





کانون وکلای دادگستری

مجله علمی تخصصی

کانون وکلای دادگستری منطقه فارس

دوره جدید - شماره ۹ - بهار ۱۳۹۴



مجله علمی تخصصی کانون وکلای دادگستری منطقه فارس

زیر نظر کمیسیون انتشارات

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری

مدیر مسئول: مهرزاد مسیحی

سر دبیر: دکتر محمدباقر عامری نیا

هیأت تحریریه:

دکتر کورش استوارسنگری	استادیار دانشگاه آزاد اسلامی شیراز
محمدرحیم بهبهانی	استادیار دانشگاه آزاد اسلامی کازرون
دکتر پرویز عامری	استادیار دانشگاه شیراز
دکتر مسعودرضا رنجبر	استادیار دانشگاه آزاد اسلامی شیراز
دکتر پرویز عامری	استادیار دانشگاه شیراز
مجتبی شریعتی	عضو کانون وکلای دادگستری منطقه فارس
دکتر سید محسن ظریف کارفرد	استادیار دانشگاه آزاد اسلامی شیراز
حسین مرادی	عضو کانون وکلای دادگستری منطقه فارس
مهرزاد مسیحی	عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور
آیدا نصیری	عضو کانون وکلای دادگستری منطقه فارس

ویراستاران: ریحانه آشفته، حلیمه مرجانه، سارا گودرزی، اشراقی

مدیر اجرایی: سارا گودرزی

صفحه آرا: غلامرضا قناعت

طرح جلد: میلاد حقیقی نژاد/ غلامرضا قناعت

مسئول هماهنگی: زهرا حکمتی

شمارگان: ۱۲۰۰

نقل مطالب با ذکر منبع آزاد است.

مطالب مندرج بیانگر نظرات نویسندگان است و موضع رسمی کانون نیست.

به نام خداوند دانش گستر

فصل نامه حقوقی

شیوه نامه نشریه:

- حجم مقاله نباید کمتر از ۵ صفحه و بیشتر از ۲۰ صفحه باشد.
- مقالات باید شامل بخش های ذیل باشد:
 ۱. چکیده شامل مختصر نوشتار حداکثر ۱۵۰ تا ۲۵۰ کلمه باشد.
 ۲. واژگان کلیدی بین ۳ تا ۷ کلمه که پرکاربردترین واژگان متن است.
 ۳. مقدمه شامل اهداف، روش ها و فرضیه های اصلی مقاله باشد.
 ۴. متن اصلی که بیان گر تحلیل ها، تفسیرها و نظرات و دیدگاه های نویسنده است.
 ۵. تقسیم بندی مطالب با شماره باشد.
 ۶. نتیجه گیری و ارائه راهکار لازم که ماحصل مقاله را به صورت مختصر و مفید بیان نماید.
 ۷. منابع و مآخذ به شرح ذیل:
 ۱. کتاب ها: نام نویسنده (نام خانوادگی - نام) عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل نشر، سال انتشار.
 ۲. مقاله ها: نام نویسنده (نام خانوادگی - نام)، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله، آدرس الکترونیکی مجله در خصوص مجلات الکترونیکی.
 ۳. منابع اینترنتی: نام نویسنده (نام خانوادگی - نام)، عنوان کامل مطلب (داخل گیومه)، آدرس مستقیم مطلب در اینترنت، تاریخ درج مطلب در منبع اینترنتی (با تاریخ استفاده از آن مطلب).
- یادداشت ها، نظرات و نقدها: مطالبی کوتاه، حداکثر در ۱۰ صفحه که بیان گر دیدگاه های نویسنده در موضوع مورد بحث است و رعایت شرایط شکلی مقاله در آن ضروری نیست.
- کمیسیون انتشارات در پذیرش، اصلاح و رد مقالات و مطالب ارسالی آزاد و مقالات ارسالی نیز مسترد نمی شود، مسئولیت مطالب با نویسندگان آن ها است.
- کلیه مطالب ارسالی باید شامل نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان شغلی یا علمی، آدرس، تلفن و پست الکترونیکی باشد.
- نوشته فرستاده شده در جای دیگری از جمله نشریه، سایت و کتاب منتشر نشده باشد و هم زمان نیز برای آن ها فرستاده نشود.
- امکان تحویل مقاله از طریق پست الکترونیکی masihi55@hotmail.com وجود دارد.

با تشکر

مهرزاد مسیحی

رییس کمیسیون انتشارات کانون وکلای دادگستری منطقه فارس

فهرست مطالب

سخن مدیرمسئول / مهرزاد مسیحی.....	۷
پیامدهای رشوه / ارسلان اشرافی.....	۹
هنر حقوقی دیباچه قانون اساسی / محمد امامی، حمید شاکری، علی اصغر فدایی.....	۳۲
ماهیت انتقال حقوق استیجاری موضوع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ / هومان پارسا، بابک خسروی-نیا.....	۸۴
بررسی اجمالی حقوق اتباع خارجی (اشخاص حقیقی) در نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ایران / هومان پارسا، مهدی زارع.....	۹۱
بررسی کاربردی برخی از مسائل تعدد جرائم تعزیری در قانون مجازات اسلامی / سجاد سلیمانی، محمدابراهیم قدسی.....	۱۰۱
اثبات نسب زوجین بیگانه در قواعد حل تعارض کشورهای اروپایی (مطالعه تطبیقی فرانسه با انگلستان) / سیدمطفی کازرونی.....	۱۱۲
جایگاه مددکاری اجتماعی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ / سید ابراهیم قدسی، ذبیح‌اله رحیمی.....	۱۳۳
مبانی رسیدگی در دادگاه‌های تجدیدنظر / سعید صادقی.....	۱۵۲
ارزبایی حقوقی تخطیات مرتکبه از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک / سیدمصطفی کازرونی.....	۱۷۲
بررسی مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی فضای مجازی در حقوق ایران / خیراله رضانی، مهرنوش ضیایی.....	۲۱۳
آرای انتظامی / کانون وکلای دادگستری منطقه فارس.....	۲۳۲

حقیقت مکار و جود عدم
نخستین سرآغاز آغازهاست

به نام خداوند لوح و قلم
خداینی که داننده رازهاست

در اولین روزهای مردادماه آرزوی اوقات خوشی برای شما همکاران گرامی داریم در ابتدا خواهشمندیم عذرخواهی ما را به دلیل طولانی شدن روند انتشار شماره ۹ این مجله بپذیرید. دلیل این تأخیر چندماهه فراهم نمودن بسترهای لازم جهت دریافت کامل مقالات و پذیرش و داوری، ویراستاری و بقیه اقدامات لازم برای چاپ آن بوده است که زمان مورد نیاز جهت انجام آن بیش از تصورات عادی ما خواهد بود.

اما هم‌اکنون خرسندیم که به اطلاع برسانیم که شماره ۹ این مجله در شهریورماه در دسترس همکاران گرامی قرار خواهد گرفت و گروه پرتلاش مجله در حال کار بر روی شماره بعدی می‌باشند. در این شماره، فرصت را غنیمت شمرده و این بار تصمیم گرفتیم چگونگی روند پذیرش مقالات از ابتدا تا زمان چاپ را توضیح دهیم.

ابتدا مقالات همکاران و متقاضیان چاپ مقاله از طریق ایمیل که در سر صفحه مجله اعلام شده است دریافت می‌گردد و پس از مطالعه مطالب ارائه شده از جهات مختلف بررسی و سپس برای داوری به ایمیل داوران گرامی به تفکیک ارسال می‌گردد و در برخی موارد توسط هیأت اجرایی مجله تفکیک و بنا به تخصص داوران گرامی برای داوری به ایمیل آن‌ها ارسال می‌گردد، سپس با انجام امور داوری و در صورت پذیرش مقاله و درخور چاپ بودن آن جهت انجام امور ویراستاری اولیه به هیأت ویراستاری ارسال و مورد بازبینی همکاران گرامی در هیأت ویراستاری قرار می‌گیرد و مجدداً به این جانب به‌عنوان مدیرمسئول مجله عودت داده می‌شود و مطالب برای صفحه‌آرایی به صفحه‌آرا ارسال می‌شود در ضمن صفحه‌آرایی طراحی جلد بعضاً متناسب با فصل انتشار نیز انجام می‌گیرد. پس از صفحه‌آرایی مجدد ویراستاری نهایی می‌شود که با دقت فراوانی همراه است که گروه ویراستاری این مهم را ظرف دو الی سه هفته انجام می‌دهند و درنهایت عملیات چاپ مجله را به شکلی که در اختیار همکاران قرار می‌گیرد شروع می‌شود. لذا پرواضح است که برای چاپ هر شماره زمان زیادی لازم است.

اما متأسفانه علی‌رغم اینکه همکاران گرامی همه اهل فن و قلم هستند لیکن از بابت مقاله دستمان پر نیست و همیشه معذوریتهایی داریم که باعث می‌شود در چاپ هر شماره تأخیرهایی را شاهد باشیم به‌ویژه که بعضی از اعضای محترم کانون وکلای فارس گاهی ترجیح می‌دهند مقالات خود را به مجلات دیگر تحویل بدهند تا به مجله خودشان که این خود نیز جای گلایه بسیار دارد؛ اما کماکان خوشبختانه مورد لطف و حسن‌ظن استادان و سروران و نویسندگان بسیار مهم و ارجمند حقوقدان و دانشگاهی هستیم و اگر لطف و مهر آنان به مجله نبود هرگز بدین جایگاه نمی‌رسیدیم.

اما نشر مجله منوط به مسائل دیگری است که در جای خود بسیار مهم است و کمبود آن‌ها می‌تواند مانع تداوم نشر مجله شود. خواست ما ادامه نشر مجله است. همچنان که در این دو سال بسیاری محرومیت‌ها و مصائب متحمل شدیم تا نشر مجله ادامه یابد. گفتن و نوشتن آسان است اما چه ماجراها که پشت سر گذاشتیم و هنوز گرفتار هستیم؛ اما با همه وجود این کار علمی را پیگیری نمودیم تا همچنان کانون فارس در این زمینه هم حرف‌هایی مثل همیشه برای گفتن داشته باشد و پیش‌تاز تلقی گردد. در انتها از حمایت همه‌جانبه هیأت‌مدیره محترم وقت که در این زمینه از هیچ‌گونه تلاشی فروگذار نبودند و از همه همکاران گرامی در چاپ این مجله تشکر و قدردانی می‌گردد.

مهرزاد مسیحی

مدیرمسئول

پیامدهای رشوه

ارسلان اشرافی^۱

چکیده

رشوه به عنوان مصداق بارز جرائم اقتصادی تأثیر انکارناپذیری بر اقتصاد ممالک دارد. تا جایی که به صورت مستقیم، یا غیرمستقیم از طریق زمینه سازی برای ارتکاب سایر جرائم نظیر جرائم گمرکی، قاچاق کالا و ارز، جعل و پول شویی، بخش های داخلی و خارجی اقتصاد یک مملکت را دچار خدشه می سازد.

بین نرخ جرائم اقتصادی به ویژه رشوه خواری و درجه اعتماد سرمایه گذار رابطه معکوس وجود دارد. هر چه نرخ این جرائم در کشوری پایین تر باشد درجه اعتماد سرمایه گذار بالاتر است و عکس آن نیز صادق است.

اشاره دارای درآمد بالا و ثروتمندان برای محافظت از دارایی خود و حتی افزودن آن از رشوه به عنوان یک ابراز استفاده می کنند و در اقدامات اقتصادی بعدی خود درصدد جبران این هزینه ها برمی آیند، در صورتی که جبران این هزینه ها بیش از همه بر فقرا و دهک های پایین درآمدی جامعه تحمیل می شود.

فساد و رشوه خواری به صورت مستقیم یا غیرمستقیم بر افزایش هزینه معاملات تجاری مؤثر است و افزایش هزینه معاملات تجاری نیز، کاهش سرمایه گذاری را در پی دارد و با کاهش سرمایه گذاری رشد اقتصادی کند می شود و در نهایت تحقق اهداف توسعه اقتصادی مشکل می گردد. مزید بر این در بخش خارجی اقتصاد نیز یکی از برنامه های مجرمین برای انتقال درآمدهای غیرقانونی به کشورهای دیگر استفاده از کانال صادرات و واردات است و چون این موضوع تابع شرایط و قانون خاص است لذا از پرداخت رشوه به عنوان یک اهرم در این مسیر برای باز کردن گره های قانونی استفاده می شود که این موضوع نیز هزینه سرمایه گذاری را بالا برده و بر کیفیت اجرای پروژه ها مؤثر است؛ بنابراین «ایجاد حس بدبینی بین فعالان اقتصادی و کاهش سرمایه گذاری»، «عدم تخصیص بهینه هزینه های عمومی»، «ایجاد شکاف بیشتر بین فقرا و اغنیا» و «افزایش هزینه معاملات تجاری» از مهم ترین آثار رشوه بر اقتصاد ایران هستند که در این مقاله مورد بررسی قرار می گیرند.

واژگان کلیدی: رشوه، اقتصاد جرم، معاملات تجاری، هزینه های عملیاتی، صادرات و واردات، مفاسد اقتصادی.

۱. مستشار دادگاه تجدیدنظر و سرپرست مرکز آموزش علمی- کاربردی دادگستری فارس

مقدمه

بررسی شرایط اقتصادی تأثیرگذار بر بزهکاری و درمقابل تأثیر بزهکاری بر اقتصاد ممالک از موضوعات مدنظر جرم شناسان و اقتصاددانان هست. اگر بررسی علمی رابطه بین جرم و محیط اقتصادی، همچنان بخش وسیع و مهمی از جرم‌شناسی را تشکیل می‌دهد، مطالعه «بزهکاری در جو و فضای بحران اقتصادی» به تدریج اهمیت ویژه‌ای برای بزه شناسان و اقتصاددانان پیدا کرده است.^۱ به گونه‌ای که بحث جدیدی با عنوان «اقتصاد جرم»^۲ را در بین اقتصاددانان گشوده است.

اقتصاد جرم و جنایت یکی از موضوعات بین‌رشته‌ای است که پس از دهه ۱۹۷۰ میلادی با تلاش گری بکر^۳، وارد علم اقتصاد شد و در تلاش است تا جنبه‌های اقتصادی جرم و جنایت را تحلیل کند.^۴

اولین اقتصاددانی که به تحلیل اقتصادی موضوع جرم و جنایت پرداخت فلیشر^۵ بود. بعد از وی اقتصاددانانی همچون ارلیچ^۶، جوکوئیست^۷، بلاک^۸ و هینکه^۹ به بررسی علل اقتصادی جرم و تأثیرات جرم بر اقتصاد پرداختند.

در بین حقوق‌دانان نیز، نظریه تحلیل اقتصادی جرم دراصل از نوشته‌های مربوط به جرم در آثار بکاریا (۱۷۶۷) و بنتام (۱۷۸۹) نشأت گرفته است.

پس از بنتام روش تحلیل اقتصادی حقوق تا دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ در حالت رکود

۱. دکتر علی حسین نجفی ابرنآبادی، مقاله «بزهکاری و شرایط اقتصادی» مندرج در مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۹، سال ۱۳۷۰، چاپ شفق، ص ۲۱۹

۲. Economics of crime

۳. Gary Becker

۴. سید مرتضی حسین نژاد، «بررسی علل اقتصادی جرم»، مجله برنامه‌بودجه، شماره ۹۵، ص ۳۵

۵. Fleisher

۶. Ehrlich

۷. Sjoquist

۸. Block

۹. Heinke

و کمون قرار گرفت، پس از آن حقوق دانان و اقتصاددانان دیگری به موضوع پرداختند تا اینکه پوسنر در سال ۱۹۷۲ یک رساله جامع و تعدادی مقاله نوشت و مجله مطالعات حقوقی را منتشر کرد که در آن مطالعات و مقالات مربوط به تحلیل اقتصادی حقوق به طور منظم به چاپ می‌رسید و از آن زمان تاکنون تحلیل اقتصادی حقوق رشد به نسبت سریعی داشته است.^۱

در این مقاله نیز به پیامدهای رشوه بر اقتصاد ایران از نظرگاه اقتصاد جرم می‌پردازیم و ضمن بررسی نظریات پاره‌ای از اقتصاددانان و حقوق دانان در خصوص اینکه آیا رشوه موجب رکود اقتصادی یک مملکت می‌شود یا رشد و توسعه اقتصادی را در پی دارد، طی قسمت اول و دوم تأثیرات رشوه بر بخش داخلی و خارجی اقتصاد و در قسمت سوم این موضوع که رشوه خود زمینه‌ساز ارتکاب سایر جرائم است مورد بررسی قرار می‌گیرد و در پایان نیز نتیجه‌گیری از مقاله به عمل خواهد آمد.

۱. تأثیر رشوه بر بخش داخلی اقتصاد

۱.۱. ایجاد حس بدبینی بین فعالان اقتصادی و کاهش سرمایه‌گذاری

نقش «سرمایه» در اقتصاد، در کنار سایر عوامل از جمله «نیروی انسانی» درخور توجه است. اگر نیروی انسانی را به مثابه محور توسعه اقتصادی فرض کنیم، سرمایه یکی از ستون‌های آن است. پررنگ بودن نقش سرمایه به عنوان یکی از عوامل تعیین کننده در تحولات اقتصادی تا جایی است که همواره در تصویب برنامه‌های توسعه و نیز بودجه‌ریزی سالیانه، نرخ سرمایه‌گذاری مدنظر قرار می‌گیرد و بدون آن تحرک اقتصادی جوامع امکان‌ناپذیر است. مهم آن است که سرمایه‌گذاری نیاز به بستری آرام و انگیزه‌ای قوی دارد، با وجود این دو عامل است که یک فعال اقتصادی، با ورود به عرصه سرمایه‌گذاری و به کارگیری سرمایه خود، علاوه بر سودآوری، در چرخه اقتصادی مملکت نیز نقشی مثبت و مؤثر ایفا خواهد نمود. عدم وجود امنیت، کاهش سرمایه‌گذاری را در پی دارد. بعضی از اقتصاددانان معتقدند که هرگاه مفاسد اقتصادی و در رأس آنان رشوه در کشوری شیوع پیدا نماید و شیوه‌های

۱. استیون شاول، «مبانی تحلیل اقتصادی حقوق»، ترجمه محسن اسماعیلی، معاونت پژوهشی مرکز

پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۱۳

مبارزه با مفاسد اقتصادی به خوبی اجرا نشود، علاوه بر اینکه در جذب سرمایه ناموفق خواهیم بود همین امر منجر به فرار سرمایه‌ها نیز خواهد شد. سرمایه‌گذار به مثال آهویی تیزپا است، به محض اینکه احساس خطر کند، سرمایه خود را از کشور خارج می‌نماید. اصطلاح «چمدان به دست‌ها» خطاب به بخش خصوصی ایران، ریشه در همین قضیه دارد.^۱

علاوه بر این هرگاه سرمایه‌گذار برای اخذ مجوزهای مورد نیاز و طی تشریفات قانونی، جهت سرمایه‌گذاری خود ناچار باشد که به مقامات، مأمورین و متصدیان رشوه پرداخت نمایند و بدون پرداخت رشوه، دریافت مجوزهای مذکور امکان‌پذیر نبوده یا نیاز به صرف وقت فراوان باشد، در این صورت یا سرمایه‌گذار انگیزه سرمایه‌گذاری را از دست داده ترجیح می‌دهد در محیطی آرام و به دور از فساد در خارج از کشور سرمایه‌گذاری نماید که این موجب خروج سرمایه از کشور و لطمه به سیاست‌های کلان اقتصادی می‌شود یا اینکه ناچار در همان محیط فاسد سرمایه‌گذاری می‌کند که در این صورت جبران هزینه‌های صورت گرفته از باب پرداخت رشوه بر کیفیت تولید بی‌تأثیر نخواهد بود.

بوروکرات‌های فاسد به‌طور معمول سرمایه‌های دولتی را به‌سوی اجرای پروژه‌هایی هدایت می‌کنند که امکان رشوه گرفتن در آن‌ها زیاد است، از این‌رو پروژه‌هایی که در اولویت قرار می‌گیرد به لزوم همان‌هایی نیست که جامعه به اجرای آن‌ها نیاز دارد. در ضمن فساد بر کیفیت اجرای پروژه‌ها نیز مؤثر است. تحقیقات نشان می‌دهد بزرگ‌ترین هزینه‌ای که فساد تحمیل می‌کند، هزینه رشوه‌ها نیست بلکه همین هزینه ناشی از منحرف کردن سیاست‌ها در جهات غیر مولد به دست بوروکرات‌های فاسد است.^۲

حکومت قانون یکی از مؤلفه‌های اساسی در جهت پیش‌گیری از رشوه‌خواری در جامعه است که هرگاه این حکومت قانون دچار ضعف گردد، نرخ رشوه‌خواری در جامعه بالا رفته و حق مالکیت اشخاص در معرض تعرض قرار می‌گیرد و در این صورت امنیت اقتصادی که لازمه سرمایه‌گذاری است تضعیف خواهد شد. طبیعی است همچنان که به گفته گری بکر برنده جایزه

۱. سعید غلامی نتاج امیری، مقاله «مفاسد اقتصادی - ریشه‌ها و راهکارها»، مأوی، جلد دوم، معاونت اجتماعی و پیش‌گیری از وقوع جرم قوه قضائیه، ۱۳۸۳، ص ۳۱۵

۲. محمد فاضلی، مقدمه‌ای بر سنجش فساد، مرکز افکار سنجی دانشجویان ایران، انتشارات معاونت پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۳۸

نوبل در اقتصاد: «مجرمان اشخاص حساب گری هستند که با مقایسه بین درآمدها و هزینه‌های ارتکاب جرم تصمیم به ارتکاب یا عدم ارتکاب آن می‌گیرند» سرمایه‌گذاران نیز بین درآمدهای حاصل از سرمایه‌گذاری و هزینه‌های لازمه دست به مقایسه می‌زنند و چون پرداخت رشوه هزینه سرمایه‌گذاری را بالا می‌برد، لذا در محیط آلوده به رشوه با کاهش سرمایه‌گذاری نیز مواجه خواهیم بود. کاهش سرمایه‌گذاری نیز کاهش شدید درآمد و عواید مالیاتی دولت را در پی دارد. بنابراین هر چه نرخ جرائم اقتصادی بخصوص رشوه‌خواری در کشوری پایین‌تر باشد درجه اعتماد سرمایه‌گذار بالاتر است و هر چه نرخ این جرائم بالاتر رود به تبع آن درجه اعتماد سرمایه‌گذاران پایین‌تر خواهد آمد، ریتزن، استیولی و ولوک در مقاله‌ای تحت عنوان «سیاست‌مداران خوب و سیاست‌های بد، انسجام اجتماعی نهادها و رشد» دریافته‌اند که اعتماد در کشورهای ثروتمند با نرخ حدود ۵۰٪ وضعیت مناسبی دارد و در کشورهای در حال توسعه پایین‌تر است. کشورهای مرکز و شرق اروپا به‌طور عمومی نرخ اعتماد بیشتری (۱۵ تا ۳۵ درصد) در مقایسه با کشورهای آمریکای لاتین (با نرخ حدود ۵٪ در پرو) دارند. ترکیه نیز از حیث نرخ اعتماد وضعیت جالبی دارد (۱۰٪ در سال ۱۹۹۰ و ۶/۵٪ در سال ۱۹۹۵). کشورهای آفریقایی نیز بین کشورهای مرکز و شرق اروپا و کشورهای آمریکای لاتین قرار دارند و کشورهای آسیایی بین کشورهای توسعه یافته و کشورهای مرکز و شرق اروپا قرار می‌گیرند؛ بنابراین از حیث اعتماد ابتدا کشورهای ثروتمند و پس از آن آسیا، مرکز و شرق اروپا، آفریقا و در آخر آمریکای لاتین و ترکیه قرار دارند.^۱

در ضمن نتیجه یک پیمایش سنجش فساد در ایران مشخص ساخت که از ۵۸۴ نفر مصاحبه‌شونده، ۷۵٪ آنان تصور می‌کنند فساد مالی در سطوح حاکمیت وجود دارد و تنها ۲٪ تصور می‌کنند که فساد وجود ندارد، ۴۳/۸٪ معتقدند یکی از علت‌هایی که مملکت پیشرفت نمی‌کند این است که مسئولین سوءاستفاده مالی می‌کنند و بقیه نتایج حاصل از این تحقیق نیز از باور عمده مردم به وجود فساد در ایران حکایت دارد.^۲

۲.۱. عدم تخصیص بهینه هزینه‌های عمومی

۱. به نقل از «طرح پژوهشی حکمرانی خوب» مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۸، ص ۵۸۰

۲. فرامرز رفیع پور، سرطان اجتماعی فساد، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶، صص ۹۳ و ۹۵

بودجه هر کشور می‌بایست در جهت رفاه عمومی جامعه و پیشرفت آن هزینه گردد، در بخش‌هایی نظیر صنعت، بهداشت و آموزش و با توجه به اینکه به‌موجب «اصل تحدیدی بودن هزینه‌ها»، حداکثر پرداخت‌های هزینه‌ای در حد اعتبار مصوب دستگاه‌های اجرایی بوده و تجاوز از آن ممنوع است بنابراین هیچ پرداختی بدون مجوز قانونی و وجود اعتبار مصوب در سند امکان‌پذیر نیست، پس میزان تعهد برای دستگاه‌های اجرایی حداکثر در حد تخصیص اعتبار بوده و تخصیص اعتبار نیز حداکثر برای اعتبار مصوب در سند بودجه است^۱.

ولیکن با شیوع رشوه‌خواری و مفاسد اقتصادی، امنیت سیاسی و اقتصادی جامعه به مخاطره می‌افتد و دولت ناچار می‌شود اعتبارات و هزینه‌های عمومی زیادی را صرف کشف جرم و شناسایی مجرمین و برخورد با آنان نماید و با توجه به اینکه بسیاری از این جرائم پیش‌بینی نشده و در زمره جرائم اتفاقی می‌باشند، تقویت نیروهای پلیس، به‌کارگیری کارشناسان و بازرسان ویژه، بازپرسان و قضات محاکم و... همگی نیاز به اعتبارات ویژه‌ای دارد که گاهی در قانون بودجه پیش‌بینی نشده‌اند؛ و هرچند این اعتبارات نیز در جهت تأمین امنیت جامعه است ولیکن دولت را از پرداختن به مسائل رفاهی بازمی‌دارد. وقتی صاحبان مشاغل دولتی و پلیس از شرکت‌های تجاری و حتی سازمان‌های تبهکار و مجرمین رشوه دریافت می‌نمایند طبیعی است که رشوه‌دهندگان نیز برای جبران هزینه صرف شده از باب رشوه، دست به اقداماتی می‌زنند که این اقدامات در نهایت هزینه‌هایی را بر دوش دولت‌ها بار می‌کند. به‌عنوان مثال یکی از کارمندان ارشد وزارت کشور روسیه به خبرنگار اکونومیست گفته است که یک دلیل عمده پیوستن افراد به نیروی پلیس، امکان رشوه گرفتن آن‌ها است و قضات نیز همانند بقیه مأمورین دولتی از سازمان‌های تبهکار رشوه دریافت می‌نمایند. طبق تخمین‌های رسمی در روسیه گروه‌های سازمان‌یافته تبهکار که تعداد آن‌ها ۲۵۰۰ گروه هست چهل هزار شرکت و مؤسسه دولتی و غیردولتی از جمله بانک‌ها را تحت کنترل خود دارند؛ بنابراین سازمان‌های تبهکار روسیه نیز، همانند شاخه کارانوسترا در سیسیل، از ثروت برای تحکیم قدرت خود و از قدرت نیز برای ازدیاد ثروت

۱. دکتر علی قنبری، دکتر حسین صادقی - تحولات اقتصادی ایران (۱)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم

استفاده می‌کنند. ویکتور ایلیاکهین^۱ رئیس کمیته امنیتی پارلمان روسیه (دوما) در سال ۱۹۹۴ ادعا کرد که ۸۱ درصد حق رأی در شرکت‌های خصوصی شده توسط مجرمین کنترل می‌گردد.^۲

۱.۳. ایجاد شکاف بیشتر بین فقرا و اغنیا

فقر پدیده‌ای است جهانی که از شروع نخستین اجتماعات بشری همواره بخشی از مردم را در جوامع مختلف در اسارت خود داشته و منشاء بسیاری از تعارض‌ها و کشمکش‌ها در درون جوامع بوده است. امروزه به‌رغم اینکه قرن‌ها از عمر تمدن‌های موجود بشری می‌گذرد، بازهم این پدیده ریشه‌دار دامن‌گیر یک‌پنجم جمعیت زمین است و با تمام تلاش‌های هماهنگی که به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم از سوی جامعه بین‌المللی به‌عمل آمده است، جامعه جهانی هنوز موفق به ریشه‌کن کردن این عارضه ناهنجار و ناخوشایند نشده است.^۳

در طول تاریخ بشریت همواره فقیر و غنی وجود داشته و در بسیاری موارد، این ثروت اغنیا بوده که فقرا را به استثمار کشانیده است. در این مبحث به این موضوع می‌پردازیم که چگونه رشوه، شکاف موجود بین فقرا و اغنیا را بیشتر می‌نماید.

پرواضح است که فساد اداری و بخصوص رشوه، با مکانیسم خاص خود که تبعیض در ارائه خدمات و توزیع آن‌ها را در پی دارد، فاصله بین فقیر و غنی را زیادتر می‌کند. در جامعه‌ای که فساد اداری حاکم است، طیف وسیعی از محرومین و اقشار ضعیف از خدماتی که توسط پول ارائه می‌شود باز می‌مانند، همچنین چون اقتصاد، اقتصاد ناموزونی است و به نفع اقشار پردرآمد است این فاصله‌ها هر چه بیشتر می‌شود.^۴

به‌عنوان مثال در جامعه‌ای که رشوه‌خواری متداول است هرگاه برای اخذ مجوزی

۱. Victor Ilyakhin

۲. دکتر حسین میر محمدصادقی، حقوق جزای بین‌الملل «مجموعه مقالات»، نشر میزان ۱۳۷۷، ص ۲۰۷

۳ آتال، یوکش، فقر و مشارکت در جامعه مدنی، ترجمه ایرج پاد، انتشارات سروش، تهران ۱۳۷۹، ص ۷

۴ اسماعیل بلالی و داوود فرامرزی، «بررسی نظری مسئله فساد اداری»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۰، ص ۲۷

خاص در جهت سرمایه‌گذاری، متقاضیان زیادی وجود داشته باشند، هر کدام از متقاضیان که رشوه بیشتری پرداخت نماید موفق به دریافت مجوز می‌گردد.

بنابراین هرکجا که فساد رواج یابد، رشد آسیب می‌بیند و این موضوع تأثیر شدیدی بر فقر می‌گذارد علاوه بر این فقرا، خدمات اجتماعی مانند آموزش و بهداشت کمتری دریافت می‌کنند. فساد سرمایه‌گذاری زیر بنایی را از پروژه‌های کمک به تهی‌دستان دور کرده و امکان استفاده از وسایل کارآفرینی بر بنگاه‌های با مقیاس کوچک‌تر را برای رهایی از فقر سلب می‌کند.^۱

سوهاولی^۲ در مقاله‌ای تحت عنوان «خصوصی‌سازی، شرکت‌های چندملیتی و رشوه‌خواری» که توسط خانم هما احمدزاده به فارسی ترجمه شده بیان می‌دارند ارتشاء چه در انگلیس باشد، چه در آفریقا یا آسیا، پیش‌تر و زودتر از همه به فقرا آسیب می‌زند و آن‌ها را فقیرتر می‌کند، وقتی با پول همه‌چیز قابل خرید شود، این فقرا هستند که در موقع تصمیم‌گیری به بیرون رانده و به حاشیه سیاسی هل داده می‌شوند. پولی که می‌تواند صرف بهبود خدمات و یا سطح زندگی مردم شود به‌سوی پروژه‌های بزرگ گران‌قیمت با پورسانت‌های بسیار بالا می‌رود و این فقرا هستند که برای ابتدایی‌ترین مایحتاج زندگی با مشکل روبرو می‌شوند و از پس پرداخت مخارج برنمی‌آیند.

هوگ بی لی^۳ یکی از نمایندگان مجلس انگلیس در سخنرانی خود در مجلس عوام اشاره کرد که هزینه رشوه بیش از همه بر دوش فقرا می‌افتد. وقتی طرف‌های قرارداد در این یا آن کشور ثروتمند ۱۵ درصد رشوه می‌پردازند، این مقدار را به قیمت قرارداد خود اضافه می‌کنند به‌این‌ترتیب نیروگاه برق و یا سیستم آبیاری آن‌ها هزینه بیشتری خواهد داشت و مردم بی‌بضاعت که خریدار آب و برق برای کارهای روزمره خود هستند هزینه این رشوه‌ها را می‌پردازند پس رشوه روش مستقیم انتقال پول از فقرا به اغنیا است. در یک بررسی اقتصادی

۱ توماس و ینود، «مبارزه با فساد و نظریه حکمرانی و تأثیر آن بر متغیرهای توسعه اقتصادی و انسانی» مندرج در «طرح پژوهشی حکمرانی خوب»، ص ۳۰۸

۲. Sue Hawley

۳. Hugh Bayley

تجزیه و تحلیل داده‌های مربوط به توزیع درآمد، نشان داده شده که افزایش فساد باعث کاهش سهم ۸۰ درصد پایین درآمدی و افزایش سهم ۲۰ درصد بالای درآمدی می‌شود و بیشترین بار منفی ناشی از افزایش فساد مالی بر دهک‌های پایین درآمدی تحمیل می‌شود و رابطه بین فساد و رشد اقتصادی معکوس است.^۱

در تحلیل‌های صورت گرفته با استفاده از ابزارهای تشخیص جدید در عرصه حکمرانی، نشان داده شده که چگونه فساد به مثابه نوعی مالیات تنزلی عمل می‌کند. به عنوان مثال در اکوادور سهمی از درآمد خانوارهای فقیر که صرف رشوه دادن به منظور دستیابی به خدمات عمومی می‌شود سه برابر خانوارهای پردرآمد است، به همین ترتیب در بررسی‌های تشخیصی گوناگون که بر اساس نظرات مأموران دولتی در آمریکای لاتین در اواخر دهه ۱۹۹۰ انجام گرفته، مشاهده شده است که دیوان‌سالارها در سازمان‌های آکنده از فساد و فاقد شایسته‌سالاری، با محدود کردن دسترسی به فقر خدمات اساسی و قصور در دنبال کردن سیاست‌های فرزنددایی علیه فقر تبعیض اعمال می‌کنند و برعکس سازمان‌های شایسته‌سالار و کمتر فاسد، دسترسی بهتر فقر به این خدمات را فراهم می‌کنند.^۲

در جاهایی که رشوه‌خواری شایع شود، اقشار دارای درآمد بالا و اشراف ثروتمند برای محافظت از دارایی خود و حتی افزودن آن، از رشوه به عنوان یک ابزار استفاده می‌کنند. گفته شده که فساد به متمرکز کردن ثروت‌ها گرایش دارد و نه فقط شکاف میان غنی و فقیر را افزایش می‌دهد، بلکه برای مرفهان ابزارهای نامشروع حفاظت از موقعیت و منافعشان را تأمین می‌کند، این امر به شرایط اجتماعی که دیگر انواع جرائم را تسهیل می‌کند از جمله بی‌ثباتی اجتماعی و سیاسی و حتی تروریسم کمک می‌کند.^۳

۱. ناطقی، محمدرضا، بررسی اثر فساد مالی بر نابرابری و رشد اقتصادی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد در رشته علوم اقتصادی، دانشکده علوم اقتصادی و اداری دانشگاه مازندران - نقل از محمدرضا حسین‌پور، همان منبع، ص ۲۷

۲. معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی جمهوری اسلامی ایران، دفتر مطالعات اقتصادی، اردیبهشت‌ماه ۱۳۸۶، ص ۲۳

۳. دبلیو. پاتی افوسو - ام‌ا. دیگران، چارچوب‌های حقوقی مقابله با فساد (مالی)، ترجمه احمد رنجبر، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۶

۱.۴. افزایش هزینه معاملات تجاری

هرکدام از انواع فساد را که در نظر بگیریم چه فساد کلان که اغلب توسط سیاستمداران و دولت‌مردان اتفاق می‌افتد و چه فساد بوروکراتیک (خرده فساد) که توسط کارکنان ادارات و نهادها و شرکت‌ها انجام می‌شود و چه فساد در قانون‌گذاری که نمایندگان مجلس فاعل آن هستند در هر صورت به نحو مستقیم یا غیرمستقیم بر افزایش هزینه معاملات تجاری مؤثر است.

افزایش هزینه معاملات تجاری نیز کاهش سرمایه‌گذاری را در پی دارد و با کاهش سرمایه‌گذاری رشد اقتصادی کشور کند شده و در نهایت باعث عدم تحقق اهداف توسعه اقتصادی می‌گردد.

چون سرمایه‌گذاران همواره به این نکته توجه دارند که صدور مجوزهای سرمایه‌گذاری طی چه فرایندی انجام می‌گیرد و چقدر هزینه دارد بنابراین هزینه‌های فساد، سبب چشم پوشیدن از برخی سرمایه‌گذاری‌ها می‌شود در این صورت سیاست‌های صنعتی دولت‌ها برای تشویق سرمایه‌گذاری در صنایع بی‌اثر می‌شود.

پائولو مائورو، با بررسی تطبیقی ۷۰ کشور نشان داد که فساد گسترده سبب کاهش سرمایه‌گذاری بخش خصوصی شده است و در این صورت سیاستمداران بوروکرات‌های فاسد تمایلی به سرمایه‌گذاری در عرصه توسعه نیروی انسانی ندارند، زیرا میزان رشوه و سود فاسد ناشی از سرمایه‌گذاری در بقیه پروژه‌ها بیش از سود فاسد ناشی از سرمایه‌گذاری در بخش آموزش و توسعه نیروی انسانی است. از این رو گاهی اوقات دولت‌ها سیاست‌های تهاجمی صنعتی شدن در پیش می‌گیرند و مبالغ سنگینی را به این سو هدایت می‌کنند.

فساد با افزایش هزینه‌های عملیاتی به تخصیص نادرست استعدادها و مواهب کمیاب در راستای فعالیتهای رانت‌جوپانه منجر می‌گردد و اولویت‌های سرمایه‌گذاری و انتخاب فناوری را منحرف، مختل و حتی محدود می‌کند.^۱

در تحقیقات اقتصادی مارو، مشخص شده که فساد مالی اعتماد و اطمینان را در بازار

۱. حسین پور، حمیدرضا، «بررسی اثر فساد بخش عمومی بر رشد اقتصادی در کشورهای منتخب خاورمیانه با تأکید بر ایران ۲۰۰۶-۱۹۹۶»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته علوم اقتصادی (محض)، دانشکده اقتصاد دانشگاه شیراز، ۱۳۸۷، ص ۴۹

از بین می‌برد و تأثیر منفی بر اعتبار نهادهای مالی کشورها دارد. کاهش اعتبار به دلیل وجود فساد، فرصت‌های مناسب جهانی و رشد و پایداری را کاهش می‌دهد و باعث رشد سازمان‌های مجرم با اهداف کوتاه‌مدت می‌شود. از طرف دیگر فساد مالی باعث افزایش هزینه‌های معاملات تجاری می‌گردد. با افزایش هزینه معاملات، قدرت رقابت اقتصادی در کشور نسبت به کشورهای دیگر کاهش پیدا می‌کند لذا انگیزه فعالیت‌های سالم اقتصادی کاهش می‌یابد.^۱

با گسترش فساد و رشوه‌خواری در حیطه فعالیت‌های اقتصادی، در این صورت ابتکار، نوآوری، خلاقیت، دانش فنی و تجربه هیچ‌کدام به‌عنوان عامل توانایی سرمایه‌گذاران مفید نخواهند بود، زیرا در شرایطی که فساد در جامعه شایع شود افراد جامعه بخصوص نیروهای انسانی با استعداد به‌جای استفاده از خلاقیت و نوآوری خود سعی می‌کنند از رهگذر پرداخت رشوه و توافق با مقامات دولتی اقدام به کسب یک رانت قانونی یا مجوز دولتی نمایند. حال آنکه این افراد به‌طور بالقوه می‌توانستند ظرفیت جامعه را از لحاظ پیشرفت‌های فنی ارتقا دهند.^۲ استامبر ثابت نموده که فساد و رشوه‌خواری با «هزینه عملیاتی»^۳ نیز در ارتباط مستقیم است. هزینه عملیاتی به‌طور خلاصه شامل هزینه‌هایی است که طرفین قراردادها برای کسب اطلاعات یا به‌منظور عدم اجرای مفاد قرارداد از سوی طرف مقابل و یا به جهت نظارت و کنترل و اعمال قانونی قراردادها متحمل می‌شوند؛ بنابراین هزینه عملیاتی، شامل هزینه‌های جستجو، پیگیری و انعقاد قرارداد هست که در جریان یک مبادله اقتصادی ایجاد می‌شود.

هزینه عملیاتی هم می‌تواند از عوامل موجد فساد باشد و هم از پیامدهای فساد، به‌گونه‌ای که بعضی اقتصاددانان، هزینه‌های عملیاتی زیاد را بارزترین نشانه وجود فساد دانسته‌اند.

۲. تأثیر رشوه بر بخش خارجی اقتصاد

۱ به نقل از معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، همان منبع، ص ۲۲
 ۲ صباحی، احمد، ملک‌الساداتی، سعید، «اثر کنترل فساد مالی بر رشد اقتصادی»، فصلنامه پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۵۳، زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۴۱

به‌طور کلی بخش خارجی اقتصاد ایران نیز از تهاجم رشوه‌خواران در امان نبوده است. این جرم مرزهای اقتصاد ملی را درنور دیده و در تاروپود اقتصاد و تجارت بین‌الملل نیز رسوخ نموده است به‌گونه‌ای که سازمان‌های اقتصادی بین‌المللی در توصیه‌های خود، از رشوه به‌عنوان مهم‌ترین مفساد مالی و اداری و مانع جدی برای اعتماد و اطمینان بین‌المللی در مبادلات یادکرده‌اند و طرح‌هایی برای مبارزه با آن ارائه داده‌اند.

سرمایه‌گذاری خارجی که بخش خارجی اقتصاد هر کشور به آن وابسته است، درواقع زمینه‌ساز توسعه بازرگانی بین‌المللی است و نقش مهمی در زندگی اقتصادی کشورها ایفا می‌کند. منابع هنگفتی در کشورهای خارجی سرمایه‌گذاری می‌شود که می‌تواند به دلیل وجود نیروی کار ارزان‌تر در آن کشورها یا بهره‌برداری از منابع داخلی آن‌ها باشد. سرمایه‌گذاری در هر دو گروه کشورهای توسعه‌یافته و درحال توسعه به انگیزه‌های مختلف صورت می‌گیرد. در مورد کشورهای درحال توسعه سرمایه‌گذاری خارجی عنصری فراوان در اقتصاد ملی آن‌ها به‌حساب می‌آید که در بسیاری موارد شرایط آن را درعمل سرمایه‌گذاران خارجی تعیین می‌کنند. در باب قوانین سرمایه‌گذاری باید گفت امروزه به‌طور تقریبی غیرقابل‌تصور است که بدون کسب مجوز مقامات و مراجع داخلی، بتوان در کشوری سرمایه‌گذاری نمود، کشوری که در آن سرمایه‌گذاری صورت می‌گیرد یعنی کشور میزبان، مبنای حقوقی سرمایه‌گذاری را تنظیم می‌کند. در اصل قوانین داخلی به نحوی یکسان در مورد سرمایه‌گذاری به‌وسیله اتباع داخلی یا خارجی قابل‌اعمال است. درعین حال کشورهای سرمایه‌پذیر ممکن است محدودیت‌هایی برای سرمایه‌گذاری خارجی بخصوص از لحاظ حوزه‌های فعالیت قائل شوند.^۱

صادرات از مؤلفه‌های اساسی و از اجزاء اصلی و لاینفک توسعه اقتصادی هر کشور به‌حساب می‌آید و همچنین ابزار اصلی مانور اقتصادی ممالک است. بعضی از اقتصاددانان تا آنجا پیشرفته‌اند که صادرات را «موتور رشد و توسعه اقتصاد» دانسته‌اند.^۲

۱ طارم سری، مسعود، حقوق بازرگانی بین‌المللی، شرکت چاپ و نشر بازرگانی وابسته به مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۹ ص ۲۰۱

۲ مراجعه شود به پیر، ما یه، «رشد اقتصادی»، ترجمه علی محمد فاطمی قمی، سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹، ص ۷۶

صادرات به‌عنوان یکی از اجزای تشکیل‌دهنده تولید ناخالص داخلی، خود دلیلی بر وجود رقابت در کشورها، بر سر قیمت و کیفیت است. در مورد کشورهای دارای فساد - یا فساد کم یا زیاد - صادرات نیز به‌نوبه خود متغیر و در حال نوسان است. قابلیت تغییر صادرات در کشورهای مذکور می‌تواند نشانه‌ای برای میزان فساد موجود در کشور و لزوم توجه به این مسئله باشد.^۱

یکی از برنامه‌های مجرمان برای انتقال درآمدهای قانونی به کشورهای دیگر، استفاده از کانال صادرات و واردات است. پرداخت رشوه نیز بر صادرات و واردات مؤثر است و به‌عنوان یک اهرم غیرقانونی، بسیاری از گره‌های قانونی را در این مسیر باز می‌کند.

در بعد صادرات اکثر فعالیت‌هایی که از جانب مجرمین صورت می‌گیرد اول بیشتر بر کالاهای لوکس و عتیقه متمرکز است و دوم درآمدهای حاصل از این نوع صادرات به داخل کشور بازمی‌گردد در نتیجه همه این فعالیت‌ها، عدم تعادل در بخش خار جی اقتصاد و به دنبال آن موجب بی‌ثباتی در اقتصاد داخلی خواهد بود.^۲

تجار در امر صادرات و واردات دارای آزادی اختیار کامل نیستند. دولت در آغاز هر سال فهرستی از کالاهایی که ورود آن‌ها به‌وسیله اشخاص آزاد است، اعلام می‌نماید که به‌عنوان سهمیه معروف است. طبق این صورت میزان کالاهایی که ممکن است وارد شود اعلام می‌گردد و با توجه به میزان احتیاج و حمایت از تولیدات داخلی، دولت حقی به‌عنوان سود بازرگانی که بسته به نوع کالا متفاوت است از واردکنندگان دریافت می‌کند. علاوه بر آن افتتاح اعتبار برای پرداخت بهای کالای وارداتی نسبت به بعضی از اجناس آزاد است نسبت به بعضی از اجناس تابع شرایط خاصی است.

راجع به صدور کالا به‌طور معمول تسهیلاتی در نظر گرفته می‌شود و صادرکنندگان کالاهای ایرانی مورد تشویق قرار می‌گیرند ولی موظف‌اند ارز حاصله از فروش کالاهای صادراتی را به یکی از بانک‌های مجاز بفروشند.^۳

۱ حسین‌پور، حمیدرضا، همان منبع، ص ۵۷

۲ هادیان، ابراهیم، «پول‌شویی و اثرات اقتصادی آن» مندرج در مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات همایش

بین‌المللی مبارزه با پول‌شویی، شیراز، خردادماه ۱۳۸۲، صص ۱۸۲-۱۸۳

۳ ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت جلد چهارم، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۲۲

سیاست‌گذاران اقتصادی در جمهوری اسلامی ایران، اقدامات خوبی را برای حمایت از صادرکنندگان اتخاذ نموده‌اند از جمله تک‌نرخ شدن ارز، انتخاب صادرکننده نمونه، تأمین مالی صادرات با کارمزد مناسب، تأسیس صندوق حمایت صادرات، جایزه صادراتی و از همه مهم‌تر حذف مالیات از صادرات.

زیرساخت اصلی سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین صادرات و واردات، «قراردادهای تجاری بین‌المللی»^۱ است. معضل رشوه‌خواری در این قراردادها از قدیم‌الایام وجود داشته است. به‌عنوان مثال قرارداد ۱۹۱۹ بین ایران و انگلیس نمونه‌ای بارز از فساد دستگاه اداری ایران پس از مشروطیت است. به‌طوری‌که در اسناد سری وزارت خارجه انگلیس آمده است فتح ... اکبر معروف به سپهدار اعظم رشتی رئیس‌الوزرای احمدشاه، بابت تصویب قرارداد مطالبه پورسانت نمود و این موضوع در گزارش «نرمان» سفیر انگلیس در ایران به «لرد کرزن» وزیر خارجه انگلیس منعکس است. سپهدار در ارتباط با تصویب این قرارداد در مجلس مطالبه یک‌صد هزار لیبره برای خود و وکلای ذی‌نفوذ در مجلس می‌نماید.^۲

معضل رشوه‌خواری در قراردادهای تجاری بین‌المللی، همچنان نیز وجود دارد و منشأ بحث‌های متعددی در سطح شرکت‌های تجاری بین‌المللی و نهادهای تجاری بین‌المللی است. همچنان که گفته شد دیدگاهی در بین اقتصاددانان وجود دارد که فساد و رشوه‌خواری را برای رشد و توسعه اقتصادی ضروری می‌دانند، در بین پاره‌ای حقوق‌دانان نیز این دیدگاه وجود دارد.

«برون اپتی» حقوق‌دان فرانسوی در مقاله‌ای در ۱۹۸۷ میلادی تحت عنوان «پارادوکس رشوه از منظر حقوق تجارت» بیان می‌دارند پدیده رشوه یک تناقض واقعی است، ازاین‌جهت که هم‌زمان هم مورد نفی و انکار همگی است و هم در تمام جهان شایع است. ایشان با نقد نظریه کسانی که معتقدند رشوه مخالف نظم عمومی است می‌نویسد: «این

۱ معاملات تجاری بین‌المللی (international trade transactions) عبارت‌اند از صدور کالاها یا خدمات از یک کشور به کشوری دیگر که کشور واردکننده نامیده می‌شود. به این‌گونه معاملات، معاملات صادراتی گفته می‌شود که بر دو نوع هستند: معاملات مبتنی بر قرارداد فروش بین‌المللی کالاها و معاملاتی که هدف از آنها عرضه خدمات در خارج است، از قبیل ساخت کارخانه‌ها و تأسیسات در هر کشوری دیگر.

۲ اسماعیل بلالی و داوود فرامرزی، همان منبع، ص ۲۱

مخاطره انگیز است که به یک نظام حقوقی مثل فرانسه، اصلی از نظم عمومی را نسبت دهیم که به موجب آن ارتکاب رشوه در روابط تجاری بین‌المللی آثار حقوقی قراردادهای را زایل می‌سازد. درواقع از بررسی حقوق عملی ما آنچه بیشتر احساس می‌شود، انعطاف نسبت به این عمل است، انعطافی که ناشی از اخلاق فردی و اجتماعی در مسائلی از قبیل زنا، سقط جنین یا بازی بخت‌آزمایی دچار تغییر و تحول شده، مسئله رشوه نیز به همین سرنوشت مبتلا شده است و بنابراین اگر قانونی بودن آن هنوز در حوزه حقوق عمومی وارد نشده است، اما غیرقانونی بودن آن نیز معین نیست.^۱

استدلال این حقوق‌دان فرانسوی پذیرفته نیست و شایع بودن یک عمل مجرمانه و ناهنجار اجتماعی سببی برای زایل نمودن قبح اخلاقی و قانونی آن به شمار نمی‌آید. ولیکن صرف‌نظر از صحت یا سقم مبانی استدلال ایشان، سخنان نامبرده حکایت از واقعیتی به نام فساد شدید در قراردادهای تجاری بین‌المللی دارد که تحت عناوین و اسم‌های مختلفی از قبیل گروه، دلالی، نمایندگی، قرارداد واسطه، توصیه، کمک فنی و غیره در جریان بوده و سبب کنار رفتن موازین اخلاقی و قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌شود. در مواجهه با این مشکل دو راه‌حل وجود دارد یکی اینکه همانند آقای اپتی پرداخت رشوه و هزینه‌های اعمال نفوذ در مقامات محلی در راستای انعقاد قراردادهای تجاری را به‌عنوان امری عادی و رویه جاری در این قبیل معاملات پذیرفته و بر آن مهر تأیید بزنیم یا اینکه روش و رویه‌ای ایجاد شود که معاملات تجاری بین‌المللی در محیطی سالم و عاری از فساد صورت گیرد.

سیاست جنایی منطقه‌ای و جهانی از یک‌سو بر جنبه‌های اخلاقی و ارزشی مبارزه با رشوه‌خواری تأکید می‌کند و از دیگر سو کاهش هزینه فعالیت‌های تجاری و اقتصادی در کشورهای درحال توسعه را که مرکز اصلی فساد و اعمال نفوذهای ناروا است در بردارد.

در این رابطه «سازمان همکاری‌های اقتصادی و توسعه سازمان ملل» در سال ۱۹۹۷ کنوانسیون را تحت عنوان «کنوانسیون مبارزه با رشوه‌خواری مأموران عمومی خارجی در

۱ محمدجواد شریعت باقری، «رشوه و اعمال نفوذ در قراردادهای بین‌المللی» سایت اطلاع‌رسانی دادگستری

معاملات تجاری خارجی^۱ به تصویب رساند و در ماده ۱ آن بیان داشت «دولت‌های عضو اقدامات ضروری برای جرم تلقی کردن پیشنهاد، قول یا پرداخت هرگونه امتیاز مالی ناروا یا هرگونه امتیاز دیگری را نسبت به یک مأمور خارجی برای اینکه وی عملی را انجام داده یا عملی را در رابطه با وظیفه‌اش در ارتباط با تجارت بین‌المللی ترک کند، انجام دهند» و بر اساس بند ۴ ماده ۱ کنوانسیون مذکور، «مقصود از مأمور عمومی خارجی هر فردی است که مسئولیتی در امر قانون‌گذاری، اجرایی یا قضایی یک کشور خارجی به‌صورت انتخابی یا انتصابی دارد. همچنین هر فردی است که وظیفه‌ای عمومی برای یک کشور خارجی انجام می‌دهد ازجمله یک بنگاه یا مؤسسه عمومی و هر مأمور یا نماینده سازمان بین‌المللی عمومی^۲».

اهمیت بیشتر موضوع اینجا مشخص می‌گردد که کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب ۳۱ اکتبر ۲۰۰۳ میلادی نیز آن را در ماده ۱۶ مورد تأکید قرار داده است، ماده ۱۶ کنوانسیون مذکور مقرر می‌دارد:

ارتشاء مقام‌های دولتی خارجی و مقام‌های سازمان‌های عمومی بین‌المللی:

۱. هر کشور عضو، قوانین و سایر اقدامات ضروری را اتخاذ خواهد نمود تا وعده، ارائه یا دادن یک امتیاز بی‌مورد به یک مقام دولتی خارجی یا مقام سازمان عمومی بین‌المللی برای خود آن مقام یا هر شخص یا واحد دیگر برای این که آن مقام در انجام وظایف رسمی خود عملی را انجام دهد یا از انجام آن اجتناب ورزد یا برای این که کسب و کاری را به دست آورد یا حفظ کند یا سایر امتیازهای بی‌مورد در ارتباط با رفتار تجارت بین‌الملل، در صورتی که به‌صورت عمدی ارتکاب یابد، جرم تلقی گردد.

۲. هر کشور عضو، اتخاذ قوانین و سایر اقدامات ضروری را مورد بررسی قرار خواهد داد تا درخواست یا قبول امتیاز بی‌مورد توسط یک مقام دولتی خارجی یا مقام سازمان عمومی بین‌المللی به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم برای خود آن مقام یا هر شخص یا واحد دیگر

۱ Convention on combating Bribery of Foreign Public Officials in international Business Transactions.

۲ آقابابایی، حسین، «راهنمای جدید سیاست جنایی در مبارزه با فساد با تأکید بر جرائم ارتشاء و اختلاس»، نامه حقوقی، ۶۱، جلد ۳، شماره ۱، ۱۳۸۶، ص ۱۲۶

برای این‌که آن مقام در انجام وظایف رسمی خود عملی را انجام دهد یا از انجام آن اجتناب ورزد، در صورتی‌که به‌صورت عمدی ارتکاب یابد، جرم تلقی گردد.

در کشور جمهوری اسلامی ایران، با توجه به اینکه کنوانسیون مذکور، پس از الحاق و تصویب مجلس شورای اسلامی قانونی و لازم‌الاجرا است و با توجه به نگاه فرهنگی و مذهبی حاکم بر قوانین و پدیده‌های حقوقی و اینکه یکی از بندهای سیاست‌های کلی نظام در دوره چشم‌انداز بیست‌ساله نظام در افق ۱۴۰۴ هجری شمسی «تعامل فعال با جهان در تمام عرصه‌ها و هم‌پیوندی و اثربخشی در سطح اقتصاد جهانی» است و یکی دیگر از بندهای آن «حضور مؤثر در بازارهای منطقه‌ای و جهانی و مشارکت فعال در تقسیم کار بین‌المللی» است و در برنامه‌های چهارم و پنجم توسعه نیز، رشد بازرگانی خارجی مورد تأکید است لذا می‌طلبید که ارتشاء مقام‌های دولتی خارجی و مقام‌های سازمان‌های عمومی بین‌المللی، در قوانین داخلی نیز جرم انگاری شود و ضمانت اجرای مناسبی نیز برای آن لحاظ گردد.

در پایان این قسمت اشاره می‌کنیم که «اخلال در امر ترانزیت کالا» و «تسهیل امر تجارت غیرقانونی» نیز از جمله مواردی است که رشوه و فساد مالی تأثیر زیادی در حدوث آن‌ها دارند که از توضیح در خصوص مورد خودداری و فقط به این گزارش واحد اطلاع‌رسانی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی اکتفا می‌کنیم. گزارش مذکور به نقل از دفتر مطالعات اقتصادی، حقوقی و سیاسی این مرکز حاکی است در حال حاضر حدود ۱۶ سازمان از جمله بانک‌ها، پایانه‌ها، سازمان بندرها و کشتیرانی، قرنطینه‌های کشاورزی و دامی و انسانی، سازمان انرژی اتمی، هواپیمایی کشوری، مؤسسه استاندارد، مرزبانی، نیروی انتظامی، گمرک و... در امر ترانزیت دخیل هستند که این امر نابسامانی‌هایی را در بخش ترانزیت به وجود آورده و باعث ازدیاد رشوه‌خواری گردیده است.

با توجه به اینکه، مشکل مذکور در غالب کشورها وجود دارد، برای حل آن گروه اقتصادی سازمان ملل متحد کنوانسیون تحت عنوان «کنوانسیون بین‌المللی هماهنگی کنترل مرزها» را طراحی و برای عضویت به کشورهای عضو سازمان ملل پیشنهاد کرده است که به‌موجب آن تمامی ارگان‌های درگیر در امر ترخیص کالا، موظف خواهند بود که تحت مدیریت و با هماهنگی گمرک عمل کنند.

۳. زمینه‌سازی برای ارتکاب سایر جرائم

از دیدگاه حقوق جزایی بعضی از جرائم به طور مستقیم مقدمه ارتکاب جرائم دیگر محسوب می‌شوند و بدون ارتکاب آن‌ها تحقق جرائم دیگر امکان‌پذیر نیست. به عنوان مثال تا زمانی که جرم «سرقت» اتفاق نیفتد، تحقق بزه «خرید مال مسروقه» نیز امکان‌پذیر نیست؛ و یا تا زمانی که جرم «قتل عمد» اتفاق نیفتد، «اختفاء عمدی جسد مقتول» قابل تصور نیست. بعضی اوقات نیز وقوع یک جرم به صورت غیرمستقیم در ارتکاب جرائم دیگر نقش دارد. به عنوان مثال «خرید و فروش مواد مخدر» از ناحیه سرپرست یک خانواده و محبوس شدن وی در اجرای حکم دادگاه و مصادره اموالش، می‌تواند زمینه‌ای برای به فساد و فحشاء کشیدن همسر وی باشد.

در زمینه رشوه نیز همین وضعیت صدق پیدا می‌کند. هرگاه شخصی ملزم به پرداخت عوارض گمرکی سنگینی باشد در بسیاری موارد ترجیح می‌دهد با پرداخت مبلغ کمتری رشوه به مأمور گمرک، از زیر بار پرداخت عوارض گمرکی شانه خالی کند؛ و در مراحل بعدی برای رهایی از هزینه عملیاتی رشوه به قاچاق کالا دست زند. در اینجا عوارض گمرکی سنگین، زمینه‌ساز ارتکاب بزه ارتشاء گردیده و بزه ارتشاء نیز زمینه‌ساز جرم قاچاق کالا شده است. در وضع قراردادهای تجاری اعم از ملی و بین‌المللی همین موضوع مصداق پیدا می‌کند.

جانسون، کافمن و زیدو - لوباتون در تحقیقات خود به این نتیجه رسیده‌اند که وقتی فساد مالی گسترش می‌یابد، فعالیت زیرزمینی و غیرقانونی مانند قاچاق نیز گسترش پیدا می‌کند. گسترش قاچاق و فعالیت زیرزمینی باعث کاهش درآمدهای دولت می‌شود. وقتی که درآمد دولت کاهش پیدا کرد، دولت برای جبران آن ناچار به افزایش نرخ مالیاتی می‌شود. افزایش نرخ مالیاتی نیز باعث فشار مالیاتی بر فعالان اقتصادی می‌گردد. از این رو آن‌ها دنبال راه‌حلی برای رهایی از وضعیت پیش‌آمده هستند که توسل به ارتشاء و تخلفات دیگر یکی از آن‌هاست. وقتی مالیات داده نشود درآمدهای دولت کاهش می‌یابد از طرف دیگر کاهش درآمد دولت باعث می‌شود دولت نتواند به کارکنان خود وجه مناسب پرداخت کند و دوباره این امر منجر به فساد بیشتر می‌شود لذا این دور باطل به طور دائمی تکرار می‌شود^۱.

وقتی فساد و رشوه‌خواری در جامعه شایع شود، بسیاری از دریافت‌کنندگان رشوه که نمی‌خواهند به صورت مستقیم از جانب رشوه دهندگان مورد شناسایی واقع شوند عاملینی

۱. معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، همان منبع، ص ۲۰

پیدا می‌کنند که این عاملین واسطه دریافت رشوه از راشی و پرداخت آن به مرتشی می‌گردند که وفق ماده ۵۹۳ قانون مجازات اسلامی، واسطه بین راشی و مرتشی نیز مجرم و قابل مجازات است.

شایان ذکر است بخش سوم اقتصاد که به آن «اقتصاد پنهان»^۱ می‌گویند زاییده فساد اداری و رشوه‌خواری است. واسطه‌گری و دلالتی و مواردی از این قبیل نیز در این بخش اقتصاد جای می‌گیرد.

وقتی در یک محیط اداری رشوه‌خواری رایج گردد و کارمندان عالی‌رتبه مبادرت به اخذ رشوه نمایند، کارمندان رده‌های پایین‌تر نیز تشویق به ارتکاب این جرم می‌گردند و بدین‌وسیله به‌صورت زنجیره‌ای واسطه‌ای جهت اخذ رشوه می‌شوند یا اینکه خود در زمره رشوه‌گیرندگان وارد می‌شوند.

موضوع موردبحث دیگر این است که ارتشاء همانند جرائمی مانند قاچاق کالا، ربا، اختلاس و خریدوفروش مواد مخدر می‌تواند منشأ جرم پول‌شویی باشد. به نظر می‌رسد ساده‌ترین تعریف که از پول‌شویی به‌عمل‌آمده تعریفی است که ژاک بوریگان ارائه داده است، ایشان بیان می‌دارند «پول‌شویی سازوکاری است که از طریق آن درآمدهای نامشروع ناشی از فعالیت‌های مجرمانه غیرقانونی و سازمان‌یافته، مشروع جلوه داده می‌شود».^۲

همچنین در تعریف این جرم گفته شده «مخفی نمودن ماهیت واقعی منافع حاصل از فعالیتی غیر مشروع به‌وسیله نقل‌وانتقال یا تغییر یا تبدیل، یا وسایل انتقال الکترونیکی، به‌منظور امحاء خاستگاه نامشروع منافع حاصل از فعالیت‌های مذکور».^۳

بنابراین هرگاه شخص رشوه‌گیرنده عالماً عامداً به شرح مندرج در یکی از بندهای سه‌گانه ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۶ مجلس شورای اسلامی اقدام نماید هم مرتکب بزه ارتشاء گردیده و هم پول‌شویی.

با توجه به موارد مذکور می‌توان گفت رشوه می‌تواند زمینه‌ای برای ارتکاب سایر

1. Shadow Economy

۲. بوریگان، ژاک، بزهکاری سازمان‌یافته در حقوق کیفری فرانسه، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، به نقل از قدرت غریب‌پور جهان‌آباد، «ابعاد جرم‌شناسی و حقوقی جرائم سازمان‌یافته»، پایان‌نامه کارشناسی

ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات فارس، ۱۳۸۹ ص ۱۱۸

۳. بوسار، آندرو، بزهکاری بین‌المللی، ترجمه نگار رخشانی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵، ص ۶۰

جرائم، نظیر جرائم گمرکی، قاچاق کالا و ارز، قاچاق مواد مخدر، تخریب اسناد دولتی، جعل و... گردد که البته در این موارد زمینه‌سازی برای ارتکاب سایر جرائم اقتصادی نمایان‌تر است.

نتیجه‌گیری

با توجه به موارد گفته شده، در خصوص پیامدهای فساد و رشوه‌خواری بر اقتصاد و اینکه آیا فساد و در رأس آن رشوه موجب رکود اقتصادی و لطمه بر پایه‌های اقتصادی یک مملکت می‌شود یا اینکه خود عاملی برای رشد و توسعه اقتصادی است، بین اقتصاددانان اجماع نظر وجود ندارد. با بررسی نظریات اقتصادی در این خصوص و جمع‌بندی آن‌ها، دو دیدگاه مطرح وجود دارد:

دیدگاه اول که طرفداران آن در اقلیت هستند، معتقدند که فساد و در رأس آن رشوه، کارکردهای مثبتی نظیر تسریع در انجام امور اداری دارد و شیوع آن خود عاملی از مجموع عوامل در زنجیره توسعه اقتصادی جوامع است و وجود رشوه در کوتاه‌مدت عاملی برای تسهیل کارایی است که با دور زدن قوانین و کاهش موانع اداری در فرایندهای اداری صورت می‌گیرد.

تانیز معتقد است فساد این امکان را به کسانی که وقتشان باارزش است می‌دهد تا به‌طور غیرمستقیم به اول صف بیایند یا پروژه‌ها به شرکت‌هایی واگذار گردد که سودآورترین هستند، بنابراین می‌توانند بالاترین رشوه‌ها را بدهند تا به نتایج پربارتری برسند^۱.

همچنین گفته شده، رشوه به‌عنوان «وجه تسریع کار^۲»، تأخیر در حرکت امور اداری را کاهش می‌دهد و از صف‌های انتظار کندرو خدمات عمومی جلو می‌افتد. الگوی صف‌بندی که توجهات برخی را در نوشتارهای نظری به خود جلب نموده، موفقیتی را برای مأمور فاسد به وجود می‌آورد تا بین مراجعان، برحسب ترجیح زمانی، تفاوت قیمت قائل شود. طرح مورد «وجه تسریع کار» در خصوص رشوه از سوی اقتصاددانی به نام لویی، باعث گردیده تا موضوع تحت عنوان «الگوی تعادلی صف‌بندی لویی» شناخته شود^۳.

۱. حسین‌پور، حمیدرضا، همان منبع، صص ۳ و ۱۸

2. Speed Money

۳. باردان، پراناب، مقاله فساد اداری و توسعه، ترجمه جواد روحانی رصاف، مندرج در مجله برنامه‌وبودجه،

دیدگاه دوم که دیدگاه اکثریت است معتقدند فساد برای یک حکومت خوب، نتایج بد و برای یک حکومت بد، نتایج بدتر به بار می‌آورد. این پدیده موجب پراکندگی و ریخت‌وپاش در منابعی می‌شود که می‌توانست در جهت تولید به کار گرفته شود. همچنین فساد هزینه‌های عملیاتی را به قدری بالا می‌برد که موجب محدودیت سرمایه‌گذاری می‌شود. پرناب باردان^۱، با بررسی عمده ایده‌های مطرح‌شده در خصوص کارکرد مثبت رشوه نشان داده است که همه این استدلال‌ها ایرادات جدی دارد و به هیچ‌وجه لازم نیست فقط از موضعی اخلاقی درباره آن‌ها داوری شود. ایشان معتقدند بازارهای فاسد کارایی کمتری نسبت به بازارهای قانونی دارد و وجود رشوه ممکن است سهامداران را به جای ورود به بازار، به ایجاد کارایی کاذب - جایی که تمایل به پرداخت رشوه بالاتر مورد احترام و استقبال قرار گیرد - ترغیب نماید^۲.

نظرسنجی از رهبران کشورهای در حال توسعه نشان داده است که ۶۰٪ آن‌ها فساد را اصلی‌ترین عامل مانع توسعه در کشورشان دانسته‌اند.

به هر شکل با بررسی مبانی و استدلال‌ات اقتصادی و حقوقی صورت گرفته در خصوص هر دو نظریه، نگارنده نیز اعتقاد بر این دارد که تأثیرات فساد و در رأس آن رشوه بر اقتصاد ممالک همواره منفی است و در جاهایی نیز که به ظاهر فساد و رشوه‌خواری، تسریع پاره‌ای امور یا پروژه‌های اقتصادی را در پی دارد، درواقع سایر ابعاد و زوایای آن و ترکش‌های رهاشده از این عمل ناهنجار اجتماعی و اقتصادی و بزه شنیع، موجب لطمه بر پیکره اقتصادی یک مملکت است.

1. Parnab Bardhan

۲. فاضلی، محمد، همان منبع، صص ۴۰ و ۴۱ - محمدرضا حسین‌پور، همان منبع، ص ۱۸

فهرست منابع

۱. آقا بابایی، حسین، «راهبردهای جدید سیاست جنایی در مبارزه با فساد با تأکید بر جرائم ارتشاء و اختلاس»، نامه حقوقی، ۶۱، جلد ۳، شماره ۱، ۱۳۸۶
۲. بوریکن، ژاک، «بزهکاری سازمان‌یافته در حقوق کیفری فرانسه»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۲۲ و ۲۱، زمستان ۱۳۷۶
۳. بوسار، آندرو، «بزهکاری بین‌المللی»، ترجمه نگار رخشانی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵
۴. بلالی، اسماعیل و فرامرز، داوود، «بررسی نظری مسئله فساد اداری» مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۰
۵. حسین پور، حمیدرضا، «بررسی اثر فساد بخش عمومی بر رشد اقتصادی در کشورهای منتخب خاورمیانه با تأکید بر ایران ۲۰۰۰-۱۹۹۶»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته علوم اقتصادی (محض)، دانشکده اقتصاد دانشگاه شیراز، ۱۳۸۷
۶. حسین نژاد، سید مرتضی، «بررسی علل اقتصادی جرم» مجله برنامه‌وبودجه، شماره ۹۵
۷. دبلیو. پا اتی افوسو - اماه و دیگران، «چهارچوب‌های حقوقی مقابله با فساد مالی»، ترجمه احمد رنجبر، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴
۸. رفیع پور، فرامرز، «سرطان اجتماعی فساد»، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶
۹. ستوده تهرانی، حسن - حقوق تجارت، جلد ۴، نشر دادگستر، ۱۳۷۶
۱۰. شاول، استیون، «مبانی تحلیل اقتصادی حقوق»، ترجمه محسن اسماعیلی، معاونت پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸
۱۱. شریعت باقری، محمدجواد، «رشوه و اعمال نفوذ در قراردادهای بین‌المللی»، سایت اطلاع‌رسانی دادگستری استان تهران
۱۲. صباحی، احمد و ملک‌الساداتی، سعید، «اثر کنترل فساد مالی بر رشد اقتصادی»، فصلنامه پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۵۳، زمستان ۱۳۸۸
۱۳. طارم سری، مسعود - «حقوق بازرگانی بین‌المللی»، شرکت چاپ و نشر بازرگانی وابسته به مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۹
۱۴. غریب پور جهان‌آباد، قدرت، «ابعاد جرم‌شناسی و حقوقی جرائم سازمان‌یافته»، پایان‌نامه

کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات فارس،

۱۳۸۹

۱۵. غلامی نتاج امیری، سعید، «مفاسد اقتصادی - ریشه‌ها و راهکارها»، مأوی، جلد دوم،

معاونت اجتماعی و پیش‌گیری از وقوع جرم قوه قضائیه، ۱۳۸۳

۱۶. فاضلی، محمد، «مقدمه‌ای بر سنجش فساد» مرکز افکار سنجی دانشجویان ایران، انتشارات

معاونت پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸

۱۷. قنبری، علی و صادقی، حسین، «تحولات اقتصادی ایران ۱»، سازمان مطالعه و تدوین

کتاب علوم انسانی (سمت)، تهران ۱۳۸۶

۱۸. مایه، پیر، «رشد اقتصادی»، ترجمه علی‌محمد فاطمی قمی، سازمان انتشارات و آموزش

انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹

۱۹. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «طرح پژوهشی حکمرانی خوب»، ۱۳۸۷

۲۰. میرمحمد صادقی، حسین، «حقوق جزای بین‌الملل - مجموعه مقالات»، نشر میزان،

۱۳۷۷

۲۱. ناطقی، محمدرضا - (بررسی اثر فساد مالی بر نابرابری و رشد اقتصادی)، پایان‌نامه

کارشناسی ارشد در رشته علوم اقتصادی، دانشکده علوم اقتصادی و اداری دانشگاه مازندران

۲۲. هادیان، ابراهیم، «پول‌شویی و اثرات اقتصادی آن»، مندرج در مجموعه سخنرانی‌ها و

مقالات همایش بین‌المللی مبارزه با پول‌شویی، شیراز ۱۳۸۲

۲۳. یوکش، آتال، «فقر و مشارکت در جامعه مدنی»، ترجمه ایرج باد، انتشارات سروش، ۱۳۷۹

هنر حقوقی دیباچه قانون اساسی

دکتر محمد امامی^۱، حمید شاکری^۲، علی اصغر فدایی^۳

چکیده

ارزش حقوقی دیباچه قانون اساسی در همه نظام‌های حقوق اساسی مطرح است حتی در بعضی نظام‌ها که دیدگاه‌های حقوقی غلبه دارد مراجع قضایی عمومی فرصت اظهارنظر در این مسئله را پیدا نموده‌اند که این مورد محرک دگرترین برای طرح نظری آن شده است. در این بین برخی آن را واجد ارزش سیاسی و بعضی دیگر آن را واجد ارزش حقوقی و قابل استناد دانسته‌اند. در ایران، به مسئله اعتبار حقوقی دیباچه پرداخته نشده، این مسئله شاید ناشی از جوان بودن قانون اساسی ایران باشد اما در همان نظرات مطرح شده بیشتر بر این نکته تأکید شده است که دیباچه قانون اساسی فاقد قابلیت استنادپذیری است هرچند یکی از منابع مهم تفسیر قانون اساسی به‌شمار می‌آید.

علت این امر وجود ضعف‌های زبان حقوقی در محتوای دیباچه قانون اساسی و تأکید خبرگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر غیرقابل استناد بودن مقدمه و نیز فقدان استناد به آن از سوی شورای نگهبان است در ظاهر این سند از سوی شورای نگهبان مورد توجه قرار نگرفته است؛ اما این امر مانع از اعطای نقش مرجعیت هنجاری برای استناد به آن در آینده نیست. در این مقاله، نویسنده‌گان کوشیده‌اند ضمن بیان نظرات متعددی که در مورد ارزش حقوقی دیباچه قانون اساسی وجود دارد، حقوق و آزادی‌های بنیادینی که در دیباچه مورد اشاره قرار گرفته را مطرح نموده و سپس به بررسی دیدگاه صاحب‌نظران حقوق در مورد ارزش حقوقی دیباچه قانون اساسی در ایران بپردازند در این راستا، مذاکرات خبرگان قانون اساسی مورد توجه قرار گرفت و در پایان آراء و نظرات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان در مورد حقوق و آزادی‌های بنیادینی که در دیباچه آمده، مورد ارزیابی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: قانون اساسی، دیباچه قانون اساسی، آزادی‌های بنیادین، شورای نگهبان، خبرگان قانون اساسی.

۱. دانشیار و عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز.

۲. دانش‌آموخته حقوق عمومی دانشگاه شیراز. مدرس دانشگاه.

۳. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز. وکیل پایه یک دادگستری.

دیباچه

دیباچه قانون اساسی نشان‌دهنده تفکر و دیدگاه‌های احزاب و گروه‌های مختلف در شکل‌گیری ساختار سیاسی یک کشوری باشد.^۱ هرچند مقدمه قانون اساسی ایران متنی با یک بافت واحد نیست اما در این متن می‌توان انواع زبان ادبی و توصیفی زبان تاریخی و زبان حقوقی را مشاهده نمود. البته نمی‌توان از تأثیرگذاری ادبیات بر حقوق غافل شد؛ چراکه حقوق و ادبیات خویشاوندی آشکاری دارند و می‌توان این رابطه را در دو جمله خلاصه نمود: فرهنگ هر ملتی با حقوق آن ملت آمیخته است و حقوق هر ملت نیز به نحو بسیار نزدیکی به فرهنگ آن ملت بستگی دارد.^۲ همچنین حقوق در ادبیات، بیان‌کننده اصول یک جامعه عادلانه است.^۳ این مقدمه در فرازهای مختلف، به‌ویژه در قسمت‌های طلّیعه نهضت، حکومت اسلامی، خشم ملت، بهایی که ملت پرداخت فقط به بیان حوادث منجر به انقلاب اسلامی پرداخته است که فاقد ارزش و اعتبار حقوقی می‌باشند و جای بحث در مورد آن‌ها در این تحقیق شاید نباشد؛ اما در بسیاری از موارد، این مقدمه به تبیین حقوق و آزادی‌های بنیادین ملت و همچنین شیوه اعمال حاکمیت از سوی نهادهای حقوقی پرداخته است. به‌هرحال پرسش اصلی اینجاست که آیا این گزاره‌ها دارای ارزش هنجارهای حقوقی می‌باشند که بتوانند مورد استناد دادرس اساسی واقع شوند یا خیر؟

به‌هرحال بایستی در نظر داشت که دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی با خیل عظیمی از واژگانی روبه‌روست که تعریفی از آن نشده و در حدودو ثغور آن‌ها اختلافات بسیار است و این مسئله منجر به ایجاد ابهام گردیده است. برای نمونه؛ «انسان مکتبی»، از مفهوم کلی مقدمه قانون اساسی این‌گونه فهمیده می‌شود که حرکت به‌سوی الله فقط از عهده انسان‌های مکتبی برمی‌آید؛ یا منظور از «امت مسلمان» در قسمت و سایل ارتباط جمعی در عبارت «... امت مسلمان با انتخاب مسئولین کاردان و نظارت مستمر بر کار آنان به‌طور فعالانه در ساختن جامعه اسلامی مشارکت جویند...» مشخص نیست که آیا منظور کل یک

1. Balkin J.M. 2009, "Framework Originalism and the Living Constitution" in Northwestern Law Review, 103(2).p.552 / Lessig L. 1993, "Fidelity in Translation" in Texas Law Review, 71(6).pp.1174-1178.

۲. مالوری، فیلیپ. ادبیات و حقوق. ترجمه مرتضی کلانتریان. تهران: نشر آگه. ۱۳۸۱. ص ۸.

۳. همان، ص ۹.

میلیارد مسلمان عالم است یا منظور مسلمانان با تابعیت ایرانی است؟ یا به عنوان مثال وظیفه رهبری در تضمین عدم انحراف سازمان‌های مختلف از وظایف اصیل اسلامی که در قسمت ولایت فقیه عادل آمده است. اول سازمان‌های مختلف چه سازمان‌هایی هستند؟ همه سازمان‌ها یا سازمان‌هایی خاص؟ دوم دخالت رهبر در امور سازمان‌ها آیا مخالف اصل حاکمیت قانون و یا اصل تفکیک قوا نیست؟ سوم نحوه انجام وظیفه رهبری در این خصوص به چه صورت است؟

به هر حال بسیاری از گزاره‌ها در متن دیباچه قانون اساسی دارای ابهام می‌باشند و حدود و ثغور آن‌ها را به درستی نمی‌توان تعیین نمود این ابهام شاید از طرفی باعث ایجاد عدم امنیت برای شهروندان و سیستم حقوقی کشور باشد.

البته برخی از حقوق دانان بر این باورند که ویژگی هنجاری مختص بخش خاصی از دیباچه قانون اساسی نیست و این خصیصه همه بخش‌های قانون اساسی را دربردارد. برای نمونه:

«در ایران می‌توان بر ارزش هنجاری تمام قسمت‌های قانون اساسی و برتری آن بر سایر هنجارهای حقوقی اعتقاد داشت. دیگر نمی‌توان با برخی از حقوق دانان همراه شد و بر اجرای قانون عادی در صورت مخالفت آن با قانون اساسی نظر داد. ضرورت نظارت شورای نگهبان بر اساسی بودن مصوبات مجلس شورای اسلامی (اصول ۷۲ و ۹۴ قانون اساسی) هیچ‌گونه تردیدی را درباره ارزش هنجاری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به جا نمی‌گذارد^۱». یا «قانون اساسی هنجار برتر نظم حقوقی است و انسجام این نظم تبعیت قواعد فروتر از قواعد برتر را می‌طلبد^۲».

البته از دید این صاحب نظران چون کل متن قانون اساسی به تصویب مردم رسیده است کلیه قسمت‌های آن دارای ارزشی یکسان است و همین عامل برای اعطاء ویژگی هنجاری به مقدمه قانون اساسی کافی است و لازم نیست قانون اساسی را به لحاظ زبان‌شناسی مورد تجزیه و تحلیل قرار داد تا میان بخش‌های آن قائل به تمایز ارزشی و

۱. تقی زاده، جواد. مسئله اساسی سازی نظم حقوقی. مجله پژوهش‌های حقوقی. شماره ۱۱. ۱۳۸۶. ص ۱۳۰.

۲. قاضی (شریعت پناهی)، ابوالفضل. قانون اساسی سیر مفهوم و منطق از دید تطبیقی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. شماره ۲۸. ۱۳۷۱. ص ۶۱.

اعتباری شویم. مطابق این نظر دادرسی اساسی خواهد توانست در متون و اصولی از قانون اساسی که دارای ابهام می‌باشند نظر خود را مطابق با شرایط روز و شرایط مورد نیاز جامعه لحاظ نماید.

از سوی دیگر برخی از حقوق‌دانان معتقد به ارزش هنجاری تمام قسمت‌های دیباچه قانون اساسی نبوده‌اند.^۱ این نظر با آنچه در مورد ویژگی‌های زبان‌ساختی دیباچه قانون اساسی مورد بررسی قرار دادیم شاید نزدیک‌تر باشد. چون به فرض شناسایی عنوان هنجاریت برای گزاره‌های دیباچه قانون اساسی، این گزاره‌ها به لحاظ فقدان ساختار زبانی حقوقی در اجرا همراه با مشکل مواجه خواهند بود.

نویسندگان با روش توصیفی - تحلیلی و با کمک منابع معتبر کتابخانه‌ای و اسناد و مدارک معتبر در پی پاسخگویی به این پرسش‌ها هستند که؛ ۱. آیا دیباچه قانون اساسی را شورای نگهبان در آراء و نظرات خود مورد استناد قرار می‌دهد؟ ۲. دیدگاه صاحب‌نظران حقوق، در مورد ارزش حقوقی دیباچه قانون اساسی چیست؟

۱. دیدگاه‌هایی در باب اعتبار حقوقی مقدمه قانون اساسی

۱.۱. نظریه برتری مقدمه بر قانون اساسی

برخی از صاحب‌نظران حقوق، بین قواعد حقوقی قائل به گونه‌ای سلسله‌مراتب هستند. به‌عنوان مثال قانون اساسی را شامل دو گونه قاعده می‌دانند: یکی قواعد فرا دستوری که احکام آن بر سایر هنجارهای قانون اساسی تحمیل می‌شود و دیگری قواعد اساسی معمولی. اعلامیه‌های حقوق و یا اصول و یا موادی را که مشتمل بر حقوق فردی و فطری و روابط اساسی جامعه هستند، از مقوله قواعد فرا دستوری می‌پندارند.^۲ این دیدگاه که یک دیدگاه ماهیت‌گرا به قواعد حقوقی هست قواعد حقوقی را فارغ از اینکه این قواعد در اصول قانون اساسی یا در دیباچه آن جای گرفته باشند مورد توجه قرار داده است و

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مقدمه عمومی علم حقوق. چاپ سوم. تهران: گنج دانش. ۱۳۷۱. ص ۳۷.

۲. قاضی (شریعت پناهی)، سید ابوالفضل. حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. چاپ دهم. تهران: نشر میزان. ۱۳۸۳. ص ۱۱۲.

بایستی در نظر داشت در این دیدگاه علت ارزش و اعتبار فراقانونی مقدمه و یا اعلامیه حقوقی توجه این اسناد به حقوق بنیادین بوده است.

۲.۱. نظریه نفی اعتبار حقوقی مقدمه

بسیاری از قوانین اساسی دنیا بدون مقدمه و هیچ‌گونه توضیحی مطالب آن از اصل اول شروع می‌شود و طبق یک تقسیم‌بندی پیش می‌رود. نویسندگان این نوع قوانین اساسی بر این باورند که کلمات هر قانون به خصوص قانون اساسی دارای ارزش خاصی است و باید هر عبارت و کلمه مطابق معنایی که از آن منظور است به کار برده شود و با این ترتیب جایی برای مقدمه نویسی باقی نمی‌ماند و گذاشتن مقدمه برای قانون اساسی باعث ابهام و اختلاف نظر می‌گردد.^۱ برخی دیگر بر این باورند که مقدمه قانون اساسی و اصول مندرج در آن تنها بیانگر ایدئولوژی سیاسی حکومت است و به هیچ‌وجه ارزش قواعد حقوقی و ضمانت اجرایی ندارد.^۲ هدف قانون اساسی به معنی اخص کلمه تعیین اصول و قواعد کلی سازمان قوای عالی مملکتی و نحوه اعمال و اجرای آن است. قانون اساسی در معنی اخص کلمه شامل قواعد و احکام حقوقی است که دارای ضمانت اجراست، در صورتی که مقدمه و یا اعلامیه به طور معمول شامل اصول کلی و هدف‌ها و آرمان‌هاست که باید الهام‌بخش قانون‌گذار عادی باشد.^۳ از نظر برخی مقدمه قانون اساسی دارای اعتبار و ارزش حقوقی در سلسله مراتب هنجارها و هم‌عرض خود قانون نیستند. تنها ممکن است مقدمه برای تبیین و کشف قصد قانون‌گذار اساسی مورد استفاده قرار گیرد. بر این اساس هر کس می‌تواند با مطالعه مقدمه نوع قانون اساسی و مختصات نظام را بشناسد و در واقع مقدمه آئینه تمام‌نمایی است که به شناخت و درک بهتر قانون اساسی کمک می‌کند.

از این رو قانون اساسی می‌تواند تا آنجا که به قواعد حقوق اساسی مربوط می‌شود اصولی را در رابطه با ایدئولوژی و مسائل فرهنگ عمومی، چه به صورت قواعد و اصول مشخص و یا به عنوان مبانی قانون‌ساز و منابع قوانین عادی در برداشته باشد.

۱. مدنی، سید جلال‌الدین. کلیات حقوق اساسی. چاپ دهم. تهران: انتشارات پایدار. ۱۳۸۵. ص ۲۸.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر. حقوق اداری. چاپ نهم. تهران: انتشارات سمت. ۱۳۸۳. ص ۴۰۴.

۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر. حقوق اساسی. تهران: انتشارات میزان. ۱۳۸۰. ص ۱۷۹.

از آنجاکه ایدئولوژی‌ها و اصول سیاست‌های فرهنگ عمومی، نقش مستقیم در تصویر نوع حاکمیت و منشأ دولت و حدود اختیارات نهادها دارند، از اهم مسائل حقوق اساسی به شمار می‌آیند. به‌طور معمول این نوع اصول زیربنایی که نقشی تعیین‌کننده، در تنظیم نهادهای عمومی حکومت دارند در بخش اول قانون اساسی تحت عنوان کلیات، مقدمه و اصول حاکم ذکر می‌شوند تا مبنای تفسیر صحیح اصول دیگر قانون اساسی باشد.

۱.۳. نظریه حد وسط و ارزش معادل قانون اساسی

برخی اندیشمندان حقوقی بر این باورند که چون مقدمه قانون اساسی مانند سایر بخش‌های آن به تصویب قوه مؤسس کشور رسیده است، دلیلی ندارد که بین آن و سایر بخش‌های قانون اساسی فرق گذاشته شود: بدین ترتیب که برای بخشی از قانون اساسی ارزش حقوقی و برای بخشی دیگر تنها ارزش اخلاقی قائل باشیم^۱. البته در مواردی مانند قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه که مقدمه دربردارنده هنجارها و قواعد حقوقی بوده و الزام‌آور بودن این هنجارها مورد شناسایی مرجع صیانت از قانون اساسی قرار گیرد، مقدمه دارای اعتباری برابر با متن قانون اساسی خواهد بود.

حد وسط دو نظریه اول و دوم آن است که اسنادی چون اعلامیه‌های حقوق بشر دارای ارزشی معادل قانون اساسی بوده، لکن بر آن برتری و تفوقی نداشته باشد. در تأیید این نظریه می‌توان به شواهد زیر استناد نمود:

۱. تأکید بر اعتبار مفاد اعلامیه حقوق بشر فرانسه در قانون اساسی آن کشور، به‌ویژه قانون اساسی مصوب سال ۱۹۵۸ که این خود به معنی هم‌ترازی اعلامیه‌ها با قانون اساسی است.

۲. دستگاه قضایی آمریکا به همان میزان که به اصول قانون اساسی کشور تأکید دارد، مفاد اعلامیه حقوق بشر آمریکا را نیز، به‌عنوان چارچوب اصلی قوانین کشور، مورد رعایت و احترام قرار می‌دهد و در تجدیدنظرهای قانون اساسی مانند سال ۱۷۹۱، در عمل بخشی از اعلامیه حقوق فوق در متن قانون اساسی گنجانده شده است.

۱. طباطبایی مؤتمنی. پیشین. ۱۳۸۳. ص ۴۰۴.

۲. حقوق بنیادین در مقدمه قانون اساسی ایران

حقوق اساسی هر ملتی از باورها، ارزش‌ها و آرمان‌های آن ملت اثر می‌پذیرد و اساسی‌ترین حقوق فردی و اجتماعی افراد را شامل می‌شود. این حقوق برای هر یک از اعضای جامعه به رسمیت شناخته شده است.^۱ در بسیاری از کشورها مراجع رسمی تفسیر قانون اساسی در تفسیر خود به جستجوی آن‌ها در دیباچه قانون اساسی پرداخته‌اند.^۲

دیباچه قانون اساسی ایران این حقوق و آزادی‌ها را در حین بیان برنامه‌ها و خط‌مشی‌های کلی نظام گنجانده است. در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ضمن شرح مختصری از مبارزات و طلیعه نهضت اسلامی ملت ایران، عوامل و زمینه‌های اصلی انقلاب اسلامی، رهبری مذهبی و سیاسی مرحوم امام و یادآوری نقش مردم در استقرار نظام جمهوری اسلامی عناوین ذیل در ارتباط با حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد ملت مورد توجه قانون‌گذار اساسی قرار گرفته است:

۲.۱. منع هرگونه استبداد فکری

منع استبداد فکری را در معنی مخالف آن می‌توان آزادی فکری یا آزادی اندیشه دانست. اینکه مقدمه قانون اساسی این مهم را به‌صورت مطلق و کلی به‌کاربرده و از ذکر مصادیق آن اجتناب کرده شایان توجه هست. در مورد اینکه آزادی اندیشه چیست و بر چه مصادیقی استوار است حقوق‌دانان نقدهای متفاوتی را از این مقوله عنوان داشته‌اند گاه از آن تحت عنوان چهار آزادی سخن گفته‌اند: آزادی عقیده و آیین، آزادی آموزش و پرورش، آزادی اخبار و اطلاعات و آزادی نمایش^۳ و گاه معتقدند «هرچند که آزادی فکر را می‌توان در عنوان واحدی خلاصه کرد؛ اما در اندرون این عنوان، سلسله آزادی‌های مشخصی قابل طرح است

۱. شاکری، حمید. تأملی بر حقوق سیاسی زنان در ایران با تأکید بر قانون اساسی. مجموعه مقالات اولین

کنگره بین‌المللی فرهنگ و اندیشه دینی. جلد دهم. تهران: موسسه سفیران فرهنگی مبین. ۱۳۹۳. ص ۴۱۶.

2. Hogg P.W(2006). "Canada: From Privy Council to Supreme Court" in Goldsworthy J. (ed.), Interpreting Constitutions: A Comparative Study, Oxford University Press, Oxford.p.78.

۳. قاضی (شریعت پناهی). پیشین. ۱۳۸۳. ص ۵۶۱.

که در آن شهروندان در جلوه‌های مختلف به اندیشه و تلاش می‌پردازند و هریک نظام حقوقی خاصی را طلب می‌کند آزادی عقیده و آزادی مذهب و آزادی بیان اطلاعات از جمله حقوق طبیعی است که حقوق موضوعه آن را تضمین و حدود آن را مشخص می‌نماید^۱.

۲.۲. منع انحصار اقتصادی

انحصار عبارت است از اختصاص دادن و محدود کردن برخی از فعالیت‌های تولیدی، صنعتی و خدماتی در دست افراد و گروه‌های خاص و یا دولت به ترتیبی که عموم مردم نسبت به آن مجاز به فعالیت و یا رقابت نباشند. دیباچه قانون اساسی انحصار اقتصادی را در هر شکل خود ممنوع نموده است. در این رابطه بند ۵ اصل ۴۳ نیز بر این مورد صحت گذاشته است^۲؛ اما آنچه قابل تأمل به نظر می‌رسد این است که بر پایه اصل ۴۴ قانون اساسی اقتصاد کشور بر سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی استوار است. در بخش دولتی این گونه آمده است: «... بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر بازرگانی خارجی معادن بزرگ بانکداری بیمه تأمین نیرو سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون و تلگراف و تلفن هواپیمایی کشتیرانی و راه و راه‌آهن و مانند این‌هاست که به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت است». در این مورد باید متذکر شد که انحصار دولتی روال معمولی است که به دلایل اجتماعی و سیاسی و اداری با در نظر گرفتن مصالح کلی دولت و منافع جمعی ملت صورت می‌گیرد. نظم عمومی کنترل قیمت‌ها توزیع صحیح و عادلانه جلوگیری از نفوذ بیگانگان ممانعت از تکاثر و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص و نظایر آن از جمله اهداف توجیه‌کننده انحصارات دولتی به شمار می‌رود. از این نوع انحصار که بگذریم انحصارات دیگری وجود دارد که به‌طور معمول نظام سرمایه‌داری بر جامعه تحمیل می‌کند. در این حالت شرکت‌های بزرگ که با سرمایه کلان خود میدان وسیعی از فعالیت‌های اقتصادی را در دست می‌گیرند، اقتصاد کشور را دست‌خوش ابتکارات و منافع افراد و گروه‌های خاص می‌نمایند و بدین وسیله راه بر هرگونه فعالیت و رقابت مؤثر افراد و اشخاص

۱. هاشمی، سید محمد. حقوق بشر و آزادی‌های اساسی. تهران: نشر میزان. ۱۳۸۴. ص ۳۲۱.

۲. هاشمی، سید محمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد اول. چاپ هفتم. تهران: نشر میزان. ۱۳۸۵. ص ۳۸۰.

کم سرمایه می‌بندند و آن‌ها را که مستعد کار و فعالیت در جهت رفاه جامعه‌اند از حرکت و فعالیت بازمی‌دارند و موجب بی‌حرکی آن‌ها و مانع نائل شدن جامعه به عدالت اقتصادی می‌شوند. در این چنین حالتی تولید و عرضه و تعیین قیمت کالا و فروش در انحصار این گونه شرکت‌ها و مؤسسات خاص قرار می‌گیرد و آسایش جامعه را تحت شعاع قرار می‌دهد.^۱

۳.۲. مشارکت عمومی

مشارکت فرایندی است که طی آن افراد، گروه‌ها و سازمان‌ها در انجام طرح‌ها و برنامه‌ها با هم به صورت فعال همکاری می‌کنند. با گسترش معنای مشارکت و راه یافتن آن به تمام عرصه‌های زندگی، امروز نیاز ضروری و اساسی، ایجاد شرایطی است که در آن تمام مردم بتوانند در تعیین سرنوشت سیاسی خویش^۲، دخالت آگاهانه و واقعی پیدا کنند.^۳ قانون اساسی نیز با توجه و تأکید بر مشارکت همه‌جانبه مردم^۴ جمهوری بودن نظام را متکی بر آن از طریق انتخابات و همه‌پرسی دانسته است. در این خصوص زمامداری و اداره کشور ما به اتکای آراء عمومی است^۵ و تعیین رهبر توسط خبرگان منتخب مردم^۶ و انتخابات ریاست‌جمهوری^۷، مجلس شورای اسلامی^۸ و شوراهای محلی^۹، به‌طور مستقیم با

۱. بناءرضوی، مهدی. طرح تحلیلی اقتصاد اسلامی. انتشارات آستان قدس رضوی. ۱۳۶۷. ص ۱۳۹.

۲. برای اطلاع بیشتر رجوع کنید به:

- شاکری، حمید و فدایی، علی‌اصغر. تحلیلی بر گفتمان حقوق شهروندی با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. نشریه کانون وکلا دادگستری منطقه فارس. شماره ۵. بهار ۱۳۹۳. صص ۲۳۱-۲۳۲.

۳. هاشمی، سید محمد و همتی، مجتبی و اسماعیل‌زاده، حسن. حقوق شهروندی و توسعه مشارکتی. مجله تحقیقات حقوقی شماره ۵۰. ۱۳۸۸. ص ۵۲.

۴. بند هشتم اصل ۳ قانون اساسی.

۵. اصل ۶ قانون اساسی.

۶. اصل ۱۰۷ قانون اساسی.

۷. اصل ۱۱۴ قانون اساسی.

۸. اصل ۶۲ قانون اساسی.

۹. اصل ۱۰۰ قانون اساسی.

مردم است. همچنین رسمیت دولت موکول به پیشنهاد رئیس‌جمهور و مجلس شورای اسلامی است.^۱

۴.۲. حق بر تأمین اجتماعی

در قسمت اقتصاد و سیله است نه هدف برنامه اقتصادی دولت این چنین شرح داده شده است:

«اقتصاد اسلامی به منظور رفع نیازهای ضروری انسان تأمین امکانات مساوی، ایجاد کار و فراهم کردن زمینه مناسب برای بروز خلاقیت‌های متفاوت انسانی»
حقوق اجتماعی به یک سلسله حقوقی اطلاق می‌شود که به منظور رفع بی‌عدالتی‌های اجتماعی و اقتصادی برای فرد شناخته شده است و این بی‌عدالتی‌ها ناشی از شرایط اقتصادی و اجتماعی حاکم بر جامعه و محیطی است که فرد در آن زندگی می‌کند.
«تأمین اجتماعی بر اساس اصل مسئولیت متقابل همگانی از پایه‌های اصلی عدالت اجتماعی است که در آن افراد مهم مسئول حمایت از یکدیگرند و توانگران موظف به تأمین زندگی تنگدستان و درماندگان می‌باشند، این تکلیف اجتماعی در دین اسلام به این ترتیب مورد توجه قرار گرفته است که مسلمانان همه به منزله یک تن واحدند».^۲

دیباچه قانون اساسی ذیل عنوان «اقتصاد و سیله است نه هدف» در این زمینه مقرر داشته است: «با این دیدگاه برنامه اقتصاد اسلامی فراهم کردن زمینه مناسب برای بروز خلاقیت‌های متفاوت انسانی است و بدین جهت تأمین امکانات مساوی و ایجاد کار برای همه افراد و رفع نیازهای ضروری جهت استمرار حرکت تکاملی او بر عهده حکومت اسلامی است». بر این اساس می‌توان اهم حقوق بنیادینی را که دیباچه در این قسمت در زمینه حقوق اقتصادی و اجتماعی مقرر داشته است را در سه عنوان تأمین امکانات مساوی و متناسب، ایجاد کار، رفع نیازهای ضروری لحاظ نمود.

۱. اصول ۸۷ و ۱۳۰ قانون اساسی.

۲. هاشمی، پیشین. ۱۳۸۵. ص ۸۱.

۳. هاشمی، سید محمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد دوم. چاپ بیست و سوم. تهران: نشر دادگستر. ۱۳۹۱. ص ۴۸۸.

۲.۵. توجه و تأکید بر مقام زن در پذیرش مسئولیت های خطیر خانوادگی و اجتماعی

در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی موقعیت زنان این گونه تبیین شده است: «در ایجاد بنیان های اجتماعی اسلامی، نیروهای انسانی که تاکنون در خدمت استثمار همه جانبه غرب بودند هویت اصلی و حقوق انسانی خود را باز می یابند و در این بازیابی طبیعی است که زنان به دلیل ستم بیشتری که تاکنون از نظام طاغوتی متحمل شده اند استیفای حقوق آنان بیشتر خواهد بود. خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و توافق عقیدتی و آرمانی در تشکیل خانواده که زمینه ساز اصلی حرکت تکاملی و رشد یابنده انسان است اصل اساسی بوده و فراهم کردن امکانات جهت نیل به این مقصود از وظائف حکومت اسلامی است، زن در چنین برداشتی از واحد خانواده از حالت (شیئی بودن) و یا (ابزار کار بودن) در خدمت اشاعه مصرف زدگی و استثمار خارج شده و ضمن بازیافتن وظیفه خطیر و پرارج مادری در پرورش انسان های مکتبی پیش آهنگ و خود هم رزم مردان در میدان های فعال حیات هست و در نتیجه پذیرای مسئولیتی خطیرتر و در دیدگاه اسلامی برخوردار از ارزش و کرامتی والاتر خواهد بود».

۲.۵.۱. احقاق حقوق زنان

در ایران اسلامی مسئله مهم در تبیین تدوین و اصلاح و تغییر مقررات مربوط به وضعیت زن و حقوق سیاسی و اجتماعی او روشن ساختن دیدگاه اسلام در این زمینه است زیرا طبق اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات در همه زمینه ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد؛ بنابراین، تأمین حقوق زن و یکسان بودن او با مرد، مقید به رعایت موازین اسلام شده است.^۱ در یک دید کلی دین اسلام عنایت به برابری موقعیت زن و مرد

۱. مهرپور، حسین. نظری بر مقام زن و حقوق اجتماعی او از دیدگاه قرآن مندرج در حقوق بشر در اسناد بین المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران. تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۴. ص ۲۱۷.

دارد از جمله آنکه منشأ واحدی برای خلقت و اصل انسانیت آن‌ها قائل است^۱ و مردان و زنان مؤمن را در امر به معروف و نهی از منکر و اقامه نماز و ادای زکات یار و یاور یکدیگر قلمداد می‌کند^۲ و بالاخره در بیان هویت افراد انسانی، زنان و مردان آفریدگان همانندی هستند که با یکدیگر مجموعه تیره‌ها و قبایل را تشکیل می‌دهند و هیچ‌یک (زن یا مرد) را جز به تقوا بر دیگری برتری نیست.^۳

قانون اساسی بنا به دیباچه خود نیز اصول چندی را نسبت به استیفا و برابری حقوق زنان با مردان مورد توجه قرار داده است. در همین ارتباط «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید» و برای «ایجاد زمینه مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او» تدابیر لازم را اتخاذ نماید^۴. همچنین منزلت برابر زن و مرد مورد توجه قرار گرفته و دولت موظف به: «تأمین حقوق همه جانبه افراد از زن و مرد و... تساوی عموم در برابر قانون» شده است^۵؛ بنابراین همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی و سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند^۶. به همین جهت هر جا که قوانین اسلامی تمایزات حقوقی خاصی را بین زنان و مردان قائل است، نظام جمهوری اسلامی نسبت به آن متعهد و وفادار خواهد بود. به هر حال بایست در نظر داشت که در کل، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حق برابری سیاسی و اجتماعی زن و مرد را به رسمیت شناخته است. با تأملی در متون فقه خواهیم دید که شرط مرد بودن تنها برای رهبری که مسئولیت حکومت بر عهده دارد ضروری تشخیص داده شده است اگرچه قانون اساسی در

۱. نساء/ ۱.

۲. توبه/ ۷۱.

۳. حجرات، آیه ۱۳.

۴. اصل بیست و یکم قانون اساسی.

۵. بند چهاردهم اصل سوم قانون اساسی.

۶. اصل بیستم قانون اساسی.

این مورد ساکت است. به هر حال، به استثنای رهبری که منصبی ولایی است تصدی دیگر مناصب اجرایی کشور به وسیله زنان، نه منع شرعی دارد و نه منع قانونی^{۲.۱}

۲.۵.۲. فراهم کردن امکانات برای حمایت از خانواده

در دیباچه قانون اساسی آمده است: «... خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و توافق عقیدتی آرمانی در تشکیل خانواده که زمینه ساز اصلی حرکت تکاملی و رشد یابنده انسان است اصل اساسی بوده و فراهم کردن امکانات جهت نیل به این مقصود از وظایف حکومت اسلامی است».

۳. اصول سازمان دهنده نظام سیاسی در مقدمه قانون اساسی

آنچه از حقوق نهادی در ذیل بیان می شود در واقع اصولی است که به طور پراکنده در دیباچه قانون اساسی مورد توجه قرار داده و بدین لحاظ ممکن است به غیر از اصولی که در ادامه مورد بررسی قرار می گیرد سایر محققان بر اصولی به غیر از این اصول نیز پافشاری نمایند.

۳.۱. ولایت فقیه

در مقدمه قانون اساسی ذیل عنوان ولایت فقیه این گونه آمده است:
«بر اساس ولایت امر و امامت مستمر قانون اساسی زمینه تحقق رهبری فقیه جامع الشرایطی را که از طرف مردم به عنوان رهبر شناخته می شود آماده می کند تا ضامن

۱. شاکری. پیشین. تأملی بر حقوق سیاسی زنان... ۱۳۹۳. ص ۴۱۶.

۲. به هر حال اگر زنان دارای شرایط مطروحه در قانون باشند می توانند مناصب اجرایی را تصاحب نمایند و هیچ منع قانونی و شرعی وجود ندارد. در مورد ریاست جمهوری نیز بایستی توجه داشته باشیم، گرچه اختلاف نظر است ولی به نظرمی آید با توجه به اصل جواز و اصل تساوی که از اصول فقهی می باشند و همچنین با توجه به اصول نهم، نوزدهم، بیستم، پنجاه و ششم و روح کلی حاکم بر قانون اساسی، رجال سیاسی و مذهبی مطرح شده در اصل یکصد و پانزدهم قانون اساسی شخصیت سیاسی و مذهبی باشد تا جنسیت؛ که در این صورت زنان همانند مردان می توانند برای ریاست جمهوری، نامزد بشوند.

عدم انحراف سازمان‌های مختلف از وظایف اصیل اسلامی خود باشد». بر طبق آنچه بیان شده است به سه اصل کلی اشاره شده است:

اول: شرایط و صفات رهبر: هرچند در مقدمه شرایط رهبر فقاقت جامع‌الشرایط دانسته اما قانون اساسی در اصل پنجم و یک‌صد و نهم خود شرایط فقیه‌ای که بتواند عهده‌دار ولایت مسلمانان و امت شود را چنین برمی‌شمرد: فقاقت، عدالت، تقوی متخصص سیاسی و آگاهی نسبت به امور زمان، شجاعت و قاطعیت و مدیریت و باتدبیر و عاقبت‌اندیش^۱.

به نظر می‌رسد قانون اساسی با سایر شرایطی که به‌غیر از فقاقت در مورد صفات رهبر بیان نموده می‌توان گفت که به‌نوعی به تشریح و توضیح عنوان «جامع‌الشرایط» که در مقدمه به آن اشاره نموده، پرداخته است^۲.

۲.۳. قانون‌گذاری بر مبنای قرآن و سنت

در مقدمه قانون اساسی در قسمت شیوه حکومت در اسلام آمده است:

«...در ایجاد نهادها و بنیان‌های سیاسی که خود پایه تشکیل پایه جامعه است بر اساس تلقی مکتبی، صالحان عهده‌دار حکومت و اداره مملکت می‌گردند و قانون‌گذاری که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است بر مدار قرآن و سنت، جریان می‌یابد؛ بنابراین نظارت دقیق و جدی از ناحیه اسلام شناسان عادل و پرهیزکار و متعهد (فقهای عادل) امری محتوم و ضروری است...».

در تفکر رایج اسلامی مبنای مشروعیت قوانین اراده الهی و خواست خداوند است و قوانینی مشروعیت دارند و تحمیل آن‌ها بر افراد جامعه مجاز است که وحی الهی بوده یا ریشه در وحی الهی داشته باشند. بسیاری از احکام مربوط به مسائل حقوقی و جزایی در

۱. شعبانی، قاسم. حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران. چاپ دهم. تهران: انتشارات اطلاعات. ۱۳۸۱. ص ۱۳۰.

۲. برای اطلاع بیشتر رجوع کنید به:

۱. شاکری، حمید. ولایت‌فقیه و قانون اساسی. مجموعه مقالات اولین کنگره ملی تفکر و پژوهش دینی. اداره کل تبلیغات فرهنگ اسلامی اردبیل. ۱۳۹۳. صص ۲۰-۳.

قرآن و سنت پیامبر (ص) که ناشی از وحی الهی است بیان شده است و کسی نمی‌تواند برخلاف آن‌ها حکمی بدهد و قانونی وضع نماید. مواردی هم که حکم روشن و خاصی برای آن‌ها در قرآن و سنت موجود نیست، باید عالمان دین‌شناس و واقف به مبانی و اصول مذهبی، حکم آن‌ها را از کلیات و اصولی که در شرع وجود دارد، به دست آورند و ارائه دهند و نظریات فقهی یا فتاوی آن‌ها که درواقع بیان حکم الهی است، برای مردم قابل اجراست و مشروعیت دارد.^۱

در نظامی که یک چنین طرز تفکری بر آن حاکم است قانون‌گذاری چه مفهومی دارد؟ نظری که در این مورد بر سایر آراء ارجح است این است که رسیدگی و رأی و تصویب مجلس در قانون‌گذاری، اعتبار دارد و درواقع این رأی مجلس قانون‌گذاری است که به امری وصف اعتبار قانونی می‌دهد هیچ حکم و قاعده و ضابطه‌ای بدون تصویب مجلس و مرجع صلاحیت‌دار قانون‌گذاری، وصف قانون به خود نمی‌گیرد و به‌عنوان قانون شناخته نمی‌شود، هرچند معتبر و محترم و مطابق اصول شرعی باشد.

در اصول قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی تصریح شده که مصوبات مجلس باید بر اساس موازین اسلامی باشد و مجلس نمی‌تواند قوانینی مغایر با اصول و مذهب رسمی کشور وضع کند، این محدودیت نیز باید در وضع قوانین در نظر گرفته شود^۲ و بنابراین اگر مجلس مقرراتی وضع نمود که با موازین اسلام مغایر بود، درواقع با اصول قانون اساسی مغایر بوده و خارج از حدود صلاحیت خود عمل کرده است و لذا با تشخیص شورای نگهبان که مرجع صالح برای این امر است رد می‌شود و وصف کامل قانونی به خود نمی‌گیرد.^۳

به نظر می‌رسد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این نظر را برگزیده است یعنی ضمن تأکید و پافشاری بر اینکه قوانین و مقررات باید بر اساس ضوابط اسلامی باشد، رسیدگی و رأی و تصویب مجلس را برای قانون شدن امری لازم دانسته است؛ یعنی مجلس

۱. مهرپور، حسین. مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: نشر دادگستر. ۱۳۸۴. ص ۱۴۵.

۲. اصل هفتاد و دوم.

۳. اصل نود و ششم.

فقط تدوین‌کننده و پیشنهاددهنده نیست بلکه وصف قانونی را انشاء و ایجاد می‌کند و البته تأیید یا عدم مخالفت شورای نگهبان به آن اعتبار کامل می‌بخشد.^۱

آنچه در مورد مبنای قانون‌گذاری در دیباچه قابل توجه است عدم ذکر مطابقت قوانین مصوب مجلس قانون‌گذاری با قانون اساسی است که این نقیصه در اصول هفتاد و دوم و نود و یکم و نود و ششم قانون اساسی مورد توجه قرار گرفته و لزوم مطابقت قوانین مصوب مجلس با قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته است. هرچند در ابتدای مقدمه ذکر شده است که قانون اساسی جمهوری اسلامی مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است؛ که در واقع بر لزوم تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی به‌طور غیرمستقیم صحنه گذارده است.

۳.۳. تشکیل ارتش و سپاه بر مبنای ایمان و مکتب

در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی در این مورد آمده است:

در تشکیل و تجهیز نیروهای دفاعی کشور توجه بر آن است که ایمان و مکتب اساس ضابطه باشد بدین جهت ارتش جمهوری اسلامی و سپاه پاسداران انقلاب در انطباق با هدف فوق تشکیل داده می‌شوند و نه تنها حفظ و حراست از مرزها بلکه بار رسالت مکتبی یعنی جهاد در راه خدا و مبارزه در راه گسترش حاکمیت قانون خدا در جهان را نیز عهده‌دار خواهند بود.

از فراز فوق می‌توان اصولی را استخراج نمود:

۳.۳.۱. مکتبی بودن ارتش

این اصل علاوه بر مقدمه قانون اساسی در اصل یک‌صد و چهل و چهارم قانون اساسی نیز مورد تأکید قرار گرفته:

«ارتش جمهوری اسلامی ایران باید ارتشی اسلامی باشد که ارتشی مکتبی و مردمی است...».

۱. مهرپور، حسین، پیشین، ۱۳۸۴، ص ۱۴۸.

بر این مبنا قانون اساسی با بنیادگذاری ارتش بر مبنای مکتب و مردم آن را از وابستگی به منافع فردی خارج می‌سازد.

۳.۳.۲. وظیفه حفظ و حراست از مرزها

به استقلال کشور به‌عنوان یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر باید نگاه نمود.^۱ حفظ و حراست حدود و ثغور مرزها ضامن استقلال کشور است. استقلال یکی از اهداف والا در جمهوری اسلامی به شمار می‌رود و دولت موظف است همه امکانات خود را برای «تقویت بنیه دفاع ملی ... برای حفظ و استقلال و تمامیت ارضی کشور...» به کار برد. در مقابل «هیچ فرد و یا گروه و یا مقامی حق ندارد به استقلال و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند»^۲ با این ترتیب، استقلال اصل مقدسی به شمار می‌رود که برای حفظ آن بی‌هیچ مضایقه‌ای باید عمل کرد. قانون اساسی پاسداری از استقلال و تمامیت ارضی کشور را بر عهده ارتش قرار داده است. تا بر اساس ضوابط مقرر انجام وظیفه نماید. هرچند قانون اساسی در انجام این وظیفه به‌طور مستقیم ارتش را مکلف کرده است و نقش سپاه را در نگرانی از دستاوردهای انقلاب دانسته است؛^۳ اما دیباچه قانون اساسی وظیفه حفظ و حراست از مرزها را به عهده ارتش و سپاه گذارده است. ولی بایستی توجه داشت وظیفه سپاه در حراست از دستاوردهای انقلاب اسلامی مستلزم حراست از مرزها نیز هست.

۳.۳.۳. وظیفه جهاد در راه خدا و گسترش حاکمیت قانون خدا در جهان

وظیفه جهاد در راه خدا و گسترش حاکمیت قانون خدا در جهان که از سوی دیباچه قانون اساسی بر عهده ارتش و سپاه گذارده شده است را می‌توان مستلزم افزایش قدرت بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران دانست.^۴ همچنین قانون اساسی به‌طور خاص در

۱. اصل نهم قانون اساسی.

۲. اصل نهم قانون اساسی.

۳. اصل یک‌صد و پنجاهم.

۴. هاشمی، پیشین، ۱۳۸۵، ص ۳۵۱.

اصول خود به این اصل اشاره ننموده است و این وظیفه به طور مستقیم از سوی دیباچه بر عهده ارتش و سپاه قرار گرفته است.

۴.۳. تأکید بر استقلال قضایی

دیباچه قانون اساسی لزوم دوری از هرگونه روابط و مناسبات ناسالم در نظام قضایی را در قسمت «قضا در قانون اساسی» این گونه بیان نموده است:

«مسئله قضا در رابطه با پاسداری از حقوق مردم در خط حرکت اسلامی، به منظور پیش‌گیری از انحرافات موضعی در درون امت اسلامی امری است حیاتی، از این روی ایجاد سیستم قضایی بر پایه عدل اسلامی و متشکل از قضات عادل و آشنا به ضوابط دقیق دینی پیش‌بینی شده است، این نظام به دلیل حساسیت بنیادی و دقت در مکتبی بودن آن لازم است به‌دوراز هرگونه رابطه و مناسبات ناسالم باشد».

صرف‌نظر از مقدمه قانون اساسی که لزوم دوری از روابط و مناسبات ناسالم را در جهت تأمین استقلال نظام قضائی قلمداد نموده است به‌موجب اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی پس از بیان قوای سه‌گانه حاکم، در قسمت آخر، این قوای سه‌گانه را از هم مستقل دانسته است.

علاوه بر این قانون اساسی برخلاف قوای مقننه و مجریه که در بیان تفکیک قوا از هم، به داشتن استقلال آن‌ها به عبارتی ذیل اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی اکتفا نموده است، در خصوص قوه قضائیه و نظام قضائی با تصریح مجدد استقلال آن به‌موجب عبارت صدر اصل یک صد و پنجاه و ششم قانون اساسی که بیان داشته «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل» بر استقلال نظام قضائی دوباره تأکید می‌نماید که البته این امر حساب جداگانه استقلال نظام قضائی را نمایانگر هست.

۵.۳. قوه مجریه

کارکرد قوه مجریه در دیباچه قانون اساسی بر مبنای دو محور بنا شده است یکی نقش این قوه در رابطه با اجرای قوانین و دیگری وظیفه این قوه در جهت ایجاد نظام اداری

صحیح و به‌دوراز هرگونه بروکراسی. بر طبق اصول قانون اساسی وظایف قوه مجریه بر عهده رهبر، رئیس‌جمهور و وزراست.^۱ در مقدمه دراین‌باره می‌خوانیم:

«قوه مجریه به دلیل اهمیت ویژه‌ای که در رابطه با اجرای احکام و مقررات اسلامی به‌منظور رسیدن به روابط و مناسبات عادلانه حاکم بر جامعه دارد و همچنین ضرورتی که این مسئله حیاتی در زمینه‌سازی وصول به هدف نهایی حیات خواهد داشت بایستی راهگشای ایجاد جامعه اسلامی باشد در نتیجه محصور شدن در هر نوع نظام دست‌وپاگیر پیچیده که وصول به این هدف را کند یا خدشه‌دار کند از دیدگاه اسلامی نفی خواهد شد بدین‌جهت نظام بروکراسی که زائیده و حاصل حاکمیت‌های طاغوتی است به‌شدت طرد خواهد شد تا نظام اجرایی با کارایی بیشتر و سرعت افزون‌تر در اجرای تعهدات اداری به وجود آید».

۳.۶. ایجاد نظام اداری صحیح و طرد بروکراسی

نظام اداری هر جامعه در ادامه نظام سیاسی آن است و مدیریت اداری در مقام اجرای مدیریت سیاسی قرار می‌گیرد. کلیه سیاست‌ها و خط‌مشی‌های یک نظام از طریق دستگاه اداری اعمال می‌شود. درحقیقت همین دستگاه‌ها هستند که به‌طور روزمره بین مردم و زمامداری ارتباط برقرار می‌کنند بدین‌جهت می‌توان گفت: سلامت یا بیماری هر نظام سیاسی از طریق دستگاه‌های اداری مشخص می‌شود.^۲

کمیت و کیفیت اعمال اداری به حدی است که فقط در سایه یک نظام صحیح و منطقی می‌توان به نتیجه مطلوب و مورد انتظار دست یافت. درواقع توفیق دولت در انجام کلیه وظایف و اختیارات خود درگرو این نظام صحیح هست.^۳ در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای دستیابی به یک مدیریت صحیح اداری علاوه بر دیباچه دربند دهم اصل سوم «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیرضروری» را مقرر می‌دارد و بدین

۱. اصول ۶۰ و ۱۱۳.

۲. هاشمی، پیشین، ۱۳۸۵، ص ۳۱۱.

۳. همان، ص ۳۱۲.

ترتیب، دولت را موظف به تلاش نسبت به یک امر جدی می‌نماید؛ اما آنچه نباید سستی از نظر دور داشت این است که در مقدمه قانون اساسی قوه مجریه موظف به انجام این مهم شده است اما منظور از دولت در اصل ۳ قانون اساسی مفهوم عام آن یعنی مجموعه حاکمیت سیاسی است.^۱

۷.۳. مدیریت صداوسیما

مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی با اختصاص بخش مجزایی تحت عنوان وسایل ارتباط جمعی درواقع بر نقش و اهمیت این وسایل در تداوم انقلاب اسلامی و تضمین سعادت زندگی بشری تأکید نموده است:

وسایل ارتباط جمعی (رادیو - تلویزیون) بایستی در جهت روند تکاملی انقلاب اسلامی در خدمت اشاعه فرهنگ اسلامی قرار گیرد و در این زمینه از برخورد سالم اندیشه‌های متفاوت بهره جوید و از اشاعه و ترویج خصلت‌های تخریبی و ضد اسلامی پرهیز کند.

پیروی از اصول چنین قانونی که آزادی و کرامت انبای بشر را سرلوحه اهداف خود دانسته و راه رشد و تکامل انسان را می‌گشاید بر عهده همگان است و لازم است که امت مسلمان با انتخاب مسئولین کاردان و مؤمن و نظارت مستمر بر کار آنان به‌طور فعالانه در ساختن جامعه اسلامی مشارکت جویند به امید اینکه در بنای جامعه نمونه اسلامی (اسوه) که بتواند الگو و شهیدی بر همگی مردم جهان باشد موفق گردد.

در متن فوق آنچه به لحاظ حقوقی واجد ارزش است تأکید مقدمه قانون اساسی بر حق مردم در انتخاب مسئولین صداوسیما و نظارت بر آنان همچنین تأکید بر آزادی بیان و کرامت انسانی در خدمت اشاعه فرهنگ اسلامی هست که به‌طور مختصر به بررسی آن پرداخته شده است.

اول: اسلامی و انقلابی بودن صداوسیما با احترام به آزادی و کرامت انبای بشر

۱. استوارسنگری، کورش. مفهوم دولت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. نشریه حقوق اساسی. شماره ۱۱. ۱۳۸۸. ص ۵۴.

دیباچه قانون اساسی در قسمت و سایل ارتباط جمعی در فراز نخست خود آورده است:

«وسایل ارتباط جمعی (رادیو - تلویزیون) بایستی در جهت روند تکاملی انقلاب اسلامی در خدمت اشاعه فرهنگ اسلامی قرار گیرد و در این زمینه از برخورد سالم اندیشه‌های متفاوت بهره جوید و از اشاعه و ترویج خصلت‌های تخریبی و ضد اسلامی پرهیز کند. پیروی از اصول چنین قانونی که آزادی و کرامت انبای بشر را سرلوحه اهداف خود دانسته...».

بدین ترتیب محورهای «آزادی بیان» و «موازن اسلامی» موردتوجه قانون‌گذار اساسی در دیباچه قرار گرفته است؛ و اصل یک صد و هفتاد و پنجم نیز با همین دیدگاه به تصویب قانون‌گذار اساسی قرار گرفته است:

«در صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران آزادی بیان و نشر افکار با رعایت موازین اسلامی و مصالح کشور باید تأمین گردد».

دوم: حق مردم در انتخاب مسئولین صداوسیما و نظارت بر کار آنان
برخی از مقرره‌های مذکور در دیباچه قانون اساسی با اصول قانون اساسی نیز در تعارض قرار دارد انتخابی بودن مدیریت صدا و سیمای را می‌توان با اصل ۱۷۵ قانون اساسی مغایر دانست چراکه بر طبق اصل ۱۷۵ نصب و عزل رئیس سازمان صداوسیما از سوی مقام رهبری، است بر طبق اصل ۱۷۵ قانون اساسی «... نصب و عزل رئیس سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران با مقام رهبری است و شورایی مرکب از نمایندگان رئیس‌جمهور و رئیس قوه قضائیه و مجلس شورای اسلامی (هر کدام دو نفر) نظارت بر این سازمان را بر عهده خواهند داشت...».

با وجود تأکید مقدمه قانون اساسی بر حق مردم در انتخاب مسئولین صداوسیما و حق نظارت همگانی بر عملکرد آنان، این حق در اصول قانون اساسی مورد غفلت واقع شده است. هرچند می‌توان بر طبق اصل هشتم قانون اساسی (امربه معروف و نهی از منکر) در مورد جایگاه مردم در نظارت بر صداوسیما حقی قائل شد اما به علت موسع بودن این اصل و عدم پیش‌بینی سازوکار اجرایی مناسب آن از سوی قانون‌گذار عادی نمی‌توان چندان دستیابی به این حق را از دریچه این اصل انتظار داشت. بایستی در نظر داشت که نظارت

مردم بر صداوسیما آن قدر مهم است که باید جداگانه مورد توجه قانون گذار اساسی قرار می گرفت؛ و شاید این مهم میسر نشود مگر اینکه زمینه‌ای فراهم شود تا دیباچه قانون اساسی به مانند اصول قانون اساسی نصب العین دادرس اساسی قرار گیرد.

۴. اعتبار حقوقی دیباچه قانون اساسی از منظر اندیشمندان حقوق

در ایران به علت نوپا بودن سنت اساسی سازی هنوز به شکل شایسته‌ای نظرات متخصصین حقوقی در مورد اعتبار حقوقی دیباچه قانون اساسی وجود ندارد؛ ولی در ذیل کوشش شده است تا حد ممکن نظرات این اندیشمندان مطرح شود.

۴.۱. دیباچه قانون اساسی منبع تفسیر قانون اساسی

در بسیاری از کشورها دیباچه قانون اساسی نقش مؤثری بر تفسیر و توسعه حقوق و آزادی‌های عمومی دارد.^۱

هرچند در ایران دکتربین به طور خاص به این مسئله نپرداخته اما به گونه‌ای نیز نبوده که از ارزش و اعتبار حقوقی آن غافل بوده باشد. در لابه‌لای کتب حقوقی نظراتی در این مورد مطرح شده است. از جمله کسانی که در این مورد نظراتی را مطرح کرده‌اند می‌توان به دکتر سید محمد هاشمی اشاره کرد. از نظر وی هرچند که قانون اساسی ۱۳۵۸ و اصلاحیه‌های ۱۳۶۸ آن منبع اصلی حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران به شمار می‌رود، اما اسناد دیگری مانند مقدمه این قانون و یا قواعد و مقررات برگرفته از آن، نیز راهنما و یا حاکم بر امور و شئون کشور است.^۲ هرچند ایشان دیباچه قانون اساسی را در ردیف منابع قانون اساسی ذکر کرده بود اما در عین حال وی معتقد است: مقدمه قانون اساسی ارزش حقوقی ندارد اما زمینه ساز اصول قانون اساسی است؛^۳ بنابراین دیباچه قانون اساسی می‌تواند راهنمای دادرس اساسی یعنی شورای نگهبان قانون اساسی در امر تفسیر قانون اساسی باشد.

1. Sagar.Arun(2011).Constitutional Interpretation in Federation and its Impact on the Federal Balance. Perspectives on Federalism.vol.3.issue.1.p.3.

۲. هاشمی، پیشین. ۱۳۸۵. ص ۶۸.

۳. همان، ص ۶۸.

بنا به نظر یکی از اساتید برجسته: در تفسیر قانون اساسی باید به قواعد مهم و الهام بخشی که در مقدمه یا فصول دیگر قانون اساسی آمده و به حقوق مردم اشاره شده توجه کرد. مقدمه قانون اساسی ادبیات نیست؛ بلکه اصولی است که باید در تفسیر به آن توجه کرد. حاکمیت الهی در لسان حکما برای اینکه نمود عینی و زمینی پیدا کند، به دو نحو قابل انتقال است: ۱. به فرد؛ ۲. به مردم.

قانون اساسی ما نوع دوم را برگزیده است. حاکمیت از آن خداست و هم او این حاکمیت را به انسان واگذار کرده است. قانون اساسی مجموعه‌ای به هم پیوسته است.

اگر اصلی را بدون اصول کلی تفسیر کنیم به بیراهه می‌رویم. باید به این اصول کلی دقت کرد، نباید از کلیات و اصولی که سایه بر سر دیگر عبارات و اصول قانون اساسی دارند غافل شد.^۱ برخی از نظرات مراجعه به دیباچه قانون اساسی را برای کشف اراده مقنن حائز اهمیت دانسته‌اند بدیهی است که کشف اراده مقنن نقش بسیار اساسی در فهم و تفسیر قانون دارد. در مورد اراده مقنن همان گونه که از ظاهر اصطلاح پیداست منظور قصد و اراده مقنن در انتخاب الفاظ قانون یا جهت کلی و فلسفه وضع آن در هنگام تقنین است که ممکن است به طور مستقیم در یک ماده خاص نیامده باشد.^۲

با توجه به موارد فوق، می‌توان نتیجه گرفت که در نظر این اندیشمندان دیباچه قانون اساسی جداگانه از سوی شورای نگهبان قابل استناد نخواهد بود اما این شورا می‌تواند در نظرات تفسیری یا مشورتی خود در باب قانون اساسی به مقدمه رجوع نماید.

۲.۴. اعتبار مشروط دیباچه قانون اساسی

برخی دیگر مانند دکتر طباطبایی مؤتمنی بر این باور است که در مواردی که اصول مندرج در مقدمه قانون اساسی به صورت قواعد و احکام حقوقی تنظیم نشده و دارای ضمانت

۱. کاتوزیان، ناصر. اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی. نشریه حقوق اساسی. شماره ۳. ۱۳۸۳. ص ۳۰۷.

۲. واعظی، سید مجتبی. ارزش حقوقی مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی. نشریه حقوق اساسی. شماره ۳. ۱۳۸۳. ص ۱۸۲.

اجرا و یا صراحت و روشنی احکام حقوقی نباشد، نمی‌توان آن‌ها را جزء قواعد حقوقی به شمار آورد. این نوع اصول تنها بیانگر ایدئولوژی سیاسی دولت است.^۱ معنی مخالف این عبارت آن است که در صورتی که اصول مندرج در قانون اساسی به صورت قواعد و احکام حقوقی تنظیم شده باشد و دارای ضمانت اجرا و یا صراحت و روشنی احکام حقوقی باشد می‌توان آن‌ها را جزء قواعد حقوقی به شمار آورد.

همچنین یکی دیگر از اساتید برجسته حقوق اظهار می‌دارند که: باملاحظه جمیع جهات بایستی چنین نتیجه گرفت که قواعد مندرج در اعلامیه‌ها دارای ارزش مشابه با قواعد متن قانون اساسی‌اند و اگر در مواردی از روشنی و وضوح اجرایی کامل برخوردار نیستند حداقل دستورالعمل و الگوهایی برای قانون‌گذار و قوه مجریه به شمار می‌آیند و باید مورد اطاعت قرار گیرند.^۲

در نتیجه دادرسی اساسی بایستی در تطبیق قوانین عادی با هنجارهای مرجع، دیباچه قانون اساسی را لحاظ نماید.

۴.۳. اعتبار حقوقی برابر دیباچه با اصول قانون اساسی

برخی از صاحب‌نظران عقیده دارند قانون اساسی همراه با مقدمه آن متن واحدی است که به تصویب ملت رسیده است پس دلیلی ندارد که بین این دو قائل به تمایز باشیم. طبق این نظر ویژگی هنجاری قانون اساسی درباره تمام اجزا و محتوای آن صادق است. لذا ویژگی هنجاری اساسی را باید برای پیشگفتار یا مقدمه قوانینی اساسی که به‌طور معمول به آرمان‌ها و اهداف نظام سیاسی می‌پردازند نیز شناسایی کرد چراکه این بخش از قوانین اساسی به‌طور معمول پس از طی مراحل مختلف هنجار سازی به تصویب می‌رسند؛ بنابراین دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که پس از تصویب در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی از طریق همه‌پرسی به تصویب ملت نیز رسیده است، لذا می‌تواند به‌مانند

۱. طباطبایی مؤتمنی. پیشین. ۱۳۸۳. ص ۴۰۴.

۲. قاضی (شریعت پناهی)، سید ابوالفضل. حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. چاپ دهم. تهران: نشر میزان. ۱۳۸۳. ص ۵۵۰.

اصول قانون اساسی مورد استناد شورای نگهبان در موضوع نظارت بر اساسی بودن قرار گیرند.^۱

۵. دیباچه قانون اساسی در مذاکرات خبرگان قانون اساسی

با پذیرش مقام مردم به عنوان مقنن واقعی قانون اساسی این پرسش به طور جدی قابل اعتناست که در صورت لزوم کشف اراده مقنن و گذشت چندین سال از تاریخ تصویب قانون اساسی، به کدام سند ثبت شده به عنوان دلیل حاکی از اراده مردم (مقنن) می توان مراجعه کرد. بدیهی است که در اینجا کار به راحتی مجلس شورای اسلامی نیست که مشروح مذاکرات آن به عنوان اسناد ضمیمه روزنامه رسمی انتشار عمومی می یابد. لکن باید پذیرفت که وقتی سخن از اراده مردم است نمی توان فقط به یک مرجع یا سند واحد مراجعه کرد؛ اما در مقابل امر محالی هم پیش رو نیست؛ مراجعه به مقالات بحث ها و نظرسنجی های مطرح شده در مطبوعات مناظرات و سخنرانی های صاحب نظران حقوقی و سیاسی، مباحث مطرح شده از ناحیه احزاب و سایر نهادهای مدنی می تواند کمک شایانی به کشف فضای حاکم بر جامعه و در نهایت اراده واقعی مردم بکند. از سوی دیگر از آنجایی که مردم از مشروح مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی مطلع هستند و بر اساس تعاریف به عمل آمده از ناحیه اکثریت اعضای آن به مفاهیم مندرج در قانون بازنگری رأی داده اند نیز می توان به عنوان قرینه ای بر نقش اراده مردم استناد کرد.

در هر حال دشواری و پیچیدگی کشف اراده مردم در این خصوص نمی تواند باارزش انحصاری اراده شورای خبرگان قانون اساسی ملازمه داشته باشد. شورای مذکور فقط در مرحله ابتکار قانون نقش دارد و مشروح مذاکرات آن نیز به طور تبعی باید تنها به عنوان «قرینه ای» در میان سایر قرائن حاکی از اراده مقنن (مردم) ارزیابی شود و نه بیش از آن.

شورای نگهبان نیز تاکنون از این موضوع غافل نبوده و در نظریات تفسیری خویش به مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی نیز توجه نموده است. به عنوان مثال رئیس قوه قضائیه طی نامه شماره ۱/۸۰/۱۹۱۰۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۹ به دبیر شورای نگهبان نوشته است: «موجب امتنان خواهد بود تا با طرح و بررسی اصل هشتاد و ششم قانون اساسی

۱. تقی زاده، جواد. مسئله اساسی سازی نظم حقوقی. مجله پژوهش های حقوقی. شماره ۱۱. ۱۳۸۶. ص ۱۳۹.

جمهوری اسلامی ایران در آن شورای محترم، نظریه تفسیری شورا، نسبت به مصونیت پارلمانی نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی و حدود آن به این قوه، اعلام فرمائید تا در اختیار مراجع قضائی قرار گیرد».

شورای نگهبان در پاسخ به این استفساریه طی نامه شماره ۸۰/۲۱/۳۰۳۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۰ پاسخ داده است: «با عنایت به:

۱- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اصل هشتاد و ششم، حاکی از اینکه مصونیت ریشه اسلامی ندارد و تمام مردم در برابر حق و قانون الهی یکسان و برابرند و هر فردی که در مظنه گناه یا جرم قرار گیرد قابل تعقیب است و اگر شکایتی علیه او انجام گیرد دستگاه قضایی باید او را تعقیب کند...».

از سوی دیگر لازم به نظر می‌رسد در مقام استناد به مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی در خصوص هر اصل به نظر اکثریت شورا (نه فقط برخی از اعضا) که منجر به تصویب آن شده است، مراجعه شود. همچنین بخش قابل استناد از نظرات و اظهارات اعضا عباراتی است که در متن مشروح مذاکرات ثبت گردیده، نه آنچه در ضمیر و ذهن اعضا موجود بوده و یا در آثار علمی و یا سخنرانی‌های آنان در خارج از شورا آمده و منجر به درج در متن بازنگری نشده است.^۱

به هر حال لازم به یادآوری است که روند تصویب مقدمه قانون اساسی با سایر بخش‌های آنکه منظور اصول قانون اساسی است متفاوت بوده است. برای روشن شدن موضوع بایستی به این مسئله توجه نمود که برای تصویب یک قانون اساسی در کشورهای مختلف راه‌های متفاوتی در نظر گرفته شده است. در برخی کشورها با تصویب هیئت مؤسس یا همان شورای خبرگان قانون اساسی به‌عنوان نمایندگان مردم، متن مصوب از سوی آن شورا، قانون اساسی ملی تلقی شده که به‌طور ضمنی نشانگر تصویب مردم که انتخاب‌کنندگان هیئت مؤسس را تشکیل می‌دهند هست؛ اما در برخی از کشورها مانند کشور ما همان‌طور که در اصل ۱۷۷ قانون اساسی بیان شده است، بازنگری در قانون اساسی بعد از تصویب شورای بازنگری قانون اساسی نیازمند تصویب مردم است. از سوی دیگر با بررسی روند تصویب قانون اساسی، بایستی بین روند تصویب مقدمه این قانون با سایر اصول

۱. واعظی، پیشین. صص ۱۸۸، ۱۸۹.

آن قائل به تمایز شد؛ چراکه برای این مقدمه که فرایند تدوین آن به وسیله شورای ده نفره‌ای از نمایندگان بوده است این گروه در مدت فعالیت مجلس اصول اول تا دوازدهم پیش‌نویس و مقدمه قانون اساسی را مورد بررسی قرار داد^{۲۱}، در شورای مذکور رأی‌گیری به عمل نیامد تا آنجایی که این عدم رأی‌گیری منجر به موضع‌گیری برخی از نمایندگان شد به‌طوری‌که خواستار حذف آن از قانون اساسی شدند^۳.

۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد چهارم، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی. تیر ۱۳۶۸. ص ۲۵.

۲. یکی از موارد بحث در آئین‌نامه داخلی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نحوه بررسی اصول بود. با توجه به نظام‌نامه پیشنهادی و بعد از اظهارنظر و بررسی‌های نمایندگان محترم، آئین‌نامه‌ای توسط مجلس تنظیم و تصویب گردید. از جمله موارد این آئین‌نامه تشکیل گروه‌هایی (گروه‌هایی) جهت بررسی پیشنهادها رسیده، نظرات نمایندگان و پیش‌نویس قانون اساسی بود و سرانجام طرز کار مجلس بررسی اصول به‌صورت ذیل مشخص گردید:

۱. تشکیل گروه‌های مقدماتی (گروه‌های مطالعه نظرات رسیده)

۲. گروه‌های بررسی اصول پیشنهادی

۳. جلسات عمومی مجلس برای تصویب اصول

۴. جلسات شور نهایی

بدین ترتیب نمایندگان مجلس به هفت گروه ده‌نفری برحسب علاقه و تخصص تقسیم شده و کار مقدماتی و تخصصی بر روی اصول پیش‌نویس و نظرات کتبی واصله را آغاز کردند. در هفته دوم نمایندگان در هفت گروه ثابت ابقاء شده و هر گروه به‌طور مجزا به بررسی تعدادی از اصول قانون اساسی پرداختند. البته تمامی نمایندگان علاوه بر اصول مطروحه در گروه خود از کارگروه‌های دیگر و اصول موردبررسی آنان نیز مطلع می‌گردیده و تصمیم نهایی نیز در جلسات علنی ارائه می‌گردیده است.

شورای سه‌نفره‌ای نیز به نام «شورای هماهنگی» تشکیل گردید که فعالیت گروه‌های هفت‌گانه را هماهنگ می‌نمود و ماحصل کار آنان را جهت ارائه به جلسات عمومی تنظیم می‌کرد.

۳. مقدم مراغه‌ای - آقای منتظری بنده یک تذکری دارم.

رئیس - بفرمائید.

مقدم مراغه‌ای - می‌خواستم عرض کنم که این مقدمه را از قانون اساسی جدا کنید. چون در جلسه طرح نشده.

رئیس - در جلسه مشترک طرح شده است ولی البته ملاک استناد نیست.

اما جدای از این مطلب توجه به برخی از بحث‌ها و مشاجرات لفظی خبرگان قانون اساسی در مورد استنادپذیری این دیباچه حائز این نکته است که طبق این مذاکرات این دیباچه فاقد قابلیت استناد هست. از جمله این مذاکرات در جلسه شصت و هفتم به ریاست مرحوم منتظری در تاریخ بیست و چهارم آبان ماه یک هزار و سیصد و پنجاه و هشت است. در این جلسه بلافاصله بعد از قرائت مقدمه قانون اساسی یکی از نمایندگان (ربانی شیرازی) اعلام می‌کند: «این نکته را باید متذکر شد که استناد فقط به خود قانون اساسی می‌شود کرد نه به مقدمه آن»؛ که این نکته به‌طور مستقیم از سوی رئیس جلسه به تصریح تأیید می‌گردد.^۱ و سکوت سایر نمایندگان در ادامه مذاکرات این شورا ناظر بر این امر است که از نظر آن‌ها هم غیر قابل استناد بودن دیباچه مورد پذیرش بوده است. هرچند که پیش از این نیز بیان شد توجه نمودن به این مطلب ضروری است که آنچه در ضمیر و ذهن نمایندگان بوده و اعلام نشده است یا در خارج از شورا بیان شده است به‌عنوان نظرات آن‌ها در مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی قابل قبول نیست.

مقدم مراغه‌ای- چون نظرات گروه‌های مختلف و آن‌هایی که مجاهدت‌ها کردند و فدائی دادند در اینجا ذکر نشده

دکتر آیت- البته آقای مقدم عقیده شما این است.

موسوی تبریزی- یک مورد در این مقدمه قانون اساسی به ما نشان بدهید تا ببینیم در کجا حقوق بعضی‌ها ضایع شده؟ کلی نفرمائید.

دکتر بهشتی- الان ملاحظه می‌فرمایید که مقدمه اینجا خوانده شد البته متأسفانه من در این چند روز نمی‌توانستم در جلسات شرکت کنم مگر به‌ندرت ولی گزارش داده‌اند که مقدمه در جلسه مشترک گروه‌ها خوانده شد و حالا هم اینجا یک جلسه رسمی است در این جلسه خوانده شد و امضاء می‌شود و اگر حضرت‌عالی نقطه‌نظری دارید آقای مراغه‌ای، بعد سؤال بفرمائید تا ببینم این چیزی که شائبه‌اش در ذهن شما آمده است، هست یا نیست چون من که خواندم دیدم سوابق مبارزات ایران را به یک صد سال قبل برده با شرکت همه گروه‌ها و قشرها و به‌رحال فکر می‌کنم آن بخش که مربوط به سابقه مبارزات است و یک پاراگراف چند سطری هست از آن درجه یک مقدمه، بیش از این نمی‌توان انتظاری داشته باشیم که به تفصیل گفته شود و جای این بحث در این جلسه نیست، خواهش می‌کنم اگر بحثی هست موکول بفرمائید به دیداری که بعد با شما خواهیم داشت (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد سوم، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، آذر ۱۳۶۴، ص ۱۸۷۶).

۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. همان جلد. ص ۱۸۴۲.

۶. استناد پذیری مقدمه قانون اساسی در رویه شورای نگهبان

برای بررسی استناد پذیری مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی به طور حتم بررسی رویه شورای نگهبان در این خصوص اهمیتی به مراتب بیشتر از نظرات علمای حقوق (حداقل در نظام حقوقی ما) دارد؛ اما باید دانست که شورای نگهبان در واقع نهادی است که وظیفه آن کشف نظر قانون گذار اساسی است و از این منظر است که شورای نگهبان به صدور آراء و نظرات خود مبادرت می ورزد علاوه بر این ممکن است رویه دادرسی اساسی به دلیل وجود اوضاع و احوال متفاوت و نیاز جامعه حتی با نظر خبرگان قانون اساسی نیز مطابقت نداشته باشد.

۶. ۱. آراء و نظرات شورای نگهبان در استناد به دیباچه قانون اساسی

در اینجا رویه شورای نگهبان با توجه به نظرات تفسیری مشورتی و یا آراء این شورا در انطباق مصوبات مجلس با قانون اساسی مورد توجه واقع شده است. در ادامه رویه این شورا در ارتباط با حقوق بنیادین و حقوق نهادی دیباچه قانون اساسی مورد بررسی واقع می شود.

۶. ۱. ۱. آراء و نظرات شورا در حراست از حقوق بنیادین مذکور در دیباچه قانون اساسی با استناد به آن

حقوق بنیادین در دیباچه به صورت پراکنده مورد توجه قانون گذار اساسی قرار گرفته و از آنجاکه متن دیباچه از صراحت اصول قانون اساسی برخوردار نیست؛ نسبت به این حقوق جای بحث مفصل تری لازم است؛ اما اهم این حقوق که در آراء و نظرات شورای نگهبان مورد توجه قرار گرفته است عبارتند از:

۶. ۱. ۱. ۱. آزادی فکر و عقیده

اول: نظریه مورخ ۱۳۶۴/۹/۵ شورای نگهبان در اظهار نظر به «طرح قانونی مطبوعات» مقرر می دارد:

«ماده ۲ که ظاهر آن حصر نشریه در زمینه‌های مذکور در آن ماده است و سایر زمینه‌های متصور مشروع را شامل نمی‌شود، مخالف آزادی مطبوعات با اصل ۲۴ قانون اساسی^۱ مغایرت است.

... بندهای ۴ و ۵ ماده ۹ و ماده ۱۱ که تشخیص صلاحیت اخلاقی و صلاحیت علمی متقاضیان و صلاحیت سردبیر را به عهده هیأت نظارت واگذار کرده و هیچ ضابطه‌ای برای صلاحیت در قانون تعیین نگردیده با قانون اساسی مغایر شناخته شد^۲».

بر اساس نظریه شورای نگهبان، اصل آزادی اطلاعات و مطبوعات و رسالت مطبوعاتی ایجاب می‌کند که نشریات در بیان مطالب از آزادی برخوردار باشند و تا زمانی که انجام رسالت مطبوعاتی اخلاقی به مبانی اسلام یا حقوق عمومی وارد نمی‌کند به فعالیت و رسالت خود استمرار بخشند به همین لحاظ احصاء نمودن رسالت مطبوعاتی به موارد مذکور در بندهای ماده ۲ طرح، مغایر اصل آزادی اطلاعات و آزادی مطبوعات هست.

۱. اصل ۲۴ قانون اساسی: «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام و یا حقوق عموم باشد تفصیل آن را قانون معین می‌کند».

۲. ماده ۲ طرح قانونی مطبوعات: رسالتی که مطبوعات در نظام جمهوری اسلامی به عهده دارند عبارت است از:

الف. روش ساختن افکار عمومی و بالا بردن سطح معلومات و دانش مردم در یک یا چند زمینه مذکور در ماده ۱. ب. پیش برد اهدافی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی بیان شده است. ج. تلاش برای نفی مرزبندی‌های کاذب و تفرقه‌انگیز و قرار ندادن اقصاء مختلف جامعه در مقابل یکدیگر. د. مبارزه با مظاهر فرهنگ استعماری و تبلیغ و ترویج فرهنگ اصیل اسلامی و گسترش فضائل اخلاقی. ه. حفظ و تحکیم سیاست نه شرقی نه غربی.

ماده ۹ طرح قانونی مطبوعات: شخص حقیقی متقاضی صاحب امتیاز باید دارای شرایط زیر باشد:

۱. ...

۴. دارا بودن صلاحیت اخلاقی و نداشتن سوء سابقه مؤثر کیفری؛

۵. داشتن صلاحیت علمی کافی به تشخیص هیأت نظارت موضوع ماده ۱۰ این قانون.

- ماده ۱۱. رسیدگی به درخواست صدور پروانه تشخیص صلاحیت متقاضی و مدیر مسئول و سردبیر به عهده هیأت نظارت بر مطبوعات است.

از سوی دیگر سرنوشت آزادی مطبوعات در گرو امتیاز اعطائی از سوی هیأت نظارت بر مطبوعات هست. از آنجاکه اکثریت اعضاء آن هیأت نمایندگان قدرت عمومی می باشند و یک مرجع قضائی بی طرف محسوب نمی شود لذا ضوابط و شرایط مربوط به متقاضیان باید به طور کامل روشن و مشخص و معین باشند و از جمله ضوابط کشدار و قابل تفسیر موسع نباشند تا مبادا این هیأت با دستاویز قرار دادن آن ها از اعطای امتیاز به اشخاص و متقاضیان منتقد قدرت خودداری نموده و به این ترتیب زمینه آزادی مطبوعات را از بین ببرد^۱.

دوم: شورای نگهبان در نظریه مورخ ۱۳۶۷/۱/۸ در «لایحه تأسیس مدارس غیرانتفاعی» ضمن تأیید این آزادی مقرر داشته است:

«ماده ۳ بند (ب)^۲ با التزام عملی به ولایت فقیه و قانون اساسی، مذکور در این بند عدم اعتقاد به آن به طور شرعی موجب محرومیت از این حقوق و خدمات اجتماعی نمی شود و بند مذکور از این لحاظ خلاف شرع هست.

و نیز در مورد بند (د) قرار دادن انجمن حجتیه در عداد گروهک های منحرف و غیرقانونی با التزام آن ها به اسلام و عدم اعلام غیرقانونی بودن آن به طور شرعی و برحسب قانون اساسی موجب محرومیت از حقوق اجتماعی نمی شود و بند مذکور نیز از این لحاظ خلاف شرع و قانون اساسی است».

احترام آزادی عقیده در جامعه برای حکومت متضمن تکالیفی هست. حکومت نه تنها مکلف است عقاید و افکار افراد را محترم بشمارد و از این حیث بین آن ها تبعیض قائل نشود بلکه باید کوشش کند که افراد به عقاید و افکار یکدیگر احترام بگذارند. حمایت از آزادی

۱. موسی زاده، ابراهیم. حقوق بنیادین در آرا و نظریات شورای نگهبان. رساله دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی. ۱۳۸۶. صص ۸۱-۷۹.

۲. بند (ب) و (د) ماده ۳ لایحه تأسیس مدارس غیرانتفاعی:

ماده ۳- مؤسس یا مؤسسان باید واجد شرایط زیر باشند:

الف. ...

ب. اعتقاد و التزام عملی به ولایت فقیه و قانون اساسی.

ج. ...

د. عدم وابستگی به گروهک های منحرف ... انجمن حجتیه.

عقیده مستلزم آن است که دولت همه اتباع خود را به یک چشم نگاه کند و بین آنها تبعیض قائل نشود.

بی‌طرفی حکومت اقتضاء می‌کند که اشخاصی را به صرف گرایش یا عدم گرایش به یک مکتب خاص، از حقوق اجتماعی، سیاسی محروم نکند بر اساس تصریح اصل نوزدهم قانون اساسی مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ و نژاد و زبان و مانند این‌ها سبب امتیاز نخواهد بود.^۱

سوم: شورای نگهبان در نظریه‌ای دیگر به تاریخ ۱۳۷۹/۸/۱۱ در پاسخ به «طرح استفساریه تبصره (۶) ماده (۹) قانون مطبوعات»^۲ اظهارنظر نموده است:

«با توجه به مرقومه مقام معظم رهبری مدظله‌العالی به‌عنوان ریاست محترم مجلس شورای اسلامی در خصوص قانون مطبوعات که در جلسه علنی مجلس شورای اسلامی روز یکشنبه مورخ ۱۳۷۹/۵/۱۶ مطرح گردید^۳ طرح مذکور مغایر شرع شناخته شد».

۱. موسی‌زاده، ابراهیم، پیشین، صص ۱۰۲-۱۰۱.

۲. متن طرح استفساریه تبصره (۶) ماده (۹) قانون مطبوعات:

آیا هیأت نظارت بر مطبوعات موظف به استعلام از مراجع ذیصلاح مذکور در تبصره (۶) ماده (۹) قانون مطبوعات (وزارت اطلاعات و دادگستری نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران) جهت بررسی صلاحیت متقاضی با مدیرمسئول نشریاتی که تقاضای تغییر ترتیب انتشار از هفتگی به روزانه یا گستره توزیع با همان متقاضی و مدیرمسئول را نموده‌اند می‌باشند یا خیر؟

نظر مجلس: خیر نیاز به استعلام مجدد از مراجع مذکور نیست.

تبصره (۶) ماده (۹) قانون مطبوعات: هیأت نظارت موظف است جهت بررسی صلاحیت متقاضی و مدیرمسئول از مراجع ذیصلاح (وزارت اطلاعات و دادگستری و نیروی انتظامی) استعلام نماید....

۳. مرقومه مقام معظم رهبری در خصوص قانون مطبوعات:

جناب حجت‌الاسلام آقای کروی ریاست محترم مجلس شورای اسلامی و حضرات نمایندگان محترم

با سلام و تحیت

مطبوعات کشور سازنده افکار عمومی و جهت دهنده به همت و اراده مردماند و اگر دشمنان اسلام و انقلاب و نظام اسلامی، مطبوعات را در دست بگیرند یا در آن نفوذ کنند خطر بزرگی امنیت و وحدت و ایمان مردم را تهدید خواهد کرد و این‌جانب سکوت خود و دیگر دست‌اندرکاران را در این امر حیاتی جایز نمی‌دانم. قانون کنونی تا حدودی توانسته است مانع از بروز این آفت بزرگ شود و تغییر آن به امثال آنچه در کمیسیون مجلس پیش‌بینی شده مشروع و به مصلحت نظام و کشور نیست.

در اینجا لازم است دو نکته مطرح شود:

نکته اول: آیا فقهای شورای نگهبان اجتهاد و استنباط خود از قوانین شرع را ملاک قرار داده و بر اساس آن رأی صادر می‌کنند یا اینکه فتاوا و دستورات حکومتی مقام معظم رهبری را اعمال می‌نمایند؟ و اگر فرض اخیر را بپذیریم در آن صورت چه لزومی داشت که قوه مؤسس در بند (۱) اصل ۹۴ قانون اساسی در ترکیب شورای نگهبان «فقهای عادل آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز» را مدنظر قرار دهد؟

در اصل فقیه به کسی اطلاق می‌شود که توانایی و قدرت اجتهاد در احکام و مسائل شرعی را داشته باشد، اگر قرار بود فتاوا و دستورات شرعی مقام معظم رهبری در اظهارنظر راجع به مصوبات مجلس شورای اسلامی ملاک عمل قرار گیرد در این صورت لازم نبود در ترکیب شورای نگهبان از «فقهای آگاه به مقتضیات زمان» استفاده شود، بلکه اشخاص دیگری غیر از فقها نیز می‌توانستند مصوبات مجلس شورای اسلامی را با فتاوی رهبری تطبیق دهند.

نکته دوم: بر اساس اصل چهارم قانون اساسی ملاک تطبیق قوانین و مصوبات مجلس شورای اسلامی «موازین اسلامی» هست و این موازین به‌عنوان هنجار مرجع باید در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی مدنظر قرار گیرند؛ حال سؤال این است که آیا فقهای شورای نگهبان می‌توانند نامه مقام معظم رهبری خطاب به رئیس مجلس شورای اسلامی را به‌عنوان «هنجار مرجع» در اظهارنظر شرعی خود ملاک قرار داده و بر اساس آن اظهارنظر نمایند؟^۱

چهارم: شورای نگهبان دو نظریه دیگری در حوزه آزادی‌های فکری صادر کرده است که در مقایسه با نظریه مورخ ۱۳۶۷/۱/۱۸، چنین استنباط می‌شود که رویه شورای نگهبان در حوزه حقوق و آزادی‌های فکری به‌طور کامل تغییر پیدا کرده است به‌نوعی که آراء اخیرالصدر در تعارض آشکار با آراء قبلی این شورا هست؛ چراکه این شورا در نظریه اولیه خود قید عبارتهایی چون «التزام عملی به ولایت فقیه» و ... را در مصوبات مجلس شورای اسلامی مغایر با شرع تلقی نموده و این عمل را به‌نوعی تفتیش عقاید تلقی کرده و محروم نمودن اشخاص از حقوق اجتماعی را به این دلایل غیرشرعی اعلام نموده است، لیکن در

۱. موسی زاده، ابراهیم، پیشین، صص ۲۳۵-۲۳۴.

دوره‌های بعدی بسیاری از مصوبات مجلس شورای اسلامی را به دلیل عدم قید «عدم اعتقاد و التزام عملی به احکام اسلام و ولایت‌فقیه» مورد ایراد شرعی قرار داده و تأیید ننموده است. پنجم: نظریه مورخ ۱۳۸۱/۱۱/۱ در «طرح و ضوابط به‌کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره» که مقرر می‌دارد: «با توجه به اینکه موضوع طرح مربوط به دریافت از طریق ماهواره است چون برحسب دریافت گزارش کارشناسان معتمد از داخل و خارج وزارت پست و تلگراف و تلفن از لحاظ، فنی همزمان امکان پالایش و تفکیک موارد فساد و مضر به اسلام، اخلاق فرهنگ و امنیت وجود ندارد و نتیجه قهری تجویز و استفاده نامشروع و برخلاف موازین اسلامی و ضوابط مصرح در قانون اساسی هست، لذا این طرح از این جهت خلاف موازین شرع و بندهای ۱ و ۵ اصل سوم و اصل ۹ قانون اساسی^۱ شناخته شد.»

جلوگیری از دسترسی افراد به حقایق و اخبار و اطلاعات از طریق امواج موجود در فضا مغایر حق آزادی فکری و عقیدتی و آزادی اطلاعات و حق دسترسی افراد به وقایع و حقایق موجود در جهان هست هرچند ممکن است برخی برنامه‌های موجود در ماهواره‌ها مضر به اخلاق عمومی و فرهنگ موجود در جامعه باشد لیکن اصل آزادی عقیده و رعایت حریم خلوت اشخاص ایجاب می‌کند که قدرت عمومی در محدوده زندگی خصوصی اشخاص وارد نگردد.^۲

۶. ۱. ۲. آزادی‌های گروهی

بند اول: شورای نگهبان در نظریه مورخ ۱۳۶۰/۴/۲۵ در اظهارنظر راجع به «طرح قانونی فعالیت احزاب^۳، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده» مقرر داشته است:

۱. اصل ۹ قانون اساسی:

۲. موسی زاده، ابراهیم، پیشین. صص ۱۱۸-۱۱۷.

۳. برای اطلاع بیشتر در مورد احزاب رجوع کنید به:

- امامی، محمد و شاکری، حمید. احزاب و علل ناکارآمدی آن از منظر حقوقی در ایران. مجموعه مقالات اولین کنگره ملی علوم اسلامی و انسانی. تهران. ۱۳۹۳. صص ۹-۱.

«آن قسمت از تبصره ۲ ماده ۱۶ که تشکیل راهپیمایی در معابر عمومی را منوط به کسب اجازه قبلی از وزارت کشور دانسته با توجه به اینکه در اصل راهپیمایی در غیر معابر عمومی مصداق ندارد و طبق اصل ۲۷ قانون اساسی تشکیل راهپیمایی بدون حمل سلاح و در صورتی که محل به مبانی اسلام نباشد بدون قید دیگر آزاد است مغایر قانون اساسی است».

راهپیمایی و تظاهرات یکی از مظاهر بارز دموکراسی است که مردم به وسیله آن با حضور مستقیم خود در صحنه، اداره امور جامعه را تحت تأثیر بیان توقعات جمعی قرار می‌دهند و آن عبارت از آن است که گروهی از افراد با حضور در معابر عمومی و استفاده از یک فرصت نمایشی به بیان خواسته جمعی خود می‌پردازند که این عمل ممکن است همراه با صفتبندی افراد و راهپیمایی و یا به صورت تجمع ثابت در نقطه‌ای معین نظیر پارک‌ها و میدان‌ها صورت گیرد.

بنابراین ملاحظه می‌شود که اول عنصر اساسی تشکیل‌دهنده راهپیمایی و یا تظاهرات، تجلی آن در معابر عمومی (نظیر پارک‌ها، میدان‌ها و خیابان) هست، لذا هر نوع تجمع در غیر معابر عمومی عنوان راهپیمایی و تظاهرات به خود نمی‌گیرد. دوم از آنجاکه بنا بر تصریح اصل بیست و هفتم قانون اساسی راهپیمایی بدون حمل سلاح و در صورت عدم اخلاف به مبانی اسلام آزاد است و در این اصل قید دیگری آورده نشده است، لذا قانون عادی که برگزاری راهپیمایی را منوط به کسب مجوز از وزارت کشور می‌نماید مغایر با اصول قانون اساسی و حق بنیادین آزادی راهپیمایی و تشکل هست.^۲

۶. ۱. ۱. ۳. حق بر تأمین اجتماعی

۱. تبصره ۲ ماده ۶ طرح قانونی فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده: تشکیل اجتماعات و راهپیمایی طبق اصل بیست و هفت قانون اساسی آزاد است ولی برگزاری آن در پارک‌ها، میادین و معابر عمومی منوط به کسب مجوز از وزارت کشور است.

۲. برای اطلاع بیشتر در مورد آزادی‌های گروهی رجوع کنید به:

- امامی، محمد و شاکری، حمید. کنکاشی در مفهوم حقوق و آزادی‌های عمومی با تأکید بر اصل ۲۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. نشریه حقوق اساسی. شماره ۱۸. ۱۳۹۲.

شورای نگهبان در سه مصوبه نظریاتی صادر کرده است که مغایرت با حق تأمین اجتماعی و اصل بیست و نهم قانون اساسی دارند:

اول: نظریه مورخ ۱۳۷۱/۱۲/۲ در «لایحه اصلاح مواد ۷۲ و ۷۷ و تبصره ماده ۷۶ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۳»:

«تبصره یک^۱ از این جهت که موجب افزایش هزینه‌های عمومی و مازاد بر لایحه دولت است مغایر اصل ۷۵ قانون اساسی شناخته شد».

دوم: نظریه مورخ ۱۳۷۳/۷/۹ در «لایحه بیمه همگانی خدمات درمانی کشور»:

«تبصره ۲ ماده ۲^۲ چون موجب افزایش هزینه دولت می‌شود مغایر اصل ۷۵ شناخته شد».

سوم: نظریه مورخ ۱۳۸۱/۵/۲۲ در «طرح ساماندهی بهداشت و درمان بر اساس اصل سوم و بیست و نهم و چهل و سوم»:

«چون طرح مذکور به افزایش هزینه عمومی می‌انجامد و بند ۵ نیز رافع اشکال نیست، خلاف اصل ۷۵ قانون اساسی شناخته شد».

۱. تبصره (۱) ماده ۷۶ قانون تأمین اجتماعی: در مورد افرادی که قبل از تقاضای بازنشستگی حداقل ۲۰ سال متوالی و ۲۵ سال متناوب در مناطق بدآب‌وهوا کار کرده و یا آنکه به کارهای سخت و مغل سلامتی (زیان‌آور) اشتغال داشته و نیز کسانی که سی سال تمام کار کرده و در هر مورد حق بیمه مدت مزبور را به سازمان پرداخته باشند در صورتی که سن مردان ۵۰ سال تمام و سن زنان ۴۵ سال تمام باشد می‌توانند تقاضای مستمری بازنشستگی نمایند. مناطق بدآب‌وهوا و کارهای سخت و زیان‌آور به‌موجب آیین‌نامه مربوطه خواهد بود.

۲. تبصره ۲ ماده ۱۲ لایحه بیمه همگانی خدمات درمانی کشور:

ساکنین شهرهایی که جمعیت آن کمتر از ۱۰ هزار نفر باشد در این قانون از مزایای روستائیان برخوردارند.

۳. ماده‌واحد طرح ساماندهی بهداشت و درمان بر اساس اصول سوم و بیست و نهم و چهل و سوم:

دولت موظف است از آغاز سال تحصیلی ۱۳۸۲ لوائح بودجه سنواتی کشور را به نحوی تنظیم نماید که زمینه‌های اجرای قانون بیمه همگانی با لحاظ نمودن سیاست‌های کلی زیر فراهم شود:

۱. کلیه اقشار جامعه تحت پوشش خدمات پایه بیمه قرار گیرند

۲. ...

۵. اعتبار مربوط به حق سرانه پایه درمانی همگانی افرادی که تحت پوشش هیچ بیمه‌ای نیستند از طریق دولت تأمین و در لایحه بودجه سنواتی منظور شود.

همان گونه که در اصل بیست و نهم قانون اساسی ملاحظه شد تأمین اجتماعی حقی همگانی است به این معنا که همه افراد جامعه با برخورداری از مساعدت‌های مقرر اجتماعی، با اطمینان خاطر و اعتماد به نفس آن گونه که لازمه حیثیت و منزلت انسانی و ارتقاء شخصیت آن‌ها هست، به زندگی خود ادامه دهند. این حق همگانی برای دولت ایجاد تکلیف می‌کند تا از طریق قانون‌گذاری و سیاست‌گذاری جامع، منبع مالی اطمینان‌بخش و پایداری را برای افراد جامعه تأسیس و زمینه استقرار عدالت اجتماعی را فراهم نماید. از متن نظرات مذکور چنین برمی‌آید که مجلس شورای اسلامی در راستای تحقق تأمین اجتماعی و فراهم آوردن زمینه‌های اجرای اصل بیست و نه قانون اساسی، دولت را به سیاست‌گذاری جامع و تأمین اجتماعی مکلف می‌نماید لیکن شورای نگهبان به استناد اصل ۷۵ قانون اساسی این اقدامات را مورد ایراد و اشکال قرار داده است.

پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا شورای نگهبان مسئول صیانت از حقوق ملت هست یا مسئول تنظیم دخل و خرج دولت؟ و اگر مابین اجرای حقوق بنیادین اشخاص با هزینه‌های مالی دولت تراحم و تعارضی پیش آید شورای نگهبان باید کدام را بر دیگری ترجیح دهد؟

در پاسخ باید گفت که «حقوق افراد رکن و هسته اصلی قانون اساسی را تشکیل می‌دهد؛ چراکه دولت و بودجه دولت برای خدمت به افراد و حفظ کرامت و شخصیت آن‌ها شکل می‌گیرد از آنجاکه مشروعیت دولت و قدرت از اراده ملت ناشی می‌شود، لذا منطق حقوقی اقتضا می‌کند که در تعارض مابین حقوق افراد و حقوق دولت باید اولویت را به حقوق افراد و ملت داد.

هرچند که شورای نگهبان در سه نظریه پیشین عرصه را بر تحقق تعمیم تأمین اجتماعی تنگ و محدود نموده است، اما از آن‌پس رویه شورای نگهبان در رابطه با این موضوع تغییر پیدا کرده است؛ و در برخی موارد علی‌رغم اینکه مصوبه مجلس شورای اسلامی با ظاهر برخی از اصول و تفاسیر قانون اساسی مغایرت داشته است لیکن شورای نگهبان با رویکردی عدالت‌گرا موضوع را از منظر عدالت بررسی نموده و عدم مغایرت آن‌ها را با شرع و قانون اساسی اعلام کرده است که به چند نمونه از این نظریات اشاره می‌گردد:

۱. نظریه مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴ شورای نگهبان راجع به «لایحه ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی» مقرر می‌دارد:

«اصل ۲۹ قانون اساسی بیمه شدن را حق همگانی عمومی افراد قرار داده است و چون تبصره ۲ ماده ۱۳ حکم به الزام همه اقشار نموده است، نسبت به مواردی که در قبال بیمه ملزم به پرداخت وجه می‌شوند و شاید توان پرداخت ندارند مغایر اصل مذکور شناخته شد».

۲. همچنین نظریه مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۱۴ در اظهارنظر به «طرح اصلاح قانون بیمه اجتماعی رانندگان حمل‌ونقل بار و مسافر بین‌شهری^۲» مقرر می‌دارد:

هرچند ذیل اصل ۲۹ قانون اساسی یکی از محل‌های تأمین درآمدهای تأمین اجتماعی، درآمدهای حاصل از مشارکت مردم هست لیکن شورای نگهبان در این نظریات، به‌صورت ضمنی درآمدهای مشارکت مردمی را از اشخاص فاقد توانایی مالی منصرف دانسته و پرداختن حق بیمه این اقشار را به جهت همگانی و عمومی بودن تأمین اجتماعی وظیفه دولت دانسته است.

بر اساس نظریات شورای نگهبان درآمدهای مشارکت مردمی می‌بایست همراه با طلوع و رغبت درونی باشد که از این جهت این نظریان به‌طوری در رابطه با صیانت از حق مالکیت افراد نیز قابل تأمل و بررسی است.

۱. تبصره ۲ ماده ۳ لایحه ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی: دولت مکلف است ظرف مدت دو سال از تاریخ ابلاغ این قانون، امکان تحت پوشش بیمه قرار گرفتن اقشار مختلف جامعه از جمله روستائیان، عشایر و شاغلین فصلی را فراهم نماید و کلیه افراد باید ظرف مدت مذکور خود را تحت پوشش حوزه بیمه‌ای این نظام قرار دهند.

۲. ماده‌واحد طرح اصلاح قانون بیمه اجتماعی رانندگان حمل‌ونقل بار و مسافر بین‌شهری: از تاریخ تصویب این قانون کلیه رانندگان و سائل نقلیه حمل‌ونقل بار و مسافر بین‌شهری و درون‌شهری مشمول قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴/۴/۳ قرار گرفته و مکلف‌اند حق بیمه مقرر در این قانون را بر مبنای درآمدی که همه‌ساله طبق ماده (۳۵) قانون مذکور تعیین می‌گردد حداقل ۳ ماهه به سازمان مزبور پرداخت و از مزایای قانون تأمین اجتماعی برخوردار گردند.

۳. در تاریخ ۱۳۸۵/۳/۳۱ «طرح استفساریه قانون اصلاح تبصره ماده (۱۴) قانون کار و الحاق یک تبصره به آن مصوب ۱۳۸۳» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که بر اساس آن، کلیه مشمولین قانون تأمین اجتماعی (اعم از کارگران کارمندان و مشاغل و حرف آزاد، خویش فرمایان و...) که حق بیمه به آن سازمان می‌پردازند مشمول «قانون اصلاح تبصره ماده (۱۴) قانون کار و الحاق یک تبصره به آن مصوب ۱۳۸۳/۱/۳۰» می‌شوند.

چنانکه ملاحظه می‌شود این مصوبه اول به صورت «طرح» بوده که تصویب و اجرای آن هزینه‌های مالی دولت را افزایش می‌دهد دوم استفساریه بوده و علی‌رغم اینکه استفساریه بوده دامنه شمول قانون را گسترش داده است؛ چراکه قانون اصلاح تبصره ماده (۱۴) فقط مشمولین قانون کار (کارگران) را در برمی‌گیرد، اما استفساریه آن را به همه بیمه شدگان تسری داده است درحالی که طبق نظریه تفسیری مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ منظور از تفسیر بیان

۱. ماده واحده طرح استفساریه قانون اصلاح تبصره ماده (۱۴) قانون کار و الحاق یک تبصره به آن: قانون اصلاح تبصره ماده (۱۴) قانون کار و الحاق یک تبصره به آن مصوب ۱۳۸۳/۱/۳۰ مشمول قانون مذکور بر کلیه مشمولین قانون تأمین اجتماعی که به هر نحو سازمان تأمین اجتماعی حق بیمه خود را می‌پردازند نیز بوده است یا خیر؟

نظر مجلس: بله کلیه مشمولین قانون تأمین اجتماعی که حق بیمه به آن سازمان می‌پردازند نیز مشمول این قانون می‌باشند.

۲. قانون اصلاح تبصره ماده (۱۴) قانون کار و الحاق یک تبصره به آن: تبصره ماده (۱۴) قانون کار و الحاق یک تبصره به آن: تبصره ماده (۱۴) قانون کار مصوب ۱۳۶۸/۷/۲ به‌عنوان تبصره (۱) به شرح ذیل اصلاح و تبصره دیگری به آن الحاق می‌گردد:

تبصره ۱. مدت خدمت نظام‌وظیفه شاغلین مشمول کار یا شرکت داوطلبانه آنان در جبهه قبل از اشتغال و یا حین اشتغال جزو سوابق خدمتی آنان نزد سازمان تأمین اجتماعی محسوب می‌گردد. اعتبار موردنیاز برای اجرای این قانون از محل دریافت میانگین حق بیمه ۲ سال آخر فرد بیمه‌شده تأمین می‌گردد.

تبصره ۲. آن دسته از بیمه شدگانی که مشمول اصلاحیه تبصره (۲) ماده ۷۶ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۰/۷/۱۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام هستند به شرط آنکه خدمت نظام‌وظیفه خود را در جبهه‌های حق علیه باطل طی نموده و یا حضور داوطلبانه در جبهه داشته باشند سوابق خدمتی آنان جزو کارهای سخت و زیان‌آور محسوب می‌شود.

مراد مقتن است بنابراین تضییق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست تفسیر تلقی نمی‌شود.

لیکن شورای نگهبان این مصوبه را از «منظر عدالت» مورد توجه قرار داده و آن را مغایر با اصول ۷۳ و ۷۵ قانون اساسی و نظریه تفسیری فوق‌الذکر شناخته است.^۱

۶. ۱. ۱. ۴. احقاق حقوق زن

اول: شورای نگهبان در تاریخ ۲۵/ ۱۱/ ۱۳۶۳ در اظهار نظر راجع به «لایحه الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخابات قضات دادگستری» نظریه‌ای صادر نموده است که به نظر می‌رسد با اصل برابری افراد در مغایرت باشد این نظریه مقرر می‌دارد:

«با لحاظ به اینکه در تبصره ۵ توجه بانوان دارای پایه قضایی به طور مطلق در امر قضا دخالت نخواهند داشت مصوبه مغایر موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد».

چنانچه ملاحظه می‌شود شورای نگهبان نظری دایر بر مغایرت مصوبه مجلس با موازین شرع و قانون اساسی ابراز نداشته ولی از آنجاکه داشتن سمت قضایی را برای بانوان مغایر موازین شرع می‌دانستند و در تبصره ۵ الحاقی به حفظ پایه قضایی آن‌ها اشاره شده بر این استظهار، تأکید کرده‌اند که چون داشتن پایه قضایی به معنای دارا بودن سمت قضاوت و ارجاع شغل قضایی نیست مغایر موازین شرع شناخته نشده است.^۲

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هر چند اصل مستقل و صریحی مبنی بر تساوی در کسب مشاغل دولتی پیش‌بینی نشده است اما با توجه به مفهوم و منطوق برخی از اصول می‌توان این اصل را از آن استفاده نمود.^۳

امر قضا یکی از شئون حاکمیت به شمار می‌رود که متصدیان آن از اقتدارات قانونی و قابل توجهی برخوردارند آرمان تساوی حقوق زن و مرد این اقتدار و موقعیت را برای زنان همانند را برای زنان همانند مردان طلب می‌کند هر چند که اکثر فقهای اسلامی مخالف

۱. موسی زاده، ابراهیم، پیشین. صص ۱۶۵-۱۶۴.

۲. همان. صص ۱۸۴-۱۸۳.

۳. بند ۸، اصل ۲، بند ۱۴ اصل ۳، اصل ۱۹، اصل ۲۰ و بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی.

اعطای حق قضاوت به زن هستند^۱ اما برخی از فقهای نواندیش معتقدند زن و مرد در همه حقوق مساوی هستند ... ذکوریت و مرد بودن در قاضی شرط نیست معیار در قضاوت اعتدال قاضی و بر طریق مستقیم بودن در قضا، علم و معرفت به موازین اسلامی قضا و قوانین است و هیچ دلیل معتبری بر شرطیت مرد بودن نداریم و مقتضای اطلاق مقبوله و الغای خصوصیت از تقیید به «رجل» در روایت ابی خدیجه عدم شرطیت و صحت قاضی زن مانند قاضی مرد است به عبارت دیگر به نظر این جانب همه عالمان به موازین قضا که دارای عدالت و بقیه شرایط باشند، مشمول ادله جواز قضا بوده و هستند و عرف و عقلا هیچ خصوصیتی و هیچ تفاوتی بین قضای مرد و زن ندیده و نمی بیند و مناط را همان علم به قوانین و عدالت و بقیه شرایط می داند نه علم و عدالت مرد و رجل به ما هو رجل و شارع و قانون گذار اگر بخواهد چنین تعبدی را اعمال نماید نیاز به روایات کثیره و ادله واضح تر و تبیین آن به نحوی که الغای خصوصیت نشود، دارد یعنی همان طور که شارع برای جلوگیری از عمل به قیاس که مطابق با اعتبار بوده به نحوی عمل کرده که يعرف الشیعه به ترکه العمل بالقیاس در امثال مورد سؤال هم باید به همان نحو عمل نماید و دون اثبات ذلک العمل خراط القتاد...^۲

دوم: شورای نگهبان طی نظریه مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۲۸ در «طرح اصلاح ماده ۳ قانون اعزام دانشجو به خارج از کشور مصوب ۱۳۶۴» مقرر می دارد:

«چون حذف کلمه پسر از اصل ماده و حذف تبصره ماده مذکور موجب جواز خارج شدن هر یک از زنان بی شوهر و دختران مجرد و زنان شوهردار به صورت تنهایی می شود و مستلزم در معرض فساد قرار گرفتن آنان است از این رو خلاف شرع تشخیص داده شد^۳».

به نظر می رسد که زن و مرد هیچ کدام مستخدم دیگری نیستند و ازدواج استخدام نیست، بلکه زندگی مشترک است و لذا مرد و زن می توانند به بیرون از منزل بروند و احتیاج

۱. نجفی، شیخ محمدحسن. جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. جلد چهارم. چاپ چهلیم. تهران: دارالکتب الاسلامیه. ۱۳۷۸. ص ۱۴.

۲. موسی زاده، ابراهیم، پیشین. ص ۱۳۱

۳. ماده واحده طرح اصلاح ماده (۳) قانون اعزام دانشجو به خارج از کشور مصوب ۱۳۶۴: از تاریخ تصویب این قانون کلمه «پسر» از ماده (۳) و تبصره (۱) ماده (۳) قانون اعزام دانشجو به خارج از کشور مصوب ۱۳۶۴/۱/۲۵ حذف می گردد.

به اجازه یکدیگر ندارند، آری اگر بیرون رفتن زن مانع از انجام حقوق واجبه و مسئله زندگی زناشویی باشد و یا به آبروی مرد لطمه بزند، در اینجا احتیاج به اجازه دارد، کما اینکه اگر مرد هم بخواهد بیرون برود و بیرون رفتنش ظلم به زن باشد، مرد نیز باید اجازه بگیرد، پس از نظر حفظ حقوق یکدیگر آنجایی که زن لازم است اجازه بگیرد بر مرد نیز لازم است اجازه بگیرد؛ چراکه هر دو انسان هستند و دارای شخصیت مستقل می‌باشند و این امر منجر به تساوی هر دو می‌گردد. هیچ‌گونه تفاوتی بین زن و مرد به لحاظ مکان جغرافیایی و حقوق اجتماعی وجود ندارد و همه افراد بشر مساوی هستند.

وقتی به تساوی زن و مرد در تمامی حقوق اجتماعی، سیاسی و مدنی قائل باشیم همان‌گونه که مرد یا پسر می‌تواند آزادانه از حقوق خود متمتع شود اصل تساوی ایجاب می‌کند که زن یا دختر نیز همانند پسر به صورت آزاد از تمامی حقوق خود بهره‌مند گردد^۱.

۶. ۱. ۲. آراء و نظرات شورای نگهبان در استناد به وظایف و اختیارات نهادهای

حکومتی با استناد به دیباچه

۶. ۱. ۲. ۱. ولایت فقیه

در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی علاوه بر ذکر شرایط و صفات رهبری و حق مردم در انتخاب رهبر وظیفه رهبری در تضمین عدم انحراف سازمان‌ها از وظایف اسلامی ذکر شده است. شورای نگهبان تاکنون نه در نظریات تفسیری و نه در نظریات مشورتی خود به تفسیر و تشریح این اصول با استناد به مقدمه قانون اساسی پرداخته است؛ همچنین هیچ‌گاه در انطباق مصوبات مجلس با قانون اساسی در رد آن مصوبات به این اصول استناد ننموده، هرچند باید دانست از آنجایی که قانون اساسی جمهوری اسلامی در اصول ۱۰۷، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۱ خود به تبیین صفات و نقش و وظیفه ولی فقیه در ساختار نظام جمهوری اسلامی پرداخته، شورای نگهبان در آراء و نظریات خویش این اصول قانون اساسی را سرلوحه کار خویش قرار داده است. به عنوان مثال وظیفه رهبری در ضمانت عدم انحراف سازمان‌ها از وظایف اسلامی که در مقدمه مورد اشاره واقع شده است باید توجه داشت که این وظیفه بسیار کلی و مبهم است و در صورتی که شورا به این اصل از مقدمه استناد نماید

۱. موسی‌زاده، ابراهیم، پیشین، صص ۲۲۶-۲۲۵.

به طور حتم راه گریز از قانون را از سوی رهبری هموار خواهد نمود؛ و این با اصل حاکمیت قانون در تضاد است. قانون اساسی جمهوری اسلامی در تبیین این وظیفه اصل ۱۱۰^۱ قانون اساسی را در تبیین وظیفه رهبری در این راستا مقرر نموده است. اصل یکصد و دهم به طور مبسوط به تشریح وظایف رهبری پرداخته است و شورای نگهبان بارها در آرا و نظریات خود به این اصل استناد نموده است یا آن را مورد تفسیر قرار داده است.

۶. ۱. ۲. قانون گذاری بر مبنای قرآن و سنت

از مهم ترین علت های وجودی شورای نگهبان و شاید مهم ترین علت وجودی شورای نگهبان پاسداری از احکام اسلام و شرع مقدس اسلام در نظام جمهوری اسلامی است. همان طور که در مقدمه قانون اساسی مبنای قانون گذاری را قرآن و سنت دانسته و نیز بر طبق اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات در نظام جمهوری اسلامی بایستی بر اساس احکام اسلامی و موازین شرعی باشد همچنین طبق اصل ۹۱ قانون اساسی شورای نگهبان موظف به پاسداری از احکام اسلامی از طریق نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی شده است. شورای نگهبان تاکنون بارها و بارها این اصل را مورد تفسیر قرار داده و همچنین در مقام دفاع از احکام اسلامی در رد مصوبات مجلس شورای اسلامی، به اصل

۱. اصل ۱۱۰ قانون اساسی:

وظایف و اختیارات رهبر: ۱. تعیین سیاست های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام. ۲. نظارت بر حسن اجرای سیاست های کلی نظام. ۳. فرمان همه پرسی ۴. فرماندهی کل نیروهای مسلح ۵. اعلان جنگ و صلح و بسیج نیروها ۶. نصب و عزل و قبول استعفا: فقهای شورای نگهبان، عالی ترین مقام قوه قضائیه، رئیس سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی، رئیس ستاد مشترک، فرمانده کل سپاه، فرماندهان عالی نیروهای نظامی و انتظامی ۷. حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه گانه ۸. حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام ۹. امضاء حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم- صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری از جهت دارا بودن شرایطی که در این قانون می آید باید قبل از انتخاب به تأیید شورای نگهبان و در دوره اول به تأیید رهبری برسد. ۱۰. عزل رئیس جمهور با در نظر گرفتن مصالح کشور پس از حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی از وظایف قانونی یا رأی مجلس شورای اسلامی به عدم کفایت وی بر اساس اصل هشتاد و نهم ۱۱. عفو یا تخفیف مجازات محکومین در حدود موازین اسلامی پس از پیشنهاد رئیس قوه قضائیه. رهبری می تواند بعضی از وظایف و اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض کند.

چهارم قانون اساسی استناد نموده است اما هیچ‌گاه برای انجام این وظیفه به مقدمه قانون اساسی استناد ننموده است. گویی اصل چهارم قانون اساسی نسبت به مقصود شورای نگهبان در پاسداری از شرع اسلام وافی و کافی تشخیص داده شده است.

شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۰/۱/۲۵ در نظر تفسیری خود اعلام نموده است: «مستفاد از اصل ۴ قانون اساسی این است که به‌طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق قوانین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است...».

۶. ۱. ۲. ۳. لزوم استقلال برای قوه قضائیه

موقعیت قوه قضائیه آن‌چنان استقلالی را می‌طلبد که با استقلال عمل سایر دستگاه‌های عمومی تفاوت کلی و اصولی دارد. گزافه نیست اگر بگوییم که یکی از ارکان استقلال ملت رکن مهم استقلال قضائی است. استقلال قوه قضائیه از دو بعد تشکیلاتی و رفتاری مدنظر است. دیباچه قانون اساسی بر استقلال قوه قضائیه و لزوم دوری آن از هرگونه روابط ناسالم تأکید کرده است. همچنین طبق اصل ۱۵۶ قانون اساسی قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت... است. در کشور ما اعمال قوه قضائیه بر طبق اصل شصت و یکم قانون اساسی از طریق دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی بپردازد. شورای نگهبان در مقام پاسدار قانون اساسی در تضمین استقلال قضائی تاکنون به دیباچه قانون اساسی استناد ننموده است. هرچند در مقام دفاع از آن به اصول قانون اساسی متوسل شده است؛ چراکه شرح استقلال قضائی که در مقدمه به صورت کلی مطرح شده است، در اصول مربوط به قوه قضائیه در قانون اساسی یعنی از اصل ۱۵۶ تا اصل ۱۷۴ به تشریح بیان شده است. در این رابطه می‌توان به نظر تفسیری شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۵۹/۱۰/۸ در پاسخ به سؤال شورای عالی قضائی اشاره نمود که شورا در این نظر اعلام نموده است:

«قضائی که طبق بند سوم اصل ۱۵۷ قانون اساسی از طرف شورای عالی قضائی استخدام و عزل و نصب آنها با شورای مزبور می باشد مطابق اصل ۱۴۱ قانون اساسی نمی توانند نماینده مجلس شورای اسلامی باشند»^۱.

۶. ۱. ۲. ۴. قوه مجریه و اجرای قانون

مقدمه قانون اساسی در رابطه با قوه مجریه به بیان دو اصل مهم پرداخته است، اولین وظیفه این قوه در رابطه با اجرای قانون است. قانون اساسی نیز در فصل نهم خود به ویژه در اصل ۱۱۳^۲ به تشریح چگونگی انجام این وظیفه از سوی شورا پرداخته است. در همین راستا شورای نگهبان به ارائه نظرات تفسیری، مشورتی و ارشادی پرداخته است. این نظرات گاه با تکیه بر اصول قانون اساسی بوده است مانند نظر تفسیری مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۸ به شماره ۴۶۸ در پاسخ به شورای عالی قضائی که مطابق با آن «رئیس جمهور با توجه به اصل ۱۱۳ حق اخطار و تذکر را دارد و منافات با بند ۳ اصل ۱۵۶ ندارد»^۳.

وظیفه دیگری که در مقدمه قانون اساسی برای قوه مجریه ذکر شده است طرد بروکراسی و ایجاد تشکیلات اداری منظم بود. همان طور که در بخش اول نیز متذکر شدیم بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی نیز بر این مهم صحه گذاشته است^۴؛ اما شورا تاکنون در آراء و نظرات و در تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی به این اصل اشاره یا استناد ننموده است.

۱. مؤذنیان، محمدرضا، مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۸۰-۱۳۵۹. تهران: انتشارات مرکز تحقیقات شورای نگهبان. ۱۳۸۱. ص ۱۱.

۲. اصل ۱۱۳ قانون اساسی: «پس از مقام رهبری، رئیس جمهور عالی ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که به طور مستقیم به رهبری می شود، بر عهده دارد».

۳. اصل ۱۵۶: قوه قضائیه ... عهده دار وظایف زیر است: ... ۳- نظارت بر حسن اجرای قوانین...

۴. مؤذنیان، ابراهیم، پیشین. ص ۹.

۵. اصل ۳ قانون اساسی: دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: ... ۱۰- ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیر ضرور...

۶. ۱. ۲. ۵. مدیریت صداوسیما

دیباچه قانون اساسی در رابطه با تعیین مدیریت صداوسیما قائل به انتخابی بودن مدیران شده است اما طبق اصل ۱۷۵ قانون اساسی نصب و عزل رئیس سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران با مقام رهبری است. در این رابطه بایستی متذکر شد که مقدمه قانون اساسی درواقع همان مقدمه قانون اساسی ۱۳۵۸ است که بدون اصلاحات در قانون اساسی مصوب ۱۳۶۸ نیز به تصویب رسید. طبق اصل ۱۷۵ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ اداره صداوسیما به طور اشتراکی بر عهده قوای سه گانه گذاشته شده بود^۱؛ در بازنگری سال ۱۳۶۸ طبق همین اصل یعنی اصل ۱۷۵ ریاست صداوسیما از حالت انتخابی به صورت انتصابی درآمد که طبق آن نصب و عزل رئیس سازمان صداوسیما با مقام رهبری است. همان طور که ملاحظه می شود میان مقدمه قانون اساسی و اصل ۱۷۵ قانون اساسی در رابطه با مدیریت صداوسیما تعارض برقرار است. طبق نظریه تفسیری شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۹/۷/۱۰ به شماره ۷۹/۲۱/۹۷۹ این شورا اصل یک صد و هفتاد و پنجم را نصب العین خویش قرار داده است:

«مطابق اصل ۱۷۵ قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران صداوسیما زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری است؛ بنابراین سیاست گذاری، هدایت و تدابیر لازم در همه ابعاد به ویژه در راستای تحقق آزادی بیان و نشر افکار با رعایت موازین اسلامی و مصالح کشور در همه شئون و مراتب که در صدر اصل مذکور بدان اشاره شده است از اختیارات اختصاصی آن مقام است...»^۲.

طبق این نظریه می توان گفت شورا درعمل و یا به صورت غیرمستقیم دیباچه را فاقد قابلیت استناد پذیری دانسته است و اگر نتوان این نظر را پذیرفت قدر متیقن این مطلب آن است که شورا در مورد هنجارهایی از قانون اساسی که در تعارض با اصول قانون اساسی است اصول قانون اساسی را بر آن مرجع می دارد و به آن استناد می نماید.

۱. اصل ۱۷۵ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ «در رسانه های گروهی (رادیو و تلویزیون) آزادی انتشارات و تبلیغات طبق موازین اسلامی باید تأمین شود. این رسانه ها زیر نظر مشترک قوای سه گانه قضائیه (شورای عالی قضائی) مقننه و مجریه اداره خواهد شد. ترتیب آن را قانون معین می کند».

۲. مؤذنیان، محمدرضا، پیشین. ص ۲۸۲.

از مجموعه مطالبی که در مورد رویه شورای نگهبان در مورد حقوق بنیادین و اصول سازمان دهنده سیاسی مذکور در دیباچه که تاکنون مطرح شد، می‌توان نتیجه گرفت که شورای نگهبان همان‌طور که در تک‌تک موارد مورد بررسی اشاره شده تاکنون نه در تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی به اصول مورداشاره در مقدمه قانون اساسی استناد کرده و نه در هیچ‌کدام از آراء و نظرات خود در مورد استنادپذیری آن اصول رأیی صادر نموده است؛^۱ بنابراین می‌توان گفت بر طبق رویه شورای نگهبان متن دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی از قابلیت استناد برخوردار نبوده است؛ اما علی‌رغم این همان‌طور که ذکر گردید شورا گرچه به لحاظ شکلی به این اصول استناد نکرده است اما از آنجاکه غالب این قواعد به شکل الزام‌آورتری و دقیق‌تری در اصول قانون اساسی ذکر گردیده است، رویه شورا بر این مبنا بوده که این نهاد تاکنون ترجیح داده که به اصول قانون اساسی که متناظر با قواعد و مقرره‌های دیباچه قانون اساسی است استناد نماید و یا در مورد آن‌ها نظرات تفسیری و یا مشورتی صادر نماید و بدین گونه از قواعد و اصول مذکور در دیباچه حراست به عمل آورد؛ اما در این زمینه هم ذکر چند نکته واجب به نظر می‌رسد:

اول: شورا در مورد حراست از آزادی‌های بنیادین مصرح در دیباچه قانون اساسی رویه ثابتی نداشته است. به‌نحوی که تا اواخر دهه شصت عملکردی به‌طور کامل روشن و شفاف قابل دفاع و تحسین‌برانگیز در صیانت از این حقوق بنیادین داشته است لیکن بعدازآن نظریات چندان قابل دفاعی در پاسداری از این حقوق مشاهده نمی‌شود؛ و یا اگر مواردی هم وجود داشته که درصدد احیاء یا اعطاء این حقوق بوده است به دلیل آنکه آن موارد به‌صورت طرح از سوی مجلس شورای اسلامی مطرح گردیده و اجرای آن هزینه‌هایی را برای دولت ایجاد کرده است با استناد به اصل ۷۵ مورد ایراد و اشکال شورای نگهبان واقع گردیده‌اند. همچنین از بررسی نحوه نگرش و رویکرد شورای نگهبان نسبت به حقوق

۱. البته وضع در دادگاه‌های عادی به این صورت نبوده برای مثال می‌توان به رأی شماره ۸۸۰۹۹۷۴۱۱۱۴۰۰۰۶۶ به شماره پرونده ۸۷۰۹۹۸۴۱۱۴۰۱۳۶۱ صادره از شعبه چهاردهم دادگاه عمومی حقوقی دادگستری شهرستان تبریز در تاریخ ۱۳۸۸/۱/۱۸ اشاره نمود که به دیباچه قانون اساسی استناد شده است.

بنیادین مشخص می شود که این شورا در قبال صیانت از حقوق حوزه اقتصادی و اجتماعی نقش بسیار مثبتی ایفا نموده است.

دوم: اینکه در بحث حقوق نهادی این شورا در مواردی که این قواعد در اصول قانون اساسی تصریح شده‌اند با استناد به اصول قانون اساسی از قواعد مذکور در دیباچه مراقبت نموده است و گاه نظرات این شورا باعث غنی‌تر شدن نظام حقوقی گشته است.^۱

نتیجه‌گیری

دیباچه قانون اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برخلاف نظام حقوقی در برخی از کشورها مانند فرانسه قابلیت استناد پذیری را ندارد؛ اما در این رابطه نکاتی را باید موردتوجه قرار داد:

مقدمه قانون اساسی به مثابه یک اعلامیه حقوقی است. به طور کلی اعلامیه‌های حقوقی در مورد حقوق بنیادین است همان‌طور که در فرانسه اعلامیه حقوق بشر و شهروند و مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ و اعلامیه زیست‌محیطی، به‌طور عمده با محوریت حقوق و آزادی‌های بنیادین تدوین گشته و این حقوق و آزادی‌ها را تضمین نموده‌اند؛ اما دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی به شرح حوادث تاریخی منجر به انقلاب ۵۷ و آرمان‌های جمهوری اسلامی در زمینه‌های داخلی و بین‌المللی پرداخته و حقوق و آزادی‌های بنیادین همچنین حقوق نهادی به‌صورت پراکنده در این دیباچه موردتوجه قرار گرفته‌اند.

از طرف دیگر در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نمی‌توان گفت که دیباچه قانون اساسی دارای ارزش ماهوی باشد نه به لحاظ حقوق بنیادین و نه به لحاظ حقوق نهادی مصرح در آن، چراکه باید این نکته را مدنظر داشت که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بخش مستقلی تحت عنوان حقوق ملت وجود دارد که در آن حقوق و آزادی‌های مشروع افراد قید شده است. به‌طوری‌که بخش عمده‌ای از حقوق و آزادی‌های مذکور در مقدمه قانون اساسی در این اصول ذکر شده‌اند و شورای نگهبان برای پاسداری از حقوق و آزادی‌ها بنیادین نیازمند استناد به مقدمه قانون اساسی نبوده است. همچنین در

۱. همچون نظرات و آراء این شورا در مورد شیوه اجرای قانون از سوی قوه مجریه که پیش‌ازاین موردبررسی قرار گرفت.

مورد حقوق نهادی اشاره شده در دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی که به طور عمومی در اصول قانون اساسی تصریح شده‌اند. با وجود این برخی از مقرره‌های مذکور در دیباچه قانون اساسی که تعدادشان بسیار کم است با اصول قانون اساسی نیز در تعارض قرار دارد^۱ و برخی دیگر از قواعد دیباچه قانون اساسی بدون اینکه مغایرتی با اصول قانون اساسی داشته باشند حاوی هنجارهای جدیدی هستند که در اصول قانون اساسی ذکر نشده است.^۲

از طرفی دیگر بایستی به نوع زبان نگارشی به کاررفته در دیباچه قانون اساسی توجه نمود؛ زبان دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در همان بخش‌های اندکی که نهادهای حقوقی را مورد خطاب قرار داده و یا از حقوق و آزادی‌های افراد دفاع می‌کند بسیار مبهم کلی و غیرصریح و فاقد قدرت الزام است؛ که این مسئله را می‌توان در غیر قابل استناد پذیری دیباچه مؤثر دانست.

در ایران، به مسئله اعتبار حقوقی دیباچه پرداخته نشده، این مسئله شاید ناشی از جوان بودن قانون اساسی ایران باشد اما در همان نظرات مطرح شده بیشتر بر این نکته تأکید شده است که دیباچه قانون اساسی فاقد قابلیت استناد پذیری است هرچند یکی از منابع مهم تفسیر قانون اساسی به شمار می‌آید.

از سوی دیگر از آنجاکه یکی از روش‌های تفسیر قانون اساسی پی بردن به هدف قانون‌گذار اساسی است، با بررسی مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی می‌توان دریافت که از نظر این مجلس همان‌طور که به صراحت بیان شده مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی فاقد قابلیت استناد پذیری است.

بایستی توجه داشت که به لحاظ عملی بر طبق رویه شورای نگهبان، رویه این شورا تاکنون نه در آراء و نظریات تفسیری و مشورتی به تشریح استناد پذیری دیباچه پرداخته و نه در انطباق مصوبات مجلس با قانون اساسی به آن استناد نموده است؛ اما این امر مانع از اعطای نقش مرجعیت هنجاری برای استناد به آن در آینده نیست.

۱. مثل انتخابی بودن مدیریت صدا و سیما که با اصل ۱۷۵ قانون اساسی که بر طبق آن نصب و عزل رئیس سازمان صدا و سیما از سوی مقام رهبری، در تعارض است.

۲. همچون وظیفه ارتش و سپاه برای جهاد در راه خدا و گسترش حاکمیت قانون خدا در جهان، یا وظیفه سپاه در حراست از مرزهای کشور.

منابع

۱. استوار سنگری، کورش، مفهوم دولت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۱، ۱۳۸۸.
۲. امامی، محمد و شاکری، حمید، کنکاشی در مفهوم حقوق و آزادی‌های عمومی با تأکید بر اصل ۲۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۸، ۱۳۹۲.
۳. امامی، محمد و شاکری، حمید، احزاب و علل ناکارآمدی آن از منظر حقوقی در ایران، مجموعه مقالات اولین کنگره ملی علوم اسلامی و انسانی، تهران، ۱۳۹۳.
۴. بناءرضوی، مهدی، طرح تحلیلی اقتصاد اسلامی، انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۶۷.
۵. تقی زاده، جواد، مسئله اساسی سازی نظم حقوقی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۱، ۱۳۸۶.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ سوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۱.
۷. شاکری، حمید و فدایی، علی‌اصغر، تحلیلی بر گفتمان حقوق شهروندی با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشریه قانون و کلا دادگستری، شماره ۵، بهار، ۱۳۹۳.
۸. شاکری، حمید، تأملی بر حقوق سیاسی زنان در ایران با تأکید بر قانون اساسی، مجموعه مقالات اولین کنگره بین‌المللی فرهنگ و اندیشه دینی، جلد دهم، تهران: موسسه سفیران فرهنگی مبین، ۱۳۹۳.
۹. شاکری، حمید، ولایت‌فقیه و قانون اساسی، مجموعه مقالات اولین کنگره ملی تفکر و پژوهش دینی، اداره کل تبلیغات فرهنگ اسلامی اردبیل، ۱۳۹۳.
۱۰. شعبانی، قاسم، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، چاپ دهم، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۱.
۱۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد چهارم، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، تیر ۱۳۶۸.

۱۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد سوم، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، آذر ۱۳۶۴.
۱۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اساسی، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۰.
۱۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ نهم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
۱۵. قاضی (شریعت پناهی)، ابوالفضل، قانون اساسی سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۸، ۱۳۷۱.
۱۶. قاضی (شریعت پناهی)، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ دهم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی، نشریه حقوق اساسی شماره ۳، ۱۳۸۳.
۱۸. مالوری، فیلیپ، ادبیات و حقوق، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگه، ۱۳۸۱.
۱۹. مدنی، سید جلال‌الدین، کلیات حقوق اساسی، چاپ دهم، تهران: انتشارات پایدار، ۱۳۸۵.
۲۰. مهرپور، حسین، نظری بر مقام زن و حقوق اجتماعی او از دیدگاه قرآن مندرج در حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۴.
۲۱. مهرپور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۴.
۲۲. مؤذنیان، محمدرضا، مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۸۰-۱۳۵۹، تهران: انتشارات مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۱.
۲۳. موسی زاده، ابراهیم، حقوق بنیادین در آرا و نظریات شورای نگهبان، رساله دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶.
۲۴. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهارم، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۸.
۲۵. هاشمی، سید محمد و همتی، مجتبی و اسماعیل‌زاده، حسن، حقوق شهروندی و توسعه مشارکتی، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۵۰، ۱۳۸۸.

۲۶. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
۲۷. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، چاپ هفتم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵.
۲۸. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، چاپ بیست و سوم، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
۲۹. واعظی، سید مجتبی، ارزش حقوقی مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، نشریه حقوق اساسی، شماره ۳، ۱۳۸۳.
30. Balkin J.M. 2009, "Framework Originalism and the Living Constitution" in *Northwestern Law Review*, 103(2): 549-614.
31. Hogg P.W. 2006, "Canada: From Privy Council to Supreme Court" in Goldsworthy J. (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford University Press, Oxford, 55-105.
32. Lessig L. 1993, "Fidelity in Translation" in *Texas Law Review*, 71(6): 1165-1268.
33. Sagar.Arun(2011).Constitutional Interpretation in Federation and its Impact on the Federal Balance. *Perspectives on Federalism*. vol.3. issue.1.1-22.

ماهیت انتقال حقوق استیجاری موضوع قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶

هومان پارسا^۱

دکتر بابک خسروی نیا^۲

چکیده

عقد اجاره به عنوان یکی از عقود معین و موسوم در قانون مدنی ایران و در فقه فقط سبب انتقال مالکیت منافع است لکن روابط استیجاری موضوع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ که نظر بر اماکن تجاری است علاوه به انتقال مالکیت منافع، حقوق استیجاری دیگری را نیز دربردارد که اهم آن حق کسب یا پیشه و تجارت است این حق از این رو که در مالکیت مستأجر ایجاد می شود با اراده و البته به شرط رضایت مالک قابل انتقال به غیر است اما هرگاه مستأجر فقط به قصد انتقال مالکیت منافع به طور موقت، مکان آن مورد اجاره را به ثالث اجاره دهد و اراده انتقال حق کسب و پیشه متعلق به خود را نداشته باشد این حق چه وضعیت و موقعیتی می یابد و ماهیت چنین انتقالی چیست و چه آثاری دربر دارد؟ در این مقاله کوشش شده ماهیت و آثار این گونه انتقالات مورد مطالعه و ملاحظه واقع شود.

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی لارستان - وکیل دادگستری

۲. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی لارستان

مقدمه

انتقال منافع از آثار و احکام عام عقد اجاره است که با انعقاد عقد و تصرفات استیجاری مورد استفاده مستأجر واقع می‌شود و دیگر حقوق استیجاری نظیر حق کسب یا پیشه و تجارت در مکان تجاری مورد اجاره مشمول قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ به تبع تصرفات استیجاری مستأجر در مکان مورد اجاره به تدریج در حیطه مالکیت مستأجر ایجاد می‌گردد. مبانی ایجاد این حق در آثار نویسندگان و در عرف به طور عمومی به مهارت مستأجر، شهرت و اعتبار کسی او و استمرار رابطه استیجاری در طول سالیان متمادی نسبت داده شده و تا حدودی نیز تحت تأثیر موقعیت و مرغوبیت محل مورد اجاره بوده است.

برخی از اساتید علم حقوق با تعبیر حق کسب و پیشه به مایه تجارتی، آن را حقی گفته‌اند که تاجر بر مشتریان خود دارد^۱ و می‌تواند در این حقوق مالکانه هر نوع تصرفی بنماید به شرطی که مغایر با حقوق مالک نباشد. تشخیص و تمیز انتقال منافع مورد اجاره از انتقال موقعیت قراردادی مستلزم شناخت جایگاه این دو پدیده حقوقی است که به تفکیک مورد بررسی واقع می‌شود.

گفتار اول. انتقال منافع

وقتی صحبت از انتقال منافع می‌شود منظور انتقال و واگذاری حق برخورداری از موقعیت عین مستأجره است یا انتقال سایر حقوق استیجاری مانند حق کسب و پیشه را نیز شامل می‌شود؟ به عبارت دقیق‌تر آیا منظور از انتقال منافع، انتقال موقعیت قراردادی مستأجر به غیر است؟ در برخی از کتب و مقالات منافع عین مستأجره با حقوق استیجاری و موقعیت قراردادی یکسان شناخته شده و بین انتقال آن‌ها نیز تفاوتی قائل نشده‌اند و یا بی‌اهمیت از ضرورت تفکیک این دو پدیده از کنار آن گذشته‌اند هرچند حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر به تبع عقد اجاره یا همان انتقال منافع ایجاد می‌شود و تا زمانی که مستأجر، مالک منافع عین مستأجر نشده، ایجاد حق کسب و پیشه مستقل از عقد اجاره برای وی متصور نیست اما انتقال منافع در مفاد مفهوم مجرد فقط به معنی انتقال منفعت عین مستأجره است و با انتقال موقعیت قراردادی که مشتمل بر کلیه حقوق استیجاری حاصل در قرارداد اجاره است تفاوت دارد.

۱. کاتوزیان، امیرناص، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صفحه

گفتار دوم: انتقال موقعیت قراردادی

در فقه و قانون مدنی ایران در پاره‌ای از عقود معین مثل حواله، مزارعه، مضاربه و اجاره از انتقال حقوق و تعهدات و منافع سخن به میان آمده است. در عقد حواله فقط طلب داین از ذمه مدیون به ذمه ثالث منتقل می‌شود در تبدیل تعهد به‌عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات گاه دین از ذمه مدیون به دیگری منتقل می‌شود اما نهاد قرارداد مورد انتقال واقع نمی‌شود و به همین دلیل تضمینات تعهدات سابق به تعهدات لاحق تعلق نمی‌گیرد ماده ۵۴۱ قانون مدنی در باب مزارعه به تفکیک این اعمال پرداخته است. در عبارت نخست ماده، استخدام افراد از سوی مزارع برای اجرای قرارداد مزارعه یا به‌عبارت دیگر واگذاری و انتقال اجرای تعهدات قراردادی مزارع به ثالث به‌مباشرت و به‌مشارکت مورد اشاره قرار گرفته است و در عبارت پایانی ماده امکان انتقال معامله یا تسلیم زمین به ثالث بیان شده که منظور از انتقال معامله، انتقال وضعیت و موضعیت قراردادی و کناره‌گیری مزارع از عقد اصلی است همین وضعیت در ماده ۵۵۴ قانون مدنی در باب مضاربه نیز مشاهده می‌شود.

برخی از حقوق‌دانان نظر مشهور فقهای امامیه مبنی بر جواز انتقال معامله مزارعه را نتیجه تصرفات مالکانه مزارع در منفعت زمین نسبت به سهم خود می‌دانند و حتی قید مباشرت عامل را مانع انتقال نمی‌دانند و معتقدند عامل می‌تواند قرارداد مزارعه را به غیر انتقال دهد و شرط کند که خود مباشرت در عاملیت زمین را هم دارا باشد^۱ از سوی دیگر در برخی از نظرات فقهی شرط مباشرت مانع دخالت ثالث تلقی شده است^۲ و درعین حال واگذاری و انتقال عقد به ثالث را موجب انفساخ عقد مضاربه اصلی دانسته‌اند.

در خصوص عقد اجاره نیز اظهارنظرهای متفاوتی شده است عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند اجاره عقد تملیکی است و مستأجر می‌تواند با تصرف در حق متعلق به خود که همانا مالکیت بر منافع عین مستأجر است آن را به دیگری انتقال دهد بنابراین در قرارداد انتقال منافع، مستأجر جدید به‌عنوان قائم‌مقام مستأجر نخست در برابر مالک عین قرار نمی‌گیرد بلکه دو قرارداد جداگانه بسته می‌شود که هریک اطراف خاص خود را دارند.^۳ اما بالعکس در انتقال قرارداد اجاره به دیگری مستأجر جدید جانشین مستأجر سابق می‌شود و با مالک

۱. امامی، سید حسن، حقوق عمرانی، جلد اول، انتشارات اسلامی، چاپ هفتم، صفحه ۷۹

۲. مجدسرائی، حمید، شرحی بر لمعه، نشر حقوق اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۴، صفحه ۲۸۵

۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۴، شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۸، صفحه ۳۰۹

ارتباط پیدا می‌کند و مستأجر نخستین از میدان بیرون می‌رود و مستأجر جدید عقد پیشین را ادامه می‌دهد.^۱ (۲)

در تأیید این دیدگاه برخی از نویسندگان نیز انتقال منافع مورد اجاره با انتقال رابطه اجاره را دو پدیده متفاوت دانسته‌اند بدین معنا که در انتقال منافع رابطه موجر و مستأجر حفظ می‌شود و با انعقاد عقد اجاره دوم رابطه جدیدی بین مستأجر اول و دوم برقرار می‌گردد و دایره رابطه تا زمان فسخ قرارداد اصلی و انقضای مدت اجاره اولیه پابرجاست لیکن در انتقال رابطه اجاره علاوه بر انتقال منافع کل موقعیت قراردادی به مستأجر دوم منتقل می‌شود و با قطع رابطه مستأجر اول با موجر وی دیگر در این میان نقشی نخواهد داشت.^۲ حاصل آراء و عقاید مذکور تفکیک دو پدیده انتقال نهاد قرارداد با انتقال بخشی از اجزاء یک قرارداد یا رابطه حقوقی است.

گفتار سوم: ماهیت انتقال در عقد اجاره موضوع قانون مدنی

در حوزه قانون مدنی عقد اجاره فقط ناظر بر انتقال منافع از سوی موجر به مستأجر است و نتیجه آن مالکیت مستأجر در منافع عین مستأجره است که با تصرفات وی در مورد اجاره این مالکیت محقق و منفعت استیفا می‌شود. این وضعیت تا خاتمه قرارداد اجاره ادامه دارد و به محض انقضاء مدت، رابطه استیجاری پایان می‌یابد. مستأجر حق دارد در صورتی که حق انتقال منافع به غیر از وی سلب نشده باشد در طول مدت قرارداد آن را به دیگری منتقل نماید، بدیهی است قرارداد انتقال نباید بیش از مدت قرارداد اصلی و نخستین اجاره باشد. با انتقال منافع مورد اجاره موضوع قانونی مدنی به غیر، نقش مستأجر نخست در عقد اجاره باقی است و می‌تواند از مستأجر لاحق اجاره‌بها مورد توافق را دریافت کند و مسئولیت وی به پرداخت اجاره‌بها و نگهداری از عین مستأجره در قبال موجر یا مالک پابرجاست. لذا در عقد اجاره موضوع قانون مدنی، هرگاه در طول مدت قرارداد منافع مورد اجاره به غیر واگذار شود عنوان انتقال منافع را دارد و از شمول انتقال قرارداد یا انتقال موقعیت قراردادی خارج است و نقش مستأجر نخست در دایره رابطه سه‌گانه مفروض محفوظ می‌ماند و با انقضای مدت اجاره اصلی، مستأجر نخست مکلف به تخلیه و تحویل عین مستأجره به مالک است در غیر این صورت ضامن شناخته می‌شود.

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی

۲. صادقی، محسن، مجله کانون وکلا، بررسی تحلیلی انتقال مورد اجاره توسط مستأجر در فقه حقوق ایران

گفتار چهارم: ماهیت انتقال در عقد اجاره موضوع قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶

قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ به عنوان قانون حاکم بر روابط استیجاری اماکن تجاری در قلمرو دوره حاکمیت این قانون که تا مهرماه ۱۳۷۶ ادامه داشته و پس از آن نیز بر قراردادهای روابط پیش از تصویب قانون اخیرالذکر حاکمیت خود را حفظ کرده مقررات ویژه‌ای را در خصوص انتقال منافع مورد اجاره وضع نموده است.

ماده ۱۰ و ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ در باب انتقال منافع مورد اجاره به غیر اذن و اجازه مالک یا موجر را شرط اجازه انتقال دانسته است این اجازه یا در قرارداد اجاره شرط می‌شود یا با رضایت بعدی مالک تحقق می‌یابد. ماهیت این گونه انتقالات را در فروض مختلف می‌توان مورد مطالعه قرارداد.

الف. هرگاه مستأجر طبق قرارداد اجاره حق انتقال مورد اجاره را به غیر داشته باشد. این فرض خود حالات مختلفی را دربردارد حالت نخست: اگر مستأجر با استفاده از حق انتقال مورد اجاره به غیر، در طول مدت مورد توافق در قرارداد اجاره از این حق استفاده نماید نقش وی در رابطه استیجاری مادامی که مدت مورد توافق در قرارداد منقضی نگردیده محفوظ و پابرجاست و هرگاه پیش از انقضای مدت، ملک مورد اجاره را از تصرف مستأجر لاحق خارج نماید رابطه استیجاری وی با مالک پس از ختم مدت مورد توافق در قرارداد اجاره، خودبه‌خود تمدید و استمرار خواهد داشت. حالت دوم: در صورتی که تصرفات مستأجر لاحق در منافع مورد اجاره پس از ختم مدت اجاره مقرر در قرارداد اصلی ادامه یابد و به‌طور مثال مستأجر نخست که خود قرارداد ۳ ساله با موجر داشته با استفاده از حق انتقال به غیر با مستأجر لاحق قراردادی ۵ ساله تنظیم نماید پس از انقضای مدت ۳ سال موضوع قرارداد اولیه، مستأجر سابق جایگاه خود را در قرارداد اجاره از دست خواهد داد و مستأجر لاحق قائم‌مقام وی خواهد شد به عبارت دیگر در طول سه ساله اول انتقال منافع صورت گرفته و با انقضای مدت ۳ سال، موقعیت قراردادی به مستأجر لاحق منتقل خواهد شد و برابر بند ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ مالک و مستأجر لاحق هریک می‌توانند الزام دیگری را به تنظیم قرارداد اجاره بخواهند. حالت سوم هنگامی است که مستأجر پس از انقضای مدت مورد توافق در قرارداد با استفاده از حق انتقال به غیر مبادرت به انتقال منافع مورد اجاره به غیر نماید در این صورت نیز قرارداد و حقوق ناشی از آن یعنی موقعیت قراردادی به مستأجر لاحق منتقل شده و وی مستأجر ملک محسوب می‌گردد.

ب. هرگاه مستأجر در قرارداد اجاره حق انتقال به غیر نداشته و مالک نیز به این امر راضی نباشد و از دادگاه نیز چنین اجازه‌ای تحصیل نشده باشد در صورت مذکور اگر مورد اجاره از سوی مستأجر به غیر منتقل شود تصرفات انتقال گیرنده فضولی محسوب و مالک

حق تخلیه مورد اجاره را با توجه به حکم ذیل ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ خواهد داشت.

ج. انتقال قهری حقوق استیجاری که از طریق ارث صورت می‌پذیرد نیز موجب انتقال موقعیت قراردادی از مستأجر سابق به مستأجر لاحق است.

د. انتقال قضائی حقوق استیجاری از دیگر انواع انتقال محسوب می‌شود که به تقاضای مستأجری که حق انتقال به غیر در قرارداد اجاره برای وی پیش‌بینی نشده و موفق به اخذ رضایت و موافقت مالک نیز نگردیده با تحصیل حکم از دادگاه میسر می‌گردد. این نوع انتقال نیز انتقال موقعیت قراردادی یا انتقال قرارداد محسوب می‌شود.

ه. انتقال اجرائی حق کسب و پیشه نیز موجب می‌شود که برنده مزایده به‌موجب صورت‌مجلس دایره اجرای احکام دادگستری صاحب حق کسب و پیشه مکان تجاری استیجاری و قائم‌مقام مستأجر سابق شود و با استفاده از این حق الزام مالک به انعقاد قرارداد اجاره را بخواهد که از این طریق موقعیت قراردادی به وی منتقل خواهد شد.

نتیجه‌گیری

ماهیت انتقال حقوق استیجاری موضوع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ به اقتضای زمان و مدت قرارداد انتقال حقوق استیجاری از سوی مستأجر اصلی به مستأجر لاحق، تشخیص داده می‌شود. هرگاه مستأجر نخستین پس از انقضای مدت قرارداد اجاره اصلی خود با مالک یعنی در زمانی که بر اساس روح حاکم بر قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، قرارداد اجاره به‌خودی‌خود تمدید گردیده با استفاده از حق انتقال به غیر مبادرت به انتقال مورد اجاره به دیگری نماید ولو اینکه وجهی نیز بابت حق کسب و پیشه دریافت نکرده و یا حتی قصد انتقال حق کسب و پیشه خود را هم نداشته باشد، قرارداد اولیه و موقعیت قراردادی با همان شرایط مقرر در قرارداد به مستأجر لاحق انتقال می‌یابد و نقش و حقوق استیجاری مستأجر سابق در ملک مورد اجاره زایل و ساقط می‌گردد. انتقالات قهری، قضائی و اجرائی نیز چنین آثاری را در پی خواهند داشت.

تنها در مواردی که مستأجر برای مدتی موقت که از مدت مورد توافق در قرارداد اصلی اجاره یا مدت مقرر در قرارداد تمدیدی توافقی مستأجر اصلی با مالک تجاوز ننماید فقط منافع مورد اجاره را با استفاده از حق انتقال به غیر، به دیگری انتقال (اجاره) دهد. در این صورت ماهیت انتقال مذکور انتقال منافع است و مشمول انتقال موقعیت قراردادی نخواهد بود.

منابع

۱. کاتوزیان، امیرناصر، عقود معین، جلد چهارم، شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۸
۲. _____، حقوق مدنی (معاهدات معوض عقود تملیکی)، شرکت انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸
۳. _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷
۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامی، چاپ هفتم

بررسی اجمالی حقوق اتباع خارجی (اشخاص حقیقی) در نظام حقوق

بین‌الملل خصوصی ایران

هومان پارسا^۱

دکتر مهدی زارع^۲

چکیده

روند رو به رشد ارتباطات در جهان امروز، نقش توسعه روابط اقتصادی، سیاسی و فرهنگی میان دولت‌ها و ملت‌ها، جایگاه مهم سرمایه‌گذاری خارجی در توسعه اقتصادی و ضرورت جلب و جذب این سرمایه‌ها و اهمیت برقراری تعامل و ارتباط دواستانه با ملل دیگر، گشایش مرزهای جغرافیائی کشورها را بر اتباع و آحاد سایر ملت‌ها اجتناب‌ناپذیر نموده است. پیش‌بینی سازوکارهایی که حقوق قانونی اتباع خارجه و منافع مشروع سرمایه‌گذاران خارجی را در حدود چهارچوب قوانین موضوعه و مدون و مصرح در قانون اساسی و قوانین عادی کشورمان مورد حمایت و پشتیبانی قرار دهد، لازمه تسهیل این روابط و از وظایف و تکالیف دولت است، در آموزه‌های دینی و ملی ما، همیشه بر رعایت حقوق بیگانگان و اقلیت‌های دینی و قومی تأکید شده و برخی از اصول قانون اساسی و مواد قانون مدنی نیز به این مهم اختصاص یافته است. مع‌الوصف محدودیت‌ها و تکالیفی نیز در این زمینه وجود دارد که با حقوق سیاسی و خصوصی بیگانگان اصطکاک دارد. به‌ویژه در خصوص تملک اموال غیرمنقول توسط اتباع بیگانه قوانین و آئین‌نامه‌ها و مصوباتی وضع گردیده که بیم از تسلط بیگانگان بر اراضی و املاک واقع در محدوده مرزهای جغرافیائی کشور و واهمه تکرار تجربه تلخ کاپیتولاسیون را حکایت دارد. در این پژوهش سعی شده حقوق و تکالیف اتباع بیگانه اعم از حقوق سیاسی، اجتماعی، مالی و حقوق ناشی از احوال شخصیه آن‌ها مورد بازبینی و تحلیل قرار گیرد.

۱ دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی لارستان؛ وکیل دادگستری

۲ عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی لارستان

مقدمه

همان‌طور که واژه تابعیت به رابطه سیاسی و معنوی اشخاص با دولت متبوع خود تعریف شده، تبعه بیگانه نیز که یک واژه اعتباری نسبی است، گویای رابطه فردی است که علی‌رغم اقامت یا سکونت یا توقف موقت در یک کشور دیگر، تابع و تحت حاکمیت دولت متبوع خویش است.

لذا طبق قانون مدنی ایران تبعه بیگانه کسی است که تابعیت کشور ایران را نداشته باشد. اتباع بیگانه به دو دسته اشخاص حقیقی و حقوقی تقسیم می‌شوند که موضوع بحث ما در این پژوهش، بررسی وضعیت اشخاص حقیقی تبعه بیگانه است.

اصل چهاردهم قانون اساسی که برگرفته از سوره الممتحنه در قرآن کریم است؛ دولت جمهوری اسلامی ایران را مکلف به رعایت قسط و عدل و اخلاق حسنه با افراد غیرمسلمان و رعایت حقوق انسانی اتباع بیگانه نموده است. مادامی که آن‌ها علیه اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام ننمایند. مواد ۵ تا ۹ و ۹۶۱ تا ۹۹۱ قانون مدنی و موادی از قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص اخذ تأمین از اتباع بیگانه، حدود و ثغور حقوق اتباع بیگانه را پیش‌بینی کرده است. علاوه بر مقررات قانون مدنی و مقررات دو یا چندجانبه بین‌المللی که طبق ماده ۹ قانون مدنی لازم‌الاجرا هستند؛ به‌طور کلی و یا با لحاظ شرط رفتار متقابل و شرط دول کامله‌الوداد حدود حقوق اشخاص بیگانه را تعیین می‌نمایند. در یک تقسیم‌بندی کلی حقوق اتباع بیگانه به سه دسته حقوق عمومی، سیاسی و خصوصی تقسیم می‌شوند.

قانون ورود و خروج اتباع خارجه مصوب ۱۳۱۰/۲/۲۹ و اصلاحات بعدی آن و آیین‌نامه استملاک اتباع بیگانه و مصوباتی در این خصوص از دیگر قوانین و مقررات ناظر بر حقوق و تکالیف اتباع بیگانه در کشور ایران هستند.

مبحث نخست. حقوق عمومی اتباع بیگانه

حقوق عمومی اتباع بیگانه مشتمل بر حق حمایت از جان و مال و آزادی ورود و عبور و خروج با حق احترام به محل سکونی، آزادی عقیده، حق اشتغال به حرفه و صنایع و حق مراجعه به مراجع قضایی و هر حقی که برای احاد انسان‌ها اعم از خودی و بیگانه شناخته شده؛ است؛ اما این حقوق مطلق و بی‌قیدوشرط نیست بلکه از بدو ورود بیگانگان به درون مرزهای کشور، چتر حاکمیت سرزمین میزبان بر آنان سایه می‌افکند و حقوق و تکالیفی را برای آنان مقرر می‌دارد. ماده ۲ قانون ورود و اقامت اتباع خارجه مصوب

اردیبهشت ۱۳۱۰ و آیین‌نامه مربوطه شرایطی را برای صدور روادید در نظر گرفته است و تشخیص وجود این شرایط در متقاضیان را به عهده مأموران ایرانی صدور روادید گذاشته است؛ و البته مرجعی برای شکایت از تصمیمات نادرست احتمالی آن‌ها نیز پیش‌بینی نشده است.

ورود اتباع بیگانه به کشور گاه به‌منظور اقامت موقت و گاه به‌منظور عبور از کشور است هرگاه مدت توقف بیگانگان در کشور کمتر از ۹۰ روز باشد نیازی به صدور روادید خروج از کشور نیست و اقامت بیش از این مدت مستلزم روادید خروج است. در مواردی که رفتاری برخلاف قوانین از بیگانگان سر بزند یا یکی از موانع صدور روادید برای بیگانگان در موردی کشف شود اجازه عبور یا توقف لغو می‌گردد. البته این تصمیم نمی‌تواند بلا دلیل اتخاذ شود و علت اخراج تبعه بیگانه می‌بایست ضمن ابلاغ دستور به آن‌ها اعلام شود. ماده ۱۲ میثاق بین‌الملل حقوق مدنی و سیاسی که دولت ایران در سال ۱۳۵۴ به آن ملحق شده اخراج اتباع بیگانه از قلمرو یک کشور را فقط در اجرای تصمیماتی که برابر قانون اتخاذ شده باشد امکان‌پذیر دانسته است. چنین دستوری وفق ماده ۱۱ آیین‌نامه قانون ورود اتباع خارجه، ظرف مدت ۱۵ روز قابل اعتراض و واخواهی نزد هیأتی مرکب از مدیرکل سیاسی وزارت کشور و نمایندگان وزارت خارجه، دادگستری، اطلاعات و نیروی انتظامی است که وفق ماده ۱۶ آیین‌نامه مذکور به اعتراض رسیدگی می‌کند و تصمیم این هیأت قطعی است. اعتراض به دستور اخراج، اجرای دستور را متوقف می‌کند مگر در مواردی که فوریت اقتضا نماید.

دارندگان مصونیت سیاسی و گذرنامه‌های سیاسی مانند مأمورین کنسولی دولت و افراد خانواده آن‌ها که با آن‌ها در یک خانواده زندگی می‌کنند به شرط رفتار متقابل و کسانی که با موافقت دولت ایران برای انجام مأموریت‌های خارجی وارد کشور می‌شوند و دارای گذرنامه خدمت هستند مشمول قانون ورود و اقامت اتباع خارجه نیستند. اتباع بیگانه از حق مراجعه به محاکم برخوردارند لکن به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی هرگاه تبعه بیگانه دعوی علیه شخص ایرانی مطرح کند طرف ایرانی می‌تواند از دادگاه درخواست کند وفق ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی مدنی از تبعه بیگانه تأمین مقتضی اخذ شود؛ اما اگر تبعه ایرانی علیه تبعه بیگانه طرح دعوی نماید تبعه بیگانه از چنین حقی برخوردار نیست.

ازجمله ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های حقوق اتباع بیگانه مسئله اشتغال آن‌هاست. اشتغال اتباع بیگانه در مواردی که اشتغال به شغلی در انحصار دولت یا منحصر به اتباع داخله باشد ممنوع است. در آیین‌نامه اشتغال به کار اتباع بیگانه شرایطی تدوین و

تنظیم شده که دو اصل مهم آن قابل یادآوری است. ۱. حقوق و دستمزد تبعه ایرانی در شرایط مساوی نباید از حقوق تبعه بیگانه کمتر باشد. ۲. اتباع بیگانه در مشاغلی به کار گرفته می‌شوند که اتباع ایرانی آماده‌به‌کار واجد اطلاعات تخصصی در مورد مشابه در دسترس و کافی نباشند.

حق استخدام کار شنا سان خارجی به موجب اصل ۸۲ قانون اساسی جز در موارد ضرورت آن‌هم با تصویب مجلس شورای اسلامی ممنوع است. اتباع خارجه از استخدام در وزارتخانه و سازمان‌ها و دواير دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی و مشاغل قضایی محروم هستند.

مبحث دوم. حقوق سیاسی اتباع بیگانه

بیگانگان دراصل از حقوق سیاسی برخوردار نیستند و فلسفه این امر از یک سو جلوگیری از دخالت و اعمال نفوذ اتباع بیگانه در امور داخلی و سیاسی کشورها و از سوی دیگر تعارض منافع کشور متبوع بیگانه با منافع کشور اعطاء کننده حق سیاسی به تبعه بیگانه است.

اتباع بیگانه از حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در انتخابات و نامزدی در مشاغل سیاسی، انتخابی و انتصابی، مشاغل دولتی، قوای نظامی و انتظامی ممنوع هستند. دوما حقوق دان فرانسوی معتقد است: بیگانگان عضو جامعه‌ای که کشور را تشکیل می‌دهند نیستند ازاین‌رو نباید از حقوق سیاسی برخوردار باشند. بیگانگان همچنین از تکالیف سیاسی مانند خدمت نظام وظیفه و قرضه اجباری معاف هستند اما مکلف به پرداخت مالیات‌های عادی و معمول می‌باشند.

مبحث سوم: حقوق خصوصی اتباع بیگانه

امکان برخورداری از حقوق فردی و برقراری روابط با اشخاص حقیقی و حقوقی در قلمرو حقوق خصوصی برای بیگانگان جز در موارد خاص مجاز شناخته شده است. ماده ۹۶۱ قانون مدنی ایران که برگرفته از قانون مدنی فرانسه است حق تمتع اتباع بیگانه از حقوق مدنی را برای آنان به رسمیت شناخته و جز در موارد حقوقی که قانون آن را به صراحت منحصر به اتباع ایران نموده یا به صراحت از اتباع خارجه سلب کرده است مثل حق تملک املاک زراعی و همچنین بخشی از حقوق مربوط به احوال شخصیه که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را نپذیرفته مثل حق طلاق، تعدد زوجات و در مورد حقوق

خاصه‌ای که فقط از نقطه نظر جامعه ایرانی ایجاد شده باشد مانند حق قیمومت بر محجور ایرانی یا حق نفقه، در سایر موارد اتباع بیگانه از حقوق مدنی و خصوصی برخوردارند.

گفتار نخست: استملاک اتباع بیگانه

از مهم‌ترین شاخصه‌های حقوق خصوصی حق استملاک است. مبنای حق تملک اتباع خارجه در ایران معاهدات بین دولتها و قانون ناظر بر این گونه تملکها و قانون ایران است. (ماده ۸ و ۹۶۶ قانون مدنی) اما شکل قراردادها و عقود در این گونه معاملات تابع قانون دولت متبوع طرفین است.

پیشگیری از نفوذ اتباع بیگانه در قلمرو کشور و کنترل توسعه فعالیت‌های اقتصادی آنان از حیث خرید اموال غیرمنقول و تجربه تلخ کاپیتولاسیون، منشأ وضع قوانینی در این خصوص گردیده است که قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجه مصوب خرداد ۱۳۱۰، آیین‌نامه استملاک اتباع خارجه مصوب ۱۳۲۷، تصویب‌نامه راجع به استملاک اتباع بیگانه مصوب مهر ۱۳۴۲ و آیین‌نامه اجرایی این مصوبه از جمله مقررات مربوط به این موضوع هستند. اتباع خارجه به موجب عهدنامه‌های مصوب بین دولتها می‌توانند دارای حق استملاک شوند. به عنوان مثال مطابق عهدنامه منعقد بین ایران و آلمان که در سال ۱۳۰۷ مورد توافق قرار گرفت اتباع آلمان می‌توانند اموال غیرمنقول را فقط برای سکونت - شغل یا صنعت تملک نمایند و در این خصوص عهدنامه‌های مشابهی بین دولت ایران با دول لهستان، بلژیک - سوئد، مصر، چک و اسلواکی و فرانسه منعقد گردیده است.

البته تملک املاک مزروعی و توابع آن نظیر قنوت، چشمه‌سارها، باغات، مراتع و امثال آن برای اتباع بیگانه به طور کلی ممنوع است، همچنین هر ایرانی که بر اثر ازدواج تابعیت خارجی را تحصیل کرده است حق تملک اموال غیرمنقول را که موجب سلطه اقتصادی خارجی شود ندارد. (تبصره ۲ ماده ۹۸۷ ق.م)

و اما در خصوص اتباع دولتی که با ایرانیان عهدنامه‌ای ندارند و قصد تملک املاک غیر مزروعی را دارند مشروط بر اینکه ۱. فاقد پیشینه کیفری بوده و ۲. تملک آنها مغایر و منافای با نظم عمومی و قانون و عهدنامه‌های دولت ایران نباشد و ۳. اقامت دائمی در ایران داشته باشند و ۴. قصد سرمایه‌گذاری در اموال غیرمنقول نداشته باشند و قصد آنها فقط سکونت یا کسب باشد، به شرط رفتار متقابل دول متبوع آنها با اتباع ایرانی می‌توانند املاک غیر مزروعی را با رعایت شرایط ذکر شده تملک نمایند.

اجازه تملک اموال غیرمنقول (اماکن مسکونی و تجاری) به اشخاصی که به منظور سیاحت و زیارت به ایران م مسافرت‌های منظم در سنوات متوالی و متعدد دارند برای محل سکونت با انجام تشریفات با تصویب هیأت دولت ممکن است مشروط به اینکه ثمن معاملات مذکور را از محل ارزی که به‌وسیله یکی از بانک‌های مجاز به کشور انتقال یافته باشد استیفا کند. به‌عنوان مثال به‌موجب مصوبه‌ای که در سال ۱۳۸۴ تحت عنوان قانون حمات از طرح بهسازی و نوسازی بافت‌های فرسوده پیرامون حرم مطهر امام رضا (ع) و حضرت معصومه (س) تصویب شده و شامل کلیه حرم‌ها و امامزادگان کشور می‌شود؛ وزارت مسکن و شهر سازی اجازه خرید و استملاک حداکثر ۴ درصد از اراضی واقع در محدوده مصوب طرح‌های مذکور را برای اجرای طرح‌های مسکونی و اقامتی با رعایت قوانین و مقررات و کاربری‌های مصوب به اتباع خارجه مسلمان داده است.

نمونه استملاک اتباع خارجه (اشخاص حقیقی) مقیم در ایران به‌این ترتیب است که متقاضی، اظهارنامه‌ای مشتمل بر مشخصات و تابعیت خود و خانواده آن‌ها و تعداد فرزندان و سن و جنس آن‌ها و تاریخ ورود به ایران و محل و مدت اقامت با تعیین مشاغل قبلی و فعلی و محل اقامت دائمی و مقصود وی از مالکیت برای سکونت یا صنعت یا محل کسب و نوع و مشخصات و مساحت و شماره پلاک ثبتی و محل وقوع ملک تنظیم و تقدیم اداره ثبت محل می‌نماید. تا برای اخذ اجازه به اداره کل ثبت ارسال گردد و در این تقاضانامه تعهد می‌کند که هرگاه بخواهد محل اقامت دائمی خود را به خارج از ایران انتقال دهد باید ملک مورد تقاضای استملاک را حداکثر تا ۶ ماه از تاریخ خروج از ایران به یکی از اتباع ایرانی یا خارجیانی که طبق مقررات اجازه استملاک تحصیل نموده‌اند انتقال دهد. در غیر این صورت اداره ثبت اجازه مزایده و فروش آن را طبق مقررات قانون ثبت در باب معاملات با حق استرداد خواهد داشت. البته هرگاه در عملیات مزایده خریداری پیدا نشود پس از انقضای مدت ۶۰ روز از تاریخ اعلام آگهی مزایده در روزنامه رسمی کشور ملک به هر قیمتی که خریداری شود به فروش می‌رسد و وجه آن به مالک پرداخت خواهد شد. استملاک اشخاص حقوقی تبعه بیگانه نیز مقررات خاص خود را دارد که به‌طورعمومی با مقررات مربوط به اشخاص حقیقی مشترک است.

گفتار دوم: استملاک اتباع خارجه که در ایران اقامت دائم ندارند

اتباع خارجه که به‌قصد زیارت یا سیاحت و اقامت‌های فصلی متعدد و متوالی بدون داشتن پروانه اقامت دائم وارد ایران می‌شوند، در صورتی که قصد تملک املاک و اموال

غیرمنقول را داشته باشند و ثمن آن را از طریق انتقال ارز به وسیله بانک مجاز تأمین نمایند نیز می‌توانند تقاضانامه خود را مشتمل بر مشخصات شخصی و تابعیت خود و مشخصات ملک مورد تقاضا در استان‌ها به استانداری یا فرمانداری کل و در تهران به دفتر رئیس جمهوری تسلیم نمایند. این تقاضانامه حداکثر ظرف مدت یک ماه با اخذ نظر شورای تأمین در مراجع مذکور مورد رسیدگی واقع و نتیجه به دفتر رئیس‌جمهور ارسال می‌گردد. در دفتر رئیس‌جمهور نیز در گروهی مرکب از نمایندگان ریاست جمهوری، وزارت کشور، وزارت دادگستری و وزارت امور خارجه مورد رسیدگی واقع و برای تصویب نهائی به هیأت وزیران تقدیم می‌شود. نظریه گروه مذکور قطعی است. مراتب نتیجه تقاضا در تهران به متقاضی و اداره ثبت کل و در شهرستان‌ها به استانداری‌ها یا فرمانداری کل اعلام می‌شود.

گفتار سوم: استملاک محل سفارتخانه و کنسولگری‌ها و مؤسسات وابسته به سفارت
تقاضای استملاک برای این‌گونه اماکن از مجرای سیاسی امکان‌پذیر است و شرایط آن رفتار متقابل و موافقت هیأت وزیران است برای مثال در مورخه ۱۳۸۰/۵/۲۹ هیأت وزیران اجازه تملک شش دانگ یک باب ملک به پلاک ثبتی ۱۸۹۳/۳ به مساحت ۲۵۸ مترمربع در خیابان نوفل‌لوشاتو- پلاک ۸۹ به سفارت فرانسه داده شده است.

گفتار چهارم: اشتغال به مشاغل خصوصی و تجاری و پزشکی

اشتغال اتباع بیگانه به حرف و مشاغل خصوصی مستلزم اخذ پروانه رسمی کار از وزارت کار و امور اجتماعی است. صدور پروانه طبابت، دارو سازی و دندان سازی و مامائی و سایر حرف پزشکی نیز تحت مقرراتی با موافقت وزارت بهداشت و درمان، برای اتباع بیگانه میسر است، اخذ کارت بازرگانی و فعالیت‌های تجاری برای تجار خارجی مقیم ایران وفق ماده ۸ قانون تشویق صادرات و واردات کالا به تشخیص وزارت بازرگانی و تأیید سفارت دولت متبوع تبعه بیگانه و داشتن پروانه اقامت و پروانه کار معتبر از وزارت کار، مجاز شناخته شده است. اتباع بیگانه از پاره‌ای مشاغل خصوصی مانند وکالت دادگستری و سردفتری اسناد رسمی ممنوع هستند.

مبحث چهارم: احوال شخصیه اتباع بیگانه

احوال شخصیه هر فرد مشتمل بر عناوینی مانند اهلیت، نکاح، طلاق، نسب، ارث و وصیت است، موارد ۶ و ۷ قانون مدنی ایران احوال شخصیه اتباع ایران مقیم کشور بیگانه را

تابع قانون ایران و به همین ترتیب احوال شخصیه اتباع بیگانه مقیم ایران را نیز تابع قوانین و مقررات دول متبوع آن‌ها دانسته است.

گفتار نخست: اهلیت

اهلیت از جمله احوال شخصیه است که طبق ماده ۹۶۲ قانون مدنی اهلیت هرکسی به قانون دولت متبوع وی محول شده است. باینکه اگر یک تبعه بیگانه در ایران، عمل حقوقی انجام دهد و طبق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل اهلیت نداشته و یا اهلیت ناقص داشته باشد در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او بتوان مطابق قانون ایران او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت دانست، از این حیث برای آن عمل حقوقی دارای اهلیت خواهد بود.

گفتار دوم: نکاح، فسخ نکاح و طلاق اتباع بیگانه

از دیگر امور مربوط به احوال شخصیه اتباع خارجه، نکاح است وفق ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی ایران مرد بیگانه غیرمسلمان حق ازدواج با زن مسلمان ایرانی را ندارد و در صورتی که مسلمان باشد ازدواج زن ایرانی با وی وفق ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی مستلزم اجازه مخصوص از طرف دولت است. بدیهی است بیگانگانی که مجاز به عقد نکاح با زنان ایرانی هستند باید وفق ماده ۹۷۰ قانون مدنی، طبق مقررات شرعی و قانون مدنی ایران تشریفات عقد نکاح را رعایت نموده و آن را به ثبت برسانند.

در مواردی که اتباع بیگانه مزدوج هر دو تبعه یک دولت بیگانه باشند، مأمورین سیاسی یا کنسولی آن دولت در صورتی که طبق قانون دولت خود چنین اجازه‌ای را داشته باشند می‌تواند به اجرای عقد نکاح مبادرت ورزند و در این گونه موارد عقد نکاح بر اساس قانون کشور متبوع زوجین منعقد می‌شود و قانون ایران نقشی ندارد. روابط شخصی و مالی زوجین در صورتی که تبعه یک کشور واحد باشند تابع قانون دولت متبوع آن‌هاست و در صورت تفاوت تابعیت به حکم ماده ۹۶۳ قانون مدنی تابع قوانین دولت متبوع شوهر است. فسخ نکاح نیز از قواعدی که گفته شد تبعیت می‌نماید. طلاق نیز از حیث قواعد تعارض قوانین تابع قانون کشور متبوع زوجین است.

ماده ۷ قانون مدنی که احوال شخصیه و از جمله طلاق را تابع قانون متبوع تبعه بیگانه دانسته است از حیث قصد و رضا و اهلیت و علل و موجبات موجهه وقوع طلاق است اما شرایط شکلی طلاق تابع ماده ۹۶۹ قانون مدنی است که باید بررسی شود آیا زوجین

تبعه بیگانه مقیم ایران که دعوی طلاق مطرح کرده‌اند. در کشور متبوع خودشان حق طلاق برای آن‌ها به رسمیت شناخته شده است یا خیر. در این صورت اگر اجرای قانون مذکور مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه در ایران، نباشد، دادگاه ایران به دعوی طلاق آن‌ها رسیدگی و حکم صادر خواهد کرد. اگر زوجین تبعه بیگانه به استناد قانون ایران درخواست طلاق کرده باشند، دادگاه می‌تواند بر اساس قانون ایران به‌عنوان قانون محل وقوع محکمه رسیدگی و حکم صادر نماید.

گفتار سوم: قرابت و نسب

هرگاه بین بیگانگان مقیم ایران در نسبت و قرابت اختلاف حاصل شود، قانون کشور متبوع مشترک دو طرف حاکم است و هرگاه تابعیت طرفین متفاوت باشد، اگر نسب طفل به پدر و مادر منتسب باشد قانون دولت متبوع پدر حاکم است و اگر نسب طفل فقط به مادر مسلم باشد قانون متبوع دولت مادر حاکم است. (ماده ۹۶۴ قانون مدنی) و در مواردی که اختلاف در عوارض ناشی از نسب مانند ولایت، قیمومت و... مطرح است قانون کشور متبوع مولی‌علیه حاکم بر این روابط خواهد بود.

گفتار چهارم: حقوق ارثی اتباع بیگانه

حقوق ارثیه اتباع بیگانه تابع قانون کشور متبوع آن‌هاست که وفق ماده ۹۶۷ ق.م شامل قوانین اصلیه راجع به ارث، تشخیص و تعیین وراث و مقدار سهم‌الارث آن‌ها، ترکه منقول و غیرمنقول و بخشی از ترکه که مورد وصیت تملیکی واقع شده است، اما تصرفات مالکانه ورثه و اتباع بیگانه و حقوق عینی آن‌ها نسبت به اموال غیرمنقول بازمانده از متوفی تابع قانون محل کشور وقوع اموال و ماترک است. به‌عنوان مثال اگر ماترک متوفی مشتمل بر املاک و اموال غیرمنقول باشد و وراث برابر قوانین مربوطه استملاک اتباع بیگانه اجازه لازم را اخذ نمایند یا شرایط تملک نداشته باشند؛ حقوق آن‌ها فقط نسبت به بهای اموال مذکور محفوظ است. در خصوص ترکه متوفای بیگانه بلاوارث قانون مدنی ساکت است؛ اما در این خصوص حقوق دانان دو رابطه حقوقی را فرض کرده‌اند.

۱. رابطه حاکمیت بین دولت محل وقوع ماترک و متوفی و ۲. رابطه وراثت بین متوفی و دولت متبوع وی؛ ماده ۳۵۱ قانون امور حسبی به تبعیت از قاعده دوم یعنی قاعده وراثت، مأمورین کشور دولت متبوع متوفی را قائم‌مقام و صاحب ترکه متوفای تبعه بیگانه می‌داند. لذا ماترک متوفای بیگانه فاقد وارث به نمایندگان دولت متبوع وی تسلیم می‌شود

و اگر این ماترک مشتمل بر اموال غیرمنقول باشد به فروش می‌رسد و بهای آن به نمایندگان دولت متبوع وی تحویل می‌گردد و دولت ایران اقدامات حفاظتی و تأمینی را برای حفظ و تصفیه ترکه متوفی انجام خواهد داد. ماده ۹۶۷ قانون مدنی از وصیت تملیکی نیز در زمره حقوق ارثیه اتباع بیگانه یاد کرده است لذا اقدام مربوط به وصیت اعم از اهلیت عام موصی و موصی‌له، نفوذ یا عدم نفوذ وصیت از حیث مقدار مال یا محرومیت یک یا چند وارث از ترکه و میزان مال قابل تملیک، تابع قانون دولت متبوع متوفی است اما اصل کلی تبعیت احوال شخصیه اتباع بیگانه از قانون دولت متبوع خود استثنائاتی نیز دارد. نظم عمومی، قوانین داخلی و احاله که در این موارد از اصل کلی فوق عدول شده است.

منابع

۱. آئین‌نامه استملاک اتباع بیگانه مصوب آذر ۱۳۲۷
۲. تصویب‌نامه راجع به اتباع خارجه مصوب مهر ۱۳۴۲
۳. ارفع‌نیا، مهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ سوم - بهار ۱۳۷۵، انتشارات عقیق
۴. الماسی، نجاد علی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۸۶، نشر میزان
۵. سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ ششم، زمستان ۱۳۸۶، نشر میزان
۶. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی
۷. سهرابی، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، و وضع اتباع بیگانه و تعارض قوانین، ۱۳۸۵، گنج دانش
۸. قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجی مصوب ۱۳۱۰

بررسی کاربردی برخی از مسائل تعدد جرائم تعزیری در قانون مجازات

اسلامی

سجاد سلیمانی^۱

دکتر محمدابراهیم قدسی^۲

چکیده

قوانین موضوعه پس از طی مراحل مختلف طرح، تصویب، امضاء و انتشار به مرحله اجرا گذاشته می‌شوند. اینجاست که انسجام و جامعیت قانون به وسیله قضات و سایر عناصر مجری عدالت کیفری محک می‌خورد و نواقص و ایرادات آن معلوم می‌گردد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ نیز از این رویداد مستثنا نیست. یکی از مباحث مهم این قانون تعدد در جرائم تعزیری است که قانون‌گذار فعلی با چرخش کامل و اندکی تغییر به قانون مجازات ۱۳۵۲ برگشته است. نوآوری‌هایی هم چون کنار گذاشتن جمع مجازات‌ها، تفکیک و اجرای متفاوت مجازات بین تا سه جرم و بیشتر، شیوه جدید اعمال تخفیف مجازات و... در این قانون به چشم می‌خورد که خود تحولی اساسی و مثبت تلقی می‌گردد؛ اما درعین حال خلأهایی نیز در این مقوله به چشم می‌خورد که با توجه به مهم بودن مبحث تعدد جرم و تأثیر فراوان آن در میزان مجازات مجرمین لازم به بررسی و ایضاح مطلب با استفاده از سایر قوانین و رویه‌ها خواهد بود. چگونگی اجرای قواعد تعدد در زمانی که جرائم در زمان حکومت دو قانون قبلی و فعلی رخ داده باشند، تعیین مجازات اشد، توقف مجازات اشد، تعدد و صلاحیت داتی، اعمال همزمان قواعد تعدد و تکرار جرم از این دسته از موارد مبهم است که نیاز به بررسی اساسی دارد. پژوهش حاضر به صورت مختصر و کاربردی به این مقولات پرداخته است.

واژگان کلیدی: تعدد جرم، مجازات اشد، مجازات قابل اجرا، توقف مجازات

۱. دانشجوی دکترای حقوق جزای دانشگاه مازندران.

۲. دانشیار دانشگاه مازندران.

مقدمه

یکی از نهادهای کیفری که پس از تصویب و لازم‌الاجرا شدن قانون جدید مجازات اسلامی شاهد تغییرات فراوانی بوده است نهاد تعدد جرم است. تعدد جرم به‌عنوان یکی از مقولات اساسی حقوق جزای عمومی است که در طول دوران قانون‌گذاری کیفری در ایران به صورت ویژه مورد توجه قرار گرفته است. نخستین بار در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ مواد ۳۱ تا ۳۳ این قانون بدان اختصاص یافت. در سال ۱۳۱۱ با الحاق موادی به قانون آیین دادرسی کیفری مواد ۳۲ و ۳۳ قانون مجازات عمومی نسخ گردید و سرانجام با تصویب قانون مجازات عمومی مصوب سال ۵۲ تمام مقررات پیشین در خصوص تعدد جرم منسوخ گشت (عباسی، ۱۳۸۶، ۹۲). پس از پیروزی انقلاب اسلامی مواد ۲۴ و ۲۵ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ جایگزین قواعد تعدد جرم قانون سابق گردید. ماده ۲۵ این قانون که از فقه الهام گرفته شده بود از جهت چگونگی مجازات جرائم متعدد دچار تحولی اساسی شده بود. همین رویه در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز مورد توجه قرار گرفته بود تا اینکه با تصویب قانون جدید مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ با چرخشی به‌طور کامل محسوس به قوانین قبل از انقلاب در مورد تعدد جرم اجرای مجازات اشد انتخاب شد. دلیل این انتخاب شاید نتایج نامطلوب قاعده جمع مجازات‌ها بوده است که در قوانین بعد از انقلاب مورد توجه قرار گرفته بود، چراکه در صورت جمع مجازات‌ها در مواردی به علت سنگینی برخی از مجازات‌ها امکان اجرای سایر مجازات‌ها باقی نمی‌ماند. جمع و اجرای مجازات‌ها اغلب برخلاف فلسفه بازپروری مجازات‌ها است و همان‌طور که در نظام‌های حقوقی کنونی پذیرفته شده است هدف از اجرای مجازات‌ها انتقام گرفتن از مجرمین نیست بلکه هدف اصلاحی و درمانی غالب شده است؛ اما اجرای مجازات اشد نیز خود تالی فاسد در پی دارد زیرا شخصی که مرتکب جرائم شدیدی می‌گردد می‌تواند با خیال آسوده مرتکب جرائم خفیف‌تری گردد بدون اینکه مجازات شود چراکه درنهایت از بین مجازات‌های مختلف مجازات شدیدتر به مرحله اجرا درمی‌آید. با اجرای قواعد قانون جدید در خصوص تعدد جرم در جرائم تعزیری مذکور در ماده ۱۳۴ اختلافات مهمی به وجود آمد که می‌تواند تأثیر فراوانی بر میزان مجازات و چگونگی اجرای آن و درنهایت آزادی مجرمین داشته باشد. در پژوهش حاضر با نگاهی کاربردی و با توجه به مسائل اختلافی که در مورد اجرای ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی در عمل پیش آمده سعی شده است به اهم این موارد اشاره شود و ضمن بررسی دیدگاه‌های متفاوت و نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه پاسخی ارائه گردد. لازم به ذکر است به جهت

کاربردی بودن مطالب اغلب در هیچ‌یک از کتاب‌های درسی اساتید به این مطالب اشاره‌ای نشده و یا اینکه حداقل کمتر مورد توجه قرار گرفته‌اند. مطالب این پژوهش طی چند شماره به تناسب ارائه می‌گردد.

۱. شیوه اجرای مقررات تعدد جرم در صورتی که تمام یا برخی از جرائم در زمان حکومت قانون سابق رخ داده باشند.

با اجرایی شدن قانون جدید مجازات اسلامی سؤالات فراوانی در خصوص چگونگی تعیین و اجرای مجازات جرائمی که در زمان قانون قبلی اتفاق افتاده بود مطرح گردید. سؤال این است در صورتی که برخی از جرائم قبل از قانون ۹۲ و برخی دیگر بعد از آن باشد شیوه اجرای مجازات چگونه خواهد بود؟ آیا باید قواعد تعدد قانون قدیم را اعمال کرده و برای هر یک از جرائم مجازاتی جداگانه تعیین و سپس همه را جمع کرده و یکجا اجرا نمود یا اینکه مقررات ماده ۱۳۴ و یا راه حل دیگری را اعمال کنیم؟

به عنوان مثال چنانچه فردی مرتکب جرمی در زمان حکومت قانون قدیم گردد که مجازات آن ۲-۵ سال حبس است و هم‌اکنون در زمان قانون جدید مرتکب جرم دیگری گردد که ۷-۱ سال حبس دارد شیوه اعمال و اجرای مجازات چگونه باید تعیین نماییم؟

برخی از نویسندگان معتقدند چون خود فرد با ارتکاب عمل مجرمانه جدید زمینه تشدید مجازات را فراهم آورده است باید بر اساس قانون جدید قواعد تعدد را اجرا نمود. به عبارتی خود فرد علیه خود اقدام نموده است و باید عواقب حاصل از تجری خود را بپذیرد. (مصدق، ۱۳۹۲، ۲۷۵). در پاسخ به این سؤال باید به مفاد و روح ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ توجه کرد. ماده مذکور به این موضوع اشاره دارد که در صورتی که قانون جدید به نحوی از انحاء مساعد به حال متهم باشد نسبت به جرائم سابق نیز عطف می‌گردد. این یک قاعده کلی است که در قانون مجازات اسلامی ۹۲ و سایر قوانین قبل نیز مورد توجه قرار گرفته است. از این رو باید دید کدام یک از راه حل‌ها مساعد به حال محکوم علیه است. در فرض فوق اگر قواعد ماده ۱۳۴ را اعمال کنیم مرتکب ۷ سال حبس که حداکثر مجازات است محکوم می‌گردد. در صورتی که قائل به جمع مجازات‌ها باشیم باید دید که در هر مورد هر یک از جرائم چه مجازاتی تعیین می‌گردد به عنوان مثال ممکن است حداکثر ۲ مجازات اعمال گردد و فرد به ۱۲ سال حبس محکوم شود و یا اینکه فرد به میزان کمتری برای هر یک از جرائم محکوم گردد در این صورت راه حل منطقی منطبق با قانون و در عین حال مساعد به حال متهم این است که در هیچ صورتی مجازات فرد از ۷ سال که

مطابق ماده ۱۳۴ تعیین می‌شود فراتر نرود و هرگاه برای هریک از جرائم مجازاتی تعیین گردد که مجموع آن‌ها کمتر از ۷ سال است به سبب رعایت نفع متهم همین مجازات جمع اجرا می‌گردد. مبنای استدلال ما نیز این است یا قانون جدید (مقررات ماهوی ماده ۱۳۴) به نفع متهم است یا خیر؟ اگر به نفع متهم باشد باید اجرا گردد و گرنه خیر؟

اگر جرائمی سابق بر قانون سال ۹۲ اتفاق افتاده و به خاطر هر یک حکم صادر گردد و به مرحله اجرا گذاشته شده باشند نیز همین سؤال مطرح است. در اینجا نیز می‌توان مثل سؤال ابتدایی استدلال نمود؛ بنابراین باید مقررات قانون جدید را با لحاظ قواعد متعدد مورد بررسی قرار داد و ملاحظه نمود آیا اعمال قواعد تعدد به نفع متهم هست یا خیر؟ به‌عنوان مثال اگر کسی جرائمی با مجازات ۷-۱،۵-۳،۲-۱ حبس محکوم و به ترتیب به ۲-۱ سال حبس محکوم گردیده باشد. در جمع ۵ سال حبس دارد که اگر بخواهیم قواعد تعدد را اعمال کنیم باید فرد را به ۷ سال حبس که مجازات اشد است محکوم کنیم اما اینجا به ۵ سال حکم داده شده از این‌رو اعمال ماده ۱۳۴ به نفع متهم نیست و باید همان مجازات اعمال گردد.

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظر شماره ۷/۹۲/۱۵۴۳ در خصوص اینکه مقررات تعدد جرم سابق مساعدتر است یا مقررات کنونی چنین اظهار عقیده نموده است که... به‌طور مطلق نمی‌توان گفت که قانون فعلی اخف از قانون سابق است و در هر مورد باید بررسی گردد تا مشخص گردد که مجموع مجازات‌های تعیین شده بر اساس قانون سابق در جرائم مختلف بیشتر از مجازات اشدی است که قانون‌گذار در ماده ۱۳۴ پیش‌بینی نموده است یا نه؟ آنگاه در صورت اخف بودن قانون لاحق بر اساس بند ب ماده ۱۰ این قانون (قانون جدید) عمل شود.

۲. تعیین مجازات اشد

یکی از مسائل قابل بحث و بررسی در قانون جدید مجازات اسلامی در خصوص تعدد جرم مربوط به تعیین مجازات اشد است. ملاک تعیین مجازات اشد چیست؟ اشد یا اخف بودن مجازات‌های گوناگون نسبت به یکدیگر چگونه سنجیده می‌شود؟ مجازات‌های درون یک درجه کدامیک شدیدتر است؟ پاسخ به سؤالات فوق نیازمند در نظر گرفتن مسائل مختلف از جمله فلسفه تعیین و اعمال درجه‌بندی مجازات است. فایده تعیین مجازات اشد به‌جایی برمی‌گردد که به‌عنوان مثال شخص مرتکب سه جرم تعزیری درجه یک تا شش گردیده است و باید مجازات‌های وی تا حداکثر مقدار قانونی تعیین و مجازات اشد به مرحله

اجرا گذاشته شود. حال در صورت تعدد مجازات‌ها از انواع مختلف آن باید مجازات اشد لاجرم به مرحله اجرا گذاشته شود؛ بنابراین چه برای تشخیص درجه مجازات یک جرم (درجایی که تعیین درجه مؤثر است مثل تعلیق، تعویق، آزادی مشروط و ...) و چه جایی که با بیش از دو جرم روبه‌رو هستیم و به دنبال یافتن مجازات اشد هستیم تعیین ضابطه مهم است.

برای تعیین مجازات اشد قانون‌گذار ۹۲ برخلاف قبل از آن که فقط رویه قضایی اقدام به تعیین و دسته‌بندی مجازات‌ها به ترتیب شدت نموده بود با درجه‌بندی مجازات‌ها مجازات درجه بالاتر را صرف‌نظر از نوع آن شدیدتر محسوب کرده است. تبصره ۳ ماده ۱۹ گویای این مطلب است؛ چراکه در این تبصره مقرر شده که صورت تعدد مجازات‌ها مجازات شدیدتر ملاک است و در صورت عدم امکان تشخیص، مجازات حبس ملاک است. مفهوم این تبصره آن است که مجازات شدیدتر ممکن است حبس نباشد و این چیزی جز شدید بودن مجازات با افزایش درجه آن نیست. از این‌رو برای تعیین مجازات یک جرم در صورتی که مجازات جرم به‌عنوان مثال حبس درجه هفت و جزای نقدی درجه شش باشد علی‌الاصول مطابق تبصره ۳ قانون ماده ۱۹ مجازاتی را که شدیدتر است یعنی جزای نقدی را باید ملاک احتساب داشت و جرم را درجه شش دانست.

اداره حقوقی طی نظریه شوری شماره ۱۷/۱۳۹۲/۷/۱۰ چنین اظهارنظر نموده است که برای تشخیص درجه مجازات جرائم باید حداکثر مجازات «اشد مجازات» ملاک قرار گیرد. در صورتی که جرمی دارای مجازات حبس یا جزای نقدی به‌صورت تخییری باشد برای تشخیص درجه مجازات حبس که شدیدتر از جزای نقدی است ملاک تعیین درجه است. دلیل چنین اظهارنظری با توجه به صراحت تبصره ۳ ماده ۱۹ معلوم نیست. (مصدق، ۹۴، ۹۲) در صورتی که مجازات‌ها به صورت تخییری باشد مانند ماده ۶۸۰ ق.م.ا که مجازات حبس از ۳ ماه تا ۳ سال و جزای نقدی از یک و نیم میلیون ریال تا هجده میلیون ریال را برای شکار غیرقانونی حیوانات حفاظت شده منظور کرده است نیز ممکن است در بدو امر در تشخیص درجه جرم تشکیک کرد. به نظر می‌رسد در این خصوص هر یک از مجازات‌ها که در حکم تعیین گردد ملاک عمل برای تعیین درجه مجازات خواهد بود زیرا نمی‌توان حداکثر جزای نقدی را در فرض تعدد جرم مورد حکم قرار داد و آن را در فرض مسئله مشمول درجه پنج از باب حبس دانست.

در این مورد اداره حقوقی قوه قضاییه در پاسخ استعلامی بدین شکل اظهارنظر نموده است که: وقتی مجازات جرمی یکی از چند جنس جداگانه به‌عنوان مثال حبس یا شلاق یا جزای نقدی باشد در این صورت قاضی به‌طورقانونی مخیر است به انتخاب یکی از

این مجازات‌ها و هر یک از آن‌ها را می‌تواند تعیین و مورد حکم قرار دهد و چنانچه موضوع مشمول مقررات ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی باشد باید حداکثر مقرر در قانون از همان مورد را مورد حکم قرار دهد ... بدیهی است که اگر مجازات جرمی از مجموع چند جنس جداگانه باشد و دادگاه مجاز به انتخاب یکی یا همه آن مجازات‌ها باشد مانند حبس و جزای نقدی و شلاق چون مجموع آن‌ها مجازات قانونی جرم است قاضی در اعمال مقررات تعدد جرم مکلف است که حداکثر مجازات قانونی همه آن‌ها را مورد حکم قرار دهد.^۱

برخی از نویسندگان معتقدند که مجازات‌های مذکور در هر درجه از درجات مذکور در ماده ۱۹ ق.م.ا از حیث شدت و ضعف با یکدیگر یکسان هستند به عبارتی حبس و جزای نقدی و شلاق درجه ۶ همگی یکسان هستند. (الهام و برهانی، ۹۲، ۵۶) اما همان‌طور که اشاره شد قانون‌گذار خواسته است که حبس را از شلاق و شلاق را از جزای نقدی درون یک درجه شدیدتر محسوب نماید؛ بنابراین در صورتی که فرد به ۲ جرم تعزیری که مجازات یکی شلاق درجه ۶ و دیگری حبس تعزیری درجه ۶ است باید برای اعمال و اجرای مجازات حبس تعزیری را شدیدتر محسوب کرد. دلیل دیگری که این ادعا را تقویت می‌کند ماده ۲۷ قانون مجازات است که مطابق آن احتساب ایام بازداشت قبلی به ترتیب از حبس، شلاق و جزای نقدی کسر می‌گردد. هم‌چنین در صورتی که مجازات‌هایی دارای حداقل و حداکثر یکسان باشند باید بر طبق ضوابط کلی مثل دارا بودن یا نبودن مجازات تبعی یا مشمول نهادهای ارفاق هم چون تعلیق و تخفیف و... قرار گرفتن مجازات اشد را معین کرد.

با توجه به مطالب فوق نمی‌توان قائل به این بود که به‌عنوان مثال حبس درجه ۶ از جزای نقدی درجه ۵ شدیدتر است، هرچند تا حدود زیادی خلاف رویه و منطق به نظر می‌رسد، چراکه ۲ سال حبس عقلا و عرفاً از ۱۸۰۰۰۰۰ تومان شدیدتر است؛ اما در این صورت درجه‌بندی مجازات‌ها فلسفه وجودی خود را از دست خواهد داد و بیهوده می‌گردد. چراکه به وضوح فلسفه این درجه‌بندی را می‌توان در تسهیل اعمال برخی از نهادهای حقوق همچون تعلیق اجرای حکم، تعویق صدور حکم، اعمال مقررات تکرار و تعدد، تخفیف و... دانست.

۳. جمع مقررات تکرار و تعدد جرم

با ملاحظه قانون مجازات اسلامی در خصوص تعدد و تکرار جرم وجود ضوابط خاص تشدید مجازات به چشم می‌خورد. این قانون در خصوص زمانی که جرائم ارتكابی هم‌زمان

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۱۱۲۹ مورخ ۹۲/۶/۱۳

مشمول قواعد تکرار و تعدد جرم می‌گردد ساکت است. آیا باید ابتدا مقررات تعدد را اعمال کرد یا تکرار را؟ در صورتی که جرائم کمتر یا بیشتر از سه جرم باشند چگونه باید عمل نمود؟ در مورد سؤال اول به نظر می‌رسد که ابتدا باید مقررات تعدد جرم را اعمال کنیم زیرا قانون‌گذار خواسته است که برای جرائم متعدد فقط یک مجازات تعیین گردد و پس از تعیین این مجازات اقدام به تشدید آن می‌کنیم گو اینکه یک جرم بیشتر اتفاق نیفتاده است و فقط با یک مجازات روبه‌رو هستیم و همان‌طور که اگر فقط یک جرم اتفاق افتاده بود اقدام به تشدید مجازات معین این جرم می‌نمودیم. از این‌رو رعایت مقررات تعدد جرم در ابتدای تعیین مجازات لازم است به‌ویژه اینکه در صورتی که تعدد جرائم ارتكابی تا سه جرم باشد باید حداکثر هر یک از مجازات‌ها حکم نمود و اشد را به مواقع اجرا گذاشت. حال در صورت وجود جهات تکرار جرم باید ضمن صدور حکم به حداکثر هر یک از جرائم و سپس رعایت قواعد تکرار و صدور حکم به حداکثر تا یک ونیم برابر حداکثر تعیین مجازات نمود و در هر مورد مجازات شدیدتر را به مرحله اجرا گذاشت در این صورت هر دو مقررات تکرار و تعدد به اجرا گذاشته شده است اما اگر تکرار را اول به کارگیریم هر چند ممکن است در نتیجه تفاوتی نداشته باشد اما قواعد تعدد را نادیده گرفته‌ایم. در صورتی که جرائم چهار تا به بالا باشد نیز باید ابتدا از باب تعدد اعمال مجازات کرد و مجازات را تعیین نمود و سپس اقدام به رعایت مقررات تکرار کرد بنابراین اگر کسی مرتکب جرائمی با مجازات‌های حبس ۵-۲-۷-۱-۲-۱۵-۲ سال گردد ابتدا مجازات‌ها از حداکثر تا یک ونیم برابر این مجازات‌ها حبس تعیین می‌کنیم که به ترتیب ۶، ۱۰، ۱۵، ۱۸ سال حبس تعیین می‌کنیم. در اینجا مجازات فرضاً شدی که به موقع باید گذارده شود ۱۸ سال حبس است. حال نوبت رعایت قواعد تکرار جرم است باید هر یک از مجازات‌ها یک ونیم برابر تشدید گردد و در محدوده حداکثر تا یک ونیم برابر اقدام به کیفر دهی کرد. سپس مجازات اشد را اجرا نماییم. در اینجا اگر به ترتیب ۸، ۱۳، ۲۱، ۱۹ سال حبس نماییم ملاحظه می‌گردد که مجازات شدیدتر متفاوت است؛ بنابراین نکته اساسی آن است که باید ابتدا مجازاتی که قرار است از باب تکرار جرم تشدید شود تعیین گردد پس اقدام به تشدید آن کنیم.

۴. غیرقابل اجرا شدن مجازات اشد

یکی از مسائل اساسی پیرامون ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی به عبارت «غیر قابل اجرا شدن» مجازات اشد برمی‌گردد. مفهوم این عبارت چندان معلوم نیست و باعث سوءبرداشت‌های مختلفی گردیده است. برخی از نویسندگان غیر قابل اجرا شدن مجازات را

شامل آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات، عفو و... می‌دانند (شمس نتری ۳۴۱،۹۲ مصدق ۲۳۷،۹۲). اداره حقوق قوه قضاییه نیز در نظریه مشورتی شماره ۱۱۰۵ ۷/۹۲ مورخ ۹۳/۶/۱ در پاسخ استعلامی غیر قابل اجرا شدن مجازات به علل قانونی را شامل عفو آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات می‌داند؛ اما این اظهارات محل تأمل است و باید هر یک از این علل قانونی به تفکیک مورد بررسی قرار گیرد. عبارت «غیر قابل اجرا» بدین معنی است که اجرای مجازات کان لم یکن شود و هیچ مجازاتی در هیچ صورتی باقی نماند. حال این تعریف را باید با مجازات اشد قابل اجرا کنار هم قرار داد. به عبارتی قانون‌گذار خواسته برای جرائم متعدد فقط یک مجازات تعیین و آن هم تشدید گردد و به دنبال جمع مجازات‌ها نیست، گو اینکه مجازات سایر جرائم در دل همان مجازات اشد آمده است و تعدد جرم اثر خود را به صورت تشدید مجازات‌ها برجای گذاشته است. با قابل اجرا شدن مجازات اشد سایر مجازات‌ها قابلیت اجرایی ندارند. با توضیح فوق بهتر می‌توان به فهم مطلب پی برد. در رابطه با آزادی مشروط و تعلیق اجرای حکم نمی‌توان قائل به این بود که مجازات غیر قابل اجرا شده است چراکه در هر لحظه ممکن است مجازات با تخلف فرد از دستورات دادگاه به مرحله اجرا گذاشته شود به‌ویژه اینکه در تعلیق مراقبتی فرد به دستور دادگاه اقدام به انجام اعمالی می‌نماید که صیغه مجازات (تکمیلی) نیز دارد. در این موارد باید توجه نمود که آزادی مشروط و تعلیق به‌نوعی اجرای مجازات است و نوعی ارفاق به مجرم محسوب می‌شوند. چراکه به‌عنوان مثال در تبصره ۳ ماده ۲۵ در خصوص آزادی مشروط قائل به اجرای مجازات تبعی گردیده است. در غیر این صورت یعنی اگر معتقد باشیم که با تعلیق حکم یا اعطای آزادی مشروط مجازات بعدی باید اجرا شود منطبق با تبصره ۳ ماده ۲۵ در عمل اقدام به مجازات‌ها نموده‌ایم؛ یعنی مجازات تبعی جرم اول و خود مجازات جرم دوم. کما اینکه به نظر می‌رسد از دید قانون‌گذار فقط مجازات اشد با مجازات تبعی آن باید اجرا شود و تعلیق و آزادی مشروط به‌نوعی اعمال مجازات هستند. (تقریرات درس حقوق جزای عمومی دکتر توجهی). با این توضیح غیر قابل اجرا شده مجازات را باید به‌عنوان مثال شامل گذشت شاکی خصوص در مورد جرائم قابل گذشت در صورتی که مجازات اشد قابل گذشت باشد، نسخ مجازات قانونی، عفو عمومی، شمول مرور زمان و... دانست.

در مورد تعلیق اجرای مجازات نظری از اداره حقوقی قوه قضاییه ابراز شده است که با نظر دیگر این اداره که پیش‌ازین ذکر گردید مغایر به نظر می‌رسد. به نظر این اداره در تعلیق اجرای تمام یا قسمتی از مجازات طبق ماده ۴۶ و با رعایت مقررات این ماده از قانون مجازات تقلیل یا تبدیل نمی‌شود و منظور از عبارت «غیر قابل اجرا شود» در ماده ۱۳۴

مذکور نیز این است که مجازات اشد تعیین شده به‌طور قانونی امکان اجرا را از دست بدهد، به‌عنوان مثال مشمول مرور زمان گردد درحالی‌که با توجه به مواد ۵۰ و ۵۴ همان قانون در صورت تخلف محکوم از دستورات دادگاه و یا ارتکاب جرائم ماده ۵۴ همان قانون از تاریخ صدور قرار تا پایان مدت تعلیق مقنن به‌طور صریح اشاره به لغو قرار تعلیق اجرای مجازات و اجرای مجازات معلق نموده است؛ بنابراین در قرار تعلیق اجرای مجازات، مجازات معلق شده دارای اثر اجرایی و قانونی است و از مصادیق مواردی که به علل قانونی غیر قابل اجرا گردد نیست و مشمول قسمت اخیر فراز ماده ۱۳۴ قانون مزبور نیست و موضوع اجرای مجازات اشد بعدی نیز منتفی خواهد بود.^۱

۵. تعدد و صلاحیت ذاتی

مسئله دیگری که با تصویب و لازم‌الاجرا شدن قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ و در بطن آن ماده ۱۳۴ خودنمایی کرد بحث تعدد جرم هنگامی که شخصی مرتکب چند جرم در صلاحیت مراجع مختلف شده باشد. در این خصوص رویه‌ها متشتت است و دادگاه‌ها با استدلال‌ات مختلف ایده‌های متفاوتی را اعمال می‌کنند. برای مثال زمانی که فرد مرتکب یکی از جرائم مشمول قانون مواد مخدر که در صلاحیت دادگاه انقلاب است و جرمی دیگر که در صلاحیت دادگاه عمومی است می‌شود در این خصوص آیا با رعایت قوانین تعدد جرم مذکور در ماده ۱۳۴ قابل اعمال است یا خیر؟ برخی اعتقاد دارند که با توجه مواد ۵۴ و ۵۵ قانون ا.د.ک مصوب ۷۸ قواعد تعدد جرم منصرف از صلاحیت ذاتی است چراکه مقررات ماهوی تعدد جرم را بدون رعایت مقررات شکلی آن نمی‌توان به کار بست و ماده ۵۴ ق.آ.د.ک فقط راجع به صلاحیت یک مرجع است. (عدالت‌خواه، ۹۲، ۲۶۷) این مطلب باید ذکر گردد که در صورتی که احکامی از دادگاه‌ها مختلف با صلاحیت ذاتی صادر گردد هیچ‌یک از دادگاه‌ها در مرحله اجرای احکام قادر به تغییر حکم دیگری نیست و مجوز قانونی برای این عمل وجود ندارد؛ اما به نظر می‌رسد این استدلال‌ها با اطلاق ماده ۱۳۴ ق.م.ا. سازگار به نظر نمی‌رسد و منطبق حقوقی خلاف آن را اقتضا دارد اما درعین حال در این خصوص هیچ توضیحی در قوانین فعلی راجع به چگونگی و اجرای مجازات‌ها وجود ندارد و قانون در این خصوص ساکت است. به نظر می‌رسد یک راه حل این است که با استفاده از ملاک ماده ۱۸۴ قانون ا.د.ک احکام را برای آخرین دادگاه صادرکننده برای اصلاح بفرستیم. در این صورت

دادگاه آخر فقط حکم را اصلاح می‌کند، اعمال قواعد تعدد را می‌نماید و مجازات را تشدید می‌کند بدون اینکه به سایر جهات رسیدگی کند. راه دیگری که به نظر می‌رسد این است که اجرای احکام دادگاه‌های صادرکننده حکم را از وجود احکام متعدد مطلع کند تا با در نظر گرفتن قواعد تعدد اقدام به اصدار رأی نمایند. اداره حقوقی نیز در خصوص سؤال در این مورد چنین اظهارنظر کرده است که اعمال ماده ۱۸۴ برخلاف صلاحیت ذاتی است و به‌ناچار باید مراتب به هر دو دادگاه صادرکننده حکم قطعی اعلام گردد تا با استفاده از ملاک ماده ۱۳۴ قانون آ.د.ک هر یک از آن‌ها با رعایت صلاحیت ذاتی مجازات مرتکب را بر اساس ماده ۱۳۴ تعیین و آنگاه مجازاتی که اشد است به مرحله اجرا درآید.^۱

این راه‌حل‌ها تا زمان اجرا شدن قانون آ.د.ک م‌صوب ۹۲ می‌توانند راه‌گشا باشند هرچند خود دارای اشکالات مهمی می‌باشند. ماده ۵۱۰ این قانون در این خصوص به‌صراحت تعیین تکلیف نموده است و دیوان عالی کشور را مرجع اصلاح احکام و اعمال قواعد تعدد دانسته است.^۲ (عدالت‌خواه، همان، ۲۶۸)

نتیجه‌گیری

مبحث تعدد جرم در خصوص تعزیرات از اهمیت فراوانی چه در مباحث نظری و چه کاربردی برخوردار است. در مقررات فعلی تعدد جرائم تعزیری منصوص در ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ مواردی از ابهام و اجمال به چشم می‌خورد که باید به دنبال یافتن پاسخ‌هایی صحیح و منطبق با اصول و موازین حقوقی بود. زمانی که بخواهیم مقررات تعدد جرم را در مورد جرائمی که در زمان حکومت قانون سابق رخ داده اعمال کنیم باید ببینیم آیا قواعد به نفع متهم است یا خیر و در صورت مساعد بودن اعمال آن قواعد را نمود. تعیین مجازات اشد به با در نظر گرفتن درجات مجازات خواهد بود. غیر قابل اجرا شدن مجازات در مواردی است که مجازات کان لم یکن گردد و به‌هیچ‌عنوان امکان اجرای مجازات نباشد؛ بنابراین تعلیق مجازات و آزادی مشروط که امکان اجرای مجازات با وجود شرایطی وجود دارد به معنای غیر قابل اجرا شدن مجازات به علت قانونی نخواهد بود. در

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۱۳۱ - ۹۳/۱/۳۱ و نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۱۵۴۳ - ۹۲

۲. بند پ ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ مقرر می‌دارد ... یا احکام متعدد در حوزه‌های قضایی استان‌های مختلف یا در دادگاه‌های با صلاحیت ذاتی متفاوت صادر شده باشد، پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال می‌کند تا پس از نقض احکام حسب مورد... اقدام شود.

صورت وجود جهات تکرار و تعدد همزمان ابتدا باید یک مجازات از باب تعدد تعیین نمود و بعد آن را از باب تکرار منطبق با قواعد تکرار جرم تشدید نمود. مبحث مهم دیگر در خصوص تعدد جرم مربوط به اعمال قواعد تعدد در رابطه با ارتکاب جرم در صلاحیت ذاتی دادگاه‌های مختلف است که در این صورت به علت نقص قانون باید به منتظر اجرایی شدن قانون آیین دادرسی کیفری جدید نشست و تا زمان اجرایی شدن این قانون می‌توان از ملاک ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۸۷ استفاده کرده و احکام را به آخرین دادگاه صادرکننده حکم فرستاد تا فقط اقدام به تشدید مجازات‌ها نماید هرچند این راه حل دارای اشکال اساسی است. موارد بررسی شده از اهم مسائلی است که در رابطه با تعدد جرائم تعزیری مطرح است و پاسخ‌های فوق مناسب به نظر می‌رسد.

منابع

۱. الهام، غلامحسین و دیگران، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، نشر میزان، چاپ ۱۳۹۲
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، نشر میزان، ۱۳۹۳
۳. شمس ناتری، محمدابراهیم، قانون مجازات عمومی در نظم حقوق کنونی، انتشارات میزان، ۱۳۹۲
۴. کارخیران، محمدحسین، محشی قانون مجازات اسلامی، جلد اول، ۱۳۹۲
۵. عباسی، اصغر، نقدی بر تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی، تعالی حقوق، دوره جدید، شماره ۷، تابستان ۹۳
۶. عدالت‌خواه، محمدرضا، مبسوط قانون مجازات اسلامی، انتشارات مجد، ۱۳۹۳
۷. مصدق، محمد، شرح قانون مجازات اسلامی جلد اول، چاپ چهارم، ۱۳۹۲

اثبات نسب زوجین بیگانه در قواعد حل تعارض کشورهای اروپایی (مطالعه تطبیقی فرانسه با انگلستان)

سید مصطفی کازرونی^۱

چکیده

اثبات نسب زوجین بیگانه در کشورهای اروپایی از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. در این مقاله با استناد به قواعد حل تعارض موجود در دو کشور اروپایی یعنی فرانسه و انگلستان به بررسی نحوه اثبات نسب زوجین بیگانه در این دو کشور اروپایی خواهیم پرداخت. نتیجه تحقیق حاضر بدین صورت است که کشورهای اروپایی از جمله فرانسه که تابع رژیم حقوقی رومی-ژرمنی هستند، روزه‌روز به سیستم کامن لا در زمینه تعارض قوانین به خصوص احوال شخصیه در مفهوم عام آن در انگلستان نزدیک‌تر می‌شوند و این را می‌توان لاقلاً در تغییرات قانون‌گذاری در این کشور و در رویه قضایی این کشورها مشاهده کرد.

واژگان کلیدی: اثبات نسب، زوجین بیگانه، قواعد حل تعارض

۱. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه شیراز

مقدمه

یکی از مهم‌ترین مباحثی که از دیرباز در روابط بین زوجین در کشورها و اعصار مختلف اثر گذاشته است، چالش اثبات نسب بوده است. اگر به تاریخچه ملت‌ها در زمینه امور اجتماعی و خانوادگی بپردازیم، خواهیم دید که گهگاه اختلافات زیادی به خاطر این امر میان افراد مقیم در یک جامعه به وجود آمده است که سبب خونریزی‌های پیاپی شده است؛ اما غرض ما از طرح این امر، نه توجه به مباحث تاریخی بلکه توجه به مباحث حقوقی و از آن جمله توجه به مبحث حقوق بین‌الملل خصوصی است. بایستی توجه نمود اگرچه اختلافات در زمینه حقوق خانواده تا یک قرن پیش بیشتر در حوزه حقوق داخلی اتفاق می‌افتاد اما اینک با توسعه جامعه بشری و افزایش دسترسی بشر به امکانات مختلف از جمله کامپیوتر و اینترنت، وسایل حمل‌ونقل سریع مانند هواپیماها و قطارها و کشتی‌ها، اختلافات خانوادگی در زمینه تعارض قوانین بین‌المللی روزبه‌روز بر تعداد آن‌ها افزوده شده است و می‌رود که شمار پرونده‌ها در زمینه دعوی خانوادگی در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی با حقوق داخلی برابر باشد. امری که باعث شده است که توجه و تمرکز دولت‌ها به مسئله حقوق بین‌الملل خصوصی و تعارض قوانین در حوزه حقوق خانواده روزبه‌روز بیشتر شود؛ اما نکته تاریخی که در اکثر دعاوی خانواده وجود دارد این است که قانون‌گذار به علت بدیهی بودن بسیاری از مفاهیم از تعریف آن خودداری نموده است. برای نمونه ما تعریفی از ازدواج و نسب در قانون مدنی ایران یا فرانسه نمی‌بینیم، حال آنکه ممکن است به‌خصوص در توصیف این پدیده‌ها و مصادیق آن بین نظام‌های مختلف حقوقی و حتی در داخل یک کشور اختلاف ایجاد شود و تعارض پدید آید. امری که موجب تعارض توصیف گاهی در بین نظام‌های حقوقی شده است. برای نمونه در غیبت تعریف قانون‌گذار از مفهوم نسب، بسیاری از حقوق‌دانان ایرانی، آن را با قرابت نسبی اشتباه گرفته‌اند و حال آنکه چنین نیست. برخی از تأسیسات حقوقی در یک نظام حقوقی نیز ممکن است که به علت برخورد با نظم عمومی و یا اخلاق حسنه وجود نداشته باشند برای نمونه می‌توان از نظام موسوم به آداپشن یا پذیرش فرزند اشاره نمود که در نظام ایران وجود ندارد و به‌جای آن از نظام سرپرستی استفاده می‌شود. تمامی این موارد موجب گردیده شده است که قاضی و مرجع حل اختلاف نیز گاهی تشخیص درستی از این امر نداشته و آرای به‌دوراز عدالت و انصاف صادر نموده‌اند؛ اما همواره باید در نظر داشت که قانون‌گذار در بیشتر نظام‌های حقوقی در مورد دعاوی خانواده و امور خانواده، معیارهای اخلاقی را ملاک قرار داده است و نمونه بارز آن نظام حقوقی ایران است. روی‌هم‌رفته با توجه به موارد گفته شده، مقاله حاضر در صدد است که با

تکیه بر کشورهای اروپایی در زمینه حل مسئله اثبات نسب، ضمن آشنا نمودن جامعه حقوقی با این امر در اینک شورها، تجربیاتی را نیز در اختیار قاضی و قانون‌گذار محترم قرار دهد.

مبحث اول. کلیات

گفتار اول. تعریف نسب

نسب از نظر لغوی به معنای قرابت و خویشاوندی و به صورت عام به رابطه بین دو شیء، نسب گفته می‌شود و معادل فارسی آن نژاد ذکر شده است. این واژه معادل واژه پرنس ایچ در انگلیسی و فیللیا سیون در فرانسه است. در قانون مدنی ایران و فرانسه تعریفی از نسب ارائه نشده است و شاید این امر به دلیل بدیهی بودن این امر بوده است. این امر موجب شده است که حقوق دانان هر دو کشور تعاریف متفاوتی را از نسب ارائه دهند. از نظر دکتر سید حسن امامی نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی مرد و زن به وجود می‌آید و از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدری و یکی مادری باشند، شکل می‌گیرد. در فرانسه یا توجه به عدم تعریف قانون‌گذار از نسب، حقوق دانان مختلفی در این کشور مبادرت به تعریف نسب نموده‌اند که یکی از معروف‌ترین تعریفی که از نسب به عمل آمده است، توسط پروفسور کاربینه به عمل آمده است. وی نسب را چنین تعریف نموده است: نسب عبارت است از رابطه حقوقی موجود بین پدر یا مادر و فرزند است. نسب دو نوع است که پدر و مادری است. همچنین نسب ممکن است مشروع و یا نامشروع یا طبیعی باشد. لوئی ژو سران در این باره نسب را تعریف را نموده است: نسب عبارت است از رابطه یک شخص با پدر و مادر معینی یعنی که کسانی که به طور مستقیم سبب ایجاد طفل گردیده‌اند.

مبحث دوم. انواع نسب

نسب را می‌توان از جنبه‌های مختلف دسته‌بندی نمود. یک نوع تقسیم‌بندی که بر اساس وجود یا عدم وجود نکاح بین طرفین شکل گرفته است، تقسیم‌بندی نسب به نسب مشروع و نامشروع است. نسب مشروع اغلب به نسبی گفته می‌شود که ناشی از نکاح میان طرفین باشد. البته در طرز تلقی نسب مشروع میان کشورها تفاوت‌های عمده‌ای است. کشورهای اروپایی و آمریکایی اغلب تاریخ نکاح را زمان تولد طفل می‌دانند نه زمان انعقاد

نطفه و هدف آن‌ها از این عمل آن است که از بی تابعیتی این قبیل اطفال و تسری وضعیت طفل نامشروع بدان‌ها جلوگیری نموده؛ بنابراین اگر زوجین در زمان انعقاد نطفه در علقه زوجیت یکدیگر نبوده و تنها در هنگام تولد طفل در زوجیت هم باشند این برای قاضی و مرجع حل اختلاف کافی است تا طفل را مشروع تلقی داده و نسب پدر را در صورت رابطه زوجیت و در صورت انقطاع نکاح یکی از انساب پدر یا مادر را بدان‌ها تسری دهد. همان‌گونه که در مورد نسب مشروع در قانون کشورها تعارض توصیف ایجاد شده است، در مورد نسب نامشروع نیز اختلاف به چشم می‌خورد. برای نمونه می‌توان به قانون فرانسه در این مورد رجوع نمود که طفل نامشروع در این کشور به‌عنوان طفل طبیعی تلقی شده است و متعلق به والدین طبیعی آن‌ها خواهد بود و یا در انگلستان هیچ‌گونه تفاوتی میان اطفال مشروع و یا نامشروع هر کدام از طرفین در حقوق مالی خود از جمله نفقه و ارث وجود ندارد و همه به میزان برابر نفقه و ارث دریافت می‌نمایند. در کل بایستی گفته شود نسب نامشروع یعنی نسبی که ناشی از علقه زوجیت بین طرفین نیست.

یک نوع تقسیم‌بندی دیگر در مورد نسب، تقسیم نسب به نسب پدری و نسب مادر یا است. امری که در حقوق اسلام و ایران به حق پدری نسبت به نسب فرزند خود، حق ابوت و حق مادری، همان مادر بودن تلقی می‌شود. در انگلیس به حق پدری، پاترنیتی و به حق مادر نسبت به فرزند، ماترنیتی گفته می‌شود. به‌طور معمول اثبات نسب مادر نسبت به نسب فرزند آسان‌تر است چون آشکارترین نمود آن وضع حمل است که حداقل با گواهی بیمارستان قابلیت استناد را دارد؛ اما در مورد اثبات نسب پدر با دشواری بسیار صورت می‌گیرد که مشکلات زیادی که در قوانین مختلف دنیا در مورد نسب وجود دارد، همین اثبات نسب پدر است نه نسب مادری. اثبات مادر بودن، به‌طور عمومی راحت‌تر از اثبات پدر بودن است. اثبات پدر بودن مسائل مشکلات پیچیده‌ای را به وجود می‌آورد و این مشکلی است که در اکثر کشورهای اروپایی وجود دارد. در این کشورها، قانون می‌بایست هم با امارت و هم با دلایل مطرح شود. اماره ابوت در بسیاری از قوانین مطرح شده است. در تمامی کشورها اروپایی در صورتی که مادر در زمان تولد کودک در زوجیت شوهر باشد، طفل ناشی از این روابط چه قبل و چه در هنگام زوجیت و مشروط به اینکه ثابت شود که ناشی از همان رابطه بین آن شوهر و زن بوده است، متعلق به همان شوهر است.

اما مشکل زمانی بروز می‌نماید که شوهر پدر قانونی کودک نباشد. در این مورد بین قوانین کشورهای اروپایی تفاوت است که چه کسی مجاز است تا نسبت به نسب اعتراض نماید. آیا پدر قانونی، پدر طبیعی، مادر، فرزند یا حتی طرف ثالث. در برخی کشورها اروپایی

ملاک را در اثبات یا عدم اثبات اماره نسب را تاریخ حکم طلاق یا فسخ ازدواج و یا حتی دادن دادخواست طلاق یا فسخ ازدواج می‌دانند. برای نمونه بر طبق قانون هلند در صورتی که طفل پس از ۳۰۰ روز از تاریخ حکم قطعی دادگاه نسبت به طلاق ایجاد شود، در این صورت متعلق به شوهر قانونی زن نیست. یا بر طبق ماده ۲۲۳ قانون مدنی فرانسه در صورتی که کودک متولد شده کمتر از ۱۸۰ روز از رد نهایی دادخواست طلاق متولد نشود، طفل متعلق به شوهر نیست. در ایتالیا نیز که یکی از سخت‌گیرترین قوانین را در زمینه طلاق و ازدواج در بین کشورهای اروپایی دارد، زن ۳۰۰ روز پس از حکم طلاق نمی‌تواند ازدواج مجدد نماید و در صورتی که پس‌ازاین مدت، زن حامله شود، آن طفل متعلق به شوهر سابق قانونی زن نیست.

اما در کشورهای مانند دانمارک، پرتغال و اسپانیا در موارد ذیل اماره نسب قابلیت اعمال ندارد:

۱. در صورتی که ثابت شود که زن و شوهر در زمان ازدواج خود در مناطق جداگانه زندگی می‌کرده‌اند و از آخرین رابطه آن‌ها مدت مشخصی گذشته باشد.
 ۲. در صورتی که بچه قبل از ازدواج حمل شده باشد.
 ۳. در صورتی که در هنگام طلاق، با مرد دیگری نامزد کرده باشند.
- در بعضی کشورهای اروپایی مانند لهستان و چک، اماره نسب نمی‌تواند توسط شوهر قانونی یا زن او و یا فرزند او مورد اعتراض قرار گیرد اما به‌وسیله اشخاص ثالث می‌تواند که دراصل در دو مورد ذیل است:
۱. در صورتی که شوهر به زن اجازه داده باشد تا برای حامله شدن به تلقیح مصنوعی رو آورد.
 ۲. در صورتی که شوهر به زن اجازه داده باشد تا با مرد دیگری رابطه داشته باشد و آن مرد بالغ باشد.
- در این موارد اماره نسب به‌طورعمومی توسط آزمایش دی‌ان‌ای در اینک‌شورها مقرر شده است که ثابت شود

گفتار سوم. موضع اسناد بین‌المللی نسبت به اثبات نسب با تکیه بر کشورهای اروپایی

بند اول. موضع کنوانسیون حقوق کودک نسبت به اثبات نسب

کنوانسیون حقوق کودک که مشتمل بر یک مقدمه و ۵۴ ماده است و توسط گروه حقوق بشر سازمان ملل متحد، پیش‌نویس آن آماده شده است، از اول ژانویه ۱۹۹۰ لازم‌الاجرا گردیده است. جمهوری اسلامی ایران نیز در تاریخ یکم اسفند هزار و سیصد و هفتاد و دو بدان پیوسته است البته به صورت مشروط، در این مقاله که تمرکز روی کشورهای اروپایی است، با توجه به اینکه کشورهای اروپایی به این کنوانسیون پیوسته‌اند یکی از موضوعاتی که در این کنوانسیون مطرح شده است، بحث نسب است لازم آمد که با توجه به برتری کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی در اکثر کشورهای اروپایی، این کنوانسیون را نیز مورد مطالعه قرار دهیم.

حقوقی که در این کنوانسیون برای کودکان به رسمیت شناخته شده است،

عبارت‌اند از:

۱. حق حیات و زندگی.
۲. حق بقاء و پیشرفت.
۳. حق داشتن نام.
۴. حق داشتن تابعیت.
۵. حق داشتن روابط خانوادگی.
۶. حق آزاد فکر و عقیده.

بنابراین همان‌گونه که دیده می‌شود، از شش حقی که در این کنوانسیون راجع به حقوق کودک به رسمیت شناخته شده است، چهار تا از آن‌ها به نوعی مربوط به نسب نیز می‌شود. حق حیات و زندگی، حق داشتن نام و تابعیت و حق داشتن روابط خانوادگی بدون مشخص شده نسب که بنیان و اساس این روابط است، مشخص نخواهد شد. همچنین در بند یک ماده دو این کنوانسیون، کشورهای طرف کنوانسیون را ملزم ساخته است که برای تمامی کودکانی که در حوزه قضایی آن‌ها زندگی می‌کنند، بدون هیچ‌گونه تبعیضی از جهت نژاد، مذهب، زبان، عقاید سیاسی، ملیت جایگاه اجتماعی و اقتصادی، عدم توانایی و سایر احوال شخصیه والدین قانونی یا قیم قانونی، این حقوق را به رسمیت شناخته و آن را تضمین نمایند.

بنابراین از نگاه این کنوانسیون، تفاوتی میان کودکان مشروع و نامشروع تلقی نشده و از نظر این کنوانسیون، کودک به صورت مطلق مدنظر است. از سوی دیگر بر اساس ماده هفت و هشت کنوانسیون حقوق کودک سازمان ملل متحد، کودکان می‌بایست پس از تولد

ثبت بر سند و می‌بایستی دارای حق شناسایی والدین باشند و حق حفظ مشخصات خود شامل روابط خانوادگی شناخته شده باشند.

بند دوم. موضع کنوانسیون بروکسل ۲۰۰۵ در مورد اثبات نسب

مفاد این کنوانسیون که در مورد تعیین قواعد ناظر بر مسئولیت والدین در خصوص کودک در دعوای زناشویی از جمله نسب است. البته این کنوانسیون در سال ۲۰۰۵ مورد تجدیدنظر قرار گرفت که کشورهای عمده اروپایی از جمله فرانسه و انگلستان و آلمان آن را پذیرفته‌اند.

کنوانسیون مزبور همه کودکان را اعم از اینکه در اثر ازدواج به وجود آمده باشند یا نه را دربر می‌گیرد و یکی از موضوعاتی که در زمینه این کنوانسیون مورد توجه قرار گرفته است، موضع نسب اطفال است. بر اساس کنوانسیون بروکسل، قانون حاکم در رابطه با دعوای زناشویی و از جمله نسب، قانون و دادگاه کشور محل سکونت یا قانون کشور عضوی است که یا کودک در آنجا سکونت داشته باشد و یا بهترین منافع کودک را تأمین سازد. برای نمونه در مورد انگلستان حتی در صورتی که اقامتگاه والدین کودک خارج از انگلستان باشد ولی محل سکونت کودک در انگلستان باشد و یا در صورتی که قانون انگلستان بیشترین منافع کودک را تأمین سازد، قانون دادگاه انگلیس حاکم و صالح خواهد بود.

همچنین در صورتی که شروط فوق وجود نداشته باشد ولی کودک دارای ارتباط اساسی با یکی از کشورهای عضو باشد بدین معنا که حداقل یکی از والدین کودک ساکن یکی از کشورهای عضو باشد یا خود کودک تبعه یکی از کشورهای عضو باشد. طبق این کنوانسیون در صورتی که کودکی دارای ارتباط اساسی با یک کشور عضو کنوانسیون باشد یکی از چهار کشور عضو ذیل دارای صلاحیت است:

۱. کشوری که قبل یا حین یا بعد از اقامه دعوا، محل سکونت کودک باشد.

۲. محل سکونت کودک یا کشور متبوع او.

۳. محل اقامت والدین کودک در صورتی که در یکی از کشورهای عضو باشد.

۴. محل وقوع اموال طفل در دعوای مالی.

البته اگر کودکی فاقد محل سکونت معین باشد، دادگاه محل حضور کنونی کودک دارای صلاحیت رسیدگی است؛ بنابراین اگر محل سکونت کودک نامعین باشد ولی کودک در یکی از کشورهای عضو حضور داشته باشد، دادگاه همان کشور عضو صلاحیت رسیدگی دارند. همان‌گونه که دیده می‌شود، این کنوانسیون بیشتر بر روی کودکانی که پناهنده یا

کودکانی که به جهت مشکلات داخلی کشورشان به کشور دیگری انتقال یافته‌اند مجری است و این به سبب سیل ورود جمعیت از کودکان است که از کشورهای آفریقایی و آمریکای جنوبی به کشورهای اروپایی روانه شده‌اند و پس از مدتی والدین آن‌ها ادعای نسب یا نفی ولد نسبت به آن‌ها می‌نمایند. البته این کنوانسیون تنها در مورد نسب نیست، بلکه درباره موضوعات دیگر از جمله حضانت اطفال، نفقه اطفال و دیگر مسائل با این کودکان اختصاص یافته است.

بند سوم. موضع موافقت‌نامه‌های دوجانبه نسبت به اثبات نسب:

نظر به اینکه برخی از کشورها و دولت‌ها ممکن است که مسائلی را جزو احوال شخصیه بدانند ولی دولت‌های دیگر ممکن است همان مسائل را جزء احوال شخصیه ندانند و در نتیجه در مسائل مربوط به احوال شخصیه اختلافاتی بروز نماید، لذا دولت‌ها تلاش می‌کنند از طریق انعقاد معاهدات از تعارض توصیف میان خود جلوگیری کنند. نمونه بارز این معاهدات را می‌توان در قرارداد اقامت میان دولتین ایران و سوییس مصوب ۱۳۱۳ ذکر نمود.

ماده هشت معاهده مربوط مقرر می‌دارد:

در مسائل راجع به حقوق شخصی و خانوادگی و ارثی اتباع هر یک از طرفین متعاهدین در خاک طرف متعاهد دیگر تابع مقررات قوانین مملکت متبوعه خود است و طرف متعاهد دیگر نمی‌تواند از اعمال قوانین مزبور منحرف بشود جز به طریق استثنا و تا حدی که یک چنین وضعیتی نسبت به کلیه ممالک خارجه دیگر اعمال گردد طرفین متعاهدین موافقت دارند که حقوق شخصی و خانوادگی و ارثی و به عبارت آخری مربوط احوال شخصیه مشتمل بر مسائل ذیل باشد:

ازدواج، ترتیب اموال زوجین، طلاق، افتراق، جهیزیه، ابوت، نسب، اهلیت حقوقی و به‌طور عموم کلیه مسائل مربوط به حقوق خانوادگی و کلیه امور مربوط به احوال شخصیه و؛ بنابراین در صورتی که اتباع طرفین در مسائل ذیل که جزء احوال شخصیه توصیف شده است، اختلاف با یکدیگر در خاک یکی از طرفین پیدا کند، در احوال شخصیه آن اتباع است و بنابراین تابع قانون دولت متبوع آن تبعه قرار می‌گیرد. نمونه این چنین قراردادها را می‌توان در مورد قرارداد اقامت بین الجزایر و فرانسه و تونس و فرانسه تلقی کرد.

بنابراین اگر زوج و زوجه ایرانی در سوییس برای مثال در مورد دعوی اثبات نسب و نفی ولد را اقامه نمایند، این امر در احوال شخصیه قرار گرفته و تابع قانون ایران خواهد بود.

مبحث دوم. اثبات نسب زوجین بیگانه در کشور فرانسه

گفتار اول. وضعیت نسب در قواعد حل تعارض فرانسه

همان گونه که می دانیم در تعریف تابعیت و احوال شخصیه گفته شده است که ما دو نوع سیستم داریم در این باب یکی سیستم رومی - ژرمنی است که در احوال شخصیه، تابعیت را ملاک قرار می دهد و دیگری سیستم کامن لا مانند انگلیس و آمریکا است که اقامتگاه را ملاک در این امر مشخص نمودن احوال شخصیه می داند؛ بنابراین روشن است که اگر زوجین ایرانی در فرانسه دعوای طلاق را مطرح سازند، قاضی فرانسوی قانون ایران را ملاک قرار می دهد و مقررات در قانون مدنی ایران را در این باره ملاک قرار می دهد؛ اما در مورد برخی از موضوعات به احوال شخصیه از جمله نسب قضیه کمی متفاوت است به این دلیل که نسب در واقع به عقیده بسیاری پایه و اساس احوال شخصیه تلقی شده و در صورت مشخص شدن نسب، دیگر احوال شخصیه و به ویژه تابعیت فرد در پی آن مشخص خواهد شد.

امر بنیادین در اینجا اختلاف در مورد احوال شخصیه اتباع کشوری است که قوانینی در مورد احوال شخصیه و از جمله اثبات نسب در قواعد حل تعارض آن ها وجود ندارد و اینک آن ها صاحب فرزند شده و یا در مورد طفل خاصی دعوای اثبات نسب را مطرح می نمایند. در این صورت اختلاف می شود که در قانون فرانسه راه حل چیست؟

طبق رویه قضایی فرانسه در اینجا قانون فرانسه به عنوان قانون اقامتگاه طرفین قابلیت اعمال را دارد یعنی در اینجا قانون فرانسه در صورتی حاکم خواهد بود که اقامتگاه آن زوجین بیگانه در فرانسه باشد و گرنه بایستی مسئله را با ارجاع به کنوانسیون های بین المللی که فرانسه در آن ها عضویت دارد از جمله کنوانسیون بروکسل ۲۰۰۵ میلادی حل و فصل نمود.

گفتار دوم. انواع نسب از دید قانون گذار فرانسه

از نظر قانون مدنی ایران، نسب زمانی مشروع است که در هنگام انعقاد نطفه طفل بین پدر و مادر وی، نکاح صحیحی و قانونی وجود داشته باشد. البته این نکاح ممکن است که دائم یا متعه باشد. در مورد نسب مشروع مانند خود نسب در حقوق ایران و فرانسه تعریف صریح و روشنی وجود ندارد.

هم‌چنین در حقوق ایران و در قانون مدنی در ماده ۱۱۵۸ آن، اماره فراش نیز ذکر شده است که به دلیل اطاله کلام از ذکر آن خودداری می‌شود؛ اما در حقوق فرانسه با توجه به ماده ۳۱۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد:

طفلی که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد شده باشد، ملحق به شوهر است چنین استنباط می‌گردد که ملاک در مشروعیت نسب، زمان زوجیت ابوین است و نه زمان انعقاد نطفه. در این زمینه می‌توان به نظر دیوان کشور فرانسه از ۱۹۳۰ به بعد توجه نمود که مقرر می‌دارد نسب طفلی که نطفه‌اش قبل از ازدواج منعقد ولی تولد وی در زمان زوجیت ابوین باشد، مشروع خواهد بود. از این اظهارنظر نتیجه مهمی گرفته می‌شود که برخلاف حقوق ایران که اگر پسر و دختری با هم نامزد بوده یا نباشند و در خلال این مدت با هم رابطه داشته باشند و از خلال این روابط، ایجاد نطفه شده حتی زوجیتی که در تعاقب آن ایجاد نطفه می‌آید، نمی‌تواند به آن نطفه و طفل مشروعیت ببخشد درحالی که در حقوق فرانسه این چنین طفلی، یکی طفل مشروع خواهد بود.

برای نمونه اگر زوج ایرانی و زوجه آلمانی که با هم نامزد بوده‌اند و در خلال این مدت با هم رابطه داشته باشند و ایجاد نطفه شود، فقط کافی است که تا زمان تولد طفل با هم ازدواج نمایند و در این صورت نسب طفل مشروع خواهد بود و طفل فرزند قانونی آن‌ها نیز خواهد بود.

اما به هر حال در صورتی که آن مرد و زن از ازدواج با یکدیگر خودداری نمایند، آن پدر و مادر، پدر و مادر طبیعی آن طفل محسوب می‌شوند و آثار مخصوص به خود را دارد که چون در اینجا ملاک ما زوجیت است نه عدم زوجیت از ذکر و اطاله کلام در مورد آن خودداری می‌شود.

بحث دیگری که در این رابطه ایجاد می‌گردد، این است که حال اگر در حقوق فرانسه در نسب طفلی البته مشروع آن اختلاف حادث گردد در این صورت چه موازینی برای تشخیص آن وجود دارد:

۱. وجود رابطه زوجیت:

یکی از شرایط اساسی برای تحقق نسب مشروع، وجود رابطه زوجیت میان زن و مرد است. از ازدواج تعریف صریحی در قانون فرانسه دیده نمی‌شود؛ اما برخی از حقوق دانان فرانسه نکاح را اتحاد دو نفر از جنس مخالف با تشریفات خاص می‌دانند. البته در اینجا باید بین نکاحی که در فرانسه و در خارج از فرانسه منعقد می‌شود میان اتباع خارجی تفاوت قائل شد. برای نمونه در ایران ثبت نکاح جزء شرایط الزامی برای نکاح نیست که در صورت

عدم ثبت نکاح باطل اعلام شود، اما در حقوق فرانسه ثبت نکاح در دفتر مخصوص نکاح الزامی است و عدم ثبت نکاح در این دفتر موجب بطلان نکاح خواهد شد.

بنابراین اگر زوجین ایرانی در فرانسه اقدام به نکاح بین خود کنند اما ثبت نکاح را انجام ندهند، آن‌ها از نگاه قانون و قاضی فرانسه زن و شوهر تلقی نشده و اگر طفلی از آن‌ها در این رابطه به وجود آید و در هنگام تولد طفل نیز آن‌ها نکاح خود را ثبت نکرده باشند، آن‌ها پدر و مادر طبیعی آن طفل هستند و نه پدر و مادر قانونی او و این در حالی است که اگر همین زن و شوهر ایرانی در ایران مبادرت به عقد ازدواج می‌کردند و لکن بدون ثبت آن از ایران خارج می‌شدند در صورت اثبات آن در محاکم فرانسه اگر طفلی از آن‌ها در این مدت به وجود آمده باشند، آن‌ها پدر و مادر قانونی وی و نه پدر و مادر طبیعی خواهند بود. این قاعده مهم به یکی از قاعده مهم حقوق بین‌الملل خصوصی اشاره دارد که مقرر می‌دارد اسناد از حیث طرز تنظیم تابع محل تنظیم عقد است.

نکته دیگری که در رویه قضایی فرانسه وجود دارد و ایجاد آن به شرایط حقوق بشری اشاره دارد. این است که ممکن است برای نمونه ازدواج میان زن مسلمان با مرد مسیحی بدون تحصیل اجازه دولت ممنوع باشد و آن باطل باشد اما اگر فرض کنیم که یک زوجه مسلمة ایرانی با یک مرد مسیحی آلمانی در فرانسه ازدواج نماید، قانون فرانسه باینکه قانون ایران ازدواج مابین آن‌ها را ممنوع می‌دارد، اما به دلایل حقوق بشری ازدواج مابین آن‌ها را صحیح تلقی می‌کند یا برای نمونه بر اساس مواد ۱۴۴ و ۱۴۵ قانون مدنی فرانسه، مرد قبل از رسیدن به ۱۸ سال کامل و زن قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام نمی‌تواند ازدواج نماید مگر در صورت تحصیل معافیت. دیده شده است که دادگاه فرانسوی در مواردی ازدواج بین یک پیرمرد ۸۰ ساله با یک دختر نه‌ساله را به سبب برخورد با نظم عمومی فرانسه باطل اعلام کرده‌اند.

هم‌چنین در مورد دیگر می‌توان از بیگامی یا چند زنی نام برد که در قانون فرانسه و تمامی کشورهای اروپایی این باطل و حتی به‌عنوان یک جرم تلقی شده است؛ اما حال اگر یک مرد عربستانی در عربستان اقدام به زوجیت با چند زن بگیرد و یکی از زنان در محاکم فرانسه دادخواست اثبات نسب ارائه دهد، محاکم فرانسه این امر را از وی خواهند پذیرفت درحالی‌که در مورد درخواست حکم تمکین از جانب مرد، این امر رعایت نگردیده است.

۲. اثبات نسب پدری:

همان‌گونه که در گفتار پیشین نیز بیان شد، اثبات نسب پدری بسیار مشکل‌تر از اثبات نسب مادری است و دلیل این امر نیز در خفا بودن رابطه بین زن و شوهر ذکر شده

که تعیین دقیق آن رابطه از نظر علم پزشکی بسیار مشکل است؛ بنابراین نظام‌های مختلف حقوقی در این باب به امارات و فروع قانونی روی آورده‌اند.

قاعده مهمی که در این باب در حقوق اسلام و از جمله قانون مدنی ایران، وجود دارد، قاعده فراش است. در حقوق فرانسه به این اماره، اماره ابوت گفته می‌شود که نقش بسیار مهمی را در اثبات نسب بازی می‌کند. در حقوق فرانسه اماره ابوت یا همان فراش در ماده ۳۱۲ قانون مدنی پیش‌بینی شده است که طی آن مقرر می‌دارد:

طفلی که در زمان زوجیت متولد گردیده باشد، منتسب به شوهر است. اماره ابوت از اصل معروف رومی که می‌گوید: پدر، شوهر است تا خلاف آن ثابت شود. گرفته شده است. در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق ایران از نزدیکی میان زن و مرد سخنی گفته نشده است. بلکه تمرکز بر زندگی مشترک و هم مسکنی زوجین در زمان حمل و نه در زمان انعقاد نطفه گذاشته است؛ و مقرر شده است که در صورتی که زن و شوهر در این دوره با هم زندگانی مشترکی نداشته باشند، دعوای نفی ولد پذیرفته خواهد شد. بند یک ماده ۳۱۲ قانون مدنی فرانسه در ادامه ماده که طفل را در زمان زوجیت متعلق به شوهر می‌دارد، بیان نموده است که در صورتی که شوهر بتواند اثبات نماید که به علت عدم امکان معاشرت بدنی با زن بین ۱۸۰ تا ۳۰۰ روز قبل از ولادت طفل و یا به علت دوری و فاصله مکانی، امکان بارور کردن را نداشته است، دعوای نفی ولد از وی پذیرفته خواهد شد. پس اگر زوج ایرانی در ایران مشغول تجارت باشد و زوجه ایرانی در فرانسه در اثنا ۱۸۰ تا ۳۰۰ روز از ولادت طفل با آن زوج رابطه نزدیکی نداشته باشد، اما آن زن حامله شود، زوج ایرانی می‌تواند اثبات نماید که در این فاصله وی در ایران بوده است و به علت دوری جا و مکان امکان بارور کردن زن وجود نداشته است. البته در حقوق فرانسه نیز مانند ایران، وجود رابطه زوجیت بین زوجین کافی است و در صورت وجود رابطه زوجیت، هم مسکنی آن‌ها در نظر قانون‌گذار مفروض است مگر خلاف آن ثابت شود؛ بنابراین اگر زوج ایرانی و زوجه المانی در فرانسه با یکدیگر ازدواج نمایند و از رابطه میان آن دو، فرزند ایجاد شود، در این صورت فرض می‌شود که آن فرزند متعلق بدان‌ها است مگر اینکه زوج بتواند ثابت نماید که در مسکن و جایی متفاوت از محل زندگانی زن، سکونت داشته است که در این صورت دعوای نفی ولد با رعایت سایر مواد قانونی، قابلیت مراعات را دارد. علاوه بر وجود رابطه زوجیت، نکته دیگر که در اینجا است، بحث زمان است که چه مدتی باید از نزدیکی بین زوجین گذشته باشد تا بتوان گفت طفل متعلق به شوهر است یا نیست. در اینجا هم البته قانون‌گذار دوباره به امارات قانونی روی آورده است و در قانون مدنی ایران شش ماه که

همان معادل ۱۸۰ روز است و در حقوق فرانسه از ۱۸۰ روز تا ۳۰۰ روز را ملاک معرفی نموده است.

البته ممکن است که طفلی قبل از ۱۸۰ روز از تاریخ انعقاد نطفه متولد شود که در این مرحله به علت عدم رشد جنین، بتوان با استفاده از وسایل مصنوعی آن طفل را زنده نگاه داشت که در این صورت نیز قابلیت انتساب به آن زوج را خواهد داشت. این مدت در اکثر کشورهای اروپایی یکسان است برای نمونه در حقوق آلمان مدت را ۱۸۱ روز و در حقوق سوئیس مدت حداقل را ۱۸۰ روز می‌داند که به‌طور تقریبی با هم برابر است؛ بنابراین اگر زوج ایرانی و زوجه بریتانیایی در فرانسه با هم زندگی نمایند، با توجه به اینکه قانون ایران تابعیت مرد را بر زن تحمیل می‌نماید، زن ایرانی تلقی شده و بنابراین در صورت اثبات نسب تابع احوال شخصیه ایرانی خواهد بود که در قانون ایران شش ماه را ملاک قرار می‌دهد درحالی‌که در قانون مدنی فرانسه بین ۱۸۰ تا ۳۰۰ روز را ملاک قرار می‌دهد، اینجا برای قاضی ممکن است، تعارض توصیف ایجاد می‌شود که حال کودکی که در فرانسه پس از ۱۸۰ روز متولد شده است را باید طبق قانون ایران ناشی از زنا تلقی کرد یا مانند قانون فرانسه، طفل را مشروع تلقی کرد. به نظر می‌رسد که در این فرض بایستی طفل را متعلق به شوهر دانست.

نکته مهم بعدی که مطرح می‌شود، این است که ممکن است که طفل پس از انحلال نکاح اعم از فسخ یا طلاق بین طرفین، متولد شود در اینجا حکم به چه صورت است؟ در حقوق فرانسه با استناد به ماده ۳۱۵ قانون مدنی، چنانچه طفلی بیش از ۳۰۰ روز پس از انحلال نکاح متولد شود، در صورتی‌که الحاق طفل به شوهر سابق، مورد اعتراض آن شوهر قرار نگیرد، در این صورت آن طفل متعلق به آن شوهر است.

الحاق طفل به یکی از دو شوهر:

فرض کنیم که زوجه ایرانی در فرانسه اقدام به ازدواج با یک زوج فرانسوی نموده است. بر اساس حقوق فرانسه و بر طبق مواد ۲۲۸ و ۲۹۶ و ۲۹۷ قانون مدنی آن کشور، عده وفات و طلاق، سیصد روز است؛ اما در صورتی‌که این زوجه ایرانی بدون رعایت عده، شوهر ایرانی کند و در فاصله ۱۸۰ تا ۳۰۰ روز از زمان انحلال نکاح اول، وضع حمل نماید، در این صورت در صورت تولد طفل، اثبات نسب وی تابع کدام قانون است؟

تابع قانون آلمان است به خاطر شوهر اول آلمانی و یا به ایران به خاطر شوهر ایرانی و یا به فرانسه به خاطر محل انعقاد عقد؟ بر طبق ماده ۳۱۲ قانون مدنی فرانسه، که یک قاعده حل تعارض نیز است، در این صورت، این طفل است که اختیار دارد زوج اول یا زوج

دوم را به عنوان پدر انتخاب نماید و این به خاطر مصالح کودک است. یعنی بسته به اینکه، کودک کدام پدر را انتخاب نماید، قانون همان کشور صالح خواهد. البته در حقوق آلمان، این قاعده به نحو دیگری حل شده است به این نحو که در ماده ۱۶۰۰ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد: در صورت تعارض در اینکه پدر طفل کدام یکی از دو شوهر متوالی است، طفل از شوهر دوم است ولی شوهر دوم می‌تواند اعتراض کند و در صورت صدور حکم قطعی به نفع او، طفل منتسب به شوهر اول خواهد بود. در حقوق فرانسه هم چنین تعارض میان پدر طبیعی و پدر قانونی وجود دارد که برای تعیین وضعیت چنین طفلی، دیوان کشور فرانسه آرای متناقضی را صادر نموده است که گاهی اختیار با شوهر قانونی و گاهی با پدر طبیعی و یا حتی به خود طفل اختیار داده شده است که کدام پدر را انتخاب نماید و در این صورت قانون کدام کشور را حاکم می‌داند؛ اما در صورتی که بین دو پدر مشروع اختلافی حصول شود، طفل اختیار دارد که زوج اول یا زوج دوم را به عنوان پدر انتخاب نماید.

همان‌گونه در بالا گفته شد اماره ابوت یا همان اماره فراش در حقوق فرانسه، همیشه در مورد نسب مشروع با رعایت سایر شرایط اعمال می‌گردد که برای نمونه باید از تاریخ جدایی و طلاق حداقل ۱۸۰ روز و حداکثر ۳۰۰ روز نگذشته باشد تا بتوان طفل را به پدر قانونی او نسبت دارد و در صورت بیشتر بودن از ۳۰۰ روز، دراصل نمی‌توان طفل را ملحق به شوهر دانست؛ بنابراین اطفالی که خارج از رابطه زوجیت بین طرفین ایجاد شده و در تاریخ تولد طفل نیز، مرد و زن در علقه نکاح نمود. البته طبق ماده ۳۱۴ قانون مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد: طفلی که قبل از یک‌صد و هشتادمین روز ازدواج متولد گردد، در موارد ذیل از ناحیه شوهر قابل انکار نیست:

۱. زمانی که شوهر از حاملگی زن پیش از نکاح، اطلاع داشته باشد.
۲. زمانی که شوهر در تنظیم اسناد سجلی طفل حضور داشته باشد یا سند سجلی را امضا نموده باشد.
۳. در صورتی که طفل قادر به ادامه حیات نباشد.

از سوی دیگر طبق رویه قضایی فرانسه، طفلی که نطفه‌اش پیش از ازدواج منعقد شده اما در زمان زوجیت زوجین متولد گردد، مشروعیت وی از لحظه انعقاد نطفه تلقی می‌شود و نه از تاریخ ازدواج ابوبین و بنابراین از لحظه انعقاد نطفه دارای حقوق مالی می‌شود و می‌تواند ارث و نفقه دریافت نماید اما در صورتی که طفلی پس از ۳۰۰ روز از انحلال نکاح یا طلاق در فرانسه متولد شود در این صورت او از نظر قانون مشروع شناخته شده و از زمان

تولد او است که دارای حقوق مالی و از جمله حق ارث بردن خواهد شد البته مشروط به این که از ناحیه شوهر سابق مورد انکار قرار نگیرد.

بنابراین اگر زوج آلمانی و زوجه ایرانی در فرانسه که در پیش از انعقاد نکاح، در نتیجه رابطه در دوران نامزدی یا غیر نامزدی، باعث ایجاد نطفه شده‌اند و اینک در زمان تولد طفل در زوجیت یکدیگر هستند، در اینجا در صورتی که شوهر آلمانی این زن فوت کند و اگر داری‌های غیرمنقولی در فرانسه داشته باشد از لحظه انعقاد نطفه و نه از زمان تولد ارث می‌برد ولی اگر در همین فرض طفل ۳۰۰ روز پس از انحلال نکاح متولد شود، در صورتی که شوهر آلمانی زن، اعتراضی نسبت به نسب او نکند، در این صورت از لحظه تولد نوزاد است که این فرزند ارث می‌برد و صاحب حقوق مالی خواهد شد.

ادله دیگر اثبات نسب پدری

اماره ابوت یا همان فرارش در حقوق فرانسه و نیز در حقوق ایران، دلیل انحصاری برای اثبات یا نفی ولد محسوب نمی‌شود، بلکه می‌توان از ادله و امارت دیگری نیز در این زمینه استفاده نمود. این ادله عبارت‌اند از: اقرار شوهر، آزمایش‌های پزشکی، گواهی گواهان و امارت قضایی که می‌توان نسب پدر را اثبات نمود.

در مورد صلاحیت دادگاه در دعاوی نسب، با توجه به اینکه دعوای اثبات نسب یکی دعوای غیرمالی است، به موجب قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه رسیدگی به این اختلافات در حوزه احوال شخصیه بر عهده دادگاه محل اقامت خوانده است.

گفتار سوم. اثبات نسب مادری

نشانه‌هایی که با استفاده از آن می‌توان نسب مادر را اثبات نمود عبارت‌اند از:

۱. وضع حمل مادر:

یکی از موارد که به خصوص در اثبات نسب مادر مورد توجه قرار می‌گیرد، وضع حمل در مادر است. وضع حمل خود یک پدیده مادی و امری خارجی و محسوس است. وضع حمل را می‌توان اغلب از روی شناسنامه طفل اثبات کرد. در حقوق فرانسه، وضع حمل طفل به وسیله شنا سنامه و در صورت فقدان شنا سنامه در اثر سیل یا زلزله یا بمباران یا به وسیله شهادت شهود تحت شرایط خاص قابل اثبات است.

۲. وضعیت ظاهری:

در این زمینه آن را می‌توان مجموع اوضاع و احوال و اموری است که دلالت بر وجود رابطه نسبی و مشروعیت نسب طفل می‌نماید. عناصر متشکله آن عبارت‌اند از: نام خانوادگی کودک و یا طرز رفتار نسبت به کودک و تهیه وسایل زندگی برای او اعم از تهیه خوراک و پوشاک و مسکن برای کودک. این اوضاع و احوال وقتی مؤثر در پرونده است که قطعی و مسلم باشند و دوم باید بین زوجین باشد و نمی‌توان بین والدین طبیعی از این اماره استفاده نمود.

فصل سوم. اثبات نسب زوجین بیگانه در حقوق انگلستان

در حقوق انگلستان، تفکیکی میان نسب مشروع و نسب نام مشروع آن‌چنان که در حقوق فرانسه مشاهده می‌شود، وجود ندارد. در واقع بایستی گفته شود که پس از تصویب قانون اصلاح خانواده در سال ۱۹۸۷ به نحو مشخصی، این موضوع یعنی نسب و نام مشروع اهمیت خود را از دست داده است و این هم به آن دلیل است که در این قانون از بکارگیری الفاظ مشروع یا نام مشروع برای اطفال خودداری شده است. بر این اساس حقوق مربوط به کودکان، تحت تأثیر وضعیت آن‌ها یعنی نام مشروع یا مشروع، قرار نگرفته است. به عبارت دیگر اینکه والدین کودک با هم ازدواج نموده‌اند یا نه هیچ تأثیری بر حقوقی که به کودک تعلق می‌گیرد، ندارد.

بر همین اساس، کلیه کودکان اعم از مشروع یا نام مشروع می‌توانند به عنوان بستگان پدر و مادر خود در رابطه با ارث و سایر حقوق قانونی خود، اقامه دعوا نمایند.

گفتار اول. نسب مشروع

بند اول. نسب مشروع ذاتی

طبق حقوق انگلیس، کودکی که در پی یک ازدواج قانونی یا ازدواج باطل که همان ازدواج به شبهه در حقوق ایران است، متولد گردد، طفل مشروع تلقی شده به شرط آنکه اقامتگاه پدر کودک در زمان تولد کودک و نه در زمان انعقاد نطفه، انگلستان باشد. قسمت آخر این قاعده مورد انتقادات زیادی در حقوق انگلستان قرار گرفته است و بر همین اساس کمیته قضایی مجلس اعیان انگلستان در قضیه مارک علیه مارک در سال ۲۰۰۶ مقرر داشت که مشروعیت یا عدم مشروعیت کودک باید بر اساس قانون اقامتگاه پدر کودک معین شود. بر این اساس اگر زوج ایرانی و زوجه هندی که در انگلستان اقامت داشته باشند،

بخواهند دعوای اثبات نسب را مطرح نمایند، در مورد طفلی، به این دلیل که این پدر ایرانی در انگلستان اقامت دارد، بایستی دعوای اثبات نسب او نیز تابع حقوق انگلستان قرار گیرد.

بند دوم. نسب مشروع تبعی

بر اساس حقوق انگلستان اگر والدین کودک نامشروع پس از تولد او به‌طور قانونی با هم ازدواج نمایند، در صورتی که اقامتگاه پدر کودک در تاریخ ازدواج، انگلستان باشد، کودک به‌طور تبعی مشروع شناخته خواهد شد. هم‌چنین در صورتی که اقامتگاه زوج در تاریخ ازدواج، کشور باشد که بر اساس قانون آن دولت، کودک به‌طور تبعی مشروع شناخته شود، مشروعیت تبعی کودک که بر اساس حقوق کشور خارجی ایجاد شده است، در انگلیس نیز به رسمیت شناخته خواهد شد؛ بنابراین در صورتی که زوج و زوجه ایرانی که پیش از ازدواج با هم رابطه داشته و از قبال این روابط خارج از ازدواج، صاحب فرزند در ایران شده باشند اما در تاریخ ازدواج، اقامتگاه پدر طفل انگلستان باشد، هرچند این طفل طبق حقوق ایران فرزند ناشی از زنا تلقی می‌شود اما طبق حقوق انگلیس این فرزند مشروع تلقی خواهد شد و نسب پدر به‌صورت مشروع بر وی بار خواهد شد.

گفتار دوم. اثبات نسب مشروع در حقوق انگلیس

با توجه به مواردی که در بالا گفته شد، نسب مشروع و نسب نامشروع اثبات یا نفی ولد آن در حقوق انگلیس تأثیر چندانی در نحوه ارث و حقوق مالی این اطفال نداشته و همه به‌صورت برابر از والدین قانونی یا طبیعی خود ارث می‌برند؛ بنابراین از این نظر نمی‌توان والدین طبیعی و یا قانونی بریتانیایی و یا خارجی را در این زمینه کوشا دانست و پرونده‌های زیادی که در مورد اثبات نسب است، بیشتر در زمینه فرزندخواندگی است و نه نسب مشروع؛ اما باز هم به دلیل این که در اینجا قانون بیگانه نیز دخالت دارد بایستی توجه داشت طبق قانون انگلستان، محل اقامت طفل از این نظر بسیار مهم است. هم‌چنین با توجه به پیوستن بریتانیا به کنوانسیون بروکسل در زمینه تعارض قوانین در دعوای زنا شویی سایر مسائل در فصل اول تحت عنوان کنوانسیون بروکسل آورده شده است، که به جهت طولانی شدن بحث از پرداختن به آن خودداری کرده و خوانندگان گرامی را به فصل اول و نیز گفتار سوم بحث حاضر جلب می‌نمایم.

گفتار سوم. فرزندخواندگی

طبق قوانین انگلستان، فرزندخواندگی عملی حقوق است که وضعیت کودک را تغییر می‌دهد بدین معنا که کودکی که به‌عنوان فرزندخوانده پذیرفته می‌شود، از همان حقوقی برخوردار است که یک کودک مشروع از آن برخوردار است، مشروط بر اینکه پیش از رسیدن به سن ۱۹ سالگی به‌عنوان فرزندخوانده پذیرفته شود و درخواست پذیرفتن کودک به‌عنوان فرزندخوانده نیز پیش از رسیدن کودک به سن ۱۸ سال تمام، تقدیم مراجع قضایی انگلستان گردیده باشد.

اما از دهه ۱۹۷۰ میلادی به بعد، مدام درخواست فرزندخواندگی از سوی اتباع انگلیسی کاهش یافته است و این امر بدان دلیل است که فرزند نامشروع در حقوق بریتانیا از همان حقوقی برخوردار می‌شود که فرزند مشروع، پس اتباع بریتانیا ضرورتی در خود نمی‌دیدند که به فرزندخواندگی روی بیاورند. از سوی دیگر با سیل جمعیت مهاجرین از کشورهای مختلف به انگلیس، اتباع کشورهای مختلف در این کشور روزبه‌روز زیاد شدند و این باعث شد که در نسل دوم و سوم این اتباع، گرایش به فرزندخواندگی زیاد و زیادتر شود به‌گونه‌ای که در سال ۲۰۱۳ بیش از ۶۰ درصد از درخواست فرزندخواندگی در انگلیس مربوط به اتباع انگلیسی بود که دارای تابعیت کشورهای خارجی هم بودند، اما در انگلیس اقامت داشتند. از سوی دیگر عمده فرزندخواندگان در بریتانیا از کشورهای آفریقایی، اروپای شرقی، آسیای جنوب شرقی و آمریکای لاتین هستند؛ اما فرزندخواندگی در این کشور در طول سالیان دراز موجب کشاکش‌های وسیعی شده است به‌گونه‌ای که در پرونده‌هایی مانند فیلیپ شایر کانتی علیه کی در سال ۲۰۰۱ که زوجین فیلیپینی که در بریتانیا ساکن بودند که جهت فرزندخواندگی یک طفل طبیعی در آمریکا با پرداخت مبالغی پول در ایالات کالیفرنیا توانسته بودند آن طفل را به انگلستان بیاورند و با دادخواست والدین این طفل طبیعی مبنی بر اثبات نسب، دادگاه بریتانیا به سبب این‌که زوجین فیلیپینی ساکن در خاک انگلستان، به‌طور مستمر در این کشور سکونت نداشتند، اثبات نسب را با ذکر دلایلی از سوی والدین آن کودک، پذیرفت و کودک را منتسب به آن‌ها دانست.

طبق حقوق انگلستان، فرزندخواندگی فقط در صورت تأیید دادگاه، منشأ اثر است و دادگاه‌های انگلیسی در صورتی صلاحیت رسیدگی به این مسئله را دارند که اقامتگاه یکی از زوجین که قصد قبول کودک به‌عنوان فرزند خود را دارند در یکی از جزایر بریتانیا اقامت داشته باشند و یا یکی از آن‌ها حداقل به مدت یک سال پس از ارائه درخواست فرزندخواندگی در یکی از جزایر بریتانیا سکونت داشته باشند و به دلیل این‌که این شرط در دعوای مطروحه در بالا رعایت نشده است، به همین دلیل قبول نشد درخواست آن‌ها.

از دیگر شرایط فرزندخواندگی در انگلیس آن است که کودک مورد درخواست به مدت ۱۰ هفته با متقاضیان فرزندخواندگی زندگی کرده باشد. البته اگر قوانین فرزندخواندگی بریتانیا در تعارض با قانون دولت متبوع طفل قرار گیرد، در این صورت قانون انگلیس به علت نظم عمومی خود را بر قانون دولت متبوع کودک مقدم دانسته است. این امر در قضیه آر بی اس در سال ۱۹۶۸ مورد توجه قرار گرفت که زوجین بریتانیایی که در بریتانیا اقامت داشتند و به منظور فرزندخواندگی یک کودک فیلیپینی به فیلیپین مسافرت نموده بودند، پس از دعوی نسب والدین این کودک به سبب این که دادگاه انگلیسی، قانون بریتانیا را مقدم شمرد و از اجرای قاعده حل تعارض قانون فیلیپین خوددار نمود. از سوی دیگر مسئولیت والدین طبیعی کودک در قابل او پس از صدور رأی دادگاه در خصوص قبول فرزندخواندگی به پایان می‌رسد. طبق نظر اکثریت قضات در قضیه والنت ستلمنت، در ۱۹۶۵ اگر اقامتگاه یکی از زوجین که فرزندخواندگی کودک را قبول کرده‌اند، انگلستان باشد، قانون انگلیسی بر فرزندخواندگی حاکم خواهد بود ولی اگر اقامتگاه هر دو آن‌ها در تاریخ تحقق فرزندخواندگی در یک کشور خارجی باشد، قانون محل اقامتگاه آن‌ها حاکم خواهد بود.

نتیجه‌گیری

از مباحث گفته شده در قالب این مقاله برمی‌آید که کشورهای اروپایی از جمله فرانسه که تابع رژیم حقوقی رومی - ژرمنی هستند، روزه‌روز به سیستم کامان لا در زمینه تعارض قوانین به خصوص احوال شخصیه در مفهوم عام آن نزدیک‌تر می‌شوند و این را می‌توان لااقل در تغییرات قانون‌گذاری در این کشور و در رویه قضایی این کشور مشاهده کرد. برای نمونه در مورد اتباع کشورهای که در قانون مدنی آن‌ها در زمینه احوال شخصیه قوانین مدون وجود ندارد، مرجع قضایی فرانسه، قانون فرانسه را به عنوان قانون اقامتگاه اعمال می‌کند و یا در زمینه‌های دیگر نیز به همین نحو.

در زمینه نسب نیز می‌توان تأثیر این نزدیکی را مشاهده نمود به گونه‌ای که در زمینه کنوانسیون‌های بین‌المللی که فرانسه عضو آن هست در زمینه تعارض قوانین از جمله کنوانسیون بروکسل ۲۰۰۵ در موارد مختلفی می‌توان مبنا قرار گرفتن عنصر اقامتگاه را مشاهده کرد. شایان ذکر است که البته قوانین مدنی فرانسه و کشورهای تابعه رژیم حقوقی رومی - ژرمنی مانند آلمان نیز اگرچه تا سالیان پیش عناصر تابعیت را ملاک اصلی قرار

می‌دادند، اما در قرون وسطی و قرون اولیه میلادی آن‌ها نیز عنصر اقامتگاه را ملاک قرار می‌دادند.

در زمینه نسب، البته اتحادیه اروپا علی‌رغم کنوانسیون‌های متعدد که در زمینه فرزندخواندگی دارد، به دلیل این که هنوز به یک وحدت قوانین حقوقی جامع دست نیافته است، نتوانسته به صورت جامع در زمینه احوال شخصیه اتباع اروپایی در حوزه یورو به نتیجه برسد اما افق دستیابی به چنین توافقی با پذیرش کنوانسیون لیسبون در آینده نزدیک که به مثابه قانون اساسی اتحادیه اروپا است، راه را برای توسعه بعدی حقوق بین‌الملل و از جمله حقوق بین‌الملل خصوصی در زمینه اتحادیه باز می‌کند.

به نظر می‌رسد که قوانین بریتانیا که در زمینه اثبات نسب در اروپا است، بهترین سیستم تابعیتی در زمینه تعارض قوانین در زمینه احوال شخصیه است به این دلیل که پیچیدگی‌های زیادی را که قانون حل تعارض قوانین فرانسه دارد، این سیستم ندارد. البته ممکن است در زمینه مسئله توصیف‌ها در بریتانیا، از جمله توصیف اقامتگاه تعارضات زیادی به وجود بیاید، اما به هر نحو از نظر نگارنده بهترین سیستم است. از سوی دیگر وجود رویه‌های قضایی در این کشور که به عنوان یکی از منابع مهم حقوقی از جمله حقوق بین‌الملل خصوصی است، راه را برای تغییرات بیشتر در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی و تعارض قوانین باز نموده است.

البته باید در زمینه تعارض قوانین در زمینه حقوق بین‌المللی خصوصی به یک مسئله دیگر توجه نمود و آن این است که با توجه به اینکه در اکثر کشورهای اروپایی، قوانین مترقی در زمینه اثبات نسب از جمله توانایی اثبات نسب طفل طبیعی و همچنین اهلیت طفل طبیعی در ارث بردن از والدین طبیعی وجود دارد و این مسئله در اکثر کشورهای اروپایی به شکل نظم عمومی درآمده است که تخطی از آن روا نیست، مسئله تقلب نسبت به قانون نیز برای زوجین بیگانه نیز امکان ایجادش وجود دارد که در مقاله مورد بحث بدان پرداخته شده است.

منابع و مآخذ

الف. به زبان فارسی

۱. نصیری، محمد، تعارض قوانین (جزوه درسی)، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۵۰.
۲. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، تهران، مجموعه حقوق تطبیقی شماره یک، ۱۳۴۶.

۳. الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۲.

۴. ترمینولوژی حقوق، تهران، ابن‌سینا، ۱۳۵۰.

۵. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ دهم، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۸۰.

۶. نصیری، محمد، حقوق چندملیتی، چاپ یازدهم، تهران، شرکت نشر دانش امروز، ۱۳۷۹.

ب. به زبان انگلیسی

1. C. LOWE, ARMOSTRONG, A STATICAL ANALYSIS OF APPLICATIONS MADE IN 1999 UNDER THE HAGUE CONVENTION, PRELIMINARY DOCUMENT NO. 3, CHILD ABDUCTION, 2001.

2. EUROPEAN CONVENTION ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISION CONCERNING CUSTODY OF CHILDREN AND ON THE RESTORAION OF COSTUDY OF CHILDREN, 1980

3. T, BUCK, INTERNATONAL CHILD LAW, CAVANDISH PUBLISHING, 2005.

4. CHSHIRE AND NORTH, PRIVATE INRENATIONAL LAW, BUTTERWORTS, 13th EDITION, 1999.

5. MC LEAN AND BEVES, MORRIS ON THE CONFLICT OF LAW, UNIVERSAL LAW PUBLISHING, 1th EDITION, 2006.

6. WWW. EUROPA. EU

7. WWW. HCCH. NET.

8. WWW. HMRC. GOV. UK

جایگاه مددکاری اجتماعی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

سید ابراهیم قدسی^۱

ذبیح اله رحیمی^۲

چکیده

اصلاح و بازپروری بزهکاران از اهداف اصلی مجازات به شمار می‌رود. مددکاری اجتماعی به‌عنوان یکی از دستاوردهای علوم اجتماعی با روش‌های درمانی و کلینیکی نقش بسزایی در این هدف خطیر دارد. توجه به این نهاد بالینی و همچنین سایر نهادهایی که جنبه قضایی آن‌ها کمتر نمود دارد، در نزد سیاست‌گذاران کیفری ایران مغفول مانده بود؛ اما این مهم در آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اخیراً در قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مورد توجه قرار گرفته و در موارد مختلف حضور مددکاران اجتماعی در فرایند کیفری مورد تأکید واقع شده است. در این نوشتار سعی بر آن است تا جایگاه مددکاری اجتماعی در این دو قانون اخیرالتصویب مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مورد بررسی و تحلیل قرار داده و بر لزوم حضور پررنگ‌تر نهادهای پیرا قضایی تأکید نماییم. هرچند که به دلیل فراهم نبودن بسترهای لازم، امکان موفقیت این نهادهای پیرا قضایی با تردید همراه است.

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران

۱. مقدمه

رشد علم و ضرورت توجه به پیشرفت‌های بشری سبب شده است که امروزه دانش‌های مختلف در پی استفاده از علوم دیگر برآیند و از دستاوردهای آنان در راستای پیشبرد اهداف خود استفاده کنند. دستاوردهای جرم‌شناسی نیز که با پیشرفت‌های بشری روبه فزونی است نیز همواره مورد استفاده حقوق جزا بوده است. به گونه‌ای که امروزه می‌توان جرم‌شناسی را جزء لاینفک مباحث جزایی و حتی قانون‌گذاری‌های کیفری دانست. در همین راستا ضرورت توجه به مأموران پیرا قضایی به‌ویژه مددکاران اجتماعی و الزام در استفاده از آن‌ها، به‌عنوان یک دغدغه مهم در ذهن قانون‌گذار ما تجلی یافته است به گونه‌ای که در قوانین اخیرالتصویب مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری به این نکته اهتمام زیادی ورزیده شده است. قانون مجازات اسلامی به‌عنوان قانونی که درواقع با سرنوشت افراد دخیل در یک پرونده کیفری، سروکار دارد، در کنار قانون آیین دادرسی کیفری به این امر مهم توجه داشته است که نباید تنها به دنبال مجازات صرف و تفکرات سزاگرایانه بود، بلکه باید سعی در بازسازی و هنجارمندی دوباره بزهکاران داشت. مددکاران اجتماعی به‌عنوان متولیان اصلی و متخصصانی که دانش و علم مربوط به امور اصلاح و درمان بزهکاران را دارند، در این زمینه پیشرو خواهند بود. قانون‌گذار در موارد فراوانی در قانون مجازات اسلامی به حضور مددکار اجتماعی و مأموران مراقبت و الزام به حضور نزد آن‌ها تأکید می‌کند. حتی در مواردی، اظهارنظر در خصوص پرونده و صدور رأی از سوی قاضی را منوط به گزارش مددکاران اجتماعی نموده است. مددکاران اجتماعی می‌توانند به قدری قابلیت داشته باشند که سرنوشت یک پرونده را با اظهارنظرها و گزارش‌های دقیق خود تغییر داده و درواقع امکان صدور آرای متناسب و دقیق را فراهم نمایند.

۲. مفهوم جرم‌شناسی بالینی

علم جرم‌شناسی به‌طور کلی، به دو شاخه نظری و کاربردی تقسیم می‌شود. از میان این دو شاخه جرم‌شناسی، جرم‌شناسی کاربردی اهمیت فراوانی دارد. یکی از شاخه‌های مهم جرم‌شناسی کاربردی، جرم‌شناسی بالینی است. غایت جرم‌شناسی بالینی در مقابله مؤثر با تکرار جرم است که مستلزم شناخت شخصیت بزهکار و مؤلفه‌های آن است. در راستای شناخت شخصیت بزهکار، حالتی مطرح می‌گردد که جرم‌شناسان به تبع اندیشمندان مکتب تحقیقی به‌ویژه گاروفالو، حالت خطرناک می‌نامند. جرم‌شناسی علمی با تلاش‌های لمبروزو، فری، گاروفالو ابتدا در قالب جرم‌شناسی بالینی و به مفهوم علت

شناختی آن متولد شد و ابعاد زیستی، روانی و اجتماعی مجرم را مطالعه کرد. جرم‌شناسی بالینی، کلینیکی یا درمانی، درواقع همان مفهوم رایج در علم پزشکی را دارد. واژه کلینیک از ریشه یونانی آن گرفته شده که به معنی بستر یا تخت و بالین است. پس باید گفت که جرم‌شناسی بالینی، مطالعه مجرم در بستر او تلقی می‌شود.^۱ جرم‌شناسی بالینی از علوم گوناگونی مانند زیست‌شناسی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، پزشکی و روان‌پزشکی کمک می‌گیرد تا شخصیت بزهکار و عوامل بزهکاری را شناسایی کند. هدف از جرم‌شناسی بالینی تشخیص حالت خطرناک و قابلیت هماهنگی اجتماعی، پیش‌بینی رفتار فرد در آینده و ارائه روشی است که باید درباره بزهکار یا فرد دارای حالت خطرناک اجرا شود. در راستای رسیدن به این اهداف، باید بزهکاران و افراد دارای حالت خطرناک را از نظر سن، ابتلا به بیماری، اعتیاد، مدت محکومیت، از یکدیگر تفکیک و درباره هرکدام برنامه خاصی اجرا شود.^۲ کاربرد یافته‌ها و تعلیمات جرم‌شناسی‌های کاربردی دوگانه، پیشگیری و اصلاح مجرمان، در حقوق کیفری و به‌طور کلی در سیاست جنایی مورد اقبال و حمایت مکاتب کیفری همچون مکتب دفاع اجتماعی نیز قرار گرفت که از یک سو طرفدار برخورد انسانی با بزهکار به‌منظور ترغیب و تشویق او به بازگشت به جامعه‌اند و از سوی دیگر بر رعایت حقوق اقتصادی و اجتماعی شهروندان با هدف پیش‌گیری از آسیب‌های اجتماعی تأکید می‌کنند. این مکتب، رسالت کیفر حبس را بازپذیر کردن مجرمان تعریف کرد و بر تأمین عدالت اجتماعی و اقتصادی که نوعی مبارزه با بزهکاری نیز محسوب می‌شود، تأکید کرد.^۳ بنابراین مشاهده می‌شود که سیاست‌گذاران کیفری در پرتو جرم‌شناسی بالینی و با استفاده از تدابیر کلینیکی و پزشکی سعی در اصلاح و درمان بزهکاران دارند. در این راستا مأموران پیرا قضایی به دلیل تخصص و مهارتی که دارند به نحو مناسب‌تری می‌توانند به اصلاح و درمان بزهکاران کمک نمایند.

۳. مفهوم مددکاری اجتماعی

۱. رجبی، ابراهیم، «درمانگاه بزه‌دیده، بزه دیدگی و نقش پلیس در آن»، فصلنامه دانش انتظامی، تهران، سال دوازدهم، شماره اول، ۱۳۸۸، ۹

۲. آقامیرسلیم، مرضیه‌السادات، جایگاه پرونده شخصیت در نظام کیفری ایران و کانادا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ۵۴

۳. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «پیشگیری عادلانه از جرم»، تازه‌های علوم جنایی، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص ۵۵۹

مددکاری اجتماعی یکی از شاخه‌های علوم انسانی است که با تکیه بر دانش، اصول، مهارت و روش‌های ویژه به دنبال کمک‌رسانی به شهروندان، از جمله بزهکاران است تا از این رهگذر، مشکلات و نیازهای آنان برطرف شود.^۱ حرفه مددکاری اجتماعی درصدد تغییر اجتماعی، حل مشکل روابط انسانی، توانمندسازی و رها سازی افراد برای ارتقای سلامت و رفاه فردی است. هدف اصلی خدمات اجتماعی، ایجاد سازگاری بین انسان و محیط است. خدمات اجتماعی درواقع دادوستد میان فرد و جامعه است و اظهار می‌دارد که ایجاد تأثیر متقابل همراه با تفاهم یکی از تکالیف کارشناسان خدمات اجتماعی است.^۲ شاید مناسب‌ترین تعریفی که می‌توان برای مددکاری اجتماعی در نظر گرفت، این تعریف باشد که «مددکاری اجتماعی حرفه‌ای مبتنی بر دانش، اصول، ارزش‌ها، مهارت‌ها و روش‌هایی است که هدف از آن کمک به افراد، گروه‌ها و جامعه است تا بتوانند با تکیه بر توانایی‌ها و استفاده از منابع موجود، برای حل مشکل و یا رفع نیاز خود اقدام کرده و به استقلال نسبی و رضایت خاطر دست یابند و پس از آن بتوانند تأثیرگذار نیز باشند».^۳ مددکاری اجتماعی با برخورداری از دانش دانشگاهی و کسب تجربه‌های علمی ناشی از تحصیلات دانشگاهی، کارورزی‌های ممتد و مستمر و کسب و تجربه در عمل و با تکیه بر دانش و آگاهی، مهارت‌های حرفه‌ای و مهم‌تر از همه، با پشتوانه اصول و ارزش‌های حرفه مددکاری می‌توانند در حوزه‌ها و عرصه‌های مختلف به خدمت پردازند. به‌طور کلی، مراجعان مددکاری شامل افرادی از جامعه می‌شوند که به‌نوعی نیازمند کمک هستند. یکی از مواردی که مددکاران اجتماعی می‌توانند به افراد کمک نمایند، در مراحل فرایند کیفری است که با شناخت شخصیت آنان و ارائه مشاوره به آن‌ها می‌توانند آنان را برای رهایی از بزهکاری یاری نماید.

۴. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و مددکاری اجتماعی

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با توسعه و تقویت نهادهای اصلاحی و درمانی چشمگیر و پیش‌بینی نهادهای جدید اصلاحی بر آن بوده است تا بیش‌ازپیش در راستای

۱. خاکساری، محمدحسن، مفاهیم مددکاری اجتماعی با تکیه بر مددکاری فردی، چاپ نخست، دفتر آموزش و پژوهش سازمان بهزیستی کشور، ۱۳۷۱، تهران، ص ۱۰

۲. Compton B. R. Compton and B. Gulaway Social Work Orocess The Dorsey Press 1975, p7

۳. موسوی چلک، حسن، مددکاری اجتماعی، چاپ نخست، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۶، ۱۴

بازسازی مجرم گام گذارد. علاوه بر موادی مانند ماده ۱۸ و ۳۸ ق. م. ا که به شخصیت مجرم و سابقه او توجه خاص نموده و این موارد را در مجازات او به لحاظ استحقاق یا عدم استحقاق تخفیف دخیل دانسته است؛ مواد خاص دیگری را هم می‌توان نام برد که به صراحت حضور مددکاران اجتماعی را لازم دانسته است. قانون‌گذار در خصوص تعویق و تعلیق مراقبتی به حضور مأموران نظارت و مددکاران اجتماعی اشاره نموده است. به‌طور کلی، مأموران پیرا قضایی حقوق کیفری، سعی در تلطیف رابطه‌ای دارند که در پرتو جدیت دستگاه عدالت کیفری و قوانین انعطاف‌ناپذیر به رابطه‌ای رعب‌آور تبدیل شده است. متخصصان علمی بر آن‌اند تا طرحی نو دراندازند و این رابطه را به رابطه‌ای منعطف و با ملاطفت تبدیل نمایند تا وقتی که سخن از دستگاه عدالت کیفری به میان می‌آید، انسان‌ها از آن به‌عنوان دستگاه انتقام و سزا دهی یاد نکنند؛ بلکه برعکس، انتظار برخوردی مسالمت‌آمیز و با تعقل را از این دستگاه داشته باشند؛ بنابراین، سیاست‌گذاران کیفری سعی بر آن دارند تا با توجه بیشتر به اصل فردی کردن مجازات و ایجاد تناسب در جرم و مجازات و همچنین دخالت دادن مأموران پیرا قضایی در فرایند کیفری زمینه‌های بازسازی بزهکاران را فراهم نمایند.

۱.۴. توجه ویژه به اصل فردی کردن مجازات و اقدامات تأمینی

توجه به نهادهایی که در پی اصلاح و درمان بزهکاران و همچنین ایجاد انگیزه برای دستیابی به اصلاح هستند، نشانگر عزم قانون‌گذار به فردی کردن مجازات‌ها و درنهایت دستیابی به گفتمان اصلاح و درمان است. موارد فراوانی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را می‌توان مثال زد که قانون‌گذار، شخصیت مرتکب، سابقه او، وضعیت شخصی و خانوادگی او و همچنین رفتار او در حین و بعد از ارتکاب جرم را مدنظر قرار می‌دهد و بر اساس آن‌ها گاه به صدور رأی یا تعویق آن و گاهی به اعمال مجازات‌هایی اخف از مجازات مقرر در قانون مبادرت می‌نماید. توجه به شخصیت متهم در موارد مختلفی از جمله نهاد تخفیف، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و... بیان شده است. در موارد فراوانی مشاهده می‌شود که قانون مجازات اسلامی به اصلاح بزهکاران و ضرورت پیش‌بینی آن اشاره نموده است ولی هیچ‌گاه از الزامی بودن تشکیل پرونده شخصیت سخن نمی‌گوید؛ اما با توجه به این که تشکیل پرونده شخصیت باید به وسیله قانون آیین دادرسی الزام گردد، مقنن به امید آن که در قانون مذکور اشاره شود، به ذکر پیش‌بینی اصلاح بسنده می‌کند. لذا امری بدیهی است که اصلاح بزهکار و پیش‌بینی آن جز با تشکیل پرونده شخصیت میسر نمی‌شود. در بیشتر مواردی که به شخصیت فرد توجه شده است، لزوم

حضور مددکاران اجتماعی و عملکرد صحیح آنان مشهود است؛ بنابراین برای آن که به طور واقعی به اصل فردی کردن مجازات دست یابیم، در مرتبه نخست باید از شخصیت افراد آگاهی و اطلاع داشته باشیم تا با شناخت شخصیت فرد، مجازات متناسب را اعمال نماییم. لذا در این راستا، تشکیل پرونده شخصیت ضرورت می یابد. در راستای تشکیل پرونده شخصیت هم باید به مأموران پیرا قضایی از جمله مددکاران اجتماعی رسمیت بخشید تا در پرتو آن بتوان به شناخت شخصیت افراد امیدوار بود. از همین رو، در بیشتر نهادهایی که نام برده شد، معرفی نوبه‌ای بزهکاران به مددکاران اجتماعی و یا نظارت مددکاران اجتماعی بر رفتار آن‌ها مورد تأکید قرار گرفته است. تعلیق و تعویق و سایر نهادهای نوظهور و همچنین توسعه نهادهای اصلاحی گذشته، نشانگر عزم قانون‌گذار بر اصل فردی کردن مجازات است.

۴.۲. رسمیت بخشی به مددکاران اجتماعی و سایر مأموران پیرا قضایی

ماده ۴۲ قانون مجازات اسلامی در خصوص تعویق مراقبتی مقرر می دارد که: «تعویق مراقبتی همراه با تدابیر زیر است:

الف. حضور به موقع در زمان و مکان تعیین شده توسط مقام قضایی یا مددکار اجتماعی ناظر. ب. ارائه اطلاعات و اسناد و مدارک تسهیل کننده نظارت بر اجرای تعهدات محکوم برای مددکار اجتماعی. پ. اعلام هرگونه تغییر شغل، اقامتگاه یا جابه جایی در مدت کمتر از پانزده روز و ارائه گزارشی از آن به مددکار اجتماعی...» البته حضور مددکاران اجتماعی در کنار مرتکبین جرم پس از حضور دوباره آن‌ها در جامعه برای یاری کردن آن‌ها در مسیر اصلاح در کشورهای پیشرفته سابقه‌ای طولانی دارد. در این ماده تدابیری در نظر گرفته شده که به طور معمول برای مجرمانی در نظر گرفته می شود که به دلیل نیازهای روانی یا جسمی خاصی که دارند در دام ارتکاب جرم می افتند، مانند مجرمان جنسی سابقه دار و مجرمان دارای اختلالات روانی. برای آن مجرمان دستوراتی خاص جهت برآوردن این نیازها یا پرهیز از برخی شرایط و محیط‌های تحریک آمیز در نظر گرفته می شود. از جمله این دستورات می توان به دستور مراجعه مداوم و مستمر برای گرفتن مشاوره از روان‌پزشک یا روان‌کاو اشاره کرد. تدابیر خاص در تبصره ماده ۴۲ اشاره شده است.^۱ در این قانون علاوه بر قاضی، برای مددکار اجتماعی نیز وظایفی در نظر گرفته شده است؛ مانند نظارت بر

۱. شمس ناتری، ابراهیم و دیگران، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چاپ دوم، نشر میزان،

مرتکب و تهیه گزارش از عملکرد وی در مدت تعویق که در تصمیم‌گیری نهایی، قاضی می‌تواند از آن استفاده نماید. چنانچه در قرار تعویق صدور حکم مقرر شده باشد متهم در روزهای معینی باید نزد روان‌شناس حاضر شود باید با هماهنگی مددکار اجتماعی این کار صورت گیرد و مرتکب گزارش آن را به مددکار اجتماعی ارائه نماید. وی نیز در گزارش نهایی مراتب را به استحضار قاضی دادگاه برساند.

هدف از وضع ماده ۴۲، توجه به اصلاح مجرمین است و این مهم حاصل نخواهد شد مگر با ایجاد بستر مناسب توسط قوه قضاییه که در وضعیت کنونی چنین بستری مهیا نیست و ورود بیش از حد استاندارد پرونده به دستگاه قضایی و آمارگرایی موجب خواهد شد قضات کمتر از این تأسیس اصلاح محور استفاده نمایند؛ زیرا دادگاه با شرایط خاص می‌بایست مبادرت به تعویق صدور حکم نماید در پایان نه تنها به عنوان آمار مختومه ماهیانه محسوب نمی‌شود بلکه چنین دادگاهی با افزایش آمار موجودی مواجه و در مظان کم‌کاری قرار می‌گیرد که به جهات گوناگونی خوشایند مدیران در دادگستری‌های استان نیست. قوه قضاییه اگر منتظر اقدامات سایر نهادها مانند بهزیستی و غیره بماند در عمل اجرای تعویق مراقبتی که تأسیس بسیار خوبی در بازاجتماعی نمودن مجرمین است، ناموفق خواهد شد و این ماده از مواد متروکه قانون جدید می‌گردد و درنهایت دادگاه‌ها بدون استقبال از این نوع تعویق صدور حکم، به تعویق ساده اکتفا می‌کنند زیرا دادگاه تکلیفی در استفاده از تعویق مراقبتی ندارد و مجاز به انتخاب هر یک از آنها هست.^۱ تعلیق مراقبتی نیز در کنار تعویق مراقبتی به عنوان یک روش تربیتی-درمانی با پیشرفت‌های اجتماعی و اقتصادی و فرهنگی و به‌ویژه علمی معاصر همخوانی و هم‌سویی دارد. از دیدگاه سازمان ملل متحد که خود از مروجین این روش است، تعلیق مراقبتی یک نهاد علمی درمان مجرمین است که در زمره علوم رفتار انسانی معاصر همچون علوم اجتماعی، روان‌شناختی قرار دارد و از این علوم در جهت اصلاح رفتار مجرمانه بهره می‌جوید.^۲ این شیوه مجازات در ارتباط با حالت خطرناک اطفال و نوجوانان بیشترین کاربرد را داشته و مبتنی بر اندیشه‌ای است که اطفال و نوجوانان شانس بهتری برای بازپروری و توقف حالت خطرناک دارند. تعلیق مراقبتی، فرصت لازم

۱. عدالت‌خواه، محمدرضا، مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، کتاب نخست حقوق جزای عمومی، چاپ

اول، مجد، تهران، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹

۲. هامایی، کواشی و همکاران، تعلیق مراقبتی در دنیا، ترجمه حسین آقایی نیا، چاپ اول، نشر میزان، تهران،

۱۳۷۷، ص ۱۶

برای کودکان و نوجوانان ایجاد می‌کند که از نزدیک تحت نظارت نیروهای آموزش‌دیده قرار گیرند و اصلاح شوند.^۱ مددکاران اجتماعی و سایر متخصصانی که کاری شبیه کار مددکاران اجتماعی را انجام می‌دهند، در هر یک از تدابیر مذکور در تعلیق مراقبتی می‌توانند به بزهکار به‌عنوان عنصری که درگیر بزهکاری شده است، یاری رسانند تا با انجام صحیح هر یک از تدابیر مورد تقنین قانون‌گذار، زمینه‌های بازگشت به زندگی اجتماعی را برای او به ارمغان آورند.^۲ علاوه بر تعویق و تعلیق، تمام قیودی که در تأسیس نیمه آزادی بیان گردیده است را نیز می‌توان مفردی برای استفاده از مددکاری اجتماعی دانست. مشاوره و خدمات در زمینه‌های حرفه‌یابی متناسب با روحیات و خصایص مجرم، تجویز برنامه‌ها و تدابیر آموزشی و درمانی مناسب برای آن‌ها می‌تواند به‌وسیله کارشناس و متخصصی انجام گردد که سال‌ها به صورت علمی با مسائلی این‌چنین درگیر بوده است.^۳ در روش نیمه آزادی نیز مددکاران اجتماعی می‌توانند در ارائه فعالیت‌ها و خدمات آموزشی و حرفه‌ای، مؤثر باشند. نیمه آزادی

۱. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، چاپ نخست، نشر گرایش، ۱۳۸۲، ص ۱۶۲.
 ۲. ماده ۴۵ ق.م.ا بیان می‌کند: «پس از گذشت مدت تعویق با توجه به میزان پایبندی مرتکب به اجرای دستورهای دادگاه، گزارش‌های مددکار اجتماعی و نیز ملاحظه وضعیت مرتکب، دادگاه حسب مورد به تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر اقدام می‌کند».
 ۳. در ادامه نیز در ماده ۵۷ ق.م.ا بیان می‌کند: «در حبس‌های تعزیری درجه پنج تا هفت دادگاه صادرکننده حکم قطعی می‌تواند مشروط به گذشته شاکی و سپردن تأمین مناسب و تعهد به انجام یک فعالیت شغلی، حرفه‌ای، آموزشی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی یا درمان اعتیاد یا بیماری که در فرایند اصلاح یا جبران خسارت وارد بر بزه‌دیده مؤثر است، محکوم را با رضایت خود او، تحت نظام نیمه آزادی قرار دهد. همچنین محکوم می‌تواند در طول دوره تحمل مجازات در صورت دارا بودن شرایط قانونی، صدور حکم نیمه آزادی را تقاضا نماید و دادگاه موظف به رسیدگی است.» ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی نیز مقرر می‌کند که: دادگاه می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال وقوع جرم و خصوصیات روانی و شخصیت محکوم، او را در مدت آزادی مشروط، به اجرای دستورهای مندرج در قرار تعویق صدور حکم، ملزم کند. دادگاه، دستورهای مذکور و آثار عدم تبعیت از آن‌ها و نیز آثار ارتکاب جرم جدید را در حکم خود قید و به محکم تفهیم می‌کند. در این ماده نیز، خصوصیات روانی و شخصیت محکوم مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. امری که بدون حضور مددکاران اجتماعی و بدون تشکیل پرونده شخصیت برای متهمان و محکومان نمی‌تواند محقق گردد؛ بنابراین با توجه به پرونده شخصیت متهمان که به‌وسیله مددکاران اجتماعی و سایر متخصصان پیرا قضایی فراهم می‌گردد، این امکان فراهم می‌گردد که به‌وسیله آن، قاضی با احراز شرایطی که قانون مقرر می‌نماید به صدور حکم آزادی مشروط یا سایر تأسیسات اصلاحی مبادرت ورزد.

باید با توجه به شخصیت محکومین، لیاقت و شایستگی آن‌ها اعطا شود که در چند ماه پایانی محکومیت خود به فعالیت‌های اجتماعی خود بیرون از زندان بپردازد تا به آرامی زمینه را برای بازگشت مجدد خود فراهم نماید. بدین منظور رژیم نیمه آزادی، حصول به این هدف را تسهیل خواهد کرد.

ماده ۷۷ ق. م. ا مقرر می‌کند: «قاضی اجرای احکام می‌تواند با توجه به وضعیت محکوم و شرایط و آثار اجرای حکم، تشدید، تخفیف، تبدیل یا توقف موقت مجازات مورد حکم را به دادگاه صادرکننده رأی پیشنهاد کند. قاضی مذکور به تعداد لازم مددکار اجتماعی و مأمور مراقبت در اختیار دارد». با توجه به این که انجام خدمات عمومی، به صرف صدور حکم توسط دادگاه کافی نیست و با توجه به این که این نوع خدمات، یک تأسیس بین بخشی است، در آیین‌نامه‌ای که توسط قوه مجریه و قضاییه انجام می‌شود، بخشی مربوط به صدور حکم توسط دادگاه و وظایف قضات اجرای احکام، مددکاران اجتماعی و مأمورین مراقبتی خواهد بود و قسمت دیگر آن مربوط به انواع خدمات عمومی، دستگاه‌ها و مؤسسات دولتی و عمومی پذیرنده این قبیل محکومان و نحوه همکاری این نهادها با قاضی اجرای احکام و محکوم‌علیه خواهد بود. امید است که این آیین‌نامه در اسرع وقت تعیین گردد تا مواد مربوط به آن به روشنی اعمال گردند. پیشنهاد تشدید، تخفیف، تبدیل و یا توقف موقت مجازات جایگزین حبس به دادگاه صادرکننده رأی از وظایف قاضی اجرای احکام است که بر اساس گزارش‌های مددکاران اجتماعی و مأموران مراقبت با توجه به وضعیت محکوم و شرایط و آثار اجرای حکم انجام می‌شود و وفق ماده ۸۰ نیز در صورت اصلاح رفتار محکوم، امکان تقلیل بقیه مدت مجازات، با پیشنهاد قاضی مجری حکم برای یک بار وجود دارد. این ماده یکی از موارد عدول از قاعده اعتبار امر مختومه در قانون جدید است که مبتنی بر اصل فردی کردن در مرحله اجرا تقریر یافته است. باوجوداین به نظر می‌رسد، وسعت عمل قاضی اجرای احکام تا این میزان موجبات تزلزل احکام قطعی را فراهم می‌سازد.^۱

در خصوص دادرسی اطفال نیز به لحاظ اهمیتی که قانون‌گذار برای رسیدگی افتراقی به پرونده‌های اطفال و اجرای آن‌ها قائل است، شیوه حمایتی و آموزشی در میان آن‌ها نیز نمود بیشتری یافت. در خصوص اطفال، مواردی وجود دارد که علاوه بر مددکار اجتماعی به نقش روان‌شناسان و متخصصان بالینی دیگر نیز توجه گردیده است. برای مثال

تعهد به معرفی طفل یا نوجوان به مددکار اجتماعی یا روان‌شناس و دیگر متخصصان و همکاری با آنان، از مواردی است که به کمک جرم‌شناسان و به‌خصوص مددکاران اجتماعی توجه گردیده است. همچنین در تبصره ۳ ماه ۸۸ گزارش مددکاران اجتماعی از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او ملاک عمل برای تجدیدنظر در تصمیم در خصوص اطفال به اقتضای مصلحت طفل یا نوجوان قرار گرفته است. به کار گرفتن تدابیر حمایتی و مراقبتی برای منصرف ساختن بزه‌کار، در ارتکاب دوباره جرم و همچنین ترغیب او به همنوایی و سازگاری با جامعه و گرمی داشت ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی بسیار مهم است؛ بنابراین به دلیل اهمیت و ضرورتی که در اجرای این تدابیر احساس می‌شود؛ قانون‌گذار به نهادهای بالینی مثل روان‌شناسان، مأمورین مراقبت و به‌ویژه مددکاران اجتماعی توجه نموده است تا فرآیند بازسازی و بازپروری بزه‌کار را به نحو بهتری تسهیل نماید.^۱

تبصره ماده ۸۸. «هرگاه دادگاه مصلحت بداند می‌تواند حسب مورد از اشخاص مذکور در این بند تعهد به انجام اموری از قبیل موارد ذیل و اعلام نتیجه به دادگاه در مهلت مقرر را نیز اخذ نماید: ۱. معرفی طفل یا نوجوان به مددکار اجتماعی یا روان‌شناس و دیگر متخصصان و همکاری با آنان... ۳. اقدام لازم جهت درمان یا ترک اعتیاد طفل یا نوجوان تحت نظر پزشک...». نگاهی به اسناد و پیمان‌نامه‌های بین‌المللی که دولت ایران به آن‌ها ملحق شده است و نیز بسیاری از قوانین داخلی ایران، منطق حمایتی این مقررات و قوانین را نسبت به کودکان تا رسیدن به سن رشد نشان می‌دهد. این مینا در بسیاری از اسناد و مقررات بین‌المللی، با این تعبیر که «کودک به خاطر نداشتن رشد کامل فیزیکی و ذهنی محتاج مراقبت و حمایت» است، مورد تصریح قرار گرفته است؛ بنابراین مبنای این منطق حمایتی اول؛ آن است که کودک، به خاطر ضعف جسمانی و ذهنی نیازمند حمایت است و دوم؛ به همین دلیل از حق رشد برخوردار است و دولت‌ها مکلف‌اند امکانات لازم برای بقاء و رشد کودکان را فراهم نمایند و سوم این‌که کلیه تدابیر و اقداماتی که راجع به کودکان، توسط نهادهای دولتی و یا سیستم قضایی و تقنینی صورت می‌گیرد، باید در راستای منافع عالیه کودک باشد.^۲ با توجه به پرونده شخصیت کودک که دربردارنده اطلاعاتی از وضعیت

۱. رحیمی، ذبیح اله، رویکرد اصلاحی - درمانی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، پایان‌نامه کارشناسی ارشد،

دانشگاه شیراز، ۱۳۹۲، ص ۴۷

۲. مهدوی، محمود، «اطفال و نوجوانان در معرض خطر بزه‌کاری»، دائرةالمعارف علوم جنایی، انتشارات میزان،

چاپ نخست، ۱۳۹۲، ص ۸۸۴

فردی و اجتماعی کودک است، می‌توان در جهت عالی‌ترین منافع کودک مبادرت به صدور حکم کرد.^۱ در این مرحله باید حفظ حریم خصوصی کودک، عالی‌ترین منافع وی و معیارهای پیشگیری خاص برای جلوگیری از تکرار بزه دیدگی کودک، مورد توجه قرار گیرد. همچنین باید خود کودک در صورت اقتضا در انتخاب نوع حکم صادره مشارکت داشته باشد.^۲ اگر دادرسی اطفال و نوجوانان منطبق با اهداف مورد نظر صورت نگیرد، طفل بزهکار به طفل بزه‌دیده تبدیل می‌شود، منتها طفل بزه‌دیده که از طرف دستگاه انتظامی پلیس یا دستگاه قضایی مورد بزه قرار گرفته است و درواقع قربانی نظام کیفری شده است.^۳ بدیهی است که اعزام کودکان بزهکار به کانون اصلاح و تربیت یا دارالتأدیب و نگهداری در این مؤسسات خودبه‌خود باعث اصلاح و تربیت مجدد نمی‌گردد، بلکه ضروری است که در کانون اصلاح و تربیت، کودکان بزهکار زیر نظر و مراقبت افراد متخصص و ذی صلاح قرار گیرند تا با شناخت جنبه‌های اجتماعی و روانی، مشکل او و مقابله با این مسائل از طریق رفتاری مناسب، راه برای تربیت مجدد کودکان هموار گردد.^۴

۵. جایگاه مددکاری اجتماعی در قانون آیین دادرسی کیفری

۱. تبصره ۳ ماده ۸۸ ق.م.ا: «در مورد تصمیمات مورد اشاره در بندهای الف و ب این ماده، دادگاه اطفال و نوجوانان می‌تواند با توجه به تحقیقات به‌عمل‌آمده و همچنین گزارش‌های مددکاران اجتماعی از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او، هرچند بار که مصلحت طفل یا نوجوان اقتضا کند در تصمیم خود تجدیدنظر نماید.»
۲. عباچی، مریم، «پیشگیری از بزه دیدگی مکرر کودکان با تأکید بر نقش پلیس»، مجموعه مقالات پیشگیری از جرم، تهران، ۱۳۸۸، ص ۴۰۸
۳. آشوری، محمد، «دادرسی ویژه نوجوانان»، گزارش کارگاه‌های آموزش دادرسی ویژه نوجوانان، تهران، مهرماه، ۱۳۸۱، ص ۶۰
۴. ماده ۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ چنین بیان می‌کند که: «دادگاه می‌تواند با توجه به گزارش‌های رسیده از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او در کانون اصلاح و تربیت یک بار در رأی خود تجدیدنظر کند و مدت نگهداری را تا یک‌سوم تقلیل دهد یا نگهداری را به تسلیم طفل یا نوجوان به ولی یا سرپرست قانونی او تبدیل نماید. تصمیم دادگاه مبنی بر تجدیدنظر در صورتی اتخاذ می‌شود که طفل یا نوجوان حداقل یک‌پنجم از مدت نگهداری در کانون اصلاح و تربیت را گذرانده باشد. رأی دادگاه در این مورد قطعی است. این امر مانع استفاده از آزادی مشروط و سایر تخفیفات قانونی با تحقق شرایط آن‌ها نیست.»

قانون آیین دادرسی کیفری در مواد مختلف به‌طور ضمنی و یا به‌طور صریح به حضور مددکاران اجتماعی تأکید نموده است. در همین راستا، تبصره ۱ ماده ۵۱۳ مقرر می‌نماید که: «زندان‌ها به زندان بسته، نیمه‌باز، مراکز حرفه‌آموزی و اشتغال و مراکز اقدامات تأمینی و تربیتی ازجمله کانون اصلاح و تربیت برای اطفال و نوجوانان و مراکز نگهداری مجانین تقسیم می‌شود.» همین که قانون‌گذار، چنین تفکیکی را برای زندانیان قائل شده است به این معنا است که حضور مددکاران اجتماعی، در زندان‌ها مورد تأیید و مقبول اوست. چراکه کسانی که در زندان‌ها بیش از همه با زندانیان سروکار دارند و با توجه به برخورد‌های فراوانی که با محکومان دارند می‌توانند در راستای تفکیک آن‌ها در زندان‌های باز یا بسته و غیره اظهارنظر نمایند، مددکاران اجتماعی و یا سایر متخصصان پیرا قضایی هستند.^۱

شخص محکوم به زندان نباید رنجی بیش از کیفر حبس را تحمل نماید. هم‌زیستی و هم‌نشینی چندروزه زندانیان با یکدیگر تبعات منفی زیادی از نظر بهداشتی و اخلاقی دارد و می‌تواند زمینه آشنایی متهمان با مجرمان حرفه‌ای و فراگیری طرق ارتکاب جرم را فراهم سازد. راه چاره آن است که در محیط‌هایی این‌چنین، واحدهای اصلاحی و تربیتی و همچنین حضور مشاوران و مددکاران اجتماعی مورد استفاده بیشتر قرار گیرد تا کمتر شاهد بروز و گسترش فرهنگ بزهکاری در میان زندانیان باشیم. در صورتی که مددکاران اجتماعی در زندان حضور نیابند یا حضور آنان در زندان با نبود آن‌ها بی‌تفاوت باشد، زندان نه تنها درمانگاه جرم نخواهد بود، بلکه دانشگاه جرم آموزی نیز خواهد بود. این تبصره هم بی‌ارتباط با فعالیت‌های مددکاران اجتماعی نیست، چراکه شناخت شخصیت و خصوصیات روحی و اخلاقی بزهکاران در محیط زندان و تشکیل پرونده شخصیت برای آن‌ها به عهده مددکاری اجتماعی است. لذا بهترین کسانی که در این زمینه می‌توانند یاری‌گر نظام عدالت کیفری باشند و آن‌ها را در دستیابی به مقاصد متعالی‌شان که همانا اصلاح و بازسازی بزهکاران است، همراهی کنند، مددکاران اجتماعی هستند.^۲

۱. تبصره ۲ ماده ۵۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌کند: «به‌جز در مواردی که در قانون یا در حکم دادگاه تصریح شده است، محکومان با توجه به نوع و مدت محکومیت، پیشینه و شخصیت‌شان، بر اساس تصمیم شورای طبقه‌بندی و تأیید قاضی اجرای احکام در یکی از بخش‌های فوق نگهداری می‌شود.»

۲. ماده ۵۲۵ ق. آ. د. ک بیان می‌کند: «کانون‌های اصلاح و تربیت، اماکنی هستند که برای نگهداری و تربیت اطفال و نوجوانان موضوع این قانون توسط سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، در مراکز

مددکاران اجتماعی از جمله کسانی هستند که می‌توانند در اصلاح و تربیت بزهکاران نقش مهمی ایفا نمایند. کانون‌های اصلاح و تربیت درواقع جایی است که مددکاران اجتماعی بهتر از هر جای دیگری می‌توانند تدابیر تربیتی و اصلاحی خود را با آرامش به مرحله اجرا برسانند. مواد ۵۲۶ و ۵۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری هم از جمله موادی هستند که به بحث مربوط به مددکاری اجتماعی و یا حداقل به کارکردهای آن‌ها اشاره نموده است.^۱ کودکان و نوجوانان، به دلیل ضعف جسمی و ذهنی استحقاق حمایت دارند و باید شرایط مناسبی برای آنان فراهم شود تا مسیر هنجارمندی را به‌درستی طی نمایند. امری که تحقق آن از اهداف و دستاوردهای پیشگیری رشدمدار محسوب می‌شود. چنانچه این شرایط لازم که مصالح عالی‌ه کودک را در مسیر رشد از جمله رفاه، امنیت جسمی، عاطفی، روانی، تعالی فکری و اخلاقی و جامعه‌پذیری مطلوب را تشکیل می‌دهند، توسط نهادهای اولیه ذی‌ربط مثل خانواده، مدرسه، محله و گروه همسالان دچار اختلال شود، مسیر رشد مثبت کودک، در معرض خطر قرار می‌گیرد.^۲ باوجوداین که در جامعه امروز تأثیر آموزه‌های جرم‌شناسی در تدوین مقررات ملی و بین‌المللی بر کسی پوشیده نیست، باین‌حال به‌رغم این ضرورت در باب بررسی و مطالعه نهادهایی که تحت تأثیر یافته‌های جرم‌شناسی به وجود آمده‌اند، پژوهشگران کمتر به آن پرداخته‌اند. بدین توضیح که

استان‌ها و به‌تناسب نیاز و ضرورت با تشخیص رییس قوه قضاییه ایجاد شده‌اند و یا سایر مناطق کشور ایجاد می‌شوند.»

۱. ماده ۵۲۷ ق. آ. د. ک نیز مقرر می‌دارد که: «هرگاه حسب گزارش مدیران کانون، رفتار و اخلاق طفل یا نوجوانی، موجب فساد اخلاق اطفال و یا نوجوانان دیگر گردد، در صورت احراز موضوع توسط قاضی دادگاه اطفال و نوجوانان و به دستور وی، طفل یا نوجوان مذکور در محل دیگری در همان قسمت نگهداری می‌شود و پس از اصلاح اخلاق و رفتار با دستور دادگاه به محل قبلی بازگردانده می‌شود.» ماده ۵۲۸- آیین‌نامه اجرایی مربوط به نحوه نگهداری و طبقه‌بندی محکومان و متهمان، اشتغال و حرفه‌آموزی آنان، برنامه‌های بازپروری، نحوه ملاقات زندانیان، نحوه اداره کانون‌های اصلاح و تربیت و کیفیت اصلاح و تربیت اطفال و نوجوانان در آنجا، طبقه‌بندی اطفال و نوجوانان از حیث جنس، سن، نوع جرائم و امور اجرایی این کانون‌ها و اجرای مجازات حبس ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط وزارت دادگستری با همکاری سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور تهیه می‌شود به تصویب رییس قوه قضاییه می‌رسد.»

۲. اردبیلی، محمدعلی، «اطفال در معرض خطر»، ماهنامه قضاوت، ش ۴۵، خرداد و تیر ۱۳۸۶، ص ۵۲

به کارگیری در ست و دقیق نهادهای پیهنهادی اسناد بین المللی رابطه مستقیمی با درک مبانی جرم شناختی آنها دارد و از آنجایی که مسئولین متولی امر پیشگیری از بزهکاری تا زمانی که از کارکردهای پیشگیرانه یک نهاد اطلاع نداشته باشند رغبت کمتری از آن دارند، ضروری است که مبانی و اهداف جرم شناسانه نهادها تجلی و به شکل اصولی توضیح داده شود.^۱ پیمان نامه حقوق کودک در ماده ۴۰ بیان می دارد که کشورهای عضو در مورد کودکان مجرم یا متهم به نقض قوانین کیفری این حق را به رسمیت می شناسد که با آن مطابق با شئونات و ارزش کودک رفتار گردد. این امر موجب افزایش احترام کودک نسبت به حقوق بشر و آزادی های اساسی دیگران شده، سن کودک را در نظر گرفته و با در نظر گرفتن سن کودک، باعث افزایش خاص وی برای سازش با جامعه و به عهده گرفتن نقشی سازنده می گردد. مددکاری اجتماعی با نیاز یک شخص و یا یک نظام اجتماعی آغاز می شود. نیاز خواستن چیزی که داشتن آن مطلوب و دلپذیر باشد، نیست. بلکه فقدان چیزی است که مانع از پیشرفت یا کارکرد مشخص یا نظام می شود.^۲

مفهوم ماده ۵۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری^۳ بیانگر آن است که هر کس که اجرای مجازات او معلق شده، آزاد است و در چنین شرایطی مشکل بتوان اخلاق و رفتار او را تحت نظر داشت تا ظرف شش ماه پی به استمرار حسن اخلاق و رفتار او برد. در ظاهر قاضی اجرای احکام خود را محدود به احراز رعایت دستورات دادگاه توسط محکوم علیه نماید، آن هم در صورتی که تعلیق، مراقبتی باشد.^۴ به نظر می رسد که در این میان، مددکاران اجتماعی و سایر مأموران پیرا قضایی هستند که می توانند بر چگونگی اصلاح و درمان او استمرار حسن اخلاق و رفتار او صحنه گذارند یا آن را رد کنند. منظور ماده ۵۵۳ قانون آیین

۱. خواجه نوری، یاسمن و زینب لکی، «رویکرد اسناد بین المللی ویژه کودکان در زمینه پیشگیری از جرم»،

دائرة المعارف علوم جنایی، چاپ نخست، میزان، تهران، ۱۳۹۲، ص ۷۲۴

۲. جانسون، لوییز، حرفه مددکاری اجتماعی از دیدگاه جامع، ترجمه محمدحسین بازرگانی، چاپ نخست،

انتشارات دانشگاه علامه، تهران، ۱۳۷۹، ۱۱

۳. ماده ۵۵۲ ق. آ. د. ک مقرر می دارد که: هرگاه محکوم علیه پس از سپری شدن حداقل شش ماه از مدت تعلیق اجرای مجازات به طور مستمر حسن اخلاق و رفتار نشان دهد، قاضی اجرای احکام، مراتب را با پیشنهاد کاهش مدت تعلیق یا لغو تمام یا برخی از دستورهای تعیین شده به دادگاه صادرکننده حکم اعلام می کند.

دادگاه در وقت فوق العاده در مورد پیشنهاد قاضی اجرای احکام کیفری تصمیم می گیرد

۴. خالقی، علی، نکته ها در قانون آیین دادرسی کیفری، شهر دانش، چاپ نخست، ۱۳۹۳، ۴۲۶

دادرسی کیفری^۱ از جرائم مشمول نظام نیمه آزادی، جرائم تعزیری درجه پنج تا هفت و جرائم مشمول آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی، جرائم تعزیری درجه پنج تا هشت است.^۲ وجود مددکاران اجتماعی در کنار هر زندانی باعث می‌شود که او به خودباوری رسیده و در اصلاح خود بکوشد. زندانی نباید تنها رها شود و به وضعیت او رسیدگی نشود. با توجه به این که شرکت در برنامه‌های زندان در برخی موارد الزامی نیست ممکن است خیلی از افراد در بدو ورود به دلیل این که خود را بی‌گناه می‌دانند یا از وضعیت خود رضایت ندارند در این برنامه‌ها که در سلامت روان مؤثر است، شرکت ننمایند. در اینجا به حضور مددکاران اجتماعی نیازمندیم تا با ارائه مشاوره با آنان و ایجاد رابطه دو ستی و صمیمانه با افراد از منزوی شدن آنان، از شکل‌گیری گروه‌های خلاف‌کاری جلوگیری نمایند، شرکت در برنامه آموزشی، تفریحی و ورزشی و... اگر با اراده و میل فرد باشد به‌مراتب تأثیرات اصلاحی بیشتری خواهد داشت، در این میان باید به نقش مددکاران اجتماعی به‌عنوان یک دوست در کنار زندانیان توجه ویژه شود.

۶. نقش مددکاران اجتماعی در تشکیل پرونده شخصیت

توجه به شخصیت متهم به‌عنوان یکی از راهکارهای دستیابی به مجازاتی متناسب و درنهایت، اجرایی کردن اصل فردی نمودن مجازات‌ها، حائز اهمیت بسیار است. امری که به‌رغم اهمیت فراوانش، در قوانین کیفری گذشته مغفول مانده بود. تشکیل پرونده شخصیت در میان زندانیان به‌موجب آیین‌نامه سازمان زندان‌ها مورد توجه قرار گرفته است اما این آیین‌نامه هیچ‌گاه نتوانسته است که توقعات مدنظر سیاست‌گذاران این آیین‌نامه را تأمین نماید. به هر ترتیب، شناسایی پرونده شخصیت در مرحله اجرا و در مجازات زندان پذیرفته شده بود اما امر ضروری آن بود که این نهاد از زمان ورود شخص متهم در فرآیند کیفری

۱. ماده ۵۵۳ ق. آ. د. ک: «در جرائم مشمول نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی، قاضی اجرای احکام کیفری می‌تواند پس از وصول گزارش شورای طبقه‌بندی زندان و نظریه مددکاران اجتماعی معاونت اجرای احکام کیفری، مبنی بر آن که اجرای یک فعالیت شغلی یا حرفه‌ای، آموزشی، حرفه‌آموزی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی و یا درمان پزشکی، از سوی محکوم‌علیه در خارج از زندان، در فرایند اصلاح وی و یا جبران ضرر و زیان بزه‌دیده مؤثر است، به دادگاه صادرکننده حکم، پیشنهاد اجرای نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی را طبق مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی دهد و مطابق تصمیم این دادگاه اقدام کند».

۲. خالقی، پیشین، همان، ۴۲۷

مدنظر قرار می‌گرفت تا قاضی با مطالعه این پرونده و شناخت شخصیت فرد، به صدور رأی مبادرت نماید. ماده ۳۶ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها مقرر می‌کند که: «ادارات و دوایر و شعب مددکاری و خدمات اجتماعی در جهت شناخت شخصیت زندانیان و کشف و حل معضلات و مشکلات شخصی و خانوادگی و اجتماعی آنان تحقیقات و اقدامات لازم را نموده و یک نسخه از تحقیقات را جهت ضبط در پرونده شخصیت زندانی به رییس زندان و نسخه دیگر را جهت اقدام لازم به اداره متبوع خود تسلیم می‌نماید. مددکاران باید با ابراز شفقت و جلب اعتماد زندانی برای بازگشت آنان به زندگی عادی و سالم اجتماعی اقدام و اهتمام لازم به عمل آورند».

قانون‌گذار در قانون جدید آیین دادرسی کیفری نیز با توجه به نقش پرونده شخصیت در صدور آرای متناسب با شخصیت فرد و درواقع رعایت اصل فردی کردن مجازات‌ها، سعی بر آن داشته است که تشکیل پرونده شخصیت را در همان مراحل اولیه فرایند کیفری مدنظر قرار دهد. این تدبیر می‌تواند قاضی را در رعایت اصل تناسب مجازات‌ها و همچنین ا صلاح و بازپروری بزهکاران یاری نماید. ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌کند که «در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن‌ها ثلث دیه کامل مجنی‌علیه یا بیش از آن است، بازپرس مکلف است در حین انجام تحقیقات، دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید. این پرونده که به‌صورت مجزا از پرونده عمل مجرمانه تشکیل می‌گردد، حاوی مطالب زیر است: الف: گزارش مددکار اجتماعی درخصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم ب: گزارش پزشکی و روان‌پزشکی.» مددکاران اجتماعی مهم‌ترین گروهی هستند که در تشکیل پرونده شخصیت و بیان ویژگی‌های مختلف بزهکاران نقش ایفا می‌کنند. در کنار این گروه، سایر مأموران پیرا قضایی و همچنین پزشکان می‌توانند ایفای نقش نمایند. به‌موجب بند چ ماده ۲۷۹ یکی از نکات لازم به ذکر در کیفرخواست، خلاصه پرونده شخصیت یا وضعیت روانی متهم است. دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم باید در روزهای نخستین دسترسی به متهم صادر شود تا ارسال کیفرخواست به دادگاه پس از صدور قرار جلب به دادرسی، برای تکمیل این پرونده معطل نماند، بر اساس ماده ۲۰۳، اطلاعات مندرج در پرونده شخصیت اطلاعاتی در مورد وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم و نیز وضعیت پزشکی و روان‌پزشکی او خواهد بود که باید توسط واحد مددکاری اجتماعی تهیه شود. این واحد توسط قوه قضاییه در حوزه قضایی

هر شهرستان ایجاد می‌شود. پرونده شخصیت از دستاوردهای جرم‌شناسی است و هدف از تشکیل آن شناخت بهتر شخصیت مرتکب به‌منظور اتخاذ تدابیر کیفری یا تأمینی متناسب با آن است. علاوه بر مواردی که در ماده ۲۰۳ این قانون به تشکیل پرونده شخصیت تأکید شده بود، در ماده ۲۸۶ نیز مقنن مقرر می‌دارد که: علاوه بر موارد مذکور در ماده ۳۰۲ این قانون، در جرائم تعزیری درجه پنج و شش نیز، تشکیل پرونده شخصیت در مورد اطفال و نوجوانان توسط دادسرا یا دادگاه اطفال و نوجوانان الزامی است. هرچند که الزامی شدن پرونده شخصیت در همه پرونده‌ها به نظر می‌رسد در صدور مجازات متناسب کمک‌کننده باشد اما الزامی نمودن آن در جرائم مهم و در خصوص کودکان در قانون جدید آیین دادرسی نشانگر آن است که قانون‌گذار به این درک رسیده است که شناخت شخصیت بزهکاران در راستای شناسایی شخصیت بزهکاران، امری مهم و ضروری است.

نتیجه‌گیری

مددکاری اجتماعی به‌عنوان یکی از نهادهای مؤثر در شناسایی و تشخیص شخصیت و ویژگی‌های بزهکار، نقشی غیر قابل انکار در فرایند بازپروری بزهکاران دارد. این نهاد با تکیه بر یافته‌های علمی و جرم‌شناختی و استفاده از دانش پیشرفته امروزی، در پی شناخت استعدادها و توانایی‌های بزهکار و همچنین نقاط ضعف و کاستی‌های شخصیت اوست تا با شناختی گسترده، زمینه‌های بازپروری بزهکار را فراهم نماید. عمل مددکاران اجتماعی و سایر مأموران بالینی و پیراقضایی به دلیل دقت و اهمیتی که می‌تواند داشته باشد، در راستای فردی کردن مجازات بسیار مؤثر خواهد افتاد. بدین گونه که قضات با شناخت شخصیت بزهکاران و ویژگی‌های آنان، به تصمیمی متناسب با آن مبادرت می‌ورزند که در اکثر موارد می‌تواند در روحيات و شخصیت بزهکار مؤثر افتد. مددکاران اجتماعی به‌طور قطع بر کاهش آسیب‌های اجتماعی تأثیرگذار است و جلوه‌های کاربردی آن در ترجمان‌های مختلف می‌تواند کارایی داشته باشد. طرح اورژانس اجتماعی در سازمان بهزیستی و مددکاری در نیروی انتظامی از جمله طرح‌هایی هستند که می‌توانند در ترجمان‌های مختلف در راستای کاهش آسیب‌های اجتماعی فعالیت نمایند. در مراحل دادرسی کیفری نیز مددکاران اجتماعی می‌توانند از آغاز تا پایان فرایند کیفری به خدمات‌رسانی مشغول باشند و در اصلاح و بازپروری بزهکاران تلاش نمایند؛ بنابراین، به نظر می‌رسد که برای دستیابی به اهداف اصلاحی و بازسازی بزهکاران، باید حضور نهادهای پیراقضایی در مراحل ابتدایی

فرایند کیفری با جدیت و اهتمام بیشتری مدنظر قرار گیرد. لذا در این خصوص موارد زیر ضروری به نظر می‌رسد:

نهادینه کردن تأسیسات پیرا قضایی در درون نظام کیفری و گسترش آن در راستای تحقق اصل شخصی کردن مجازات‌ها؛ نظام کیفری ایران باید رویکرد خود را در خصوص کارکردهای مجازات‌ها مشخص نماید و درواقع نظام واکنشی کنونی با پذیرفتن نهادهای مددکاری اجتماعی و سایر نهادهای اصلاحی، عزم خود را برای عملیاتی کردن کارکرد اصلاحی به کار گرفته است. لذا باید با نهادینه کردن این تأسیسات به‌طور عمده نوپدید و فرهنگ‌سازی در راستای پذیرش این نهادها راه را اعمال گفتمان اصلاح و درمان بزهکاران فراهم نماید.

تأمین امکانات و بسترهای مورد نیاز مددکاران اجتماعی؛ بی‌تردید تنها زمانی می‌توان از موفقیت یک تأسیس یا نهاد در فرایند رسیدگی سخن گفت که برخاسته از یک اندیشه درست و همراه با فراهم کردن امکانات و بسترهای لازم برای آن نهاد باشد. از این‌رو، برای آن‌که تأسیس مددکاری اجتماعی در نهایت به موفقیت نائل آید، باید امکانات و بسترهای این نهاد بالینی و مفید فراهم گردد.

برگزاری دوره‌های آموزشی مدون جهت آموزش و آگاهی هرچه بیشتر مددکاران اجتماعی؛ مددکاران اجتماعی به‌عنوان متولیان اصلی در اصلاح و درمان بزهکاران و در کنار آن‌ها مقامات قضایی باید از کارکردها و اهداف نهادهای پیرا قضایی به نحو صحیح آشنا باشند و از این تدابیر در اوقات مقتضی استفاده نمایند.

منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی، اطفال در معرض خطر، ماهنامه قضاوت، ش ۴۵، خرداد و تیر ۱۳۸۶، ص ۵۲-۵۳
۲. آشوری، محمد، «دادرسی ویژه نوجوانان»، گزارش کارگاه‌های آموزش دادرسی ویژه نوجوانان، مهرماه، ۱۳۸۱، ص ۵۸-۶۷
۳. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، چاپ نخست، نشر گرایش، تهران، ۱۳۸۲
۴. آقامیر سلیم، مر ضیه الاسادات، جایگاه پرونده شخصیت در نظام کیفری ایران و کانادا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰

۵. جانسون، لوییز، حرفه مددکاری اجتماعی از دیدگاه جامع، ترجمه محمدحسین بازرگانی، چاپ نخست، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۹.
۶. خاکساری، محمدحسن، مفاهیم مددکاری اجتماعی با تکیه بر مددکاری فردی، چاپ نخست، دفتر آموزش و پژوهش سازمان بهزیستی کشور، تهران، ۱۳۷۱.
۷. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ نخست، شهر دانش، تهران، ۱۳۹۳.
۸. خواجه‌نوری، یاسمن و زینب لکی، «رویکرد اسناد بین‌المللی ویژه کودکان در زمینه پیشگیری از جرم»، دائرةالمعارف علوم جنایی، چاپ نخست، میزان، تهران، ۱۳۹۲.
۹. رجبی، ابراهیم، «درمانگاه بزه‌دیده، بزه دیدگی و نقش پلیس در آن»، فصلنامه دانش انتظامی، تهران، سال دوازدهم، شماره اول، ۱۳۸۸، ص ۷-۳۴.
۱۰. رحیمی، ذبیح اله، رویکرد اصلاحی - درمانی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۲.
۱۱. شمس ناتری، ابراهیم و دیگران، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چاپ دوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۳.
۱۲. عباچی، مریم، «پیشگیری از بزه دیدگی مکرر کودکان با تأکید بر نقش پلیس»، مجموعه مقالات پیشگیری از جرم، ۱۳۸۸، ص ۳۸۹-۴۲۰.
۱۳. عدالت‌خواه، محمدرضا، مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، کتاب نخست حقوق جزای عمومی، چاپ اول، مجد، تهران، ۱۳۹۲.
۱۴. موسوی چلک، حسن، مددکاری اجتماعی، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۶.
۱۵. مهدوی، محمود، اطفال و نوجوانان در معرض خطر بزه کاری»، دائرةالمعارف علوم جنایی، چاپ نخست، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۹۲.
۱۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «پیشگیری عادلانه از جرم»، تازه‌های علوم جنایی، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
۱۷. هامایی، کواشی و همکاران، تعلیق مراقبتی در دنیا، ترجمه حسین آقایی نیا، چاپ نخست، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۷.

مبانی رسیدگی در دادگاه‌های تجدیدنظر

سعید صادقی^۱

چکیده

در قوانین قبل از انقلاب اصل بر قابل تجدیدنظر بودن احکام صادره از دادگاه‌ها بود و استثنائاتی در این مورد وجود داشت.

در قوانین بعد از انقلاب اسلامی، امر تجدیدنظر دچار تحولات و دگرگونی‌هایی شده و از ثبات برخوردار نبوده است و قانون‌گذار در طی دوران بعد از انقلاب روش آزمون‌وخطا را در تدوین قوانین مرتبط با تجدیدنظر طی نموده است.

قوانین هیچ‌یک از کشورهای دنیا به این اندازه در امر تجدیدنظر دستخوش تغییر و تحول نگردیده است. در قوانین اصل بر تجدیدنظر گذاشته شده ولی استثنائات غلبه دارد، تجدیدنظر از لوازم و شرایط دادرسی عادلانه در دنیای امروز محسوب می‌شود و باعث اعتماد و اطمینان بیشتر به آراء و احکام قضایی می‌گردد، تجدیدنظر مانند هر نهاد حقوقی دیگر مبتنی بر اصول و قواعدی است تا کارکرد مفید و شایسته خود را داشته باشد. دادگاه‌های تجدیدنظر در مرکز استان‌ها استقرار دارند و به امر رسیدگی به اعتراض احکامی که در صلاحیت آن دادگاه‌ها هست رسیدگی می‌کنند و رسیدگی در این مراجع به صورت ماهوی است. در مراجع تجدیدنظر تعدد قاضی حاکم است و آراء صادره از دادگاه بدوی پس از بررسی و مشورت اعضاء نقض یا تأیید می‌گردد.

واژگان کلیدی: تجدیدنظرخواهی. اصحاب دعوی. دادگاه تجدیدنظر. تشدید مجازات. نظام حقوقی. محکوم‌علیه

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بوشهر

مقدمه

هرچند در صدور احکام دادگاه‌ها اصل بر احقاق حق و دقت در صدور آراء است، ولی از آنجاکه انسان مصون از خطا و اشتباه نیست و این احکام نیز ناشی از فعل انسان است، احتمال اشتباه و بی‌عدالتی وجود دارد. برای اینکه از این عیب و نقص جلوگیری گردد، قانون‌گذاران بر این اعتقادند که احکام به اقتضای تشکیلات اجتماعی و سیاسی و قضایی و عادت هر کشور باید تحت شرایط معین قابل تجدیدنظر باشد؛ و جهت رسیدگی به این مهم دادگاه‌های تجدیدنظر در مرکز استان پیش‌بینی شده است.

سؤال مهمی که در این تحقیق مطرح است اینکه رسیدگی در دادگاه‌های تجدیدنظر چگونه است؛ و پرونده‌های ارسالی از دادگاه‌های بدوی به چه صورت مورد بررسی قرار می‌گیرند با این فرضیه که تجدیدنظر در فرایند دادرسی عادلانه و احقاق حق مؤثر است. در این راستا قانون‌گذاران کشورهای دنیا، ترتیباتی را اتخاذ نموده‌اند که دوباره به مواردی که پیش‌ازین مورد رسیدگی و صدور رأی قرار گرفته رسیدگی شود، رعایت اصول حاکم در امر تجدیدنظر ضامن اجرای بیشتر عدالت و رفع اشتباهات دادگاه‌های بدوی و نیز مرجع تجدیدنظر است. اصول مذکور از اهمیت ویژه‌ای در رسیدگی‌های قضایی برخوردار است؛ که در این مقاله به آن توجه شده است یادآوری و تکرار این اصول می‌تواند در برقراری هرچه بیشتر اجرای عدالت و استحکام احکام راهگشا باشد.

۱. تحولات قانون‌گذاری در امر تجدیدنظر

۱.۱. تجدیدنظرخواهی در قوانین قبل از انقلاب

طبق ماده ۷ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ در اصل رسیدگی ماهیتی به هر دعوائی دو درجه (نخستین و پژوهش) بود، ولی بعضی از موارد را قانون از این حکم کلی استثناء کرده و آن‌ها را غیر قابل پژوهش اعلام کرده بود. غیر از پژوهش‌خواهی، فرجام‌خواهی هم پیش‌بینی شده بود که از طرق فوق‌العاده رسیدگی محسوب می‌شد و برخی از احکام و قرارهای صادره ممکن بود در مرحله فرجامی در دیوان کشور مورد رسیدگی قرار گیرد.

در احکام کیفری نیز طبق مقررات قانون آئین دادرسی کیفری احکام صادره از دادگاه‌های جنحه قابل رسیدگی پژوهشی در دادگاه استان و در برخی موارد قابل فرجام در دیوان کشور نیز بود.

استثنائاً بعضی از احکام طبق قانون قطعی و غیر قابل پژوهش محسوب می‌شد، احکام صادره از دادگاه جنائی که حسب مورد از ۳ تا ۵ عضو تشکیل می‌شد، نیز قابل رسیدگی فرجامی در دیوان عالی کشور بود. طریق فوق‌العاده دیگری نیز برای رسیدگی مجدد پیش‌بینی شده بود که عبارت بود از اعاده دادرسی، اعاده دادرسی هم در امور حقوقی و هم در امور کیفری در موارد محدود و استثنائی از قبیل کشف سند و دلیل جدید امکان‌پذیر بود و مقررات خاص آن در قوانین آئین دادرسی کیفری و مدنی مشخص شده بود.

۱.۲. تجدیدنظرخواهی در قوانین بعد از انقلاب

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی ابتدا آرای کلیه دادگاه‌ها قطعی معرفی گردیدند^۱ چنانکه میدانیم بلافاصله پس از پیروزی انقلاب و تشکیل حکومت اسلامی دادگاه‌های انقلاب اسلامی جهت محاکمه بزهکاران رژیم سابق به دستور رهبر انقلاب تشکیل شدند. به‌طورطبیعی در ابتدای امر قانون مدونی نداشتند، ولی اعلام شد که رسیدگی در این دادگاه‌ها بر اساس موازین قضایی اسلامی است. آیین‌نامه این دادگاه مورخ ۵۸/۳/۲۷ در شورای انقلاب به تصویب رسید و در روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۳۹-۵۸/۵/۲۰ منتشر گردید.

طبق تبصره ۲ ماده ۱۱ این قانون: احکام دادگاه انقلاب قطعی و بدون تجدیدنظر است. این قانون در رابطه با جرائم مربوط به انقلاب تصویب و احکام صادره را قطعی و به‌طور مطلق غیر قابل تجدیدنظر اعلام کرده است

لایحه قانونی تشکیل دادگاه فوق‌العاده رسیدگی به جرائم ضدانقلاب مصوب ۵۸/۴/۵ شورای انقلاب و منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۱۸-۵۸/۴/۲۵. این قانون به‌طورتقریبی هم‌زمان با آئین‌نامه دادگاه‌ها و دادرسی‌های انقلاب تصویب شد، ولی هرگز به مرحله اجرا درنیامد. به‌هرحال ماده ۱۴ قانون مزبور نیز مقرر می‌داشت: احکام صادره از دادگاه‌های موضوع این لایحه قطعی است مگر در مورد مجازات حبس دائم و اعدام که در این صورت محکوم‌علیه می‌تواند ظرف ۵ روز تقاضای رسیدگی فرجامی نماید.

لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی در تاریخ ۵۸/۶/۲۰ به تصویب رسید و در روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۹۴-۵۸/۷/۲۶ منتشر شده و به مرحله اجرا درآمد. این قانون تشکیلات دادگستری را تغییر داد، دادگاه و دادرسی استان و دیوان کیفر کارکنان دولت و دادرسی آن را حذف نمود و عنوان دادگاه و دادرسی شهرستان را نیز از میان برداشت و

۱. آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد چهارم، انتشارات مجد، ۱۳۸۴، ص ۲۸۴

به‌طور کلی آن‌ها را تحت عنوان دادگاه‌های عمومی قرار دادند که به دادگاه‌های حقوقی و جزائی و صلح تقسیم می‌شدند.

لایحه قانونی تشکیل دادگاه انقلابی ارتش که به‌صورت ماده‌واحد و برای رسیدگی به جرائم ضدانقلابی اعضاء ارتش، ژاندارمری و شهربانی در ۵۸/۹/۱۷ به تصویب رسید و در روزنامه رسمی شماره ۵۸/۹/۲۸-۱۰۱۴۴ منتشر شد. طبق ماده‌واحد مزبور، احکام دادگاه انقلابی ارتش بر اساس قوانین اسلام و با توجه به وظایف دینی و ملی افراد نیروهای مسلح سه‌گانه در صیانت از استقلال و تمامیت ارضی کشور و پاسداری از انقلاب اسلامی ایران صادر می‌گردد. احکام صادره قطعی و بلافاصله اجرا خواهد شد، قوانین مزبور بعد از انقلاب ولی قبل از اجرای قانون اساسی و تشکیل مجلس شورای اسلامی تصویب شدند و به قانون مربوط به دادگاه‌های انقلاب و دادگاه انقلاب ارتش و دادگاه فوق‌العاده مخصوص مسائل کیفری و آن‌هم در رابطه با جرائم ضدانقلابی بودند که تجدیدنظر در احکام آن‌ها راه نداشت یا بسیار محدود بود.

قانون اصلاح موادی از قانون آئین دادرسی کیفری مصوب شهریورماه سال ۱۳۶۱ کمیسیون امور قضائی مجلس شورای اسلامی است، در این قانون برای نخستین بار مجازات‌ها به حدود و قصاص و دیات و تعزیرات طبقه‌بندی گردیدند. دادگاه‌های کیفری نیز از نظر صلاحیت رسیدگی به دادگاه‌های کیفری یک و دو تقسیم شدند. در مورد تجدیدنظر ماده ۲۸۴ اصلاحی مقرر می‌داشت: حکم دادگاه بدوی تنها در ۳ مورد قابل نقض و تجدیدنظر است و در سایر موارد قطعی است: ۱- جایی که قاضی پرونده قطع پیدا کند که حکمش برخلاف موازین قانونی یا شرعی بوده است. ۲- جایی که قاضی دیگری قطع به اشتباه قانونی یا شرعی قاضی پرونده پیدا کند، به‌نحوی که اگر به او تذکر داده شود متنبه گردد و متوجه اشتباه خود شود ۳- جاییکه ثابت شود قاضی پرونده صلاحیت رسیدگی و انشاء حکم را نداشته است.

قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۸ این قانون از طرف کمیسیون امور قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی برای مدت سه سال و به‌صورت آزمایشی اجرا گردید که بعد نیز تمدید شد. بخشی از این قانون به امر تجدیدنظر اشاره دارد و ماده ۲۳۲ این قانون بیان می‌کند که: آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب قطعی است مگر در موارد ذیل که قابل درخواست تجدیدنظر است:

الف- جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها اعدام یا رجم است.

ب- جرائمی که به‌موجب قانون مشمول حد یا قصاص نفس و اطراف می‌باشد.

ج- ضبط اموال بیش از یک‌میلیون ریال و مصادره اموال

د- جرائمی که طبق قانون مستلزم پرداخت دیه بیش از خمس دیه کامل است.
 ه- جرائمی که حداکثر مجازات قانونی آن بیش از سه ماه حبس یا شلاق یا جزای نقدی بیش از پانصد هزار ریال باشد.

و- محکومیت‌های انفصال از خدمت

تبصره: منظور از آرای قابل درخواست تجدیدنظر در موارد بالا اعم از محکومیت، برائت، منع تعقیب یا موقوفی تعقیب است. در قانون مذکور قید شده که مرجع تجدیدنظر آراء دادگاه‌های عمومی و انقلاب هر حوزه قضائی دادگاه تجدیدنظر مرکز همان استان می‌باشد و جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها اعدام یا رجم و قطع عضو، قصاص نفس یا اطراف یا حبس بیش از ده سال و مصادره اموال می‌باشد مرجع تجدیدنظر آن‌ها دیوان عالی کشور است.

قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۷۳ تصویب شد و تفکیک صلاحیت دادگاه‌ها به حقوقی و کیفری از میان رفت و دادگاه واحد با صلاحیت عام نسبت به کلیه امور حقوقی و کیفری و حسبی رسیدگی می‌کرد و دادسرا از تشکیلات قضایی حذف گردید. در پی ایرادات حاصل از این سیستم قانون اخیر اصلاح و قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در ۱۳۸۱/۰۷/۲۸ به تصویب رسید. این قانون که به قانون احیاء دادسرا معروف است در ماده ۷ قید شده که احکام دادگاه‌های عمومی و انقلاب قطعی است مگر در مواردی که در این قانون قابل نقض و تجدیدنظر پیش‌بینی شده است؛ و نظر به اینکه مواد ۱۸، ۱۹، ۲۳ و ۳۱ این قانون ملغی شده و حسب ماده ۱۶ همین قانون ترتیب رسیدگی در دادگاه‌ها طبق مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ است تجدیدنظر فوق‌العاده نیز بر طبق ماده (۱۸) الحاقی همین قانون صورت می‌گیرد.

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ هنوز قابلیت اجرایی ندارد ولی از مصوبات مجلس و از قانون سابق تکمیل‌تر و در آینده نزدیک اجرایی خواهد شد. مواد ۴۲۶ الی ۴۶۱ به مراحل رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر و مواد ۴۶۲ الی ۴۷۳ به رسیدگی در دیوان عالی کشور اشاره دارد. در بحث تجدیدنظر بودن احکام گام‌های مؤثری برداشته شده ماده ۴۲۷ این قانون بیان می‌کند: آرای دادگاه‌های کیفری جز در موارد زیر که قطعی محسوب می‌شود، حسب مورد در دادگاه تجدیدنظر همان حوزه قضائی قابل تجدیدنظر و یا در دیوان عالی کشور قابل فرجام است.

الف: جرائم تعزیری درجه هشت باشد ب: جرائم مستلزم پرداخت دیه یا ارش در صورتی که میزان یا جمع آن‌ها کمتر از یک‌دهم دیه کامل باشد.

بنابراین بحث تجدیدنظر بودن احکام توسعه یافته و به قوانین روز دنیا نزدیک شده است. از اصل قطعی بودن احکام عدول شده است و اصل قابل تجدیدنظر بودن احکام و اصطلاح فرجام‌خواهی که در آیین دادرسی قبل از انقلاب وجود داشت نیز در این قانون بکار رفته است.

۲. معنای لغوی و اصطلاحی تجدیدنظر

از لحاظ لغوی تجدیدنظر مرکب از دو واژه «تجدید و نظر» است و هر دو واژه عربی هستند، ولی در عربی با این ترکیب استعمال نمی‌شوند. در زبان فارسی به معنای باز اندیشیدن، دوباره تعمق کردن در کار یا چیزی، در امری یا چیزی دوباره نظر کردن، چیزی یا امری را مورد بررسی مجدد قرار دادن، بازبینی و بازنگری آمده است. از نظر اصطلاحی، این واژه بعد از انقلاب اسلامی سال ۵۷ به ادبیات حقوقی ما راه پیدا کرده است؛ و در اصطلاح حق اعتراض به احکام کیفری حضوری صادره از دادگاه‌های بدوی را تجدیدنظرخواهی می‌نامند^۱. در قوانین و مقررات جاری گاهی تجدیدنظر مترادف بکار می‌رود. در قوانین و مقررات قبل از انقلاب، تنها در باب پنجم قانون آیین دادرسی کیفری تجدیدنظر مترادف با اعاده دادرسی بکار رفته بود.

۳. اصول و قواعد حاکم بر تجدیدنظر

۳.۱. اصل قابل تجدیدنظر بودن آراء

با پذیرش تجدیدنظر به عنوان بخشی از فرآیند دادرسی عادلانه، قابل تجدیدنظر بودن آراء نیز بایستی به عنوان یک اصل مهم مورد قبول قرار گیرد. به این ترتیب که با درجه‌بندی آراء و احکام صادره از محاکم، همه آرای که از اهمیت نسبی برخوردارند، قابل تجدیدنظر باشند. مطابق مقررات قانون آیین دادرسی کیفری سابق، همه آرای صادره در امور خلاقی قطعی بود. آرای صادره در باب جنحه‌های کوچک، تنها قابل پژوهش بود و قابل فرجام نبود؛ آرای صادره در مورد جنحه‌های بزرگ، هم قابل پژوهش بود و هم قابل فرجام و آرای دادگاه‌های جنایی، فقط قابل فرجام بود. به طور تقریبی همین رویه در کشور فرانسه و کشورهای عربی که از

۱. گلدوست جویباری، دکتر رجب، کلیات آیین دادرسی کیفری، چاپ نهم، انتشارات جنگل، جلدانه، تهران،

فرانسه الگوپذیری داشته‌اند مرسوم و متداول است؛ با این تفاوت که جرائم خلافی دارای مجازات حبس نیز در این کشورها قابل پژوهش می‌باشند. در انگلیس و آمریکا نیز به‌طور تقریبی همه آرای صادره از محاکم به‌صورت خاصی که در بالا به آن اشاره شد، قابل تجدیدنظر هستند.

۳.۲. قاعده صلاحیت

صلاحیت کیفری را می‌توان به توانایی و شایستگی قانونی و نیز تکلیف مرجع قضایی به رسیدگی به یک دعوای کیفری تعبیر کرد^۱. تعیین مرجع صالح برای رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد درخواست تجدیدنظر اولین امری است که در جهت اعمال حق تجدیدنظر باید آن را مورد توجه و بررسی قرار داد. کدام دادگاه و مرجع قضایی برای این امر صالح است و چه ویژگی‌هایی باید داشته باشد؟ توصیه و تأکید بر این است که دادگاه تجدیدنظر نسبت به دادگاهی که تصمیم اولیه را اتخاذ کرده است، عالی و بالاتر باشد صلاحیت از جهتی منشأ اختیار است و از جهتی منشأ تکلیف به این اعتبار که تشخیص صلاحیت به دادگاه مربوط می‌شود، اختیار است و به این اعتبار که پس از تشخیص صلاحیت دادگاه، باید رسیدگی را به انجام رساند، تکلیف محسوب می‌شود منظور از عالی و بالاتر بودن این نیست که دارای چنین عنوانی در بین تشکیلات قضایی باشد، بلکه باید دارای ویژگی‌هایی باشد که آن را به‌طور کامل از دادگاه پایین‌تر متمایز سازد. در اینجا هم مفهوم و معنای شخصی و هم مفهوم و معنای سازمانی صلاحیت موردنظر است. دادگاه‌های تجدیدنظر باید از جهت سازمانی و اداری غیر از دادگاه‌های بدوی باشند و قضات دیگری غیر از قضات دادگاه بدوی عهده‌دار امر دادرسی در دادگاه‌های مزبور باشند. در بعد شخصی دادگاه تجدیدنظر باید به روش تعدد قاضی اداره و برگزار شود و تعداد قضات باید سه و یا پنج نفر باشند. اگرچه راجع به برتری روش تعدد قاضی و روش قاضی واحد (وحدت قاضی) اختلاف‌نظرهایی وجود دارد، در حال حاضر در اکثر، بلکه در تمامی کشورهای دنیا، روش تعدد قاضی، لااقل در دادگاه‌های تجدیدنظر بیشتر مقبولیت پیدا کرده است. روش تعدد قاضی امکان هم‌اندیشی و دقت نظر بیشتر را فراهم می‌آورد و اعتماد و اطمینان به آرای قضایی را افزایش می‌دهد.

۳.۳. قاعده محدودیت زمانی

۱. آشوری، دکتر محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ دوم، مهر قم، ۱۳۸۰، ص ۳۹

برای این که افراد ذینفع بتوانند از حق تجدیدنظر بهره‌مند شوند، باید زمان کافی برای تقدیم درخواست در اختیار داشته باشند.

این وقت باید به حدی باشد که با توجه به نزدیکی و دوری مسافت و شرایط و امکانات تجدیدنظر اعمال این حق ممکن و میسر باشد. مهلت تجدیدنظرخواهی بیست روز در داخل و دو ماه در خارج از کشور تعیین گردیده است. این مقدار زمان، وقت مناسبی برای تقدیم اعتراض است، اما بایستی با لحاظ بعد مسافت، مدت دیگری به آن اضافه شود تا ذینفع بتواند اعتراض خود را تقدیم کند.

۴.۳. محدودیت مراتب

با وجود آن که تجدیدنظر از لوازم دادرسی عادلانه به حساب می‌آید، در عمل نباید به گونه‌ای باشد که با مبنای دادرسی که اجرای عدالت و فصل خصومت است، مغایرت داشته باشد. در این جهت تجدیدنظر باید محدود به یک و یا در مواردی مثل احکام صادره از دادگاه‌هایی که قضات آن‌ها از تجربه کافی برخوردار نیستند، همچون دادگاه‌های جنحه سابق، محدود به دو مرتبه باشد. اگر راه تجدیدنظر برای مراتب عدیده باز باشد، دادرسی به سرانجام نمی‌رسد و چنین شیوه‌ای آشکارا نقض غرض خواهد بود. یکی از قواعد مهم در آیین دادرسی، قاعده اعتبار امر مختوم یا اعتبار قضیه محکوم بها است. این قاعده دلالت بر این دارد که وقتی در مورد پرونده‌ای حکم قطعی صادر شد، این حکم در مورد طرفین لازم‌الاجراست و نباید امکان ازسرگیری موضوع به هیچ وجه فراهم باشد. وجود مراتب متعدد تجدیدنظر، این قاعده را که از قواعد مهم دادرسی است متزلزل می‌سازد و مشکلات زیادی برای دستگاه قضایی و جامعه به وجود می‌آورد. البته مقتضای احتیاط و عدالت این است که باب تجدیدنظر نباید حتی در این مرحله به کلی مسدود گردد. از این رو اعاده دادرسی به عنوان یک طریق فوق‌العاده همواره باز است و در پرتو آن، امکان بازبینی احکام در موارد نادر و استثنایی نیز فراهم است.

۵.۳. ذینفع بودن

حق اعتراض و یا تجدیدنظر باید برای شخصی در نظر گرفته شود که از لحاظ فردی و یا اجتماعی در رأیی که صادر شده است، ذینفع و یا ذی‌ضرر باشد. در منطق آیین دادرسی کیفری امروزی طرفین یک پرونده کیفری عبارت‌اند از: دادستان و متهم و در مواردی که موضوع دعوا جنبه خصوصی داشته باشد، شاکی و یا مدعی خصوصی نیز به عنوان یک طرف دیگر محسوب می‌شود. به حسب مورد، این سه شخص نسبت به دعوا و رأیی که درباره آن

صادر می‌شود، ذینفع به شمار می‌آیند؛ اما حدود ذینفع بودن آن‌ها را نمی‌توان یکسان در نظر گرفت؛ زیرا مصالح و منافع هر سه یکسان و به یک اندازه نیست.

۳.۶. منع تصمیم‌گیری به ضرر متهم

دراصل اعتراض معترض نباید به ضرر او تمام شود؛ چراکه اگر اعتراض نمی‌کرد، وضعیت او از آنچه هست بدتر نمی‌شد. به عبارت دیگر، وقتی کسی به رأیی اعتراض می‌کند، در پی تحصیل وضعیت و شرایط بهتری است و انتظار وضعیت بدتر را ندارد و اگر احتمال دهد که وضعیت او بدتر می‌شود، چه‌بسا به همین وضع تن داده و اعتراض نکند؛ بنابراین اگر متهم به رأیی که در مورد او صادر شده است اعتراض کند، چنانچه دادگاه تجدیدنظر رأی صادر شده را از جهت انطباق با موازین قانونی صحیح تشخیص دهد ولی مجازات را متناسب نداند، نمی‌تواند مجازات را بیش از میزانی که در رأی دادگاه بدوی آمده است، افزایش دهد. قانون‌گذار در ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ۳ ماده ۲۲ قانون اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب همین معنا را مورد تأکید قرار داده و مقرر داشته است که دادگاه تجدیدنظر نمی‌تواند مجازات تعزیری و یا بازدارنده مندرج در حکم بدوی را تشدید نماید. البته قاعده مذکور مطلق نیست و بر آن استثنائاتی وضع شده است،^۱ به عبارتی قلمرو این ممنوعیت تا حدی است که اول: متهم تجدیدنظرخواهی کرده باشد، نه دادستان و یا شاکی خصوصی. دوم: دادگاه تجدیدنظر و یا دادگاهی که پس از نقض به اتهام رسیدگی می‌کند رأی را از جهت انطباق با موازین قانونی صحیح تشخیص دهد؛ نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که وقتی دادگاه تجدیدنظر رأی تجدیدنظرخواسته را نقض و اقدام به صدور رأی جدیدی می‌نماید، برای صدور حکم برائت یا قرار موقوفی تعقیب با محدودیتی مواجه نیست، اما چنانچه بخواهد حکم محکومیت متهم را صادر کند در این کار با محدودیت روبروست. این محدودیت نخستین بار در ماده ۳۴۸ ق ۱ د ک ۱۲۹۰ اصلاحی ۱۳۱۱ بدین شرح مطرح گردید «تشدید مجازات محکوم‌علیه یا تعیین مجازات برای متهمی که در محکمه جنحه برائت حاصل کرده است جایز نخواهد بود مگر در موردی که مدعی‌العموم بدایت یا مدعی‌العموم استیناف تقاضای استیناف کرده باشد اصلاً خواه تبعاً». فلسفه این حکم این بود که اگر دادستان به حکم دادگاه رضایت داده و به آن اعتراض نکرده باشد، اعتراض

۱. رحمدل، منصور، مجله حقوقی دادگستری، منع تشدید مجازات در مرحله تجدیدنظر، شماره ۶۷، فصلنامه

محکوم‌علیه برای بهبود وضعیت خود به زیان وی تمام نشود و مرجع تجدیدنظر به مجازاتی بیشتر از آنچه که دادستان بدان رضایت داده حکم ندهد. در این مورد هم تفاوتی نداشت که حکم دادگاه بدوی در تعیین مجازات اندک صحیح بوده باشد یا خیر.

در ق ا د ک ۱۳۷۸ حکم مذکور با تغییراتی پذیرفته شد و در ماده ۲۵۸ اعلام گردید: دادگاه تجدیدنظر نمی‌تواند مجازات تعزیری مقرر در حکم بدوی را تشدید نماید، مگر در مواردی که مجازات مقرر در حکم بدوی کمتر از حداقل میزانی باشد که قانون مقرر داشته و این امر مورد اعتراض شاکی تجدیدنظرخواه و یا مقامات مذکور در ماده ۲۳۵ این قانون قرار گیرد (هم‌اکنون این ماده به‌موجب ماه ۳۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نسخ شده است) که در این موارد مرجع تجدیدنظر با تصحیح حکم بدوی نسبت به مجازاتی که قانون مقرر داشته اقدام خواهد کرد.

در تبصره ۳ ماده ۲۲ ق ت د ع ا اصلاحی ۱۳۸۱ مقرر نموده که به‌موجب آن «در امور کیفری موضوع مجازات‌های تعزیری یا بازدارنده مرجع تجدیدنظر نمی‌تواند مجازات مقرر در حکم بدوی را تشدید کند مگر اینکه دادستان یا شاکی خصوصی درخواست تجدیدنظر کرده باشد.» مجازات بازدارنده طبق قانون مجازات جدید حذف شده است.

بدین ترتیب با وجود این تبصره که در سال ۱۳۸۱ به تصویب رسیده، باید بر این اعتقاد بود که ماده ۲۵۸ ق ا د ک نسخ ضمنی شده است و شرایط منع تشدید مجازات متهم در مرحله تجدیدنظر را باید در تبصره فوق یافت. نتیجه اینکه در حال حاضر، با اجتماع دو شرط نمی‌توان مجازات مورد حکم در مرحله بدوی را در مرحله تجدیدنظر تشدید نمود: نخست آنکه موضوع مورد رسیدگی به تشخیص مرجع تجدیدنظر از جرائم تعزیری یا بازدارنده باشد، نه اینکه به‌طور حتم دادگاه بدوی چنین احراز کرده و حکم داده باشد. دوم آنکه دادستان یا شاکی هیچ‌یک درخواست تجدیدنظر نکرده باشند. با این دو شرط، شرط سومی مبنی بر اینکه به‌طور حتم دادگاه بدوی متهم را به کمتر از حداقل مجازات مقرر قانونی محکوم نموده باشد، دیگر لازم نیست.^۱

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در رویکردی به نفع متهم شرط اخیر را لازم دانسته است. ماده ۴۵۸

۱. خالقی، دکتر علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ بیستم، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش،

۳.۷. رعایت تشریفات

دراصل بخش عمده‌ای از فعالیت قضایی تشریفات است که رعایت آن‌ها برای حسن انجام دادن امور قضایی ضرورت دارد و برای هرچه بهتر انجام شدن دادرسی چاره‌ای جز رعایت آن‌ها نیست، این تشریفات شامل درخواست، ارائه لایحه دفاعیه و ادله، پرداخت هزینه مربوط، تبادل لوایح و اموری از این قبیل می‌شود. البته تشریفات نباید به گونه‌ای باشد که در عمل موجب محرومیت اشخاص از حقوقشان شود و نتوانند از حقوقی که در عرصه‌های مختلف برای آن‌ها در نظر گرفته شده است استفاده نمایند. به عنوان مثال پرداخت هزینه دادرسی از جمله اموری است که تجدیدنظرخواه باید از عهده آن برآید؛ ولی اگر در واقع قادر به پرداخت نبود نباید او را از حق تجدیدنظر محروم کرد، بلکه در چنین مواردی همان‌طور که در قانون‌گذاری بسیاری از کشورها پیش‌بینی شده است، باید چنین کسی بتواند بدون پرداخت هزینه دادرسی تجدیدنظرخواهی کند. نکته حائز اهمیت در اینجا این است که تشریفات، حتی‌الامکان باید ساده و راهگشا بوده و مانع احقاق حق و تجدیدنظرخواهی تجدیدنظرخواه نباشد.

۴. تصمیمات دادگاه تجدیدنظر

پس از رسیدن پرونده به دادگاه تجدیدنظر، دفتر کل دادگاه تجدیدنظر آن را ثبت نموده و جهت ارجاع در اختیار مقام ارجاع‌کننده، قرار می‌گیرد. این مقام پس از رسیدن پرونده را به هر یک از شعب دادگاه تجدیدنظر وفق موازین ارجاع می‌نماید. پرونده در دفتر ثبت درخواست‌های شعبه تعیین شده ثبت می‌گردد؛ و جهت اتخاذ تصمیم مقتضی به نظر قضات شعبه می‌رسد. (ماده ۲۵۱ ق.آ.د. ک)

این دادگاه باملاحظه پرونده تجدیدنظرخواهی و با لحاظ پرونده بدوی اعمالی را انجام می‌دهد؛ و تصمیماتی را اتخاذ می‌کند. که می‌توان آن‌ها را در دو دسته مطالعه نمود. بدین ترتیب که دادگاه تجدیدنظر در مواردی، با توجه به پرونده تجدیدنظرخواهی و محتویات پرونده بدوی، دعوی تجدیدنظر را قابل رسیدگی نمی‌داند. در موارد دیگری، برعکس، دعوی تجدیدنظر قابل رسیدگی است.

۴.۱. تصمیمات دادگاه تجدیدنظر در موارد عدم امکان رسیدگی

چنانچه نظر دادگاه تجدیدنظر بر این باشد که دعوی مطروحه قابلیت رسیدگی در این دادگاه را ندارد مبادرت به اتخاذ یکی از تصمیمات زیر خواهد نمود.

۴.۱.۱. عودت پرونده به دادگاه بدوی

در موارد زیر دادگاه تجدیدنظر، با احراز عدم امکان رسیدگی به دعوی تجدیدنظر پرونده را به دادگاه بدوی اعاده خواهد کرد.

۱. چنانچه دادگاه تجدیدنظر علی‌رغم تشخیص دادگاه بدوی، دادخواست را ناقص تشخیص دهد. پرونده را با ذکر نواقص جهت رفع نقص یا اقدام قانونی مناسب به دادگاه بدوی عودت می‌دهد. در این صورت دفتر دادگاه بدوی، در خصوص درخواست تجدیدنظر طبق ماده ۲۴۵ ق. آ. د. ک اقدامات مقتضی را انجام خواهد داد و سپس عنداللزوم پرونده را به دادگاه تجدیدنظر ارسال می‌دارد.

۲. در صورتی که دادگاه تجدیدنظر احراز نماید که درخواست تجدیدنظر ناقص تقدیم گردیده اما در پی اخطار رفع نقص دفتر دادگاه بدوی، خارج از مهلت مقرر ده روز رفع نقص گردیده است. پرونده را جهت صدور قرار رد درخواست و ابلاغ به تجدیدنظر خواه به دادگاه بدوی عودت می‌دهد.

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد دادگاه تجدیدنظر و یا دفتر آن نمی‌توانند در موارد مزبور، اقداماتی را انجام دهند که جزء وظایف و اختیارات دادگاه بدوی است.

۴.۱.۲ صدور قرار عدم صلاحیت:

چنانچه دادگاه بدوی پرونده تجدیدنظر را به دادگاه استانی ارسال دارد که صالح نیست یا در موارد مشابه دیگر، در این صورت دادگاه تجدیدنظر با صدور قرار عدم صلاحیت پرونده را به مرجع تجدیدنظر صالح ارسال می‌نماید.

۴.۱.۳ صدور قرار رد درخواست:

اگر درخواست تجدیدنظر به ادعای وجود عذر موجه خارج از مهلت مقرر تقدیم شده باشد؛ و دادگاه بدوی با احراز ادعای مزبور آن را قبول کرده باشد؛ اما دادگاه تجدیدنظر عذر مورد استناد را احراز ننموده و یا آن را موجه تشخیص ندهد نسبت به صدور قرار رد درخواست تجدیدنظر اقدام می‌کند.

۴.۱.۴. صدور قرار رد دعوی تجدیدنظر

در صورتی که دادگاه بدوی ذیل رأی خود آن را قطعی و غیرقابل تجدیدنظر اعلام کند. ولی محکوم علیه آن را قابل تجدیدنظر دانسته و درخواست تجدیدنظرخواهی کند چنانچه این درخواست در مهلت مقرر و کامل باشد. دادگاه بدوی نمی تواند حتی با فرض اینکه درواقع غیرقابل اعتراض باشد. قرار رد دعوی را صادر کند. بلکه باید به دادگاه تجدیدنظر ارسال کند و چنانچه دادگاه تجدیدنظر بر این عقیده باشد که رأی غیرقابل تجدیدنظر است. نسبت به صدور قرار رد دعوی اقدام خواهد کرد.

۵. نحوه رسیدگی و تصمیمات دادگاه تجدیدنظر در موارد امکان رسیدگی

در صورتی که هیچ یک از موارد سابق الذکر که مانع رسیدگی به دعوی تجدیدنظر می باشند. وجود نداشته باشد یا با فرض وجود، این موانع مرتفع شده باشند زمینه و بستر برای رسیدگی به دعوی تجدیدنظر در مرجع تجدیدنظر فراهم می گردد. در این صورت مرجع تجدیدنظر پس از رسیدگی و بررسی محتویات پرونده مبادرت به اتخاذ تصمیم خواهد کرد. که در این قسمت، نحوه رسیدگی دادگاه تجدیدنظر و اعمالی که در راستای انجام آن صورت می گیرد و هم چنین تصمیمات متنوعی که پس از رسیدگی مزبور اتخاذ می نماید. را مورد مطالعه و بررسی قرار خواهیم داد.

۵.۱. نحوه رسیدگی دادگاه تجدیدنظر

به طور کلی اقداماتی که دادگاه تجدیدنظر، در مقام رسیدگی و بازبینی حکم بدوی انجام می دهد. به دو دسته تقسیم می شوند بدین ترتیب که، این دادگاه، در مواردی، همان اقدامات و ترتیباتی را در دستور کار خود قرار می دهد که در دادگاه بدوی مجری و مرعی است و در مواردی دیگر در جهت اتخاذ تصمیم مقتضی ضوابط و قواعدی که مخصوص مرحله تجدیدنظر است را مورد نظر قرار می دهد.

۵.۱.۱. اجرای ترتیبات مرحله بدوی

در خصوص فرایند رسیدگی دادگاه بدوی مقنن آ. د. ک ترتیبات به نسبت مفصلی را مقرر داشته است. لذا قانون گذار برای جلوگیری از تکرار مقررات مربوط به دادرسی که دادگاه

تجدیدنظر همانند دادگاه بدوی در رسیدگی تجدیدنظر خود ناگزیر از اعمال و اجرای آن‌ها است. اشعار داشته است که به‌جز پاره‌ای از مقررات خاصی که مقتضای رسیدگی تجدیدنظر است. ترتیبات رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر از جمله احضار، جلب، رسیدگی به دلایل، صلاحیت دادگاه و... مطابق همان قواعد و مقررات مرحله بدوی است. (ماده ۲۵۳ ق. آ. د. ک)

۵. ۱. ۲. اجرای ترتیبات خاص

همان‌طور که گفته شد، طبیعت و ماهیت رسیدگی تجدیدنظر در پاره‌ای از موارد، ایجاب می‌نماید تا قواعد و تشریفات مخصوص (و حتی متفاوت نسبت به مرحله بدوی) برای این نوع رسیدگی تعبیه و پیش‌بینی گردد. که در ذیل به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۵. ۱. ۲. ۱. اخذ تأمین مناسب

در این خصوص ماده ۲۵۶ ق. آ. ک مقرر داشته است «هرگاه از حکم صادره درخواست تجدیدنظر شود و از متهم تأمین اخذ نشده باشد. یا متناسب با جرم و ضرر و زیان شاکی خصوصی نباشد دادگاه تجدیدنظر با توجه به دلایل موجود می‌تواند تأمین مناسب اخذ نماید» در خصوص اینکه، تأمین مناسب چه نوع تأمینی است ماده ۱۳۴ می‌گوید «تأمین باید با اهمیت جرم و شدت مجازات و دلایل و اسباب اتهام و احتمال فرار متهم و از بین رفتن آثار جرم و سابقه متهم و وضعیت مزاج و سن و جنسیت او متناسب باشد».

بنابراین اگرچه ممکن است که در مرحله تحقیقات اولیه قاضی دادگاه بدوی یا دادسرا به‌رغم خود تأمین مناسب اخذ کرده باشد. ولی ممکن است، در فرایند دادرسی و به‌تدریج روشن گردد که در راستای تضمین اهدافی که در اخذ تأمین دنبال می‌گردد تأمین اخذ شده مناسب به نظر نمی‌رسد و یا اینکه متهم (محکوم‌علیه) در مرحله بدوی غیبت داشته و تأمین از او اخذ نشده و بعد از صدور حکم غیابی یا گذشت مهلت وخواهی درخواست تجدیدنظر نموده است. با توجه به این‌که امکان حضور در جلسه رسیدگی و فراهم نمودن زمینه اجرای حکم از سوی محکوم‌علیه مورد تردید است. این حق به دادگاه تجدیدنظر داده شده تا بتواند، عندالاقضاء تأمین مناسب اخذ نماید.

۵. ۱. ۲. ۲. ضرورت یا عدم ضرورت تشکیل جلسه و حضور تجدیدنظرخواه

دادگاه تجدیدنظر فقط به محتویات پرونده و ایرادات و اشکالاتی که به رأی صادره گرفته شده و مدافعاتی که طرف مقابل طی لایحه ارسالی داشته توجه می‌کند؛ و تصمیم مقتضی می‌گیرد^۱ و در اکثر موارد نیازی به احضار اصحاب دعوی نیست. اما به نظر می‌رسد که در هر حال جهت رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر تشکیل جلسه ضرورت داشته باشد. اگرچه می‌توان گفت جهت رسمیت جلسه حضور طرفین دادرسی به جز در مواردی که ضرورت ایجاب کند لازم نیست.

۵. ۱. ۲. ۳. تسهیل حضور زندانی در دادگاه

در مورد احضار متهم زندانی به دادگاه عمومی چون به‌طور معمول در همان حوزه قضایی دادگاه بدوی حضور دارد. اشکال چندانی پیش نمی‌آید؛ و در وقت مقرر با بدرقه مأمورین زندان به دادگاه اعزام می‌گردد ولی چون در دادگاه تجدیدنظر استان پرونده مربوط به شهرهای مختلف است اگر لازم باشد، زندانی را از شهری به شهر مرکز استان، جهت حضور در دادگاه اعزام نمایند ترتیبات خاصی را لازم دارد؛ و تدابیر ویژه‌ای را می‌طلبد و از طرف دیگر امکان ارسال مستقیم زندانی از زندان به دادگاه با توجه به وقت محدود دادگاه میسر نیست. بنا به همین ملاحظات مقنن در ماده ۲۵۵ پیش‌بینی کرده است. «هرگاه دادگاه تجدیدنظر استان حضور متهمی را که در حبس است لازم بداند دستور اعزام او را به مسئول زندان یا بازداشتگاه صادر می‌نماید چنانچه زندان یا بازداشتگاه در محل دیگری باشد متهم به دستور دادگاه به‌طور موقت به نزدیک‌ترین زندان تحویل داده خواهد شد.»

۵. ۱. ۲. ۴. قرار تحقیق و معاینه محلی

در این خصوص ماده ۲۵۴ ق. آ. د. ک می‌گوید: «قرار تحقیق و معاینه محل در دادگاه تجدیدنظر توسط رئیس دادگاه یا به دستور او توسط یکی از مستشاران شعبه اجرا می‌شود؛ و چنانچه محل اجرای قرار در شهر دیگر همان استان باشد دادگاه تجدیدنظر می‌تواند اجرای قرار را از دادگاه آن محل درخواست نماید و در صورتی که محل اجرای قرار در حوزه قضایی

۱. مدنی، دکتر جلال‌الدین، آیین دادرسی کیفری ۱ و ۲، چاپ چهارم، انتشارات پایدار، تهران، ۱۳۸۷، ص ۴۵۲

استان دیگری باشد با اعطای نیابت به دادگاه محل درخواست اجرای قرار را خواهد نمود.^۱ رعایت مفاد تبصره ماده ۵۹ این قانون لازم‌الرعايه می‌باشد»

بنابراین رئیس دادگاه تجدیدنظر می‌تواند برای انجام تحقیق محل به هر یک از شهرهای حوزه قضایی خود مراجعه کند یا یکی از مستشاران را به این منظور اعزام دارد و هم می‌تواند انجام تحقیق محلی را از دادگاه عمومی محل بخواهد. این تقاضا نیابت قضایی نیست، چراکه نیابت قضایی، ناظر به موردی است، که درخواست اجرای قرار تحقیق و معاینه از خارج از حوزه قضایی دادگاه رسیدگی‌کننده باشد. در اینجا دادگاه تجدیدنظر که از لحاظ سلسله‌مراتب نسبت به دادگاه بدوی عالی و حوزه قضایی آن استانی محسوب می‌شود. از طریق اعطای نمایندگی انجام تحقیق را می‌خواهد و آن دادگاه تحقیق را انجام می‌دهد و صورت جلسه و اوراق تحصیلی را برای تجدیدنظر می‌فرستد.

نکته لازم به ذکر آن‌که از ماده مزبور مستفاد می‌گردد که دادگاه تجدیدنظر نمی‌تواند انجام تشریفات فوق (تحقیق و معاینه محلی) را از ضابطین دادگستری بخواهد.

و اما چنانچه اقرار متهم و یا شهادت شهود و شهادت بر شهادت شاهد مستند رأی دادگاه باشد، استماع آن توسط قاضی صادرکننده رأی الزامی است و اگر بنا باشد تحقیق محلی مستند رأی دادگاه قرار گیرد شهادت آن‌ها را باید قاضی رأی‌دهنده استماع نماید. ولی در اینجا این سؤال مطرح می‌گردد که با توجه به اینکه سیستم تعدد قضات در دادگاه تجدیدنظر وجود دارد آیا استماع یک نفر از آن‌ها کافی است یا حداقل می‌بایست دو نفر از قضات دادگاه مستقیم آن را مورد استماع قرار دهند.

در اینجا ق. آ. د. ک ساکت است، به نظر می‌رسد با توجه به این‌که پیش‌بینی چنین مقرره‌ای (تبصره ماده ۵۹) در راستای صدور حکم صحیح و عاری از هرگونه شک و شبهه‌ای بوده است و با توجه به این‌که برای صدور حکم، توافق حداقل دو نفر از سه قاضی لازم است لذا تحقیق مزبور باید توسط حداقل دو قاضی از سه قاضی رسیدگی‌کننده به دعوا، مورد استماع قرار گیرد.

۵. ۱. ۲. ۵. استماع ادله جدید

۱. مدنی، دکتر جلال‌الدین، آیین دادرسی کیفری ۱ و ۲، چاپ چهارم، انتشارات پایدار، تهران، ۱۳۸۷،

در حقوق ایران، مانعی در خصوص اقامه ادله جدید در مرحله تجدیدنظر وجود ندارد. استناد به دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر در صورتی که در اثبات ادعاهای مطروحه مرحله نخستین باشد مجاز شمرده می‌شود^۱ و تجدیدنظرخواه می‌تواند در راستای اثبات حق خود به هر دلیلی که مناسب بداند در راستای اثبات ادعای مطروحه در مرحله بدوی تمسک جوید. مگر آنکه دلایل ابرازی جدید با دلایلی که تجدیدنظرخواه در دادگاه بدوی ارائه کرده است. متعارض و متناقض باشند.

دادگاه تجدیدنظر، همانند دادگاه بدوی متعاقب دریافت درخواست، با هر میزان اقدامی که در مقام رسیدگی به حکم صادره انجام دهد در نهایت این تکلیف را دارد که ختم رسیدگی را اعلام و تصمیم مقتضی را اتخاذ و اعلام نماید. منظور از ختم رسیدگی در ماده ۲۵۹ ختم جلسه دادرسی نیست زیرا ممکن است دادگاه تجدیدنظر بدون تعیین وقت رسیدگی و دعوت طرفین در غیاب آنان به رسیدگی به پرونده از جهت دلایل و مدارک استنادی و صورت جلسات دادگاه بدوی و نحوه تحقیقات آن دادگاه بپردازد که این بررسی‌ها رسیدگی نام دارد و منظور از ختم رسیدگی در ماده مذکور ختم این بررسی‌ها در غیاب طرفین است و هم‌چنین می‌تواند ختم رسیدگی آن دادگاه پس از پایان جلسه رسیدگی با حضور طرفین باشد.^۲

در این خصوص ماده ۲۵۹ اشعار می‌دارد «دادگاه تجدیدنظر پس از ختم رسیدگی مکلف است مبادرت به صدور رأی نماید مگر این‌که انشاء رأی متوقف برای تمهید مقدماتی باشد که در این صورت در اولین فرصت حداکثر ظرف یک هفته انشاء رأی می‌نماید»

۵.۱.۳. صدور رأی

پس از این‌که دادگاه تجدیدنظر، ختم رسیدگی را اعلام کرد ممکن است در مقام صدور رأی تصمیمات متنوع و متفاوتی را اتخاذ نماید. که این تصمیمات به شرح زیر خواهد بود.

۵.۱.۳.۱. تأیید حکم بدوی

۱. شمس، دکتر عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، چاپ پانزدهم، تهران، ۱۳۹۰، ص ۱۶۰
 ۲. زراعت، عباس و مهاجری، علی، شرح قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، جلد دوم، چاپ اول، نشر فیض، تهران، ۱۳۷۸، ص ۲۵۳

دادگاه تجدیدنظر پس از بررسی و بازبینی پرونده ممکن است به این نتیجه برسد که رأی بدوی مطابق قانون و دلایل موجود در پرونده صادر شده است. در این صورت در مقام اتخاذ تصمیم مبادرت به تأیید رأی بدوی نموده و پرونده را به دادگاه صادرکننده رأی عودت خواهد داد. در این خصوص بند الف ماده ۲۵۷ ق. آ. د. ک می‌گوید: ... الف. اگر رأی مطابق قانون و دلایل موجود در پرونده باشد ضمن تأیید آن، پرونده را به دادگاه صادرکننده رأی اعاده می‌نماید.

۵. ۱. ۳. ۲. تأیید حکم بدوی همراه با اصلاح آن

ماده ۲۵۰ ق. آ. د. ک اشعار می‌دارد: «اگر رأی تجدیدنظرخواسته از نظر احتساب محکوم‌به یا خسارت یا تعیین مشخصات طرفین یا تعیین نوع و میزان مجازات و تطبیق عمل با قانون یا نقایصی نظیر آن‌ها متضمن اشتباهی باشد که به اساس رأی لطمه وارد نسازد مرجع تجدیدنظر که در مقام تجدیدنظر رسیدگی می‌نماید ضمن تأیید رأی آن را تصحیح خواهد نمود»

مرجع تشخیص و تعیین مصادیق این موارد دادگاه تجدیدنظر است. به این ترتیب دادگاه تجدیدنظر می‌تواند با قائل شدن به وجود اشتباه و احراز اینکه به اساس حکم لطمه‌ای وارد شده مثل؛ میزان مجازات را در مقام رفع اشتباه تغییر دهد یا نوع آن را عوض و حکم بدوی را تأیید کند.

۵. ۱. ۳. ۳. نقض رأی بدوی

هرگاه دادگاه تجدیدنظر، بعد از رسیدگی به محتویات پرونده درخواست تجدیدنظر، احراز کند رأی صادره از دادگاه فاقد صلاحیت یا بدون رعایت تشریفات قانونی و یا بدون توجه به دلایل و مدافعات طرفین صادر شده و عدم رعایت موارد مذکور به درجه‌ای از اهمیت بوده که موجب عدم اعتبار قانونی رأی مذکور گردد و یا مخالف شرع یا مغایر قانون صادر شده باشد رأی صادره را نقض و به شرح زیر اقدام می‌نماید.

۵. ۱. ۳. ۴. صدور رأی از دادگاه فاقد صلاحیت

مطابق شق ۳ از بند ب ماده ۲۵۷ چنانچه رأی به علت عدم صلاحیت دادگاه صادرکننده آن نقض شود. دادگاه تجدیدنظر پرونده را به مرجع صالح ارجاع می‌نماید.

در همین رابطه، ماده ۲۴۹ ق. آ. د. ک مقرر داشته است: چنانچه رأی توسط دادگاهی که صلاحیت ذاتی نداشته صادر شده باشد. مرجع تجدیدنظر آن را نقض و به مرجع صالح ارجاع می‌نماید و در صورتی که از دادگاهی که صلاحیت محلی نداشته صادر شود و هر یک از طرفین دعوا در تجدیدنظرخواهی خود به این موضوع ایراد نمایند مرجع تجدیدنظر آن را نقض و به دادگاه صالح ارجاع می‌نماید.

۵.۱.۳.۵. صدور رأی برخلاف موازین شرعی یا قانونی

در صورتی که دادگاه تجدیدنظر رأی صادره را برخلاف مقررات قانونی یا شرعی بداند، به شرح ذیل اتخاذ تصمیم می‌نماید:

اگر عملی که محکوم‌علیه به اتهام ارتکاب آن محکوم شده است. به فرض ثبوت جرم نبوده و یا به لحاظ شمول عفو عمومی یا سایر جهات قانونی قابل تعقیب نباشد و یا دادگاه تجدیدنظر به هر دلیل برائت متهم را احراز نماید حکم بدوی نقض و رأی مقتضی را صادر می‌نماید. (شق ۱ از بند ب ماده ۲۵۷)

مفاد بند مزبور با تغییراتی مختصر در تبصره ۱ ماده ۲۲ ق. ت. د. ع. ا آمده است، مطابق این تبصره، اگر در دادگاه تجدیدنظر متهم بی‌گناه شناخته شود حکم بدوی فسخ و متهم تبرئه می‌گردد هر چند که درخواست تجدیدنظر نکرده باشد و در این صورت اگر متهم در زندان باشد، فوری آزاد می‌گردد.

۶. نتیجه‌گیری

قضات هرچند اهل فضیلت و تقوی باشند ممکن است در رسیدگی به پرونده‌ها و صدور رأی دچار اشتباه شوند بنابراین ضرورت مرجع تجدیدنظر امری اجتناب‌ناپذیر است و سهولت در تجدیدنظرخواهی و به حداقل رساندن تشریفات کمک مؤثری به اصحاب دعواست. از دیرباز در دستگاه‌های قضایی و دادرسی‌ها صاحب‌نظران علم حقوق به فکر افتاده‌اند تا تصمیمات قضایی و دادرسی‌ها را از انحصار افراد خارج و آن را دومرحله‌ای یا چندمرحله‌ای سازند. چنین روشی موجب استحکام احکام می‌شود. باید توجه داشت که رسیدگی مجدد به نحوی صورت گیرد که موجب اطاله دادرسی نگردد و قطعیت حکم و اجرای احکام به درازا نکشد و احکامی که از اهمیت نسبی برخوردار باشند قابل تجدیدنظر باشند و مراجع بالاتر به خاطر مسائل جزئی و غیر مهم از مسائل مهم بازمانند. در تصویب قوانین حتی‌الامکان اصول

شناخته شده جهانی در مورد تجدیدنظر مدنظر قرار گیرد و در قطعی اعلام نمودن احکام دقت بیشتری گردد.

منابع

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد چهارم، انتشارات مجد.
۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، انتشارات مهر
۳. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ بیستم، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۴. زراعت، عباس و مهاجری، علی، شرح قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری.
۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، جلد دوم.
۶. گلدوست جویباری، رجب، کلیات آیین دادرسی کیفری، انتشارات نشر جنگل.
۷. لوح جامع قوانین و مقررات جمهوری اسلامی، معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
۸. رحمدل، منصور، مجله حقوقی دادگستری، منع تشدید مجازات در مرحله تجدیدنظر، شماره ۶۷، فصلنامه علمی-آموزشی قوه قضاییه، تهران، ۱۳۸۸
۹. محمدجعفر لنگرودی، دانشنامه حقوقی، تهران، ابن‌سینا
۱۰. مدنی، جلال‌الدین، (۱۳۸۷)، آیین دادرسی، جلد ۱ و ۲، انتشارات پایدار، چاپ چهارم.

ارزیابی حقوقی تخطیات مرتکبه از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک

سید مصطفی کازرونی^۱

مقدمه

مصونیت وسایل نقلیه دیپلماتیک یکی از انواع مصونیت‌های دیپلماتیک به شمار می‌رود. وسایل نقلیه دیپلماتیک طیف وسیعی را از هواپیماها تا قطار، خودرو تا کشتی را که به منظور حمل کالا یا افراد در زمینه بین‌الدولی مورد استفاده قرار می‌گیرند را شامل می‌گردد. قواعد حاکم بر مصونیت وسایل نقلیه دیپلماتیک در دو بخش قابل بررسی است:

۱. بخش عمومی: بدین معنا که مصونیت وسایل نقلیه دیپلماتیک با توجه به تقسیم‌بندی کلی مصونیت‌ها در کنوانسیون وین ۱۹۶۱ راجع به روابط دیپلماتیک به مصونیت‌های شخصی یعنی مصونیت‌هایی که قائم به شخص افراد برخوردار از مصونیت‌های دیپلماتیک در کنوانسیون وین ۱۹۶۱ چون سفیر، کاردار و اعضای خانواده آن‌ها می‌گردد و مصونیت‌های مربوط به اموال یعنی مصونیت‌هایی که ناظر بر اماکن و دارایی‌هایی است که از سوی کارمند دولت خارجی برای انجام مأموریت مورد استفاده قرار می‌گیرد در دسته مصونیت‌های دیپلماتیک مربوط به اموال قرار می‌گیرد. بنابراین بدیهی است که قواعد حاکم بر مصونیت اموال دیپلماتیک به مانند اماکن دیپلماتیک، بسته‌های دیپلماتیک بر وسایل نقلیه دیپلماتیک نیز تسری پیدا می‌نماید از جمله اینکه، مأموران انتظامی و امنیتی دولت پذیرنده نمی‌توانند بدون اجازه رئیس هیأت نمایندگی دیپلماتیک بدان جا وارد آیند.

در این بخش منبع اصلی ما، کنوانسیون ۱۹۶۱ حقوق دیپلماتیک وین و کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأموران دیپلماتیک خواهد بود. در کنار آن، به دلیل تسری قواعد مشمول مأمورین دیپلماتیک بر نمایندگان سازمان‌های بین‌المللی و نیز مأمورین ویژه دولت‌ها، به تبع آن و سایل نقلیه مورد استفاده این چنین افرادی نیز از مصونیت دیپلماتیک برخوردار خواهند شد. کنوانسیون مزایا و مصونیت‌های ملل متحد، کنوانسیون مزایا و مصونیت‌های سازمان‌های تخصصی ملل متحد، کنوانسیون مأموریت‌ها ویژه نیز مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲. اختصاصی: با توجه به خصوصیات متمایز وسایل نقلیه دیپلماتیک از سایر اموال مانند قابلیت تحرک، می‌توان قواعد اختصاصی را نیز در مورد آن‌ها مطرح نمود برای نمونه

۱. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز.

عبور از چراغ قرمز، تصادف با عابر پیاده، حمل اموال ممنوعه و... که در طول مقاله به تفصیل بحث خواهد شد. در این بخش، اسناد بین‌المللی بیشتری قابلیت طرح دارد برای نمونه می‌توان از کنوانسیون بین‌المللی حقوق دریاهای ۱۹۸۲ در زمینه کشتی‌ها و کنوانسیون شیکاگو در زمینه‌های هواپیماهای دولتی و همچنین قوانین بیمه بین‌المللی مانند قانون بیمه کارت سبز در زمینه مصونیت‌ها وسایل نقلیه دیپلماتیک مثال زد.

مقاله حاضر از دو مبحث عمده تشکیل شده است که در مبحث اول تحت عنوان تعریف، تاریخچه و الزامات وسایل نقلیه دیپلماتیک به مواردی چون تعریف، تاریخچه و الزامات وسایل نقلیه دیپلماتیک و در مبحث دوم تحت عنوان تخطیات مرتکبه از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک، آن‌ها را در سه بخش وسایل نقلیه موتوری زمینی، دریایی و هوایی مورد بررسی قرار داده‌ایم. در ضمن در هر بخش، رویکردهای عملی بسیاری آورده شده تا ذهن مخاطبان را با موارد عینی نیز آشنا سازد.

مبحث اول: تعریف، تاریخچه و الزامات به کارگیری وسایل نقلیه دیپلماتیک در حقوق بین‌الملل

گفتار اول: تعریف تخطی مرتکبه از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک

در تعاریف قدیمی از وسیله نقلیه وجود سرنشین را برای آن الزامی می‌دانستند کما اینکه در فرهنگ لغت آکسفورد در سال ۱۹۵۰ دیده می‌شود اما با پیشرفت فناوری امروزه وسایل نقلیه مانند پهپادها ابداع و توسعه یافته است که دیگر نیازی به سرنشین ندارند در هیچ‌یک از اسناد بین‌المللی از وسایل نقلیه تعریف جامع و مانعی به عمل نیامده است و به نظر می‌رسد که علت عمده آن، توجه به بحث فناوری و فناوری بوده است تا اختلاف نظرات سیاسی.

بهترین تعریف شاید تعریف کنوانسیون بین‌المللی قرارداد برای حمل بین‌المللی کالا به صورت کلی یا جزئی از طریق دریا در سال ۲۰۰۸ باشد که در مقدمه خود مقرر می‌دارد وسیله نقلیه یعنی وسیله‌ای که برای حمل کالا یا افراد از طریق دریا، خشکی و هوایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. بر طبق این تعریف، وسایل نقلیه را می‌توان به سه بخش زمینی، هوایی و دریایی تقسیم نمود تخطی نیز یک مفهوم عام است که هم شامل انجام فعل یا ترک فعل به صورت عمد، غیرعمد یا خطای محض است که هر سه صورت را دربر می‌گیرد.

گفتار اول: تاریخچه تخطی مرتکبه از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک

شاید بتوان نخستین تخطی ناشی از وسایل نقلیه دیپلماتیک را که در آن اسب چوبین تروآ، پر از جنگجویان بود و با استفاده از آن به نابودی اقدام نمودند. در دوران باستان به دلیل اینکه وسایل نقلیه دیپلماتیک را به طور کلی اسب و ارابه تشکیل می دادند، سابقه چندانی از تخطی از مصونیت از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک به چشم نمی خورد در جنگ اول و دوم جهانی، نقض های مرتکبه از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک بسیار می باشند.

در حقوق بین الملل اسلام نیز بر مصونیت وسیله نقلیه دیپلماتیک تأکید شده است چنانچه شیبانی در کتاب السیر کبیر می گوید: هرگاه غیرمسلمانی وارد سرزمین های اسلامی شد و به واسطه اینکه حامل نامه ای از سوی مقامات حکومتی بیگانه است، خواستار امان شد؛ تا زمانی که حقیقت مسئله روشن نشود؛ جان مال و مرکب او مصون از تعرض است.

با استناد به همین دلیل بود که در جنگ های متعددی که پیامبر اکرم (ص) و امیر مؤمنان علی علیه اسلام در نبردهای چندی که با یهودیان و غیرمسلمانان داشتند، از کشتن فرستاده و مرکب او خودداری ورزیدند.

تا به روی کار آمدن و توسعه وسایل نقلیه در صحنه اجتماع بشری، جز یک سری قواعد عرفی نمی توان شاهد موارد عملی تخطیات از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک بود. دراصل باید دانست که تدوین کنوانسیون وین ۱۹۶۱ راجع به روابط دیپلماتیک و سایر کنوانسیونهای مرتبط برای تدوین و به نوعی تحدید حدود مصونیت دیپلماتیک بوده است که این امر در مقدمه کنوانسیون ۱۹۶۱ وین نیز به صراحت ذکر شده است؛ چه آنکه پیش از تدوین این اسناد، قواعد روشنی در باب مصونیت دیپلماتیک از جمله راجع به مصونیت وسایل دیپلماتیک وجود نداشت به صورت نمونه می توان از اخراج و زندانی نمودن دو افسر پلیس در سال ۱۹۳۵ در شهر الکتون ایالت مریلند آمریکا^۱ به سبب جرمه خودروی شخصی سفیر ایران در آمریکا به اتهام سرعت غیر مجاز، استعمال و بر خوداری از حشیش در داخل خودرویش خبر داد^۲.

¹ Elkton, Maryland

² For more information about the Iranian ambassador's delinquency in Elkton, Maryland see "Turan, The Devilish Demands of Diplomatic Immunity, Washington Post, January. 11, 1976, at 11"

پس از تدوین کنوانسیون ۱۹۶۱ وین نیز اگرچه این اختلافات وجود داشت ولی کمتر شد برای نمونه می‌توان به ۱۴ فوریه ۱۹۸۸ اشاره داشت که کیترو آبی‌سینتو،^۱ سفیر گینه‌نو پاپوا^۲ درحالی که مست بود با چهار خودرو تصادف نمود و یک نفر را نیز به‌شدت زخمی نمود.^۳

معمول‌ترین نمونه نوع استفاده از وسایل نقلیه دیپلماتیک مخل نظم و امنیت عمومی در جریان بحران کنگو که منجر به طرح قضیه فعالیت‌های مسلحانه در خاک کنگو در دیوان بین‌المللی دادگستری می‌گردد، است جایی که نماینده کنگو ادعا نمود که کشورهای طرفدار رژیم موبوتو، رئیس‌جمهور سابق که از سوی فرانسه مورد حمایت بود در چندین مورد از طریق خودروهای برخوردار از مصونیت دیپلماتیک اوگاندا و رواندا برای سرنگونی رژیم کابیلا، رئیس‌جمهور و قت جمهوری دموکراتیک کنگو که از حمایت حکومت‌هایی مانند جمهوری آفریقای مرکزی، چاد برخوردار بود اقدام به حمل تسلیحات برای شورشیان طرفدار آن‌ها در خاک کنگو نموده بود.

اگرچه این ادعای حمل تسلیحات از طریق خودروهای سفارت اوگاندا و رواندا به علت فقدان شواهد کافی توسط دیوان بین‌المللی دادگستری به اثبات نرسید اما دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی نهایی خود ارسال تسلیحات را به صورت کلی از سوی مقامات دولتی اوگاندا و رواندا در نقض نظم و امنیت داخلی کنگو محکوم نمود.

دیوان بین‌المللی دادگستری حتی در رأی خویش در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در و بر نیکاراگوئه که منجر به محکومیت دولت آمریکا به دلیل حمایت از گروه‌های شورشی برای براندازی حکومت ساندیست‌ها در نیکاراگوئه شد، به دلیل ارسال تسلیحات از طریق کشتی‌های جنگی آمریکا به شورشی‌های کنتر، ادعای آمریکا را مبنی بر مصونیت دیپلماتیک این وسایل نقلیه رد نمود و حتی مبنای این رأی خود را علاوه بر مقررات حقوق بین‌الملل چون اصل عدم مداخله و اصل عدم توسل به زور، بر موافقت‌نامه خاص دوجانبه بین کشور به‌عنوان معاهده دوستی، تجارت و دریانوردی که در ماده یک خود هرگونه عمل مخالف ماهیت تجارت دریایی از جمله ارسال تسلیحات را مخالف نظم و امنیت عمومی و اصل عدم مداخله ذکر کرده بود، استناد نمود.

1 Kiatro Abisinito

2 Papua New Guinea

3 See Lynton, Envoy's Car Slams Into 4 Vehicles, Wash. Post, Feb. 14, 1987, at B1.

مورد تازه تخطی از مقررات توسط وسایل نقلیه موتوری دیپلماتیک را می‌توان در ماجرای تصادف اتوبیل سفارت عربستان سعودی در تهران با یک دستگاه پراید در اواخر اسفند سال ۱۳۹۱ دانست که طی آن، راننده سفارت عربستان سعودی به علت مستی موجب مرگ یک شهروند ایرانی و خسارت عمده به اتوبیل وی شد. این حادثه که بنا بر اظهارات مقامات وزارت امور خارجه در اثر عدم رعایت قوانین داخلی جمهوری اسلامی، تخطی از سرعت مجاز و عدم تعادل راننده روی داده است، مراتب اعتراض شدید ایران را به آن عمل به دولت عربستان سعودی در پی داشت، که دولت عربستان اندکی بعد مراتب تأسف خویش را از این حادثه اعلان داشت و اظهار داشت که این موضوع را از طریق مجاری دیپلماتیک دنبال می‌نماید؛ خبرها حاکی از آن است که دولت ایران خود دیه این فرد را از بیت‌المال پرداخته است ولی فرد خاطی به‌عنوان عنصر نامطلوب از ایران اخراج شده است.

جدیدترین مورد تخطی قوانین و مقررات داخلی دولت پذیرنده در جریان جنگ سوریه به وقوع پیوست جایی که در عمل بسیاری از سفارت‌خانه‌های غربی تبدیل به محلی برای ارسال تسلیحات به گروه‌های تروریستی شدند که از جمله آن پیش از قطع روابط دیپلماتیک میان فرانسه و انگلستان با دولت سوریه و شناسایی شورشیان، از طریق خودروهای سفارت، به توزیع تسلیحات در میان تروریست‌ها اقدام می‌نمودند.

گفتار سوم: الزامات موجود برای تسری مصونیت دیپلماتیک بر وسایل نقلیه دیپلماتیک

مصونیت دیپلماتیک وسایل نقلیه دیپلماتیک در چهارچوب تکلیف دولت پذیرنده به ایجاد آزادی رفت‌وآمد و مسافرت تمام اعضای مأموریت دیپلماتیک و با توجه بند ۳ ماده ۲۲ کنوانسیون ۱۹۶۱ دیپلماتیک وین مقرر شده است که بر مبنای آن: اماکن مأموریت، اسباب و اثاث و اشیاء دیگر موجود در آن و همچنین، وسایل نقلیه مأموریت مصون از تفتیش و مصادره و توقیف و یا اقدامات اجرایی خواهند بود.

برقراری مصونیت دیپلماتیک از جمله مصونیت وسایل نقلیه دیپلماتیک به‌منظور این است که مأموران دیپلماتیک بتوانند وظائف خویش را به نحو احسن انجام دهند. براساس ماده یک کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأموران دیپلماتیک نیز، اشخاص مورد حمایت بین‌المللی من‌جمله مأمورین دیپلماتیک از آزادی رفت‌وآمد برخوردار هستند و کلیه افراد تحت‌الشمول این

وصف به هنگام وقوع جرم علیه شخص یا اماکن رسمی یا محل سکونت یا وسایل نقلیه، حق دارند به موجب حقوق بین الملل از حمایت مخصوص در مقابل ایراد صدمه به شخص یا آزادی و حیثیت اعضای خانواده خود که با او زندگی می کنند، برخوردار باشند.

به مصونیت و سایل نقلیه دیپلماتیک در بخشنامه ۱۷/۳۸۰۱ مورخه ۱۳۶۰/۱۲/۱۰ شورای عالی قضایی نیز مورد تأکید قرار گرفته است. بنا بر بند ۲ ماده ۳۹ کنوانسیون ۱۹۶۱ وین راجع به روابط دیپلماتیک، مصونیت وسایل نقلیه دیپلماتیک حتی در زمان وقوع جنگ مسلحانه میان دو کشور نیز مورد احترام و مراعات قرار می گیرد، بنابراین در صورت تخطی احتمالی از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک در زمان صلح نمی توان در زمان جنگ اقدام به توقیف آن نمود. از سوی دیگر، با توجه به بند یک ماه ۴۱ کنوانسیون فوق الذکر، مأمورین دیپلماتیک در استفاده از وسایل نقلیه دیپلماتیک بدون آنکه به مصونیت ها و مزایایی آن ها لطمه ای وارد گردد، قوانین و مقررات دولت پذیرنده از جمله قوانین راهنمایی و رانندگی، قانون مجازات، قوانین ثبتی را رعایت نمایند.

اما تسری تمامی قواعد فوق الذکر منوط به یک شرط است و آن ثبت و سیله نقلیه دیپلماتیک است تا آنجا که عدم ثبت یا ثبت نادرست می تواند مانع از تسری قواعد مصونیت را شود و از سوی دیگر ثبت برای وسایل نقلیه به مانند اعطای تابعیت به افراد است که در این زمینه می توان به بند ۲ ماده ۹۶ کنوانسیون حقوق دریاهای آزاد که از امکان توقیف کشتی صاحب دو یا چند پرچم یا فاقد پرچم توسط کشتی جنگی هر دولتی در دریاهای آزاد سخن می راند.

وسایل نقلیه دیپلماتیک باید در دولت پذیرنده به ثبت برسند در این مورد قواعد به طور نسبی متفاوتی در تمامی کشورها وجود دارد برای نمونه در جمهوری اسلامی ایران علی رغم اینکه در مورد وسایل نقلیه موتوری برای اتباع ایرانی، ضرورت تأیید دفاتر اسناد رسمی و نیروی انتظامی برای ثبت آن ها یا برای خودروهای وارداتی علاوه بر این نهادها تأیید گمرک وجود دارد در مورد وسایل نقلیه دیپلماتیک چنین ضرورتی وجود ندارد بدین معنا که خودروهای دیپلماتیک معاف از مالیات گمرکی و سایر مالیات های مرتبط بوده از سوی دیگر به طور معمول با تأییدیه وزارت امور خارجه و وزارت کشور، وسایل نقلیه دیپلماتیک ثبت و بدان ها پلاک تعلق می گیرد و نیازی به تأیید دفاتر اسناد رسمی وجود ندارد.

انگلستان از سال ۱۹۷۹ میلادی، خودروهایی که متعلق به سفارت خانه خارجی، کارمندان کنسولی و سازمان های بین المللی مورد استفاده قرار می گیرد؛ علاوه بر ضرورت

ثبت در وزارت کشور و نیز وزارت وسایل نقلیه موتوری انگلستان، از پلاک مخصوصی برخوردار می‌باشند بدین معنا که پلاک متعلق به دیپلمات‌ها، از ۷ رقم و حرف تشکیل شده است که در ابتدا، سه رقم در سمت راست که شماره دولت یا سازمان‌های بین‌المللی متبوع مأمور دیپلماتیک، یک حرف که دی (D) برای مأمورین دیپلماتیک و ایکس (X) برای کارمندان سفارت که فاقد مصونیت دیپلماتیک و نیز مأموران کنسولی هستند و سه حرف در سمت چپ که یک شماره سریال مخصوص است که برای مأموران دیپلماتیک از شماره ۱۰۱ آغاز می‌گردد (برای نمونه شماره سریال و سایل نقلیه دیپلماتیک جمهوری اسلامی ایران در لندن ۱۸۱-۱۸۲ و برای سازمان ملل متحد ۹۱۷ است)، برای کارمندان سفارت فاقد مصونیت دیپلماتیک از ۴۰۰ و برای کارمندان کنسولی از ۷۰۰ آغاز می‌گردد.

در ایالات متحده آمریکا نیز، با توجه به حاکمیت فدرالیسم، به‌صورت معمول هر ایالتی مسئول ثبت کلیه وسایل نقلیه مورد تردد در آن ایالات است اما در مورد وسایل نقلیه دیپلماتیک و کنسولی این امر متفاوت است بدین‌صورت که وزارت وسایل نقلیه موتوری آمریکا در سطح فدرال مسئول ثبت و صدور پلاک دیپلماتیک و کنسولی برای وسایل نقلیه دیپلماتیک و کنسولی است.

البته در آمریکا برای جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی از خودروهای دیپلماتیک و کنسولی هر دو سال یک‌بار نسبت به تعویض پلاک آن‌ها اقدام می‌گردد تا جرائم ناشی از وسایل نقلیه دیپلماتیک و کنسولی را به حداقل رساند.

یکی از موارد دیگر ممکن در مورد تخطیات ناشی از وسایل نقلیه دیپلماتیک در کشورهای ثالث غیر از کشور پذیرنده و فرستنده است. کشورها در مورد این نیز تدابیری را اتخاذ نموده‌اند و با پیش‌بینی سیستم کارت سبز برای وسایل نقلیه سبک از جمله اتومبیل دیپلماتیک، موجب شده‌اند که در صورت وقوع خسارت ناشی از فعل یا ترک فعل و سایل نقلیه دیپلماتیک در کشورهای ثالث که منجر به خسارات مالی و جسمانی به اتباع آن کشورها می‌گردد، مانع از تسری قوانین داخلی آن کشور ثالث بر وسیله نقلیه دیپلماتیک شوند و خسارات آن از این بیمه دریافت شود. این سیستم در مناطق مختلف جهان به نام‌های مختلف مشهور است؛ برای نمونه در حوزه کشورهای عضو جامعه اقتصادی عرب آفریقا به کارت قهوه‌ای، در حوزه کشورهای عربی به کارت نارنجی، در حوزه کشورهای آسیای شرقی به کارت آبی، نام‌گذاری می‌شود.

در ایران، نیز از سال ۱۳۵۶، دفتر منطقه‌ای بیمه کارت سبز در تهران مستقر شده است که نهاد صالح برای صدور آن بیمه، شرکت سهامی بیمه ایران است. بنابراین،

در صورتی که و سیله نقلیه دیپلماتیک آلمانی که در اختیار سفارت آلمان در امارات متحده عربی باشد در راه بازگشت به آلمان، در ایران به عنوان یک کشور ثالث مرتکب تصادف گردد که مرگ اتباع ایرانی را در پی داشته باشد با پیش‌بینی این بیمه، مانع از تسری قوانین ذی‌ربط جمهوری اسلامی ایران مرتبط با خسارات ناشی از تصادف از جمله قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷ می‌گردد.

مبحث دوم. انواع تخطیات مرتکبه از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک

گفتار اول. تخطیات عمومی مرتکبه از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک

به مانند تقسیم‌بندی کلی در مقدمه در بین خود وسایل نقلیه دیپلماتیک نیز باید قائل به دو نوع قواعد عمومی و اختصاصی بود به گونه‌ای که برخی تخطیات عمومی و برخی اختصاصی است. دو استثناء کلی در زمینه نقض مصونیت وسایل نقلیه دیپلماتیک اعم از زمینی، دریایی و هوایی در حقوق بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است:

۱. اگر تخطی از قوانین و مقررات دولت پذیرنده به صورت مشهود از سوی مأمور یا هر شخصی غیر از آن در و سیله نقلیه دیپلماتیک رخ دهد مانند اعمال منافی عفت عمومی در کشورهای اسلامی، پلیس می‌تواند به صورت موقت آن مأمور یا هر شخص درون وسایل نقلیه دیپلماتیک را بازداشت نماید تا پس از احراز هویت و مشخص شدن و صف دیپلمات نسبت به آزادی وی اقدام نماید.

این ادعا در قضیه کارکنان سفارت و کنسولی آمریکا در تهران در سال ۱۹۸۰ میلادی نیز مورد تأیید دیوان بین‌الملل دادگستری قرار گرفته است چنانچه مقرر می‌دارد: مصونیت دیپلماتیک مانع از آن نیست که مأمورین دیپلماتیک که در وضعیت ارتکاب یک حمله یا دیگر تخلفات به صورت مشهود باشند به صورت جزئی و کوتاه‌مدت توسط پلیس دولت پذیرنده به منظور جلوگیری از ارتکاب آن جرم مشخص دستگیر شوند.^۱

چنین موردی به‌طور عینی در مورد مأمورین دیپلماتیک مکزیکی در آمریکا در سال ۱۹۸۵ اتفاق افتاد که طی آن سفیر وقت مکزیکی، از طریق وسیله نقلیه سفارت اقدام به جابه‌جایی مواد مخدر می‌نمود. از آنجاکه جابه‌جایی مواد مخدر یک جرم مشهود است پلیس آمریکا در یک فرصت مناسب بدون اجازه سفیر مکزیکی وارد اتومبیل سفارت شد و او را به

^۱ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, 1. C. J. Reports 1980.

همراه مواد مخدر دستگیر نمود اما پس از مدتی او را آزاد و سپس به عنوان عنصر نامطلوب از کشور اخراج کرد.

۲. زمانی که فعل یا ترک فعل در وسیله نقلیه دیپلماتیک ارتکاب پیدا می نماید که مخل نظم و امنیت عمومی دولت پذیرنده است برای نمونه اگر از طریق وسیله نقلیه دیپلماتیک مبادرت به حمل مقادیر زیادی اسکناس تقلبی شود به گونه ای که بتوان با دلایل متقن گفت که نظم و امنیت عمومی دولت پذیرنده در اثر حمل این مقادیر زیاد اسکناس مورد تخطی قرار گرفته است، مأموران انتظامی دولت پذیرنده می توانند با استناد به ظن قوی مبادرت به بازرسی وسیله نقلیه دیپلماتیک نمایند بدیهی است که در این مورد، تنها با اطلاع رئیس هیأت دیپلماتیک است که بازرسی از وسیله نقلیه دیپلماتیک امکان پذیر می گردد اما پس از بازرسی و کشف و ضبط اسکناس های تقلبی و تهیه صورت جلسه، دیگر نیازی به امضای مأمور دیپلماتیک نیست.

نمونه دیگر در سال ۱۹۸۵ میلادی کامیونی حاوی ۹ تن بسته های دیپلماتیک از اتحاد شوروی به آلمان غربی و آلمان غرب دان مظنون بود به شمارش بسته های اقدام نمود البته در ابتدا، نماینده دیپلماتیک شوروی مقاومت می نمود.

گفتار اول. تخطیات اختصاصی مرتکبه از طریق وسایل نقلیه موتوری زمینی دیپلماتیک

تخطیات مرتکبه توسط وسایل نقلیه موتوری زمینی دیپلماتیک می توانند دو حالت کلی مجزا داشته باشد:

۱. در حالتی که وسیله نقلیه به طور اختصاصی برای امور دیپلماتیک، اختصاص داده شده است و واجد پلاک دیپلماتیک و سایر مشخصات ثبتی وسایل نقلیه دیپلماتیک باشد.

۲. در حالتی که وسیله نقلیه، یک وسیله نقلیه غیر دیپلماتیک باشد؛ اما به سبب وجود عواملی مانند مأموران دیپلماتیک یا بسته دیپلماتیک از مصونیت دیپلماتیک برخوردار است. در حالت نخست، مصونیت، یک مصونیت ذاتی است یعنی به صرف وجود یا عدم وجود مأموران دیپلماتیک یا بسته های دیپلماتیک، وسیله نقلیه به مانند کشتی، هواپیما، اتومبیل از مصونیت های دیپلماتیک چون مصونیت از تعرض برخوردارند.

اما در حالت دوم یعنی وسایل نقلیه شخصی، مصونیت، یک مصونیت تبعی است یعنی به محض خروج عامل مصونیت از مأمورین دیپلماتیک یا بسته دیپلماتیک، می توان برای نمونه اتومبیل را توقیف یا مصادره نمود یا صاحبان آن را دستگیر کرد.

بدیهی است که در مورد تخطی از قوانین راهنمایی و رانندگی در کشور پذیرنده در حالت نخست یعنی در موردی که از وسیله نقلیه دیپلماتیک استفاده شده است در صورت وقوع تخلفاتی چون عبور از چراغ قرمز می‌توان به صدور قبض برای اتومبیل خاطی اقدام نمود که بایستی از طریق وزارت امور خارجه کشور میزبان دنبال شود و در اکثر مواقع، مورد پرداخت قرار می‌گیرد.

در مقابل موارد زیادی نیز رخ داده است که تخطیات مرتکبه از طریق و سایل نقلیه موتوری زمینی دیپلماتیک بدون دادرسی باقی مانده است در پرونده اسکین در مقابل جمهوری فدراتیو برزیل در دادگاه بخش شیکاگو، پسر بزرگ سفیر وقت برزیل در آمریکا، به دلیل خصومت شخصی با یک مرد به نام کنت اسکین از طریق خودرو سفارت در یک موقعیت مناسب، او را در یکی از خیابان‌های شیکاگو در ۲۲ جولای ۱۹۸۴ به زیر گرفت و پس از ارتکاب جنایت از صحنه جرم فرار نمود. پلیس آمریکا با استفاده از دوربین مدار بسته، خودرو و راننده خاطی را تشخیص داد و دادستان شیکاگو علیه فرد خاطی یعنی پسر سفیر برزیل، اعلان جرم نمود اما به دلیل مصونیت دولت برزیل در خاک آمریکا، دادگاه بخش شیکاگو از رسیدگی اعلان عدم صلاحیت کرد.^۱

در حالت دوم در مورد و سایل نقلیه شخصی در صورتی که بتوان اثبات نمود که از وسایل نقلیه شخصی که در آن مأمورین دیپلماتیک حضور داشته است برای انجام وظائف شخصی مانند انتقال مال شخصی خود مأمورین دیپلماتیک استفاده شده باشد در صورتی که مرتکب اقداماتی مانند عبور از چراغ قرمز استفاده شده باشد، در این صورت مبلغ جریمه از صاحب خودرو اخذ و وی می‌تواند برای دریافت مبلغ جریمه به سفارت متبوع آن نماینده دیپلماتیک رجوع نماید.

برای نمونه، سفیر فنلاند هر روز از طریق مترو تهران به محل کارش در خیابان تهران می‌رود اگر در حین سوار شدن سفیر فنلاند در مترو، قطار مترو واجد مصونیت دیپلماتیک است بنابراین اگر در این حین، قطار با شخصی برخورد نماید و آن شخص، فوت نماید در این صورت تا مدتی که سفیر در مترو حضور دارد نمی‌توان راننده این دستگاه را مورد بازرسی قرار داد یا آن را توقیف نمود مگر با اجازه مأمور دیپلماتیک.

^۱ Skeen v. Federative Republic of Brazil, 566 F. Supp. 1414, 1420 (D.D.C. 1984).

البته در مورد اعمال مفاد کنوانسیون وین ۱۹۶۱ دیپلماتیک می‌توان یک استثناء در مورد تخطی از قوانین و مقررات دولت پذیرنده و امکان تسری قوانین و مقررات داخلی دولت پذیرنده حتی مغایر با مفاد کنوانسیون وین ۱۹۶۱ را راجع به مصونیت مطلق و سایل نقلیه دیپلماتیک از جمله منع توقف و حتی مصادره آن‌ها را ذکر نمود و آن در فرض بند یک ماده ۴۷ کنوانسیون وین ۱۹۶۱ است مبنی برای اینکه این ماده مقرر می‌دارد که در صورتی که در دولت فرستنده، نسبت به وسایل نقلیه دیپلماتیک، تبعیض خاصی در محدوده حاکمیتی خود اعمال نماید، دولت پذیرنده نیز می‌تواند همان عمل را در مورد وسایل نقلیه دیپلماتیک کشور فرستنده اعمال نماید.

برای نمونه اگر در کشور فرستنده به توقیف یا مصادره وسیله نقلیه دیپلماتیک ایران در کشور فرانسه اقدام گردد، ایران نیز می‌تواند با توجه به قوانین داخلی خویش حتی مغایر با کنوانسیون ۱۹۶۱ وین، در واکنش، چنین محدودیتی را در مورد اتومبیل دیپلماتیک سفارت فرانسه در تهران را علی‌رغم مصونیت مطلق وسایل نقلیه دیپلماتیک اعمال نماید.

یک وضعیت نقض تعهد ناشی از وسایل نقلیه سبک دیپلماتیک ممکن است در حالتی رخ دهد که بر اساس ماده ۲۶ کنوانسیون ۱۹۶۱ وین دیپلماتیک، دولت پذیرنده مناطقی را به‌عنوان مناطق مهم از نظر امنیتی مشخص نموده باشد که حضور مأمور دیپلماتیک در آنجا ممنوع باشد اما مأمور دیپلماتیک با استفاده از اتومبیل دیپلماتیک بدان نواحی سفر کند و بنابراین از وسایل نقلیه دیپلماتیک برای اجرای وظایفی غیر از آن استفاده گردد برای نمونه می‌توان به حضور مقامات اروپایی و ایالات متحده آمریکا از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک در جریان تظاهرات اخیر در اوکراین اشاره داشت که افرادی مانند کاترین اشتون، وست وله (وزیر امور خارجه آلمان) و جان کری با استفاده از اتومبیل‌های دیپلماتیک سفارت اتحادیه اروپا، آلمان و نیز ایالات متحده به مناطقی که معترضان به یاناکویچ در آنجا تظاهرات کرده بودند، رفتند که دولت اوکراین، آن‌ها را باز داشته بود بدون شک در صورت وقوع این حوادث تنها اقدام ممکن دولت پذیرنده، اعتراض شدید از طریق احضار مأمور دیپلماتیک و در موارد مهم اخراج او به‌عنوان عنصر نامطلوب باشد.

گفتار دوم: تخطیات اختصاصی مرتکبه از طریق وسایل نقلیه موتوری دریایی دیپلماتیک

با توجه به کنوانسیون ۱۹۸۲ بین‌المللی حقوق دریاهای در مورد کشتی‌های دیپلماتیک یعنی کشتی‌های جنگی و دولتی، باید قائل به تفکیک شد بدین معنا که باید

بین دو حالت جنگ و صلح بین کشورها تمییز قابل شد. البته برخی کشتی‌ها هستند که به علت فاجعه‌آمیز بودن هدف قرار دادن آن‌ها حتی در زمان جنگ ممنوع شده‌اند که آن کشتی‌های حامل مواد هسته‌ای یا مواد شیمیایی خطرناک هستند که به اصطلاح دارای مصونیت مشدد هستند.

بدیهی است که در حالت صلح، کشتی‌های دیپلماتیک می‌توانند بر طبق شرایط قانونی ورود و توقف که توسط دولت ساحلی اعلان می‌گردد و از طریق دیپلماتیک بدان‌ها اعلان می‌شود وارد آب‌های داخلی شده. بنابراین در صورت وقوع حوادثی نظیر تصادم، آلودگی محیط‌زیست، خسارات مشترک، حوادث دریایی، صید بی‌رویه ماهیان در خطر انقراض، مصون از توقیف و تعرض می‌باشند.

البته در این حالت نیز باید قائل به تفکیک شد بدین معنا که اگر خدمه کشتی در زمان صلح در زمان استراحت و در زمان عدم اجرای خدمات رسمی کشتی‌های جنگی، از طریق کشتی جنگی به کشتی کوچک‌تری تبعه دولت ساحلی خسارت وارد آورند از حیث مدنی می‌توان دعوایی را علیه آن خدمه منوط بر دو احراز دو شرط اقامه نمود:

۱. اینکه اثبات شود که خدمه کشتی در اجرای خدمات رسمی کشتی نبوده‌اند برای نمونه کشتی جنگی را برای تفریح و گردش به‌سوی آب‌های داخلی برده‌اند و در این حین تصادمی رخ داده است.

۲. این که طرح این گونه دعاوی خللی به کارکرد کشتی وارد نسازد در دادگاه محلی دولت ساحلی علیه آن خدمه مطرح نمود.

نمونه بارز چنین رویدادی را می‌توان در ۱۴ جولای ۱۹۸۴ در زمانی که مأموران دیپلماتیک نیجریه پس از ربودن فرزند نخست‌وزیر فراری نیجریه به انگلیس، پس از سوار نمودن وی بر کشتی دولتی نیجریه قصد داشتند تا وی را از طریق دریای شمال به سمت نیجریه هدایت نمایند که گارد ساحلی انگلستان پس از اطلاع از موضوع با اطلاع به سفیر نیجریه در انگلستان وارد کشتی شد و کودک را نجات داد.

در مورد کشتی‌های دولتی، کشور صاحب پرچم، صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به دعاوی ناشی از تصادم، حوادث دریایی، معاونت، امداد کشتی، خسارات مشترک، جبران خسارت دارد؛ اما در حالت جنگی، تمامی مصونیت‌های مطروحه ارزش خویش را از دست داده و می‌توان کشتی جنگی یا دولتی واجد مصونیت دیپلماتیک را که مرتکب تصادم یا آلودگی در آب‌های داخلی شده است مورد توقیف یا بازرسی و خدمه آن از جمله فرمانده کشتی را بازداشت کرد.

در دریای سرزمینی کشتی‌های جنگی و دولتی از مصونیت مطلق برخوردار بوده اما چنانچه از قوانین و مقررات دولت ساحلی در عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی تخطی نمایند، کشور صاحب‌پرچم کشتی در صورت وقوع خسارت در مقابل دولت ساحلی مسئول بین‌المللی تلقی می‌گردد هم‌چنین چنانچه کشتی جنگی خارجی از قوانین و مقررات دولت ساحلی در هنگام عبور بی‌ضرر تخطی نماید، دولت ساحلی تنها اقدامی که می‌تواند از وی بخواهد تا انجام بدهد این است که هر چه زودتر از دریای سرزمینی‌اش خارج گردد.

البته این کشتی‌ها تنها در مقابل دولت ساحلی واجد مصونیت دیپلماتیک می‌باشند و بنابراین در صورت تخطی از قوانین و مقررات در عبور بی‌ضرر و وقوع خسارت می‌توان بر طبق قوانین و مقررات دولت صاحب‌پرچم علیه او در دادگاه متبوع دول صاحب‌پرچم علیه آن‌ها به طرح شکایت پرداخت. منطقه بعدی، منطقه انحصاری اقتصادی است.

در منطقه انحصاری اقتصادی علاوه بر حقوق اقتصادی که کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها برای دولت ساحلی به رسمیت شناخته است، چهار نوع آزادی کشتیرانی، آزادی پرواز، آزادی قرار دادن کابل‌ها و لوله‌ها زیر دریا و نیز سایر آزادی‌های مشروع بین‌المللی به رسمیت شناخته است ولی تأکید شده است که وسایل نقلیه دولت‌ها باید در هنگام عبور یا انتفاع از منطقه انحصاری اقتصادی قوانین و مقررات دولت ساحلی که با مقررات حقوق بین‌الملل در تعارض نباشد را به رسمیت شناخته و بنا بر ماده ۵۹ در صورت تعارض منافع میان دولت ساحلی با سایر دولت‌ها از جمله در زمینه تخطی وسایل نقلیه دیپلماتیک باید این اختلافات بر اساس اصل انصاف و با در نظر گرفتن کلیه شرایط و اوضاع و احوال مربوط و اهمیتی که منافع موردنظر برای طرفین ذینفع و جامعه بین‌المللی در کل دارد، حل و فصل گردد.

در مورد دریاها، آزاد، وسایل نقلیه دیپلماتیک تابع صلاحیت انحصاری دولت صاحب‌پرچم هستند بنابراین در صورت هرگونه تخطی از مقررات بین‌المللی در دریاها، مجازات خاطیان با دولت صاحب‌پرچم است.

توقیف یا ضبط کشتی یا هواپیمای خاطی در دریای آزاد جز با رضایت دولت صاحب‌پرچم امکان‌پذیر نیست مگر در زمینه استثنائات ذکر شده برای نمونه در صورتی که دزدی دریایی توسط کشتی جنگی یا دولتی و یا ناو هوایی کشوری که خدمه آن شورش کرده و اختیار آن کشتی یا ناو هوایی را به دست گرفته‌اند انجام گیرد، مثل آن است که آن اعمال در کشتی یا ناو هوایی خصوصی صورت گرفته باشد و برای دیگر کشورها به دلیل

وجود ماده ۱۰۲ کنوانسیون حقوق دریاهای به صرف ظن شدید و حتی بدون اجازه فرمانده ناو، حق توقیف و ضبط، حق بازدید و بازرسی کشتی‌ها پدید می‌آید.

در مورد سایر استثنائات یعنی حمل برده، حمل و نقل و دادوستد غیرقانونی مواد مخدر و یا مواد روان گردان و پخش غیرمجاز برنامه‌های رادیو و تلویزیونی و کشتی بدون پرچم یا صاحب پرچم مصلحتی یا مشابه نیز باید همراه با ظن شدید و اجازه فرمانده کشتی صورت گرفته باشد وگرنه تنها با اجازه دولت متبوع کشتی می‌توان بدان وارد شد.

گفتار سوم: تخطیات اختصاصی مرتکبه از طریق وسایل نقلیه موتوری هوایی دیپلماتیک

هواپیماهای دولتی در زمره وسایل نقلیه هوایی دیپلماتیک قرار می‌گیرند. بر اساس کنوانسیون شیکاگو در زمینه هواپیماها، هواپیماهای دولتی، هواپیماهایی است که ماهیت و نوع خدماتی که برای آن تعریف شده است به گونه‌ای است که جز برای استفاده و کارکردهای یک دولت، از آن بهره گرفته نشود. بنا بر ماده ۳ کنوانسیون شیکاگو، هواپیماهایی که به خدمات نظامی، انتظامی و یا گمرکی یک کشور می‌پردازند، هواپیمای دولتی محسوب شده و از مصونیت دیپلماتیک برخوردار می‌باشند.

می‌توان برحسب کنوانسیون شیکاگو، سه نوع تخطی مرتکبه از طریق هواپیماهای دولتی را ذکر نمود ۱. هواپیماهای دولتی برای پرواز بر فراز سرزمین یکدیگر و فرود در آنجا مکلف به پذیرش اجازه مخصوص از کشور زیرین می‌باشند.

این اجازه باید در هر مورد به صورت خاص به هواپیماهای مزبور داده شود وگرنه در صورت وقوع خسارت احتمالی، این دولت صاحب پرچم هواپیماها است که در اصل مسئول بین‌المللی توصیف می‌گردد نمونه بارز آن را می‌توان در جریان پرواز پهپادها آمریکایی در سالیان اخیر بر فراز خاک افغانستان و پاکستان به منظور کشتن تروریست‌های القاعده دانست که در عمل منجر به کشته شدن غیرنظامیان بسیاری شده است.

با توجه به اینکه اجازه ضمنی دولت پاکستان مبنی بر این حملات تنها بر کشتن تروریست‌ها مفروض است؛ در صورت کشته شدن مردم غیرنظامی در اثر این حملات، دولت آمریکا مسئول است. مورد دوم از تخطیات ناشی از هواپیماهای دولتی را می‌توان در نقض ممنوعیت به‌کارگیری تسلیحات علیه هواپیماهای غیرنظامی دانست.

مورد سوم از تخطیات مرتکبه از طریق هواپیماها در فرضی است که کشوری به دلایل امنیتی، مناطق پرواز ممنوعی بر فراز مناطق خاصی از فضای هوایی خود را بدون

تبعیض و به دلایل ضرورت‌های نظامی و امنیتی محدوده سرزمینی خود را اعمال نماید که پرواز هواپیماهای دولتی سایر کشورها را بر فراز آن ممنوع می‌نماید. حال اگر هواپیماهای دولتی یک کشور دیگر که از مصونیت دیپلماتیک نیز برخوردار هستند از این نواحی عبور و پرواز نمایند، در این صورت مرتکب تخطی از قوانین داخلی آن دولت می‌شوند نمونه بارز این را نیز می‌توان در جریان اختلاف چین و ژاپن بر سر جزیره سنکاکو دانست که هر دو به دلایلی مدعی آن هستند.

دولت چین چند ماه پیش بر فراز این جزیره، اعلان منطقه پرواز ممنوع نمود اما هواپیماهای نظامی ژاپن بدون در نظر گرفتن چنین منطقه‌ای، اقدام به پرواز بر فراز جزیره سنکاکو نمودند. چین این اقدام ژاپن را تخطی از قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی دانست و برای چند روز رابطه سیاسی میان دو کشور قطع شد.

نتیجه‌گیری

وسایل نقلیه دیپلماتیک از زمره مواردی است که در کنوانسیون وین ۱۹۶۱ راجع به روابط دیپلماتیک، برخوردار از مصونیت دیپلماتیک توصیف شده است.

اگرچه وسایل نقلیه دیپلماتیک به مانند دیپلمات‌ها در مظان اتهام برای نقض قوانین و مقررات دولت پذیرنده نبوده‌اند، اما واقعیت آن است که تاکنون موارد عینی زیادی رخ داده است که از طرف وسایل نقلیه دیپلماتیک، به تخطی از قواعد و مقررات دولت پذیرنده اقدام شده است. بدون شک، این موارد تخطی از قبض‌های جریمه آغاز شده و حتی تا وقوع جنایات فجیع انسانی پیش رفته است.

این دامنه وسیع سوءاستفاده از وسایل نقلیه دیپلماتیک آشکار می‌سازد که باید توجه بیشتری به این وسایل به‌ویژه با پیشرفت فناوری و علوم صورت بگیرد در غیر این صورت در سالیان آینده با به خدمت گرفته شدن ابزار جدید در وسایل نقلیه دیپلماتیک در عمل شاهد سکوت و اجمال قواعد کنوانسیون وین راجع به روابط دیپلماتیک و سایر کنوانسیون‌های مرتبط در باب وسایل نقلیه دیپلماتیک خواهیم بود.

نمی‌توان یک حکم کلی در مورد تخطی از طریق وسایل نقلیه دیپلماتیک صادر نمود برای نمونه در کشورهایمانند ایران که ورود خودرو دیپلماتیک معاف از مالیات گمرکی است اگر دیپلمات‌های غربی به‌منظور سود شخصی اقدام به خرید و فروش وسایل نقلیه دیپلماتیک می‌نمایند مشمول مصونیت دیپلماتیک نمی‌گردند و می‌توان نسبت به طرح شکایت از آنها بابت سوءاستفاده از مصونیت دیپلماتیک خودرو دیپلماتیک اعلان

شکایت نمود اما در کشورهای دارای اقتصاد آزاد مانند آمریکا و انگلیس که تفاوت چندانی میان واردات خودرو دیپلماتیک و خودرو شخصی وجود ندارد، از این بابت ممکن است نظم و امنیت عمومی دولت پذیرنده را مورد خدشه وارد نیابد حتی در کشورهای مانند آلمان و فرانسه سایت‌هایی به نام سایت‌های فروش خودروهای دیپلماتیک وجود دارد که پس از ورود خودرو می‌توان دیپلمات نسبت به فروش آن اقدام نماید بدون اینکه نظم و امنیت عمومی دولت پذیرنده مورد تخطی قرار گیرد.

منابع و مآخذ

منابع فارسی

۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ هجدهم، سال ۱۳۸۶، صص ۴۳۰-۴۶۰.
۲. حقوق دیپلماتیک و کنسولی، تهران، مرکز مطالعات عالی بین‌المللی دانشگاه تهران، سال ۱۳۵۵، صص ۱۰۸-۱۲۰.
۳. چرچیل، رابین و آلن لو، حقوق بین‌الملل در یاها، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷، صص ۳۵۰-۳۸۰.
۴. ذوالعین، پرویز، حقوق دیپلماتیک، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، وزارت امور خارجه، ۱۳۸۰، صص ۱۲۰-۱۳۴.
۵. مقتدر، هوشنگ: حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۷۲، صص ۲۳۷-۲۵۰.

منابع لاتین

1. Foreign Affairs Committee, 'The Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges' (London: House of Commons, 1984), 1984/85 HC 127, p. vi
2. Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (Oxford, 2008), p. 1.
- 3- Stephen Krasner, Sovereignty, Regimes, and diplomatic relations, in *Regime Theory and International Relations* 139 (Volker Rittberger ed. 1993).

4- Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position, 110 Harv. L. Rev. 815, 838-42 (1997).

تبعیض جنسیتی در فصل هفتم قانون مدنی (نکاح و طلاق)

سارا گودرزی^۱

چکیده

خشونت علیه زنان اصطلاحی تخصصی است که برای توصیف کلی کارهای خشونت‌آمیز علیه زنان به کار می‌رود. همانند Hate crime این شکل از خشونت علیه گروه خاصی از مردم اعمال می‌شود و جنسیت قربانی پایه اصلی خشونت است. اکثر مردم، کتک زدن و زخمی کردن و درگیری‌های فیزیکی را به عنوان مظهر خشونت معنا می‌کنند در حالی که دامنه تعریف و وجوه عینی خشونت لایه‌های گسترده‌تری از رفتار انسانی را در برمی‌گیرد. خشونت علیه زنان فقط به کتک زدن و تنبیه‌های جسمی گفته نمی‌شود و مواردی است که نقض آن در قانون مجازات اسلامی و قانون مدنی ضمانت اجرایی برای آن نگذاشته است. بخش اعظم جامعه را زنان تشکیل داده‌اند که هیچ از خود و حقوق‌شان نمی‌دانند خشونت علیه زنان در همه طبقات اجتماعی، اقتصادی، نژادی، سنی و جغرافیایی یافت می‌شود؛ اما در برخی از گروه‌ها شایع‌تر است. خشونت علیه زنان نوعی بیماری همه‌گیر جهانی است که در سکوت پیشروی می‌کند و همه ملل کم‌وبیش به آن مبتلا هستند زنان همچنان با این زشت‌ترین‌ها و تبعیض و نابرابری در حقوق و زندگی روزمره خود در سرتاسر دنیای کنونی روبرو هستند.

واژگان کلیدی: زنان، خشونت، آسیب، قوانین، جوامع

۱. وکیل دادگستری، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

مقدمه

تبعیض جنسیتی یا جنسیت گرایی^۱ به معنی باور یا نگرشی است که یک جنسیت یا جنس را پست‌تر از دیگری و در درجه دوم می‌داند این امر موجب تبعیض منفی نسبت به انسان‌ها بر اساس هویت واقعی یا فرضی جنسیتی ایشان است. تبعیض جنسیتی به‌طور تاریخی و فرهنگی بیشتر در جهت فرودست کردن زنان به‌کاررفته است و این امر به‌صورت خشونت‌آمیز بارز بر زنان تحمیل گردیده است. بحث اینکه به زن در قوانین و عرف به‌عنوان جنس دوم نگاه گردیده است و حقوقی نصف حقوق مرد در نظر گرفته شده است بحث تبعیض جنسیتی بحثی است که دیگر از لحاظ جغرافیایی به یک منطقه خاص اختصاص ندارد و به‌جرئت می‌توان گفت در کل دهکده جهانی به‌صورت محسوس و نامحسوس در دست‌بررسی است. بحث تبعیض جنسیتی و خشونت علیه زنان امری پنهان است زیرا بسیاری از زنان در جوامع مختلف به دلایلی همچون مجازات‌های سخت، عدم حمایت‌های قانونی حفظ آبرو و ... از ابراز آن خودداری می‌کند، خشونت علیه زنان مرز نمی‌شناسد و تنها محدود به جوامع عقب‌مانده نیست به‌طور تقریبی در همه جای دنیا زنان کم‌وبیش مورد هجوم انواع خشونت‌های واقع می‌شوند و در این مورد جا و مکان و زمان خاصی ندارد؛ اما در بعضی مکان‌ها به‌طور معمولی بیشتر است؛ و با توجه به نوع فرهنگ و ملیت نوع خشونت تفاوت دارد. به‌طور کلی خشونت علیه زنان موارد ذیل را دربرمی‌گیرد.

الف. خشونت جسمانی

خشونت جسمانی که در درون خانواده‌ها روی می‌دهد.

ب. خشونت روانی

که در درون کل جامعه متوجه زنان می‌شوند از جمله تجاوز به عنف سوءاستفاده جنسی، آزار رسانی، ارباب جنسی در محل کار، خریدوفروش زنان و روسپی‌گری اجباری، عقیم‌سازی، سقط اجباری و ...

انواع خشونت علیه زنان

۱. خشونت زبانی: به کار بردن کلمات رکیک دشنام، بهانه‌گیری پی‌درپی، دادو فریاد و بداخلاقی و بی‌احترامی، رفتار تحریک‌آمیز و دستورهای پی‌درپی قهر و صحبت نکردن.
۲ و ۳. خشونت فیزیکی و روانی که به ۲ گروه تقسیم می‌شوند.
الف. شامل گرفتن، بستن، زندانی کردن، اخراج از خانه، کتک‌کاری، محروم کردن از غذا و ...

ب. لگد و مشت و شکستن اشیاء منزل و ...

۴. خشونت جنسی مجبور کردن به دیدن فیلم‌های و عکس‌های غیراخلاقی اجبار به روابط زناشویی هم متعارف هم نامتعارف، رعایت نکردن بهداشت زناشویی و خودداری از به‌کارگیری روش‌های پیشگیری از بارداری، اجبار زن به سقط‌جنین، متهم کردن زن به بی‌مبالاتی در مسائل ناموسی، شک و بدبینی.

۵. خشونت اقتصادی: جلوگیری از استقلال مالی و دخل و تصرف در اموال خود آن‌ها یا ندادن خرجی خانه و پول کافی

۶. خشونت حقوقی: امتناع کردن مرد از طلاق برخلاف اصرار زن به متارکه ازدواج مجدد شوهر و جلوگیری از نگهداری فرزندان توسط زن

۷ و ۸. خشونت‌های مربوط به ممانعت از رشد اجتماعی، ایجاد محدودیت در ارتباط فامیلی دوستانی و اجتماعی و ممانعت از تحصیل کاریابی و اشتغال
حال به تفصیل هر کدام از این موارد بررسی می‌شود.

۱. خشونت زبانی

امری که توجه کمتری به آن شده است و شاید مدافعان حقوق بشر و زنان کمتر به آن توجه کرده‌اند، خشونت کلامی و روانی علیه آن‌ها هست، خشونت بی‌رحم، تحقیرآمیز و ضد کرامت انسانی که در پشت خشونت‌های ظاهری به فراموشی سپرده شده است خشمی که دایره قلمرو آن تا جایی گسترش می‌یابد که هرگونه تعرض و تعدی به شخصیت و کرامت زنان را خشونت علیه آنان قلمداد می‌کند. این خشم به‌ظاهر نرم، زخمی به عمق جان می‌آورد؛ که گفته‌اند زخم‌زبان از تیغ شمشیر نیز برنده‌تر است^۱.

۱. فصل‌نامه وکیل مدافع شماره ۲ پاییز ۱۳۹۰، ص ۶۷

این نوع خشونت چنانچه در پاراگراف قبل توضیح داده شده شامل به کار بردن کلمات رکیک و دشنام، بهانه‌گیری‌های پی‌درپی، دادو فریاد و بداخلاقی و بی‌احترامی، رفتاری تحریک‌آمیز، قهر و صحبت نکردن و امثال این موارد است.

در تنظیم روابط عاطفی بین زن و شوهر اخلاق بیش از قواعد حقوق حکومت دارد. در این رابطه سخن از عواطف انسانی، عشق و صمیمیت و وفاداری است؛ و حقوق برای حکومت کردن بر آن‌ها ناتوان است. بر این اتحاد معنوی تنها اخلاق حکومت می‌کند و حقوق ناگزیر است که بجای تکیه بر قدرت دولت دست نیاز به‌سوی اخلاق^۱ و عادات اجتماعی دراز کند. برخلاف آنچه بعضی تصور کرده‌اند، خانواده تنها یک سازمان حقوقی نیست و قانون توانایی ایجاد نظم را در آن ندارد. خانواده سازمانی است مخلوط از قواعد حقوقی و اخلاقی و در این اختلاط نیز غلبه با اخلاق است. خانواده در هر ملت نماینده و مظهر اخلاق عمومی است، خشونت زبانی شامل به کار بردن الفاظ رکیک است. طبق ماده ۲۴۵ قانون مدنی^۲ و مواد بعداز آن در مواردی این خشونت زبانی را می‌توان قذف تلقی کرد؛ و همین‌طور ماده ۶۰۸ ق.م.ا و ۲۴۷ ق.م.ا هرگاه کسی به فرزند مشروع خود بگوید تو فرزند من نیستی و یا به فرزند مشروع دیگری بگوید تو فرزند پدرت نیستی^۳ قذف مادر وی محسوب می‌شود. یا طبق ماده ۲۵۲ قانون مجازات اسلامی^۴ این موارد در ارتباط با الفاظ رکیک از جمله زنا و لواط است اما مواردی دیگر از قبیل دادو فریاد و بداخلاقی و بی‌حرمتی و امثال آن در قانون برای آن نص صریحی وجود ندارد و در ارتباط با قذف هم شرایط اثبات آن به‌طور نسبی دشوار است.

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ص ۳۰۲
۲. ۲۴۵ ق.م.ا قذف عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به شخص دیگر هرچند مرده باشد
۳. ۲۴۵ ق.م.ا توهین به افراد از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیک چنانچه موجب حد قذف نباشد به مجازات قذف تا ۷۴ ضربه و یا ۵۰ هزار ریال تا یک میلیون ریال جزای نقدی خواهد بود.
۴. ۲۴۷ ق.م.ا هرگاه کسی به فرزند مشروع خود بگوید «تو فرزند من نیستی» قذف مادر وی محسوب می‌شود.
۵. ۲۵۲ ق.م.ا فصل چهارم از کتاب حدود: کسی که به‌قصد نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری الفاظی غیر از زنا یا لواط را بکار ببرد که صریح در انتساب زنا یا لواط به افرادی از قبیل همسر، پدر، مادر، خواهر یا برادر مخاطب باشد نسبت به کسی که زنا یا لواط را به او نسبت داده است محکوم به حد قذف و درباره مخاطب اگر به علت این انتساب اذیت شده باشد. به مجازات توهین محکوم می‌گردد.

۲ و ۳. خشونت فیزیکی و روانی است

شامل گرفتن، بستن، زندانی کردن، اخراج از خانه، کتک کاری که طبق قانون مجازات اسلامی هرکدام در شرایط خاص جرم محسوب می شوند و دارای مجازات است بحث ضرب و شتم که طبق آنچه قانون مجازات تعیین نموده منجر به پرداخت دیه و حبس می گردد. در ارتباط با بحث اخراج از خانه طبق ماده ۱۱۱۴ ق.م.ا زن باید در منزلی که مرد تعیین می کند سکنی گزینه مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد پس مرد باید اقامتگاه مشترک زوجین را تعیین کند و زن دراصل تابع اراده اوست این در مواردی است که مرد موظف است برای همسر و فرزندان خود مکانی مهیا نماید اما در ارتباط با بحث اخراج از خانه نص صریح قانونی موجود نیست^۱ که اگر مردی همسر خود را از خانه اخراج کرد طبق قوانین جزایی مجازات گردد؛ و اینجا با خلأ قانونی مواجه هستیم.

۴. خشونت جنسی

مجبور کردن به دیدن فیلم ها و عکس های غیراخلاقی، اجبار به رابطه زناشویی هم متعارف و هم نامتعارف، مراعات نکردن بهداشت زناشویی، خودداری از بکارگیری های روش های پیشگیری از بارداری، اجبار زن به سقط جنین، اجبار زن به حاملگی ناخواسته متهم کردن زن به بی مبالاتی در مسائل زناشویی، شک و دودلی و ...

در مورد مجبور کردن به دیدن فیلم ها و عکس های غیراخلاقی این موارد به طور معمولی در دنباله جرائمی چون تجاوز به عنف آزار و اذیت جنسی توسط مرد به وجود می آید که در این رابطه قانون مدون وجود ندارد اما در قانون مجازات شاید بتوان آن در زیرگروه جرائم ضد عفت و اخلاق عمومی جای داد بحث اجبار به روابط زناشویی هم متعارف و هم نامتعارف، این مورد را تلفیقی از روابط مالی و زناشویی است.

در نکاح دائم این مورد از وظایف مرد به شمار می رود و ریشه قراردادی ندارد. ماده ۱۱۰۶ ق.م.ا این مورد را به صراحت بیان می دارد. به همین دلیل نیز طرفین نمی توانند ضمن عقد نکاح یا پس از آن تکلیف مرد را در این باب ساقط کنند؛ اما در عقد منقطع دین شوهر بر دادن نفقه متکی بر تراضی زن و شوهر است؛ یعنی شوهر در صورتی نفقه زن را می پردازد

۱. فصل نامه وکیل مدافع شماره ۲ پاییز ۱۳۹۰، ص ۳۲

۲. ماده ۱۱۰۶ ق.م.ا در عقد دائم نفقه زن بر عهده شوهر است.

که یا به صراحت شرط شده یا عقد مبنی بر آن جاری شده باشد ماده ۱۱۱۳ ق.م.ا در این مورد می‌رسم به رابطه این الزام با تمکین زن، تمکین در لغت به معنای یکی از تکالیف زن در برابر شوهر به شمار می‌رود که به دو نوع تمکین خاص و تمکین عام تقسیم می‌شود. تمکین خاص برآوردن درخواست‌های جنسی شوهر و تمکین عام به انجام وظایف خانوادگی، اطاعت از شوهر و پذیرفتن ریاست شوهر بر خانواده است. وظیفه تمکین عام ایجاب می‌کند؛ که زن نظرات مرد در مورد تربیت فرزندان، امور خانوادگی کارها و روابط اجتماعی خود را بپذیرد و از آن اطاعت کرد.

امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله، در مورد تکالیف زن نسبت به شوهر می‌نویسد از جمله حقوق شوهر بر گردن زن این است که او را اطاعت کند و از فرمان او سر برتابد و بدون اذن او از خانه‌اش بیرون نرود. هرچند بدیدن خویشاوندان و حتی عیادت پدرش و یا مجلس ختم او باشد.

همچنین اشاره می‌شود به نشوز زن که در مقابل تمکین آمده است و آن اینکه زن خود را در اختیار شوهر قرار ندهد؛ و چیزهای نفرت‌آوری که منافات با تمتع و لذایذ شوهر از زن دارد را از خود دور نسازد، آرایش و تنظیف را در صورت درخواست شوهر ترک کند. در صورت عدم تمکین زن و بروز نشوز زن حق خود را از دریافت نفقه از دست می‌دهد همچنین مردی می‌تواند از مضاجعه با او خودداری نمایند و یا او را تنبیه نماید.

همه صاحب‌نظران مسلمان تنبیه زن را در حدی جایز می‌دانند که هیچ‌گونه آسیبی مانند جراحت، سیاهی، کبودی و حتی قرمزی به بدن وارد نشود. امام خمینی ره در کتاب تحریرالوسیله می‌فرماید که شوهر باید ابتدا او را موعظه کرده، سپس قهر کرده و در رختخواب به او پشت کند، آنگاه رختخوابش را جدا کند. در نهایت او را کتک بزند و در زدن او باید به مقداری که احتمال تأثیر بدهد اکتفا کند. (و زائد بر آن مقداری که غرض حاصل می‌شود جایز نیست؛ و اگر به آن مقدار غرض حاصل نشد) اندک‌اندک کتک را شدیدتر کند البته تا جایی که او را خون‌آلود نسازد. بلکه تا جایی که بدنش کبود نشود یا سرخ نشود. باید این رفتار فقط به نیت اصلاح باشد نه مقصد داغ دل گرفتن و انتقام از او و اگر در اثر کتک

۱. ماده ۱۱۱۳ ق.م. در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا اینکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.

جنایتی بر بدن زن وارد شده باشد شوهر بایستی دیه آن را بپردازد. بی تردید چنین برخوردی را نمی‌توان تنبیه بدنی شمرد زیرا آزار جسمی عمیقی ایجاد نمی‌کند.^۱

با توجه به تفسیر اولیای دین اسلامی مقصود قرآن از ضرب که برای نشوز استنباط می‌کند تنبیه بدنی به معنای مصطلح امروزی نیست. بلکه تنبیه ویژه‌ای است که بیشتر تأثیر روانی و عاطفی می‌گذارد. نه آسیب جسمی بدنی و نوعی ضربه عاطفی به زن است که شدتش از دوری کردن در بستر کمی بیشتر است.^۲

در نظام حقوقی شوهر حق دارد در صورت نشوز زن به دادگاه مراجعه و درخواست صدور گواهی الزام به تمکین کند هرچند این عمل مورد انتقاد واقع شده است. چون اجبار تمکین و جلوگیری از نشوز کاری نیست که نیروی قضایی و امنیتی توان اجرای آن را داشته باشد. حکم دادگاه و نیروی امنیتی پلیس توانایی هم‌بستر کردن زن با شوهرش را ندارد و جسورانه‌ترین کاری که یک مأمور می‌تواند انجام دهد انتقال اجباری زن به خانه شوهر است.

«مشهور فقهای شیعه معتقدند که تمکین زن مطلق است و مشروط به رعایت وظایف از سوی مرد نیست. پس در هر حال زن باید وظایف زناشویی خود را انجام دهد حتی اگر مرد وظایفش را به انجام نرساند»^۳.

در قسمت بعد تجاوز در بستر زناشویی است که یکی از انواع خشونت^۴ علیه زنان است که علاوه بر جسم، روح و روان زن را نیز نشانه گرفته و صدمات جبران‌ناپذیری به بار می‌آورد که سلامت زنان و به تبع آن سلامت جامعه و خانواده را هم به خطر انداخته است. علی‌رغم هشدارهای سازمان ملل و جامعه بین‌الملل به لزوم توجه دولت‌ها به این مسئله هنوز در بسیاری از کشورها از جمله ایران قانون خاصی برای ممنوعیت تجاوز در بستر زناشویی وجود ندارد. در قانون مجازات اسلام سخنی از تجاوز شوهر به زن نیست و بالطبع

۱. مصطفوی خمینی روح‌الله، رحمه‌الله علیه، تحریر الوسیله، بخش نکاح قسمت نشوز و شقاق، ص ۲۰۰-۲۰۵

۲. امینی، حسین، قواعد فقه در حقوق انتشارات، طه، ص ۳۲۷

۳. مهریزی، مهدی، تمکین و نشوز در فقه و قانون، سید ابوالحسن اصفهانی وسیله النجاه ص ۷۷۵.

۴. به روایت ابوبصیر از امام جعفر صادق (ع) که در اصول کافی کلینی نقل شده استفاده کرده‌اند زنی نزد رسول خدا آمد و پرسید حق شوهر بر زن چیست؟ فرمودند: خواسته او را برآورد ولو بر پشت شتر باشد، شبی را به صبح نرساند در حاکی که شوهر بر او خشم داد. گفت گر چه شوهر ستمگر باشد؟ فرمودند: بلی

مجازات‌های هم برای چنین عملی در نظر گرفته نشده است. به‌طور کلی قانون کیفری ایران در این مورد ساکت است.

سابقه قانون‌گذار و جرم‌انگاشتن «تجاوز در بستر زنا شویی» به دهه هفتاد میلادی برمی‌گردد. در بسیاری از کشورهای جهان همچون کانادا، دانمارک، سوئد، نروژ، استرالیا و ... مرد نمی‌تواند بدون رضایت زنش با او رابطه جنسی برقرار کند و اگر این اتفاق علی‌رغم مخالفت زن رخ دهد عمل مرد تجاوز محسوب می‌شود و دارای مجازات کیفری است.^۱ برای اولین بار در سال ۱۹۷۵ قانون ممنوعیت تجاوز زناشویی در ایالت داکوتای جنوبی در آمریکا به تصویب رسید. تا قبل از این دوره طبق آموزه‌های دین مسیحیت شوهر به خاطر وادار کردن همسر قانونی خود به برقراری رابطه جنسی مقصر شناخته نمی‌شد زیرا فرض بر آن بود که زن و مرد با عقد و ازدواج بر مقاربت جنسی توافق کرده‌اند. تا سال ۱۹۹۳ میلادی تمام ۵۰ ایالت آمریکا تجاوز زناشویی را جرم دانسته و در ۲۰ دسامبر همان سال اعلامیه منع خشونت علیه زنان به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید بدین ترتیب اولین بار خشونت علیه زنان و مصادیق آن در یک سند بین‌المللی موردتوجه قرار گرفت. کشورهای مختلف از جمله ایران در امضای این سند حضور داشتند.^۲ در ۱۷ دسامبر ۱۹۹۹ مجمع عمومی ۲۵ نوامبر را به‌عنوان روز بین‌المللی از بین بردن خشونت علیه زنان نام‌گذاری کرد و از دولت‌ها و سازمان‌ها و نهادهای غیردولتی خواست هر ساله در این روز اقداماتی برای آگاهی عمومی از این مسئله انجام دهند.^۳ در سال ۲۰۰۶ بود که دبیر کل سازمان ملل از پیگیری قانون تجاوز زناشویی در ۱۰۴ کشور خبر داد، سال ۲۰۰۱ navi pillai^۴ در سمت کمیته‌سازبای عالی حقوق بشر با اشاره به ارتباط نقض حقوق بشر زنان با جنسیت و نقش باروری آن‌ها اعلام کرد که در بسیاری از کشورها زنان متأهل نمی‌توانند روابط جنسی با همسر خود را رد کنند. او همچنین اذعان داشت که تضمین کنترل کامل زنان بر بدن خود

۱. فصل‌نامه وکیل مدافع، شماره ۵، بهار ۱۳۹۱

۲. قطعنامه ۱۰۴/۴۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مصوب ۲۳ فوریه ۱۹۹۴

۳. از سال ۱۹۸۱ ۲۵ نوامبر هر سال معادل چهارم آذرماه به‌عنوان روز جهانی رفع خشونت علیه زنان برگزیده شده است این روز برای یادآوری عزم همگانی برای مبارزه با خشونت علیه زنان انتخاب شده است. شورای عمومی سازمان ملل متحد در ۱۷ اکتبر ۱۹۹۹ نام‌گذاری این روز را به‌عنوان روز جهانی تصویب کرد.

4. Navanethem "Navi" (born 23 sep 1941) is a south African jurist who served as the united Nations high commissioner for Human Rights from 2008 to 2014 A south African of Indian Tamil origin, she was the first non-white woman judge of the High court of south Africa.

اولین گام مهم برای دستیابی به برابری حقوقی زن و مرد است. تعیین زنان، نحوه انتخاب فرد دلخواه برای ایجاد رابطه جنسی و همچنین تولیدمثل از اساسی‌ترین ملزومات زندگی شرافتمندانه برای زنان است^۱، برای زنان بسیاری که تنها منبع مالی زندگی‌شان نفقه پرداختی از سوی شوهر است هم‌خوابی در هر شرایطی با او شاید تنها راه ادامه زندگی باشد. پس لزوم تمکین جنسی زن از شوهر و عواقب حقوقی و معیشتی که در صورت سربرازدن از آن بر زن تحمیل می‌شود درواقع به رسمیت شناختن تجاوز جنسی شوهر به زن است. علی‌رغم اقدامات صورت گرفته در سطح بین‌المللی هنوز مسئله تجاوز در بستر زناشویی توجه کافی همه کشورهای عضو سازمان ملل متحد را به خود جلب نکرده است. ایران از جمله کشورهایی است که در زمینه فرهنگ‌سازی و در حوزه قانون‌گذاری و حمایتی اقدامات چشمگیری انجام نداده است. قابل ذکر است با انکار مسئله تجاوز در بستر زناشویی و نادیده گرفتن آن نمی‌توان این خشونت ویرانگر را از بین برد. در ایران هم باید این مسئله را شناخت و آن را نقد کرد و این کار می‌تواند در سه حوزه فرهنگی، قانونی و سیاسی هم‌زمان و به موازات هم انجام گیرد^۲.

در این بند خشونت‌های جنسی موارد دیگری نیز مورد نظر است از جمله اجبار زن به سقط جنین اجبار زن به حاملگی ناخواسته متهم کردن زن به بی‌مبالاتی در مسائل زناشویی و ... که این موارد بیشتر از منظر روانشناسی بررسی گردید و قانون و متن نوشته شده‌ای بر آن در نظر گرفته نشده است.

۵. خشونت اقتصادی

جلوگیری از استقلال مالی و دخل و تصرف در اموال شخصی زنان و یا اینکه امتناع مرد از دادن نفقه.

بحث را با استقلال مالی زن و دخل و تصرف در اموال دارایی‌اش ادامه می‌دهیم، بیش از قرن بیستم، در حقوق اروپایی زن در برابر شوهر استقلال مالی نداشت و پس از شوهر کردن در زمره محجوران درمی‌آید.^۳ از اواخر قرن نوزدهم به تدریج در قوانین کشورها تجدیدنظر شد و زن در غالب آن‌ها استقلالی مالی یافت. ولی هنوز هم در حقوق این

۱. شیفر، رابرت، «فمینیسم دروغ شرافتمندانه»، مجله حورا شماره ۲۷ فروردین ۱۳۸۷

۲. فصل‌نامه وکیل مدافع شماره ۵، بهار ۱۳۹۱

۳. مطهری، مرتضی نظام حقوق زن در اسلام انتشارات میزان، ص ۲۰۰ تا ۲۰۲

کشورها زن و شوهر به حکم قانون یا تراضی خود، از نظر مالی نیز با هم شریک و متحد می‌شوند و به همین جهت تنظیم روابط مالی آن‌ها به آسانی ممکن نیست. در حقوق اسلامی اصل استقلال مالی زن و شوهر در برابر یکدیگر پذیرفته شده است. زن و مرد پس از نکاح نیز دو دارایی متمایز و جدای از هم دارند و هر کدام می‌توانند به‌طور مستقل در دارایی خود تصرف کنند، قانون مدنی نیز برای تأیید همین اصل در ماده ۱۱۱۸ تصریح می‌کند. زن مستقلاً می‌تواند در دارایی خود هر تصرفی را که می‌خواهد بکند. به این ترتیب رابطه مالی زن و شوهر در سه مورد ممکن است. مطرح می‌شود. ۱. دادن مهر ۲. الزام به نفقه ۳. جهیزیه زن^۱

مهریه

مهریه عبارت از مالی است که به مناسبت عقد نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود. الزام مربوط به تملیک مهر ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد. به همین دلیل سکوت دو طرف در عقد وقتی توافق بر این که زن مستحق مهر نباشد. نمی‌تواند تکلف مرد را در این زمینه از بین ببرد.^۲

انعقاد نکاح به تراضی طرفین است ولی آثار آن را زن و شوهر به وجود نمی‌آورند همین که زن و مرد با پیوند زناشویی موافقت کردند در وضع ویژه‌ای قرار می‌گیرند که به ناچار باید آثار و نتایج آن را متحمل شوند؛ بنابراین مهر نوعی الزام قانونی است که بر مرد تحمیل می‌شود و فقط زوجین می‌توانند، هنگام بستن عقد یا پس از آن مقدار مهر را به تراضی معین سازند.^۳

الزام زن به تمکین از شوهر نیز به‌طور مستقیم از قانون ناشی می‌شود و سبب آن را نباید توافق زن و مرد پنداشت؛ بنابراین رابطه مهر با تمکین زن را نمی‌توان با رابطه عوض و معوض در قراردادهای مالی قیاس کرد. شخصیت اخلاقی انسان او را از سایر حیوانات و اشیاء ممتاز ساخته است. انسان همیشه صاحب حق یا مکلف به رعایت آن است و هرگز موضوع حق قرار نمی‌گیرد. در پاره‌ای امور الزام‌های زن و شوهر شبیه به تعهدات متقابل در

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، خانواده، انتشارات بنیاد حقوقی میزان

۲. ماده ۱۰۸۷ ق.م.

۳. مواد ۱۰۸۰ و ۱۰۸۷ ق.م.ا.

عقود معوض است (مانند حق حبس)^۱ ولی از این شباهت نباید نتیجه گرفت که مهر در عقد نکاح در برابر تمکین زن قرار گرفته و قواعد سایر معاملات بر تنظیم این رابطه حکم فرماست. زن در برابر مهر خود را نمی‌فروشد؛ با مرد پیمانی می‌بندد که اثر قهری آن الزام مرد به دادن مهر و تکلیف زن به تمکین از اوست. به همین جهت است که بطلان و فسخ مهر عقد نکاح را از بین نمی‌برد؛ و زن را از انجام وظایف که بر عهده دارد معاف نمی‌کند.^۲

در ادامه این مطلب به ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده می‌رسیم؛ که شرح آن به این صورت است هرگاه مهریه در زمان وقوع عقد تا یک صد و ده عدد سکه تمام بهار آزادی یا معادل آن باشد و وصول آن مشمول مقررات ماده ۲ قانون اجرای محکومیت‌های مالی است چنانچه مهریه بیشتر از این میزان باشد در خصوص مازاد فقط ملائت^۳ زوج ملاک پرداخت است. قانون حمایت از خانواده در چشم‌اندازی کلی درصدد بوده است تا قانونی، جامع مشمول باشد و با حفظ حریم خانواده‌ها تمامی امور مربوط به آن‌ها را در برگیرد؛ اما از آنجاکه عقد نکاح در حقوق ما به‌طور عمیق با شریعت اسلام درآمیخته است. قانون‌گذار کوشش کرده تا بدون ورود در مسائل شرعی، قانونی عرفی را برای حل مشکلات خانواده تدوین کند.

اگر مهریه تا ۱۱۰ سکه بهار آزادی یا معادل آن باشد. وصول آن به طبق روال عادی است؛ اما اگر مهریه بیش‌تر از ۱۱۰ سکه باشد درباره مازاد توانایی مالی زوج ملاک پرداخت است. از ظاهر ماده چنین برمی‌آید که اگر مهریه تا ۱۱۰ سکه باشد برای وصول آن می‌توان زوج را محبوس ساخت تا یا مهریه را پرداخت کند یا اینکه اعسار و ناتوانی خود را به اثبات برساند اما اگر بیش از این مبلغ باشد. فقط در صورت توانایی زوج امکان وصول مهریه وجود دارد؛ و این یعنی درواقع به‌گونه‌ای مرد می‌تواند با ارائه مستنداتی از ادای دین خود که دین ممتاز است فرار کند و یکی از حقوق مسلم زن پایمال شود.

۱. مطابق ماده ۱۰۸۵ ق.م.ز: زن می‌تواند تا مهریه او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.

۲. مواد ۱۰۸۱ و ۱۱۰۰ قانون مدنی

۳. ضد اعسار است که در فقه به آن یسار هم گفته می‌شود.

نفقة

تأمین معاش خانواده از وظایف شوهر است زن و شوهر باید در اداره خانواده یکدیگر را یاری کنند ولی چون ریاست بر عهده مرد است قانون‌گذار او را موظف به تأمین معاش خانواده می‌داند، در نکاح دائم، این وظیفه مرد، ناشی از حکم قانون است؛ و ریشه قراردادی ندارد^۱ و به همین دلیل طرفین نمی‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس از آن تکلیف مرد را در این باب ساقط کنند. در هر حال، نفقه زن در زمره دیون مرد است و نه تنها نفقه زمان گذشته را می‌توان از او خواست، زن حق دارد از دادگاه بخواهد که تعداد نفقه آینده او را معین و مرد را به پرداختن آن محکوم کند^۲.

به موجب ماده (۱۱۰۷ ق.م.ا) «نفقه عبارت است از مسکن، البسه، غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضاء» اموری که به عنوان اجرای نفقه در ماده ۱۱۰۷ آمده (مانند مسکن و غذا) نمونه و مثال است و جنبه انحصاری ندارد. آنچه اهمیت دارد، این است که شوهر باید به عنوان ریاست خانواده تأمین معاش زن و فرزندان خود را عهده‌دار شود. تحول شیوه زندگی هر روز نیازهای تازه به وجود می‌آورد، این نیازها را نمی‌توان در چارچوب معینی محصور کرد و ناچار باید داوری را بر عهده عرف گذاشت.

علاوه بر این بحث شکایت کیفری هم نیز می‌شود مطرح کرد. طبق فصل نوزدهم، قانون مجازات اسلامی و ماده ۶۴۲ ق.م.ا هر کس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را صورت تمکین ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع نماید دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا ۵ ماه حبس محکوم می‌نماید.

۶. خشونت حقوقی

امتناع کردن از طلاق برخلاف امر زن به متارکه، ازدواج مجدد، جلوگیری از نگهداری فرزندان توسط زن بحث خشونت حقوقی بحشی است که شاید ملموس‌ترین راه خشونت را در ارتباط با زنان بتوان در این منظر جستجو کرد. زمانی که زوجین به هر دلیلی نتوانند با یکدیگر زندگی می‌کنند بحث طلاق و متارکه به میان می‌آید. طلاق ایقاعی است

۱. ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی

۲. مواد ۱۱۱۱ و ۱۲۰۶ قانون مدنی

تشریفاتی که به موجب آن مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را که به طور دائم در قید زوجیت اوست رها می سازد. از تعریف طلاق خصوصیت های زیر استنباط می شود^۱.

الف. طلاق ایقاع است

یعنی تنها به اراده مرد یا نماینده او واقع می شود و نیازی به موافقت زن ندارد.

ب. طلاق عمل تشریفاتی است

اصل ایقاع نیز تنها به رضای مرد واقع نمی شود؛ و به شرایط ویژه ای نیازمند است ماده ۱۱۳۴ ق.م در بیان همین شرایط می گوید «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لاقل دو نفر مرد عادی که طلاق را بشنوند واقع گردد»

ج. طلاق به اراده شوهر واقع می شود

مقصود این نیست که زن هرگز نمی تواند درخواست طلاق کند. یا رأی دادگاه هیچ اثری در وقوع آن ندارد. زن حق دارد که با شرایط معین اجبار مرد را به طلاق بخواهد و دادگاه نیز در چنین موردی حکم به طلاق می دهد. ولی نکته در این است که باید بین موجبات طلاق و شرایط و ارکان وقوع آن تفاوت گذارد: در همه موارد، خواه درخواست کننده طلاق شوهر باشد یا زن مرد باید صیغه طلاق را بگوید و آن را واقع سازد. در مواردی که زن درخواست طلاق دارد دادگاه شوهر را اجبار به طلاق می کند؛ و نمی تواند به طور مستقیم نکاح را منحل سازد. (ماده ۱۱۲۹ ق.م) منتها، اگر شوهر به اختیار حکم را اجرا نکند دادگاه که مطابق اصول کلی نماینده قانونی ممتنع است (الحاکم ولی الممتنع) از طرف او زن را طلاق می دهد. (ماده ۱۱۳۰ ق.م)

با اینکه طلاق به اراده شوهر یا نماینده قانونی او واقع می شود، گاه خود او مایل به طلاق دادن زن است و گاه زن از دادگاه می خواهد تا شوهر را به طلاق دادن اجبار کند. قانون در هر دو مورد به تناسب درخواست کننده طلاق، اذن یا حکم دادگاه را ضروری دانسته است: بدین معنی که به عنوان مقدمه، باید از دادگاه درخواست رسیدگی بشود. این درخواست، در مورد زن باید مستند به دلیل و جهاتی باشد که قانون برای درخواست طلاق پیش بینی شده است؛ و این جهات قانونی را موجبات طلاق نامیده می شود. در قانون مدنی، از نظر امکان جدایی، تفاوت کامل بین زن و مرد وجود دارد.

در قوانین حمایت خانواده سعی شده که آن دو را در وضعی یکسان قرار دهند. با وجود این، چون تفاوت طبیعی زن و مرد امری نیست که با قانون بتوان از بین برد، ناچار

۱. آقاجانی، نصراله، مطالعات راهبردی زنان، انتشارات عدل، ۱۳۹۲

در همان امر نیز تفاوت در احکام نیز تا حدودی اجتناب‌ناپذیر می‌نمود. ولی لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص دوباره نظام قانون مدنی را با اندک تفاوتی برقرار ساخت: شوهر می‌تواند هرگاه بخواهد^۱ زن را طلاق دهد ولی ناگزیر است از دادگاه اذن بگیرد و این اذن در صورتی داده می‌شود که داوران منتخب نتوانند در اصلاح بین آن دو توفیقی به دست آورند. ولی برعکس، زن تنها در موردی می‌تواند حکم به اجبار شوهر را از دادگاه بگیرد که موجب مشروعی داشته باشد؛ که آن باید شرایط ذیل را داشته باشد.

۱. خودداری و عجز شوهر از پرداختن نفقه (ماده ۱۱۲۹ ق.م.)
 ۲. خودداری شوهر از ایفای وظایف زناشویی (ماده ۱۱۳۰ ق.م.)
 ۳. سوء معاشرت شوهر به حدی که زندگانی را تحمل‌ناپذیر سازد (بند ۲ ماده ۱۱۳۰ ق.م.)
 ۴. مرض ساری و صعب‌العلاج شوهر (بند ۳ ماده ۱۱۳۰ ق.م.)
 ۵. غیبت بیش از چهار سال شوهر (ماده ۱۰۲۹)
 ۶. به وکالت از طرف شوهر (ماده ۴ ق.مدنی ازدواج و ماده ۱۱۱۹ ق.م.)
- قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۴۶ مواردی دیگر را اضافه کرد همانند، حبس‌های طولانی، اعتیادهای مضر، ترک خانواده، موردی را که شوهر بدون رضایت زوجه همسر دیگری اختیار می‌کند.
- قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ علاوه بر این عقیم بودن زوجین و جنون را بر موجبات مشترک افزود.

آنچه از حیطه اخلاقی به آن نگریستم این بود که طلاق آسان شود و هیچ انسانی به اجبار در بند همسری دیگری باقی نماند. ولی استواری این پیوند و حمایت از حقوق اطفال اقتضا دارد که طلاق به‌عنوان یک امر ناگوار محدود به موارد استثنایی شود. در تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص اعلام شد که «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده است» به این ترتیب تمام موجباتی که خارج از قانون مدنی و احکام شرع، در قوانین حمایت خانواده برای طلاق زن پیش‌بینی شده بود. نسخ گردید. تا اینکه در اصلاح سال ۱۳۶۱ قانون مدنی ماده ۱۱۳۰ تغییر کرد. موارد معینی که زن حق درخواست طلاق داشت (مانند سوء معاشرت شوهر و بیماری ساری درمان‌ناپذیر او) حذف شد و بجای آن قاعده‌ای نشست که به موجب آن در صورتی که برای محکمه ثابت شود

که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نماید.

با اصلاح این ماده و نشستن عسر و حرج به جای موارد احصایی یک ایراد مهم ایجاد شده که آن‌هم تشخیص این موارد به عهده قاضی است و شخصیت او! اینکه او چه مواردی را عسر و حرج و بداند و چه مواردی را عسر و حرج نداند. به عبارتی در چنین دادخواستی سرنوشت و دعوا چنان‌که باید و شاید معلوم نخواهد بود.

در آنجا یک نکته مهم در ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی که می‌گوید «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالثر شود زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند...» حال این سؤال مطرح می‌شود اگر زنی شوهرش غایب مفقودالثر باشد؛ و به دلیل جوانی یا دلایل دیگری نیاز به شوهر داشته باشد؛ و نتواند تا ۴ سال صبر کند و از این جهت در عسر و حرج قرار گیرد آیا می‌توان با استناد به قاعده مورد بحث قبل از انقضای ۴ سال با درخواست طلاق زن موافقت نمود؟

گاهی متأسفانه قضات دادگاه‌ها تنها بر اساس موارد پنج‌گانه‌ای که در ماده ۱۱۳۰ آمده زنان را محق برای طلاق می‌دانند و مواردی دیگر از قبیل خیانت و سوء معاشرت و جنون و عنن (در مواردی که فسخ نکاح ممکن نیست) ناتوانی از آمیزش و ... صدها مورد دیگر که ممکن است زنی را با توجه به روحیات و موقعیت خاص آن چنان بیازارد که تحمل زندگی مشترک بر او تمام شود. جز موارد عسر و حرج ندانسته و به‌رغم غیر حصری بودن مصادیق پنج‌گانه گاهی این موارد جز عسر و حرج تلقی نشوند. بهتر است در پیدا کردن مصادیق عسر و حرج به قالب نوعی و شخصی در کنار هم اشاره شود.^۱ این قاعده بر اختیار دادگاه شرع می‌افزاید و قانون را همچون ابزاری انعطاف‌پذیر می‌سازد. در نهایت موجبات طلاق به درخواست زن را به دو گروه می‌توان تقسیم کرد.

۱. موارد برشمرده شده در قانون

به ناتوانی و خودداری زوج از دادن نفقه و غیبت بی‌خبر او.

۲. مواردی که زیر عنوان «عسر و حرج» از موجبات طلاق قرار می‌گیرد.

خودداری شوهر از ایفای حقوق واجب زن

۱. فصل‌نامه وکیل مدافع، شماره ۲ پاییز ۱۳۹۰

امتناع از انجام وظایف خاص زناشویی

در ماده ۱۱۳۰ ق.م.پیش از اصلاح آمده بود: «در موردی که شوهر سایر حقوق واجب زن را ایفا نکند و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد...» فقط از حقوق واجب زن به قرینه شق ۲ و ۳ ماده، همان گونه که نویسندگان گفته اند، ایفای وظایف خاص زناشویی است بند ۲ ماده ۱۱۳۰ نیز می تواند خودداری شوهر از آمیزش با زن را از مواردی دانست که احتمال دارد در شرایط خاص ایجاد عسر و حرج کند؛ زیرا گذشته از نیازهای جسمی و عاطفی زن و فشار روحی ناشی از آنها، بی مهری و بی اعتنائی شوهر به زن نوعی اهانت به اوست و ادامه آن زندگی زناشویی را تحمل ناپذیر می سازد؛ و به زن حق می دهد؛ که از دادگاه درخواست طلاق کند؛^۱ و در این مورد همانند خودداری مرد از پرداخت نفقه است و به همان سان انجام می گردد. در مورد بحث ناتوانی جسمی شوهر (عنن^۲) قانون به زن حق فسخ نکاح داده و حبس های طولانی مدت را نیز باید از موارد درخواست طلاق شمرد و با این وصف مورد مهمی که این تفسیر وسیع را ایجاب کند باقی نمی ماند باوجوداین، هرگاه موانع خارجی چندان به دراز کشد که زن را دچار عسر و حرج کند. دادگاه بر مبنای ماده ۱۱۳۰ اصلاح شده قانون مدنی می تواند حکم به طلاق دهد. منتها سبب چنین حکمی خودداری شوهر از انجام تکالیف زناشویی نیست به عسر و حرج است. که در نتیجه حوادث خارجی برای زن ایجاد شده است. در نتیجه احکام مربوط به خودداری شوهر در این فرض رعایت نمی شود.

ازدواج مجدد شوهر

درباره اختیار مرد نسبت به نکاح با زنان متعدد، حقوق ما در مهر و موم های اخیر تحولات گوناگون یافته است. در قانون مدنی مواردی وجود دارد که به اجمال می رساند که مرد می تواند زنان متعدد بگیرد در قانون حدود اختیار مرد معین نشده است، ولی عرف و عادت مسلم (که ریشه مذهبی دارد) در مورد نکاح دائم بیش از چهار زوجه را جایز

۱. مشهور بین فقها است که شوهر نمی تواند بیش از چهار ماه زناشویی با زن خود را ترک کند شیخ یوسف بحرانی، حقائق النافره، ج ۲۳ ص ۸۹.

۲. به بیماری جنسی که بر اثر آن آلت تناسلی مرد نعوظ نمی کند، به گونه ای که ناتوان از آمیزش می گردد عنن و به مرد مبتلا به آن عنن می گویند (مسالك الافهام، ج ۸، ص ۱۰۴ و ۱۰۵)

نمی‌شمرد؛ بنابراین، مردی که چهار زن را در نکاح دائم خود دارد، نمی‌تواند برای مرتبه پنجم با زنی به‌طور دائم ازدواج کند.

چنانچه گفته شد، منع نکاح دائم با بیش از چهار زن مخالفتی در اسلام^۱ ندارد و به‌طور قطع می‌توان سکوت قانون مدنی را درباره شمار زنان یک مرد را با این حکم شرعی جبران کرد در شرع اجازه گرفتن زنان متعدد مشروط بر این است که مرد توانایی اجرای عدالت را بین آن‌ها داشته باشد^۲. قانون مدنی تشخیص این شرط را به شوهر واگذار کرده بود و همین امر سبب سوءاستفاده پاره‌ای از مردان می‌شد قانون حمایت خانواده م صوب ۱۳۴۶ تحقیق درباره امکان اجرای عدالت و توانایی مالی مرد را به دادگاه^۳ واگذار کرد. از این تاریخ دادگاه‌ها بندرت چنین اجازه‌ای دادند، اخلاق عمومی نیز تعدد زوجات را ناپسند می‌شمرد و به مردی که زنان متعدد گرفته است بدیده احترام نمی‌نگرد. دشواری‌های زندگی دیگر به کسی اجازه نمی‌دهد تا در اندیشه ایجاد حرم سرا افتد و مردان هوسران نیز راه‌های ساده‌تری برای تأمین نیازهای خود یافته‌اند. ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده م صوب ۲۳ بهمن ۱۳۵۳ اجرای عدالت را برای مباح ساختن و تعدد زوجات کافی ندانست به‌موجب این ماده: مرد نمی‌تواند با داشتن زن همسر دوم اختیار کند مگر در مواردی پیش‌بینی شده: ۱. رضایت همسر اول ۲. عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی ۳. عدم

تمکین زن و شوهر

۴. ابتلای زن به جنون یا امراض صعب‌العلاج^۴

۵. ابتلای زن به هرگونه اعتیاد مضر^۵

۷. ترک زندگی خانوادگی از طرف زن^۶

۱. در این مورد مسلمانان اتفاق نظر دارند، چندان‌که می‌توان گفت: منع نکاح با بیش از چهار زن که از قرآن (آیه ۳ از سوره نساء) استفاده می‌شود از ضرورت‌های دین است: کنز‌العرفان، ص ۱۴۱، ریاض، ج ۲ نکاح

مسالک، ج ۱ ص ۴۸۸ جواهر، ج ۳ ص ۲

۲. وان خفتم ال تعرسط فواحده

۳. مقصود عدالت ظاهری مانند تساوی در نفقه رفتار ظاهری است نه محبت قلبی که بیرون از اراده و اختیار انسان است. (لا یكلف الله نفساً الا وسعها)

۴. موضوع بندهای ۵ و ۶ ماده ۸

۵. وقفه بند ۸ ماده ۸

۶. بند ۹ ماده ۸

۸. عقیم بودن زن

۹. غائب مفقودالاثر شدن زن^۱

تعدد زوجات در وضعیت کنونی

سرنوشت قانون حمایت خانواده در مورد تعدد زوجات به طور دقیق مشخص نیست درحالی که هیچ متن قانونی آن را فسخ نکرده است؛ اما دادگاه‌ها از اجرای کامل مفاد آن خودداری می‌ورزند. البته مشکلات و موانع اقتصادی و عوامل دیگر سبب شده که در جوامع تعدد زوجات روزبه‌روز در حال کاهش باشد و عرف جامعه ما نیز دیگر آن را به‌سختی می‌پذیرد. با این حال چون تعدد زوجات در عمل ضمانت اجرای کیفری ندارد و مردی را که ازدواج مجدد نماید نکاحش از نظر مدنی صحیح است و مجازات کیفری هم متوجه وی نمی‌گردد ممکن است باب سوءاستفاده باز شود، دخالت قانون‌گذار با رعایت تمام جوانب قضیه لازم به نظر می‌رسد.

مبنای حقوقی و هدف اجازه نکاح مجدد

از ملاحظه ماده ۱۶ چنین برمی‌آید که قانون‌گذار خواسته است با اجازه دادن نکاح دوم، از انحلال نکاح نخست جلوگیری کند و بدین وسیله شوهر را از پافشاری در طلاق زن بازدارد. به نظر می‌رسد هدف این است که نکاح مجدد (و سیله‌ای برای جمع دو مصلحت متعارض، یعنی دفع و ضرر از شوهر و بقای خانواده، قرار گیرد تا مردی که نمی‌خواهد همسری متناسب و معقول داشته باشد. ناگزیر به جدایی از همسر کنونی خود نشود).

ضمانت اجرای تخلف از قانون

از ظاهر بخش اخیر ماده ۱۷ چنین تصور می‌شود که مقصود قانون‌گذار اعلام بطلان نکاح دوم نبوده، بلکه می‌خواسته است^۲ که با مجازات کردن مرد و عاقد و سردفتر و همسر دوم از وقوع این گونه ازدواج‌ها جلوگیری کند.

۱. بند ۱۴ ماده ۸

۲. ماده ۱۷: هرگاه مردی با داشتن همسر بدون تحصیل اجازه دادگاه مبادرت به ازدواج نماید به حبس از ۶ ماه تا یک سال محکوم خواهد شد همین مجازات مقرر است برای سردفتر و عاقد ازدواج و زن جدید که عالم به ازدواج سابق مرد باشند. ...

جلوگیری از نگهداری فرزندان

نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است قانون مدنی در این باب قاعده یکی و وضع کرده است: بدین معنی که جز در موارد استثنایی^۱، مادر تا دو سالگی پسر و تا سن ۷ ساله برای دختر مقدم بر پدر باشد و از آن پس پدر حضانت طفل را بر عهده گیرد. «حضانت» عبارت از اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است.^۲ در این اقتدار حق و تکلیف به هم آمیخته است. در تدوین این ماده مصلحت طفل بیشتر مورد نظر است تا عواطف پدر و مادر بیگمان کودک در دوران شیرخوارگی و پیش از رفتن به مدرسه، به دل سوزی و مهربانی مادر پیش از راهنمایی‌های پدر نیاز دارد. مفاد قانون مدنی به‌ویژه در مورد حق تقدم مادر درباره طفل شیرخوار، چنان با طبیعت امور و حکم غالب نزدیک است که در عمل همیشه سایه‌ای بر سر تصمیم دادگاه‌ها داشته‌اند.

حضانت حق انحصاری پدر و مادر است. تا زمانی که پدر و مادر کودک زنده هستند و صلاحیت نگهداری از فرزند خود را دارند، حضانت با آنان است؛ و هیچ‌یک از خویشان از جمله جد پدری، حقی برای نگهداری و تربیت کودک ندارد. ولی پس از مرگ پدر و مادر، هرگاه جد پدری زنده باشد، ولایت به حکم قانون بر عهده اوست همین حکم نیز در موردی جاری است که ولایت پدر و حق حضانت مادر به دلیل حجر یا خیانت یا ناتوانی در اداره امور صغیر از بین برود.

حضانت پس از جدایی زن و شوهر

در موردی که زن و شوهر از هم جدا شده‌اند حکم ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی به‌ویژه در مورد تقدم مادر بر نگهداری از فرزند چنان طبیعی و عادلانه است که به‌عنوان اصل رعایت می‌شود؛ زیرا باید ضرورتی وجود داشته باشد تا بتوان کودک چندماهه‌ای را از مادر جدا کرد یا تربیت نوجوانی را به پدر واگذار نکرد. این ضرورت در ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی پیش‌بینی شده.

۱. ماده ۱۱۶۸ ق.م.

۲. ماده ۱۱۶۹ ق.م.

حضانة پس از فوت پدر یا مادر

به موجب ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی: در صورت فوت یکی از ابوبین حضانة طفل با آنکه زنده است خواهد بود، هر چیز متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد. این حکم در موردی هم که پس از فوت پدر ولایت به جد پدری می رسد قابل اجرا است. دادگاه نیز باید حق تقدم پدر یا مادری را که در چنین وضعی قرار گرفته است محترم بشمارد و تنها به مصلحت طفل نیندیشد.

شوهر کردن مادر به شخصی غیر از پدر طفل

ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی، شوهر کردن مادر را نیز از موانع اجرای حق حضانة می شمارد زیرا فرض این است که گرفتاری های ناشی از شرکت در خانواده دیگر و لزوم تمکین از شوهر جدید او را از وظایف خود بازمی دارد. ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی ناظر به روابط پدر و مادر است و پاره ای اساتید سقوط حق حضانة مادر را تنها در صورت حیات پدر طفل می پذیرند در فقه نیز شوهر کردن مادر تنها در ترجیح او بر پدر مؤثر است و پس از فوت پدر حضانة^۱ در هر حال با مادر است.^۲

این نظر را باید تأیید کرد زیرا احتمال فراوان دارد مادری که شوهر کرده است به همانند پدر نتواند از فرزند خود نگاهداری کند. ولی در مقایسه با سایر خویشان، هیچ کانونی را مطمئن تر از دامان مادر برای پرورش کودک نمی توان یافت. پس حضانة کودکی که پدر خود را از دست داده در هر حال با مادر اوست. شوهر کردن مادر به خودی خود مانعی در این راه ایجاد نمی کند و دادگاه در صورتی حضانة را به جد پدری یا قیم می سپارد که ضرورتی آن را اقتضا کند.

خسونت های مربوط به ممانعت از رشد اجتماعی، ایجاد محدودیت در ارتباط دوستانه و اجتماعی و ممانعت از تحصیل و کار و اشتغال ...

ایجاد نظم در هر جامعه منوط بر این است که تمامی بر آن حکومت کند. خانواده نیز از این قاعده مستثنا نیست و دوام آن جز با تعیین مدیر و مسئول ویژه امکان ندارد.

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی ج ۵ ص ۱۹۶

۲. صاحب جواهر در این باره می نویسد: «احدهما انتقل الحق الی الآخر مطلقا لما عرفتہ معضلا و اشتراط عدم قزوجها انما یعتبر فی ترجیحا علی الاب مع اجتماع الشرايط فیہ خاصه» (جلد نکاح) همچنین رجوع شود به شهید ثانی مسالک، ج ۱، ص ۵۸۲

از نظر احترام به حقوق فردی، برابری زن و مرد عادلانه‌تر به نظر می‌رسد؛ و به همین دلیل ممکن است ادعا شود که خانواده نیز باید به‌طور مشترک اداره شود و نظام آن بر مبنای توافق زن و شوهر قرار گیرد. ولی زندگی اجتماعی در هر گروه نیازمندی‌های خاص دارد. با توجه به شرایط خاص مرد چه از نظر قوای جسمانی و چه از نظر احاطه بر امور اجتماعی صلاحیت بیشتری برای عهده‌دار شدن این مسئولیت دارد. هرچند در پاره‌ای از خانواده‌ها شایستگی زن به‌مراتب بیش از مرد است حکم قانون ناظر به عموم و متکی بر غالب است. مطابق ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص مرد است» و به‌موجب ماده ۱۱۰۴ همان قانون زن معاون و یاور او در تشییع مبنای خانواده و ترتیب اولاد است. با وجود این باید این نکته را مدنظر داشت که ریاست واقعی مرد بر خانواده تنها به وسیله قانون تأمین نمی‌شود و وابسته به شخصیت و موقعیت اقتصادی طرفین است. گذشته از عوامل اقتصادی، بسیاری از عوامل روانی و اخلاقی دیگر در این زمینه مؤثر است. در خانواده‌های مذهبی، سلطه مرد به‌آسانی تحمل می‌شود با سواد به حکم طبیعت با سواد را زیر نفوذ خود می‌گیرد، همسری که سواددار نیست^۲ ناچار به حکومت دیگری تن در می‌دهد.

تجربه‌های اجتماعی به کلام شخص نفوذی می‌بخشد که بی‌تجربه ناچار در برابر آن تسلیم می‌شود، زن در بسیاری از جوامع به دنبال تکیه‌گاه و حامی است؛ و به کسی نیاز دارد که او را در گیرودار زندگی رهبری کند. مفهوم ریاست مرد بر خانواده برحسب عادات و رسوم هر اجتماع تفاوت می‌کند. در دوره‌های قبل تصور می‌شد که مرد رهبر بی‌چون و چرای خانواده و حامی اشخاص ناتوانی است که بنام زن و فرزند با او بسر می‌برند.^۳ روح و جسم زن از آن اوست و باید آسایش و رضای خاطر شوهر را فراهم کند. وظیفه زن اطاعت محض از شوهر است و فرد هرگونه که بخواهد می‌تواند از حق ریاست خود استفاده کند.

اما امروزه ریاست مرد به انجام یک وظیفه اجتماعی شبیه‌تر است تا به اجرای حق شخصی هدف قانون‌گذار برتری دادن مرد بر زن و ارضای خواسته‌های او نیست. مرد رئیس

۱. صفایی، حسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده تهران: نشر میزان چاپ هشتم بهار ۸۴

۲. مصطفوی خمینی روح اله (ره)، تحریرالوسیله جلد دوم نکاح و طلاق قسمت نشوز و طلاق مهریزی مهدی، تمکین و نشوز در فقه و قانون

۳. تقدس اردبیلی (زبره البیان) در تفسیر آیه «الرجال قوامون علی النساء» رهبری شوهر را به حکومت والیان بر رعیت‌ها خود مانند می‌کند (ص ۵۳۶)

خانواده است، زیرا بهتر می‌تواند مسئولیت اداره آن را بر عهده بگیرد؛ و زن معاون و همکار اوست نه فرمان‌بر مطلق، پس اگر مرد اختیار خود را به‌منظور دیگری بکار برد و از این مصلحت غافل بماند. از موقعیت خود سوءاستفاده کرده و بایست منع شود، قواعد ناظر به ریاست مرد از قواعد مربوط به نظم عمومی است و جز در مواردی که قانون اجازه داده نمی‌تواند به آن‌ها تجاوز کرد.^۱

از ریاست مرد بر خانواده چنین تصور می‌گردد که در اختلاف سلیقه‌ها زن باید نظر شوهر را بپذیرد و نمی‌تواند از این باب به دادگاه رجوع کند؛ و مرد هم نباید از اختیار خود سوءاستفاده کند و صلاح خانواده را در نظر داشته باشد؛ و با زن نیز مشورت کند. شوهر می‌تواند، برای حفظ مصالح خانواده، معاشرت‌های زن و رفت‌وآمدهای او را بازرسی کند؛ و او را از رفتاری که سلامت خانواده را تهدید می‌کند بازدارد. ولی حق ندارد، به‌دخول خود و بدون اینکه دلیل موجهی داشته باشد زن را از معاشرت با خویشان نزدیک خود یا تکالیف اجتماعی بازدارد.

مخالفت با شغل زن

به‌موجب ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند» هدف قانون‌گذار حفظ مصالح خانوادگی و حیثیت طرفین است.^۲ اموری با مصالح خانواده منافی است که سبب سستی بنیان آن یا اخلاق در نگاهداری و تربیت فرزندان یا حیثیت اجتماعی زن و شوهر یا برهم زدن نظم اقتصادی خانواده باشد. باید پذیرفت، همه مشاغل خارج از منزل کم‌وبیش زن را از پاره‌ای وظایف مادری و همسری بازمی‌دارد هدف از وضع ماده نیز این بوده است که گرفتاری‌های شغل زن مانع از اداره خانه و تربیت فرزندان او نشود و شوهر به‌عنوان رئیس خانواده و مسئول حفظ مصالح این کانون، بتواند زن را از کاری که برخلاف مصلحت می‌بیند بازدارد به‌موجب ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶: شوهر می‌تواند، با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود زن باشد منع نماید مفاد این حکم در ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده ۲۳ بهمن ۱۳۵۳ نیز تکرار

۱. اصل ۴۰ قانون اساسی هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی

قرار دهد

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده انتشارات بنیاد و حقوقی میزان، ص ۴۷۳

گردید و در قوانین پس از آن نیز پاسخی برای این حکم وجود ندارد. پس در حقوق کنونی شوهر باید به عنوان مدعی در دادگاه اقامه دعوی کند؛ و پس از اثبات منافی بودن شغل زن با مصالح خانوادگی منع او را از دادگاه بخواهد.

نتیجه گیری

در جمع بندی می توان قائل شد که بین دو مقوله نابرابری و تبعیض و نیز برابری عدالت به بیانی برابری و تساوی ملاک عدالت نیست چنانچه نابرابری هم معیار تبعیض و بی عدالتی نیست. معنای تبعیض آن است که دو شخص در شرایط مساوی و احتیاج و نیاز و قابلیت و توان مساوی باشند؛ بنابراین در جایی که شرایط و نیازها مختلف باشند تفاوت در وظایف و تکالیف و نیز حقوق ضروری است، به بیان دیگر محور تبعیض احتیاج و عدم احتیاج و همچنین قابلیت و عدم قابلیت است؛ و تبعیض در مقابل عدالت است و نه «برابری» و عدل با برابری مترادف نیست.

بنابراین در تعیین قوانین عادلانه و تعیین نقش ها و مسئولیت های هر فرد با محمل و موضوع حقوق و تکالیف از یک سو و شرایط و ویژگی ها و امتیازات آن فرد از سوی دیگر مورد نگرش قرار گیرد اگر موضوع و محمول حق یا تکلیف امری است که زن و مرد در آن مشترک اند، باید آن حق یا تکلیف به طور مساوی به زن و مرد تعلق گیرد. همچون حق سلامت، آموزش و حق زندگی و ... که همه افراد بشر صرف نظر از نژاد و ملیت و فرهنگ و ... از آن بهره مندند. اعمال هرگونه تفاوت و نابرابری در این حقوق بین زن و مرد از جمله موارد تبعیض به شمار می آید؛ اما اگر موضوع حق یا تکلیف چیزی است که زن و مرد در آن همانند نیستند، ناگزیر حق یا تکلیف به جنسی تعلق می گیرد که موضوع مورد نظر را داشته باشد. مصادیق این موارد به ویژه در قلمروی حقوق خانوادگی قابل ذکر است.

جایگاه خانواده در موازین بین المللی، مقابله با خشونت علیه زنان، مورد انتقاد است. بحث تبعیض جنسیتی و نگاه به زن به عنوان جنس دوم بود که در نصوصی از مواد قانونی هم این مورد بررسی گردید البته موارد عدیده دیگر نیز هستند که در قانون برای زن نیمی از حقوق را قائل شده اند در مورد بحث ارث و تقسیم ترکه به زن و جنس مؤنث نیمی از حقوق مالی تعلق می گیرد؛ و حتی در نصوصی از قانون مجازات اسلامی هست و در جاهایی خلأهایی برای حفظ حقوق زن موجود است. آنچه مدنظر است یک سیاست کلی و همه جانبه و پر کردن خلأهای قانونی و شکاف هایی در مورد اجحاف در حق زنان است و برابری آن با حقوق مرد مدنظر است؛ و یکی دانستن همه انسان ها فارغ از جنسیت و توجه

کردن به برابر بودن حقوق قانونی آنان در همه عرصه‌ها و ارتقاء شخصیت و هویت زنان با صلاح مواردی در قوانین و پر کردن خلأهای قانونی است.

منابع

۱. امینی، حسین، قواعد فقه در حقوق انتشارات طه.
۲. آقاجانی، نصر اله (۱۳۸۸)، «چالش فمینیسم یا عدالت جنسیتی» انتشارات اطلس.
۳. آقاجانی، نصر اله (۱۳۹۲)، «مطالعات راهبردی زنان» کتاب زنان، انتشارات عدل.
۴. آقایی نیا، حسین (۱۳۹۲)، «جرائم علیه اشخاص» بنیاد حقوق میزان چاپ هشتم پاییز.
۵. شیفر، رابرت (۱۳۸۷)، «فمینیسم، دروغ شرافتمندانه» ترجمه مریم رفیعی مجله حوراء، شماره ۲۷، فروردین و اردیبهشت.
۶. صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۴)، مختصر حقوق خانواده تهران: نشر میزان، چاپ ۸، بهار.
۷. فصل‌نامه وکیل مدافع، شماره ۲، پاییز ۱۳۹۰.
۸. فصل‌نامه وکیل مدافع، شماره ۵، بهار ۱۳۹۱.
۹. کاتوزیان- ناصر، حقوق مدنی خانواده انتشارات بنیاد حقوقی میزان.
۱۰. مصطفوی خمینی سید روح اله، تحریر الوسیله، جلد اول، انتشارات میزان.
۱۱. مطهری، مرتضی (۱۳۸۱)، نظام حقوق زن در اسلام انتشارات صدرا چاپ ۳۱.
۱۲. مهریزی، مهدی (۱۳۷۶)، تمکین و نشوز در فقه و قانون، نشر صدرا، چاپ.
۱۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۴. قانون مجازات اسلامی.
۱۵. قانون مدنی در نظم کنونی.
۱۶. سایت‌هایی در رابطه با کنوانسیون‌ها و پروتکل‌ها.

www.unic-ir.or>convenation-women

www.international1.blogfa.com>post-8

www.komitedefa.org>text>woman

www.humanrights-iran.ir>news

www.gifwien.com>konwansion-1

www.hawzah.net>Article>wiew

www.hoghoogh.online.fr>article

www.hoghoogh.porsemani.ir>content

بررسی مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی فضای مجازی در

حقوق ایران

دکتر خیرالله رضانی^۱

مهرنوش ضیایی^۲

چکیده

حق حریم خصوصی یکی از حقوق اساسی بشر است که وی را در مقابل تعرضات دیگران به حریم خصوصی اش و نیز مداخلات ناروای دولت‌ها مورد حمایت قرار می‌دهد اما امروزه با گسترش ابزارهای اطلاع‌رسانی و استفاده گسترده از سرویس‌های اینترنتی به خصوص شبکه‌های اجتماعی مجازی، این حق به یکی از چالش‌انگیزترین مسائل حقوقی تبدیل شده است که به یقین حمایت‌های مدنی از حریم خصوصی در شبکه‌های اجتماعی مجازی و حمایت از افراد در برابر انواع شیوه‌های نقض حریم خصوصی آن‌ها در این جوامع مجازی بخش جدایی‌ناپذیر حمایت از حریم خصوصی است. به‌طور کلی می‌توان گفت حریم زندگی خصوصی، امروزه به دلیل ظهور شبکه‌های اجتماعی مورد تهدید قرار گرفته است اما در قواعد ناظر بر حمایت از زندگی خصوصی، این فناوری جدید کمتر مورد توجه قرار گرفته است. در حقوق ایران علی‌رغم وجود مبانی جدی و کافی حقوقی برای حمایت‌های مدنی این حمایت‌ها تحقق نیافته‌اند و از این‌رو حقوق ایران در این زمینه نیازمند تحول است. منابع مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی در شبکه‌های اجتماعی مجازی را می‌توان در فقه و در برخی قوانین یافت اما قانون جامعی درباره حمایت از حریم خصوصی در این جوامع مجازی وجود ندارد. نقض حریم خصوصی در شبکه‌های اجتماعی مجازی به شیوه‌های مختلفی ممکن است واقع شود و خسارت‌های ناشی از آن در بعضی موارد مادی و در بیشتر موارد معنوی هستند. این خسارت‌ها در نتیجه لطمه به عواطف و احساسات افراد حاصل می‌شوند که باید به شیوه‌های مقتضی جبران شوند.

واژگان کلیدی: حریم. حریم خصوصی. فضای مجازی. مسئولیت مدنی.

۱. عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد بین‌المللی کیش

مقدمه

فناوری اطلاعات که از آغاز به‌طور نوین و به مفهوم امروزی در نیمه دوم قرن بیستم اتفاق افتاد، عامل بزرگی در تحول و دگرگونی جوامع به‌شمار می‌آید، انتقال و انتشار اطلاعات علاوه بر شبکه‌های ماهواره‌ای، رادیویی تلویزیونی، از طریق شبکه‌های رایانه‌ای بین‌المللی هم صورت می‌گیرد که شناخته‌شده‌ترین آن‌ها، شبکه جهانی اینترنت است. فضایی که این شبکه و سایر شبکه‌های بین‌المللی ایجاد می‌کنند، فضای مجازی و غیرقابل لمس است که فضای سایبر نامیده می‌شود. امروزه بسیاری از فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی در این فضا انجام می‌شود.

اما به دنبال این تعامل و ارتباط بین افراد در دنیای مجازی، با نیت یا حتی شاید بدون نیت سوئی، ضرری به افراد حقیقی و حقوقی وارد می‌آید که باعث ایجاد مسئولیت و اصول حاکم بر جبران ضرر مادی و معنوی زیان‌دیده با تکیه بر مستندات شرعی و قانونی می‌شود.

یکی از انواع مسئولیت، مسئولیت مدنی نام دارد که به معنای حقوقی الزام به جبران ضرر و زیان است که شخص به دیگری وارد نموده است و این ورود ضرر ممکن است با فعل یا ترک فعل محقق گردد. احکام و قواعد فقهی فراوانی مبنای مسئولیت مدنی قرار گرفته‌اند همچون قاعده اتلاف، تسبیب، ضمان ید و ... که مبین توجه اسلام به جبران ضرر و زیان‌دیده است.

هدف اصلی مسئولیت مدنی، جبران خسارت زیان‌دیده و اعاده وضعیت به حالت گذشته است، به همین دلیلی در بسیاری از اسناد بین‌المللی از جمله معاهدات اینترنت وایپو و دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا بر اعمال ضمانت اجراهای مدنی و تعیین طرق جبران خسارت تأکید شده و قوانین بسیاری از کشورها در این خصوص متضمن قواعد خاصی در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از مصادیق مزبور است.

علیرغم اینکه موضوعات و مباحث مربوط به حقوق فناوری اطلاعات و ارتباطات از بحث‌های روز محافل علمی دنیا و ایران بوده و توجه بسیاری از نویسندگان حقوقی را به خود معطوف داشته اما در کشور ما به بحث مسئولیت مدنی ناشی از ارتباطات اینترنتی کمتر توجه شده است و تاکنون دکترین حقوقی خاصی در خصوص موضوع مسئولیت مدنی در ارتباطات اینترنتی ارائه نشده است و موضع رویه قضایی نیز بسیار ضعیف و منفعل بوده است. حال آنکه یکی از بحث‌های مهم رد این عرصه نوین حقوق، بحث مسئولیت مدنی است. در دنیای مجازی عوامل متعددی فعال بوده و ممکن است فعالیت هر یک از آن‌ها

منشأ تضییع حقوق دیگران شود. شناخت ضمانت اجرای مدنی نقض این حقوق در مواردی که مشمول مسئولیت قراردادی نبوده و زیان دیده شخص ثالثی باشد، یک مسئله مهم است که بایستی هم دکترین حقوقی و هم رویه قضایی به آن توجه داشته و خلأهای قانونی نیز توسط قانون گذار فهیم شناسایی و مرتفع گردند.

از این رو با توجه به اهمیت بحث مسئولیت مدنی در فضای مجازی، بررسی موارد و مصادیق موجبات مسئولیت در دنیای اینترنت که به یقین در گرو شناسایی حقوق افراد در این فضای است و اعمال قواعد مسئولیت مدنی سنتی بر این موارد، نیازمند یک مطالعه جامع در این خصوص است.

حریم خصوصی به عنوان یکی از مهم ترین مصادیق حقوق بشر، قلمرویی از زندگی اشخاص است که آن شخص انتظار دارد تا دیگران بدون رضایت وی به اطلاعات راجع به آن دسترسی نداشته باشند. با رشد و توسعه جوامع و ظهور فن آوری های نوین، قلمرو نقض حریم خصوصی به طرز چشمگیری گسترش یافته است. از این رو حمایت از حریم خصوصی به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشری از ضرورت های جامعه امروز به شمار می رود. حمایت از حریم خصوصی به راستی حمایت از اهداف مهم انسان است.

مسئولیت مدنی به معنای الزام حقوقی به جبران ضرر و زیان است که شخص به دیگری وارد نموده است و این ورود زیان ممکن است با فعل یا ترک فعل محقق گردد. این ضرر ممکن است بر اثر افعال عادی شهروندان به دیگری وارد آید و یا این ضرر ناشی از نقض حریم خصوصی که محل بحث در این تحقیق است وارد آید و راهکارهای قانونی جبران ضرر زیان دیده ناشی از اقدامات و فعالیت های منتج به نقض حریم خصوصی در فضای مجازی در حقوق ایران از مباحث اصلی تحقیق حاضر است.

بنابراین ضرورت تحقیق در این خصوص را با توجه به خلأهای موجود و نیاز برای مشخص کردن مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی در فضای مجازی در حقوق ایران را لازم دانسته تا بدین منظور راه حل یا دستورالعمل مشخصی داشته باشیم.

مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی در فضای مجازی در حقوق ایران

چیست؟

در قانون اساسی ایران، اگرچه اصطلاح حریم خصوصی به کار نرفته است، اما برخی مصادیق و اجزای آن، مورد توجه واقع شده و تعدی و نقض آن، ممنوع شمرده شده است؛ چنانکه اصول ۲۲، ۲۳ و ۲۵ به این مسئله اختصاص یافته اند. با وجود این، قانون گذار عادی توجه شایسته ای به این مقوله نداشته است و در قوانین عادی از حریم خصوصی حمایت

کافی صورت نگرفته است. تنها به طور پراکنده در قوانین و مقررات مختلف مصادیقی از این حق مورد حمایت است. قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری، قوانین و مقررات مربوط به ارتباطات پستی، تلفنی، اینترنتی و قانون مطبوعات در زمره قوانینی هستند که برخی از این مصادیق را ذکر نموده و مورد حمایت قرار داده‌اند.

در تعریف مسئولیت مدنی گفته شده است در هر مورد که شخص ناگزیر از جبران خسارت دیگری باشد، میگویند در برابر او مسئولیت مدنی دارد. بر مبنای مسئولیت رابطه دینی ویژه‌ای میان زیان دیده و مسئول به وجود می‌آید، زیان دیده طلبکار و مسئول بدهکار می‌شود و موضوع بدهی جبران خسارت است که به طور معمول با دادن پول انجام می‌پذیرد. در مسئولیت مدنی اراده طرفین دخالت ندارد و این مسئولیت هیچ‌گاه نتیجه مستقیم عمل حقوقی نیست.

شاید واژه مقدس حریم از حَرَم و حَرَم و مشتقات آن، حَرِماً و حَرِماناً و حَرْمَةً و حریمه‌الشیء باشد. بی‌شک واژه حریم ریشه قرآنی دارد که هشتاد و سه مرتبه در مشتقات مختلف آن و در بیست و پنج سوره قرآن وارد شده است. حریم کلمه‌ای عربی است و به معنی منع است و مقداری از اراضی اطراف ملک، قنات و نهر، امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن‌ها و جلوگیری از ضرر، ضرورت دارد و از نظر احترامی که افراد باید به حق حریم بگذارند و نمی‌توانند به آن تجاوز بنمایند حریم نامیده می‌شود.

عبارت حریم خصوصی از دو واژه حریم و خصوصی تشکیل شده است. حریم به معنای آنچه از پیرامون خانه و عمارت که بدان متعلق باشد، مکانی که حمایت و دفاع از آن واجب باشد (جمع احرام، احاریم و برگرفته از واژه حرم)^۱ بخشی از اطراف چیزی مانند خانه باغ، جاده راه‌آهن، جنگل و دریا که جزئی از آن‌ها به حساب می‌آید، جایی که حرمت دارد، مکان محترم و مقدس، آنچه حرام شد و مس آن جایز نباشد جمع حرم، بازداشتن از بی‌بهره گردانیدن از ... چیزی که آن را حمایت کنند و جنگ کنند بر آن در کتب و فرهنگ ایران بکار رفته است. از واژه خصوصی به معنای شخصی، داخلی، صمیمی، مخصوص فرد یا عده معینی، اختصاصی، ویژه، مقابل عمومی، محرمانه غیرعلنی، خارج از نظارت یا حوزه کارهای دولتی. می‌توان گفت که حریم خصوصی در لغت به معنای جا و مکان و محدوده‌ای شخصی و خاص است که ورود و مداخله در آن جایز نیست.^۲

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد اول، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ ۲۴، ۱۳۸۶، ص ۱۳۵۲

۲. آماده، مهدی، حمایت از حریم خصوصی، نشر دادگستر، ۱۳۹۲، ص ۱۸

با آنکه عبارت حریم خصوصی در زبان محاوره و نیز مباحث فلسفی، سیاسی و حقوقی، مکرر استعمال می شود ولی هنوز تعریف مدون و مشخصی از آن ارائه نشده است. مفهوم حریم خصوصی، ریشه های عمیقی در مباحث جامعه شناختی و انسان شناختی دارد که نشان می دهد چگونه در فرهنگ های مختلف برای آن، ارزش قائل شده اند. حریم خصوصی، مفهومی سیال است که امروزه از جمله آزادی وجدان و اندیشه، کنترل بر جسم خود، داشتن خلوت و تنهایی در منزل و مکان خصوصی، کنترل بر اطلاعات شخصی، رهایی از نظارت های سمعی و بصری دیگران، حمایت از حیثیت و اعتبار خود و حمایت در برابر تفتیش ها، تجسس ها و ره گیری ها را شامل می شود. حق حریم خصوصی، حق زندگی کردن است با میل و سلیقه خود و با حداقل و ورود دیگران. به دیگر سخن، حقی است که بر اساس آن، افراد می توانند تعیین کنند که دیگران تا چه اندازه می توانند به لحاظ کمیت و کیفیت، اطلاعاتی درباره آنان داشته باشند.

در حریم خصوصی، انتظار این است که اطلاعات شخصی و محرمانه که از آن در محلی خصوصی پرده برداشته می شود، برای شخص سومی آشکار و برملا نشود؛ زیرا این افشاگری سبب ناراحتی یا اضطراب و تنش احساسی برای کسی می شود که نسبت به این مسئله حساس است. درواقع حریم خصوصی به افرادی تعلق می گیرد که در محلی هستند که شخص انتظار دارد آن محل خصوصی بماند.^۱

یکی از نویسندگان معاصر در تعریف حریم خصوصی می نویسد: «حریم خصوصی را می توان فضایی دانست که نمی توان بدون اجازه شخصی به آن تجاوز یا تعرض کرد. درواقع دسترسی به آن فضا برای دیگران امکان پذیر نیست.»^۲ البته به نظر می رسد این تعریف صرفاً به حریم خصوصی مکانی اشاره نموده و سایر مواردی را که دارای حریم خصوصی هستند شامل نمی گردد. در تعریف دیگری از حریم خصوصی آمده است: «حریم خصوصی عبارت است از حق اولیه افراد در مصون ماندن حوزه خصوصی ایشان از هرگونه مداخله و تعرض فاقد مجوز قانونی و همچنین منع دیگران از وقوف بر اطلاعات این حوزه»^۳

1. Ronald B. Standler 1997, Privacy law in USA, Haward Broadcasting, Sep, P. 11. From: www. rbs2. com

۲. انصاری، ولی الله، حقوق تحقیقات جنایی (مطالعه تطبیقی)، انتشارات سمت چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۲۷۰.

۳. اصلانی، حمید رضا، حقوق فناوری اطلاعات، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۲۰.

در تعریف دیگری از حریم خصوصی آمده است «حریم شخصی (خصوصی) یعنی آزادی عمل فرد در حریم خانه و زندگی خصوصی، روابط، مکاتبات، مکالمات و اسرار شخصی است. در این محدوده، فرد مصون از تعرض و تجسس و کنجکاوی‌ها و دخالت پلیسی است. از نظر تفکر آزادمنشی حریم خصوصی لازمه تجدیدقوا و احساس آرامش و تحقق بخشیدن به شخصیت انسان است که بدون آن فرد به جسمی بدون روح مبدل می‌شود»^۱ فضای سایبر یا فضای مجازی در تعریف برخی نویسندگان عبارت است از: مجموعه‌ای از ارتباطات درونی انسان‌ها از طریق رایانه و وسایل مخابراتی بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی است. تعریف دیگری از فضای مجازی عبارت است از محیط الکترونیکی واقعی است که ارتباطات انسانی به شیوه‌ای سریع، فزاینده از مرزهای جغرافیایی و یا ابزار خاص، خود، در آن زنده و مستقیم روی می‌دهد. فضای مجازی را می‌توان برای توصیف تمام انواع منابع اطلاعاتی موجود شده از طریق شبکه‌های رایانه‌ای به کار برد، در حقیقت فضای مجازی نوع متفاوتی از واقعیت مجازی و دیجیتالی است که توسط شبکه‌های رایانه‌ای هم پیوند تأمین می‌شود که با اندکی مسامحه می‌توان آن را مترادف با شبکه جهانی اینترنت دانست.

در فرهنگ علوم اجتماعی گولدو کولب نیز سایبرنیتک بدین گونه تعریف شده است: سایبرنیتک به مجموعه‌ای از نظریه‌ها و پژوهش‌ها اشاره می‌کند که توجه خود را به انسان‌ها، ارگانیسم‌های دیگر و ماشین‌ها معطوف کرده‌اند. فضای مجازی در هر تعبیری و با هر تعریفی، قلمرویی وسیع، بدیع و بکر است که برای ساکنان خود امکانات، آزادی‌ها، فرصت‌ها، دلهره‌ها، آسیب‌ها و محدودیت‌های نوینی را به همراه دارد. اهمیت این قلمرو تا حدی است که امروزه برخی اندیشمندان صحبت از دوج جهانی شدن دنیا معاصر می‌کنند. همان‌طور که جبل عاملی در مقاله‌ای تحت عنوان «جهانی‌شدن‌ها مفاهیم و نظریه‌ها» می‌گوید: پارادایم دوج جهانی شدن‌ها نگاهی است که در درجه اول بر تمایز بین جهان مدرنیته و جهان جهانی شده تأکید می‌کند و در درجه بعد به تبیین و متمایز کردن دوج جهان موازی و درعین حال به هم آمیخته واقعی و مجازی می‌پردازد.^۲

طبق تعریف ارائه شده از سوی گروهی از کارشناسان که به دعوت سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) در پاریس در ۱۹۸۳ گرد آمده بودند. جرم رایانه‌ای را به این صورت تعریف کرده‌اند: «هر عمل قانونی، غیراخلاقی نسبت به پردازش خودکار و یا انتقال

۱. طباطبایی موتمنی، آزادیهای عمومی و حقوق بشر، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، ص ۵۶.

2. <http://cyber-khmohammadi.blogfa.com/post/1>

داده‌ها جرم رایانه‌ای است». پروفیسور زیبر اولریش از محققین مطرح در عرصه جرائم رایانه‌ای این تعریف را این حیث سودمند دانسته است که امکان استفاده از فرضیات مختلف و همه مطالعات جرم‌شناسی، کیفری، اقتصادی پیشگیرانه یا حقوقی را فراهم می‌کند. در ایالات متحده آمریکا تعریفی وسیع از جرم رایانه‌ای شده مبنی بر آنکه هر اقدام غیرقانونی را که با رایانه یا کاربرد آن مرتبط باشد، جرم رایانه‌ای می‌گویند.^۱

اما طیف گسترده افعال مجرمانه که ذیل جرائم رایانه‌ای وجود دارند و ماهیت متغیر آن‌ها که ناشی از پی‌شرفت لحظه‌به‌لحظه فناوری اطلاعات و شیوه‌های سوء استفاده از آن است، ارائه تعریف جامع و مانع از آن مشکل و چه‌بسا غیرممکن می‌سازد تا آنجا که در جدیدترین و جامع‌ترین سند بین‌المللی موجود در این عرصه یعنی کنوانسیون جرائم سایبر ۲۰۰۱ بوداپست تعریفی از این جرائم به عمل نیامده است. سازمان ملل متحد نیز در نشریه بین‌المللی سیاست جنایی خود، بر عدم وجود تعریف مورد توافق به این عرصه تأکید کرده است.^۲

انسان به حکم طبیعت و سرشت باید دارای حریم خصوصی برای خود باشد و از آن محافظت نماید. در مقابل افراد نیز بایستی نسبت به صیانت و رعایت حریم خصوصی سایرین اقدام نمایند. نقض حریم خصوصی در فضای مجازی یکی از مهم‌ترین مسائل روز جامعه است که از دو منظر قابل بررسی است. یکی از جانب قربانیان نقض حریم خصوصی در فضای مجازی و دیگری از سوی ناقضین حریم خصوصی در فضای مجازی. نگارنده همواره بر این نکته تأکید دارد که بزه‌دیدگان در فضای مجازی نقش مهمی در بروز جرائم ناقض حریم خصوصی ایفا می‌کنند و درعین حال می‌توانند در اقدامات پیشگیرانه علیه جرائم سایبری یا همان cyber prevention نقش‌آفرین باشند. بسیاری از بزه‌دیدگان جرائم سایبری و کسانی که حریم خصوصی آنان در فضای مجازی نقض می‌شود، استعدادی قابل توجه برای قربانی شدن (immolate) بروز می‌دهند و به‌راحتی طعمه بزه‌کاران سایبری می‌شوند. برخی کلاه‌برداری‌های اینترنتی ناشی از کسب اطلاعات به روش‌های بسیار ساده و سوء استفاده از عکس‌ها و اسرار شخصی نمونه‌هایی از این موضوع است. ضعف شخصیتی، فقدان اطلاعات کافی در رابطه با محیط مجازی و عدم دقت در محافظت از داده‌ها و...

۱. عمیدی، مهدی، مطالعه تطبیقی جرایم رایانه‌ای از دیدگاه فقه و حقوق کیفری ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۳۸۸، ص ۱۸.

۲. باستانی، برومند، جرایم کامپیوتری و اینترنتی جلوه‌ای نوین از بزه‌کاری، چاپ اول، تهران، بهنامی، ۱۳۸۳، ص ۱۷.

مواردی است که قربانی بزه سایبری را در قربانی شدنش مساعدت می‌کند. در ابتدای این بحث اعلام گردید که افراد بایستی نسبت به صیانت از حریم خصوصی شان همت نمایند. حال آنکه بسیاری از افراد بدون رعایت مسائل امنیتی، خصوصی‌ترین اطلاعات خود را بر روی سیستم رایانه و یا حامل‌های داده، نظیر فلش و کارت‌های حافظه و تلفن همراه و سی دی و... ذخیره می‌نمایند که به‌نوعی دست بزهکار سایبری را در تعرض به حریم خصوصی باز می‌گذارند. به همین خاطر زمینه قربانی شدن در فضای مجازی را بروز می‌دهند. با الهام از این ضرب‌المثل که (مالت را حفظ کن، همسایه‌ات را دزد نکن) می‌توان گفت: باید در فضای مجازی از اطلاعات شخصی و حریم خصوصی خود محافظت نماییم تا مجبور نباشیم به دنبال مجرم بگردیم. هرچند این مطلب هیچ‌گاه به معنای توجیه عملکرد بزهکار سایبری نیست یعنی اگر افراد در محافظت از اطلاعات شخصی و یا حریم خصوصی خود کوتاهی نمایند دلیل بر آن نیست که ما خود را مجاز به تعرض به حریم خصوصی افراد بدانیم.^۱

جنبه دیگر موضوع همان‌طور که معروض گردید مربوط به ناقضان حریم خصوصی در فضای مجازی است. این بزهکاران زمانی که وارد فضای مجازی یا همان اینترنت می‌شوند در خیالی خام آن را (ملک مطلق) خود دانسته و اجازه هرگونه فعالیت و ورود به حریم خصوصی دیگران را به خود می‌دهند. در زیر به برخی مصادیق نقض حریم خصوصی در فضای مجازی که در قانون جرائم رایانه‌ای جرم‌انگاری شده است می‌پردازیم:

۱. دسترسی غیرمجاز به داده‌های رایانه‌ای یا مخابراتی نظیر هک ایمیل یا اکانت افراد.

۲. شنود غیرمجاز محتوای در حال انتقال در دستگاه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی نظیر استفاده از کی‌لاگرها و نرم‌افزارهای شنود چت‌های اینترنتی و...

۳. دسترسی غیرمجاز به داده‌های سری در حال انتقال در دستگاه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده یا تحصیل و شنود آن.

۴. دسترسی قرار دادن داده‌های سری در حال انتقال در دستگاه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده برای اشخاص فاقد صلاحیت.

۵. نقض تدابیر امنیتی دستگاه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی به‌قصد دسترسی به داده‌های سری در حال انتقال در دستگاه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده.

۱. نقض حریم خصوصی در فضای مجازی، روزنامه ایران، شماره ۵۲۴۱ به تاریخ ۹۱/۹/۱۴، ص ۱۶.

۶. حذف یا تخریب یا مختل یا غیر قابل پردازش نمودن داده های دیگری از دستگاه های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل های داده به طور غیرمجاز.
 ۷. از کار انداختن یا مختل نمودن دستگاه های رایانه ای یا مخابراتی به طور غیرمجاز نظیر غیرفعال سازی دیتابیس تارنماها و ممانعت از دسترسی افراد به سایت های شخصی.
 ۸. ممانعت از دسترسی اشخاص مجاز به داده های یا دستگاه های رایانه ای یا مخابراتی به طور غیرمجاز
 ۹. ربودن داده های متعلق به دیگری به طور غیرمجاز.
 ۱۰. هتک حیثیت از طریق انتشار صوت و فیلم تحریف شده دیگری به وسیله دستگاه های رایانه ای یا مخابراتی
 ۱۱. نشر اکاذیب از طریق دستگاه های رایانه ای یا مخابراتی به قصد اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی
 ۱۲. فروش یا انتشار یا در دسترس قرار دادن گذرواژه یا هر داده ای که امکان دسترسی غیرمجاز به داده ها یا دستگاه های رایانه ای یا مخابراتی متعلق به دیگری را فراهم می کند.
 ۱۳. آموزش نحوه ارتکاب جرائم دسترسی غیرمجاز، شنود غیرمجاز، جاسوسی رایانه ای و تخریب و اخلال در داده ها یا دستگاه های رایانه ای و مخابراتی.
- ناقضین حریم خصوصی در فضای مجازی به دلایلی نظیر افسردگی، عصبانیت، حسادت، انتقام جوئی، حس تنفر، تفریح و سرگرمی، خودکم بینی و حقارت، حس رقابت و عدم توجه به اصول اخلاقی و ارزش های جامعه، خود را مجاز به ورود به حریم خصوصی قربانیان دانسته و خسارات جبران ناپذیری را به حیثیت و مال و حتی جان افراد وارد می سازند^۱.
- فناوری اطلاعات و ارتباطات به سرعت به جمع آوری اطلاعات شخصی افزوده است و افزایش نقض حریم خصوصی در فضای مجازی به ویژه اینترنت، نگرانی های زیادی را برای کاربران به وجود آورده است؛ به طوری که اگر اشخاص مطمئن باشند، اطلاعات هویتی و شخصی آنان در مقابل اشخاص ثالث فاش نمی شود، آن ها تمایل زیادی به استفاده آزادانه از اینترنت دارند. حریم خصوصی، برای شرکت هایی که اطلاعات از مشتریان خود را از طریق تارنما دریافت می کنند، نیز موضوع بسیار مهمی است. بعضی از این شرکت ها، سیاست های

۱. طرزی، عبدالرضا، نقض حریم خصوصی در فضای مجازی، پایگاه تخصصی نشر مقالات حقوقی، حق گستر:

تأمین حریم خصوصی افراد را بر روی تارنمای خود توسعه داده‌اند. شرکت‌ها برای دستیابی به اطلاعات شخصی افراد، بایستی ملزم به ایجاد قرارداد و اجرای سیاست‌های تأمین حریم خصوصی باشند.

تجار تمایل زیادی به استفاده از اطلاعات خصوصی افراد برای بهبود بازار دارند و اکثر شرکت‌ها از فروش اطلاعات هویتی اشخاص سود می‌برند. گسترش فناوری‌های جدید و توان استفاده از وسایل و امکاناتی که به راحتی قابلیت نفوذ در مکان‌های خصوصی را دارند؛ از جمله دوربین‌های دید در شب و یا صدابرها، مخفی و سایر ابزارهایی که زمانی فقط از سوی سازمان‌های جاسوسی قابل استفاده بود و امروزه به راحتی در اختیار همه افراد جامعه قرار دارد، امکان مداخله در حریم خصوصی را به شدت افزایش داده است.^۱

در کشور ایران نیز همسو با تحولات جهانی، با توسعه فناوری‌های مربوط به ضبط و انتشار تصویر و صوت و همچنین گسترش اینترنت هرروزه شاهد سوءاستفاده از این وسایل علیه حیثیت و آبرو و حریم خصوصی افراد هستیم. این فناوری، به جای آنکه وسیله آرامش باشد، به ابزاری تبدیل شده‌اند که آبرو و حیثیت افراد را تهدید می‌کنند. فیلم‌های منت‌شر شده در اینترنت و بلوتوث تلفن‌های همراه، دست‌کاری، ذخیره و پردازش داده‌های شخصی، ورود به حریم خصوصی از طریق دوربین‌های پیشرفته دیجیتالی و ... که خصوصی‌ترین روابط افراد را به نمایش می‌کشند و حتی می‌توانند به فروپاشی خانواده قربانیان منجر شود، تهدیدی برای حریم خصوصی تمامی افراد محسوب می‌شوند.

مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی مسئولیتی است که در برابر ایجاد خسارت به وجود می‌آید و به وجود آورنده خسارت را ناگزیر از جبران خسارت می‌نماید. مسئولیت مدنی به معنی مسئولیت پرداخت خسارت است؛ بنابراین هر جا که شخص در برابر دیگری مسئول جبران خسارتی باشد، در آنجا مسئولیت مدنی وجود دارد. بر مبنای مسئولیت مدنی بین زیان‌زننده و زیان دیده، رابطه‌ای خاص به وجود می‌آید که همان جبران خسارت است؛ بنابراین مسئولیت مدنی در معنی عام و وسیع هم مسئولیت قراردادی و هم مسئولیت خارج از قرارداد را در برمی‌گیرد؛ زیرا در هر دو مسئله مهم، بحث جبران خسارت است؛ اما تفاوت

۱. آقابابایی، حسین، لیبرالیسم؛ حریم خصوصی و قانون پاتریوت، تهران، فصلنامه سیاست، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۶۳.

اساسی این دو با هم برمی گردد، به وجود یا عدم وجود قرارداد بین طرفین. قلمرو مسئولیت مدنی از جایی آغاز می شود که بین طرفین قراردادی برای انجام تعهد وجود نداشته باشد. مسئولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد نیست، درحالی که مسئولیت قراردادی مسئولیتی است که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی پدید می آید. به عبارت دیگر مسئولیت قراردادی به این معنی است که کسی که به عهد خود وفا نکرده و باعث ضرر طرف قرارداد خود شده باشد، باید زیان وارده را جبران نماید.^۱

مسئولیت به علت خسارتی که شخص یا کسانی که تحت حفاظت و اداره شخص است یا اشیا تحت حراست وی به دیگری وارد می کند مسئولیت مدنی بر شخص به وجود می آید و همچنین مسئولیت شخص در اثر تخلف از انجام تعهدات ناشی از قرارداد.^۲ مسئولیت مدنی می تواند به این صورت هم تعریف شود: وظیفه حقوقی که شخص در مقابل دیگری به انجام یا ترک عملی دارد، مسئولیت مدنی از نظر قانون گذار اسلام، جرمه نقدی و غرامت مالی است که عوض جنایت بر نفس یا یکی از اعضا در اثر خطا و شبه عمد مقرر شده است.

مسئولیت مدنی دو قسم است:

الف. مسئولیت قراردادی. ب. مسئولیت خارج از قرارداد که گاهی آن را مسئولیت تقصیری می نامند قدر مشترک هر دو مسئولیت مدنی، نقض تعهد و الزام است و نهایت اینکه در نوع اول، نقض تعهد قراردادی است و در نوع دوم، نقض تعهد قانونی.^۳ قانون مسئولیت مدنی به عنوان مهم ترین منبع قانونی مسئولیت مدنی در نظام حقوقی ایران اگرچه به صراحت به موضوع رعایت حریم خصوصی افراد نپرداخته است اما اطلاق مواد ۱ و ۱۰ آن به ویژه عباراتی نظیر «شهرت تجاری» و «حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی» مبین شمول قانون بر موارد نقض حریم خصوصی اطلاعاتی و معنوی است. به موجب ماده ۱۰ قانون یاد شده «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی و خانوادگی او لطمه وارد می شود می تواند از کسی که لطمه وارد آمده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد».

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۶۴۵.

۲. همان، ۶۵۴.

۳. فیض، علیرضا، مقارنه در حقوق جزای عمومی اسلام، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۳، ص ۴۵۲.

حریم خصوصی قلمرویی از زندگی مادی و معنوی انسان است که انتظار دارد جز با رضایت وی هیچ شخصی در آن ورود پیدا نکند. مفاهیم مختلفی برای حریم خصوصی بیان کرده‌اند، از جمله «خلوت و تنهایی»، «صمیمیت و رابطه خصوصی»، «ناشناخته ماندن»، «خویشتن نگاه داشتن» و...

حریم خصوصی متشکل از سه رکن است که عبارت‌اند از: محرمانگی، گمنامی و تنهایی. عنصر اساسی حریم خصوصی همانا اختیار و آزادی انسان‌ها در تصمیم‌گیری در خصوص میزان و تصرف و مداخله سایرین نسبت به زندگی شخص ایشان است. در حریم خصوصی ضرورت دارد که یک محیط مجازی و غیرمجازی امن برای افراد جامعه وجود داشته باشد که از پایش و تجاوز دیگران مصون بماند. هر شخص فارغ از هر نوع فعالیت، عقیده، خط‌مشی و فرهنگی که دارد نیازمند یک خلوت و تنهایی است که در آن خلوت با خود و با اشخاصی که خود دوست دارد مراوده، تبادل نظر و گفتگو و مصاحبت نماید.

از دست رفتن عنصر تنهایی موجب نقض حریم خصوصی شخص می‌شود؛ چراکه وقتی یک شخص دسترسی فیزیکی به شخص دیگری بیابد، نه تنها می‌تواند اطلاعات شخصی وی را به دست آورد بلکه «تنهایی فیزیکی» وی را نیز محدود می‌کند. انسان به‌طور طبیعی خواستار آن است که برخی از ویژگی‌های شخصیتی، عقیدتی، فرهنگی و سیاسی و حتی اقتصادی وی محرمانه مانده و حتی از دید دیگران محفوظ بماند. علیرغم اشتراک اصل حمایت از حریم خصوصی افراد، ابعاد و حریم خصوصی بستگی تام به فرهنگ و زمینه‌های اجتماعی و محیطی دارد.^۱

امروزه حریم خصوصی و لزوم حمایت از آن، به‌عنوان یک اصل در علم حقوق شناخته می‌شود، پروفسور لی‌ستانیوتن استاد کرسی اخلاق در دانشگاه فیرفیلد آمریکا، معتقدند که: «برای پی بردن به بنیان‌های فلسفی این مقوله باید به شرافت بشری و منابع و مآخذ مربوط به مالکیت شخصی مراجعه کرد و گرچه عجیب به نظر می‌رسد، اما مالکیت افراد بر شرافت و حیثیت خود، بهترین معرف حریم خصوصی محسوب می‌شود».^۲

۱. نمک دوست، تهرانی، حسن، حق دسترسی آزادانه به اطلاعات و حریم خصوصی، قابل دسترسی در

http://mfoi.ir/b_main/articletext.php?newsstories_id=10&newsstories_newskind=4

۲. هوسمن کارل، حرمت حریم خصوصی در برابر حق مردم به آگاهی از رویدادها، ترجمه داوود حیدری، رسانه، سال هفتم، شماره سوم، ص ۴۳.

مقررات حریم خصوصی

قانون تجارت الکترونیک م صوب ۱۳۸۲، از جمله قوانینی است که در زمینه حمایت از حریم خصوصی اطلاعات در فضای مجازی مقرر شده و مقرراتی را در مورد حفظ و حراست از داده‌ها پیش‌بینی نموده است.

در ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک در تعریف داده چنین مقرر شده است: «داده‌پیام» هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود.

حریم خصوصی یا حریم داده را نیز می‌توان مجموعه‌ای از اطلاعات مرتبط با زندگی خصوصی اشخاص دانست که بنا بر علل و انگیزه‌هایی تمایل به افشای آن‌ها وجود ندارد.

طبق ماده ۵۸ این قانون، ذخیره، پردازش و یا داده‌پیام‌های شخصی مبین ریشه‌های قومی یا نژادی، دیدگاه‌های عقیدتی، مذهبی، خصوصیات اخلاقی و داده‌پیام‌های راجع به وضعیت جسمانی، روانی و یا جنسی اشخاص بدون رضایت صریح آن‌ها به هر عنوان غیرقانونی است.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود داده‌ها مورد حمایت در این ماده جنبه حصری داشته و توسعه مصادیق آن جایز نیست. علاوه بر این قانون‌گذار برای ذخیره‌سازی، پردازش و یا توزیع داده‌پیام‌های شخصی رضایت صریح اشخاص را ضروری دانسته است.

ماده ۵۸ نیز مقرر می‌دارد: در صورت رضایت شخص، موضوع داده‌پیام نیز به شرط آنکه محتوای داده‌پیام وفق قوانین م صوب مجلس شورای اسلامی باشد ذخیره، پردازش و توزیع داده‌پیام‌های شخصی در بستر مبادلات الکترونیکی باید با لحاظ شرایط زیر صورت پذیرد:

الف. اهداف آن مشخص بوده و به‌طور واضح شرح داده شده باشند.

ب. داده پیام باید تنها به‌اندازه ضرورت و متناسب با اهدافی که در هنگام جمع‌آوری برای شخص موضوع داده‌پیام شده جمع‌آوری گردد و تنها برای اهداف تعیین شده مورد استفاده قرار گیرد.

ج. داده پیام باید صحیح و روزآمد باشد.

د. شخص موضوع داده‌پیام باید به پرونده‌های رایانه‌ای حاوی داده‌پیام‌های شخصی مربوط به خود دسترسی داشته و بتواند داده‌پیام‌های ناقص و یا نادرست را محو یا اصلاح کند.

هـ. شخص موضوع داده‌پیام باید بتواند در هر زمان با رعایت ضوابط مربوطه درخواست محو کامل پرونده رایانه‌ای داده‌پیام‌های شخصی مربوط به خود را بنماید.

در این قانون برای ذخیره، پردازش و توضیح داده‌پیام‌های مربوط به سوابق پزشکی نیز مقرراتی شده است. ماده ۷۸ قانون نیز دارای مقرراتی در زمینه مسئولیت مدنی برای جبران خسارت وارده به اشخاص است. به موجب ماده مذکور، «هرگاه در بستر مبادلات الکترونیکی در اثر نقص یا ضعف سیستم مؤسسات خصوصی و دولتی، به جز در نتیجه قطع فیزیکی ارتباط الکترونیکی، خسارتی به اشخاص وارد شود، مؤسسات مزبور مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند مگر اینکه خسارات وارده ناشی از فعل شخصی افراد باشد که در این صورت جبران خسارت بر عهده این اشخاص خواهد بود».

مقررات و ضوابط شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۰/۹/۱۲ شورای عالی انقلاب فرهنگی، دارای مقرره‌هایی در زمینه حفاظت از داده‌ها و عدم حریم خصوصی است. مطابق این قانون، شرکت‌های سرویس‌دهنده اینترنت و مراکز حضوری ارائه خدمات اینترنتی ملزم به نگهداری تمامی اطلاعات کاربران می‌باشند.

در این قانون موارد زیر توسط رساها و کاربران ممنوع اعلام شده است:

- افشای روابط خصوصی افراد و تجاوز به حریم اطلاعات شخصی آنان.
- انتشار اطلاعات حاوی کلیدهای رمز بانک‌های اطلاعاتی، نرم‌افزارهای خاص، صندوق‌های پست الکترونیکی و یا روش شکستن آن‌ها.
- هرگونه نفوذ غیرمجاز به مراکز دارنده اطلاعات خصوصی و محرمانه و تلاش در جهت شکستن قفل رمز دستگاه‌ها.
- هرگونه تلاش برای انجام شنود و بررسی بسته‌های اطلاعاتی در حال گذر در شبکه که به دیگران تعلق دارد.

قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷ نیز دارای مقرراتی در زمینه اطلاعات شخصی است. در بند دوم از فصل چهارم این قانون، حمایت از حریم خصوصی اشخاص به عنوان یکی از استثنائات دسترسی به اطلاعات شمرده شده است. در ماده ۱۴ این قانون مقرر شده است: «چنانچه اطلاعات درخواست شده مربوط به حریم خصوصی اشخاص

باشد و یا در زمره اطلاعاتی که با نقض احکام مربوط به حریم خصوصی تحصیل شده است، درخواست دسترسی باید رد شود»^۱.

در جبران خسارات ناشی از نقض حریم خصوصی با توجه به گونه‌های مختلف حریم خصوصی در اینترنت، جبران خسارت به دو روش صورت می‌گیرد.

در قانون حریم خصوصی امریکا مصوب سال ۱۹۷۴ از جمله شیوه‌های جبران خسارت که اشخاص می‌توانند در قبال نقض حقوقشان در خصوص افشای اسرار محرمانه درخواست کنند. این است که از دادگاه بخواهند، آژانس‌های مربوطه را از افشای اسرار محرمانه آن‌ها منع کند.

آن‌ها می‌توانند خسارات واقعی را که دیده‌اند و نیز هزینه‌ها و مبالغی را که برای اقامه دعوی پرداخت کرده‌اند مطالبه کنند. همچنین ضمانت اجرای مدنی در خصوص خسارات ناشی از نقض حریم خصوصی در فرانسه بر دو نوع است:

۱. ضمانت اجرایی که جنبه تهدیدی یا اجباری دارد. گاهی هم می‌تواند از هر دو شیوه به صورت تلفیقی استفاده کرد.

۲. ضمانت اجرایی که ماهیتاً خسارات وارده بر زیان‌دیده را جبران و تحریم می‌کند و تحت عنوان جبران پولی، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

یکی از مصادیق بارز جبران غیرمالی، الزام عذرخواهی در همان فضای مجازی است. ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد که: «هرگاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاد نماید دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید».

ماده ۲۷ قانون حمایت حقوق موظفان و مصنفان در همین باره می‌گوید: «شاکي خصوصی می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم نهایی درخواست کند که مفاد حکم در یکی از روزنامه‌ها به انتخاب و هزینه او آگهی شود»؛ که البته این قانون در فضای مجازی هم قابل اعمال است.^۲

۱. جوان، صدیقه و مصطفی خرمی، ۱۳۹۰، حمایت از حریم خصوصی در فضای مجازی و چالش‌های فراروی آن در حقوق ایران، همایش منطقه ای چالش‌های جرایم رایانه ای در عصر امروز، انجمن های علمی، ادبی و هنری دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، ۶ آذرماه، صص ۸-۶.

۲. اسفندیاری ده چانه، محبوبه، مسئولیت مدنی در فضای مجازی با تکیه بر آرای امام خمینی (س)، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، دی ماه، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۸۵.

حریم خصوصی قلمرویی از زندگی شخصی تعریف شده است که هر فرد به‌طور نوعی یا عرفی و یا با اعلام قبلی انتظار دارد دیگران از دسترسی به اطلاعات، ورود، نگاه، نظارت و یا هر نوع تعرض دیگر به آن قلمرو منع گردند. مرزها و محتوای آنچه به‌عنوان حریم خصوصی تلقی می‌گردد در میان اشخاص و فرهنگ‌های گوناگون، متفاوت، اما دارای زمینه‌ی اصلی مشترک است. حریم خصوصی آزادی وجدان، کنترل بر جسم خود، داشتن خلوت و تنهایی در منزل خصوصی، کنترل بر اطلاعات شخصی، رهایی از نظارت‌های سمعی و بصری، حمایت از حیثیت و اعتبار شخص و حمایت در برابر تفتیش‌ها، تجسس‌ها و ره‌گیری‌ها را شامل می‌شود.

با گسترش شبکه‌ی اینترنت و دسترسی آسان و سریع به انواع اطلاعات، بحث حریم خصوصی در فضای مجازی و اینترنت مطرح شده است. همان‌گونه که اینترنت فرصت‌های جدید و چشمگیری را برای تضمین آزادی بیان فراهم ساخته، در بسیاری موارد نیز سبب نقض حقوق افراد در گستره‌ای وسیع گردیده است. حریم شخصی در اینترنت به معنای اعمال کنترل بر انواع و حجم اطلاعات عیان شده در مورد یک شخص بر روی اینترنت و کسانی که به اطلاعات مذکور دسترسی دارند، است

برخی از متخصصان حوزه‌ی امنیت اینترنت بر این باورند که حریم خصوصی در فضای مجازی با توجه به عدم مرز فیزیکی در ارتباطات اینترنتی، مرده و از بین رفته است؛ اما در کنار این نظریه، مبنی بر عملی نبودن حریم خصوصی در اینترنت، برخی از نهادها به‌مانند اتحادیه اروپا از تلاش برای حق به فراموشی سپردن در دنیای اینترنت و امکان حذف اطلاعات شخصی خبر داده‌اند.

وسیله‌های گوناگونی برای حفاظت از حریم خصوصی، مانند کدگذاری ایمیل‌ها، استفاده از پروکسی‌های مختلف برای جلوگیری از ردیابی توسط سرویس‌دهندگان اینترنتی در مورد بازدید از سایت‌ها و ارتباط کاربر با سایر افراد، وجود دارد.

چالش جدید دیگر در زمینه حریم خصوصی در اینترنت وجود شبکه‌های اجتماعی آنلاین است که در میان ده سایت پر بازدیدکننده قرار دارد.

مطرح شدن پرونده‌های قضایی مختلف در مورد انتشار تصاویر خصوصی و خانوادگی در اینترنت و انتشار فیلم‌های بازیگران و چهره‌های سرشناس، توجه جامعه‌ی ایران را به نقض حریم شخصی در فضای مجازی جلب کرد و اولین شکایت در این زمینه است.

شیوه‌های جبران خسارت فضای مجازی در قالب قانون هدف جبران خسارت توسط فضای مجازی در اضرار به غیر مختلف است از جمله ۱. جبران خسارت مادی ۲. اعاده وضع

به حال قبل ۳. اعلام حقوق متداعیین ۴. خرسندسازی زیان‌دیده ۵. مجازات یا تنبیه مقصر یا متخلف ۶. جلوگیری از دارا شدن غیرعادلانه ناشی از تخلف. پرواضح است که تمام هدف جبران خسارت با در نظر گرفتن نوع خسارت و خواست متضرر از زیان و التیام زیان‌دیده اعاده وضع به حال سابق است. گاهی زیان جنبه مالی دارد و گاه معنوی و گاه واجد هر دو عنوان برای جبران ضرر میزان غرامت مالی که قابل پرداخت است باید متناسب با زیان وارده تعیین گردد و تعیین میزان خسارت توسط قضات محاکم با استفاده از نظریات کارشناسان ممکن خواهد بود و خسارتی که تعیین می‌گردد عملاً باید کلیه ضررهای ناشی از فعل زیان‌بار را شامل شود.

اما در ضررهای وارده معنوی تنها پرداخت غرامت کافی نیست آنچه در ضررهای معنوی مورد لحاظ و توجه است التیام آلام روحی و روانی و اجتماعی زیان‌دیده است.

در حقوق ایران قانون تجارت الکترونیکی برای نقض حق در محیط مجازی مسئولیت مدنی مقرر کرده است. در ماده ۷۴ این قانون برای نقض حق مؤلف در بستر مبادلات الکترونیکی ضمانت اجرای پیش‌بینی شده است. مطابق این ماده: هرکس در بستر مبادلات الکترونیکی با تکثیر، اجرا و توزیع، عرضه و نشر مواردی که در قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸/۹/۳ و قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲/۹/۲۶ و قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹/۱۰/۴، منوط بر آنکه امور مذکور طبق مصوبات مجلس شورای اسلامی مجاز شمرده شود، در صورتی که حق تصریح شده مؤلفان را نقض نماید به مجازات سه ماه تا یک سال حبس و جزای نقدی به میزان پنجاه میلیون ریال (۵۰۰۰۰۰۰۰) ریال محکوم خواهد شد.

در صورتی که از روی بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی زمینه دسترسی به محتوای غیرقانونی را فراهم آورند، در مرتبه نخست به جزای نقدی از بیست تا یکصد میلیون ریال و در مرتبه دوم به جزای نقدی از یکصد میلیون ریال تا یک میلیارد ریال و در مرتبه سوم به یک تا سه سال تعطیلی موقت محکوم خواهند شد.

مصادیق رفتار مجرمانه در ماده ۷۴ شامل تکثیر، اجرا و توزیع (عرضه و نشر) است که همگی با فعل مثبت امکان تحقق دارند و این مصادیق حصری و محدود به موارد ذکر شده هستند؛ این در حالی است که برای نقض حقوق معنوی یا نقض سایر حقوق مادی دارندگان حقوق مرتبط مقرره‌ای تعیین نشده است. هم‌چنین ذکر عبارت «حق تصریح شده مؤلفان را نقض نماید» امکان حمایت کیفری از حقوق معنوی دارندگان حقوق مرتبط را

منتفی ساخته است چراکه در هیچ یک از قوانین و مقررات موجود به حقوق معنوی برای دارندگان حقوق مرتبط تصریح نشده است...

جرم مذکور در ماده ۷۴ در زمره جرائم مطلق است بدین معنی که لازم نیست نقض حقوق ذینفعان منجر به اضرار پدیدآورنده شود. در خصوص عنصر معنوی نیز احراز سوءنیت عام یعنی داشتن عمد در ارتکاب مصادیق مجرمانه کافی است و قصد اضرار به پدیدآورنده شرط تحقق جرم نیست. برخی معتقدند که عدم ذکر شرط تحصیل منافع مادی برای نقض حق از جمله انتقادات وارد بر این ماده است. در پاسخ باید گفت اولاً در مورد تجارت الکترونیکی، نقض حق لزوماً برای تحصیل منافع مادی است در غیر این صورت، تجارت الکترونیکی صدق پیدا نمی کند. ثانیاً اعمال ناقض حقوق مالکیت ادبی و هنری مانند توزیع و تکثیر یک اثر یا تحریف آن ممکن است با اهدافی چون لطمه به حیثیت و شهرت دارنده اثر یا رقابت غیرمنصفانه صورت گیرد که مستقیماً منجر به تحصیل منافع مادی برای مرتکب نمی شود.

بنابراین قانون گذار ایران نیز در قوانین شکلی و ماهوی، به حمایت از حریم خصوصی شهروندان پرداخته است.

به رغم حمایت های قانون گذار از حریم خصوصی اشخاص، با توجه به اهمیت موضوع و تنوع مصادیق و اشکال نقض حریم خصوصی، همگام با پیشرفت روزافزون فناوری و فن آوری ارتباطات، وضع قوانین جامع و حمایت قانونی جدی تری مورد انتظار است. باید به یاد داشت که مطابق اصول چهارم و دوازدهم قانون اساسی دین رسمی کشور، اسلام بوده و قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی وضع و اجرا شود؛ بنابراین از آنجاکه دین مقدس اسلام بر لزوم حفظ حرمت اشخاص و توجه به کرامت انسانی توصیه مؤکد و مکرر دارد، نظام اسلامی نیز باید متناسب با تعالیم و دستورات دینی به وضع قوانین شایسته اهتمام ورزد.

در این میان آزادی اطلاعات در دسترسی آزادانه به اطلاعات به هیچ روی در تخالف و تضاحم با حق برخورداری از حریم خصوصی نیست. چه به طور کلی قلمرو آزادی اطلاعات در معنای امروزی آن، اساساً اطلاعات پیرامون زندگی خصوصی افراد را شامل نمی شود؛ و تضمین کننده دسترسی شهروندان به اطلاعاتی است که در اختیار دولت است؛ اطلاعاتی که آگاهی شهروندان از آن ها بر روندهای سرنوشت ساز تصمیم گیری شان تأثیری قطعی دارد. به طور خاص نیز حتی در مواردی که دسترسی به اطلاعات مربوط به زندگی خصوصی افراد، به عنوان یک ضرورت اجتماعی مطرح می شود، دست کم باید دو ملاک قطعی مورد توجه اکید قرار بگیرد:

نخست، اطلاعات پیرامون زندگی شخصی فرد، ارتباط و تأثیری مستقیم، قطعی و مستحکم در واگذاری نقش اجتماعی به او و کارکردهای او در یک نظام مردم‌سالار داشته باشد. دوم، عمومی کردن یک امر خصوصی باید تنها راه نیل به غایتی ارزشمند باشد و نه یکی از راه‌های نیل به آن غایت. به نظر نگارنده رعایت موارد ذیل لازم و ضروری است و به شرح ذیل ارائه می‌شود:

حریم خصوصی اشخاص باید از تعرض مصون باشد و در هر یک از موارد رسانه‌ای باید میزان نقض م‌صونیت به موجب قانون تصریح گردد. استفاده جزئی و حاشیه‌ای با ذکر منبع در مالکیت‌های فکری و ادبی و هنری و سینمایی مجاز اعلام گردد. استفاده از علامت تجاری، تحت هر عنوان منوط به مجوز صاحب علامت باشد. دادگاه‌ها مکلف به تعیین خسارت مادی بر اساس نظر کارشناسی و الزام رسانه متخلف به جبران زیان بر جبران ضرر وارده باشند. کسانی که در انجام فعل زیان‌بار منتهی به نقض حقوق شهروندی و حریم خصوصی نقش داشته‌اند، به ازای میزان تقصیر و قصور در حدود زیان محکوم به پرداخت زیان گردد. اقدامات متهم نقض حریم خصوصی و حقوق شهروندی در جهت کاهش آثار فعل زیان‌بار، همانند عذرخواهی، اظهار براءت، رضایت زیان‌دیده مجاز و از علل مخففه مجازات شناخته شود. ماده دو قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در محکومیت‌های مالی ناشی از نقض حریم خصوصی و حقوق شهروندی قابل اعمال باشد. خسارت مادی زبانی که بر سرمایه مالی موجود شخص از طریق تلف کلی یا جزئی یا کاهش ارزش یا جلوگیری از تحصیل منفعت یا تجاوز به حقوق و مالکیت‌های معنوی وی ایراد می‌شود برای جبران آن طریق صریح و درستی در قوانین پیش‌بینی و تصریح گردد. از آنجاکه خسارت وارده ناشی از نقض حریم خصوصی می‌تواند شامل خسارت‌های مالی و معنوی توأمان باشد می‌بایست برای جبران زیان‌های معنوی وارده به عواطف و احساسات و ایجاد تأثر و زیان‌های وارده به شهرت و حیث ارزشی بسیار بیشتر از حقوق مالی تعیین تا جبران آن به‌راستی منشأ تسکین آلام متألم باشد یکی از روش‌های اثبات مشروعیت جبران خسارت وارده ناشی از نقض حریم خصوصی و حقوق شهروندی، عقل است یعنی لزوم جبران خسارت زیان‌دیده ناشی از فعل زیان‌بار دیگری، از احکام عقلی است که به انضمام این حکم بر این دلیل شرعی که هر چیزی که عقل به آن حکم کند شرع نیز به آن حکم خواهد کرد می‌توان نتیجه گرفت که جبران خسارت وارده ناشی از نقض حریم خصوصی و حقوق شهروندی به روش مالی امری لازم و قطعی اما ناکافی است.

آرای انتظامی

آرا به ترتیب تاریخ (از قدیم به جدید) مرتب شده‌اند.

۱. به موجب رأی شماره ۲۰،۲۱ مورخ ۹۱/۲/۱۹ صادره از دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری منطقه فارس، منظم به دادنامه شماره ۵۸۰ مورخ ۹۳/۹/۲۹ دادگاه عالی انتظامی قضات آقای محسن رضایی وکیل پایه یک دادگستری به استناد بند ۱۰ ماده ۸۰ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب سال ۱۳۳۴ و بند ۳ ماده ۷۶ را به توبیخ با درج در مجله کانون محکوم و اعلام می‌گردد.
۲. به موجب رأی شماره ۱۱۲ مورخ ۹۳/۱۰/۱۷ صادره از شعبه دوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری منطقه فارس، آقای امید بینایی وکیل پایه یک دادگستری به استناد بند ۱ ماده ۸۰ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب سال ۱۳۳۴ به شش ماه ممنوعیت از شغل وکالت محکوم گردیده‌اند.
۳. به موجب رأی شماره ۱۱۶ مورخ ۹۳/۱۰/۲۳ صادره از شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری منطقه فارس، آقای ناظم انصاری وکیل پایه یک دادگستری به استناد بند ۱ ماده ۸۰ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب سال ۱۳۳۴ و ماده ۸۳ قانون مرقوم و بند ۳ ماده ۵۲ قانون وکالت نامبرده را به توبیخ با درج در مجله کانون و روزنامه رسمی محکوم گردیده است.
۴. به موجب رأی شماره ۳۳ مورخ ۹۴/۳/۲۶ صادره از شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری منطقه فارس، آقای قهرمان عیسی زاده وکیل پایه یک دادگستری به استناد ماده ۱۸ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری رأی به تعلیق موقت نامبرده از وکالت دادگستری صادر و اعلام داشته است.
۵. به موجب رأی شماره ۵۷، ۵۸، ۵۹ مورخ ۹۱/۶/۱۳ صادره از شعبه دوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری منطقه فارس و دادنامه شماره ۲۲۲ مورخ ۹۳/۴/۲۲ حکم بر ابطال پروانه کارآموزی آقای کاظم فولادی کارآموز وکالت صادر گردیده است.