خواننده شکل بگیرد جلوگیری می‌کند چراکه ممکن است دادگاهی اجازه به شکایت برای موضوعی را ندهد، درحالی‌که دادگاهی دیگر برای همان موضوع واحد چنین اجازه‌ای داده باشد. علاوه بر این همان‌طور که در موارد فوق ذکر شد، با این امر از نتایج مختلف حکمی میان دادگاه‌ها جلوگیری می‌شود.

چهارم؛ از آثار مثبت دیگری که این نوع دعا در پی دارد، ایجاد تعادل در میان طرفین است. در قراردادهای میان مصرف‌کننده و عرضه‌کننده می‌توان گفت ترازوی قدرت به سمت عرضه‌کننده سنگینی می‌کند لکن با تجمیع دعاوی مصرف‌کنندگان، می‌توان تعادلی میان طرفین دعا ایجاد کرد.

درنهایت، دعاوی جمعی بخش مهم و ارزشمندی از نظام حقوقی است که اجازه‌ی حل عادلانه و کارآمد دعاوی مشروع با طرف‌های متعدد را می‌دهد و اجازه می‌دهد که دعاوی در یک دعوی واحد علیه متهمی که ادعا می‌شود باعث آسیب شده است، جمع شود

دعاوی جمعی متهمان

اگرچه به صورت معمول، دعاوی جمعی از سمت شاکیان مطرح می‌شود، اما دعاوی جمعی متهمان نیز امکان‌پذیر است. به عنوان مثال در سال ۲۰۰۵، اسقف اعظم کاتولیک رومی پورتلند در/ورگان، به عنوان بخشی از رسوایی آزار جنسی کشیش کاتولیک مورد شکایت قرار گرفت. در این پرونده، همه‌ی اعضای کلیساهای اسقف‌نشین به عنوان گروه متهم ذکر شدند. در مواردی که هم شاکیان و هم متهمان در یک دعاوی جمعی، با تأیید دادگاه سازمان‌دهی شوند، این دعاوی یک **دعاوی جمعی دوطرفه** نامیده می‌شود.

دعاوی جمعی در حقوق ایران

دعاوی جمعی در حقوق ایران جایی ندارد. در حقوق ایران با عنایت به ماده‌ی ۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی اصلی با عنوان **اصل استقلال دعاوی** مطرح است. مستفاد از اصل مزبور، هر دعوا بایستی در دادخواستی مستقل تقدیم گردد و برای طرح هر دعوا لازم است هزینه‌ی دادرسی مستقل پرداخت شود. بر اساس این اصل، تجمیع دعاوی جز در مواردی که مصلحت بالاتری مانند اصل جلوگیری از صدور احکام متعارض، آن را توجیه نماید و تنها در حالات استثنائی و منصوص قانونی، پذیرفته نمی‌شود.





تجارت الکترونیک نیز تأکید شده

است. علاوه بر آن، چنانچه در ماده‌ی ۴۵

همان قانون آمده اجرای حقوق مصرف‌کننده به موجب این قانون، نباید بر اساس سایر قوانین که حمایت ضعیف‌تری اعمال می‌کنند، متوقف شود. حال با عنایت به اینکه نصی بر خلاف مقررات فوق یافت نمی‌شود، با تمامی تعارضات قانونی و عدم آمادگی پذیرش دعاوی به شکل جمعی، امور مذکور در قوانین تجارت الکترونیک و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن لازم‌الاجرا بوده و مسیری کارگشا برای پذیرش طرح دعوا به صورت جمعی در حقوق ایران، می‌باشد.

نمونه‌هایی از دعاوی جمعی ساده در قانون ایران شناسایی شده؛ بدین ترتیب که تعدادی از اشخاص به هر تعداد که باشند در صورتی که ادعای حقی در برابر شخص واحدی داشته باشند می‌توانند علیه او طرح دعوا کنند. با استناد به ماده‌ی ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی اگر دعاوی دیگری که ارتباط کامل با دعوای طرح شده دارند در همان دادگاه

مضاف بر آن، به منظور

تحقق ابلاغ و آگاهی، متداعیین باید معین باشند که در واقع به اصل رعایت حقوق دفاعی و تقابلی بودن دادرسی مستند به مواد ۵۱ به بعد قانون آیین دادرسی اشاره دارد.^۲ به علاوه، مستند به اصل ۳۴ قانون اساسی، دادخواهی حق مسلم هر فرد شناخته شده است. بند ۵ ماده‌ی ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی هم اذعان داشته که اصولاً شخصی به جای دیگری نمی‌تواند دادخواهی کند جز در مواردی که ولایت، قیومیت و یا وکالت آن فرد احراز شود.

البته که برحسب ماده‌ی ۴۸ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ سازمان‌های قانونی و مدنی حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، می‌توانند به عنوان شاکی اقامه دعوا کنند. به این موضوع در مواد ۲ الی ۵ آیین‌نامه‌ی اجرایی ماده‌ی ۴۸ قانون

۲. محسنی، حسن؛ غفاری فارسانی، بهنام؛ شوشی نسب، نفیسه (۱۳۹۱): دعاوی جمعی و نقش آن در احقاق حقوق مصرف‌کنندگان، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش. ۱، ص. ۱۷۲.

دعاوی است. اصل بر آزادی در دفاع است. یکی از آثار این اصل، حق دفاع از خود به طور شخصی است به این معنا که متداعیین می‌توانند خود از خویش دفاع کنند. علاوه بر این، تقابلی بودن دادرسی، دادرسی بدون دفاع را ناقص تلقی می‌کند.

در نظام حقوقی ایران، مقنن اقامه‌ی دعا با خواندگان غیرمحمصور را علی‌رغم این که رعایت حقوق دفاعی آنها واجب‌تر است پذیرفته است. پذیرش این امر در خصوص خواهان‌های غیرمحمصور به طریق اولی میسر خواهد بود.

نتیجه‌گیری

یک آیین دادرسی برای رسیدگی به همه‌ی انواع دعاوی کفایت نمی‌کند. ضرورت پذیرش دعاوی جمعی در زندگی مدرن امروز مورد توجه نظام‌های حقوقی مختلف قرار گرفته است. در کشورهای تابع نظام رومی-ژرمنی نیز علی‌رغم پذیرش انواع خاص دعاوی جمعی، ترس از تخطی از اصول و مبانی از یک سو و عدم وجود برخی نهادهای موجود در حقوق آمریکا - که در بالا به صورت موردی ذکر شد و پرداختن به آن از حوصله‌ی این نوشتار خارج است - از سوی دیگر مانعی برای پذیرش دعاوی جمعی آمریکایی هستند. حال برای رسیدن به اهدافی از جمله عدالت، این کشورها می‌توانند با پذیرش برخی از مفاهیم و نهادها در جهت رفع موانع اقدام کنند و در صورتی که پذیرش این‌ها را بر خلاف اصول نظام خود می‌دانند، در جهت استفاده از ابزارهای مطابق با نظام خود در صدد رفع این نواقص اقدام نمایند.

بر این اساس، به مقنن توصیه می‌شود زمینه‌ی پذیرش این راهکار را، به دلیل عدم مخالفت با مقتضیات نظام حقوقی، در جهت اجرا و تضمین حقوق مصرف‌کنندگان با وضع قوانین مناسب و اختصاص آیین دادرسی ویژه فراهم آورد.

مطرح باشند، دادگاه به

تمامی آن‌ها یک‌جا رسیدگی

می‌نماید و چنان‌چه در چند شعبه مطرح

باشند در یکی از شعب با تعیین رئیس شعبه‌ی اول، یک‌جا رسیدگی خواهند شد و معیار این ارتباط که در ماده‌ی ۱۴۰ همان قانون ذکر شده، تأثیر اتخاذ تصمیم هر دعا بر دعاوی دیگر است. مثلاً در جایی که خسارت از یک عمل واحد و نه مشابه وارد شود، ارتباط کامل میان دعاوی برقرار می‌شود. البته اگرچه که به این دعاوی در قالب یک دعاوی واحد رسیدگی می‌شود اما هر ادعا، مستقل از ادعای دیگر به حساب می‌آید و با توجه به دلایل ارائه شده در هر دعا، به صورت مستقل در خصوص آن تصمیم‌گیری می‌شود.

اما حتی با حل این مسئله نیز، عدم قابلیت طرح دعاوی خواهان‌های غیرمحمصور در حقوق ایران معضل بزرگی در این مسیر می‌باشد.

دعوی خواهان‌های غیرمحمصور

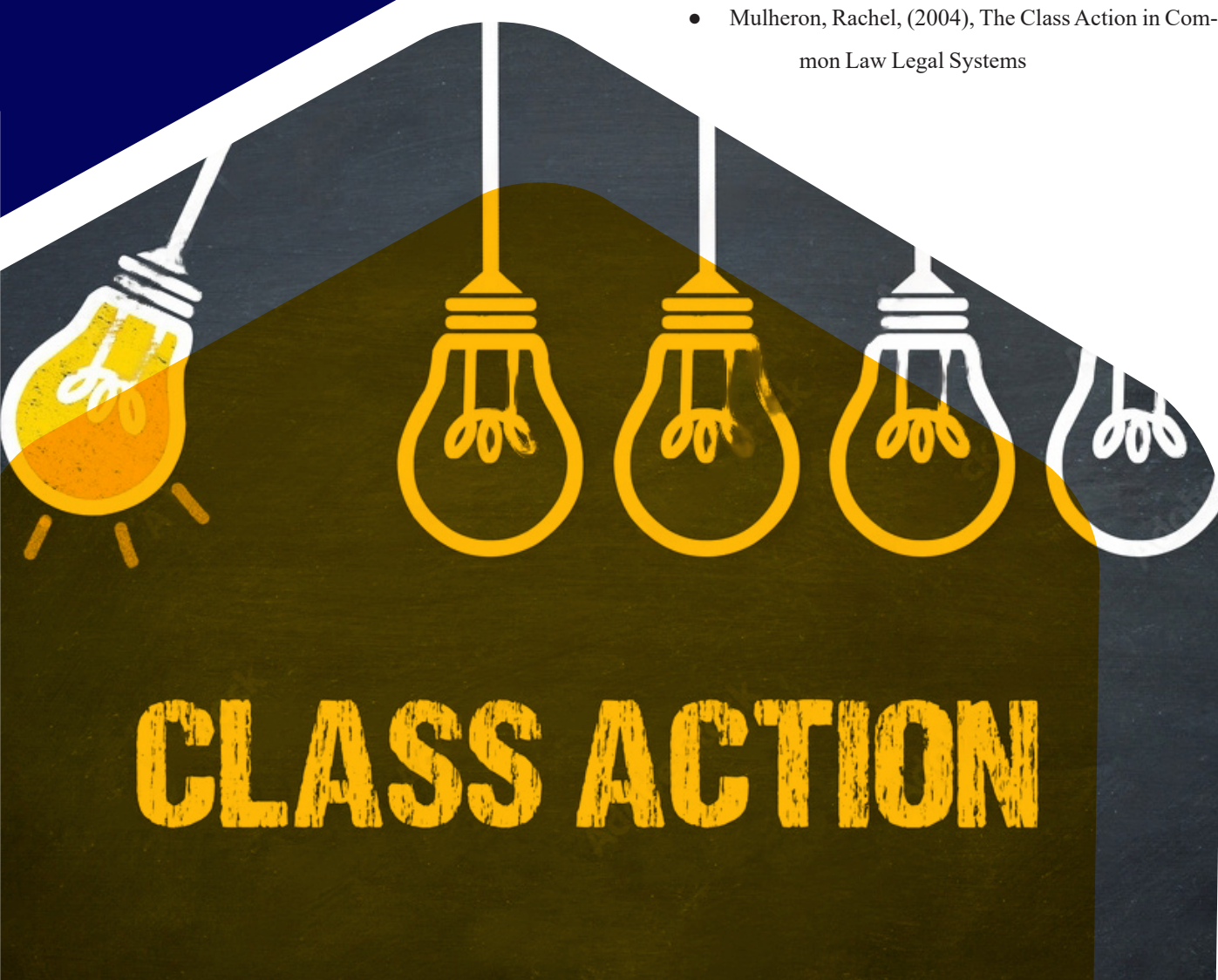
همانند موردی که موضوع دعا مشخص نیست، بدیهی است که اگر اوصاف متداعیین مشخص نباشد تصور تکلیف قاضی برای رسیدگی ممتنع خواهد بود. برای رسیدگی و به سر انجام رسیدن هر دعا باید عناصر آن که شامل دادرس، طرفین دعا و موضوع اختلاف است مشخص باشند.^۳

در دعاوی جمعی هم چنان‌چه گفته شد، هویت یکایک اعضا به صورت جداگانه شناسایی نمی‌شود، بلکه تنها توصیف می‌شود. موضوع دیگری که مطرح است، مشخص نبودن تعداد دقیق خواهان‌هاست. همین ابهام در هویت و تعداد اعضا، مانع از رسیدگی دادگاه به این نوع

۳. محسنی، حسن؛ غفاری فارسانی، بهنام؛ شوشی نسب، نفیسه (۱۳۹۱)؛ دعاوی جمعی و نقش آن در احقاق حقوق مصرف‌کنندگان، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش. ۱، ص. ۱۷۷.

منابع

- شمس، عبدالله (۱۴۰۱)؛ آیین دادرسی مدنی، تهران: دراک
- شفائی، علی احسان (۱۳۹۰)؛ دفاع از منافع جمعی در قلمرو مسئولیت مدنی (دفاع برای دریافت دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران)
- صفری، ناهید؛ حاجی عزیزی، بیژن؛ مولودی، محمد (۱۳۹۹)؛ ضرورت‌ها و موانع پذیرش دعاوی جمعی آمریکایی در نظام رومی ژرمنی و حقوق ایران، فصلنامه علمی حقوق تطبیقی، ش. ۱، ص. ۱۰۱-۱۲۶.
- غمامی، مجید و حسن محسنی (۱۴۰۱)؛ اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، جلد ۱، تهران: سهامی انتشار
- متین دفتری، احمد (۱۳۹۷)؛ آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۱، تهران: مجد
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۱)؛ فلسفه حقوق، تهران: گنج دانش
- کریمی، عباس (۱۴۰۲)؛ آیین دادرسی مدنی، تهران: مجد
- محسنی، حسن؛ غفاری فارسانی، بهنام؛ شوشی نسب، نفیسه (۱۳۹۱)؛ دعاوی جمعی و نقش آن در احقاق حقوق مصرف‌کنندگان، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش. ۱، ص. ۱۵۷-۱۸۲.
- Bronsteen, John, (2002), The Class Action Rule
 - Hazard, Geoffrey C. & Taruffo, Michele, (1993), American Civil Procedure: An Introduction , New Haven and London: Yale University Press.
 - Koku, Paul Sergius, (2006), An analysis and the Effects of Class-action Lawsuits
 - Mulheron, Rachel, (2004), The Class Action in Common Law Legal Systems



CLASS ACTION



وضعیت غرب وحشی در حراج تهران

مهدیه سادات حقّی

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی (واحد سمنان)

mahdiehseyyedhaghi@gmail.com



چکیده

درمورد رویداد جنجال برانگیز «حراج تهران» سوالات زیادی وجود دارد. در این نوشتار سعی شده است راجع به موضوعات و حوزه‌هایی از «حراج تهران» که هیچ قانونی بر آنها مترتب نیست بحث کنیم. بخش‌هایی مانند اصالت سنجی آثار هنری، روند اجرایی حراج، شفافیت مالی آنها و... که برخلاف اهمیت‌شان، دچار خلأ قانونی هستند. همچنین بیان می‌شود، در حال حاضر چرا قوانین قابلیت اجرایی بر موضوع مورد بحث را ندارند و درچه مواردی رویداد مذکور از اجرای قوانین موجود عدول کرده‌است. علاوه بر این، تلاش شده در صورت امکان در هر حوزه راهکارهایی جهت گذار از معضل پیش آمده ارائه گردد.

واژگان کلیدی: حراج، «حراج تهران»، اصالت سنجی، خلأ قانونی، مالیات

مقدمه

چندی پیش، هفدهمین دوره «حراج تهران» در ۳۰ تیرماه ۱۴۰۲ برگزار شد که طبق پیش‌بینی‌ها با فروش چند صد میلیاردی همراه بود. اما نکته این‌جاست علی‌رغم حساسیت این نهاد به دلیل رد و بدل شدن پول‌های کلان، هیچ‌گونه مقرره‌ای جهت نظارت بر شفافیت مالی، ارزش‌گذاری و قیمت‌گذاری آثار هنری، تشخیص و تضمین اصالت آثار، صلاحیت برگزارکنندگان حراج‌ها و... وجود ندارد. به همین سبب شاهد نوعی از وضعیت غرب وحشی^۱ در موضوعات مذکور از حیث اجرا و ضمانت اجرا در حراجی‌ها به خصوص «حراج تهران» هستیم. لذا جستار پیش‌رو برآن است تا با نشان‌دادن خلأهای قانونی، تلاشی در نظام‌مند کردن این حوزه و از بین بردن تبعات بی‌قانونی آن داشته باشد.

۱. غرب وحشی یا Wild West به وضعیتی که هیچ‌گونه قواعد و مقرراتی بر آن ناظر نیست، اطلاق می‌شود. همچنین کنایه‌ای است به اوضاع و احوال بی‌قانون آمریکای شمالی پیش از تاسیس نهادی به نام دولت در آن منطقه



ماهیت حقوقی «حراج تهران»

«حراج تهران»، رویدادی است که توسط شخصیت حقوقی به نام «مؤسسه حراج هنر تهران» سالانه یک یا دو بار برگزار می‌شود. «مؤسسه حراج هنر تهران» در قالب حراج‌گذار اقدام به سامان‌دهی این رویداد می‌کند. همانطور که اشاره شد ماهیت این شخصیت حقوقی «مؤسسه» است، به این معنی که از اقسام هفت‌گانه شرکت‌های تجاری، موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ نیست، لذا غیرتجاری محسوب می‌شود.^۲ از طرفی، مستند به ماده ۲ بند ۵ قانون مزبور، «تصدی به عملیات حراجی»، جزء معاملات تجاری محسوب می‌شود. بنابراین «حراج هنر تهران»، مؤسسه‌ای با فعالیت تجاری می‌باشد.

قانون حاکم بر عملیات «حراج تهران»

پیش از اینکه مقوله رهاشدگی حراج (مشخصاً آثار هنری را از لحاظ قانون‌گذاری قضاوت کنیم، باید قانون حاکم بر این رویداد را بررسی کرد تا ارزیابی کنیم، نخست حوزه حراج تا چه حد پی‌قانون رها شده و دوم چه حوزه‌هایی نیازمند قانون‌گذاری هستند. از بین قوانین و آیین‌نامه‌هایی که به موضوع حراج و مزایده^۳ می‌پردازند، هرکدام به علتی بر حوزه مورد بحث ما (آثار هنری) منطبق نمی‌شود. حدود ده قانون و آیین‌نامه بر این موضوع صدق می‌کند که دلیل انطباق ناپذیری برخی به اختصار ذکر می‌شود.

۲. پاسبان، محمدرضا، ۱۳۹۸، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران نشر سمت، چاپ شانزدهم، ویراست دوم، صفحه ۱۴

۳. حراج و مزایده اساساً شبیه هم هستند اما در مواردی تفاوت دارند. برای مثال مزایده به طور کتبی برگزار می‌شود و تشریفاتی است، درحالی‌که حراج شفاهی و رضایی است

فرهنگی، هنری و حُرّاج و فروش آثار هنری تجسمی شامل نقاشی، ارتباط تصویری، عکاسی و مجسمه‌سازی که از زمان تولید آنها بیش از صد سال نگذشته باشد با وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است. حکم این تبصره شامل حُرّاج و فروش آثار و نفایس ملی نیست.



مهر تأییدی بر فعالیت‌های «حُرّاج تهران» نهاده است؛ چراکه در تمام آگهی‌های «مؤسسه حُرّاج هنر تهران» مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی دیده می‌شود. بنابراین، با کمی اغماض، فعالیت‌های این مؤسسه را ذیل تبصره مزبور، قانونی و صحیح تلقی می‌کنیم. * از طرفی می‌توان عملیات «حُرّاج تهران» را ذیل **باب هفتم قانون تجارت** یعنی حق‌العمل‌کاری بررسی کرد. ابتدای کاتالوگ مربوط به آثار هر دوره، شرایط عمومی «حُرّاج تهران» ذکر شده است و از شرکت‌کنندگان تقاضا شده قبل از بررسی آثار مندرج در کاتالوگ، به شرایط عمومی توجه داشته باشند، چراکه از لحظه ثبت نام در حُرّاج، مقررات شرایط عمومی لازم‌الاجرا خواهند بود. این شرایط در قالب ۱۷ ماده نگارش شده و به مواردی مانند نحوه انعقاد عقد بیع در اثنای حُرّاج، نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه، زمان و مکان تحویل آثار، مقررات مربوط به حل و فصل اختلافات از

* ماده ۸۴ قانون نظام صنفی کشور مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۴ و آیین‌نامه اجرایی چگونگی فروش اقساطی، فوق‌العاده و حُرّاج مصوب ۱۳۹۴/۰۹/۲۲؛ این قانون و آیین‌نامه آن به این دلیل قابل استناد نیست که موضوع مورد حُرّاج باید ذیل صنف و اتحادیه فعالیت کند، درحالی‌که می‌بینیم متأسفانه مانند خیلی از حُرّافی که ذیل هیچ صنفی قرار نگرفته‌اند، موضوع پدیدآورندگان آثار فرهنگی و هنری هم بدون صنف و اتحادیه رها شده‌است.^۴ لذا این قانون بر موضوع ما صادق نیست.

* ماده ۲۹ آیین‌نامه مدیریت، ساماندهی، نظارت و حمایت از مالکان و دارندگان اموال فرهنگی-تاریخی منقول مجاز^۵ مصوب ۱۳۸۴/۰۵/۰۵ (اصلاحی ۱۳۸۵/۰۹/۱۹) به دنبال آن، ماده ۱ بند ۸ دستورالعمل اجرایی تجارت اموال فرهنگی-تاریخی و هنری منقول مجاز مصوب ۱۳۹۸/۰۸/۰۸؛ مقرر می‌دارد: «پروانه حُرّاج به شرکت‌های موضوع قانون تجارت داده می‌شود.» همانطور که پیش‌تر بحث شد «مؤسسه حُرّاج هنر تهران» غیرتجاری می‌باشد لذا این آیین‌نامه هم صادق نیست. اما به نظر می‌رسد تبصره ۲ الحاقی به ماده ۲۹ آیین‌نامه مذکور، مصوب ۱۳۹۷/۱۱/۱۷ که بیان می‌دارد:



صدر مجوز برنامه‌ها و فعالیت‌های مربوط به برگزاری نمایشگاه‌ها، جشنواره‌ها و مسابقات

۴. استعلام شده از سایت هیأت عالی نظارت بر سازمان‌های صنفی کشور به نشانی: iranianasnaf.ir

۵. منطبق ماده ۲۹ از قانون مزبور: «اشتغال به تجارت سایر اموال فرهنگی-هنری، تاریخی منوط به اخذ مجوز از دولت می‌باشد. ضوابط اجرایی موضوع این ماده ظرف سه ماه پس از ابلاغ توسط سازمان میراث فرهنگی و گردشگری جهت طرح و تصویب به هیأت وزیران ارائه خواهد شد.»

حدود و ثغوری ندارد؛ تقاضای تشخیص اصالت می‌کنند. این در صورتی است که شخصی که اصالت‌سنجی را انجام می‌دهد هیچ تعهدی به دقت و صداقت نداشته و ضمانت اجرایی هم بر وی مترتب نخواهد بود. درنهایت هم حراج‌گذار با اعلام اختیار به خریدار در کارشناسی اثر توسط خود خریدار، خود را از مسئولیت بری می‌کند. در ماده ۹ شرایط عمومی مندرج در کاتالوگ‌های هر دوره احصاء شده‌است:

طریق داوری، قانون حاکم، فورس ماژور و... می‌پردازد. در ماده ۱۲ شرایط عمومی «حراج تهران» اذعان شده‌است:

مالک اثر بابت هزینه معرفی و فروش اثر و نیز برگزاری مراسم حراج، موظف به پرداخت حق‌الزحمه (حق‌العمل) حراج‌گذار است که این مبلغ از درآمد فروش اثر کسر و مابقی به مالک اثر پرداخت خواهد شد.

کلیه آثار ارائه‌شده در حراج تهران توسط کارشناسان معتبر بررسی و اصالت آنها و انتساب آنها به پدیدآورنده اثر مورد بررسی قرار می‌گیرد. در خصوص آثار کلاسیک، عنداللزوم بررسی توسط کارشناسان سازمان میراث فرهنگی صورت خواهد گرفت. علی‌ایحال با توجه به آنکه آثار ارائه شده در حراج به مدت ۳ روز جهت رؤیت متقاضیان در معرض بازدید عموم قرار می‌گیرید، متقاضیان این امکان را جهت بررسی‌های کارشناسی متعارف از جانب کارشناسان منتخب خود در مدت مزبور دارا می‌باشند

با تمام این بیانات، مشاهده می‌شود قانون مستقل و شفافی بر فرآیند حراج آثار هنری نظارت ندارد.

معضلات خلأ قانون مستقل در حوزه اصالت‌سنجی آثار هنری

می‌توان گفت از مهم‌ترین دغدغه‌های حراج‌گذاران و خریداران، مسئله اصالت آثار بوده است. اما در کمال تعجب، هیچ ضمانتی برای اصالت آثاری که تاکنون به حراج گذاشته شده‌اند، وجود ندارد. چراکه هیچ قانونی مربوط به کارشناسی اصالت آثار هنری و صلاحیت افراد کارشناس وجود ندارد. درنتیجه، این امر موجب پدید آمدن بازار کاذب جهت کارشناسی و تشخیص اصالت آثار هنری حراجی‌ها شده‌است؛ به این شکل که حراج‌گذاران با مراجعه به اشخاصی که در حوزه مدنظر تجربه‌ای دارند و در ازای مبلغی که

اکنون بررسی کنیم، نبود قانون جامع و مانع در حوزه اصالت‌سنجی آثار هنری چه چالش‌هایی را پدید آورده است.

بوده‌ایم که آثارشان بالغ بر صد سال قدمت داشته است. بنابراین این آثار باید ذیل «آیین‌نامه اموال فرهنگی، هنری و تاریخی نهادهای عمومی و دولتی مصوب ۱۳۸۱/۱۲/۰۷» بررسی شود. ماده یک این آیین‌نامه مقرر داشته:

«اموال فرهنگی، هنری و تاریخی به اموالی گفته می‌شود که از نظر علمی، تاریخی، فرهنگی، باستان‌شناسی، دیرین‌شناسی و هنری حائز اهمیت بوده و بیش از یکصد سال از تاریخ ساخت یا ایجاد آن گذشته باشد.»

در تبصره ۲ این ماده اشاره می‌شود: «آثار متعلق به مشاهیر تاریخی، فرهنگی و هنری ... صرف نظر از قدمت آن مشمول مقررات این آیین‌نامه خواهد بود.»

اما چیزی که شاهد هستیم، این است که «حراج تهران» بدون توجه به سایر قوانین مصوب، به چکش زدن آثاری که صلاحیت و اختیاری در فروش آنها ندارد، می‌پردازد.

برای مثال، در خرداد سال ۱۳۹۵ اثری از کمال‌الملک (محمد غفاری) تحت عنوان «تک‌چهره فخرالملک / اردلان» متعلق به سال ۱۲۸۸ هجری شمسی با قیمت ۲۶۰ میلیون

نخست؛ موضوع اصالت سنجی را نسبت به آثاری که پدیدآورندگان آن فقید شده‌اند، پیچیده‌تر کرده است. برای مثال در دوره‌های پیشین «حراج تهران» شاهد به حراج گذاشته شدن آثار سهراب سپهری بودیم. آثاری که هر بار با رکوردشکنی و قیمت‌های گزاف چکش خوردند. این امر زمینه سوءاستفاده‌هایی را هم ایجاد کرده است. اساساً حراجی‌ها در همه‌جای دنیا از ظرفیت مستعد و قابل توجهی برای پولشویی برخوردارند و این مسئله مبهم‌بودن اصالت آثار به حراج گذاشته‌شده باعث دامن‌زدن به موضوع پولشویی شده است. هرچند در تمام این هفده دوره «حراج تهران» اتهام پولشویی وجود داشته که حتی یک بار هم سندی مبنی بر اتهام ارائه نشده است. چه بسا، اگر قانونی بر فرآیند حراج نظارت داشته باشد، موجب از بین رفتن گمانه‌زنی‌های بی‌اساس شود. لذا وجود قانون شفافِ ناظر بر این موضوع، نه تنها موجب می‌شود کارشناسان ذیل قانون و با ضمانت اجرا، اصالت آثار و انتساب به پدیدآورنده اثر را مورد بررسی قرار دهند بلکه با قانونی کردن این فرآیند، موجبات شفاف‌سازی فراهم شده و احتمال بروز بزه پولشویی کاهش می‌یابد. مسئله دیگری که در فرآیند اصالت سنجی به وجود آمده، پدیده دِمانس^۶ یا فراموشی هنرمندان است. در این بین، هنرمندان پیشکسوتی هم وجود دارند که به دلیل فراموشی، از تشخیص اصالت اثر خود عاجز هستند. بنابراین نیاز است کارشناس به این مورد ورود کند.

آثار تاریخی در «حراج تهران»

گاهی شاهد به حراج گذاشته شدن آثاری از کمال‌الملک (محمد غفاری) یا سایر هنرمندانی

معافیت‌های مقرر به استثنای مواردی که طبق مقررات این قانون دارای نرخ جداگانه‌ای می‌باشد، مشمول مالیات به نرخ بیست و پنج درصد (۲۵٪) خواهند بود.



تبصره ۱ این ماده نیز چنین بیان می‌دارد:

در مورد اشخاص حقوقی ایرانی غیرتجاری که به منظور تقسیم سود تأسیس نشده‌اند، در صورتی که دارای فعالیت انتفاعی باشند، از مأخذ کل درآمد مشمول مالیات فعالیت انتفاعی آنها مالیات به نرخ مقرر در این ماده وصول می‌شود.



بنابراین هرچند «مؤسسه حراج هنر تهران» غیرتجاری بوده است اما مشهود است که دارای فعالیت انتفاعی بوده و ملزم به تأدیه مالیات است. شایان ذکر است دست‌آویز «حراج تهران» برای عدم پرداخت مالیات بند «ل» از ماده ۱۳۹ قانون مالیات‌های مستقیم

تومان در «حراج تهران» چکش می‌خورد. (تصویر مندرج در صفحه اصلی سایت «حراج تهران» مربوط به این اثر می‌باشد).^۷ اثر دیگری از همین پدیدآورنده، متعلق به سال ۱۲۹۲ هجری شمسی که سابقاً در سال ۱۳۹۴ (چهارمین دوره حراج تهران) ارائه شده و چکش خورده بود، در تیر ۱۳۹۷ بار دیگر عرضه شده و با قیمت ۷۰۰ میلیون تومان به فروش می‌رسد. و اینها نتیجه عدم نظارت و بی‌توجهی قانونی بر فرآیند حراجی‌ها به ویژه حراج آثار هنری است. بنظر می‌رسد نیاز است با تدوین قانون مرتبط جایگاه دولت در تنظیم‌گری حراجی‌ها مشخص شود.

حراجی‌ها از مالیات معاف هستند یا خیر؟

به موجب ماده ۱ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶، اشخاص حقوقی من جمله مؤسسه «حراج هنر تهران» مشمول پرداخت مالیات می‌باشند.^۸ در همین راستا، فصل پنجم از این قانون به مالیات بر درآمد اشخاص حقوقی اختصاص یافته است. ماده ۱۰۵ قانون مزبور الحاقی سال ۱۳۸۰ مقرر داشته:

جمع درآمد شرکت‌ها و درآمد ناشی از فعالیت‌های انتفاعی سایر اشخاص حقوقی که از منابع مختلف در ایران یا خارج از ایران تحصیل می‌شود، پس از وضع زیان‌های حاصل از منابع غیرمعاف و کسر



7. <https://tehranauction.com>

۸. امامی، محمد، ۱۴۰۱، حقوق مالیه عمومی، تهران نشر میزان، چاپ دهم، صفحات ۹۶ الی ۱۰۲

و حراج‌گذار مسئولیتی در این خصوص ندارد.



در مورد معوقات مالیاتی هم باید اشاره کرد؛ «حراج تهران» ادعا می‌کند در سال ۱۳۹۱ شکل گرفته است. با توجه به کاتالوگ‌های موجود، شاهدیم فعالیت‌های این مجموعه هم از سال ۱۳۹۱ رقم خورده است درحالی‌که آگهی تأسیس^۹ این مؤسسه برمی‌گردد به تاریخ ۱۳۹۴/۰۵/۱۳. هرچند جای بحث دارد که در مدت سال‌های ۱۳۹۱ تا ۱۳۹۴، بدون شکل‌گیری شخصیت حقوقی، این رویدادها چگونه برگزار می‌شدند؟

نتیجه‌گیری

در این نوشتار بخش‌های بی‌قانون رها شده حراجی‌ها و مشخصاً «حراج تهران» به تفصیل بیان شد. همچنین تلاش شد آثار نامیمونی که در اثر خلأ قانونی در حوزه‌های نامبرده پدید آمده است شرح داده شود و به دنبال آن در صورت امکان راهکارهایی هم ارائه شود. امید است با عنایت به مطالب ارائه‌شده و با تدوین و تصویب قانون جامع و مانع مرتبط با عناوین مطرح شده، فرآیند نظام بخشیدن به این رویدادها هرچه سریع‌تر اتفاق بیفتد.

منابع و مآخذ

- امامی، محمد، ۱۴۰۱، حقوق مالیه عمومی، تهران نشر میزان، چاپ دهم
- پاسبان، محمدرضا، ۱۳۹۸، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران نشر سمت، چاپ شانزدهم، ویراست دوم

(فصل مربوط به معافیت‌ها) می‌باشد. «حراج تهران» فعالیت خود را فرهنگی-هنری تلقی کرده درحالی‌که فعالیت‌های این حراج جنبه اقتصادی داشته و به اقتصاد هنر بازمی‌گردد. همچنین می‌بینیم که در سایت حراج نامبرده، هدف خود را این چنین درج کرده است: «تقویت بازار داخلی هنر که زمینه و بستر بازار اصلی جهانی است، از اهداف اصلی حراج تهران است.»^۹ این درحالی است که «مؤسسه حراج هنر تهران» سعی داشته با گنجاندن ماده ۱۴ به شرایط عمومی حراج تهران، از زیر بار مسئولیت پرداخت مالیات شانه خالی کند. این ماده چنین بیان می‌دارد:



از آنجا که حراج‌گذار همانطور که در ماده ۷ بدان تأکید شده، چه کلاً و چه جزئاً مالک آثار ارائه‌شده در حراج نمی‌باشد، هیچگونه مسئولیت و تعهدی در پرداخت مالیات، عوارض و هرگونه کسورات قانونی دیگری که مربوط به نقل و انتقال مالکیت آثار و خرید و فروش آنها بوده نمی‌باشد.^{۱۰} وظیفه پرداخت هرگونه عوارض قانونی، مالیات و سایر کسورات قانونی بر اساس قوانین و مقررات مربوطه ناشی از خرید یا فروش اثر، بر عهده خریدار یا فروشنده آن بوده

۹. شایسته‌تر آن است، اهداف مؤسسه مذکور در اساسنامه آن بررسی شود. به دلیل عدم دسترسی به اساسنامه به مندرجات سایت اعلامی استناد شده است

۱۰. این ماده در نگارش خود دارای غلط نگارشی است.

۱۱. شماره پیگیری آگهی مزبور در روزنامه رسمی جمهوری اسلامی: ۹۴۰۵۱۳۱۵۹۹۸۰۳۷۴



مطالعه‌ی تطبیقی بر حق حریم خصوصی و نظارت دولتی



علی غلامی

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران

ali.gholami82@ut.ac.ir

محمدجواد حاجبانی

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران

javadhajbani@ut.ac.ir



چکیده

حق بر حریم خصوصی از اساسی‌ترین موضوعات حقوق بشری و یکی از مؤلفه‌های بنیادین نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته است. این حق مستقیماً با کرامت انسانی مرتبط است و مبین آن است که احترام به حریم خصوصی تک‌تک افراد، عامل تثبیت بنیان‌های اخلاقی آن و تحکیم ستون‌های هر جامعه است. سؤال مهم آن است که در دوگانگی حفظ امنیت جامعه و پاسداری از حقوق افراد، نظام‌های حقوقی مختلف چه تدبیری اندیشیده‌اند و آیا توانسته‌اند با قانون‌گذاری و بهره‌گیری از نظام قضایی خود موازنه‌ای برقرار کنند یا خیر. در این متن با نگاهی تطبیقی به نظام حقوقی ایران و ایالات متحده‌ی آمریکا به‌عنوان دو شاهد مثال، به این مطلب پرداخته می‌شود.

کلیدواژه: حریم خصوصی، عدم تجسس، نظارت، قانون اساسی.

۱. مقدمه

حریم خصوصی، در گذر زمان یکی از بحث‌برانگیزترین مفاهیم تاریخ بوده است. روزگاری حاکمان، مردم و اموال آن‌ها را هم‌چون ملک خود می‌دانستند و هیچ حجابی را میان خود و شهروندان در نظر نمی‌گرفتند. اما با به‌روی کار آمدن دولت‌های مدرن و موفقیت نهضت قانون اساسی‌گرایی، این حق در قوانین اساسی مورد اشاره قرار گرفت. ایالات متحده‌ی آمریکا به‌عنوان پرچم‌دار این نهضت، در چهارمین متمم خود حریم خصوصی را مورد حمایت قرار داد. در ایران نیز با پیروزی انقلاب مشروطه، در متمم قانون اساسی، عدم تجسس مورد اشاره قرار گرفت. در این متن سعی شده است که ابتدا تعریفی جامع از این مفهوم ارائه شود و سپس جایگاه آن در مجامع بین‌المللی مورد بررسی قرار داده شود. در ادامه نیز به حق عدم تجسس در نظام حقوقی ایالات متحده‌ی آمریکا و ایران پرداخته می‌شود و با نگاه تطبیقی، مبانی این حق، جایگاه آن در قانون اساسی و عادی و سیر آن در تاریخ و هم‌چنین تأثیر وقایعی هم‌چون ۱۱ سپتامبر بیان خواهد شد.



۲. مفاهیم اولیه

مفهوم حریم خصوصی بارها از سوی اساتید، پژوهشگران و هم‌چنین از سوی مراجع ذیصلاح تعریف شده است و هرکدام بر اساس بینش حقوقی مدنظر خود این مفهوم را مورد بررسی قرار داده است. هرچند پرداختن به تکتک این تعاریف میسر نیست، اما ذکر چند مورد خالی از لطف نیست:

در اعلامیه‌ی کنفرانس حقوق‌دانان درباره‌ی حق بر حریم خصوصی در نروژ^۱، مطابق بندهای ۲ و ۳، حریم خصوصی بدین شکل تعریف می‌شود



حق حریم خصوصی حقی است
نسبت به تنها ماندن، زندگی کردن
با سلیقه‌ی خود و با حداقل
مداخله‌ی دیگران.



پست الکترونیک، بیماری‌ها، شماره‌ی حساب، محل کار و سکونت، عکس و فیلم و غیره در تعریفی دیگر آمده است: «حریم خصوصی عبارت است از هر آن‌چه که در قلمرو یک شخص قرار دارد و یا مختص به وی است و ورود و تعرض به آن ممنوع است، مگر با اجازه‌ی شخص یا در موارد استثنایی یا تجویز قانون»^۲. همان طور که مشاهده می‌شود، دستیابی به تعریفی جامع از این مفهوم بسیار دشوار است، لیکن تعریفی را می‌توان پذیرفت که تمام ابعاد زندگی را دربرگیرد و تنها به جنبه‌ی فیزیکی انسان معطوف نباشد. به نظر می‌رسد تعریفی که در آیین‌نامه‌ی قانون انتشار آمده است، تعریف رسا و جامعی است که دربرگیرنده‌ی بخش‌های مهم زندگی هر فرد است. امروزه حریم خصوصی بخش وسیعی از زندگی فرد، اعم از فضای مجازی و حقیقی را پوشش می‌دهد و تعاریف مضیقی که سابقاً موجود بود، کارایی لازم را ندارند.^۳

۳. حق بر حریم خصوصی در اسناد بین‌المللی

حق بر عدم تجسس در اسناد و اعلامیه‌های بین‌المللی منعکس شده و به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین بشر مورد حمایت مجامع بین‌المللی قرار گرفته است. در این باره می‌توان به چند سند بین‌المللی اشاره کرد:

الف) اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر

اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر در تاریخ ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ به تصویب رسید. در این اعلامیه‌ی ۳۰ ماده‌ای، حقوق بشر به مثابه حقوقی که همه‌ی افراد در همه جا و همه‌ی

در بند (پ) ماده‌ی ۱ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، این گونه از حریم خصوصی سخن به میان آمده است: «قلمرویی از زندگی فرد که انتظار دارد دیگران بدون رضایت یا اعلام قبلی وی یا مراجع قضایی آن را نقض نکنند...». در ادامه، مواردی تمثیلاً از مصادیق حریم خصوصی ذکر می‌شود؛ از جمله

1. Nordic Conference of Jurists on the Right to Respect for Privacy.

۲. احمدی، احمد، «نقض حریم خصوصی، چالشی پیش‌روی پیش‌گیری وضعی از وقع جرم»، فصلنامه مطالعات پیش‌گیری از جرم، ۱۳۸۷، ص ۷۷.

۳. شهباز قهفرخی، سجاد، «حریم خصوصی فیزیکی افراد در آیین فقه امامیه و حقوق ایران»، مجله علمی-پژوهشی پژوهش‌های فقهی دوره ۹، شماره ۱، (۱۳۹۴)، ص ۵۸-۵۷.

(ب) میثاق‌نامه‌ی حقوق مدنی و سیاسی
در تأیید این نظر می‌توان به بند ۱ ماده‌ی ۱۷ میثاق‌نامه‌ی حقوق مدنی و سیاسی استناد کرد:

هیچ کس نباید در زندگی خصوصی، خانواده، اقامتگاه و مکاتبات مورد مداخلات خودسرانه (بدون مجوز) یا خلاف قانون قرار بگیرد و ...

همان طور که مشاهده می‌شود، مداخله در جنبه‌های خصوصی افراد با دو شرط پذیرفته شده است؛ ابتدا آن که در قانون ذکر شده باشد و همچنین در این باره مجوز (حکم قضایی) اخذ شود.

(ج) کنوانسیون حقوق بشر اروپایی
در ماده‌ی ۱۷ این کنوانسیون که متشکل از دو بند است نیز از حق بر حریم خصوصی دفاع شده است:

- ۱- هرکسی از حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی، خانه و مراسلاتش برخوردار است.
- ۲- در اجرای این حق، نمی‌بایست هیچ مداخله‌ای توسط مقامی دولتی صورت گیرد؛ به‌استثنای آنچه که مطابق با قانون است و در یک جامعه‌ی مردم‌سالار، به دلایل امنیت ملی، امنیت عمومی یا رفاه اقتصادی کشور، به منظور جلوگیری از بی‌نظمی یا ارتکاب جرم، به منظور حفاظت از بهداشت و اخلاقیات، یا به منظور حفاظت از حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری است.

زمان‌ها از آن برخوردارند، قلمداد می‌شود. این اعلامیه بعدها به انضمام دو میثاق و دو پروتکل دیگر به منشور بین‌المللی حقوق بشر تبدیل شد. پس از پذیرفته شدن منشور توسط طیف گسترده‌ای از کشورها، احترام به حریم خصوصی به قاعده‌ای عرفی در جوامع بین‌المللی تبدیل شده است و به اذعان بسیاری از حقوق‌دانان آن را می‌توان بخشی از حقوق بین‌الملل دانست.

در ماده‌ی ۱۲ اعلامیه، بدین شکل از این حق سخن به میان آمده است:

هیچ احدی نمی‌بایست در امورات فردی، خانواده، محل زندگی یا مکاتبات شخصی، تحت مداخله‌ی خودسرانه قرار گیرد و ...

همان طور که از متن اعلامیه پیداست، مداخله در امور افراد منع شده است، اما سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا هر نوع مداخله‌ای را می‌توان منع کرد؟ به عبارتی دیگر، آیا این حق همانند حق بر عدم شکنجه قابلیت آن را دارد که به‌صورت مطلق پذیرفته شود یا باید آن را به‌صورت مقید پذیرفت؟ با توجه به متن، آنچه مورد منع قرار گرفته است، «مداخله‌ی خودسرانه» است؛ بنا بر این، مداخله می‌تواند به نحوی قانونی باشد و نباید هر مداخله‌ای را غیرانسانی دانست. چنین قانونی مطابق با اصول کلی حقوق بشر دانسته می‌شود.



۴. رویکرد نظام حقوقی ایران

حق حریم خصوصی در تاریخ قانون گذاری کشور ایران همواره مورد توجه بوده است و ترسیم حدود و رابطه‌ی آن با منفعت عمومی جامعه و حل تعارض این دو، دغدغه‌ای بوده که شایسته است به درستی به آن پاسخ داده شود. با توجه به ابتدای نظام حقوقی ایران بر فقه امامیه، مبانی این ممنوعیت را باید در قرآن، روایات و قواعد فقهی جست.

۴.۱. مبانی فقهی

حق بر حریم خصوصی هیچ گاه با چنین عنوانی در اسلام بیان نشده است اما در دستورهای بسیاری، از مصادیق آن سخن به میان آمده است و رعایت این موارد، لازمه‌ی حفظ کرامت مسلمانان و عامل استحکام جامعه‌ی اسلامی دانسته شده است.

زمان از این قاعده مستثنی نبوده‌اند و هم در متمم قانون اساسی مشروطه و هم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بخشی به بیان این موارد اختصاص یافته است.

الف) قانون اساسی مشروطه

با پیروزی انقلاب مشروطه و اراده‌ی نخبگان جامعه بر ایجاد حکومت مشروطه، در سال ۱۲۸۵ هـ. خ. قانون اساسی مشروطه به تصویب مجلس اول شورای ملی رسید اما حقوق ملت در آن مسکوت باقی مانده و تنها به طرز کار قوه‌ی مقننه پرداخته شده بود، از این رو ابتدا به آن «نظام‌نامه» گفته می‌شد. در نهایت برای رفع این نقایص، یک سال بعد متمم قانون اساسی مشروطه به تصویب رسید.^۴ در اصل ۲۲ متمم قانون اساسی مشروطه آمده است که «مراسلات پستی کلیه محفوظ و از ضبط و کشف مصون است مگر در مواردی که قانون/استثناء می‌کند». هم‌چنین اصل ۲۳ این قانون بیان می‌کند: «افشاء یا توقیف مخابرات تلگرافی بدون اجازه صاحب تلگراف ممنوع است مگر در مواردی که قانون معین می‌کند». بیان این موارد نشان‌دهنده‌ی آن است که نگرانی از دخالت دولت در حریم خصوصی مسبوق به سابقه بوده است و قانون‌گذار قانون اساسی سعی بر آن داشته است که حریم خصوصی افراد را از گزند حکومت مصون دارد و هم‌چون سابق، حکومت نتواند به میل و اراده‌ی خود و به هر بهانه‌ای به حریم خصوصی افراد تجاوز کند

ب) جمهوری اسلامی ایران

با توجه به آن که خبرگان قانون اساسی خود را ملزم به رعایت موازین شرعی می‌دانستند و

در قرآن کریم دستورهای و توصیه‌هایی درباره‌ی حرمت تجسس و احترام به حریم خصوصی وجود دارد. به طور مثال، در آیه‌ی ۱۲ سوره‌ی حجرات آمده است که: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا...»؛ «ای کسانی که ایمان آوردید، از بسیاری از گمان‌ها بپرهیزید زیرا بعضی از گمان‌ها گناه است و نیز تجسس نکنید...»^۵ در سیره‌ی معصومان نیز روایات بسیاری در محکومیت تجسس موجود است: امام صادق (علیه‌السلام) فرمودند:

از دین مردم تفتیش مکن که در این صورت بدون دوست می‌مانی.^۶

از آیات و روایات موجود، قواعد فقهی بسیاری وضع شده‌اند از جمله: منع تجسس، قاعده‌ی ستر، حرمت ورود بی‌اذن به منازل و... که برای تدقیق در این موارد می‌بایستی به طور مجزا به آن پرداخت.^۷

۴.۲. حق بر عدم تجسس در قوانین اساسی ایران

قوانین اساسی به‌عنوان بالاترین سند حقوقی هر کشور ضامن حقوق ملتند و معمولاً فصلی از آن به حمایت و تبیین آن‌ها می‌پردازد؛ قوانین اساسی ایران نیز در طول

۴. محمدی ری شهری، محمد، میزان الحکمه، جلد ۱، تهران، دارالحدیث، (۱۳۸۴)، ص ۳۹۱.

۵. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: دهموش عاملی، علی ترجمه غلامحسین قاری مهیاری و رضا گرمابدری، دائرة المعارف اطلاعات و امنیت در آثار و متون اسلامی، جلد ۱، تهران، انتشارات دانشگاه امام حسین (علیه‌السلام)، (۱۳۸۲)، ص ۲۲.

۶. ملک افصلی، محسن، جوان آراسته، حسین، حقوق اساسی ۲، تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ پنجم، (۱۴۰۰)، ص ۳۴.

شده است.^۹ به همین جهت، مجلس شورای اسلامی برای حفاظت از حق عدم تجسس، ماده‌ای را به‌عنوان ضمانت اجرای این اصل تصویب کرد:

ماده‌ی ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی (تعمیرات): «هریک از مستخدمین و مأمورین دولتی، مراسلات یا مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص را در غیر مواردی که قانون اجازه داده حسب مورد مفتوح یا توقیف یا معدوم یا بازرسی یا ضبط یا استراق سمع نماید یا بدون اجازه صاحبان آنها مطالب آنها را افشاء نماید به حبس از یک سال تا سه سال و یا جزای نقدی از شش تا هیجده میلیون ریال محکوم خواهد شد.» البته در تفسیر این ماده، برخی از دکترین حقوقی معتقدند که این ماده نه‌تنها مأموران دولتی بلکه افراد عادی را نیز دربرمی‌گیرد و افراد عادی را نیز مشمول این حکم می‌داند.^{۱۰} البته به‌نظر می‌رسد چنین تفسیری با اصول حقوق کیفری، به‌خصوص تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم، هم‌خوانی ندارد و منع تجسس در روابط شخصی نیاز به جرم‌انگاری جداگانه‌ای دارد.

ب) موارد استثنا

در تشخیص موارد استثنا، چه قانون اساسی (اصل ۲۵) و چه قانون عادی (ماده‌ی ۵۸۲ تعزیرات) تنها قانون را بیان معتبر دانسته‌اند تا از این گذرگاه هم اصل قانونی بودن حقوق کیفری رعایت شود و هم این‌که از تفتیش‌های خودسرانه جلوگیری شود و حقوق ملت پای‌مال نگردد. با این توضیح به بیان استثنائات مطروح می‌پردازیم:

از طرفی به دنبال تضمین حقوق ملت بودند، درباره‌ی ممنوعیت تجسس و نحوه‌ی تقیید آن به شور نشستند. یکی از مهم‌ترین مباحث این بود که تقیید نقض حریم خصوصی تنها به موجب قانون باشد و در این باره به عوامل اجرایی و قضایی، به‌خصوص دادستان، اجازه‌ی مطلق داده نشود که در نهایت اصل ۲۵ بدین شکل تدوین شد:

بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هر گونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون.^{۱۱}

۴.۳. حق بر عدم تجسس در قوانین عادی (الف) قوانین ارگانیک

قانون‌های ارگانیک^{۱۲} به‌مثابه تدبیری برای اجرای قانون اساسی و در واقع دنباله و موسع آن هستند. وضع قوانین یادشده جزء صلاحیت اجباری پارلمان شمرده می‌شود چراکه در متن قانون اساسی امر به وضع آن

۷. مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۱، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، تهران، چاپ اول، (۱۳۶۴)، ص ۶۳۸-۶۴۵.

8. Organic law

۹. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، میزان، چاپ چهاردهم، (۱۳۹۸)، ص ۳۴۲.

۱۰. درویش زاده محمد، پوربدخشان، تعرض به سند(مفاهیم، قواعد و نحوه رسیدگی در حقوق ایران)، تهران، جنگل، چاپ اول، (۱۳۸۸)، ص ۱۵۱.

۱- ماده‌ی ۱۵۰ آیین دادرسی کیفری:



کنترل ارتباطاتی مخابراتی افراد ممنوع است، مگر در مواردی که به امنیت داخلی و خارجی کشور مربوط باشد یا برای کشف موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده (۲۰۳) این قانون لازم تشخیص داده شود. در این صورت با موافقت رئیس کل دادگستری استان و با تعیین مدت و دفعات کنترل، اقدام می‌شود. کنترل مکالمات تلفنی اشخاص و مقامات موضوع ماده‌ی (۷۰۳) این قانون منوط به تأیید رئیس قوه قضاییه است و این اختیار قابل تفویض به سایرین نمی‌باشد.

تبصره ۱ - شرایط و کیفیات کنترل ارتباطات مخابراتی به موجب مصوبه شورای عالی امنیت تعیین می‌شود.

تبصره ۲- کنترل ارتباطات مخابراتی محکومان جز به تشخیص دادگاه نخستین که رأی زیر نظر آن اجراء می‌شود یا قاضی اجرای احکام ممنوع است.



۲- ماده‌ی ۱۵۲ آیین دادرسی کیفری:



تفتیش و بازرسی مراسلات پستی مربوط به متهم در مواردی به عمل می‌آید که ظن قوی به کشف جرم، دستیابی به ادله وقوع جرم یا شناسایی متهم وجود داشته باشد. در این صورت، بازپرس از مرجع مربوط می‌خواهد، این مراسلات را توقیف کند و نزد او بفرستد. در صورت عدم امکان توقیف، مرجع مربوط، این امر را به اطلاع بازپرس می‌رساند و از وی کسب تکلیف می‌کند. پس از وصول، بازپرس آنها را در حضور متهم یا وکیل او بررسی و مراتب را در صورت مجلس قید می‌کند و پس از امضای متهم، آن را پیوست پرونده می‌نماید یا در محل مناسب نگهداری می‌کند. استنکاف متهم از امضاء یا عدم حضور متهم یا وکیل او در صورت مجلس قید می‌شود. چنانچه اشیای مزبور حائز اهمیت نباشد و نگهداری آنها ضرورت نداشته باشد، با اخذ رسید به مرجع ارسال‌کننده یا به صاحبش مسترد می‌شود.

تبصره- موارد ضرورت بازرسی مکاتبات و مراسلات محکومان، به تشخیص دادگاه به وسیله مأموران مورد اعتماد زندان اعمال می‌گردد و پس از تأیید، حسب

مورد ارسال یا به محکوم تسلیم می‌شود. در صورت عدم تأیید، مکاتبات و مراسلات ضبط و مراتب به اطلاع دادگاه می‌رسد.



حق را به رسمیت بشناسند و برای صیانت از آن، حمایت‌های لازم برای حفظ حریم افراد جامعه را فراهم کنند. لیکن با وجود اهمیت بالای حق بر حریم خصوصی، دوره‌های متعددی میان حفظ حریم خصوصی یک یا تعدادی از افراد جامعه و حفظ منافع تمام جامعه در برابر دولت‌ها قرار می‌گیرد که چالش‌های اخلاقی و قانونی را در تصمیم‌گیری ایجاد می‌کند.

رویکرد ایالات متحدهی آمریکا، به عنوان کشوری که با توجه به چالش‌های امنیتی از یک سو و مبانی لیبرالیسم که حق بر آزادی‌های فردی و به دنبال آن حق بر حریم خصوصی را به عنوان یکی از مبانی بنیادین خود به رسمیت می‌شناسد از طرف دیگر، به کرات دچار دوراهی مذکور شده است و از این جهت، می‌تواند از مناسب‌ترین کشورهای باشد که در رابطه با این موضوع، مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۱.۵. تاریخچه

در ایالات متحدهی آمریکا، تاریخچهی آزادی از نظارت‌های نامشروع^{۱۳} که حریم خصوصی افراد جامعه را تحت الشعاع قرار می‌دهند، تاریخچه‌ای پیچیده و در حال تکامل است؛ چراکه علاوه بر چالش‌هایی که از دیرباز متوجه این موضوع بوده، چالش‌های جدیدی نیز با پیشرفت چشم‌گیر تکنولوژی و تغییر هنجارهای اجتماعی به وسیلهی وسایل نوین ارتباطی شکل گرفته است.^{۱۴}

قدیمی‌ترین این چالش‌ها به قرن ۱۸ میلادی برمی‌گردد؛ زمانی که مقامات بریتانیایی در دوران استعمار آمریکا، از قدرت خود سوء

آن‌چه از مواد ذکر شده به دست می‌آید آن است که قانون موارد تفتیش را به صورت بسیار محدود و با رعایت تشریفات دادرسی پذیرفته است و مانع از توسیع بی‌جای این محدودیت‌ها شده است.^{۱۱}

۵. رویکرد نظام حقوقی ایالات متحدهی آمریکا

حق بر حریم خصوصی از اساسی‌ترین موضوعات حقوق بشری و یکی از مؤلفه‌های بنیادین نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته است. این حق مستقیماً مرتبط با کرامت انسانی و مبین آن است که احترام به حریم خصوصی تک‌تک افراد، عامل تثبیت بنیان‌های اخلاقی آن و تحکیم ستون‌های هر جامعه است. در واقع می‌توان این طور نتیجه گرفت که احترام به حریم خصوصی یک فرد، احترام به حریم خصوصی تمام جامعه است و تحقق آزادی اجتماعی آن، در گرو حفظ حریم خصوصی افراد است.^{۱۲} با توجه به اهمیت بالای این حق از منظر حقوق بشر و مبانی ایدئولوژیک سیاسی کشورهای جهان که شکل‌دهندهی نظام حقوقی آن کشور هستند، دولت‌ها وظیفه دارند تا این

۱۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به؛ خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، شهردانش، چاپ نوزدهم، (۱۴۰۲)، ص ۱۴۵-۱۴۶.

۱۲. مجاهد، افشین، رویکردی تطبیقی بر حریم خصوصی، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی عدل و انصاف، سال چهارم، شماره سیزدهم، (تابستان ۱۴۰۰)، ص ۸.

13. Freedom from Illegitimate Surveillance

14. Gary L. Davis, "Electronic Surveillance and the Right of Privacy," Montana Law Review 27, no. 2, (Spring 1966), p 173.

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، فلسفه‌ی متمم چهارم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا نیز ریشه در این باور دارد که در یک جامعه‌ی دموکراتیک، حریم خصوصی افراد جزئی از حقوق اساسی آنان است و باید از دخالت‌های بی‌دلیل دولت مصون باشد. با تصویب این متمم، احترام به حریم خصوصی افراد و نیاز به حفظ تعادل بین حقوق فردی و اختیارات مجریان قانون در تعقیب جرائم و جمع‌آوری ادله‌ی اثبات دعوی به طور مشروع، جنبه‌ای فراتر از قوانین و رویه‌ی عادی گرفت و خود را به‌عنوان عنصری که حافظ یکی از حقوق بنیادین انسان است، نشان داد.^{۱۶}

پس از تصویب این متمم، جای خالی قوانین عادی دیگری که تعریفی جامع‌تر از حریم خصوصی و مصونیت از تعرض به آن ارائه دهند، حس می‌شد؛ چراکه با گذشت زمان و پیشرفت تکنولوژی، و وقایع تاریخی که دوگانگی حفظ امنیت ملی کشور را در یک طرف و حفظ حریم شخصی افراد در طرفی دیگر ایجاد می‌کرد، زمینه‌ی تفسیر این اصل که حریم خصوصی را تنها در برخی از موارد امروزی صادق می‌دانست، بسیار گسترده و بحث‌برانگیز می‌کرد. برای مثال، با فراگیر شدن خطوط تلفن، شنود مکالمات تلفنی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای جمع‌آوری اطلاعات شناخته می‌شد و پیش از پرونده‌ی کتزل علیه ایالات متحده^{۱۷}، شنود مکالمات تلفنی به‌عنوان ابزاری که مجریان قانون و نهادهای امنیتی بدون حکم مقام قضایی می‌توانستند به آن دست بزنند، شناخته می‌شد. مثال مذکور، اهمیت تفسیر این متمم را با شرایط حال حاضر و در نظر گرفتن پیشرفت تکنولوژی نشان می‌دهد

استفاده کردند و با تفسیر موسع از قواعد حاکم و صدور احکام قضایی کلی، بدون دلیل و مدرک خاصی اموال مردم را جست‌وجو و ضبط می‌کردند. برای رفع این چالش و جلوگیری از تکرار آن، پس از استقلال آمریکا از استعمار انگلستان، حق مصونیت اموال از تعرض غیرقانونی با تصویب متمم چهارم قانون اساسی در سال ۱۷۹۱ میلادی به رسمیت شناخته شد.
به‌موجب این متمم:



حق امنیت جان، مسکن، اوراق و اسناد و مصونیت دارایی‌های مردم در برابر تفتیش و توقیف غیرموجه تضمین می‌شود و هیچ‌گونه حکم بازداشت اشخاص یا توقیف اموال صادر نمی‌شود، مگر بر پایه‌ی یک دلیل محتمل به همراه سوگند (بر احتمال بالای آن دلیل)، یا اعلام رسمی (مبنی بر اجازه)، و یا مواردی که محل مورد تفتیش و اشخاص یا اموالی که باید توقیف شوند را دقیقاً مشخص کرده باشد.^{۱۵}



15. "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

16. Cornell Law School. n.d. "Historical Background on Fourth Amendment." LII / Legal Information Institute. Accessed September 25, (2023). <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-4/historical-background-on-fourth-amendment#fn4>.

17. Katz v. United States



۲.۵. پرونده‌های مرتبط الف) کتزر علیه ایالات متحده امریکا (۱۹۶۷)

در این پرونده، چارلز کتزر به‌عنوان خواهان، بر اساس شواهدی که از طریق شنود یک باجه‌ی تلفن عمومی که بدون مجوز قضایی به‌دست آمده بود، به فعالیت‌های غیرقانونی مرتبط با قمار محکوم شده بود. کتزر استدلال کرد که این استراق سمع بدون مجوز، حقوقی را که به‌موجب متمم چهارم قانون اساسی از او در برابر جست‌وجوها و توقیفات غیرمنطقی محافظت می‌کند، نقض کرده است. پس از بررسی پرونده توسط دیوان عالی ایالات متحده، این دیوان با هفت رأی موافق و یک رأی مخالف، به نفع کتزر رأی داد و رویه‌ی قانونی جدیدی را برای حفاظت از حریم خصوصی ایجاد کرد. دیوان عالی اعلام کرد که افراد

و این سؤال را ایجاد می‌کند که این متمم به چه طریقی می‌تواند در کنار قوانینی مانند قوانین حریم خصوصی^{۱۸}، حریم خصوصی در وسایل ارتباطی^{۱۹}، میهن‌دوستی^{۲۰}، اشتراک‌گذاری اطلاعات امنیت سایبری^{۲۱} و آزادی^{۲۲} به تعریف جامع و امروزی‌تر از حریم خصوصی و مصادیق تعرض به آن بپردازد. برای رسیدن به پاسخ این، لازم است تا پرونده‌های شاخص و وقایع تاریخی مؤثر در تغییر سیاست‌های نظارتی ایالات متحده‌ی امریکا را مورد بررسی قرار داد

18. Privacy Act (1974)

19. Electronic Communications Privacy Act (ECPA) (1986)

20. USA PATRIOT Act (2001)

21. Cybersecurity Information Sharing Act (CISA) (2015)

22. USA FREEDOM Act (2015)



انتظار معقولی
از حفظ حریم
خصوصی در باجه‌های
تلفن عمومی دارند و بنا بر این،
استراق سمع بدون مجوز قضایی،
حقوق قانونی کتر را نقض می‌کند. به موجب
این رأی، دامنه‌ی متمم چهارم گسترده‌تر شد تا
محافظت در برابر نظارت الکترونیکی در مناطقی که افراد
انتظار معقولی از حریم خصوصی دارند را شامل شود.^{۲۳}

ب) ایالات متحده‌ی امریکا علیه جونز (۲۰۱۲)

پرونده‌ی مذکور، پرونده‌ای برجسته در ایالات متحده‌ی امریکا بود که در زمینه‌ی
حقوق حریم خصوصی در رابطه با استفاده از دستگاه‌های ردیابی GPS توسط سازمان‌های
مجری قانون پرداخت. این پرونده درباره‌ی *آنتوان جونز* که مظنون به قاچاق مواد مخدر
شناخته می‌شد، جریان داشت. پلیس در فرآیند تحقیقات درباره‌ی فعالیت‌های وی، بدون اخذ

23. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967), p 1-8.

جوز که برآمده از متمم چهارم است، نصب فیزیکی دستگاه GPS بوده و دیوان، نصب این دستگاه به خودرو وی را تجاوز به دارایی او تفسیر کرده است؛ و از جایی که قابلیت ردیابی افراد از طریق جی‌پی‌اس یا سیگنال‌های مخابراتی، امری نیست که لزوماً نیازمند دست‌کاری فیزیکی تلفن همراه آنان باشد، نمی‌توان این رأی را مستقیماً به‌عنوان مبین عدم امکان استفاده‌ی بدون مجوز قضایی از GPS تلفن همراه افراد دانست.

ج) کارینتر علیه ایالات متحده‌ی امریکا (۲۰۱۸)

داستان این پرونده از تعدادی سرقت مسلحانه در شهر دیترویت که بین سال‌های ۲۰۱۰ تا ۲۰۱۱ رخ داد، شروع می‌شود. پلیس بعد از تحقیقات اولیه‌ی خود در رابطه با این سرقت‌ها، چندین مظنون را دستگیر کرد که طی بازجویی‌های انجام‌شده، یکی از آن‌ها به جنایات خود اعتراف کرد و شماره‌ی تلفن همراه سایر همکاران خود از جمله تیموتی کارینتر را در اختیار FBI قرار داد. FBI به‌دنبال حکم دادگاه مبنی بر دستگیری سارقان، تحت قانون ارتباطات ذخیره‌شده (SCA) که به مجریان قانون اجازه می‌داد تا برای جمع‌آوری انواع خاصی از اطلاعات نظیر ریزمکالمات افراد، بدون حکم قضایی اقدام کنند، برای به‌دست آوردن سوابق موقعیت مکانی تلفن همراه کارینتر که اطلاعات مکانی او را به مدت ۱۲۷ روز فاش می‌کرد، اقدام کرده بود. در نهایت، FBI سوابق موقعیت مکانی تلفن همراه وی را بدون اخذ مجوز قضایی که به‌طور مجزا به آن‌ها اجازه‌ی نظارت می‌داد، به‌دست آورد. پس از به‌دست آمدن اطلاعات مذکور،

حکم قضایی، یک دستگاه ردیاب GPS را روی خودرو جوز نصب کرد و چند هفته حرکات او را زیرنظر گرفت.

سؤال کلیدی پیش روی دیوان عالی این بود که آیا نصب و استفاده‌ی بدون مجوز از دستگاه GPS بر اساس متمم چهارم قانون اساسی ایالات متحده، یک جست‌وجوی غیرمنطقی تلقی می‌شود یا خیر؟ با بررسی پرونده‌ی جوز، دادگاه به اتفاق آرا، رأی به نقض متمم چهارم قانون اساسی توسط پلیس داد و ردیابی ماشین جوز را که فاقد حکم قضایی بود به‌منزله‌ی نقض حقوقی تلقی کرد که وی به‌موجب متمم چهارم قانون اساسی از آن متمتع می‌شد. به عقیده‌ی اکثریت، قاضی آنتونین اسکالیا^{۲۴} استدلال کرد که نصب فیزیکی دستگاه GPS بر خودرو جوز و نظارت مستمر بر حرکات وی برای مدت طولانی، به‌منزله‌ی تجاوز به دارایی وی است. همچنین به عقیده‌ی قضات دیوان عالی، تجاوز به اموال خصوصی برای به‌دست آوردن اطلاعات، صرف نظر از این که اطلاعات جمع‌آوری‌شده عمومی تلقی شود یا خیر، نقض متمم چهارم است. تصمیم دیوان عالی ایالات متحده در پرونده‌ی جوز، پیامدهای مهمی برای حقوق حریم خصوصی در عصر دیجیتال داشت. مشخص شد که استفاده از دستگاه‌های ردیابی GPS توسط مجریان قانون بدون حکم قضایی، نقض قانون اساسی است.^{۲۵}

با بررسی پرونده‌ی فوق، این سؤال ایجاد می‌شود که آیا استفاده‌ی مجریان قانون و نهادهای امنیتی در ایالات متحده از GPS تلفن همراه افراد نیز نقض حریم خصوصی آن‌ها محسوب و مشمول متمم چهارم می‌گردد. با توجه به رأی مذکور، دلیل نقض حقوق اساسی

24. Antonin Scalia

25. United States v. Jones, 10 (2012), p 1-14.



کارپنتر
براساس
شواهدی که
از این طریق
به دست آمده
بود، به انجام
چندین سرقت
محکوم شد. بعد از
دستگیری، کارپنتر در
شکایتی که از نحوه
جمع آوری اطلاعات شخصی
خود داشت به دادگاه رفت.
او استدلال کرد که دسترسی
بدون مجوز FBI به سوابق تلفن
همراه او که شامل ریزمکالمات و
موقعیت های مکانی وی بود، حقوقی
که او به موجب متمم چهارم از آن
متمتع می شد را نقض می کند. او ادعا
کرد که دسترسی FBI به داده های موقعیت
مکانی تلفن همراه وی، به منزله ی جست و جویی
بوده است که در متمم چهارم قانون اساسی به
آن اشاره شده و بنا بر این، پیش از انجام این
جست و جو، نیاز به صدور حکم قضایی که دلیل

۳.۵. وقایع معاصر

هم‌زمان با تغییرات متعددی که پیشرفت تکنولوژی در قوانین و رویه‌ی قضایی مرتبط با حریم خصوصی و نظارت قانونی بر آن پدید آورد، وقایع معاصر نیز به نوبه‌ی خود توانست دایره‌ی نظارت دولت ایالات متحده بر شهروندان این کشور را گسترده‌تر و اعمالی که قبل از وقوع این اتفاقات، غیرقانونی دانسته می‌شد را به شکل توجیه‌پذیری به اعمالی قانونی تبدیل کند. از مهم‌ترین این اتفاقات، می‌توان به حمله‌ی تروریستی یازده سپتامبر سال ۲۰۰۱ میلادی اشاره کرد که پس از وقوع آن تأکید فزاینده‌ای بر امنیت ملی و گسترده‌تر شدن دایره‌ی صلاحیت نظارتی نهادهای امنیتی و مجریان قانونی بر فعالیت افراد شد.

حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ به ایالات متحده‌ی آمریکا، نقطه‌ی عطفی در رویکرد دولت‌های سراسر جهان به امنیت ملی بود. در واکنش به تبعات ویران‌گر این حمله، دولت ایالات متحده اقدامات مختلفی را برای افزایش قابلیت‌های نظارتی در تلاش برای جلوگیری از حملات تروریستی در آینده به اجرا گذاشت. برای درک تأثیر حملات ۱۱ سپتامبر بر نظارت‌هایی که حریم شخصی افراد را به بهانه‌ی حفظ امنیت ملی تحت الشعاع قرار می‌داد، ضروری است که نخست به رویه‌ی نظارتی دولت ایالات متحده پیش از این حمله اشاره کرد. در طول قرن بیستم، دولت ایالات متحده از تکنیک‌های مختلف اطلاعاتی و نظارتی برای مبارزه با تهدیدات امنیت ملی خود استفاده کرده بود و اشراف مناسبی بر مظنونان به همکاری با گروه‌های تروریستی

محکمی برای متهم دانستن او و نیاز نظارت بر وی را توجیه کند، داشته است.^{۲۶} با بررسی شکایت کارپنتر، دیوان عالی ایالات متحده‌ی آمریکا در تصمیمی با ۵ رأی موافق و ۴ رأی مخالف، به نفع کارپنتر رأی داد و اعلام کرد که مطابق با استدلال مطروح، دستیابی FBI به سوابق موقعیت مکانی تلفن همراه کارپنتر، مصداق «جست‌وجو»یی است که موضوع متمم چهارم است و از این بابت، نیازمند حکم قضایی قبلی بوده است. هم‌چنین جان رابرتز^{۲۷}، قاضی ارشد دیوان عالی ایالات متحده‌ی آمریکا اظهار داشت که افراد انتظار معقولی از حریم خصوصی دانسته شدن جزئیات تحرکات فیزیکی خود که از طریق داده‌های مکانی تلفن همراه ردیابی می‌شود، دارند؛ و از جایی که افراد اکنون تلفن‌های همراهشان را همه جا با خود حمل می‌کنند، دسترسی به موقعیت مکانی تلفن همراه آنان، مصداق زیرنظرگرفتن تمامی تحرکاتی است که افراد انجام می‌دهند و زیرنظرگرفتن تمام تحرکات افراد، اطلاعاتی فراتر از اطلاعات موردنظر مراجع قانونی را شامل است و بخش زیادی از حریم خصوصی افراد را نیز افشا می‌کند. بنابراین، دادگاه اعلام کرد که به‌دست آوردن این داده‌های مکانی بدون حکم قضایی، حقوقی که کارپنتر به‌موجب متمم چهارم از آن متمتع می‌شد را نقض کرده است و این پرونده را از احکام صادرشده‌ی قبلی که به‌موجب قانون ارتباطات ذخیره‌شده (SCA)^{۲۸} به مجریان قانون اجازه می‌داد تا انواع خاصی از اطلاعات را بدون حکم قضایی قبلی به دست آورند، متمایز کرد.^{۲۹}

26. Carpenter v. United States, Slip Opinion: U.S. Supreme Court, (2018), p 1-21.

27. John Roberts

28. Stored Communications Act (1986)

29. Marshall, Emma W., "Police surveillance of cell phone location data: Supreme Court versus public opinion", Faculty publications of the center on children, families, and the law, university of Nebraska-Lincoln, (2019), p-16.



داشت. با این حال،
ابعاد مخرب حملات ۱۱
سپتامبر، شکاف‌های قابل
توجهی را در زیرساخت‌های
نظارتی ایالات متحده‌ی امریکا آشکار کرد.
پس از این حملات، کنگره‌ی ایالات متحده برای
جلوگیری از رخ دادن حادثه‌ای مشابه، قانون «اتحاد و تقویت
امریکا با ارائه‌ی ابزارهای مناسب مورد نیاز برای رهگیری و
جلوگیری از تروریسم» یا به اختصار «قانون میهن‌دوستی»^{۳۰} را تصویب کرد. این قانون که در ۲۶
اکتبر ۲۰۰۱ توسط جورج دبلیو بوش به تصویب رسید، به‌طور قابل توجهی اختیارات نظارتی
سازمان‌های امنیتی و اطلاعاتی را گسترش داد و به آن‌ها اختیارات گسترده‌تری برای جمع‌آوری
اطلاعات، نظارت بر ارتباطات تلفنی نظیر شنود مکالمات، و انجام تحقیقات، اغلب بدون نیاز به
احکام قضایی اعطا کرد.

با تصویب این قانون، برخی از مواد آن نگرانی‌های متعددی را در مورد تهدید قرار دادن آزادی‌های
مدنی و حریم خصوصی برانگیخت. به‌عنوان مثال، ماده ۲۱۵ این قانون، به دولت اجازه می‌دهد
تا مدارکی که مربوط به تحقیقات در حال انجام باشد را، از جمله سوابق فعالیت‌های تجاری

30. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001.

و حتی سوابق کتاب‌های امانت‌گرفته‌شده‌ی افراد را بدون نیاز به رعایت شرط وجود علت احتمالی مذکور در متمم چهارم قانون اساسی، به‌دست آورد. ماده‌ی بحث‌برانگیز دیگر نیز ماده‌ی ۷۰۲ بود که نظارت بدون مجوز بر افراد غیرامریکایی مستقر در خارج از ایالات متحده را قانونی می‌کرد. هم‌چنین این ماده به دولت اجازه می‌داد تا بتواند دست به جمع‌آوری اطلاعات ارتباطی افراد به‌صورت کلان و تصادفی بزند؛ با این اجازه، اطلاعات بسیاری از شهروندان ایالات متحده، علی‌رغم نبود دلیل احتمالی که در متمم چهارم قانون اساسی برای نظارت روی افراد الزامی بود، مورد بررسی قرار می‌گرفت و نگرانی‌هایی را در مورد نقض احتمالی حقوق حریم خصوصی آن‌ها ایجاد می‌کرد.^{۳۱}

پس از تأثیر فراوانی که قانون میهن‌دوستی در گسترش صلاحیت نهادهای مجری قانون و امنیتی داشت، با افشاگری/دو‌ارد/سنودن، کارمند سابق آژانس امنیت ملی آمریکا، برنامه‌ی PRISM برای عموم فاش شد و خطر تحت‌الشعاع قرار گرفتن حریم خصوصی افراد به بهانه‌ی حفظ امنیت ملی را دوباره به‌میان آورد. آژانس امنیت ملی ایالات متحده‌ی آمریکا در قالب برنامه‌ی PRISM، حجم وسیعی از داده‌های اینترنتی از جمله ایمیل‌ها، چت‌ها، عکس‌ها، ویدیوها و سایر محتوای آنلاین را از شرکت‌های فعال در حوزه‌ی فناوری، جمع‌آوری کرد. برنامه‌ی PRISM به این آژانس اجازه می‌داد تا با همکاری شرکت‌هایی نظیر گوگل، فیس‌بوک و مایکروسافت به این اطلاعات که کاملاً تحت عنوان حریم خصوصی شناخته می‌شدند، دسترسی داشته باشد.

منتقدان این برنامه استدلالی مشابه قانون میهن‌دوستی مصوب ۲۰۰۱ ارائه کردند که PRISM

متمم چهارم قانون اساسی را نقض کرده است و علاوه بر این، نگرانی‌هایی در مورد عدم شفافیت و نظارت بر نحوه‌ی انجام عملیات برنامه ایجاد می‌کند. اما دولت ایالات متحده از PRISM دفاع نمود و ادعا کرد که این کار تحت دستورالعمل‌های قانونی دقیق و تحت نظارت دادگاه و کنگره انجام شده است و این برنامه در راستای حفاظت از امنیت ملی، که امکان شناسایی و پیش‌گیری از تهدیدات تروریستی بالقوه را فراهم می‌کند، حیاتی است. اما با بالا گرفتن حواشی این برنامه، در پاسخ به انتقادات مطرح‌شده و چالش‌های قانونی متعددی که متوجه این برنامه بودند، طرح و اصلاحاتی برای افزایش شفافیت و نظارت بر آن انجام شد. این اصلاحات شامل قانون آزادی ایالات متحده^{۳۲} در سال ۲۰۱۵ بود که هدف آن محدود کردن جمع‌آوری انبوه داده‌ها و افزایش حفاظت از حریم خصوصی افراد در برابر نظارت‌های امنیتی دولت بود. به‌طور کلی، برنامه‌ی PRISM بحث حقوقی قابل توجهی را در مورد دوگانگی بین امنیت ملی و حقوق حریم خصوصی فردی به‌راه انداخت و توجه به این حوزه در عصر کنونی را برجسته کرد.

ریشه‌های آزادی از نظارت در ایالات متحده در حمایت‌های ضمنی قانون اساسی، به‌ویژه متمم چهارم آن، نهفته است. درحالی‌که نگرانی‌های پیرامون حفظ امنیت ملی منجر به افزایش صلاحیت نظارتی نهادهای امنیتی شده است، دادگاه‌های ایالات متحده و کنگره نقش مهمی در حفاظت از حقوق مرتبط با حریم خصوصی دارند. همان‌طور که تکنولوژی به تکامل خود ادامه می‌دهد، حفظ این تعادل ظریف بین حریم خصوصی و امنیت ملی که حقوق اساسی افراد را نقض نکند، چالشی بزرگ در نظام حقوقی ایالات متحده است که نیازمند توجه و به‌روزرسانی مداوم است.

۳۱. G. Alex Sinha, "NSA Surveillance since 9/11 and the Human Right to Privacy," Loyola Law Review 59, no. 4 (Winter 2013), 862-870.

۳۲. Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring (USA FREEDOM) Act of 2015.



۶. نتیجه‌گیری

افراد همواره از حق حریم خصوصی برخوردار بودند و آن را برای دیگران نیز محترم می‌شمردند. هم‌چنین در این میان، دولت‌ها برای حفظ تمامیت خود و جامعه نیاز دانستند تا در موارد استثنا، به حریم خصوصی افراد وارد شوند و با بررسی فعالیت شخصی آن‌ها، تهدیدات احتمالی را خنثی کنند. مسأله اینجاست که تبیین موارد استثنایی که دولت حق دارد تا تحت آن شرایط وارد حریم خصوصی افراد شود، مشکل است و دقت لازم در تعیین مصادیق ضروری ندارد که این عدم دقت، فرصتی را برای تفاسیر موسع پدید می‌آورد و حق اساسی مردم بر حریم خصوصی را ضایع می‌کند. برای حل این مشکل، نیاز است تا تعادلی میان اختیار نظارتی دولت و احترام به حق افراد بر حریم خصوصی برقرار شود.

برای ایجاد این تعادل، ضروری است که نخست شیوه‌های نظارتی دیگری که حریم خصوصی افراد را تحت‌الشعاع قرار نمی‌دهد، شناسایی و تقویت گردد تا نهادهای مجری قانون کمتر به زیرنظر گرفتن حریم خصوصی افراد برای اجرای قانون و حفظ امنیت جامعه نیاز پیدا کنند. در وهله‌ی دوم، می‌بایست در رابطه با مواقعی که استفاده از اطلاعات شخصی مظنونان ضروری است و تنها با دستیابی به این اطلاعات می‌توان امنیت جامعه را تضمین کرد،

چهارچوبی طراحی شود که تضمین کند شفافیت‌های لازم در نحوه‌ی استفاده از این اطلاعات صرفاً برای موارد ضروری باشد و قانون تنها بیان معتبر در این باره دانسته شود. با طراحی این چارچوب و تحدید اختیارات فراقانونی دولت که تنها در زمان سکوت قانون از آن بهره می‌برد، دولت‌ها می‌توانند تعهد خود را به حفاظت از امنیت ملی در یک طرف و صیانت از حقوق فردی اشخاص در طرفی دیگر، نشان دهند و نظارت‌های لازم را به گونه‌ای که تعادل میان این دو موضوع حفظ شود، دنبال کنند.

۷. منابع و مآخذ

- احمدی، احمد، «نقض حریم خصوصی، چالشی پیش‌روی پیش‌گیری وضعی از وقوع جرم». فصلنامه مطالعات پیش‌گیری از جرم، (۱۳۸۷).
- شهباز قهرخی، سجاد، «حریم خصوصی فیزیکی افراد در آیین فقه امامیه و حقوق ایران». مجله علمی-پژوهشی پژوهش‌های فقهی دوره ۹، شماره ۱، (۱۳۹۴).
- خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، شهر دانش، چاپ نوزدهم، (۱۴۰۲).
- درویش‌زاده محمد، پوربدخشان، تعرض به سند (مفاهیم، قواعد و نحوه رسیدگی در حقوق ایران)، تهران، جنگل، چاپ اول، (۱۳۸۸).
- دهموش عاملی، علی، ترجمه غلامحسین قاری مهیاری و رضا گرمابدری، دائرةالمعارف اطلاعات و امنیت در آثار و متون اسلامی، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه امام حسین (علیه‌السلام)، (۱۳۸۲).
- قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، میزان، چاپ چهاردهم، (۱۳۹۸).
- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۱، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، (۱۳۶۴).
- مجاهد، افشین، رویکردی تطبیقی بر حریم خصوصی، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی عدل و انصاف، سال چهارم، شماره سیزدهم، (تابستان ۱۴۰۰).
- محمدی ری‌شهری، محمد، میزان الحکمه، جلد ۱، قم، دارالحديث، (۱۳۸۴).
- ملک افضلی، محسن، جوان آراسته، حسین، حقوق اساسی ۲، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ پنجم، (۱۴۰۰).
- Gary L. Davis, "Electronic Surveillance and the Right of Privacy," Montana Law Review 27, no. 2, (Spring 1966).
- Cornell Law School. n.d. "Historical Background on Fourth Amendment." LII / Legal Information Institute. Accessed September 25, (2023). <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-4/historical-background-on-fourth-amendment#fn4>.
- Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).
- United States v. Jones, 10 (2012).
- Carpenter v. United States, Slip Opinion: U.S. Supreme Court, (2018).
- Marshall, Emma W., »Police surveillance of cell phone location data: Supreme Court versus public opinion«, Faculty publications of the center on children, families, and the law, university of Nebraska-Lincoln, (2019).
- G. Alex Sinha, "NSA Surveillance since 9/11 and the Human Right to Privacy," Loyola Law Review 59, no. 4 (Winter 2013).



رهیافت‌های قواعد حاکم بر دیات از منظر نهاد عدالت ترمیمی

ابراهیم اسمعیلی اتوی

کارشناس ارشد حقوق کیفری، مدرس دانشگاه و پژوهشگر

ebrahimjurist.1992@gmail.com



چکیده

آموزه عدالت ترمیمی، با هدف حمایت از بزه‌دیدگان و تنزل نقش و مأوای آنها در نظام دادرسی کیفری، بازپذیری بزه‌کاران، غرامت صدمات وارده به بزه‌دیدگان، ترمیم و بازسازی گسست ایجاد شده در جامعه با مشارکت سهام‌داران جرم، هم در سیاست جنایی کشورها و هم در سطح بین‌المللی، جایگاه ویژه‌ای پیدا کرده است.

در نظام حقوقی ایران، نهاد دیه به عنوان یکی از نهادهای مهم، در زمینه‌ی حمایت از حقوق بزه‌دیدگان جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، دارای اهمیت ویژه‌ای است. مقایسه‌ی نهاد دیه و مقررات مربوط به آن با بنیاد عدالت ترمیمی، به عنوان اندیشه‌ی نوین بشری، می‌تواند قابلیت‌های نهاد دیه را در حمایت از تمامیت جسمانی بزه‌دیدگان و حل مسئله جرم مابین سهام‌داران آن به طریق و روش‌های ارائه‌شده توسط سیستم عدالت ترمیمی را می‌توان به اثبات برساند. در خصوص تعلیق مقررات دیه با بنیادهای عدالت ترمیمی، باید اذعان نمود که جرایم مشمول مقررات دیه نیز حسب آموزه‌های عدالت ترمیمی، مربوط است به طرفین و اقدام علیه دولت محسوب نمی‌شود. با وجود هماهنگی نهاد دیه با بنیادهای عدالت ترمیمی، در حقوق ایران چالش‌هایی وجود دارد از جمله این موانع و محدودیت‌ها، این است که میزان سرمایه اجتماعی یعنی اعتماد اجتماعی و مشارکت مدنی پایین است. علاوه بر آن، سازمان‌دهی مشارکت عمومی در پیاده کردن این اصول با دشواری‌هایی روبه‌روست که عدم توجه به آن موجب می‌شود که حقوق و آزادی‌های افراد مورد تجاوز واقع شود و حریم خصوصی اشخاص نقض گردد و از طرف دیگر برای نهادینه کردن، نهادهایی مثل میانجی‌گری و داوری تعیین ساختار و حدود و ثغور دخالت اشخاص باید آشکار شود تا اختیار نهادهای غیردولتی و مردمی در حل و فصل اختلافات مردم مشخص شود

واژگان کلیدی: دیه، عدالت ترمیمی، سیاست جنایی، تمامیت جسمانی اشخاص، میانجی‌گری



مقدمه

ماده ۱۵ قانون سابق تدوین شده، در تعریف دیه تصریح نموده است: «دیه اعم از مقدار و غیرمقدر، مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیرعمدی بر نفس، اعضا و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد به موجب قانون مقرر می‌شود.» در ماده ۴۴۸ هم تأکید شده که «دیه مقدر، مال معینی است که در شرع مقدس به سبب جنایت غیرعمدی بر نفس، عضو یا منفعت، یا جنایت عمدی در مواردی که قصاص ندارد، مقرر شده است.» که در ماده ۱۷ به صورت عام و در ماده ۴۴۸ به صورت خاص به دیه پرداخته است.

نهاد دیه قدمتی به قامت تاریخ دارد. مطالعات تاریخی بیانگر این موضوع است که هرکجای جهان تمدنی شکل گرفته، نهاد دیه در نظام حقوق آن جایگاه ویژه‌ای داشته است

در عصر توحش و آذوقه برگرفتن از زمین، نظام دیه وجود نداشت. تأمین معاش مردم در آن دوران به اتکای طبیعت و آنچه که طبیعت به آن می‌بخشید، بود. انسان هیچ نوع مالکیتی را نمی‌شناخت. در واقع، ذهن بشر هنوز نمی‌توانست رابطه‌ای بین مال و فرد را انتزاع کند. البته آنچه که امروز «مال» گفته می‌شود هم وجود چندانی نداشت. نتیجه این وضعیت، بروز درگیری بود. برخی قبایل آفریقایی و چند قبیله که در آمازون زندگی می‌کنند، دارای چنین وضعیتی هستند. چرا که بر روی زمین می‌خوابند و با شکار حیوانات جنگل امرار معاش میکنند. اگر جنایت (قتلی) رخ دهد، چیزی ندارند که در عوض جنایت به خانواده مقتول دهند. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مقنن این بار هم به تبعیت از دو بخش بودن تعریف در این باب، در دو ماده ۱۷ و ۴۴۸ به تعریف دیه پرداخته است. در

پس از انقلاب اسلامی و تصریح قانون اساسی به تطابق قوانین با شرع مقدس اسلام نهاد دیه که از دیرباز در فقه جایگاهی داشت به قوانین عرفی وارد شده و باب مهمی را در قانون مجازات اسلامی به خود اختصاص داده است. در نظام حقوقی ایران نهاد دیه به عنوان یکی از نهادهای مهم در زمینه حمایت از حقوق بزه‌دیدگان تمامیت جسمانی و روانی آحاد مردم اهمیت ویژه‌ای دارد اما آنچه مورد مذاقه است بررسی نهاد کهن دیه با اندیشه جدیدی همچون آموزه عدالت ترمیمی که نتیجه یکی از تحولات به‌وجودآمده در نگرش به عدالت کیفری است، مقایسه می‌شود. آیا وجه اشتراک و افتراقی میان دیه با آموزه عدالت ترمیمی محقق است؟ آیا ظرفیت‌های لازم برای تطبیق آنها وجود دارد؟ آموزه عدالت ترمیمی همانند همه تجربیات نوپای بشری، مسیر کمال خود را طی می‌کند و در عین حال دارای نقاط ضعف و چالش در فراروی تکامل است و همچنین این مورد در تطبیق با نهاد دیه دارای ظرفیت‌های لازم می‌باشد، مع الوصف در این مسیر موانع و چالش‌هایی نیز وجود دارد. آیا می‌توان وجوه مشترکی میان قواعد حاکم بر نهاد دیه با اصول حاکم بر عدالت ترمیمی یافت؟ بالتبع نمی‌توان اصول بنیادین حاکم بر قواعد نهاد دیه را که از فقه سرچشمه می‌گیرد با قواعد حاکم بر نهاد عدالت ترمیمی دارای وجوه مشترک دانست، هرچند مشابهات اندکی بین آن دو وجود داشته باشد

در این نوشتار سعی شده است نهاد کهن و دیرین دیه با آموزه و تجربه جدید بشری مقایسه و به صورت مبسوط، ماهیت حقوقی دیه از چشم‌انداز جدید بررسی شود سپس با تبیین آموزه عدالت ترمیمی و مقایسه نهاد دیه با آنها در فروض مطروحه از ابعادی متفاوت بررسی شود که رویکردی جدید به نهاد دیه داشته باشیم و آن را از ابعاد متفاوت مورد بررسی قرار دهیم

۱- پیشینه، مفهوم، عناصر و مدل عدالت ترمیمی

۱-۱- پیشینه عدالت ترمیمی

پاراادایم عدالت ترمیمی که نخستین بار در آمریکا و کانادا مطرح شد، دیدگاهی جامع به بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه دارد. اکنون استفاده از برنامه‌ها و روش‌های آن در بسیاری کشورهای جهان و در برخی نهادهای منطقه‌ای، از جمله در اروپا و سازمان ملل مدنظر قرار گرفته و در واقع عدالت ترمیمی الگوی جدید تفکر در امور کیفری است (موریس، ۱۳۸۲: ۹۲). باید گفت؛ برخلاف عدالت سزاده که مبتنی بر جنبه تنبیهی کیفر است، عدالت ترمیمی بر جبران خسارات ناشی از ارتکاب جرم تمرکز می‌کند. همچنین، نیکی و نیکوکاری و تعاون و مشارکت اجتماعی از اصول و ارزش‌های آن است (شیری، ۱۳۹۶: ۲۷).

جان بریت ویت نیز در مقاله عدالت ترمیمی؛ تئوری و فعالیت در خصوص حقوق جزا و قوانین کار، عدالت ترمیمی را مدل غالب عدالت کیفری در سراسر تاریخ و همه ملل جهان معرفی می‌کند. هرمان بیانچی نیز اساساً بر این باور است که برجسته‌سازی مدل کیفری - غیر ترمیمی - عدالت نوعی برداشت غلط از واقعیات تاریخی است. البته ادعاهای این نویسندگان این نیست که مدل‌های تنبیهی و سزادهنده و شیوه‌های رسمی اجرای عدالت وجود نداشته است، بلکه معتقدند به عنوان آخرین راه‌حل بوده است (شیری، ۱۳۹۶: ۴۴). عدالت ترمیمی، عدالت سازشی، عدالت مصالحه‌ای، عدالت نرم (غیرخشن)، عدالت استرداد، عدالت محلی و... اندیشه محوری در همه این مفاهیم که می‌توان آن‌ها را هم‌خانواده تلقی کرد، از یک سو اجتناب از فرایند کیفری قضایی رسمی پیچیده و پرهزینه است و از سوی دیگر مشارکت دادن جامعه مدنی که بزه‌کار و بزه‌دیده از اعضای

آن محسوب می‌شوند، در این امر حل و فصل اختلافات ناشی از جرم محسوب می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۶).

۱-۲- مفهوم عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی، نوعی واکنش کیفری است که هدف اصلی و اولیه آن جبران خسارت و زیان‌های وارده بر بزه‌دیده جرم می‌باشد. این پارادایم اساساً نگاه متفاوتی به ماهیت مفهوم بزه دارد. جرم به مثابه نقض حقوق یک شخص به وسیله شخص دیگر و اختلاف بین آن‌ها تعریف می‌شود که آثار نامطلوب و خسارت‌های مادی، معنوی، روانی و عاطفی آن نه فقط بزه‌دیده بلکه جامعه محلی و علقه روابط اجتماعی محلی و حتی خود بزه‌کار و تنها در صورتی که جرم از نوع شدید باشد، کل جامعه را متأثر و متضرر می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷: ۱۹۵ و ۱۹۶). در خصوص عدالت ترمیمی تعاریفی چند از سوی حقوق‌دانان، جرم‌شناسان و صاحب‌نظران در زمینه عدالت ترمیمی ارائه شده است. به تعبیر جنیفر لیولاین و رابرت هوس:

عدالت ترمیمی در شکل عبارت هزارمعنایی برای استناد به هر فعالیت‌ی که در جریان‌ات اصلی اداری عدالت انجام نمی‌شود و یا شکل ظاهری فرایندهای عدالت کیفری را ندارد، استفاده می‌شود.

تونلی مارشال در پاسخ به این پرسش که عدالت ترمیمی چیست می‌نویسد:

۳-۱- عناصر عدالت ترمیمی

عناصر عدالت ترمیمی که از مصادیق بارز قضازدایی است را می‌توان در داوطلبانه بودن، اظهار حقیقت، رودرویی، توافق، حمایت و غیرعلنی یا محرمانه بودن خلاصه کرد. همچنین، فرایندهای آن، شامل ارجاع به میانجیگر، ملاقات رودرو، نشست‌های گروهی یا ترمیمی، حلقه‌های تعیین مجازات و گروه‌ها یا شوراهای مردمی است. از امتیازات برجسته ملاقات رودرو این است که بزهکار با شنیدن حرف‌های بزه‌دیده در صدد تخفیف آلام او برمی‌آید و با معذرت‌خواهی موجب تسکین او می‌شود و توضیح می‌دهد که چرا ارتکاب جرم را برگزیده است؛ بنابراین همان‌گونه که مارشال معتقد است، فراتر از چارچوب‌های مادی، این موضوع با عنوان شرمساری بازپذیرنده بزهکار مطرح می‌شود (سماواتی پیروز، ۱۳۸۵: ۱۱۳). جان بریت ویت، طراح استرالیایی تئوری شرمساری بازپذیرکننده، معتقد است که جوامع غربی باید به ندامت و عذرخواهی بیش از جلوگیری و مبارزه تکیه کنند و ارزش‌های فرهنگی و نهادهای قانونی‌شان را از نو بسازند (شیری، ۱۳۹۶: ۵۵). طرفداران عدالت ترمیمی جامعه محلی را نیز بزه‌دیده‌شناسی ثانوی می‌پندارند؛ زیرا با ارتکاب جرم، نظم جامعه مختل شده، احساس عدم امنیت یا ترس از جرم بروز می‌یابد. اینان معتقدند وقتی دولت به نام ما جرم را از آن خود کرد، احساس ما به عنوان جامعه محلی را نادیده گرفته است؛ در حالی که جوامع محلی از وقوع جرم تأثیر می‌پذیرند و در برابر بسیاری از جرایم باید به عنوان بزه‌دیده ثانوی صاحب سهم تلقی شوند (سماواتی پیروز، ۱۳۸۵: ۱۱۷). همچنین، عدالت ترمیمی شرکت داوطلبانه و فعال همه اشخاص درگیر در بزه را طلب می‌کند؛ جریان عدالت ترمیمی را برخلاف عدالت کیفری کلاسیک که از بالا (دولت) به پایین (بزهکار)

عدالت ترمیمی فرآیندی است که در نتیجه آن طرفین با بررسی بزه در شکلی خاص، مشترکا چگونگی برخورد با بزه و دشواری‌های آن را در آینده معین حل می‌کنند.

همچنین در تعریف استفان پی‌گروی عدالت ترمیمی را روشی برای نشان دادن واکنش به بزه توصیف می‌کند. این بدان معناست که بزه‌کاران، بزه‌دیدگان و جامعه محلی در اجرای عدالت درگیر می‌شوند. ویژگی دیگر این تعاریف آن است که عدالت ترمیمی در جست‌وجوی ایجاد احساس پاسخگویی کامل و مستقیم است و در نهایت عدالت ترمیمی در جست‌وجوی تقویت اجتماع برای پیشگیری از جرم در آینده است. (غلامی، ۱۳۸۲: ۴۰ و ۴۱)

با توجه به مجموع تعاریف فوق می‌توان عدالت ترمیمی را فرآیندی دانست که طی آن تمام طرف‌های درگیر در یک جرم خاص دورهم جمع شده تا نسبت به نتایج، عواقب، آثار و پیامدهای آن گفت‌وگو و تبادل نظر کرده، به یک راه حل مرضی‌الطرفین به منظور برخورد با پیامدهای جرم و مسائل ناشی از آن نائل آیند.



است و جنبه یک‌سویه و
تحمیلی دارد و عمودی است،
افقی و توافقی (اجتماعی) نام نهاده‌اند
(نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۲۶-۲۵). در اینجا،
نقش میانجیگر یا پیش‌برنده یا تسهیل‌کننده بسیار
مهم است؛ زیرا باید دوره‌های آموزشی میانجیگری جامعه
را بگذرانند و معرفت کافی به رسوم و فرهنگ جوامع محلی
داشته باشند. همچنین عدالت ترمیمی به منظور ارتقای انسجام
و یکپارچگی جامعه از رهگذر احترام به تفاوت‌های فرهنگی
و آداب و رسوم محلی و شیوه‌های معمول در حقوق عرفی
(فولکور عرفی، عرف شبه‌قضایی مردم) و استفاده از روش‌های
بومی (محلی) شبه‌قضایی، برای تسهیل سازش و مصالحه میان
اطراف جرم و ترمیم خسارت‌ها و آسیب‌های بزه‌دیدگان، نقشی
مهم در جامعه ایفا می‌کند (سماواتی‌پیروز، ۱۳۸۵: ۱۲۲). از این
رو، میانجیگری بارزترین جلوه رویکرد عدالت ترمیمی است که
اساساً یکی از شیوه‌های جایگزین حل اختلاف به شمار می‌آید
که طی فرایندی غیرقضایی به فصل خصومت بین اطراف دعوا
منجر می‌شود. میانجیگر در قالب این فرایند، طرفین را در ارتباط
با هم قرار می‌دهد و زمینه دیدار، گفت‌وگو و طرح مطالبات
متقابل آنان را فراهم می‌کند. میانجیگری نوعی الگو برداری از
مفهوم داوری است. وقتی بزه‌کار و بزه‌دیده در مورد اختلافشان
توافقی می‌کنند (عذرخواهی، پرداخت پول، استرداد اموال و...) و
این توافق در صورت جلسه میانجیگری منعکس می‌شود و به
تأیید میانجی می‌رسد، به مرجع ارجاع‌کننده فرستاده می‌شود
تا به روند میانجیگری صحنه بگذارد، پس میانجیگری فرایندی



سه‌جانبه است که نمی‌تواند
نظرش را تحمیل یا به اصدار
حکم مبادرت کند، زیرا پس از حصول
توافق و تأیید میانجی، حکم قاضی قاطع
دعواست؛ بنابراین میانجیگری در واقع محملی قضایی
است (سماواتی‌پیروز، ۱۳۸۵: ۱۳۱). در توجیه این موضوع
باید اذعان کرد که قطع دعوای کیفری خاصه در جنبه عمومی
آن، امری مرتبط با نظم عمومی و از قواعد آمره حقوق است و
قاعدتا نمی‌توان چنین اختیاری به میانجی‌گرد داد.

۴-۱-۱ مدل‌های حاکم بر عدالت ترمیمی

مدل‌های حاکم بر عدالت ترمیمی شامل مدل ناب‌خواهان
که معتقد است می‌بایستی پاسخ به اختلافات کیفری از طریق
گفت‌وگوی داوطلبانه، جلسات گروهی، محلی و... انجام گرفته
و برنامه‌های ترمیمی جانشین عدالت کیفری گردد، و مدل
پیشینه‌خواهان که مخالف حذف عدالت کیفری است. به بررسی
تفصیلی آنها می‌پردازیم.

۴-۱-۱-۱ مدل ناب‌خواه

گرایش ناب‌خواه یا ناب‌گرا تا آنجا که ممکن است سعی
دارد پاسخ به نیازهای مختلف ناشی از اختلاف کیفری را با
تشویق، همکاری و گفت‌وگوی داوطلبانه طرفین (بزه‌دیده، بزه‌کار
و جامعه محلی) در قالب برنامه‌های ترمیم‌بخش، یعنی جلسات
گروهی محلی، گروه‌های محلی، محفل‌ها و بالاخره میانجیگری
بیابد. طرفداران این گرایش معتقدند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲:



۲۷) که برنامه‌های ترمیمی باید به موازات عدالت کیفری توسعه بیابند تا روزی عدالت ترمیمی مبتنی بر آیین‌های غیررسمی حل و فصل اختلاف‌ها جای آن را بگیرد. ناب‌خواهان معتقدند که باید به تدریج عدالت ترمیمی را آنطور تئوریزه کرد که روزی بتواند جای عدالت کیفری کلاسیک را بگیرد و در طی زمان باید جایگزین عدالت کیفری کلاسیک شود و برآنند که عدالت ترمیمی می‌تواند علاوه بر تأمین برخی خواسته‌ها و اهداف و عدالت کیفری کلاسیک، نیازهای

دیگر بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه محلی را نیز تأمین نماید. در رویکرد ناب‌خواه عدالت ترمیمی به عنوان فرایندی تعریف می‌شود که طرف‌های درگیر در جرم از طریق آن سعی می‌کنند تا اختلاف‌ها و آثار ناشی از ارتکاب جرم را به اتفاق حل و فصل کنند، به موجب این مدل نیازها و منافع طرف‌های جرم با همکاری و گفت‌وگو داوطلبانه آنها فراهم می‌شود. بدین ترتیب، نقش اصلی در حل و فصل مسائل مرتبط با جرم باید به‌وسیله بزه‌دیده، بزه‌کار و مشارکت جامعه محلی که این دو به نوعی به آن وابسته‌اند ایفا می‌شود. همچنین طرفداران



قضایی نسبت به جرایم دستگاه قضایی نسبت به جرایم شدید یا موارد دیگر که از طریق مذاکره حل نشده است و یا درباره پاسخ ترمیمی، توافقی بین طرفین به دست نیامده است، و در واقع با شدت کمتری بعضی از ارکان عدالت کیفری سنتی را رد می‌کند و کنار می‌گذارد، بلکه سعی دارد بیشتر محتوا، جهت‌گیری و آیین رسیدگی در مدل کلاسیک عدالت کیفری را مصالحه‌ای سازشی و ترمیمی کرده و مشارکت اشخاص درگیر و ذی‌سهم در جرم را فعال کند. در واقع پیشینه‌خواهان با حفظ چارچوب عدالت کیفری کلاسیک، سعی کرده‌اند فلسفه و اصول عدالت ترمیمی را در مراحل مختلف فرآیند کیفری وارد نمایند.

طرفداران رهیافت پیشینه‌خواه اذعان دارند که وجود خلاءهای نظام عدالت ترمیمی که به دلیل نوظهور بودن این نظام امری طبیعی می‌باشد اقتضا می‌کند تا عدالت ترمیمی را به عنوان عدالت مکمل، که می‌تواند از حربه‌های عدالت کیفری سنتی نیز جهت تکمیل و ارتقا سازوکارهای ترمیم‌بخش و احیاگر خود استفاده کند، در نظر بگیریم. درواقع، به زعم آنان اصل بر این است که تا حد امکان از عدالت ترمیمی در رسیدگی به اختلاف‌های ناشی از جرم رسیدگی شود و از سوی دیگر در مواقعی که بنا به دلایلی مانند اینکه هر یک از طرفین اختلاف کیفری به صورت داوطلبانه در فرایند عدالت ترمیمی شرکت ننمایند از عدالت کیفری به عنوان آخرین حربه جهت پاسخ‌گویی به جرایم ارتكابی استفاده شود. مدل پیشینه‌خواه بر آن است که عدالت کیفری در کنار اعمال عدالت ترمیمی می‌تواند به عنوان ضمانت اجرایی در جهت لازم‌الرعايه بودن برنامه‌های ترمیمی نیز کارکرد مفید و مشارکتی را برای عدالت ترمیمی به همراه داشته باشد. پیشینه‌خواهان معتقدند بر آنچه که ناب‌خواهان به آن معتقدند.

رهیافت ناب‌خواهی معتقدند که هدف وسیله را توجیه نمی‌کند و ما نمی‌توانیم با توسل به هر وسیله و ابزاری در نظام عدالت ترمیمی، اگرچه آن ابزار جنبه قهرآمیز داشته و برگرفته از نظام کیفری سنتی می‌باشد، در صدد حصول نتیجه ترمیمی باشیم. ناب‌خواهان خود را مقید به گذار از فرایند ترمیمی می‌دانند و برآنند که تنها با اعمال چنین فرایندی است که می‌توان به اصلاح ذات‌البین و برقراری صلح و آشتی بین اطراف درگیر در جرم امیدوار بود. نتیجه ترمیمی هنگامی دارای ثبات بوده و می‌توان به واقعی بودن و تأثیرگذاری آن اطمینان نمود که حاصل عبور از فرایند ترمیمی و به عبارتی، برون‌داد این فرایند باشد. اینان عدالت ترمیمی را فرایندی دانسته‌اند که با وقوع جرم آغاز می‌شود و سپس با مذاکره و گفت‌وگو به منظور حل‌وفصل اختلافات ناشی از جرم و فیصله دادن به کدورتی که بر اثر وقوع جرم ایجاد شده است جریان پیدا می‌کند و در نهایت در نقطه پایانی به صورت گروهی و جمعی، سهامداران جرم راجع به پاسخ ترمیمی‌ای که باید به جرم بدهند تصمیم‌گیری می‌کنند. لذا پاسخ ترمیمی متعاقب طی شدن فرایند ترمیمی حاصل شده و مستلزم نوعی مذاکره و گفت‌وگوی همه جانبه و مشارکتی اطراف درگیر در جرم می‌باشد در نگرش حل‌وفصل تعارضات ناشی از جرم هنگامی معنا می‌یابد که به دنبال اعمال روش‌ها و برنامه‌های ترمیمی در غالب یک فرایند بوده و این فرایند جنبه مذاکره‌ای و جمعی داشته باشد و به همین دلیل ناب‌خواهان عدالت ترمیمی را تحت عنوان عدالت اجتماعی نیز یاد می‌کنند.

۲-۴-۱- مدل پیشینه‌خواه

رویکرد پیشینه‌خواه با لحاظ نقش جامعه (کنشگری که بالقوه از آثار زیان‌بار جرم صدمه دیده است) و مداخله دولت از طریق دستگاه

ترمیمی از اهمیت چندانی برخوردار نیست. بدین معنا که لزوماً نباید تحت هر شرایطی اعمال رویکرد ترمیمی از طریق توسل به فرایندهای ترمیمی باشد، بلکه هدف، حصول نتیجه ترمیمی می باشد و چه بسا کسب نتایج ترمیمی، مستلزم ورود ابزاری جهت نیل به نتایج ترمیمی هرچند آن ابزار برگرفته از نظام سنتی عدالت کیفری باشد، خالی از اشکال خواهد بود. درواقع، حضور و مشارکت عدالت کیفری سنتی به موازات اعمال برنامه ها و روش های عدالت ترمیمی می تواند به مثابه مکمل آن خلاءهایی که ممکن است عدالت ترمیمی به ویژه از حیث رعایت تضمینات شکلی دادرسی دارا باشد را پر کند. گرایش



از نظر پیشینه خواهان، به جای این که عدالت ترمیمی را فرایند تعریف کنیم، باید آن را به عنوان نتیجه تلقی نماییم؛ زیرا هدف مدل ترمیمی تلاش برای تضمین جبران انواع خسارت ناشی از جرم است. در گرایش پیشینه خواه، فرایندهای ترمیمی موضوعیت ندارند، بلکه طریقت دارند و هدف از اعمال آن ها حصول نتیجه ترمیمی است؛ در نتیجه می توان گفت که نظر پیشینه خواهان این است که بهتر است عدالت ترمیمی با توجه به نتیجه آن یعنی تلاش برای تحقق ترمیم آثار زیان بار جرم تعریف شود. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۲۷ و ۲۸)

۲- اصول، اهداف، برنامه ها و فرایندهای عدالت ترمیمی

۲-۱- اصول عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی به دنبال ایجاد توازن بین نیازهای واقعی بزه دیده و جامعه و بزه کار و در این میان دفاع از جامعه و محافظت از آن تقویت می نماید و در عین حال که به نیازها و حقوق بزه کار توجه دارد، به مسئولیت پذیری آگاهانه و فعال بزه کار در مقابل فرد، جامعه، بزه دیده و بستگان وی تأکید دارد. عدالت ترمیمی به اصول کلی متعددی پایبند است، که عبارتند از:

الف) عمل مجرمانه اولاً و بالذات تعرض و بی حرمتی به مناسبات و ارتباطات انسان هاست. جرم در درجه اول و در عالم واقعی تعرض به بزه دیده است. اوست که کشته، مضروب شده یا احساساتش جریحه دار می شود، حقوقش سلب می گردد و به طور واقعی متحمل ضرر می شود. پس جرم در وهله اول تعارض و مساله ای میان بزه دیده و بزه کار و جامعه، به عنوان افراد انسانی است، لذا تعرض به نفس این روابط جرم است. هوارد زهر در کتاب معروف خود به نام تغییر دیدگاه رویکرد

پیشینه خواه معتقد است که دلایل چندی وجود دارد که حاکی از عدم امکان جایگزینی کامل عدالت ترمیمی با عدالت کیفری سنتی می باشد. آنان در مقام بیان دلایل خود، ابتدا گرایش ناب خواه را به چالش کشیده و انتقادات وارد بر این مدل را بیان می کنند. آنان معتقدند عدالت ترمیمی هنگامی می تواند عملاً به نتایج ترمیمی مایل شود که خود را به مثابه عدالت موازی با عدالت کیفری سنتی در نظر بگیرد؛ نه آنکه خود به معضل عدالت کیفری سنتی دچار شده و مبدل به ظرفی بسته شود که جز ابزارها و سازوکارهای ترمیمی، از هیچ حربه دیگری در پاسخ دهی به جرایم ارتكابی استفاده نکند. خطر دیگر نظر ناب خواه این است که در درازمدت، تنها زمینه اعمال برنامه ترمیمی را برای جرم های سبک و کوچک فراهم کند و جرم های شدید که بزه دیدگان آن ها نیاز بیشتری به این برنامه ها دارند را همچنان در صلاحیت انحصاری عدالت کیفری کلاسیک باقی بگذارد. از سوی دیگر، مدیریت حل و فصل اختلافات کیفری با حل و فصل داوطلبانه آن ها به وسیله بزه دیده و بزه کار همه تضمین ها را دربر ندارد که راه حل مورد رضایت طرف های درگیر در جرم واقعا ترمیمی مبتنی بر تاب خواهی، نمی تواند به همه وضعیت های ناشی از ارتكاب جرم پاسخ دهد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۱: ۷). مضافاً اینکه در مواردی ممکن است بزه کار در خاتمه فرایند ترمیمی، تعهد ترمیمی خود را که متعاقب تفاهم ترمیمی بین سهام داران جرم بر عهده گرفته است، ایفا نکند. این انتقادات حاکی است از این که ایده گرایش پیشینه خواه بر این است که اگر می خواهیم جانشین واقعی برای عدالت کیفری کلاسیک پیدا کنیم باید مدل ترمیمی ای را طرح کنیم که به موازات عدالت کیفری برای همه پرونده های کیفری قابل اعمال باشد.

نویسن به جرم و عدالت، جرم را این گونه تعریف می کند:

دارد. این مهم، از طریق توجه به بروز نیازهای ایجاد شده به وسیله جرم، نظیر آرامش، امنیت، جبران و ترمیم خسارات وارده بر افراد و مناسبات انسانی، ضربه های روحی و معنوی و لطمات جسمانی و سایر نیازهای ایجاد شده از طریق جرم امکان پذیر می گردد.

د) بزه دیدگان و متأثران از جرم، هم خود بزه دیدگان اصلی و اولیه هستند که مستقیماً از عمل مجرمانه صدمه دیده اند، و هم بزه دیدگان فرعی و ثانوی که به طور غیرمستقیم از جرم متأثر می شوند. اینان عبارتند از: افراد خانواده بزه دیده، دوستان، شهود حاضر در صحنه جرم، مقامات دستگاه عدالت کیفری و جامعه. عدالت ترمیمی معتقد است که هر دو گروه از بزه دیدگان باید در محور تصمیم گیری ها قرار بگیرند و در فرایند عدالت کیفری به افرادی منفعل حاشیه ای تبدیل نگردند.

ه) پس از اینکه بزه دیده، جامعه و بزه کار، در خلال فرایند عدالت ترمیمی به تراضی رسیدند، بزه کار فرصت و مجال مناسبی می یابد که شیوه های رفتار صحیح اجتماعی و سازگاری با اجتماع را بیاموزد. این اصل در واقع به دنبال باز اجتماعی کردن بزه کار است که همراه با ایجاد احساس پشیمانی و شرمندگی تحقق می یابد و بزه کار را به طور فعال و مولد وارد صحنه اجتماع می کند.

و) عدالت ترمیمی واکنش علیه بزه کار را در مراحل ابتدایی رسیدگی های کیفری ترجیح داده و مداخله را در تمام مراحل پیش از بزه کاری، مشرف به بزه کاری، شروع تا ختم دادرسی و اجرای احکام توسعه می دهد. این واکنش و پاسخ همراه با حداکثر همکاری فعالانه بزه کار و حداقل اعمال خشونت علیه وی در خلال مشارکت اختیاری اصحاب دعوی محقق می شود. این اصل به دنبال این است که واکنش علیه بزه کاری، واکنشی انسانی و به دور از دیدگاه های خشونت گرا باشد و در خلال فرایند عدالت ترمیمی، با طرفین جرم، مواجهه احترام انگیزی شود.

جرم یعنی تعرض به افراد انسانی و مناسبات انسانی.

ب) عدالت ترمیمی، جرم، یعنی تعرض به اشخاص و روابط انسانی را نادرست تلقی نموده و معتقد است که نباید اتفاق بیفتد و اعتقاد دارد بعد از به وقوع پیوستن جرم مخاطرات جدیدی به وجود می آید: این نگرانی وجود دارد که بزه دیده و بزه کار و وابستگان آنها با درگیر شدن در فرایند عدالت کیفری مجدداً متضرر و قربانی شوند و با بی توجهی و فراموشی مواجه گردند و از قدرت و توان سازنده آنها کاسته شود. یا اینکه طرفین دعوا در فضای سنگین اعمال اقتدار قدرت عمومی، احساس آرامش و آسایش ننمایند و همکاری های متقابل و سازنده در میان آنها به کلی تخریب شده و امیدهای اصلاح و تربیت بزه کار و ترمیم گسست ها و روابط اجتماعی به یأس تبدیل شود. درواقع، در این اصل در تفاوت نظری بین عدالت ترمیمی و عدالت کیفرگرا این امکان بالقوه وجود دارد که علاوه بر اینکه بزه دیده به توقعات واقعی خویش نرسد و بیشتر خسارت ببیند، بزه کار نیز در معرض معایب اعمال کیفر قرار گیرد و برچسب مجرمانه بخورد، به این ترتیب این اصل می تواند واکنشی در مقابل خسارت زدایی و مضرات ورود به دستگاه عدالت کیفری باشد.

ج) عدالت ترمیمی درواقع روندی است که تا حد امکان سعی در تصحیح خطاها و جبران آنها

ط) عدالت ترمیمی به دنبال این است که بزهکاران و بزه‌دیدگان در مواجهه حضوری به طرح مسائل و آثار جرم و بیان احساسات خود بپردازند و نیز مذاکراتی ایجاد شود که طرفین به طرح نیازهای ناشی از جرم بپردازند و مسئولیت‌پذیری بزهکار، معذرت‌خواهی و پشیمانی وی، احساس همدردی و هم‌زمانی و رحم و شفقت انسانی، مورد تشویق قرار گیرد. با وجود این، عدالت ترمیمی خواستار براندازی اساس نهادهای عدالت کیفری سابق، نظیر مجازات بزهکار نیست، بلکه آن کارکردهای نوینی را نظیر باز اجتماعی کردن بزهکار و مصالح وی با اجتماع و نهایت، ترمیم و اصلاح جایگاه از دست‌رفته بزه‌دیده در جامعه انتظار دارد.



ز) عدالت کیفری مذکور به دنبال یک سیاست جنایی مشارکتی است تا اعضا اجتماع در برخورد با پدیده مجرمانه در خلال برنامه‌هایی چون گفت‌وگوهای گروه‌های خانوادگی، میانجیگری کیفری بین بزه‌دیده و بزهکار، برنامه‌های آشتی‌دهی و مصالحه، محافل تعیین حکم و مجازات، سهمی تعیین‌کننده در تعیین سرنوشت خود داشته باشند. در خلال این برنامه، علاوه بر مقامات رسمی عدالت کیفری، بزهکاران و بزه‌دیدگان، خانواده‌ها و وابستگان آنها، شهود و مطلعین و دوستان، همسایگان و افراد کهنسال محترم و با نفوذ، سازمان‌ها، نهادها و نمایندگان جامعه مدنی به صحنه تصمیم‌گیری و مشارکت فرا خوانده می‌شوند.

ر) عدالت ترمیمی معتقد است که درصدی از بزهکاران و بزه‌دیدگان در فرایند مذکور شرکت نمی‌کنند، پس ضرورت دارد که در مورد این گروه از بزهکاران، بزه‌دیدگان راهکارهای متفاوتی اتخاذ شود. این راهکارها باید شامل شیوه‌های معقول و ترمیم‌کننده لطمات ناشی از جرم و قبل از همه، شیوه‌های احترام‌انگیز و انسانی باشند. این اصل ناشی از واقعیت است که شرکت در اکثر برنامه‌های عدالت ترمیمی نظیر میانجیگری کیفری، اختیاری است. باید تا حد امکان با این گروه از بزهکاران و بزه‌دیدگان نیز به گونه‌ای برخورد شود که ترمیم خسارات و لطمات و ترمیم روابط مختل‌شده انسانی اصحاب دعوی، در محور توجهات قرار گیرد.



در آینده مسئولیت‌پذیری آگاهانه و تلاش جهت جبران خطاها و اشتباهات گذشته در بزهکار تقویت و تشویق می‌شود و روابط اجتماعی صدمه‌دیده، صمیمیت‌های ازدست‌رفته و توان و امکانات به‌هدررفته نوسازی می‌شوند و جامعه در مسیری صحیح به حیات خود ادامه می‌دهد.

ی) بعد از اعمال فرایند عدالت ترمیمی نقش مشارکت اعضای جامعه در قبال بزهکار و بزهکاری به اتمام نمی‌رسد، بلکه اقدامات حمایتی جامعه و مسئولیت‌پیگیری مداوم نتایج فرایند عدالت ترمیمی ادامه می‌یابد. این امر حس اعتماد و اطمینان بزهکار را به جامعه و نهادهای آن افزایش می‌دهد و بدین طریق،

۲-۲- مبانی عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی دارای چند مبنا است که به شرح ذیل بیان می‌گردد:

الف) بزه در وهله اول تعدی و تعرض به روابط و مناسبات میان افراد و در مرحله بعد تعدی و تعرض به نظم اجتماعی است. به دیگر سخن در عدالت ترمیمی جرم به عنوان یک تعارض مابین دو شخص محسوب می‌شود و نه به عنوان یک اختلاف میان بزهکار و جامعه، در حالی که در عدالت کیفری کلاسیک بزه به عنوان یک تعارض و تضاد میان دو شخص محسوب نشده بلکه یک اختلاف میان بزهکار و جامعه به حساب می‌آید.

ب) در فرایند عدالت و اجرای آن بزه‌دیده و جامعه محلی دارای نقش کلیدی هستند، لذا باید توجه از بزهکار بر روی کنشگر دیگر این فرایند، یعنی بزه‌دیده و خواست‌ها و احتیاجات وی معطوف گردد، در حالی که در عدالت کیفری کلاسیک، بزه تعهدی را در مقابل بزه‌دیده ایجاد نمی‌کند، بلکه بزهکار را در مقابل جامعه مدیون می‌سازد و زمانی که بزهکار به مجازات برسد دین او نیز ادا شده است. پس در چنین فرایندی بزه‌دیده جایگاه و نقشی ندارد.

ج) جبران ضرر و زیان ناشی از جرم، ترمیم و احیای مناسبات و روابط اجتماعی و پیشگیری از زیان‌های بیشتر به منظور حصول سازش و رفع تنش، برپایی و صلح و امنیت و اعتماد متقابل بین افراد از دیگر فرضیه‌های بنیادی عدالت ترمیمی است (زهر، ۳۹) به عبارت دیگر عدالت ترمیمی با تمرکز بر صدمه‌های ناشی از جرم به جای قواعد نقض شده از طرف مجرم در صدد جبران خسارات و ایجاد توازن بین بزهکاران و بزه‌دیدگان در فرایند اجرای عدالت می‌باشد. بزه‌دیدگان در توازن حاصل از مذاکره قرار می‌گیرند و مجرمان به فرا گرفتن، پذیرش و عمل به تعهدهای خویش تشویق می‌شوند (سماواتی‌پیروز، ۱۳۸۳: ۳۶).

با توجه به اصول فوق و اصولی از این دست (غلامی، ۱۳۸۹: ۱۸۹) عدالت ترمیمی به عنوان جنبشی تأثیرگذار در استرالیا، کانادا، انگلستان، ولز، نیوزیلند و سایر کشورها سعی دارد با دستاوردهای خود از سیاست جنایی، از یک طرف، با حمایت از بزه‌دیدگان، بلاخص اقشار آسیب‌پذیر و مجهز کردن آنان به استراتژی‌ها و تکنیک‌های مبتنی بر شناخت بزه‌دیده، در آن واحد به اهداف متعددی نایل آید. لذا بدیهی است که بدون توجه تمامی ارکان و پایه‌های این عدالت، از قبیل: بزه‌دیده، بزهکار، جامعه محلی و... هرگز نمی‌توانیم به یک سیاست جنایی مطلوب دست یابیم. چرا که سیاست جنایی در واقع «شامل کلیه تدابیر و اقدام‌های سرکوب‌گرانه (کیفری و غیرکیفری) و پیشگیرانه با ماهیت‌های مختلف می‌شود که دولت و جامعه مدنی هر یک به صورت مستقل و یا با مشارکت سازمان‌یافته یکدیگر، از آنها در قالب روش‌های مختلف به منظور سرکوبی بزهکاری و بزهکاران و نیز پیشگیری از بزهکاری و انحراف استفاده می‌کند (محمدی و کردعلیوند، ۱۳۸۸: ۱۶) و از طرف دیگر با استفاده از اصول بنیادی خود طی فرایندهای مختلف، در مجرمان احساس مسئولیت‌پذیری، مثبت‌اندیشی و سازنده بودن ایجاد نماید».



عدالت ترمیمی از این بُعد، در پی آن است تا بزهکاران را معصوم کرده، از آنان مردمی مهربان و عاشق بسازد و مردمی که از عجین بودن با خشونت و جرم تنفر داشته و دل درکمک به هم‌نوع و ترمیم‌آلام

بزه‌دیده نیز، به جای یک نقش منفعل، یک نقش فعال و محوری بر عهده بگیرد و رودرروی بزهکار، از بزه و آسیب‌های ناشی از آن نسبت به خود سخن بگوید (شیری، ۱۳۹۶: ۳۴۲).

۲-۳-۲- ملاقات‌های رودررو

یکی دیگر از فرایندهای عدالت ترمیمی برای جبران، در شکل ملاقات‌های بزه‌دیده و بزهکار ظاهر شده است. تونی/ف مارشال در این باره می‌نویسد:

و دردهای ایشان بسته باشند. نه اینکه آنان را بی‌فایده و پست جلوه داده و در هاله‌ای از خشونت قرار دهد.



(سماواتی‌پیروز، ۱۳۸۳: ۴۴)

۲-۳-۲- برنامه‌ها و فرایندهای عدالت ترمیمی

امروزه فرایندها و برنامه‌های بسیاری رو به گسترش است که مبتنی بر شیوه‌های ترمیمی است، اما شایع‌ترین این برنامه‌ها و فرایندها: میانجی‌گری بزه‌دیده-بزهکار، نشست‌های خانوادگی و جامعه‌ی، حلقه‌های تعیین مجازات و حلقه‌های آشتی است. مختصراً به بررسی هرکدام از مدل‌های فوق می‌پردازیم:

۲-۳-۱- میانجی‌گری بزه‌دیده و بزهکار

برنامه‌های میانجی‌گری از اولین اقدامات عدالت ترمیمی و حتی گسترده‌ترین آن‌هاست. میانجی‌گری بزه‌دیده و بزهکار، فرایندی است که به موجب آن یک میانجی به وساطت میان بزه‌دیده و بزهکار می‌پردازد تا بتواند با این گفت‌وگوی مستقیم، به حل اختلاف میان این دو بپردازد. میانجی بی‌طرف است، در مقام قضاوت نیست، بلکه در مقام حل اختلاف پیش‌آمده بین بزه‌دیده و بزهکار است. حضور بزهکار و بزه‌دیده در این فرایند لازم است و بدون حضور آنان، اساساً امکان برگزاری نشست میانجی‌گری وجود ندارد. میانجی فضایی به وجود می‌آورد که بزهکار و بزه‌دیده به‌نحو برابر بتوانند حرف‌های خود را بزنند؛ بزهکار بدون ترس از عواقب مسئولیت و کیفر، مسئولیت کار خویش را بپذیرد و آمادگی خود را جهت جبران آسیب‌های وارده اعلان کند و

نشست‌های بزه‌دیده و بزهکار، به‌منظور ملاقات آن‌ها با یکدیگر و دادن فرصتی به بزهکار برای برداشتن گام‌های جدی، جهت جبران داوطلبانه خسارت‌های واردشده به بزه‌دیدگان‌شان طراحی شده است. چنین جبران‌هایی فراتر از جبران خسارت مادی است. عذرخواهی و طلب بخشش، توصیف چگونگی ارتکاب بزه را دربرمی‌گیرد و بزهکار باید به داستان بزه‌دیده گوش فرا دهد و پاسخگو باشد. این تبادلات می‌تواند مرهمی برای بزه‌دیده باشد و معمولاً آثار مشهودی بر بزهکاران برجای می‌گذارد؛ زیرا با واقعیت عملی‌ای که انجام داده‌اند مواجه می‌شوند. بزهکاران می‌توانند حسن‌نیت و اعتبار خودشان را تا حدی از طریق جبران، احیا کنند و برای بازگشت دوباره به جریان اصلی جامعه، با این راه تقصیرشان را کم‌رنگ کنند.



جانستون درباره ملاقات‌های رودرو میان بزه‌دیدگان و بزهکاران می‌نویسد:



ملاقات‌های رودرو میان بزه‌دیدگان و بزهکاران در فضایی صورت می‌گیرد که هر دو احساس امنیت کنند. در این ملاقات‌ها، تمرکز بر وارد نمودن بزهکار به اظهار پشیمانی و شرمساری و پرداخت غرامت و پاسخ به پرسش‌های بزه‌دیده است تا از این طریق، گامی به سوی برآورده شدن نیازهای بزه‌دیده برداشته شود و به وی کمک شود تا تجربه تلخ اذیت و آزاری را که پشت سر گذرانده است، فراموش کند.



طرفداران عدالت ترمیمی معتقدند که اینگونه جلسه‌ها برای بزه‌دیدگان، سودمندتر از محاکمه‌های کیفری رسمی است که در آن‌ها بزه‌دیدگان و بزهکاران در موقعیت دو رقیب یا دشمن از هم جدا نگه‌داشته می‌شوند و تمرکز تنها بر تبیین گناه اخلاقی بزهکار است و این که بزهکار چقدر رنج و درد باید تحمل کند تا دینش به جامعه پرداخت شود (شیری، ۱۳۹۶: ۳۴۹).

۳-۲-۳- نشست‌های گروهی

در راستای گسترش برنامه‌های عدالت ترمیمی و برطرف کردن نقاط ضعف میانجی‌گری بزه‌دیده و

بزهکار، در جهت جبران آسیب‌های وارده به بزه‌دیده، برنامه دیگری تحت عنوان برگزاری نشست‌های گروهی وجود دارد. به این نشست‌ها، حلقه‌های جامعوی یا حلقه‌های آشتی‌دهنده جامع‌ه نیز گفته می‌شود. انواع این نشست‌ها که نشست‌های گروهی جامعوی و خانوادگی را نیز دربر می‌گیرد، در حال حاضر از رویکردهای مهم عدالت ترمیمی محسوب می‌شوند. در این نشست‌ها، علاوه بر بزهکار و بزه‌دیده، اعضای خانواده بزهکار، اعضای خانواده بزه‌دیده، حامیان آن‌ها از قبیل مددکاران اجتماعی نیز حضور دارند. به دلیل حضور این افراد، نشست‌های گروهی به میانجی‌گری بزه‌دیده و بزهکار ارجح‌ترند.

۴-۳-۲- حلقه‌ها یا نشست‌های تعیین مجازات

این حلقه‌ها در مورد کسانی تشکیل می‌شود که به بزه‌دیده خویش اعتماد داشته و آمادگی دارند هر کیفری را که حلقه تعیین مجازات، مشخص کرد بپذیرند. فضای حلقه، دوستانه بوده و با هم‌فکری و هم‌اندیشی، سعی در یافتن یک راه‌حل توافقی می‌شود که در این راه‌حل، به نیازهای بزه‌دیده و التیام وی و کیفر بزهکار توجه می‌شود. درون حلقه، بزه‌دیدگان، بزهکاران، خانواده و دوستان هر دو، کارمندان خدمات اجتماعی و جامعه محلی ذینفع، از ته قلب به بررسی مشترک می‌پردازند تا علت رخداد را درک کنند و به همراه یکدیگر، مراحل مورد نیاز برای کمک به التیام تمام افراد درگیر و جلوگیری از بزه‌های آینده را بررسی می‌کنند. اهمیت حلقه نمادین است. کل اعضای جامعه در رسیدن به توافق، روی طرح مجازات که مبین مسائل کل دو طرف است، شرکت دارند. نتیجه گفت‌وگوها در حلقه به قاضی تقدیم می‌شود. حضور قاضی در حلقه اختیاری است و می‌تواند در حلقه حضور نداشته باشد. دادگاه، طرح گسترش‌یافته از طریق حلقه را به صورت جدی دنبال می‌کند؛ اما الزاماً نیازی به پذیرش یا تصویب آن به طور کامل نیست؛ همچنین دادگاه می‌تواند طرح را همراه با کیفر دیگری بپذیرد.



۳- توصیف دیه از منظر نگرش عدالت ترمیمی

۳-۱- دیه تأسیسی بر مبنای عدالت ترمیمی ۳-۱-۱- ترمیم خسارت‌ها و بازگرداندن اوضاع به حالت قبل از وقوع بزه

بی‌تردید تأکید اصلی و نقطه ثقل برنامه‌های عدالت ترمیمی، جبران خسارت بزه‌دیده و ترمیم ضرر و زیان‌های وارده بر وی می‌باشد.

علاوه بر آن، تمرکز عدالت ترمیمی در واکنش به رفتار مجرمانه بر جبران و ترمیم است تا اعمال کیفرهایی مثل حبس و غیره بر بزهکار و در برنامه‌های عدالت ترمیمی بر اساس اصل جبران و ترمیم و بازسازی بزهکار نیز فراموش نمی‌شود.

توجه و ارتقای جایگاه بزه‌دیدگان در سیستم عدالت کیفری، تمرکز بر اصلاح و

راست گردانیدن امور و توجه و توسل به اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری در رویارویی با ناپهنجاری‌های اجتماعی از نتایج مربوط به عدالت ترمیمی در پرتو دیه است.

۲-۱-۳ - فقه و ترمیم صدمات وارده به تمامیت جسمانی اشخاص

در فقه و در بین دانشمندان اسلامی، جبران ترمیم و صدمات وارده به جسم و جان اشخاص با الهام از آیات قرانی و روایات رسیده از ائمه اطهار از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. به‌طوری که در هیچ حالی تصور نمی‌رود که خون انسانی بی‌گناه هدر برود.

پاسخ عدالت ترمیمی به بزه، تمرکز بر جبران و ترمیم است، و اعمال کیفر به خصوص با رویکرد پیشینه‌خواه، در آخرین مرحله قرار دارد. حاصل این رویکرد ظهور اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری و ترک جرم‌انگاری و مجازات‌گرایی افراطی به بدیل‌های قضایی و جرم‌انگاری مانند صلح و سازش، افزایش توانایی افراد جامعه در حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات و نیز توجه به اهمیت و اعتبار داوری و نهادینه کردن آن می‌باشد (نویهار، ۱۳۹۱: ۲) یکی از مبانی عمده اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری توجه به مصالح



بزه‌دیده است. به‌طوری که در جرم‌انگاری یا ترک آن و اعمال مجازات باید به مصالح و منافع کسی که از رفتار نابهنجار زیان می‌بیند، توجه شود. در این رویکرد ارگان‌های ترمیمی به جرم برجسته شده است. این اصل در نظام فقهی ما بر اساس اصول بنیادی از جمله اصل برائت، قاعده سلطه، اهتمام اسلام به اخلاق و ساختن انسان‌هایی پاک و برخوردار از انگیزه‌های خیر و اهتمام اسلام به اصل عدالت و رعایت مصلحت بزه‌دیده و بزه‌کار و جامعه استوار است (نوبهار: ۱۳۹۱: ۱۳-۱۶). بنابراین، باتوجه به این اصل، در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، سیاست جنایی اسلام، اجتناب از مجازات و تأکید بر ترمیم و جبران صدمات وارده می‌باشد.

عرب‌نشین خوزستان، عشایر بختیاری و قوم بلوچ از دست نداده است (نجفی، ۱۳۹۰). در میان اعراب خوزستان، شیوه‌های متداولی از قدیم وجود داشته تا براساس آن راه حل‌ها، اختلافات ناشی از جرایم میان خود را فیصله داده و مانع از رجوع و مراجعه این دعاوی نزد دستگاه عدالت کیفری رسمی گردند. این رسم به‌عنوان *آیین فصل* معروف بوده که برخی آن را مرسوم‌ترین و پذیرفته‌ترین شیوه از شیوه‌های ریشه‌دار تاریخ اکثر قبایل عربی ذکر کرده‌اند (آیتی، ۱۳۸۲: ۳۳۷). بیشترین کاربرد این آیین زمانی است که قتلی رخ داده و یا جرمی علیه تمامیت جسمانی اشخاص رخ داده باشد، و بسیاری از پرونده‌های مزبور به این طریق و با مصالحه فصل خاتمه پیدا می‌کند. در بین عشایر و ایل بختیاری نیز آداب و رسوم و آیینی شبیه آیین فصل در بین عشایر عرب خوزستان وجود دارد که در جهت حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات و استفاده از آیین کدخدامنشی در راستای زدودن آثار تنش در میان عشیره به کار می‌رود و به آیین خون‌بس معروف است. این آیین نیز بیشتر در خصوص جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص و به خصوص قتل کاربرد دارد و این ناشی از اعتقاد است که این اقوام اهمیت ویژه‌ای برای خون‌بس قائل هستند. از دیدگاه تشکیلات حقوقی، ایل بختیاری را می‌توان در حکم گسترده‌ترین واحدی تصور نمود که در بطن آن اختلافات و تنازعات از راه حکمیت و داوری و میانجی‌گری حل و فصل می‌شود (لنکرانی، ۱۳۷۰).

۴- تبلورات عدالت ترمیمی در قواعد موضوعه پیرامون ترمیم در کیفرهای جرایم علیه اشخاص با محوریت دیات

اسلام غالباً جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص را جزء جرایم حق‌الناس قرار داده

بزه‌دیده است. به‌طوری که در جرم‌انگاری یا ترک آن و اعمال مجازات باید به مصالح و منافع کسی که از رفتار نابهنجار زیان می‌بیند، توجه شود. در این رویکرد ارگان‌های ترمیمی به جرم برجسته شده است. این اصل در نظام فقهی ما بر اساس اصول بنیادی از جمله اصل برائت، قاعده سلطه، اهتمام اسلام به اخلاق و ساختن انسان‌هایی پاک و برخوردار از انگیزه‌های خیر و اهتمام اسلام به اصل عدالت و رعایت مصلحت بزه‌دیده و بزه‌کار و جامعه استوار است (نوبهار: ۱۳۹۱: ۱۳-۱۶). بنابراین، باتوجه به این اصل، در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، سیاست جنایی اسلام، اجتناب از مجازات و تأکید بر ترمیم و جبران صدمات وارده می‌باشد.

۳-۱-۳- رویکرد مشارکتی-ترمیمی در نظام عرفی-اجتماعی ایران

در فرهنگ غنی ملت ایران، روش‌های مبتنی بر مصالحه و سازش از قدمتی دیرینه برخوردار بوده و همواره روحیه ویژه انسان‌دوستانه‌ای را در خود پرورش داده است. مفاهیمی مثل مصالحه و سازش، احسان و نوع‌دوستی در میان اقوام و فرهنگ‌های مختلف، به‌ویژه عشایر، از ریشه‌دارترین مفاهیم اعتقادی است که در سنت و فرهنگ آنها عجین شده و مایه‌های فکری لازم را در جهت شکل‌گیری یک دیدگاه مردمی از عدالت کیفری بومی و قبیله‌ای فراهم نموده است. هرگاه سایه اختلافی روابط میان افراد را تیره کرده است؛ آنجا عرصه حضور افراد ذی‌نفوذ برای ترمیم روابط گسیخته‌شده انسانی بوده است. سنت کدخدامنشی و ریش‌سفیدی به‌طور غیررسمی، هنوز قوام و دوام بسیاری از جوامع محلی را تضمین نموده است. میانجی‌گری قومی و قبیله‌ای هنوز هم جایگاه واقعی خود را بین برخی از اقوام عشایری، به‌ویژه در مناطق



است. به طوری که این نوع حق از آثار و احکام ویژه‌ای برخوردار شده است، از جمله تعقیب دادرسی درباره حق الناس، متوقف بر شکایت بزه‌دیده است و همچنین اجرای حکم توقف بر درخواست متضرر از جرم است و از طرف دیگر، در حقوق الناس، قاضی نمی‌تواند تکب را از اقرار منصرف کند؛ چون این امر در تضاد با حقوق بزه‌دیدگان است و این امر لاف قاعده «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام» می‌باشد. مضاف بر آن در حق الناس شفاعت

پذیرفته می‌شود و از طرف دیگر از نظر طریقه اثبات حق بزه‌دیده در حقوق الناس نیز تسهیلات خاصی را مشاهده می‌کنیم؛ از جمله در این نوع از حقوق، قضاوت بر طبق یک شاهد و قسم پذیرفته شده، قسامه یعنی استخلاف بزه‌دیده برای اثبات حق خود درجائیکه بینه شرعی وجود ندارد بر خلاف قاعده مدعی و منکر پذیرفته شده است و همچنین محاکمه غیابی بزه‌کار نیز پذیرفته شده است (اسرافیلیان، ۱۳۸۶: ۷۴-۷۹).



۳-۴- فقدان اعمال قواعد تعدد و تکرار در دیات

قواعد مربوط به تعدد جرم که بر حسب نوع تعدد از تعدد مادی از نوع واحد و یا از انواع متعدد، موجب احکام خاص خود می‌شود، در دیات قابل اعمال نیست و اجرای مجازات اشد و یا تشدید مجازات در صورت تعدد جرم که در حقوق کیفری عرفی پذیرفته شده است، در این جرایم کاربرد ندارد، بلکه در تعدد مادی جرایم مستوجب دیه، اصل بر جمع مجازات‌هاست. چه بزه‌دیده جرم شخص واحد باشد و چه اشخاص متعدد. در مورد جرایم مستوجب قصاص هم، در مواردی که امکان جمع مجازات‌ها نباشد قصاص به دیه تبدیل می‌گردد.

۱-۳-۴- فقدان امکان تخفیف در دیات

امکان اعمال کیفیات مخففه در جرایم علیه اشخاص، از حیث دیه وجود ندارد. زیرا دیه متعلق به حق‌الناس می‌باشد و هیچ ارتباطی به حاکمیت ندارد، بنابراین صرفاً با رضایت و گذشت صاحب حق (بزه‌دیده یا ولی‌دم)، دیه ممکن است ساقط شود یا تخفیف در مقدار دیه داده شود. بنابراین بدون گذشت شاکی خصوصی قاضی حق اعمال این کیفیات را ندارد.

۲-۳-۴- واکاوی نگرش ترمیمی در قوانین شکلی

در قانون آیین دادرسی کیفری و قوانین شکلی دیگر نیز ملاحظه می‌شود که توجه ویژه برای حمایت از حقوق بزه‌دیدگان و فراهم آوردن سازوکارهای مناسب برای ترمیم حقوق بزه‌دیدگان حوزه جرایم علیه اشخاص، به‌خصوص دیه دیده نشده است، که به واکاوی آن می‌پردازیم.

همه موارد مذکور دلالت دارد بر این که سیاست جنایی اسلام در حوزه مربوط به حقوق‌الناس، به‌خصوص جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، بزه‌دیده‌محور، جبران‌محور و مشارکت‌محور می‌باشد، و هیچ اصراری بر مجازات‌های سنتی نیست و هدف، جبران صدمات و ترمیم سنت‌ها با محرومیت بزه‌دیده و بزه‌کار و جامعه محلی است. حال که این امر ثابت شد که سیاست جنایی اسلام در حوزه جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص جبرانی-ترمیمی است، در ادامه به واکاوی نگرش ترمیمی در قوانین موضوعه خواهیم پرداخت.

۱-۴- واکاوی نگرش ترمیمی در قوانین ماهوی

در واکاوی در قوانین ماهوی مربوط به جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص در قانون مجازات اسلامی متوجه می‌شویم که در این احکام نسبت به سایر بخش‌های عدالت حقوقی-قضایی تفاوت‌های محسوسی وجود دارد، که این امر مبین توجه به بزه‌دیدگان این حوزه و تلاشی برای جبران صدمات وارده به آنهاست.

۲-۴- فقدان امکان تعلیق یا آزادی مشروط در دیات

امکان تعلیق دیه و آزادی مشروط نسبت به آن وجود ندارد؛ زیرا آزادی مشروط مربوط است به مجازات حبس، درحالی‌که دیه حبس ندارد. تعلیق مجازات هم حقی بر محکومیت و نماینده‌ی آن است، بنابراین در جایی که حقی مربوط به حق‌الناس باشد، چنین اختیاری برای قاضی و یا حکومت پیش‌بینی نشده است. همین امر غلبه خصوصی بودن و قابل سازش و مصالحه بودن دیه را بیشتر روشن می‌کند. در ماده ۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر شده است که تعلیق اجرای مجازات محکوم نسبت به حق مدعی خصوصی تأثیری ندارد و حکم پرداخت خسارت یا دیه در این موارد اجرا می‌شود.



۱-۲-۳-۴- فقدان تأثیر توبه و فوت بزهکار در سقوط دیات

مجازات که در فلسفه مجازات‌ها بدان استناد می‌کنند منتفی شده باشد و بعضاً اجرای حکم مجازات یا تعقیب اتهامی که سال‌ها به هر دلیل معطل مانده، اثر معکوس بر افکار عمومی داشته باشد، زیرا ذهن جامعه ممکن است به کلی جرم ارتكابی و قبح آن را فراموش کرده باشد. اما در جرایم علیه تمامیت جسمانی، از حیث دیه مطابق شریعت اسلام، گذشت زمان تأثیری در حق الناس ندارد.

با توجه به آنکه دیات مربوط به حقوق اشخاص است و نه حق حکومت و یا حق الله، مرور زمان، هرچند طولانی باشد، تأثیری در سقوط مجازات ندارد، در جرایم مربوط به حکومت، در واقع مرور زمان تعقیب یا مرور زمان اجرا می‌تواند ناشی از مسامحه خود حکومت باشد و چه بسا اثر مترتب بر اجرای

۲-۳-۴- تسهیلات ویژه در اثبات جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص

ازجمله مسائلی که اسلام در خصوص قوانین جزایی در دیات بیان فرموده و قضات را تحت شرایط و ضوابطی ملزم به رعایت آن کرده قسامه است. اسلام با پذیرفتن قسامه راه آسانی را برای اثبات مدعا در اختیار مدعی قرار داده است و برخلاف قاعده مدعی و منکر، اتیان قسامه را به عهده مدعی و بستگان وی قرار داده است. قانون مجازات اسلامی در طی مواد ۳۱۲-۳۴۶ قسامه را بر اثبات قصاص و دیه پذیرفته است.

سؤالی که مطرح است این است که چرا اسلام راه اثبات دیه را آسان کرده است؟ برخی بیان کرده‌اند، یکی از راه‌های حفظ امنیت جامعه، قراردادن راه آسان اثبات قتل و ضرب و جرح در اختیار مدعی است (فیضی، ۱۳۷۷: ۹۸). اما به نظر می‌رسد، با توجه به روایاتی که مستند قسامه قرار گرفته است، جعل قسامه تنها برای هدف فوق‌الذکر نبوده است، بلکه علاوه بر وجه بازدارندگی و حفظ نظم و امنیت، برای بُعد دیگر آن که همان ترمیم و جبران صدمات وارده و حرمت خون ریخته شده و ضرورت جبران آن می‌باشد

بسیار چشمگیر است، و اهتمام شریعت و به تبع آن مقنن جمهوری اسلامی ایران در جبران صدمه و خسارت وارده به بزه‌دیده در این جرایم که حائز اهمیت می‌باشد، انتقاداتی بر این سیاست کیفری وارد شده است که به‌طور خلاصه به بخشی از آنها اشاره می‌کنیم:

۱-۱-۳-۴- عدم رعایت اصل شخصی بودن مجازات‌ها

مطابق قواعد شریعت و مصوبات مقنن جمهوری اسلامی ایران بر اساس این قواعد، در صورتی که قاتل عمدی یا شبه‌عمدی فرار کند و دسترسی به او نباشد، دیه مقتول از مال او اخذ می‌شود، و اگر مالی نداشت و یا تکافوی دیه را نکرد از اموال بستگان او گرفته خواهد شد (۲۶۰ سابق).

در اینجا ملاحظه می‌شود که بستگان قاتل که هیچ نقشی در ارتکاب جرم نداشته و چه‌بسا در شهر دیگری زندگی می‌کنند و از ارتکاب جرم توسط جانی هیچ خبری هم نداشته باشند، به پرداخت دیه، که به هر حال مبلغ قابل توجهی است، و هر سال میزان آن افزایش می‌یابد مجبور می‌شوند و این خلاف اصل شخصی بودن مجازات‌هاست. و اگر ما

امام صادق (ع) در روایت برید عجلی فرموده است: «.../انما حقن دماء المسلمين بالقسامه...» یعنی خون مسلمانان با قسامه محفوظ می‌ماند. این مضمون در اکثر روایات مربوط به قسامه با تغییرات مختلف دیده می‌شود.

در روایت ابوبصیر فرمود: «لَيْلَا يُبْطِلُ دَمُ الْمَرْبِهِ مُسْلِمٍ» و در روایت دیگر آمده است «وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَقَتَلَ النَّاسُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ثُمَّ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ...» و در روایت دیگر می‌فرماید: «.../لَيُعْطِيَهُ الدَّمَاءُ...»

۳-۳-۴- دیات و جلوه‌های ترمیمی آن ۱-۳-۳-۴- بررسی قواعد دیه در پرتو آموزه‌های عدالت ترمیمی

علی‌رغم نقاط قوت احکام مربوط به قصاص و دیه در رعایت قواعد مربوط به عدالت ترمیمی در جرایم مربوط به تمامیت جسمانی اشخاص، و توجه به مسئله جبران صدمات وارده به بزه‌دیده و نقش مؤثر او در این موارد و خصوصاً توجه به صلح و سازش که در حفظ وحدت و انسجام جامعه امری

این است که مدت بازداشت محکوم‌علیه، هیچ تأثیری در کاهش دیه نخواهد داشت، درحالی‌که در سایر مجازات‌های نقدی، به‌میزان مدت بازداشت و براساس یک محاسبه قانونی که با گذشت زمان تغییر می‌کند، از میزان محکومیت جزای نقدی کاسته می‌شود، ولی مدیون دیه، هر اندازه به دلیل تأخیر در پرداخت دیه، در بازداشت بماند، از بدهی او کسر نخواهد شد و این خلاف موازین عدالت و حقوق بشر است. خصوصاً که ادامه بازداشت محکوم‌علیه نوعاً صدمات جبران‌ناپذیری بر اعضای خانواده او از حیث روحی و اجتماعی و اقتصادی خواهد داشت.

۳-۱-۳-۳-۴- تفاوت دیه در برخی موارد

یکی از انتقادات وارده بر عدالت کیفری اسلام در مورد جرایم علیه اشخاص، تفاوت دیه زن و مرد و نیز تفاوت دیه غیرمسلمان و مسلمان است. مطابق نظر فقهای اسلام، دیه پرداختی در مورد قتل یک مرد، با هر میزان سن یا موقعیت اجتماعی و سواد و امثال آن، دو برابر دیه یک زن می‌باشد و مقنن جمهوری اسلامی ایران هم در ماده ۵۵۰ قانون مجازات اسلامی همین امر را پذیرفته است. باعنایت به اینکه دیه جنبه مالی صرف دارد نه امری که واجد جنبه‌های ارزشی و امثال آن‌ها باشد، به‌نظر می‌رسد این تفاوت عمده ناشی از نقش اقتصادی مرد در معاش خانواده در زمان ظهور اسلام و در شرایط آن روزگار باشد که دین اسلام هم آن را به عنوان یک قاعده عرفی و عقلانی پذیرفته و مورد تأیید قرار داده است. ازطرف دیگر، هزینه زندگی زن (نفقه) برعهده مرد گذاشته شده و مجموعاً نقش و تأثیر مرد در اقتصاد خانواده نوعاً بیشتر از زن بوده است، بنابراین در صورت فقدان او خلاء اقتصادی بیشتری در خانواده ایجاد می‌شده، و جبران این خلاء اقتصادی از طریق پرداخت دیه، تاحدودی

دیه را مجازات هم تلقی نکنیم، دراین‌صورت هم ملزم ساختن سایرین ازجمله بستگان به پرداخت دیه، منطقی به‌نظر نمی‌رسد. ممکن است در زمان‌های قدیم که افراد یک قوم و طایفه در یک محل زندگی می‌کردند و تلاش اقتصادی مشترکی داشتند، چنین امری قابل توجیه بود (گرجی، ۱۳۶۹: ۲۶۶)؛ خصوصاً با فقدان مؤسسات خدمات عمومی و نهادهایی چون بیمه، ستاد دیه، صندوق پرداخت دیه و سازمان‌های گسترده دولتی و عدم امکان جبران خسارت وارده به بزه‌دیده و خانواده او از طرق دیگر. ولی امروزه که نوعاً افراد فامیل و حتی خانواده جداگانه زندگی می‌کنند، و منافع مشترک اقتصادی کمتری هم دارند و ازطرفی نهادهای گسترده‌ای اعم از عمومی یا خصوصی وجود دارد که جهت جبران خسارت وارده می‌توان از آن‌ها کمک گرفت و راه حل منطقی و منطبق بر عدالت برای این امر یافت، چنین حکمی چندان موجه به‌نظر نمی‌رسد. همین انتقاد در مورد ملزم ساختن عاقله که عبارت از اقوام نسبی ذکور پدر و مادری یا پدری باشد (ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی)، به پرداخت دیه در قتل‌هایی که به‌طور خطای محض واقع شود، یا دیه صدمات بدنی شدید در خطای محض (به‌جز قتل) نیز وارد است (ماده ۴۶۳ قانون مجازات اسلامی).

۲-۱-۳-۳-۴- امکان بازداشت

یکی دیگر از انتقادات وارده این است که، شخص محکوم به پرداخت دیه در صورت عدم پرداخت آن در موعد مقرر بازداشت خواهد داشت و تا اثبات اعسار در بازداشت می‌ماند، و این امر سالیانه هزاران نفر را روانه بازداشتگاه‌ها می‌کند، گرچه بخش‌نامه‌های فراوانی جهت حل این معضل از طرف مسئولین امر قضایی صادر شده (بادامچی، ۱۳۸۸: ۵۲)، اما مشکل با بخش‌نامه قابل حل نیست و نکته قابل توجه

جبران می‌شده است، در حال حاضر هم گرچه در جوامع فراوانی این نقش مرد حفظ شده است، ولی نمی‌توان نقش مؤثر زنان را در تلاش اقتصادی جامعه و خانواده نادیده گرفت. بنابراین برای ساختن دینه زن و مرد در شرایط مساوی اجتماعی، امری معقول و به قواعد حقوق بشر که جامعه اسلامی بدان پای‌بند است، نزدیک‌تر است.

۴-۱-۳-۳-۴- مقادیر دیات

در هنگام ظهور شریعت اسلام پرداخت دیه بر اساس ۱۰۰ شتر به عنوان یک قاعده عرفی مفید در عربستان معمول بوده (گرجی، ۱۳۷۲: ۶۴) و حتی در بعضی نقاط دیگر از جمله بعضی مناطق ایران به عنوان «خون‌بس» یا «خون‌بها» برای پیشگیری از انتقام‌گیری قبیله‌ای و جبران صدمات وارده به بزه‌دیده یا خانواده او و دلایل دیگر، اجرا می‌شد. چون در آن زمان‌ها پول نقد به صورت امروزی یا وجود نداشته یا بسیار کم در دسترس بوده است. بنابراین در منطقه عربستان، تعیین تعداد ۱۰۰ شتر در مقابل خون یک انسان، توجیه‌پذیر است؛ زیرا شتر بهترین کالای منطقه خشک و بیابانی عربستان بوده است. همان‌طوری که در طول ربع قرن پس از ظهور اسلام و تشکیل خلافت اسلامی خصوصاً در دوره امیرالمومنین علی‌بن ابی‌طالب، و استقرار ایشان برای مدت طولانی در منطقه عراق و شهر کوفه، اجناس دیگری همچون گاو و گوسفند و پارچه‌های مناسب (حله یمنی) و درهم و دینار که پول رایج آن عصر بوده است به عنوان مقادیر دیه تعیین شده است. این امر نشان می‌دهد که شتر در تعیین میزان دیه، موضوعیت نداشته است، همان‌طور که گاو و گوسفند و پارچه و امثال آن‌ها هم موضوعیت نداشته است (گرجی، ۱۳۷۲: ۶۸).

به آن‌ها پیوسته‌اند از جمله کنوانسیون‌های مربوط به حقوق بشر، پای‌بند باشند، اصلاح و بازنگری قواعد دیات و قصاص خلاف موازین شرع نبوده، و بلکه با رفع انتقادات، به نحو بهتری می‌توان از مزایای این مجازات‌ها در جهت حل منازعات ناشی از جرم بین بزه‌دیده و خانواده او از یک‌طرف و بزه‌کار و خانواده او از طرف دیگر، و ایجاد صلح و سازش پایدار در میان آنها اقدام کرد.

در مورد اقسام دیات، به نظر نگارنده، پای‌بند بودن به کالاهایی چون شتر صحیح نبوده و باید براساس سبد کالاهای مصرفی مورد نیاز جامعه یا سبد ارزش‌های معتبر، مقدار دیات تعیین شود. علاوه بر آن، ضرورت جبران واقعی خسارت وارده به بزه‌دیده، ایجاب می‌کند که اگر عضوی که در اثر جنایت، آسیب دیده یا از بین رفته است، در رفع نیازهای او و شغل و تخصص ویژه‌اش، نقش بیشتر و مؤثرتری داشته، علاوه بر دیه مقدر، مبلغی به عنوان مازاد دیه و حق تخصص ویژه، یا ارزش ویژه آن عضو هم به وی پرداخت گردد. همچنین جهت نیل به اهداف عدالت ترمیمی باید علاوه بر جبران صدمات مادی، نسبت به جبران صدمات معنوی وارد شده به بزه‌دیده نیز در قوانین مربوط راه‌حل عملی پیش‌بینی شود. با توجه به تحولات اجتماعی جدید و نقش مؤثر زنان در اداره جامعه و گردش امور اقتصادی خانواده، باتوجه به اینکه دیه ماهیت اقتصادی دارد و نه ماهیت ارزشی، اصلاح مابه‌التفاوت دیه مسلمان و غیرمسلمان ضروری به نظر می‌رسد، تا هرچه بیشتر قواعد دیه به موازین عدالت که مطلوب شریعت اسلام است، نزدیک‌تر گردد (رهامی، ۱۳۸۵: ۱۷۵).

۲-۳-۴- بررسی جنبه‌های ترمیمی دیات

با توجه به مراتب فوق، به‌ویژه با توجه به این‌که دیه از یک طرف مالی است که به

در حوزه جرایم علیه اشخاص، نقش بزه‌دیده و یا خانواده و وراث او، بسیار برجسته بوده و چه در مرحله تعقیب و رسیدگی و صدور حکم و چه در مرحله اجرای مجازات، این بزه‌دیده از جرم و یا وراث و قائم‌مقام‌های اوست که سرنوشت بزه‌کار را از حیث نوع مجازات و اجرای آن رقم می‌زند، به‌نحوی که با گذشت و عفو مجرم توسط بزه‌دیده و یا قائم‌مقام او، مجازات سنگینی چون قصاص نفس به دیه و حبس تعزیری تبدیل شده، و این امر تا آخرین مرحله قبل از عملی شدن اعدام و با وجود صدور حکم و قطعیت آن امکان‌پذیر است. حکم مزبور ناشی از توجه اسلام به فراهم شدن زمینه صلح و سازش پایدار در این حوزه می‌باشد (رهامی، ۱۳۸۵: ۱۶۸-۱۶۹). به دلیل غلبه «عدالت ترمیمی» بر سایر سیاست‌ها در حوزه جرایم علیه اشخاص، احکام و قواعد عام‌الشمول در مجازات‌های دیگر، از قبیل قواعد مربوط به تخفیف و تشدید قضایی مجازات، احکام تعدد و تکرار جرم، احکام مرور زمان و تأثیر تنبه مجرم در سقوط مجازات، در مجازات‌های مستوجب قصاص و دیات قابل اجرا نمی‌باشد، زیرا اجرای بسیاری از این قواعد در این جرایم منجر به تضییع حقوق بزه‌دیده می‌شود.

توجه به انتقاداتی که به اجرای مجازات‌های قصاص و دیه وارد شده، جهت عملی ساختن این مجازات‌ها و «به‌روزکردن آن‌ها» از یک‌طرف و مطابقت این مجازات‌ها با قواعد پذیرفته‌شده حقوق بشری از طرف دیگر، ضروری است. به نظر نگارنده، با اجتهاد مستمر فقهی و با دخالت دادن دو عامل مهم زمان و مکان در اجتهاد فقهی، و باتوجه به این امر که مسلمین خود را تابع قواعد پذیرفته‌شده نظام بین‌المللی می‌دانند که براساس «المؤمنون عند شروطهم» باید به کنوانسیون‌های بین‌المللی که کشورهای اسلامی، از جمله ایران،



عنوان خسارت از جانب عامل ورود زیان یا عاقله وی به شخص زیان دیده (بزه دیده) یا بازماندگان وی پرداخت می گردد، و از طرف دیگر نوعی کیفر برای جانی محسوب می شود، می توان معتقد به وجود برخی آثار عدالت ترمیمی در این تأسیس از تأسیسات حقوق کیفری ایران شد. چرا که عدالت ترمیمی از یک طرف با تمرکز بر روی بزهکاران درصدد پاسخگو کردن و مسئولیت پذیر نمودن ایشان می باشد. مسئولیت پذیری و پاسخگویی نیز مستلزم مواجه شدن با آنچه که فرد انجام داده است، می باشد. این امر بدان معناست که بزهکاران باید تشویق شوند تا تأثیر رفتار خویش بر صدمه و زیانی که بر دیگران ایجاد کرده اند را درک کنند و نیز ترغیب شوند در جهت اصلاح امور تا آنجا که امکان پذیر است گام هایی بردارند (غلامی، ۱۳۹۶: ۳۵). از طرف دیگر، با تمرکز بر روی بزه دیدگان، در صدد ترمیم خسارات وارده بر ایشان و جبران یا استیفای حقوق از دست رفته آن ها باشند، و این همان چیزی است که همزمان در نهاد دیه در حقوق کیفری ایران مشاهده می شود، یعنی هم مجازات بزهکار در مقابل فعل زیان بار خود و هم جبران و ترمیم خسارت بزه دیده. این برداشت کاملاً منطبق با عدالت ترمیمی است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۳۴). در اینجا به نظر می رسد بحثی مشروح برای توضیح موارد اجرای عدالت ترمیمی در دیه لازم است، لذا بهتر است با توجه به تمام مقررات دیه به بررسی موضوع بپردازیم.

گردید و اسناد بین‌المللی نیز بر آن تأکید دارند. در خصوص تعلیق مقررات دیه با بنیادهای عدالت ترمیمی، باید اذعان نمود که جرایم مشمول مقررات دیه نیز حسب آموزه‌های عدالت ترمیمی، مربوط است به طرفین و اقدام علیه دولت محسوب نمی‌شود. در اسلام، هنجارشکنی و تعدی به تمامیت جسمانی اشخاص، باعث اختلال در روابط میان افراد است و نه مخالفت با دولت و به‌طور کلی، رویکرد اسلام به ارتکاب بزه علیه تمامیت جسمانی اشخاص ماهیت ترمیمی دارد. همین رویکرد در قوانین موضوعه ایران نیز دنبال شده است. بدین ترتیب با اصلاحاتی که در قوانین کیفری ایران بعد از انقلاب صورت گرفت، علاوه بر رعایت جنبه‌های عدالت ترمیمی در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص و اهتمام به فراهم‌ساختن زمینه‌های صلح و سازش بین طرفین، مسئله حفظ نظم عمومی و پیشگیری از تکرار جرم هم مورد توجه مقنن جمهوری اسلامی ایران واقع شده است. البته در جرایم غیرعمدی به‌غیر از موارد محدود، جنبه‌های عمومی، کم‌رنگ‌تر و بیشتر توجه قانون‌گذار به جنبه‌های جبرانی و ترمیمی از طریق پرداخت دیه شده است. اصل دیگر که مورد تأکید عدالت ترمیمی است، مشارکت همه افراد دخیل و متأثر از ارتکاب بزه است. هدف از اصل مذکور این است که ضعف‌های ساختاری که منجر به جرم می‌شود بر طرف شود و فاصله و شکاف بین بزه‌کار، بزه‌دیده و جامعه کمتر شده و گسست‌های اجتماعی ترمیم یابد تا بدین وسیله، از ارتکاب مجدد بزه و تکرار بزه‌کاری پیشگیری شود. این اصل جایگاه ویژه‌ای در اسلام داشته و متأثر از آن قوانین موضوعه و عرف اجتماعی جامعه ایران متحول شده است و وجود نهادهایی همچون امر به معروف و نهی از منکر، میانجی‌گری یا اصلاح ذات‌البین، میانجی‌گری قاضی بین طرفین دعوی، صلح‌وسازش، روش‌های ارائه‌شده برای تحقق این اصل می‌باشد. نهایتاً اصل سوم مورد تأکید سیستم عدالت ترمیمی، همانا جبران و ترمیم صدمات وارده است.

با مراجعه به مقررات دیگر، مشاهده می‌شود که در جرایم عمدی که مجازات اصلی آن قصاص است ممکن است این مجازات به دیه تبدیل شود. تبدیل دیه به قصاص در دو صورت قابل تصور است؛ یکی آن که به دلیل عدم امکان قصاص دیه پرداخت می‌شود، مانند مواد ۳۰۱ و ۳۰۸ قانون مجازات اسلامی در رابطه با قتل فرزند توسط پدر و قتل دیوانه توسط عاقل. با توجه به اصول ناظر بر عدالت ترمیمی نمی‌توان مواردی را که در آن قصاص قابل اجرا نیست از مصادیق عدالت ترمیمی دانست، زیرا در این موارد حضور فعال بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه محلی وجود ندارد بلکه در آن عدالت کیفری سنتی از طریق قاضی این مجازات بر بزه‌کار تحمیل می‌شود. در این موارد و مواردی که بیشتر مورد بحث قرار گرفت حتی به خسارت‌های دیگر بزه‌دیده توجه نمی‌شود و خسارت‌های عاطفی و معنوی او بلاجبران باقی می‌ماند.

اما در مواردی که قصاص قابل اجراست می‌توانیم آثار عدالت ترمیمی را مشاهده کنیم، زیرا در این موارد حضور بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه محلی کاملاً مشهود است. لذا در این موارد نقش فرایند ترمیمی بسیار مهم است، بدین معنا که می‌توان با به‌کار بستن سازوکارهای شکلی ترمیمی میان بزه‌دیده و بزه‌کار نوعی صلح و تفاهم برقرار کرد تا به‌جای استفاده از قصاص که ضمانت‌اجرائی تنبیهی است، ضمانت‌اجرائی چون دیه که در این مورد می‌تواند علاوه بر خسارت‌های مادی تا حدی خسارت‌های معنوی و عاطفی را جبران کند، به کار بست.

بحث و نتیجه‌گیری

مقررات دیه بیشتر بر جبران مادی و صدمات مادی و جسمانی تأکید می‌کند و صدمات وارده بر روان بزه‌دیدگان به طور کامل در این مقررات تحت پوشش واقع نگردیده است که باید کامل شود. جبران دیه از بیت‌المال در این نهاد جایگاه ویژه‌ای دارد که این امر همسو با تحولاتی است که موجب پذیرش جبران دولتی خسارت وارده، در نظام حقوقی

غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، نشر سمت، چاپ اول. ادريس، عوض احمد، ديه، ترجمه‌ی علیرضا فیضی، سازمان چاپ انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۷.

فاضل لنگرانی، محمد، گنجینه استقنانات قضایی (نرم‌افزار)، مؤسسه آموزش و پژوهشی قضا، قم، ۱۳۷۰. کازرز، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲.

گرچی، مقالات حقوقی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین، مجموعه مقالات تاریخ حقوقی کیفری، جلد اول، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین، بادامچی، حسین، ترجمه تاریخ کیفری بین‌النهرین، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۳.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین: جرم‌شناسی، (عدالت ترمیمی)، تقریرات درس دوره‌ی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه امام صادق (ع)، دانشکده‌ی حقوق، نیمسال دوم، سال تحصیلی ۸۳-۱۳۸۲، تدوین، حمزه زینالی-برهانی.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین، هاشم بیگی، حمید: دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ سوم، ۱۳۹۳، انتشارات گنج دانش، تهران.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین: از حقوق کیفری بزه‌دیده مدارتا عدالت ترمیمی، دیپاچه در بزه‌دیده در فرایند کیفری، نوشته مهرداد رایجیان اصلی، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۱، انتشارات خط سوم، تهران.

نجفی ابرندآبادی، علی حسین: «از جرم‌مداری تا بزه‌دیده‌مداری»، دیپاچه در: ژرار لوپز-ژینا فیلیزولا، بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه‌ی روح‌الدین کردعلیوند-احمد محمدی، چاپ اول، ۱۳۷۹، انتشارات مجد، تهران.

نوبهار، رحیم، اصل قضایی بدون مجازات‌ها، نشر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۹.

- با وجود هماهنگی نهاد دیه با بنیادهای عدالت ترمیمی، در اجرای این اصول، برای حصول اهدافی در نظر گرفته شده در حقوق ایران، چالش‌هایی وجود دارد. از جمله این موانع و محدودیت‌ها این است که میزان سرمایه اجتماعی یعنی اعتماد اجتماعی و مشارکت مدنی پایین است. علاوه بر آن، سازمان‌دهی مشارکت عمومی در پیاده‌کردن این اصول با دشواری‌هایی روبروست که عدم توجه به آن موجب می‌شود که حقوق و آزادی‌های افراد مورد تجاوز واقع شود و حریم خصوصی اشخاص نقض گردد و از طرف دیگر، باید برای نهادینه‌ساختن، نهادهایی مثل میانجی‌گری و داوری تعیین و ساختار و حدود و ثغور دخالت اشخاص مشخص شود تا اختیار نهادهای غیردولتی و مردمی در حل و فصل اختلافات مردم مشخص شود.

منابع

- اسرافیلیان، رحیم، جرایم قابل گذشت، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
- بادامچی، حسین، تازه‌های علوم جنایی: مقاله مسئله‌ی تکامل حقوق کیفری، نشر میزان، چاپ نخست، ۱۳۸۸.
- رهامی، محسن، زمینه‌های عدالت ترمیمی در حقوق کیفری ایران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۵.
- زهره، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه غلامی، حسین، انتشارات مجد، چاپ هفتم، ۱۳۹۷.
- سماواتی پیروز، امیر، عدالت ترمیمی، نشر خلیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- سلیمی، علی و داوری، محمد، جامعه‌شناسی کج‌رو، پژوهشکده موزه و دانشگاه، ۱۳۸۱.
- شیر، عباس: «پارادایم‌های عدالت کیفری: عدالت سزادهنده و عدالت ترمیمی»، صص ۲۱۳ تا ۲۴۵، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره‌ی ۷۴، زمستان ۱۳۸۵.
- صالح، علی پاشا، مباحثی از تاریخ حقوق، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.
- عباسی، مصطفی، افق‌های نوین عدالت ترمیمی در میانجی‌گری کیفری، تهران، دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۲.

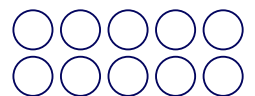


داوری‌های سرمایه‌گذاری حوزه‌ی انرژی‌های تجدیدپذیر

محمدرسول مؤذنی‌زاده

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق انرژی دانشگاه شهید بهشتی

Moazzenizade2000@gmail.com



چکیده

در نتیجه‌ی وضع کنوانسیون‌های ناظر بر لزوم کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای و در نتیجه‌ی الزام دولت‌ها بر کاهش آلودگی‌های زیست‌محیطی و پررنگ‌تر شدن اهمیت توسعه‌ی پایدار، دولت‌ها اقدام به سیاست‌گذاری در جهت ارتقای صنعت انرژی‌های تجدیدپذیر کردند؛ از مهم‌ترین این سیاست‌ها تشویق سرمایه‌گذاران در این حوزه توسط دولت‌ها می‌باشد. اتخاذ مکانیزم‌های مختلف در جهت تشویق و ارتقای بخش انرژی تجدیدپذیر، سرمایه‌گذاران خارجی بسیاری را جذب این‌گونه کشورها کرده است. نحوه‌ی اجرا و گاه، لغو این سیاست‌گذاری‌ها، سرمایه‌گذارانی که دل به تضامین و تسهیلات این‌گونه سیاست‌ها بسته بودند را آزرده خاطر کرد. از طرفی، دولت‌های پیشگام در حوزه‌ی انرژی‌های تجدیدپذیر، که غالباً کشورهای عضو منشور انرژی (ECT) و یا معاهدات دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری (BITs) می‌باشند، راه مراجعه به داوری بین‌المللی را بر روی سرمایه‌گذاران حوزه‌ی انرژی‌های تجدیدپذیر باز نموده‌اند. در نتیجه، سرمایه‌گذارانی که به هرروی خود را متضرر اقدامات دولتی می‌دیدند، به دادخواهی علیه دولت سرمایه‌پذیر، با استناد به دو مقوله‌ی مصادره و نقض اصل رفتار عادلانه و مناسب (FET)، می‌پردازند. دولت‌ها نیز در مقابل به اختیار خود، به مقررگذاری در حوزه‌ی نفع عمومی خودشان استناد کرده و مطالبات سرمایه‌گذاران را نامشروع خواندند. داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به تفسیر و توضیح این اصول پرداخته‌اند. در این نوشتار سعی بر این است تا به بررسی نحوه‌ی استناد سرمایه‌گذاران به اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و دعوای متقابل دولت‌ها علیه آن‌ها و روشن‌سازی این مسائل در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی پرداخته شود.

کلمات کلیدی: سرمایه‌گذاری، رفتار عادلانه و منصفانه، مصادره، مصادره‌ی غیرمستقیم، داوری سرمایه‌گذاری، مقررگذاری مشروع، منشور انرژی



سرآغاز

قبل از ظهور داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی و انعقاد کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵، سرمایه‌گذاران تنها دو راه نامطمئن برای دادخواهی از دولت میزبان داشتند؛ نخست، مراجعه به دادگاه‌های کشور میزبان و دوم، حمایت دیپلماتیک از طرف دولت خودشان؛ برکسی پوشیده نیست که این راه‌ها مسیرهای درست و نتیجه‌بخشی در پیش پای سرمایه‌گذاران خارجی نبودند، چرا که بی‌طرفی دادگاه کشور میزبان، آرزویی ایده‌آل‌گرایانه است که در عالم واقعیت نشانی از آن یافت نمی‌شود. هم‌چنین، حمایت دیپلماتیک از طرف دولت سرمایه‌گذار، دل‌به‌خواهی، انتخابی، غیرتخصصی، نا کارآمد و زمان‌بر بوده است.^۱ پس از معرفی سیستم داوری ایکسید برای سرمایه‌گذاران، شوق سرمایه‌گذاری خارجی افزایش یافت. با انعقاد کنوانسیون منشور انرژی و پذیرش سیستم‌های مختلف داوری سرمایه‌گذاری توسط دول عضو، راه دادخواهی برای سرمایه‌گذاران خارجی حوزه‌ی انرژی هموار و تسهیل شد.

ایجاد کنوانسیون‌های زیست‌محیطی از جمله کنوانسیون وین در خصوص حفاظت از لایه‌ی اوزون ۱۹۸۵، پروتکل مونترال در خصوص مواد مضر برای لایه‌ی اوزون ۱۹۸۷ و اصلاحیه‌ی کیگالی ۲۰۱۶، کنوانسیون چارچوب تغییرات آب‌وهوایی ۱۹۹۲ و پروتکل کیوتو ۱۹۹۷ و در نهایت توافق پاریس ۲۰۱۵،

دولت‌ها را ملزم به کاهش گازهای گلخانه‌ای و کربن دی‌اکسید نموده و در نتیجه، دولت‌ها دریافتند که یگانه راه دستیابی به این مهم؛ سیاست‌گذاری در راستای افزایش استفاده از انرژی‌های نو و تجدیدپذیر می‌باشد.^۲ یکی از مهم‌ترین این سیاست‌ها، سیاست خرید تضمینی برق (Feed In Tariffs) به قیمت مشخص از تولیدکنندگان برق نیروگاه‌های تجدیدپذیر می‌باشد که توسط کشورهای هم‌چون ایتالیا و اسپانیا اتخاذ شد.^۳

سریز سرمایه‌گذاری در حوزه‌ی انرژی‌های تجدیدپذیر در کشورهای سیاست‌گذار در این حوزه و در نتیجه ضررها و تعهدات سنگین مالی بر دوش این کشورها، آن‌ها را مجبور به عقب‌نشینی و تغییر سیاست‌های خود کرد.^۴ این تغییرات، انتظارات سرمایه‌گذاران را به کلی مورد چالش و نقض قرار داد. و همین مسئله، سرمایه‌گذاران را به دادخواهی از طریق مکانیزم‌های داوری شمرده‌شده در کنوانسیون منشور انرژی، تشویق و ترغیب نمود. مسائل مذکور، منجر به انفجار پرونده‌ها در ایکسید و اقامه‌ی دعوای بسیار زیاد علیه دولت‌ها شد.^۵ به گونه‌ای که تاکنون بیش از ۷۰۰ مورد دعوا مطرح شده و تنها در سال ۲۰۱۵، حدود ۷۰ دعوا نزد ایکسید برده شده است.

در ادامه، نخست به مسئله‌ی تفسیر پرداخته و سپس سراغ صلاحیت دیوان داوری و در نهایت کنکاش مبانی مورد استناد سرمایه‌گذاران در نقض حقوق آن‌ها خواهیم رفت.

1. Cima, Elena. «Investment Arbitration in the Energy Sector: Past, present, and future.» (2020).

2. Scherer, Maxi, ed. *International arbitration in the energy sector*. Oxford University Press, 2018. Para 11.4.

3. Verburg, Cees, and Jaap Waverijn. «Liberalizing the global supply chain of renewable energy technology: The role of international investment law in facilitating flows of foreign direct investment and trade.» *Brill Open Law* 2, no. 1 (2020): 101-139. P 110. Massari, Saverio Francesco. «The Italian Photovoltaic sector in two practical cases: how to create an unfavorable investment climate in Renewables.» *Transnational Dispute Management (TDM)* 12, no. 3 (2015). P 6.

4. Ibid, p 111.

5. Ibid.



مسئله‌ی تفسیر

دیوان‌های دآوری در تعیین مرزهای مفاهیم مختلف مربوط به دعوا پیوسته با مسئله‌ی تفسیر روبه‌رو می‌شوند. اهمیت این مسئله از آن جهت است که به عنوان نمونه، تفسیر محدود و مضیق مفهوم سرمایه‌گذاری می‌تواند به عدم صلاحیت دیوان دآوری منجر شود. از همین‌رو در ابتدا، مسئله‌ی تفسیر را در موارد صلاحیت، نفع عمومی و عدم تبعیض مورد کنکاش و بررسی قرار خواهیم داد.

به طور کلی دیوان‌های دآوری، به تفسیر مفاهیم مربوط به کنوانسیون‌های سرمایه‌گذاری با توجه به ماده‌ی ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۲، می‌پردازند.^۶ ماده‌ی ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات، تفسیر معاهده را بر اساس حسن نیت و هدف معاهده‌ی مربوط قرار می‌دهد.^۷ بر کسی پوشیده نیست که هدف معاهدات سرمایه‌گذاری، حمایت از سرمایه‌گذار و ایجاد و تضمین مرجع دادرسی بی‌طرفی است که در صورت نیاز، سرمایه‌گذار به آن مراجعه کند.^۸ در همین راستا لازم است تا مفهوم سرمایه‌گذاری به صورت هرچه وسیع‌تر و مفاهیم نفع عمومی و اقدام غیرتبعیض‌آمیز به صورت مضیق تفسیر شود، تا منافع سرمایه‌گذار به بهترین شکل ممکن حفظ شود.

6. *RREEF Infrastructure (GP) Ltd and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl v Spain*, ICSID Case No ARB/13/30, Award on Jurisdiction (6 June 2016)

7. Aust, Anthony. «Vienna convention on the law of treaties (1969)» *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006).

8. Naewmalee, Kiratipong. «Indirect expropriation: property rights protection, state sovereignty to regulate and the general principles of law.» (2017). P 136. Bücheler, Gebhard. *Proportionality in investor-state arbitration*. OUP Oxford, 2015. P 158. *Siemen v Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction 3 August 2004 [81]. The Tribunal decided on the basis of the Argentina-US BIT. The Tribunal interpreted the objective and purpose narrowly 'to protect' and 'to promote investments'.

صلاحیت دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری

یکی از مهم‌ترین راهکار دولت‌ها برای اجتناب از فرآیند داوری، اعلام عدم صلاحیت دیوان داوری می‌باشد. درواقع دولت‌ها سعی می‌کنند تا با خارج کردن اموال سرمایه‌گذاری از مفهوم سرمایه‌گذاری، او را از حمایت کنوانسیون‌های دو جانبه، یا چند جانبه خارج کنند. در نتیجه دیوان داوری نیز صلاحیت رسیدگی به دعوا را نخواهد داشت.

صلاحیت دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری، به موجب ماده‌ی مربوط به حل‌وفصل اختلافات در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (BITS)، و همچنین معاهدات چندجانبه‌ی سرمایه‌گذاری همانند نفتا (که البته از سال ۲۰۲۰ به توافق‌نامه ایالات متحده، مکزیک و کانادا تغییر نام داده‌است) و کنوانسیون منشور انرژی می‌باشد، احراز می‌شود. معاهده‌ی منشور انرژی، در ماده‌ی ۲۶ خود، در ابتدا راهکار مذاکره را برای طرفین جهت حل‌وفصل اختلاف معرفی می‌کند، اما از آن‌جا که غالباً این راهکار نتیجه‌بخش نمی‌باشد، سرمایه‌گذاران به دیگر مکانیزم‌های این ماده متوسل می‌شوند. ماده‌ی ۲۶ معاهده‌ی منشور انرژی، علاوه بر امکان مراجعه به دادگاه‌های کشور میزبان، راهکار مراجعه به داوری را نیز به سرمایه‌گذاران معرفی می‌کند.

ماده‌ی ۲۶ معاهده‌ی منشور انرژی، چهار مکانیزم عمده‌ی داوری را پیش‌بینی نموده و به رضایت دولت‌های عضو در مورد صلاحیت این مراجع داوری بین‌المللی، تصریح می‌کند. نخست، داوری ایسکید؛ دوم، داوری اتاق بازرگانی استکهلم؛ سوم، داوری موردی انسیترال و چهارم، داوری تکمیلی ایکسید در مورد دولت‌هایی که عضو کنوانسیون واشنگتن نمی‌باشند.

از میان موارد نام‌برده‌شده، بیش‌ترین موارد منتخب، داوری سرمایه‌گذاری ایکسید و داوری

موردی انسیترال می‌باشد که البته سهم داوری ایکسید به مراتب بیش‌تر است. انتخاب گسترده‌ی ایکسید به عنوان دیوان داوری، منطقی و معقول است؛ چراکه ریسک برابر با صفر ابطال رأی ایکسید نزد دادگاه‌های دولتی و همچنین، قدرت بلامنازع اجرایی آراء داوری ایکسید، این مرجع حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی را به مستحکم‌ترین و قابل‌اطمینان‌ترین مرجع دادخواهی سرمایه‌گذاران بین‌المللی بدل کرده است.

از دیگر موارد مهم در خصوص احراز صلاحیت دیوان داوری سرمایه‌گذاری، بحث مفهوم سرمایه‌گذاری می‌باشد؛ چرا که دیوان داوری در صورتی صالح به رسیدگی می‌باشد که اقدامات خواهان دعوا، ذیل مفهوم سرمایه‌گذاری قرار گیرد. این مهم در قضایای یوکاس، پتروپارت علیه قرقیزستان و ای‌بی تکنولوژی علیه جمهوری لاتویا مطرح شده‌اند.^۹

درواقع، در تمامی این موارد، دیدگاه لیبرال در تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری اتخاذ شده است. توضیح آن‌که، دیدگاه لیبرال در مقابل دیدگاه سنتی، در رویه‌ی تفسیر مفهوم سرمایه‌گذاری در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی قرار دارد. در دیدگاه سنتی، داوران معیارهای مشخصی را برای تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری مورد بررسی قرار می‌دهند. اما در دیدگاه لیبرال، تعریف سرمایه‌گذاری بر اساس سندی است که حل‌وفصل اختلاف توسط داوری در آن پیش‌بینی شده است.

در معاهده‌ی منشور انرژی، تعریف بسیط مفهوم سرمایه‌گذاری، به صلاحیت هرچه بیش‌تر داوری‌های سرمایه‌گذاری کمک می‌کند. بند ۶ ماده‌ی ۱ معاهده‌ی منشور انرژی، تمامی اموال و حقوق مالی سرمایه‌گذار در دولت میزبان، که البته مرتبط با صنعت انرژی باشد، ذیل مفهوم سرمایه‌گذاری قرار داده و مشمول معاهده نموده است.

9. *Petrobart v Kyrgyz Republic*, Award, Section VIII.6. See also *Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Stockholm v Republic of Latvia*, SCC Case No. 118/2001 [hereinafter *Nykomb v Latvia*], Award, 16 December 2003, para. 4.3.3.3(d).



۱. مبانی دادخواهی سرمایه‌گذاران در داوری‌های سرمایه‌گذاری انرژی‌های تجدیدپذیر

۱.۱. مصادره

به طور کلی مصادره به دو نوع مستقیم (direct expropriation) و غیرمستقیم (indirect expropriation) تقسیم می‌شود؛ مصادره‌ی مستقیم به معنای انتقال واضح مالکیت، تسخیر زمین و در اختیار گرفتن سرمایه‌گذاری توسط دولت میزبان است.^{۱۰} مصادره‌ی غیر مستقیم خود به انواع مختلفی تقسیم می‌شود، این نوع مصادره معیارهای مختلفی برای تحقق دارد که بررسی یکایک آن‌ها از حوصله‌ی این نوشتار خارج است. به طور کلی، مصادره‌ی غیر مستقیم به معنای محرومیت سرمایه‌گذار از استفاده از منافع سرمایه‌گذاری، و یا استفاده از سرمایه‌گذاری بدون انتقال و تغییر در مالکیت قانونی اموال سرمایه‌گذار، می‌باشد.^{۱۱} همچنین، مصادره‌ی غیر مستقیم

10. Isakoff, Peter D. «Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments» (2013).» *Global Bus L Rev* 2: 189. P 192.

11. Barklem, Courtenay, and Enrique Alberto Prieto-Ríos. «The Concept

آن‌ها، به دوش مراجع داوری گذاشته شده است. به عنوان نمونه، در قضیه‌ی چاران علیه اسپانیا با وجود اقدامات و مقررگذاری‌های دولت اسپانیا که به ضرر مالی خواهان انجامیده بود، باز هم دیوان داوری اقدامات دولت اسپانیا را به این دلیل که این گونه اقدامات مساوی با محرومیت اساسی از اموال نیست، برابر با مصادره ندانست.^{۱۰}

۲.۱. نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب (Fair and Equitable Treatment)

اصل رفتار منصفانه و مناسب تقریباً در تمامی کنوانسیون‌های سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذار تضمین شده است؛ به گونه‌ای که به عقیده‌ی برخی این اصل، دیربازی است سرمایه‌گذاری تبدیل شده است.^{۱۶} در خصوص ماهیت و چیستی این قاعده، برخی آن را مساوی با حداقل رفتار استاندارد با سرمایه‌گذار دانسته‌اند^{۱۷} و برخی این اصل را توسعه‌یافته‌تر و پیشرفته‌تر تلقی کرده‌اند؛ بدین معنی که اصل رفتار منصفانه و مناسب الزامات حفاظتی بیش‌تری را بر روی دوش دولت میزبان به نفع سرمایه‌گذار قرار می‌دهد.^{۱۸}

به کاهش اساسی ارزش اموال مورد مصادره در نتیجه‌ی اقدامات دولت، بدون تصرف فیزیکی اموال سرمایه‌گذاری، تعریف شده است.^{۱۲} مصادره‌ی مستقیم امروزه بسیار نادر بوده و غالباً ادعاهای سرمایه‌گذاران ناظر بر مصادره‌ی غیر مستقیم است.

در تمامی کنوانسیون‌های دوجانبه یا چندجانبه مصادره توسط دولت با رعایت شرایطی مجاز شناخته شده است. ماده‌ی ۱۳ معاهده‌ی منشور انرژی، مصادره را با رعایت شرایطی از جمله رفتار غیرتبعیض‌آمیز، فرآیند قانونی، به منظور نفع عمومی و با پرداخت غرامت مناسب، فوری و مؤثر مجاز دانسته است. این شرایط، مختص منشور انرژی نیست، درواقع موارد مذکور در تمامی کنوانسیون‌های سرمایه‌گذاری، به دلیل ماهیت عرفی این شرایط در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، وجود دارد.^{۱۳}

در حقیقت، آنچه مصادره را برای دولتی قانونی می‌کند، لزوم وجود نفع عمومی، اقدامات غیرتبعیض‌آمیز دولتی و پرداخت غرامت مناسب و فوری به سرمایه‌گذار به موجب فرآیند قانونی می‌باشد.^{۱۴} احراز حدود و ثغور مفاهیم مذکور و تحقق یا عدم تحقق

of» Indirect Expropriation», its appearance in the international system and its effects in the regulatory activity of governments.» *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* 11, no. 21 (2011): 77-98. P 78.

12. SÜMERTAŞ, Selvi Duygu. «INDIRECT EXPROPRIATION AS A CONCEPT OF POLITICAL RISK IN TERMS OF INTERNATIONAL ENERGY INVESTMENTS.» *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 1859-1871. P 1862.

13. OECD (2004), ««Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» in International Investment Law», *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2004/04, OECD Publishing, Paris. P 2.

14. Sicard-Mirabal, J. and Derains, Y., *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, pp. 128-131. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1. Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/16.

15. *Charanne (Netherlands) & Construction Investments (Luxembourg) v Spain*, SCC Case No 062/2012, Award (21 January 2016). Para 465.

16. Alejandro Diego Diaz Gaspar v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/19/13. Para 356. Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius, ICSID Case No. ARB/16/32. Para 243. Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/14/1. Para 442.

17. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, (2005) ICSID Case No. ARB/01/8 [CMS case]. Para 284. Rand Investments Ltd., William Archibald Rand, Kathleen Elizabeth Rand, Allison Ruth Rand, Robert Harry Leander Rand and Sembi Investment Limited v. Republic of Serbia, ICSID Case No. ARB/18/8. Para 599.

18. Mayeda, Graham. «Playing fair: the meaning of fair and equitable treatment in bilateral investment treaties.» *J. World Trade* 41 (2007): 273. P 278. Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of

اصل رفتار منصفانه و مناسب در ماده‌ی ۱۰ کنوانسیون منشور انرژی مورد حمایت و تضمین قرار گرفته است. بر همین مبنا، بسیاری از سرمایه‌گذاران حوزه‌ی انرژی تجدیدپذیر که تحت تأثیر اقدامات دولت میزبان قرار گرفته‌اند، در دیوان‌های داوری اقامه‌ی دعوا کرده‌اند. یکی از مهم‌ترین الزامات و نتایج اصل رفتار منصفانه و مناسب، رعایت انتظارات مشروع سرمایه‌گذار می‌باشد.^{۱۹} بدین معنی که نقض و تخطی از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار، به معنای نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب است. به طور کلی، به عقیده‌ی غالب دکتربین در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، انتظارات مشروع سرمایه‌گذار می‌تواند از دو مبنا نشأت گرفته و منبعت شود؛ نخست، تضمین و تعهدی که توسط دولت به سرمایه‌گذار اعطا شده است و دوم، شرایط کشور میزبان سرمایه در زمان سرمایه‌گذاری.^{۲۰}

از مصادیق مورد اول می‌توان به شرط تثبیت که به معنای فریز شدن فضای قانونی کشور سرمایه‌پذیر برای سرمایه‌گذار در زمان سرمایه‌گذاری، و همچنین در حوزه‌ی انرژی‌های تجدیدپذیر، تضمین خرید برق به مبلغ مشخص از نیروگاه تجدیدپذیر اشاره کرد. در خصوص مورد دوم باید گفت که سرمایه‌گذار با اتکای به فضای امن حقوقی یک کشور اقدام به

Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/25. Para 546.

19. Levashova, Yulia. «Fair and equitable treatment and investor's due diligence under international investment law.» *Netherlands International Law Review* 67 (2020): 233-255. P 234.

20. Ibid, p 235.





سرمایه‌گذاری در آن کشور می‌نماید و با توجه به این مسئله، انتظار تداوم چنین فضایی را برای ادامه سرمایه‌گذاری خویش خواهد داشت. البته این نوع از انتظار مشروع هرگز به معنای فریز شدن سیستم حقوقی دولت میزبان نمی‌باشد، بلکه در کنار اختیار و قدرت دولت در خصوص امکان مقررگذاری و تنظیم‌گری سیستم سرمایه‌گذاری خودش، باید به حقوق مکتسبه‌ی سرمایه‌گذار و فراهم بودن محیط مناسب و امن برای سرمایه‌گذار احترام گذاشته و آن را تأمین نماید.^{۲۱} پیشرفت دیدگاه دوم تا به آن‌جاست که برخی مهم‌ترین موضوع انتظارات مشروع را تغییرات فضای حقوقی سرمایه‌گذاری دانسته‌اند، و در سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت، شرایط پایدار و امن قانونی و حقوقی را برای سرمایه‌گذاری از جمله الزامات دولت‌ها در راستای اصل انتظارات مشروع سرمایه‌گذار دانسته‌اند. به همین دلیل، برخی از صاحب‌نظران، قراردادهای منعقدی سرمایه‌گذاران انرژی خورشیدی را با دولت ایتالیا، به دلیل مدت طولانی ۲۰ ساله‌ی قرارداد، موجد انتظار مشروع ثبات فضای قانونی، برای سرمایه‌گذاران دانسته‌اند.^{۲۲}

اصل رفتار منصفانه و مناسب، رهیافت مناسب‌تری برای سرمایه‌گذاران حوزه‌ی انرژی تجدیدپذیر بوده است؛ چرا که از میان دعوای حوزه‌ی تجدیدپذیر که به نتیجه رسیده‌اند؛ در اکثر قریب به اتفاق موارد، ادعای مصادره توسط دولت میزبان توسط دیوان دآوری رد شده و ادعای نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب، و به خصوص نقض انتظارات مشروع سرمایه‌گذار، مورد پذیرش دیوان دآوری قرار گرفته است. در قضیه‌ی ایسر، دیوان دآوری بیان می‌دارد که اصل رفتار منصفانه و مناسب به هیچ روی دست دولت میزبان را در مقررگذاری و تنظیم‌گری مشروط به نبود شرط ثبات، نمی‌بندد و این مسئله نمی‌تواند منجر به

21. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, (2005) ICSID Case No. ARB/01/8 [CMS case]. Para 277.

22. Massari, Saverio Francesco. «The Italian Photovoltaic sector in two practical cases: how to create an unfavorable investment climate in Renewables.» *Transnational Dispute Management (TDM)* 12, no. 3 (2015). P 23.

نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب و همچنین انتظارات مشروع سرمایه‌گذار شود.^{۲۳} لکن در همین قضیه، دیوان دآوری تصریح کرد که نبود شرط تثبیت به معنای امکان تغییر سریع و غیرمعقول سیستم حقوقی دولت میزبان نمی‌باشد. درواقع دولت نباید فضایی را که سرمایه‌گذار با تکیه بر آن اقدام به سرمایه‌گذاری در دولت میزبان کرده است به سرعت تغییر دهد چرا که سرمایه‌گذار بر اساس این سیستم و با محاسبه سود و زیان خود از آن اقدام به سرمایه‌گذاری کرده که خود موجب انتظار مشروعی برای سرمایه‌گذار بوده است.^{۲۴} بنابراین در این مورد رأی برعلیه دولت اسپانیا صادر شد.

اما در پرونده‌ی چاران، برخلاف قضیه‌ی ایسر، دیوان دآوری به نفع دولت اسپانیا رأی داد و اقدامات دولتی اسپانیا را ناقض اصل رفتار منصفانه و مناسب ندانست. به عقیده‌ی این دیوان دآوری، اقدامات دولت اسپانیا در راستای اختیارات حکومتی این دولت بوده است، و در نبود شروطی همانند شرط ثبات، سرمایه‌گذار نمی‌تواند انتظار داشته باشد که شکل و غالب حقوقی تا زمان وجود نیروگاه‌های او بدون تغییر باقی بمانند.^{۲۵} رویه‌ی مشابه‌ای در پرونده‌ی آن‌گلاب به دلیل عدم کفایت صرف خطای حقوقی برای نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب اتخاذ شد.^{۲۶} همچنین در پرونده‌ی سالوکا، دیوان دآوری اذعان کرد که مدارک و شواهد باید حاکی از رفتار غیرمعقول، ناپایدار و غیرمتناسب دولت میزبان باشند تا بتوانند نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب را در پی داشته باشند.^{۲۷} در هر حال در رأی چاران تمامی اعضای هیئت دآوری موافق با دیدگاه بیان شده، نبوده‌اند. پروفیسور تاویل، داور منتخب خواهان، با وجود

23. *Eiser Infrastructure Ltd and Energia Solar Luxembourg Sàrl v Spain*, ICSID Case No 13/36, Award (4 May 2017); para 362.

24. Ibid para 382.

25. *Charanne (Netherlands) & Construction Investments (Luxembourg) v Spain*, SCC Case No 062/2012, Award (21 January 2016). Para 503.

26. *Unglaube v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/08/1, Award (16 May 2012).

27. *Saluka Investments BV v. Czech Republic (Partial Award)*, 15 I.C.S.I.D. Rep. 274 (2006). paras 245–46.

تجاری و اقتصادی نمایند. درواقع این اختیار دولت‌ها در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، تحت دو عنوان کلی حق بر مقررہ‌گذاری (right to regulate) و دکتربین قدرت پلیس (police power doctrine) مورد استناد دولت‌ها قرار می‌گیرند.^{۳۱}

البته این‌گونه صلاحیت دولت‌ها بدون محدودیت و قاعده‌مندی نمی‌باشد. توضیح آن‌که، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و به‌تبع آن رویه‌ی داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، محدودیت‌های معقولی بر این اختیار وارد کرده است. البته توضیح و تفصیل کامل این محدودیت‌ها از حوصله‌ی این نوشتار خارج است؛ اما درهرحال، به اختصار به بررسی اجمالی این محدودیت‌ها خواهیم پرداخت. به طور کلی، مقررات دولت که به نحوی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی را محدود می‌کند، باید متناسب^{۳۲} بوده و همچنین تبعیض‌آمیز نباشد.^{۳۳} منظور از تناسب درواقع آن است که در ابتدا هدف دولت در راستای اهداف مشروع مربوط به نفع عمومی باشد، اتخاذ اقدام مربوطه برای دولت ضروری و گریز ناپذیر باشد، اقدام دولت متناسب‌ترین اقدام ممکن برای رسیدن به هدف مورد نظر بوده و همچنین اقدامی مورد انتخاب دولت قرار گرفته باشد که کم‌ترین نتایج منفی را برای سرمایه‌گذار به دنبال داشته باشد؛^{۳۴} و در نهایت اقدامات اتخاذشده توسط دولت، شرایط متفاوتی را در بین سرمایه‌گذارانی که در زمینه‌ی مشابه فعالیت می‌کنند، ایجاد نکند.

پذیرش رأی اکثریت مبنی بر عدم تحقق مصادره‌ی غیرمستقیم، در خصوص رعایت انتظارات مشروع سرمایه‌گذار توسط طرفین و در نتیجه‌ی رعایت اصل رفتار منصفانه و مناسب، با اکثریت هیئت داوری هم نظر نبود. به عقیده‌ی پروفیسور تاویل، سیستم حقوق مجری در زمان شروع سرمایه‌گذاری، می‌تواند برای سرمایه‌گذار، انتظار تداوم مشروع و معقول همان سیستم را ایجاد کند.^{۳۵} درواقع به نظر پروفیسور تاویل، دولت به هیچ عنوان از حق قانون‌گذاری و تنظیم‌گری به نحوی که موافق با منافع عمومی باشد محروم نیست؛ بلکه اگر در راستای این اقدامات دولت انتظار مشروع سرمایه‌گذار را مورد نقض قرار داد، باید خسارت متناسب را نیز پرداخت نماید.^{۳۶} این دیدگاه طرفداران دیگری نیز داشته است و در دیگر رویه‌های داوری دیده می‌شود.^{۳۷}

۲. مبنای استنادی دولت‌ها در مقابل ادعاهای سرمایه‌گذاران در داوری سرمایه‌گذاری

در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی با وجود اعطای تضامینی هم‌چون رفتار منصفانه و عادلانه (FET) و امنیت و حمایت کامل به سرمایه‌گذاران توسط دولت‌ها، باز هم قدرت قانون‌گذاری و تنظیم‌گری دولت‌ها کاملاً محدود نشده و بر این بنیاد، دولت‌ها می‌توانند در حوزه‌ی نفع عمومی و با توجه به اقتضائات نظم عمومی، اقدام به تنظیم‌گری و مقررہ‌گذاری در زمینه‌های مختلف از جمله مسائل زیست‌محیطی،

28. Charanne, Dissenting Opinion. para 5.

29. Ibid para 11.

30. See *Metalclad* (n 88) paras 99–101; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v Costa Rica*, ICSID Case No ARB/96/1, Award (17 February 2000).

31. Mostafa, Ben. «The sole effects doctrine, police powers and indirect expropriation under international law.» *Australian International Law Journal* 15 (2008): 267–296. P 269.

32. Kingsbury, Benedict, and Stephan Schill. «Public law concepts to balance investors' rights with state regulatory actions in the public interest—the concept of proportionality.» *International investment law and comparative public law* 75 (2010): 97. P 78.

33. Naewmalee, Kiratipong. «Indirect expropriation: property rights protection, state sovereignty to regulate and the general principles of law.» (2017). P 2.

34. De Brabandere, Eric, and Paula Baldini Miranda da Cruz. «The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective.» *Nordic Journal of International Law* 89, no. 3–4 (2020): 471–491. P 488. Calamita, N. Jansen. «The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy in International Investment Treaties.» *Chapter 4* (2014): 157–200. P 169.

نتیجه‌گیری

در نتیجه‌ی کنوانسیون‌های متعدد زیست‌محیطی و به تبع آن،

سیاست‌گذاری‌های دولت‌ها برای ارتقای

صنعت انرژی تجدیدپذیر و افزایش استفاده از انرژی‌های سبز، دعاوی متعددی ناشی از عدم تعهد به تضامین و یا تحقق سیاست‌های مربوطه در داوری سرمایه‌گذاری بین‌الملل به وجود آمد. این‌گونه اختلافات غالباً در کشورهای اروپایی از جمله ایتالیا، جمهوری چک و به خصوص اسپانیا به وجود آمده‌اند. عمده‌ی ادعاهای سرمایه‌گذاران در دیوان‌های داوری مصادره‌ی اموال توسط دولت و همچنین نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب بوده است. از میان این دو ادعا در داوری‌هایی که تاکنون به نتیجه رسیده‌اند، نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب بیش‌تر مورد قبول دیوان داوری قرار گرفته و همچنین دلیل شکست دولت‌ها در این‌گونه دعاوی شده است.

البته دولت‌ها نیز در مقابل این دعاوی دفاعیات مشروع و مستحکمی مطرح کرده‌اند و ساکت ننشسته‌اند. به این‌گونه که در ابتدا سعی در ناصالح دانستن دیوان داوری به وسیله‌ی تعریف محدود و مضیق مفهوم سرمایه‌گذاری و در نتیجه خروج سرمایه‌گذاری از چتر حمایتی کنوانسیون‌های سرمایه‌گذاری داشته‌اند و از طرفی دیگر در مقابل هردو ادعای مصادره و نقض اصل رفتار منصفانه و مناسب، بر اختیار خودشان در تنظیم‌گری و مقررہ‌گذاری در حوزه‌های مختلف ذیل نظم عمومی پافشاری کرده‌اند. در هر حال، این دیالکتیک پیچیده میان ادعاهای سرمایه‌گذاران و دولت‌ها محل اظهار نظر و بحث‌های بسیار شده است، که در این نوشتار گریز کوچکی به آن زده شد. بر کسی پوشیده نیست که در هر حال، تشخیص نهایی مرز تحقق مصادره و نقض اصل رفتار منصفانه و عادلانه از یک سو، و همچنین اختیار دولت‌ها در تنظیم‌گری و مقررہ‌گذاری ذیل مفاهیمی از قبیل قدرت پلیس و حق بر قانون‌گذاری از سوی دیگر، به عهده‌ی دیوان‌های داوری می‌باشد.

منابع

- Verburg, Cees, and Jaap Waverijn. "Liberalizing the global supply chain of renewable energy technology: The role of international investment law in facilitating flows of foreign direct investment and trade." *Brill Open Law* 2, no. 1 (2020): 101-139.
- Chaisse, Julien. «Renewables re-energized? The internationalization of green energy investment rules and disputes." *The Journal of World Energy Law & Business* 9, no. 4 (2016): 269-281.
- Pharaon, Claudia. "Arbitration Involving Renewable Energy Investments in the Eurasian Region: A Focus on Indirect Expropriation Claims Brought under the Energy Charter Treaty." In *The Law and Policy of New Eurasian Regionalization*, pp. 433-455. Brill Nijhoff, 2021.
- Laird, Ian A., Borzu Sabahi, Frédéric G. Sourgens, and Todd J. Weiler. *Investment Treaty Arbitration and International Law-Volume 7*. Vol. 1. Juris Publishing, Inc., 2014.
- Henckels, Caroline. "Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitra-



tion.” *Journal of International Economic Law* 15, no. 1 (2012): 223-255.

- Vasciannie, Stephen. “The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice.” *The British Year Book of International Law* 70, no. 1 (2000): 99.
- Ranjan, Prabhash. “Using the public law concept of proportionality to balance investment protection with regulation in international investment law: a critical appraisal.” *Cambridge International Law Journal* 3, no. 3 (2014): 853-883.
- Daza-Clark, Ana Maria. “Indirect Expropriation and International Investment Law.” In *International Investment Law and Water Resources Management*, pp. 88-114. Brill Nijhoff, 2017.
 - Massari, Saverio Francesco. “The Italian Photovoltaic sector in two practical cases: how to create an unfavorable investment climate in Renewables.” *Transnational Dispute Management (TDM)* 12, no. 3 (2015).
 - Aust, Anthony. “Vienna convention on the law of treaties (1969).” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006).
 - Naewmalee, Kiratipong. “Indirect expropriation: property rights protection, state sovereignty to regulate and the general principles of law.” (2017).
 - Bücheler, Gebhard. *Proportionality in investor-state arbitration*. OUP Oxford, 2015.
 - Isakoff, Peter D. “Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments’ (2013).” *Global Bus L Rev* 2: 189.
 - Mostafa, Ben. “The sole effects doctrine, police powers and indirect expropriation under international law.” *Australian International Law Journal* 15 (2008): 267-296.
 - Barklem, Courtenay, and Enrique Alberto Prieto-Ríos. “The Concept of” Indirect Expropriation”, its appearance in the international system and its effects in the regulatory activity of governments.” *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* 11, no. 21 (2011): 77-98.



- SÜMERTAŞ, Selvi Duygu. “INDIRECT EXPROPRIATION AS A CONCEPT OF POLITICAL RISK IN TERMS OF INTERNATIONAL ENERGY INVESTMENTS.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 1859-1871.
- Sicard-Mirabal, J. and Derains, Y., *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, pp. 128-131.
- Levashova, Yulia. “Fair and equitable treatment and investor’s due diligence under international investment law.” *Netherlands International Law Review* 67 (2020): 233-255.
- Kingsbury, Benedict, and Stephan Schill. “Public law concepts to balance investors’ rights with state regulatory actions in the public interest—the concept of proportionality.” *International investment law and comparative public law* 75 (2010): 97.
- Naewmalee, Kiratipong. “Indirect expropriation: property rights protection, state sovereignty to regulate and the general principles of law.” (2017).
- De Brabandere, Eric, and Paula Baldini Miranda da Cruz. “The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective.” *Nordic Journal of International Law* 89, no. 3-4 (2020): 471-491.
- Calamita, N. Jansen. “The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy in International Investment Treaties.” *Chapter 4* (2014): 157-200.



چه شد که نفت ملی شد؟

محراب کمالی

دانشجوی ارشد حقوق انرژی دانشگاه شهید بهشتی

mhrbkamali2000@gmail.com



چکیده

بیش از هفتاد سال پیش، یکی از مهم‌ترین اتفاقات تاریخی ایران به وقوع پیوست و نفت ایران ملی شد. از آن روز تا الان ملی‌شدن صنعت نفت محل بحث‌های فراوان و ضد و نقیضی بوده است؛ اینکه آیا مصدق قانوناً حق ملی‌کردن نفت را داشت؟ آیا بهترین راه حل موجود ملی‌شدن بود؟ عواقب ملی‌شدن نفت چه بود و آیا نفت واقعاً ملی شد؟ این‌ها سؤالاتی است که قرار است در این مقاله به آن‌ها بپردازیم. **واژگان کلیدی:** ملی‌شدن صنعت نفت؛ دکتر مصدق؛ امتیازنامه داری؛ شرکت نفت ایران و انگلیس.

مقدمه

ایران در قراردادهای نفتی پیش‌کسوت است و بیش از ۱۰۰ سال است که از عمر صنعت نفت ایران می‌گذرد. به استثنای چند سال اول، در هر یک از این سال‌ها، وقایع و دگرگونی‌های کمابیش مهمی در جریان کار نفت ایران رخ داده است که همه آن‌ها قابل تحقیق و ضبط در تاریخ می‌باشد؛ ولی در بعضی دوره‌ها تغییراتی روی داده که صنعت نفت ایران را از خط سیر قبلی آن خارج کرده و در مسیر تازه‌ای قرار داده که گاهی توسعه و تکامل آن را به طور فوق‌العاده تسهیل و تسریع نموده است و گاهی نیز بالعکس باعث عقب‌ماندگی صنعت نفت ایران شده است.

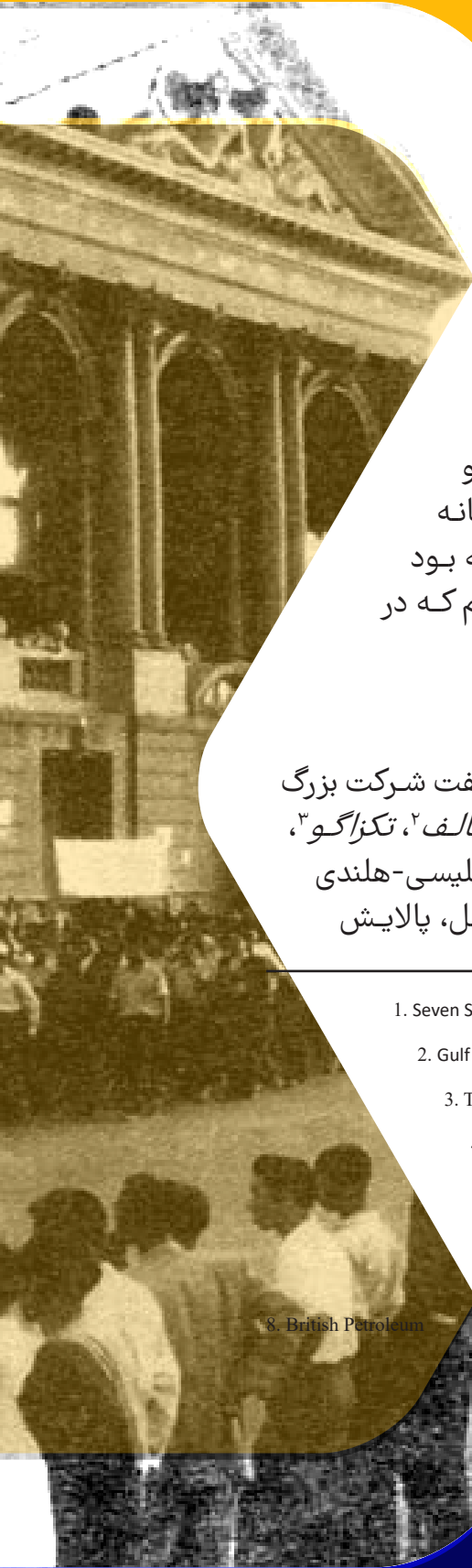
این مطلب واضح است که در کلیه تحولات عمده صنعت نفت در منطقه خاورمیانه، ایران همواره پیش‌قدم بوده است. اعطای امتیاز یا تجدیدنظر و الغای آن، ملی‌کردن صنعت نفت و تأسیس شرکت ملی، مشارکت با شرکت‌های خارجی، تغییر رژیم پنجاه‌پنجاه (تخصیف عواید)، ورود به بازارهای بین‌المللی و عقد قرارداد «خدمات»، همه از اقداماتی‌ست که اولین بار در کشور ایران انجام شده است و هر یک راه را برای پیشرفت به سوی اقدام بعدی باز کرده است. این

صنعت به دلیل امتیازات منحصر به فرد خود از پرمخاطره‌ترین و در عین حال، پردرآمدترین صنایع جهان امروز به حساب می‌آید و کشور ما نیز، با برخورداری از ۱۰ درصد منابع نفت جهان و حدود ۱۵ تا ۲۰ درصد ذخایر گاز، از مزیت نسبی بالایی در این زمینه برخوردار است.

مروری بر جریان این ماجراها و ارزیابی مباحثی که در توجیه مواضع حقوقی طرفین در طی این منازعات مطرح گردیده بسیار عبرت‌آمیز و کمک‌کننده برای آینده بوده و بدیهی است که مهم‌ترین واقعه از این لحاظ جریان ملی‌شدن صنعت نفت می‌باشد.

فضای سیاسی اجتماعی مقارن با ملی شدن صنعت نفت

اگر به فضای سیاسی و اجتماعی آن دوره نگاه کنیم و به یاد بیاوریم که چه وضعیتی در ایران حاکم بوده است، شاید ارزیابی بهتری از داستان ملی شدن صنعت نفت داشته باشیم. فضای بعد از شهریور ۱۳۲۰ در ایران، فضایی ضداجنبی و به تعبیر چپ‌ها «ضدامپریالیستی» بوده است. دوران رضاشاه، دوران ادعاهای بزرگی بود؛ همچون اینکه ایران کشور بزرگ و مستقلی است و ارتش بزرگی دارد، ارتشی که ادعا می‌شد در منطقه قدرت برتر است و هزینه‌های فراوانی برای آن شده است؛ اما همین ارتش بزرگ در کمتر از ۴۸ ساعت در برابر نیروهای متفقین شکست خورد که آن هم نتیجه عدم توجه مناسب به سیاست‌های جهانی و تحولات آن بود. این اتفاق، خاطره بدی را در ذهن ایرانیان ایجاد کرد مبنی بر اینکه گویی خارجی‌ها همواره به دنبال تحقیر، اشغال و زورگویی علیه ما هستند.



پس به عبارتی، فضای روشنفکری و افکار عمومی بعد از ۲۰ شهریور چنین مختصاتی داشت. طبعاً ایدئولوژی‌های ملی‌گرایانه و ضدامپریالیستی و ایدئولوژی‌های مارکسیستی و چپ که از طریق روشنفکران و طرفداران حزب توده و روسیه حمایت می‌شد، رشد و نمو پیدا می‌کردند. بنابراین مولود این شرایط، از یک سو دیدگاهی ملی‌گرایانه بود که همان‌طور که گفته خواهد شد رویکرد آن بیشتر آرمان‌گرایانه بود تا واقع‌گرایانه؛ و از سوی دیگر ما شاهد رشد ایدئولوژی چپ بودیم که در چارچوب حزب توده، برنامه‌های خود را پیگیری می‌کرد.

شرکت نفت ایران و انگلیس

در دههٔ ۱۹۳۰، بخش عمدهٔ معاملات مربوط به نفت خام در کنترل هفت شرکت بزرگ نفتی بود؛ هفت شرکتی که به هفت خواهران^۱ نفتی موسوم بودند: گالف^۲، تکزاکو^۳، موبیل^۴، سوکال^۵ و اکسون^۶ که آمریکایی بودند و رویال داچ شل^۷ که انگلیسی-هلندی و بریتیش پترولیوم^۸ که انگلیسی بود. این شرکت‌ها نه تنها حمل‌ونقل، پالایش

1. Seven Sisters

2. Gulf

3. Texaco

4. mobil

5. Socal

6. Exxon

7. Royal Dutch Shell

8. British Petroleum

سرانجام در سال ۱۲۸۸ شرکت نفت ایران و انگلیس با سرمایه دومیلیون لیره تأسیس شد و در سال ۱۲۹۳ دولت انگلستان به لحاظ اهمیت روزافزون نفت برای تأمین سوخت و نیروی دریایی خود، حدود ۵۶ درصد سهام شرکت را خرید و دو نفر نماینده با حق وتو نسبت به تصمیمات مربوط به سیاست عالیۀ شرکت در هیئت مدیرۀ آن منصوب کرد و بدین ترتیب کنترل شرکت را به دست آورد.

جرقه اختلاف ایران و شرکت نفت ایران و انگلیس

در همین سالها بود که عدم رضایت از مقررات امتیاز داری و روش و جریان کار شرکت نفت شروع شد و نادانی زمامداران وقت از طرفی و سرسختی صاحب امتیاز برای تعدیل این قرارداد باعث بروز اختلافات عمده‌ای گردید.

مهم‌ترین اختلاف، منافع حاصله از شرکت‌های تابعه بود. شرکت نفت ایران و انگلیس برخلاف نص امتیازنامه که به موجب آن می‌بایست ۱۶ درصد از منافع تمام شرکت‌هایی را که صاحب امتیاز تأسیس می‌کرد را به دولت ایران بپردازد، از حساب کردن این منافع که در خارج از ایران بود خودداری می‌کرد و حق ایران را محدود به منافع شرکت‌های واقع در ایران می‌دانست.

بالأخره در تاریخ ۱۶ آذرماه ۱۳۱۱ پس از کشمکش‌های فراوان، به دستور رضاشاه امتیازنامه داری ملغی و بلااثر شد؛ ولی دولت وقت ایران اعلام کرد چنانچه شرکت حاضر باشد بر خلاف گذشته منافع حقیقی ایران را تأمین کند، دولت اصولاً از اعطای امتیاز جدید امتناع نخواهد کرد.

سرانجام در ۷ خرداد ۱۳۱۲ تغییراتی که در مقررات امتیازنامه داری حاصل شد از این قرار بود که:

و بازاریابی نفت خام را در اختیار داشتند، بلکه همچنین بخش عمده ذخایر نفتی جهان را تحت کنترل خود درآورده بودند. کنترل این ذخایر نفتی از طریق قراردادهای امتیازی انجام می‌شد و دولت‌ها در چارچوب این قراردادهای امتیازی، آن‌چنان حقوق گسترده‌ای به صاحبان امتیاز واگذار می‌کردند که در پاره‌ای از موارد بی‌شبهت به قراردادهای انتقال حاکمیت نبود؛ هرچند با تحولات بعدی در این خصوص، از اختیار صاحبان امتیاز به میزان قابل توجهی کاسته شد.

پیش از دهه ۱۹۵۰ تمامی قراردادهای منعقدۀ در خاورمیانه در چارچوب قراردادهای امتیاز واگذار شده بود و عرف تجاری در زمینه انعقاد قراردادهای نفتی محسوب می‌شد، هرچند که در هر یک از این کشورها، قراردادهای منعقدۀ ویژگی خاص خود را داشتند. ایران نیز از این قاعده مستثنی نبود و در سال ۱۲۸۰ شمسی مظفرالدین‌شاه قاجار امتیاز تفحص، استخراج، حمل‌ونقل و فروش نفت و مواد مشتق از آن را با اجازه انجام کلیۀ عملیات مربوطه در سراسر کشور به جز ۵ ایالت شمالی ایران به مدت ۶۰ سال به ویلیام د/رسی واگذار نمود و امتیازگیرنده تعهد نمود معادل ۱۶ درصد از مقدار فروش نفت در این مناطق به عنوان حق‌الامتیاز به دولت ایران بپردازد. تاریخ اعطای این امتیاز ۵ سال قبل از برقراری رژیم مشروطیت بود. پس از تأسیس رژیم مشروطیت و وضع قانون اساسی، مستند به ماده ۲۴ آن، بستن عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها و اعطای هرگونه امتیاز تجاری و فلاحی موقوف به تصویب مجلسین سنا و شورای ملی گردید، ولی بنا بر تجارتی‌نشدن نفت در آن زمان بحثی دایر بر عطف‌بماسبق نمودن اصل مزبور و لزوم تصویب امتیازنامه داری از طرف قوه مقننه پیش نیامد و امتیازنامه به حال خود باقی ماند.

«ه) دولت مکلف است در کلیه مواردی که حقوق ملت ایران نسبت به منافع ثروت کشور اعم از منابع زیرزمینی و غیر آن تضییع واقع شده است به خصوص راجع به نفت جنوب، به منظور استیفای حقوق ملی، مذاکرات و اقدامات لازمه را به عمل آورد و مجلس شورای ملی را از نتیجه آن مطلع سازد.»

مضمون بند ه به وضوح اعلام خطری برای شرکت نفت ایران و انگلیس بود. معذک شرکت نفت با وجود این ماده واحده و همچنین اعتصابات و جنبش‌های مهم کارگران نفت، هیچ احتیاجی به تغییر اساسی و فوری در روش خود احساس نکرد. ایراداتی که دولت ایران بر قرارداد ۱۳۱۲ وارد می‌ساخت در ۱۱ بند به تفصیل بیان شده بود که مهم‌ترین موارد آن، بالابردن حق الامتیاز ایران مانند سایر کشورها من جمله ونزوئلا که شرط تصنیف عواید داشت، پرداخت حق السهم ایران قبل از تأدیه مالیات شرکت انگلیسی به دولت متبوع خود، عدم معافیت مالیاتی شرکت انگلیسی به ایران، محدود کردن عواید ایران با تعبیه حساب ذخیره، عدم اعطای نفت به بهای غیرتجارتی به نیروی دریایی انگلستان، عدم ارائه دفاتر محاسبات توسط شرکت انگلیسی، عدم اجرایی شدن تعهد شرکت مبنی بر تقلیل کارکنان خارجی و تمدید مدت امتیاز برای ۳۲ سال دیگر، بود

(۱) به موجب این قرارداد حوزه عملیات به نصف و بعد از پنج سال به یکصد هزار مایل مربع تقلیل می‌یافت.

(۲) حق تأسیس و اداره خطوط لوله از انحصار کمپانی خارج گردید، ولی در مقابل سی و دو سال بر مدت امتیاز افزوده شد.

(۳) درآمد دولت که طبق قرارداد داریسی ۱۶ درصد از منافع بود، مطابق قرارداد جدید بر اساس مقطوع چهار شلینگ در هر تن تثبیت گردید. به علاوه مقرر شد تا پایان سال پانزدهم قرارداد نه پنس در هر تن از بابت شش میلیون تن اول و شش پنس در هر تن برای مقادیر اضافی تولید به دولت پرداخت شود. این پرداخت می‌بایستی در پانزده سال دوم به یک شلینگ و نه پنس افزایش داده شود و در مقابل شرکت نفت ایران و انگلیس از معافیت کامل مالیاتی برخوردار شود.

(۴) همچنین مقرر شد که شرکت نفت ایران و انگلیس تا مبلغ ۶۷۱۲۵۰ لیره استرلینگ سهمی به دولت ندهد؛ اما در صورت افزایش درآمد شرکت نفت ایران و انگلیس به بیش از این مبلغ، ۲۰ درصد از منفعی که زاید بر مبلغ فوق باشد را به دولت ایران بپردازد و همچنین موضوع سهام بودن ایران در شرکت‌های تابعه منتفی شد.

ولی بعد از قرارداد جدید افزایش قابل ملاحظه‌ای را بر اساس واحد تولید نسبت به سال‌های قبل از قرارداد ۱۳۱۲ نمی‌بینیم، بلکه آن مقدار افزایش که حاصل شد بیشتر نتیجه ازدیاد تولید و ترقی قیمت بود.

پس از وقفه‌ای طولانی مدت و کش و قوس‌های عدیده بین ایران به نخست‌وزیری قوام و شوروی بر سر امتیازات نفتی شمال ایران، مجلس شورای ملی در جلسه ۲۹ مهر ماه ۱۳۲۶، برای رسیدگی به اقدامات خارج از صلاحیت قانونی قوام السلطنه، ماده واحده‌ای تصویب کرد که در بند «ه» ی آن آمده است:

منتقدانه حسین مکی (یکی از افراد مجلس عوض جبهه ملی) کار تصویب این لایحه به مجلس شانزدهم کشیده شد. در مجلس شانزدهم نیز کمیسیونی مرکب از ۱۸ نفر به ریاست دکتر مصدق تشکیل و مأمور رسیدگی به قرارداد و تقدیم نظریات خود به مجلس درباره قرارداد الحاقی شد.

۵ تیر ۱۳۲۹ دولت منصور استعفا داد و رزم آرا به نخست‌وزیری منصوب شد و با اعمال فشار بسیار سفرای انگلیسی وی، بر خلاف نخست‌وزیر قبلی بنا را بر اظهار موافقت با لایحه قرارداد الحاقی گذاشت و طبیعتاً با مشکلات عدیده‌ای مواجه شد، ولی کمیسیون و بالأخص ۵ نفر از نمایندگان جبهه ملی در این کمیسیون عزمشان را برای ملی کردن نفت جزم کرده بودند. مصدق می‌گفت:



قرارداد امتیاز شرکت نفت باطل است، زیرا طرفین هر قرارداد باید اول صلاحیت انعقاد آن را داشته و بعد از آن هم آزاد باشند و در امضا و تصویب آن اجباری نداشته باشند، حال آنکه تنظیم و تصویب امتیازنامه در دوره دیکتاتوری صورت گرفته که اکثریت قریب به اتفاق نمایندگان آن دوره نمایندگان حقیقی ملت نبوده و وزرا هم برای انجام وظایف خود آزادی عمل نداشته‌اند. حالا هم که قرارداد الحاقی تنظیم شده، غرض اصلی تنفیذ قرارداد باطل دوره دیکتاتوری است که در نتیجه آن ایران تا ۳۴

سرانجام با پافشاری دولت ایران از ۸ تا ۲۱ مهر ماه مذاکراتی بین گس (نماینده شرکت نفت ایران و انگلیس) و دولت ایران در گرفت و نهایتاً در ۲۶ تیر ماه ۱۳۲۸ این مذاکرات منجر به تنظیم قرارداد الحاقی به عنوان ضمیمه قرارداد اصلی ۱۳۱۲ به امضا رسید و در آن حق الامتیاز ۴ شیلینگ به هر تن، به ۶ شیلینگ به هر تن افزایش داده شد و سهم ۲۰ درصد مقرر ایران را در هر مبلغی که به حساب ذخیره عمومی می‌گذاشت، سال به سال پرداخت می‌شد و حداقل پرداخت سالیانه بابت سهم ۲۰ درصد از سود شرکت از ۷۵۰ هزار لیره به چهار میلیون لیره ترقی داده شد. همچنین مبلغی که در ازای مالیات پرداخت می‌گردید از تنی ۹ پنس مقرر در قرارداد ۱۳۱۲ به تنی یک شیلینگ افزایش داده شد و مواد نفتی مصرفی در داخل کشور به جای تخفیف ۱۰ درصد در قرارداد ۱۳۱۲ به ۲۵ درصد تخفیف افزایش پیدا کرد.

مسلماً همان‌طور که مشاهده شد، میان خواسته‌های ایران و مفاد قرارداد الحاقی توازن وجود نداشت و ایران شرایط الحاقی را برای استیفای حقوق خود کافی نمی‌دید. وزیر دارایی وقت، آقای گلشائیان، بیش از این نتوانست توفیقی حاصل کند و هیئت نمایندگی نیز معتقد بود بایستی حقوق دولت از شرکت نفت، طبق اصول متداول در ونزوئلا که در سایر کشورها به تدریج داشت مورد قبول قرار می‌گرفت، بر اساس تنصیف سود ناویژه شرکت، معین شود و نیز قرارداد باید هر ۱۵ سال یکبار مورد تجدیدنظر قرار بگیرد و نماینده دولت حق رسیدگی به دفاتر و محاسبات را داشته باشد؛ ولی بنابر مصالح آن زمان - که برای جلوگیری از اطناب نوشته از بیان آن عوامل معذورم - قرارداد الحاقی توسط آقای گلشائیان امضا گردید و به مجلس تقدیم شد؛ اما لایحه در ۱۰ روز پایانی عمر مجلس پانزدهم به مجلس تقدیم شد و با نطق‌های

در این زمان عده‌ای از وکلای مجلس طرحی به کمیسیون نفت پیشنهاد کردند با این مضمون که اصل ملی شدن صنعت نفت به عنوان هدف نهایی تلقی و اجرای آن موکول به فراهم آمدن سرمایه، وسایل و شرایط مطلوب برای ملی شدن صنعت نفت شود. ضمناً نظر به لزوم حفظ عواید نفت و استفاده از آن در راه ملی کردن نفت دولت مأمور شود که طی مدت ۳ ماه درباره ترتیب جدیدی با شرکت وارد مذاکره شود و از شرکت بخواهد که ۵۰ درصد منافع عملیات خود را در ایران و ۲۵ درصد منافع خود را از تأسیسات خارج از ایران به دولت بپردازد و رزم آرا نیز قول داد که رضایت شرکت انگلیسی را بگیرد، ولی کمیسیون نفت به طرح پیشنهادی وکلای مزبور ترتیب اثر نداد.

رزم آرا در ۱۲ اسفند عنوان کرد:

اگر مجلس و دولت بدون اینکه وسایل کار را فراهم کرده باشند بخواهند بهره‌برداری از نفت را به دست خود کشور بیاورند، باعث تیره‌بختی ملت ایران و مورد طعن و لعن نسل‌های آینده خواهند شد و به دست گرفتن اداره نفت و بهره‌برداری از آن بدون تأسیس شرکت‌های فرعی در کشورهای دیگر و فراهم ساختن وسایل حمل و نقل و تسهیلات دیگر ممکن نخواهد بود.

سال دیگر تحت مقررات ظالمانه آن قرارداد قرار می‌گیرد و از منافع هنگفت معادن زیرزمینی محروم می‌شود.

در تاریخ ۴ آذر کمیسیون به اتفاق آراء به این نتیجه رسید که قرارداد الحاقی کافی برای استیفای حقوق ایران نیست و جبهه ملی نیز در تلاش برای ملی کردن صنعت نفت ایران بود، ولی مورد موافقت کمیسیون قرار نمی‌گرفت. سرانجام در جلسه ۲۱ آذر، تصمیم اعلامی کمیسیون با اتفاق آراء مبنی بر مخالفت با قرارداد الحاقی تقدیم مجلس شد، ولی در روز ۵ دی ماه ۱۳۲۹ دولت رزم آرا ضمن مخالفت با ملی نمودن صنعت نفت که از طرف جبهه ملی داشت قوت می‌گرفت، لایحه قرارداد الحاقی را به این دلیل که شرایط آن واضحاً بررسی و تعیین نشده است، مسترد نمود. در ۹ دی ماه عربستان قراردادی بر اساس رژیم پنجاهپنجاه با شرکت آمریکایی صاحب امتیاز (آرامکو) امضاء نمود و این خبر در تهران منتشر شد. بعد از این اتفاق با شدت گرفتن اعتراضات مردمی جهت ملی کردن صنعت نفت، در ۲۱ بهمن رزم آرا اعلام نمود فکر ملی کردن صنعت نفت اشتباه مطلق است و دولت باید اقدام سریعی برای اتخاذ رژیم پنجاهپنجاه در نظر بگیرد. شرکت نفت ایران و انگلیس نیز با توجه به این شرایط از موضعی که قبل از آن بسیار سفت و سخت بر آن پافشاری می‌کرد، کوتاه آمد و قبول کرد بر اساس شرایط جدید عربستان سعودی موافقت کند، به شرط اینکه عملیات شرکت نفت در ایران از عملیات در کشورهای دیگر مجزا شود.

که توسط کشور بریتانیا حفاری و استخراج می‌شدند متعلق به بریتانیا بود، نه ایران؛ و این مسئله‌ای بود که دولت باید با آن روبرو می‌شد و تغییرش می‌داد و مسئله اصلی که از زمان رضاشاه شروع شده بود این بود.

نهایتاً در ۱۶ اسفند رزم‌آرا ترور شد و بلافاصله بعد از آن یعنی در جلسه ۱۷ اسفند کمیسیون به اتفاق آراء پیشنهاد ملی کردن نفت را امضا کرد و مجلس شورای ملی در ۲۴ اسفند و مجلس سنا در ۲۹ اسفند گزارش مزبور را تصویب و صنعت نفت درست ۵۰ سال بعد از تاریخ تأسیس آن ملی شد.

عوامل ملی‌شدن صنعت نفت ایران

نکته مهم قابل توجه این می‌باشد که گفتمان ملی‌شدن صنعت نفت ایران از یک جایی به بعد گفتمان حقوقی و اقتصادی صرف نبود بلکه سوگیری سیاسی داشت. در اوایل به وجود آمدن این گفتمان عواملی نظیر کافی نبودن شرایط مالی، تبعیض علیه کارکنان ایرانی، سرسختی طرف خارجی در تعدیل قرارداد و... مدنظر پیشرویان این حوزه بود اما بعد از مدتی دولت ایران که خواستار رفع و رجوع کردن ایرادات و تعدیل قرارداد بود با قوت گرفتن گفتمان ملی‌سازی به تعدیل اقتصادی قرارداد راضی نبود بلکه به دنبال ملی‌سازی و بدست گرفتن صنعت نفت توسط دولت ایران بود.

برای توضیح بیشتر اکثر عواملی که باعث آفریده شدن فکر ملی کردن صنعت نفت شده بود، با نرمش شرکت نفت ایران و انگلیس در شرف برطرف شدن بود و تعدیل قرارداد الحاقی ۱۳۱۲ داشت به سمت وسوی مثبتی حرکت می‌کرد و اکثر ایرادات ذکر شده رفع شدنی بودند و با توجه به این که شرکت، رژیم تصنیف عواید را پذیرفت و حرکات امیدبخشی که به نقل از نمایندگان آن زمان مجلس از

و تصمیم‌گیری درباره موضوع مزبور را موکول به نظر کارشناسان کرد.

مصدق نیز پس از نطق رزم‌آرا ساکت نشست و در جواب نوشت:

ملت ایران مطمئن است که نه تنها فروش این مقدار نفت با توجه به نیازمندی دنیا برای او مقدور است، بلکه می‌تواند در همان سال اول ملی‌شدن صنعت نفت بیش از این‌ها به دنیا بفروشد و میزان عواید خود را بالا ببرد.

و حسین مکی هم معتقد بود که تمام کشورها به نفت ما نیاز دارند و حتی حاضرند متخصصین مجانی به ما بدهند.

چیزی که راجع به آن فکر شده بود و از زمان رضاشاه هم مطرح بود این بود که سهم ایران از نفتی که انگلیس استخراج می‌کند کم است و این سهم باید افزایش پیدا کند؛ چرا که انگلیسی‌ها سر ایران را کلاه می‌گذارند. فکری که همان‌طور که قبلاً گفته شد اندک‌اندک داشت به جاهای خوبی می‌رسید.

دیگر مسئله نفت به موضوعی اساسی تبدیل شده بود که به لحاظ اقتصادی بسیار حائز اهمیت بود؛ همگان می‌دانستند ایران ذخایر نفتی دارد و این ذخایر به منزله ثروت هنگفتی برای کشور به حساب می‌آید. اما متأسفانه این سرمایه هنگفت و ثروت عظیم در دستان ایرانیان نبود. منافع حوزه‌های نفتی

یکی از شقوق این شعائر خودکفایی بود؛ گویا خودکفا شدن از نظر اقتصادی، چیز مطلوبی است و این‌ها درمان درد است. این گفتارها به نظر می‌رسد از جنبه نظری نادرست و از جنبه‌های عملی ناممکن بود. همان‌طور که رزم‌آرا نیز اشاره کرده بود ایرانی‌ها در آن زمان به هیچ‌وجه توانایی مدیریت صنعت نفت را چه از لحاظ فنی و چه از نظر مدیریتی نداشتند و شعارهایی که مطرح می‌شد، غیرواقع‌بینانه بود و متعصبانه دست رد به تمام پیشنهادهای شرکت‌های غربی برای بازاندیشی و تصحیح قراردادهای می‌زدند. اتفاقی که بعد از این طرح افتاد، تبدیل این مسئله به یک جدال بین‌المللی میان ایران و انگلستان بود؛ یعنی خواسته ملی کردن صنعت نفت از یک خواسته حقوقی و اقتصادی فراتر رفت و به یک چالش بین‌المللی تبدیل شد به عبارت دیگر دولت‌ها می‌توانستند با استناد به قوانین بین‌المللی و حق حاکمیت ملی و نیز قوانین داخلی، خواستار احقاق حقوق پایمال شده مردم ایران باشند که احیاناً از طریق امتیازاتی که دولت‌های قبلی واگذار کرده‌اند صورت گرفته است، ولیکن گفتار و افکار جبهه ملی بیش از اینکه بر محور برقراری روابط صحیح با اجنبی بنا شده باشد بر محور اجنبی‌ستیزی بنا شده بود به عنوان مثال در تاریخ ۲۶ آذر ۱۳۲۹ حسین مکی در مجلس جملاتی را به نقل از مصدق ایراد کرد:



اما حقیقت این است که کشور ایران دچار هیچ‌گونه ضرر اقتصادی و ارزی هم در اثر ملی کردن صنعت

طرف شرکت در جهت عدم تبعیض و عدم مداخله در امور سیاسی روا داشته می‌شد؛ به نظر راه‌حل بهتر، می‌توانست از نظر اقتصادی تعدیل قرارداد باشد تا برچیدن دست تمام خارجی‌هایی که در آن زمان در ایران مشغول به کار بودند، ولی همان‌طور که پیش‌تر هم گفته شد، فضای اجتماعی-سیاسی آن زمان به یک فضای ناسیونالیستی و ضدغربی تبدیل شده بود و مردم در آن زمان دیگر خواستار ملی شدن صنعت نفت بودند. گفتار سیاسی نهضت ملی نیز در آن زمان در راستای همین غرایض بود که ملت ایران همیشه در معرض توطئه‌های اجنبی قرار داشته و علت عقب‌ماندگی کشور ما عمدتاً همین مسئله بوده است؛ بنابراین ما باید خودکفا و مستقل شویم.

در اینکه نهضت ملی کردن نفت، مانند نهضت تنباکو و نهضت مشروطیت و نهضت ضد اخراج شوستر آمریکایی یک نهضت صددرصد ملی بوده و از منابع عمیق احساسات ملت ایران سرچشمه گرفته جای هیچ‌گونه شک و تردید نمی‌باشد. اما در عین حال باید اعتراف کرد که نهضت ملی شدن نفت طبق وعده‌هایی که داده می‌شد برای ایران و ایرانیان به طریقی که گفته خواهد شد کاملاً ثمربخش واقع نگردید. برای توضیح بیشتر، گاهی وقتی رنجش‌ها و آزرده‌گی‌ها در جامعه‌ای بروز می‌کند و احساسات مردم غلیان یافته و مہیای اقدام شدیدتری می‌گردند و بر علیه بیدادگری و ستمگری بر می‌خیزند که از مقدس‌ترین و گرانبهاترین اقدامات محسوب می‌شود، به پیشوایانی نیاز دارد که راهنمایان مبرز و توانایی تحصیل نتیجه مطلوب را داشته باشند. به نظر می‌رسد در آن برهه حساس در تاریخ ایران، پیشوایان توانایی غلیان حس مردم را می‌داشتند، ولی فاقد تدبیر لازم جهت مدیریت این تدبیر بودند و با شعائر و گفتارهای مبهم و عامه‌پسند نتوانستند نتیجه مطلوب را حاصل کنند

و آسانی قادر هستیم که خودمان نفت خودمان را اداره کنیم ... ما نمی‌خواهیم نفتمان را تصفیه کنیم. نفت خام می‌فروشیم. این هیچ چیز لازم ندارد. می‌دانید این چاه‌ها با این ترتیبی که تعبیه می‌شود نفت از آن فوران می‌کند ... چه مانعی دارد این دیگر کاری است بیرون آوردن نفت خام و فروش آن بدون تصفیه. این کاریست که هر ایرانی کودنی می‌تواند بکند ... آقایان بیایید این صنعت را ملی بکنید و لو حداکثرش را بگیرید که این نفت نابود بشود و فرض کنید نابود بشود و دست این‌ها [انگلستان] کوتاه بشود می‌نشینیم باهم زندگی می‌کنیم به همان کشاورزی خودمان می‌پردازیم و همان آبادان را آباد می‌کنیم ...



با ارجاعاتی که داده شد و همچنین باقی بیانات این چینی منتهی به ملی‌شدن صنعت نفت مانند اظهارات حسین مکی در جواب عبدالرحمن فرامرزی در جلسه بیست و ششم کمیسیون نفت مورخه ۱۳۲۹/۱۱/۹ که بنابر جلوگیری از اطناب نوشته از بیان آن معذورم، مشخص می‌شود که رجال سیاسی آن موقع درک درستی از واقعیاتی پیش‌رو و به طریق اولی پیش‌بینی درستی از آینده نفت ایران نداشتند و به این دلیل است که به نظر می‌رسد به وضعیت مورد انتظار بعد از ملی‌شدن صنعت نفت نرسیدند

نفت نخواهد شد زیرا اگر فرض کنیم که ایرانیان به جای ۰۳ میلیون تن استخراجی شرکت در سال ۵۹۱ فقط ۰۱ میلیون تن استخراج کنند و برای هرتن که شرکت یک لیتره خرج می‌کند دو لیتره مصرف نمایند باز هم بر اساس فروش هرتن پنج لیتره دولت ایران ۰۳ میلیون لیتره عایدی خواهد داشت و حال آنکه با استخراج سی میلیون تن در سال ۵۹۱ و طبق اظهار وزیر دارائی عایدی دولت ایران حداکثر ۵۲ میلیون لیتره خواهد گردید و تازه هم ۰۲ میلیون تن باقی‌مانده تا فرزندان آتیه ایران بتوانند از آن به نفع خود بهره‌برداری نمایند ... ملت ایران خواهد توانست راه ترقی را بدون هیچگونه اعمال نفوذ و موانع خارجی در محیط صلح و صفا به پیماید.



یا دکتر بقایی نیز در جلسه سوم دی‌ماه ۱۳۲۹ در مجلس شورای ملی نطق مفصلی کرد و گفت:



... با وضعیت فعلی ایران و با داشتن مهندسين تحصیل‌کرده و کارگران با تجربه با کمال سهولت



اشتباه در تبیین ملی شدن

کشورهای اروپایی و به تبع آن ایران
میراث ملی کردن صنایع را از کشورهای کمونیستی و
سوسیالیستی وام گرفته‌اند، و طرح این شعار، به شدت مورد
استقبال افکار عمومی در ایران قرار گرفته بود و هم طبقه سیاسی و هم
افراد عادی از آن حمایت کردند.

به فرض که طراحان ملی کردن نفت، قصدشان منافع ملت بوده است، اما نتیجه
ملی شدن صنعت نفت، دولتی شدن آن بود و صنعت نفت را از اکتشاف و استخراج
تا توزیع و پخش به دست دولت سپرد. تفاوت بین دولتی کردن و ملی کردن صنعت
نفت ناشی از فرق گذاشتن بین ملت و دولت است و چون در آن زمان دولت همیشه
نماینده و حافظ منافع ملت در نظر گرفته می‌شد، جبهه ملی و البته شاه فایده
عملی ملی کردن بدون دولتی کردن را تشخیص نمی‌دادند و یا تشخیص می‌دادند و
عامدانه آن را پیش می‌بردند، چراکه ملی کردن نفت بر روند استبداد و دولت‌مداری
حاکمان در ایران نفت روی آتش بود. تصور غالب این بود که اگر درآمدهای نفتی
به یک دولت ملی سپرده شود، در جهت منافع ملی عمل خواهد شد، ولی به این
فکر نشده بود که اگر دولت در جهت حمایت از ملت نباشد، این دولت می‌تواند
از پول نفت در جهت تمایلات ضددموکراتیک خود سود ببرد. البته اگر دولت ملی

شرح قانون ملی شدن صنعت نفت

برای تحقیق درباره قانون ملی شدن صنعت نفت ایران تنها مراجعه به قانون ۹ اردیبهشت ۱۳۳۰ کافی نیست، بلکه لازم است متن بعضی تصمیمات سابق بر قانون مزبور نیز مورد توجه قرار بگیرد: (۱) در تاریخ ۴ آذرماه ۱۳۲۹ کمیسیون مخصوص نفت تصمیم زیر را به اتفاق آراء اتخاذ نمود:

قرارداد الحاقی گس-گلشائیان کافی
برای استیفای حقوق ایران نیست، لذا
مخالفت خود را با آن اظهار می‌دارد.

(۲) در تاریخ ۸ آذرماه پیشنهاد جبهه ملی به شرح زیر در کمیسیون مخصوص نفت قرائت شد، ولی به تصویب نرسید:

به نام سعادت ملت ایران و به
منظور کمک به تأمین صلح جهانی،
امضاکنندگان ذیل پیشنهاد می‌نماییم
که صنعت نفت ایران در تمام مناطق
کشور بدون استثناء ملی اعلام شود،
یعنی تمام عملیات اکتشاف، استخراج
و بهره‌برداری در دست دولت قرارگیرد.

هم باشد، نتیجه نامطلوب است و بنابراین از دولتی شدن نفت در هر شرایطی باید پرهیز کرد. قدرت سیاسی هر قدر هم که متشکل از آدم‌های مصلحت‌اندیش باشد و ملی باشد باز هم طالب قدرت است و از طریق اهرم‌های اقتصادی در جهت تثبیت خود می‌کوشد و غیر از این نیست که بهترین دولت‌ها نیز تمامیت‌خواه و اقتدارگرا هستند و این وظیفه حقوق‌دانان آن زمان بود که با مشروط کردن اختیارات دولت آن زمان در اداره صنعت نفت، راهی را برای کم کردن قدرت این شر ضروری بیابند. به بیان روشن‌تر، در ایران مانند غرب بنابر اقتضائات سیاسی آن زمان به ملی کردن زیاد فکر نشد، ولی ایده محدود کردن قدرت دولت و دولتی نشدن صنایع در غرب تأثیر مفیدتری گذاشت، به طوری که طرز کار و اصول معاملات نفتی تابع مقررات دولتی و عمومی نیست، بلکه مشمول اصول بازرگانی عادی و رژیم حقوق خصوصی و قراردادی می‌باشد؛ مانند نمونه‌های متعددی که در نروژ و بقیه کشورهای اروپایی می‌بینیم. ولی در مورد ایران این گونه نشد و ملی کردن نفت دولتی ماند و این آغاز دردسر بزرگ تاریخی ما بود. باری، در تاریخ ملی شدن صنعت نفت ایران، بهترین ترتیبی که بین شرکت‌های نفت و کشورهای نفت‌خیز وجود داشت، همین رژیم پنجاه‌پنجاه بود و تردیدی در این باب وجود نداشت که هر قراردادی که در مورد نفت ایران با شرکت‌ها گذاشته می‌شد، مشمول این ترتیب می‌گردید. دولت ایران اصولاً با نتیجه عمل تنصیف مخالفتی نداشت، اما دیگر آن را مغایر با اصل ملی شدن صنعت نفت می‌دانست، زیرا صنعت نفت به حکم ملی شدن در دست دولت قرار گرفته بود و برای تقسیم درآمد آن با غیر مجوزی نداشت.



مجلس شورای ملی تصمیم مورخ ۷۱ اسفندماه ۹۲۳۱ کمیسیون مخصوص نفت را تأیید و تمدید مدت موافقت می‌کند.

تبصره ۱: کمیسیون نفت مجاز است از کارشناسان داخلی و خارجی در صورت لزوم دعوت نماید و مورد استفاده قرار دهد.

تبصره ۲: آقایان نمایندگان حق دارند تا پانزده روز بعد از تشکیل کمیسیون پیشنهادات و نظریات خود را به کمیسیون داده و برای توضیحات در کمیسیون حق حضور داشته باشند.



(۶) و نیز در تاریخ ۷ اردیبهشت ۱۳۳۰ مجلس شورای ملی و در تاریخ ۹ اردیبهشت مجلس سنا طرح قانونی دایر بر طرز اجرای ملی شدن صنعت نفت را در ۹ ماده تصویب کرد.

از مطالعه تمامی قوانین ذکر شده معلوم می‌گردد که در قانون مصوب مجلس شورای ملی تعریفی درباره اصل ملی شدن ذکر نشده است. پیشنهاد اصلی دایر بر ملی نمودن صنعت نفت که از طرف نمایندگان جبهه ملی تنظیم شد معنی اصل مزبور را به این عبارت بیان می‌کند: «یعنی تمام عملیات اکتشاف، استخراج، و بهره‌برداری در دست دولت قرار گیرد». ولی این تعریف در قانون ۲۹ اسفندماه ۱۳۲۹ منعکس نمی‌باشد. متن تصمیم مورخ ۱۷ اسفندماه کمیسیون نفت که به وسیله

(۳) در تاریخ ۲۱ دی‌ماه مجلس شورای ملی تصمیم قانونی به شرح زیر اتخاذ نمود: مجلس شورای ملی با تأیید و تصویب گزارش کمیسیون دایر بر اینکه لایحه گس-گلشائیان کافی برای استیفای حقوق ایران نیست به منظور اجرای قانون مهرماه ۱۳۲۶ به آن کمیسیون مأموریت می‌دهد که با توجه به پیشنهاد نمایندگان، در ظرف دو ماه، گزارشی مبنی بر تعیین وظیفه و رویه دولت تهیه و برای تصویب به مجلس شورای ملی تقویم نماید و نمایندگان می‌توانند در ظرف دو هفته هرگونه پیشنهادی که دارند به کمیسیون تقدیم نمایند.

(۴) در تاریخ ۱۷ اسفندماه کمیسیون مخصوص نفت به اتفاق آراء تصمیم زیر را اتخاذ نمود:



نظر به اینکه ضمن پیشنهادات واصله به کمیسیون نفت پیشنهاد ملی شدن صنعت نفت در سراسر کشور مورد توجه و قبول کمیسیون قرار گرفته و از آنجایی که وقت کافی برای مطالعه در اطراف اجرای این اصل باقی نیست، کمیسیون مخصوص نفت از مجلس شورای ملی تقاضای دو ماه تمدید می‌نماید.



(۵) در تاریخ ۲۴ اسفندماه مجلس شورای ملی و در تاریخ ۲۹ اسفند مجلس سنا ماده واحده زیر را تصویب می‌کنند:



قانون ۲۹ اسفندماه تأیید شده است، اشاره به قبول پیشنهاد ملی شدن نفت در سراسر کشور می کند، بدون ذکر تعریف مندرج در پیشنهاد جبهه ملی. علیهذا این نکته قابل بحث است که آیا قانون ۲۹ اسفندماه به طور غیرمستقیم شامل تعریف مندرج در پیشنهاد فراکسیون جبهه ملی می شود و دولت را مکلف به تصدی مستقیم اکتشاف و استخراج و بهره برداری می کند یا تلویحاً به دولت اجازه واگذاری این عملیات را به غیر می دهد؟ این نکته مذاکرات با میسیون های مختلف در دوره حکومت مصدق مورد بحث قرار گرفت و چنانچه خواهیم دید تعبیر دولت ایران که منافی حق واگذاری عملیات به غیر بود موجب رد پیشنهادهای میسیون های مختلف گردید.

این موضوع نه تنها ضمن مذاکرات دولت مصدق با میسیون های مختلف مورد بحث قرار گرفت، بلکه پس از سقوط دولت مزبور، هنگام طرح قرارداد کنسرسیوم در مجلس شورای ملی نیز مطرح گردید، ولی در هیچ مورد توافق قطعی نسبت به آن حاصل نشد. مطلبی که وزیر دارایی دولت زاهدی اظهار نمود صحیح است که نه قانون ۲۴ و ۲۹ اسفندماه ۱۳۲۹ و نه قانون هفتم و نهم اردیبهشت ماه ۱۳۳۰، هیچ یک معنی ملی نمودن صنعت نفت را تصریح نکرده اند و تصمیمی که ۱۷ اسفندماه کمیسیون نفت در قانون ۲۴ و ۲۹ اسفندماه تأیید شده است، متضمن متن پیشنهاد ملی شدن نیست و فقط به ذکر عبارت پیشنهاد ملی شدن صنعت نفت در سراسر کشور اکتفا کرده است. ولی مردود دانستن این تعبیر که مقصود مقنن، قرارداد عملیات اکتشاف و غیره در دست دولت بوده است، با این استدلال که تعبیر مزبور مخلوق تبلیغات خارج از متن قانون است، از لحاظ اصول و منطق و موضوع صحیح نمی باشد؛ زیرا از طرفی اگر معنی ملی نمودن نفت را احراز حق مالکیت ملت نسبت به منابع نفتی زیرزمین بدانیم، این مالکیت قبلاً حاصل بود و احتیاج به وضع قانون نداشت و از طرف دیگر هم تصمیم کمیسیون نفت و هم قانون ۷ و ۹ اردیبهشت ماه عبارت ملی شدن صنعت نفت جز اکتشاف و استخراج و فروش آن چیز دیگری نمی توان باشد. بنابراین منظور مقنن بدون تردید تصدی این عملیات از

طرف دولت بوده است، ولی تصدی عملیات با واگذاری آن به غیر تحت نظارت دولت منافات ندارد، به شرط آنکه نظارت و کنترل واقعی در دست دولت باشد. چنانچه در سایر کشورها گاهی در مورد صنایع ملی شده به همین طریق عمل شده است و این از بدیهیات است که اگر بدون چنین واگذاری‌ای اصلاً صنعت قابل اداره نباشد و از بین برود، روح قانون و عقل سلیم حکم می‌کند که این عمل انجام شود.

در حقیقت در تفسیر مفهوم ملی کردن صنعت نفت و تشخیص نیت قانون‌گذار می‌توان یک حداکثر و یک حداقل قائل گردید. حداکثر عبارت از همان تعریفی است که در ضمن پیشنهاد فراکسیون جبهه ملی ذکر شده است و تردیدی نیست که منظور پیشنهادکنندگان اصل ملی شدن، این بوده است که همه عملیات مربوط به بهره‌برداری از منافع نفتی در دست دولت باشد، ولی حداقل مفهوم مزبور این است که انجام عملیات با تأمین حق نظارت و سرپرستی واقعی و کامل دولت به دیگری واگذار شود و شرایط واگذاری به نوعی باشد که استقلال سیاسی و اقتصادی ایران را تضمین کند؛ زیرا مخالفت با قرارداد امتیاز شرکت سابق که منجر به ملی کردن صنعت نفت گردید دو علت عمده داشت: اولاً اینکه شرکت نفت ایران و انگلیس برای تحکیم وضع خود ترتیباتی به وجود آورده بود که عملاً منافای استقلال سیاسی ایران بود، یعنی در ترکیب دولت و تشکیل مجلس اعمال نفوذ می‌کرد تا تصمیماتی که مخل آزادی عمل شرکت باشد گرفته نشود و لطمه‌ای به خودمختاری شرکت وارد نیاید؛ ثانیاً درآمد کشور از نفت، ناچیز و استفاده از آن مقدار ناچیز نیز تابع مقررات مالی و اقتصادی انگلستان بود و حال آنکه ایران برای پیشرفت اقتصاد خود و عملی نمودن طرح‌های توسعه صنعتی و اصلاحات اجتماعی منبع عایدی معتناهی جز نفت نداشت و مجبور بود حداکثر استفاده از این منبع و آزادی و اعمال سیاست اقتصادی را برای خود تأمین کند.

علت عدم پیشرفت سیاست نفت مصدق نیز همین بود یعنی با وجود موانع عظیمی که روزه‌روز آشکارتر می‌شد، دولت حاضر نشد به هیچ وجه از پافشاری در مفهوم حداکثر عقب‌نشینی کند.

پیشنهاد آخر انگلستان و آمریکا

این پافشاری‌ها از روز اول ملی شدن صنعت نفت آغاز شد و دولت ایران به تمامی پیشنهادهای کشورهای دیگر اعم از پیشنهاد اول انگلیس، میسیون استوکس، میسیون جکسون و پیشنهاد بانک تجارت جهانی نه گفت؛ ولی در تاریخ اول اسفندماه ۱۳۳۱ بهترین پیشنهاد ممکن به ایران ارسال



شد. در این تاریخ آمریکا طرحی به عنوان طرح مشترک دو دولت آمریکا و انگلیس به مصدق تسلیم کرد که به شرح زیر بود:

یا با پرداخت صدی بیست و پنج از عایدات ناویژه فروش نفت در آینده؛ یا به وسیله تحویل نفت خام و تصفیه شده بر طبق تراضی طرفین. طریق دیگری که ممکن است در نظر گرفته شود این است که اگر در هر سال بیست و پنج درصد عواید فروش از پنج درصد میزان غرامت شرکت کمتر باشد، دولت ایران معادل این کمبود نفت به شرکت تحویل دهد. (۶) علاوه بر مقادیری که به شرکت تحویل داده خواهد شد دولت ایران در فروش نفت خود در بازارهای جهان آزاد باشد.

تمامی خبرگزاری‌ها بعد از این پیشنهاد اعلام کردند که جداً این آخرین پیشنهاد برای ایران خواهد بود و اگر مورد تصویب قرار نگیرد، دیگر باب مذاکره بسته خواهد شد. اتفاقاً در ایران نیز سخنگویان دولت اظهار می‌کردند که چنانچه قرارداد مورد توافق قرار نگیرد، دیگر دولت از خیال حل اختلاف نفت منصرف شده و قطعاً دنبال سیاست اقتصاد بدون نفت خواهد بود. اکثر قریب به اتفاق مشاورین و حقوق‌دانان آن روز ایران از جمله فواد روحانی و دکتر شایگان این پیشنهاد را با مصالح و منافع صنعت نفت ایران منطبق می‌دانستند، زیرا اولاً عده‌ای از شرکت‌های معتبر بین‌المللی را به خرید قسمت عمده تولید نفت ایران علاقه‌مند می‌کرد؛ ثانیاً اداره عملیات به وسیله خود دولت ایران منافات نداشت؛ ثالثاً دولت ایران را در فروش مقادیر مهم نفت به مشتری‌های دیگر، آزاد می‌گذاشت؛ و رابعاً متضمن ترتیباتی برای رفع مضیقه مالی و

(۱) موضوع غرامت شرکت نفت ایران و انگلیس به دیوان دادگستری بین‌المللی رجوع شود که بر طبق اصول یکی از قوانین ملی شدن صنایع در انگلستان به انتخاب شرکت مزبور میزان آن را تعیین کند.

(۲) به مجرد حصول توافق درباره تصفیه غرامات به شرح بالا دولت آمریکا مبلغی به عنوان مساعده به دولت ایران بپردازد که در آینده معادل آن به نفت از طرف دولت مسترد شود.

(۳) دولت ایران موافقت نماید که با یک سازمان بین‌المللی که شرکت سابق نیز در آن دخیل باشد وارد مذاکره شده و ترتیبی قائل شود که شرکت مزبور مقادیر عمده‌ای نفت برای مدت طولانی خریداری کند.

(۴) دولت ایران حق کامل اداره صنعت نفت خود را داشته باشد و فقط قبلاً متعهد شود که غرامت شرکت را به هر میزانی که دیوان دادگستری بین‌المللی تعیین کند بپردازد.

(۵) پرداخت غرامت ممکن است به یکی از دو صورت انجام گیرد:

حقوق ملت ایران است؛ هموطنان عزیز تصدیق می‌فرمایند که اگر اساس غرامت را از دست رفتن چنین کسب‌وکاری قبول کنیم، باید تمام عواید نفت خود را یک‌سره به عنوان غرامت تسلیم شرکت سابق کنیم.



مصدق حقوق‌دان بود و می‌دانست اظهار نظرهای وی اشتباه است، ولی عامدانه این سخنان را برای نیل به اهداف سیاسی خودش می‌گفت؛ من شخصا بعید می‌دانم شخصیتی مانند مصدق باهوش و ذکاوت و تجربه بالا به این نکته عنایت نداشته است که غرامت مطالبه‌شده توسط شرکت انگلیسی زمانی که ملی‌شدن نفت پذیرفته شود یا نشود، بسیار متفاوت است.

ملی‌شدن نفت ایران قانونی بود؛ حتی اگر انگلیس هم نمی‌پذیرفت. بدین توضیح که عمل ملی‌کردن در ایران با الغای یک قرارداد امتیاز توأم بود و صاحب امتیاز یا همان شرکت نفت ایران و انگلیس در ابتدا ضمن اعتراض به این عمل متکی به این استدلال شد که الغای یک‌جانبه قرارداد قبل از سررسید تاریخ انقضای آن عمل غیرقانونی و منافی با اصول حقوق بین‌الملل است. این استدلال مورد تأیید بعضی محققین و همچنین بعضی دولت‌های متبوع صاحب امتیاز قرار گرفت. این دولت‌ها در مقام حمایت از کسانی که در یک کشور خارجی به وسیله عقد قرارداد با دولت سرمایه‌گذاری می‌کنند مدعی شده‌اند که دولت ملزم به اجرای تعهدات قراردادی خود می‌باشد و چنین گفته‌اند که رعایت

بحران اقتصادی کشور بود که از زمان ملی‌شدن صنعت نفت گریبان‌گیر ایران شده بود. خلاصه اینکه به همه انتظارات ایران تحقق می‌بخشید و دلیلی هم وجود نداشت که یک مرجع بین‌المللی در مورد تعیین غرامت نسبت به ایران بر خلاف عدالت رأی دهد. اما مصدق قبول نکرد و بر اساس رأی اخیر دادگاه و نیز مبنی بر ذی‌حق دانستن شرکت ملی نفت ایران در رابطه با فروش محموله‌های نفتی به ایتالیا گمان کرد که دولت ایران خواهد توانست نفت خود را علی‌رغم مخالفت شرکت سابق، در بازارهای جهان به فروش برساند و از طریق معاملات مستقل، ولو با مقادیر کم، درآمد کافی برای اداره صنعت نفت و بهبود اقتصاد کشور بدست بیاورد. ولی این گمان به جد اشتباه بود. پس از رفتن انگلیسی‌ها آنچه به جا مانده بود به واقع افتضاح بود: پمپ‌های ارسال نفت خاموش بود، هیچ نفتی در خط لوله در جریان نبود پالایشگاه خاموش بود و تعطیل، هیچ تانکری نفت جابجا نمی‌کرد و نفت خام تانکرهای ذخیره سرریز کرده بود و همه‌جا پخش شده بود و هفتاد هزار کارگر صنعتی و کارمندانی که ماهانه در حدود هشت میلیون دلار حقوق دریافت می‌کردند هنوز در لیست حقوق‌بگیران قرار داشتند، اما مصدق چگونه می‌توانست حقوق آن‌ها را بپردازد؟ دولت پولی در بساط نداشت.

نهایتا مصدق غرامت را بهانه‌ای برای رد پیشنهاد انگلستان در نظر گرفت و در رادیو ایران گفت:



عبارت غرامت منصفانه برای از دست رفتن کسب‌وکار شرکت، نافی

اصل لازم‌الاتباع بودن قراردادهای که یکی از ارکان حقوق بین‌الملل است بر دولت‌ها واجب بوده و مانع آن است که دولت‌ها به هر عنوانی که باشد تعهد خود را نقض کنند. این استدلال در وهله اول صحیح به نظر می‌آید، مخصوصاً در موردی که دولت ضمن مواد قرارداد صراحتاً متعهد شده باشد که مقررات آن را نقض نکند؛ ولی در ابتدای امر باید به ماهیت حقوق قراردادهای در آن زمان توجه کنیم:

اولاً چنین قراردادهایی را ممکن است یک قرارداد داخلی و تابع حقوق خصوصی دانست، به این اعتبار که مبادرت دولت به انعقاد آن از اعمال تصدی است و سرمایه‌گذار هم از هر حیث تابع قانون کشور می‌باشد. در این صورت قرارداد یک قرارداد حوزه حقوق خصوصی عادی است که هیچ یک از طرفین حق الغا یا تغییر یک‌جانبه آن را نداشته و دعاوی مربوط به آن نیز در دادگاه‌های عمومی قائل طرح خواهد بود، مانند قراردادهای جدید خدماتی موسوم به بیع متقابل که جزو همین نوع قراردادهای هستند. این تعبیر به رویه آن زمان دولت‌ها منطبق نبود و سرمایه‌گذاران هم سعی می‌کردند ضمن تنظیم مقررات قرارداد آن را حتی‌المقدور از دایره شمول قوانین داخلی خارج کنند.

ثانیاً ممکن است چنین قراردادهایی را قرارداد داخلی ولی تابع حقوق عمومی دانست، به این معنی که مبادرت دولت به عقد آن از اعمال حاکمیت است، بنابراین دولت حق الغای یک‌جانبه آن را با پرداخت غرامت ولی نه خسارت نقض تعهد، خواهد داشت.

ثالثاً سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌های متبوع آن‌ها مدعی شده‌اند که این قراردادهای باید به عنوان قرارداد بین‌المللی تلقی شود و آثار حقوق عهدنامه بر آن‌ها مترتب شود که هیچ‌گاه این نظریه مورد قبول واقع نشد و در آخر بعضی استادان حقوق بین‌الملل آن زمان پیشنهاد کرده بودند که دولت‌ها نظر به وضع خاص این موارد و برای تشویق و اطمینان خاطر سرمایه‌گذاران خارجی به وسیله یک توافق عمومی صفت بین‌المللی برای آن‌ها قائل شوند که نتیجتاً تابع حقوق بین‌الملل شود که این نظر در شرایط آن زمان ایران کمی دور از نظر بود.

برای دانستن غیرقانونی بودن یا نبودن عمل ملی کردن صنعت نفت ایران توجه به دو نکته لازم است: اولاً اصل لازم‌الاتباع بودن تعهدات که در حقوق بین‌الملل شناخته شده و انحراف از آن مخالف حقوق مزبور و موجب مسئولیت بین‌المللی دولت می‌گردد، مربوط به عهدنامه و مقاوله‌نامه‌ها است و نه قراردادهای خصوصی. به عبارت دیگر فقط روابط بین دولت‌ها است که مشمول حقوق بین‌الملل می‌گردد و نه معاملات بین دولت‌ها و اشخاص و قرارداد امتیاز ایران بین دولت ایران و شخص حقوقی خصوصی

بود و از ذیل عهدنامه‌های بین‌المللی خارج بود. به همین علت است که دولت‌های متبوع صاحبان امتیازگاهی سعی کرده‌اند که قرارداد امتیاز را در زمره عهدنامه‌ها درآورند، ولی این هیچ‌گاه مورد قبول واقع نشده است. ثانیاً از لحاظ حقوق ملّی دولت موظف به خودداری از الغای امتیازات نمی‌باشد، زیرا اعطای امتیاز از اعمال حاکمیت دولت است نه اعمال تصدی‌گرایانه؛ به عبارت دیگر اعطای امتیاز تابع حقوق خصوصی نمی‌باشد، بلکه جزو آن دسته از حقوقی است که دولت در انجام وظایف کشورداری و حفظ منافع عامه اجرا می‌کند و این اعمال مشمول حقوق عمومی است و نه خصوصی؛ همان‌طور که در سال ۱۹۲۱ توسط یکی از قضات عالی‌مقام انگلستان این حکم به صورت سابقه لازم‌الرعايه و رویه قضایی درآمده و حکم مزبور بدین شرح است که: «دولت نمی‌تواند آزادی عمل اجرایی آینده را از خود سلب کند؛ زیرا عمل اجرایی دولت لزوماً فرع نیازمندی‌های جامعه است که کیفیت آن باید به اقتضای مورد تعیین گردد. دولت نمی‌تواند آزادی خود را نسبت به مسائلی که مربوط به رفاه ملت است به وسیله قرارداد محدود کند.» نتیجتاً حتی اگر قرارداد به تصویب قوه مقننه رسیده باشد و حکم قانون پیدا کرده باشد، نافی صلاحیت وضع قانونی دیگر در آینده برای الغای قانون سابق نیست و این عمل مسلماً غیرقانونی نیست، هرچند مستلزم جبران خسارت به طرف مقابل می‌باشد. پس به نظر می‌رسد اصرار در اعمال لازم‌الاتباع بودن عقود تا حدی که مانع رسیدن به تحول و ترقی جامعه‌ها شود، نامطلوب است و بایستی با ضابطه لزوم تحول و تغییر که آن نیز از ارکان حقوق بین‌المللی است، ضمن اتکاء به اصل حسن نیت، تعدیل نمود



حال که ثابت کردیم ملّی شدن نفت قانونی بود، باید توضیح داد که:

اولاً میزان غرامت در مورد سلب مالکیت قانونی و سلب مالکیت غیرقانونی یکسان نیست. چنانچه سلب مالکیت قانونی باشد، مانند خلع ید و مصادره، غرامت منحصر به بهای مال تملک شده خواهد بود. ولی هرگاه سلب مالکیت متضمن نقض یک تعهد قانونی باشد، دولتی که چنین عملی انجام داده است موظف خواهد بود به اینکه حتی الامکان نسبت به شخصی که سلب حق از او شده است، به گونه‌ای عمل کند که گویی اقدام ممانعت از اعمال حق قانونی انجام نگرفته و همه چیز به موقعیت اول و قانونی خود بازگردد. به عبارت دیگر، در مقام اول، بایستی رد عین به عمل آید؛ ولی چنانچه رد عین ممکن نباشد، مبلغی باید پرداخت شود که معادل رد عین باشد و علاوه بر آن، خسارت ضرر و زیان از جمله عدم‌النفع نیز باید پرداخت شود و این اصل نتیجه رأی است که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در سال ۱۹۲۸ در رابطه با قضیه *لهستان و کارخانه آلمانی کروزو* مطرح کرد. ثانیاً هرگاه سلب مالکیت غیرقانونی باشد، دولتی که چنین عملی انجام داده است مادام که آن را کاملاً جبران نکرده باشد، از لحاظ حقوق بین‌المللی مالک قانونی اموال تملک شده محسوب نخواهد شد، بلکه در حکم غاصب خواهد بود؛ زیرا این اصل حقوق در همه سیستم‌ها اعم از ملّی و بین‌المللی قبول شده است که ناحق حق ایجاد نمی‌تواند بکند.

به عنوان مثال کشمکش در میان ایالات متحده آمریکا و مکزیک بر سر اموال و قراردادهای زراعتی و نفتی ملی شده از سال ۱۹۲۷ تا ۱۹۴۱ ادامه داشت. در این سال دولت مکزیک قبول کرد که مبلغ چهل میلیون دلار به اقساط در برابر این دعاوی بپردازد. باید خاطرنشان کرد که مجموع خواسته آمریکا از بابت این دعاوی متجاوز از ۳۵۰ میلیون دلار بود. در نهایت

شرکت‌های نفتی آمریکایی از بابت اموال ملی شده خود که به ۲۶۰ میلیون دلار تقویم می‌شد تنها در حدود ۲۴ میلیون دلار (به اضافه سه درصد بهره) دریافت کردند که این عدد حتی از ارزش اموال آن‌ها به قیمت سال ۱۹۳۸ نیز که مصادره در ۱۸ ماه مارس آن سال انجام گرفت کمتر بود.

مصدق این‌ها را می‌دانست و نص صریح پیشنهاد انگلیس نیز متضمن غیرقانونی اعلام کردن عمل ملّی کردن نفت ایران نبود و تلقی مصدق از مقدار پرداخت غرامت به انگلستان قویاً اشتباه بود، ولی متأسفانه به نظر می‌رسد در این برهه دانش حقوق و نفع اقتصادی حاصل از آن دستمایه اهداف سیاسی و ناسیونالیستی شد. برای توضیح بیشتر، سیاستمدار واقعی آن است که پس از تهییج احساسات و درهم شکستن اساس بیدادگری بی‌درنگ به اصلاح کار پرداخته و در موقع مقتضی ابراز احساسات را تسکین داده و امکانات را در نظر گرفته و از روی واقع‌بینی اساس و بنیان جدیدی که مطابق با خواسته‌های مردم و بدون جدال بین‌المللی باشد را بنا نماید.

ما همواره در طول تاریخ شاهد این امر بودیم که در روابط بین‌الدولی، بیش از این که مباحث حول محور حق پایه‌گذاری شده باشد، حول محور منافع ملّی کشور پایه‌گذاری شده است؛ به عبارت بهتر روابط بین دولت‌ها آن‌چنان که در عالم نظر زیباست، در واقع زیبا به نظر نمی‌رسد و حق‌مدارانه نیست، بلکه بر پایه قدرت چانه‌زنی بین‌المللی برای نیل به منافع ملّی پایه‌گذاری شده است. ایران اما در این برهه به حقوق بنیادین خود دست یافته بود، حقوقی مانند حق تعیین سرنوشت یا استقلال سیاسی ایران یا حق ملّی شدن صنعت نفت ایران؛ ولی از این برهه به نوعی که انگار این بدعت و سنت پایه‌گذاری شد تا دولت ایران بیش از اینکه بر منافع ملّی تأکید بورزد، بر موضوع حق تأکید کند که اگر توجهی به موضوع منافع ملت می‌شد در آن مقطع، به این پیشنهادی که به گفته اکثر حقوق‌دانان آن

و تمام فعالیت‌ها و به تبع آن عواید نفت را به دست دولت بسپاریم، نتیجه غیرقانونی از قانون صنعت نفت بود که مصدق برداشت کرده بود. برداشتی و گفتمانی که تا امروز در ایران پابرجا مانده است.

برای توضیح بیشتر، اگر توسعه را به نردبانی تشبیه کنیم؛ دو ستون آن تعامل با داخل و همزمان تعامل با دنیای بین‌المللی می‌باشد. اگر فرض بگیریم که ملی‌سازی صنعت نفت ایران در راستای خواست ملی و در نتیجه تعامل با داخل حرکت می‌کرد نیل به این هدف همراه با جدال با دنیای بین‌المللی میسر نبود و در جدال بین‌المللی، به نظر، رسیدن به این توسعه امکان‌پذیر نمی‌بود؛ همانطور که اگر به اقتصاد ایران در سال‌های ۱۳۳۰ تا ۱۳۳۲ نیز نگاهی بیندازیم نتیجه رویکرد تهاجمی نسبت به جامعه بین‌المللی برایمان آشکار خواهد شد.

منابع

- روحانی، فواد، ۱۳۵۲، تاریخ ملی‌شدن صنعت نفت ایران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، تهران.
- روزولت، کرمیت، ترجمه عسکری جهقی، محسن، ۱۳۹۴، کودتا، نشر ثالث، تهران.
- سریر، فرزانه، ۱۳۹۴، تحولات قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران از آغاز تاکنون، انتشارات مجد، تهران.
- شافع، میرشهبیز، ۱۳۸۶، رساله دوره دکتری حقوق بین‌الملل عمومی: لکس پترولیا، تهران.
- غنی‌نژاد، موسی، ۱۳۸۷، از ملی‌شدن تا دولتی‌شدن، روزنامه شهروند، تهران.
- غنی‌نژاد، موسی، ۱۳۹۶، ملی‌شدن صنعت نفت به ضرر مردم ایران تمام شد، روزنامه شرق، تهران.
- فاتح، مصطفی، ۱۳۳۵، پنجاه سال نفت ایران، انتشارات شرکت سهامی چهر.
- موحد، محمدعلی، ۱۳۸۴، درس‌هایی از داوری‌های نفتی: ملی‌کردن و غرامت، نشر کارنامه، تهران.

روز ایران بهترین پیشنهاد ممکن بود، باید جواب مثبت داده می‌شد، ولی به خاطر دلایلی که قبل‌تر گفته شد این اتفاق نیفتاد.

نتیجه‌گیری

ملی‌شدن نفت قانونی بود؛ چه از نظر حقوق داخلی و چه بر اساس حقوق بین‌الملل، منع قانونی برای ملی‌کردن صنعت نفت ایران وجود نداشت؛ ولی گفتمان برآمده از ملی‌شدن صنعت نفت نتیجه اشتباهی از ملی‌شدن صنعت نفت بود. ملی‌شدن صنعت نفت به خودی خود بد نبود، چراکه تا قبل از آن هم از نظر مالی و هم از نظر شأن ملی انگلیسی‌ها ایرانیان را تحقیر می‌کردند و به هیچ طریقی حاضر به سازش نبودند، علاوه بر آن ایرانیان حق بر مالکیت بر منابع خود را داشتند. اما وقتی نفت ملی شد انگلیسی‌ها متوجه شدند که موضوع جدی است و بنا را بر تعدیل قرارداد گذاشتند. این گمان درست است که ایرانیان نسبت به انگلیسی‌ها بدگمان بودند ولی مسئله نفت ایران یک جدال بین‌المللی نبود، بلکه جدالی حقوقی-اقتصادی بود که نتیجه یک قرارداد اشتباه بود و با تعدیل آن قرارداد، روند قرارداد نیز به روند مثبت تبدیل می‌شد، ولی نتیجه ملی‌شدن نفت چیزی ورای تعدیل یک قرارداد بود؛ نتیجه آن قطع کردن دست تمام خارجیانی بود که خواهان سرمایه‌گذاری در ایران بودند و یا به تعبیر بهتر دولتی‌شدن نفت بود. یعنی اینکه نتیجه عمل مصدقیان این بود که نفت عوض اینکه مالکیتش برای ایران باشد و اجازه بهره‌برداری از آن را با احترام به اصل حاکمیت ایرانیان به تمام اشخاص خصوصی که خواهان سرمایه‌گذاری هستند بدهیم، تمام صنعت نفت ایران را در اختیار دولت قرار دادیم و در نتیجه نفت را دولتی کردیم. در این نقطه است که کار مصدقیان غیرقانونی بود. مجلس به دولت اجازه ملی‌شدن نفت را صادر کرد، ولی در هیچ‌کجای قانون از اینکه ما اجازه سرمایه‌گذاری هم ندهیم



تحلیل رأی: تحلیل رأی دیوان عدالت اداری من باب تعهد رزیدنت وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی



آرش حاتم‌زاده

ابوالفضل مختاری

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

bahmanmokhtary29@gmail.com



چکیده

تعهد رزیدنتی تعهدی است از سمت وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی که بدین وسیله در طی بندهای متعددی تعهدهای مدنظر خود را از دانشجویان رزیدنت می‌گرفت و برای تعهدات مذکور، تا دوبرابر وجه التزام نیز تعیین کرده بود؛ بندهایی در تعهدنامه مذکور قرار دارد که موجب نارضایتی دانشجویان رزیدنت شده بود که مهم‌ترین آنها عبارت بود از آنکه دانشجویان باید تعهد بدهند که وظایف خود را به هر طریقی به سر انجام برسانند و اگر به هر دلیلی این هدف میسر نشد، می‌بایست وجه التزام تعهدنامه که مشتمل بود بر دوبرابر مجموع پرداختی به رزیدنت به‌علاوه خسارت‌های ناشی از عدم پیگیری وظایف او از ضامنین دانشجوی رزیدنت دریافت می‌شد. این تعهدنامه به صحت خود برقرار بود تا آنکه در تاریخ ۱۴۰۰/۷/۲۰، توسط دیوان عدالت اداری نقض شد؛ بدین عنوان که وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی، اصولاً صلاحیت اخذ چنین تعهدی (تعهد محضری به‌ضمانت دو کارمند رسمی) را از دانشجویان رزیدنت ندارد. **واژگان کلیدی:** دانشجوی رزیدنت، تعهد رزیدنتی، دیوان عدالت اداری، صلاحیت، وجه التزام

مقدمه

در تابستان سال ۱۴۰۲ بود که خبر تلخ خودکشی بانوی رزیدنت، جامعه پزشکی را به سوگ نشاند و مبحث پرچالش دشواری‌های ایام رزیدنتی که شاید از منظر عموم مردم پنهان باشد را بار دیگر در میان محافل اجتماعی باز کرد. علی سلحشور، نماینده پزشکان متخصص طرحی کشور در نظام پزشکی ایران، در این باره عنوان کرده است که تنها در طی سال گذشته، ۱۳ رزیدنت خودکشی کرده‌اند. در پیرامون این وقایع تلخ، خبری در اذهان عمومی و شبکه‌های اجتماعی بازتاب یافت، مبنی بر اینکه طبق قرارداد و تعهدی میان رزیدنت‌ها با وزارت





مدرک تخصصی در رشته پزشکی

محک بزنند. دشواری‌های مسیر تخصص در عالم پزشکی، منحصر به آزمون دشوار دستیاری نیست، بلکه رزیدنت‌ها موظف به انجام شیفت‌های طولانی و به‌طور میانگین ۷۰ ساعت کار در هفته با حداقل مرخصی، عدم بیمه و تحمل فشار روانی و استرس بالا می‌باشند که برای این امور، حدوداً ۱۱ میلیون تومان به ایشان پرداخت می‌شود که نسبت به حداقل دستمزد کارگر با صرفاً ۸ ساعت کار در روز، کمی بیش از دوبرابر است. سختی‌های این ایام منحصر به چنین مواردی نیست، بلکه قبول‌شدگان در آزمون دستیاری برای ادامه ایام تحصیلی خود، با فرم تعهدنامه‌ای تحمیلی از سوی وزارت بهداشت روبه‌رو می‌شدند که به ظاهر در پذیرش یا رد آن مختار بودند، لیکن فی‌الواقع با رد آن موجب پایان زحمات و اهداف خود شده و عملاً از امکان پیشروی محروم می‌ماندند.

بهداشت، حتی در صورت رقم خوردن چنین واقعه ناگواری، ضامنین متوفی می‌بایست مبلغی را به‌عنوان خسارت به وزارت بهداشت پرداخت نمایند.

پرسش این است که آیا به‌راستی چنین پیمانی که مشهور به تعهد رزیدنتی است، حقیقت دارد؟

ماهیت و مبنای حقوقی آن چیست؟ در ادامه متن، به شرح و بسط موضوع و ایرادات وارده بر استدلال‌های وزارت بهداشت که شکایت ذی‌نفعان از بخشنامه صادره به هیئت عمومی دیوان عدالت اداری کشور، منجر به صدور رأی مبنی بر ابطال آن شد، خواهیم پرداخت.

۱- تعهد رزیدنتی چیست؟

پزشکان عمومی هرساله می‌توانند با شرکت در آزمون دستیاری، شانس خود را جهت اخذ

۲- ماهیت تعهد رزیدنتی

تعهدنامه رزیدنتی دارای ۶ بند می‌باشد که به اختصار از آن سخن گفته و با دیدگاهی حقوقی آن را ارزیابی می‌نماییم.

۱/۲- در بند نخست، رزیدنت متعهد می‌شود که در مدت زمان مقرر، دوره آموزشی خود را به اتمام برساند و حق تغییر رشته را از خود سلب می‌نماید.

ممکن است اینگونه به نظر آید که سلب حق تغییر رشته، اقدامی فراقانونی می‌باشد؛ چرا که سلب حقوق شهروندان ولو با رضایت خودشان، خلاف قانون است.

لیکن اینگونه میتوان پاسخ داد که طبق ماده ۹۵۹ قانون مدنی، سلب حق را زمانی که به طور کلی واقع شود می‌توان اقدامی خلاف قانون شمرد. مبرهن است که در این بند، سلب حق تغییر رشته از مصادیق حقوق جزئی بوده و صحیح می‌باشد.

۲/۲- در بند دوم، رزیدنت متعهد می‌گردد که پس از پایان دوران تحصیلی، خود را جهت خدمت در مناطق محروم با در نظر داشتن سهمیه خویش، به وزارت بهداشت معرفی نماید.

حال پرسش اینجاست که اساساً به کدام دلایل و با استناد به کدام قوانین، رزیدنت متعهد به خدمت می‌باشد. زیرا طبق اصول قانون اساسی، دولت موظف است که وسایل آموزش و پرورش رایگان را تا دوره متوسطه فراهم سازد و درمورد تحصیلات عالی نیز تا سرحد خودکفایی کشور، رایگان انجام وظیفه کند. فلذا متعهد ساختن دانشجو به خدمت در مناطق محروم به دلیل رایگان بودن ایام تحصیل، می‌تواند برخلاف اصول قانون اساسی کشور باشد.

در پاسخ بایستی بیان داشت که همانطور که در متن قانون اساسی نیز با درج عبارت «تا سرحد امکان» ذکر شده است، با توجه به میزان کیفیت و کمیت تحصیلات دانشگاهی از

قبیل امکانات آزمایشی، اساتید، امکانات رفاهی و غیره، بهره‌مندی از این نوع تحصیل به طور رایگان، هزینه‌های بسیاری را برای دولت ایجاد می‌کند، فلذا منطقی می‌باشد که اگر بسیاری از خدمات، با اخذ شهریه رقم بخورد.

حال این شهریه می‌تواند پرداخت مال باشد یا انجام خدمت، کماکه در بند دوم از نوع انجام خدمت است.

ماجرای همین استدلال منطقی به پایان نمی‌رسد، بلکه قانونگذار در بند ۷ قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی، بیان می‌دارد که دانشجویان و هنرجویانی که تمایل دارند از تحصیلات رایگان استفاده کنند، مکلف می‌باشند که معادل دوبرابر ایام تحصیل در صورت نیاز دولت به مهارت و تخصص ایشان، در حوزه‌های مربوطه خدمت نمایند و در صورت استنکاف از انجام خدمت، می‌بایست هزینه ایام تحصیل رایگان را به عنوان جریمه، تأدیه کنند.

در راستای توجیه منطق قانونگذار، اینگونه می‌گویند که آن دانشجویی که با بودجه و هزینه دولتی به طور رایگان به مهارت و تخصص دست یافته است، می‌بایست خود را متعهد به دولت دانسته و در جهت ایفای آن گام بردارد. چه بسا اگر اینگونه نباشد، امکان سوءاستفاده از چنین موهبتی فراوان شده و دولت متحمل خسارات فراوان بشود.

این امر در رشته‌های پزشکی و پیراپزشکی که مستلزم صرف هزینه و زمان بیشتر است، اهمیت دوچندان می‌یابد و به همین خاطر است که علاوه بر قانون مذکور در سطور بالا، قانون مربوط به خدمات پزشکان و پیراپزشکان نیز آن را تأیید می‌کند.

۳/۲- در بند سوم اما نقطه جنجال برانگیز این تعهدنامه می‌باشد. در این بند، رزیدنت متعهد می‌گردد که در صورت ناتمام گذاشتن ایام تحصیل به هر دلیل اعم از سیاسی،



را می‌توان باطل تلقی کرد که انجام آن نامقدور، بی‌فایده یا نامشروع باشد که در باب شرط مذکور این چنین نمی‌نماید؛ زیرا که پرداخت خسارت توسط ضامنین مقدور و نفع آن نیز برای جبران شدن هزینه‌های پرداختی دولت بوده و مشروعیت آن نیز تأیید شده است.

و همچنین طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی، نمی‌توان این شرط را در ذیل شروط باطل و مبطل قرار داد؛ زیرا که این شرط ابداً خلاف مقتضای ذات نبوده و همچنین مجهول نمی‌باشد.

با وجود اینکه مقدار دقیق خسارت معین نمی‌باشد، اما به دلیل قابلیت تعیین، از موجبات مبطل شدن عقد به دلیل جهل طرفین نمی‌باشد.

به عبارت دیگر، ماهیت بند سوم که نوعاً شرط فعل تلقی می‌شود و انجام کاری را می‌طلبد؛ رزیدنت را مکلف به اجرای تمام و کمال آن می‌نماید و در صورت عدم امکان ایفای تعهد همچون فوت، وزارت بهداشت مختار به فسخ تعهدنامه و اقدام به اخذ وجه التزام که عامیانه‌اش همان خسارت می‌باشد، می‌نماید که طبق توافق، دوبرابر هزینه‌های صرف شده است

اخلاقی، آموزشی، بیماری و حتی رسیدن زمان اجل، یا به دلیل انصراف و یا به دلیل عدم معرفی خویش به وزارت بهداشت پس از ایام تحصیل، رزیدنت و ضامنین او موظف به پرداخت دوبرابر تمام هزینه‌ها از قبیل هزینه اسکان، آموزش و حقوق دریافتی هستند که برای وی صرف شده است.

به گونه‌ای که با پرداخت جریمه، همچنان از انجام مسئولیت خود مبری نشده است.

نکته قابل تأمل این است که از لحاظ اخلاقی و شرعی، اصولاً پرداخت خسارت به دلیل عدم انجام تعهد ولو به دلیل فوت، امری نافذ می‌باشد؟

امری که شاید در دیدگاه اخلاقی عرف، مورد مذمت قرار گیرد و به نوعی نشان از سختگیری نامعمول بر دانشجوی رزیدنت باشد، لیکن در عالم حقوقی بایستی پاسخ داد که هیچگونه نشان از امری غیرقانونی بودن در این بند وجود ندارد. چرا که طبق ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شروطی



قضایی نماید و نیز در صورت فوت رزیدنت، وصی ایشان در امور مطروحه باشد. زیرکی وزارت بهداشت در این باب مبرهن است، از آنجایی که ماهیت عقد وکالت جایز است، آنرا ضمن عقد خارج لازم مطرح می‌کند تا از خدشه‌دار شدن آن جلوگیری نماید. این بند نیز اعتراضات فراوانی را در پی داشت، لیکن از باب حقوقی، شامل مصادیق فراقانونی نبوده است و رزیدنت می‌تواند در صورت اعتراض به اقدامات وزارت بهداشت به‌عنوان وکیل خویش، با طرح دعوی مبنی بر عدم رعایت مصلحت موکل، اقدام حقوقی نماید.

و چه‌بسا می‌توانست بیشتر باشد. ۴/۲- در بند چهارم، یکی دیگر از ضمانت‌اجراه‌های عدم انجام تعهد ذکر شده است که عبارت است از عدم اعطای دانشنامه تا مادامی‌که شرط فعل یا همان عمل به تعهدات رزیدنتی حاصل نشده باشد. بند پنجم نیز حکایت از مفهوم حقوقی دیگری دارد که موجبات ابهاماتی شده بود. طبق این بند، رزیدنت ذیل عقدی لازم، وکالتی خاص به وزارت بهداشت می‌دهد تا در صورت تخطی از تعهدات رزیدنت، شخصا عملیات محاسبه خسارات و هزینه‌های وارده را انجام دهد و مطالبه صدور اجراییه از مرجع

۳- جایگاه عدالت و اخلاق در عقد

حال پس از بررسی شروط فرم تعهدنامه، ممکن است با این ابهام روبه‌رو شوید که همواره موازین حقوقی می‌بایست در راستای عدالت و انصاف گام بردارند، پس چگونه است که شروط مذکور در تعهد، دارای ایراد حقوقی نمی‌باشد؟ و سرانجام اینکه دلیل ابطال این بخشنامه چه بوده است؟

در پاسخ به پرسش نخست بیان می‌داریم که رابطه میان اخلاق عرفی و وجدان جمعی با امور قانونی، از نوع عموم و خصوص منوجه است. بسیاری امور هستند که اخلاق آنها را مورد تأیید قرار داده است، لیکن در زمره قوانین جای نگرفته‌اند و نیز بسیاری امور که در دید عرف شایسته تلقی نمی‌شوند اما اجرای آنها بلامانع و قانونی است؛ مثل آنکه صحیح است که در جامعه ما دروغ امری غیراخلاقی و راست‌گویی امری اخلاقی تلقی می‌شود، ولی جز در موارد خاصی دروغ‌گویی جرم‌انگاری نشده است و قانون نیز الزام خاصی برای راست‌گویی وضع ننموده است.

نکته قابل توجه آن است که قالب حقوقی فرم تعهدنامه طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، در زمره عقود نامعین قرار داشته و در حیطه اختیارات و تابع اراده اشخاص می‌باشد.

این نوع قرارداد از لحاظ طبقه‌بندی حقوقی، در زمره عقود تحمیلی قرار می‌گیرد. در عقود تحمیلی طرف قدرتمند شرایط و مفاد عقد را تنظیم می‌کند و طرف ضعیف بدون داشتن حق مذاکره و گفتگو، یا باید تمام شرایط آن را قبول نماید و یا از انعقاد آن منصرف شود. لازم به ذکر است که هرگاه عقد تحمیلی متضمن شروط ناعادلانه و غیرمنصفانه باشد، طبق اصل لاضرر، می‌تواند موجبات نقض عقد بشود.

۴- شرط خطا و دلیل ابطال

در پایان فرم تعهدنامه، وزارت بهداشت با استناد به تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون مربوط به خدمات پزشکان و پیراپزشکان مبنی بر اخذ تعهد ثبتی جهت ایفای تعهدات، اقدام به بیان شرطی زائد نموده است که طبق آن رزیدنت موظف می‌باشد دو کارمند رسمی یا پیمانی را جهت ضمانت اعمال خویش با تعهد محضری معرفی نماید.

درواقع با وجود تمامی شروط عنوان شده که مخالفان قابل توجهی در میان رزیدنت‌ها داشت، این شرط مانع اصلی و اساسی جهت ادامه تحصیل پذیرفته‌شدگان آزمون دستیاری بود و از قضا به همین جهت موجب طرح دعوای حقوقی ذی‌نفعان به هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر ابطال آن شد.

موافقان عقیده دارند که به دلیل ذکر عبارت «تعهد ثبتی» در ماده ۱۴ قانون پزشکان و پیراپزشکان و نیز ماده ۷ قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان، رزیدنت می‌بایست ضمانتی برای عدم انجام احتمالی تعهدات خود معرفی کند.

لیکن مخالفان عقیده دارند که ذکر عبارت تعهد ثبتی باید در مفهوم اقل و مضیق خود خلاصه شود و طبق بند ۴، ضمانت اجرای عدم تعهد را می‌توان در معنای عدم اعطای دانشنامه خلاصه کرده و نیازی به دو ضامن رسمی و محضری برای ادامه تحصیل نمی‌باشد.

ابطال فرم تعهدنامه توسط دیوان عدالت اداری کشور

پس از طرح شکایت به این مرجع، رأی قابل توجهی مبنی بر ابطال فرم تعهدنامه با استناد به عدم صلاحیت وزارت بهداشت و معاون حقوقی و امور مجلس وزارت بهداشت، نسبت به الزام به اخذ تضمینات از رزیدنت‌ها صادر شد.



و درمان را داریم که به جهت صرف هزینه و کمبود نیروی تخصصی کشور، دغدغه‌مندی بجایی نسبت به هدررفت سرمایه خود دارد و از سوی دیگر رزیدنتی را داریم که با تمام مصائب موجود و پذیرش سختی‌های راه آتی که از قضا بخش قابل توجه آن متوجه وزارت بهداشت می‌باشد، از تحمل چنین رنج‌هایی عاصی شده و به همین جهت شاهد هستیم که برخی وقایع دردناک همچون خودکشی چنین نخبگان رقم می‌خورد.

فلذا توصیه می‌شود که نهاد قانونگذاری هرچه سریع‌تر با ورود آگاهانه و مؤثر در این موضوع، ضمانت اجرایی شایسته وضع نماید، که از طرفی راه سوءاستفاده وزارت بهداشت بسته و نیز الزام رزیدنت‌ها به تعهد قانونی‌شان میسر باشد.

لازم به ذکر است که ایراد دیوان عدالت اداری بر فرم تعهد، ناظر به چگونگی اخذ تضمینات می‌باشد و منصرف از الزام رزیدنت به ایفای تعهدات خویش مبنی بر خدمت به میزان مقرر است.

همچنین همانطور که بیان کردیم، هیچگونه ایرادی به وکیل بودن وزارت بهداشت در امور مذکور و نیز قراردادادن وجه التزام و سایر شروط، وارد نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری

اکنون پس از بررسی دقیق و سیر چگونگی اجرا و ابطال بخشنامه مذکور، بی‌راه نیست اگر با دیدگاهی ژرف و تخصصی به تحلیل واقع‌بینانه ماجرا بپردازیم. از یک طرف نهاد دولت و وزارت بهداشت



فهرست منابع و مآخذ

- صفایی، سید حسین: دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشر میزان، جلد دوم، چاپ سی و چهارم، ۱۳۹۹
- امامی، سید حسن: حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، جلد اول، چاپ دوم، ۱۳۳۵
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر: مبسوط در ترمینولوژی، چاپ دوم، گنج دانش، تهران ۱۳۸۱
- شهیدی، مهدی: تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، تهران ۱۳۷۷

حقیقتاً یکی از مهم‌ترین چالش‌های پیش روی اسلام و مسلمانان در روزگار ما این است که آیا دین می‌تواند در مواجهه با نیازها، پرسش‌ها و دغدغه‌های انسان معاصر، پاسخ‌ها و راه حل‌های مناسب و کارگشا عرضه کند و در عین حال بر مبنای سنتی و اصیل خود باقی بماند؟ به جرأت می‌توان گفت که هیچ سؤالی تا این اندازه ذهن پژوهشگران عرصه دین را به خود مشغول نساخته است و هیچ خط و مرزی تا این حد جداسازنده افکار، آرا و سلايق نبوده است. ■■

یادداشت ویژه: تأثیر آموزه‌های انسان‌شناسی بر توجه بیشتر به «مقصد‌های شریعت» و «مصلحت» در فرآیند استنباط حقوق اسلامی
دکتر مهدی نیازآبادی، استاد مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

یکی از اصلی‌ترین اهداف و کارکرد بازار مالی، تأمین مالی است و بازار مالی بر این اساس و معیار سررسید تعهدات به بازار پول (بانک محور) و سرمایه (اوراق بهادار محور) تقسیم می‌شود. تولید و تجارت نیاز به سرمایه دارد و بانک‌ها یکی از مهم‌ترین منابع تأمین این سرمایه هستند. در بانکداری غربی، تخصیص وجوه از طریق عقد قرض صورت می‌گیرد، اما در بانکداری اسلامی به جهت ممنوعیت دریافت ربا، استفاده از عقد قرض راهگشا نخواهد بود. بنابراین براساس نیاز جدی کشورهای در حال توسعه اسلامی و ضرورت مطابقت با شریعت اسلام، عقد استصناع به عنوان ابزار مهم مالی در این راستا طراحی شد. ■■

سرمقاله: جایگاه استصناع در تأمین مالی

عرفان ولی‌پور، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

حق بر حریم خصوصی از اساسی‌ترین موضوعات حقوق بشری و یکی از مؤلفه‌های بنیادین نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته است. این حق مستقیماً با کرامت انسانی مرتبط است و مبین آن است که احترام به حریم خصوصی تک‌تک افراد، عامل تثبیت بنیان‌های اخلاقی آن و تحکیم ستون‌های هر جامعه است. سؤال مهم آن است که در دوگانگی حفظ امنیت جامعه و پاسداری از حقوق افراد، نظام‌های حقوقی مختلف چه تدبیری اندیشیده‌اند و آیا توانسته‌اند با قانون‌گذاری و بهره‌گیری از نظام قضایی خود موازنه‌ای برقرار کنند یا خیر. ■■

مطالعه‌ی تطبیقی بر حق حریم خصوصی و نظارت دولتی

محمدجواد حاجبانی و علی غلامی، دانشجویان کارشناسی حقوق دانشگاه تهران

چندی پیش، هفدهمین دوره «حراج تهران» در ۳۰ تیرماه ۱۴۰۲ برگزار شد که طبق پیش‌بینی‌ها با فروش چند صد میلیاردی همراه بود. اما نکته این‌جاست علی‌رغم حساسیت این نهاد به دلیل رد و بدل شدن پول‌های کلان، هیچ‌گونه مقرره‌ای جهت نظارت بر شفافیت مالی، ارزش‌گذاری و قیمت‌گذاری آثار هنری، تشخیص و تضمین اصالت آثار، صلاحیت برگزارکنندگان حراج‌ها و... وجود ندارد. به همین سبب شاهد نوعی از وضعیت غرب وحشی در موضوعات مذکور از حیث اجرا و ضمانت اجرا در حراجی‌ها به خصوص «حراج تهران» هستیم. لذا جستار پیش‌رو برآن است تا با نشان‌دادن خلأهای قانونی، تلاشی در نظام‌مند کردن این حوزه و از بین بردن تبعات بی‌قانونی آن داشته باشد. ■■

وضعیت غرب وحشی در حراج تهران

مهديه سادات حقى، دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

