



محمد جواد ظریف



الیاس محمودی وکیل



پاول دروف



قضانامه شماره پنجم



تابستان - ۱۴۰۳



تیترویره



مروری بر اتهامات پاول دروف مالک تلگرام

تحلیل روز

دلایل موافقان و مخالفان انتصاب محمد جواد ظریف در مشاغل حساس

✓ تحلیل حقوقی فیلم جمشیدیه

✓ سایه های عدالت_ داستان حقوقی با موضوع قاعده لاضرر

✓ اطلاعات گران ترین مطاع است

✓ ارزیابی و نقد رویه ی شورای امنیت در قبال جزایر سه گانه (تنب کوچک، تنب بزرگ و ابوموسس)

✓ گفتگو با بنیانگذار و اولین رئیس حفاظت و اطلاعات قوه قضاییه (الیاس محمودی وکیل)





شناسنامه اثر

- نام اثر : فصلنامه قضنامه _ شماره پنجم تابستان ۱۴۰۳
- مدیر مسئول : افشین پرفروغ
- سردبیر: محمد حسین امینی
- مسئول و مدیر اجرایی : سید محمدرضا رضوی نژاد
- هیئت تحریریه :
- محمدحسین امینی، علی شعبانی ، سهیل نجاری ، ابوالفضل حسنی ، سپهر الهی، ابوالفضل پروین، سید محمد رضا رضوی نژاد ، مهدی وحیدی قراباغلو، محمدرضا صادقی مقدم، محمد ایمانی، افسانه حاجیلو، جواد منصوری
- نویسندگان شماره پنجم : محمد حسین امینی، صالح عباسی، افسانه حاجیلو، جواد منصوری، ابوالفضل عرب زاده، نادر حاتمی، مهدی وحیدی، محمود فرهادی علی شعبانی، ابوالفضل پروین، سعید آیرم، محمد فیلی، احمدرضا توحیدی، سیدصالح پیش بین، سهیل نجاری، سیده لیلا نژاد سید حسینی، ابوالفضل حسنی، محمد ایمانی شیخ الاسلامی.
- طراح و صفحه آرا : مهدی وحیدی قراباغلو و یوسف وحیدی قراباغلو
- پل ارتباطی :

☎ 09372146330

📧 t.me/anjoman_ujs

✉ mohamadhoseinamini1378@gmail.com



وزارت فرهنگ و آموزش عالی
جمهوری اسلامی ایران



دانشگاه علوم قضایی تهران

فهرست مطالب

یادداشت سردبیر

۱ | نگاهی به فراز و فرودهای دوره دوم قضانامه ۲

تیترویزه و تحلیل روز

۱ | تتبعی بر اتهامات پاول دروف مالک تلگرام ۴

۲ | دلایل موافقان و مخالفان قانونی بودن انتصاب معاون
راهبردی رییس جمهور و موانع قانونی بکارگیری
آقای محمدجواد ظریف در مشاغل حساس ۱۲

مقالات

۱ | مبانی تامین اجتماعی در پرتو
سیاست های کلی و بیانات رهبری ۲۴

۲ | تبیین جرم شناختی بزهکاری
اطفال و نوجوانان ۳۰

۳ | نگرشی بر منابع حقوق
تجارت بین الملل ۴۲

۴ | ارزیابی و نقد رویه شورای
امنیت در قبال جزایر سه گانه ۵۳

۵ | بررسی دیدگاه های مختلف در مورد قتل های
فراقضایی در حقوق جزای بین المللی ایران ۶۹

۶ | مطالعه تطبیقی ماهیت ورشکستگی در نظام فقهی
حقوقی ایران و نظام ورشکستگی آلمان و فرانسه ۸۱



- ۷ | اصول حاکم بر قراردادهای بیمه ۹۴
- ۸ | حجّت نظر پزشکی قانونی در آرای قضایی ۱۰۴
- ۹ | ظرفیت شناسی فقه در انحصاری کردن
نقل و انتقال در اموال غیر منقول ۱۱۵



یادداشت های موضوعی

- ۱ | تلفیق اهداف فردی و سازمانی در
دستگاه قضائی با حمایت از شخصیت قاضی ۱۳۱



قضا و هنر

- ۱ | سایه های عدالت ۱۳۶
- ۲ | تحلیل حقوقی فیلم جمشیدیه ۱۳۹



مصاحبه

- ۱ | اطلاعات گران ترین متاع است «مصاحبه با آقای فرهادی» ۱۴۳

یادداشت سردبیر

یادداشت سردبیر



محمد حسین امینی
سردبیر فصلنامه قضانامه

نگاهی به فراز و فرودهای دوره دوم قضانامه

همانطور که در یادداشت سردبیر شماره سوم نشریه قضانامه بیان گردید این نشریه از بهار سال ۱۴۰۲ و با اخذ مجوز رسمی از کمیته ناظر بر نشریات دانشگاه علوم قضایی و با پیگیری جناب آقای محمد کریمی دبیر وقت انجمن علمی دانشجویی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری شروع به فعالیت کرد.

دوره اول نشریه قضانامه، رویه تکاملی خوبی را با انتشار نسخه‌های اول و دوم طی نمود اما با تغییر کادر انجمن علمی دانشگاه و با بروز موانع در ابتدای فعالیت دوره جدید انجمن علمی انتشار قضانامه با وقفه‌ای در پاییز ۱۴۰۲ مواجه گردید. با تشکیل مجمع عمومی انجمن علمی دوره چهاردهم، اینجانب به همراه تعدادی دیگر از دانشجویان دغدغه مند، فعالیت خود را در انجمن علمی آغاز کردیم. بنده در جلسه مجمع عمومی انجمن علمی، به عنوان نایب رئیس اول و با وعده‌ی برقراری مجدد انتشار قضانامه انتخاب گردیدم و بلافاصله فعالیت خود را آغاز نمودم.

انتخاب کادر مدیران مسئول و اجرایی، انتخاب و به کارگیری تحریریه، طراحی بخش‌های متنوع برای نشریه، طراحی فراخوان‌های دریافت اثر، ارزیابی و اصلاح آثار دریافتی پیشنهاد و گلچین موضوعات در زمینه‌های تخصصی حقوق قضایی و مدیریت قضایی، ویراستاری نهایی آثار و توافق با طراح و چاپخانه، عمده مسئولیت‌های بنده به عنوان سردبیر نشریه قضانامه در دوره دوم این نشریه تلقی می‌گردید که با تمام توان در انجام آن کوشیدم و زحمات و تلخکامی‌ها را به جان خریدم.

از آنجایی که عمده وظایف یک دانشجو، آن هم دانشجویی که با یارانه بیت المال و در دانشگاه روزانه تحصیل می‌کند اهتمام به درس و تحصیل و در مقاطع تحصیلات تکمیلی ایضاً پژوهش است می‌بایست درس و تحقیق را در اولویت اول خود قرار داده و کمتر به فعالیت‌های دلخواه از جمله نشریه می‌پرداختم. لذا باید ضمن کار روی نشریه انجمن علمی تلاش می‌کردم «قضانامه» مانع عمل به وظایف دانشجویی بنده به عنوان دانشجوی کارشناسی ارشد نشود. تمام این مسائل کار رسیدن قضانامه به پایگاه اصلی آن را که فراتر از پایگاه کنونی آن، به عنوان برنده‌ی جایزه «رهیافت» در جشنواره نشریات اتحادیه انجمن‌های دانشجویی حقوق در دوره اول و دستیابی به نمایه «نورمگز» در دوره کنونی است، سخت‌تر و پرچالش‌تر می‌نمود.

امید می‌رود تلاش‌های کادر مدیران هیئت تحریریه و سایر دست اندر کاران دوره دوم نشریه قضانامه با تلاش‌های مسئولان دوره سوم تکمیل گردیده و این نشریه بتواند روند تکامل را گام به گام طی کرده و به موفقیت‌های بزرگ تری، نائل آید.

۱۴۰۳ / ۴ / ۳۰



تیسروں پر و تحلیل روز

عباس شیخ اسلامی

دانشیار دانشکده حقوق

آزاد اسلامی مشهد

محمد ایمانی - کارشناسی رشته حقوق

عضو کانون قرارداد نویسان ایران

توانسته در پنج ماه پایانی همین سال ۲۰۰ میلیون کاربر فعال ماهانه جذب کند تلگرام به عنوان شرکت در انگلستان و آمریکا به ثبت رسیده است، بر اساس «پرسش‌های متداول» در سایت رسمی تلگرام، تیم توسعه‌دهندگان در شهر دبی، امارات متحده عربی قرار دارند. به گفته آنان، به دلیل تغییر قوانین روسیه در زمینه آی‌تی، مجبور به ترک کشور شدند و شهرهای دیگر مانند برلین، لندن و کشور سنگاپور را امتحان کردند ولی در نهایت در دبی مستقر شده‌اند. از سال ۲۰۱۷، این شرکت در دبی مستقر است.^۲ در واقع این شروع اتهامات وارده بر شرکت تلگرام بود.

جنبش مقاومت تلگرام

کاربران روس، نزدیک به هفت درصد از کل کاربران تلگرام را تشکیل می‌دهند. به گفته سرویس امنیت فدرال روسیه (FSB) عاملان حمله ۲۰۱۷ متروی سن پترزبورگ از تلگرام برای ارتباط استفاده کرده بودند. در اکتبر سال ۲۰۱۷ پیام‌رسان تلگرام به دلیل خودداری از ارائه کلیدهای رمزنگاری پیام‌های کاربران به سرویس امنیت فدرال روسیه ۸۰۰ هزار روبل روسیه برابر ۱۸ هزار دلار آمریکا جریمه شد.

نرم افزار چند سکویی تلگرام که برای اولین بار در سال ۲۰۱۳ راه اندازی شد توانسته است جز برترین نرم افزار های دنیا و محبوب ترین پیام رسان دنیا شناسایی شود. به دنبال این شهرت برخی حواشی و اتهاماتی به مالک این نرم افزار وارد آمده است، در این تنسيق به توضیحات تکمیلی و بررسی دقیق این حوادث و اتهامات خواهیم پرداخت در ادامه به اتهامات وارده و گاهی در برخی موارد اتهاماتی که به این شرکت بزرگ پیام رسان وارد نیامده است، اما باید مورد بررسی قرار گیرد میپردازیم.

تلگرام که یک سرویس پیام‌رسان متن باز چندسکویی مبتنی بر رایانش ابری است. این پیام‌رسان در سال ۲۰۱۳ توسط دو برادر به نام‌های پاول و نیکلای دورف راه‌اندازی شد. در اکتبر ۲۰۱۳ تلگرام روزانه صد هزار کاربر فعال داشت ۱۹ جون ۲۰۲۲ (۲۹ خرداد ۱۴۰۱) تلگرام در بیانیه‌ای مطبوعاتی ضمن معرفی سرویس اشتراکی خود اعلام کرد اکنون بیش از ۷۰۰ میلیون کاربر فعال ماهانه دارد. این پیام‌رسان که سال ۱۴۰۱ خودش را به جمع پنج اپلیکیشن پردانلود در سراسر دنیا رساند.

(meet telegram, www.techcrunch.com, 2024)

محمد ایمانی-دکتر عباس شیخ اسلامی ۱

۲ Telegram was founded in 2013 by Nikolai and Pavel Durov. Its servers are distributed worldwide with several data centers, while the headquarters is in Dubai, United Arab Emirates. Telegram is the most popular instant messaging application in parts of Europe, Asia, and Africa.

در مارس ۲۰۱۸ سازمان تنظیم ارتباطات روسیه برای دومین بار به مدیران تلگرام دو هفته وقت داد تا داده‌های کاربران و کدهای رمزنگاری را به سازمان اطلاعات و امنیت روسیه تسلیم کنند؛ ولی با خودداری مدیران تلگرام از این کار، در روز جمعه ۱۳ آوریل ۲۰۱۸ دادگاهی در مسکو حکم ممنوعیت سرویس پیام‌رسان تلگرام در روسیه را صادر کرد. پاول دوروف به این دادگاه، وکیل نفرستاده بود. وی همچنین گفته بود: «حتی اگر این به قیمت توقف فعالیت آن تمام شود، تلگرام، حریم خصوصی کاربران خود را حفظ خواهد کرد». در تاریخ ۱۶ آوریل ۲۰۱۸ سازمان تنظیم ارتباطات روسیه، آغاز فیلترینگ دسترسی به پیام‌رسان تلگرام را در این کشور اعلام کرد. در مه ۲۰۱۸ مقام‌های روسیه از شرکت اپل خواستند خدمات ارسال «اطلاع فوری» تلگرام را در روسیه متوقف کرده و اپلیکیشن آن از اپ استورهای روسیه حذف شود. این مقام‌ها گفتند که در حال گفتگو با گوگل هستند تا دسترسی به این پیام‌رسان با سیستم عامل اندروید ناممکن شود.



فیلترینگ تلگرام در ایران

در دهم اردیبهشت ۱۳۹۷ تلگرام در ایران به دستور قضایی فیلتر شد. دستور قضایی درباره مسدودسازی پیام‌رسان تلگرام از سوی بازپرس شعبه دوم دادسرای فرهنگ و رسانه تهران صادر شد. بر پایه این دستور «کلیه ارائه دهندگان خدمات دسترسی به اینترنت کشور خصوصاً شرکت ارتباطات زیرساخت و اپراتورهای تلفن و دارندگان پروانه ارائه خدمات ارتباطات ثابت مکلف اند از تاریخ ۱۰ اردیبهشت ۱۳۹۷ نسبت به اعمال مسدودسازی کامل وب سایت و اپلیکیشن شبکه اجتماعی تلگرام اقدام نمایند در متن حکم مسدودسازی تلگرام آمده است که «اعمال مسدودسازی باید به گونه‌ای باشد که محتوای پیام‌رسان یادشده با هیچ نرم‌افزاری در کشور قابل دسترسی نباشد، تخلف از اجرای این دستور موجب تعقیب کیفری خواهد بود.»

بازداشت مالک تلگرام

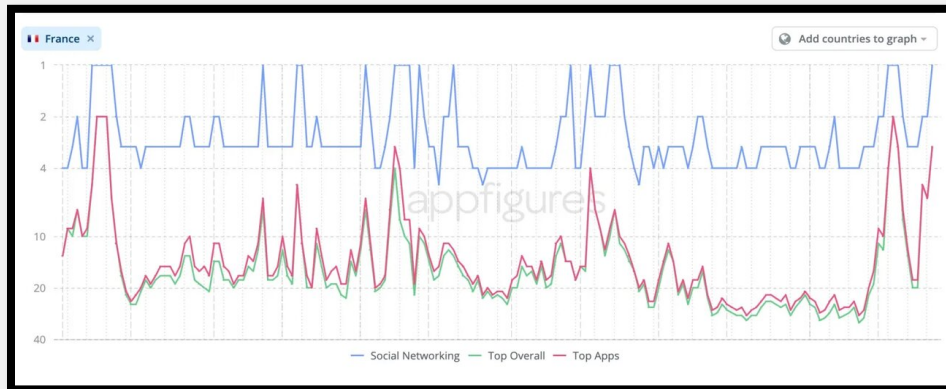
با وجود محدودیت‌های فراوانی که توسط کشورها مختلف با توجه به خط‌مشی سیاست‌گذاری هر کشور اعمال شده بود اما باز هم مخاطبان تلگرام در حال افزایش بودند تا در تاریخ شنبه چهارم شهریور پاول دورف در پاریس بازداشت شد. اتهام او ضعف مدیریت محتوای تلگرام که منجر به انتشار محتوای غیرقانونی درباره قاچاق مواد مخدر، پولشویی و انتشار محتوای مستهجن کودکان است. در حالی که این اتهامات نگرانی‌ها را درباره محتوای موجود در این پیام‌رسان افزایش داده است، استقبال مردم از این پیام‌رسان بیشتر شده و میزان دانلود آن در فروشگاه اپل ۴ درصد در جهان افزایش پیدا کرده است

(www.khabaronline.ir, 2024). بازداشت شدن پاول دورف

جنبش مقاومت دیجیتال

برای رویارویی با حکم دادگاه، پاول دوروف، جنبشی به نام «مقاومت دیجیتال» را پایه‌گذاری کرد و هدف آن را «جنبشی نامتمرکز برای دفاع از آزادی و پیشرفت دیجیتال در جهان» خواند. گفته می‌شد ممنوعیت دسترسی به تلگرام تأثیر چشمگیری بر فعالیت کاربران روس نگذاشته است. چون کاربران روس این پیام‌رسان از وی‌پی‌ان و فیلترشکن استفاده می‌کنند

میزان استقبال کاربران از نرم افزار تلگرام بعد از دستگیری مدیریت آن



اسکن کنید



اتهامات وارده بر مالک تلگرام

حدود ساعت ۸ شب روز شنبه، پاول دورف، بنیان‌گذار و مدیرعامل تلگرام، هنگام خروج از جت شخصی خود در فرودگاه لو بورژ در حومه‌ی پاریس توسط پلیس فرانسه دستگیر شد؛ خبری که به سرعت در شبکه‌های اجتماعی دست‌به‌دست شد و حتی واکنش انتقادی ایلان ماسک، مدیرعامل شبکه‌ی اجتماعی X را در پی داشت. کاربران ایرانی به‌طور ویژه بابت از دست دادن دسترسی به بخش Saved Messages تلگرام نگران بودند و از ذخیره‌کردن اطلاعات شخصی و مهمی چون حساب‌های بانکی، شماره تلفن، والت‌های رمزارز و رمز عبورهایشان در تلگرام می‌گفتند. حتی برخی از کاربران از Saved Messages به‌عنوان «هارد اکسترنال مجانی» خود یاد کردند که تمام زندگی‌شان در آن ذخیره‌شده است و اگر اتفاقی برای سرورهای تلگرام بیفتد، مثل این است که «حافظه‌شان را از دست بدهند.» دستگیری غیرمنتظره‌ی دورف در پی صدور حکمی توسط OFMIN صورت گرفت که نهادهی برای جلوگیری از خشونت علیه کودکان است و کمتر از یک سال از شروع فعالیتش می‌گذرد. تا پیش از آنکه دفتر دادستانی پاریس فهرست بلندبالای اتهامات دورف را منتشر کند، به‌نظر می‌رسید این میلیاردی ۳۹ ساله به دلیل نبود نظارت بر محتوا و همکاری با مجریان قانون متهم شده است که از نظر فرانسه و بسیاری از کشورهای غربی، تلگرام را به ابزاری برای قاچاق مواد مخدر، جرائم سازمان‌یافته، ترویج تروریسم، آزار کودکان و کلاهبرداری تبدیل کرده است. به‌گزارش TF1Info، رسانه‌ی فرانسوی که اولین بار این خبر را منتشر کرد، دستگیری دورف به‌دنبال بازگشتش از سفر به آذربایجان و به‌خاطر حکم تفتیشی رخ داد که تنها در صورت ورود او به خاک فرانسه اعتبار داشت. به‌گفته‌ی این شبکه‌ی خبری، دورف «بدون شک» در طول انجام تحقیقات در بازداشت خواهد ماند. رویترز هم می‌گوید پلیس فرانسه پیش از ورود جت شخصی دورف به این کشور، نام او را در فهرست مسافران دیده بود. تیمی از ژاندارمری امنیت سایبری و تیمی از پلیس ملی مبارزه با کلاهبرداری، تحقیقات علیه دورف را رهبری می‌کنند. قاضی پرونده هم در مسائل مربوط به جرائم سازمان‌یافته تخصص دارد (www.zoomit.ir2024). ماجرای دستگیری پاول دورف در واقع اتهامات وارده که به صورت رسمی بیان شده است عبارتند از:

- مشارکت در مدیریت یک پلتفرم آنلاین برای انجام معاملات غیرقانونی در یک گروه سازمان یافته
- امتناع از ارائه اطلاعات یا اسناد مورد نیاز به مقامات مربوطه برای اجرای شنود مجاز
- مشارکت در نگهداری تصاویر پورنوگرافی افراد زیر سن قانونی
- مشارکت در توزیع، عرضه یا در دسترس قرار دادن تصاویر پورنوگرافی افراد زیر سن قانونی در یک گروه سازمان یافته
- مشارکت در خرید، حمل، نگهداری، عرضه یا فروش مواد مخدر
- مشارکت در عرضه، فروش یا در دسترس قرار دادن تجهیزات، ابزارها، برنامه‌ها یا داده‌هایی که برای دسترسی غیرمجاز به سیستم‌های پردازش داده‌ی خودکار یا آسیب رساندن به آن‌ها طراحی یا تطبیق داده شده‌اند، بدون دلیل قانونی
- مشارکت در کلاهبرداری سازمان یافته
- عضویت در گروهی جنایی با هدف ارتکاب جرایمی که مجازات آن‌ها ۵ سال حبس یا بیشتر است
- پولشویی درآمدهای حاصل از جرایم و تخلفات گروه‌های سازمان یافته
- ارائه خدمات رمزنگاری با هدف تضمین محرمانگی بدون اعلام قبلی
- ارائه ابزاری برای رمزنگاری که صرفاً برای احراز هویت یا نظارت بر صحت داده‌ها نیست، بدون اعلام قبلی
- واردات ابزاری برای رمزنگاری با هدف احراز هویت یا نظارت بر صحت داده‌ها بدون اعلام قبلی

پیش بینی وکلا و مدیران حقوقی شرکت تلگرام از دستگیری

دولت فرانسه و برخی کشور های غربی به دلیل استقبال جوامع بشری به دنبال مدیریت رمز ارز ها بودند و دستگیری مدیر تلگرام در واقع بهانه ای است برای زیاده خواهی این دولت ها به همین دلیل مدیران و نمایندگان حقوقی شرکت تلگرام از سال های پیش این را پیش بینی کرده بودند به همین دلیل اطلاعات به صورت کاملاً رمزنگاری شده در این نرم افزار ذخیره خواهد شد به عنوان مثال زمانی که شما در تلگرام پیامی را درج کنید به صورت "5" ef48e515 نوشته خواهد شد و محل ذخیره این اطلاعات در کشور های مختلف دنیا است این یعنی عملاً دسترسی به اطلاعات افراد غیر ممکن است

باین حال، دورف اخیراً گفته بود که اگر درخواست حذف محتوا قانونی باشد، مثلاً درباره‌ی ترویج خشونت یا محتوایی که «هر آدم حسابی با آن مخالف است، تلگرام به آن پاسخ مثبت می‌دهد»؛ اما «در مواردی که فکر کنیم داریم از خطوط آزادی بیان و حریم شخصی کاربران رد می‌شویم، توجهی به درخواست‌ها نمی‌کنیم»



آیا تلگرام دارک وبی در جیب کاربران است؟

تلگرام سال‌ها است با چالش نبود سیستم کارآمدی برای نظارت بر محتوا دست به گریبان است. سیاست سخت‌گیرانه‌ی این پلتفرم در مورد حریم خصوصی و همکاری نکردن با دولت‌ها برای در اختیار گذاشتن اطلاعات کاربران باعث شده عده‌ای تلگرام را خطرناک و جایی برای فعالیت افسارگسیخته و بدون نظارت تروریست‌ها و مجرمان بدانند. مجله آلمانی اشپیگل در گزارشی که ژوئن ۲۰۲۱ منتشر کرد، تلگرام را امپراتوری‌ای تاریک، خطرناک‌ترین پیام‌رسان و «معادل دارکوب در جیب» کاربران توصیف کرد. واکنش دورف به این انتقادات این بود: «راه‌حل‌های سیاسی که علیه رمزنگاری مطرح شده‌اند، قرار نیست علیه تروریسم مؤثر باشند».

۱- تلگرام یک نماینده رسمی در اتحادیه اروپا دارد که درخواست های اتحادیه اروپا را می پذیرد و به آنها پاسخ می دهد. آدرس ایمیل آن برای هر کسی در اتحادیه اروپا که «آدرس تلگرام اتحادیه اروپا برای مجریان قانون» را در گوگل جستجو کند، در دسترس عموم قرار گرفته است.

۲- مقامات فرانسوی راه های زیادی برای تماس با من برای درخواست کمک داشتند. من به عنوان یک شهروند فرانسوی، مهمان مکرر کنسولگری فرانسه در دبی بودم. چندی پیش وقتی از من پرسیده شد، شخصا به آنها کمک کردم تا خط تلفنی با تلگرام برای مقابله با تهدید تروریسم در فرانسه ایجاد کنند.

۳- اگر کشوری از یک سرویس اینترنتی ناراضی است، رویه برقرار شده این است که اقدام قانونی علیه خود سرویس آغاز کند. استفاده از قوانین مربوط به دوران قبل از گوشی های هوشمند برای متهم کردن یک مدیر عامل به جرایم ارتكابی توسط اشخاص ثالث در پلتفرمی که او مدیریت می کند، رویکردی نادرست است. تکنولوژی ساختمان به اندازه کافی سخت است. هیچ مبتکری هرگز ابزار جدیدی نمی سازد اگر بداند که می تواند شخصاً مسئول سوء استفاده احتمالی از آن ابزارها باشد. ایجاد تعادل مناسب بین حریم خصوصی و امنیت آسان نیست. شما باید قوانین حریم خصوصی را با الزامات اجرای قانون و قوانین محلی را با قوانین اتحادیه اروپا مطابقت دهید. شما باید محدودیت های تکنولوژیکی را در نظر بگیرید. به عنوان یک پلتفرم، می خواهید فرآیندهای شما در سطح جهانی سازگار باشد، در حالی که همچنین اطمینان حاصل کنید که در کشورهایی با حاکمیت قانون ضعیف مورد سوء استفاده قرار نمی گیرند. ما متعهد به تعامل با تنظیم کننده ها برای یافتن تعادل مناسب هستیم. بله، ما بر اصول خود می ایستیم: تجربه ما بر اساس مأموریت ما برای محافظت از کاربران خود در رژیم های استبدادی شکل گرفته است. اما ما همیشه پذیرای گفتگو بوده ایم. گاهی اوقات ما نمی توانیم با تنظیم کننده یک کشور در مورد تعادل مناسب بین حریم خصوصی و امنیت به توافق برسیم. در این موارد ما آماده ترک آن کشور هستیم. ما بارها این کار را انجام داده ایم. هنگامی که روسیه از ما خواست که «کلیدهای رمزگذاری» را برای فعال کردن نظارت ارائه کنیم، ما نپذیرفتیم - و تلگرام در روسیه ممنوع شد. زمانی که ایران خواستار مسدود کردن کانال های معترضان مسالمت آمیز شد، ما نپذیرفتیم و تلگرام در ایران ممنوع شد. ما آماده ترک بازارهایی هستیم که با اصول ما سازگار نیستند، زیرا این کار را برای پول انجام نمی دهیم. ما با نیت به ارمغان آوردن خیر و دفاع از حقوق اولیه مردم، به ویژه در مکان هایی که این حقوق نقض می شود، هدایت می شویم. همه اینها به معنای کامل بودن تلگرام نیست. حتی این واقعیت که مقامات ممکن است در مورد ارسال درخواست ها گیج شوند، چیزی است که باید آن را بهبود دهیم. اما ادعای برخی رسانه ها مبنی بر اینکه تلگرام نوعی بهشت هرج و مرج است کاملاً نادرست است. ما روزانه میلیون ها پست و کانال مضر را حذف می کنیم. ما گزارش های شفافیت روزانه را منتشر می کنیم (مثل این یا این). ما خطوط مستقیم با سازمان های غیردولتی داریم تا درخواست های نظارت فوری را سریع تر پردازش کنیم. با این حال، صداهایی را می شنویم که می گویند این کافی نیست. افزایش ناگهانی تعداد کاربران تلگرام به 950 میلیون باعث دردسرهای فزاینده ای شد که سوء استفاده از پلتفرم ما را برای مجرمان آسان تر کرد. به همین دلیل است که من این را هدف شخصی خود قرار دادم که اطمینان حاصل کنم که در این زمینه به طور قابل توجهی پیشرفت خواهیم کرد. ما قبلاً این فرآیند را به صورت داخلی شروع کرده ایم، و به زودی جزئیات بیشتری را در مورد پیشرفت خود با شما در میان خواهیم گذاشت¹. (<https://t.me/durov/342.2024>) (telegram)

¹ 1. Telegram has an official representative in the EU that accepts and replies to EU requests. Its email address has been publicly available for anyone in the EU who googles "Telegram EU address for law enforcement".

بررسی اتهامات مالک تلگرام از دیدگاه حقوق کیفری

۱) به زبان ساده، ساختن و توسعه بستر و پیام رسان در فضای مجازی چه تلگرام و چه غیر آن نه تنها جرم نیست بلکه در جهت کانال ارتباطی انسانها و آگاهی رسانی و اشتغال باید مورد تشویق قرار گیرد.

۲) اینکه عده ای از این بستر سوء استفاده کنند و در آن محتوای مجرمانه تولید و تکثیر یا از آن به عنوان فضایی برای ارتباطات مجرمانه نظیر توزیع قاچاق مواد مخدر یا جرایمی علیه داده های دیگران نظیر سرقت یا کلاهبرداری یا تخریب رایانه ای استفاده می کنند، بنا بر اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری و عدم توجیه مسئولیت نیابتی در این خصوص، نباید سازنده این فضا را مجرم دانست چنانکه سازنده جاده را نباید مسئول تصادفات جاده ای دانست.

۳) ترک فعل مالک تلگرام در ندادن اطلاعات به دولتها با رعایت اصل محرمانگی کاربران هم نمی تواند عنوان مجرمانه به خود بگیرد و برعکس اگر اسرار کاربران فاش شود، مالک تلگرام و سایر پلتفرم ها باید پاسخگو باشند.

۴) حق دولت ها در پیشگیری از جرم و مقابله با مجرمین در این فضا نیز باید به رسمیت شناخته شود و آنان بدون ضرورت فشار به مدیران در افشای محتوا و یا نام و اطلاعات کاربران، باید از طرق دیگر زمینه پیشگیری، کشف جرم و تعقیب متهمین را پیگیری کنند.

۳) رای وزین بازپرس شعبه نهم دادسرای فرهنگ و رسانه تهران در ص (۲) بالا و صدور قرار منع تعقیب برای مالک تلگرام و سایر پلتفرم ها با استدلال قوی و اینکه سازنده چاقو را نباید قاتل یا معاون در قتل دانست، چنانچه آقای آذری جهرمی وزیر پیشین ارتباطات گفته اند باید مورد تبعیت دادستان فرانسوی قرار گیرد و کشوری که خود را مهد آزادی می داند به سادگی آزادی رسانه پر مخاطب را محدود و به بهانه ارتکاب جرم، اطلاعات مجرمانه را مطالبه نکند و بداند اگر باب افشای اطلاعات باز شود باب کوچ کاربران و ورشکستگی این پلتفرم ها را به همراه دارد، بعلاوه اولین قربانی آن نیز خود حاکمان کشورها هستند که پرونده شفافیت در عالم سیاست و اقتصاد و فرهنگ ندارند. نهایت دوروف را به خاطر راز داری باید تشویق کنند، نه حبس^۱. (telegram) <https://t.me/durov/342,2024>

2. The French authorities had numerous ways to reach me to request assistance. As a French citizen, I was a frequent guest at the French consulate in Dubai. A while ago, when asked, I personally helped them establish a hotline with Telegram to deal with the threat of terrorism in France.

3. If a country is unhappy with an internet service, the established practice is to start a legal action against the service itself. Using laws from the pre-smartphone era to charge a CEO with crimes committed by third parties on the platform he manages is a misguided approach. Building technology is hard enough as it is. No innovator will ever build new tools if they know they can be personally held responsible for potential abuse of those tools. Establishing the right balance between privacy and security is not easy. You have to reconcile privacy laws with law enforcement requirements, and local laws with EU laws. You have to take into account technological limitations. As a platform, you want your processes to be consistent globally, while also ensuring they are not abused in countries with weak rule of law. We've been committed to engaging with regulators to find the right balance. Yes, we stand by our principles: our experience is shaped by our mission to protect our users in authoritarian regimes. But we've always been open to dialogue.

___ Sometimes we can't agree with a country's regulator on the right balance between privacy and security. In those cases, we are ready to leave that country. We've done it many times. When Russia demanded we hand over "encryption keys" to enable surveillance, we refused — and Telegram got banned in Russia. When Iran demanded we block channels of peaceful protesters, we refused — and Telegram got banned in Iran. We are prepared to leave markets that aren't compatible with our principles, because we are not doing this for money. We are driven by the intention to bring good and defend the basic rights of people, particularly in places where these rights are violated.

All of that does not mean Telegram is perfect. Even the fact that authorities could be confused by where to send requests is something that we should improve. But the claims in some media that Telegram is some sort of anarchic paradise are absolutely untrue. We take down millions of harmful posts and channels every day.

We publish daily transparency reports (like this or this). We have direct hotlines with NGOs to process urgent moderation requests faster.

پیش بینی دلیل اصلی دستگیری مالک تلگرام

محدودیت های و فشار سیاسی علیه مالک تلگرام زمانی افزایش پیدا کرد که پروژه ای به نام (Ton coin) شروع شد پون مالک تلگرام توانست مردم را مستقیماً از نرم افزای تلگرام به یک بلاکچین متصل کند و دولت های غربی به دنبال این ویژگی تلگرام هستند. اگر ایراد اصلی در حدود دسترسی به اطلاعات و برخی اتهامات بیان شده بوده است این سوال را باید مطرح کرد:

الف) چرا برای شرکت اینستاگرام و واتساپ مشکلی پیش نیامده است؟

ب) چرا با وجود دسترسی به محتوای غیر اخلاقی شبکه اینترنت محدود نخواهد شد؟

پاسخ این سوالات روشن است شرکت تلگرام در آینده نزدیک میتواند پادشاه های رمز ارز ها باشد و فرانسه این را متوجه شده است به همین دلیل برخی محدودیت ها را برای مالک تلگرام به وجود آورده است.



واکنش رهبر انقلاب به دستگیری پاول دورف

حضرت آیت الله خامنه ای در بخشی از بیانات خود در دیدار امروز مسعود پزشکیان و اعضای هیات دولت چهاردهم، با اشاره به بازداشت پاول دورف بنیانگذار پیام رسان تلگرام فرمودند:

فضای مجازی یک دنیای جدیدی است شماها بیشتر از بنده هم حتماً مطلعید، یعنی فضای مجازی دیگر امروز مجازی نیست! امروز یک واقعیتی است در زندگی مردم. روزبه روز هم دارد پیش می رود آنچه که مهم است این است که در فضای مجازی حکمرانی قانونمند وجود داشته باشد اینکه بنده گاهی گفتم فضای مجازی رهاست، ول است، این بخاطر این است. حکمرانی، براساس قانون، یک قانونی اگر ندارید قانون را بوجود بیاورید براساس آن قانون زمام کار را بدست بگیرید همه ی دنیا این کار را می کنند می بینید دیگر این جوان بیچاره را فرانسوی ها، یعنی اینقدر تا این حد سخت گیری انجام میگیرد طرف را می گیرند زندان می کنند، تهدید می کنند که بیست سال محکومیت به تو خواهیم داد این بخاطر آن است که حکمرانی آنها را نقض کرده نقض حکمرانی قابل قبول نیست یک کشور در اختیار شماست که وظیفه در قبالش دارید، مأموریت در قبالش دارید. نمیشود حکمرانی شما را نقض کرد، نباید نقض کنند. رهبر انقلاب در نخستین دیدار اعضای هیئت دولت چهاردهم www.farshad.ir (1403)

رهبر انقلاب با بررسی وقایع اخیر پیش بینی دقیقی از آینده و نتیجه این عمل فرانسوی ها داشتند و به نظر خواهد رسید که اتحادیه اروپا و فرانسه تنها راه را باید در تصویب قانون جدید و گاهی تحمیلی به شرکت تلگرام بیابد

نتیجه گیری

منابع

1 Meet Telegram, A Secure Messaging App From The Founders Of VK, Russia's Largest Social Network, 2024, <https://techcrunch.com>

2. Telegram, 2024, www.wikipedia.org/wiki.

3. بازداشت شدن پاول دورف،
august 2024 www.khabaronline.ir

4. www.zoomit.ir, 2024, ماجرای دستگیری پاول دورف.

7. رهبر انقلاب در نخستین دیدار اعضای هیئت دولت
چهاردهم
1403 [www. fa.alalam.ir](http://www.fa.alalam.ir)

نمیتوان منکر این موضوع شد که شرکت تلگرام به صورت تمام و کمال از حقوق کاربران خود که از این نرم افزار استفاده خواهند کرد دفاع میکند که نوید این موضوع اتفاقات اخیر است ، از طرفی یقیناً وجود یک بستر بدون محافظت های پیشگیرانه توسط این شرکت میتواند استفاده های نا به خردانه ای را توسط افشار سیاسی به همراه داشته باشد البته شرکت تلگرام در موضوعاتی مانند خشونت، پورنوگرافی و... قابلیت های گزارش دادن را برای کاربران خود فعال کرده است که در این حالت در صورتی که به نسبت اعضای یک کانال محتوای آن نا مطلوب باشد کانال یا گروه توسط خود شرکت تلگرام حذف خواهد شد این قابلیت بسیار محترمانه تر از گروه های اینستاگرامی یا گروه های واتساپ است چون عملاً در سایر پیام رسان ها بیشتر این قابلیت نمادین است. اما با تمام این اقدامات حرفه ای تلگرام در حفظ حقوق افراد در سرتاسر جهان به علت محبوب ترین پیام رسان یک امر عادی است تا دولت هایی که به دنبال نفوذ در افراد هستند به دنبال دستیابی به این اطلاعات باشند و نکته ای که قابل اهمیت است این موضوع است که شرکت تلگرام به زودی میتواند در عرصه های ارزهای دیجیتال موفقیت های بیشتری را کسب کند که این موضوع برای کشور های غربی ناخوشایند است اما این موضوع تایید کننده استفاده از تلگرام نیست بلکه این شرکت باید اقدامات سختگیرانه تری برای استفاده تروریست ها و پولشویی ها انجام دهد. از طرفی مالک تلگرام در گذشته این موضوع را ثابت کرده است که اطلاعات کاربران خود را در اختیار سایر دولت ها قرار نخواهد داد به همین دلیل از کشور خود مهاجرت کرده است، اما با توجه به تهدید تحریم اتحادیه اروپا برای شرکت تلگرام به نظر خواهد رسید تا شرکت تلگرام اقدامات جدیدی را آغاز کند که این امر به معنای انتقال اطلاعات به نفع دولت های غربی نخواهد بود.

However, we hear voices saying that it's not enough. Telegram's abrupt increase in user count to 950M caused growing pains that made it easier for criminals to abuse our platform. That's why I made it my personal goal to ensure we significantly improve things in this regard. We've already started



افسانه حاجیلو - دکترا حقوق تجارت بین الملل
afsanehhajiloo@gmail.com

1. مقدمه

1.1. طرح مسئله

در ساختار حقوقی و سیاسی جمهوری اسلامی ایران، انتصابات در سطوح عالی دولتی همواره از اهمیت ویژه‌ای برخوردار بوده است. اخیراً، انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور و همچنین بحث‌های مرتبط با به کارگیری محمدجواد ظریف، وزیر امور خارجه پیشین، در مشاغل حساس، چالش‌های حقوقی و سیاسی قابل توجهی را برانگیخته است. این مسئله از دو جنبه حائز اهمیت است: اول، قانونی بودن یا نبودن انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور، و دوم، موانع احتمالی قانونی در به کارگیری افرادی چون محمدجواد ظریف در مشاغل حساس.

1.2. اهمیت و ضرورت بحث

بررسی این موضوع از چند جهت حائز اهمیت است:

(الف) تبیین حدود اختیارات قانونی رئیس جمهور در انتصابات: این بحث می‌تواند به روشن شدن مرزهای قانونی اختیارات رئیس جمهور در ایجاد پست‌های جدید و انتصابات کمک کند.

(ب) شفاف‌سازی ساختار حقوقی دولت: بررسی این موضوع می‌تواند به درک بهتر از ساختار حقوقی و سازمانی دولت و محدودیت‌های آن منجر شود.

(ج) تأثیر بر سیاست‌گذاری و اجرا: نحوه انتصاب و به کارگیری افراد در مناصب عالی، مستقیماً بر روند سیاست‌گذاری و اجرای سیاست‌ها تأثیرگذار است.

(د) پیامدهای حقوقی و سیاسی: تصمیم‌گیری در این زمینه می‌تواند پیامدهای گسترده‌ای در عرصه حقوقی و سیاسی کشور داشته باشد.

1.3. روش تحقیق

این پژوهش با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و اسناد حقوقی انجام شده است. در این راستا، قوانین و مقررات مرتبط، آرای حقوقدانان، و رویه‌های موجود مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته‌اند. همچنین، از روش تطبیقی برای مقایسه با نظام‌های حقوقی سایر کشورها استفاده شده است.

2. مبانی نظری و قانونی

2.1. جایگاه معاونت‌های ریاست جمهوری

در ساختار حقوقی ایران

بر اساس اصل ۱۲۴ قانون اساسی، رئیس جمهور می‌تواند برای انجام وظایف قانونی خود معاونانی داشته باشد (اصل ۱۲۴، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: ۱۳۵۸). این اصل، اگرچه به صراحت به معاون راهبردی اشاره نکرده، اما اختیار کلی ایجاد معاونت‌ها را به رئیس جمهور داده است.

در ساختار حقوقی جمهوری اسلامی ایران،

معاونت‌های ریاست جمهوری جایگاه ویژه‌ای دارند. این اصل به صراحت بیان می‌دارد:

”رئیس جمهور می‌تواند برای انجام وظایف قانونی خود معاونانی داشته باشد. معاون اول رئیس جمهور با موافقت وی اداره هیئت وزیران و مسئولیت هماهنگی سایر معاونت‌ها را به عهده خواهد داشت.“

این اصل، اگرچه به صراحت به معاون راهبردی اشاره نکرده، اما اختیار کلی ایجاد معاونت‌ها را به رئیس جمهور داده است.

2.2. قوانین و مقررات مرتبط با انتصابات در سطوح عالی دولتی

انتصابات در سطوح عالی دولتی تابع قوانین و مقررات متعددی است، از جمله:

الف) قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب 1386): این قانون در مواد مختلف، شرایط احراز مشاغل مدیریتی را تعیین کرده است.

ب) قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی (مصوب 1383): این قانون نیز در برخی موارد به شرایط انتصاب مدیران عالی اشاره دارد.

ج) آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه انتخاب، انتصاب و عزل فرمانداران و بخشداران (مصوب 1377 هیئت وزیران): اگرچه این آیین‌نامه مستقیماً به موضوع معاونت‌های ریاست جمهوری نمی‌پردازد، اما می‌تواند به عنوان یک الگو در نظر گرفته شود.

2.3. شرایط احراز مشاغل حساس در نظام حقوقی ایران

شرایط احراز مشاغل حساس در نظام حقوقی ایران عموماً شامل موارد زیر است:

الف) تابعیت ایرانی

ب) التزام به قانون اساسی و اصل ولایت فقیه

ج) حسن شهرت و عدم سوء پیشینه

د) داشتن صلاحیت‌های تخصصی و تجربی متناسب با شغل

ه) عدم وابستگی به احزاب و گروه‌های غیرقانونی

در مورد مشاغل حساس، قوانین خاصی نیز وجود دارد. برای مثال، قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان (مصوب 1395 و اصلاحیه 1397) محدودیت‌هایی را برای به‌کارگیری افراد بازنشسته در مشاغل دولتی ایجاد کرده است.

این مبانی نظری و قانونی، چارچوب اصلی برای بحث در مورد قانونی بودن انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور و موانع قانونی به‌کارگیری افرادی چون محمدجواد ظریف در مشاغل حساس را فراهم می‌کند.

3. بررسی دلایل موافقان قانونی بودن انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور

3.1. استدلال‌های مبتنی بر اختیارات قانونی رئیس جمهور

دلایل موافقان:

موافقان قانونی بودن انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور، عمدتاً بر اختیارات قانونی رئیس جمهور تأکید دارند: الف) اصل 124 قانون اساسی: این اصل به رئیس جمهور اجازه می‌دهد برای انجام وظایف قانونی خود معاونانی داشته باشد. موافقان استدلال می‌کنند که این اصل محدودیتی برای تعداد یا عناوین معاونت‌ها قائل نشده است.

ب) اصل ۱۲۶ قانون اساسی: بیان می‌دارد که رئیس جمهور مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را مستقیماً بر عهده دارد. موافقان استدلال می‌کنند که ایجاد معاونت راهبردی می‌تواند در راستای انجام این وظایف باشد.

ج) قانون مدیریت خدمات کشوری: ماده 29 این قانون به دستگاه‌های اجرایی اجازه می‌دهد تا 5٪ پست‌های سازمانی مصوب، پست‌های مدیریتی یا کارشناسی ایجاد کنند.

(ماده ۲۹، قانون مدیریت خدمات کشوری: ۱۳۸۶).

3.2. تفسیر موسع از قوانین موجود

موافقان با ارائه تفسیری موسع از قوانین موجود، استدلال می‌کنند:

الف) اصل عدم منع قانونی: بر اساس این اصل، تا زمانی که قانون صراحتاً عملی را منع نکرده باشد، آن عمل مجاز تلقی می‌شود. از آنجا که هیچ قانونی صراحتاً ایجاد معاونت راهبردی را منع نکرده، این انتصاب قانونی است.

ب) تفسیر غایت‌گرایانه: موافقان استدلال می‌کنند که هدف از اعطای اختیار ایجاد معاونت به رئیس جمهور، تسهیل انجام وظایف او بوده است. بنابراین، اگر رئیس جمهور تشخیص دهد که نیاز به معاونت راهبردی دارد، این امر در راستای اهداف قانون‌گذار است.

3.3. سوابق و رویه‌های پیشین در انتصابات مشابه

موافقان به سوابق و رویه‌های پیشین در ایجاد معاونت‌های جدید اشاره می‌کنند:

الف) سابقه ایجاد معاونت‌های جدید: در دوره‌های مختلف ریاست جمهوری، معاونت‌های جدیدی ایجاد شده‌اند (مانند معاونت زنان و خانواده) که قبلاً در ساختار دولت وجود نداشته‌اند.

ب) رویه عملی دولت‌ها: دولت‌های مختلف در ادوار گذشته، بنا به ضرورت‌ها و اولویت‌های خود، تغییراتی در ساختار معاونت‌ها ایجاد کرده‌اند.

ج) عدم مخالفت نهادهای نظارتی: موافقان استدلال می‌کنند که عدم مخالفت جدی نهادهای نظارتی مانند مجلس شورای اسلامی یا شورای نگهبان با این انتصابات در گذشته، نشان‌دهنده پذیرش ضمنی قانونی بودن این اقدامات است.

این استدلال‌ها نشان می‌دهد که موافقان قانونی بودن انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور، عمدتاً بر اختیارات

گسترده رئیس جمهور در قانون اساسی، تفسیر موسع از قوانین موجود، و سوابق و رویه‌های پیشین تکیه می‌کنند.

4. بررسی دلایل مخالفان قانونی بودن انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور

4.1. استدلال‌های مبتنی بر محدودیت‌های قانونی

مخالفان قانونی بودن انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور، بر محدودیت‌های قانونی تأکید دارند.

الف) اصل 133 قانون اساسی: این اصل تعداد و حدود اختیارات وزرا را به قانون واگذار کرده است. مخالفان استدلال می‌کنند که ایجاد معاونت جدید می‌تواند تداخل وظایف با وزارتخانه‌ها ایجاد کند.

ب) قانون تعیین وظایف و اختیارات رئیس جمهور (مصوب 1365): این قانون وظایف و اختیارات رئیس جمهور را مشخص کرده و در آن به معاونت راهبردی اشاره‌ای نشده است.

ج) قانون اساسنامه سازمان برنامه و بودجه کشور: مخالفان معتقدند که وظایف راهبردی در حوزه برنامه‌ریزی و بودجه‌ریزی کشور بر عهده این سازمان است و ایجاد معاونت راهبردی می‌تواند موجب تداخل وظایف شود.

4.2. تفسیر مضیق از قوانین موجود

مخالفان با ارائه تفسیری مضیق از قوانین موجود، استدلال می‌کنند:

الف) اصل تفکیک قوا: ایجاد ساختارهای جدید در قوه مجریه باید با مصوبه مجلس شورای اسلامی باشد تا اصل تفکیک قوا رعایت شود.

ب) اصل قانونی بودن تشکیلات دولتی: بر اساس این اصل، هرگونه تغییر در ساختار دولت باید مبتنی بر قانون مصوب مجلس باشد.

ج) تفسیر اصل 124 قانون اساسی: مخالفان معتقدند که این اصل صرفاً به رئیس جمهور اجازه داشتن معاون را می‌دهد، نه ایجاد معاونت‌های جدید بدون تصویب قانون.

4.3. مغایرت با اصول حقوق اداری و ساختار سازمانی دولت

مخالفان بر مغایرت این انتصاب با اصول حقوق اداری و ساختار سازمانی دولت تأکید می‌کنند:

الف) اصل سلسله مراتب اداری: ایجاد معاونت جدید بدون جایگاه مشخص در سلسله مراتب اداری می‌تواند موجب اختلال در نظام اداری شود.

ب) اصل وحدت فرماندهی: وجود معاونت‌های متعدد با وظایف مشابه می‌تواند اصل وحدت فرماندهی در نظام اداری را مخدوش کند.

ج) اصل تناسب ساختار و وظایف: مخالفان معتقدند که ایجاد معاونت جدید باید متناسب با وظایف قانونی تعریف شده برای دولت باشد.

د) قانون برنامه و بودجه: این قانون وظایف برنامه‌ریزی و راهبردی را به سازمان برنامه و بودجه محول کرده و ایجاد معاونت راهبردی می‌تواند با این قانون در تعارض باشد.

مخالفان همچنین استدلال می‌کنند که ایجاد پست‌های جدید در سطح کلان دولت می‌تواند منجر به افزایش هزینه‌های دولت و تورم سازمانی شود، که با سیاست‌های کلی نظام در جهت کوچک‌سازی دولت مغایرت دارد.

این استدلال‌ها نشان می‌دهد که مخالفان قانونی بودن انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور، عمدتاً بر محدودیت‌های قانونی، تفسیر مضیق از قوانین موجود، و اصول حقوق اداری تکیه می‌کنند.

۵. تعریف مشاغل حساس

بر اساس قانون نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس (مصوب ۱۴۰۱/۰۷/۱۰ مجلس شورای اسلامی)، مشاغل حساس شامل موارد زیر می‌شود:

- معاونان و مشاوران رئیس جمهور و قائم مقام آنها
 - معاونان و مشاوران وزرا
 - روسا و مدیران عامل، مدیران کل و همکاران آنها در وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی
 - موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی
 - دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است
 - مدیران سیاسی اعم از سفراء، استانداران، رایزن‌ها، کارداران، فرمانداران، بخشداران و شهرداران
- (ماده ۴، قانون نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس: ۱۴۰۱)

۵.۱. دلایل قانونگذار برای ممنوعیت تصدی اشخاص با تابعیت بیگانه

قانونگذار به دلایل زیر تصدی مشاغل حساس توسط اشخاص با تابعیت بیگانه (خود یا خانواده) را ممنوع کرده است:

۱. حفظ امنیت ملی: افراد با تابعیت مضاعف ممکن است در معرض فشار یا نفوذ کشورهای دیگر قرار گیرند.
۲. جلوگیری از تعارض منافع: احتمال ترجیح منافع کشور دیگر بر منافع ملی ایران.
۳. حفظ اسرار و اطلاعات محرمانه: کاهش خطر افشای اطلاعات حساس به کشورهای دیگر.
۴. تقویت هویت ملی: اطمینان از وفاداری کامل مسئولان به کشور و منافع ملی.
۵. جلوگیری از نفوذ بیگانگان: کاهش احتمال نفوذ و تأثیرگذاری کشورهای دیگر در تصمیم‌گیری‌های کلان کشور.

۶. موانع قانونی به‌کارگیری محمدجواد ظریف در مشاغل حساس

۶.۱. بررسی قوانین و مقررات مرتبط با منع به‌کارگیری افراد در مشاغل خاص

الف) قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان (مصوب ۱۳۹۵ و اصلاحیه ۱۳۹۷):

این قانون به‌کارگیری بازنشستگان را در دستگاه‌های اجرایی با استثنائاتی محدود منع کرده است. باید بررسی شود که آیا ظریف مشمول این قانون می‌شود یا خیر.

ب) قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶):

ماده 95 این قانون شرایط انتصاب مدیران را تعیین کرده است. باید بررسی شود که آیا ظریف واجد این شرایط است. (ج) قانون مجازات اسلامی (مصوب 1392):

مواد مربوط به محرومیت از حقوق اجتماعی در این قانون می‌تواند در صورت وجود محکومیت کیفری، مانعی برای به‌کارگیری افراد در مشاغل حساس باشد.

۶.۲. تحلیل سوابق و وضعیت حقوقی محمدجواد ظریف

الف) سابقه خدمت در وزارت امور خارجه:

ظریف سال‌ها در وزارت امور خارجه خدمت کرده و به عنوان وزیر امور خارجه نیز فعالیت داشته است. باید بررسی شود که آیا این سابقه، محدودیتی برای اشتغال مجدد او ایجاد می‌کند.

ب) وضعیت بازنشستگی:

باید مشخص شود که آیا ظریف در حال حاضر بازنشسته است یا خیر، و اگر بازنشسته است، آیا مشمول استثنائات قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان می‌شود.

ج) تابعیت و وفاداری به نظام:

با توجه به حساسیت مشاغل مورد نظر، باید وضعیت تابعیت و میزان وفاداری ظریف به نظام جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی قرار گیرد.

۶.۳. چالش‌های حقوقی و سیاسی احتمالی در صورت به‌کارگیری

الف) تعارض منافع:

باید بررسی شود که آیا به‌کارگیری ظریف در مشاغل حساس می‌تواند منجر به تعارض منافع شود، به ویژه با توجه به سوابق دیپلماتیک او.

ب) امنیت ملی:

با توجه به اطلاعات حساسی که ظریف در دوران خدمت خود کسب کرده، باید ارزیابی شود که آیا به‌کارگیری او در مشاغل حساس جدید می‌تواند تهدیدی برای امنیت ملی باشد.

ج) واکنش‌های سیاسی داخلی و بین‌المللی:

به‌کارگیری ظریف در مشاغل حساس ممکن است واکنش‌های متفاوتی را در سطح داخلی و بین‌المللی برانگیزد که باید مورد توجه قرار گیرد.

د) تأثیر بر روابط خارجی:

با توجه به نقش برجسته ظریف در سیاست خارجی ایران در سال‌های اخیر، باید ارزیابی شود که به‌کارگیری او در مشاغل حساس جدید چه تأثیری بر روابط خارجی ایران خواهد داشت.

این بررسی نشان می‌دهد که به‌کارگیری محمدجواد ظریف در مشاغل حساس با چالش‌های حقوقی و سیاسی متعددی روبرو است که نیازمند بررسی دقیق و همه‌جانبه است.

۷.۱. ارزیابی استدلال‌های طرفین از منظر حقوقی

الف) تعارض اصول حقوقی:

در این مسئله، ما با تعارض بین اصل آزادی عمل مقامات اجرایی و اصل قانونمندی اداره روبرو هستیم. از یک سو، رئیس جمهور نیاز به انعطاف برای مدیریت بهینه دولت دارد، و از سوی دیگر، هر اقدام باید در چارچوب قانون باشد.

ب) تفسیر قانون اساسی:

تفسیر اصل 124 قانون اساسی نقش کلیدی در این بحث دارد. آیا این اصل اجازه ایجاد هر نوع معاونتی را می‌دهد یا محدود به معاونت‌های متعارف است؟ این مسئله نیازمند تفسیر شورای نگهبان یا مجلس شورای اسلامی است.

ج) اصل تناسب:

باید ارزیابی شود که آیا ایجاد معاونت راهبردی با اصل تناسب در حقوق اداری سازگار است. آیا این پست جدید متناسب با نیازهای واقعی دولت است یا خیر؟

۷.۲. بررسی تطبیقی با نظام‌های حقوقی دیگر کشورها

الف) مقایسه با نظام ریاستی آمریکا:

در آمریکا، رئیس جمهور اختیارات گسترده‌ای برای ایجاد پست‌های اجرایی دارد، اما این اختیارات نیز محدود به قوانین مصوب کنگره است.

ب) مقایسه با نظام پارلمانی:

در نظام‌های پارلمانی مانند بریتانیا، ایجاد پست‌های جدید در کابینه معمولاً نیازمند تأیید پارلمان است.

ج) تجربه کشورهای در حال توسعه:

در برخی کشورهای در حال توسعه، انعطاف‌پذیری بیشتری در ساختار اجرایی وجود دارد، اما این امر گاه منجر به چالش‌های حقوقی و سیاسی شده است.

۷.۳. پیامدهای حقوقی و سیاسی هر یک از رویکردها

الف) پذیرش قانونی بودن انتصاب:

- مزایا: انعطاف‌پذیری بیشتر در مدیریت دولت، امکان پاسخگویی سریع‌تر به چالش‌های جدید.

- معایب: احتمال تضعیف نظارت پارلمانی، ایجاد سابقه برای گسترش بی‌رویه ساختار دولت.

ب) رد قانونی بودن انتصاب:

- مزایا: تقویت حاکمیت قانون، جلوگیری از گسترش بی‌رویه بوروکراسی.

- معایب: محدود شدن اختیارات اجرایی رئیس جمهور، کاهش انعطاف‌پذیری در مدیریت دولت.

ج) در مورد به کارگیری ظریف:

- چالش‌های حقوقی: بررسی دقیق قوانین مربوط به بازنشستگی و منع به کارگیری مجدد مقامات سابق.
- ملاحظات سیاسی: تأثیر بر روابط بین‌المللی، واکنش‌های داخلی و خارجی.
- مسائل امنیتی: ارزیابی ریسک‌های امنیتی با توجه به سوابق و اطلاعات حساس در اختیار ظریف.

این تجزیه و تحلیل نشان می‌دهد که مسئله انتصاب معاون راهبردی و به کارگیری افرادی چون ظریف در مشاغل حساس، پیچیده و چندوجهی است و نیازمند بررسی دقیق حقوقی، سیاسی و امنیتی است.

۸. وضعیت آقای ظریف از لحاظ قانونی برای بکارگیری در مشاغل حساس

بررسی وضعیت آقای ظریف را از لحاظ قانونی برای بکارگیری در مشاغل حساس بررسی می‌کنیم.

۸.۱. حکم حکومتی

اگر آقای ظریف با حکم حکومتی به کار برگشته‌اند، این امر می‌تواند برخی از موانع قانونی را مرتفع کند. حکم حکومتی معمولاً از اختیارات رهبری نشأت می‌گیرد و می‌تواند برخی محدودیت‌های قانونی را نادیده بگیرد.

حکم حکومتی از اختیارات ولی فقیه ناشی می‌شود که در اصل ۵۷ قانون اساسی به آن اشاره شده است: "قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند."

استناد قانونی: اصل ۱۱۰ قانون اساسی، بند ۸، به رهبر اختیار "حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست" را می‌دهد. این می‌تواند مبنای صدور حکم حکومتی باشد.

بررسی قوانین مرتبط:

الف. قانون ممنوعیت بکارگیری بازنشستگان:

"قانون ممنوعیت به کارگیری بازنشستگان (مصوب ۱۳۹۵ و اصلاحیه ۱۳۹۷)" یکی از موانع احتمالی بود. اما حکم حکومتی می‌تواند این محدودیت را برطرف کند.

این قانون در حالت عادی مانع از بکارگیری بازنشستگان در مشاغل دولتی می‌شود. اما حکم حکومتی می‌تواند این محدودیت را برطرف کند. با این حال، این موضوع می‌تواند چالش‌های حقوقی ایجاد کند، زیرا تعارض بین حکم حکومتی و قانون مصوب مجلس نیاز به بررسی دقیق‌تر دارد.

ب. قانون مدیریت خدمات کشوری

ماده ۹۵ این قانون شرایط انتصاب مدیران را تعیین کرده است، از جمله: "دارا بودن تحصیلات و تجربه" و "شرایط تخصصی لازم". با توجه به سوابق آقای ظریف، احتمالاً ایشان واجد این شرایط هستند.

ج. قانون اساسی

اصل ۵۷ قانون اساسی بر تفکیک قوا تأکید دارد. بکارگیری آقای ظریف با حکم حکومتی می‌تواند چالش‌هایی در زمینه تفکیک قوا ایجاد کند، خصوصاً اگر این انتصاب بدون هماهنگی با قوه مجریه صورت گرفته باشد.

بررسی: این بررسی ضروری است، اما نتایج آن ممکن است محرمانه باقی بماند.

د. تدوین قانون خاص توسط مجلس:

استناد قانونی: اصل 71 قانون اساسی به مجلس اختیار قانونگذاری در عموم مسائل را می‌دهد.

بررسی: این اقدام برای آینده مفید است، اما برای حل مسئله فعلی کارآمد نیست.

در نهایت نظر شخصی بنده با استناد به مواد قانونی بدین شرح است،

بر اساس قانون نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس (مصوب ۱۴۰۱/۰۷/۱۰ مجلس شورای اسلامی)

معاونان و مشاوران رئیس جمهور و قائم مقام آنها، معاونان و مشاوران وزراء، روسا و مدیران عامل، مدیران کل و همکاران آنها در وزارتخانه ها، سازمان ها و شرکت های دولتی، موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و دستگاههایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، از قبیل: شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک ها و بیمه های دولتی و مدیران سیاسی اعم از سفراء، استانداران، رایزن ها، کارداران، فرمانداران، بخشداران و شهرداران در زمره مشاغل حساس محسوب شده و مشمول مقررات این قانون میشود. (ماده ۴)

انتصاب کسانی که به نظام جمهوری اسلامی، ولایت مطلقه فقیه و قانون اساسی اعتقاد و التزام عملی ندارند در مشاغل و پست های حساس ممنوع است. (بند ب ماده ۲ و تبصره ذیل همان بند)

وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه درباره این بند از قانون اعلام نظر می کنند. در صورت نظر منفی هریک از این مراجع، این نظر برای مجمع استعلام کننده لازم الاتباع است. (تبصره ۳ ماده ۱)

انتصاب کسانی که خود، فرزندان یا همسرانشان تابعیت مضاعف دارند در مشاغل و پست های حساسی مانند معاونت رئیس جمهور و وزراء ممنوع است.

اگر برخلاف استعلام (و اجا، اطلاعات سپاه و قوه قضائیه) یا بدون استعلام انتصابی انجام شود چنین انتصابی کان لم یکن است و مرتکب به محرومیت از حقوق اجتماعی درجه ۵ محکوم میشود

کان لم یکن بودن انتصاب یعنی چنین انتصابی قانونا بلااثر است و برای برکناری فرد منتصب نه عزل لازم است و نه استعفا و اگر افرادی بدون رعایت این قانون منصوب شوند، هرگونه تصمیم و اقدام چنین اشخاصی در آن حوزه انتصابی خلاف قانون و خارج از قلمرو اختیارات است و در حکم دخل و تصرف غیرمجاز در وجوه و اموال عمومی است و در این صورت مدعی العموم باید ورود و اعلام جرم کند.

در نهایت برداشت بنده این است باتوجه به مستندات و توضیحات قانونی که آوردم باتوجه به ابقا آقای دکتر ظریف در پست خود اینجور استنباط میشود توامان حکم حکومتی و نپذیرفتن استعفا ایشان از طرف رئیس جمهور اعمال شده و ایشان در مست خود باقی ماندن.

۸.۵. پیشنهاد نهایی

ابتدا، درخواست نظر تفسیری از شورای نگهبان در مورد تعارض احتمالی بین حکم حکومتی و اصول 126 و 57 قانون اساسی ارسال شود.

همزمان، از شورای عالی امنیت ملی درخواست شود تا جنبه‌های امنیتی بکارگیری آقای ظریف در مشاغل حساس را بررسی کند.

در صورت عدم حصول نتیجه از شورای نگهبان، رهبری می‌تواند موضوع را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع دهد.

مجلس شورای اسلامی می‌تواند قانونی را برای تنظیم روابط بین حکم حکومتی و سایر قوانین در موارد مشابه تدوین کند تا از بروز چنین ابهاماتی در آینده جلوگیری شود.

این رویکرد جامع، ضمن احترام به جایگاه حکم حکومتی، تلاش می‌کند تا از طریق مراجع قانونی موجود، ابهامات حقوقی را برطرف کرده و راه‌حلی قانونی و مورد توافق برای این مسئله پیچیده ارائه دهد.

۹. نتیجه‌گیری و پیشنهادات

۹.۱. جمع‌بندی یافته‌های پژوهش

الف) انتصاب معاون راهبردی رئیس جمهور:

- این مسئله در خلأ قانونی قرار دارد و تفسیرهای متفاوتی از قانون اساسی و قوانین عادی وجود دارد.

- تعارض بین اصل آزادی عمل مقامات اجرایی و اصل قانونمندی اداره مشهود است.

- رویه‌های گذشته و عدم مخالفت جدی نهادهای نظارتی، تا حدودی این انتصاب را توجیه می‌کند.

ب) به‌کارگیری محمدجواد ظریف در مشاغل حساس:

- موانع قانونی متعددی از جمله قوانین مربوط به بازنشستگان و شرایط احراز مشاغل حساس وجود دارد.

- ملاحظات سیاسی و امنیتی قابل توجهی در این زمینه مطرح است.

- تأثیرات داخلی و بین‌المللی این انتصاب باید مورد توجه ویژه قرار گیرد.

۹.۲. ارائه راهکارهای حقوقی برای رفع ابهامات و چالش‌های موجود

الف) درخواست تفسیر از شورای نگهبان:

پیشنهاد می‌شود از شورای نگهبان درخواست شود تا تفسیر رسمی خود را از اصل 124 قانون اساسی در رابطه با اختیارات رئیس جمهور در ایجاد معاونت‌های جدید ارائه دهد.

ب) تصویب قانون جامع ساختار دولت:

مجلس شورای اسلامی می‌تواند قانونی جامع در مورد ساختار دولت و شرایط ایجاد پست‌های جدید تصویب کند تا ابهامات موجود رفع شود.

ج) ایجاد سازوکار نظارتی:

پیشنهاد می‌شود سازوکاری برای نظارت مجلس بر ایجاد پست‌های جدید در سطوح عالی دولت ایجاد شود، بدون اینکه انعطاف‌پذیری لازم از دولت سلب شود.

(د) تدوین آیین‌نامه اجرایی:

دولت می‌تواند با همکاری مجلس، آیین‌نامه‌ای اجرایی برای نحوه ایجاد و انتصاب در پست‌های جدید تدوین کند.

۹.۳. پیشنهاد اصلاحات قانونی احتمالی

(الف) اصلاح قانون مدیریت خدمات کشوری:

پیشنهاد می‌شود این قانون به گونه‌ای اصلاح شود که شرایط و ضوابط ایجاد پست‌های جدید در سطوح عالی دولت را به صورت شفاف مشخص کند.

(ب) تصویب قانون خاص برای به‌کارگیری مقامات سابق:

مجلس می‌تواند قانونی خاص برای شرایط به‌کارگیری مجدد مقامات عالی‌رتبه سابق در مشاغل حساس تصویب کند.

(ج) اصلاح قانون اساسی:

در بلندمدت، می‌توان پیشنهاد اصلاح اصل 124 قانون اساسی را مطرح کرد تا حدود اختیارات رئیس‌جمهور در ایجاد معاونت‌های جدید به صورت دقیق‌تر مشخص شود.

در پایان، باید تأکید کرد که حل این مسائل نیازمند همکاری و تعامل سازنده بین قوای مجریه، مقننه و قضائیه است. همچنین، توجه به اصل شفافیت و پاسخگویی در تمامی مراحل تصمیم‌گیری و اجرا ضروری است. این امر نه تنها به تقویت حاکمیت قانون کمک می‌کند، بلکه اعتماد عمومی به نهادهای حکومتی را نیز افزایش می‌دهد.

۱۰. منابع

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۵۸)

۲. قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶)

۳. قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان (۱۳۹۵ و اصلاحیه ۱۳۹۷)

۴. قانون نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس (۱۴۰۱)

پیشنهادهای پژوهشی:

۱. بررسی تطبیقی حدود اختیارات رؤسای جمهور در ایجاد پست‌های جدید در نظام‌های ریاستی و نیمه‌ریاستی: این پژوهش می‌تواند به درک بهتر از استانداردهای بین‌المللی و یافتن راهکارهای مناسب برای نظام حقوقی ایران کمک کند.

۲. تحلیل حقوقی و سیاسی تأثیر حکم حکومتی بر ساختار قانونی و اداری کشور: این مطالعه می‌تواند ابعاد مختلف تأثیر حکم حکومتی بر نظام حقوقی و چالش‌های احتمالی آن را روشن سازد.

۳. بررسی نقش و جایگاه شورای نگهبان در تفسیر اصول قانون اساسی مرتبط با ساختار دولت: این پژوهش می‌تواند به شفاف‌سازی حدود اختیارات شورای نگهبان و تأثیر تفاسیر آن بر عملکرد قوه مجریه بپردازد.

۴. مطالعه موردی انتصابات مشابه در ادوار گذشته ریاست جمهوری و تحلیل پیامدهای حقوقی و سیاسی آن‌ها: این پژوهش می‌تواند الگوهای رفتاری و پیامدهای عملی این نوع انتصابات را در بستر تاریخی مورد بررسی قرار دهد.

۵. تحلیل حقوقی تعارض میان قوانین عادی (مانند قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان) و احکام حکومتی: این مطالعه می‌تواند راهکارهای حقوقی برای حل این تعارضات و ایجاد هماهنگی بیشتر در نظام حقوقی کشور ارائه دهد.
۶. بررسی امکان‌سنجی و پیامدهای حقوقی اصلاح اصل 124 قانون اساسی: این پژوهش می‌تواند ضرورت، امکان‌پذیری و پیامدهای احتمالی اصلاح این اصل را مورد مطالعه قرار دهد.
۷. تحلیل نقش مجمع تشخیص مصلحت نظام در حل تعارضات مربوط به انتصابات حساس: این مطالعه می‌تواند به روشن شدن جایگاه و نقش این نهاد در حل اختلافات مربوط به ساختار دولت کمک کند.
۸. بررسی تأثیر انتصابات حساس بر روابط بین‌الملل و دیپلماسی کشور: این پژوهش می‌تواند پیامدهای سیاسی و دیپلماتیک انتصابات حساس، به‌ویژه در مورد افرادی با سابقه دیپلماتیک مانند آقای ظریف را مورد مطالعه قرار دهد.
۹. تحلیل حقوقی مفهوم "مشاغل حساس" و ضرورت تدوین قانون جامع در این زمینه: این مطالعه می‌تواند به تعریف دقیق‌تر این مفهوم و ارائه چارچوبی قانونی برای انتصابات در این مشاغل بپردازد.
۱۰. بررسی نقش نظارتی مجلس شورای اسلامی بر انتصابات حساس و امکان‌سنجی تقویت این نقش: این پژوهش می‌تواند راهکارهایی برای افزایش نظارت پارلمانی بر انتصابات حساس، بدون ایجاد اختلال در عملکرد قوه مجریه، ارائه دهد.



مَقَالَات

پرتو سیاست های کلی و بیانات رهبری



سهیل نجاری - دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته

علوم قضائی، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، ایران

Soheil.najjary@gmail.com

مقدمه

حق بر تأمین اجتماعی بخشی از مجموعه سیاست های اجتماعی است که حیطه فعالیت آن نوسانات شدید درآمدی شهروندان جامعه است و هدف این نهاد در مواقعی که شهروندان دچار قطع یا کاهش شدید درآمدی می شوند، رهایی دادن آنها از ترس و نیاز است. دولت ها با پیاده سازی نظام های تأمین اجتماعی مکلف به تأمین این حق هستند (میرزایی، 1394: 95). حق برخورداری از تأمین اجتماعی ریشه در تعالیم دین اسلام دارد. اسلام اجازه نمی دهد تا انسانی قدرت بازو و جوارح دارد جامعه از او کار بکشد و آنگاه که از کار باز ایستاد از را همانند یک موجود علیل به حال خود رها سازند. بنابر این حاکم اسلامی مکلف است از بیت المال مسلمانان معیشت و حیات اجتماعی همه درماندگان را متناسب با حال اجتماع تضمین نماید.

1. تعریف و جایگاه حق بر تأمین اجتماعی

تأمین اجتماعی را می توان وفق دو دیدگاه تعریف نمود: دیدگاه اول، تأمین اجتماعی را مجموعه اقدام هایی برای کاهش، رفع، پیشگیری یا کنترل مشکلات اجتماعی می داند. دیدگاه دوم، تأمین اجتماعی را مجموع مقررات حاکم بر سازمان دهی و جمع آوری کمک ها و توزیع مجدد آن ها به منظور حفظ یا اعاده تعادل اقتصادی افراد جامعه می داند. مبنای حق

برخورداری از تأمین اجتماعی، ایجاد همبستگی اجتماعی میان افراد دارای درآمد کافی و افراد دارای درآمد ناکافی است (شعبانی، 1391: 132).

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان میثاقی ملی و فاخر حق بر تأمین اجتماعی را در اصل بیست و نهم پیشبینی نموده است: برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، از کارافتادگی، بی سرپرستی، در راه ملندگی، حوادث و سوانح و نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبتهای پزشکی به صورت بیمه و غیره حقی است همگانی. دولت مکلف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت های مالی فوق را برای یک یک افراد کشور تأمین کند.

همچنین بند 1 ماده 25 اعلامیه جهانی حقوق بشر حق بر تأمین اجتماعی را بدین صورت معتبر دانسته است: هر انسانی... حق دارد که در زمان های بیکاری، بیماری، نقص عضو، بیوگی، سالمندی و فقدان منابع تأمین معاش، تحت هر شرایطی که از حدود اختیار وی خارج است، از تأمین اجتماعی بهره مند گردد.

قانون تأمین اجتماعی نیز که مصوب 1354/4/3 است از قوانین خاص مهم در حوزه تأمین اجتماعی است که آیین نامه ها و شیوه نامه های مخصوص به خود را دارا است و در راستای احقاق حق بر تأمین اجتماعی که یکی از مهم ترین حقوق شهروندی و البته حقوق بشر



است، ضمانت اجرایی عملی محسوب می شود.

2. اهداف تامین اجتماعی

با توجه به سیاست های کلی تامین اجتماعی که توسط رهبر انقلاب اسلامی حضرت آیت الله العظمی خامنه ای مد ظله العالی در 1401/1/21 ابلاغ گردید، اهداف و غایات تامین اجتماعی عبارت اند از:

2-1. ایجاد رفاه عمومی

رفاه عمومی عبارت است از تحقق اهداف جمعی و برآوردن خواسته ها نیازها و مطالباتی که از سوی اکثریت افراد جامعه مطرح میگردد (پاتریک، ۱۳۸۳: ۳۰-۳۱). همچنین در رویکرد اسلامی رفاه عمومی به تحقق خیر و خوشبختی (سعادت) دنیوی و اخروی که اسلام برای انسان و جامعه مدنظر قرار داده است، تعریف میشود (موسوی دیجوجین، ۱۳۹۶: ۲۱۱).

یکی از وظایف مهم دولت ها به خصوص دولت های رفاه ایجاد رفاه عمومی است. دولت رفاه، دولتی است که در آن تأمین و بهبود رفاه عمومی وظیفه قانونی نهادهای قدرت است. در این نظام، دولت به همه کسانی که به هر دلیل نتوانند هزینه های خود را تأمین کنند، یاری رسانی می کند و این کار از طریق پرداخت مستمری (حداقل درآمد) یا کمک های نقدی دیگر انجام می شود. آلمان یکی از کشور های سرآمد در زمره دولت های رفاه قرار دارد.

رهبر انقلاب وجود رفاه عمومی (بالاخص) رفاه اقتصادی را از شاخصه های یک کشور اسلامی می داند و می فرماید: «اگر کشور به معنای واقعی کلمه اسلامی شود هم رفاه اقتصادی و هم فضایل اخلاقی می آورد.» (1384/5/28). همچنین ایشان رفاه عمومی را یکی از دو اساس نظام اسلامی می داند و می فرمایند اساس در نظام اسلامی، عبارت است از رفاه عمومی و عدالت اجتماعی (1372/5/12).

2-2. حمایت از اقشار و گروه های هدف خدمات اجتماعی

اقشار و گروه های هدف خدمات اجتماعی عبارت اند از بی سرپرستان، از کارافتادگان، معلولان و سالمندان. در جامعه اسلامی، حمایت از بی سرپرستان (به خصوص صغار بلاولی) یکی از مسائل مهم امور حسبه است. اسلام به عنوان دینی که به انسانیت و عدالت اجتماعی تأکید دارد، توجه ویژه ای به این گروه ها دارد. در این راستا، قوانین و مقرراتی در جمهوری اسلامی ایران برای حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست -من جمله قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست که در سال ۱۳۹۲ تصویب شد- وجود دارد.

امام سجاد(ع) درباره حقوق سالمندان می فرماید: «حق سالخورده این است که حرمت پیری او را پاس بداری، اگر سوابق فضیلت در اسلام دارد، تجلیلش کنی، او را مقدم بداری، در اختلافات خصمانه با او رو در رو نشوی، در راه رفتن بر او سبقت نگیری و پیشاپیش او راه نروی، او را نادان نپنداری، اگر رفتار جاهلانه ای کرد، تحمل کنی، به مقتضای سوابق سالمندی، احترامش کنی که حق سن و سال نیز چون حق اسلام است.»

2-3. بر طرف ساختن فقر و محرومیت

در دین اسلام، فقر و تنگدستی به عنوان یکی از مصیبت های بزرگ جامعه انسانی تلقی می شود. اسلام به تأمین نیازهای اولیه معیشت انسان ها با شرافت و کرامت انسانی توجه دارد تا رفاه عمومی در جامعه برقرار شود. در نهج البلاغه می بینیم که امام علی (ع) مبارزه گسترده ای را با فقر و تهیدستی آغاز کرده است. ایشان در حکمت 163 نهج البلاغه می فرماید: «خدا یا، آبرویم را با بی نیازی نگهدار و با تنگدستی شخصیت مرا لکه دار مفرما، چرا که فقر همان مرگ بزرگ است؛ الْفَقْرُ، الْمَوْتُ الْأَكْبَرُ».

رهبر انقلاب با تأکید بر اینکه فقر انسانها را به کفر می کشاند می فرمایند: «از جمله ی چیزهایی که مردم را به بهشت نزدیک میکند، بهبود معیشت مردم است؛ كَادَ الْفَقْرُ أَنْ يَكُونَ كُفْرًا. جامعه ای که در آن فقر باشد، بیکاری باشد، مشکلات معیشتی غیر قابل حل وجود داشته باشد، اختلاف طبقاتی باشد، تبعیض باشد، شکاف طبقاتی باشد، حالت آرامش ایمانی پیدا نمیکند. فقر، انسانها را به فساد میکشاند، به کفر میکشاند؛ فقر را باید ریشه کن کرد. کار اقتصادی، فعالیت اقتصادی باید به طور جدی در برنامه های مسئولین قرار بگیرد، که خب امروز بحمدالله مسئولین دنبال این چیزها هستند. فکرها را باید منتظم کرد، راه را باید درست تشخیص داد، درست باید حرکت کرد» (1393/2/23). ایشان با اشاره به یکی از فراز های دعا های ماه مبارک رمضان «اللهم اغن كل فقير» می فرمایند: این دعا فقط برای خواندن نیست؛ برای این است که همه خود را برای مبارزه با فقر و مجاهدت در راه ستردن غبار محرومیت از چهره محرومان و مستضعفان موظف بدانند. این مبارزه، یک وظیفه همگانی است (1381/9/15).

3. مبانی تأمین اجتماعی

حق بر تأمین اجتماعی در سیاست اجتماعی اسلام میتواند بر اساس مفاهیم و اصول پذیرفته شده و مورد اتفاقی اثبات گردد. آنچه اینجا به عنوان اهم مبانی به آن پرداخته می شود عبارت از چهار مبنای اصلی است: همبستگی اجتماعی، مسئولیت پذیری، نوع دوستی و عدالت (میرزایی، 1394: 98).

3-1. همبستگی اجتماعی

همبستگی اجتماعی عبارت است از احساس مسئولیت متقابل میان چند نفر یا چند گروه که از آگاهی و اراده برخوردار باشند؛ همچنین همبستگی میتواند شامل پیوندهای انسانی و برادری میان انسانها یا حتی وابستگی متقابل حیات و منافع آنها باشد. صریح ترین آیه ای که در قرآن به موضوع همبستگی اجتماعی اشاره دارد، آیه ۱۰۳ سوره آل عمران است.

رهبر انقلاب وحدت و همبستگی اجتماعی را از لوازم جامعه نمونه اسلامی می دانند و در این خصوص می فرمایند: آیه «واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا»؛ همه با هم به ريسمان الهی چنگ بزنید و متفرق نشوید. بیان گر وحدت در سایه پیروی از احکام الله، وحدت در زیر سایه قرآن، وحدت در راه هدف های الهی، وحدت در راه ایجاد جامعه ی نمونه ی اسلامی است. ما در راه آن به حرکت در آمده ایم؛ اما هنوز تا سرمنزل مقصود، فاصله ی زیادی داریم.

باید برویم تا به جامعه‌ی نمونه‌ی اسلامی برسیم (1376/11/28). اصل همبستگی در واقع ناظر است بر عدم تفرقه اما در عین حال نفس وحدت ناشی از همبستگی موجب ایجاد الفت و انس در میان مسلمین میشود. به بیان دیگر وجود همبستگی اجتماعی میتواند گام اول در تحقق نظام تأمین اجتماعی در اسلام تلقی شود.

اگرچه همبستگی اجتماعی مبنای تأمین اجتماعی است، اما در عین حال می تواند معلول و محصول آن نیز باشد و از این طریق نیز با مبحث تأمین اجتماعی در ارتباط باشد. تأمین اجتماعی نقش بسیار مهمی در تقویت همبستگی اجتماعی دارد. این نقش از طرق مختلفی مانند کاهش فقر، افزایش امنیت اقتصادی، بهبود سلامت عمومی و توزیع عادلانه تر درآمد ایفاء می شود و در حقیقت این عوامل باعث می شوند که افراد احساس امنیت و حمایت بیشتری کنند و در نتیجه، همبستگی اجتماعی تقویت شود (امین رشتی و قربانی، 1392: 85). یکی از مدل های اسلامی تأمین اجتماعی که مبتنی بر همین اصل همبستگی اجتماعی است، مدل «تکافل اجتماعی» است؛ تکافل اجتماعی یک مفهوم اسلامی است که به معنای همبستگی و همکاری اجتماعی می باشد. این اصل بر این ایده استوار است که اعضای جامعه باید به یکدیگر کمک کنند و در مواقع نیاز از هم حمایت کنند. در سیستم تکافل، افراد جامعه به صورت داوطلبانه و با نیت خیرخواهانه به یکدیگر کمک مالی و معنوی می کنند (کاظمی نجف آبادی و حسینی، 1402، 39). همچنین و بر همین اساس الگوی «محلّه محوری» یا «منطقه محوری» که مبتنی بر نظریه همبستگی اجتماعی و تمرکز زدایی است نیز از الگو های مطلوب اسلامی است. در مدل اسلامی، تأمین اجتماعی به صورت محلی و در سطح محله ها اجرا می شود و این امر باعث می شود که نیازهای افراد بهتر شناسایی و برطرف شوند (نادران، آقا نظری و حسینی، 1391، 22).

2-3. مسؤولیت پذیری

مسؤولیت پذیری و مسؤولیت باوری یکی از مهم از خصیصه های انسان مسلمان است و می توان آن را یکی از شعار های مهم تمدن نوین اسلامی به شمار آورد. پیامبر اکرم (ص) می فرمایند: «کلکم راع، و کلکم مسؤول عن رعیتة» (مجلسی، 1361/72: 38). در روایتی دیگر می فرمایند: «مَنْ أَصْبَحَ لَا يَهْتَمُّ بِأَمْرِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ» (کلینی، 1365/2: 163). رهبر انقلاب در این خصوص می فرمایند: یک فرد آگاه مسلمان، هر انسان مسلمان - که مسلمان بود و مسئول بودن با

یکدیگر لازم و ملتزم هستند - همین جور است؛ سعی می کند غریق را، و بازده را، بیمار را، نجات بدهد؛ اینکه با فرار جور در نمی آید (1353/6/28). بنابراین ایجاد حس مسؤولیت پذیری افراد جامعه نسبت به یکدیگر و حکومت اسلامی به عنوان نماینده آنها از مهمترین عناصر شکل دهنده نظام تأمین اجتماعی در اسلام است. ناگفته پیداست که تأمین اجتماعی نیز نقش مهمی در تقویت مسؤولیت پذیری اجتماعی دارد و از این حیث نیز اهمیت بالایی پیدا میکند و لذا میان این دو مفهوم رابطه تأثیر و تأثر برقرار است. چرا که نظام تأمین اجتماعی می تواند با ارائه برنامه های آموزشی و اطلاع رسانی، افراد را نسبت به حقوق و وظایف خود آگاه کند و این آگاهی به افزایش مسؤولیت پذیری منجر شود (بدایع و دیگران، 1399: 353-354). همچنین به نظر می رسد تأمین اجتماعی با ایجاد فرصت های مشارکت در برنامه های اجتماعی و اقتصادی، افراد را به مشارکت فعال در جامعه تشویق می کند که این خود به افزایش حس مسؤولیت پذیری منجر می شود.

3-3. نوع دوستی

امیر المومنین (ع) در نامه 53 به مالک اشتر می فرمایند: مهربانی با مردم را پوشش دل خویش قرار ده، و با همه دوست و مهربان باش. مبادا هرگز، چنان حیوان شکاری باشی که خوردن آنان را غنیمت دانی، زیرا مردم دو دسته اند، دسته ای برادر دینی تو، و دسته دیگر همانند تو در آفرینش می باشند. نوع دوستی یکی از شریف ترین احساسات آدمی است که ریشه در محبت و رافت انسانها دارد و حسی است که از فطرت انسان نشأت میگیرد. راهبردهای حمایتی تأمین اجتماعی در اسلام غالباً مبتنی بر همین مبناست؛ یعنی انگیزه اصلی توجه به وضع نابسامان محرومان و نیازمندان و تلاش برای تغییر وضعیت آنان محبت و رافتی است که بین انسانها نسبت به یکدیگر وجود دارد. رهبر انقلاب در این خصوص می فرمایند: فضای جامعه را فضای برادری، مهربانی، حسن ظن قرار بدهیم (1388/6/29).

بنابراین اگر حس نوع دوستی انسان نبود، تامین اجتماعی نیز جایگاهی در نظام اجتماعی بشر نداشت و از این رو مستمندان و محرومان آسیب های اجتماعی و اقتصادی شدیدی را متحمل می شدند.

3-4. عدالت

از منظر رهبر انقلاب عدالت و عدالت گرایی از اهداف بلند مدت و اصل اسلام بعد از تقرب الهی است. عدالت به معنای یکسان بودن همه ی برخورداریهایی نیست؛ به معنای یکسان بودن فرصت هاست؛ یکسان بودن حقوق است (1385/8/20). عدالت، یعنی هر چیزی را به جای خود گذاشتن و به هر کسی حق او را دادن (1377/2/18). فیلسوفان مسلمان متأثر از فرهنگ اسلامی و حکمای یونان باستان -افلاطون و ارسطو- عدالت را وضع کل شیء فی موضعه و اعطاء کل ذي حق حقه تعریف کرده اند. قرآن کریم فلسفه ارسال رسل و انزال کتب را اقامه عدل و قسط میداند و می فرماید «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ».

عدالت یکی از مهمترین اولویتهای اجتماعی در اسلام است و اصول اجتماعی مسلم دیگری همچون مهرورزی تلاش برای رفع فقر و محرومیت ایجاد امنیت روانی و محیطی برای افراد جامعه و ... همگی نتایجی هستند که از عدالت ناشی میشوند و خود نیز می توانند در زمره اصول توجیه کننده و مبنای تامین اجتماعی قرار گیرند. لذا آنچه که در نظام های تامین اجتماعی همواره به عنوان یک ارزش ذاتی مورد هدف قرار می گیرد، اصل عدالت است. اگر چنانچه بخواهیم مصداقی تر مبحث ارتباط عدالت و تامین اجتماعی را تشریح کنیم، می توانیم بگوییم که عدالت با مصادیقی همچون توزیع عادلانه منابع، افزایش فرصت های برابر و از همه مهم تر حمایت از حقوق بشر ما را به تحقق نظام تامین اجتماعی رهنمون می سازد.

نتیجه

الگوی اسلامی برای تامین اجتماعی با الگوهای متداول مورد استفاده در کشورهای جهان از نظر اهداف و مبانی تفاوت هایی دارد که اساساً ماهیت آن را متمایز می سازد. در مدلی که اسلام برای تامین اجتماعی ارائه میکند، حق بر تامین اجتماعی دارای ماهیتی دوگانه است؛ حقی است برای شهروندان که مکلف به ایفای این حق از طرفی دولت و از طرفی سایر شهروندان جامعه اسلامی هستند. همین تفاوت ماهیت تامین اجتماعی را متمایز ساخته و آن را به نوعی از حق تبدیل میسازد که در نظام های حقوقی امکان پیاده سازی و تجربه آن بدین شکل وجود ندارد و ابتکار این مدل در انحصار الگوی اسلامی است. با توجه به اهمیت تامین اجتماعی و مبانی آن در اسلام و اندیشه های رهبری اجرای دقیق قوانین تامین اجتماعی و اصلاح مستمر آن ها برای تضمین عدالت اجتماعی و رفاه عمومی ضروری است. قوانین تامین اجتماعی باید به گونه ای تنظیم شوند که تمامی اقشار جامعه، به ویژه افراد آسیب پذیر، از حمایت های لازم برخوردار شوند. اصلاح قوانین نیز باید با توجه به تغییرات اجتماعی و اقتصادی صورت گیرد تا بتواند نیازهای روز جامعه را برآورده کند و از بروز نابرابری ها جلوگیری نماید. این اقدامات نه تنها به بهبود کیفیت زندگی افراد کمک می کند، بلکه به تقویت همبستگی و مسئولیت پذیری اجتماعی نیز منجر می شود. لذا پیشنهاد می شود که اولاً در تهیه قوانین مربوط به تامین اجتماعی به سیاست های کلی تامین اجتماعی (1401) و همچنین قانون ساختار نظام جامع رفاه و تامین اجتماعی (1383) توجه شود و ثانیاً از مبانی و منظومه فکری رهبر انقلاب در این خصوص بیشتر استفاده نمود و ثالثاً به مدل های اسلامی تامین اجتماعی مانند «تکافل اجتماعی» و «محله محوری» بها داد و آنها را از حمایت های مردمی و دولتی برخوردار نمود.

امین رشتی، ناریس و قربانی، عاطفه (1393)، «نقش نظام تأمین اجتماعی بر توسعه انسانی در ایران»، فصلنامه علوم اقتصادی، سال هفتم، شماره بیست و سوم، تابستان

بدای، داریوش (1399)، «ارتقای مدل مسوولیت اجتماعی برای آموزش در سازمان تأمین اجتماعی»، رهیافتی نو در مدیریت آموزشی، سال یازدهم، تابستان، شماره 2 (پیاپی 42)

تونی، پاتریک (1383)، نظریه رفاه، مترجم: هرمز همایون پور، تهران: موسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی

شعبانی، قاسم (1391)، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران. چاپ اول، تهران: اطلاعات

کاظمی نجف آبادی، مصطفی و حسینی، سید رضا (1402)، «نگاشت نهادی مطلوب در حوزه تکافل اجتماعی»، دوفصل نامه علمی جستار های اقتصادی

ایران، سال بیستم، شماره سی و نهم، بهار و تابستان کلینی، محمد بن یعقوب (1365)، کافی، ج 2، تهران: دار الکتب الاسلامیه

مجلسی، محمدباقر (1361)، بحار الانوار، جلد 72، چاپ دوم، بیروت: موسسه الوفا

موسوی دیجوجین، میرهاشم (1396)، «ارائه و تبیین ارکان جهت ساز الگوی راهبردی رفاه عمومی، بر اساس تحلیل محتوی آرا و اندیشه های امام خمینی(ره)»، برنامه ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، پاییز، شماره 32

میرزایی، علیرضا (1394)، «ماهیت حق بر تأمین اجتماعی در اسلام»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال چهارم بهار و تابستان، شماره 8

نادران، الیاس و آقا نظری، حسن و حسینی، سید رضا (1391)، «الگوی تأمین اجتماعی صدر اسلام و دلالت های آن برای الگوهای نوین»، مجله معرفت اقتصاد اسلامی، سال سوم، شماره دوم، پیاپی ششم، بهار و تابستان



سعید ایرم

دانشجو کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی
دانشگاه قم، دانشکده حقوق

تبیین جرم شناختی بزهکاری

اطفال و نوجوانان



ابوالفضل پروین

دانشجو کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی
دانشگاه قم، دانشکده حقوق

چکیده:

جرم از چه از نظر بزهکاری و چه از نظر بزه دیدگی مفهومی ناپسند است موضوع زمانی دارای اهمیت فوق العاده می شود که مجرم از نظر سنی دارای سنین کم باشد که در بحث بررسی علل به وجود آورنده و علل پیشگیرانه آن و همچنین علل و آثار و نتایج آن به این موضوع پی برده می شود که در سنین کم بیشتر واغلب مسائل اجتماعی چه معنای عام و چه به معنای خاص (خانواده و اجتماع) و همچنین اقتصاد محیطی اثرگذار است و در بحث درمان آن هم تا حدودی قانون های اصلاح و تربیت در صورت دسترسی به مجرم طفل اثر گذار است اما در صورت عدم دستگیری و مشکل عدم دسترسی به مجرم طفل یا نوجوان عوامل اصلاح کننده عمومی مثل پخش مستند های واقعی قضایی از صدا و سیما می تواند تا حدودی راهگشا و رافع مشکل بزهکاری مربوط به این سنین باشد که البته موضوعی است که هم از یک منظر خطرناک و از منظر دیگر غیر نگران کننده است نگران کننده از این منظر که ارتکاب جرم در این سنین می تواند شخص را تبدیل به مجرم حرفه ای کند و از این منظر نگران کننده نیست که آمار ارتکاب جرم در این سنین نسبت به کل جامعه آماری بسیار پایین است با وجود انواع پیشگیری هایی که وجود دارد پیشگیری اولیه یعنی پیشگیری قبل از ارتکاب جرم مهم ترین و موثرترین نوع پیشگیری است زیرا از گذشته نیز گفته شده که «پیشگیری بهتر از درمان است» که گذشته از آنها نیز منطقاً هزینه جلوگیری از وقوع جرم بالطبع بسیار کمتر از حالتی است که جرمی واقع شده و سیستم قضایی در صدد اصلاح و بازپروری مجرم انهم با فرض امکان و اثر گذاری اصلاح و درمان شخص مجرم است. همچنین لازم به ذکر است، نوشتار پیش رو با روش توصیفی و تحلیلی و با داده های کتابخانه ای تنظیم گردیده است.

کلیدواژگان: طفل و نوجوان، پیشگیری از جرم، بزهکاری اطفال، سن بزهکاری، تبیین جرم شناختی،

اصلاح و درمان

a.parvin@stu.qom.ac.ir

a.ayram@stu.qom.ac.ir

منفک فرض کرده. در تمام این نظام ها برای اطفال بزهکار مجازات های سهل تری نسبت به افراد بالغ پیش بینی شده بود. سیستم کیفری اسلام نیز با بنیان نظامی نو در این زمینه برخوردی رو به جلو و مناسب با بزهکاری اطفال و کودکان اتخاذ کرده است. در این نظام کودکان از نظر کیفری تارسیدن به سن بلوغ شرعی فاقد مسئولیت کیفری می باشد معذالک بزهکاری اطفال تا قرن نوزدهم و شروع توسعه انقلاب صنعتی دارای ارزش و اهمیت چندانی نبود. عبارت بزهکاری اطفال اولین بار در کشور انگلیس در سال بدنبال افزایش جرایم نوجوانان بوجود آمدیکی از اصلی ترین عواملی که باعث توجه حداقلی به بزهکاری اطفال نوجوان و اطفال شده است این است که اطفال علی الصول بطور اتفاقی و بدون تصمیم قبلی مرتکب جرم میشوند (دکتر خالقی، 1396، ص 181) به این ترتیب باتوجه به اینکه کودکان و نوجوانان متهم و بزهکار در مرحله رشد و یادگیری قرار دارند و عبارتی متأثر از محیط هستند اتخاذ تدابیر و اقدامات عدالت کیفری نادرست نسبت به این دسته میتواند به سوگیری درست و نادرست نظام رفتاری آنان بیانجامد از همین روست که سیاست گذاران کیفری به منظور عادلانه و اثر بخش کردن تر کردن تدابیر و اقدام های عدالت کیفری نظام خاص جهت واکنش کیفری به کودکان و نوجوانان متهم و بزهکار پی ریزی کرده اند سامانه ای که هدف اصلی آن حمایت از این دسته است (دکتر نجفی توانا، 1385، صص 15 و 16)

پیشینه تحقیق

در زمینه بزهکاری اطفال و نوجوانان کتاب ها و مقالات زیادی به قلم تحریر در آمده اند که از این بین کتاب بزهکاری اطفال و نوجوانان دکتر هوشنگ شامبیاتی به بحث و بررسی پیرامون قوانین مربوط در این حوزه پرداخته و در راستای تبیین مواد مربوط به بزهکاری اطفال و نوجوانان در قوانین گریزی هم به مباحث جرم شناختی در این حوزه زده است. نگاه جرم شناسانه دکتر علی نجفی توانا به حوزه ناهنجاری ها و بزهکاری نوجوانان و کودکان در این حوزه نیز در سال های اخیر قابل تامل بوده است. همچنین نمی توان در بزهکاری اطفال و نوجوانان منکر عوامل محیطی شد که یکی از این عوامل مهم و تاثیر گذار خانواده و محیطی است که کودک در آن متولد شده و رشد و نمو می یابد که در این حیطه نیز می توان به مقاله ارزشمندی از دکتر میرکمالی تحت عنوان خطر گرایش به بزهکاری در فرزندان دارای والد زندانی با تاکید بر اختلال در کارکرد جامعه پذیری خانواده اشاره نمود.

یکی از اصلی ترین موضوعات مورد بحث حقوقدانان کیفری داشتن یک امار دقیق تصور حقوقدانان کیفری و عرف جامعه در مورد تازگی داشتن جرایم اطفال و نوجوانان صحیح نیست چرا که بررسی تاریخ حکایت از آن دارد که در ایام باستانی نیز این موضوع ید طولانی مدت داشته و اهمیت آن در حدی بوده است که در قوانین کلاسیک بسیاری از ممالک مقررات مخصوصی برای این قسم از مجرمان پیش بینی شده بود (دکتر نجفی توانا، 1385، ص 15) با توجه به این مبحث یکی از اصلی ترین مشکلات و دغدغه های ذهنی همیشگی مورد کنکاش حقوقدانان کیفری داشتن یک امار دقیق و صحیح از بزهکاری اطفال و نوجوانان است که بدلیل ویژگی های فیزیولوژیکی این قشر از افراد نیاز به توجهی مضاعف نسبت به این گروه ضرورت دارد (حسین پور، غلامی؛ 1401، 1) دوران طفولیت دوران معصومیت و برائت و پاکی است اما در یک سری اوضاع مشاهده می شود که طفل در این دوران از حالت پاکی خود فاصله گرفته و کم کم به سمت جرم و بزهکاری می رود. با توجه به اوضاع و ماهیت این سن لازم است به طور دقیق این حالت بررسی شود که چه عامل یا عواملی می تواند یک شخص را با برائت محض به سمت فضای تیره و تار و فساد حرفه ای و بالفطره درآیند که باتبع درمان و اصلاح در آن سنین بسیار سخت و طاقت فرسا خواهد بود پس باید عوامل ایجاد کننده این چرخش ناگهانی کشف و بررسی و ریشه کن شود. با این وجود بررسی عامل و یا عوامل ایجاد کننده چنین شرایطی به همین سهولت نخواهد بود زیرا لازم است از یک طرف خود طفل یا نوجوان مورد بررسی قرار گیرد و از یک طرف ویژگی های چنین جرمی مورد کنکاش دقیق قرار گیرد تا ریشه و علت و منبع اصلی آن کشف شود. زیرا این موضوع مربوط به این دوره یا چند دوره قبل نیست بلکه در بیش از یک قرن پیش یعنی از اواخر قرن نوزدهم جرم انگاری از ناحیه کودکان و نوجوانان در کشور های صنعتی و پیشرفته جلب توجه نموده است. (دکتر صلاحی، 1389، ص 17). قوانین سال 306 قبل از میلاد مسیح در روم، مقررات حاکم در ایران باستان، ضوابط دین زرتشت و قوانین جزایی یونان با پیش بینی موازین خاصی برای کودکان خردسال و نوجوانان رژیم جزایی آنها را از بزرگسالان تفکیک کرده و

1-1 مفهوم جرم

جرم لفظی است حقوقی که ریشه آن عبارت است از (ج-ر-م) که در لغت نامه دهخدا معانی زیادی برای آن ذکر شده که شامل گناه، خطا، بزه، تعدی، ذنب، جناح، عصیان و..... می شود. اما متأسفانه تعریفی برای لفظ جرم در منبع ذکر شده بیان نشده است. در فقه نیز لفظ جرم چنین تعریف شده است: عبارتست از هر نوع عملی که در شرع ممنوع و دارای کیفر دنیوی همچون حدو تعزیر و قصاص و دیه و کفاره و یا اخروی باشد خواه در ارتباط با خود مجرم باشد مانند ترک نماز و روزه و نوشیدن شراب یا در ارتباط با دیگری همچون ضرب و جرح یا کشتن کسی بنابراین جرم در اصطلاح فقهی مترادف معصیت است. برای فهم دقیق و هر چه بهتر هر موضوعی ابتدا باید ارکان و اجزا آن موضوع مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار بگیرند در همین رابطه شایان ذکر است که از نظر قوانین و مقررات داخلی ایران برابر اصول 36 و 37 قانون اساسی و قوانین عادی جرم زمانی واقع میشود که فرد مرتکب فعل یا ترک فعل پیش بینی شده در قانون گردد از طرفی هم قانون داخلی ایران عمل معینی را به عنوان جرم ارتكابی کودکانه معرفی نکرده است بنابراین جرایم ارتكابی آنها از نظر قانون ایران همان جرایمی است که بطور معمول بیان شده است پس "بزهکاری کودکان" در حقوق کیفری ایران به ارتكاب اعمال مجرمانه پیش بینی شده در قانون توسط کودکان تعریف خواهد شد. بزهکاری در معنا و مفهوم لفظی عبارتست از ترک انجام انجام وظیفه قانونی و یا ارتكاب عملی خطایی که الزاماً عنوان جرم ندارد مع ذلک این اصطلاح غالباً معادل جرم و به ویژه در ارتباط با جرایم ارتكابی از سوی کودکان و نوجوانان بکار میرود اما واژه بزهکاری در زبان انگلیسی و اصطلاح حقوق کامن لاو نه به ماهیت عمل ارتكاب مجرم بلکه به سن او توجه دارد و بنابراین شامل جرایم کودکان و نوجوانان می شود (دکتر حق پناهان، 1393، ص 18) با این وجود جرم موضوعی است که نیاز به تبیین و شفاف سازی ارکان آن دارد که مطابق ماده 2 قانون مجازات اسلامی چنین تعریف می شود؛ جرم هر فعل یا ترک فعلی است که قانون برای آن مجازات تعیین کرده است. (ماده 2 قانون مجازات اسلامی 1392) پس جرم می تواند هم به صورت فعل و هم به صورت ترک فعل باشد که رکن اصلی آن تعیین شدن مجازات توسط قانون گذار است.

1-2 مفهوم طفل و نوجوان

طفل از نظر لغوی در لغت نامه دهخدا عبارتست از «دوره زمانی از زمان تولد تا قبل از نوجوانی و تکمیل عقل». همچنین طفل عبارتست از فرزند نا بالغ انسان که این لفظ بر دختر و پسر و نیز جمع آنان اطلاق میشود که تا انجاییکه به سن بلوغ نرسیده به او طفل گویند (برهانی، 1398، ص 29) در اصطلاح نیز عبارتست از فردی که دوره رشد اجتماعی خاصی را میگذراند تا به مرحله تمیز صحیح اجتماعی برسد. کودکان یا واژه های مشابه دیگری که بر این معنا دلالت دارند از جمله: اطفال، صغار و نوجوانان، به عنوان یکی از گروه های تحت حمایت اجتماعی از زوایای مختلفی از سوی روان شناسان و جامعه شناسان و فقها و حقوقدانان مورد توجه قرار گرفته و در تعریف آن و تعیین حداکثر سن برای کودک اختلاف نظرانی وجود دارد از نظر حقوقی و با توجه به پذیرش موضوع حمایت از گروه های آسیب پذیر از نقطه نظر حقوق بشر و تعیین حداکثر سنی که فرد زیر آن سن کودک محسوب شود از اهمیت فوق اهمیت العاده ای برخوردار است (دکتر طه، 1390، ص 153) کودک و نوجوان به فردی اطلاق میشود که از نظر جسمانی و عقلانی و عاطفی توانایی کافی برای اداره امور فردی و اجتماعی خود برخوردار نیست بر اساس شرایط مختلف اقلیمی و محیطی رسیدن فرد به حد بلوغ جسمی و عقلی و عاطفی در جامعه ای نسبت به جامعه دیگر متفاوت است از این رو نمی توان ضابطه ثابتی را در تمیز گذر از دوران کودکی و نوجوانی و ورود در دوران بزرگسالی ارائه داد (دکتر حق پناهان، 1393، ص 15) در بخش 11 مقررات سازمان ملل در مورد کودکان و نوجوانان محروم از آزادی مصوب 1990 اشخاص زیر 18 سال را بدون قید و شرط «نوجوان» نامیده است. ماده 1 کنوانسیون حقوق کودک مقرر داشته: از نظر کنوانسیون حاضر منظور از کودک افراد انسانی زیر سن 18

سال است مگر اینکه طبق قانون قابل اجرا در مورد کودک سن بلوغ کمتر تشخیص داده شود. (همان) طفل و نوجوان عبارتی هستند که تعاریف مختلفی برای آن از منظر های مختلف بیان شده است:

الف) تعریف قانونی (قانون مجازات اسلامی): افراد تا سن 9 سالگی طفل و از 9 تا 15 سالگی نوجوان و از سن 15 تا 18 جوان هستند. در کنوانسیون جهانی طفل چنین تعریف شده است: طفل هر اسانی دارای کمتر از 18 سال سن است مگر اینکه طبق قانون اعمال در مورد طفل سن قانونی کمتری تعیین شده باشد (برهانی، 1398، ص 33)

ب) تعریف روانشناسی: طفل فردی است که از منظر روانی فقط توان درک حاجت ها و نیاز های ضروری زندگی خود آن هم تا

حدودی دارد اما نوجوان نسبت به طفل دارای ادراک و روان قوی تری است

ج) تعریف عرفی: تعریف عرفی که با توجه به تغییر عرف از جامعه ای به جامعه دیگر متفاوت است و مفهومی غیر ثابت است زیرا در هر جامعه ای و سرزمینی ملاک های مشخصی برای تعیین یک فرد به عنوان طفل یا نوجوان دارد مثلا در کشور های عراق و سوریه یا دیگر نواحی دارای چنین اب و هوایی و رسومی بیشتر بر مسائل جسمانی و هیکل و بدن توجه دارند یا مثلا در کشور های اروپایی بیشتر بر اساس علم و سواد طفل و نوجوان از بزرگسال تمایز داده میشود (البته این برداشت ها عرفی بوده و قطعی نیست) که به همین دلیل از منظر عرفی نمیتوان یک تعریف ثابتی از طفل ارایه داد.

1-3 مفهوم بزهکاری

بزهکاری از نظر لغوی شامل: بزه مند، تبه کار، خاطی، عاصی، عصیان گر، گناه کار، مجرم، مذنب، مقصر و..... همچنین بیان کننده حالتی است که در آن فرد مرتکب بزه می شود و از نظر اصطلاحی عبارتست از: گونه ای از نافرمانی که به هنجارشکنی بیش از ارزش شکنی تمایل دارد به همین دلیل نسبت به جرم گسترش معنایی بیشتری دارد. کودکان نیز مانده بزرگسالان متأثر از عوامل اجتماعی، جغرافیایی، و صنعتی هستند یعنی هر جامعه دارای کنش ها و واکنش های خاصی می باشد بویژه اینکه اطفال در مراحل رشد و نمو جسمی و فکری بیشتر از افراد بالغ از محیط اطراف و تحولات آن تاثیر پذیرفته و دارای حالت منفعل است. (دکتر نجفی توانا، 1385، ص 31) گالوی مسئول قسمت دفاع اجتماعی سازمان ملل متحد طی گزارشی در سال 1963 در مورد افزایش بزهکاری کودکان می گوید: اینگونه بزهکاری حرکت روبه جلو مرتب و مداومی دارد و این افزایش اکثرا در شهر های بزرگ متمرکز می باشد (دکتر نجفی توانا، 1385، ص 33) چنین بنظر می رسد که اصطلاح "جرایم اطفال" یا بزهکاری خردسالان در سال 1815 م برای اولین بار در کشور انگلستان بکار رفته است زیرا یکسال قبل از آن تاریخ پنج کودک 8 تا 13 ساله به خاطر قتل یک پیرمرد گدا توسط محکمه معروف اولدبیک لندن محکوم به مرگ شده بودند بدنبال این حادثه یکی از خیراندیشان انگلیس به نام "پیتر بدفورد" انجمنی جهت پیشگیری از جرایم اطفال تاسیس کرد که هدفش تحقیق درباره علل افزایش رو به گسترش و خطرناک این پدیده اجتماعی در انگلستان بود (دکتر صلاحی، 1389، ص 29) علاوه براین باید تذکر داد که روانشناسان و روانپزشکان به موضوع جرایم اطفال فقط به عنوان یک حالت و علامت بروز اختلالات اخلاقی، عصبی یا روانی نگاه می کنند نه به صورت یک پدیده مستقل بنام "مجرمیت" بنابراین می توان گفت دسته ای از اطفال که امروز تحت عنوان "ناسازگار" یا غیر منطبق با جامعه از آنها یاد می شود فقط یک جزیی از کل اطفال مجرم را تشکیل می دهد (دکتر صلاحی، 1389، ص 31)

بطور خلاصه می توان گفت بزهکاری همانند بعضی دیگر از موارد مانده ولگردی و..... یک حالت و اوضاع و شرایط است عبارتی حالت اجرایی ارتکاب جرم تحت عنوان بزهکاری بحث میشود. بزهکاری مفهومی حقوقی مخصوصا کیفری است که به حالتی گفته می شود که در آن شخص عادی مرتکب چه اثباتا و چه نفیا پدیده مجرمانه می شود. یعنی مرتکب ارکان سه گانه جرم می شود. بر اساس اولین تقسیم بندی بزهکاری که توسط سزار لمبروزو پدر جرم شناسی انجام گرفته شامل

1- بزهکاری اتفاقی 2- بزهکاری عاطفی 3- بزهکاری بالفطره

2-1 علل ایجاد کننده جرم :

هر روز در کنار ما جرایم متعددی به وقوع میپیوندد و با تورق روزنامه ها در صفحه حوادث با انواع بزهکاری آشنا میشویم: چاقو کشی، ضرب و جرح، کیف قاپی، دزدی، تجاوز یا هتک ناموس و..... وقتی از خیابان عبور می کنیم سازمان هایی نظیر نیروی انتظامی و دادگاه ها را میبینیم که برای مجازات این گونه افراد بوجود آمده اند ایا تا بحال فکر کرده ایم که چه عواملی در بوجود آوردن یک بزهکار موثر است؟ پیچیدگی عوامل موثر در پدیده بزهکاری باعث شده است که هر یک از محققان آن را از نظرگاهی خاص بررسی کنند روان شناسان و روان پزشکان از دیدگاه روان شناسی، حقوقدانان از دیدگاه جرم شناسی و مسایل کیفری، پزشکان و زیست شناسان از دیدگاه عوامل بیولوژی و زیستی و بالاخره جامعه شناسان از دیدگاه آسیب شناسی اجتماعی (دکتر صلاحی، 1389، ص 113) دو نظریه که بیش از همه در جرم شناسی مورد توجه است یکی نظریه **کنترل اجتماعی** دورکیم است که هیرشی آنرا به مسئله بزهکاری تطبیق داده و دیگری نظریه **پیوند های افتراقی** است که اول بار توسط ساترلند مطرح شده است (همان) بزهکاری در کودکان و نوجوانان هر چند میتواند به عوامل بسیار از جمله مشکلات فرهنگی و اجتماعی و اقتصادی و وابسته باشد اما در نگاه اول این خانواده است که کودک را به سمت صحیح هدایت میکند یا ارکان گناه و جرم و انحراف را برای او مهیا می سازد انسان به دلیل حالت اجتماعی بودن خود از لحظه تولد تحت تاثیر افکار و عقاید و رفتار اطرافیان قرار می گیرد و بعد ها به پیروی از این رفتار ها و گفتار ها الگوهایی را که به نحوی در ارتباط با او هستند الگو رفتاری خود قرار خواهد داد (دکتر حق پناهان، 1393، ص 64) اینک مهم ترین علل بزهکاری خردسالان را به شرح زیر توضیح میدهم:

2-1-1 ناکامی و پرخاشگری : نکته مهمی که باید توجه داشت این است که حتی رفتار مجرمانه رفتاری غیر طبیعی نسبت به اطفال و نوجوانان نیست. کودکان بسیاری هستند که رفتار مشکل دارند اما کودکان عادی هستند تحقیقی که بین کودکان گروه های سنی پنج تا شش ساله در مهد کودک های تهران انجام شده نشان می دهد که یک چهارم کودکان مشکل دارند در حالیکه همه آنها کودکان عادی هستند در هر حال علت اصلی این مشکلات انتظارات افراطی است که والدین از کودکان و با یکدیگر دارند. عاملی که سبب این انتظارات از فرزندان شده است عدم رفع نیاز های کودک توسط والدین و عدم آگاهی والدین از نیازهای کودک است (دکتر صلاحی، 1389، ص 116) نظریه های معروف پرخاشگری: **«فروید»** در باره پرخاشگری دو دیدگاه ارائه داده است دیدگاه اولیه این بود که پرخاشگری زمانی به منصف ظهور وارد می شود که در برابر انگیزه های بنیادین و شخصی مانعی ایجاد شود و ناکامی دست دهد بعد ها وی دیدگاه دوم را مطرح کرد که پرخاشگری را مانده ویژگی ها و حالت های جنسی یکی از دو گزینه ذاتی میدانست. **«دورنز»** معتقد بود که پرخاشگری که موجب آسیب رساندن به دیگران می شود از گزینه جنگیدن برمیخیزد و ناشی از افزایش انرژی بدن است. (دکتر صلاحی، 1389، ص 114) میزان حالت منفعلی موجود در کودکان و ویژگی های روانی و موقعیت های عاطفی که بر آن دست توفیق و برتری دارند از اصلی و مهم ترین عوامل در سعادت یا شقاوت کودک است (دکتر کی نیا، 1391، ص 16) بر همین اساس می توان گفت که منشا اصلی شکل گیری ریشه تفكراتی اطفال در داخل خانواده است این تاثیر پذیری تا اندازه ای است که در صورت نامطلوب بودن این تاثیر گذاری صدمات طولانی مدت و قابل توجهی بر اطفال رشد یافته در آن محیط خواهد گذاشت (صادق زاده، ابراهیم، 1398، 1)

2-1-2 کثرت اولاد در خانواده : در این مورد گاهی علت اصلی افزایش تعدادی نفرات و داشتن فرزند زیاد در خانواده مسئله اقتصادی است به طوری که این امر هنوز هم در برخی از روستاها مشاهده می شود به این دلیل که فرزندان می توانند بر روی زمین های کشاورزی یا کارگاه های قالی بافی کار کنند و منبع درآمدی برای والدین خود باشند به تولید فرزند زیاد مبادرت می شود. البته سطح فرهنگ و آگاهی را در این زمینه باید مورد بررسی قرار داد زیرا افرادی که از سطح

فرهنگ و آگاهی حداقلی برخوردارند به عواقب شوم ازدیاد جمعیت واقف نبوده و فقط فایده سطحی اقتصادی خانواده را در نظر می گیرند. در هر حال کثرت اولاد دارای اثرات سو مهمی از نظر اقتصادی و اجتماعی و عاطفی در جامعه بوده که علل ارتکاب جرم را گسترش می دهد. (دکتر صلاحی، 1389، ص 118)

2-1-3 تاثیر مسکن: مسکن هر خانوار نشان دهنده سطح زندگی اجتماعی آن است در حالت کلی والدین در تلاشند که در حد توانایی و ملائت مالی خود منزل و مسکن خویش را در یک مکان مناسب فرهنگی و آرام و با همسایگان مناسب و امکانات رفاهی کافی انتخاب نمایند ولی هرگاه مسکن یک خانواده در محله ای باشد که سطح بزهکاری آن بشدت بالاست در این صورت فرزندان آن خانواده نیز در اثر رابطه و معاشرت با همسایگان و دیدن الگوهای مناسب به سمت تبهکاری پیش خواهند رفت. در کل زندگی مشترک در محیط بسته فرهنگی، اختلاط اشخاص ناباب در محوطه ساختمان ها، اماکن عمومی نزدیک اراضی بایر اطراف اماکن، احتمال بزهکاری نوجوانان را افزایش می دهد (دکتر صلاحی، 1389، ص 124)

2-1-4 چند همسری: در عصر حاضر و موقعیت فعلی ازدیاد همسران از اصلی ترین علل بروز اختلاف خانواده ها و در نتیجه طلاق و جدایی می باشند چند همسری گاهی نیز موجب جنایات موحشی نیز می گردد چه بسیار جنایات مهمی که از ناحیه زنان بر اثر همین چند همسری شوهرانشان اتفاق افتاده است و برعکس که در نهایت همه این عوامل تاثیر خود را بر فرزند موجود در آن محیط خواهد گذاشت و او را به ورطه تاریک جرم هدایت خواهد کرد بعبارتی ارتکاب جرم در این حالت در نتیجه عدم کنترل و تربیت جدی طفل از ناحیه خانواده ای مناسب است که او را به این جایگاه میرساند (دکتر صلاحی، 1389، ص 192)

2-1-5 تقلید زنان از صفات مردانه: در زمان حاضر یکی از مهم ترین معضلات فرهنگی جامعه تلاش زنان برای شبیه شدن به مردان یا تقلید از رفتار های مردانه است به عبارت دیگر هدف اصلی زنانی که مقلد حرکات مردانه هستند آن است که بتوانند مثل «مردها» باشند در صورتی که اگر زن تلاش و هدف خود را صرف آن نمایند که یک زن به معنای واقعی کلمه و دارای فضایل و مختصات آن باشند هدف بزرگتری را دنبال کند، خود را جنس برتر بداند. اصولا بین طلاق و ارتکاب جرم نوعی رابطه مستقیم وجود دارد به عبارت دیگر طلاق یک ضریب مثبت و عامل موثر در افزایش بزهکاری خصوصا از جانب کودکان و نوجوانان بی سرپرست یا بد سرپرست است (دکتر صلاحی، 1389، ص 194) از طرف دیگر با توجه به اینکه عوامل جرم زایی یا مشکلات جامعه پذیری ممکن است از مکان های اصلی جامعه پذیر شدن فرد (خانواده، مدرسه، جامعه و گروه های هم سال) یا از خصوصیات فردی افراد ناشی میشود در یک تقسیم بندی کلی میتوان در دو دسته عوامل فردی و اجتماعی به شرح ذیل موضوع را مورد بحث و بررسی قرار داد:

”بر اساس انواع محیط های اجتماعی اتفاقی، تحمیلی و انتخابی که کودک در آن قرار می گیرد عوامل جرم زایی در خانواده (محیط اجتماعی تحمیلی)، مدرسه (اتفاقی) و گروه های همسالان (انتخابی) قابل بررسی است هم چنین از تاثیر عوامل جرم زایی فرهنگی همانند رسانه ها نباید چشم پوشید برخی وضعیت های جرم خیز که در ادبیات پیشگیری رشد مدار تحت عنوان ”نقاط تحول“ (سو مصرف مواد مخدر الککل، اختلاط سلوک، بزه دیدگی، رفتار جسمی زودرس، سو استفاده از کودک) مطرح

هستند قابل توجیه اند"

الف-عوامل خطر فردی : عوامل فردی را میتوان در دو دسته عوامل زیستی (ماقبل از تولد و بعد از تولد) و روانی بررسی کرد" از جمله عوامل خطر ماقبل تولد: عوامل ژنتیک، وضعیت جسمی و روحی مادر در دوره بارداری و از جمله عوامل خطر حین و پس از آن آسیب های زایمانی و کیفیت ترشحات غدد و هورمون ها و انتقال دهنده های عصبی قابل اشاره میباشند هم چنین خودپنداری منفی و ضعف اعتماد به نفس و ضعف عزت نفس و عدم احساس خود اثرمندی و عدم توانایی تصمیم گیری و نقض منبع کنترل و ناتوانی در تاخیر امیال و خطاهای شناختی و نگرش های ناکارآمد و ناتوانی در مقابله با فشار و نقض مهارت های ارتباطی و پیوند با دیگران و اختلال هویت و خصویات منفی و خلقی یا عاطفی از جمله عوامل خطر روانی محسوب میشود. (دکتر صلاحی، 1390، ص 193)

ب-عوامل خطر اجتماعی : این گروه از عوامل جرم زایی که به بیان بهتر میتوان مشکلات جامعه پذیری نامید ممکن است از جایگاه های اصلی جامعه پذیر شدن فرد یعنی خانواده و مدرسه و گروه های هم سالان و محیط زندگی به وجود آید. خانواده به عنوان اولین و مهم ترین محیط اجتناب پذیری که کودک پس از تولد در آن به آن وارد می شود اهمیت بسزایی در تحقق رشد و سلامت کودک دارد با این حال نقصان کارکردهای این نهاد اجتماعی هم می تواند به عنوان یکی از عوامل خطر در قرار گرفتن کودک در وضعیت مخاطره آمیز یا بعبارتی جرم خیز تاثیر بسزایی داشته باشد لذا تاکید بر نقش خانواده و کمک در راستای ایفای درست جایگاه و کارکردهای آن همواره به عنوان وظایف مهم دولت ها مورد تاکید قرار گرفته شده است که در این راستا لزوم تدوین و اجرای بهنجار برنامه های حمایتی نظارتی و مراقبتی ویژه وجود دارد. البته اینک در این زمینه از نقش مهم و حیاتی فرهنگ و رسانه نباید غافل ماند فضا های رسانه ای در انتقال ارزش ها و هنجارهای اجتماعی به کودک جایگاهی بسیار مهم و فراگیری دارند که می توان بر کلیه فرایند اجتماعی شدن کودک تاثیر گذار باشد. (دکتر صلاحی، 1390، ص 195) با این بیانات و موارد ذکر شده می توان عوامل و علل موجد بزهکاری اطفال و نوجوانان را در دو حالت کلی بحث کرد:

الف- علل عینی

ب - علل شخصی

الف- علل عینی : این علل و عوامل مواردی هستند که مربوط به موضوعات غیر شخصی یا بعبارت دیگر غیر مرتبط با شخص حقیقی هستند بعبارتی برخواسته از عوامل غیر شخصی هستند من جمله فرهنگ یعنی اگر فردی در محیطی رشد یابد که که کرامت انسانی و اخلاق و مسایل مذهبی در آن یافت نشود اظهار من شمس است که غالبا چنین افرادی در معرض بزهکاری هستند: : فرهنگ ، محیط ، عوامل اقتصادی ، جامعه

ب-علل شخصی : علل شخصی عللی هستند که بیشتر بر پایه و اساس شخصیت مرتکب یا اطرافیان وی استوار است مثلا مشکل روانی که مصداق واقعی آن پرونده عینی بود که در یکی از شهرستان های استان کرمان اتفاق افتاد که در آن فردی بدون نیاز مالی اقدام به سرقت خوراکی میکرد که در اقرار خود اظهار کرد که هدف اصلی آن ارضای هیجان خود بود مثال علل شخصی : روان ، مشکلات کروموزومی ، خانواده ،.....

یکی از موضوعات مهم در بحث پیشگیری از بزهکاری نوجوانان توجه و تاکید بر عوامل جرم زا می باشد که متخصصان و کارشناسان امر با توجه به منشا پیدایش و جایگاه تحقق و بروز آن که در یک نگاه کلی میتوان گفت : فرد یا محیط و جامعه اطراف او از مهم ترین علل بزهکاری اطفال و نوجوانان می باشد که در رابطه با آن اقدام به تهیه و اجرای برنامه هایی جهت پیشگیری از بروز و تحقق این عوامل نموده اند منشا پیدایش و بروز این عوامل دارای دو خصیصه می باشد: یکی اجتماعی بودن یعنی علل و عواملی هستند که از جامعه نشأت می گیرند و دیگری مدت دار بودن است یعنی این عوامل تاثیر خود را بداهه نمیگذارند بلکه در یک دوره زمانی این اثر گذاری انجام می یابد از طرفی چنانچه این عوامل مثبت و سودمند کارکرده های خود را به نحو مطلوب انجام دهند موجبات حمایت از کودک و نوجوان و ارتقا و رشد و پیشرفت او فراهم میگردد از سوی دیگر هرگونه ضعف و کمبود در کارکردها میتواند کودک را در معرض خطر قرارداده و او را در گذر از مسیر نوجوانی به سمت جوانی دچار مشکلاتی نماید در واقع اقدام اجتماعی در مورد پیشگیری در سطح بسیار وسیعی موضوع سازمان دهی منابع مختلف اجتماعی است به نحوی که از یک سو محیطی را که در آن کودک بتواند بدون نابهنجاری شخصیتی رشد کند فراهم شود و از سوی دیگر کودکانی که در معرض خطر بزهکاری هستند شناسایی شده و به سمت انطباق با استاندارد های معمول و بهنجار رهنمون شوند(دکتر طه، 1390، ص127) تفاوت میان تدابیر سرکوبنده و اقدامات پیشگیرنده بعضی از حقوقدانان را به این نظریه معتقد ساخته است که بهتر است سیستم یکپارچه ای اتخاذ شود که در آن مجازات ها و اقدامات تامینی با یکدیگر ترکیب و تلفیق شده اند و در قالب ضمانت اجرایی واحدی درآمده اند بعضی دیگر مخالف این عقیده اند و از دوگانگی نظام کیفری جانبداری کرده و برای این نظریه خود دلایلی آورده اند:

الف-نظریه یگانگی: طرفداران این نظریه اعتقاد دارند که میتوان بین اصلاح و بازسازی و تربیت و مجازات و ارباب شخص تناسبی ایجاد کرد و هر دوی آنها را با هم و بصورت توأمان اعمال کرد(دکتر اردبیلی، 1397، ص22)

ب-نظریه دوگانگی: طرفداران این نظریه معتقد هستند که بحث اصلاح و درمان و بازسازی و تربیت دو موضوعی کاملاً جدا و منفک از هم هستند که در یک راستا قرار ندارند بعارتی نمی توان از طریق اعمال مجازات هدف اصلاح را هم تعقیب کرد(دکتر اردبیلی، 1397، ص13)

از آنجا که موضوع مراقبت در پیشگیری از جرم واجد اهمیت خاصی است هرگاه مسئولین امر اراده کنند برای پیشگیری از جرم اطفال به نحو اثر بخشی عمل کنند نیاز است که مسئله مراقبت را به دوره قبل از تولد طفل نیز سرایت دهند زیرا گرچه امروز اغلب اطفال غیر عادی و به اصطلاح "انورمال" قابل معالجه و مداوا بوده و می توانند به عناصر مفیدی برای جامعه تبدیل شوند ولی برخی از روانشناسان عقیده دارند که به قول معروف **علاج واقعه را قبل از وقوع باید کرد** و سیستم مراقبت طبی را باید چنان گسترش داد که از تولد اطفال غیر عادی و انورمال جلوگیری شود. مسلم این است که برای داشتن کودکان سالم و قوی قبل از هر چیز باید پدر و مادر هر دو از سلامت کامل برخوردار باشند از این جهت مسئله "دفاع اجتماعی" ایجاب میکند که یک مبارزه جدی و موثری علیه امراض خانمان براندازی چون سل -سیفلیس -سوزاک -ایدز و ناراحتی روانی ارثیاز طرف دستگاه های بهداشتی به عمل آمده و برای جلوگیری از استعمال

روزافزون الکل و مواد مخدر راه حل موثر و قاطعی از طرف جامعه پیش بینی شود به عقیده ما دولت ها باید مقررات خاصی جهت گذراندن دوره های خاص آموزشی برای نامزدها وضع بنمایند که آنان را به گونه علمی از مسئولیت های خویش در مورد مراقبت و پیشگیری از تولد های ناخواسته تربیت صحیح اطفال و پرورش فرزندان سالم برای جامعه آگاه نمایند (دکتر صلاحی، 1389، ص 203) امروزه در کشور های غربی سازمان های بهداشتی خاصی از مراقبت از زنان حامله را به عهده دارند این گونه سازمان ها تعلیمات لازم را توسط پزشکان یا مددکاران اجتماعی به زنان مذکور در دوران حاملگی می آموزند در کشور های اروپایی علی الاصول مسئله مراقبت های بهداشتی کودکان از بدو تولد آنان مورد توجه قرار می گیرد به این صورت که مددکاران اجتماعی به منازل مادران و نوزادان مراجعه کرده ضمن مصاحبه و مذاکره با مادران جوان مواردی را که دخالت پزشک جهت تامین سلامت کودک لازم است به مقامات مربوطه گزارش می دهند. یکی از طرف مفید قابل اقتباس که در کشورهای خارجی در این گونه موارد معمول می باشد آن است که در مدارس برای هر یک از دانش آموزان علاوه بر کارنامه تحصیلی که نظرات معلمین مربوطه در آن منعکس می شود یک ورقه هویت طبی یا سجل بهداشتی نیز وجود دارد که نتیجه معاینات طبی و روانی کودک همه ساله در آن ثبت می گردد بدین طریق اولیاء مدارس و سازمان های مربوطه به تربیت و مراقبت اطفال به راحتی ناراحتی های هر طفل را کشف نموده و در صورت لزوم وی را تحت مطالعه یا مراقبت های بهداشتی قرار میدهند علاوه بر رعایت نکات مذکور اصلاح وضع مالی، اقتصادی اولیای طفل، حذف زاغه نشینی، تامین بهداشت خانواده، حمایت از کودکان نیز واجب است در مقابل مفاسد محیط، کنترل معاشرین ناباب تاثیر بسیار زیادی در کاهش ارتکاب جرم از ناحیه اطفال خواهند داشت این ها مهم ترین وظایفی است که سازمان ها و موسسات مسئول و علاقه مند به پیشگیری از جرایم اطفال باید در آنها تدقیق نمایند (دکتر صلاحی، 1389، ص 205) با این وجود مجازات هیچ زمان به نحو اطلاق قابل پذیرش یا رد نیست زیرا به کرات ثابت شده است که در برخی شرایط زمانی و مکانی خاص و نسبت به بعضی از مجرمان کیفر بهترین پاسخ بوده است و می تواند هم تضمین کننده نظم عمومی حداکثری باشد و هم باعث شرمساری و اصلاح بزهکار را فراهم آورد. در ادبیات و به زبان دیگر برای مجازات اهداف گوناگونی پیشنهاد شده که عبارتند از: اهداف «واپس گرایانه» مجازاتها همچون تلافی و احساس جامعه (تقبیح) که بر جرمی که رخ داده توجه و تمرکز می کنند و اهداف «نوگرایانه» مجازاتها همچون بازدارندگی، ناتوان سازی، و باز پروری که به آثار مجازات در مجرم و جامعه می نگرند لازم به ذکر است که در این همگرایی مرز بین کنش های نوگرایانه و واپس گرایانه همیشه شفاف نیست بطور مثال، مفسدانی که به نظریه «احساسی مجازات» نظر دارند گاهی نه تنها به تقبیح (واپس گرایانه) آنچه رخ داده می پردازند بلکه می گویند کارکرد نو گرایانه مجازات باید به تربیت اخلاقی شهروندان با توجه به دیدگاه های اجتماعی نیز توجه کند. برخی مجازات هایی که بسیار خشن یا وحشیانه هستند حتی اگر از جنبه های دیگر توجیه پذیر بوده است پرسش ها و مسائل اخلاقی بدنبال داشته اند این مسائل اخلاقی همچنین ممکن است صفات حقوقی و قانونی بیابند بخصوص در جایی که در قانون اساسی یک کشور ضمانت اجرای مناسب و مرتبط وجود داشته باشد یا آن کشور به عهدنامه های حقوق بشری که اینگونه مجازات ها را محدود و ممنوع کرده اند پیوسته باشد. در نهایت با توجه به عبارات مذکور میتوان گفت که برای مجازات ها دو هدف عمومی مطرح بوده و بطور سنتی به این دو کارکرد پرداخته شده است و اخیرا یک کارکرد یا رسالت جدید به آنها افزوده شده است. اندیشه عدالت ترمیمی که بدنبال ازاله تاسیسات حقوق کیفری می باشد عملا به منظور رهایی از چالش ها و ضعف های نظام عدالت کیفری کلاسیک نمود واقعی و ملموس یافت و بیش از هر زمینه دیگری رسیدگی به بزهکاری اطفال را در مورد توجه خود قرار داد در این نظرگاه سعی می شود در ابتدا تا حد اعلی اطفال بزهکار را از سیستم عدالت کیفری رسمی دور نگه داشته شوند و سپس به جای دست اندازی به نهاد های قدیمی مانده مجازات های سرکوبگر، از نهاد های ترمیمی همانند انجام خدمات اجتماعی، اقامت اجباری در منزل و..... استفاده شود که می توانند هم طفل بزهکار را در بطن اجتماع حفظ نمایند و هم به خوبی موجبات هشدار و تحذیر نسبت به وی را فراهم آورند این مجازات ها قطعاً می توانند در مسیر اصلاح و بازپروری اطفال بزهکار نقش مطلوبی ایفا نمایند

بنابراین می توان گفت که سیستم مجازات ها با فلسفه و قواعد پیش گفته اساسا نمی تواند برخورد صحیحی برای مهار بزهکاری اطفال باشد لذا لازم است سطوح توسل بدان کاهش یافته و بیش از آنها روی به سیاست های مکمل برخاسته از تحولات حقوق بشری و ترمیمی نظام حقوق کیفری و علی الخصوص الگوی کیفری روی آورد. با جمع بندی تمامی مباحث ذکر شده فهمیده می شود که تمامی این مباحث جنبه کیفری دارند(دکتر حق پناهان، 1393، صص 135 و 136) اما در کنار این مباحث یکسری موارد و مباحث غیر کیفری نیز وجود دارد که در زمینه همین سیاست های کیفری در برابر بزهکاری اطفال است که امروزه از ضرورت اتخاذ شیوه های پیشگیری غیر کیفری و جرم شناسی در قبال اطفال سخن به میان می آید و ادعا می گردد که بدون آنها نمی توان امیدوار به دست توفیق یافتن برنامه های اتخاذی در راستای ازاله انحرافات و جرایم ارتكابی توسط خردسالان داشت. امروزه پیشگیری اجتماعی اصلی ترین در زمینه پیشگیری از بزهکاری اطفال محسوب می شود که عملا اجرای درست تدابیر و لوازم آن می تواند موجب توفیق در از بین بردن امار بزهکاری خردسالان گردد. در پیشگیری اجتماعی جامعه مدار عوامل جرم زا و انحراف زا هدف قرار می گیرند و تلاش بر آن است که زمینه های اجتماعی را که باعث بوجود آمدن انگیزه ای مجرمانه و منحرفانه می شوند کشف و رفع گردند.(دکتر غلامی، 1399، ص 87) اما در پیشگیری اجتماعی رشد مدار ذکر می شود که اصلی ترین اقدامی که برای خنثی سازی عوامل اجتماعی جرم زا و انحراف زا می توان مورد تکیه قرار داد تا باعث مولد انگیزه جرم و انحراف فراهم نشود تدابیر اجتماعی رشد مدار است یعنی اقداماتی که در طول دوران تمییز و تکامل شخصیتی و جسمی نسبت به کودکانی که در معرض ارتكاب این اعمال قرار دارند به عمل آیند البته به صورت صد در صد نمی توان کودکان را از ضربه جرم و انحراف حفظ کرد ولی این امکان وجود دارد که آن را به حداقل رساند پیشگیری جامعه مدار برخوردش بیشتر با قشر جوان و نوجوان است در این مدل خط مشی ها و اقداماتی که وضع و اجرا می شوند در حالت کلی شیوه برخورد تربیتی و آموزشی دارند و می توانند در

مدت کوتاهی به خوبی باعث پیشگیری از بسیاری از رفتارهای بزهکارانه را فراهم آورند(دکتر حق پناهان، 1393، صص 138 و 137)

بحث و بررسی پیرامون دادنامه به شماره 140168390012305 صادره از شعبه 3 دادگاه اطفال و نوجوانان مجتمع قضایی شهید فهمیده تهران و ارائه تحلیل ها و پیشنهادات پیرامون آن:

دادنامه حاضر به جهت توجه به نظریه ها و رویکرد های نوین جرم شناختی در مواجهه با نابهنجاری و بزهکاری اطفال و نوجوانان می تواند نوید بخش این موضوع باشد که ساختار قضایی ایران با استعمال صحیح و دقیق یافته های علمی مربوطه در جهتی درست در حال پیمایش است و در صورت عدم انحراف از این معبر علمی میتواند به اهداف والایی در زمینه های جرم شناختی و پیشگیری دست یابد چون همانطور که در نوشتار مربوطه بیان شد یکی از اصلی ترین دلایل بزهکاری در اطفال محیط اطراف آن و محیط پیرامون رشد آن است که در دادنامه مذکور نیز وجود افراد غیر سالم در اطراف طفل موجد ارتكاب جرم از جانب طفل است که این عامل مستلزم اندیشیدن راهکار های مناسبی است که مانع از این ارتكاب بشوند مثلا دستگاه قضایی میتواند با گسترش پژوهنده شخصیت به همه افراد جامعه از روز اول تولد کاملا افراد را تحت نظارت و کنترل قرار دهد مثل کاری که کشور انگلستان در این زمینه انجام داده و نتایج مطلوب آن کاملا مشهود و عیان است و یا مثلا دستگاه قضایی می تواند با همکاری دولت اقدام به طبقه بندی محیط های جامعه کند تا اینکه تا حدودی از این اختلاط سنین مختلف در سطح جامعه جلوگیری شود.

از بررسی مجموع مباحث ذکر شده میتوان به این نکات و نتایج رسید که اصولاً بزهکاری در حیطه سنی اطفال و نوجوانان موردی و جزئی است و در مقایسه با امار جنایی دیگر سنین دایره و امار جنایی مربوط به این حوزه بسیار کمتر و حداقلی است اما نباید با این تفکر که این امار جنایی نسبت به دیگر دوایر جنایی کمتر است اغفال شد و از توجه به آن خودداری شود زیرا بی توجهی یا کم توجهی به آن باعث بوجود آمدن مجرمین حرفه های در آینده خواهد شد همانطور که در علل بوجود آورنده جرایم اطفال و نوجوانان بحث شد بیان شد که مهم ترین عوامل موثر در ارتکاب جرایم توسط این دسته از افراد عوامل اجتماعی و بعد از آن عوامل اقتصادی است که با توجه و شناسایی این عوامل باید اقدام به پیشگیری کرد یعنی به عبارتی یا باید این عوامل کامل ریشه کن شود و هیچ جرمی توسط این دسته از افراد ارتکاب نیابد (همان مدینه فاصله) و یا حداقل تاثیر آنان را کاهش داد در بحث راهکار ها و تدابیر پیشگیرانه بیان شد که اصولاً بهترین راه اصلاح و پیشگیری و درمان به معنای اخص مربوط به قبل از ارتکاب جرم از طریق اصلاح جامعه کوچک یعنی خانواده و جامعه بزرگ یعنی کل جامعه و در نهایت مسایل اقتصادی است زیرا این عوامل بیشترین تاثیر را در ارتکاب جرم توسط اطفال و نوجوانان دارند البته این بدین معنا نیست که نباید به اصلاح و درمان بعد از ارتکاب جرم بی توجهی نمود زیرا خود اصلاح بعد ارتکاب جرم علاوه بر تاثیری که بر خود مجرم دارد ارعابی هم از طریق اجرای مجازات علی الخصوص بصورت علنی بر دیگر افرادی که در فکر ارتکاب جرم هستند دارد یعنی همان مجرم بالقوه. البته با نگاه به سیاست کیفری دیگر کشور ها در رابطه با بزهکاری اطفال و نوجوانان و آثار آن فهمیده میشود که نسبت به سیاست داخلی ایران بسیار پیشرفته تر و موفق تر هستند مثلاً در کشور انگلیس اقدام به تهیه کارنامه سلامت روانی و جسمی از اطفال و نوجوانان در مدارس خود میکند که توانسته تا حد زیادی اطفال و نوجوانانی را که در صدد ارتکاب جرم بودند را شناسایی و اقدام به اصلاح و پیشگیری آنان کند البته این سیاست در شکل دیگری در زندان های ایران به شکل

پرونده شخصیت دنبال میشود مضاف بر آن یک اقدام ضروری و لازم در مراحل ثبت نام در مراحل تحصیلات تکمیلی است که در آن از دانشجویان خواسته میشود فرمی تحت همان عنوان کارنامه سلامت جسمی و روانی پر کنند که در صورت استفاده صحیح و درست و هدفمند از آن می توان به همان اهداف اصلاح و پیشگیری و درمان رسید. در حالت کلی با توجه به اینکه این قسم از افراد در نتیجه تاثیر پذیری از نواقص جامعه و محیط اطراف به سمت و سوی بزهکاری روانه می شوند یعنی این جامعه است که اطفال را مجبور به بزهکاری می کند در نهایت این ضرورت خود را بیشتر نمایان می کند تا از طریق تدوین یک برنامه مدون و آینده ساز اقدام به حل مشکل های اجتماعی و در نهایت از بزهکاری اطفال جلوگیری شود (نریمانی، محمد، 1373، 1)

- 1- نریمانی، محمد، مجله رشد معلم، شماره 102، 1373
- 2- حق پناهان عباس/ جرم شناسی بزهکاری اطفال و نوجوانان/ چاپ اول/ انتشارات مجد/ سال 1393
- 3- خالقی علی/ ایین داری کیفری جلد اول و دوم/ چاپ 47/ انتشارات شهر دانش/ سال 1402
- 4- صادق زاده، ابراهیم، مجله پژوهش های حقوقی قانون یار، دوره دوم شماره 7، 1398
- 5- کی نیا مهدی/ روان شناسی جنایی/ چاپ چهارم/ انتشارات رشد/ سال 1383
- 6- محسنی فرید/ جرم شناسی/ چاپ دوم/ انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)/ سال 1394
- 7- نجفی توانا علی/ جرم شناسی/ چاپ سوم/ انتشارات آموزش و سنجش/ سال 1384
- 8- نجفی توانا علی/ نابهنجاری و بزهکاری اطفال و نوجوانان/ چاپ اول/ انتشارات میزان/ سال 1398
- 9- حسین پور و غلامی، میلاد، مجله دستاوردهای نوین در مطالعات علوم انسانی، سال پنجم شماره 50، 1401



علی شهبانی دولت آبادی

نگرشی بر منابع حقوق تجارت بین الملل

کارآموز قضایی، دانشجوی کارشناسی ارشد ناپیوسته
دانشگاه علوم قضایی.

alishabanilaw@gmail.com

چکیده

در تمامی رشته ها یکی از مهم ترین مواردی که شناخت و خط و مشی آن حوزه را تعیین میکند منبع آن است و حقوق تجارت بین الملل نیز از این قاعده مستثنی نیست. حقوق داخلی نیز دارای منابعی برای شناخت آن است اما منابع آن محدودتر است لکن چون در حقوق تجارت فراملی عنصر خارجی دخیل است، همین موضوع آن را پیچیده میکند. به جهت گستردگی و غیرهمسان بودن قوانین کشور های مختلف و مهم تر از آن عنصر دخیل خارجی در بحث تجارت فراملی، شناخت منابع و سازمان هایی که در جهت یکسان سازی فعالیت میکنند را الزامی و اجتناب ناپذیر میکند. منابع این حوزه را می توان به پنج دسته کلی تقسیم نمود که مفاهیم و شاخه های آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت. فلذا به جهت ضعف پژوهشی در این حوزه محقق قصد دارد به روش کتابخانه ای برای شناساندن هرچه بهتر منابع حقوق تجارت بین الملل آنرا مورد تجزیه و تحلیل و دسته بندی قرار دهد.

کلیدواژگان: حقوق تجارت بین الملل؛ منابع حقوق؛ حقوق اقتصادی و سرمایه گذاری؛ عرف و رویه بین المللی.

مقدمه

منابع هر حوزه ای تعیین کننده و رهنمود سمت و سوی آن به شمار می آید. برای اینکه بتوانیم در هر رشته یا شاخه ای از علم قدم برداریم بی شک، باید منابع مرتبط (اصلی یا فرعی) آن را به خوبی شناخته و به طور دقیق مورد مطالعه قرار دهیم و لازمه درک عمیق حقوق تجارت بین الملل نیز که از این قاعده مستثنی نیست شناخت منابع آن است. با توجه به اینکه عوامل خارجی، قوانین گسترده و کنواسیون های متفاوت نهایتاً از همه مهم تر ناکامی های بسیاری در یکسان سازی در جامعه بین المللی در این حوزه وجود دارد فلذا شناخت منابع این رشته را نیز دچار چالش میکند. در حقوق داخلی منابع حقوق مشخص است که به ترتیب شامل: 1- شریعت 2- سیاست های کلی 3- قانون اساسی 4- قانون عادی 5- رویه 6- عرف 7- دکترین است. اما در حقوق تجارت بین الملل¹ منابع حقوق متفاوت است و محدوده و مشروعیت برخی از آنها محل بحث و مناقشه است مهم ترین منابع حقوق تجارت بین الملل که در پنج بخش متفاوت هر کدام بحث خواهد شد عبارتند از: الف) معاهدات دوجانبه و چندجانبه ب) رویه تجاری بین المللی ج) اصول کلی حقوقی چ) حقوق عرفی بازرگانی ح) نهایتاً قوانین ملی مرتبط. با توجه به اینکه واردات و صادرات، سرمایه گذاری و انجام سایر فعالیت های اقتصادی و تجاری منوط به رعایت قوانین و مقررات وضع شده در کشور های مربوط است، قوانین ملی مرتبط نیز به عنوان منبع حقوق تجارت بین الملل

¹ International Trade Law.

به شمار می آید (شیروی، 1401: 36). در پژوهش مدنظر است که به روش کتابخانه ای به بیان انواع و مفاهیم منابع حقوق تجارت بین الملل و سپس دسته بندی قابل فهمی از آن ارائه گردد تا خلا پژوهشی این حوزه را پوشش دهد.

پیشینه

شیروی (1401)، کتاب حقوق تجارت بین الملل، سازمان مطالعه و تدوین کتب دانشگاهی در علوم اسلامی و انسانی (سمت)، چ 14، بین نمودند که منابع حقوق تجارت بین الملل عبارتند از: 1- معاهدات دوجانبه و چندجانبه 2- رویه تجاری بین المللی 3- اصول کلی حقوقی 4- حقوق عرفی بازرگانی 5- قوانین ملی.

اسکینی (1371)، کتاب مباحثی از حقوق تجارت بین الملل، چاپخانه سپهر، چ اول، ایشان در این خصوص بیان نمودند اشکال مختلفی از منابع را میتوان یافت از جمله؛ دو بخش کلی که الف) منابع فراملی بیع بین المللی که عبارتند از: 1- منابع خصوصی بیع بین المللی 2- منابع دولتی بیع بین المللی 3- اصول کلی حقوق 4- آرای محاکم بین المللی 5- عرف و عادت و بخش دوم ب) منابع داخلی بیع بین المللی که عبارتند از: 1- منابع حقوق سنتی 2- مجموعه ها قانونی نوین.

1- انواع منابع حقوق تجارت بین الملل

1-1- معاهدات^۱

آن دسته از موافقنامه های بین المللی که بین دولت ها و یا بین یک دولت و یک سازمان بین المللی در جهت اعمال حاکمیت منعقد میشود معاهده نام دارد. همچنین بند 1 ماده 2 کنوانسیون وین 1969 معاهده را چنین تعریف کرده: «معاهده عبارت از یک توافق بین المللی است که به صورت کتبی بین کشور ها منعقد شده و مشمول حقوق بین الملل باشد». البته نقص این تعریف در آن است که برخلاف تعریف اول معاهده را صرفا بین دولت ها می بیند که با اهمیت سازمان های بین المللی تطابق ندارد. اما معاهده ی در سال ۱۹۸۶ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات میان کشورها و سازمان های بین المللی یا سازمان های بین المللی به تصویب رسید که هنوز قدرت اجرائی نیافته است. کنوانسیون وین همچنین توافقات نامکتوب کشورها را در بر نمی گیرد.

معاهده مکن است به سه حالت باشد:

- الف) حاوی تعهدات مشخص و الزامات حقوقی معین برای اعضا. مانند کنوانسیون^۲، پروتکل^۳، منشور^۴ و کد^۵
ب) چارچوب کلی تعهدات اعضا را ترسیم کند. مانند کنوانسیون چارچوب یا کنوانسیون کلی.
ج) یا اینکه صرفا دیدگاه های اعضا در خصوص موضوعی معین و تعهدات اخلاقی آنها را بیان کند (شیروی، 1401: 37).

1-1-1 انواع معاهدات

1-1-1-1 معاهدات دوجانبه^۶

معاهداتی که بین دو کشور یا یک کشور و یک سازمان بین المللی منعقد میشود. این معاهدات عمدتا مربوط به تسهیل تجارت، حمایت از سرمایه گذاری و اجتناب از مالیات های مضاعف اند. مطابق آخرین آمار آنکتاد 2946 موافقتنامه دو جانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذار خارجی بین کشور های منعقد شده است که 2362 مورد بین کشور ها لازم الاجرا است.

نمونه هایی از این معاهدات:

- الف) معاهده دو جانبه حمایت از سرمایه گذاری خارجی
ب) معاهده دوجانبه اجتناب از مالیات مضاعف

^۱ Treaties
^۲ Convention
^۳ Protocol
^۴ Charter
^۵ Code
^۶ Bilateral Treaties

1-1-1-2 معاهدات چند جانبه^۸

در این معاهدات تعداد کشور های عضو بیش از دو هستند. در برخی معاهدات چند جانبه ممکن است کشور هایی که معاهده را امضا نکرده اند بعداً بتوانند به آن ملحق شوند.

سوال: اهداف معاملات چند جانبه چیست؟

پاسخ: 1- یکسان سازی و هماهنگی بین قوانین کشور های عضو راجع به یک موضوع بین المللی

2- ایجاد مناطق آزاد گمرکی، ادغام اقتصادی یا ایجاد اتحادیه های اقتصادی.

3- تاسیس یک سازمان بین المللی و اعطای قدرت

سوال: مراحل تصویب و اجرای معاهدات به چه صورت است؟

پاسخ:

(الف) مراحل تصویب:

1. مذاکره بین کشور های مرتبط

2. تصویب متن نهایی در سازمان مربوط یا مجمع نمایندگان کشورهای مذاکره کننده

3. امضاء توسط نمایندگان کشورهای مذاکره کننده

4. تصویب مقامات قانونی کشورهای امضاء کننده.

(ب) اجرا:

• زمان اجرا و نحوه تاثیر آن معمولاً در خود معاهده ذکر میشود.

1-2-2 رویه تجاری بین المللی

1-2-1 مفهوم رویه تجارت بین المللی

رویه تجارت بین المللی به معنای عادات و روش های معمول در تجارت جهانی است که به تدریج شکل گرفته و به عنوان یک منبع حقوقی در نظر گرفته می شود. این رویه می تواند شامل توافقات، قراردادهای، و رویه های تجاری باشد که توسط تجار و شرکت ها در سطح بین المللی مورد استفاده قرار می گیرد. این منبع به عنوان یکی از منابع حقوق تجارت بین الملل، نقش مهمی در تسهیل مبادلات جهانی دارد. رویه ها با ایجاد شفافیت و قابلیت پیش بینی در معاملات، به تجار و شرکت ها کمک می کنند تا با اطمینان بیشتری در بازارهای بین المللی فعالیت کنند.

سوال: دلایل الزام آور بودن رویه تجاری بین المللی چیست؟

پاسخ:

1. رویه بین المللی نوعی عرف بین المللی است که طبق بند 2 ماده 38 اساسنامه دیوان بین المللی جزء منابع حقوق بین الملل است. اما دو شرط وجود دارد برای اینکه رویه تجاری بین المللی واجد عنصر الزام آور شود و آن عبارتند از: (الف) آن رفتار و عملکرد به صورت مکرر بین تاجر و شرکت های تجاری انجام شده باشد (ب) عمل تجار و شرکت های تجاری به جهت الزام آور تلقی کردن رفتار باشد نه مصلحت واقعی.

2. رویه تجاری بین المللی شرط ضمنی است و اعتبار و الزام آور بودن آن از توافق ضمنی نشات میگیرد. (Goode, 1997:7)

امروز رویه به صورت مکتوب و آنهم در دو روش در آمده است:

(الف) به صورت اسناد بین المللی

(ب) بهترین راه حل و مقررات حقوقی بر اساس اصول، قواعد، عرفها و رویه های تثبیت شده بین المللی که به صورت مجموعه مقررات منتشر میشود

1-2-2 منابع رویه تجارت بین المللی

^۸ Multilateral Treaties

منابع حقوقی تجارت بین‌الملل شامل موارد زیر است:

- معاهدات و کنوانسیون‌ها: مانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG) که چارچوب قانونی برای قراردادهای خرید و فروش بین‌المللی فراهم می‌کند.
- قواعد و رویه‌های تجاری: مانند قواعد ICC (اتاق بازرگانی بین‌المللی) که به عنوان مرجع در حل اختلافات تجاری عمل می‌کند.
- آداب و رسوم تجاری: رویه‌های معمول و متداول در معاملات بین‌المللی که در طول زمان شکل گرفته‌اند و به عنوان معیارهایی برای طرفین در نظر گرفته می‌شوند.

1-2-3 اهمیت رویه تجارت بین‌المللی

- تسهیل تجارت: با ایجاد استانداردها و رویه‌های مشخص، رویه تجارت بین‌المللی باعث کاهش عدم قطعیت و تسهیل مبادلات تجاری می‌شود.
- حل اختلافات: وجود رویه‌های مشخص می‌تواند به حل سریع‌تر و کارآمدتر اختلافات تجاری کمک کند.
- حمایت از طرفین: با تعیین حقوق و تعهدات طرفین، این رویه‌ها به حفظ منافع تجاری کمک می‌کنند.

1-3 اصول کلی حقوقی

حقوق تجارت بین‌الملل به مجموعه‌ای از قواعد و اصولی اشاره دارد که به تنظیم روابط تجاری میان کشورها و شرکت‌های مختلف کمک می‌کند. این اصول به عنوان راهنماهایی برای حل و فصل اختلافات و تعیین حقوق و تعهدات طرفین در معاملات تجاری عمل می‌کنند. در کل اصول کلی حقوقی به آن دسته از قواعد و اصولی اطلاق می‌شود که جنبه عام داشته و توسط کشور های گوناگون مورد شناسایی قرار گرفته است (شیروی، 1401: 45).

بر اساس ماده 38 اساسنامه دیوان می‌توان تفاوت‌هایی را بین رویه و اصول کلی حقوقی نامبرد که عبارتند از:

1. رویه عام‌تر از عرف تجاری است.
2. اما رویه در مقابل اصول حقوقی خاص‌تر است و اصول حقوقی عام‌تر از آن است.
3. رویه اصولاً مربوط به یک شاخه یا منطقه‌ای خاص است اما اصول کلی حقوقی خیر.

مثال‌هایی از اصول کلی حقوقی:

- اصل لزوم قراردادها و وفاداری به مفاد آن
- قوه قاهره به عنوان رافع مسئولیت
- رعایت حسن نیت در اجرای قراردادها
- در ادامه، به بررسی تفصیلی برخی دیگر از این اصول و منابع مرتبط با آنها خواهیم پرداخت.

1-3-1 اصل آزادی قراردادها

تعریف: اصل آزادی قراردادها به طرفین این امکان را می‌دهد که شرایط قراردادهای خود را به دلخواه تعیین کنند. این آزادی شامل انتخاب نوع قرارداد، شرایط اجرا، و حتی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد است.

اهمیت: این اصل به انعطاف‌پذیری و تنوع در معاملات تجاری کمک می‌کند و طرفین را قادر می‌سازد تا قراردادهایی متناسب با نیازهای خاص خود تنظیم کنند.

مثال: دو شرکت از کشورهای مختلف می‌توانند توافق کنند که در صورت بروز اختلاف، داوری را به عنوان روش حل و فصل انتخاب کنند، حتی اگر قوانین ملی آنها چنین الزامی را نداشته باشد^۹.

1-3-2 اصل حسن نیت

تعریف: اصل حسن نیت به معنای رفتار صادقانه و عادلانه در انجام تعهدات قراردادی است. این اصل به طرفین توصیه

می‌کند که در مذاکرات و اجرای قراردادها با حسن نیت عمل کنند.
اهمیت: حسن نیت به ایجاد اعتماد میان طرفین کمک کرده و می‌تواند از بروز اختلافات جلوگیری کند. این اصل همچنین به تقویت روابط تجاری پایدار کمک می‌کند.
مثال: اگر یکی از طرفین متوجه شود که اطلاعات ارائه‌شده توسط طرف دیگر نادرست است، باید با حسن نیت اقدام کند و این موضوع را با طرف مقابل در میان بگذارد.

1-3-3 اصل انصاف

تعریف: اصل انصاف به معنای رعایت عدالت و انصاف در روابط تجاری است. طرفین باید به گونه‌ای رفتار کنند که حقوق و منافع یکدیگر را محترم بشمارند.
اهمیت: این اصل به ایجاد توازن در روابط تجاری کمک کرده و از بروز رفتارهای ناعادلانه جلوگیری می‌کند.
مثال: در یک قرارداد فروش، اگر یکی از طرفین قیمت را به طور غیرمنصفانه تعیین کند، طرف دیگر می‌تواند درخواست تعدیل قیمت بر اساس اصل انصاف کند.

1-3-4 اصل عدم تبعیض

تعریف: این اصل به معنای عدم تبعیض میان طرفین در معاملات تجاری است. هیچ‌یک از طرفین نباید به دلایل غیر منطقی یا ناعادلانه از حقوق خود محروم شوند.
اهمیت: این اصل به ایجاد یک محیط تجاری عادلانه کمک می‌کند و از بروز اختلافات ناشی از تبعیض جلوگیری می‌کند.
مثال: اگر یک کشور تعرفه‌های بالاتری برای کالاهای وارداتی از یک کشور خاص تعیین کند، ممکن است این اقدام نقض اصل عدم تبعیض باشد.

1-4-4 حقوق عرفی بازرگانی

در قرون وسطی که سیستم قضایی و قوانین مناسبی برای فعالیت تجاری وجود نداشت، تجار دعاوی خود را از طریق مجامع صنفی حل و فصل می‌کردند. در این مجامع اختلافات حاصله توسط خود تجار و از طریق مراجعه به عرف‌ها و رویه‌های تجاری معمول حل و فصل می‌گردید. از طرف دیگر تجار برای اینکه بتوانند با تجار سایر کشورها معامله کنند مجبور به فعالیت بر اساس اصول مشترک قابل قبولی بودند که این درک مشترک و عملکرد مشابه تجار در انجام فعالیت‌های تجاری، رویه و عرف‌هایی بوجود آورد که تجار خود را به آن متعهد می‌دیدند.

سوال: ویژگی‌های حقوق بازرگانی عرفی در قرون وسطی چه بود؟

1. این حقوق به کشور خاصی تعلق نداشت
2. مبنای این حقوق را عرف و رویه تجاری تشکیل میداد
3. رسیدگی به اختلافات بوسیله خود تجار صورت می‌گرفت
4. اصل حسن نیت و انصاف رعایت میشد (Milenkovic-Kerkovic, 1997, pp87-91)

با شروع جنبش تدوین قانون در قرن 19 میلادی، حقوق عرفی بازرگانی در کشورهای مختلف گردآوری و به صورت قوانین به تصویب رسید و به صورت مجموعه کد در آمد که با این کار عملاً به استقلال این منبع مهم خدشه وارد گردید که مهم‌ترین آن **محدود کردن حقوق عرفی بازرگانی به مرزهای ملی** است. (شیروی، 1401: 48)

مرحله جدید حقوق عرفی بازرگانی به قرن 20 و بعد از جنگ جهانی دوم بر می‌گردد. پس از اینکه قوانین تجاری متفاوتی در کشورهای گوناگون تصویب شد به مرور منجر به بروز اختلاف و مانعی برای گسترش فعالیت‌های تجاری و اقتصادی فرامرزی شد که نهایتاً باعث شکل‌گیری نوع جدیدی از حقوق عرفی بازرگانی گردید (synder, 2003, p.2)

- حقوق عرفی بازرگانی مدرن را میتوان در دو معنا به کار برد:
1. حقوق عرفی بازرگانی به رویه‌های تجاری و عملکرد بازرگانان اطلاق میشود.

در این معنا حقوق عرفی بازرگانی خود را به اصول کلی حقوقی و عرف ها و رویه تجاری که هنوز به صورت قانون تدوین نشده اند منحصر می نماید.

1. حقوق عرفی بازرگانی مترادف با حقوق بازرگانی فراملی تلقی شده است.

حقوق بازرگانی فراملی به قواعد، اصول و مقررات متحد الشکلی اطلاق میشود که در سطح بین المللی شناسایی و به کار گرفته شده اند. در حالی که این مقررات از نظام ملی خاصی نشأت نگرفته است ولی جامعه بازرگانان آنها را در نظام های گوناگون معتبر شناخته و مفاد آنها رعایت می کنند. حال بین نویسندگان حقوقی این مساله مطرح است که آیا طرفین قرارداد می توانند عرفی بازرگانی را همانند یکی از نظام های حقوقی ملی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب کنند؛ مثلاً بجای تعیین قانون آلمان به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، حقوق عرفی بازرگانی را به عنوان قانون حاکم برگزینند؟ (Howarth, 2004, p.42).

پاسخ: از آنجا که حقوق عرفی بازرگانی ارتباط تنگاتنگی با داوری تجاری بین المللی دارد و داوری نیز به عنوان یکی از منابع آن محسوب میشود در آراء متعدد داوری انتخاب حقوق عرفی بازرگانی یا اصول حقوقی مشترک بعنوان قانون حاکم مورد تایید داوران قرار گرفته است. به این صورت که وقتی طرفین حقوق عرفی بازرگانی را به عنوان قانون حاکم بر می گزینند، داور ها به انتخاب طرفین احترام میگذارند و نیازی به مراجعه به قواعد حل تعارض به تعیین قانون حاکم بر قرارداد نمی بینند. همچنین در بسیاری از نظام های ملی نیز این مورد به داوران اجازه داده شده است.

زمانی که طرفین نمی توانند به قانون کشور خاصی بعنوان قانون حاکم توافق نمایند، حاکمیت حقوق عرفی بازرگانی بر قرارداد آنها یکی از راه برون رفت از این مشکل است. مانند قرارداد کنسرسیوم ساخت تونل مانس، توافق کردند که اختلاف حاصله از طریق داوری و براساس اصول مشترک بین انگلستان و فرانسه حل و فصل گردد و اگر مقررات مشترکی وجود نداشته باشد براساس اصول کلی حقوقی مشترک بین المللی حل و فصل گردد^۱

این موارد در اسناد بین المللی نیز مورد تایید قرار گرفته است؛ بند 1 ماده 28 قانون نمونه داوری آنسیترا، ماده 3 کنوانسیون رم 1980 که قانون حاکم را تابع انتخاب طرفین میدانند. در این موارد قید نشده است که قواعد مزبوری که طرفین انتخاب میکنند حتماً باید قانون ملی کشور خاصی باشد و از کلی بودن آن میتوان حقوق عرفی بازرگانی را نیز متصور شد (Howarth, 2004, p.45).

سوال: حال اگر طرفین داوری را شیوه حل اختلاف قرار نداده باشند چه باید کرد؟

پاسخ: بر خلاف داوری دادگاه ها تمایلی به پذیرش حقوق عرفی بازرگانی بعنوان قانون حاکم ندارند و به شیوه سنتی حل تعارض و قانون کشور خاصی را بعنوان قانون حاکم تعیین می کنند.

1-5 قوانین مل مرتبط

یکی دیگر از منابع حقوق تجارت بین الملل قوانین داخلی کشور هایی است که به فعالیت های بازرگانی و اقتصادی مورد نظر مربوط می باشند. همین امر نشانگر این است که حقوق تجارت بین الملل زیر شاخه ای از حقوق بین الملل نیست. قوانین داخلی به دو دسته کلی حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم میشوند.

1-5-1 حقوق عمومی

1-1-5-1 مقررات صادرات و واردات

مطابق قانون انحصار تجارت خارجی که در تاریخ 1311/14/19 تصویب شد، تجارت خارجی ایران در انحصار دولت است و حق صادر کردن و وارد کردن کلیه محصولات طبیعی و صنعتی و تعیین میزان و شرایط ورود و صدور آن در حدود مقررات



و حق صادر کردن و وارد کردن کلیه محصولات طبیعی و صنعتی و تعیین میزان و شرایط ورود و صدور آن در حدود مقررات این قانون به دولت واگذار میشود. همچنین مطابق مواد 2 و 3 قانون اجرای سیاست های کلی اصل 44 قانون اساسی تجارت خارجی در دو گروه قرار گرفته است و از انحصار دولت خارج شده است اما تبعات انحصار آن هوز باقی است. مثلا الزام کلیه واردکنندگان و صادرکنندگان به اخذ مجوز از دولت (شیروی، 1401: 53).

1-5-1-2 مقررات راجع به تشکیل شرکت، شعبه و نمایندگی توسط اتباع خارجی

قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی که به موجب آن اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی مجاز به تاسیس شرکت تا صد درصد سهام خارجی در ایران هستند. همچنین مجلس در ماده واحده مورخ 1376/08/21 به شرکت های خارجی اجازه داد تا نسبت به تاسیس شعبه نمایندگی با یکسری شروط اقدام کنند.

1-5-1-3 قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی

قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب 1380 که در تاریخ 1381/03/04 به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است در صدد این است که ضمن بستر سازی لازم برای سرمایه گذاری خارجی در ایران و برقراری حمایت ها، ورود سرمایه خارجی را به ایران تشویق نماید.

1-5-1-4 مقررات راجع به خرید و فروش و انتقال ارز و معاملات بانکی

قانون پولی و بانکی کشور مصوب 1351 که مسائل پولی و بانکی کشور و نقش بانک مرکزی را معین میکند. همچنین قانون عملیات بانکی بدون ربا 1362/06/08 و در نهایت قانون اجازه تاسیس بانک های غیردولتی مصوب 1379/01/21 که برای اولین بار به بخش خصوصی داخلی اجازه داد که به تاسیس بانک در کشور اقدام کنند.

1-5-1-5 مقررات راجع به برقراری عوارض و مالیات

جالب است بدانید که قانون مالیات های مستقیم اصلاحی 1394 مقرراتی در خصوص مالیات بر درآمد اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی در ایران وضع کرده است اما در خصوص خارجیانی که در ایران اقامت ندارند مالیات آنها مطابق مفاد ماده 107 قانون مالیات های مستقیم مشخص می شود.



1-5-6 قانون کار

این قانون از دو جهت دارای اهمیت است:

- اول اینکه در این قانون، حداقل حمایت نسبت به کارگران مشغول کار در ایران مقرر شده است.
- دوم اینکه استخدام کارگران خارجی منوط به اخذ پروانه کار از وزارت کار و امور اجتماعی است.

1-5-7 قوانین راجع به فعالیت در مناطق آزاد تجاری و مناطق ویژه اقتصادی

در حال حاضر در ایران 8 منطقه آزاد و 8 منطقه در حال تصویب داریم همچنین 43 منطقه ویژه اقتصادی و 12 مورد در شرف تصویب داریم. تفاوت منطق آزاد و مناطق ویژه در این است که مناطق ویژه، از آزادی، امتیاز و حمایت های بیشتری نسبت به سرزمین های اصلی ولی کمتر از مناطق آزاد تجاری-صنعتی برخوردارند (shiravi, 2010: pp.161-172).

قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی مصوب 1372/06/07 و اصلاحیه های بعدی آن، امتیازات خاصی برای سرمایه گذاری و انجام فعالیت های اقتصادی در این مناطق برای اتباع ایرانی و خارجی مقرر میدارد.

1-5-1 قانون برگزاری مناقصات

خرید های دولتی بخش عمده ای از فعالیت های اقتصادی کشور را تشکیل می‌دهند. برای مبارزه با فساد اقتصادی و فرصت برابر برای گلپه عرضه کنندگان کالا و خدمات، ایجاد رقابت و شفافیت قانون برگزاری مناقصات در اواخر سال 1383 به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. البته اشکالی که در این قانون وجود دارد این است که مناقصه گران داخلی را نسبت به مناقصه گران خارجی ارجح دانسته است! علاوه بر آن قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تامین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات که در تاریخ 1391/05/01 به تصویب مجلس رسیده است مقرر کرده که دستگاه های اجرایی باید به گونه ای برنامه ریزی کنند که حداقل 51 درصد از هزینه هر طرح و پروژه به صورت کار در داخل کشور باشد.

1-5-2 حقوق خصوصی

در این زمینه قوانین کمی وجود دارد که صرفاً ناظر به فعالیت های تجاری و اقتصادی بین المللی در ایران باشد و بیشتر ناظر به هردو حالت داخلی و خارجی هستند. مثلاً قانون مدنی البته در صورتی حاکم بر قرارداد های بین المللی است که قانون حاکم قانون ایران باشد. به عنوان یک استثناء میتوان قانون داوری تجاری بین المللی ایران نام برد که براساس قانون نمونه داوری آنسیترال و با اعمال اصطلاحاتی در سال 1376 به تصویب مجلس رسید. (شیروی، 1401: 61)



نتیجه گیری

در مقاله پیش رو منابع حقوق تجارت بین الملل به طور کلی بحث شده است. در ابتدا اهمیت این منابع سپس شمارش آنها و مفاهیم و در نهایت دسته بندی های هر کدام از منابع با مثال هایی عینی بیان گردید تا به راحتی در ذهن مخاطب نقش بندد. در بحث منابع هر رشته که حقوق تجارت بین الملل نیز از آن مستثنی نیست اهمیت شناخت و مطالعه در مورد آن حوزه را معین و مشخص میکند. علاوه بر آن عنصر خارجی طرفین در حقوق تجارت بین الملل و عدم یکسان سازی قوانین در این حوزه موجب بروز اختلاف و لازمه مطالعه هرچه دقیق تر منابع این حوزه به شمار می آید. منابع این حوزه را می توان به پنج دسته کلی تقسیم نمود: 1- معاهدات که به دو دسته معاهدات دو جانبه و معاهدات چند جانبه تقسیم میشود که تفاوت آنها در تعداد منعقد کنندگان معاهده می باشد. 2- رویه تجارت بین المللی که به معنای عادات و روش های معمول در تجارت جهانی است که به تدریج شکل گرفته است. 3- اصول کلی حقوقی که این اصول به عنوان راهنماهایی برای حل و فصل اختلافات و تعیین حقوق و تعهدات طرفین در معاملات تجاری عمل می کنند. در کل اصول کلی حقوقی به آن دسته از قواعد و اصولی اطلاق میشود که جنبه عام داشته و توسط کشور های گوناگون مورد شناسایی قرار گرفته است که در ماده 38 اساسنامه دیوان تفاوت هایی برای اصول کلی و رویه بیان شده است. که نمونه هایی از این اصول مانند اصل حسن نیست، اصل آزادی قرارداد ها و... 4- حقوق عرفی بازرگانی که با سیر تاریخ تحول هایی در آن بوجود آمد که در معنای امروزی آن میتوان گفت حقوق عرفی بازرگانی مدرن را میتوان در دو معنا به کار برد:

الف) حقوق عرفی بازرگانی به رویه های تجاری و عملکرد بازرگانان اطلاق میشود. در این معنا حقوق عرفی بازرگانی خود را به اصول کلی حقوقی و عرف ها و رویه تجاری که هنوز به صورت قانون تدوین نشده اند منحصر می نماید.

ب) حقوق عرفی بازرگانی مترادف با حقوق بازرگانی فراملی تلقی شده است.

حقوق بازرگانی فراملی به قواعد، اصول و مقررات متحد الشکلی اطلاق میشود که در سطح بین المللی شناسایی و به کار گرفته شده اند. در حالی که این مقررات از نظام ملی خاصی نشأت نگرفته است ولی جامعه بازرگانان آنها را در نظام های گوناگون معتبر شناخته و مفاد آنها را رعایت می کنند.

5- در نهایت هم حقوق داخلی مرتبط از منابع مهم در این حوزه به شمار می آید که حقوق ایران که به دو بخش عمومی و خصوصی تقسیم بندی شده که قوانین و مقرراتی همچون قانون کار، قانون برگزاری مناقصات، قوانین راجع به فعالیت در مناطق آزاد تجاری و مناطق ویژه اقتصادی، مقررات راجع به برقراری عوارض و مالیات، مقررات راجع به خرید و فروش و انتقال ارز و معاملات بانکی، قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، مقررات راجع به تشکیل شرکت، شعبه و نمایندگی توسط اتباع خارجی و مقررات صادرات و واردات در بخش حقوق عمومی و در قسمت حقوق خصوصی نیز بجای قانون دآوری تجاری بین المللی هیچ قانونی وجود ندارد که منحصر در حقوق تجارت بین الملل بحث کند و تلفیقی از تبیین حقوق داخلی و تجاری بین المللی است.



- شیروی، عبدالحسین، (1401)، **حقوق تجارت بین الملل**، چ 14، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب دانشگاهی در علوم اسلامی و انسانی (سمت).
- اسکینی، ربیعا، (1371)، **مباحثی از حقوق تجارت بین الملل**، چ اول تهران: چاپخانه سپهر.
- from (1980). Retrieved United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). -
 UNCITRAL website (https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods).
- International Chamber of Commerce (ICC). (2020). *Incoterms 2020*. Retrieved from [ICC -
 website] (<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/>)
- ICC, Incoterms 2000, International chamber of commerc, paris, 1999.
- Goode, Roy, **usage and its perception in transnational commercial law**, 46 (1), the international and comparative -
 law quaterly, January 1997.
- Milenkovic-Kerkovic, tamara, **origin development and main features of the new lex mercatoria**, 1 (5) facta
 Universitatis, 1997.
- Synder, Francis, **economic globalization and the law in the 21st century**, in austian sarat (ed), the Blackwell
 companion to law and society, Blackwell publishers, New York. 2003.
- Howarth, Richard J, **lex mercatoria: Can general principles of law govern international commercial contracts**, 10
 canterbury law review, 2004.
- shiravi, abdolhosein, **The legal structure of special economic zones in Iran**, 2, international business law and practice,
 2010.

ارزیابی و نقد رویه شورای امنیت در قبال جزایر سه گانه

محمد فیلی

احمد رضا توحیدی

احمد رضا توحیدی - دانشیار حقوق بین الملل عمومی دانشگاه قم

محمد فیلی - دانشجوی دکترای حقوق بین الملل عمومی دانشگاه قم

برخی اعضای دائم مانند بریتانیا، شورای امنیت در کلیت خویش، هیچ واکنشی از خود نشان نداده است.

واژگان کلیدی: جزایر سه گانه، شورای امنیت، شورای خلیج فارس، ملل متحد، حقوق بین الملل.

مقدمه

تنش بر سر مالکیت جزایر تنب بزرگ، تنب کوچک و ابوموسی (از این پس، جزایر سه گانه)، پیشینه‌ای دراز دارد و پژوهشگران متعددی از منظرهای مختلفی به تحلیل و بررسی آن پرداخته‌اند. هدف اصلی از نوشتار پیش‌رو، ارزیابی و نقد رویه‌ای است که شورای امنیت (از این پس، شورا) به عنوان متولی اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی (منشور ملل متحد، بند یک ماده 24) در این خصوص اتخاذ نموده است. بایستی در نظر داشت که ذاتاً شورا، ماهیتی سیاسی دارد و در امور جاری خود از چارچوب حقوقی مشخصی نیز پیروی نمی‌نماید که همین امر بر پیچیدگی ارزیابی صحیح رویه‌ی آن می‌افزاید.

مسئله جزایر سه گانه چند ماه پیش‌تر از آنکه برای نخستین‌بار در شورا مطرح گردد؛ در مجمع عمومی سازمان ملل متحد توسط تعدادی از نمایندگان دولت‌ها ارائه شده بود. رویه‌ای که همچنان توسط امارات متحده عربی (از این پس، امارات) و برخی کشورهای

چکیده

مسئله جزایر سه گانه، سالیان متمادی است که محل تنش میان ایران با امارات متحده عربی و سایر کشورهای عربی هم عقیده با آن می‌باشد. از سال 1992 تاکنون، هرسال مکاتبات مکرری توسط امارات، شورای خلیج فارس و اتحادیه عرب به سازمان ملل متحد و به طور خاص به شورای امنیت در همین خصوص صورت می‌گیرد. شورای امنیت، ذاتاً نهادی سیاسی می‌باشد که در برخی موارد نیز دارای رویکرد حقوقی بوده است و در عین حال، وظیفه‌ی خطیر حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را مطابق منشور ملل متحد بر عهده دارد. افزون بر این، رویه‌ی سابق شورای امنیت در یک موضوع خاص، نه تنها توسط همان نهاد در موارد مشابیه بعدی غالباً مورد تبعیت قرار می‌گیرد؛ بلکه بر سایر نهادهای بین‌المللی هم تاثیر می‌گذارد. بر همین اساس، ارزیابی و نقد رویه‌ای که در قبال مسئله جزایر سه گانه در پیش گرفته است؛ نه تنها از بُعد حقوق بین‌الملل بلکه از منظر سیاست بین‌الملل نیز می‌تواند راهگشا باشد. یافته‌های پژوهش پیش‌رو که بر اساس داده‌های کتابخانه‌ای گردآوری شده‌اند، نشان‌دهنده استمرار تلاش کشورهای یاد شده جهت موجه نشان دادن ادعاهای خویش و در مقابل، سکوت شورای امنیت است. سکوت و انفعال یاد شده، محل طرح پرسش‌های دیگری می‌باشد؛ از جمله اینکه چرا برخلاف موضع‌گیری‌های سابق



عربی دیگر پیگیری می‌شود. برای مثال در هفتاد و ششمین نشست سالانه مجمع عمومی نیز مجدداً نماینده امارات ضمن سخنان خود به وضعیت جزایر سه‌گانه اشاره کرد. نماینده امارات در این خصوص چنین اذعان نمود: «ما همچنان از ایران می‌خواهیم که به قوانین بین‌المللی، اصول حسن هم‌جواری و حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات احترام بگذارد. ما مجدداً بر تقاضای خود تأکید می‌کنیم که ایران به اشغال سه جزیره اماراتی: تنب بزرگ، تنب کوچک و ابوموسی پایان دهد. امارات هرگز از درخواست خود برای حاکمیت مشروع بر جزایر تحت اشغال ایران از سال 1971 دست نخواهد کشید؛ عمل ایران، آشکارا نقض قوانین بین‌الملل و منشور ملل متحد است. امارات همچنان از ایران می‌خواهد تا با حل مسالمت‌آمیز این اختلاف از طریق مذاکرات مستقیم یا ارجاع به دیوان بین‌المللی دادگستری موافقت کند» (A/76/PV.16).

نظر به اینکه، هدف نوشتار حاضر ارزیابی و نقد رویه شورا در این زمینه می‌باشد، از پرداختن به مسائل پیرامون مجمع عمومی پرهیز می‌گردد و به طور خاص بر مکاتبات و اظهارات رسمی خطاب به شورا و نحوه واکنش آن تمرکز می‌شود. پیش از آنکه به ارزیابی دقیق رویه شورا پرداخته شود، مناسب است تا به یکی از شواهد تاریخی و حائز اهمیتی که موید مالکیت ایران بر جزایر سه‌گانه می‌باشد، مختصراً اشاره گردد.

شیخ صقر، برادر شیخ خالد محمد بن القاسمی (حاکم شارجه) هنگام ورود نیروهای ایرانی به جزیره ابوموسی از آن‌ها استقبال رسمی و گرمی نمود. وی همچنین بیان کرد: «من از جانب خود، شیخ خالد و تمامی ساکنان جزیره ابوموسی، اعلام می‌دارم که ما 80 سال امانت داری کردیم و اکنون آن را به شما می‌سپاریم و دوباره پیوند ابدی خود را با میهن بزرگ اعلام می‌داریم». (ممتاز، 1374: 54)

شیخ خالد که یادداشت تفاهم 1971 و نامه نوامبر 1971 را امضاء کرده بود در 24 ژانویه 1972 در جریان کودتایی که توسط پسرعمویش، طراحي و اجرا شده بود به قتل رسید. (پیروز و دیگران، 1393، 43) پس از قتل وی، برادرش شیخ صقر جانشین حاکم شارجه گشت. او نیز در مقام حاکم جدید هیچ اقدامی نسبت به یادداشت تفاهم 1971 انجام نداد. حتی وی طی یک مصاحبه مطبوعاتی در 2 فوریه 1972 صریحاً بیان کرد: «موافقت‌نامه‌ای که برادرم با ایران به امضاء رسانده و به موجب آن، بخشی از جزیره ابوموسی به ایران واگذار شده، معتبر است». (واحد نشر اسناد، 1372: 82) شایان ذکر است که زمانی که شارجه به عضویت فدراسیون امارات عربی متحده درآمد، دولت جدید امارات، نه تنها هیچ اقدامی جهت لغو یا فسخ یادداشت یاد شده انجام نداد، حتی طبق اصل جانشینی دولت‌ها نیز مفاد یادداشت را پذیرفت. (جعفری ولدانی، 1381: 120)

1 بند یک ماده 24: به منظور تأمین اقدام سریع و موثر از سوی ملل متحد، اعضای آن مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به شورای امنیت واگذار می‌نمایند و موافقت می‌کنند که شورای امنیت در اجرای وظایفی که به موجب این مسئولیت بر عهده دارد از طرف آنها اقدام نماید.

- پیشینه پژوهش: درباره جزایر سه گانه از منظر حقوق بین الملل، تاکنون مطالب مفصلی منتشر شده است. در این زمینه، کتاب "بررسی حقوقی سیاست خارجی ایران در خصوص جزایر ایرانی خلیج فارس: ابوموسی، تنب بزرگ، تنب کوچک" یکی از غنی ترین منابع موجود به زبان فارسی است. با این وجود، رویه ای اتخاذی شورا در این حوزه مورد بررسی تحلیل قرار نگرفته است.

- روش پژوهش: به طور کلی، روش تحقیق در حقوق بین الملل در سه سطح توصیفی، هنجاری و فرا حقوق بین المللی انجام می شود (تسون، 1394: 14) که در نوشتار حاضر از روش نخست یعنی توصیفی به مفهوم مطالعه و تبیین حقوق بین الملل و تابعان، نهاد و روش های آن، استفاده شده است و در جمع آوری منابع تحقیق با توجه به محدود بودن منابع کتابخانه ای، افزون بر استفاده از تعدادی کتب علمی مرتبط، اغلب از منابع الکترونیکی و مقالات و نوشتارهای موجود در فضای اینترنت نیز بهره برداری شده است.

نخستین جلسه شورای امنیت درباره جزایر سه گانه

نخستین بار در 3 دسامبر 1971 (مصادف با 12 آذر 1350)، حدود سه روز پس از استقرار نیروهای ایران در جزایر سه گانه، تعدادی از کشورهای عربی^۲ با ارسال نامه ای مشترک به ریاست شورا، درخواست تشکیل جلسه فوری جهت رسیدگی به وضعیت خلیج فارس و اقدام ایران نمودند. در قسمتی از نامه یاد شده، چنین آمده است:

«ما بر اساس دستور و خواست دولت های متبوع خود، درخواست جلسه اضطراری شورا را به منظور بررسی موقعیت خطرناکی که در منطقه خلیج (فارس) در اثر "اشغال" جزایر تنب بزرگ، کوچک و ابوموسی توسط نیروهای مسلح ایران در 30 نوامبر 1971 به وجود آمده، داریم. ما همچنین درخواست، اجازه شرکت در جلسه شورا را بدون داشتن حق رأی داریم» (S/10409).

شایان ذکر است که نماینده دائم عراق در ملل متحد ضمن نامه ی مزبور، نسخه ای از نامه ی حاکم وقت راس الخیمه (شیخ صقر بن محمد القاسمی) را نیز ضمیمه آن نمود تا به عنوان جزئی از اسناد رسمی شورا ثبت گردد؛ در قسمتی از متن نامه مذکور چنین آمده است:

«امروز صبح سه شنبه 30 نوامبر 1971 نیروهای ایران به جزایر تنب تجاوز کردند [...] دو جزیره از زمان های دور همیشه جزئی جدا ناپذیر از اراضی راس الخیمه بوده اند و اشغال آنها بوسیله ایران، تجاوزی آشکار نه تنها علیه راس الخیمه، بلکه تمام مردم عرب در تمام کشورهای عربی است» (S/10434).

نکته قابل توجه، تعویق تشکیل جلسه شورا در آن مقطع زمانی است. دلیل عمده این امر نیز بحران شبه قاره هند و همچنین تقاضای همان کشورهای عربی بود تا پس از پایان مذاکرات اجلاسیه اتحادیه عرب، سیاست واحدی را در جلسه شورا اتخاذ نمایند. (جعفری ولدانی، 1384: 390)

علی رغم پیش بینی کشورهای درخواست دهنده عربی مبنی بر عدم پاسخگویی ایران و یا دست کم واکنش شدید آن نسبت به طرح چنین موضوعی در شورا، مخالفتی از سوی ایران ابراز نشد. برخی بر این باورند که پذیرش و حضور ایران در جلسه شورا، دو دلیل عمده داشته است: نخست؛ احترام و جایگاهی که ایران برای سازمان ملل قائل بود. دوم؛ ایران اطمینان داشت که هرچه پیرامون جزایر، بحث و تحقیق گردد، نتیجه ای جز اثبات حقانیت موضع ایران در پی نخواهد داشت. (جعفری ولدانی، 1384: 390)

علی رغم پیش بینی کشورهای درخواست دهنده عربی مبنی بر عدم پاسخگویی ایران و یا دست کم واکنش شدید آن نسبت به طرح چنین موضوعی در شورا، مخالفتی از سوی ایران ابراز نشد. برخی بر این باورند که پذیرش و حضور ایران در جلسه شورا، دو دلیل عمده داشته است: نخست؛ احترام و جایگاهی که ایران برای سازمان ملل قائل بود. دوم؛ ایران

۲ چهار کشور عربی شامل: عراق، لیبی، الجزایر و جمهوری دموکراتیک خلق یمن؛ به همراه امارات متحده عربی.

اطمینان داشت که هرچه پیرامون جزایر، بحث و تحقیق گردد، نتیجه‌ای جز اثبات حقانیت موضع ایران در پی نخواهد داشت. (جعفری ولدانی، 1384: 390)

مروری بر اظهارات شرکت‌کنندگان جلسه شورای امنیت در 9 دسامبر 1971

جلسه شورا در تاریخ 9 دسامبر 1971 (برابر با 18 آذرماه 1350) تشکیل گردید. در این جلسه، نمایندگان عراق، کویت، الجزایر، جمهوری دموکراتیک خلق یمن، لیبی، امارات شارجه، بریتانیا و ایران حضور داشتند. در ادامه به برخی از مهم‌ترین و کلیدی‌ترین محورهای اظهارات آن‌ها اشاره می‌گردد.

بحث جلسه شورای امنیت با اظهارات نماینده عراق آغاز شد و در مجموع، بیانات وی نسبت به سایر نمایندگان به مراتب، مفصل‌تر و شدیدتر بود. به طور خلاصه می‌توان اهم محورهای اظهارات وی را این‌گونه دسته‌بندی کرد:

1. اقدام ایران، آشکارا نقض منشور ملل متحد است.
2. عمل ایران، اشغال جزایر دهانه خلیج فارس (جزایر سه‌گانه) بوده است که نه تنها نشان‌دهنده سیاست توسعه‌طلبی ایران می‌باشد؛ بلکه بیانگر تبانی میان ایران با بریتانیا و ایالات متحده آمریکا برای استمرار استعمار در منطقه است و در واقع ایران خواهان آنست که قدرت استعماری جانشین گردد.
3. شورای امنیت بایستی ضمن محکوم نمودن عمل تجاوزکارانه ایران، دستور عقب‌نشینی فوری را نیز صادر نماید؛ همچنین انفعال شورا در این خصوص، متضمن این پیام خواهد بود که سیاست توسل به زور تنها راه موثر باقی است.
4. دلایل اصلی ادعای حاکمیت ایران بر این جزایر عبارت‌اند از: دلایل تاریخی، خلأ ناشی از خروج بریتانیا و اهمیت جزایر برای نظارت بر تنگه هرمز.

5. مسئولیت اصلی این اشغال، متوجه بریتانیا است، زیرا مطابق قراردادهای مختلفی که از سال 1820 تا 1892 با حکام امارات متصالحه منعقد نموده، متعهد شده است تا تمامیت ارضی امارات را حفظ نماید (S/PV.1610).

در ادامه جلسه، مهم‌ترین محوری که نماینده کویت بدان اشاره نمود، ارائه دو پیشنهاد بود. نخست؛ ارجاع موضوع به دیوان بین‌المللی دادگستری و دوم؛ غیر نظامی کردن جزایر که هر دو پیشنهاد نیز قویاً از سمت ایران رد شدند.

نماینده یمن، همانند نماینده عراق به قرارداد تحت‌الحمایگی امارات با بریتانیا اشاره کرد و اذعان داشت که به موجب همان قرارداد، امارات شارجه نیز حق انعقاد قرارداد با دولت‌های خارجی را نداشته و بر همین اساس، توافق شارجه با ایران درباره ابوموسی نیز کاملاً غیر قانونی و باطل است. نمایندگان الجزایر، لیبی و امارات نیز کم و بیش، همان اظهارات را با عبارات دیگری تکرار نمودند.

نماینده بریتانیا نسبت به سخنان شدیدالحن اعراب، پاسخی نداد و تنها بیان نمود که درک نمی‌کند که چگونه دولت عراق می‌تواند شرایط کنونی را به عنوان تهدیدی علیه صلح به شمار آورد. باقی اظهارات وی را می‌توان اینگونه جمع‌بندی نمود:

1. یادآوری نقش ایران در پایان دادن به بحران بحرین که منجر استقلال یافتن آن شد.
2. مطابق توافق منعقد شده میان امیر شارجه و ایران، مقرر شده تا نیروهای ایرانی در مناطق مشخصی از جزیره مستقر گردند و همچنین توافق شده تا درآمد حاصل از نفت نیز به طور مساوی بین آن‌ها تقسیم گردد.
3. تعهدات نظامی بریتانیا در خلیج فارس پایان پذیرفته و امیدواریم که راه حلی برای اختلاف نظرات ایجاد شده، ایجاد گردد که نتایج فعلی می‌تواند مبنای خوبی برای توافقی‌های بعدی باشند.

مهم‌ترین محورهای سخنان نماینده ایران، مختصراً به قرار زیر است:

1. نخست تذکر بر نماینده عراق مبنی بر عدم استفاده از نام مجعول خلیج عربی که خود نشان‌دهنده تلاش برای قلب حقیقت و تاریخ است.
2. یادآوری نقش سازنده ایران در قضیه بحرین و مضافاً نقش عراق در اشغال کویت سابقه ناپاک این دولت در این زمینه.⁴



3. اعمال حاکمیت بر ابوموسی با موافقت و رضایت قبلی شارجه صورت گرفته و چه موردی هست که سایر کشورها از جانب آن سخن بگویند چه اینکه همین عمل نشان‌دهنده مداخله در امور داخلی سایر کشورها است.^۵

4. به واسطه آنکه شورای امنیت، یک دادگاه نمی‌باشد بلکه سازمانی است برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی؛ شورا باید بداند که ایرانی بودن جزایر مذکور در واقع یک ضرورت تاریخی است و مسئله‌ای مربوط به زمان اخیر نیست که بتوان آن را با اقدامات کنونی توجیه نمود. ایضاً آنکه سکوت ۱۲۰ ساله امارات^۶ خود نیز موید همین امر است (S/PV.1610).

برآیند جلسه

در همان جلسه، شورا تصمیم خود را با عباراتی کلی چنین بیان نمود: «شورا تصمیم گرفت بررسی موضوع را به تاریخ دیگری موکول کند تا بدینوسیله برای تلاش‌های اشخاص ثالث نیز زمان کافی در نظر گرفته شود».^۷ بایستی توجه داشت که مقصود از اشخاص ثالث در این عبارت کلی، همان پیشنهاد نماینده سومالی برای از سرگیری مذاکرات بین ایران و سایر کشورهای معترض و یا میانجیگری میان آن‌ها بود. البته نظر به اینکه ماهیت این امر تنها یک پیشنهاد بود، هیچ‌گاه از سوی ایران مورد پذیرش قرار نگرفت.

برخی بر این باور هستند که چنین تعویقی که بدون تعیین وقت بعدی صورت پذیرفته است را می‌توان در واقع تاییدی بر اقدام ایران تلقی نمود. (جعفری ولدانی، ۱۳۸۴: ۴۲۱) به هر روی بر خلاف رویه متداولی که در شورا وجود دارد، در صورت جلسه رسمی، هیچ واکنشی از سوی اعضای دائم به غیر از اظهارات مختصر نماینده بریتانیا، به چشم نمی‌خورد و شاید همین موضوع را نیز بتوان دال بر بی‌میلی اعضا نسبت به رسیدگی به این مساله و در نتیجه سکوت ماندن شکایت اعراب دانست. اگرچه که این اقدام نیز معلول عوامل گوناگونی می‌باشد که بررسی و تحلیل آن‌ها از دامنه نوشتار حاضر خارج می‌باشد؛ با این حال تامل و دقت در آن‌ها به روشن شدن ابعاد تصمیم شورا، کمک شایانی می‌نماید. گفتنی است که برخی نیز از اظهارات نماینده بریتانیا چنین نتیجه‌گیری نموده‌اند که در واقع بریتانیا نیز بر حاکمیت ایران معترف بوده و به نوعی بر آن صحنه گذاشته است و همین اظهارات را حتی می‌توان به مثابه یک سند مهم حقوقی قلمداد کرد (رضایی سرچقا، ۱۳۹۵: ۱۱۷).

^۴ در همان بازه زمانی، بحرین که همواره ایران ادعای مالکیت آن را داشت و با این حال تحت استعمار بریتانیا بود؛ اعلام استقلال نمود و ایران نیز نخستین دولتی بود که بحرین را به عنوان کشوری مستقل مورد شناسایی قرار داد. از طرف دیگر این رخدادها مصادف با حمله نظامی عراق به کویت نیز بود و به نظر می‌رسد مقصود نماینده ایران از طرح این موضوع نیز نشان دادن خط مشی کلی ایران مبنی بر همراهی با استعمار زدایی است؛ با اینکه در عمل عراق برخلاف آن اقدام نموده بود.

^۵ برخی این قسمت از سخنان نماینده ایران را نه تنها ناظر بر اصل "عدم مداخله در امور داخلی سایر کشورها" می‌دانند؛ بلکه معتقد هستند که با اصل "نسبی بودن معاهدات" هم در تعارض می‌باشد. برای مطالعه تفصیلی: جالینوسی، احمد (۱۳۹۵). بررسی دلایل سیاسی و تاریخی ادعاهای امارات متحده عربی و استقلال ایران در مورد مالکیت ایران بر جزایر سه‌گانه تنب‌بزرگ، تنب‌کوچک و ابوموسی. فصلنامه تخصصی مطالعات خلیج فارس. سال دوم، شماره سوم.

^۶ مقصود نماینده ایران از سکوت ۱۲۰ ساله امارات نسبت به جزایر، اشاره به نقشه‌های بریتانیا می‌باشد که توسط وزارت جنگ آن کشور تهیه شده بود و به تایید ناصرالدین شاه نیز رسیده بود و هیچ‌گاه از سوی امارات مورد اعتراض قرار نگرفت.

^۷ the Council decided to defer consideration of the matter to a later date so that sufficient time might be allowed for through third party efforts materialized.

مکاتبات و تحولات پس از جلسه شورای امنیت تا کنون

پس از جلسه 1971 و تعویق آن بدون تعیین وقت دیگری، عملاً این موضوع از دایره توجه شورای امنیت خارج گردید. متعاقباً در ژوئیه 1972، 15 کشور عرب‌زبان نامه‌ای به ریاست شورا ارسال کردند و مجدداً مدعی شدند که جزایر سه‌گانه متعلق به امارات می‌باشند و تاریخ نیز گواه همین مدعا است؛ همچنین این موضوع از طرف شورای اتحادیه عرب نیز مورد تایید و تصویب قرار گرفته است (S/10740).

در مقابل، وزارت امور خارجه ایران نیز طی نامه‌ای به شورای امنیت، بیان داشت که هیچ‌گاه جزایر سه‌گانه مورد اشغال نظامی قرار نگرفته‌اند بلکه حاکمیت ایران به واسطه سلطه طولانی بریتانیا به تعلیق درآمده بود که بر اساس مذاکراتی که با همان دولت صورت گرفته، در سال 1971 مجدداً حاکمیت ایران بر آن‌ها احیا گشت.

نامه وزیر امور خارجه سوریه 1992

از درپچه وقایع نگاری، نخستین واکنش رسمی خطاب به شورا پس از احیای ادعاهای امارات نسبت به جزایر سه‌گانه، نامه وزیر امور خارجه سوریه در 1992 بود. از دلایل سیاسی این امر عبور می‌کنیم، با این حال مفاد نامه یاد شده، تامل برانگیز می‌باشد که برخی از محورهای آن ذیلاً اشاره می‌گردد:

«تگرانی عمیق و شدید دولت متبوع خود را نسبت به وقایع اخیر و به طور خاص تصاحب جزیره ابوموسی توسط ایران را ابراز می‌دارم. اقدامات نامطلوب ایران را قویاً محکوم می‌کنیم. این اعمال، ناقض تمامیت ارضی امارات است و به طور قطع مغایر با حقوق بین‌الملل یعنی اصل احترام به استقلال، تمامیت ارضی و حاکمیت کشورها، عدم مداخله در امور داخلی سایر کشورها، عدم تهدید و یا توسل به زور و حل مسالمت‌آمیز اختلافات است.

از ایران می‌خواهیم تا موافقت‌نامه منعقد شده با امارت شارجه را محترم بشمارد که مطابق آن، مسئولیت اداره جزیره ابوموسی به امارات داده شده است. همچنین ادامه اشغال جزایر تنب بزرگ و کوچک که به امارات تعلق دارند نیز غیرقابل قبول می‌باشد. امیدواریم که ایران نسبت به موضع خود در قبال این مسئله، تجدید نظر نماید. ما کاملاً از حق احیای حاکمیت امارات حمایت می‌نماییم و خواهان اعاده بدون قید و شرط آن به امارات هستیم تا حاکمیت مشروع خود را بر آن‌ها اعمال کند» (S/24566).



تایید و تصویب قرار گرفته است (S/10740).

در مقابل، وزارت امور خارجه ایران نیز طی نامه‌ای به شورای امنیت، بیان داشت که هیچ‌گاه جزایر سه‌گانه مورد اشغال نظامی قرار نگرفته‌اند بلکه حاکمیت ایران به واسطه سلطه طولانی بریتانیا به تعلیق درآمده بود که بر اساس مذاکراتی که با همان دولت صورت گرفته، در سال 1971 مجدداً حاکمیت ایران بر آن‌ها احیا گشت.

نامه وزیر امور خارجه سوریه 1992

از دريچه وقایع نگاری، نخستین واکنش رسمی خطاب به شورا پس از احیای ادعاهای امارات نسبت به جزایر سه‌گانه، نامه وزیر امور خارجه سوریه در 1992 بود. از دلایل سیاسی این امر عبور می‌کنیم، با این حال مفاد نامه یاد شده، تامل برانگیز می‌باشد که برخی از محورهای آن ذیل اشاره می‌گردد:

«نگرانی عمیق و شدید دولت متبوع خود را نسبت به وقایع اخیر و به طور خاص تصاحب جزیره ابوموسی توسط ایران را ابراز می‌دارم. اقدامات نامطلوب ایران را قویاً محکوم می‌کنیم. این اعمال، ناقض تمامیت ارضی امارات است و به طور قطع مغایر با حقوق بین‌الملل یعنی اصل احترام به استقلال، تمامیت ارضی و حاکمیت کشورها، عدم مداخله در امور داخلی سایر کشورها، عدم تهدید و یا توسل به زور و حل مسالمت‌آمیز اختلافات است.

از ایران می‌خواهیم تا موافقت‌نامه منعقد با امارت شارجه را محترم بشمارد که مطابق آن، مسئولیت اداره جزیره ابوموسی به امارات داده شده است. همچنین ادامه اشغال جزایر تنب بزرگ و کوچک که به امارات تعلق دارند نیز غیرقابل قبول می‌باشد. امیدواریم که ایران نسبت به موضع خود در قبال این مسئله، تجدید نظر نماید. ما کاملاً از حق احیای حاکمیت امارات حمایت می‌نماییم و خواهان اعاده بدون قید و شرط آن به امارات هستیم تا حاکمیت مشروع خود را بر آن‌ها اعمال کند» (S/24566).

نامه نماینده دائم کویت در ملل متحد جولای 1994

نماینده کویت در واقع، عیناً متن بیانیه نهایی نهمین اجلاس وزرای امور خارجه کشورهای عربی، موسوم به "اعلامیه دمشق"^۸ را برای ریاست شورا ارسال داشته است تا به عنوان بخشی از اسناد رسمی آن شورا لحاظ گردد. اهم مفاد نامه یاد شده به قرار ذیل است:

«متن بیانیه مصوب نهمین اجلاس وزرای امور خارجه کشورهای اعلامیه دمشق که در 5 و 6 ژوئیه 1994 در کویت برگزار شد را به شما مخابره می‌کنم [...] وزیران امور خارجه متفق‌القول از اینکه ایران به درخواست‌های مکرر امارات و به ویژه به ابتکار شیخ زاید بن سلطان آل نهیان برای انجام یک گفتگوی جدی و مستقیم پاسخ نداده است، ابراز تأسف فراوان کردند. تلاش یاد شده با هدف پایان دادن به اشغال ایران در جزایر سه‌گانه متعلق به امارات، بر اساس قوانین و کنوانسیون‌های بین‌المللی و اصول حسن همجواری و احترام متقابل بوده است. همچنین وزیران امور خارجه بر حمایت خود از امارات در زمینه حاکمیت این جزایر سه‌گانه تأکید ورزیدند» (S/1994/812).

نامه نماینده دائم عربستان سعودی در ملل متحد دسامبر 1994

نماینده عربستان سعودی نیز در همان سال از ریاست شورا درخواست نموده بود تا بیانیه پایانی شورای وزیران همکاری خلیج فارس را به عنوان بخشی از اسناد رسمی آن شورا، قلمداد نماید. در بخشی از نامه مزبور چنین آمده است:

«این افتخار را دارم که بیانیه پایانی شورای وزیران همکاری خلیج فارس را در پنجاه و دومین نشست خود که در مقر دبیرخانه شورای همکاری خلیج فارس (ریاض) در روز شنبه 17 سپتامبر 1994 برگزار شد، ارسال کنم [...] این شورا تحولات جدید در خصوص روابط بین کشورهای شورای همکاری خلیج فارس و ایران را بررسی نمود و مجدداً موضع کشورهای شورا مبنی بر حفظ امنیت و ثبات منطقه و ایجاد روابط طبیعی همسایگی بر اساس احترام متقابل، عدم مداخله در امور داخلی، عدم توسل یا تهدید به زور و حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات را تأیید کرد.

^۸ Damascus Declaration

بر اساس این اصول، کشورهای این شورا بارها از ایران درخواست کرده‌اند که به دعوت امارات برای حل مسئله اشغال جزایر سه‌گانه که متعلق به امارات است، به طرق مسالمت آمیز و به وسیله‌ی مذاکرات جدی دوجانبه پاسخ دهد. شورای وزیران از تلاش‌های امارات برای حل و فصل این مناقشه به صورت دوجانبه قدردانی می‌کند و از آنجایی که ایران تمایلی جدی برای بحث در مورد پایان اشغال، ابراز نکرده است، شورا از ایران دعوت می‌کند تا ارجاع این اختلاف را به دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان مرجع بین‌المللی صالح برای حل و فصل اختلافات بین کشورها بپذیرد» (S/1994/1446).

نامه نماینده دائم عمان در ملل متحد ژوئن 1995

در سال 1995 نخست نماینده عمان در ملل متحد، بیانیه شورای خلیج فارس را برای ریاست شورا ارسال نمود تا به عنوان سندی رسمی در اسناد ملل متحد به ثبت رسد. برخی از مفاد نامه مذکور چنین است: «اعضای این شورا، مراتب ابراز تأسف شدید خود را از عدم پاسخگویی ایران به دعوت‌های مکرر، جدی و صادقانه امارات برای دستیابی به راه حل مسالمت‌آمیز، اعلام داشتند. همچنین اعضای این شورا، نگرانی خود را از ادامه اقدامات دولت ایران با هدف تحکیم اشغال جزایر سه‌گانه که نقض حاکمیت امارات و مغایر با اصول حقوق بین‌الملل، منشور سازمان کنفرانس اسلامی، اصول حسن هم‌جواری و احترام به حاکمیت و تمامیت ارضی کشورهای منطقه است، ابراز داشتند» (S/1995/1070).

نامه نماینده دائم بحرین در ملل متحد دسامبر 1995

نماینده بحرین چند ماه پس از نامه نماینده عمان، نامه‌ی دیگری که در واقع متن بیانیه پنجاه و پنجمین نشست شورای همکاری کشورهای عربی خلیج فارس بود را برای ضمیمه شدن آن به عنوان سندی رسمی از اسناد شورا، ارسال نمود. نکته بسیار قابل تأمل متن این نامه، استفاده از عبارت "شورای همکاری کشورهای عربی خلیج عرب"⁹ است؛ امری که پیش‌تر از آن حداقل در مکاتبات رسمی با شورا، پرهیز می‌شد. نامه مذکور از نظر محتوایی و حتی نحوه نگارش، بیانیه مذکور تفاوت چندانی با بیانیه پیشین ندارد (S/1995/504).

نامه نماینده دائم عمان در ملل متحد جولای 1996

متن این نامه همانند نامه‌های پیشین در واقع بیانیه پایانی وزرای امور خارجه کشورهای اعلامیه دمشق است. نکته قابل توجه، لحن ملایم‌تر این بیانیه و در عین حال، عدم پرداختن به موضوع جزایر سه‌گانه همانند بیانیه‌های قبلی می‌باشد؛ گفتنی است که از یکی از علت‌های این امر شاید سایر مسائلی بود که در آن برهه زمانی نیاز به توجه بیش‌تری از سوی کشورهای عربی می‌داشت. در بخش مرتبط با جزایر سه‌گانه چنین عباراتی به کار گرفته شده است: «وزرای امور خارجه، تحولات جدید در زمینه‌ی روابط سیاسی و دیپلماسی با ایران را با توجه به تمایل خود برای سالم و مثبت نگاه داشتن آن، مورد بررسی قرار دادند. آنها بر اهمیت امنیت و ثبات در منطقه خلیج فارس برای کل جهان و به ویژه برای کشورها و مردم منطقه از جمله ایران تأکید کردند. با توجه به اینکه امنیت منطقه، بخشی جدایی‌ناپذیر از امنیت ملت عرب به عنوان یک کل است و ذاتاً با امنیت و ثبات همه کشورهای عربی نیز مرتبط می‌باشد» (S/1996/563).

نامه نماینده دائم امارات در ملل متحد آگوست 1996

این نامه در واقع، واکنشی به اقدام شورا مبنی بر خارج ساختن موضوع اعتراض امارات و سایر کشورهای عربی نسبت به جزایر سه‌گانه بود که پیش‌تر مطرح شده بود. توضیحاً آنکه مطابق قطعنامه (S/1996/603) شورا، فهرست موضوعاتی را که برای بررسی بیش‌تر در دستور کار قرار خواهد داشت را اصطلاحاً ساده‌سازی نمود¹¹ به عبارت گویاتر، شورا بر اساس این قطعنامه تصمیم گرفت تا تعدادی از موضوعاتی را که سابقاً مطرح شده بود را از دستور کار خارج نماید و فعلاً به آنها نپردازد. مبنای چنین رویه‌ای نیز ماده 11 آیین نامه داخلی موقت شورا می‌باشد. در قسمتی از نامه یاد شده چنین آمده

است

⁹ Cooperation Council for the Arab States of the Arabian

«تا زمانی که ایران به اشغال غیرقانونی خود در جزایر سه‌گانه پایان دهد و امارات نیز کنترل عملی بر این جزایر را به دست نیاورد، مطالبه و موضع رسمی دولت متبوع اینجانب، آن است که این موضوع در فهرست دستور کار شورا باقی بماند. اهم دلایل این درخواست به قرار ذیل است:

الف. ادامه اشغال غیرقانونی تنب کوچک و تنب بزرگ توسط ایران که آشکارا مغایر با منشور ملل متحد و اصول حقوق بین‌الملل است.

ب. ایران همچنان به نقض یادداشت تفاهم 1971 ادامه می‌دهد و این امر را با اقدامات اتخاذ شده و به طور خاص تحمیل کنترل و الحاق اجباری جزیره ابوموسی به حاکمیت خویش، عیان ساخته است.¹¹

ج. نگرانی اصلی دولت متبوع من به این علت است که ایران از آن به عنوان دستاویزی به منظور تداوم اشغال جزایر سه‌گانه و همچنین احتراز از اجرای اصل عدم پذیرش تصرف سرزمین با زور¹² استفاده نماید» (S/1996/693).

نامه نماینده دائم امارات در ملل متحد 11 سپتامبر 1996

این نامه نیز در حقیقت بیانیه پایانی شورای همکاری خلیج فارس می‌باشد که اکثر محورهای آن تکراری هستند؛ با این تفاوت که به طور خاص، تمام متن بیانیه اختصاص به مسئله جزایر سه‌گانه دارد. بخشی از مفاد بیانیه یاد شده به قرار ذیل است:

«دولت ایران به اتخاذ تدابیری که متضمن تحکیم و استمرار اشغال جزایر سه‌گانه است، ادامه می‌دهد و به شکلی افراطی از سیاست استفاده از زور برای تحمیل وضعیت موجود نیز استفاده می‌کند. از جمله جدیدترین این اقدامات، افتتاح کارخانه و انبار ماهی در جزیره ابوموسی توسط دولت ایران در 31 اوت 1996 است که نشان‌دهنده عزم جدی برای ادامه اقدامات غیرموجه و تحریک آمیز آن دولت می‌باشد» (S/1996/741).

نامه نماینده دائم امارات در ملل متحد 18 دسامبر 1996

این نامه، متضمن بیانیه شورای عالی همکاری خلیج فارس است که اصولاً جلسات آن، در سطح وزرای خارجه تشکیل می‌گردد ولی درخصوص برخی مسائل که دارای اهمیت بیش‌تری هستند، جلسات فوق‌العاده در سطح سران حکومت نیز برگزار می‌شوند. بیانیه‌ی فوق که ضمیمه نامه نماینده امارات به شورا است، مطلب تازه‌ای ندارد جز بند پایانی که به مسائل دیگری به غیر از جزایر سه‌گانه پرداخته است. در بند مذکور چنین آمده است:

«اعضای شورای عالی همکاری خلیج فارس^{۱۳}، نگرانی خود را نسبت به استقرار سامانه موشک‌های زمین به زمین در سه جزیره اشغالی متعلق به امارات، اعلام می‌دارند. سامانه موصوف به طور بالقوه، تأسیسات حیاتی کشورهای منطقه را در معرض تهدید مستقیم قرار داده است. همچنین اعضا، نگرانی خود را از ادامه تلاش ایران برای دستیابی و ساختن زرادخانه سلاح‌های کشتار جمعی و برخورداری از توانمندی تسلیحات متعارف و غیر متعارف که فراتر از نیازهای دفاعی مشروع این کشور باشد، ابراز کردند. بر این اساس، با توجه به اهمیت استراتژیک بین‌المللی منطقه خلیج فارس، این شورا مجدداً از جامعه بین‌المللی و سازمان‌های بین‌المللی مربوطه درخواست می‌کند تا تلاش‌های فعالی برای تبدیل آن منطقه به منطقه عاری از سلاح‌های کشتار جمعی^{۱۴} انجام دهند» (S/1996/1057).

۱۰ the Simplification of the List of Matters

۱۱ ادعای نقض یادداشت تفاهم 1971 از سوی امارات، معطوف به موارد متعددی بوده است که اجمالاً عبارتند از: الحاق جزیره به خاک ایران، ایجاد تأسیسات نظامی، ساخت تأسیسات مختلف نظیر فرودگاه، پاسگاه و حتی بناهای یادبود، اهتزاز پرچم ایران، ممنوعیت یا محدودیت ورود خروج اتباع اماراتی.

۱۲ principle of the inadmissibility of the acquisition of territory by force

۱۳ the Supreme Council of the Gulf Cooperation Council

۱۴ zone free of weapons of mass destruction

۱۵ یکی از دلایل عدم شکل‌گیری مذاکره مستمر، پیش‌شرط‌هایی است که طرفین برای مذاکره دارند. به طور خلاصه، ایران معتقد است که موضوع اعاده حاکمیت بر جزایر سه‌گانه، خاتمه یافته است و مذاکره تنها برای رفع ابهامات انجام خواهد گرفت؛ درحالی‌که امارات مدعی حاکمیت می‌باشد و مذاکره را دریچه‌ای برای پایان اشغال ایران تلقی می‌نماید.

نامه نماینده دائم ایران در ملل متحد اکتبر 1996

از سال 1992 و همزمان با هماهنگی پاره‌ای از کشورهای عربی جهت تکرار مداوم موضع خویش درباره جزایر سه‌گانه در شورا؛ ایران در این خصوص، رویکرد مبتنی بر سکوت را برگزیده بود. از بررسی علل چنین رویکردی عبور می‌نماییم و در ادامه نگاهی به مفاد نخستین نامه رسمی نماینده دائم ایران در ملل متحد، می‌افکنیم که در واقع نخستین واکنش رسمی در چارچوب شورا از سوی جمهوری اسلامی محسوب می‌شود.

«مطابق دستور دولت متبوع خود و با استناد به نامه‌های 26 آگوست 1996 (S/1996/692) و (S/1996/693) و 11 سپتامبر 1996 (S/1996/741) نماینده دائم امارات و نامه 20 سپتامبر 1996 از رئیس گروه عرب سپتامبر (S/1996/769)،^{۱۵} توجه شما را به موارد ذیل جلب نمایم:

ایران بر حاکمیت خود بر جزایر ایرانی سه‌گلنه در خلیج فارس تأکید می‌نماید و هرگونه ادعای خلاف آن را رد می‌کند. همچنین اقدامات ایران در راستای اعمال حقوق حاکمیتی خود و بر اساس ترتیبات موافقت‌نامه 1971 بوده است و هرگونه ادعایی بر خلاف آن بی اساس می‌باشد.

ایران همواره سیاست دوستی و حسن همجواری را با همه همسایگان خود دنبال کرده است. در این زمینه، ایران همچنان آمادگی خود را برای رفع هرگونه سوء تفاهم با امارات را از طریق گفتگو و مذاکره دوجانبه بر اساس توافقات موجود اعلام می‌دارد» (S/1996/818).

نامه نماینده دائم امارات در ملل متحد در می 1997

این نامه که برای ریاست شورا از سوی نماینده امارات ارسال شده، در واقع رونوشتی از نامه‌ای بود که پیش‌تر از سوی وزارت امور خارجه آن کشور به سفارت ایران در امارات نیز ارسال گشته بود. مفاد این نامه، همانند نامه‌های پیشین، تکرار برخی ادعاها است و تنها دارای یک نکته جدید بدین شرح می‌باشد:

«ساخت فرودگاه در جزایر سه‌گانه که از سال 1971 در اشغال ایران می‌باشد، آشکارا نقض حاکمیت امارات بر آن جزایر و همچنین اصول حقوق بین‌الملل است. ساخت و ساز مذکور توسط آقای عبدالله محمد هاشم معاون وزیر راه و ترابری ایران، اعلام و در روزنامه رسمی آن کشور منتشر شده است» (S/1997/383).

نامه نماینده دائم امارات در ملل متحد در سپتامبر 1997

این نامه، رونوشتی از نامه‌ی دیگری است که وزارت امور خارجه آن کشور در اعتراض به رزمایش دریایی ایران در منطقه جزیره ابوموسی به سفارت ایران در ابوظبی ارسال داشت و نسخه‌ای از آن را نیز برای آگاهی شورا ارسال کرده بود. در بخشی از نامه چنین بیان شده است:

«به اطلاع دولت ایران می‌رساند رزمایش دریایی که از 11 تا 13 اوت 1997 در جزیره ابوموسی متعلق به امارات، صورت گرفته است؛ آشکارا نقض یادداشت تفاهم 1971 دو کشور می‌باشد. این اقدام باید به منزله تحمیل یک وضعیت غیرقانونی و تلاش برای تداوم اشغال جزیره و قرار دادن آن تحت حاکمیت ایران با استفاده از زور تلقی شود. بر این اساس، دولت امارات، مراتب شدید اعتراض خود را بدینوسیله اعلام می‌کند. همچنین این اقدام و تمامی اعمال قبلی دولت ایران در مورد ابوموسی را اقداماتی تحریک‌آمیز و غیر قابل توجیه می‌داند که هیچ‌گونه حقی برای ایران در مورد جزیره به وجود نمی‌آورد. این کشور بار دیگر تأکید می‌کند که هیچ حاکمیت دیگری بر جزیره را به رسمیت نمی‌شناسد و تمامی حقوق خود در رابطه با آن را محفوظ می‌داند» (S/1997/720).

نامه نماینده ایران در ملل متحد در اکتبر 1997

ایران در این نوشتار کوتاه، تنها به بخشی از ادعاهای مکرر امارات پاسخ داد و نسخه‌ای از همان نامه را نیز برای شورا ارسال داشت. برخی از مهم‌ترین مفاد نامه یاد شده، به قرار زیر است:

«ایران بر موضع اصلی خود همان‌طور که در نامه 1 اکتبر 1996 نماینده دائم ایران در سازمان ملل منعکس شده است،

تأکید می‌کند [...] ساخت و توسعه پروژه‌های عام المنفعه در ابوموسی صرفاً به منظور ایجاد تسهیلات برای رفاه بیش‌تر ساکنان جزیره است. به‌علاوه، ایران معتقد است که روال مخابره، پخش و تکثیر نامه‌هایی از این دست در سطح سازمان‌های بین‌المللی، مانند آنچه تا کنون از سوی امارات به انجام رسیده است؛ به سختی می‌تواند با روح روابط حسنه، حسن هم‌جواری یا حسن نیت و تفاهم، منطبق باشد. دولت ایران هرگونه مداخله سایر کشورها در امور داخلی خود را نقض اصول حقوق بین‌الملل و حاکمیت ملی و تمامیت ارضی خود قلمداد می‌کند و قاطعانه آن را مردود می‌داند» (S/1997/784).

نامه نماینده امارات در ملل متحد در دسامبر 1997

با اینکه نماینده جمهوری اسلامی، مجدداً به موجب نامه‌ای که پیش‌تر بدان اشاره شد، موضع رسمی و هدف از آغاز پروژه‌های تأسیساتی را صریحاً بیان نمود؛ با این حال حدود دو ماه بعدتر، مجدداً امارات ادعاهای خویش را به بیان دیگری تکرار نمود و نامه‌ای که متضمن ادعاهای مذکور بود را برای سفارت ایران در آن کشور و همچنین شورا ارسال کرد، با این تفاوت که در این نامه، ادعای جدیدی نیز بر ادعاهای سابق، افزوده شده است.

«امارات، مراتب اعتراض خود را نسبت به این موارد اعلام می‌دارد: به نوشته روزنامه کیهان در شماره 13 مهر 1997، دولت ایران نام تنب را به یک کشتی نیروی دریایی ایران داده است؛ همچنین به گزارش روزنامه ابرار در شماره 30 مهر 1997، ایران یک اسکله شناور ارتش خود را به نام ابوموسی، نامگذاری نموده است. این امر باید به منزله تلاشی برای تداوم اشغال جزایر سه‌گانه، سه جزیره متعلق به امارات و ایضاً تحمیل غیرقانونی حاکمیت ایران دانست» (S/1997/941).

مکاتبات به شورای امنیت در 1998

در ابتدای سال 1998، نماینده امارات در ملل متحد طی نامه‌ای از شورا خواست تا مساله جزایر سه‌گانه همچنان در لیست دستورکار آن شورا باقی بماند (S/1998/217). نامه مذکور در واقع، بیانیه‌ی شصت و ششمین نشست شورای همکاری خلیج‌فارس بود. اتحادیه عرب در همان سال نیز به موجب بیانیه‌ای به موضوع جزایر سه‌گانه واکنش نشان داد که متن بیانیه مذکور عیناً ضمیمه نامه یادشده، است (S/1998/68). چندی بعد، نماینده مذکور

متن بیانیه پایانی شصت و هفتمین نشست شورای مزبور را تحت نامه‌ای دیگر در 7 جولای برای شورا ارسال نمود. مجدداً نامه‌ی دیگری در تاریخ 8 سپتامبر 1998 که متن پایانی شصت و هشتمین نشست شورای مزبور بود را نیز ارسال کرد (S/1998/842). شورای عالی همکاری خلیج‌فارس نیز دو نشست در ابتدا و انتهای همان سال برگزار نمود که متن نشست اولی را نماینده کویت، ضمیمه نامه خود کرد و برای شورا ارسال نمود (S/1998/2) و به همین طریق، متن نشست دومی توسط نماینده امارات برای شورا واصل گشت (S/1998/1216).

در واقع، رویه‌ی دولت‌های عربی از این سال بر آن شد که به تناوب، بیانیه‌های پایانی اجلاس همکاری خلیج‌فارس و اتحادیه عرب را توسط نمایندگان امارات و کویت به شورا ارسال دارند تا از این رهگذر بر استمرار مخالفت خود و همچنین عدم تغییر موضع خویش پافشاری نمایند.

مکاتبات به شورای امنیت در 1999

همانند سال 1998، در ابتدای سال میلادی؛ نامه‌ای مبنی بر درخواست باقی ماندن موضوع جزایر سه‌گانه در دستورکار شورا از طرف امارات مطرح گشت. این درخواست در انتهای همان سال نیز تکرار شد. همچنین مطابق رویه‌ای که سابقاً نیز وجود داشت، بخشی از بیانیه پایانی نشست اتحادیه عرب در همین خصوص نیز توسط نماینده امارات برای شورا ارسال گشت که حاوی مطلب جدیدی نیز نبود.

نامه نماینده امارات در ملل متحد در ژانویه 1999

این نامه، رونوشتی از نامه‌ای دیگر است که وزارت امور خارجه آن کشور به سفارت ایران ارسال داشت و جهت آگاهی شورا، برای آن نیز ارسال شد. بیش‌تر مفاد نامه یاد شده، تکراری می‌باشد، با این حال در بخشی از نامه چنین آمده است:

«با توجه به مانورهای انجام شده توسط نیروی هوایی، زمینی و دریایی ارتش و سپاه ایران که با نام "وحدت 77" در یک بازه زمانی پنج روزه از 4 تا 10 آذرماه 1377 انجام شد [...] این وزارتخانه به اطلاع دولت ایران می‌رساند: انجام این مانورها در جزایر جزایر سه‌گانه که متعلق به امارات است، نقض حاکمیت امارات از سوی دولت ایران و بخشی از تلاش مداوم آن کشور برای تداوم اشغال تلقی

می‌شود. بر این اساس، امارات مراتب اعتراض شدید خود را بدینوسیله اعلام می‌دارد» (S/1999/64).

نامه نماینده دائم امارات در ملل متحد در فوریه 1999

مانند نامه‌ی پیشین، این نامه نیز رونوشتی از نامه‌ای دیگر است که وزارت امور خارجه آن کشور به سفارت ایران ارسال داشت و جهت آگاهی شورا نیز ارسال شد. بیش‌تر مفاد نامه یاد شده، تکراری می‌باشد و تنها نکات جدید آن بدین شرح می‌باشد:

«افتتاح دفتر شهرداری و یک مؤسسه آموزشی در ابوموسی، جزیره‌ای که متعلق به امارات است، توسط آقای عبدالواحد موسوی لاری، وزیر کشور ایران در تاریخ 5 فوریه 1999، آشکارا نقض یادداشت تفاهم منعقدۀ در 1971 است» (S/1999/191).

نامه‌ی نماینده دائم ایران در ملل متحد در 1999

در پاسخ به نامه‌ی اعتراض آمیز امارات که بدان اشاره شد، ایران تنها در چند جمله، پاسخ اعتراض مذکور را چنین داده است: «وزارت امور خارجه ایران، مفاد یادداشت مذکور را دخالت در امور داخلی خود می‌داند و مفهوم و مفاد آن را قاطعانه رد می‌کند» (S/1999/236).

مکاتبات به شورای امنیت در 2000

در سال 2000 تنها دو مکاتبه رسمی درباره جزایر سه‌گانه صورت گرفته است: نخست؛ نامه‌ای از سوی نماینده امارات که طبق رویه سال‌های پیشین، بیانیه پایانی اجلاس سالانه اتحادیه عرب را برای شورا ارسال داشت (S/2000/900). دوم؛ درخواست امارات از شورا مبنی بر اینکه همچنان موضوع جزایر سه‌گانه را در دستور کار خویش، حفظ نماید (S/2000/1222).

مکاتبات به شورای امنیت در 2001

در این سال، پنج مکاتبه رسمی خطاب به شورا در خصوص جزایر سه‌گانه صورت گرفته است. همانند رویه اتخاذی سال‌های پیشین، دو نامه به بیانیه نشست پایانی شورای همکاری خلیج فارس (S/2001/252) و اتحادیه عرب (S/2001/309) مرتبط است که حاوی مطلب جدیدی نیز نبوده‌اند. سه نامه‌ی دیگر امارات به شورا، در واقع واکنشی به اظهارات مقامات و اقدامات ایران بوده است. از منظر ترتیب تاریخی، ابتدا در ماه مارس میلادی، نامه‌ای مفصل به شورا از طرف امارات ارسال شد که ذیل آن پرداخته شده است. پس از آن نیز نامه‌ی دیگری خطاب به سفارت ایران در امارات و همچنین شورا ارسال شد که در حقیقت، اعتراض به سفر تعدادی از اعضای کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی مجلس شورای اسلامی ایران به جزایر سه‌گانه بود (S/2001/319). ایران در پاسخ به همین نامه، مختصراً چنین پاسخ داده است: «دولت ایران با رد هرگونه ادعایی نسبت به جزایر ایرانی سه‌گانه، جزایر مذکور را جزء لاینفک خاک خود و تحت حاکمیت خود می‌داند و بر همین اساس کلیه اقدامات انجام شده توسط مقامات ایرانی در آن جزایر با حقوق حاکمیتی ایران مطابقت دارد [...] همچنین استناد به معاهده 1949 ژنو توسط وزارت امور خارجه امارات، اساساً فاقد هرگونه ارزش حقوقی، بی‌ارتباط و کاملاً مردود است» (S/2001/359).

نامه نماینده دائم امارات در ملل متحد در 16 مارس 2001

«به آگاهی شورا می‌رساند، اظهارات غیرمسئولانه اخیر مقامات ایران، به وضوح وضعیت واقعی امور را در رابطه با موضع رسمی ایران و اهداف غیر صلح‌آمیز آن کشور درخصوص اشغال سه جزیره متعلق به امارات را نشان می‌دهد [...] به عنوان مثال اخیراً وزیر امور خارجه ایران در مصاحبه با برخی روزنامه‌ها چنین عنوان نموده: «موضع ایران در رد مذاکرات درباره جزایر تنب بزرگ و تنب کوچک به این دلیل است که جزایر مذکور همواره بخشی از قلمرو ایران بوده و هستند؛ در

مورد جزیره ابوموسی نیز توافقنامه‌ای در سال 1971 بین ایران و شارجه وجود دارد». وزیر دفاع آن کشور نیز در رابطه با ساخت تاسیسات نظامی در جزایر سه‌گانه چنین بیان نموده: «این قلمرو متعلق به ما می‌باشد و حق داریم از آن به هر شکلی و برای هر هدفی که صلاح بدانیم، بهره ببریم» [...] فرمانده کل سپاه پاسداران نیز در اظهاراتی چنین گفته است: «نیروهای ایرانی دست هر متجاوزی را که بخواهد به جزایر و سواحل ایران دست درازی کند، قطع خواهد کرد» که در واقع اشاره به جزایر اشغالی دارد. به علاوه در در بیانیه کمیسیون امنیت ملی و روابط خارجی مجلس شورای اسلامی آمده است: «جزایر بخشی از خاک ایران هستند و هر کس بخواهد در آن منطقه آتشی برپا کند، اولین کسی است که در آن آتش خواهد سوخت. [...] اظهارات اخیر در واقع با سیاست اعلام شده از طرف دولت ایران مبنی بر حل مسالمت‌آمیز اختلافات، پایان دادن به تشدید تنش و تلاش جهت ترویج اعتمادسازی و همزیستی مسالمت‌آمیز بین کشورهای همسایه، ناسازگار هستند» (S/2001/232).

مکاتبات و تحولات از 2001 به بعد

از 2001 به بعد، رویه‌ی امارات همانند سال‌های پیش از آن، ارسال بیانیه‌ی محکومیت ایران در اتحادیه عرب و اجلاس همکاری خلیج فارس به شورا بوده است. محورهای اصلی تمامی نامه‌های رسمی ارسالی به شورا، اجمالاً به قرار زیر است:

1. حفظ موضوع جزایر سه‌گانه در دستور کار شورا در ابتدای هر سال میلادی.
2. تاکید بر تعلق جزایر سه‌گانه به امارات.
3. ارجاع اختلاف به دیوان بین‌المللی دادگستری و یا بازگشت به مذاکرات دوجانبه.
4. عدم شناسایی هرگونه حقوق ناشی از استمرار اشغال جزایر.

در این میان، به مقتضای رویدادها نیز مکاتبات دیگری از سوی امارات وجود داشته‌اند که برای سفارت ایران در امارات و شورا ارسال گشته‌اند و به ترتیب عبارتند از:

در سوم مارس 2005 اعتراض به ساخت بنای یادبود در جزیره ابوموسی (S/2005/138).

در 2008 اعتراض به تاسیس یک دفتر برای ثبت کشتی و امور دریایی (S/2008/577).

در 2012 اعتراض به سفر رئیس جمهور وقت ایران به جزیره ابوموسی (S/2012/234; S/2012/697).

در 2014 اعتراض به اهتزاز پرچم ایران در جزایر سه‌گانه (S/2014/496).

در 2022 اعتراض به ساخت فرودگاه در تنب بزرگ، ادامه ساخت مراکز درمانی و نظامی (S/2022/351).

در 2023 اعتراض به سفر یکی از مقامات نظامی ایران به ابوموسی و دستور امحای هرگونه پرچم امارات توسط وی (S/2023/59).

گفتنی است که ایران نیز از حالت انفعال در برابر مواضع امارات، خارج شده و حدوداً از سال 2006، هر ساله به موضع نماینده امارات و اتحادیه عرب، جداگانه پاسخ داده است و تقریباً تمامی مکاتبات رسمی صورت گرفته، دارای محتوای یکسانی هستند^{۱۶} که همین مساله به نوبه خود، قابل نقد و بررسی است.

نقد رویکرد شورای امنیت

بدون تردید، نظر به ماهیت سیاسی شورای امنیت، همانند نهادهای حقوقی وظیفه‌ای به تبعیت از چارچوب‌های حقوقی و به طور خاص، حقوق بین‌الملل ندارد. همچنین، وظیفه‌ی اصلی این نهاد برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی نیز با پیروی از برخی هنجارهای حقوقی، سازگار نمی‌نماید. با این حال، با دقت در برخی اسناد مهم بین‌المللی می‌توان به این مهم نائل گشت که ماهیت سیاسی شورا، سبب رهایی کامل آن از قیود حقوقی نشده است. برای روشن‌تر شدن موضوع به دو ذکر دو مثال بسنده می‌شود: نخست؛ ماده 25 منشور ملل متحد چنین مقرر می‌دارد: «اعضای ملل متحد موافقت می‌نمایند که تصمیمات شورای امنیت را بر طبق این منشور، قبول و اجرا نمایند»^{۱۷}

۱۶ برای مثال U. N. Security Council Document, 21 December 2020, S/2020/1271; U. N. Security Council Document, 10 June 2022, S/2022/475.

۱۷ The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter

با اندکی تأمل در نحوه تنظیم و نگارش این ماده، روشن می‌گردد که شورا نیز ملزم به تبعیت از حقوق بین‌الملل و به طور خاص، قواعد و مقررات مندرج در منشور به مثابه پاره‌ای از منظومه حقوق بین‌الملل می‌باشد. دوم؛ از جمع مواد^{۱۸} و ۱۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز می‌توان دریافت که شورا باید در انتخاب قضات، معیارهای مصرح در اساسنامه را لحاظ نمایند. در نتیجه با اینکه برخی بر مبنای نظریه صلاحیت نامحدود شورا، معتقد هستند که اصولاً شورا چنین تعهدی ندارد (شعبانی، ۱۳۹۴: ۱۰۹) ولی در رویه‌ی عملی شورا، پایبندی آن را به برخی از اصول حقوق بین‌الملل می‌توان رصد نمود.

از نقد تغییر رویه‌ی برخی از اعضا دائم از جمله بریتانیا پس از پیروزی انقلاب اسلامی نسبت جزایر سه‌گانه عبور می‌نماییم چه اینکه معلول عوامل گوناگونی می‌باشد که از دامنه موضوعی نوشتار حاضر خارج می‌باشد. با این حال، رویه‌ی شورا به‌طور کلی مبتنی بر سکوت بوده است. توضیحاً آنکه پس از تشکیل جلسه شورا در ۱۹۷۱ و تصمیم‌گیری مبهم و مجملی که در همان جلسه صورت گرفت؛ تاکنون علی‌رغم درخواست‌ها و نامه‌های متعددی که از سوی امارات و سایر کشورهای عربی ارسال گشته، همچنان هیچ جلسه‌ی رسمی برای بررسی مجدد آن شکل نگرفته است (S/2022/10) که همین امر به خوبی بیانگر موضع شورا در این باره می‌باشد. به نظر می‌رسد یکی از اصلی‌ترین اتخاذ چنین رویکردی ریشه در دوراندیشی شورا دارد به این صورت که با مختومه اعلام ننمودن موضوع، عملاً هم رضایت کشورهای عربی را جلب نماید و همزمان سایه‌ی آن را بر ایران نگاه دارد و از آن به عنوان اهرمی استفاده نماید.

با اینکه رویه‌ی جداگانه‌ی اعضای دائم شورا را نمی‌توان به عنوان رویه‌ی شورا در کلیت آن، تلقی کرد؛ در سال‌های اخیر می‌توان تغییر موضع معنادار برخی از اعضای دائمی در این حوزه را مشاهده کرد. به طور خاص، کشورهای روسیه و چین ضمن شرکت مستمر در اجلاس شورای همکاری خلیج فارس و نشست سران اتحادیه عرب، اقدام به امضای بیانیه‌های پایانی آن‌ها نیز نموده‌اند. به طور خاص می‌توان به بند ۲۶ از بیانیه‌ی پایانی اتحادیه عرب که با حضور نماینده چین برگزار شد، اشاره کرد (S.R. 778 O.S). با اینکه به نظر می‌رسد بند مذکور با احتیاط تدوین شده است؛^۲ اما همچنان از منظر محتوایی، تفاوتی با ادعاهای پیشین امارات ندارد. همچنین تغییر رویکرد انفرادی چین و یا روسیه (جدای از انگیزه‌های آن) می‌تواند دست‌کم از منظر حقوقی بر آینده موضوع جزایر سه‌گانه در شورا تأثیر گذارد. مضاف بر اینکه حتی از حیث حقوق بین‌الملل نیز پرداختن به موضوع تغییر مرزها، امری پیچیده و فنی است که پیش‌شرط اصلی آن، تراضی ذی‌مدخل می‌باشد که طبیعتاً در خصوص جزایر سه‌گانه این پیش‌شرط موضوعاً منتفی خواهد بود (جعفری ولدانی، ۱۳۸۱: ۱۴۴).

نتیجه‌گیری

مسئله جزایر سه‌گانه، دارای چندین بُعد می‌باشد و به همین دلیل نیز می‌توان آن را از وجهه‌های گوناگونی بررسی نمود؛ ابعادی که پیوستگی نزدیکی با یکدیگر نیز دارند. بدون تردید بعد حقوقی و سیاسی، نقش برجسته‌تری را نسبت به سایر ابعاد دارا هستند؛ شورای امنیت به مثابه نهادی بین‌المللی با ماهیتی سیاسی که بعضاً دارای رویکردی حقوق بین‌المللی نیز بوده است.

۱۸ ماده هشت مقرر می‌دارد: «مجمع عمومی و شورای امنیت، هر یک مستقلاً اعضای دیوان را انتخاب می‌کنند».

۱۹ ماده نه بیان می‌کند: «انتخاب کنندگان باید در نظر داشته باشند، اشخاصی که برای عضویت دیوان معین می‌شوند، نه فقط باید شخصا دارای شرایط مقرر باشند بلکه مجموعاً بتوانند نماینده اقسام بزرگ تمدن‌ها و مهم‌ترین نظام‌های قضایی جهان نیز باشند».

۲۰ جمهوری خلق چین از تلاش‌های امارات برای حل مسالمت‌آمیز موضوع جزایر سه‌گانه از طریق مذاکرات دوجانبه، وفق موازین حقوق بین‌الملل و اصول حقوقی بین‌المللی، حمایت می‌کند.

منابع

منشور سازمان ملل متحد

- U.N. General Assembly, Seventy-sixth session, 16th plenary meeting, A/76/PV.16
- U. N. Security Council Document, 3 December 1971, S/10409.
- U. N. Security Council Document, 7 December 1971, S/10434.
- U. N. Security Council Document, 18 July 1972, S/10740.
- U. N. Security Council Document, 16 September 1992, S/24566.
- U. N. Security Council Document, 11 July 1994, S/1994/812.
- U. N. Security Council Document, 22 December 1994, S/1994/1446.
- U. N. Security Council Document, 22 June 1995, S/1995/1070.
- U. N. Security Council Document, 29 December 1995, S/1995/504.
- U. N. Security Council Document, 29 July 1996, S/1996/563.
- U. N. Security Council Document, 26 August 1996, S/1996/693.
- U. N. Security Council Document, 11 September 1996, S/1996/741.
- U. N. Security Council Document, 1 October 1996, S/1996/818.
- U. N. Security Council Document, 18 December 1996, S/1996/1057.
- U. N. Security Council Document, 21 May 1997, S/1997/383.
- U. N. Security Council Document, 17 September 1997, S/1997/720.
- U. N. Security Council Document, 9 October 1997, S/1997/784.
- U. N. Security Council Document, 1 December 1997, S/1997/941.
- U. N. Security Council Document, 5 January 1998, S/1998/2.
- U. N. Security Council Document, 26 January 1998, S/1998/68.
- U. N. Security Council Document, 10 March 1998, S/1998/217.
- U. N. Security Council Document, 13 April 1998, S/1998/319.
- U. N. Security Council Document, 7 July 1998, S/1998/615.
- U. N. Security Council Document, 8 September 1998, S/1998/842.
- U. N. Security Council Document, 24 December 1998, S/1998/1216.
- U. N. Security Council Document, 5 January 1999, S/1999/10.
- U. N. Security Council Document, 20 January 1999, S/1999/64.
- U. N. Security Council Document, 23 February 1999, S/1999/191.
- U. N. Security Council Document, 4 March 1999, S/1999/236.
- U. N. Security Council Document, 8 April 1999, S/1999/395.
- U. N. Security Council Document, 22 December 1999, S/1999/1273.
- U. N. Security Council Document, 25 September 2000, S/2000/900.
- U. N. Security Council Document, 21 December 2000, S/2000/1222.
- U. N. Security Council Document, 16 March 2001, S/2001/232.
- U. N. Security Council Document, 21 March 2001, S/2001/252.
- U. N. Security Council Document, 2 April 2001, S/2001/309.
- U. N. Security Council Document, 12 April 2001, S/2001/359.
- U. N. Security Council Document, 3 March 2005, S/2005/138.
- U. N. Security Council Document, 30 December 2005.
- U. N. Security Council Document, 30 March 2006, S/2006/200.
- U. N. Security Council Document, 10 April 2007, S/2007/191.
- U. N. Security Council Document, 22 August 2008, S/2008/577.
- U. N. Security Council Document, 5 September 2008, S/2008/593.
- U. N. Security Council Document, 19 April 2012, S/2012/234.
- U. N. Security Council Document, 14 September 2012, S/2012/697.
- U. N. Security Council Document, 16 July 2014, S/2014/496.
- U. N. Security Council Document, 21 December 2020, S/2020/1271.
- U. N. Security Council Document, 4 January 2022, S/2022/10.
- U. N. Security Council Document, 28 April 2022, S/2022/351.
- U. N. Security Council Document, 31 January 2022, S/2022/59.
- U. N. Security Council Document, 10 June 2022, S/2022/475.

افزون بر این، نقش بی بدیل آن در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی هم بر جایگاه تعیین کننده آن نسبت به مسائل خطیر بین‌المللی می‌افزاید.

با نگاهی اجمالی به مکاتباتی که مکرراً از سوی امارات صورت گرفته است؛ به سادگی می‌توان دریافت که امارات و سایر کشورهای عربی هم‌نظر آن، تلاش مستمر و منسجمی مبنی بر طرح مجدد مساله جزایر سه‌گانه در شورا، داشته‌اند که این امر را نیز از دلان‌های مختلفی از جمله شورای همکاری خلیج فارس، اتحادیه عرب و بیانیه‌های جداگانه عملی ساخته‌اند. در مقابل، هیچ تصمیم و حتی بیانیه‌ای از سوی شورای امنیت در رد یا تایید اقدامات یادشده، صادر نگشته است؛ به نظر می‌رسد چنین رویکردی دست‌کم موید سیاست مبتنی بر ابهام شورا باشد. بدین صورت که از مختومه شدن موضوع مساله جزایر سه‌گانه پرهیز می‌نماید که بدون شک، مطلوب امارات می‌باشد و همزمان نیز آن می‌تواند به عنوان اهرم فشاری بر ایران در مواقع مورد نظر خویش، بهره ببرد. چه اینکه همین رویکرد را در بحبوحه‌ی جنگ تحمیلی و بحران هسته‌ای نیز داشته است. با اینکه هیچ‌گاه به طور رسمی چنین موضعی از سوی شورا اعلام نگشته است ولی زمینه‌های طرح آن از سوی اعضای اصلی شورا مطرح شده که می‌تواند دست‌کم نشان‌دهنده رویکرد همان اعضا به این مساله می‌باشد.

جالینوسی، احمد (1395)، «بررسی دلایل سیاسی و تاریخی ادعاهای امارات متحده عربی و استدلال ایران در مورد مالکیت ایران بر جزایر سه‌گانه تنب‌بزرگ، تنب‌کوچک و ابوموسی»، **فصلنامه تخصصی مطالعات خلیج فارس**، دوره 2، شماره 3، صص 32-73.

جعفری ولدانی، اصغر (1384)، **نگاهی تاریخی به جزایر ایرانی تنب و ابوموسی**، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.

جعفری، ولدانی (1381)، **تحولات مرزها و نقش ژئوپولوتیک آن در خلیج فارس**. تهران: نشر قومس.

رضایی سرچقا، مجتبی (1395)، «دلایل متقن و محکم حقانیت حاکمیت ایران بر جزایر سه‌گانه خلیج فارس»، **فصلنامه تخصصی مطالعات خلیج فارس**، دوره 3، شماره 4، صص 39-80.

روزنامه کیهان، اول مرداد 1351.

شعبانی، سمانه. (1394)، «بررسی جایگاه حقوقی شورای امنیت و حدود اختیارات و صلاحیت آن»، **پژوهشنامه حقوق تطبیقی**، دوره 1، شماره 1، صص 49-74.

مجتهدزاده، پیروز؛ احمدی‌پور، زهرا؛ حیدری موصولو، طهمورث. (1391)، «تبیین ادعاهای امارات متحده عربی نسبت به جزایر سه‌گانه ایرانی از سال 1992 میلادی»، **فصلنامه بین‌المللی ژئوپلیتیک**، دوره 8، شماره 25، صص 42-81.

ممتاز، جمشید (1374). «بررسی حقوقی سیاست خارجی ایران در خصوص جزایر ایرانی خلیج فارس: ابوموسی، تنب‌بزرگ، تنب‌کوچک، ترجمه امیرحسین رنجبریان»، **مجله سیاست خارجی**. دوره 9، شماره 1، صص 27-65.

واحد نشر اسناد (1372) **گزیده اسناد خلیج فارس**. ج ۱. تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، چاپ دوم.

بررسی دیدگاه‌های مختلف در مورد قتل‌های فراقضایی

در حقوق جزای بین‌المللی ایران



جواد منصوری نعلبندان

چکیده

زمینه و هدف: قتل‌های هدفمند یا فراقضایی از منظر حقوق جزای بین‌المللی ایران غیرقانونی شمرده شده و قابل تعقیب است. در حوزه حقوق بین‌المللی نیز نهادها و دستگاه‌های بین‌المللی صلاحیت‌دار برای رسیدگی به این گونه جنایات مورد شناسایی قرار گرفته است. قتل هدفمند اعمال مجازات یا جنایاتی تلقی می‌شوند که بدون انجام دادرسی عادلانه و منصفانه تحقق پیدا می‌کنند که این امر نافی حقوق انسان‌ها در جامعه جهانی می‌باشد. بسیاری از عاملان اینگونه جنایات بدلیل آنکه تحت پوشش و حمایت قدرت‌های بزرگ قرار دارند بدون مجازات باقی می‌مانند

روش: در پژوهش حاضر کیفی و به احاطه هدف، کاربردی و از نظر گردآوری اطلاعات، به روش اسنادی و مطالعه اسناد بین‌المللی منابع مرتبط با موضوع انجام شده و اطلاعات بدست آمده به صورت توصیفی و تحلیلی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است

یافته‌ها: در مقام بیان یافته‌های پژوهش می‌توان گفت که حقوق جزای بین‌المللی ایران در راستای حمایت حقوق بشر نقش پررنگ تری در قبال قتل‌های هدفمند یا فراقضایی می‌کند. در حوزه حقوق بین‌المللی نیز نهادها و دستگاه‌های بین‌المللی صلاحیت‌دار برای رسیدگی به این گونه جنایات مورد شناسایی قرار گرفته است. منابع مورد استفاده پژوهش از کتاب‌ها و مقالات موجود در حوزه حقوق کیفری، حقوق جزای بین‌المللی ایران و حقوق بین‌الملل می‌باشد.

کلیدواژه: دیدگاه‌ها، قتل فراقضایی، حقوق جزای بین‌المللی، حقوق جزای ایران.

مقدمه

قتل فراقضایی عبارت است (شهسواری، احسان، 1396: 11) از کاربرد نیروی نظامی وابسته به یک تابع حقوق بین‌الملل با قصد و برنامه‌ریزی قبلی و یا عمد در کشتن فردی که به تنهایی انتخاب گردیده. این مفهوم را به راحتی نمی‌توان تعریف نمود، زیرا با بررسی‌های انجام شده بر روی «ترورهای هدفمند» در طول تاریخ به این نتیجه می‌توان دست یافت که ترورها بسیار متنوع و متفاوت بوده‌اند. بنابراین، باید تعریفی داده شود که همه‌ی موارد آن را شامل بشود و این کار به آسانی صورت نمی‌گیرد مگر با تبیین واژه شناختی مفاهیم بتوان این مفهوم را تعریف کرد این تعبیر شامل دو واژه «ترور» و «هدفمند» می‌شود. «هدف»، در کاربرد نظامی آن به شخص یا محل یا شیء مورد حمله گفته می‌شود لذا عمل هدف قرار

قرار دادن یعنی هدایت عملیات به سمتی که باید حمله به هدف صورت گیرد.^۱ البته اصطلاحاتی دیگر با عباراتی مشابه به کار می‌رود^۲ اما مفهوم ترور در عبارت «ترور هدفمند» از منظر واژه‌شناختی مانند عبارت اعدام فرا قضایی یا حشاشیگری می‌باشد و از نظر اهداف (سلب حقوق حیات) دارای اشتراکی بوده‌اند به گونه‌ای که از عبارات «ترور هدفمند» همانند اصطلاحات مذکور حکم قانونی بودن یا غیرقانونی بودن این مسئله در خود ترکیبات و واژگان هویدا نمی‌باشد در معنای حشاشیگری، به قتل رساندن تروریست‌ها مجاز بوده^۳ و تنها موضوعی که باید به آن توجه کنیم وضعیت رزمنده (نظامی) و عدم کاربرد شیوه‌های خیانت آمیز جنگی است.^۴ (حمزه زاده موسوی، ۱۴۰۰:

در روابط بین‌المللی دارد و از آنجایی که حدود اختیارات دولت‌ها برای بررسی این جنایت را می‌توان مورد تحلیل قرار داد، در ذیل به بررسی دیدگاه‌های موجود در حقوق بین‌الملل در مورد قتل‌های فراقضایی در سه محور "دیدگاه متأثر از حقوق بشر، دیدگاه متأثر از حقوق توسل به زور و دیدگاه حقوق بین‌الملل بشر دوستانه"^۴ (حقوق مخاصمات مسلحانه) می‌پردازیم.

سابقه خشونت و ترور را می‌توان در آغاز خلقت بشر جستجو کرد که همچون میراث شومی نسل به نسل منتقل شده و به نسل امروز رسیده است، اما تروریسم در تاریخ معاصر در کشتارهای انقلاب کبیر فرانسه ظاهر گردید. تروریسم و نحوه‌ی مقابله با آن یکی از مهم‌ترین مسائل روز دنیا می‌باشد که سر منشا منازعات در این باره به تعریف هر دولت از آن بر می‌گردد. دولت‌ها با توجه به مبانی سیاسی و سایر اصولی که به آن معتقد هستند رفتار خود را در برابر تروریسم سامان می‌دهند.

برخی از دولت‌ها در قبال چنین جنایاتی که نقض آشکار قوانین داخلی و بین‌المللی است، سیاست اصلاح طلبانه را مد نظر قرار می‌دهند و یکی از راه‌هایی که می‌توان با این جنایات مقابله کرد را ارجاع آن به نهادهای بین‌المللی می‌دانند. استدلال این دولت‌ها آن است که قبل از اعمال هرگونه اقدام تلافی‌جویانه باید ابتدا مجرمیت و بزهکاری عاملان آنها در دادگاه ثابت شود و در صورتیکه مجرمیت آن‌ها محرز شود، باید از طریق فرایند رسمی و نه فردی مجازات مورد نظر بر او بار شود، اما در مقابل عده‌ای از دولت‌ها تدابیر و سیاست‌های سرکوبگرانه و به نوعی مقابله به مثل خارج از یک رسیدگی قضایی و منصفانه را ترجیح می‌دهند. در اینجا است که پای مفهومی چون قتل هدفمند به میان می‌آید.

از مسائل مهمی که در جامعه بین‌المللی صحبت به میان آمده، مسئله «ترور هدفمند» و «قتل‌های فراقضایی» است و اینکه آیا این چنین قتل‌ها شامل قتل‌های قانونی یا غیرقانونی هستند. این موضوع در حوزه‌های مختلف از جمله در حوزه سیاست، و یا همان حقوق مخاصمات مورد توجه و بررسی قرار گرفته است.

البته این نوع کشتار یا قتل غیرقانونی همواره ابهامات زیادی را به همراه دارد که با توجه به نقض قوانین بین‌المللی از اهمیت بسزایی برخوردار است. آنچه که بیش از همه مورد توجه است، این است که اعمال راهکاری همچون قتل‌های فراقضایی و «ترور هدفمند» با اصل و اساس حقوق بین‌الملل بشر دوستانه کاملاً در تضاد است و اگر تضادی نباشد چه دلایل

1. Schmitt M., "State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law", Yale Journal of International Law, Vol. 17 (1992)

(که شدیداً مورد علاقه اسرائیل Targeted Thwarting از این دست تعبیر می‌توان به تعبیر «خنثی سازی هدفمند»)^۲. است، اشاره کرد، رک:

-Yoaz Y", Panel to Look into Civilian Deaths in 2002 IAF Attack on

Shehadeh", Haaretz (Israel) (17 sep. 2007), available at:

تعبیر دیگر مورد استفاده، تعبیر « ترورهای پیشدستانه هدفمند» (Targeted Pre-emptive Killings) است که به معنای برخورد با تروریست‌ها قبل از آنکه عملاً دست به ترور بزنند. رک

3. Proulx V.J., "If the Hat fits, Wear it, If the Turban fits, Run For your Life: Reflections on the Indefinite Detention, Targeted killings of suspected terrorists", Hastings Law Journal, Vol. 56 (2004-2005)- page 38

^۴ مجموعه قوانینی که به دنبال روش‌های بشر دوستانه، برای محدود کردن اثرات مخاصمات مسلحانه می‌باشد. این شاخه از حقوق از افرادی که در مخاصمه مشارکت ندارند یا در حاضر از جنگیدن کناره‌گیری کرده‌اند محافظت کرده و متد‌های مخاصمه را محدود می‌کند.

قانع کننده‌ای رای قتل‌های غیرقانونی آورده شده است؟

اعدام‌های فراقانونی به قتل‌هایی اطلاق می‌گردد که خارج از محدوده و فرآیند قانونی یا قضایی صورت می‌پذیرد و از جهت قوانین ملی و بین‌المللی نامشروع محسوب می‌شوند. حق حیات بعنوان یکی از حقوق بنیادین و اساسی بشر مورد شناسایی قرار گرفته است. این حق منشأ بسیاری از دیگر حقوق بشر محسوب شده و از جایگاه ممتازی در نظام حقوق بشر برخوردار است. با این حال مجازات اعدام (فراقضایی) در برخی کشورها کماکان بعنوان یکی از اقسام مجازات‌های مجاز اعمال شده و تنها به این حد هم بسنده نمی‌شود و در موارد متعددی مجازات‌های اعدام به شکل خودسرانه، فراقضایی و اختصاری در کشورهای مختلف اعمال می‌شود که این امر بی تردید نقض حق حیات، حق محاکمه عادلانه و امنیت شخصی و سایر حقوق اساسی افراد به شمار می‌آید.

پیشینه پژوهش

از آنجایی که مرور نوشتارها پیشینه پژوهش در مقاله‌ها، پایان‌نامه‌ها و گزارش‌ها بر کیفیت پژوهش می‌افزاید و کیفیت این بخش از کار پژوهشی به منزله یک شاخص داوری برای این گونه آثار به‌شمار می‌رود، در اینجا به بررسی پیشینه تحقیق در غالب کتاب و مقاله می‌پردازیم:

پیشینه کتاب:

1- اسدالله افشار (1399) در کتاب خود با عنوان "ترور هدفمند" به تبیین و بررسی ابعاد سیاسی، حقوقی و رسانه‌ای ترور سردار شهید قاسم سلیمانی می‌پردازد و به مباحثی همچون؛ آشنایی با گوشه‌ای از زندگی سردار شهید شهید سلیمانی، تأسیس لشکر ثارالله، شرح عملیات ترور سردار سلیمانی از نگاه رسانه‌های آمریکایی، جزئیات ترور سردار شهید سلیمانی از زبان ترامپ، سیلی ایران به آمریکا و انعکاس بین‌المللی آن، حمله ایران؛ پاسخ محکم، صریح و علنی به آمریکا، روایت افسر دانمارکی از لحظات ترسناک فرود موشک‌های سپاه در عین الاسد، اعتراف تل آویو به توان شگفت انگیز ایران در حمله موشکی به عین الاسد و ... اشاره می‌کند.

2- رونن برگمن (1397) کتابی با عنوان "برخیز و اول او را بکش" در زمینه ترور هدفمند می‌نویسد. این کتاب تاریخچه ترورهای مخفی موساد است. نویسنده کتاب می‌گوید که از زمان جنگ جهانی دوم، اسرائیل بیش از هر کشور غربی مردم را ترور کرده است. کتاب نمونه‌هایی از ترور مقامات انگلیسی و سوری، رهبران حماس، حزب‌الله لبنان، سازمان آزادی‌بخش فلسطین و دانشمندان هسته‌ای ایران را به تصویر می‌کشد. برای نوشتن کتاب، برگمن حدود یک هزار مصاحبه با چهره‌های سیاسی و مأموران مخفی انجام داده و از هزاران سند نیز استفاده کرده است.

پیشینه مقالات:

1- ستار عزیزی (1399) در مقاله خود به "بررسی قتل هدفمند از نگاه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی ایالات متحده آمریکا مطالعه موردی ترور سردار سلیمانی" می‌پردازد. اثر مزبور ترور سردار شهید قاسم سلیمانی به دستور مستقیم رییس جمهور آمریکا، موضوع قانونی بودن این ترور از منظر مقررات حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی آمریکا را در محافل حقوقی مطرح می‌کند. رژیم اسرائیل و دولت آمریکا با دستاویز مبارزه با تروریسم، مفهومی حقوقی با عنوان «قتل هدفمند» را ابداع نموده و کسانی را که به زعم آن‌ها تروریست و در واقع، مخالف آن‌ها بوده را ترور کرده‌اند. در این مقاله نهاد قتل هدفمند از منظر قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی ایالات متحده آمریکا بررسی شد. در حقوق داخلی آمریکا، به موجب دستور اجرایی شماره 12333، ترور ممنوع است.

این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی صورت گرفته است. ابتدا با مراجعه به کتب، مقالات، نشریات و..... اقدام به جمع‌آوری مطالب نموده سپس فیش‌های مرتبط با عناوین و فصل‌ها را در دسته‌بندی‌های مرتبط جای دادیم و در نهایت با تحلیل و بررسی آن‌ها اقدام به نگارش مقاله نمودیم.

1- دیدگاه متاثر از حقوق بشر

می‌دانیم که حقوق بشر غیرقابل انکار است و هر انسانی از آن برخوردار است. اما چگونه می‌توان به این حقوق دسترسی داشت؟ کجا می‌توانیم مدرکی پیدا کنیم که این حقوق به طور رسمی توسط دولت‌ها به رسمیت شناخته شده است؟ و این حقوق چگونه اجرا می‌شود؟

حمایت از حقوق بشر تا حد زیادی متکی بر سازوکارهای موجود در سطح ملی است. حمایت و درک حقوق بشر در نهایت و بیشتر به تحولات و سازوکارها در سطح ملی بستگی دارد. در هر کشوری، برخورداری از حقوق به قوانین، سیاست‌ها، رویه‌ها و سازوکارهای موجود در سطح ملی بستگی دارد. بنابراین، بسیار مهم است که حقوق بشر بخشی از قانون اساسی و نظام‌های حقوقی ملی باشد، متخصصان حقوقی در کاربرد استانداردهای حقوق بشر آموزش ببینند تا ناقضان حقوق بشر محکوم و مجازات کنند. استانداردهای ملی پیامدهای مستقیم بیشتری دارند و رویه‌های ملی نسبت به استانداردهای موجود در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی قابل دسترسی‌تر هستند.

بنابراین، وظیفه دولت برای احترام، ترویج، حمایت و احقاق حقوق شهروندان در این موضوع بر وظایف دادگاه‌های منطقه‌ای یا بین‌المللی ارجحیت دارد و عمدتاً در مواردی که دولت، عمداً یا به طور منظم، حقوق را نقض می‌کند، ضروری است. همه ما نمونه‌هایی را در ذهن داریم که نشان می‌دهد تا چه حد توسل به مکانیسم‌های منطقه‌ای و بین‌المللی برای به رسمیت شناختن تخلفات انجام شده در سطح ملی ضروری شده است. در صورت تخلف، آگاهی یا کمک در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی می‌تواند محرکی باشد که تضمین حقوق در سطح ملی را ممکن می‌سازد، اما تنها زمانی که تمام راه‌حل‌های ملی تمام شده باشد. به همین دلیل است که ما بقیه این بخش را به این سناریو اختصاص می‌دهیم:

سوال: به نظر شما چرا حتی کشورهایی که سابقه ضعیفی در زمینه حقوق بشر دارند آماده امضای کنوانسیون‌های بین‌المللی در این زمینه هستند؟ (Neumayer, 2005, p49).

حقوق بشر توسط کنوانسیون‌ها به رسمیت شناخته شده است. در سطح بین‌المللی، دولت‌ها با یکدیگر متحد شده‌اند تا کنوانسیون‌های متعددی را درباره موضوع حقوق بشر تنظیم کنند. این کنوانسیون‌ها استانداردهایی را برای رفتار دولت‌ها وضع می‌کنند و تعهدات خاصی را در قبال افراد بر آن‌ها تحمیل می‌کنند. این کنوانسیون‌ها می‌توانند دو نوع باشند که ممکن است الزام آور باشند یا نباشند.

یک سند الزام آور - این معمولاً یک معاهده، کنوانسیون یا پیمان است - تعهد یک دولت برای اعمال برخی حقوق در سطح ملی را تحقق می‌بخشد. به‌طور جداگانه، دولت‌ها تمایل خود را برای مقید شدن به این استانداردها از طریق تصویب یا الحاق ابراز می‌کنند (امضای صرف سند به آن نیروی الزام‌آور نمی‌دهد، حتی اگر نشان دهنده تمایل در این مسیر باشد). بر اساس اعلامیه وین در سال 1979، دولت‌ها مجاز به ارائه رزرو یا اعلامیه‌هایی هستند که آن‌ها را از برخی مقررات پیش‌بینی شده در این سند مستثنی می‌کند، ایده این است که بیشترین تعداد کشورها را برای امضای سند بر اساس سؤال وادار کنند، زیرا به هر حال، بهتر است دولتی داشته باشیم که متعهد به رعایت برخی از مقررات باشد تا هیچ کدام!

با این حال، حقوق بشر در سطح ملی نیز وارد قانون الزام آور شده است. کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشر دولت‌ها را بر آن داشته است تا استانداردهایی را که در قانون اساسی و سایر قوانین ملی خود قید کرده‌اند، لحاظ کنند. بنابراین، این اسناد راه‌هایی را برای جبران نقض حقوق بشر در سطح ملی ارائه می‌دهند. (نژاد منش، 1400: 159).

در مقابل، سندی که از نظر قانونی الزام آور نیست، در واقع فقط یک اعلامیه یا توافق سیاسی یک دولت برای انجام تمام تلاش‌های ممکن برای تضمین تعداد معینی از حقوق است، بدون اینکه به آن ملزم باشد. در عمل، این بدان معنی است که، با وجود گاهی اوقات اراده سیاسی آشکارا قوی، هیچ مکانیسم رسمی (یا قانونی) برای اجرا وجود ندارد.

سوال: ارزش "وعده" ساده احترام به استانداردهای حقوق بشر، بدون حمایت از سازوکارهای قانونی چیست؟ آیا بهتر از هیچ است؟

جلسات مجمع عمومی سازمان ملل متحد یا کنفرانس‌هایی که در یک موضوع خاص برگزار می‌شوند، معمولاً منجر به یک اعلامیه یا سند غیر الزام‌آور می‌شوند. همه کشورها صرفاً به دلیل عضویت در سازمان ملل یا شرکت در کنفرانس، موافق اعلامیه تلقی می‌شوند. به رسمیت شناختن حقوق بشر همچنین می‌تواند در سطح ملی نتیجه پیمانی بین یک دولت و مردم آن باشد. وقتی حقوق بشر در سطح ملی به رسمیت شناخته شد، ابتدا به تعهد دولت در قبال مردمش تبدیل می‌شود.

حقوق بشر به دلیل به رسمیت شناختن آن‌ها توسط ابزارهای گسترده‌ای که از آن‌ها حمایت بیشتری می‌کند، هر روز اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. این پیروزی تنها برای فعالان حقوق بشر نیست، بلکه برای همه افراد به طور کلی است. به عنوان نتیجه این موفقیت، مجموعه گسترده و پیچیده‌های از متون (ابزار) مربوط به حقوق بشر و همچنین رویه‌های اجرای آن‌ها در حال توسعه است.

اسناد حقوق بشر معمولاً به سه دسته کلی طبقه‌بندی می‌شوند: بر اساس محدوده جغرافیایی (منطقه‌ای یا جهانی)، با توجه به دسته حقوقی که تضمین می‌کنند و در صورت اعمال، برای افراد یا گروه‌هایی که این حمایت را به آن‌ها اعطا می‌کنند.

تنها در سطح سازمان ملل، بیش از صد سند به حقوق بشر اختصاص دارد و اگر همه ابزارهایی را که در سطوح مختلف منطقه‌ای وجود دارد را اضافه کنیم، این رقم بیشتر می‌شود. بررسی همه آن‌ها در اینجا غیرممکن خواهد بود. بنابراین، این بخش فقط به اسنادی که بیشتر مربوط به آموزش حقوق بشر در معیارها هستند می‌پردازد:

مهم‌ترین سند جهانی حقوق بشر، اعلامیه جهانی حقوق بشر است که در سال 1948 توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید. به رسمیت شناختن آن اکنون به قدری گسترده است که طبق قوانین بین‌المللی عرفی اجباری تلقی می‌شود، اگرچه در ابتدا چنین نبود. در حوزه حقوق بشر، این سند واقعاً سنگ بنا و منبع الهام ده‌ها سند منطقه‌ای و بین‌المللی و صدها قانون اساسی و قانون است. از یک مقدمه و 30 ماده تشکیل شده است که حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را بیان می‌کند که همه مردان و زنان در هر کجای جهان می‌توانند بدون تبعیض مدعی آن باشند. هم حقوق مدنی و سیاسی و هم حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی را تضمین می‌کند. همچنین حاوی اشاره‌ای قوی به تعهدات جامعه و شهروندان است که برای توسعه کامل و احترام به حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری است. به طور مشابه، حقوق نمی‌تواند توسط افراد یا دولت‌ها برای نقض حقوق بشر مورد استناد قرار گیرد.

ما (متأسفانه) به دنیایی عادت کرده‌ایم که قتل‌های هدفمند یک واقعیت زندگی است. (میر محمد صادقی، 1392: 173) دولت ایالات متحده استدلال خود را می‌کند که حق دارد در برابر هر و همه افراد که به عنوان تروریست معرفی می‌کنند، می‌توانند دفاع کنند. موضع ایالات متحده در این استدلال که نیاز به دفاع از خود در برابر این بازیگران غیردولتی دارد که کشتار آن‌ها را توجیه کند، ثابت بوده است.

یکی از حقوق بنیادین بشر « حق حیات » به عنوان اساسی‌ترین حق انسان است. به رغم جایگاه والای حق حیات در نظام بین‌المللی حقوق بشر، به طرق مختلف به ویژه در وضعیت‌های اضطراری، این حق بیشتر از سایر حقوق بنیادین بشر نقض می‌شود. برای مثال اقدام خصمانه « قتل هدفمند » ناقض حق حیات است، زیرا که آمریکا و رژیم صهیونیستی آن را هم در زمان مخاصمه مسلحانه و هم در زمان صلح اجرا می‌کنند.

البته در زمان مخاصمه، به ندرت مشاهده می‌شود که آمریکا و رژیم صهیونیستی کشتارهای هدفمند را در بحبوحه مخاصمات و در عرصه‌های نبرد انجام دهند، بلکه چنین عملی بیشتر در خارج از عرصه مخاصمات مسلحانه ارتکاب می‌یابد، بنابراین جامعه جهانی به ویژه سازمان ملل متحد چنین اقدامی را فراقانونی و فراقضایی تلقی نموده و خواستار توقف آن شده است. همچنین گزارشگران ویژه شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد، «الستون»^۵ و «آشتون»^۶ در گزارشهای خود با عنوان «اقدام‌های فراقانونی، خودسرانه و اختصاری» نیز «قتل هدفمند» را در خارج از عرصه‌های نبرد و زمان صلح، عملی فراقانونی و در نتیجه، به خاطر نقض بارز حق حیات غیرقانونی اعلام نموده‌اند. بنابراین اقدام آمریکا و رژیم صهیونیستی در به کارگیری «قتل هدفمند» در زمان صلح، ناقض حقوق بشر است (اخوان فرد و ابراهیمی، ۱۳۹۹: ۶۴-۲۱).

۲- دیدگاه متأثر از حقوق توسل به زور (نظریه دفاع مشروع):

از نظریه دفاع مشروع و یا نظریه متأثر از حقوق توسل به زور در راستای تحقق حمایت از عملیات‌های قتل هدفمند بهره گرفته می‌شود، بر پایه دیدگاه حاضر قطعاً می‌توان اظهار داشت، حملات تروریستی از منظر حقوقی به مثابه حملات مسلحانه قابل توصیف بوده و آن را مقدمه بر اعمال حق ذاتی در دفاع مشروع در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد به شمار آورد. هر چند متجاوز یک کشور یا دولت نبوده است، بلکه بازیگری غیر دولتی مانند گروه‌های تروریستی بوده است و اگر پیش از این شک و تردیدی وجود داشت، پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۱۱ دیگر شک و ابهامی باقی نمانده است.^۷

پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۱۱ دیدگاه صاحب‌نظران حداقل سه بازخورد بین‌المللی داشت که همگی حاکی از تایید حق دفاع مشروع ایالات متحده آمریکا می‌باشد:

بر اساس پیمان‌نامه منشور سازمان ملل متحد حق دفاع مشروع تنها در صورت وقوع پیوستن حملات مسلحانه مجاز بوده و باعث مجاز اعلام شدن حق استفاده از زور به شرط آنکه با حقوق بشردوستانه (حقوق مخاصمات مسلحانه) منطبق باشد، می‌شود:

بازخورد اول این است که در ارتباط با وقایع ۱۱ سپتامبر ۲۰۱۱ قطعنامه‌های وصل شده ۱۳۸۶ و ۱۳۷۳ شورای امنیت حق دفاع مشروع را در جنبه فردی و گروهی در صورتیکه قابل انطباق با منشور باشد، را به دلیل حمله تروریستی وحشتناک به ایالات متحده آمریکا می‌دهد.^۸

و در بازخورد دوم ناتو بعد از این وقایع ماده ۵ معاهده آتلانتیک شمالی ۱۹۴۹ را که بر پایه حمله تروریستی مسلحانه به یکی از اعضای پیمان نامه به منزله حمله به تمامی متحدان پیمان نامه است، مورد اشاره قرار داد و آگاه هستیم که با وقوع حملات تروریستی مسلحانه طرف مورد حمله مجاز به دفاع مشروع از خود می‌باشد.

و در بازخورد سوم اعضای انجمن کشورهای آمریکایی با بیان آنکه حملات تروریستی انجام شده در ایالات متحده آمریکا حمله بر علیه تمامی کشورهای آمریکایی محسوب شده و توجه خود را به ماده ۳ معاهده ریو که حق دفاع مشروع و ماده ۵۱ منشور ملل متحد و معطوف کرده بودند.^۹

۵. Filip Aleston. ۶. Catherine Margaret Ashton. ۷. Dinstein Y., "War, Aggression and Self-Defense", p: 329. ۸. UN SC Doc. 2001a, 2001b in: Ibid.

۹. See Dinstein Y., Ibid.

در نتیجه بعضی از دول و سازمان‌های بین‌المللی اراده آشکار و صحیح خود را بیان و اعلام کردند، حمله تروریستی ۱۱ سپتامبر یک حمله مسلحانه تلقی و ایالات متحده آمریکا حق استفاده از زور بر علیه گروه تروریستی و دفاع مشروع را زیر نظر حاکمیت قوانین و مقررات حقوق بین‌الملل بشر دوستانه دارا می‌باشد، لیکن دفاع مشروع استثنائی دارد و آن منع توسل به زور می‌باشد و تنها با رعایت دو اصل است، تناسب^{۱۰} و ضرورت^{۱۱} است که میتوان از آن استفاده نمود.

یکی از برجسته‌ترین حقوقدانان بین‌الملل که از منتقدین مفهوم جنگ با ترور و وجود رابطه‌ی مخاصمه مسلحانه فی ما بین کشورها و تروریستها می‌باشد، بر این باور است که نیروی مسلح یک کشور فقط در مقام دفاع مشروع خود اجازه دارد، بر علیه تروریستها و حملات تروریستی متوسل به زور شود. (O'Connell, 2017, pp 535-538). همچنین وی ماده 51 منشور ملل متحد را تفسیر موسع مینماید و دفاع مشروع را که با کمک جستن از توسل به زور در صورتی مشروع میداند که حملات تروریستی رو به گسترش بوده و یا با هدف پیشگیری از حملات محتمل از سوی تروریستها در آینده لازم باشد.

به عنوان مثال، اگر کشور مورد هدف پی ببرد، گروههای تروریستی در حال اجرای یک حمله مخوف تروریستی و و قریب الوقوع بر علیه آن دولت می‌باشند مجاز به استفاده دفاع مشروع بازدارنده یا پیشگیرانه است. باید متذکر این امر شد که دفاع مشروع خواه مضیق یا خواه موسع باشد، خصوصیتی گذرا است و بدین معنی است که هر زمان خطر از میان برود، حق استناد به دفاع مشروع نیز از بین خواهد رفت. بر خلاف وجود وضعیت مخاصمه مسلحانه و جنگ که حق برخورد همیشگی و مداوم است و تنها زمانی محدودیت پیدا میکند که ملزم به رعایت اصول و قواعد حقوق بشردوستانه باشد.

برای مثال، نمونه اصل ضرورت دفاع مشروع بعد از هر حمله مسلحانه تروریستی، متضمن اثبات شروط یاد شده ذیل می‌باشد:

اول آنکه، انتظار تداوم حملات تروریستی از سوی فرد یا گروههای تروریستی وجود داشته باشد، به طوری که ترور شخص یا اشخاص مزبور در کشور دیگر اقدام دفاعی نه تنبیهی محسوب شود.

دوم اینکه، آخرین راه مقابله باشد، بدین معنا و مفهوم که ابزارهای جایگزینی چون بازداشت برای متوقف ساختن حملات مسلحانه فرد یا گروههای تروریستی موجود و در دسترس نباشد. (Dinstein, 2003, p208). اصل تناسب این نکته را یادآورد میشود که تنها باید عملیاته‌ای تروریستی هدفمند نسبت به فرد یا گروه مورد هدف، موثر واقع شود و تجاوز و تعدی از شرایط اساسی توسل به زور در دفاع مشروع تلقی نشود.

بعضی از حقوقدانان توجه و تمرکز خود را در دفاع مشروع بجای بکارگیری اصل فوریت^{۱۲}، به اصل « قریب الوقوع بودن » می‌گذارند، و منظور از این اصل آن است که احتمال وقوع خطر حملات تروریستی فرد یا گروههای تروریست به قدری نزدیک است. اگر نتوان شخص مذکور یا سرکرده گروه مذکور را از بین برد، شدت حمله آنان سبب ویرانی و تلفات سنگین جانی و مالی می‌شود^{۱۳} معیار قریب‌الوقوع نظیر معیار فوریت، معیاری زمانی نمی‌باشد، بلکه به معنی آخرین فرصت یا مجال می‌باشد، بدین معنی که تنها راه پیشگیرانه از حملات مخاصمات تروریستی کشتن و قتل سر کرده یا سرکردگان مجرمان است. به نظر می‌آید اصل تناسب و ضرورت بیش از دو اصل فوریت و اصل قریب الوقوع بودن با موضوع تناسب دارد. سرتیپی و موسی زاده، ۱۳۹۱: ۵۴-۵۵).

¹⁰ Proportionality. .

¹¹ Necessity.

¹² Immediacy.

¹³ Imminence. .

آمریکایی‌ها در پی تجاوز نظامی در سال ۲۰۰۳ و بدون مجوز شورای امنیت سازمان ملل متحد وارد این کشور شده و تاکنون به بهانه‌های مختلف از جمله توافقنامه امنیتی میان دو کشور عراق و آمریکا از این کشور خارج نشده‌اند. توافقنامه امنیتی که در سال ۲۰۰۸ امضا گردیده و بر اساس آن نیروهای آمریکا باید تا ۳۱ دسامبر سال ۲۰۱۱ از خاک عراق خارج می‌شدند ولی به بهانه مبارزه با گروه تروریستی داعش و البته درخواست عراق، در این کشور ماندگار شده‌اند.

توافقنامه‌ای که به موجب آن، آمریکایی‌ها می‌بایست تمامی تحرکات نظامی خود در خاک عراق را با هماهنگی دولت مرکزی انجام دهند؛ اما در کمال تعجب و در نهایت تخاصم و البته برخلاف توافقنامه، به مواضع و محل رفت‌وآمد نیروی نظامی رسمی عراق (حشد الشعبی) حمله کرده و حاکمیت و امنیت عراق را نقض نموده است. اقدامی که نقض آشکار توافقنامه امنیتی میان دو کشور تلقی می‌شود چراکه در هیچ موردی از آن دیده نمی‌شود که آمریکایی‌ها مجوزی برای اقدام نظامی علیه حاکمیت و امنیت ملی عراق و نیروهای نظامی این کشور داشته باشند و بتوانند دست به اقدامات خودسرانه نظامی در این کشور بزنند.

دولت آمریکا در بیانیه مغشوش خود در خصوص علت حمله به سردار سلیمانی، بی‌آنکه به صراحت به دکترین‌های «دفاع مشروع پیشگیرانه یا پیش‌دستانه» استناد کند، به‌طور ضمنی سعی بر القاء این ادعا داشته است که سردار سلیمانی علاوه بر دست داشتن در حمله ۲۷ دسامبر به مقر نیروهای آمریکایی و تأیید حمله به سفارت آمریکا به دنبال انجام حملات بیشتر علیه نیروهای آمریکایی در عراق بوده است و حمله به او در قالب دفاع مشروع پیشگیرانه ضرورت داشته است. این ادعا به‌وضوح در توییت ترامپ در این خصوص آشکار است؛ که مدعی شده است که «قاسم سلیمانی هزاران سرباز آمریکایی را یک دوره بلند زمانی کشته یا به‌سختی مجروح ساخته و برای کشتن شمار بیشتر نیز توطئه می‌کرده است...»

حملات آمریکا علیه نیروهای نظامی حشد شعبی که نیروی نظامی کاملاً رسمی در عراق محسوب می‌گردند و تحت امر فرمانده کل نیروهای مسلح این کشور می‌باشند، علاوه بر نقض آشکار توافقنامه امنیتی امضا شده میان دو کشور، نقض اصل عدم توسل به‌زور به‌عنوان قاعده‌ی آمره بین‌المللی نیز محسوب می‌گردد. منشور ملل متحد، سه استثنا را بر منع مطلق توسل به‌زور شناسایی کرده است که عبارت‌اند از:

۱. اقدام نظامی بر اساس نظام امنیت جمعی (ماده ۴۳)

۲. دفاع مشروع (ماده ۵۱)

۳. رضایت بر تهدید و کاربرد زور؛

و از آنجا که حمله پهباد آمریکایی به سردار شهید سلیمانی و ابومهدی مهندس و همراهانشان، در چارچوب هیچ‌کدام از استثنائات ذکر شده قرار نمی‌گیرد. لذا این اقدام به‌روشنی در تضاد آشکار با این اصل مهم و اساسی منشور یعنی منع توسل به‌زور دولت‌ها قرار می‌گیرد، موضوعی که در نظام حقوق بین‌الملل اکیداً ممنوع است. (محسنی، ۱۳۹۳: ۸۴).

۳- دیدگاه حقوق بین‌المللی مخاصمات مسلحانه

مقررات بین‌المللی حاکم بر روابط خصمانه طرفین نبرد یعنی نحوه‌ی هدایت مخاصمات «حقوق در مخاصمه» و اصطلاح امروزی آن «حقوق بشر دوستانه» نام دارد. مطابق این حقوق هدایت مخاصمات بی‌قید و بند نیست، حتی اعمال خصمانه هم باید با محوریت قواعد حقوقی باشد، که ناظر بر نحوه رفتار با افراد در جریان مخاصمه مسلحانه است. (دستغیب، ۱۳۹۶: ۱۸) طبق قاعده حقوقی که وجود دارد، هر یک از طرفین مخاصمه می‌توانند از هر روش جنگی که بخواهند استفاده نمایند، در این صورت استفاده از هر تاکتیک نظامی در مخاصمه برای حمله کردن به افراد، باید مطابق با حقوق بشردوستانه باشد و نتیجه اینکه باید طبق قاعده حقوق بشر دوستانه از فن‌های نظامی استفاده کرد و خارج از چارچوب آن، مخالف با حقوق بشر دوستانه بوده و غیر مجاز شمرده می‌شود.

اما سوالی که پیش می‌آید این است که طبق حقوق بشر دوستانه چه شرایطی باید وجود داشته باشد تا «قتل هدفمند» مجاز شمرده شود؟ به بیان دیگر «قتل هدفمند» مطابق با کدام موارد با حقوق بشر دوستانه مطابقت دارد؟
اولاً: کشتن افراد در صورتی مجاز است که در زمان مخاصمه باشد، نه زمانیکه جنگ ومخاصمه‌ای در میان نباشد یا آتش بس اعلام شده باشد.

ثانیاً: تنها در صورتی می‌توان به غیرنظامیان حمله نمود که آن‌ها در مخاصمه مشارکت مستقیم داشته باشند.
و ثالثاً: غیرنظامیانی که مشارکت مستقیم در جنگ دارند یا باید به دشمن صدمه وارد کرده باشد و یا اینکه در آستانه صدمه زدن به دشمن قرار گرفته باشند.

بنابراین اگر رژیم صهیونیستی و آمریکا در حملات هدفمندی که انجام می‌دهند، موارد فوق را رعایت نمایند، اقدامات انجام شده آن‌ها مجاز تلقی می‌شود، اما به وضوح شاهد آن هستیم که رژیم صهیونیستی در درگیری‌هایی که با گروه‌های فلسطینی و لبنانی داشت، همچنین درگیری میان آمریکا با گروه‌های تروریستی، هیچکدام از دولت‌های آمریکا و رژیم صهیونیستی شرایط ذکر شده را رعایت ننمودند، بدلیل آن که هدف آمریکا و رژیم صهیونیستی از انتخاب تاکتیک «قتل هدفمند» سبب اختیار خود در حمله به افراد است.

رژیم صهیونیستی بر این باور است که طبق حقوق بشر دوستانه به ویژه کنوانسیون چهارم ژنو، به منظور حفظ امنیت خود مجاز به اتخاذ اقدامات خصمانه علیه گروه‌های مبارز فلسطینی و لبنانی است و این گروه‌ها به خاطر اینکه دولت محسوب نمی‌شوند، نمی‌توانند خواستار اجرای حقوق بشر دوستانه باشند، چرا که طبق حقوق بشر دوستانه، فقط دولت‌ها صاحب حقوق و تکالیف هستند، نه گروه‌های غیردولتی. چنین استدلالی نظر به اینکه فلسطین یک سرزمین اشغالی است و در نتیجه کنوانسیون‌های ژنو در آن قابلیت اجرایی دارند، مطرود است. (قربانیان، 1378: 40).

طبق حقوق بشر دوستانه، اگر فرد غیر نظامی در سرزمین‌های اشغالی به صورت مستقیم و فعال در مخاصمات مسلحانه شرکت کند، کشتن او جایز است، ولی به شرطی که در بازه‌ی زمانی مشارکت مستقیم و یا فعال باشد، اما رژیم صهیونیستی خلاف این مقرر با عنوان «قتل هدفمند» به محل سکونت افرادی که به ادعای رژیم صهیونیستی قبلاً در درگیری‌های مسلحانه مشارکت مستقیم و فعال داشته‌اند، حمله می‌کند و حتی به رهبران غیر نظامی مذهبی و سیاسی حمله می‌کند که نقش غیرمستقیمی در هدایت مخاصمات مسلحانه دارند.

در حوزه‌ی حقوق بشر دوستانه، به طور کلی سه نظریه در خصوص «قتل هدفمند» مطرح می‌شود:

نظریه اول با استناد به قبلیت اعمال حقوق بشردوستانه بر جنگ علیه تروریسم و درگیری‌های مسلحانه با بازیگران غیردولتی، «قتل هدفمند» را غیرقانونی می‌داند، نظریه دوم با استناد به تحول طرفین درگیری‌های مسلحانه و نحوه هدایت آن «قتل هدفمند» را قانونی می‌داند، و نظریه سوم نیز با تصریح بر اینکه حملات هدفمند به لحاظ جغرافیایی و زمانی محدود به منطقه و زمان خاصی نیست، «قتل هدفمند» را قانونی می‌داند.

در نگاه برخی غربی‌ها بنظر می‌رسد نظریه اول بیشتر مبتنی بر حقوق بشر دوستانه است، اما نظریه دوم عملکرد دولت‌ها را مدنظر قرار می‌دهد و نظریه سوم علاوه بر این که به عملکرد دولت‌ها توجه می‌کند، متاثر از اقدامات فراقانونی دولت‌ها در مبارزه علیه تروریسم است. در مجموع، باتوجه به این که از یک طرف، عملکرد دولت‌ها در خصوص «قتل هدفمند» تا به امروز مبدل به رویه بین‌المللی نشده است و از طرف دیگر، حقوق بشردوستانه به ویژه در زمینه‌ی مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی نیازمند توسعه است، نظریه دوم به شرطی ارجحیت دارد که «قتل هدفمند» در زمان مخاصمه و میدان نبرد باشد.

در پی تشدید به کارگیری تاکتیک «قتل هدفمند» توسط رژیم صهیونیستی، «انجمن فلسطینی حمایت از حقوق بشر و محیط زیست» با همکاری «کمیته ضد شکنجه رژیم صهیونیستی» در سال 2002 طی دادخواستی با محوریت لزوم ممنوعیت «قتل هدفمند» دعوایی را علیه سران سیاسی و نظامی رژیم صهیونیستی در دیوان‌های رژیم صهیونیستی طرح نمود، اما این دیوان در تاریخ 14 دسامبر 2006، بیشتر به صورت مصلحتی عمل نمود و اعلام کرد که همه قتل‌های هدفمند غیرقانونی نیستند، بلکه بسیاری از آن‌ها در راستای حقوق بشردوستانه ناظر بر هدایت مخاصمات است.

متاسفانه حکم دیوان مذکور منفذی بر مشروعیت و دوام «قتل هدفمند» تلقی گردیده است. در مجموع، می‌توان گفت که طبق حقوق بشردوستانه، کشتن افراد مشارکت مستقیم در مخاصمه تحت عنوان «قتل هدفمند» در میادین مخاصمات جایز است، ولی نگرش موسع رژیم صهیونیستی با عنوان اخیراً غیرقانونی است، به عبارت دیگر، این نوع قتل زمانی و مکانی است، نه فرازمانی و فرامکانی. (اخوان فرد و ابراهیمی، 1399: 21).

نتیجه‌گیری

آثاری که این‌گونه قتل‌های غیرقانونی از خود بر جای می‌گذارند، طبیعی است که از بعد داخلی و بین‌المللی با هم تفاوت دارند، حتی از نظر مراجع صالح به رسیدگی با توجه به قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی از جهات متفاوت حائز اهمیت می‌باشد، نگاهی اجمالی به سیر تاریخی ترورهای هدفمند غیرقانونی این مهم را نشان می‌دهد که از ابتدای خلقت بشر چنین جنایاتی وجود داشته و دارد اما رفته رفته با شکل‌گیری جوامع و پیشرفت‌هایی که حاصل شده، شکل و نحوه ارتکاب آن‌ها نسبت به گذشته تفاوت پیدا کرده است.

قتل‌های فراقضایی خارج از محدوده و فرایند قانونی و قضایی و بدون انجام تشریفات مربوط به دادرسی عادلانه و منصفانه صورت می‌گیرد. از این رو مهم‌ترین چالش فراروی قتل‌های فراقضایی عدم صلاحیت مرتکبان این ترورهای غیرقانونی و عدم طی تشریفات قانونی آن می‌باشد. همین مسئله تبدیل به یکی از بزرگ‌ترین رویکردهای جامعه جهانی در مقابله با عاملان این جنایت می‌باشد. لازم به ذکر است که قتل‌های فراقضایی بدون شک نقض قوانین حقوق بشری و معاهدات بین‌المللی است، چراکه به زعم بسیاری از علمای حقوق این جنایات خودسرانه و بدون توجه به نقض قوانین آمره انجام می‌شود. ترور هدفمند امروزه به یکی از معضلات جامعه جهانی مبدل شده است و به نوعی می‌توان گفت که یکی از پر کاربردترین و اساسی‌ترین سلاح برای از بین بردن اهداف نظامی و سیاسی با استفاده از ابزارهای نوین جنگی است.

قتل هدفمند یا ترورهای غیرقانونی امروزه تبدیل به یک تاکتیک نظامی برای از میان بردن اهداف گوناگون و مهم شده است. وجه تمایزی که قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه آن را محکوم می‌کند، این است که اگر قتل‌های غیرقانونی خارج از درگیری مسلحانه باشد، از منظر بین‌الملل ممنوع می‌باشد. مفهوم مخالف این موضوع این است که اگر ترور هدفمند یا غیرقانونی در جریان یک درگیری مسلحانه باشد مجاز شمرده شده است. هرچند که در این زمینه نیز استثنائاتی وجود دارد.

از نقطه‌نظر دیگر اینکه اگر قتل‌های غیرقانونی یا ترورهای هدفمند خارج از قلمرو سرزمینی واقع شود، چه تبعاتی را به دنبال خواهد داشت. به طور کلی بایستی گفت که گسترش صلاحیت موازین کنونی به معنی مداخله در امر حاکمیت کشورهای دیگر نیست، چرا که مطابق اصول فراسرزمینی دولت‌ها، مطابق قوانینی که در داخل کشور وضع کرده‌اند، این صلاحیت را خواهند داشت که اگر جرمی توسط اتباع آن کشور و علیه منافع آن کشور در خارج از قلمرو سرزمینی واقع شود، این صلاحیت را دارا باشند که به اینگونه جرائم رسیدگی نمایند.

قتل‌های فراقضایی نمونه بارز این جنایات می‌باشد که به تعبیری منافع یک دولت را به خطر می‌اندازد و دولت‌ها با توجه به مواد قانونی و بر اساس موازین و معاهدات بین‌المللی صلاحیت تعقیب و رسیدگی به جرائم عاملان قتل‌های غیرقانونی را داشته باشند. از منظر قوانین بین‌المللی قتل‌های غیرقانونی یا ترورهای هدفمند نوعی قتل عمدی و با برنامه‌ریزی قبلی و سازملندگی شده می‌باشد که می‌تواند از سوی گروه‌ها و سازمان‌ها و نهادهای غیردولتی نیز واقع شود.

آنچه که در قتل‌های فراقضایی اهمیت دارد و واکنش‌های شدیدتری را در مقابله با این جرائم برمی‌انگیزد، این است که عاملان و مرتکبان این جنایات به جای آنکه اهداف خود را به یک دستگاه قضایی مراجع صلاحیت‌دار تحویل دهند، خودسرانه و دلبخواهی اقدام به ترور و قتل آن‌ها می‌نمایند که این امر باعث ایجاد هرج و مرج و بی‌نظمی در جامعه شده و بسیاری از معادلات داخلی و بین‌المللی را به هم می‌ریزد.

از سوی دیگر تابه حال حقوق بین‌الملل در مساعدت و همکاری با یکدیگر در مقابله با عاملان این جنایات با توجه به عملکردی که تا الان از خود نشان داده، چندان موفق عمل نکرده‌اند و این یکی از نقاط ضعف جامعه جهانی برای مبارزه با پدیده شوم تروره هدفمند یا غیرقانونی می‌باشد. ترور در واقع به عنوان یکی از میراث شومی برای بشر است که نسل به نسل و جامعه به جامعه گذر کرده و در دنیای امروز به عنوان یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین مسائل مهم و روز دنیا تبدیل شده است.



- 2- اخوان فرد، مسعود؛ ابراهیمی، وحید؛ قتل هدفمند در سنجه حقوق برمخاصمه، حقوق در مخاصمه و حقوق بشر: مطالعه موردی شهدای فلسطین. فصلنامه گفتمان راهبردی فلسطین، سال دوم، شماره 3، بهار 1399، ص 21 الی 64.
- 3- افشار، اسدالله، "ترور هدفمند" به تبیین و بررسی ابعاد سیاسی، 1399، ص 82
- 4- سرتیپی، حسین؛ بردبار، احمدضا؛ موسی زاده، محمد؛ بررسی و نقد ترور هدفمند، مبارزه با تروریسم و حقوق مخاصمات مسلحانه بین المللی. فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال 14، شماره 38، پاییز وزمستان، 1393، صص 54-55.
- 5- برگمن، روئن، "برخیز و اول او را بکش"، 1397، انتشارات جنگل، ص 67
- 6- حمزه زاده موسوی، نجمه، قتل هدفمند در مبارزه با تروریسم از منظر حقوق بین الملل، چاپ اول، انتشارات تهران خرسند، 1400، ص 9
- 7- شهسواری، احسان و محمدی، فرزاد، هدفمند در حقوق بین الملل، چاپ اول، انتشارات خرسندی، 1396، ص 11
- 8- دستغیب، سیدمحمد رضا؛ توحیدی، احمد رضا؛ قائمی، سیدمحسن، نظام حقوق بشردوستانه ناظر به حق بر آن، چاپ اول، انتشارات خرسندی، 1396،
- 9- قربانیان، ناصر، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، چاپ دوم، تهران، انتشارات پژوهشگاه و علوم اسلامی، 1378، ص 4-
- 10- محسنی، مرتضی، مسولیت کیفری، چاپ چهارم، جلد 3، انتشارات گنج دانش، 1393، ص 84.
- 11- میر محمد صادقی، محمد، جرایم علیه امنیت ملی، چاپ چهاردهم، انتشاراتی میزان، 1392، ص 173
- 12- نژادی منش، هیبت الله، تروریسم و حقوق بین الملل، چاپ اول، تهران، انتشارات نشر میزان، 1400، ص 159
- 13- ستاری، عزیزی " بررسی قتل هدفمند از نگاه حقوق بین الملل و حقوق داخلی، 1399.

14- Neumayer, Eric. 2005. Do international human rights treaties improve respect for human rights? Journal of Conflict Resolution.

15- O'Connell M.E., "When is a War not a War? The Myth of The Global War on Terror" No 2

16- Dinstein, Y., "War, Aggression and Self-Defense", Cambridge University Press 3rd ed., 2003

17- in "Hostilities Under International Humanitarian Law", ICRC (May 2009), pp. (1-99)

مطالعه تطبیقی ماهیت ورشکستگی در نظام فقهی

حقوقی ایران و نظام ورشکستگی آلمان و فرانسه

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

سید صالح پیش بین



۱. مقدمه:

ورشکستگی از جمله مفاهیمی است که به دوران اخیر محدود نمیشود؛ آنچه که در کشورهای اروپایی علی الخصوص فرانسه با اندکی تغییر تحت عنوان ورشکستگی^۱ مطرح شد، قرن ها پیش در کشورهای اسلامی به عنوان افلاس و اعسار شناسایی شده بود؛ علیرغم پژوهش های فراوانی که در زمینه تفاوت ورشکستگی با مفهوم اعسار و افلاس تاکنون انجام پذیرفته است، هیچگاه به صورت منسجم به ماهیت ورشکستگی و بررسی این موضوع در رؤیه قضایی و نظر فقها صورت نگرفته است، این مهم که ورشکستگی را امری حسبی بدانیم یا ترافیعی؟ از آن جهت حائز اهمیت خواهد بود که تبعات اقتصادی- حقوقی فراوانی به دنبال خود می آورد؛ به طور کلی سه پیش فرض را میتوان در خصوص آن در نظر گرفت، اول آنکه دادستان به عنوان نماینده جامعه و دولت مسئولیت چنین امری را به طور کامل برعهده داشته باشد، فرض دوم که بسیاری از فقها و حقوقدانان نیز بر آنند، ترافیعی دانستن موضوع و عدم دخالت دادستان به طور کلی در موضوع بحث می باشد؛ فرض سوم آن است که دیدگاه میانه را در پیش بگیریم و هم دادستان و هم طلبکاران را شروع کننده دادرسی چنین امری بدانیم؛ برای درک این مطلب که ساز و کار شروع امر ورشکستگی به چه صورت است، که هدف ما از انجام این تحقیق است، نیاز به دانستن تعاریف صحیح اصطلاحات مربوطه و همچنین شناخت کافی از رویه سایر کشور ها دارد، بدین منظور قوانین کشورهای فرانسه و آلمان در این زمینه نیز بررسی خواهد شد.

چکیده:

ورشکستگی، اتفاقی حقوقی و اقتصادی است که ممکن برای هر تاجر یا شرکت تجاری پیش بیاید؛ یکی از مسائل مهم در خصوص این موضوع؛ که در قانون امروزه ما مسکوت مانده بحث ماهیت شروع فرایند قانونی ورشکستگی تجار است، هر چند در قانون ما به بحث ورشکستگی و تصفیه امور ورشکستگی بسیار پرداخته اما از یکی از ابتدایی ترین مسائل این حوزه یعنی آغاز فرایند ورشکستگی به لحاظ دادرسی صحبتی نشده است، که این پرسش را به میان می آورد که آغاز ورشکستگی با کیست و چه ماهیتی دارد؟ بدین معنی که اگر امر حسبی باشد دادستان مسئول شناسایی و تشخیص تاجر ورشکسته است و اگر امر ترافیعی باشد با شکایت طلبکاران فرایند ورشکستگی آغاز میشود و لاغیر. در این میان اعلام ورشکستگی به وسیله خود تاجر نیز مسئله ایست که خود نیاز به بررسی جداگانه ای دارد. در این مقاله به بررسی حسبی یا ترافیعی بودن از طریق تطبیق این موضوع با نظام حقوقی دو کشور آلمان و فرانسه خواهیم پرداخت.

کلیدواژه: ماهیت ورشکستگی، امر حسبی، امر ترافیعی، نظام ورشکستگی آلمان، نظام ورشکستگی فرانسه

1.2 افلاس:

مفلس کسی است که دین وی از مالش بیشتر است و دارایی اش برای ادای آن کافی نیست. (شهید اول ۱۴۰: ۳۴۷) افلاس به وضعیتی گفته میشود که برای شخص مفلس، حتی فلوسی (پول سیاه/ چیز بی ارزشی) برای خرج کردن باقی نمانده، مستفاد از قواعد اسلامی، در صورتی که دادگاه به دعوی افلاس رسیدگی کند و حکم آن علیه شخص باشد، این رسیدگی و حکم صادره از آن را اصطلاحاً "تفلیس" و شخص مورد حکم را مفلس میخوانند به عبارت دیگر تفلیس عمل صدور حکم قاضی نسبت به شخصی است که حتی فلوسی برای آن نمانده است.¹

صاحب جواهر در این باره میگوید: «قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضي». (نجفی، 1369: 281) بعضاً تفلیس عبارت از حجر و منعی است که قاضی در مورد مفلس اعمال میکند که اینک گفته میشود قاضی او را مفلس کرد.

1.1.2 افراد شروع کننده افلاس:

اشخاصی که صلاحیت تقاضای حجر و حکم تفلیس از محکمه را دارند عبارتند از:

الف) بستانکاران، کلیه بستانکاران یا عده ای از آنها میتوانند تقاضای حجر مدیون را از محکمه را بنمایند. «ان يرجع الغرماء كلهم أو بعضهم اذا لم يف ماله بدین ذلك البعض الي الحاكم و يلتمسوا منه الحجر عليه الا ان يكون الدين لمن كان الحاكم وليه كمجنون و اليتيم» (خمینی (ره) 1387: 18)

به دو نکته باید توجه داشت اول اینکه اصولاً خواست بستانکاران از محکمه، از شروط اعتبار دعوی افلاس دانسته شده و دوم اینکه تنها در صورتی که طلب بستانکاران کمتر از داراییهای مثبت مدیون باشد، این امر ممکن است که محکمه در صورت صحت تقاضای آنان و مؤجل بودن دارایی های شخص، مبادرت به صدور حکم افلاس کند.

ب) مدیون، به شخص مدیون این امکان داده شده تا از محکمه حکم افلاس خود را تقاضا کند، البته این موضوع اختلاف است، به طوریکه صاحب جواهر اعتقاد بر آن دارد که حاکم شخصی را که علیه خود تقاضای حجر نماید را منع میکند.¹

البته برخی نظر دارند که درخواست افلاس از امور حسبی است و علاوه بر بستانکاران، مدیون هم میتواند رأساً تقاضای چنین حکمی بکند، نا گفته نماند که علمای اهل سنت نیز معتقدند که مدیون نمیتواند تقاضای حکم حجر خویش را بنماید البته شافعی این امر را جائز میدانند. (همان، 26)

ج) حاکم، گفته شده که حاکم یا قاضی میتواند رأساً چنین تصمیمی گرفته و حکم به حجر و افلاس مدیون بدهد. با توجه به نظر برخی فقها اگر قاضی خود به این نتیجه برسد که شخص مدیون، به درجه ای از عسر رسیده است که نمیتواند بدهی های خود را بپردازد، میتواند حکم افلاس وی را صادر نماید البته برخی از فقها چنین حقی برای حاکم قائل نیستند. (محقق داماد، 1397: 119)

2.2 اعسار:

اعسار در معنای کسی است که تاجر نبوده و به جهت کافی نبودن دارایی و یا دسترسی نداشتن به آن قدرت دادن بدهی های خود را و یا هزینه دادرسی را نداشته باشد. (لنگرودی، 1387: 1817) ماده 6 قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب 1394: «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد» تبصره این ماده نیز مانند آنچه که فقها در خصوص افلاس عنوان کردند، عدم قابلیت دسترسی به مال را در حکم نداشتن مال دانسته است و اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال برعهده مدیون دانسته است.

آنچه که موجب تفاوت اعسار و ورشکستگی میشود و اعسار را از حیطة بحث خارج میکند، این است که ورشکستگی درخصوص تاجر و اعسار در خصوص غیر تاجر است؛ صدور حکم ورشکستگی با تقاضای مدعی العموم یا تاجر یا بدهکاران است ولی در اعسار فقط بدهکاران چنین حقی دارند، ۴۱۹ قانون تجارت ورشکسته را از اداره اموال خود باز میدارد ولی معسر اینگونه نخواهد بود. و در نهایت اینکه در ورشکستگی طلبکاران امکان اقدام فردی را ندارند، درحالی که در اعسار دارند. (سماواتی، 1395: 41)

3.2. تعریف و تاریخچه ورشکستگی در ایران:

ورشکست یا ورشکستن در معنای لغوی اطلاق به کسی دارد که سرمایه و مال خود را از دست داده (معین، 1381: 2045).

ورشکستگی یا توقف، مخصوص تاجر یا شرکت تجاری است؛ توقف در لغت به معنای بازایستادن، درنگ کردن و واماندگی است. ماده 412 قانون تجارت ورشکستگی را اینگونه تعریف میکند: "ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تادیه وجوهی که بر عهده او است حاصل می‌شود..." در میان حقوقدانان در وضعیت ورشکستگی، ورشکسته از مداخله در تمام اموال خود ممنوع میشود و در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته، مدیر تصفیه یا اداره تصفیه به قائم مقامی وی عمل میکند. (حسنی، 1392: 11)؛ فی الواقع حقوق ورشکستگی شاخه‌ای از حقوق است که موضوع آن قواعد حاکم بر پدیده ناتوانی از تادیه دین و هدف آن، تقلیل و توزیع بهینه زیانهای ناشی از این ناتوانی میان بدهکار طلبکاران و دیگر طرفهای متأثر از این واقعه است. (کاویانی، 1393: 14)

تا قبل از تصویب قوانین تجاری مصوب ۱۳۰۳، ۱۳۰۴ و ۱۳۱۱ در ایران قانون گذار ما مقرراتی برای ورشکستگی وضع نکرده بود و مقررات راجع به افلاس، هم در مورد تاجر و هم در مورد غیرتجار اعمال و اجرا میشد؛ به موجب این مقررات، بدهکاری که از پرداخت دیون خود عاجز بود مفلس تلقی شده اموالش از تصرف خارج و با نظارت حاکم میان طلبکاران تقسیم میشد. هرگاه بدهکار از بد حادثه مفلس می‌شد، به عنوان مصداقی از حدیث پیامبر (ص) «المفلس فی امان الله» تحت حمایت حاکم قرار میگرفت تا مورد اذیت و آزار طلبکاران واقع نشود. هرگاه شخص در افلاس خود مرتکب سوء استفاده می‌شد، مجازات می‌گردید. (اسکینی، 1398: 18)؛ از آنجا که اصولاً مقررات افلاس نسبت به بدهکار سختگیر نبود، با توسعه روابط بازرگانی و تفاوت بنیادین در هدف معامله بین تاجر و غیرتاجر و گسترش مفاهیم و سواد اقتصادی در جامعه؛ قانون گذار ایران با استفاده و نمونه برداری از مقررات حقوقی کشورهای اروپایی تأسیس ورشکستگی را با تصویب قانون تجارت وارد حقوق ایران کرد. (شقایق نژاد، 1372: 30)

متفاوت بودن زمینه پیدایش اعسار و افلاس، که اسلام بود و مقررات ورشکستگی جدید که از حقوق فرانسه گرفته میشد، موجب تفکیک ماهیتی این مفاهیم شد، قانون اعسار و افلاس ۱۳۱۰ ه.ش که در مدت کوتاهی به وسیله قانون اعسار مورخ 1313/09/20 نسخ شد، تفکیک کامل ورشکستگی را از دو نهاد مذکور نشان میدهد؛ پس از تفکیک حاصل شده، باید بدین موضوع توجه کرد که اصطلاح ورشکستگی صرفاً برای شخص تاجر به کار میرود (اسکینی، 1398: 18)، به عبارتی بر اساس ماده 2 قانون تجارت، میتوان چنین شخصی را تاجر دانست؟ بعد از آن است که باید مشخص شود که این شخص تاجر، دچار ورشکستگی شده است یا خیر؟ طبق قانون، ورشکستگی تاجر در نتیجه توقف از تادیه وجوهی خواهد بود که بر عهده اوست. پس طبق قانون زمانی میتوان شخص تاجری را ورشکسته دانست که توان پرداخت بدهی‌های خود را نداشته باشد.

3. مفهوم امر حسبی و امر ترافی:

1.3. امر حسبی:

ماده یک قانون امور حسبی مصوب 1319/04/02: "امور حسبی اموری است که دادگاه‌ها مکلفند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد" به عبارتی دیگر این یک امر حاکمیتی است که دادگاه باید به عنوان یک نهاد قضایی-حاکمیتی من باب وظیفه خود بدان وارد شود و درباره آن تصمیم بگیرد، (شمس، 1387: 16) چنین موضوعی بدون هرگونه درخواست از سوی ذی نفع، شروع، رسیدگی و مفاد آن بر شخص اجرا میشود، اجرای امور حسبی آثار متفاوتی بر جا میگذارد، اما یکی از مهمترین آثار آن، اثر حجر است که در اموری مثل صغر، جنون، سفه و یا حتی ورشکستگی صادر میشود، ذکر این نکته لازم مینماید که ماهیت حجر ناشی از ورشکستگی با سایر محجورین متفاوت است. (محقق داماد، 1389: 127)

2.3. امر ترافی:

بر خلاف امر حسبی، امری که ترافی خوانده میشود، نیاز به طرفینی دارد تا نسبت به آن امر دعوایی داشته باشند و آن دعوا را به محکمه ببرند. محکمه پس از وصول دعوا با استناد به ادله ابرازی نسبت به تصمیم مقتضی اقدام خواهد نمود؛ دعوا توانایی قانونی مدعی حق تضییع شده یا انکار شده در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذاردن وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتب آثار قانونی مربوط است (متین دفتری، 1388: 344) به لحاظ رسیدگی و ماهیتی، همواره اصل ترافی بودن است مگر آنکه به

وسیله قانون یا مثابه قانون آن امر حسبی تلقی شود. با عنایت به این دو مفهوم و مفهوم ورشکستگی ماهیت ورشکستگی را مورد بررسی قرار خواهیم داد. (عرفانی، 1364: 97)

4. بررسی فقهی ماهیت ورشکستگی:

در روایت آمده است که در زمان پیامبر (ص) شخصی به نام معاذ بن جبل زندگی میکرد، معاذ بسیار بخشنده بود و هیچ مستمندی را رد نمیکرد، معاذ تا آنجا به این کار ادامه داد که همه ی اموالش مستغرق دین شد، سپس به پیامبر (ص) مراجعه کرد و آن حضرت با غرماء مذاکره کرد و تمام اموال معاذ را به فروش گذاشت تا جایی که برای او هیچ مالی نماند. در این واقعه صدور حکم ورشکستگی به درخواست خود معاذ بود، هر چند بدهی بعضی از طلبکاران از دارایی معاذ بیشتر نبود. (مجلسی، 1381: 117).

در فقه امامیه قول مشهور بر آن است که تقاضای افلاس بدون وجود ذینفعی که درخواست رسیدگی کند ممکن نخواهد بود، اما حکمی که ناشی از این درخواست باشد، به آن دسته از طلبکارانی که این درخواست را نکردند نیز، صادق است و آنها میتوانند به چنین حکمی استناد نمایند.

بنا به نظر محقق کرکی، در مواردی طلبکار میتواند درخواست صدور حکم افلاس را نماید که طلب او به تنهایی بیش از دارایی مدیون باشد، وظیفه دولت دانستن این امر در مواردی صادق خواهد بود که طلبکار محجوری باشد که ولی خاص ندارد (کرکی، 1372: 225) و از این حیث محکمه میتواند اقدام به رسیدگی نماید.

از کتاب جامع الشتات میرزای قمی مستفاد میگردد که اگر طلبکاران به نزد حاکم بروند و از او بخواهند میتواند حکم به افلاس دهد ولی حاکم نمیتواند سرخود حکم به افلاس دهد؛ مگر آنکه طلبکار یتیم یا مجنون و یا سفیه باشد که اهلیت چنین درخواستی را نداشته باشد، تنها در این حالت ممکن است که حاکم از جنبه ولایت بر آنها حکم به افلاس دهد. (میرزای قمی، 1371: 461)

شهید ثانی در تشریح دیدگاه شهید اول نظر بر ترافیعی بودن دارد و در اختیار دولت دانستن شروع چنین رسیدگی را تنها در مواردی میداند که طلبکار محجور بین طلبکاران باشد که ولی خاص ندارد (شهید ثانی، 1368: 41) ولی راجع به این موضوع که شرط رسیدگی به طرح دعوای طلبکاری بیشتر بودن طلب او از دارایی محجور است را مسکوت گذاشته است.

5. بررسی تطبیقی ماهیت ورشکستگی:

مفهوم ورشکستگی در تمامی کشورها تقریباً یکسان است، اما شیوه رسیدگی قضایی و حقوق حاکم بر شخص ورشکسته و وضعیت او به نحو متفاوتی در کشورهای مختلف به چشم میخورد، این استنباطی است که پس از بررسی حقوقی امر ورشکستگی در نظام های ورشکستگی جهان به آن نائل میشویم؛

در تمامی کشور های اروپایی بعد از صدور حکم ورشکستگی، مدیر تصفیه ای تعیین خواهد شد تا اموال شخص ورشکسته را اداره کند، و با پرداخت بدهی های طلبکاران یا انعقاد قرارداد ارفاقی این مسؤولیت را به اتمام برساند. ذکر این نکته لازم است که اغلب کشورهایی که از حقوق کامن لا پیروی میکنند علیرغم استفاده از حقوق عرفی، راجع به ورشکستگی قانون نوشته دارند به عنوان مثال در ایالات متحده، دولت فدرال، مسؤول رسیدگی به امر ورشکستگی است. به عبارتی هر ایالت نسبت به داشتن قوانین ورشکستگی، نحوه رسیدگی قضایی، میزان وثیقه و... در ایالت خود تصمیم خواهد گرفت؛ (اسکینی، 1398: 12) در حقوق انگلستان ورشکستگی باید به موجب صدور حکم دادگاه باشد؛ پس از صدور چنین حکمی، شخصی به عنوان نماینده طلبکاران انتخاب میشود تا درباره اموال ورشکسته اقامه دعوی کند، جوابگوی دعوای اشخاص ثالث باشد و اموال ورشکسته را به نسبت میان طلبکاران تقسیم کند؛ در انگلستان امر تصفیه را ارگانی حکومتی به نام «دریافت کننده رسمی»¹ که توسط وزارت بازرگانی منصوب میشود زیر نظر دارد. (همان: 13)

1.5. ورشکستگی در نظام حقوقی آلمان:

خود شخص ورشکسته یا هر یک از طلبکاران میتواند به دادگاه ذیصلاح، دادخواست ورشکستگی شخص مدیون را بدهد و بدین ترتیب رسیدگی مقدماتی ورشکستگی آغاز شود. دادگاه ورشکستگی حق ندارد به هیچ صورت رسیدگی به ورشکستگی را آغاز کند جز در مواردی که طلبکار، درخواست ورشکستگی بدهکار را بدهد (Mayer, 2008: 24) ذکر این نکته ضروری است که در نظام ورشکستگی آلمان، مقررات ورشکستگی علاوه بر تجار شامل غیر تجار نیز میشود، و شاید مهمترین دلیلی که نصی برای ورود دادستان به اینگونه پرونده ها مشاهده نمیشود، این عام بودن مقررات ورشکستگی و حجم زیاد پرونده های این حوزه باشد که شروع امر ورشکستگی را از اختیارات دادستان خارج میکند. (انوری پور، بیتا: 78)

تقریباً از پنجاه سال قبل مقررات ورشکستگی در آلمان وضع شده و همچنان ملاک عمل میباشد. تشکیلات اداره تصفیه در آلمان بسیار ساده و دارای شکل خاص میباشد.

ریاست اداره تصفیه که به آن دادگاه تصفیه نیز میگویند، به عهده یکی از قضات واگذار شده و معاونی دارد که تحت نظر مستقیم او انجام وظیفه مینماید؛ دادخواست توقف به وسیله ورشکسته یا طلبکاران به رئیس اداره تصفیه داده میشود. (Mayer, 2008: 63)

رئیس دادگاه پس از رسیدگی در صورت ثبوت حکم توقف شخص را صادر مینماید و پس از آن، پرونده را به معاون خود ارجاع مینماید، حکم مزبور غیر قابل شکایت و قطعی است، معاون اداره پس از انجام مقدمات کار از قبیل تحقیقات لازم در مورد میزان دارائی و مطالبات و بدهیهای ورشکسته، در صورتیکه تنظیم قرارداد ارفاقی ممکن باشد، با موافقت طلبکاران قرارداد لازم تهیه مینمایند و در صورتی که این توافق حاصل نشود، نماینده ای از بین وکلای عدلیه انتخاب میکند که طبق نظر او تصفیه امور ورشکسته را انجام میدهد و حق العمل قانونی دریافت میدارد. (انوری پور، بی تا: 87) در واقع تشخیص نهایی مطالبات بستانکاران و تصدیق آن با معاون اداره است و چنانچه کسی شکایتی از تصمیمات نماینده داشته باشد باید به او مراجعه نماید، در صورت اعتراض از اقدامات معاون، اعتراض حاصله باید نزد رئیس اداره مطرح شود، به هر حال رأی رئیس اداره تصفیه در تمام موارد قطعی و لازم الاجر است.

2.5. ورشکستگی در نظام حقوقی فرانسه:

در کتاب روح القوانين، منتسکیو فیلسوف فرانسوی، سرعت عمل را ویژگی مهم اعمال تجاری میداند، حتی در خصوص بخش قضائی تجارت مثل ورشکستگی میگوید: «به قضات محاکم بازرگانی جایزه دهید، آن دسته از قضاتی که به سرعت دعاوی را میگذرانند و اختلافات تجارتي را حل و تصفیه میکنند.» (منتسکیو، 1402: 496) او معتقد بود که نباید بازرگانی را درگیر مسائل شکلی نمود، و فرمالیته کردن امور بازرگانی خارج از ویژگی سرعت در تجارت است. فی الواقع چنین قانونگذاری به خوبی احساس کرده که اختلافات تجارتي باید زودتر تصفیه گردد.

1.2.5. تاریخچه ورشکستگی فرانسه:

در حقوق رم و در احکام الواح دوازدهگانه دیدگاه بسیار خصمانه ای نسبت به ورشکستگی مبینیم، مقرراتی بسی سختگیرانه، که بر اساس آن شخص ورشکسته ممکن بود زندانی شود، به بردگی و کار گرفته شود و یا حتی به قتل برسد. آهسته آهسته این میزان از خصومت نسبت به شخص مدیون کمتر شد، تا جایی که اموال بدهکار را به مزایده می گذاشتند و شخص مدیون برای اضافه طلبی که میماند می توانست رسیدی به عنوان تعهد به پرداخت بدهد. در شمال ایتالیای قرون وسطی حقوق ورشکستگی جدیدی بنا شد، این مقررات جدید در فرانسه و بسیاری از کشورهای اروپایی سنگ بنای تشکیل نظام حقوق ورشکستگی جدیدی شد، بر اساس این مقررات جدید، تصفیه جمعی طلبکاران، منع از تجارت و توقیف اموال و حبس موردی شخص ورشکسته پیش بینی شده بود. (قائم مقام فراهانی، 1386: 169)

کشور فرانسه، در قرن شانزدهم به دلیل امر جزایی دانستن ورشکستگی، شخص ورشکسته را به طور فوق العاده محاکمه و به شدیدترین وجه مجازات می کرد پس از صدور فرمانهای 1699، 1739، 1796 ورشکستگی مختص به تاجر شد و دادگاه های ویژه رسیدگی می شد، سرانجام در قرن هجدهم میرومنیل وزیر دادگستری، طرحی تهیه کرد که به تدوین قانون تجارت ۱۸۰۷ منتهی گردید از زمان تصویب قانون اخیر، مقررات ورشکستگی به دلیل ملاحظات سیاست داخلی دولت در مورد این تأسیس حقوقی بارها تغییر کرده. (اسکینی 1398: 8) بازگشت خشونت در فرانسه با حقوق پی ریزی شده توسط ناپلئون بود، در دوران امپراطوری ناپلئون در فرانسه نه تنها قوانین ورشکستگی بلکه قریب به اتفاق تمام قوانین فرانسه رویکردی خصمانه به خود گرفت؛ رویکردی که با تصویب قانون ۴ مارس ۱۸۸۹ که برداشته شد و تفکیکی بین تاجر دارای حسن نیت و غیر آن را قائل شد. در سال ۱۹۵۸ نیز قوانینی به تصویب رسید که درباره جرائم ورشکستگی بیش از پیش به عدالت نزدیک بود. علی ایحال از سال ۲۰۰۵ تا ۲۰۱۶ مجموعه قوانین جدیدی در باب ورشکستگی در فرانسه تصویب شد که غالباً مربوط به شرکت های تجاری بود.

برخلاف فرانسه تغییرات مقررات ورشکستگی در ایران تدریجی نبود؛ همانطور که گفته شد مقررات برگرفته از قوانین ۱۸۰۷ و ۱۸۸۹ فرانسه منبع اصلی در خصوص قوانین ورشکستگی است که در سال ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ و ۱۳۱۱ قانون تجارت و ۱۳۱۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی را تشکیل میدهند. قوانین پراکنده ای که بعد از این قوانین تصویب شد تنها اصلاح کننده بخشی از قانون اصلی بود و به صورت قانون ماهوی مستقلی پدیدار نشد. (قائم مقام فراهانی، 1386: 174)

2.2.5. ماهیت ورشکستگی در فرانسه:

از سال ۱۹۶۷ به بعد رویکرد قانونگذار فرانسه به مسأله ورشکستگی بیشتر جنبه اقتصادی پیدا کرد تا جنبه قضائی، در مقررات جدید سعی بر آن شد، تا جای ممکن تاجر به فعالیت خود ادامه داده تا طلب طلبکاران را با بهره وری اقتصادی آن جبران نماید، این سیستم جایگزین سیستم فروش اموال تاجر شد. (Antonini-Cochin, 2018: 92) استفاده از قانون سال ۱۹۶۷ فرانسه، صدور حکم توقف توسط محکمه در نظر گرفته شده است به عبارتی زمانی که بستانکاران اطلاع نداشته یا به دلیلی نمیتواند اعلام توقف کند، دادگاه خود رأساً تشکیل پرونده میدهد و راجع به ورشکستگی اقدام به صدور حکم مقتضی خواهد کرد؛ البته ذکر این مهم ضروری مینماید که دادگاه در صورت مشاهده اختلال در نظم عمومی یا پایمال شدن حقوق بستانکاران، از این اختیار قانونی فوق استفاده میکند. بدین ترتیب اعلام ورشکستگی به وسیله خود دادگاه حالت استثنائی به خود گرفته است.

ماده ۴۱۳ قانون تجارت ایران در خصوص اعلام توقف به وسیله خود مهلت ۳ روز از تاریخ وقفه در تادیه قروض را در نظر گرفته است؛ این در حالیست که در حقوق فرانسه این مدت، ۱۵ روز پیش بینی شده بود که بعد از سال ۲۰۰۶ به ۴۵ روز افزایش یافت؛ وجود چنین مهلتی برای تاجر بسیار منطقی جلوه میکند، چرا که انجام چنین کاری با بررسی حساب ها، گردهم آوردن دفتر های لازم و... زمان زیادی میبرد و در نظر گرفتن مهلت 3 روزه مجالی برای بررسی و اقدامات مقتضی را فراهم نمی آورد؛ البته برخی از صاحب نظران اعتقاد بر آن دارند، که در نظر گرفتن مهلت بیشتر، احتمال عدم دسترسی به تاجر را افزایش میدهد، هر چند این فرض از اعتماد به تاجر فاصله زیادی دارد، اما دور از منطق هم نیست. با در نظر گرفتن این عدم اعتماد، دادن فرصت لازم به تاجر هم ضروری است، در این رابطه گرفتن حد وسط و نظر 15 روز میتواند راه حلی باشد که هم به تاجر فرصت کافی بدهد و نیز اطمینان بستانکاران را به عدم غیبت تاجر فراهم کند.

در نظام ورشکستگی فرانسه، حق درخواست صدور حکم ورشکستگی به مدعی العموم بر خلاف قانون ایران، داده نشده بود، تا اینکه در ماده ل ۵-۶۳۱ کد تجاری فرانسه این حق برای دادستان به رسمیت شناخته شد؛ باید گفت چنین حقی برای دادستان در خصوص ورشکستگی به تقصیر و تقلب به لحاظ جرم بودنشان و برای ورشکستگی به لحاظ جنبه اقتصادی آن بر مردم قابل توجیه است. (Georges cavalier, 2008: 472)

6. حسبی یا ترافی بودن نظام ورشکستگی در حقوق ایران:

1.1.6. دیدگاه موافقان حسبی بودن:

عده بسیاری از صاحب نظران و دکترین حقوقی ورشکستگی را امری حسبی میدانند که نیاز به مداخله مدعی العموم در امر ورشکستگی را میطلبد، صاحب نظران برای اثبات این ادعا، دلایلی را می آورند که اهم این دلایل در ادامه گفته میشود:

1.1.6.1. ایجاب منافع عمومی:

بر اساس ماده ۴۱۳ قانون تجارت، تاجر مکلف است ظرف سه روز ورشکستگی خود را به دادگاه اظهار کند و در همان موقع صورتحساب دارایی و کلیه دفاتر تجارتي خود را به دفتر دادگاه تسلیم نماید، تخلف از این موضوع، ممکن است به صورت اتهام ورشکستگی به تقصیر، موضوع بند ۲ ماده ۵۴۲ قانون تجارت دامنگیر شخص تاجر شود و ورشکستگی حقوقی او را خلط با مباحث کیفری نماید؛ این ضمانت اجرای سنگین، گویای آن است که قانون امر ورشکستگی را در چارچوب منافع عمومی تلقی میکند و تخلف از مقررات اساسی آن را درخور چشمپوشی نمیداند. (صقري، ۱۴۰۲: ۹۳) به علاوه در فرضی که وصف کیفری به عمل تاجر برخورد نکند، بر اساس ماده ۴۱۵ قانون تجارت که درخواست ورشکستگی تاجر را با تقاضای مدعی العموم ممکن میدارد، دخالت دادستان در امر ورشکستگی که ذاتاً حقوقی است، نشان میدهد که این امر گاه با منافع عموم و مصالح جامعه برخورد پیدا میکند، و لذا مداخله دادستان را میطلبد.

2.1.6. اوصاف کیفری ورشکستگی:

مقررات کیفری باب دوازدهم قانون تجارت ایجاب میکند که دادستان، به نمایندگی از طرف جامعه در موضوع ورشکستگی موثراً دخالت نماید؛ تا اگر شاهد ارتکاب جرائمی به مانند ورشکستگی به تقصیر یا به تقلب باشد در تعقیب جزائی فرد یا افراد متهم کوشش نماید.

3.1.6. اصل سرعت در امور بازرگانی:

بر خلاف باور منتسکیو که در بالا به آن اشاره شد؛ اساساً اصل سرعت در امور بازرگانی ایجاب میکند که دعوا ترافی نباشد، چراکه با اعلام ورشکستگی تاجر، از سوی دادگاه، ورشکسته حق مداخله در اموالش را از دست میدهد؛ این مهم به نفع طلبکاران است که مانع قرارداد های صوری یا انعقاد قرارداد هایی به قصد فرار از دین خواهد شد. به علاوه کثرت طلبکاران موضوع را خواه ناخواه دچار گندی میکند و در این صورت ممکن است دعوا یک یا دو سال یا حتی بیشتر به طول انجامد؛ بنابراین فوریت امر و اصل سرعت ایجاب میکند که چنین دعوایی ترافی نباشد. (سماواتی، ۱۳۹۵: ۶۲)

4.1.6. تعارضات حاصل از ترافی دانستن:

اگر بر آن باشیم امر ورشکستگی یک دعواست، که خوانده آن مدعی العموم است، پس در حالتی که که مدعی العموم تقاضای ورشکستگی میکند نیز باید دعوا محسوب شود؛ یعنی دادستان در یک جا مدعی علیه میشود و در جای دیگر مدعی که چنین امری غیر ممکن است. (فتحی، ۱۳۹۳: ۱۴۷) اگر در اینجا تاجر را مدعی بدانیم و مدعی العموم را مدعی علیه بخوانیم، پس خود مدعی العموم دیگر نباید بتواند به عنوان مدعی وارد شود.

جدای از مورد فوق، اگر دعوا از نوع ترافی باشد، با مفاهیم مسئولیت دولت در تعارض خواهد بود، و فی الواقع دولت نمیتواند با اقامه دعوی از بروز خسارتهای بعدی ممانعت نماید، در حالی که بر اساس قاعده ی اذن در شئ اذن در لوازم آن است، پس اگر دولت و دادگاه را صالح به رسیدگی در خصوص حکم ورشکستگی بدانیم، شروع فرایند ورشکستگی را نیز

باید در اختیارات آن دانست. (روشن، 1387: 28)

5.1.6. بی طرف بودن دادستان:

درخواست توسط دادستان که نماینده منافع اجتماعی است، از این مزیت برخوردار است که دادستان فاقد منافع شخصی است و انتظار میرود که این حق را به نحو صحیح اعمال نماید، وجود نفع عمومی در مدیریت بحران ورشکستگی این تکلیف را توجیه میکند.

مضافاً به لحاظ فقهی با توجه به قاعده ی لاضرر و وظایف مدعی العموم به عنوان نماینده مردم، حاکم بایستی با تمهیدات مناسب از تصرف تاجر در اموالی که متعلق به بدهکاران است جلوگیری کند؛ این عمل در واقع تضمین طلب طلبکاران و وثیقه ی دین خواهد بود. (کاویانی، 1393: 31)

6.1.6. شک در آگاهی طلبکاران:

نخست اینکه طلبکاران معمولاً از وضع بدهکار آگاه نیستند زیرا نظارتی بر عملکرد وی ندارند، به علاوه اغلب در این راه حاضر به صرف هزینه نیز نیستند. بنابراین آگاهی طلبکاران معمولاً برحسب اتفاق است و طبیعتاً آگاهی اتفاقی اجرای قواعد ورشکستگی را تضمین نمیکند؛ نیاز به نهادی بالادست که بر امور مالی تاجر نظارت داشته و و متوجه اختلاف در حساب های آن شود لازم به نظر میرسد.

دوم، چنانچه تقدیم درخواست از ناحیه طلبکار قانوناً تضییقاتی را برای بدهکار در پی داشته باشد، چه بسا چنین حقی مورد سوء استفاده قرار گرفته، طلبکاران نیز ممکن است از آن برای تمکین به خواسته های غیر قانونی خود استفاده نمایند، مگر اینکه تمهیداتی برای جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی در نظر گرفته شود. (همان، 30)

7.1.6. محجور شناخته شدن ورشکسته:

هر چند در هیچ بابی از قانون امور حسبی اشاره ای به ورشکسته و ورشکستگی نشده است، اما در تمام مواد مزبور در سایر قوانین، ورشکسته را محجور مینامند، منشأ به وجود آمدن این حجر برخلاف صغر، جنون و سفه، حمایتی نیست بلکه به دلیل ظنی است که به تاجر برای تضمین حقوق طلبکاران گذاشته شده است. تمام مصادیق حجر حمایتی از امور حسبی شناخته شده است، نظر عده ای حقوقدانان، قیاس این موضوع با حجر ظنی به عنوان نمونه دیگری از حجر است، با این حساب آنها ورشکستگی را نیز در ردیف امور حسبی قرار میدهند. (صقری، 1396: 83)

8.1.6. رویه قضایی و دکترین:

اداره کل حقوقی در نظری مشورتی اعلام کرد، دعوای توقف، به معنای مصطلح محتاج به تعیین طرف دعوا نیست چرا که اعلام توقف به ضرر کسی نیست تا بخواهد پاسخگو باشد یا از منافع خود دفاع کند (نظریه مشورتی شماره ۹۹۰۷/۷ مورخ ۱۳۷۱/۱۲/۱۷)، بر حسب این نظر، ورشکستگی اصولاً از امور حسبی بوده و از جنس دعوا به مفهوم خاص حقوقی نمیباشد: "... این دعوا به معنای مصطلح که محتاج به طرف دعوی باشد، نیست و اعلام توقف به ضرر کسی نخواهد بود تا بخواهد پاسخگو باشد یا از منافع خود دفاع کند." در برخی آراء قضایی نیز این دیدگاه دیده میشود، از رای شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۰۰۸ شعبه ۵۶ دادگاه تجدید نظر تهران نیز چنین نظری برداشت میشود: "... در هیچ یک از قوانین جاری بر لزوم طرح دعوای تاجر به طرفیت طلبکاران برای رسیدگی به ورشکستگی اشاره ای نگردیده است ...".

2.6. دیدگاه موافقان ترافعی بودن

دکتر کاتوزیان در این زمینه بیان میدارد در حقوق ایران ملاک قاطع جهت تشخیص امور ترافعی و حسبی، وجود اختلاف

و نزاع است. اموری که طبیعت درخواست و تقاضا آنها نیازی به طرف قرارداد کسی ندارد؛ یعنی درخواست به زیان کسی نباشد، موضوع تابع قواعد و مقررات امور حسبی است. و در هر جا که دادگاه فصل خصومت مینماید تصمیم دادگاه توافقی است (کاتوزیان، 1376: 174)؛ موافقان توافقی بودن ماهیت ورشکستگی نیز مانند موافقان حسبی بودن، برای توجیه سخن خود، دلایلی را ابراز میکنند، در اینجا به اهم این دلایل خواهیم پرداخت؛

1.2.6. مشکلات دادستان در شناسایی تجار ورشکسته:

از جمله دلایل موافقان حسبی بودن امر ورشکستگی این موضوع بود که دادستان در این امر فاقد هر گونه منافع شخصی است و میتواند به بهترین نحو عمل کند؛ معذک با اینکه دادستان نماینده مردم است و ذی نفع تلقی نمیگردد، (سماواتی، 1395: 54) اما این کار مستلزم جمع آوری و پردازش انبوهی از اطلاعات راجع به بنگاه های اقتصادی و نظارت مستمر بر آن است، میتوان حدس زد که هزینه این اقدام بر اساس تعداد تاجر حاضر در جامعه به میزان عجیبی زیاد خواهد شد.

2.2.6. دعوا و حکم داشتن ورشکستگی

دو اصطلاح در خصوص ورشکستگی بسیار پر کاربرد است که میتوان آن را قرینه ای بر توافقی بودن ورشکستگی دانست، نخست دعوی ورشکستگی، دعوا دانستن ورشکستگی قرینه ای ضمنی بر توافقی دانستن آن از سوی قانون گذار دانسته میشود؛ در ماده ۲۱ آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب بیان میشود: "دعوی راجع به توقف یا ورشکستگی باید در دادگاهی اقامه شود که شخص متوقف یا ورشکسته در حوزه آن اقامت داشته است و چنانچه در ایران اقامت نداشته باشد در دادگاهی اقامه می شود که متوقف یا ورشکسته در حوزه آن برای انجام معاملات خود شعبه یا نمایندگی داشته یا دارد" و یا در تبصره ۲ ماده ۷۶ همان قانون بیان میشود که: "در دعاوی مربوط به ورشکسته، دادخواست و ضامین آن به اداره تصفیه امور ورشکستگی یا مدیر تصفیه ابلاغ خواهد شد." و همچنین بند اول ماده ۴۹۶ این قانون که دعوی ورشکستگی را از موارد دعوی اعلامی میدارد که امکان ارجاع به داوری در آن وجود ندارد. دوم حکم، در امور حسبی حکم صادر نمی شود جز در موارد خاص، حکم به معنای برنده و قاطع دعواست، از سوی همواره گفته میشود «حکم ورشکستگی» پس میتوان ورشکستگی را در نظر قانونگذار امری توافقی دانست. (سیمایی صراف، ۱۳۹۷، ۱۵۱)

موافقان حسبی بودن بر این دلیل نقدی وارد کرده اند که ابراز آن خالی از لطف نخواهد بود، ماهیت ورشکستگی با سایر امور حسبی کمی متفاوت است، اینکه آن را دعوی ورشکستگی می نامیم، به دلیل ذی نفع بودن طلبکاران از آثار رای دادگاه خواهد بود، در حالی که در امور حسبی صرف مانند حجر کسی جز خود شخص تحت تاثیر قرار نمی گیرد. در خصوص حکم هم باید گفت در ماده 299 قانون آیین دادرسی مدنی، هر آنچه که قرار شناخته نشود یا دستور است یا حکم، دستور دانستن در پاسخ به ورشکستگی خارج از منطق است، (خدابخشی، 1392: 112) هر چند در نتیجه رای دادگاه دستوراتی از قبیل مزایده اموال تاجر و... نیز صادر میشود، اما خود رای ورشکستگی را باید حکم شناخت، همانطور که در موارد بسیاری از امور حسبی حکم صادر میشود.

3.2.6. عدم تصریح به وظیفه دادستان در قوانین خاص:

به رغم وظایفی که به عهده دادستان در قانون تجارت در مواد ۴۱۵، ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۵۷، ۵۱۰، ۵۶۰، ۵۶۴ در خصوص ورشکستگی محول شده است، در قانون خاص و مهمی مانند تصفیه امور ورشکستگی حتی یک امر کوچک هم به ایشان واگذار نشده و اداره تصفیه بدون نظارت یا دخالت مقام قضایی مزبور امر تصفیه را دنبال کرده است. این عدم تصریح به وظیفه دادستان درخصوص ادامه ورشکستگی، بی ثباتی وظیفه ایشان در شروع و باقی موارد را میرساند.

مورد دیگر بر اساس ماده 437 خود قانون تجارت، اگر تاجر مقروضی فرار کرده باشد، اقدام به مهر و موم اموال او به وسیله درخواست یک یا چند نفر از طلبکارها خواهد بود و باید به اطلاع مدعی العموم برسد، به عبارتی چنین درخواستی به وسیله

طلبکار هاست و دادستان صرفاً از جهت جنبه نظارتی خود برای حفظ حقوق طلبکارها از این امر اطلاع پیدا میکند بدون آنکه حق این را داشته باشد که چنین درخواستی را داشته باشد.

قرارداد ارفاقی موضوع ماده 479 قانون تجارت، این اذن را به طلبکارها و تاجر داده است تا مسئله ورشکستگی را با انعقاد قرارداد ارفاقی بین خود حل نمایند، دقت داشته باشید که این اذنی است که به تاجر و طلبکارها به عنوان طرفین ورشکستگی قرار داده شده است، نه به دادگاه یا دادستان و یا حتی اختیار دستور به انعقاد قرارداد ارفاقی هم برای دادگاه در نظر گرفته نشده.

4.2.6. نسبی بودن تجارت:

نسبی بودن تجارت، نسبی بودن دادرسی را میطلبد، مفهوم آنکه تجارت از دیرباز دارای دو سو بوده که در یک طرف آن تاجر و در طرف دیگر طلبکار قرار میگیرد (سیمایی صراف، 1397: 49)، در واقع محکمه در این بحث به عنوان ثالثی قدرتمند وارد میشود تا میان طلب طلبکارها و دارایی های باقیمانده تاجر ارتباط برقرار سازد و با صدور حکم مقتضی از تضییع حقوق طلبکارها جلوگیری کند و نباید دادگاه و دادستان را به عنوان طرفی از ماجرای ورشکستگی قرار دهیم و بیشتر باید از دادگاه به عنوان داور و جنبه قضایی رسیدگی به ورشکستگی یاد شود.

ایرادی که به این نظر وارد است این است که در موارد بسیاری ورشکستگی با حقوق جامعه و منافع عمومی در تضاد قرار میگیرد، چه بسا طلبکاران بسیاری که از وقوع ورشکستگی تاجر تا مدت مدیدی اطلاع حاصل نکنند، (همان، 55) پس ورود دادستان به این امر لازم است، چراکه در مواقعی که منافع عمومی در شرف تضییع قرار گیرد، وظیفه مدعی العموم است که از این تضییع جلوگیری نماید. این جدا از مواردی است که ورشکستگی جنبه کیفری، ورشکستگی به تقصیر و تقلب پیدا میکند.

5.2.6. رویه دادگاه ها:

رویه ی بسیاری از دادگاه ها در برابر دادگاه هایی که ورشکستگی را حسی میدانند وجود دارد، این رویه ها نشان از ترافی بودن امر ورشکستگی در نظر بسیاری از قضات دارند؛ به عنوان نمونه دادنامه قطعی شماره 9309982160100308 صادره از شعبه 32 دادگاه تجدید نظر استان تهران مورخ 1393/01/30 مؤید این نظر است: "... دادگاه با توجه به اینکه رسیدگی ماهیتی به موضوع خواسته خواهان بدوی ملازمه ای با طرف دعوا قرار دادن دادستان به عنوان مدعی العموم ندارد چرا که در موضوع ورشکستگی ذی نفع تلقی نمیشود ..."

6.2.6. اعتبارات تاجر:

بنا به اصل آزادی قراردادهای موضوع ماده 10 قانون مدنی، همچنین آن چیزی که عرف آن را به اعتبار بازار میشناسد، چه بسا طلبکاران از موضوع ضرر تاجر یا ورشکستگی او تا حدی مطلع باشند، اما بنا بر اعتمادی که به او دارند یا بنا بر اعتباری که این تاجر دارد و یا بر اساس توافقاتی که قبلاً با هم انجام داده اند، توافقی صورت گرفته تا تمامی طلبکاران یا حداقل طلبکاران با طلب بیشتر اقدام به درخواست ورشکستگی تاجر ننمایند، دخالت دادستان در این موضوع و شروع ورشکستگی تنها باعث پیچیده تر شدن مسائل خواهد شد. چه بسا تاجری که بتواند با گرفتن مدت از طلبکاران، بنگاه اقتصادی خود را از ورشکستگی نجات دهد ولی با حضور دادگاه، حال شدن طلب های آینده او و... دیگر توان ادامه کار نداشته باشد.

7. نتیجه‌گیری:

با صدور حکم توقف، تاجر از اهلیت در مداخله در اموالش محروم میشود، این امر به مدیر تصفیه سپرده میشود، این سطح از بی اعتمادی و صدور حکم حجر ظنی نسبت به تاجر، هر چند در جهت تضمین حقوق طلبکاران است اما عسر و حرج تاجر را به همراه خواهد داشت. البته برخی دکترین بر این باورند که مدیریت تلفیقی که هر جزء از وظایف به یکی از سه گزینه بدهکار طلبکاران و دولت سپرده شود و برای ایجاد هماهنگی میان آنها تدابیری اندیشیده شود؛ رویکرد مناسبی است که مزایای مدیریت هر سه گزینه را دارد، معذک هزینه ایجاد هماهنگی نیز باید مورد توجه قرار گیرد.

به هر روی با نظر به تاریخچه ای که از ورشکستگی گفته شد و بررسی تطبیقی این موضوع با آلمان و فرانسه و با توجه به نقطه نظرات دیدگاه فقها در خصوص افلاس، اعسار و ورشکستگی و درنهایت دیدگاه موافقان و مخالفان حسبی بودن، نویسنده نظر بر آن دارد که نیاز به حضور دادستان به عنوان نهادی دولتی در آن حس میشود، هر چند اغلب فقها ترافعی بودن را در نظر گرفته اند، رؤیه بسیاری از دادگاه نیز چنین نظری را نشان میدهد؛ آنچه به لحاظ عقلایی مناسب تر به نظر میرسد، حسبی دانستن آن میتواند مزایای بیشتری، نسبت به ترافعی دانستن آن داشته باشد، با پژوهشی که در نظام ورشکستگی آلمان و فرانسه به عنوان دو کشور پیشرو در عرصه تجارت و صنعت انجام شد، پیشنهاد میگردد، جهت تشخیص بهتر موضوع حسبی یا ترافعی بودن ورشکستگی، پژوهشی به صورت تخصصی با ورود به رؤیه قضایی حاضر در ایران صورت گیرد تا آنچه که در عمل و رؤیه فعلی ملاک تشخیص قضاات قرار گرفته است مشخص گردد. مضافاً آنکه بررسی تطبیقی هرچه بیشتر در قوانین و رؤیه سایر کشورها (ترجیحاً در کشورهای دارای حقوق نوشته) و ارائه دیدگاه آنها در خصوص مسئله حاضر، به تشخیص بهتر این موضوع کمک شایانی مینماید. در نهایت نویسنده پیشنهاد میکند که برای مشخص شدن این امر که مدت هاست مورد بحث دکترین و نظریه پردازان است، صدور رأی وحدت رویه ای از سوی دیوان عالی کشور صادر گردد تا این امر را برای یکبار روشن سازد.



- 1) قانون مدنی مصوب 1307/02/18
- 2) قانون تجارت مصوب 1311/02/13
- 3) قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب 1379/01/21
- 4) قانون امور حسبی 1319/04/02
- 5) قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب 1318/04/24
- 6) بازیابی شده در تاریخ 1403/4/27 وب سایت مرکز پژوهش های مجلس، rc.majlis.ir

- 1) اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، انتشارات سمت، ویراست دوم، چاپ بیست و ششم، ۱۳۹۸
- 2) انوری پور، محسن، ۱۳۴۵، ورشکستگی در حقوق ایران، تهران، انتشارات بینا.
- 3) حسنی، حسن، حقوق تجارت، ج ۴، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۲
- 4) خدابخشی، عبدالله، تحلیل فقهی و حقوقی قانون امور حسبی و تاثیر آن در رویه قضایی، تهران، نشر خرسندی، ۱۳۹۲
- 5) روشن، محمد، (۱۳۸۷)، مسئولیت دولت در ورشکستگی بدون تقصیر تجار، کرسی نوآوری - ۱/۲، دبیرخانه هیات حمایت از کرسی ها
- 6) روح الله موسوی الخمینی، تحریر الوسیله، چاپ دوم، جلد دوم، انتشارات دارالعلم قم، 1387
- 7) سماواتی، حشمت الله، اصول ورشکستگی، تهران، انتشارات مجد، 1395
- 8) سیمایی صراف، حسین، حقوق ورشکستگی و تصفیه اموال ورشکسته، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۷
- 9) شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات دراک، چاپ هفدهم، 1387
- 10) شهید اول، ۱۴۰۱، لمعه دمشقیه، ترجمه علی شیروانی، تهران، انتشارات دارالفکر.
- 11) شهید ثانی، شرح اللمعه الدمشقیه، قم، انتشارات داورى، جلد چهارم، چاپ اول، 1368 ه.ش - 1410 ه.ق
- 12) صقری، محمد، حقوق بازرگانی ورشکستگی، جلد اول، شرکت سهامی مجد، 1402
- 13) قائم مقام فراهانی، محمدحسین، ورشکستگی و تصفیه، تهران، نشر میزان، 1385
- 14) کاویانی، کورش، حقوق ورشکستگی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۳
- 15) کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، تهران، انتشارات دادگستری، 1376
- 16) کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد پنجم، 1372
- 17) لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، 1387
- 18) متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات مجد، 1388
- 19) مجلسی، محمد باقر، بحارالانوار، تحقیق عبدالرضا علوی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، 1381 ه.ش - 1323 ه.ق
- 20) معین، محمد، فرهنگ دوجلدی معین، انتشارات آدنا، 1381
- 21) منتسکیو، کتاب روح القوانين، انتشارات امیر کبیر، ترجمه علی اکبر مهتدی، 1402
- 22) نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، انتشارات اسلامیه، 1369، جلد پنجم
- 23) میرزای قمی (متوفی 1231 ه.ق)، جامع الشتات، تهران، انتشارات کیهان، چاپ اول، 1371

- (1) سیمایی صراف، حسین؛ شقایق، امیر، ماهیت رسیدگی به امر ورشکستگی، نشریه آموزه های حقوقی گواه، سال 1398، شماره 9
- (2) شقایق نژاد، فتح الله، (مقررات ورشکستگی در حقوق ایران)، نشریه حسابدار، سال 1372، شماره 99 و 100
- (3) عرفانی، (ورشکستگی در حقوق تجارت بین الملل)، نشریه حق «مطالعات حقوقی و تطبیقی»، سال 1364، شماره 2
- (4) فتحی، بدیع، (وحدت و تهاافت رویه قضایی شعب دیوان عالی کشور در امور مدنی) نشریه رأی، شماره 9
- (5) محقق داماد، سید مصطفی؛ اسلامی، مریم، (بررسی احکام حجر و ورشکستگی در فقه و حقوق اسلامی)، نشریه نامه الهیات، سال 1389، شماره 10

مقالات لاتین:

- 1) Antonini-Cochin, Laetitia et Henry, Laurence-Caroline, **Droit des entreprises en difficulté**, 1re éd. Gualino, 2018.
- 2) Fridman, Hicks and Johnson, **Bankruptcy: Law and Practice**, London: Butterworths, 1970. Herzog, Lawrence and King, Bankruptcy Code, 1979.
- 3) Georges cavalier, **French bankruptcy law and enforcement procedures commercial code**, Nagoya symposium, Mar 2008.
- 4) **German Insolvency code**, of 15 july 2013.
- 5) Ripert, Georges et René Roblot, **Traité de droit commercial**, t. 2, 17 édition par Ph. Delebecque et M. Germain, Paris: L. G. D. J., 2004.
- 6) Mayer, browm, **german insolvency law**, an overview, 2008

A comparative study of the nature of bankruptcy in Iran's jurisprudential legal system and the bankruptcy system of Germany and France

Seyyed saleh pish bin - master student in private law at the University of Guilan."

Abstract:

Bankruptcy is a legal and economic event that may occur to any merchant or commercial company; one of the important issues regarding this matter, which remains silent in our current law, is the nature of commencing the legal process of commercial bankruptcy. Although our law extensively deals with bankruptcy and liquidation, one of the most fundamental issues in this area, namely the commencement of the bankruptcy process in terms of litigation, has not been discussed. This raises the question of who initiates bankruptcy and what its nature is. In this sense, if it is a matter of competence, the prosecutor is responsible for identifying and recognizing the bankrupt merchant, and if it is a contentious matter, the bankruptcy process begins with the complaint of creditors, and nothing else. In the meantime, the declaration of bankruptcy by the merchant himself is also an issue that requires separate examination. In this article, we will examine the issue of competency or contentiousness by comparing this issue with the legal systems of two countries, Germany and France.

اصول حاکم بر قراردادهای بیمه



فارغ التحصیل کارشناسی ارشد حقوق خصوصی - دانشگاه تهران

نادر حاتمی کانرش



واژگان کلیدی: اصل الحاقی بودن، اصل حسن نیت، قراردادهای بیمه

۱- مقدمه

حیات انسان غالباً در معرض حوادث و رویدادهای غیرمنتظره‌ای قرار دارد و غالب فعالیت‌های انسان نیز مخاطر آمیز هستند با پیشرفت صنعت و تکنولوژی میزان درگیری انسان باحوادث نیز افزایش یافته است و انسان به طور فطری از خطرات و خسارات حاصل از فعالیت‌های خودگریزان است به همین دلیل در تلاش است که فضای زندگی خویش را از گزند تأثیر خطرات محفوظ نگه دارد. بشر در رویایی و مقابل با خطرات و آثار آن از روش‌های متفاوتی استفاده می‌نماید و گاهی از رویایی با آن اجتناب می‌کند و گاهی از بروز آن پیشگیری یا سعی در کاهش آن دارد. گاهی نیز منابع مالی کافی برای تأمین خطرات و خسارت غیرقابل اجتناب فراهم می‌سازد. گاه نیز با ایجاد صندوق مالی فرد ممکن است وقوع خطر را بپذیرد یا ممکن است نتایج ناشی از این حوادث به طرف دیگر منتقل سازد. یکی از مهمترین و پرکاربردترین روش‌های انتقال خطر، عقد بیمه است. افراد با انعقاد قرارداد بیمه، تمام یا بخشی از خطرات ناشی از حوادث را به شرکت بیمه منتقل می‌نمایند. عقد بیمه دارای ویژگی و ماهیتی متفاوت با سایر قراردادهاست و تفاوت‌های مذکور به اصول اساسی حاکم بر عقد بیمه باز می‌گردند، که در این مقاله به بررسی مفهوم قراردادهای بیمه و اصول حاکم بر آن پرداخته شده است.

چکیده: این پژوهش با هدف بررسی اصول حاکم بر قراردادهای بیمه صورت گرفته است، روش مورد استفاده در این پژوهش، روش توصیفی-تحلیلی با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای است. از آنجا که عقد بیمه دارای ماهیتی متفاوت از سایر قراردادهای دیگر است که این تفاوت به اصول حاکم بر آن برمیگردد، اصولی ازجمله اصل حسن نیت و اصل الحاقی بودن قراردادهای بیمه، که سبب تمایز عقد بیمه با سایر قراردادها می‌شود مثلاً در سایر قراردادها صرف وجود شرایط مقرر در ماده 190 ق.م.کافی است و نبود حسن نیت تأثیری ندارد ولی در قراردادهای بیمه فقدان اصل حسن نیت توسط بیمه‌گذار سبب بطلان قرارداد بیمه می‌شود. و یا مثلاً در سایر قرارداد در مقام تفسیر به دنبال احراز قصد طرفین هستند و فقدان قصد که سبب بطلان سایر قراردادها می‌شود درحالی که در این نوع قراردادها برخلاف سایر قرارداد که در مقام تفسیر به دنبال احراز قصد طرفین هستند، قصدی مطرح نیست بلکه ابهام قرارداد را با تفسیر برعلیه انشاکننده قرارداد رفع می‌گردد. از آنجا که عقد بیمه با توجه به اصول حاکم بر آن دارای ویژگی و ماهیتی متفاوت با سایر قراردادها می‌باشد، بررسی این اصول سبب روشن شدن ماهیت این نوع قراردادها می‌شود و کمک شایانی در تفسیر و احقاق حق توسط وکلا و مقامات قضایی می‌نماید.

2. اهمیت و ضرورت تحقیق:

ضرورت انجام این پژوهش از این لحاظ است که امروز قراردادهای بیمه، یکی از قراردادهای رایج و مبتلا به هستند که این قراردادها به نحو چشمگیری گسترش و رواج پیدا کرده و یک سری مسائل حقوقی ایجاد کرده است که نیازمند پاسخگویی است، این پاسخ گویی خود ضرورت انجام تحقیقی را می‌رساند که باتوجه به اینکه قرارداد بیمه دارای ویژگی متفاوتی از سایر قراردادها است نمی‌تواند از قواعد عمومی برای تفسیر قرارداد بیمه تمسک جست. ابهام در قراردادهای بیمه، سبب بروز اختلاف در آرای قضایی و سردرگمی بیمه شدگان و اشخاص ثالث ذی نفع و محرومیت از حقوق این افراد شده است از این رو لازم است اصول حاکم بر این نوع قراردادها مورد بررسی بیشتری قرار گیرد. همچنین بررسی این موضوع کمک شایانی به دفاع از حقوق افراد و بهره‌گیری از این تحلیل برای قضات و سایر مراجع قانونی و پژوهشگران می‌گردد.

3. روش تحقیق: در این پژوهش از روش تحلیلی و توصیفی استفاده شده است و گردآوری داده ها با استفاده از روش کتابخانه‌ای از جمله کتب و مقالات و قوانین مربوط به این حوزه صورت گرفته است.

4. پیشینه پژوهش: مقاله‌ای با عنوان اصول اساسی حاکم بر عقد بیمه از منظر حقوقی در سال 1383 توسط نویسنده محمد آل شیخ صورت گرفته است که به بررسی اصول حاکم از منظر حقوقی پرداخته است که در این پژوهش نیز به شیوه متفاوتی به بررسی اصول یاد شده پرداخته شده است.

5. اهداف پژوهش: این پژوهش با هدف بررسی اصول حاکم بر قراردادهای بیمه صورت گرفته است که در راستای آن اهداف فرعی زیر نیز بررسی شده است:

- مفهوم قراردادهای بیمه

- جایگاه حسن نیت در قراردادهای بیمه

6. قرارداد بیمه و اصول حاکم بر آن

قرارداد بیمه از عقود مهم و تعیین کننده بوده تا جایی که امروزه به سختی می‌توان یک تجارت مطلوب و یا یک زندگی آسوده را بدون آن در نظر آورد (Miller, 2019: 150). این چنین است که این نوع از قراردادها نقش پررنگی پیدا می‌کنند. در این راستا قبل از ورود به بحث تاین نوع از عقود، ابتدا باید به مطالعه‌ی مفهوم بیمه و قرارداد آن پرداخت و اصول حاکم بر آن را بررسی نمود.

7. مفهوم بیمه و قرارداد آن

در خصوص ریشه‌ی اصلی لغت بیمه بین لغت‌شناسان اختلاف نظر وجود دارد. بیمه، واژه‌ای فارسی می‌باشد که در لغت به معنی ترس و گریز از خطر بوده (دهخدا، 1372: 122) و مشتق از بیم است که به معنای اطمینان در مقابل مخاطره‌ی محتمل‌الوقوع دانسته شده است (نفیسی، 1317: 49) در مفهوم حقوقی، بر اساس ماده یک قانون بیمه مصوب 1316، بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می‌کند که در ازاء پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارد بر او را جبران نموده و یا وجه معینی بپردازد. (قانون بیمه، 1316: ماده ۱).

ایرادات چندی بر این تعریف وارده شده که از جمله‌ی آن می‌توان به این موضوع اشاره نمود که این تعریف صرفاً بیان‌کننده تعهدات طرفین عقد و جنبه‌ی محدودی از نهاد بیمه است. تصویری که از بیمه ارائه می‌دهد بیشتر به شرط‌بندی بین طرفین شباهت دارد. به همین خاطر برای رفع این ایراد گفته شده که در مقابل تعهد بیمه‌گذار به پرداخت حق بیمه، بیمه‌گر نیز متعهد به تامین بیمه‌گذار در صورت وقوع حادثه موضوع بیمه است (بابایی، 1394: 21). همچنین تعریف فوق جامع نبوده و شامل بیمه عمر در زمان حیات بیمه‌گذار نمی‌گردد چرا که مرگ بیمه‌گذار حادثه محسوب نمی‌شود (کرمانی، 1386: ۹۵).

با توجه به مطالب گفته شده در تعریف عقد بیمه می‌توان گفت بیمه عقدی است که بین بیمه‌گذار و بیمه‌گر منعقد می‌گردد که در اثر این عقد، بیمه‌گذار ملزم می‌گردد حق بیمه را به صورت اقساطی یا یک جا به بیمه‌گر بپردازد و در ازای این پرداخت، بیمه‌گر ملزم می‌گردد که امنیت بیمه‌گذار را تامین نماید و تبعات خطر و رویدادها را متحمل گردد و در صورت تحقق خطر (یا عدم وقوع آن در بیمه عمر) به بیمه‌گذار یا شخص ذینفع عوض مالی مشخص را که از محل مجموعه‌ی مبالغ حق بیمه دریافتی فراهم شده به شخص که این حادثه برای او صورت گرفته است، بپردازد.

8. اصول حاکم بر قرارداد بیمه

پس از مطالعه‌ی مفهوم لغوی و اصطلاحی بیمه و مفهوم حقوقی آن در قالب قرارداد بیمه، در راستای شناخت بهتر ماهیت این گونه از قراردادهای، لازم است اصول حاکم بر آن‌ها را که موجب تمایزشان از سایر قراردادهای می‌شود، مورد بررسی قرار داد. در ادامه، اصول اساسی حاکم بر قراردادهای بیمه آورده شده است.

9-1. اصل حسن‌نیت

حسن‌نیت مفهومی است که از عالم اخلاق وارد عرصه‌ی حقوق شده و به خصوص در عرصه‌ی بین‌المللی ضمانت اجرا برای نقض آن بار شده است. این اصل که در حقوق بیمه و قراردادهایی که در این زمینه منعقد می‌شوند، نقش به سزایی ایفا می‌کند، باید برای رسیدن به تفسیر صحیح قراردادهای بیمه مورد توجه قرار گرفته شود. با این وجود باید به بررسی جایگاه اصل فوق در حقوق ایران و سازوکارهای مشابه آن به ویژه در رابطه با عقود بیمه نیز پرداخته شود

9-1-2. مفهوم حسن‌نیت

اخلاق حکم می‌کند که لازم است اشخاص در قراردادهایی که منعقد می‌نمایند، نیتی راستین و به دور از هر گونه تقلب داشته باشند. حسن‌نیت از دو واژه «حسن» و «نیت» ترکیب یافته که در لغت حسن به معنی نیکو شدن، خوب و زیبا شدن، زیبایی، خوبی و نیکویی بوده (عمید، 1379: 729) و نیت به معنی قصد، عزم و آهنگ است (عمید، 1379: 1630). در حالت ترکیبی می‌توان آن را به داشتن قصد، عزم و آهنگ نیکو معنا کرد. حسن‌نیت در حقوق به گونه‌های مختلف از جمله صداقت در نیت و عمل، فقدان اراده‌ی تقلب و کلاهبرداری و ایجاد ضرر برای طرف دیگر معامله، پایبندی به هدف معامله و داشتن رفتار درست و صادقانه در برابر تعهد و همچنین نداشتن رفتار مغایر با معیارها و ضوابط متداول در قراردادهای تعریف شده است که وجه مشترک این تعاریف، صداقت و درستی در قراردادهای ایفای وظایف قراردادی به گونه‌ای صادقانه، منصفانه و معقول است (قاسم زاده و سیمایی صراف، 1384: 140-141). به بیان دیگر، حسن‌نیت مقرره‌ای پیچیده است که در نگاه اول سهل بوده و معنای آشکاری دارد ولی در مقام توصیف و تطبیق بر مصادیق، کاری سخت و دشوار می‌باشد (قاسم زاده و سیمایی صراف، 1384: 138). این ویژگی ذاتی حسن‌نیت موجب بروز دو دیدگاه متمایز بین حقوقدانان گردیده است که در دیدگاه اول، برخی حسن‌نیت را از جمله مفاهیم مبهم و غیرثابت دانسته‌اند (Juenger, 1995: 1254) و در مقام استدلال بیان داشته‌اند که حسن‌نیت از جمله‌ی آن دسته از مفاهیم ذهنی بوده که به علت در برداشتن مصادیق فراوان بر موضوعات، ارائه‌ی تعریفی کامل از آن مستلزم بررسی تمام مصادیق آن خواهد بود که این کار شدنی نیست. به عبارت دیگر این گروه تا اینجا پیش رفته که برای حسن‌نیت یک تعریف ثابت و مشخص و یک ماهیت عینی و خارجی در نظر نمی‌گیرند. به همین دلیل گفته می‌شود که حسن‌نیت وسیله‌ای است که قضات و وکلا، بنا بر دلالت اوضاع و احوال در ارائه‌ی تعریف آن ابتکار عمل دارند (Power, 1999: 333).

در دیدگاه دوم، بسیاری از حقوق‌دانان اگر چه همانند دیدگاه اول ابراز داشته‌اند که حسن‌نیت از مفاهیم ذهنی و درونی است و وجود عینی و خارجی مشخصی ندارد (علیزاده، 1384: 100) ولی با وجود این به تعریف آن همت گمارده و آن را مفید فایده دانسته‌اند. بر اساس یکی از این تعاریف، حسن‌نیت در قرارداد یعنی انتظار هر یک از طرفین قرارداد از طرف مقابل و حتی اشخاص ثالثی که بدو یا متعاقباً درگیر قرارداد شده‌اند، مبنی بر رعایت رفتار عادلانه و با صداقت باشد که بر این اساس هر طرف قرارداد موظف است که بر اساس حسن‌نیت در مذاکرات خود صادق و منصف بوده و همچنین تعهدات مربوط به قرارداد و حقوق طرف مقابل را منصفانه و صادقانه اجرا نماید (Tetley, 2004: 4). حقوق‌دانان فرانسوی نیز دو معنای کلی و مستقل برای حسن‌نیت شناسایی نموده‌اند که آن را در معنای نخست درستکاری در اعمال حقوقی و در معنای دیگر، تصور اشتباه و قابل اغماض دانسته‌اند که به منزله یک حق مورد حمایت واقع شده است (خزائی، 1390: 55).

در هر حال، در سطح بین‌المللی، حسن‌نیت در قرارداد بیمه از اهمیت بسزایی برخوردار است به نحوی که قرارداد بیمه به

قرارداد با حداکثر حسن‌نیت معروف است و از عوامل حیاتی و اساسی در تنظیم رابطه‌ی بین بیمه‌گذار و بیمه‌گر می‌باشد. با توجه به اصل مزبور، بیمه‌گذار موظف است که همه‌ی جزئیات مربوط به موضوع قرارداد را افشاء نماید زیرا انعقاد قرارداد و تعیین حق بیمه بر مبنای اطلاعاتی است که بیمه‌گذار به بیمه‌گر می‌دهد و برای وی مقدور نیست که خود به دنبال کسب اطلاعات در مورد موضوع بیمه‌نامه باشد. به همین دلیل ضمانت‌اجرای شدیدی برای آن مقرر شده و چنانچه بیمه‌گذار از روی سوءنیت اطلاعات راجع به موضوع بیمه را نزد بیمه‌گر یا نماینده او افشاء ننماید قرارداد بیمه باطل بوده و حق بیمه دریافتی قابل استرداد نخواهد بود.

باید توجه داشت که بیمه‌گر نیز موظف است در تنظیم قرارداد بیمه و جبران خسارت در هنگام وقوع حادثه حسن‌نیت داشته باشد و در صورتی که قرارداد را به نحوی تنظیم نماید که صرفاً در بردارنده‌ی آن چه باشد که به نفع او بوده، می‌توان گفت که وی حسن‌نیت نداشته و این نابرابری باید به کمک قواعد تفسیر جبران شود. با این حال باید توجه شود که بطلان یا انفساخ قرارداد بیمه به نفع بیمه‌گر می‌باشد و این در حالی است که نباید بیمه‌گذار به خاطر تقصیر بیمه‌گر متحمل ضرر گردد، بلکه باید به کمک قواعد تفسیر و بر اساس قاعده‌ی (من له الغنم و علیه الغرم)، عامل ضرر، آن را جبران نماید. به همین دلیل است که با توجه به دگرگونی‌های عصر حاضر، از اصل حسن‌نیت در جهت تعادل و توازن در رفتارهای طرف قرارداد در ایجاد، انعقاد و تفسیر قراردادها با توجه به تغییر شرایط قراردادی استفاده می‌گردد و همین موضوع باعث شده تا اصل مزبور از جایگاه ویژه‌ای در حقوق قراردادها و معاملات برخوردار باشد (علیزاده، 1384: 95).

9-1-3. جایگاه حسن‌نیت در حقوق ایران در انعقاد عقود بیمه

پس از بررسی اصل حسن‌نیت و جایگاه آن در حقوق بیمه به ویژه در عرصه‌ی بین‌المللی، باید دید آیا چنین اصلی در حقوق ایران نیز قابل دفاع بوده و اساساً چنین مطلبی چه جایگاهی در حقوق ایران داراست. در قانون مدنی ایران، تعریف روشن و صریحی از حسن‌نیت ارائه نشده است اما در قوانینی مانند قانون مسئولیت مدنی مصوب 1339 و قانون تجارت الکترونیکی 1382 و قانون تجارت ایران، این اصطلاح به صراحت به کار رفته است. البته عده‌ای از حقوقدانان این مفهوم را در قانون مدنی ایران نیز ناشناخته ندانسته و با جست‌وجو در مواد مختلف این قانون در جایی که ناظر بر جهل شخص نسبت به صحت عمل حقوقی خود یا دیگران است، پذیرش آن را اعلام نمایند (انصاری، 1388: 21). برای نمونه مطابق ماده 680 قانون مدنی، تمام اموری که وکیل، قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است. علت وضع مقرره‌ی مزبور این است که روابط خصوصی افراد حفظ شود و حقوق اشخاص ثالث تضییع نگردد. مطابق این معنای حسن‌نیت، مادام که وکیل به این عزل جاهل بوده و با اعتقاد به این که عقد وکالت هنوز معتبر است اقدامات و اعمال حقوقی را وکالتاً انجام دهد، اقدامات مزبور نسبت به موکل نافذ و معتبر است.

برخی از اساتید عرف و عادت را جانشین حسن‌نیت و هم معنای آن دانسته‌اند و اعلام می‌دارند که در حقوق ایران، اصلی به عنوان حسن‌نیت در قراردادها پیش‌بینی نشده است ولی با این وجود با مطالعه‌ی موارد لزوم حسن‌نیت در حقوق بیگانه می‌توان عرف و عادت را که ضابطه‌ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است را جانشین حسن‌نیت دانست (شهیدی، 1388: 275). بر این اساس، در مورد مصادیق مطرح در مواد 220، 225 و 279 قانون مدنی، رجوع به عرف و عادت متعارف می‌تواند یکی از ضوابط احراز حسن‌نیت قرار بگیرد. به عبارت دیگر برای سنجش و تطبیق رفتارها و اقدامات طرفین با معیار حسن‌نیت، ناچار باید به عرف و عادت مراجعه نمود.

با این وجود، به نظر می‌رسد که حسن‌نیت علی‌رغم اینکه با عرف و عادت ممکن است همپوشانی داشته باشد، قابل انطباق با آن نیست. به عبارت دیگر، حسن‌نیت، به عنوان آنچه که امروزه یکی از اصول انکارناپذیر نظام حقوقی غربی می‌باشد، مفهومی انتزاعی و بسیط است در حالی که عرف، امری متغیر و تابع شرایط زمانی و مکانی می‌باشد و در حقیقت در حالی که حسن‌نیت دائمی است اما عرف زود گذر و متغیر می‌باشد (انصاری، 1388: 35). بر این اساس، شرط خلاف حسن‌نیت یا تحدید آن برخلاف انتظار عمومی است اما قواعد منبعث از عرف در زمره‌ی قواعد تکمیلی قرار می‌گیرد و شرط برخلاف آن امکان‌پذیر می‌باشد.

بر این اساس، مقایسه‌ی عرف و حسن‌نیت و یکسان دانستن آن‌ها صحیح به نظر نمی‌رسد و بر این اساس باید جای دیگری به دنبال توجیه این موضوع در قانون مدنی و نظام حقوقی ایران بود. اکثر معاملات در جامعه با اعتماد به ظاهر و عمل به اماراتی چون اماره‌ی تصرف و بدون امکان شناخت مالک حقیقی انجام می‌پذیرد و از آن‌جا که کشف مالک واقعی برای بسیاری از اشخاص جامعه میسر نیست، شارع نیز امر به چنین تکلیف دشواری ننموده است (محقق داماد، 1392: 198). موضوع ماده ۶۸۰ قانون مدنی که پیشتر گفته شد نیز در همین راستا و در فرضی که شخص با اعتماد به ظهور، یک عمل حقوقی منعقد می‌کند، اما پس از انعقاد با خلاف این ظاهر روبرو می‌شود قابل توجیه است. به عبارت دیگر، حقوق باید از عمل‌کننده به ظهور حمایت نموده و نمی‌تواند به صرف اثبات خلاف امر ظاهری، اعتماد‌کننده به ظهور را از حقوق و منافع مورد انتظارش محروم نماید (کریمی و علا، ۱۳۹۶: ۱۱). بنابراین می‌توان گفت که حمایت از اشخاصی است که با اعتماد به ظاهر مبادرت به انجام یک عمل حقوقی می‌نمایند، تامین امنیت روابط و معاملات و استحکام آن‌ها و همچنین حمایت از حقوق اشخاص ثالث است (قاسمی، 1388: 87).

در حقیقت در حقوق ایران، از اعتناء به ظهور قابل اعتماد برای تصحیح اعمال حقوقی استمداد شده تا آنجا که می‌توان گفت بحث مستقلی به عنوان حسن‌نیت در انعقاد قراردادها وجود نداشته و به تعبیر دیگر، وجود حسن‌نیت، لازمه و پیش‌شرط تمام اعمال حقوقی بوده و اصلاً مقتضای عقود بحث تراضی بر پایه‌ی تعامل صحیح می‌باشد. به عبارت دیگر، تعامل و تراضی جزئی از مقتضای تمام عقود است. تعامل به این معناست که باید طرفین قرارداد، اطلاعات لازم برای رسیدن به هدف را در اختیار یکدیگر قرار دهند تا به یک تراضی تمام و کامل دست یابند. برای مثال، اگر فردی اقدام به خرید یک رایانه نماید و هدف وی انجام یک سری برنامه‌های نرم‌افزاری خاص بوده که نیاز به پردازش‌کننده‌های قوی داشته باشد، فروشنده‌ی رایانه مکلف است با دادن اطلاعات صحیح وی را برای نیل به هدف خود و خرید رایانه مناسب راهنمایی نماید و در صورتی که رایانه‌ای به وی بفروشد که نیازهای او را رفع ننماید در حقیقت تعامل لازم را ننموده و در اینجا خدشه بر مقتضای عقد وارد است. الزام به در اختیار گذاشتن اطلاعات مورد نیاز طرفین که بر رضایت آن‌ها در انعقاد قرارداد می‌تواند موثر باشد، به استثنای اطلاعات مرتبط با قیمت، در قانون مدنی فرانسه نیز آمده ولی در ذیل بحث حسن‌نیت مطرح شده است. این در حالی است که در حقیقت باید گفت اگر اطلاعات لازم داده نشود تعامل صحیحی که مبنای تراضی طرفین و به عبارتی از جمله مقتضیات تمام عقود بوده محقق نگشته است.

در نتیجه‌ی این امر است که باید گفت طرفین ملزم به در اختیار گذاشتن اطلاعات لازم به یکدیگر می‌باشند و نیازی به مفهومی با عنوان حسن‌نیت وجود ندارد. این امر در رابطه با در اختیار قرار دادن اطلاعات راجع به موضوع بیمه نیز صدق می‌کند. در همین رابطه، ماده 13 قانون بیمه مصوب 1316 مقرر کرده است که هرگاه بیمه‌گذار عمداً از اظهار مطالبی خودداری نموده و یا اظهارات کاذب نماید به نحوی که موضوع خطر را تغییر دهد یا از اهمیت آن بکاهد عقد بیمه باطل خواهد بود و وجهی که بیمه‌گذار پرداخته است قابل استرداد نیست. همچنین بیمه‌گر حق دارد حق بیمه‌ای را که تا آن تاریخ عقب افتاده است از بیمه‌گذار مطالبه نماید. اما در صورتی که عدم اظهار یا اظهارات کاذب از روی عمد نباشد و این حالت قبل از وقوع حادثه باشد، بیمه‌گر حق دارد با رضایت بیمه‌گذار حق بیمه را دریافت داشته و قرارداد را ابقا نماید یا اینکه قرارداد را فسخ نماید. با این وجود، در صورتی که این حالت بعد از وقوع حادثه باشد خسارت به نسبت حق بیمه پرداختی تقلیل خواهد یافت (قانون بیمه، 1316: ماده 13).

روشن است که برای تحقق تعامل و تراضی که مقتضای تمام عقود از جمله بیمه می‌باشد و در راستای دستیابی به تعامل صحیح میان طرفین، مسئولیت ارائه‌ی اطلاعات لازم فقط متوجه یکی از آن‌ها نبوده و در حقیقت تمام طرفین یک قرارداد ملزم به ارائه‌ی اطلاعاتی هستند که مبنای تعامل صحیح بین آن‌ها برای دستیابی به هدفشان بوده و همچنین در تراضی آن‌ها تاثیرگذار خواهد بود. بنابراین، هرچند در قانون بیمه ایران مصوب اردیبهشت 1316، با توجه به این موضوع که بیشترین حقایقی را که ارزیابی خطر باید بر اساس آن محاسبه شود، منحصراً متکی بر اطلاعاتی است که بیمه‌گذار اظهار می‌نماید، تنها بیمه‌گذار مکلف به در اختیار گذاشتن اطلاعات لازم می‌باشد، با این وجود در حقیقت گستره‌ی این اصل بیمه‌گر را نیز در بر گرفته و او نیز موظف به رعایت این اصل مهم می‌باشد (کوشا، 1384: 49).

10. اصل الحاقی و تحمیلی بودن

در قراردادهای امروزی بر خلاف گذشته، داد و ستدها از سادگی برخوردار نیستند و آزادی اراده به معنی واقعی خود و به همان شکل که در آغاز پیدایش ارتباط انسان‌ها بوده، وجود ندارد. در بسیاری از موارد موقعیت اقتصادی و اجتماعی طرفین در نحوه و چگونگی انعقاد قرارداد یا حتی اراده‌ی طرف دیگر موثر است و گاهی یکی از طرفین قرارداد برای رفع نیاز خود مجبور به تسلیم شدن به شرایط غیرمنصفانه و تحمیلی می‌باشد. این امر تا جایی است که در دسته‌ای از قراردادها، اختیار گفت‌وگو در رابطه با شرایط قرارداد به طور کلی از یک طرف گرفته شده و طرف دیگر، تمام شرایط و آثار آن را از پیش به دلخواه تنظیم و به طرف دیگر عرضه می‌نماید. در این قبیل از قراردادها ضرر ناشی از عدم انعقاد چنین قراردادی بیشتر از همه متوجه طرف ضعیف‌تر است و شرایط به گونه‌ای است که مصرف‌کننده نمی‌تواند از آن‌ها چشم‌پوشی نماید چرا که با عسر و حرج مواجه خواهد شد.

آنچه در این گونه از قراردادها مدنظر علمای حقوق می‌باشد این است که طرف قوی‌تر نباید به پشتوانه‌ی موقعیت برتر خود ظلمی ناروا نسبت به طرف ضعیف و مضطر واقع سازد (درودیان، 1381: 15). به همین جهت است که در چنین مواردی، قانون‌گذار باید نگهبان منافع مصرف‌کنندگان در برابر سودجویی تولیدکنندگان باشد. قراردادهای بیمه معمولاً در زمره‌ی قراردادهای الحاقی بوده و در اغلب موارد توسط شرکت‌های بیمه تهیه شده و صرفاً به امضای طرف دیگر قرارداد می‌رسند. بنابراین، قانون‌گذاران در راستای حمایت از طرف ضعیف‌تر در عقود بیمه، برخی از الزامات را بر روی آن‌ها بار می‌نمایند (Kenneth, 2013: 653). هرچند در رابطه با این که دایره‌ی ورود دولت‌ها و قانون‌گذار در قرارداد خصوصی بیمه و محدوده‌ی اعمال قدرت آن‌ها چگونه باید باشد نیز اختلاف‌نظر وجود دارد.

11. اصل غرامت یا جبران خسارت

بیمه، قراردادی است که موضوع آن جبران خسارت وارده به اموال و دارایی بیمه‌گذار است و به همین سبب، بیمه نباید به صورت منبع استفاده برای بیمه‌گذار درآید. بیمه‌گر متعهد به جبران خسارت و رفع عدم تعادلی است که در پی حادثه‌ای بر روی مورد بیمه، در وضع مالی بیمه‌گذار پدیدار می‌شود. بنابراین جبران خسارت نباید بیمه‌گذار را در وضع مساعدتر از قبل قرار دهد. به عبارت دیگر، وقتی بیمه به طور کامل و صحیح انجام گرفته باشد، پرداخت خسارت نباید تغییری به نفع بیمه‌گذار در وضع مالی او به وجود آورد. اگر این اصل در پرداخت خسارت رعایت نشود و در نتیجه بیمه منبع استفاده بیمه‌گذار قرار گیرد، موجب گسترش فساد و اختلال در نظم عمومی شده و می‌تواند تشویقی برای ایجاد خسارت‌های عمدی باشد (محمود صالحی، 1384: 115). بنابراین، می‌توان گفت که منشأ اصل جبران خسارت یا اجباری کردن اصل غرامت توسط قانون‌گذار، جلوگیری از به وجود آوردن خسارت عمدی و همچنین جلوگیری از شرط‌بندی، قمار است.

بدین معنی که هدف، جبران خسارت زیان‌دیده و برگرداندن وضعیت او به حالت قبل از زیان بوده و در حقیقت راهی برای سوددهی یا کسب منفعت نمی‌باشد. همچنین باید به این نکته توجه کرد که تعادلی میان جبران خسارت زیان‌دیده و پرداخت غرامت توسط بیمه‌گر باشد تا انعقاد قرارداد بیمه همچنان سود معقول و منطق تجاری را برای شرکت‌های بیمه به همراه داشته باشد (Goh, 2013: 306). خرید بیمه نوعی تامین امنیت و آرامش ذهنی و برگرداندن وضعیت او به حالت قبل از زیان بوده و در حقیقت راهی برای سوددهی یا کسب منفعت نمی‌باشد. همچنین باید به این نکته توجه کرد که تعادلی میان جبران خسارت زیان‌دیده و پرداخت غرامت توسط بیمه‌گر باشد تا انعقاد قرارداد بیمه همچنان سود معقول و منطق تجاری را برای شرکت‌های بیمه به همراه داشته باشد (Goh, 2013: 306). خرید بیمه نوعی تامین امنیت و آرامش ذهنی و روانی بیمه‌گذار در برابر حوادثی است که موجب خسارت می‌گردد و مانند قراردادهای

خصوصی دیگر نظیر بیع که در آن هر یک از طرفین به دنبال حداکثر سود و منفعت خود می‌باشند، نبوده و از همین رو باید به هنگام اختلاف، به این امر در تفسیر این قراردادها توجه نمود.

از آن جا که هر قراردادی مقتضای مخصوص به خود دارد، قاضی در مقام تفسیر قرارداد بایستی طبیعت و مقتضای هر قرارداد را مورد عنایت قرار داده و از تفسیری که منتهی به نفی اقتضای قرارداد شود، امتناع نماید (Bernstein, 2017: 567). همان‌طور که در مبحث نخست گفته شد، مقتضای عقد بیمه و فلسفه‌ی وجودی آن، تامین نظم و امنیت جامعه و آرامش خاطر بیمه‌گذار در هنگام وقوع حادثه و جبران خسارت است. روشن است که اگر مفاد عقد به نحوی باشد که همه‌ی آثار مترتب بر آن را سلب نماید، به صورت جدی‌تر در تنافی با مقتضای عقد قرار می‌گیرد بنابراین، قراردادهای بیمه باید به گونه‌ای تفسیر شوند که هدف فوق‌تأمین گردد و در غیر این صورت، خسارت وارده جبران‌نشده باقی مانده و بیمه‌گذار و ذینفع بیمه، دچار عسر و حرج می‌گردند. همچنین، از طرف دیگر مردم اعتماد خود را نسبت به شرکت‌های بیمه از دست می‌دهند و دادگاه‌ها نیز در صدور حکم و اجرای آن با دشواری‌های زیادی روبه‌رو خواهند شد. علاوه بر این، مهم‌ترین اثر عقد بیمه، تعهد بیمه‌گر در قبال بیمه‌گذار مبنی بر جبران خسارت احتمالی است و از همین رو باید تفسیری که منافی با چنین اثری باشد را مصداق شرط مبطل دانست. به عبارت دیگر، عقد بیمه هرچند عقدی احتمالی است، اما عقد مسامحه‌ای نمی‌باشد و بدون هیچ تردیدی باید آن را در زمره‌ی عقود معوض دانست. با تمسک به تفسیری که منافی با تعهد بیمه‌گر در عقد بیمه باشد، وی صرفاً حق بیمه‌ای دریافت خواهد کرد که در مقابل آن هیچ تعهدی نخواهد داشت و از آن‌جا که دارا بودن عوض در ذات عقد معوض قرار دارد، تفسیری که منجر به از بین رفتن آن شود، خلاف قانون، نظم عمومی و مقتضای ذات عقد تلقی می‌گردد. در همین راستا، قانون‌گذار اخیراً در برخی موارد مانند ماده 11 قانون بیمه اجباری شخص ثالث، با موضع‌گیری نسبت به شرط عدم مسئولیت، چنین شروطی را نامعتبر اعلام کرده و درج هر گونه شرطی را مزایایی قانونی کمتری برای بیمه‌گر و زیان‌دیده در نظر بگیرد را باطل اعلام نموده است که این ماده علاوه بر شرط عدم مسئولیت، بر شرط تحدید مسئولیت نیز اعمال می‌گردد.

12. اصل نفع بیمه‌ای

قرارداد بیمه زمانی معتبر است که نفع بیمه‌ای عقلایی در آن وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، عقد بیمه باید برای بیمه‌گذار فایده و نفع بیمه‌ای داشته و در غیر این صورت رکن اساسی بیمه از بین رفته و بیمه باطل می‌گردد. بدون اثبات نفع بیمه‌ای عقلایی هیچ بیمه‌گذاری نمی‌تواند بیمه‌گر را به انجام تعهداتش ملزم نموده و از قدرت و نفوذ قانون در مورد ادعایش برخوردار گردد. بنا بر اصل نفع بیمه‌ای، بیمه‌گر باید از نفع داشتن بیمه‌گذار در معامله مطمئن گردیده و اگر نفعی برای وی متصور نباشد، نمی‌تواند او را بیمه نماید. از این رو، عقد بیمه‌ی کسی که در موضوع بیمه حقی نداشته و از خرابی آن متضرر نمی‌شود، نادرست می‌باشد. کسانی که به نحوی در بقای مال ذینفع بوده و از خراب شدن آن متضرر می‌گردند مانند مالک، مستاجر و مرتهن می‌توانند با انعقاد قرارداد بیمه، برای رفع خطر ناشی از بروز حوادثی مانند حریق و سیل و زلزله که آنها را تهدید می‌کند و موجب خسارت یا مسئولیت برای آنان می‌شود، تأمین مورد نظر خود را به دست آورند (خوشبخت، 1390: 35). مقصود از مصلحت یا نفع بیمه‌ای این است که واقع نشدن خطر به مصلحت بیمه‌شده باشد. به عبارت دیگر، بیمه‌گذار باید از وقوع خطر متضرر شده و سعی در جلوگیری از وقوع آن داشته باشد و در صورت وقوع آن، تنها قادر به دریافت خسارت باشد. علت وجود چنین اصلی این است که بیمه‌گذار به دلیل نفع مادی که در زندگی بیمه‌شده یا سلامتی کالای مورد بیمه دارد، اقدام به ایجاد خطر نکند و به حفظ مورد بیمه از خطر و حادثه اهمیت داده و بی‌جهت مورد بیمه را در معرض خطر و ریسک قرار ندهد (جمال زاده، 1380: 98). همچنین کسی را مستحق دریافت خسارت در عقود بیمه باید دانست که واقعا متحمل خسارتی شده باشد تا عقد بیمه از هدف خود که جبران خسارات بیمه‌گذار و آرامش خاطر اوست.

13. اصل تعدد بیمه‌ای

تعدد بیمه عبارت است از این‌که در رابطه با یک موضوع، چند قرارداد بیمه وجود داشته باشد. تعدد بیمه لزوماً موجب

بطلان قراردادهای بیمه نمی‌باشد در صورتی که شرایطی که در ادامه خواهد آمد رعایت شده باشد. شرط اول این که جمع مبالغ بیمه شده از ارزش واقعی شی بیمه‌شده تجاوز ننماید. بنابراین مانعی وجود ندارد که بیمه‌گذار برای بیمه یک شی به چند بیمه‌گر مراجعه نموده و نزد هر یک قسمتی از ارزش شی موضوع بیمه را بیمه نماید، به طوری که جمع مبالغ بیمه‌شده از ارزش واقعی شی بیمه‌شده تجاوز نکند. اگر ارزش شی بیمه‌شده زیاد باشد، تقسیم خطر بین چند بیمه‌گر تأمین بیشتری برای بیمه‌گذار فراهم کرده و ورشکستگی یکی از بیمه‌گران، بیمه‌گذار را با بحران مالی مواجهه نمی‌کند. شرط دومی که وجود دارد این است منتفع از همه بیمه‌نامه‌ها یک شخص نباشد. ممکن است یک شی را چند نفر بیمه کنند و هر کدام از آنها نسبت به آن نفعی داشته باشند. برای مثال، کالایی را که ارسال می‌شود ممکن است توسط فرستنده و گیرنده‌ی آن بیمه شود. در نهایت، شرط آخر این است که خطرهای بیمه‌شده در همه‌ی بیمه‌نامه‌ها یکسان نباشد بلکه یک شی از جنبه‌های مختلفی بیمه شود. برای نمونه، یک کشتی در یک بیمه‌نامه از خطر آتش سوزی و در بیمه‌نامه‌ی دیگری از خطر غرق شدن بیمه گردد. در صورت عدم رعایت شرایط مذکور، بیمه برخلاف اصل تعدد بیمه‌ای بوده و باطل خواهد بود (کریمی، 1386: 91).

14. اصل جانشینی: مطابق ماده 30 قانون بیمه «بیمه‌گر در حدودی که خسارت وارده را پرداخت یا قبول می‌کند در مقابل اشخاصی که مسئول حادثه یا خسارت هستند قائم مقام بیمه‌گذار خواهد بود. اگر بیمه‌گذار اقدامی کند که منافی با حق مزبور باشد در مقابل بیمه‌گر مسئول شناخته می‌شود.» از لحاظ اصولی وقتی شخصی موجب زیان به دیگری می‌گردد، زیان دیده می‌تواند برای مطالبه خسارت وارده به او مراجعه نماید. در صورتی که خسارت وارده بر شخص بیمه‌گذار به موجب اقدام دیگری باشد او حق مراجعه به عامل زیان و تقاضای جبران خسارت را دارد. اما در صورتی که بیمه‌گذار خسارت خود را از بیمه‌گر دریافت نموده باشد، چون حق خود را دریافت نموده است، باید به بیمه‌گر حق مراجعه به عامل زیان داده شود و بیمه‌گر بر مبنای نمایندگی و جانشینی از بیمه‌گذار به مسئول حادثه مراجعه و خسارت پرداختی را مطالبه می‌نماید. قاعده جانشینی یا حق رجوع به مسئول حادثه نتیجه منطقی و عادلانه اصل تاوان یا غرامت است. زیان دیده را از دریافت دو غرامت بابت یک خسارت، که مغایر عدالت و انصاف است، باز می‌دارد (صالحی محمود، 1384: 117).

نتیجه

زندگی بشر همواره در معرض خطرات و زیان‌های غیر قابل پیش‌بینی قرار دارد و یکی از مهم‌ترین و پرکاربردترین روش‌هایی که انسان برای مقابله با این تهدیدات برگزیده، بیمه است. احترام به مفاد این قراردادهای صریح و روشن منعقد شده ضروری بوده ولی با این وجود، ویژگی‌های خاص قراردادهای بیمه و ماهیت متفاوت آن‌ها از سایر عقود دارند که به اصول حاکم بر آن باز می‌گردد. به عبارت دیگر، اصولی مانند اصل حسن‌نیت و یا تراضی بر پایه‌ی تعامل صحیح، اصل الحاقی و تحمیلی بودن عقد بیمه، اصل غرامت یا جبران خسارت و همچنین اصل نفع بیمه‌ای که بر قراردادهای بیمه حاکم است که بر مبنای آن‌ها، در تفسیر این نوع از قراردادهای نیز سلسله قواعدی وجود دارد که در سطح بین‌المللی نیز مورد پذیرش قرار گرفته و باید اعمال شوند.

تمام قراردادهای روابط باید مبتنی بر حسن‌نیت باشد ولی در بیمه، حسن‌نیت از عوامل اساسی تنظیم رابطه‌ی بین طرفین می‌باشد. هرچند که علی‌رغم اینکه اصل فوق در سطح بین‌المللی به صورت گسترده مورد پذیرش قرار گرفته است، می‌توان گفت بحث مستقلی به عنوان حسن‌نیت در انعقاد قراردادهای وجود ندارد. به تعبیر دیگر، وجود حسن‌نیت، لازمه و پیش‌شرط تمام اعمال حقوقی بوده و به عبارت دیگر، تراضی بر پایه‌ی تعامل صحیح جزئی از مقتضای تمام عقود است. تعامل به این معناست که طرفین قرارداد، ملزم به ارائه‌ی اطلاعاتی هستند که مبنای تعامل صحیح بین آن‌ها برای دستیابی به هدفشان بوده و همچنین در تراضی آن‌ها تأثیرگذار خواهد بود. در صورت فقدان چنین تعاملی، نابرابری ایجادشده توسط قرارداد باید به کمک قواعد تفسیر جبران شود.

همچنین، از آن‌جا که اغلب قراردادهای بیمه در دسته‌ی قراردادهای الحاقی قرار می‌گیرند، امکان مذاکره درباره‌ی شروط قراردادی و تغییر و تعدیل آن‌ها وجود ندارد. بنابراین، با توجه به نابرابری توان اقتصادی و معاملاتی طرفین، نیاز به رویکرد ویژه‌ای بوده و در نتیجه اصل آزادی قراردادی جای خود را به اصل حمایت از بیمه‌گذار داده است که می‌تواند نقش تعیین‌کننده‌ای در نحوه‌ی تفسیر قراردادهای بیمه و کاهش نابرابری قراردادی در این دسته از عقود داشته باشد. علاوه بر این، مقتضای عقد بیمه و فلسفه وجودی آن، تأمین نظم و امنیت جامعه و تعهد بیمه‌گر در قبال بیمه‌گذار مبنی بر جبران خسارت احتمالی می‌باشد. بر اساس اصل جبران خسارت که بر قراردادهای فوق حاکم است، هدف آن‌ها، جبران خسارت

زیان‌دیده و برگرداندن وضعیت او به حالت قبل از زیان بوده و در حقیقت راهی برای سوددهی یا کسب منفعت نمی‌باشد. روشن است که اگر مفاد عقد به نحوی باشد که تمامی آثار مترتب بر آن را سلب نماید، به صورت جدی در تنافی با مقتضای عقد قرار می‌گیرد. بنابراین، قراردادهای بیمه باید به گونه‌ای تفسیر شوند که هدف فوق تامین گردد. همچنین، عقد بیمه باید برای بیمه‌گذار فایده و نفع بیمه‌ای داشته و در غیر این صورت رکن اساسی بیمه از بین رفته و بیمه باطل می‌گردد. تفسیر ویژه‌ی قراردادهای بیمه بر مبنای اصول حاکم بر آنها، علاوه بر تعدیل عقود فوق، تضمینی برای ادامه‌ی حیاتشان در جامعه و استقبال افراد از این نوع قراردادها باشد.



فهرست منابع:

۱. منابع فارسی

۱-۱. کتب

- بابایی، ایرج (1396)، حقوق بیمه، انتشارات سمت چاپ چهاردهم.
- جمال زاده، احمد (1380)، بررسی فقهی عقد بیمه، قم، بوستان کتاب قم. چاپ اول
- دهخدا، علی اکبر (1372)، فرهنگ لغت دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران
- شهیدی، مهدی (1388)، حقوق مدنی (اصول قراردادهای و تعهدات)، تهران مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ پنجم، جلد دوم.
- صالحی، محمود (1384)، حقوق بیمه، تهران پژوهشکده بیمه. چاپ دوم.
- عمید، حسن (۱۳۸۴)، فرهنگ فارسی عمید، تهران انتشارات امیرکبیر.
- قاسمی، محسن (1388)، شکل گرایی در حقوق مدنی، تهران انتشارات میزان

۱-۲. مقالات

- آل شیخ، محمد (1384)، «حقوق و تعهدات بیمه گذار»، فصل نامه صنعت بیمه، شماره 79.
- ابوطالب، کوشا (1384)، «اصل حداکثر حسن نیت در معاملات بیمه و نیم نگاهی به آن در سایر عقود و قراردادهای» فصل نامه دیدگاه های حقوقی، دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، شماره 36 و 37.
- انصاری، علی (1388)، «مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه»، فصل نامه مدرس علوم انسانی پژوهش های حقوق تطبیقی، شماره 63.
- ایرج، علی آبادی (1369)، «حمایت مصرف کننده در بیمه» صنعت بیمه، شماره ۱۸.
- خزائی، سید علی (1390)، «اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش قرارداد» مجله حقوقی دادگستری، شماره 76.
- علیزاده، مهدی (۱۳۸۴)، «مبانی حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهای» فصل نامه تخصصی الهیات و حقوق ش ۱۵ و ۱۶.
- در قراردادهای بین المللی: قاعده ای فراگیر یا حکمی استثنایی، مجله تحقیقاتی حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۱۱.
- خوشبخت، مریم (1390)، بررسی عقد بیمه در فقه امامیه و حقوق موضوعه. پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، دانشکده الهیات و معارف اسلامی.
- درودیان مجید (1381)، بررسی ماهیت قراردادهای الحاقی، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران مجتمع آموزش عالی قم.

۲. منابع لاتین

- Abraham, k.s. (1996). A theory of insurance policy interpretation. Michigan law review, 95(3): 531-538.
- Abraham, k.s. (2013). Four conceptions of insurance. University of Pennsylvania Law Review, 161(3): 653-698.
- Bernstein, A. (2017). Before Interpretation. The University of Chicago Law Review, 84(2): 567-653.



مهدی وحیدی قرا باغلو

حجیت نظر پزشکی قانونی در آرای قضایی

* فارغ التحصیل کارشناسی حقوق دانشگاه تبریز - کارآموز قضاوت

* عضو بنیاد ملی نخبگان باشگاه پژوهشگران جوان و نخبگان

چکیده

پزشکی قانونی (دادپزشکی یا پزشکی قضائی) مرجعی صاحب صلاحیت برای اظهار نظر پزشکی حقوقی در دادگاه‌ها است. سازمان پزشکی قانونی وابسته به قوه قضائیه است که به منظور کارشناسی در امور پزشکی که نظریات آن برای مراجع قضائی و سایر سازمان‌های دولتی مستند باشد و بررسی و تحقیق در امور پزشکی قانونی در پیشگیری از وقوع جرم تشکیل شده است. پزشکی قانونی عملیاتی است که پزشکان متخصص برای کشف و تشخیص جرم و رد پای متهم و اثبات صدق یا کذب بودن گفته‌های مدعی یا مدعی علیه انجام می‌دهند. در احکام دادرسی برای تشخیص بسیاری از جرم‌ها و نواقص و تعیین میزان خسارات وارد بر اعضای بدن به پزشک متخصص عادل ارجاع داده شده است.

پزشکی قانونی در فقه و حقوق اسلامی چه جایگاهی دارد و سابقه آن در فقه و حقوق و دایره حسیه و طب اسلامی چیست، میزان اعتبار آن از نظر فقها چه اندازه است، راه‌ها و آلات احراز پزشکی قانونی تا چه اندازه حجیت دارد، در کدامیک از مسایل فقه و حقوق اسلامی حل مشکلات و تشخیص موضوعات به پزشکان ارجاع داده شده، آیا در فقه و حقوق اسلامی صدور حکم براساس قرائن و شواهد از ادله شرعی است، و آیا می‌توان از کارهای پزشکی قانونی مانند انگشت نگاری، آزمایش خون و غیره استفاده کرد؟ این مقاله

به بررسی سؤالات فوق و در صورت امکان ارائه پاسخ به آنها می‌پردازد.

کلیدواژه: دادپزشکی، طب شرعی

۱-مقدمه

در ایران اصطلاح پزشکی قانونی دو موضوع را تداعی می‌کند:

(الف) سازمان پزشکی قانونی به شرح:

سازمان پزشکی قانونی به شکل نوین آن در ایران از حدود نه دهه پیش به صورت اداره‌ای وابسته به وزارت دادگستری فعالیت خود را آغاز کرد. با توسعه روش‌های کشف جرم و افزایش نیاز مجامع قضایی به خدمات پزشکی قانونی به اداره کل تبدیل شد و در سال ۱۳۷۲ طبق درخواست متخصصین پزشکی قانونی با تصویب مجلس شورای اسلامی، سازمان پزشکی قانونی کشور به عنوان سازمانی وابسته و زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس شد.

(ب) متخصصین پزشکی قانونی:

که این افراد پزشکان متخصص با حیطه کاری فراتر از نام سازمان پزشکی قانونی و طبق مجوزهای وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی درگیر و توانمند در حیطه‌های تخصصی پزشکی شامل پزشکی قانونی، مسمومیت‌های بالینی و اخلاق پزشکی می‌باشند. متخصصین پزشکی قانونی شاغل در گروه‌های پزشکی

قانونی و گروه‌های مسمومیت دانشگاه‌های علوم پزشکی زیر نظر قوه مجریه؛ شاغل در مراکز خصوصی و خیریه پزشکی؛ شاغل در سازمان پزشکی قانونی زیر نظر قوه قضاییه می‌باشند.

۲- پیشینه پژوهش

زمینه و هدف از پژوهش حاضر واکاوی و تحلیل نظریات صادره از معاینات پزشکی و درجه حجیت آن در پرونده مطروحه است که در مجموع بعلت فراهم آوردن شرایط علم بر قاضی حائز اهمیت بوده ،پژوهش هایی مرتبط با موضوع مورد بحث بوده که مَرِن جمله اهم آن ها را نام میبریم ؛

۱. مقتدایی، مرتضی(۱۳۷۶) ،علم قاضی در حقوق اسلامی ، شماره ۱۹ و ۲۰ ، تهران: مجله حقوقی دادگستری.

۲. معرفت، محمدهادی(۱۳۷۰)، بینه در لسان الشرع، شماره ۲ ، تهران: مجله حقوقی دادگستری.

۳. موسویان، سید ابوالفضل(۱۳۸۴) ، قلمرو حجیت علم قاضی در فقه ، دوفصلنامه مقالات و بررسی ها بهار و تابستان ، تهران: دفتر فقه.



۳- سابق الذکر پزشکی قانونی

اسلام در بسیاری از موارد در کتاب و سنت و فتاوی فقها در جهت پیشبرد عدالت و امر قضاوت، کارهای پزشکی قانونی را مطرح ساخته است. این امر ما را بر آن داشت که در قرآن کریم و احادیث نبوی و گفتار صحابه آنچه مربوط به پزشکی قانونی درباره کشف نوع جنایت و آلت جرم نسبت به مقتول آمده به بحث و پژوهش بپردازیم؛

سوره بقره آیه ۷۲: | وَإِذْ قَتَلْتُمْ نَفْسًا فَادَّارَأْتُمْ فِيهَا وَاللَّهُ مُخْرِجٌ مَّا كُنْتُمْ تَكْتُمُونَ |

در زمان رسول گرامی ، شخصی مرتکب زنا شد و ایشان علی (علیه السلام) را فرمودند ؛

که حکم رجم را اجرا کند و چون علی (علیه السلام) خواست فرمان را اجرا کند آن مرد را مقطوع الذکر یافت. از اجرای حد امتناع ورزید با این استدلال که آن مرد توانایی انجام زنا را ندارد پس نزد پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) بازگشت و ایشان را از جریان امر آگاه ساخت.

از این قضیه ، قراین و امارات بر این است که ؛ مقدمات صدور حکم از قبیل اقامه شهود و اعتراف و غیره صورت گرفته بود

ولی به هنگام اجرای حکم کاشف بعمل آمد که آن شخص فاقد آلت تناسلی است لذا حکم اجرا نشد و علی (علیه السلام) استدلال کرد که چنین فردی قادر به ارتکاب عمل زنا نیست به عبارت دیگر این حق به ما داده شده است که در این گونه قضایا امکان معاینات پزشکی و سنجش توان شخص متهم برای به علم رسیدن قاضی وجود دارد.

خداوند سبحان «سوره یوسف آیه 17» آنگاه که داستان برادران یوسف جامه خون آلود یوسف را نزد یعقوب می آورند، می فرماید: «وَجَاءُوا عَلَيِّ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَيَّ مَا تَصِفُونَ.»

سوال ؛ با محرز بودن خون انسان یا خون حیوان بویژه خون های غیرعادی بر روی بدن مقتول ، چگونه می توان تشخیص داد که این خون ها متعلق به مقتول است تا بتوان شخص مورد اتهام را به کرسی محاکمه نشاند ؟ لذا اگر پزشکی قانونی و آزمایشگاه های ویژه کشف جرائم نبود امکان احراز قطعی شخصی تحت عنوان جانی پرونده وجود نداشت.

۴- ادله اثبات در فقه اسلامی

ادله اربعه محصورند در اثبات قتل که عبارتند از ؛

الف) اعتراف قاتل

ب) اقامه شهود

پ) قسامه و قرائن

قسم اهم ، قرائن و شواهد مزبوره در پرونده مطروحه است.

قرائن ، در اصطلاح فقهی ؛ امارتی است که منجر به ظن (احتمال قوی قاضی یک مرتبه پایین تر از یقین) می شود و گاه تا مرز قطع (احتمال قوی قاضی که به درجه یقین رسیده و به علم قاضی مبدل گشته) به پیش می رود و گاه منجر به گمان ضعیف (صرف احتمال ساده قاضی یک مرتبه پایین از قوت) می شود.

فقه های مالکی و برخی از حنبلی مسلکان بر آنند ؛ که قرائن و شواهد ، ادله اثبات جرم است و حجت ایشان روایتی است منقول که پسران عفراء یعنی معاذ و مسعود هر دو ادعا کردند که ابوجهل را در جنگ بدر کشته اند. پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به آن دو فرمود: آیا شمشیرهای خود را شسته اید؟ گفتند: خیر.

پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) چون به شمشیر هر دو نگریست فرمود: هر دوی شما او را کشتید.

البته پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) از راه وحی این مشکل را حل کرد اما امروزه جز راه پزشکی قانونی نمی توان این گره را گشود.

از میان فقه های حنبلی که قرائن را دلیل حجت می دانند ؛ ابن قیم است اما جمهور فقه های اهل سنت بجز مالکیان و حنبلیان عمل به قرائن را جایز نمی دانند و آن را ادله کشف جرم به حساب نمی آورند زیرا قرائن از شدت و ضعف برخوردار است و این موجب شک و شبهه می شود.

قاعده کلی در این باره عمل به حدیث رسول گرامی است که می فرماید: «تدرا الحدود بالشبهات»

در اثبات جرم زنا نیز ادله اربعه برقرار است که ؛ دو مورد آن یعنی شهادت و اقرار مورد اتفاق فقه است اما در دو دلیل دیگر یعنی اثبات و قرائن اختلاف است.

درباره قرائن فقه های مالکی و برخی حنبلیان معتقدند که قرائن دلیل این قول، فعل عمر بن خطاب است. وی زنی را که از زنا باردار شده بود، رجم کرد حال آنکه زن نه شوهر داشت و نه ارباب مالک و از طرف دیگر اقرار و بینة

نیز وجود نداشت و عمر تنها بارداری زن را نشانه ارتکاب زنا دانسته و صحابه نیز عمل او را تأیید کردند.

همچنین است لواط ، آیا اثبات آن نیاز به معاینه ندارد تا صدور حکم بی اشتباه تحقق پذیرد؟ و نیز درباره شارب الخمر آیا اثبات آن نیاز به آزمایش خون ندارد تا ماده مسکر مشخص گردد؟ آیا فردی غیر از پزشک قانونی و آزمایشگاه ویژه پزشک قانونی می تواند چنین وظیفه ای را به انجام رساند؟

مالک و پیروان وی، بر این عقیده اند که هرگاه زنی بی شوهر آبستن شد و روشن گشت که وی مجبور به عمل زنا نشده است، حد بر او جاری می شود.

گفتند: چنانکه ادعا کند در این کار مجبور شده است باید این ادعا را با اماره و دلیل ثابت کند.

آیا در این مورد می توان بدون معاینه پرده بکارت توسط پزشک به حقیقت پی برد؟

خلیفه دوم می گوید: بر زناکار رجم واجب است هرگاه زنا محصنه باشد و نیز بیّنه و اقرار زناکار به زنا و باردار شدن زن زناکار، رجم واجب می شود. آیا مسأله بارداری زن جز از راه معاینه پزشکی قانونی میسر است؟

حضرت امام علی (علیه السلام) می فرماید:

«زنا دو نوع است یک مخفیانه و دیگری علنی و ارتکاب زنای علنی از راه بارداری و اعتراف صورت می پذیرد».

۵- پزشکی قانونی در حقوق اسلامی

همانطور که در احادیث و در فقه آمده ادله اثبات جرایم عبارتند از ؛

الف) علم قاضی

ب) ادله شرعی (اقرار، شهادت و قسامه و سوگند)

اعتبار در اصل به معنای علم و یقین است. همانطور که قاضی از طرق و آلات مطمئنه امروزی پزشکی اعم از انگشت نگاری، آزمایش خون و ادرار، معاینه و سونوگرافی، دوربینی که از گذشته عکس میگیرد و سایر دستگاه های مکشوفه جرم ، در موردی علم و یقین پیدا کند. در درجه تعارض از بین ادله اثبات جرم علم قاضی نسبت به سایر ادله اولویت دارد و دلایل شرعی دیگر مانند اقرار، شاهد و قسم در مرحله بعد قرار دارند .

در کتب احادیث ، بابی است در مورد این که قاضی میتواند بدون بیّنه به علم خود عمل کند (حرالعالمی ، ۱۳۸۹:ص ۲۰۰) در این باره در تحریر الوسيله امام خمینی (ره) میخوانیم:

«قاضی میتواند به علم خود حکم کند، بدون اینکه نیازی به اقرار و یا قسامه داشته باشد، چه در حقوق انسانی و چه در حقوق الهی. بلکه جایز نیست به دلیل مخالف با علم و یقینش یا سوگند کسی که در نظرش کاذب باشد، حکم صادر کند» همانطور که در بحث دیات مطرح است ، در صورت اختلاف مجرم و شاکی در جنایات مادون نفس ، قاضی باید به متخصصان عادل پزشکی قانونی مراجعه کند و از آلات جدید برای کشف جرم و مقدار آن کمک بگیرد و یا در صورت امکان ، خود به آزمایش پردازد.

۶- میزان حجیت پزشکی قانونی در قضایای مطروحه در پرونده

متخصصان پزشکی قانونی اعتراف دارند که همه آزمایش ها و پژوهش های پزشکی قانونی مفید علم قاضی و از زایل کننده شک و تردید نیست بلکه گاهی مانند انگشت نگاری در احراز هویت متهم علم آور است، زیرا هرانسانی دارای خطوط انگشتان خاصی است به طوری که خطوط انگشتان هیچ کس مثل دیگری نیست و گاهی پزشکی قانونی مفید

علم قاضی و از زایل کننده شک و تردید نیست بلکه گاهی مانند انگشت نگاری در احراز هویت متهم علم آور است، زیرا هراسانی دارای خطوط انگشتان خاصی است به طوری که خطوط انگشتان هیچ کس مثل دیگری نیست و گاهی پزشکی قانونی مفید علم نیست، اما میتواند به عنوان امارات قضایی مورد استناد قاضی قرار بگیرد، مانند بررسی خط و نگارش یا وجود اثری از آثار متهم در محل وقوع جرم.

میرزای نایینی در تقریرات خود از درس آخوند خراسانی مینویسد؛

«سزاوار نیست که در رجوع به کارشناسان (متخصصین) و اعتماد به گفته آنان، اشکال کرد. و برای اعتماد به گفته آنان تعدد متخصصین و عدالت و اسلام آنان شرط نیست؛

همچنان که شهادت و گواه چنین است؛ زیرا شهادت از حس است، اما کارشناسان گفتارشان از روی حدس و رأی و تخصص است، ولی آنچه بر آن اتفاق است، اعتماد بر گفته کارشناس در صورتی است که برای قاضی علم آور باشد»

بنابراین علم حاصل از پزشکی قانونی حجت است، مگر در نسب شناسی که منع شرعی دارد و بحث آن خواهد آمد. اعتبار علم از هر سرچشمه ای حاصل شود نیاز به امضای شارع نیست، زیرا علم به خودی خود حجت است (مغنیه، ۱۹۴۶: ص ۱۶۷-۱۶۴)

-استفتاء: در صورتی که ضرورت داشته باشد علت مرگ مقتول برای کشف قاتل احراز شود آیا میتوان جسد وی را در پزشکی قانونی تشریح کرد و یا در صورت دفن، آن را نبش قبر و جسدش را بررسی کرد؟

جواب: در صورت ضرورت هر دو مورد جایز است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ص ۴۵۱)

۷-آلات احراز هویت

۴/۱ انگشت نگاری؛ أیَحسب الإنسانُ أَلَّنْ نَجْمَعَ عِظَامَهُ بلی قادِرینَ علی أنْ نُسوی بَنَانَهُ (قیامت ۴-۳)

عظمت این مثال را کسانی که به علم انگشت نگاری و احراز هویت آشنایی دارند به خوبی درک میکنند؛ زیرا به جز شیارهای انگشتان، سایر اعضای بدن انسان مانند استخوان ها، چشم و گوش و بینی ممکن است در اشخاص شبیه هم باشند، اما شیارهای انگشتان در هیچ دو انسانی شبیه دیگری نیست و در سراسر جهان نمیتوان دو نفر را یافت که دارای اثر انگشت یکسان باشند و از این رو امروزه در پزشکی قانونی و پلیس قضایی در تمام دنیا تنها راه برای تشخیص هویت افراد، اثر انگشتان آنها است و تا ۵/۱۲ قرن بعد از نزول قرآن کسی از این ویژگی خبر نداشت. برای اولین بار در سال ۱۸۸۴ میلادی در انگلستان به این امر پی بردند و از آن برای شناسایی افراد به عنوان انگشت نگاری استفاده کردند (دیاب، ۱۳۶۸: ص ۲۳-۲۴)

خطوط شیارهای انگشتان در ماه چهارم زندگی جنسی شکل میگیرد و تا آخر عمر همچنان باقی میماند و هیچگاه تغییر نمییابد، و حتی اگر به واسطه سوختن یا عارضه دیگری پوست انگشتان کنده شود پوست جدیدی که به جای آن میروید به همان صورت نخستین خواهد بود.

۸-احراز جرایم با کالبدشکافی

در فقه اسلامی چنانچه مادری حامله فوت کند و احتمال داده شود که جنینش زنده است او را کالبدشکافی میکنند و جنین را بیرون می آورند. احتیاط آن است که طرف چپ شکم شکافته شود، در صورتی که فرقی بین آن و مواضع دیگر نباشد و گرنه باید موضعی را که بچه سالمتر بیرون آورده میشود بشکافند و طفل را بیرون آورند. آنگاه شکم مادر را بخیه کرده، او را دفن کنند. البته در این حکم فرق نمیکند که به زنده ماندن کودک بعد از خارج شدن از شکم مادر امید داشته یا نداشته باشیم (خمینی، ۱۳۶۸: ص ۸۹-۸۸)

۹- پزشکی قانونی و تعیین ارش

یکی از وظایف مهم پزشکی قانونی، تعیین ارش است. در هر مورد که مقدار دیه شرعاً تعیین نشده باید ارش با ملاحظه تمام خصوصیات تعیین گردد .

پزشکی قانونی توسط کارشناسان و متخصصان با آزمایش ها و بررسی تفاوت عضو صحیح و مصدوم و جنایت دیده، مقدار دیه و جریمه آن را تعیین و مشخص میکند. به عنوان نمونه اگر کسی یا مؤسسات دارویی یا شامپویی برای شستشوی مو به مردم بدهد و استفاده از آن موجب ریزش موی مردان گردد، اولاً تشخیص این که موها قابل رویش است یا نه منوط به نظر کارشناسان و متخصصان پزشکی قانونی دارد .

اگر پزشکی قانونی تشخیص دهد که موی سر قابل رویش مجدد نیست، در شرع مقرر شده که دیه و جریمه آن به حد دیه کامل است و چنانچه برخلاف نظر پزشکی قانونی عمل شود، مقدار دیه اضافی مسترد میگردد. چنانچه پزشکی قانونی تشخیص دهد که موی سر یا صورت مرد قابل رویش مجدد است، پزشکی قانونی ارش را تعیین و قاضی حکم میکند که ارش تعیین شده توسط پزشکی قانونی پرداخت گردد

۱۰- پزشکی قانونی و تعیین انواع جراحات

ردیف	عنوان جراحات	توصیف	مقادیر دیه به طلا
۱	حارصه	خراش پوست بی آنکه خون بیاید	10 مثقال
۲	دامیه	خراشی که به مقدار کم وارد گوشت شود و از آن خون بیرون آید	20 مثقال
۳	متلاحمه	جراحی عمیق که وارد گوشت شود ولی به پوشش استخوانی نرسد	30 مثقال
۴	سمحاق	جراحی عمیق که وارد گوشت شود و به پوشش استخوانی برسد	40 مثقال
۵	موضحه	جراحی عمیق که وارد گوشت شود و سفیدی استخوان نمایان گردد	40 مثقال
۶	هاشمه	شکستن استخوان	100 مثقال
۷	منقله	جابه جا شدن استخوان	150 مثقال
۸	مامومه	زخمی که از استخوان سر بگذرد و وارد دستگاه مغزی شود	330 مثقال

۱۱- پزشکی قانونی و تشخیص انواع زخم های درونی

ردیف	توصیف زخم های درونی	میزان مجازات ها
۱	زخمی که از راه شکم، سینه، پشت یا پهلو و غیره به اندرون وارد شده	یک سوم دیه
۲	ورود چاقو به اندرون زخم بیانکه بر شکاف آن بیفزاید	مورد تعزیر
۳	ورود چاقو به اندر نو زخم به طوری که بر شکاف آن بیفزاید	حکومت
۴	ورود چاقو به اندرون زخم به طوری که سوراخ شود	یک دوم دیه
۵	ورود فشنگ یا وسیله دیگر از يك طرف بدن و خروج آن از طرف دیگر	دو برابر یک سوم
۶	وارد کردن سوزن، درفش و مانند آن به اندرون عضو مانند پا و دست	100 دینار

۱۲- پزشکی قانونی و انواع لطومات وارده بر پوست

ردیف	صور گوناگون جرم	مقادیر خون بها
۱	سیلی به صورت به کیفیتی که منجر به سیاه شدگی پوست گردد بدون ایجاد جرح یا شکستگی	۶ دینار
۲	سیلی به صورت به کیفیتی که منجر به سبز شدگی پوست گردد	۳ دینار
۳	سیلی به صورت به کیفیتی که منجر به سرخ شدگی پوست گردد	یک سوم - یک دینار
۴	سیلی به صورت به کیفیتی که منجر به کبود شدگی پوست گردد	۳ دینار
۵	سیلی به سایر نقاط که منجر به کبود شدگی پوست گردد	یک سوم - یک دینار
۶	سیلی به سایر نقاط که منجر به سبز شدگی پوست گردد	سه چهارم دینار
۷	سیلی به سایر نقاط که منجر به سرخ شدگی پوست گردد	سه چهارم دینار
۸	سیلی به سر که منجر به کبودی پوست گردد	حکومت
۹	ضربه به پوست که باعث تورم آن گردد بدون تغییر رنگ	حکومت
۱۰	ضربه به پوست که باعث تورم آن گردد با تغییر رنگ	حکومت + مقدار ارش

۱۳- پزشکی قانونی و احراز عیوب

در احکام خانواده عیوبی است که محرز شدن آن ها موجب خیار فسخ عقد نکاح است در موارد حصول اختلاف ، احراز آنها برای صحه امر قضاوت شده به عهده پزشکی قانونی است. عیوب مزبور از قرار ذیل شرح داده میشود ؛

الف) عیوب مشترک:

۱. جنون ، چنانچه زوجه از جنون زوج قبل از انعقاد عقد نکاح علم و اطلاع داشته نداشته یا زوج بعد از انعقاد عقد نکاح دچار جنون شود و همچنین اگر زوج از جنون زوجه قبل از انعقاد عقد نکاح بی اطلاع باشد ، خیار فسخ عقد نکاح را خواهد داشت.

ب (عیوب مردانه

۱. خواجه بودن مرد

۲. قطع آلت تناسلی

۳. عنن و ناتوانی جنسی.

ج) عیوب زنانه

۱. جذام

۲. پیسی

۳. قرن

۴. افشاء

۵. شل بودن آشکار

۶. نابینایی هر چند که چشم ها باز و به ظاهر سالم باشد .

۷. غیر باکره بودن

۱۴- نسب شناسی (قیافه شناسی) و پزشکی قانونی

گرچه مقتضای اصل، جایز بودن است، اما از آنجا که موجب شک در نسب و وسیله ای برای تهمت میگردد از آن نهی شده است (حرالعالمی، ۱۳۸۹: ص ۱۰۸) بنابراین از راه آزمایش خون و سایر آلات احراز پزشکی قانونی نمیتوان فرزندی را به مردی ملحق یا نفی کرد، زیرا این آزمایش ها قطعی نیست و معیار، قاعده الولد للفراس همچنان حاکم است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶: ص ۳۱۸)

-استفتاء: اگر قاضی، زنی را جهت معاینه و احراز نطفه ای که در رحم دارد به پزشک قانونی ارجاع دهد و طبیب بتواند تشخیص دهد که نطفه متعلق به شوهر این زن نبوده بلکه از مرد اجنبی است، در این حال اگر طبیب واقعیت را گزارش دهد، جان زن به خطر میافتد و اگر خلاف گزارش دهد بچه ملحق به شوهر این زن میشود. چه باید کرد؟

جواب: در این قبیل از قضایا، قول طبیب و یقین او برای قاضی حجت نیست و حتی یقین خود قاضی هم که از این طریق حاصل شود حجیت آن محل اشکال است. بنابراین لزومی ندارد که طبیب یقین خود را در اینگونه موارد بازگو کند و در نتیجه به حسب حکم ظاهری بچه ملحق به شوهر است و اینگونه احکام ظاهری مشکلی ایجاد نمیکند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ص ۴۷۴)

۱۵- طرق و آلات احراز در فقه پزشکی قانونی عبارتند از :

۱. تشخیص مرگ با آزمایش های مربوط
 ۲. تشخیص جرم با کالبدشکافی و بررسی لباس و وسایل مربوط
 ۳. تشخیص جرایم پزشکی با تحقیق و بررسی
 ۴. تشخیص و احراز آسیبهای نامحسوس در مقایسه با عضو سالم
 ۵. تشخیص خنثای مشکل با قرائن و آزمایشهای معتبر
- ## ۱۶- وظایف پزشکی قانونی در فقه و حقوق اسلامی عبارتند از :

۱. احراز آسیب های نامحسوس
۲. تعیین ارزش یا تفاوت اعضای صحیح و معیوب
۳. تعیین انواع جراحات
۴. تشخیص انواع زخم های درونی
۵. تشخیص انواع لطمات وارد بر پوست
۶. تعیین مراحل سقط جنین برای پرداخت دیه
۷. تشخیص عیبهای موجب فسخ ازدواج
۸. تشخیص مرد یا زن بودن خنثی

۱۷- مصداق اساس نظریه پزشکی قانونی در خصوص دیه ؛

در صورت اساس حکم قاضی قرار گرفتن نظریه بر خلاف دادنامه های دادگاه دیگر میزان دیه اعلام نمی شود و صرفا نوع آسیب ها ذکر میگردد. بنابراین محاسبه میزان دیه در نظریه پزشکی قانونی قدری سخت تر و پیچیده تر است چرا که اول باید میزان درصد یا کسر دیه را بر اساس مواد قانون مجازات اسلامی پیدا کنیم و سپس با ضرب کردن درصد یا کسر دیه در مبلغ دیه ریالی آن سال می توانیم میزان ریالی دیه را مشخص و معین کنیم.

همانطوری که ملاحظه می کنید صرفا نوع آسیب ها معین و مشخص شده است و هیچ گونه درصد یا کسری از دیه ذکر نشده است. نکته دیگر اینکه بسیاری از مواردی که در نظریه پزشکی قانونی ذکر می گردد در قانون مقدار معین و مشخص دیه ندارد. در این موارد باید توسط پزشکی قانونی تعیین شود و مقدار ارزش در نظریه های تکمیلی دقیقا مانند رای دادگاه بر اساس درصد بیان می گردد.



وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی

شماره پرونده: _____
 شماره نامه: ۸
 تاریخ نامه: ۲۸

رئیس محترم کلانتری ۱۲ کلیمکان
 سلام علیکم

احتراما بازگشت به نامه شماره _____ فوق که خود را _____ آن به شرح ذیل می باشد

مورخ ۹۹/۱۲/۱۵ از صاحب عکس فرزند علی اکبر معرفی می نماید معاینه به عمل آمد که نتایج آن به شرح ذیل می باشد

۱- گودی دور چشم چپ و راست ، جب صورت ، بازوی چپ (دو مورد) ، پاشنه راست ، زانوی چپ و راست ، پاشنه راست ، جب گردن ۲- تورم جب صورت ۳- شکستگی به میزان یک سوم تاج دندان پنجم خلفی بالا ۴- شکستگی استخوان بینی ۵- شکستگی استخوان گونه جب (یک مثقله) موارد فوقی با اثر خود با جسم سخت ایجاد شده اند معاینه مجدد دو / ۲ ماه بعد می باشد / و

مقتضای اول

سایران ذکر اسید گواهی قطعی حاوی شرح کامل ضایعات و تطبیق با قانون مجازات، نحوه بهبود صدمات و عوارض احتمالی و میزان اوس مورد نظر حداکثر با تایید مدت اعلام شده صادر خواهد گردید، به جهت جلوگیری از تردد غیر ضروری مراجعین ، باز به صدور معرفی نامه جهت معاینه مجدد از سوی مراجع محترم قضایی و انتظامی طی مدت درمان تا سرحد می باشد.

دکتر
 رئیس مرکز پزشکی قانونی شهرستان

تلفن: _____
 دورنگار: _____
 کد پستی: _____

- نتیجه گیری

غایت اینکه ، پزشکی قانونی به اسامی اصطلاحی دادپزشکی ، طب شرعی در اثنای دیگر ادله مثبتة بااستناد به احادیث و موارد فقهی من جمله ؛

(۱) صدور حکم علیه زلیخا براساس بررسی پیراهن چاک خورده یوسف (ع)

(۲) بررسی و آزمایش های مکرر امام علی (ع) برای کشف جرم و اتهام یا صداقت افراد

(۳) قوانین موجود دایره حسب اسلام و

از جایگاه ویژه ای برخوردار بوده که درنهایت نظر براینکه پزشکی قانونی عبارت از عملیات آزمایش هایی است که متخصصان برای کشف جرم ، تفهیم و تبیین اتهامات ، صدق اظهارات افراد ، احراز آسیب های پنهان به اجرا درمی آورند تا قاضی براساس قراین و شواهد بتواند حکم صادر کند ، بعلت حادثیت علمی که بر قاضی دارد ، پزشکی قانونی در اثنای دیگر ادله مثبتة شرعی در اولویت آخر میتواند مورد استناد صدور حکم قرار بگیرد.



- [۱] غزالی، محمدبن محمد (۱۳۷۷)، گامی بسوی تفسیر موضوعی سوره های قرآن کریم، جلد ۱، ترجمه علی اصغر محمدی، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی
- [۲] حرالعالمی، محمدبن حسن (۱۳۸۹)، وسائل الشیعة الی تحصیل مسایل الشریعة، جلد ۱۸، بیروت: دار التراث العربی
- [۳] مغنیه، محمدجواد (۱۹۶۴م)، اصول الاثبات فی الفقه الجعفری، بیروت: دار العم للملایین .
- [۴] بهادری، بیتام (۱۳۷۳)، اتوپسی قلب در مورد مرگ های ناشی از حمله قلبی، مجله پزشکی قانونی، بی بیتابهداری م. اتو پسی قلب در مورد مرگ های ناشی از حمله قلبی مجله پزشکی قانونی، س ۲ شماره ۶ .
- [۵] صفا، اخوان (۱۳۷۳)، رسائل اخوان الصفا و خلاصه الوفاء، جلد ۱، تهران: مرکز نشر میراث مکتوب
- [۶] و ابن اخوه، محمدبن محمد (۱۳۶۰)، آیین شهرداری، ترجمه جعفر شعار، تهران: مرکز انتشارات علمی و فرهنگی
- [۷] خمینی، روح الله (۱۳۶۸)، تحریر الوسیلة، جلد ۲، نجف اشرف: مطبعة الآداب
- [۸] نایینی، محمدحسین (۱۳۵۱)، تقریرات قاعده الید نایینی، قم: نشر مصطفوی
- [۹] مکارم شیرازی، آیت الله العظمی ناصر (۱۳۸۱)، مجموعه استفتانات جدید، جلد ۱، تهیه و تنظیم ابوالقاسم علیان نژادی، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)
- [۱۰] قرقور، دیاب (۱۳۶۸)، للملایین، طبایره، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع) .
- [۱۱] کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۱)، الفروع من الکافی، جلد ۷، بیروت: دار صعب و دار التعارف.
- [۱۲] بدران، أبو العینین (۱۳۸۶ ه. ق)، الفقه المقارن للاحوال الشخصية، بیروت: دار النهضة.
- [۱۳] دیمارست، رابرت (۱۹۲۸)، آبستنی تولد و جلوگیری از آبستنی، ترجمه اقدس حکیم نژاد (۱۳۵۲)، تهران: شرکت سهام کتاب های جیبی
- [۱۴] رضایی، حسن رضا (۱۳۹۱)، مجلة الاعجاز العلمیه، شماره ۸ مطالعات فرهنگی، تهران: دو فصلنامه قرآن و علوم .
- [۱۵] نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۹۸۱)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی جامع علوم انسانی
- [۱۶] مکارم شیرازی، آیت الله ناصر (۱۳۷۶)، انوار الفقاهه، جلد ۲، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب
- [۱۷] شهید اول مکی، محمدبن (۱۳۷۴)، اللمعة الدمشقیة، تهران: مؤسسه نشر یلدا.
- [۱۸] العبید، عبدالله بن صالح (۱۴۱۹)، مجلة المجمع الفقهی الاسلامی رابطة العالم الاسلامی مکه س ۹ شماره ۱۱.
- [۱۹] صابونی، محمدعلی (۱۹۸۱ م)، صفوه التفاسیر، بیروت: دارالقرآن، بخش ۱، ص ۵۴۰.
- [۲۰] صابونی، محمدعلی (۱۹۸۱ م)، صفوه التفاسیر، بخش ۶، ص ۱۴.
- [۲۱] سابق، سید (المتوفی ۱۴۲۰)، فقه السنه، جلد ۲، صفحه ۴۲۲.
- [۲۲] صحیح بخاری و مسلم، در ترازوی نقد .
- [۲۳] اسماعیل، حامد (۱۹۹۰م)، الجنایات و عقوباتها فی التشريع الاسلامی، قاهره، صص ۱۰۸، ۱۲۵، بیروت، جلد ۲، ص ۴۱۵.
- [۲۴] سابق، سید (المتوفی ۱۴۲۰)، فقه السنه، جلد ۲ صفحه ۱۱۵، الجنایات و عقوباتها، ص ۱۵۰-۱۵۱.
- [۲۵] سابق، سید (المتوفی ۱۴۲۰)، فقه السنه، جلد ۲، ص ۴۲۲.
- [۲۶] گروهی از نویسندگان، (۱۳۹۴) مجموعه مقالات کنگره بین المللی تاریخ پزشکی در اسلام و ایران، چاپ دوم.

ظرفیت شناسی فقه در انحصاری کردن نقل و

انتقال در اموال غیر منقول

دانشجوی کارشناسی دانشگاه رضوی

ابوالفضل عرب زاده

واژگان کلیدی

اموال غیر منقول، اسناد رسمی، آزادی قرار دادی، احکام حکومتی و ثانویه

سوال اصلی

۱- چرا اعتبار بخشیدن معاملات اموال غیر منقول مردم، در اسناد رسمی منحصر شده است؟

سوالات فرعی

۱- ادله شورای نگهبان برای رد طرح الزام اعتبار انحصاری بر اسناد رسمی، چیست؟

۲- آیا باطل قلمداد کردن اسناد عادی، خلاف موازین شرعی است؟

۳- جایگاه احکام ثانویه در دین اسلام و موازین فقهی چیست؟

مقدمه

حق مالکیت از جمله حقوقی است که از دیرباز، مورد توجه بوده و این حق باید توسط دیگر افراد و جامعه محترم شمرده شده و حاکمیت نیز باید حمایت های قانونی و قضایی لازم جهت به رسمیت شمردن این حق، به کار گیرند.

با شروع دوران مدرنیته و ظهور حقوق به عنوان تضمین کننده حق، اهمیت حمایت ها بیشتر گردید و بر این اساس، قانون ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۱۰ هجری شمسی تصویب گردید.

از آنجا که کشور ما یک حکومت اسلامی مستقل است

چکیده

یکی از مباحثی که چندین سال است محل نزاع و معرکه آراء بین فقها و حقوقدانان و بالاخص مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان بوده است، مسئله اعتبار بخشیدن به اسناد رسمی در اموال غیر منقول است. بدین معنا که فقط اسناد رسمی در معاملات مردم اعتبار داشته و هرگونه سند عادی و غیر آن در هیچ یک از محاکم پذیرفتنی نیست و در قانون و عرف به آن نباید اعتبار بخشید. بخاطر مشهود بودن مشکلاتی که بخاطر اعتبار داشتن اسناد عادی معاملات اموال غیر منقول بین مردم بوده است و کثرت پرونده های قضایی و کلاهبرداری های بسیار که بخاطر این آزادی عمل مردم، در معاملاتشان بوده، لذا قوه مقننه را وادار به تصویب قوانین مختلف برای جلوگیری از این راهکار نمود اما این قوانین توسط شورای نگهبان هربار بخاطر مخالفت آن قوانین پیشنهادی با موازین فقهی و شرعی، تصویب نشد.

ما در این پژوهش که با روش تحقیق کتابخانه ای، از نوع مراجعه به اسناد نگاشته شده، در صدد آن هستیم تا اصل محل نزاع را مشخص کرده و حکم دین مبین درباره آزادی قراردادهای در معاملات را بیان کرده و سپس در نهایت نظر خود را با ادله تفصیلیه بیان کنیم.



و تمامی شیوه های قانونگذاری خود را از شریعت مقدس می گیرد، لذا کوچکترین قانونی که مخالف موازین شرع است، حق به تصویب رسیدن را ندارد و این مهم را شورای نگهبان به عهده می گیرد.
در شریعت مقدس اسلام احکام الهی به اقسام مختلف تقسیم می شود:

احکام عبادی، سیاسی، اخلاقی، معاملی، خانوادگی و ...

احکام معاملی اسلام برخلاف عبادیات، توقیفی نیست یعنی شارع احکام و معاملات جدید را بوجود نمی آورد و فقط معاملات عرف را امضا میکند.

همین که در نظر شارع معامله ای که عرف انجام میدهد برخلاف مصالح و مفسد مدنظر شارع نباشد، مورد امضا و تایید است.

لذا اصل هر معامله ای صحت است مگر اینکه منعی از شارع در خصوص معامله یا شرایط معامله بیان شده باشد.

مثلا شارع معامله ربوی را بخاطر مفسد آن و همچنین معاملات مجهول العوض را مورد نهی خویش قرار داده است و لذا اگر شرطی یا معامله ای منهی شارع نباشد، انجام آن معامله هیچ گونه حرمت تکلیفی ندارد و انجام شده و تام تلقی می شود.

در معاملات اموال غیر منقول، قانونگذار ما چنانچه اشاره شد، قانون ثبت اسناد و املاک را تصویب نمود ولی به دلیل پویایی جامعه جهانی و بی مبالاتی مردم به امور دینی و اخلاقی، بسیاری از کلاهبرداری ها در اموال غیرمنقول رخ می دهد که خود موجب نابسامانی های فراوانی از جمله کثرت پرونده هایی قضایی و آشفته گی نظام قضایی جمهوری اسلامی گردیده است.

از این رو قوه مقننه تصمیم گرفت تا در صدد رفع این مشکل برآید، لذا با بی اعتبار شمردن اسناد عادی، سعی در جلوگیری بروز مشکلات عدیده داشت اما هربار با مخالفت شورای نگهبان روبرو شد، زیرا با موازین فقهی و شرعی دین مبین، مخالفت داشت.

لذا برای روشن شدن مطلب، ابتدا باید مختصرا سند عادی و رسمی را توضیح داده و مشکلات سند عادی را بیان کنیم و سپس مصوبه مجلس و علت تفصیلی رد مصوبه توسط شورای نگهبان را ذکر کنیم، درنهایت برای دستیابی و نیل به نظر صحیح، کاوشی در ادله فقهی و حقوقی کرده تا به مقصود و رای اصح، دست یابیم.

این مقاله به لحاظ موضوعی، تازگی داشته و موارد مشابه آن در میان آثار پژوهشی، به چشم نمی خورد.

روش تحقیق

روش تحقیق در مقاله پیش رو، روش تحقیق کتابخانه ای، از نوع مراجعه به اسناد بوده و نکات مربوط به نقل و انتقال اموال غیر منقول، از منابع دینی و کتب فقهی و قوانین موضوعه، استخراج گشته اند.

اسناد عادی و رسمی

مستنبط از ماده 1284 قانون مدنی هر نوشته ای که قابلیت استناد در اثبات دعوا یا دفاع را داشته باشد سند نامیده می شود .

در مجموعه ادله اثبات دعوا ، پس از اقرار که از آن تحت عنوان شاه دلیل نیز نام برده می شود (که در واقعیت خیلی نادر اتفاق می افتد)، قانونگذار اسناد و سند را قرار داده است.

ارزش و اهمیت اسناد رسمی و عادی :

ارزش و اهمیت آنها از این جهت است که :

الف) مرور زمان تغییری در آنها نمی دهد .

ب) غالباً اسناد قبل از ورود اختلاف بین افراد تنظیم می گردند یعنی زمانی که افراد حسن نیت دارند بنابراین خواست قبلی افراد در سند منعکس است .

انواع سند

1) سند رسمی

اسنادی که در اداره اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد و یا در دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مامورین رسمی در حدود صلاحیت آنان و بر طبق قوانین و مقررات تنظیم شده باشد، رسمی است. (ماده 1287، قانون مدنی: 1307)

منظور از "مامور رسمی" شخصی است که ماموریت او در قانون پیش بینی شده باشد. اعم از اینکه مستخدم دولت باشد یا نباشد. بنابراین نه تنها ماموران وزارتخانه ها و مامورین شهرداری، بلکه اعضای هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری و کانون کارشناسان رسمی و نیز موسسات و سازمان هایی که با اجازه قانون تاسیس شده اند را می توان مامور رسمی دانست. گزارش اصلاحی که دادگاه در مقام اعلام سازش دو طرف دعوی تنظیم می کند، رسمی است، هر چند حاوی اعمال حقوقی و اقرار باشد.

اسناد رسمی درباره طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است و اعتبار آنها نسبت به اشخاص ثالث، در صورتی است که قانون، تصریح کرده باشد.

در اسناد رسمی تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث.



2- سند عادی:

اسنادی که در اداره اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنان و بر طبق قوانین و مقررات تنظیم نشده باشد، عادی است. (ماده 1289، قانون مدنی: 1307)

الف) هر گاه سند به وسیله یکی از مأمورین رسمی تنظیم اسناد تهیه شده، لیکن مأمور صلاحیت تنظیم آن سند را نداشته باشد و یا رعایت ترتیبات مقرر قانونی را در تنظیم سند نکرده باشد، سند در صورتی که دارای مهر و امضای طرف باشد، عادی است.

ب) هر گاه سند عادی نسخه های متعدد داشته باشد، هر یک از آنها در صورتی معتبر است که امضای اصل را داشته باشد.

ج) در اسناد عادی تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثه آنان و کسی که به نفع او وصیت شده است معتبر است.

مشکلات سند عادی

به هر نوشته که شرایط سند رسمی را نداشته باشد، سند عادی می گویند.

سند عادی هیچ گونه ضابطه مشخصی ندارد و تنها میان دو نفر نوشته می شود.

از دیگر مشکلات اینست که یک سند، میان دو نفر تنظیم شود و تا سالیان سال به فرد ثالثی ارائه نشود و پس از فوت یکی از طرفین از آن سند رونمایی شود، قابلیت پیگیری نخواهد داشت.

همچنین اسناد عادی هنگامیکه در سامانه ای قابل رهگیری (مانند سامانه سازمان ثبت اسناد و املاک) ثبت نشود، قابل پیگیری نخواهد بود.

به همین دلیل، این اسناد مامن خوبی جهت سوء استفاده جرائم ذیل، میتوانند قرار بگیرند که ما به توضیح آن ها پرداخته و فقط به ذکر مواردی چند، بسنده میکنیم:

فروش ملک به چند نفر، فروش مال غیر، زمینه فساد اقتصادی و فرار مجرمان از طریق فروش سریع اموال و عدم قابلیت شناسایی جهت پیگیری توسط حاکمیت، زمین خواری، پولشویی، کلاهبرداری، فرار مالیاتی، مشکلات رسیدگی در دادگاه ها، اطاله دادرسی و...

این ها تنها گوشه ای از موارد و مشکلاتی بود که به علت باطل نبودن اسناد عادی، در جامعه پدیدار شده است و کاملاً واضح است که زندگی مردم و جامعه اسلامی کاملاً دچار اختلال و هرج و مرج شده است، لذا ناچاراً باید به دنبال راه حلی برای رفع این مشکل بود که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

مصوبه مجلس در خصوص اسناد رسمی و استردادیه شورای نگهبان

به دلیل محسوس بودن مشکلات فراوان، مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۹۹/۲/۳۱ مصوبه ای را تقدیم شورای نگهبان کرد، اما شورا آن را به علت مخالفت داشتن مواد مصوبه با قواعد مسلم فقهی، به مجلس برای اصلاح استرداد کرد.

پس از آن مجلس دگرباره مصوبه اصلاحی خود را تقدیم شورای نگهبان کرد که باز شورای نگهبان مصوبه را نپذیرفت. (نامه شماره ۲۷/۲۹۵۷۳ مورخ ۱۴۰۰/۴/۱۲)

مصوبه شامل ۱۷ ماده بود که ما تنها به ذکر ماده مورد نزاع و استردادیه ی شورای نگهبان در خصوص همان ماده را که برای ما اهمیت دارد، بسنده می کنیم.

طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول

ماده ۱

کلیه معاملات و عقود راجع به عین، حقوق و منافع اموال غیرمنقول ثبت نشده از قبیل انتقال مالکیت، رهن، اجاره برای مدت بیش از دو سال، پیش فروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه یا به صورت اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه موارد مذکور، باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد. عقود و معاملاتی که به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نمی شود و فقط کسی مالک ملک شناخته میشود که در دفتر سازمان ثبت و املاک کشور که از این پس در این قانون، سازمان نامیده میشود، ملک به نام او به ثبت رسیده یا ملک مزبور به طور رسمی به او منتقل شده یا از مالک اصلی به ارث برده باشد.

تبصره ۱

در مورد اموال غیر منقول در جریان ثبت که تا کنون در دفتر املاک به ثبت نرسیده نیز، حکم ماده فوق جاری است.

نظر استدلالی شورای نگهبان

دیدگاه مغایرت

قانونگذار در ماده ۱ قانون سابق مقرر کرده بود:

کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول، باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد و ضمانت اجرای این حکم را، عدم پذیرش معاملات ثبت نشده، در هیچ یک از محاکم و ادارات قرار داده بود.

این ماده، اولاً از این منظر که معاملات دارای اعتبار شرعی را، صرفاً به سبب عدم ثبت رسمی، قابل پذیرش در محاکم ندانسته بود و ثانیاً اطلاق آن نسبت به مواردیکه ملک تحت عناوینی همچون وقف یا صدقه، در اختیار اداراتی مثل سازمان اوقاف و امور خیریه یا کمیته امداد امام خمینی قرار میگیرد، از سوی فقیهان شورای نگهبان واحد اشکال شرعی شناخته شد.

حال با توجه به اینکه مجلس در مصوبه اصلاحی نیز به عدم پذیرش معاملات ثبت نشده در هیچ یک از محاکم و ادارات تصریح کرده است، اشکال پیشین شورای نگهبان کماکان باقی است. (نامه شماره ۱۰۲/۲۶۹۵۲ مورخ ۱۴۰۰/۵/۴)

حکم مقرر شده در ماده مبنی بر بطلان معاملات اموال غیرمنقول، در صورتیکه به ثبت نرسیده باشد، مغایر با شرع است زیرا مطابق احکام فقهی در باب معاملات، صحت معاملات ناظر به اموال غیرمنقول، متوقف بر ثبت آن نیست و این قبیل معاملات با صرف ایجاب و قبول منعقد میشوند.

بنابراین باطل اعلام کردن این قبیل معاملات در ماده ۱ اصلاحی واجد اشکال شرعی است و برای رفع معضل مربوطه نمیتوان از این ساز و کار استفاده کرد.

متن نامه آیت الله مومن به شورای نگهبان

در قانون ثبت اسناد یکسری مواد هست که کاملاً با موازین شرعی، علی الظاهر، تعارض دارد و لذا این اشکال به ذهن میرسد چرا شورای نگهبان آن قوانین را تایید نموده و یا اگر مخالفت دارد، چرا ابطال آن ها را اعلام نمی دارد.

بر این اساس، یکی از علمای محترم، حضرت آیت الله مومن، به نمایندگی فقها و حقوقدانان محترم، نامه ای را به شورای محترم نگهبان نوشته و سؤالاتی چند راجع به آن اسناد مطرح نمودند. لذا ذکر پرسش و پاسخی که بین حضرت آیت الله مومن و شورای نگهبان پدیدار شد، خالی از لطف نمی باشد.

چون در ذیل نامه، مواد مورد نزاع ذکر شده لذا ما از بیان مجدد آن خودداری کرده و به متن ماده بسنده میکنیم:

متن نامه آیت الله مؤمن به آیت الله جنتی، دبیر شورای نگهبان، به شرح ذیل است:

«حضرت آیت الله جنتی «دامت برکاته» دبیر محترم شورای نگهبان؛

سلام علیکم

در سال 1392 که اعضای شورا خدمت مقام معظم رهبری «مدظله العالی» مشرف شدند، معظم له تأکید بر پالایش نمودن فقهاء شورا نسبت به قوانین و سایر مصوبات باقی مانده از زمان طاغوت را نمودند تا موارد خلاف شرع روشن و ابطال شود و شورای محترم نیز در جلسه ای متعاقب آن این امر را به مجمع مشورتی فقهی واگذار کرد و این مجمع نیز این وظیفه را انجام داده و می دهد.

اکنون بعضی متدینین و محترمین بازار در ضمن نامه و پیوست هایی به مسؤول این مجمع اعلام داشته اند که معاملات زیادی در بازار به صورت شرعی و صحیح انجام گرفته است و وقتی برای تنفیذ آنها به مراجع قضایی مراجعه می کنیم اعلام می دارند چون این معاملات به ثبت رسمی نرسیده اند و بالخصوص مواد 22، 46، 47 و 48 قانون ثبت اسناد و املاک این معاملات را بی ارزش می داند و نمی توان آنها را تأیید و تنفیذ کرد.

اکنون با ذکر عین این مواد سؤالات شرعی و قانونی ذیل را نسبت به آنها مطرح می کنیم و تا با جواب قاطع و صریح فقهاء معظم این مشکل حل شده و خواسته رهبر معظم انقلاب اسلامی نیز در این مورد عملی گردد.

قانون ثبت اسناد

فصل سوم در آثار ثبت

ماده ۲۲: همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت.

در مورد ارث هم ملک وقتی در دفتر املاک به اسم وراثت ثبت می شود که وراثت و انحصار آنها محرز و در سهم الارث بین آنها توافق بوده و یا در صورت اختلاف حکم نهایی در آن باب صادر شده باشد.

تبصره: حکم نهایی عبارت از حکمی است که به واسطه طی مراحل قانونی و یا به واسطه انقضای مدت اعتراض و استیناف و تمیز دعوایی که حکم در آن موضوع صادر شده از دعاوی مختومه محسوب شود.

ماده ۴۶ باب سوم : ثبت اسناد، فصل اول: مواد عمومی:

ماده ۴۶: ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:

۱- کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد.

۲- کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

ماده ۴۷: در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است:

۱- کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده.

۲- صلحنامه و هبه نامه و شرکت نامه.

ماده ۴۸: سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.

سؤالات مطروحه:

الف) خود سندی که به موجب آن اداره ثبت شخصی را مالک ملکی دانسته است از نظر قواعد شرعی اماره معتبره بر مالکیت او است و باید او را شرعاً نیز مالک دانست و یا آن که مالکیت اشخاص به موجب ید و تصرف مالکانه و یا شهادت بینة شرعی و مانند آن ثابت می شود مفاد مواد مزبور در مالک دانستن شخص فوق به مجرد ثبت در سند فوق - خلاف شرع است.

ب) با قطع نظر از سؤال اول آیا مالک ندانستن هر کس که ملک خود را به ثبت نرسانده و در محاکم و ادارات همان گونه که از مواد فوق خصوصاً ماده ۴۸ استفاده می شود صحیح است و یا آن که عموم آن نسبت به موردی که مالی با سبب شرعی و قانونی به شخصی منتقل شده مثل بیع و هبه صحیح و ارث و سایر اسباب صحیح نیست و در نتیجه عموم مواد فوق به موجب مفاد اصل ۴ قانون اساسی باطل است.

در صورتی که موافقت فرمایید موضوع فوق در جلسات مجمع مشورتی فقهی مورد بحث قرار گیرد و نتیجه آن به عنوان کار مقدماتی خدمت فقهاء محترم عرضه گردد.

در پی این درخواست، موضوع موافق یا مخالف بودن مواد ۴ گانه با موازین شرعی، در جلسات فقههای شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر ایشان به شرح ذیل اعلام شد:

«مفاد مواد ۴۶ و ۴۷؛ قانون ثبت اسناد و املاک، صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب خودبخود ایرادی ندارد. اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر

آن دو مقدمه، به حکم و نظری که به نظر درست می آید، دست پیدا کنیم.

مقدمه اول

اصل آزادی قراردادهای

اصل آزادی قراردادی، در حقوق ما بوسیله ماده 10 قانون مدنی اعلام شده است. بموجب این ماده: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است».

پس، جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمانهای ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان «اصل» پذیرفت. نمی توان ادعا کرد که مفاد این ماده در حقوق ما پیشینه تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی یا ثمره تقلید از حقوق اروپایی است، زیرا فقیهان امامیه، دست کم در مبحث شرط، از همین اصل پیروی می کرده اند و عقد صلح در مقام معامله وسیله تأمین آزادی اراده قراردادهای بوده است. گروهی از مفسران و فقیهان نیز وفای به همه عقود را که بر خلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد واجب دانسته اند. با وجود این، بنظر می رسد که ماده 1234 قانون مدنی فرانسه نیز الهام بخش نویسندگان قانون مدنی قرار گرفته است.

نتایج قاعده

1- اشخاص می توانند قرارداد را، زیر هر عنوان که مایل باشند، منعقد سازند و نتایج و آثار آن را به دلخواه معین کنند. قانون مدنی آثار و شرایط پاره ای از عقود را که اهمیت اقتصادی و اخلاقی ویژه ای داشته به تفصیل پیش بینی کرده است. به همین مناسبت نیز این گروه را «عقود معین» می گویند:

مانند عقد بیع و اجاره و صلح و هبه و وکالت و قرض. ولی، باید دانست که پیش بینی این نهادهای حقوقی بدان معنی نیست که اشخاص ناچار باشند یکی از آنها را برای هر پیمان برگزینند و تنها از این راه است که می توانند روابط مالی و اخلاقی خویش را تنظیم کنند. از اصل آزادی قراردادی در عقود معین نیز برای گسترش



است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد 1285 و 1291 اشاره به این گونه اسناد عادی دارد.

محمدرضا علیزاده قائم مقام دبیر شورای نگهبان

قانون مدنی:

ماده ۱۲۸۵. شهادت نامه سند محسوب نمی شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت.

ماده ۱۲۹۱. اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته درباره طرفین و وراثت و قائم مقام آنان معتبر است:

۱. اگر طرفی که سند بر علیه او اقامه شده است صدور آنرا از منتسب الیه تصدیق نماید.
۲. هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی الواقع امضاء یا مهر کرده است.

تا الان تمامی مطالب مورد نیاز راجع به طرح الزام اجباری اسناد، بیان کردیم.

حال با توجه به روشن شدن محل نزاع، در صدد آن هستیم تا نظر اصح را تبیین و تشریح کنیم و به این نتیجه برسیم که آیا، الزام به ثبت اسناد و بی اعتبار شمردن اسناد عادی، با موازین شرعی مخالف است یا خیر؟

قبل از اینکه نظر نهایی را بیان کنیم، نیازمند آن هستیم تا دو مقدمه را بیان کرده و سپس با توجه به

دادن به حکومت اراده می‌توان سود برد. زیرا، هدف اصلی از وضع ماده 10 این است که، در موارد اجمال یا سکوت قانون، اراده دو طرف عقد حاکم بر روابط ایشان باشد.

برای مثال قراردادهای ساخت و بهره برداری و واگذاری بین شرکت‌ها با دولت از قبیل قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد.

2 - عقد با تراضی واقع می‌شود و تشریفات خاص ندارد و دو طرف آن ناگزیر از بکار بردن واژه‌های معین نیستند. بیان اراده وسیله دست یافتن به خواسته‌های واقعی آنان است و با هر لفظ و حرکت که انجام شود اثر دارد. تشریفات دیگر، مانند حضور شاهد یا تنظیم سند، ضروری نیست.

3 - دو طرف عقد ملزم به رعایت آن هستند. بایستی پیمان خویش را محترم دارند و تعهد ناشی از آن را اجرا کنند. دادگاه نیز، حق ندارد شرایط عقد را تعدیل کند

4 - اثر عقد محدود به کسانی است که در تراضی دخالت داشته‌اند و دیگران از آن سود و زیان نمی‌برند. آزادی هر شخص محدود به آزادی دیگران است و هیچکس نمی‌تواند، جز در موارد استثنایی، تعهدی بر دیگری تحمیل کند یا به سود او حقی بوجود آورد. (کاتوزیان، 1385: 144)

حدود آزادی اراده

گفته شد که اصل آزادی قراردادی به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده است. پس، هر جا که از این وسیله نمی‌توان استفاده مطلوب را برد، قانون آن را محدود می‌سازد. چنانکه در ماده 10 قانون مدنی نیز نفوذ قراردادهای خصوصی منوط بر این شده است که مخالف صریح قانون نباشد و در ماده 975 همان قانون آمده است که: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود بموقع اجرا گذارد.»

برای مثال قرارداد ازدواج با جنس مخالف از این قبیل می‌باشد.

در اثر دخالت روز افزون دولت در امور اقتصادی، مفهوم نظم عمومی گسترش فراوان یافته و به همان نسبت از آزادی دو طرف قرارداد کاسته شده است. علت‌های بطلان قراردادها رو به فزونی است و بیشتر شرایط عقود که جنبه اجتماعی دارد از طرف دولت تحمیل میشود

الزام آور بودن مفاد قراردادها نیز به اعتبار پیشین خود باقی نمانده است و رفته رفته این فکر قوت می‌گیرد که، هر گاه در اثر حادثه‌ای پیش‌بینی نشده ارزش پول تنزل فاحش یابد، دادگاه بتواند، با تعدیل شرایط قرارداد، تعهد مدیون را متناسب با اوضاع اقتصادی کند. همچنین، پیشنهاد شده است که، اگر وجه التزام معین در قراردادها با خسارت واقعی ناشی از پیمان شکنی تناسب معقول نداشته باشد، دادگاه بتواند میزان آن را تغییر دهد.

این دگرگونی‌ها باعث شده است که گروهی از نویسندگان «انطباق عقد با ضرورت‌های اجتماعی یا نظم عمومی» را بر شرایط اساسی صحت عقد بیافزایند.

افزودن این عنوان اشاره به این حقیقت است که «آزادی قراردادی» تا جایی محترم است که با نظام اجتماعی و حقوقی تعارض نداشته باشد.

با بیان مطالب روشن شده که مردم در معاملات خود کاملاً آزاد هستند و شارع بر طبق عرف با مردم رفتار و حکم می‌کند و چنانچه معامله ای مورد پذیرش عرف باشد، اگر با مصالح و مفاسد شارع مخالف نباشد آن معامله صحیح است و اگر منهی شارع بود، می‌بایست آن را منهی می‌شمرد.

البته که در نظام پیشرفته امروزی، معاملاتی که با نظام حقوقی و اجتماعی تعارض داشته باشد، باطل قلمداد می‌شود.

لذا با مقدمه بالا روشن میشود که هر چند مردم در اموال غیرمنقولی که مدنظر ماست، با یک سند عادی می‌توانند اموال را به تملک هم در آورند و حتی در گذشته همین سند هم وجود نداشته و افراد با صرف یک بیع قولی و گاهی معاطاتی اموال غیرمنقول خود را به تملک سایر افراد در می‌آوردند، اما با مدرنیته شدن جامعه امروزی و نظام حقوقی و تصرف دولت‌ها در اکثر امور زندگانی مردم که با نظم اجتماعی و حقوقی جامعه، ارتباط واحد و تنگاتنگی دارد، لذا باطل شمردن اسناد عادی و الزام به معامله با اسناد رسمی، با امور جامعه شناختی مدیریت و تصرف مشروع دولت بر امور زندگانی مردم، کاملاً امری مشروع است که هر دولت میتواند برای اداره جامعه خویش، حقوق و قواعدی را که بقاء نظام و حکومت و حیات اجتماعی جامعه به آن وابسته است را، تحت تصرف قرار دهد.

با این مقدمه توانستیم ثابت کنیم که همه دولت‌ها از حیث دیدگاه شناخت شناسی ایدئولوژی دولت مدرن و از دیدگاه جامعه شناسی، می‌توانند در امور حقوقی و نظام اجتماعی جامعه، تصرف داشته باشند و از این دیدگاه، الزام دولت‌ها به باطل شمردن اسناد عادی، به دلیل بقای حیات اجتماعی مردم، کاملاً مشروع و ضروری و لازم است.

مقدمه دوم

احکام ثانویه و احکام حکومتی

افزون بر احکام اولیه، مانند وجوب نماز، حرمت نوشیدن شراب و وجوب وضو برای نماز، که در شرع مقدس به لحاظ عناوین اولیه و شرایط عادی وضع گردیده‌اند، برای موقعیت‌های ویژه احکام ثانویه جعل شده‌اند. این احکام با وصف اضطرار، اکراه، ضرر و دیگر عناوین عارضی و ثانوی بر موضوع بار می‌شوند؛ مانند جواز افطار در ماه رمضان برای کسی که روزه برایش ضرر دارد.

دلیل نامگذاری چنین حکمی به حکم ثانوی این است که در طول حکم اولی قرار دارد. برخی عناوین ثانوی در فقه اسلامی که متناسب با آنها احکام ثانوی جعل شده است عبارت‌اند از:

که به معنای حفظ نظم در درون جامعه اسلامی و برقراری نظم و انضباط میان مردم و سازماندهی اجتماعی و جلوگیری از اختلال و هرج و مرج است؛

2. مصحلت نظام:

این عنوان ثانوی بیشتر در مواردی به کار می‌رود که رعایت آنها به نفع و صلاح جامعه است و رعایت نکردن آنها موجب اختلال و فساد در جامعه نمی‌شود. البته در پاره‌ای موارد «مصحلت نظام» بر اموری نیز اطلاق می‌شود که عدم رعایت آنها موجب اختلال و فساد جامعه گردد، که در این بخش از مصادیق با عنوان «حفظ نظام» مشترک است. صدور حکم در موارد «مصحلت نظام» از جمله اختیارات حاکم اسلامی است و حوزه مصحلت نظام نیز بیشتر موارد مباح است که حکم الزامی وجوب و حرمت نرسیده است، ولی مصحلت جامعه اسلامی ایجاب می‌کند که آن امور مباح از سوی حاکم اسلامی ممنوع یا لازم‌الاجرا شود؛ مانند نرخ‌گذاری کالاها و وضع قوانین راهنمایی و رانندگی؛

قاعده نفی ضرر یکی از قواعد ثانوی مهمی است که در فقه اسلامی کاربرد فراوانی دارد و از دیرباز فقها در موارد گوناگون بدان تمسک و استدلال کرده‌اند. قاعده نفی ضرر که با عنوان «لا ضرر و لا ضرار» در سنت و کلمات فقها شناخته شده در تمام منابع فقه اسلامی تثبیت شده است؛

چون احکام اسلامی را منحصر در احکام اولیه می‌دانند، احکام ثانوی را خارج از احکام شرع و مغایر با آنها می‌شمارند. غافل از آنکه شارع مقدس همان‌گونه که احکام اولیه را برای موقعیت‌های عادی وضع کرده، برای موقعیت‌های خاص نیز احکام ثانویه را وضع کرده است و از این جهت احکام ثانویه نیز در زمره احکام اسلام به شمار می‌آیند و موقتاً جایگزین احکام اولیه می‌شوند. البته برخی احکام ثانویه در کتاب و سنت ذکر شده‌اند، اما بسیاری از آنها در این منابع نیامده‌اند، ولی به فقیه اجازه داده شده است که با توجه به عناوین ثانویه به استخراج آن احکام بپردازد.

محض نمونه، کسی که می‌خواهد نماز بخواند، باید وضو بگیرد، و اگر غسل بر او واجب شده باشد واجب است که برای نمازش غسل کند. از سویی، وجوب وضو و غسل از احکام اولیه و ناظر به وضعیت عادی است که هم بدن سالم است و آب برای آن ضرر ندارد، و هم آب در اختیار انسان است. اما اگر به علت بیماری شست‌وشوی بدن با آب زیان داشته باشد یا به دلیل عدم دسترسی به آب، نتوان وضو گرفت، وجوب تیمم به منزله حکم ثانوی جایگزین وجوب وضو یا غسل می‌شود. از این جهت می‌گویند اگر آب در اختیار نداشتید یا آب برای بدن شما ضرر داشت، تیمم جایگزین و بدل اضطراری وضو و غسل می‌شود. وقتی احکام اولیه و نیز احکام ثانویه که آنها را احکام اضطراری نیز می‌خوانند، در متن قرآن و روایات ذکر شده باشد، از این نظر هیچ‌گونه تفاوتی بین آنها ملاحظه نمی‌شود، اما در مواردی که در قبال احکام اولیه، احکام خاصی که متناسب با اوضاع اضطراری و استثنایی باشند، به‌ویژه در شرع ذکر نشده است، با لحاظ عناوین ثانوی کلی که در شرع بدان‌ها تصریح شده، فقیه خود آن احکام را کشف می‌کند. مثلاً در شرع مقدس «قاعده نفی عسر و حرج» وضع شده است و از جمله خداوند درباره آن در قرآن می‌فرماید:

وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ

خداوند در دین اسلام هیچ تنگی و دشواری ننهاده است. (قرآن کریم، حج: 73)

با توجه به قاعده مزبور، می‌گویند احکام اولیه باید اجرا شوند، مگر آن که موجب عسر و حرج گردند؛ زیرا اسلام نمی‌پسندد که بندگان خدا در انجام تکالیف خود با مشقت و حرجی تحمل‌ناپذیر روبه‌رو شوند و در مواردی که حکم ثانوی و اضطراری در شرع نیامده، فقیه اجازه دارد وظیفه مردم را مشخص کند و احکام ثانویه را در اختیار آنها بگذارد. پس اگر مشاهده شد که فقیه یا ولی امر مسلمین احکام ثانویه‌ای گذرانده‌اند، یا دستگاه قانون‌گذاری حکومت اسلامی که ولی فقیه مصوبات آن را تأیید می‌کند، قوانینی گذرانده است که مصادیق احکام ثانویه شناخته می‌شوند، نباید تصور کرد که آن احکام و قوانین مخالف شرع و اسلام‌اند. آن احکام و قوانین مخالف احکام اولیه اسلام و در شمار احکام ثانویه‌اند که آنها نیز از احکام اسلام شمرده می‌شوند.

قانون اهم و مهم

برخی عنوان اهم و مهم را ثانوی شمرده و آن را در ردیف دیگر عناوین ثانوی مانند عسر و حرج دانسته‌اند. اما باید گفت این عنوان درباره بسیاری از احکام ثانوی جریان می‌یابد و البته در این موارد از عناوین ثانوی مصطلح به شمار نمی‌آید؛ بلکه مناط جواز عمل به آن احکام ثانوی است؛ به این بیان که گرچه از نظر شرع حکم اولی مهم و عمل به آن در صورت عادی بودن شرایط، لازم است، در پاره‌ای موارد عمل کردن بنابر احکام ثانوی اهم است و از این جهت بر احکام اولی رجحان و تقدم دارند. همچنین قانون اهم و مهم در تراحم بین احکام اولی نیز جریان می‌یابد و بر اساس آن حکم اهم بر مهم مقدم داشته می‌شود.

البته احکام دین در مرحله تشریع به عناوین کلی تعلق می‌گیرند، نه افراد و مصادیق خارجی یا ذهنی. در آن مرحله،

کند که به آن عناوین تعلق گرفته اند. این اصطکاک و برخورد را در اصطلاح «تزام» می‌گویند. بدین‌سان، التزام اصطکاک و برخوردی است که گاه میان احکام، به تبع عناوین آنها، در مرحله اجرا و تطبیق رخ می‌دهد. راهکار رفع این التزام، بهره‌گیری از «قانون اهم و مهم» است. مفاد قانون مزبور این است که باید دید کدام یک از دو حکم نزد خداوند مهم‌تر و ملاک آن قوی‌تر است و بدان عمل کرد. محض نمونه «غصب» و تصرف در اموال دیگران بدون اجازه آنان حرام است، و از سوی دیگر «نجات غریق» واجب است. حال اگر کسی در استخر منزلش در حال غرق شدن باشد، از سویی، ورود به آن منزل غصب و تصرف در اموال دیگران و حرام است، و از سوی دیگر، نجات غریق واجب است و برای نجات وی، ناگزیر باید در اموال او تصرف کرد. اما از آنجا که خداوند به اهمیت و تقدم وجوب نجات غریق دستور داده است و این حکم را انسان با حکم قطعی عقل خود نیز درک می‌کند، حرمت ورود به منزل دیگران که ناظر به شرایط عادی است، به دلیل التزام با مصلحت مهم‌تر و قوی‌تر جایز و بلکه واجب می‌شود.

احکام حکومتی

در نمونه‌های پیشین و مواردی از این دست که دو حکم مشخص و جزئی با یکدیگر التزام دارند، برای کسانی که بر اثر ارتباط با احکام شرع و انس با آنها، با مذاق شارع آشنا شده‌اند، تشخیص حکم مهم‌تر آسان است. اما در موارد التزام احکام اجتماعی که درباره حکم مهم‌تر نصی وارد نشده است، تشخیص ملاک قوی‌تر و حکم مهم‌تر از هرکسی بر نمی‌آید. به‌ویژه درباره مسائل جدید اجتماعی که حکم آنها در کتاب و سنت نیامده است، حاکم اسلامی و ولی فقیه باید از دو جهت حکم مهم‌تر و ملاک قوی‌تر را روشن کند و به این طریق التزام بین عناوین و احکام را برطرف سازد. نخست از آن جهت که او فقیه و آشنای به مبانی و منابع اجتهاد و استنباط احکام شرع است و تخصص و مهارت لازم را برای اداره و تدبیر امور جامعه اسلامی دارد، و دیگر از آن روی که برای حفظ نظام جامعه و حاکمیت و جلوگیری از اختلال در امور مردم، باید حکم و نظر او در امور اجتماعی مربوط به حکومت ملاک عمل همگان قرار گیرد.

یکی از نمونه‌های التزام در حوزه مسائل اجتماعی این است که با توجه به رشد جمعیت و نیز رشد صنعت و تکنولوژی و استفاده گسترده از اتومبیل و وسایل حمل و نقل خصوصی و عمومی، بسیاری از کوچه‌ها و خیابان‌ها گنجایش لازم را برای شمار زیاد وسایل حمل و نقل ندارند. گذشته از آنکه تردد اتومبیل در برخی از کوچه‌ها که بر اساس بافت قدیم شهرسازی ساخته شده‌اند امکان‌پذیر نیست و احیاناً اگر کسی بیمار شود، امکان انتقال او با اتومبیل به بیمارستان فراهم نیست و دیگر امور و نیازهای مردم نیز بر زمین می‌مانند. از این روی، برای تسهیل امور مردم و رفع نیازهای لازم و ضرور آنان لازم است کوچه‌ها و خیابان‌ها توسعه یابند. بلکه باید خیابان‌های جدیدی احداث شوند که معمولاً از میان املاک مردم می‌گذرند، و احداث خیابان یا توسعه آن مستلزم تصرف در اموال مردم است. گاه نیز چون مساجد یا املاک موقوفه در مسیر این خیابان‌ها قرار دارد، تخریب مساجد و موقوفات و تصرف در آنها لازم می‌آید. افزون بر آن، ارتباط گسترده و رو به رشد شهرها مستلزم ساختن جاده‌های بین شهری است. در بسیاری مواقع، این جاده‌ها از میان مزرعه‌ها، باغ‌ها، کارخانه‌ها و کارگاه‌های اشخاص می‌گذرند و احداث آنها به تصرف در املاک مردم می‌انجامد.

روشن است که دامنه تصرف و اختیارات ولی فقیه و حوزه احکام حکومتی منحصر به حد ضرورت نیست و اگر مسئله‌ای به این حد هم نرسد، ولی رجحان عقلی و عقلایی داشته باشد، ولی فقیه مجاز به تصرف است. مثلاً متخصصان و کارشناسان شهرسازی، برای زیباسازی شهر، احداث یک میدان یا یک پارک را در نقطه‌ای از شهر لازم می‌دانند، ولی چنان نیست که اگر آن میدان ساخته نشود وضعیت ترافیک شهر مختل شود، یا اگر آن پارک احداث نگردد، فضای سبز و تصفیه هوای شهر دچار مشکل جدی شود. از دیگر سوی، ساختن این میدان یا پارک مستلزم خراب کردن خانه‌ها و مغازه‌ها و تصرف در املاک است که حتی اگر قیمت کافی بابت آنها پرداخت شود و خسارت‌های وارد شده جبران شود، باز صاحبان آنها به خراب کردن آنها و تصرف در ملکشان رضایت نمی‌دهند. در این صورت ولی فقیه می‌تواند با استفاده از اختیارات خود و تنفیذ نظر کارشناسان و مجریان و البته پس از پرداخت بهای ملک مردم، زمینه احداث آنچه بیان شد و نیز موارد مشابه را فراهم سازد. (مصباح یزدی، 1392: 261-265) لذا هر جا پای اضطرار در میان باشد، باید به آن حکم اضطراری عمل

کرد.

در نهایت، با توجه به رفت و برگشت های مختلف و بررسی نظرات شورای نگهبان و کاوشی پیرامون دو مقدمه ذکر شده، دریافتیم که لزوم طرح الزام به ثبت معاملات غیرمنقول بخاطر مشکلات فراوان و مشهودی که در جامعه بوجود آورده است، ضروری و حیاتی بوده است و البته هرچند قبول داریم که زیرساخت ها و زمینه های مناسب برای اجرای این طرح، جدای از مسائل فقهی آن، فراهم نشده و احتمالاً بیم آن برود که در آینده ای نه چندان دور به مشکل بر بخورد.

ولی آنچه که هویداست، هیچ گونه مشکل فقهی برای اجرای این طرح وجود ندارد و بلکه اجرای آن واجب و فوری است و حالا که این طرح با مخالفت شدید شورای نگهبان در دو مرحله روبرو شده است، امید آن می رود که مجلس، این طرح را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال کرده و این مجمع بین منازعه مجلس و شورای نگهبان، داوری کرده و حکم نهایی را صادر کند.

اصل 112 قانون اساسی

مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را، شورای نگهبان خلاف موازین شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می دهد و سائر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می شود...

نتیجه گیری

پس از تصویب قانون ثبت اسناد و املاک در سال 1310 که هدف آن صیانت از حقوق مالکیت بود، تفاسیری صورت گرفت که به موجب آن، این ارزش متزلزل گردید.

شورای نگهبان در طی نامه ای که از طرف حقوقدانان به ایشان رسیده بود را، تفسیر کرد و اطلاق مواد 22 و 48 قانون ثبت را در بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیر رسمی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آن ها باشد، مغایر شرع دانستند، موجب شد پایه های حقوق مالکیت بیش از پیش متزلزل گردد.

برای حل این معضل، طرح ارتقای اعتبار اسناد رسمی در سال 1395 ارائه گردید که در نهایت این طرح، به طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول تغییر نام داده و در سال 1399 به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول، یکی از طرح های لازم و ضروری برای نظام ثبتی کشور بوده که خلا آن موجب ایجاد مشکلات فراوانی گردیده است. در این طرح با وجود موارد ثبتی که در آن قرار داده شده است، همچنان مشکل اصلی تعارض میان اسناد عادی و اسناد رسمی را خواهد داشت و همچنین بیم آن می رود که با عدم آماده سازی زیرساخت ها و بستر های این طرح، نتیجه مطلوب را حاصل نکند و یا به قانونی متروک تبدیل شود.

اما آنچه مدنظر ما بوده، ریشه یابی فقهی مسئله بوده و دانستیم که هرچند ابطال کردن اسناد عادی، برخلاف موازین شرعی است، اما بخاطر مشهود بودن مشکلات فراوان در زندگانی مردم، می شود از باب حکم حکومتی و حکم ثانوی، اسناد عادی را باطل، و الزام به ثبت اسناد رسمی کرد و این حکم، نه تنها با موازین شرعی مخالف است، بلکه کاملاً ضروری و لازم است و از وظایف ولی فقیه و حکومت قانونگذاری جامعه اسلامی است که به حیات حقوقی و اجتماعی مردم، در چهارچوب قواعد بنیادین فقهی، رسیدگی کند و آنچه باعث اختلال و بروز مشکل می شود را، به وسیله قانونگذاری و تهیه بستر و زیربنای مناسب، از میان بردارد.

بر اساس مطالبی که بیان شد، اجرای این طرح بسیار لازم و ضروری است و با وجود مخالفت شورای نگهبان، به احتمال فراوان، تصویب این طرح از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام که مرجع حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان است، پیگیری خواهد شد. امید است مجلس شورای اسلامی با اصلاح موارد لازم و ارجاع آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام و تصویب آن در این مجمع، به یکی از مشکلات ریشه دار نظام ثبتي پایان دهد.

منابع

کتاب ها

1-قرآن کریم

2- پژوهشکده تحقیقات راهبردی مجمع تشخیص مصلحت نظام، بررسی طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، 1399

3- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات ابن سینا 1346 ص 196.

4- شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادهای و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، سال 1383، چاپ سوم

6- کاتوزیان، دکتر ناصر، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره 11 و 12 ص 92 سال 1382

7- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، سال 1385، چاپ هفتم، جلد دوم

8- کلانتری، علی اکبر؛ حکم ثانوی در تشریع اسلام، بوستان کتاب قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، سال 1387

9- علامه مصباح یزدی، سید مصطفی؛ بدترین ها و بهترین ها از دیدگاه نهج البلاغه، تهران، انتشارات مصباح، سال 1392، چاپ پنجم

10- محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، تهران، نشر علوم اسلامی، سال 1368، چاپ هفتم

قوانین

11- قانون مدنی، مصوب 1307/2/20، بازیابی شده در تاریخ 1403/3/12، وبسایت مرکز پژوهش های مجلس، rc.majlis.ir

12- قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب 1310/12/26، بازیابی شده در تاریخ 1403/3/12، وبسایت مرکز پژوهش های مجلس، rc.majlis.ir

سایر منابع

11- بررسی طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، 1399، پژوهشکده تحقیقات csr.ir. راهبردی مجمع تشخیص مصلحت نظام،

۱۲ - تاریخ بازیابی ۱۴۰۳/۴/۲۵



یادداشت‌های موضوعی

«تلفیق اهداف فردی و سازمانی در دستگاه قضائی»

با حمایت از شخصیت قاضی»

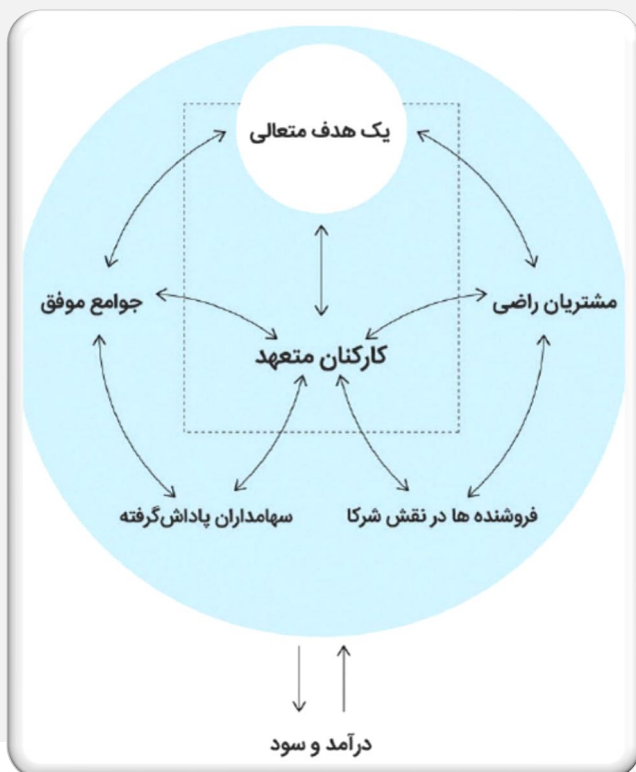


صالح عباسی

کارشناس ارشد مدیریت اصلاح و کیفرهای قضایی
دانشگاه علوم قضایی

نظیر سامانه راهکار سازمانی، مطرح می شوند. در صورتی که این مکانیسم ها حمایت مدیران عالی قضائی را در پس خود داشته باشد، آن گاه می توان گفت تا حدودی تلفیق اهداف فردی و سازمانی به درستی انجام پذیر است چراکه اگر کارکنان و قضات دستگاه قضائی را همانند خانه خود در نظر بگیرند در آن صورت خود را در موفقیت و یا شکست اهداف و سیاست های نظام قضائی سهیم می دانند و این تعلق خاطر موجب می شود که آن ها تا پایان همکاری با قوه قضائیه، نسبت به آن وفادار باقی بمانند ولی غفلت از این موضوع سبب تعارض بین کارکنان و نهاد قضائی شده و عوارض مخربی را در پی خواهد داشت (خیری، 1382: 137)

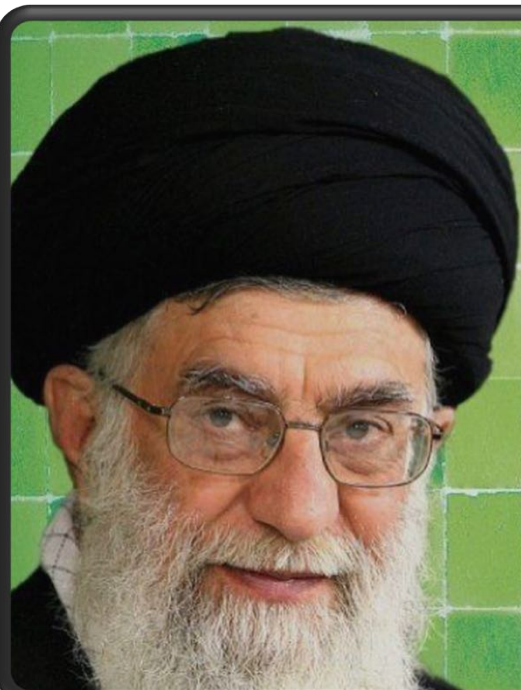
در نظام ارزشی مکتب اسلام، چیزی که برای افراد مسلمان اهمیت دارد، اطاعت از امر خداوند و بندگی اوست که تنها راه سعادت دنیا و آخرت است (سوره یس، آیه 61). بنابراین با توجه به اینکه اهداف سازمانی در جامعه اسلامی لزوماً باید در جهت اهداف حکومت اسلامی و مطابق با نظام ارزشی مکتب اسلام باشد، هماهنگی اهداف فردی و سازمانی در بالاترین سطح خود ایجاد خواهد شد (سجادی، 1385: 14). نتیجه اینکه در نظام قضائی کشور ایران که برخوردار از رویکردی اسلامی است، تلفیق اهداف فردی و سازمانی به دلیل داشتن هدفی مشترک که همان برقراری عدالت اجتماعی و رسیدن به قرب الهی است، باعث تعالی و رشد قضات و نظام قضائی کشور می شود. معمولاً برای تلفیق اهداف فردی و سازمانی از سه مکانیسم مدیریتی استفاده می شود. مدیریت مشارکتی که عبارت است از بحث و تبادل نظر قضات با مسئولان عالی مدیریتی قضائی در تعیین اهداف، برنامه ها، روش ها و اتخاذ تصمیماتی که در امور قضائی تاثیر گذار است. دوم مدیریت بر مبنای هدف که مبتنی بر این است که قضات به اتفاق مدیران دستگاه قضائی، هدف های روشن، اجرائی و قابل اندازه گیری برای عملکرد آتی خود مطابق با سیاست های کلی قضائی و سند تحول قضائی تعیین کنند و در طول زمان با دریافت بازخورد، به اصلاح رویه و روش اجرائی بپردازند. و سوم سامانه پیشنهادها که در آن نقطه نظرات قضات از طرق از پیش تعیین شده



اگر مدیریت عالی دستگاه قضائی بتواند اهداف فردی و سازمانی کارکنان و قضات را تلفیق نماید، مانند پاداش برای کار بیشتر و انجام دادن بعضی امور در خانه، درواقع به طور غیر مستقیم آنها را به سمت اهداف و رسالت سازمانی خود پیش برده است (ابطحی و خیراندیش، 1388: 26). تقریباً همه با اصطلاح تشویق و پاداش آشنایی دارند و معمولاً این دو ارتباط و پیوستگی نزدیکی با یکدیگر دارند، به طوری که یکی بدون دیگری بی معنا خواهد بود. تشویق، فرآیند پاداش دهی به رفتار افراد است و هدف از آن برانگیختن شوق و علاقه مجدد او به انجام همان رفتار می باشد، چراکه ساختار روانی و عاطفی انسان به گونه ای آفریده شده است که اگر مورد تأیید، تشویق و دریافت پاداش مناسب و شایسته قرار گیرد معمولاً انگیزه بیشتری برای ادامه فعالیت با انرژی و اشتیاق فراوان پیدا می کند (همان: 85) قضات شایسته تکریم، تشویق و تقدیر هستند، چون اوج فداکاری آنها در راستای تحقق عدالت را در لحظه لحظه ی زندگیشان می توانیم ببینیم دید. وقتی قاضی از حمایت کافی و انگیزه لازم و بالایی برای انجام نقش ها و تکالیف قضائی خود برخوردار باشد مقوله تلفیق اهداف فردی و سازمانی، سهل تر و به آسانی در آنها شکل می گیرد. ولی حقیقت آن است که در سیاست تقنینی و اجرایی کشور، عنایت درخور و شایسته ای، جهت برطرف نمودن دغدغه های مادی و معنوی قضات نگردیده، درحالی که در برخی کشورهایی که جایگاه قاضی و قضاء در آنها همانند دین اسلام مورد تأکید و تکریم نبوده، حمایت های مناسب تری از قاضی به عمل آمده است. بنابراین می توانیم بگوئیم نظام حقوق و دستمزد ضعیف و ناعادلانه موجب کاهش انگیزه، کاهش رضایت شغلی و فرسودگی و استیصال کارکنان و درنهایت موجب افت کیفیت دستیابی به اعداف و رسالت های سازمانی او می شود (رستمی نیا و زینعلی و حسن زاده، 1395: 85) درحالی که اگر نظام مدیریتی قوه قضائیه در تأمین معیشت آبرومندانه قضات با باز طراحی نظام معیشتی، پاسخگو و برطرف کننده نیازهای در حد معقول قضات باشد، تا حدود زیادی از فرسودگی شغلی، کم کاری، کج کاری، سهل انگاری، تقصیر و قصور، خیانت، تخلف و جرائم احتمالی قضات می کاهد که در نهایت نه تنها موجب تقویت و افزایش ضریب خودکنترلی قضات می گردد بلکه توانسته است راه دستیابی به اهداف سازمانی خود را سهل تر نماید. لازم به ذکر است مسئولین و مدیران فعلی دستگاه قضائی در این زمینه تلاش های بی شمار و خستگی ناپذیری انجام داده اند و از آنجایی که در سیاست های کلی ابلاغی برنامه هفتم پیشرفت به افزایش بودجه قوه قضائیه و تأمین معیشت قضات به صراحت اشاره شده امید است زمینه ی فراغ بال و تمرکز قضات در انجام مأموریت ها و انجام وظایف قضائی گردد.

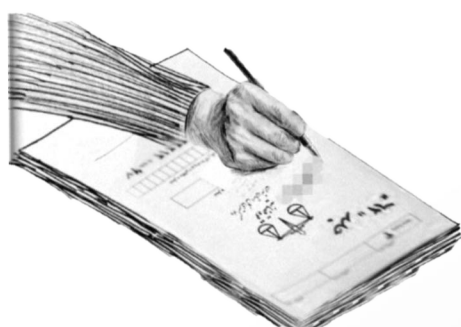
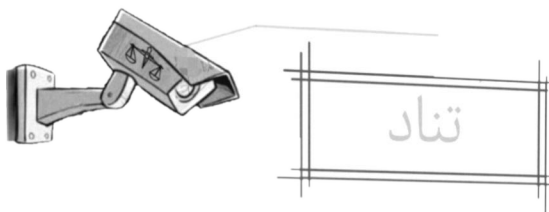


چراکه بزرگ ترین ضربه ای که بر قضات وارد می شود تحقیر و تخریب شخصیت قضائی و بی اعتنائی به ارزش های واقعی کار قضائی آنها از سوی مسئولان و مدیران دولتی و نمایندگان مجلس و انتشار از طریق رسانه ها است، زیرا وقتی یک قاضی احساس کند شخصیت و یا اقدامات آن مورد بی توجهی و بی مهری واقع شده و نتیجه تلاش و زحماتش اصلاً به حساب نمی آید و فاقد ارزش است، ناخود آگاه به یک نوع رکود و توقف در مسیر حرکت روبه جلو و رشد قضائی خود دچار می شود و حس اعتماد به مسئولان بالادستی کشور و امید به آینده ای روشن در نظام قضائی را از دست می دهد. بنابر آنچه گفته شد می توان اظهار کرد، بی توجهی به شخصیت و شأن قضات از سوی مسئولان و مدیران و به ویژه مسئولین عالی قضائی، در تصمیم گیری های مدیریتی درون قوه ای و تدوین دستورالعمل ها و بخشنامه های داخلی مرتبط با اصلاح روند امور، منجر به کاهش اعتماد به نفس قضات و بی اعتمادی آنان به سیستم مدیریتی قضائی و در نتیجه افت کیفیت رسیدن به اهداف سازمانی خواهد شد؛ درحالی که مشارکت قضات در تصمیم گیری ها، اعتماد به نفس لازم را به آنان خواهد بخشید، به طوری



**واقعا اگر نظام اسلامی بتواند قوه قضائیه
را آن چنان که در نظر اسلام است سامان
دهد اکثر مشکلات جامعه که ناشی از
زیادی خواهی ها و تعدی ها و تجاوز
هاست بر طرف خواهد شد.**

که احساس خواهند نمود ، مدیران بالادستی تشکیلات قضائی ، روی قضات ، حساب ویژه‌ای باز کرده و آن‌ها نیز می‌توانند نظرات و پیشنهادهای خود را ارائه دهند و در رشد نظام قضائی کشور سهیم باشند. این امر همچنین موجب خلاقیت بیشتر می‌شود تا آنجا که قضات حتی بدون انگیزه‌های مادی هم به دنبال حل مشکلات قوه قضائیه خواهند بود. البته باید توجه داشت ، صرف مشارکت در تصمیم گیری سازمانی قضائی به تنهایی مکفی نخواهد بود و قضات باید در عمل و اجرا در مختصات محیطی درون قوه ای و فرا قوه ای و در سطح ملی به ویژه اصلاح قوانین نامناسب نیز شاهد کاربست نظرات نخبگانی خود در بهبود روند مسائل ، چالش ها و بحران های موجود باشند زیرا آن‌ها تفکرات خود را پیشنهاد می‌دهند اما این احساس را دارند که دغدغه و نظر آن‌ها برای پیشنهاد بی فایده است ، بنابراین آنان از قاضی خلاق ، فعال ، جدی ، پیگیر و حساس به امور، به قاضی منفعلی که حل مشکلات دستگاه قضائی برایش مهم نیست تبدیل می‌شوند. به طور کلی، قاضی و کرامتی که شایسته‌ی آن است در تلاطم تراکم پرونده‌های قضایی و در هیاهو و جنجال رسانه ها علیه قوه‌ی قضائیه گم شده است . قاضی باید عزیز باشد چون عزیز داشتن قاضی در اصل ضامن استقلال و تحکیم بخش بی‌طرفی اوست.



منابع:

1. سجادی ، سید علی ، (1385)، خود کنترلی در نظام کنترل و نظارت اسلامی ، معارف اسلامی و حقوق ، شماره 23، تهران
2. خیری ، طاهر ، (1382) ، خودکنترلی در سازمان ، تدبیر، شماره 137 ، تهران
3. ابطحی ، سید حسن و خیر اندیش ، مهدی ، (1388)، ارائه الگوی خودکنترلی در سازمان با نگرش اسلامی ، تدبیر، شماره 213، تهران
4. رستمی نیا ، محمد اسماعیل و زینعلی ، محمدرضا و حسن زاده زورمند ، یاشار ، (1395)، خودکنترلی در سازمان و مدیریت با رویکرد اسلامی، چاپ سوم، زمزم هدایت، تهران



قضا و هنر



محمد رضا رضائی خوشدل

سایه‌های عدالت

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی

* دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی



دانشگاه شده بود، به خودش قول داده بود که با کار و تلاش بی‌وقفه، آینده‌اش را بسازد.

او با تحمل سال‌ها فشار و چالش‌های اجتماعی توانسته بود در شرکتی بزرگ مشغول به کار شود و به آرزوهایش نزدیک‌تر شود. هر ماه بخشی از درآمدش را برای خرید خانه‌ای که همیشه در رویایش بود،

در یکی از شب‌های سرد و بارانی تهران، مردی به نام امیر در دفتر کارش نشسته بود و به فکر فرو رفته بود. او وکیل جوانی بود که تازه وارد دنیای حقوق شده و با چالش‌های زیادی روبرو بود. وکالت برای امیر تنها یک شغل نبود، بلکه یک رسالت بود. او همیشه آرزو داشت که عدالت را برقرار کند و از حقوق افراد بی‌گناه دفاع نماید.

امیر تصمیم گرفت پرونده‌ای را که به تازگی به او سپرده شده بود، بررسی کند. پرونده‌ای که زندگی یک زن جوان به نام خانم محمدی را به شدت تحت تأثیر قرار داده بود. خانم محمدی به جرم نقض قرارداد کاری با شرکت بزرگی مورد شکایت قرار گرفته بود. او ادعا می‌کرد که شرکت سال‌ها او را تحت فشار قرار داده و در نهایت به دلیل شرایط نامناسب کاری مجبور به ترک کار شده است. امیر تصمیم گرفت تمام توانش را برای اثبات بی‌گناهی خانم محمدی به کار گیرد.

خانم محمدی در خانواده‌ای بزرگ شده بود که ارزش کار سخت و استقلال مالی همیشه مورد تأکید بود. پدرش همیشه به او می‌گفت: "زندگی به تو چیزی نمی‌دهد، باید با تلاش و پشتکار، خودت مسیرت را بسازی و از هر فرصتی برای پیشرفت استفاده کنی." این حرف‌ها در ذهن خانم محمدی ریشه دوانده بود و هرگز از ذهنش پاک نمی‌شد. او به‌عنوان اولین فرد از خانواده‌اش که موفق به ورود به



، پس انداز می کرد . اما شرایط کاری ای که در این شرکت با آن روبه رو شده بود ، همه این رویاها را تهدید می کرد . هر روز که می گذشت ، فشارها بیشتر می شد و سلامت جسمی و روانی اش به خطر می افتاد .

خانم محمدی بارها به مدیران شرکت شکایت کرده بود ، اما همیشه با بی توجهی و حتی تهدید مواجه می شد . هر بار که به دفتر مدیران می رفت ، احساس نارضایتی و بی عدالتی بیشتر بر دوشش سنگینی می کرد . او زنی قوی بود ، اما این فشارها حتی قوی ترین افراد را هم از پا می اندازد . شبها از خستگی و اضطراب نمی توانست بخوابد و روزها با چشمانی پف کرده به سر کار برمی گشت .

در شرکتی که خانم محمدی در آن مشغول به کار بود ، امکان دورکاری وجود نداشت . این به دلیل سیاست های داخلی شرکت و نیاز به حضور فیزیکی در پروژه های حساس بود . شرکت معتقد بود که پروژه های پیچیده نیازمند هماهنگی و تعاملات فوری در محل کار است و دورکاری نمی تواند این نیازها را به طور مؤثر تأمین کند . همچنین ، به دلیل مسائل امنیتی و حفظ اطلاعات محرمانه ، دورکاری ممنوع بود و اطلاعات حیاتی نمی بایست از محیط امن خارج شود . این شرایط باعث شد که خانم محمدی نتواند از گزینه دورکاری بهره برداری کند و مجبور به حضور مستمر در دفتر کار باشد .

عواقب شکست در این پرونده برای خانم محمدی بسیار سنگین بود . اگر او محکوم می شد ، باید خسارات مالی به شرکت پرداخت می کرد و ممکن بود در آینده نیز با مشکلات جدی در یافتن شغل جدید مواجه شود . این موضوع می توانست زندگی او را به شدت تحت تأثیر قرار دهد و او را در وضعیت مالی و روانی بسیار دشواری قرار دهد .

امیر تصمیم گرفت پرونده را با دقت بیشتری بررسی کند و دلایلی قوی برای دفاع از خانم محمدی پیدا کند . او به مدارک پزشکی و شهادت همکاران خانم محمدی پرداخت و تلاش کرد تا نشان دهد که شرایط کاری در شرکت به حدی نامناسب بوده که خانم محمدی چاره ای جز ترک کار نداشته است . اما امیر نیاز به دلیلی قوی تر داشت ؛ دلیلی که نه تنها قانونی بلکه از نظر فقهی نیز مستحکم باشد .

امیر شبها را با مطالعه کتب حقوقی و فقهی سپری می کرد . او به دنبال قاعده ای بود که بتواند نشان دهد ترک کار خانم محمدی در شرایطی که به سلامت جسمی و روانی او آسیب می رساند ، نه تنها توجیه پذیر بلکه ضروری بوده است . پس از جستجوی فراوان ، به قاعده "لاضرر و لاضرار" برخورد که به معنای "نه ضرر رساندن و نه ضرر دیدن" است . این قاعده از

اصول مهم فقه اسلامی است و در کتب معتبر فقهی مانند "الکافی" اثر شیخ کلینی و "المبسوط" اثر شیخ طوسی به آن پرداخته شده است. بر اساس این قاعده، هرگونه عملی که به سلامت و جان انسان‌ها آسیب برساند، غیرقانونی و غیرشرعی است.

در دادگاه، امیر به عنوان وکیل خانم محمدی، دفاعیات خود را آغاز کرد. او در طول محاکمه با ارائه مدارک پزشکی و شهادت همکاران خانم محمدی، نشان داد که شرایط کاری در شرکت به حدی نامناسب بوده که خانم محمدی چاره‌ای جز ترک کار نداشته است. او با استناد به ماده 219 قانون مدنی که بر لزوم اجرای قراردادها تأکید دارد، بیان کرد که هرچند قرارداد کاری بین خانم محمدی و شرکت لازم‌الاجرا بوده، اما شرایط بحرانی و آسیب به سلامت خانم محمدی به عنوان علت موجه برای فسخ قرارداد محسوب می‌شود. امیر همچنین به ماده 221 قانون مدنی اشاره کرد و گفت که هرگاه کسی در اجرای تعهدات خود کوتاهی کند و خسارتی به دیگری وارد نماید، مسئول جبران آن است. او خاطرنشان کرد که شرکت با نادیده گرفتن درخواست‌های مکرر خانم محمدی برای بهبود وضعیت کاری، به او خسارت وارد کرده است.

علاوه بر این، امیر به اصل 22 قانون اساسی اشاره کرد که از حیثیت، جان و حقوق افراد حمایت می‌کند و توضیح داد که شرکت با نادیده گرفتن حقوق خانم محمدی و فراهم نکردن شرایط کاری مناسب، حقوق بنیادین او را نقض کرده است.

قاضی با دقت به استدلال‌ات وکیل خانم محمدی گوش فرا داد و در نهایت قانع شد که شرایط خانم محمدی واقعاً بحرانی بوده و تصمیم او برای ترک کار کاملاً منطقی و قانونی است. بر اساس این استدلال‌ات و مواد قانونی ذکر شده، قاضی رأی خود را صادر کرد و خانم محمدی را از اتهام نقض قرارداد تبرئه کرد و او توانست حقوق و مزایای قانونی خود را دریافت کند.

امیر با افتخار از دادگاه خارج شد و احساس کرد که توانسته است عدالت را برای موکلش به ارمغان بیاورد. او به یاد آورد که چرا وارد حرفه وکالت شده بود و احساس کرد که رسالت خود را به خوبی انجام داده است.

نتیجه‌گیری حقوقی :

این داستان نشان می‌دهد که در نظام حقوقی ایران و بر اساس اصول فقهی و حقوقی، حقوق کارگران به عنوان یکی از اصول اساسی شناخته می‌شود. قاعده "لاضرر و لاضرار" به معنای "نه ضرر رساندن و نه ضرر دیدن" یکی از اصول مهم است که بر اساس آن، هرگونه عملی که به سلامت و جان انسان‌ها آسیب برساند، غیرقانونی و غیرشرعی است.

پیام اخلاقی :

این داستان به ما یادآوری می‌کند که همیشه باید به حقوق و سلامت خود اهمیت دهیم و در برابر ناعدالتی‌ها ایستادگی کنیم. همچنین، نشان می‌دهد که سیستم حقوقی می‌تواند در مواقع بحرانی به کمک افراد بیاید و از حقوق آن‌ها دفاع کند.

منابع :

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب 11 و 12 آذر ماه سال 1358 هجری شمسی
قانون مدنی : جلد اول . کتاب دوم . قسمت دوم : در عقود ، معاملات و الزامات مصوب 1307 هجری شمسی

تحلیل حقوقی فیلم جمشیدیه

* دانشجوی کارشناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

* رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

علی موحدی

a.mvda80@gmail.com



فیلم ((جمشیدیه)) با پرونده قتل روبرو هستیم.

پس از اینکه ترانه خود را به پلیس معرفی می کند، از همان ابتدا امیر با دوست خانوادگی خود که وکیل است موضوع را مطرح می کند. نهایتاً نظر دادگاه به قتل عمد بوده و حکم قصاص ترانه صادر می شود اما در نهایت حکم قصاص ظاهراً با رضایت ولی دم اجرا نمی شود.

((بعد از ظهر پنجشنبه، تهران، جمشیدیه؛ درحالی که ترانه و همسرش امیر با خودرو شخصی خود درحال حرکت بودند، یک تاکسی ناگهان جلوی آنها می پیچد و سپس شروع به فحاشی می کند.)) یلدا جبلی، سوژه فوق را روی کاغذ آورده و فیلم دوم خود را طبق آن خلق کرده است. نکات قابل توجهی در این فیلم از حیث حقوقی مشاهده می شود که قابل نقد و بررسی هستند.

اما در ادامه ماجرا؛ پس از اینکه امیر، فحاشی و سخنان زننده راننده تاکسی را مشاهده می کند، از خودرو خود پیاده شده و سوار تاکسی مذکور می شود و به او می گوید به کلانتری برویم تا تکلیفمان با تو مشخص شود. راننده تاکسی با سرعت حرکت می کند و ظاهراً به سمت کلانتری راه می افتد و ترانه نیز با خودروی خودشان دنبال آنها می رود. ناگهان راننده، تاکسی را متوقف کرده و نزاعی بین امیر و راننده شکل می گیرد که ترانه سریع ورود کرده و ضمن اینکه با پلیس تماس می گیرد، با موبایل خود ضرباتی را به کتف و گردن راننده وارد می کند تا مبادا دست روی امیر بلند کند. در نهایت مشخص می شود که راننده پس از این اتفاق و مراجعت به خانه، فوت کرده است.

ترانه پس از اطلاع از فوت راننده تاکسی، وجدانش امانش نمی دهد و با مراجعه به پلیس قضیه را تعریف می کند. لذا در فیلم



چنانکه در شرح ماجرا گذشت، آنچه در نگاه اول به ذهن متبادر می شود این است که قتل راننده توسط ترانه عمدی نمی باشد. اما بیابید مسئله را بیشتر واکاوی کنیم. در قانون مجازات اسلامی، قتل عمدی به چند نحو قابل تصور می باشد: اینکه مرتکب رفتاری را با قصد قتل بر مجنی علیه وارد سازد. اما طبق بند های ب و پ ماده 290، در دوصورت دیگر، مرتکب بدون اینکه قصد نتیجه داشته باشد، قتل، عمدی محسوب می شود که آن هم در صورتی است که رفتار مرتکب نوعا کشنده (مطلق یا نسبی) باشد. آگاهی و توجه مرتکب به اینکه کار او نوعا نسبت به مجنی علیه کشنده محسوب می شود نیز باید اثبات گردد.

حال طبق توضیحات فوق، ترانه به هیچ عنوان قصد قتل راننده را نداشته بلکه نیت او تنها جلوگیری از نزاع بین آن دو و واکنشی به فحاشی های رکیک راننده تاکسی بوده است. ترانه خود نیز بارها در اظهاراتش هم در دادگاه و هم در حضور پلیس به این موضوع اشاره می کند. اما آیا رفتار ترانه نوعا کشنده محسوب می شود یا خیر؟

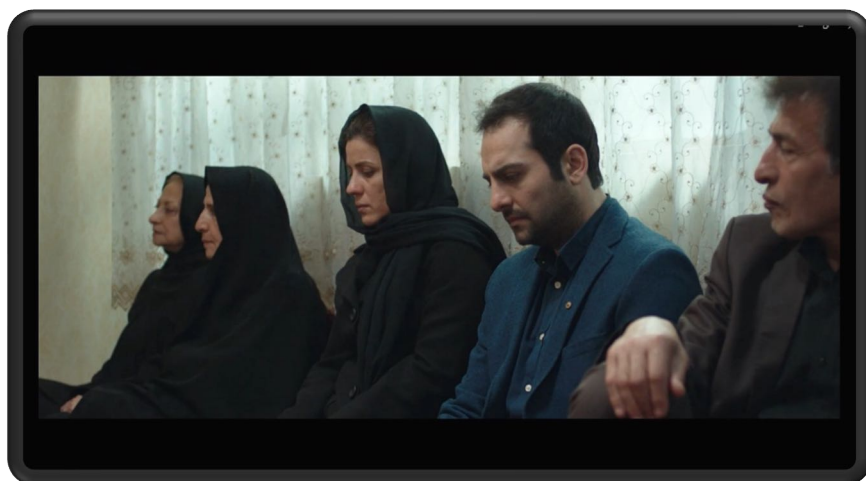
وسیله ای که ترانه با آن به راننده ضربه وارد کرده است گوشی موبایل بوده. ضربه با گوشی موبایل به پشت شخص، نزد هیچ عاقلی رفتاری کشنده نمی باشد و در هیچ سیره ای نمی توان آن را نوعا کشنده یافت. پس رفتار ترانه نوعا کشنده مطلق نمی باشد. طبق تبصره 2 ماده 290 قانون مجازات اسلامی، آگاهی و توجه مرتکب به اینکه کار نوعا نسبت به مجنی علیه، موجب جنایت واقع شده، می شود باید اثبات گردد. و بار اثبات آن نیز برعهده ولی دم می باشد. باتوجه به اینکه حادثه فوق اولین و آخرین برخورد ترانه و امیر با راننده تاکسی بوده است، لذا ترانه هیچ شناختی نسبت به راننده نداشته و آگاهی او از بیماری یا مشکل خاص راننده که مزید بر رفتار ترانه شده و باعث مرگش شود، بسیار بعید به نظر می رسد. بنابراین نوعا کشنده بودن رفتار ترانه نسبت به مجنی علیه نیز منتفی بوده و اثبات آگاهی و توجه ترانه به وضعیت خاص راننده (آن هم اگر واقعا وضعیت خاصی داشته باشد) تقریبا غیرممکن است. لذا نتیجه این می شود که عمل ترانه، مطابق با هیچ یک از تعاریف فوق در مورد قتل عمدی نبوده بلکه قتل غیر عمدی محسوب می شود و مجازات ترانه تنها دیه و تعزیر است. لیکن آنگونه که در فیلم مشاهده می شود، از همان ابتدا بحث عمدی بودن قتل مطرح است و درنهایت نیز ترانه به قصاص محکوم می شود!

جالب است وکیل ترانه در دفاعیات خود به جای استناد به عدم وجود قصد نتیجه در مرتکب، استفاده از وسیله ای که نوعا

داغ دیده به قصاص و تردید بعدی ایشان بر اجرای حکم می باشد که فیلم سینمایی ((جمشیدیه)) نیز از این امر مستثنا نیست. فلذا این فیلم نه تنها ساختار جدیدی از این نوع ژانر ارائه نکرده، بلکه به نظر می رسد تنها ظاهری از نام حقوق را یدک می کشد و از رعایت مسائل حقوقی سر باز زده است و این مسئله ای است که معمولاً با دوزهای متفاوت در فیلم ها دیده می شود. آنچنان که در اشتباه واضح فیلم در جا زدن قتل عمدی به جای قتل غیر عمدی برای پیشبرد فیلم نامه مشاهده شد، اینجا یک سؤال مهمی در مورد وضعیت حاضر فیلم هایی باموضوعات حقوقی مطرح می شود که دیگر در ظرفیت این یادداشت نمی گنجد و باید به صورت جداگانه بررسی شود: آیا سینما به عنوان وسیله ای در خدمت حقوق جهت ابراز مسائل و ارائه راه حل است، یا حقوق به عنوان وسیله ای است برای نویسندگان و کارگردانان، جهت پیشبرد فعالیت های سینمایی خویش؟. علیرغم وجود نام مشاور حقوقی در تیتراژ این فیلم، به نظر می رسد باگ های حقوقی موجود در فیلم برای جامعه حقوقی قابل تحمل نباشد. لذا سیستم مشورت حقوقی باید بازبینی و عیب یابی شود که چرا از وجود اشکالات حقوقی جلوگیری نمی کند. یکی از راه های بهینه سازی این موضوع می تواند تعمیم دادن مشاورت حقوقی به همه مراحل تولید فیلم و حتی مرحله فیلمنامه نویسی باشد. نه اینکه پس از نگارش فیلمنامه و حتی شاید پیشرفت قسمت هایی از فیلم، از مشاور حقوقی به صورت فرمالیته استفاده کرد!

منابع:

قانون مجازات اسلامی، 1392، بازیابی شده در وبسایت مرکز پژوهش های مجلس rc.majlis.ir



باعث قتل نمی شود (موبایل) و نیز تماس ترانه با پلیس در حین آن قضیه که نشان از حسن نیت ترانه می باشد، تماماً ایراد ضربه از سوی ترانه را انکار می کند و بر گفته خود اصرار دارد. این درحالی است که گزارش پزشکی قانونی، اثر ضربه ها را تأیید کرده و نیز متهم دو بار به ضربات متعدد خود به پشت مجنی علیه اقرار داشته است. لذا در حین دفاعیات وکیل ترانه، شاهد اشتباهات و ناشی گری های روشنی هستیم که نه تنها کاری از پیش نمی برد بلکه با وجود شواهدی مانند گواهی پزشکی قانونی و اقرار خود متهم، موجب از دست رفتن اعتبار وکیل نزد محکمه شده و نیز هیچ تأثیری در حکم دادگاه که مبنی بر قتل عمد و قصاص جانی می باشد ندارد. با وجود تکرار مکرر متهم مبنی بر اینکه قصد قتل نداشته است، دادگاه به این مسئله توجه ندارد و آن را مورد بررسی قرار نمی دهد. این موضوع یک چهره منفی از وکلا را نمایش می دهد که نه تنها نسبت به موکل مفید به فایده نبوده بلکه کارکرد عکس نیز دارد.

علاوه بر اینکه فیلم در رعایت قواعد حقوقی ضعف جدی دارد و اصل ماجرا را زیر سؤال می برد، به نظر می رسد در بازآفرینی صحنه دادگاه نیز چندان مطلوب عمل نکرده است. دفاعیات و اظهارات افراد در دادگاه کاملاً متفاوت از آنچه که در دادگاه ها می گذرد می باشد. امیر، ترانه و همسرش، سخنرانی های نسبتاً طولانی با محتوای کاملاً کلیشه ای و شعاری ایراد می کنند. ظاهراً کارگردان به جای اینکه اهداف خود را در لابه لای بازی و درام بگنجانند، آنها را مستقیماً و به صورت آشکار در زبان کاراکترها جاری می کند که هم از چارچوب یک دادگاه معمول خارج می شود و هم در رساندن پیام به مخاطب از خود ضعف جدی نشان می دهد.

معمولاً موتور محرک درام در فیلم های ایرانی، تأکید اولیه ولی دم

مصاحبه



در گفت و گو با اولین رئیس حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه مطرح شد

اطلاعات گران ترین متاع است



* محمود فرهادی - دانش آموخته‌ی
کارشناسی حقوق دانشگاه شهید بهشتی

جناب آقای دکتر محمودی، ضمن تشکر از شما بابت قبول زحمت مصاحبه، لطفاً در ابتدا خودتان را معرفی کنید.

من الیاس محمودی هستم. علاوه بر تحصیلات نظامی، تحصیلات حقوقی در رشته‌ی فقه و حقوق اسلامی از دانشگاه فردوسی مشهد و همچنین دکترای حقوق بین‌الملل عمومی دارم و تحصیلات رشته‌ی روابط بین‌الملل را هم در دانشگاه پونای هند به پایان رساندم. از سال 1358 در خدمت نظام مقدس جمهوری اسلامی هستم. جزو مؤسسين و اولین نفرات دادگاه انقلاب ارتش² بودم. اولین شغلم دادیاری در دادگاه انقلاب ارتش بود. بعداً معاون دادستان نظامی شدم. مدتی معاون آموزش سازمان قضایی نیروهای مسلح و همچنین رئیس دادگاه نظامی دو تهران بودم. مدت‌ها عضو هیئت رسیدگی به تخلفات نیروهای انتظامی بودم. سپس رئیس دادگاه نظامی یک تهران شدم. بعدتر از طرف آقای شاهرودی به‌عنوان رئیس حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه منصوب شدم و چند سال مسئولیت این شغل را در دستگاه قضایی عهده‌دار بودم. متعاقباً به‌عنوان مشاور رئیس قوه فعالیت داشتم و به ریاست تشکیلات قضایی مبارزه با مفاسد اقتصادی منصوب شدم. در پایان دوران خدمتم، مشاور رئیس قوه و عضو معاون دیوان عالی کشور بودم.

مرکز حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه که در سال 1379 تشکیل شد، با هدف پاسداری از استقلال قضایی و برقراری امنیت در درون قوه قضائیه فعالیت می‌نماید. این نهاد پیش‌تر تحت عنوان «اداره‌ی کل حراست و حفاظت اطلاعات قوه قضائیه» در ذیل سازمان حراست کل کشور فعالیت می‌کرد که نواقص و ایراداتی داشته است. یکی از نواقص مهم آن همانا نظارت قوه‌ی دیگر (مجریه) بر این قوه (قضائیه) بوده است. شأن قوه قضائیه به لحاظ اینکه خود قوه‌ای مستقل بوده و دارای ماهیت و ویژگی‌های خاص خود می‌باشد، ایجاب می‌کرد که در درون قوه، تشکیلات مستقلی راه‌اندازی گردد. براساس همین نیاز به پیشنهاد ریاست وقت قوه، مرکز حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه پی‌ریزی شد. تأسیس این مرکز بر مبنای اختیارات رئیس قوه قضائیه در قانون اساسی صورت گرفته است؛ با این استدلال که مطابق اصل 158 قانون اساسی، «ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری» بر عهده‌ی رئیس قوه قضائیه است.¹ با توجه به کمبود منابع مکتوب در مورد ایجاد این تشکیلات، در تاریخ 1402/2/9 به‌منظور تدوین بخشی از تاریخ شفاهی تأسیس مرکز حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه، مصاحبه‌ای با اولین رئیس مرکز فوق انجام پذیرفت که متن کامل آن ذیلاً آورده می‌شود

¹ این مقدمه از مقاله‌ی «چالش‌های حقوقی مرکز حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه» اثر نگارنده‌ی این مصاحبه استخراج شده که در فرآیند پذیرش فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی قرار دارد.

• یک جا نوشته بودند که مدتی ریاست سازمان حفاظت اطلاعات ارتش (ساحفاجا) را بر عهده داشتید...

ساحفاجا بعد از قانون تأسیس وزارت اطلاعات ایجاد شده است. ما در اوایل انقلاب، یک خلاً پنج‌شش‌ساله‌ی نهادهای اطلاعاتی را شاهد بودیم. در ارتش، اداره‌ی دوم عهده‌دار اطلاعات و ضد اطلاعات بود. در ارتباط با سؤال شما، من مدت چهارپنج سالی هم دفتری را در تشکیلات قضایی نیروهای مسلح و دادگاه انقلاب ارتش عهده‌دار بودم که آنجا هم کارهای اطلاعاتی می‌کردیم.

• یعنی در خود حفاظت اطلاعات ارتش نبودید؛ ولی ارتباط داشتید. درست است؟

به هم نزدیک بودیم. تشکیلات اطلاعاتی به معنای امروزی، به‌ویژه در ارتش، وجود نداشت. من نمی‌توانم این‌ها را بازگو کنم و مشخصات مرجع اطلاعاتی دهه‌ی 60 را در اختیار شما بگذارم.

• پس سراغ سؤال بعدی برویم. لطفاً توضیح دهید که چرا حفاظت و اطلاعات قوه‌ی قضائیه تشکیل شد؟

در سابق، یعنی قبل از تشکیل حفاظت و اطلاعات قوه‌ی قضائیه، تحقیقات وزارت اطلاعات در پوشش حراست، چه در تعیین صلاحیت‌ها و چه در نظارت بعد از خدمتی، حضور فعال و مایشائی در قوه‌ی قضائیه داشت. نظر آقای شاهرودی این بود که دستگاه قضایی در تفکیک قوا، یک قوه‌ی مستقل است. اعمال قوه‌ی قضائیه از طریق محاکم دادگستری است و به‌علت اینکه یک قوه‌ی مستقل از قوه‌ی مجریه می‌باشد، این دو قوه ممکن است اشتراک خدمتی با یکدیگر داشته باشند، ولی اشتراکات نظارتی ندارند و نباید هم داشته باشند. بحث دوم استقلال قاضی است. مورد سوم اینکه دیوان عالی کشور به‌عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی، حتی در پاره‌ای از موارد، بسیاری از آرای هیئت عمومی آن در حکم قانون و شاید قوی‌تر از قانون باشد. بنابراین، ما در قوه‌ی قضائیه با یک تشکیلات قضایی مستقل و با قضات مستقلی روبه‌رو هستیم که راه‌های نظارت بر ایشان در قانون پیش‌بینی شده است. نظارت بر قضات از طریق دادرسی انتظامی قضات و دفاتر نظارت و ارزشیابی است. اعتقاد آیت‌الله شاهرودی این بود که منظور نمی‌تواند ناظر را کنترل بکند. مورد بعد اینکه این (قوه‌ی قضائیه) یک قوه‌ی مستقل و آن (قوه‌ی مجریه) یک قوه‌ی مستقل دیگر است. در نتیجه، آقای شاهرودی در جهت حفظ استقلال دستگاه قضایی، پاسداری از کیان اجتماعی، حقوقی و قضایی قاضی و جلوگیری از دخالت اشخاص و افراد فاقد صلاحیت در امر قضاوت، دستور تشکیل حفاظت و اطلاعات را صادر کردند. بدین ترتیب، آنچه که با حراست سابق بوده مستقلاً بر عهده‌ی دستگاه قضایی قرار گرفت؛ یعنی یک دستگاه نظارتی تشکیل شد که از درون قوه‌ی قضائیه بر خودشان نظارت می‌کرد.

• به نظر شما آیا مرکز حفاظت و اطلاعات قوه‌ی قضائیه به اهداف مورد نظر از تشکیل آن رسیده یا به موازی‌کاری اطلاعاتی انجامیده است؟

در هیچ شرایطی اصلاً موازی‌کاری نداشتیم؛ چون دستگاهی نبوده که موازی‌کاری بکند. زمانی که تشکیل شد، همزمان با قتل‌های زنجیره‌ای بود و وزارت اطلاعات آن اقتدار لازم را نداشت. یکی این مسئله بود و دیگر اینکه مسئولین اجازه‌ی این کار را نمی‌دادند. این نهاد در شرایطی ایجاد شد که ما تشکیلات اطلاعاتی در سپاه و دیگر نهادهای انقلابی نداشتیم و اگر هم بعداً سازمان اطلاعات سپاه تشکیل شد، ادعا این بوده که با وزارت اطلاعات موازی‌کاری می‌کند، نه با حفاظت و اطلاعات قوه. مرکز حفاظت و اطلاعات در چارچوب اساسنامه‌ای که در اختیار داشت، به مأموریت خود ادامه داد. اینکه چقدر توفیق داشته، من خودم به‌عنوان مسئول وقت مرکز حفاظت و اطلاعات قوه‌ی قضائیه و به‌عنوان قاضی عالی‌رتبه‌ی سابق، اعتقادم این است که تبدیل به نهادی شده که امروزه 20 سال است که در دستگاه قضایی به شناسایی تخلفات قضات و کارمندان می‌پردازد و در تعیین صلاحیت‌ها، در حفاظت فیزیکی و در گزینش انسان‌های شریف و متدین جهت تصدی منصب قضا و ده‌ها مأموریت دیگر، کمک‌حال قوه‌ی قضائیه می‌باشد. همه‌ی این‌ها یادگاران آن ایام سختی بود که عهده‌دار این تشکیلات

شدیم. اعتقاد داریم به اهدافی که برای آن تعریف شده بود رسیده است؛ چون که ما هم در مقام تأسیس بودیم و هم باید کار می‌کردیم و وظایف را در چارچوب اساسنامه انجام می‌دادیم که کار بسیار سخت و سنگینی بود. علی‌رغم همه‌ی این‌ها، معتقدم که موفق بودیم؛ زیرا مهم‌ترین دوران یک نهاد، همان موافقت و مخالفت با آن در بدو تأسیس می‌باشد. بعداً پرسنل و افراد مخالف مجبورند که تبعیت نکنند و مجالست خود را ادامه بدهند.

با تشکیل مرکز حفاظت و اطلاعات، قوه‌ی قضائیه توانست استقلال نظارتی خود را به دست بیاورد که عوامل خارج از قوه نتوانند در تشکیلاتی که ضامن عدالت است دخالت کنند. قسمت بزرگی از پرسنل قوه قضات بودند و مهم‌ترین عاملی که می‌توانست آنان را به سمت صدور آرای صحیح و درست و عادلانه هدایت کند، این بود که ابتدا امنیتشان حفظ شود؛ بنابراین، اولین کاری که حفاظت کرد این بود که توانست امنیت قضات را در دستگاه قضایی برقرار بکند. حفاظت و اطلاعات به جای اینکه دستگیری بکند، دست دوستان را می‌گرفت؛ چرا که تربیت قاضی خیلی سخت است:

صبر بسیار نباید پدر پیر فلک را

تا دگر مادر گیتی چو تو فرزند بزاید

تربیت قاضی جهاد می‌خواهد. با سایر ادارات فرق دارد. قضات تمرین عدالت و انصاف دارند. بنابراین، ما می‌توانیم بگوییم که حفاظت توانسته در زمان خودش اثرگذار باشد.

آیا در تشکیل مرکز، موافقت مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) اخذ و انتصاب رئیس مرکز توسط ایشان صورت گرفت؟

تشکیل مرکز توسط رئیس قوه‌ی قضائیه و به پیشنهاد ایشان انجام پذیرفت و انتصاب رئیس مرکز هم از جانب رئیس قوه‌ی قضائیه صورت گرفت. اینکه چرا من انتخاب شدم، به اراده‌ی رئیس قوه‌ی قضائیه بود. من قاضی بودم و در اساسنامه هم پیش‌بینی شده که رئیس حفاظت و اطلاعات باید دارای پایهی قضایی باشد. همچنین به دلیل اینکه فارغ‌التحصیل آکادمی نظامیه بودم و در اوایل انقلاب هم کارهای اطلاعاتی می‌کردم، مؤلفه‌های تجربه و علم، همه جمع شد تا من انتخاب بشوم.

• عکس‌العمل سایر نهادهای اطلاعاتی نسبت به تشکیل حفاظت و اطلاعات قوه‌ی قضائیه چه بود؟

دستگاه قضایی مهم‌ترین قوه‌ی سه‌گانه و ضامن عدالت است و به عبارتی، مرکز ثقل احقاق حق و ابطال باطل می‌باشد. نهادهای اطلاعاتی که قبلاً در این قوه حاکم بودند، واکنش‌هایی به تشکیل حفاظت و اطلاعات قوه‌ی قضائیه نشان دادند. خب دستگاه قضایی جاذبه‌ی زیادی دارد و به تنهایی می‌تواند قدرت قضایی ایجاد کند. بنابراین، دستگاه‌هایی که قبلاً معارض بودند و یا حضور داشتند، واکنش نشان دادند؛ ولی با مقاومت‌مان توانستیم به وظیفه و تکلیف خود عمل کنیم.

• کارکنان قوه‌ی قضائیه چه واکنشی داشتند؟

جامعه‌ی قضات و کارمندان و آنچه که وابسته به قوه‌ی قضائیه بود، مثل سازمان ثبت و اداره‌ی زندان‌ها و... نیروهای حفاظت را از خانواده‌ی خود و از خود می‌دانستند. از خودشان برای نظارت بر خودشان انتخاب شدند و این بود که تشکیلات توانست فوراً بین پرسنل دستگاه قضایی جا بیفتد و در مقابل پرسنل، اعم از قضایی و اداری، پاسخگو باشد. قبلاً این‌طور نبود و این نوع پاسخگویی وجود نداشت و کارکنان اصلاً مسئولان مربوطه را نمی‌شناختند؛ ولی الیاس محمودی را می‌شناختند و می‌دانستند که نیروهای او متولد و مولود و منبعث از دستگاه قضایی هستند. در نتیجه، به دلیل همین همسویی فکری و کاری، در استان‌ها و شهرستان‌ها و هر جا که می‌رفتیم، مورد استقبال پرسنل قرار می‌گرفتیم، درازای آنچه که در گذشته به سرشان آمده بود.

3 در اصطلاح اطلاعاتی، «حیطه‌بندی» یعنی هرکس به میزانی که لازم است به اطلاعات دسترسی داشته باشد، نه کمتر و نه بیشتر.

4 در علوم اطلاعاتی مواردی مثل مرتبط یا به‌جا بودن، به‌موقع بودن و... تحت عنوان «اصول اطلاعات» مورد بررسی قرار می‌گیرند. رعایت این اصول ارتباط مستقیمی با افزایش کیفیت اطلاعات دارد.

• در حفاظت و اطلاعات قوه آیا از پرسنل سایر ارگان‌های اطلاعاتی هم استفاده کردید؟

قطعاً؛ اما سعی‌مان این بود که برای قاضی، از قاضی استفاده بشود. عواملی هم که می‌آمدند، به‌منظور رعایت حیطه‌بندی³ و توانمندی تشکیلات و به‌خاطر اینکه جلوی نفوذ اطلاعات به خارج گرفته شود، در مرکزیت تشکیلات حفاظت قرار نمی‌گرفتند. در نتیجه، از نیروی سایر ارگان‌ها در چارچوبه‌ای که حسب دستورالعمل‌ها تعریف شده بود استفاده کردیم و بسیاری از آن‌ها بعد از احراز صلاحیت، به مشاغل بالای حفاظتی هم رسیدند.

• آیا کارکنان حراست سابق در مرکز جدید ابقا شدند؟

صد درصد؛ چون که کارکنان حراست، با درصد بالایی، جمعی قوه‌ی قضائیه و مستخدم این قوه بودند. خواسته یا ناخواسته باید جذب می‌شدند، ضمن اینکه بچه‌های خوب و متدین و پاک و درستکاری بودند و چه بهتر از اینکه در خانه‌ی خود ساکن شدند و همین الآن هم از این‌ها بهره‌برداری می‌شود.

• نحوه‌ی ارتباط مرکز با مردم و دریافت گزارشات به چه صورت بود؟

در مورد دریافت گزارشات، به‌مثابه‌ی هر نهاد اطلاعاتی، مرکز هم میل داشت که اطلاعات به‌جا و به‌موقع⁴ را از طریق شبکه‌ی مخبرین جمع‌آوری بکند. در زمان مسئولیت من، مردم مستقیماً با رئیس تشکیلات ارتباط داشتند؛ یعنی هیچ‌گونه مانعی بین رئیس حفاظت با مردم و پرسنل وجود نداشت. امروز هم توصیه‌ی من به همه‌ی بزرگان این است که ارتباطشان را با مردم قطع نکنند. این مردم هستند که اگر اعتماد را ببینند، خالصانه آنچه را که در دل دارند تقدیم می‌کنند. خود من در سفرهای استانی که با رئیس قوه داشتم سعی می‌کردم بروم و با مردم تماس بگیرم. همچنین تلاش می‌کردیم تا بازدیدهای غیرمحسوس در دستگاه قضایی داشته باشیم. این‌ها همه دست روی دست هم می‌گذارند تا ما اطلاعات را به‌موقع بگیریم.

• آیا در آن ایام ستاد خبری راه‌اندازی شده بود؟

اولین کاری که کردیم این بود که ستاد خبری را به‌عنوان مرکز ثقل داده‌های خبری دایر کردیم و به سمع مردم و نیروها رساندیم.

• آیا با دیگر دستگاه‌های اطلاعاتی و امنیتی همکاری داشتید؟

خود من شخصاً به‌دلیل تجارب اطلاعاتی که داشتم مایل بودم از تجارب نهادهای هم‌عرض در بیرون قوه‌ی قضائیه هم استفاده بکنم. حتی اگر آقایان هم اکراه داشتند، خودم رأساً خدمت ایشان می‌رفتم. بعضاً اطلاعاتی باید به‌صورت غیرمفید¹ پیش آن‌ها بایگانی می‌شد.¹ امروزه دستگاه قضایی فونداسیون محکم اعتماد مردم به همه‌ی دستگاه‌هاست. در نتیجه، ما به دلیل اینکه این فونداسیون را درست تعبیه بکنیم، نیاز به اخبار و اطلاعات داشتیم. بنابراین، همیشه سعی ما این بوده که دنبال خبر باشیم؛ چراکه اگر خبر داشتیم، می‌توانستیم حق را برای مردم احقاق کنیم و حضرت حق را راضی نماییم. این است که ما بیشتر منت آقایان را می‌کشیدیم و آقایان هم قهر می‌کردند و راه نمی‌آمدند؛ ولی ما راهمان را ادامه دادیم و همیشه سر آشتی داشتیم. با اینکه خوراک قضایی آن نهادها را بایستی دستگاه قدرتمند قضایی فراهم می‌کرد، ولی این ما بودیم که بیشتر با حضرات آقایان ارتباط می‌گرفتیم. امروزه هم می‌گویند که در عصر اطلاعات به سر می‌بریم؛ یعنی هرکسی به هر صورتی اطلاعات بیشتری داشته باشد، در عرصه‌های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و حتی علمی و... می‌تواند نشوونمای بالاتری را تجربه نماید:

• در حفاظت و اطلاعات قوه آیا از پرسنل سایر ارگان‌های اطلاعاتی هم استفاده کردید؟

قطعاً؛ اما سعی‌مان این بود که برای قاضی، از قاضی استفاده بشود. عواملی هم که می‌آمدند، به‌منظور رعایت حیطه‌بندی و توانمندی تشکیلات و به‌خاطر اینکه جلوی نفوذ اطلاعات به خارج گرفته شود، در مرکزیت تشکیلات حفاظت قرار نمی‌گرفتند. در نتیجه، از نیروی سایر ارگان‌ها در چارچوبه‌ای که حسب دستورالعمل‌ها تعریف شده بود استفاده کردیم و بسیاری از آن‌ها بعد از احراز صلاحیت، به مشاغل بالای حفاظتی هم رسیدند.

• آیا کارکنان حراست سابق در مرکز جدید ابقا شدند؟

صد درصد؛ چون که کارکنان حراست، با درصد بالایی، جمعی قوه‌ی قضائیه و مستخدم این قوه بودند. خواسته یا ناخواسته باید جذب می‌شدند، ضمن اینکه بچه‌های خوب و متدین و پاک و درستکاری بودند و چه بهتر از اینکه در خانه‌ی خود ساکن شدند و همین‌الآن هم از این‌ها بهره‌برداری می‌شود.

• نحوه‌ی ارتباط مرکز با مردم و دریافت گزارشات به چه صورت بود؟

در مورد دریافت گزارشات، به‌مثابه‌ی هر نهاد اطلاعاتی، مرکز هم میل داشت که اطلاعات به‌جا و به‌موقع را از طریق شبکه‌ی مخبرین جمع‌آوری بکند. در زمان مسئولیت من، مردم مستقیماً با رئیس تشکیلات ارتباط داشتند؛ یعنی هیچ‌گونه مانعی بین رئیس حفاظت با مردم و پرسنل وجود نداشت. امروز هم توصیه‌ی من به همه‌ی بزرگان این است که ارتباطشان را با مردم قطع نکنند. این مردم هستند که اگر اعتماد را ببینند، خالصانه آنچه را که در دل دارند تقدیم می‌کنند. خود من در سفرهای استانی که با رئیس قوه داشتم سعی می‌کردم بروم و با مردم تماس بگیرم. همچنین تلاش می‌کردیم تا بازدیدهای غیرمحمسوس در دستگاه قضایی داشته باشیم. این‌ها همه دست روی دست هم می‌گذارند تا ما اطلاعات را به‌موقع بگیریم.

• آیا در آن ایام ستاد خبری راه‌اندازی شده بود؟

اولین کاری که کردیم این بود که ستاد خبری را به‌عنوان مرکز ثقل داده‌های خبری دایر کردیم و به سمع مردم و نیروها رساندیم.

• آیا با دیگر دستگاه‌های اطلاعاتی و امنیتی همکاری داشتید؟

خود من شخصاً به‌دلیل تجارب اطلاعاتی که داشتم مایل بودم از تجارب نهادهای هم‌عرض در بیرون قوه‌ی قضائیه هم استفاده بکنم. حتی اگر آقایان هم اکراه داشتند، خودم رأساً خدمت ایشان می‌رفتم. بعضاً اطلاعاتی باید به‌صورت غیرمفید^۵ پیش آن‌ها بایگانی می‌شد.^۶ امروزه دستگاه قضایی فونداسیون محکم اعتماد مردم به همه‌ی دستگاه‌هاست. در نتیجه، ما به دلیل اینکه این فونداسیون را درست تعبیه بکنیم، نیاز به اخبار و اطلاعات داشتیم. بنابراین، همیشه سعی ما این بوده که دنبال خبر باشیم؛ چراکه اگر خبر داشتیم، می‌توانستیم حق را برای مردم احقاق کنیم و حضرت حق را راضی نماییم. این است که ما بیشتر منت آقایان را می‌کشیدیم و آقایان هم قهر می‌کردند و راه نمی‌آمدند؛ ولی ما راهمان را ادامه دادیم و همیشه سر آشتی داشتیم. با اینکه خوراک قضایی آن نهادها را بایستی دستگاه قدرتمند قضایی فراهم می‌کرد، ولی این ما بودیم که بیشتر با حضرات آقایان ارتباط می‌گرفتیم. امروزه هم می‌گویند که در عصر اطلاعات به سر می‌بریم؛ یعنی هرکسی به هر صورتی اطلاعات بیشتری داشته باشد، در عرصه‌های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و حتی علمی و... می‌تواند نشوونمای بالاتری را تجربه نماید:

جان نباشد جز خبر در آزمون هر که را افزون خبر جانش فزون

لذا هر کسی بخواهد جایگاه اطلاعات را منکر بشود، ضمن اینکه نمی‌تواند پاسخگو باشد، بلکه پاسخ‌گویی‌اش هم در نتیجه‌ی فقدان اطلاعات، مصائبی را به دنبال خواهد آورد. امروزه اگر مسئولین اطلاعات لازم را در اختیار نداشته باشند، تصمیم‌گیری برایشان بسیار مشکل خواهد بود. بعضی از معضلات و مصیبت‌هایی که ما می‌بینیم، مربوط به این است که مسئولین اطلاعات صحیح و به‌جا و به‌موقع ندارند؛ یعنی تصمیم می‌گیرند و بعد می‌بینند این تصمیم پاسخگو نبوده است. پس امروزه اگر ما از هر نظر بخواهیم حرکت بکنیم، به عقیده‌ی من اطلاعات در خط مقدم است. حتی وقتی می‌خواهیم بچه را تربیت بکنیم، اول باید از بچه و روحیه‌ی آن اطلاعات داشته باشیم. اطلاعات گران‌ترین متاع است. هر که آن را داشت برنده است و هر که نداشت خفته است.

• آیا علاوه بر اشراف اطلاعاتی، اقدام هم در دستور کار شما قرار داشت؟⁷

ابتدائاً در مورد اشراف اطلاعاتی عرض بکنم که ما در مرکز سعی می‌کردیم اشراف خود را ظاهر نکنیم.⁸ اشراف ما اشراف اطلاعاتی بود. از اطلاعات به‌جا و به‌موقع در مقام مبارزه با احقاق حق و ابطال باطل استفاده می‌کردیم و در خط مقدم قرار می‌گرفتیم. اگر اطلاعات نبود، کمترین خطا در دستگاه قضایی بزرگترین خطا به شمار می‌رفت؛ چون که اثراتش دامن تشکیلات را در سطوح مختلف می‌گرفت. ما مهم‌ترین وظیفه‌ی خودمان را تأمین امنیت دستگاه قضایی می‌دیدیم؛ یعنی نهایت سعیمان این بوده که عنصر امنیت را برای پرسنل قضایی و اداری ملموس بکنیم که آن‌ها بدانند ما محافظشان هستیم. مطلقاً انگیزه‌مان این بود که اگر می‌توانستیم، با استفاده از اطلاعات مشکلات را اصلاح می‌کردیم. اگر می‌توانستیم، با اطلاعات ابتدا نیروها را حفظ می‌کردیم. اگر می‌توانستیم، سعی می‌کردیم از حوادث ناگوار پیش‌گیری بکنیم. دستگاه قضایی معتمدترین دستگاه است و به‌خاطر ارتباط تنگاتنگی که با مردم دارد، مردم رسوایی در آن را زود لمس می‌کنند.

تلاش می‌کردیم همیشه اطلاعات را به‌جا و به‌موقع استفاده بکنیم و آن را هدر ندهیم و اطلاعات را تبدیل به خودکامگی نکنیم. در زمان ما که این‌طور بود. الان نمی‌دانم. تلاش می‌کردیم بسازیم، هدایت بکنیم و تذکر بدهیم. اصل 8 قانون اساسی مبنی بر امر به معروف و نهی از منکر، خودش می‌تواند بویی از اطلاعات بدهد. می‌فرماید: «امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده‌ی مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند.» در قانون اساسی این امر به معروفی که امروزه

5 منظور از اطلاعات غیرمفید اطلاعات قدیمی و مدت‌دار است که در اصطلاح به آن «اطلاعات کهنه» یا «اطلاعات مرده» می‌گویند. این گونه اطلاعات صرفاً جهت بایگانی و مطالعه‌ی سوابق اشخاص، گروه‌ها، جریانات و امثال آن مفید خواهد بود.

6 وجود اطلاعات تکراری در نقاط مختلف یک سازمان واحد اطلاعاتی به‌عنوان یکی از مشکلات یک سیستم نامنظم گردش اطلاعات شناخته می‌شود که ذیل مبحث «معماری اطلاعات» در علوم اطلاعاتی مورد مطالعه قرار می‌گیرد؛ اما در کشوری مانند ایران که در آن با تعدد نهادهای اطلاعاتی روبه‌رو هستیم، تبادل اطلاعات فی‌مابین این نهادها و تکرار آن در ارشيو نهادهای مذکور یک ضرورت محسوب می‌شود. به‌عنوان یکی از فواید آن قابل ذکر است که این کار جلوی از بین رفتن احتمالی اطلاعات را خواهد گرفت؛ چراکه در صورت امحای آن در یکی از دستگاه‌های اطلاعاتی در اثر نفوذ یا هر عامل دیگری، نسخه‌ای از آن در ارشيو سایر دستگاه‌ها باقی خواهد ماند.

7 به یک اعتبار اطلاعات در ایران به دو قسمت اشراف اطلاعاتی و اقدام اطلاعاتی تقسیم می‌شود؛ مثلاً با تصویب قانون «تأسیس وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی» در تاریخ 1362/5/27، قرار بود اشراف اطلاعاتی بر عهده‌ی وزارت اطلاعات قرار گیرد و اقدام یا به تعبیری امور اجرایی بر عهده‌ی ضابطین قوه‌ی قضائیه و از جمله واحد اطلاعات سپاه پاسداران باشد.

8 اشاره به این دارد که اساس کار اطلاعاتی مخفی‌کاری است.

در اذهان شکل گرفته اصلاً متبادر نیست. شما دانشجوی حقوق هستید. بروید شرح تأسیس این ماده را در مجلس خبرگان بخوانید و مشروح مذاکرات را ببینید. اگر این اصل 8 قانون اساسی را که الآن بیش از 40 سال است که هنوز قانونش نوشته نشده، در دست هریک از کشورهای دنیا قرار داشت، بهره‌ی مطلق از آن می‌بردند؛ ولی متأسفانه ما امر به معروف و نهی از منکر و آنچه که ندا و نجوای قانون اساسی است و آنچه که در مشروح مذاکرات قانون اساسی جلوه‌گر است را یک شکل دیگر می‌بینیم. خود این امر به معروف و نهی از منکر را اگر بخواهیم در جامعه عملی بکنیم، باید اطلاعات به‌جا و به‌موقع داشته باشیم؛ به عبارت دیگر، مردم را باید در نظارت شریک بکنیم. مردم اگر در نظارت شریک باشند، خودشان مخبر می‌شوند و کارها را انجام می‌دهند؛ اما وقتی که مردم از نظارت محروم باشند، نفرت حاصل می‌شود. چطور نفرت حاصل می‌شود؟ این‌طور که مردم نتوانند بگویند آقای فلانی، الآن چرا اینجا نشسته‌ای و تا ساعت 3 ظهر کار نمی‌کنی؟ این‌طور نفرت حاصل می‌شود که بر درودیوار ادارات بنویسند هرکس به مأمور دولت در حین انجام وظیفه بگوید بالای چشمت ابروست، بیچاره‌اش می‌کنیم. چون تو جوانی، من دارم این‌ها را به تو می‌گویم که اگر آینده وارد دستگاه شدی، واقعیت امر را بدانی. ما الآن هرجایی که می‌رویم، سروری مال کارمند دولت است. اطلاعات اساساً وظیفه‌اش را در جمع‌آوری فراموش کرده که چه نوع اطلاعاتی را جمع‌آوری بکند تا بتواند اصل 8 قانون اساسی را اجرا بکند. هنوز که هنوز است قانون این اصل نوشته نشده است. هیچ‌کس هم سؤال نمی‌کند.

• شما تأثیرگذاری عنصر امر به معروف و نهی از منکر را در اطلاعات چگونه ارزیابی می‌کنید؟

امروزه امر به معروف اصلاً فراموش شده است. آقایان امر به معروف را موارد دیگری می‌دانند. من معتقدم که عنصر امر به معروف و نهی از منکر می‌تواند در کنار دستگاه‌های اطلاعاتی در جهت کمک به آنچه که اهداف جمهوری اسلامی است، بهترین نهاد باشد.

• از بحث اشراف اطلاعاتی که بگذریم، اقدام هم در دستور کار بود؟

بله. تشکیل پرونده و تفهیم اطلاعات و تقدیم آن به مراجع نظارتی در درون قوه‌ی قضائیه در دستور کار قرار داشت.

• آیا مرکز ضابط قضایی است؟

در جایی به‌عنوان ضابط پیش‌بینی نشده بود؛ ولی اگر مقام قضایی به حفاظت و اطلاعات دستوری می‌داد، با توجه به اهمیت قضیه همراه با دادسرای انتظامی در جهت کشف واقعه‌ای که لطمه به تشکیلات می‌زد، کمک می‌کرد.

• با دستور قاضی؟

بله.

• بدون دستور هم اقدام می‌کردید؟

اصلاً.

• وقتی به یک تخلفی می‌رسیدید چه کار می‌کردید؟

در نتیجه‌ی نظارت‌ها، متخلفین شناسایی می‌شدند. متخلف دو نوع بود: یا قاضی یا غیرقاضی. قاضی که باید در نظارت دادستان انتظامی قضات باشد. هیچ‌کس نمی‌تواند به‌دلیل استقلال قاضی، موجبات هتک حرمتش را فراهم آورد. در رابطه با تخلفات قضات، مرکز اطلاعات را به دستگاه‌های نظارتی و دادستان انتظامی قضات تقدیم می‌کرد؛ ولی نسبت به تخلفات کارمندان، اطلاعاتش را به سایر مراجع قضایی اعلام می‌کرد.

- این در اساسنامه پیش‌بینی شده بود؟

بله.

- پس ضابط قضایی نبود؛ ولی به‌موجب اساسنامه، تخلفات دارندگان پایه‌ی قضایی را به دادسرای انتظامی قضات ارجاع می‌داد و تخلفات سایر کارمندان را قضایی می‌کرد و پرونده‌ی ایشان را می‌فرستاد به مراجع قضایی. درست است؟

بله.

- و اینکه مثلاً بازداشتگاه و تفتیش منزل و این‌ها چه؟ این‌ها هم وجود داشت؟

نه. سعی ما این نبود که به این سمت برویم. تشکیلات مشتاق نبود به اینکه سمت تفتیش و بازرسی منزل و... حرکت کند. اساس تشکیل حفاظت و اطلاعات این بوده که حفظ نیروها را داشته باشیم و صیانت کنیم از کیان آنچه که به آن در اساسنامه تصریح شده بود و یا آنچه که به‌عنوان توسعه‌ی قضایی از آن یاد می‌شد. یکی از مصادیق توسعه‌ی قضایی در نگاه حضرت آیت‌الله شاهرودی این بود که بتوانیم نیروها را با تربیت بالا حفظ بکنیم، نگهبانی بدهیم و نگهداری کنیم.

- احیاناً اگر نیاز به دستگیری می‌شد، این امر چطور اتفاق می‌افتاد؟ خود مرکز انجام می‌داد یا به یکی از ضابطان ارجاع می‌داد؟

خود مرکز انجام می‌داد. ما در درون دستگاه قضایی که ضابطی نداشتیم. قبلاً یک پلیس قضایی در مقام ضابط در اجرای اوامر حضرات آقایان قضات عمل می‌کرد که منحل شد. به نظر من این حق نیست و سزاوار نیست که مثلاً یک مدیر دفتر کهن‌سال آشنا با حقوق و... را شما از طریق یک پاسبان یا یک ژاندارم جلب کنید. ضابطین ما هم ضابطین آب‌دیده و آگاهی که نیستند. خب به عقیده‌ی من هیچ عیبی نداشت و خودم هم مشتاق بودم که ما به دستگاه قضایی کمک بکنیم.

- پس بازداشتگاه هم داشته؟

بازداشتگاه که نه. خود سازمان زندان‌ها جزو نهادهای زیرمجموعه‌ی قوه‌ی قضائیه است. بنابراین، برای یک تشکیلاتی مثل حفاظت و اطلاعات، داشتن چنین امکاناتی زیاد سخت نبود؛ ولی اگر هم میل به این قضیه داشت، در جهت تحقق فلسفه‌ی تشکیل حفاظت یعنی همانا حفظ حیثیت دستگاه قضایی و حفاظت از قضات و همه‌ی کسانی بود که به‌نوعی در دستگاه قضایی کار می‌کردند. امروز هم اعتقاد من این است که اگر دستگاه قضایی بتواند یک بازداشتگاه مستقل داشته باشد، بهتر است. خدای ناکرده اگر قرار است قاضی روانه‌ی زندان شود، بهتر است در جایی قرار بگیرد که حداقل آبرو و جان و مال او از تعرض افرادی که قبلاً در برخورد با این قاضی بودند یا در معرض احکام او قرار داشتند و... مصون بماند.

- در ابتدای مصاحبه در توجیه جایگزینی مرکز حفاظت و اطلاعات با حراست قوه‌ی قضائیه به‌عنوان یکی از اقسام وزارت اطلاعات، بحث تناقض نظارت منظور بر ناظر را مطرح کردید. سال 1394 گویا حضرت آقای استیضاه‌ای که از ایشان صورت پذیرفت، با ضابطیت حفاظت قوه موافقت فرمودند. اگر این امر را در راستای ولایت مطلقه‌ی فقیه توجیه بکنیم، مرکز امروزه به‌عنوان ضابط قضایی پذیرفته شده است. همچنین می‌دانیم که به‌موجب ماده‌ی 32 قانون آیین دادرسی کیفری ریاست و نظارت بر ضابطان با دادستان است. در این صورت، از یک سو دادستان از حیث ریاست بر ضابطان بر حفاظت و اطلاعات قوه نظارت دارد و از سوی دیگر، حفاظت قوه از حیث تخلفات احتمالی دادستان بر او نظارت خواهد کرد.⁹ اینجا دوباره با همان تناقض روبه‌رو می‌شویم که دادستان و حفاظت هم ناظر و هم منظور یکدیگرند. این تناقض را چطور می‌توان برطرف ساخت؟

حفاظت در هیچ شرایطی حق کمترین اقدام با استفاده از اطلاعات علیه دادستان را به‌عنوان رئیس ضابطان نداشته است. عرض کردم اطلاعات مربوط به قضات در یک جا قابل تعدیل بوده که عبارت است از دادسرای انتظامی قضات؛ لذا هیچ‌وقت

در دستگاه قضایی یک چنین تعارضی حاصل و حادث نیست. اصلاً خود حفاظت هم هیچ‌گاه، حداقل در زمان من، سعی‌اش این نبوده که به دلیل قدرت اطلاعاتی خود، خدای‌ناکرده بخواهد به حریم دادستان کمترین خدش‌های وارد بکند. ما معتقد بودیم دادستان مظهر قدرت قضایی و شمشیر عدالت است و ما هم تکلیفمان این است که این شمشیر عدالت را پاس بداریم تا امنیت در جامعه برقرار شود.

• آیا به‌منظور نظارت بر کارکنان خودِ حفاظت‌واطلاعات هم تدبیری اندیشیده شده بود؟
صد درصد. امنیت داخلی داشتیم.

• تخلفات خود این‌ها هم به دادسرای انتظامی قضات می‌رفت؟
اگر قاضی بودند به دادسرای انتظامی و غیرقاضی به سایر مراجع قضایی.

• دلیل نامگذاری حفاظت‌واطلاعات چیست؟ می‌گویند حفاظت و اطلاعات؛ درحالی‌که باید حفاظت‌اطلاعات می‌بوده. این واو که در وسط آمده به چه معناست؟ مثلاً در سپاه و ارتش سازمان حفاظت‌اطلاعات داریم. این واو آیا به‌منظور این است که اطلاعات بیرونی هم می‌خواهد کسب کند؟ من احساس می‌کنم این واو زائد است. کلمه را آقایان در صدور ابلاغ و... حفاظت‌واطلاعات می‌نوشتند. در اصل حفاظت‌اطلاعات است.

• پس رفته‌رفته غلطِ مصطلح شده؟
بله.

• آیا مرکز تابع دفتر عمومی حفاظت‌اطلاعات فرماندهی کل قوا است؟
خیر.

• آیا در شورای هماهنگی اطلاعات عضویت دارد؟

در شورای هماهنگی اطلاعات هم تحت هیچ شرایطی شرکت نمی‌کرد و عرف هم نبوده که شرکت بکند. دلیلی هم برای شرکتش نبوده است؛ چون که اطلاعاتش درونی بود.

• آیا در دوران مسئولیت شما به‌منظور برطرف ساختن چالش‌ها و کاستی‌های حقوقی پیش روی حفاظت‌واطلاعات قوه، چنان‌که در تاریخچه‌ی جامعه‌ی اطلاعاتی کشور هم مسبوق به سابقه بوده، شاهد استجازه‌های موردی از مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) بوده‌ایم؟

خیر. رؤسای قوه‌ی قضائیه مجتهد هستند؛ بالأخص آقای شاهرودی شخصیت والایی بودند. هر اجازه‌ای که مورد نیاز بوده ایشان صادر می‌کردند؛ اما اینکه آیا خود ایشان از حضرت آقا تأسی می‌کردند یا نه، اطلاعی ندارم.

• شما مستقیماً از رئیس قوه‌ی قضائیه دستور می‌گرفتید؟
فقط از شخص رئیس قوه.

• فقدان مصوبه‌ی قانونی درخصوص تشکیل حفاظت‌واطلاعات قوه را چطور ارزیابی می‌کنید و چطور می‌شود این خلأ را پر کرد؟

تنها از طریق تدوین طرح و لایحه و تصویب آن در مجلس است که می‌توان این خلأ را برطرف کرد. مرکز حفاظت و اطلاعات فعلاً در چارچوب اختیارات رئیس قوه قضائیه در یکی از اصول قانون اساسی که تصویب تشکیلات مورد نیاز است فعالیت می‌نماید.

• اصل 158؟

بله. حضرت آیت‌الله شاهرودی در آن ایام، این تأسیس را از حقوق و اختیارات خود تلقی می‌کردند.

• نظرتان راجع به طرح تأسیس سازمان حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه چیست؟ یک طرحی جدیداً در مجلس اعلام وصول شد که حفاظت و اطلاعات قوه تبدیل به سازمان شود.

قوه قضائیه تشکیلات پروسعتی دارد: از سازمان ثبت گرفته تا پزشکی قانونی و سازمان زندان‌ها و دادگستری‌های کل استان‌ها. این تشکیلات عریض و طویل وظایف پرشماری را عهده‌دار است. علاوه بر این، در نهادهای برون‌قوه‌ای هم نمایندگان قوه قضائیه حضور دارند⁹ و حضورشان هم بسیار پررنگ است؛ بنابراین، تشکیل یک سازمان اطلاعاتی در جهت هدایت اینهمه نیروی پراکنده در کل کشور، از دادگاه بخش گرفته تا دیوان عالی کشور، امر میمون و مبارکی است.

• آقای دکتر، بنده اینجا پایان مصاحبه را اعلام می‌کنم. از وقتی که در اختیار بنده گذاشتید بسیار سپاسگزارم! خواهش می‌کنم. موفق باشید!

9 می‌توان به بازداشت دادستان یکی از شهرهای مازندران در تیرماه 1402 توسط مرکز حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه اشاره کرد.

10 می‌توان به مرحوم روح‌الله حسینیان اشاره کرد که قائم‌مقام دادستان انقلاب اسلامی تهران در وزارت اطلاعات بودند.



دانشگاه علوم قضایی تهران
انجمن علمی دانشجویی