

واکاوی فقهی حقوقی نهاد نحله در پرتو رویه قضایی کشور ایران

دکتر محمد ابهری

استاد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

مهندی طالقان غفاری

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

ستاره ابوبی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

احسان نعمتی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۹.۲۷ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۰.۱۹

چکیده

«نحله» از جمله حقوق مالی است که در فقه امامیه و متعاقب آن در حقوق ایران برای زوجه مورد پیش بینی قرار گرفته است. این نهاد در راستای حمایت مالی از زوجه و تحقق هرچه بیشتر عدالت در خصوص زنان در بند (ب) تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات طلاق در سال ۱۳۷۱ توسط قانون‌گذار مورد شناسایی قرار گرفت که در یک تعریف کوتاه و مفید می‌توان آن را پرداخت مبلغی از طرف زوج به زوجه در زمان طلاق دانست. در آخرین تحولات صورت گرفته در حوزه حقوق خانواده، قانون‌گذار در سال ۱۳۹۱ اقدام به نسخ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق نمود. با این وجود نهاد «نحله» استثنایی بر این نسخ محسوب شده و در نتیجه مفزن کماکان مقررات آن را پابرجا دانسته است. با توجه به همین تحولات در سیر قانون‌گذاری این نهاد حمایتی و ابهامات و تعارضات حادث شده در مفهوم نحله در رویه قضایی، در پژوهش حاضر سعی شده است با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و با توصل به رویکرد کتابخانه‌ای، به تناقضات موجود در رویه قضایی پاسخ گفته و پیشنهاداتی در این خصوص ارائه نماید. نتیجه حاصله از تحقیق نیز نشان می‌دهد که نحله، در راستای حمایت مالی از زوجه، نهاد مناسبی می‌باشد؛ ولیکن با توجه به مشخص نبودن جایگاه و مبنای آن به خصوص در رویه قضایی، آنگونه که شایسته است از کارکرد لازم برخوردار نیست.

واژگان کلیدی: نحله؛ طلاق؛ حقوق مالی زوجه؛ فقه؛ رویه قضایی.

Legal jurisprudential analysis of Nahleh institution in the light of judicial procedure in Iran

Abstract

"Nahleh" is one of the financial rights that has been provided for the wife in Imami jurisprudence and subsequently in Iranian law. This institution was recognized by the legislator in ۱۳۹۲ in order to provide financial support to the wife and to achieve more justice for women in paragraph (b) of Note ۶ of the Law on Amending Divorce Regulations, which can be defined in a short and useful definition. He considered the payment of a sum by the husband to the wife at the time of the divorce. In the latest developments in the field of family law, the legislature in ۱۳۹۱ repealed the law amending the provisions related to divorce. Nevertheless, the institution of "Nahleh" is considered an exception to this version, and as a result, the legislature has still upheld its provisions. Given these developments in the legislative process of this protectionist institution and the ambiguities and conflicts that have occurred in the concept of Nahla in the jurisprudence, the present article intends to respond to the contradictions in the jurisprudence and provide suggestions in this regard. The results of the research also show that Nahleh is a suitable institution for financial support of the wife; However, due to the uncertainty of its position and basis, especially in the judicial procedure, it does not have the necessary function as it should.

Keywords: Nahleh; judgmental procedure; Divorce; Wife financial rights.

۰ مقدمه

تشکیل زندگی مشترک زن و مرد بی‌شک ریشه در حکمت هستی دارد. نکاح همسران با هدف نیل به آرامش، مهربانی، رشد و تعالی صورت می‌پذیرد و سرمنشاء آن صداقت در گفتار و رفتار از ابتدای راه تا انتهای راه و هرجا صدق و راستی در رفتار متقابل دستخوش انحطاط می‌شود، زندگی را در پرتگاه تیرگی و سقوط می‌برد و آینده‌ای نامعلوم و میهم را رقم می‌زند. خانواده اولین اجتماعی است که انسان در آن مفهوم خودگذشتگی و تعاون و همکاری و فدکاری را فرا می‌گیرد و برای شرکت در اجتماع بزرگتری به نام جامعه آماده می‌شود؛ از این رو خانواده مکتبی شایسته و بی‌نظیر برای اجتماعی کردن انسان می‌باشد. در اهمیت جایگاه خانواده همین بس که برای زوال فرهنگ یک ملت، تزلزل بنیاد خانوادگی کافی است؛ پس می‌توان گفت که خانواده از مهمترین عناصر تشکیل دهنده ملل امروز است. ارزش هر قوم و اجتماع منوط به اهمیت خانواده‌ها است و هرگاه خانواده دچار ضعف شود یا از بین برود به همان میزان جامعه حیات و موجودیت خود را به وضوح از دست خواهد داد. در همین راستا، قانون‌گذار ایران مانند همه کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه، سعی در ایجاد تعادل میان حقوق زن و مرد داشته است. یکی از این راهکارها، پیش‌بینی نهادی حقوقی به نام «نحله» است که توجه به آن در کنار مهریه، نفقة و جهیزیه می‌تواند مانعی در اجرایی شدن تصمیم عجولانه مرد در طلاق زوجه باشد.

کارکرد خانواده که از عقد نکاح حاصل می‌شود و اهداف تشکیل خانواده، ایجاب می‌نماید که قواعدی متفاوت با سایر عقود بر آن حاکم باشد؛ بنابراین مقتن با درک درست از تفاوت این عقد با سایر عقود، بنا بر مقتضیات موجود، اقدام به وضع قواعد حقوقی خاص می‌نماید. به همین جهت قطع رابطه قراردادی میان زوجین، آن‌ها را به طور کلی از سرنوشت یکدیگر بیگانه نمی‌کند؛ بلکه ارتباط عاطفی و همبستگی زوجین در زمان زندگی مشترک، ایجاب می‌نماید به پاس مدتی که بر اساس اعتماد و صداقت با یکدیگر زندگی مشترک داشته‌اند یا آنکه با قصد ایجاد چنین وحدت فکری و عاطفی، عقدی را منعقد نموده‌اند، پس از طلاق نیز در برابر وضعیت و نیازهای یکدیگر مسؤول باشند. به همین جهت بر طلاق، آثار و توابعی بار می‌شود. در این میان، یکی از مهمترین توابع مالی طلاق، نهاد «نحله» است که در حقوق کشورهای اسلامی به انحصار مختلف پذیرفته شده است. در حقوق کشورهای غیرمبتنى بر مذهب نیز می‌توان به نهادهای نزدیک به «نحله» همچون تقسیم اموال و مقرری ماهیانه اشاره کرد. در حقوق ایران، اختیار زن در درخواست طلاق، محدود به موارد انگشت شمار است؛ لذا افزایش حقوق مالی زن حین طلاق به درخواست مرد و منوط نمودن حق طلاق مرد به پرداخت حقوق مالی زن مورد توجه قرار گرفته



است. نهاد نحله به پیروی از جریان فکری مبتنی بر جبران خسارت زوجه در موارد سوء استفاده زوج؛ از اختیار اعمال حق طلاق است؛ بنابراین آنچه به زوجه در قالب «نحله» پرداخت می‌شود حق او محسوب می‌گردد و نمی‌توان از آن تحت عنوان بخشش یاد کرد. با وجود وابستگی میزان نحله به عواملی چون طول دوران زندگی زناشویی و همچنین نوع کارهایی که زن انجام می‌داده و تمکن مالی زوج؛ به نظر می‌رسد منظور از پرداخت نحله جبران ضرر و زیان‌های مادی و معنوی همسر باشد که در به پایان رسیدن زندگی مشترک زناشویی نقشی نداشته و در واقع قربانی امیال شوهر شده است؛ از این رو شوهر به دادن نحله الزام می‌شود که این مهم به خوبی در رویه قضایی کشور ایران متبادر شده است؛ لذا اراده او در ایجاد تعهد و همچنین میزان تعهد تاثیرگذار نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۹۳).

در این جستار برآئیم تا با بررسی دقیق مفهوم نحله در فقه و حقوق و تبیین ماهیت حقوقی این نهاد اساسی، مبانی فقهی و قانونی نحله را از نظر بگذرانیم و از رهگذر تحلیل‌های ارائه شده، نحله در رویه قضایی کشور ایران مورد بررسی و واکاوی دقیق قرار داده خواهد شد.

۱. مفهوم نحله

نحله در لغت به معنای بخشش، عطا، مهر، کابین، صداق و... است (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۲۷۹، بروجردی، ۱۳۸۶: ۴۵۱، مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۹، مدرسی، ۱۳۹۳: ۴۶۷ و شبیری زنجانی، ۱۳۷۱: ۷۰۱۰). در اصطلاح فقهی، نحله چنانین مفهوم دارد؛ در یک مفهوم نحله به معنای هبه و بخشش آمده و در مواردی آن را بیان‌گر مطلق عطا و بخشش دانسته‌اند و گاهی نیز آن را در معنای بخشش اموال غیر منقول بکار برده‌اند. در مفهومی دیگر نحله به معنای فرضیه است و این مفهوم به خوبی در قرآن نمایان است: «آتوا النساء صدقاتهنَ نحلَةً / و به زنانタン مهرشان را به عنوان بخشش الهی بدهیا» (نساء/۴). در آیه یاد شده نحله به معنای مطلق بخشش نیست بلکه این بخشش تحت عنوان فرضیه الهی مطرح است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ۲۰۴۵).

علاوه بر مفهوم فقهی، در معنای حقوقی نیز نحله به هدیه و بخشش مال غیرمنقول تعریف شده (انوری، ۱۳۸۷: ۲۹۸). از سوی دیگر برخی بیان داشته‌اند که نحله در اصطلاح حقوقی به دو قسم آمده: «الف: به معنی هبه. ب: هرچه که از روی تبعع دهنده که در این صورت شامل وقف و صدقه و هبه و هدیه و ... هم می‌شود» (جعفری لنگروردی، ۱۳۹۲: ۷۱۰).

علی رغم معنای ذکر شده برای نحله، آنچه که در بند ب تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق در خصوص نحله بیان شده، نه تنها با معنای لغوی آن سازگار نیست، بلکه تعییر آن به بخشش اجباری با مقررات مربوط به هبہ دچار چالش و پیچیدگی می‌گردد (روشن، محمدی رقمانی، ۱۳۹۰: ۱۲۰). همچنین با توجه به شرایطی که قانون‌گذار برای تعلق نحله پیش بینی کرده، این مفهوم با آیات و روایات مرتبط با نحله نیز سازگاری ندارد؛ چرا که در ادبیات فقهی، استحباب پرداخت نحله به هر نوع مطلقه‌ای تعلق می‌گیرد اما در قانون، شرایط ویژه‌ای در این خصوص وجود دارد (حاتمی و زبرجد، ۱۳۹۴: ۶۳).

۲. ماهیت نحله در فقه و حقوق

از آن جایی که در انتخاب همسر و تشکیل خانواده، عقل و دانش بشری، ملاک می‌باشد، ممکن است افراد در این مسیر مرتكب اشتباه شده و انتخاب نادرستی داشته باشند و در این صورت، هدف اصلی از ازدواج که ایجاد آرامش در زوجین می‌باشد، محقق نخواهد شد. در تمام ادیان الهی، با توجه به امکان وقوع این اشتباهات در رابطه با انحلال نکاح و قطع زندگی مشترک از طریق طلاق، طریقه، مسائل و احکام آن، مطالبی بیان شده است. در این ادیان، اصل اولیه بر اعطای حق طلاق به مرد است؛ چراکه مدیریت خانواده با زوج می‌باشد. با این وجود در برخی موارد و با عدول از اصل اولیه و برای جلوگیری از عسر و حرجه که مانع زندگی مشترک است، اختیار طلاق به زن تفویض شده است. از جمله این موارد، طلاق خلع می‌باشد. در این نوع طلاق، زن در عوض بخشش تمام یا مقداری از مهریه خود، مرد را محکوم به اجرای صیغه طلاق می‌کند (نقاش زاده، ۱۳۹۱: ۱۲).

علاوه بر مورد یاد شده، از آن جایی که هر صاحب حق ممکن است از حق خود سوء استفاده کند، مرد نیز ممکن است از حق طلاق خود سوء استفاده نموده و بدون دلیل موجه قانونی و عرفی، خواهان استفاده از آن باشد. از این رو، به منظور جلوگیری از این سوء استفاده در اسلام و بالتبغ در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، تدبیری اندیشه شده است. در قانون مدنی، این تدبیر به دو صورت تعیین حقوق مالی برای مطلقه و افروزنده تشریفات طلاق، مطرح شده اند. علاوه بر این، قانون‌گذار، جهت مفید واقع شدن تدبیر خود، اقدام به تدوین قوانین دیگری نموده است. اولین قانون تصویب شده در این خصوص، قانون حمایت خانواده و آخرین قانون تصویبی، ماده واحده اصلاحی قانون طلاق است. ماده واحده اصلاحی قانون طلاق در يك ماده و همچنین هفت تبصره، تدوین شده است. به دلیل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و



شورای نگهبان در رابطه با مفاد این اصلاحیه، مجتمع تشخیص مصلحت نظام به بررسی و سپس تصویب آن، اقدام نموده است. یکی از تدابیر اندیشیده شده در این اصلاحیه، حقی مالی است که با عنوان نحله بیان شده است. این حق، در بند ب تبصره شش این اصلاحیه، مطرح است. مطابق این قانون، در صورتی که درخواست طلاق از سوی مرد به دلیل سوء رفتار و یا اخلاقی زوجه نباشد، زوج از سوی دادگاه، محکوم به پرداخت مبلغی تحت عنوان نحله به مطلقه خود، می شود. این مبلغ با توجه به وسع مالی زوج و سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زن در طول زندگی مشترک، انجام داده است؛ از سوی دادگاه، تعیین می شود. هدف قانونگذار از تصویب این قانون، جبران خسارات معنوی واردہ به مطلقه می باشد (تفاوش زاده، ۳۹۱: ۱۳۹۱). علی رغم اختلافات شدید مبنی بر امکان یا عدم امکان مطالبه خسارات معنوی به جهات اخلاقی، نظری و همچنین عملی (نقیبی، ۱۳۸۶: ۳۲۵ و باریکلو، ۱۳۸۹: ۲۳۸)، مقنن در قوانین مختلف اعم از قانون اساسی، قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مسئولیت مدنی، صراحتا جبران چنین خسارتی را ملحوظ داشته است. شایان ذکر است پذیرش جبران چنین خسارتی با وجود اختلاف نظرهای موجود در فقه، مورد پذیرش تعداد زیادی از فقهاء قرار گرفته است (انصاری، ۱۴۱۶: ۳۷۲؛ انصاری، ۱۴۰۳: ۱۴۰۳، بجنوردی، ۲۱: ۱۴۱۰، زمخشri، ۱۳۶۴: ۱۸۲).

قانون مربوط به حق مالی نحله، از جهاتی مبهم بوده و قابل بررسی می باشد. اولاً با توجه به این که پرداخت نحله، بر زوج واجب است، انتخاب عنوان نحله برای معروفی این حق مالی، محل اشکال است؛ زیرا معنای متبار به ذهن از واژه نحله، بخشنی بلاعوض و با طیب نفس می باشد. در توجیه این اشکال می توان گفت، هدف قانونگذار از انتخاب واژه نحله، بیان نحوه پرداخت این حق است؛ یعنی زوج مکلف است با طیب نفس، این حق مالی را به مطلقه خود، پردازد. ثانیاً مبانی تدوین نحله در قانون مشخص نشده است؛ از این رو نظرات متفاوتی در رابطه با مبانی حقوقی و فقهی آن، مطرح شده است. از جمله مبانی حقوقی مطروحة، اصل ۴۰ قانون اساسی و همچنین قانون مسئولیت مدنی و تعدلی آثار و تبعات سوء ناشی از طلاق می باشد. شایان ذکر است؛ از نظر فقهی نیز، دو مبدأ در رابطه با تدوین این قانون، محتمل است. نخست اینکه منظور از نحله در قانون، متعه طلاق در فقه باشد. زیرا اولاً هدف از متعه طلاق نیز، جبران خسارات معنوی در مطلقه است. ثانیاً اگرچه مشهور فقهاء معتقدند اعطای متعه طلاق، تنها در صورتی واجب است که زوجه مفووضه بوده و قبل از تعیین مهریه و وقوع نزدیکی، طلاق داده شود؛ اما برخی از فقهاء با توجه به ظاهر آیات و روایات واردہ در رابطه با متعه، قائل به لزوم اعطای آن به تمام مطلقات، شده اند. ثالثاً شرایطی که برای تعلق متعه و تعیین

مقدار آن در آیات و روایات بیان شده است با برخی از شرایط مطرح شده برای حق مالی نحله، مشترک است (نقاش زاده، ۱۳۹۱: ۱۳).

دوم این که حکم مربوط به نحله، از جمله احکام حکومتی است که از سوی حاکم جامعه اسلامی، در جهت رعایت مصالح عمومی جامعه، صادر شده است؛ زیرا اولاً بدون تردید، پیامبر (ص) و ائمه (علیهم السلام) از حق صدور احکام حکومتی در جهت اداره جامعه اسلامی برخوردار بوده اند. ثانیاً براساس اصل ولایت مطلقه فقیه، فقیهه جامع الشرایط نیز در زمان غیبت امام معصوم (علیه السلام)، حق صدور احکام حکومتی را دارا می باشد. ثالثاً مبنای صدور احکام حکومتی، مصلحت است که این مبنا در رابطه با قانون مربوط به حق مالی نحله نیز؛ در نظر گرفته شده است؛ زیرا مسلمًا تصویب قانون مربوط به حق مالی نحله در جهت رعایت مصالح جامعه به خصوص زنان، می باشد (همان: ۱۴).

در رابطه با ماهیت نهاد نحله در حقوق ایران شاید بتوان ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ را که براساس آن در صورتی که صدور گواهی عدم امکان سازش، موجب قصور طرف دیگر شود، فرد مقصو ب پرداخت مقرri ماهیانه متناسب با نیاز فرد آسیب دیده محکوم می شود را به نوعی در روند شکل گیری نهاد نحله دخیل دانست؛ به همین دلیل مبلغی با رویکرد حمایتی در زمان طلاق پرداخت می شود (اما می، صفائی، ۱۳۸۷: ۲۶۰-۲۶۱). هرچند که عدهای بر این نظرند «با توجه به اینکه ماهیت اختیار مذکور برای دادگاه، جبران خسارت احتمالی و ضرر طرف زیان دیده از رفتار سوء و قصور طرف دیگر است، نمی تواند به عنوان پیشینه تقینی نهاد نحله تلقی گردد» (انصاری پور و صادقی مقدم، ۱۳۸۴: ۴) ولیکن در پاسخ به این استدلال باید گفت که: «اگر این مقرری جنبه جبران خسارت داشت، فقط طرف مقصو در طلاق باید محکوم به پرداخت آن می شد. به علاوه خسارت اصولاً متناسب با زیانی است که وارد شده در حالی که مقرری ماهیانه متناسب با وضع سن طرفین و مدت زناشویی خواهد بود» (اما می، صفائی، ۱۳۸۷: ۲۶۲).

علاوه بر ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ (که به نظر می رسد می توان آن را به عنوان سابقه نهاد نحله تلقی کرد) به عنوان مهمترین پیشینه تقینی نهاد نحله باید گفت که، این حق، برای اولین بار در بنده ب تبصره شش ماده واحده اصلاحی قانون طلاق بیان شده است (آهنگران و نقاش زاده، ۱۳۹۳: ۴۲۶). مقنن اشعار داشته است: «پس از طلاق در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعاً به عهده او نبوده است، دادگاه بدوأ

از طریق تصالح نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می‌نماید و در صورت عدم امکان تصالح، چنانچه ضمن عقد یا عقد خارج لازم در خصوص امور مالی شرطی شده باشد طبق آن عمل می‌شود. در غیر این صورت، هرگاه طلاق به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف) چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده است به دستور زوج و با عدم قصد تبع انجام داده است و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.

ب) در غیر بند «الف» با توجه به سوابات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید.» هدف از تصویب این اصلاحیه، تفسیر ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی به نحو مضيق است؛ زیرا مطابق ماده قانونی مذکور، حق طلاق به نحو مطلق با مرد است. توضیح آن که چون اطلاق این قانون، سبب سوءاستفاده زوج می‌شد، قوانینی در جهت تحديد اراده مرد، تصویب شد. از جمله این قوانین، اصلاحیه قانون طلاق است.

۳. مبانی فقهی نحله

همانطور که در قسمت مفاهیم در مورد معنی لغوی نحله ذکر شد، فقهای امامیه با توجه به آیات ^۱۲۴۱ و ^۲۲۳۶ و ^۳۲۲۹ سوره مبارکه بقره ^۴ و سوره نساء ^۴ و روایات موجود؛ به طور مطلق و بدون اشاره به قیدی خاص؛ به معنی طلاق برای مطلقه حکم کردہاند. مانند: «ان معنی المطلقة فرضیه» (میرخانی و کاظمی، ۱۳۸۹: ۱۴۵). آیات فوق، اشاره به یکی از حقوق مکتبه و مسلم زنان داشته و اعلام می‌دارد: مهر زنان را به صورت کامل و مانند یک بدھی پرداخت نماید؛ یعنی همانطور که در پرداخت بدھی اشخاص اهتمام می‌ورزید تا از آن چیزی کم نشود در پرداخت مهریه نیز باید چنین دقیق وجود داشته باشد (این در صورتی است که نحله را به معنی بدھی بگیریم) و اگر به معنی عطیه و بخشش باشد تفسیر آیه چنین خواهد شد: مهر را که یک عطیه الهی

۱- ولِمُحَلَّاتٍ مَتَّاعٌ بِالْمَغْرُوفِ حَقًا عَلَى الْمُتَّقِينَ.

۲- لَا جَنَاحٌ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ الْبَيْسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ نَفِرُضُوا لَهُنَّ فِي بَيْضَةٍ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوْسِيَ قَدْرَةٍ وَعَلَى الْمُفْتَرِ قَدْرَةٍ مَتَّاعًا بِالْمَغْرُوفِ حَقًا عَلَى الْمُخَلَّبِينَ.

۳- «وَ لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مَا أَتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِنْ يَخافُ أَلَا يَقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ»

۴- «وَأَنُوْا النِّسَاءَ ضَدَّ قَاتِهِنَّ بِخَلْلٍ فَإِنْ طَبِّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ»

است و خدا به دلیل اینکه زن حقوق بیشتری در اجتماع داشته باشد و ضعف نسبی جسمی او از این راه جبران شود به طور کامل ادا کنید.^۵

هرچند با ملاحظه شأن نزول آیه و ظهور اراده مهر نه مطلق نحله و عطیه، استدلال به آن مشکل است، با این وجود نظرات مختلفی در مورد نحله ارائه کردند:

«مراد از نحله این است که عطیه است از جانب خدا هرچند در ظاهر عوض بضع می نماید ولکن چون زوجین هر یک به دیگری محتاج و هر یک از دیگری استمتع می کنند پس مهر گویا نحله و عطیه است از جانب خدا و بلاعوض از برای زوجه» (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۱۸۵).

در تحریر گفته شده «اذا اصدقها عبداً فبأن مستحقاً للغير كان لها قيمتها، ولو بإن حرا قال الشيخ الأقوى قيمته لو كان عبداً، ولو قيل بمهر المثل كان وجهها» (علامه حلی، ۱۳۸۷: ۴۳۱). فخر المحققین (علامه حلی) مبنای این دو قول را بر این گذاشته که آیا مهر «عوض» است یا «نحله و عطیه» است؟

پس چنانچه عوض باشد، مهرالمثل لازم می شود به جهت آنکه هرگاه یکی از عوضین فاسد شد صاحب آن عوض دیگر رجوع به عوض خود می کند؛ چون بالفرض ممتنع است به جهت آن که نکاح فاسد نمی شود؛ پس قیمت آن عوض خود را که بضع است می گیرد و قیمت آن مهرالمثل است؛ و بنا بر فرض آن که عطیه باشد و عوض نباشد ذکر مهر نه از برای تعیین عطیه خواهد بود و نه از برای بیان معاوضه. پس هر گاه تشخیص و تعیین آن باطل شد به سبب این که ملک غیر است، پس باید رجوع کرد به مثل آن، اگر مثلى باشد، یا به قیمت آن اگر قیمی باشد و نظر فخر المحققین بیشتر میل به عطیه بودن مهر می باشد (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۴۳۳).

به نظر می رسد نظر شایسته تر این است که مهر مذکور در آیه و روایات از باب معاوضه باشد، مبتنی بر آیات و روایات که در مبحث بالا ذکر شد، پس شایسته تر مهر مبتنی بر مهرالمثل است نه نحله و عطیه.

حال با توجه به آیات و روایات مذکور آیا در نحله صیغه خواندن شرط است یا نه؟ همچنین فرق ما بین هبه و صدقه و هدیه و عطیه و نحله در پرداخت حق زوجه به عنوان مهر چیست؟



در هبه ایجاب و قبول شرط است و ظاهر این است که هر لفظی که دلالت کند بر تمیلک، ایجاب و قبول کافی باشد مثل «وهبتک» و «ملکتک» و «اعطیتک» و «تحلتک» و «أهديت إليك» و «هذا لك» با نیت انشاء تمیلک باشد یا آنچه افاده معنی تمیلک و یا این مفاهیم را به لغت فارسی یا عربی یا غیر فارسی کند؛ و همچنین در طرف قبول بگوید «قبلت» یا «رضیت» و امثال آن. با این اوصاف در مسالک گفته شده است که «ظاهر اصحاب اتفاق است بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی و ایجاب و قبول فعلی کافی نیست»؛ بنابراین آنچه که به عنوان نحله قرار است به زوجه پرداخت شود و بدون لفظ ایجاب و قبول باشد بیش از اباده افاده و کفایت نمی کند (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۱۸۵).

از شیخ طوسی در مبسوط نقل شده است که: «هر کس بخواهد که ملک و ملکیت در پرداخت نحله حاصل شود، وکیل کند آن کسی را که نحله را می برد که صیغه بخواند، یا آن کسی را که نحله را برای او می فرستد» (طوسی، ۱۳۶۳: ۲۱۴).

همچنین در تحریر قبول فعلی را در نحله وجیه شمرده است و در آنجا گفته است که جواز تصرف در نحله از باب اباده است. لازمه کلام او است که ایجاب قولی را هم شرط نداند، چون شرط دانسته است تعجیل قبول را بنا بر اشتراط لفظ (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۱۸۵). اما علامه حلی در تذکره الفقها بیان می کند که: «در ایجاب و قبول نحله ظاهر می شود که میل به عدم اشتراط ایجاب و قبول قولی است» (علامه حلی، ۱۳۷۲: ۴۳۱).

با این وجود، برخی فقهای اهل تسنن و اکثر فقهای امامیه بر این نظرند که حکم آیه ۲۳۶ سوره بقره، مخصوص زنان مطلقه غیر مدخله‌ای است که مهریه برای آنان تعیین نشده است؛ بنابراین پرداخت متعه بر سایر زنان به دلیل آیات و روایات وارد در این زمینه، حمل بر استحباب می شود (میرخانی و کاظمی، ۱۳۸۹: ۱۵۰).

با در نظر گرفتن مطالب مطروحه، پر واضح است پذیرش دیدگاهی که پرداخت نحله به زن را به منزله جبران خسارت نامشروعی که به واسطه اعمال حق طلاق زوج بر زن بار شده می داند معقول به نظر می رسد و این مهم با شئون مادری و همسری زن سنتیت بیشتری دارد؛ شایان ذکر است که پذیرش هبه بودن نحله با مفهوم عقد (ماده ۱۸۳ قانون مدنی) که متشکل از اراده دو طرف است سازگار نمی باشد؛ چراکه در پرداخت نحله محکمه شوهر را ملزم به چنین عملی می نماید.

وابستگی میزان نحله با طول دوره زندگی مشترک، تمکن مالی شوهر و اعمالی که توسط زن صورت می‌گرفته، موید جبران خسارت بودن این نهاد حقوقی است.

۴. مبانی حقوقی نحله

از لحاظ حقوقی مبنای نحله را می‌باید در قواعد مسئولیت مدنی جستجو نمود و در صورت عدم تعلق اجرتالمثل به زوجه مطلقه، مبلغ آن بر حسب سنت زندگی مشترک و نوع کارهای زوجه و وضعیت مالی زوج محاسبه نمود (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۵۳)؛ همچنین می‌توان مبنای پرداخت نحله را حمایت از زنی دانست که به درخواست شوهر، مطلقه شده است؛ در واقع قانون‌گذار با مصلحت اندیشی سعی در جبران برخی نارسایی‌ها برای زوجه نموده است. علاوه بر مبنای حقوقی، مبنای شرعی حکم به پرداخت نحله، آیات و روایات مربوط به متعه طلاق می‌باشد (حسینی‌قدم و همکاران، ۱۳۹۸: ۴۸).

الرام شوهر به پرداخت نحله به دلیل سوءاستفاده او از حق طلاق و با هدف جبران خسارت واردہ به زن صورت می‌گیرد و این امر به خوبی از عوامل موثر در تعیین میزان نحله قابل برداشت است. شارع با قراردادن نحله به خوبی شرایط را برای حمایت از زنی که در شکست و اتمام زندگی زناشویی نقشی نداشته، ایفا نموده است (کهنه، ۱۳۹۷: ۱۵۵).

۴-۱. شرایط حقوقی نحله

با توجه به تبصره ۶ ماده واحده مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ و بند «ب» این تبصره که مقرر می‌دارد: «... هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود:...

ب) در غیر مورد بند «الف» با توجه به سنت زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و سمع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید. از جمله شرایط استحقاق زوجه برای دریافت نحله به شرح ذیل می‌باشد:

۴-۱-۱. تحقق طلاق

اولین شرطی که برای استحقاق زوجه به نحله لازم است، تحقق طلاق می‌باشد؛ در همین راستا، آرای فقهاء، بیشتر راجع به مطلقه‌ای است که از سوی زوج طلاق داده شده و صرفاً در



فراقت حاصل از طلاق است: «هر جدایی که بین زوجین حاصل شود، خواه از طرف زوج باشد یا زوجه و یا از جانب یک فرد بیگانه یا از طرف هر دو، پس در این جدایی متعه (نحله) واجب نیست، مگر صرفاً به دلیل طلاق باشد.» بدین ترتیب، در مواردی مثل فسخ نکاح یا فوت زوج، حق مالی نحله مطرح نمی‌شود. نحله یا به تعیری بخشش اجباری تنها در زمان انجام طلاق با توجه به شرایطی قابل مطالبه است (موسوی، ۱۳۹۵: ۱۳۴). لازم به ذکر است در مقابل عده ای مطالبه نحله قبل از طلاق را نیز مسموع دانسته‌اند (صادقی، ۱۳۹۷: ۴۷).

۴-۱-۲. درخواست طلاق از طرف زوج

یکی دیگر از شرایط استحقاق زوجه به نحله که در تبصره ۶ ماده واحده اصلاح قانون طلاق مورد تاکید موکد قرار گرفته است، درخواست طلاق از طرف زوج می‌باشد و یا به عبارت دیگر طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد؛ بنابراین در فرض صدور حکم طلاق به درخواست زوجه، تبصره یاد شده به آن تسری نخواهد یافت. لازم به ذکر است، عده ای با تاکید بر جنبه حمایتی تبصره یاد شده و فلسفه وضع آن به این شرط ایرادات جدی وارد نمودند (هدایت نیا، ۱۳۸۵: ۸۹). در این میان، سوالی که در خصوص به ذهن‌تبار می‌شود این است که اگر چنانچه تقاضای طلاق از سوی زوجه نباشد و زوجین به صورت توافقی خواستار جدایی باشند و هر دو خواستار طلاق باشند که در عمل نیز مبتلا به است، آیا زوجه در این فرض مستحق دریافت نحله نمی‌باشد؟ در پاسخ به این سوال به نظر می‌رسد با توجه به مبانی نحله که بیان شد؛ از جمله مصلحت اندیشه و جبران خسارت و همچنین وحدت ملکی که در خصوص شرایط استحقاق اجرت المثل می‌توان گرفت و قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ این شرط را برای استحقاق زوجه برای دریافت اجرت المثل حذف نموده، می‌توان زوجه را مستحق دریافت نحله دانست.

۴-۱-۳. طلاق به علت تخلف زن از وظایف همسری یا سوء‌اخلاق و رفتار وی نباشد

یکی از عواملی که مانع تعلق نحله به زن می‌باشد در تبصره ۶ مورد تاکید مقتن قرار گرفته است. قانون‌گذار «تخلف زوجه از وظایف همسری» و همچنین «سوء رفتار و اخلاق زوجه» را مانع نحله محسوب داشته است. به موجب این تبصره در صورت تخلف زن از وظایف همسری که قانون و شرع برای او مقرر نموده‌اند، زن مستحق نحله نخواهد بود. البته شایان ذکر است با وجود منع مدخلیت عرف در این مورد از سوی برخی حقوق‌دانان، نباید جایگاه ویژه عرف را نادیده انگاشت. همچنین اصطلاح «سوء رفتار و اخلاق» امری نسبی است و از کشوری به کشوری

دیگر، استانی به استان دیگر، شهری به شهری دیگر ممکن است متفاوت باشد؛ از این رو مقتضیات فرهنگی به وضوح در شناسایی این مفهوم تاثیرگذار هستند؛ لذا در چنین مواردی قضیی باید با تمسک به عرف محل و با محور قراردادن معیار نوعی اقدام به بررسی پرونده و صدور رای نماید و در صورت شک و تردید در حدوث یا عدم موارد مطروحه؛ با استناد به اصل عدم، اقدام به صدور رای نماید (اسدی، ۱۳۹۰: ۱۷).

۴-۱-۴. عدم استحقاق اجرت المثل

در نهايٰت شرط آخري که برای استحقاق زوجه در دریافت نحله مورد پيش بینی قرار گرفته است، عدم استحقاق اجرت المثل به زوجه است. در واقع «به نظر می‌رسد مراد قانون‌گذار در بند (ب) تصریه ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق، از قرار دادن چنین مبلغی برای زوجه، حمایت از زنی است که به ناحق و بدون تقصیر طلاق داده شده و به علت اثبات نگشتن شرایط مقرر در بند «الف» تصریه^۶ (برای مثال ناتوانی زوجه در اثبات عدم قصد تبع خویش در انجام خدمات منزل) از دریافت اجرت المثل ایام زوجیت محروم گشته است.» (حاتمی و زیرجد، ۱۳۹۴: ۸۸).

بنابراین، نهاد «نحله» نوعی بخشش اجباری است که حین طلاق در صورت فراهم نیامدن شرایط بند الف که مرتبط با اجرت المثل است با شرایطی برای زوجه تعیین می‌شود؛ علی رغم عدم امکان جمع دریافت اجرت المثل و نحله در نظرات برخی حقوقدانان، عده‌ای معتقدند که این دو در طول هم نیستند و قابل جمع می‌باشند و ترتیب در آنها لازم الرعایه نمی‌باشد (موسوی، ۱۳۹۵: ۱۳۵). لازم به ذکر است رویه قضایی که به آن اشاره خواهد شد در این خصوص بیشتر تمایل به عدم جمع دو نهاد نحله و اجرت المثل می‌باشد.

۵. نحله در آیینه رویه قضایی

ارتقای نظام قضایی و جلوگیری از اطلاعه دادرسی توأم با دقت نظر کافی و وافی در دادخواهی‌ها نیازمند تجدید نظر مکرر در قوانین نیست؛ زیرا اقتضای ذات و طبع قواعد حقوقی، ثبات و استواری را طلب می‌کند. رویه قضایی زنده و پویا می‌تواند با استظهار به استدلال و بحث، قوانین خشک را ملایم طبع جامعه سازد. دسته بندی و تنظیم رویه محاکم سبب روشن شدن بستر رویه قضایی می‌شود. یکی از مهم ترین دلایل ناتوانی رویه قضایی در کشور این است که آرای دادگاه‌ها در معرض قضاوت همکاران صاحب‌رأی و سایر علمای حقوق قرار نگرفته و کمتر مورد



ارزیابی قرار می‌گیرد؛ بنابراین، مناسب است آرای محاکم جمع آوری و از سوی صاحبنظران حقوقی مورد واکاوی موشکافانه قرار گیرد تا با مراجعته به اینگونه مجموعه‌ها دادرسان بتوانند به آسانی فواید و آثار آرای گذشته را دریابند و برای ایجاد یک رویه ثابت و استوار از آن الهام گیرند. در این میان، کیفیت اجرای بند «ب» تبصره شش قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، در آرای محاکم اعم از بدوى، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور، تصویر روشنی برای محققین و قضات محاکم ترسیم می‌نماید؛ از این رو، عدم امکان جمع بین نحله و اجرت‌المثل ایام زوجیت، عدم تکلیف زوج به انتقال عین اموال در قالب نحله، اختصاص تعیین نحله به طلاق به درخواست زوج، عدم تعلق اجرت‌المثل و نحله در دوران پیش از عروسی و... از جمله مواردی است که مورد بررسی قرار گرفته خواهد شد.

۵-۱. اختصاص تعیین نحله به طلاق به درخواست زوج

همانطور که در قسمت شرایط استحقاق نحله به زوجه گفته شد؛ در صورتی می‌توان زوج را به پرداخت بخشش الزام نمود که طلاق به درخواست زن نباشد. فقدان این شرط زوجه را از دریافت نحله محروم می‌نماید.

در همین راستا، شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور برابر دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۰۹۹۳ در تاریخ ۱۳۹۶/۱۲/۶ رای صادره از شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان را که طی آن حکم به پرداخت نحله ایام زوجیت توسط زوج با وجود درخواست طلاق از سوی زوجه داده را نقض نموده و در قسمتی از دادنامه خود آورده است که: «...۲- تعیین نحله یا اجرت‌المثل و قید نوع طلاق رجعی صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا تعیین نحله یا اجرت‌المثل در موردی است که درخواست طلاق از سوی زوج باشد و با رعایت مقررات ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و تبصره ۶ آن تعیین می‌گردد...». همانطور که در این رأی مشاهده می‌شود، دیوان تنها در صورتی استحقاق زوجه به دریافت نحله را ثابت می‌داند که تقاضای طلاق یا صدور گواهی عدم سازش به درخواست زوج باشد؛ در غیر اینصورت صدور حکم به پرداخت نحله یا اجرت‌المثل محمول قانونی نخواهد داشت.

۵-۲. عدم امکان جمع بین نحله و اجرت‌المثل ایام زوجیت

همانطور که گفته شد، نحله از نظر مقنن، نوعی بخشش اجباری است که حین طلاق در صورت فراهم نیامدن شرایط بند «الف» (عدم احراز شرایط دریافت اجرت‌المثل ایام زوجیت)،

دادگاه با ملحوظ داشتن معیارهای نظری سال‌های زندگی مشترک زناشویی، نوع خدمات ارائه شده توسط زوجه و همچنین تمکن مالی زوج؛ از مال شوهر برای زن تعیین می‌کند؛ در این راستا برخی اعلام داشته‌اند که در صورت وجود شرط ضمن عقدی مبنی بر درنظر گرفتن دستمزدی برای زوجه درخصوص انجام امور خانه‌داری، دیگر نمی‌توان از اجرت‌المثل سخن گفت و در صورتی که چنین شرطی موجود نباشد و امکان تعیین اجرت‌المثل وجود داشته باشد، نحله جایگاهی نخواهد داشت و صرفا در فرضی که امکان تعیین نحله توسط محاکمه میسر نباشد، دادگاه حکم به نحله می‌دهد (حیبی بی تبار، ۱۳۸۰: ۲۴۹).

در این راستا، رویه قضائی به کمک دیدگاه‌های حقوقی آمده و دیدگاه اول که مبتنی بر عدم امکان جمع بین اجرت‌المثل و نحله می‌باشد را تقویت و تایید نموده است. از جمله می‌توان به رأی صادره از شعبه شعبه ۲۶۵ دادگاه عمومی خانواده تهران به تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۱ به شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۱۸۱۰ اشاره نمود که در آن دادگاه در قسمتی از رای خود آورده است: «در خصوص درخواست مطالبه اجرت‌المثل کارهایی که زوجه در خارج از وظایف خاص زوجیت در منزل زوج انجام داده، دادگاه در این خصوص توجهاً به نظریه هیأت کارشناسان و صرف‌نظر از اعتراض غیر مؤجه وکیل زوج مستنداً به تبصره ذیل ماده ۳۳۶ از قانون مدنی زوج را به پرداخت مبلغ ۳۳۰۰۰ تومان به عنوان اجرت‌المثل یاد شده در حق زوجه قبل از طلاق صادر و اعلام می‌گردد و در خصوص تقاضای وکیل زوجه مبنی بر تعیین نحله با عنایت به اینکه تعیین اجرت‌المثل با نحله به موجب قانون ابطال یکدیگر و به نحو علی البدل هستند؛ لذا با وضعی که تعیین اجرت‌المثل مقدور باشد به تعیین نحله نمی‌رسد. در این مورد ادعای وکیل زوجه رد می‌گردد.» که متعاقباً رأی صادره در این خصوص مورد تأیید شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران واقع شده است.

علاوه بر این، در خصوص موضوع مورد بحث رأی صادره از شعبه ۸ دیوانعالی کشور نیز قابل توجه می‌باشد، در این رأی شعبه دیوان تأکید نموده است که در صورتی که برای زوجه مبلغی به عنوان نحله تعیین گردد؛ اجرت‌المثل ایام زوجیت به وی تعلق نمی‌گیرد. در قسمتی از رأی دیوان نیز که در تأیید رأی صادره از شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان سمنان اصدر یافته آمده است که: «النهاية زوج به موجب تبصره ۳ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، موظف گردیده قبل از اجراء و ثبت صیغه طلاق، کلیه حقوق شرعی و قانونی زوجه را نقداً در حق وی تأديه نماید. در این پرونده زوج مکلف گردیده بابت مهریه ما فی القباله با محاسبه به



نرخ روز مبلغی معادل ۲۱۷/۱۸۲/۲۱۷ ریال و بابت نفقة ایام گذشته مبلغ ۱۲۷۵۰/۰۰۰ ریال و بابت نفقة ایام عده مبلغ سه میلیون ریال و بابت نحله مبلغ ۲۵ میلیون ریال تقداً و قبل از اجراء و ثبت صیغه طلاق در حق زوجه بپردازد. عمدۀ اعتراض زوجه مربوط به عدم احتساب اجرت المثل ایام زوجیت است که با توجه به اظهارات نامبرده به شرح صور تجلیسه مورخ ۹۰/۵/۸ دادگاه در نظر گرفتن نحله برای وی که قابل جمع با اجرت المثل نمی‌باشد این اعتراض قابل توجه و پذیرش نیست. بنابراین دادنامه فرجام خواسته در حدود اعتراضات مطروحه از ناحیه فرجام خواه فاقد ایراد و اشکال مستوجب نقض بوده و مستنداً به ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی رأی فرجام خواسته ابرام می‌گردد.^۶ علاوه بر دو دادنامه فوق الذکر، در رابطه با عدم قابلیت جمع اجرت المثل و نحله، توجه به رأی صادره از شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور که با عنایت به ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱^۷ صادر گردیده خالی از لطف نیست. در بخشی از این رأی آمده است: «اعتراض فرجام خواه خانم ف.الف. با وکالت خانم ز.ک. نسبت به رأی شماره ۱۳۹۲/۳/۲۵-۳۳۰ صادره از شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان گیلان با توجه به مندرجات پرونده و رسیدگی‌های به عمل آمده وارد نیست. اساس رأی دادگاه بنا به جهات و دلایل معنکس در پرونده و ملاحظه سند ازدواج و نظریات کارشناسان مخالف قانون نمی‌باشد؛ النهاية با توجه به ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ که رأی دادگاه تجدیدنظر در زمان حاکمیت این قانون صادر گردیده اجرت المثل با نحله قابل جمع نیست...»

۳-۵. توجه به سنت زندگی مشترک در تعیین نحله

در تعیین میزان نحله، توجه ویژه به سنت زندگی مشترک اعم از نوع کارهایی که زوجه در خانه زوج انجام داده و همچنین وسع مالی شوهر از جمله نکاتی است که محکمه با ملحوظ داشتن آن‌ها اقدام به صدور رای می‌نماید. بی‌شک بین کسی که سال‌های متوالی در خانه شوهر مشغول به کار بوده و کسی که تنها چند سال از زندگی مشترک او می‌گذرد باید قائل به تمایز شویم (انصاری پور و صادقی مقدم، ۱۳۸۴: ۲۰).

۶. دادگاه ضمن رای خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج، تکلیف جهیزی، مهریه و نفقة زوجه، اطفال و حمل را مین و همچنین اجرت المثل ایام زوجیت طرفین مطابق تبصره ماده (۳۳۶) قانون مدنی تعیین و در مورد چگونگی حفانت و نگهداری اطفال و نجوه پرداخت هزینه‌های حفانت و نگهداری تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند. همچنین دادگاه باید با توجه به واوستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند. ثبت طلاق موقول به تاذیه حقوق مالی زوجه است. طلاقی در صورت رضایت زوجه یا صدور حکم قطعی دایر بر اعسار زوج یا تقسیط محکوم به نیز ثبت می‌شود. در هر حال، هرگاه زن بدون دریافت حقوق مذکور به ثبت طلاق رضایت دهد می‌تواند پس از ثبت طلاق برای دریافت این حقوق از طریق اجرای احکام دادگستری مطابق مقررات مربوط اقدام کند.

در همین راستا و در جهت تعیین نحله و ضوابط آن رأى صادره از شعبه ۸ دیوان عالی کشور قابل توجه است. در این رأى آنچه موحد حق زوجه از بابت نحله به حساب آمده است طول زندگی مشترک است. در قسمتی از این رأى آمده است: «...اگرچه زوجه على رغم عدم شروع زندگی مشترک از زوج تمکین خاص داشته ولی چون حسب اظهارات وکلای طرفین هنوز در دوران عقد بوده و هنوز زندگی مشترک خود را آغاز نکرده‌اند و زندگی مشترک قانوناً موحد حقوق زوجه از بابت اجرت‌المثل یا نحله برای زوجه خواهد بود؛ بنابراین استحقاق زوجه از بابت اجرت‌المثل و نحله متفق خواهد بود...». بدین ترتیب، استحقاق زوجه به نحله با توجه به سنت‌آراء زندگی مشترک می‌باشد و در خصوص هر مورد دادگاه با جلب نظر کارشناس و با توجه به وضع زوج اقدام به تعیین میزان نحله برای زوجه می‌نماید؛ که این امر به خوبی در آرای صادره از دیوان عالی کشور منعکس گردیده است.

۴-۴. تمکین داشتن زوجه

در مواردی که طلاق به درخواست مرد و با توجه به قصور زن در انجام وظایف همسرداری صورت می‌گیرد، مفتن زوجه را از دریافت مبلغی تحت عنوان نحله محروم نموده است؛ چراکه زوجین در برایر یکدیگر حقوق و تکالیفی دارند؛ از این رو قانون‌گذار در کنار عدم سوء رفتار و اخلاقی از عدم تخلف از وظایف همسرداری سخن گفته است و با وجود حکم کلی میتوان موارد سرقت از اموال شوهر؛ فحاشی و هتاکی نسبت به شوهر؛ داشتن رابطه غیر مشروع؛ ضرب و جرح زوج توسط زوجه را از مصاديق تخلف از وظایف همسرداری و مصاديقی از سوء رفتار دانست (ترکمان و خلیجیان، ۱۳۹۶: ۳۳).

در همین خصوص آراء متعددی ملاحظه می‌شود که در ذیل به بررسی دو رأى اکتفا می‌گردد:

شعبه ۸ دیوان عالی کشور در رأى شماره ۱۱۵۵ به تاریخ ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰/۱۵ محاکومیت قطعی زوجه به دلیل توهین، تخریب و تهدید به مرگ زوج را از مصاديق تخلف از وظایف همسری به شمار آورده و رأى بر عدم تعلق نحله به زوجه داده است. در قسمتی از این رأى می‌خوانیم که: «...با توجه به اینکه تقاضای طلاق زوج ناشی از تخلف زوجه از وظایف همسری و سوء رفتار وی بوده وی را مستحق دریافت اجرت‌المثل یا نحله ندانسته است که بر این تشخيص و استنباط دادگاه تجدیدنظر استان خدشه و خللی وارد نگردیده است... زوجه به موجب



حکم قطعی دادگاه به اتهام توهین و تخریب و تهدید به مرگ زوج محکومیت حاصل نموده و تخلف وی از وظایف همسری محرز شده است...».

علاوه بر رأی فوق، در رابطه با شرط عدم ناشزه بوده زوجه برای استحقاق نحله می‌توان به حکم صادره از شعبه ۶۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران اشاره نمود. قضات این شعبه عدم تمکین و ناشزه بودن را مانع مطالبه نفعه اجرتالمثل و نحله در مورد صدور گواهی عدم سازش به تقاضای زوج دانسته‌اند و در قسمتی از حکم صادره از شعبه ۲۵۳ دادگاه عمومی خانواده تهران آمده است: «...و با توجه به مراتب فوق الذکر که دلالت بر عدم تمکین و ناشزه بودن خوانده دارد دادگاه وی را مستحق نفعه یا اجرتالمثل و نحله نمی‌داند.»

۵-۵. فقدان توافق مالی جداگانه فیما بین زوجین

یکی از مواردی که رویه قضایی بدان پرداخته است، آن است که در هر مورد که فیما بین زوجین در خصوص حقوق مالی شرطی وجود داشته باشد، نحله یا اجرتالمثل متنفی می‌گردد. به عبارت دیگر پرداخت نحله یا اجرتالمثل منوط به عدم وجود قرارداد مالی، نظیر شرط تنصیف دارایی است. این موضوع در آرای مختلفی نظری رای به شماره ۹۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۸۷۹ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸ و هم چنین رای تحت شماره ۱۰۰۴۷۱ به تاریخ ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۴۷۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۰۵ به اینکه اجرای شرط تنصیف مقدم بر تعیین نحله و اجرتالمثل است، ورود دادگاه صادره از صادره از شعبه ۱ دیوان عالی کشور، منعکس شده است. در بخشی از رای چنین آمده است: «نظر به اینکه اجرای شرط تنصیف مقدم بر تعیین نحله و اجرتالمثل است، ورود دادگاه به موارد اخیرالذکر مشروط به این است که سند نکاحیه فاقد شرط تنصیف باشد یا ذینفع درخواست اجرای آن را نکرده باشد....»

البته باید به این نکته اشاره کرد که به صرف وجود شرط تنصیف، نباید استحقاق زن به دریافت نحله یا اجرتالمثل را متنفی دانست؛ چراکه در این صورت این موضوع خود می‌تواند موجبی برای سوءاستفاده علیه زوجه باشد. در بسیاری موارد زوج فاقد مالی است که بتوان شرط تنصیف را اجرایی نمود، در این صورت نهاد قانونی نحله یا اجرتالمثل می‌تواند در احراق حقوق زنان موثر واقع شود. شعبه ۸ دیوان عالی کشور در دادنامه به شماره ۹۰۶۸۰۰۱۴۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۰۹ این موضوع را بدین شرح در رای اشاره نموده است: «.....چون زوجه فرجام خواه در مراحل دادرسی هیچ مالی از زوج تعریف ننموده تا موجبات اعمال و اجرای شرط مالی مقرر در سند ازدواج فراهم بوده باشد، لذا شرط مذکور به جهت عدم امکان اجرای آن شرط

کالعدم و به مثابه آنست که بین طرفین شرط مالی وجود ندارد؛ بنابراین غیر قابل اجرا بودن شرط مالی مقرر در سند ازدواج قانوناً نمی تواند دیگر حقوق استحقاقی زوجه را منتفی سازد....»

○ نتیجه

از جمله مهمترین تحولات صورت گرفته بعد از انقلاب در راستای حمایت‌های مالی از زوجه و بر مبنای فقه اسلامی و آیات قرآن کریم تصویب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در سال ۱۳۷۱ بوده است؛ در بند «ب» تبصره ۶ این قانون به صورت صریح به نهاد «نحله» که به عنوان یک بخشش از طرف زوج به زوجه پرداخت می‌شود اشاره شده و با تصویب قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ و با وجود نسخ صریح بند «الف» تبصره ۶ که به بحث اجرت المثل اشاره دارد، مقررات مربوط به نحله کماکان به قوت خود باقی است.

از این رو، به نظر می‌رسد برخلاف نظریه مشورتی قوه قضاییه مورخ ۹۲/۰۲/۱۵ که سوءرفتار زوجه یا درخواست طلاق از سوی زوجه در مطالبه نحله را مطرح نمی‌داند، استحقاق زوجه برای دریافت نحله متوقف بر عدم دریافت مبلغی تحت عنوان اجرت المثل است. همچنین شایان ذکر است ناشهز نبودن زوجه و عدم درخواست طرح دعوی طلاق توسط او؛ در کنار سایر شرایط، موجبات اقنان محکمه برای صدور حکم به پرداخت نحله را فراهم خواهد آورد؛ لذا مقتن باشد با تدوین مقرراتی درخصوص این نهاد مفید، از صدور آرای متعارض جلوگیری نماید.

براساس یافته‌های این تحقیق، مبنای نحله را می‌باید در قواعد مستولیت مدنی جستجو نمود و مبنای آن را نوعی جبران خسارت دانست؛ هرچند که در این خصوص نظر مخالف وجود دارد و جبران خسارت بودن نهاد نحله را با توجه به اینکه متناسب با زیان وارده نمی‌باشد صحیح نمی‌دانند؛ چرا که در صورت عدم تعلق اجرت المثل به زوجه مطلقه، مبلغ آن بر حسب سنت زندگی مشترک و نوع کارهای زوجه و وضعیت مالی زوج محاسبه می‌گردد.

پیشنهاد قابل طرح این است که قانون‌گذار ایرانی با الگو برداری از مقررات کشورهای دیگر از جمله کشورهای اسلامی در راستای شفافیت حدود و ثغور نحله، حمایت هرچه بیشتر از زنان و در جهت عدم تضییع حقوق مالی زنان و حمایت از آن‌ها، ضمن تعیین معیارهایی همانند مدت زناشویی، کمینه و بیشینه‌ی خسارت قابل پرداخت به زوجه در قالب نحله را مشخص نماید.



در باب قوانین و مقررات نیز پیشنهاد می‌شود محرومیت زوجه از دریافت نحله به جهت نشوز صرفاً منصرف به زمانی باشد که تخلف از وظایف همسری و عدم حسن برخورد، تا قبل از حدوث شرایط حاکم بر طلاق باشد و اگر نشوز زن در فرایند طلاق حادث شود، مانع از استحقاق زوجه به دریافت نحله نباشد.

○ منابع

- قرآن کریم
- اسماعیلی، محمد «بررسی ماهیت و تفاوت اجرت المثل ایام زوجیت و نحله و نحوه مطالبه آن»، نشریه مطالعات علوم/جتماعی، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۹۵.
- اماکن، اسدالله، صفائی، حسین، مختصر حقوق خانواده، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۷.
- الانصاری، الشیخ مرتضی، کتاب المکاسب، رساله فی قاعده النفی الصری، چاپ دوم، موسسه النشر، ۱۴۱۶.
- انصاری، مسعود، طاهری، محمد علی، داشتماه حقوق خصوصی، جلد ۳، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- انصاری پور، محمدعلی، صادقی مقدم، محمد حسن. «جرت المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم در این زمینه»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق، ۱۳۸۴.
- انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، جلد ۱ و ۳، تهران: انتشارات سخن، ۱۳۸۷.
- آهنجکان، محمدرسول، نقاش زاده، زهرا، «بررسی مبانی فقهی تدوین حق مالی نحله، مجله خانواده پژوهشی»، سال ۱۰، شماره ۱۳۹۳.
- باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹.
- بجتوردی، حسن، القواعد الفقهی، جلد ۲، قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۱۰.
- بروجردی، حسن، متابع فقه شیعه، جلد ۲۶، ترجمه مهدی حسینیان قمی، تهران: فرهنگ سیز، ۱۳۸۶.
- جمفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمیمولوژی حقوق، چاپ بیست و پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
- حاتمی، علی اصغر، زیرچ، سیده فاطمه. «جرت المثل ایام زوجیت و نحله با نگرشی بر قانون حمایت خانواده مصوب اسفند ۱۳۹۱»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه تبریز، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۹۴.
- حبیبی تیار، جواه، کام به کام با حقوق خانواده، تهران: انتشارات خرم، ۱۳۸۰.
- حسینی مقدم، سیدحسن، نعمتی، احسان، مفیدیان، سیده آتنا، بررسی مطالعه همزمان تصنیف دارایی، نحله و اجرت المثل، نشریه وکل مدافع، شماره ۱۳۹۸.
- خلیجیان، فاطمه، ابراهیمی ترکان، ابوزد، «مطالعه تطبیقی نوآوری های قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ در حقوق مالی اجرت المثل و نحله با فقه امامیه، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری»، شماره ۳۱، شماره ۱۳۹۶.
- روشن، محمد، محمدی رمقانی، حسن، «بررسی ماهیت حقوقی نحله»، نشریه مطالعات حقوقی، دوره ۳، شماره ۴، ۱۳۹۰.
- زمخشri، محمود بن عمر، الفانقی فی غربیت الحديث، بی جا، قاهره: دار احیاء الکتب العربی، ۱۳۶۴.
- سادات اسدی، لیلا، «بررسی تطبیقی ماضدتهای مالی همراه با نظریه حقوقی نحله و اجرت المثل»، دوره ۱۶، شماره ۵۴، ۱۳۹۰.
- شبیر زنجانی، موسی، کتاب نکاح، جلد ۲۲، قم: موسسه پژوهشی رای پرداز، بی تا.
- صادقی، حسین، «بررسی تفاوت نحله و اجرت المثل در نظام حقوقی ایران»، نشریه مطالعات حقوقی، شماره ۲۲، ۱۳۹۷.
- طوسی، محمدبن حسن، المیسوط: فی الامامیه، جلد ۳، تهران: المکتب المرتضوی، ۱۳۵۳.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الأبحاث فی معرفة العلوم الثالث (منطق، طبیعت و الهیات)، قم: مؤسسه کتابشناسی شیعه، ۱۳۸۷.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، جلد ۳، قم: موسسه آل الیت علیهم السلام لاجا الترات، ۱۳۷۲.
- علامه مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، بی جا، بیروت: موسسه الوفا، ۱۴۰۳.
- عمید زنجانی، عباسعلی، آیات الا حکام، تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، چاپ هشتم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
- کاظلمی، زهرا، میرخانی، عزت السادات، «بررسی مبانی فقهی بند ب تبصره ۶ ماده واحدی اصلاح مقررات طلاق»، فصلنامه مطالعات اجتماعی زنان، سال ۸، شماره ۳، ۱۳۸۹.
- کهنه خشکباری، محمود، اجرت المثل و نحله زوجه، رساله دوره دکتری تخصصی در رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، ۱۳۹۷.
- مدرسی، محمدرضی، مقالات فقهی (معونه‌الظالمین، الولایة من قبل الحاج و جوانز السلطان)، قم: دارالتفسیر، ۱۳۹۳.
- مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، جلد ۶، قم: مدرسة الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۴.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات، جلد ۴، تهران: انتشارات کهان، ۱۳۷۱.



- موسوی، مربی، بررسی فقهی و حقوقی اجرت المثل و تحله در حقوق موضوعه ایران، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه الزهرا، ۱۳۹۵.
- نقاش زاده، زهراء، تحله از منظر فقه و حقوق اسلامی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۶.
- نقیبی، سیدابوالقاسم، نظریه‌ی جبران مالی خسارت معنوی در حقوق اسلامی، فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۷۶، ۱۳۸۶.
- هدایت نیا، فرج‌الله، حقوق مالی زوجه (اجرت المثل، تحله و تعدیل مهره)، تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
- بانک آرای پژوهشگاه قوه قضائیه، به آدرس اینترنتی: <http://j.ijri.ir>.



مبانی شروط سیاسی در مسائل صرفاً فنی حقوق قراردادی

غلامرضا شمسی پور

دکتری حقوق خصوصی، قاضی بازنیسته دادگستری، وکیل پایه یک مرکز وکلا، کارشناسان و مشاوران خانواده قوه قضائیه

نرجس زارعی

کارشناس ارشد حقوق، عضو مرکز وکلا، کارشناسان و مشاوران خانواده قوه قضائیه

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۸.۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۲.۰۲

چکیده

زمانی تغییراتی در قراردادها ایجاد می شود که تحت الزامات عمومی و همه گیر مانند بیماری ها نمی توان آنها را در نظر گرفت، در این بین شناسایی این مسائل صرفاً فنی که ماهیت سیاسی قرارداد را برای طرفین تعریف می کند، نمود پیدا خواهد کرد، اگرچه این مسائل صرفاً فنی پدیده های ضمنی و مخفی در قرارداد هستند، اما شناسایی آنها می تواند از مشکلات ناشی از ضعف قرارداد های حقوقی برای طرفین قرارداد مهم باشد و شناخت آنها از تضرر آتی برای طرفین قرارداد جلوگیری کند، یا آمادگی آنها برای اعمال نفوذ سیاست های ناشی از قراردادهای حقوقی را ایجاد کند. این پژوهش که با هدف شناسایی طیف جدیدی از مسائل مرتبط حقوق قرارداد ها انجام شده است، به بررسی مسائل صرفاً فنی در حقوق قراردادها که تحت تاثیر سیاست های قراردادی قرار می گیرد انجام شده است که کنکاشی نو در زمینه ماهیت سیاسی و غیر سیاسی قراردادهای تجاری با اختلاف غیر قابل طرح پرداخته است.

واژگان کلیدی: صرفاً فنی، شروط سیاسی، حقوق قراردادی، مسائل حقوقی.

Political conditions on Merely Technical issues of contractual law

Abstract

Changes to contracts occur when they cannot be considered under general and pervasive requirements such as disease, in the meantime the identification of these issues becomes purely technical, which defines the political nature of the contract for the parties, although these purely technical issues are implicit and hidden phenomena in the contract, but identifying them can be important for the parties to the contract due to the weakness of the legal contracts and their knowledge will prevent future damage to the parties to the contract, or their readiness to influence policies. Arise from legal contracts. The aim of this study is to identify a new range of issues related to contract law, examining purely technical issues in contract law that are affected by contract policies, which is a new exploration of the political and non-political nature of commercial contracts. Has dealt with an unpredictable difference.

Keywords: purely technical, political conditions, contract law, legal issues

۰ مقدمه

سوالی که این تحقیق به دنبال پاسخگویی به آن است، این است که در مسائل صرفاً فنی قانون قراردادها «شرط سیاسی» وجود دارد یا خیر؟ و اگر شرط سیاسی وجود دارد، به نظر می‌رسد که چنان موضوع واضحی از تحقیق باشد که دانشمندان حقوقی آن شروط را معروفی کرده باشند. شروطی که برای ثبات در قراردادها وضع می‌شود اصولاً به منظور مقابله و تقلیل ریسک سیاسی بوده اند، از این رو شناسایی آنها می‌تواند در حوزه حقوق قراردادها کاربرد آینده نگرانه‌ای را در خود داشته باشد.

به عنوان مثال در یک قرارداد تجاری بین طرفین شرط حضور متخصصین در اجرای قرارداد می‌تواند وابسته به مسائل صرفاً فنی قرارداد باشد که هم می‌تواند از سیاست‌های کلی قرارداد تعیین کرده یا تحت تاثیر آنها نیز قرار بگیرد و یا در جریان توسعه تکنولوژی روند انجام قرارداد‌های تجاری تحت تاثیر شروط صرفاً فنی در زمینه توسعه تکنولوژی مرتبط با سیاست‌های قراردادی قرار می‌گیرد، تا جایی که مشارکت مجریان قرارداد در برنامه ریزی استراتژیک و آینده نگرانه و تصمیم‌گیری مدیریت قرارداد، کلید موفقیت در حل تعارضات ناشی از سیاست‌های درون قراردادی است که در حال حاضر نمود پیدا نکرده اند. پس هر اصلاح فرآیندی که در قرارداد پیش‌بینی نشده است، تنها در صورتی می‌تواند به قرارداد مرتبط شود که از جانب طرفین به عنوان یک شرط سیاسی روان‌کننده و موفقیت‌آمیز معرفی و تایید شود، تا مجریانی که این تغییر را اجرا می‌کنند متقاعد شوند، این تغییر ضروری است و میل به اجرای آن پیدا کنند (Maitra,^۷ ۱۹۹۸).

در واقع، انتخاب شروط سیاسی در مورد قراردادها می‌تواند بر هر جنبه از موجودیت عمومی یا خصوصی، سیاسی، فرهنگی یا اقتصادی مرتبط با قرارداد اثر گذاشته و به اندازه کافی با اهمیت باشد تا با عمومی شدن آنها طرفین قرارداد بتوانند گزینه‌های سیاسی را ضمن عقد استفاده کنند. پس اینکه طرفین باید به این شروط اهمیت دهند به خاطر اخلاق قرارداد در عقود نیز می‌تواند مطرح شود تا جایی که سیاست فنی قراردادها یک سیاست ایده آل گرایانه و گویا باشد، نه یک سیاست توزیعی مستقیم با شروط از پیش تعیین شده بر این اساس سوالی که این تحقیق به دنبال پاسخگویی به آن است، این است که در مسائل صرفاً فنی قانون قراردادها «شرط سیاسی» وجود



دارد یا خیر؟ و اگر شرط سیاسی وجود دارد، به نظر می‌رسد که چنان موضوع واضحی از تحقیق باشد که دانشمندان حقوقی آن شروط را معروفی کرده باشند.

○ کلیات

در این قسمت به بررسی مسائل صرفاً فنی، سیاسی در حقوق و قراردادها پرداخته می‌شود و به صورت تحلیلی راه حل‌های مرتبط با مسائل فنی واکاوی می‌شود.

○ ۱. تعریف مسائل "صرفاً فنی" و مخاطرات سیاسی.

منتظر از یک مساله "صرفاً فنی" این است که چطور باید با پیشنهادات اشتباہی در یک موقعیت قراردادی ساده برخورد کرد، یا طرف قرارداد که عملکرد خود را در تلافی نقض قرارداد توسط شریک خود قطع می‌کند است (کندی^۱، ۲۰۰۲). فکر نمی‌کنم حل سؤالاتی از این دست - بعداً مثال‌های بیشتری می‌زنم - برای اقتصاد اهمیتی نداشته باشد. در واقع، این گزینه‌ها تأثیری بر هر جنبه‌ای از موجودیت عمومی یا خصوصی، سیاسی، فرهنگی یا اقتصادی داشته و به اندازه‌ای مهم هستند مردم از آنها مراقبت کنند. زیرا اگر قانون به این شروط سیاسی ضمن عقد اهمیت می‌دهد صرفاً به دلیل پیامدهای عملی یا توزیعی آنها نیست و این بدیهی است که مسائل از نظر اخلاقی می‌توانند گریبانگیر جامعه باشند.

همانطور که مطرح شد سیاست قراردادی یک سیاست ایدئولوژیک و لفظی بوده و یک سیاست توزیعی مستقیم نیست. در بحث در مورد مسائل فنی، محققان حقوقی استدلال‌هایی را مطرح می‌کنند و این استدلال‌ها با آن‌ها "تشدید" می‌شوند، یا با آن‌ها هومولوگ هستند، یا به صورت متقابل در حوزه تفکر سنتی به جای "صرفاً فنی"، استدلال‌های مقابل را تقویت می‌کنند.

در بحث در مورد مسائل فنی، محققان حقوقی استدلال می‌کنند و این استدلال‌ها با آنها «طنین انداز»^۲ می‌شوند و یا با آن همسو می‌شود، یا متقابلاً استدلال‌هایی «صرفاً فنی» را تقویت می‌کنند، قوانینی که از بحث فنی حاصل می‌شوند می‌توانند به نوبه خود به صورت مشابه یا

تشدید شده با قوانین عمومی یا قوانین نظارتی که بیشتر موضوع نگرانی سیاسی را در پی دارند تجزیه و تحلیل شوند (برالدو و میلان^{۱۰}، ۲۰۱۹).

اگر قانون قراردادها به بازرگانانی با قدرت چانه زنی مساوی نیاز داشته باشد تا به دنبال یکدیگر باشند، پس این قابل قبول تر است که قوانین عمومی باید به گروه های قوی نیاز داشته باشند تا بتواند افراد با ضعف قراردادای را راحت تر پیدا کند. بر این اساس مخاطرات سیاسی ثانویه ای وجود دارند که بسیار مبهم هستند: درک این مسائل به عنوان "صرفاً فنی" اثر خود را دارند (بدون توجه به چگونگی حل مسائل)، تقویت تمایز عمومی / خصوصی در تفکر سیاسی اصلی را تقویت می کنند، و در نتیجه به طور غیر مستقیم تقویت سنتگرایی سیاسی علیه رادیکالیسم (چه جناح چپ و چه جناح راست) را در پی خواهند داشت.

به عبارت دیگر، آنچه از نظر سیاسی، در بحث های فنی در معرض خطر است مجموعه ای از تأثیرات کاملاً غیرمستقیم بر اقانع موضع در حوزه های دیگر، غیر فنی، حوزه هایی است که در آن درگیری طولانی بین دیدگاه های سیاسی وجود دارد، یا فلسفه ها، یا پژوهش های جهانی سازی هابرماس است^{۱۱}. اگر این مخاطرات وجود داشته باشند، تأثیر غیرمستقیم گسترده ای بر درگیری گفتمان و تأثیر حتی کمتر مستقیمی بر درگیری انتخاباتی یا قانونگذاری در میان کل آراء دارد.

نگرانی در تضاد، در میان بسیاری از مسائل، این سوال که چقدر به مالیات، چقدر مترقی، و چگونه به تخصیص هزینه های دولت، می گویند بین برنامه های رفاهی / توزیع مجدد و "ختنی" و یا برنامه های مبتنی بر کارآیی (به عنوان مانند زیرساخت).

در تضاد، در بین بسیاری از موضوعات، این سؤال که چقدر مالیات، به تدریج و چگونگی تخصیص هزینه های دولت، می گویند بین برنامه های رفاه/توزیع مجدد و برنامه های "ختنی" یا مبتنی بر کارآیی (به عنوان مثال زیرساخت ها)، نگران کننده است. این سوالات شامل این است که چگونه به نابرابری ها در ارتباط با طبقات اجتماعی، جنسیت، گرایش جنسی یا منشا ملی پاسخ دهنده و همراه با این مساله که چگونه تبعیض را تعریف کنند و چگونه به آن پاسخ دهنده ایجاد می شود. و برای بحثی که در ادامه می آید، مساله مقررات دولت در مورد روابط بین احزاب ضعیف و قوی فرضی را نیز شامل می شود. مسائل قراردادهای فنی در عین حال که آشکارا تمایز هستند،

^{۱۰} Beraldo, D., & Milan, S. (2019). From data politics to the contentious politics of data. *Big Data & Society*, 9(2), ۲۰۵۳۹۵۱۷۱۹۸۸۵۹۶۷.

^{۱۱} Habermasian universalization



به طور مبهم با طرح کل رژیم‌های «قوانين ویژه» که در اروپا معمولاً هرچند به هیچ وجه همیشه (ر.ک. هلند)، از نظر مفهومی از قوانین کدھای مدنی جدا شده‌اند، مرتبط هستند. در سرتاسر غرب، این رژیم‌ها منجر به ایجاد رژیم‌های حقوقی عمومی، که معمولاً به صورت قانونی ایجاد می‌شوند، به طور نامحدود آزادی قرارداد را در موضوعات بهداشت، اعتبار، استغال، مسکن، کاربری زمین، قوانین محیط‌زیست، اینمی محصول و غیره محدود می‌کنند (کلارک^{۱۲}).^{۱۲}

○ ۲. تجزیه و تحلیل مسائل صرفا فنی

مساله صرفا فنی قانون قرارداد، که به صورت منفی تعریف می‌شود، مساله‌ای است که باید حل و فصل شود تا نهاد قرارداد در عمل معنای واقعی داشته باشد، اما شامل هیچ یک از ابعاد نهادی که از نظر سیاسی در تضاد طولانی‌مدت با چپ و راستی‌ها مورد مناقشه بوده‌است، نمی‌شود. مواردی از اشتباه در ارائه و پذیرش، و مواردی از اختلال عملکرد را در چنین موضوعاتی نشان می‌دهد. به منظور "صرفا فنی" نگه داشتن آن‌ها، ما در مورد آن‌ها بحث خواهیم کرد زیرا آن‌ها بین تجار با قدرت چانه‌زنی برابر که در بازارهای رقابتی عمل می‌کنند، به وجود می‌آیند. ما فرض می‌کنیم که هیچ‌کس پیشنهاد نمی‌کند که ما باید آزادی قرارداد را با توجه به اشتباهات و یا عملکرد مختلط شده محدود کنیم، به طوری که طرفین آزاد باشند تا هر قانونی که "تکنسین‌ها" وضع می‌کنند را تغییر دهند (میلز^{۱۳}، ۲۰۱۱). در ادامه به ارائه یک ساختار تحلیلی مشترک برای انتخاب راه حل‌ها برای اشتباه و وقfeه پرداخته می‌شود و سپس پیشنهاد می‌شود که همین تحلیل برای مسائل مشابه متعدد قابل اعمال است.

○ ۲.۱ مسئولیت اشتباه جانبه

آنجایی که یکی از طرفین قرارداد به طور رسمی کامل در یکی از روش‌های معمول اشتباه می‌کند، از لغزش زبان یا قلم گرفته تا اشتباه در مورد "هويت"^{۱۴} اشیایی که باید رد و بدل شوند، به محض اینکه متوجه این اشتباه می‌شود، طرف اشتباه از طرف دیگر می‌خواهد که در قرارداد تجدید نظر کند و زمانی که طرف دیگر امتناع می‌کند، اجرای قرارداد را متوقف می‌کند، اشتباه

^{۱۲} Clarke, M. (۲۰۱۲). The (absent) politics of neo-liberal education policy. *Critical studies in education*, ۵۳(۳), ۲۹۷-۳۱۰..

^{۱۳} Mills, A. (۲۰۱۱). Antinomies of public and private at the foundations of international investment law and arbitration. *Journal of International Economic Law*, 14(2), 469-503.

^{۱۴} identity

"یک جانبه"^{۱۵} است به این معنا که طرف مقابل اشتباه نکرده است. در صورتی که قرارداد اجرا شده باشد، برگشت از قرارداد برای طرف مجری قرارداد "اجرا شده"^{۱۶} ضرر دارد (در هر تعداد از معانی ممکن از آن اصطلاح)، طرف اشتباه بدتر از زمانی خواهد بود که باید اجرا شود که طرف اشتباه فکر کرده باشد (کوتول^{۱۷}، ۲۰۱۲).

برای اهداف ما، تشخیص چهار راه حل جایگزین می‌تواند در نظر گرفته شود، که آن‌ها جایگزین‌هایی هستند که در زمان‌های مختلف در بحث قانون عرفی، اشتباه در نظر گرفته شده‌اند.

(۱) احتمال اول که "هیچ کمکی به اشتباه یک جانبه نشود"^{۱۸}. "در سیستم قانون عرفی، هیچ کمکی" به این معنا نیست که طرف مقابل عملکرد خاصی دارد، زیرا این یک راه حل منصفانه است که تنها در شرایط استثنایی به کار گرفته می‌شود. این به معنای خسارات انتظاری است، به این معنی که طرف مقابل، سود معامله اشتباهی را دریافت می‌کند، مثلاً کالاهایی را به نصف قیمتی که فروشنده فکر می‌کرد مطالبه می‌کند این در حالی است که طف مقابل باید از این اشتباه بی‌خبر باشد. این بدان معنی است که در صورت اطلاع از اشتباه، با وجود اینکه طرف مقابل مرتكب کلاهبرداری نشده باشد، بازیابی نخواهد بود. به هیچ وجه، عمداً طرف اشتباه را گمراه نکرده است. اگر این شرایط برآورده شوند، دکترین امکان بازیابی خسارات مورد انتظار را بازیابی کند، حتی اگر طرف مقابل (مثلاً خریدار) به قول اشتباه تکیه نکرده و هر چند اشتباه از روی سهل انگاری نبوده است.

(۲) یک راه حل جایگزین توافق در رد عملکرد خاص و الزام به چشم‌پوشی طرف دیگر از اشتباه است، اما باید گفت طرف مقابل تنها در صورتی خسارت وی را می‌تواند جبران نماید که در آن هم اعتماد و هم عامل سهل انگاری طرف خاطی قید شده باشد. اگرچه این یک مسئولیت بدون تقصیر برای طرف اشتباه نیست و میزان خسارت در جایی که تقصیر وجود داشته باشد، باید طرف مقابل را به علت صدمات ناشی از تقصیر خود تکریم نماید چون تقصیر از جانب طرف اشتباه کننده بوده و اعتماد طرف مقابل نیز به عوامل تعیین کننده نتیجه مربوط می‌شود. در این

^{۱۵} unilateral

^{۱۶} enforced as made

^{۱۷} Cotterrell, R. (۲۰۱۲). *What is transnational law?*. *Law & Social Inquiry*, ۳۷(۲), ۵۰۰-۵۲۴.

^{۱۸} no relief for unilateral mistake

راه حل، هیچ "ثروت بادآورده ای" برای سایر طرفین وجود نخواهد داشت، اما باید مسائل پیچیده دور از ذهن مایین طرفین برای ارائه راه حل این تعارض تعیین گردند (زونی^{۱۹}، ۲۰۱۶).

(۳) راه حل سوم این است که طرف سهل انگار همیشه مسئول اعتماد بدون توجه به تقصیر است (مسئولیت گیرانه ای برای اشتباه یک جانبه).

(۴) راه حل چهارم نیز این است که برای تطبیق دادن مسئولیت، انتخاب امید یا اتكا یا استرداد، با یا بدون اشتباه در هر دو طرف، به منظور جلوگیری از "غنى سازی ناعادلانه"^{۲۰}، یک قضاوت براساس "تمام شرایط مربوطه"^{۲۱} خواهد بود. به عنوان مثال، در جایی که اعتماد خسارات بیشتری را نسبت به انتظار به بار می‌آورد (از دست دادن قرارداد، هزینه‌های مقدماتی ضایع شده)، ممکن است اعتماد بیش از حد تصور شود، و با امید محدود گردد. بدون اینکه طرف اشتباهکار به شدت تقصیر داشته باشد، در این صورت باید گفت که بین این دو، ضرر فقط باید متوجه طرف اشتباهکار باشد ... مگر اینکه طرف صالح، اگر چه از اشتباه بی اطلاع بوده ولی "باید" آن را کشف می‌کرده است، مگر اینکه به قدری اعتماد کرده باشد که اصلاً نیازی به مرور مجدد قرارداد ندیده باشد (استیونز^{۲۲}، ۲۰۱۸).

یک ایده اساسی و بسیار فنی این است که باید راه حل های متفاوتی برای انواع مختلف اشتباه وجود داشته باشد: لغزش های زبان متفاوت از این باور باشد که با اینکه گاو باردار است ولی نیاز به درمان دارد. ایده اساسی دوم این است که یک راه حل را در یکی از زیر گروه های زیر را مد نظر قرار داد که شامل ماهیت قرارداد؛ انتخاب بین نظریه‌های عینی و ذهنی؛ عدالت مبادله ای و توزیعی؛ بررسی "قصد ضمنی"^{۲۳} طرفین؛ استفاده از مفهوم انتخاب طرفین، در موقعیت اصلی، قواعد پیش فرض حداکثر سازی رفاه؛ یا از بندهای خاص یا کلی در یک قانون مدنی خواهد بود. از این فکر که احزاب را انتخاب کنید، در موقعیت اصلی، رفاه به حداکثر رساندن قوانین پیش فرض؛ یا از بندهای خاص یا عمومی در یک قانون مدنی. همه این شیوه‌های رویکرد قاطعانه غیر سیاسی هستند. آن‌ها می‌توانند به عنوان گریز از حالت صرفاً فنی به حالت صرفاً فلسفی نیز در نظر گرفت.

^{۱۹} Zohny, H. (۲۰۱۶). Enhancement, disability and the riddle of the relevant circumstances. *Journal of Medical Ethics*, ۴۲(۹), ۶۰۵-۶۱۰.

^{۲۰} unjust enrichment

^{۲۱} all the relevant circumstances

^{۲۲} Stevens, R. (۲۰۱۸). The Unjust Enrichment Disaster. *LQR*, ۱۳۴, ۵۷۴.

^{۲۳} implied intent

یک درس مهم از قانون تطبیقی، به ویژه در مورد انر ممنوعیت استفاده از دخانیات، این است که مقررات قوانین مشابه گاهی اوقات راه حل های قانون موردي متفاوتی را ایجاد می کنند و مقررات قوانین غیر مشابه گاهی اوقات راه حل های قانون موردي مشابه را ایجاد می کنند. همین امر در مورد تلاش های صورت گرفته در بازسازی نظری ذکر شده در بالا نیز صدق می کند، چه "قصد ضمنی" و چه "ماهیت قراردادی" باشد. واضح است که تنوع شگفت انگیزی از رویکردها و راه حل ها هم در قانون عرفی و هم در قانون مدنی وجود دارد و اینکه هیچ تمایلی به هم گرایی در یک رویکرد صحیح واحد وجود ندارد، چه در سطح انتزاعی از اینکه چه نظریه ای قرار است حکومت کند و چه در مورد این سوال که چه تئوری های داده شده ای به چه قسمتی از راه حل ها نیاز دارند.

با این حال، جای بحث نیست که لیست کوتاهی از مواردی وجود دارد که در انتخاب یک قانون بسیار مهم هستند. تا جایی که از ابعاد تقصیر طرف اشتباهکار در انجام اشتباه، یک بُعد، اشتباهی طرف صالح از طریق دخالت در اشتباه و همچنین از طریق تشدید میزان خسارت ناشی از اشتباه طرف اشتباه کار را می توان در نظر گرفت. که یک لحظه مطابق با تقصیر طرف مقابل در وارد کردن خسارت، موضوعی در مورد رفتار اشتباهکار در کشف اشتباه خود وجود دارد، که شامل محدوده ای از عمل وظیفه شناسانه، اعتماد به طرف صالح و/یا انتظار به حل مساله توسط دادگاه، برای قطع عملکرد به شیوه ای فرست طلبانه ضررهای طرف مقابل را به منظور حداکثر رساندن منفعت خود تشدید می کند، است (لان و هرائلوس^{۲۴}، ۲۰۱۰).

بُعد دوم کمی است، اگر هیچ ضرر کوچکی وجود نداشته باشد، و میزان اشتباهی طرف اشتباه ناچیز باشد، اگر مقدار زیادی پول از طرف اشتباه به طرف صالح منتقل گردد، انتظارات به صورت یک ثروت بادآورده در نظر گرفته می شود. از سوی دیگر، اگر طرف اشتباه معصومانه طوری عمل کند که طرف دیگر بی خبر را به هزینه های عظیم و کاملاً منطقی ای که از دست رفته است سوق دهد، "مسئولیت بدون تقصیر" برخلاف اصل "بین دو فرد بی گناه، کسی که باعث آسیب شده است، نباید جبران هزینه کند"، پیش می آید.

^{۲۴} Lan, L. L., & Heracleous, L. (2010). Rethinking agency theory: The view from law. *Academy of management review*, 35(2), 294-314.



باید توجه داشت در این بحث این فرض که هیچ تفاوت معنی داری بین ثروت، اندازه، قدرت چانه‌زنی، قدرت بازار، موقعیت، جنسیت، یا هیچ چیز دیگری بین طرفین وجود ندارد، حفظ شده است و اینکه موضوع قرارداد هیچ ارتباطی با اهمیت اجتماعی خاص و اثر بر شخص ثالث قابل تشخیص ندارد، راه حل ارائه شده است.

○ ۲-۲. حق قطع عملکرد (شرايط، نقض پيش‌بييني شده).

حق قطع عملکرد شامل موقعیت‌هایی است که در آن طرف یک قرارداد الزام آور باید تصمیم بگیرد که در پاسخ به نقض یا احتمال زیاد نقض توسط طرف مقابل چه اقدامی انجام دهد. تاجران جوان می‌خواهند وارد تجارت شوند، آنها قول قرض را تضمین می‌کنند و در ازای آن قول می‌گیرند که ضمانت بگیرند ولی در این امر شکست می‌خورند؛ وام دهنده احتمالی از ادامه کار خودداری می‌کند؛ تاجران جوان به طور منطقی پروژه را رها می‌کنند و متتحمل از دست دادن هزینه‌های معقول برای آماده شدن برای تجارت جدید می‌شوند (گاروین^{۲۵}، ۲۰۱۷).

در اینجا به تحلیل قول اشتباه کار پرداخته می‌شود، طرف اشتباهکار مانند طرف اشتباه کننده قسمت‌های قبل است، که برای آن می‌توان راه حل‌های مختلفی را تشخیص داد، یکی از این موارد این است از لحظه‌ای که طرف ناقض قرارداد به هر روشهایی در حال نقض آن است، طرف دیگر هیچ تعهدی برای ادامه کار نخواهد داشت ("قانون مناقصه کامل"^{۲۶}). در این راه حل، طرف قطع کننده می‌تواند برای غرامت یا جبران خسارت طرح دعوی نماید. طرف ناقض حق استرداد منافع اعطای شده به طرف دیگر را دارد، اما تمام زیان‌های دیگر ناشی از وقفه را متقابل می‌شود. این یک راه حل همیشگی برای قراردادهای فروشن است (بریج^{۲۷}، ۲۰۱۰).

در حالت دیگر، ما می‌توانیم بدون توجه به آنچه طرف نقض کننده انجام می‌دهد یا انجام نمی‌دهد، به عملکرد مداوم نیاز داشته باشد و طرف مقابل را به دلیل نقض حقوقی خود برای نقض ("معاهدات مستقل"^{۲۸}) واگذار کرد.

^{۲۵} Garvin, L. T. (۲۰۱۷). The Best of Cases, the Worst of Cases. Florida State University Law Review, Forthcoming, Ohio State Public Law Working Paper, (۴۲۲).

^{۲۶} perfect tender rule

^{۲۷} Bridge, M. (۲۰۱۰). Avoidance for fundamental breach of contract under the UN Convention on the International Sale of Goods. International & Comparative Law Quarterly, ۵۹(۴), ۹۱۱-۹۴۰.

^{۲۸} independent covenants

در این راه حل، اگر طرف مقابل عملکرد را قطع کند، وی مسئولیت از دست دادن انتظار حزب نقض را بر عهده دارد، منهای هر چیزی که به طرف مقابل آسیب می‌رساند، خود را در نتیجه مسئول نقض اولیه می‌نماید. این یک راه حل سنتی برای موقعیت‌های تجاری است. برخی از آن‌ها عبارتند از: رفتار طرف نزاع ممکن است شامل یک نقض فرست طلبانه عمدى باشد (معامله بهتر در جای دیگر)، یک نقض غیر ارادی که نشان‌دهنده سهل‌انگاری یا محاسبه نادرست، یا یک مشکل بدون نقض و پیش‌بینی نشده است که به دلیل شرایط تغییر یافته نیست. طرف دیگر ممکن است برای قطع عملکرد به دلایل غیر مرتبط با نقض (معامله بهتر در جای دیگر) تحریک شود و حتی ممکن است تلاش کند تا نقض را تحریک کند (کوتاهی در نقض وظیفه هم‌کاری در عملکرد). از سوی دیگر، طرف مقابل ممکن است تنها پس از تلاش‌های سخت گیرانه برای کمک به هر روش ممکن، بدون هیچ انگیزه دیگری به جزء حداقل رساندن زیان‌های غیرقابل اجتناب، وقهه ایجاد کند (بنشهر و بارگیل^{۲۹}، ۲۰۱۳).

عوامل کمی نیز وجود دارند، اول، فرض کنید که وقهه در عملکرد باعث ضرر و زیان زیادی به طرف ناقض می‌شود، زیان‌هایی که طرف مقابل می‌تواند با ادامه و پی‌گیری خسارت در پایان بردن عملکرده از آن‌ها جلوگیری کند. در این وضعیت، موردی که اجازه قطع شدن را می‌دهد ضعیفتر از حالتی است که در آن قطع شدن برای طرف نقض قرارداد با یا بدون قطع شدن یکسان خواهد بود.

دوم، هر چه خطر نقض قرارداد بیشتر باشد، اثبات قضاوت یا آسیب‌های غیرقابل ترمیم (مثلاً خسارت ناشی از نقض قرارداد) بیشتر خواهد بود و هر قدر هزینه تکمیل اجرای آن توسط طرف مقابل بیشتر باشد، امکان ایجاد وقهه بیشتر خواهد بود. قانون نقض پیشگیرانه این نکته را در چارچوب زمانی روایط قراردادی که در آن طرف دیگر می‌تواند هر حقی را برای قطع سیستم در شبکه راه حل‌های ممکن بالا اعمال کند، برطرف می‌کند. ما می‌توانیم از طرف دیگر بخواهیم که منتظر بماند تا زمان عملکرد گذشته باشد، یا، در سوی دیگر، ما می‌توانیم اجازه دهیم که وقهه

^{۲۹} Ben-Shahar, O., & Bar-Gill, O. (2013). Regulatory techniques in consumer protection: a critique of European consumer contract law. *Common Market Law Review*, 50 (Special).



زمانی ایجاد کند که یک طرف دیگر معقول فکر کند، احتمال اینکه این نقض در نهایت رخ دهد بیشتر است (ایدنمولر^{۳۰} و همکاران، ۲۰۱۲).

قانون نقض پیش‌بینی به وضوح موضوع همان محاسبه‌ای است که در بالا توضیح داده شد. درست مانند اشتباه، تکنیکی ترین اقدامات، تشخیص بین انواع مختلف قرارداد و انواع مختلف نقض واقعی یا تهدید شده، تخصیص قوانین به شرایط است. و همانند اشتباه^{۳۱}، بسیاری از مبانی نظری (تا حدودی کمتر متعالی) برای راه حل‌ها وجود دارد، از جمله قصد ضمنی، عدم توجه، ماهیت قرارداد، علت، حسن نیت، و غیره. همانند اشتباه، راه حل‌ها بین و درون کشورها و سیستم‌ها به شیوه‌های مختلفی مرسوم است که چندان رضایت‌بخش به نظر نمی‌رسند.

○ بدبختی، حماقت و آسیب‌پذیری در برابر فداکار و به اشتراک گذاری.

○ ۱-۳-۲ مفهوم پیوسته

با توجه به چهار قانون اشتباهی که در بالا توضیح داده شد، یا چهار قانون در مورد عملکرد منقطع، به نظر غیر قابل بحث می‌رسد که قانون "هیچ کمکی برای اشتباه یک جانبه" و قانون "مناقصه کامل" به طور مشترک داشته باشد که طرف مقابل را ترجیح دهد.

اول، آنها طرف مقابل را طرفداری می‌کنند، زیرا آنها نسبت به گزینه‌های دیگر، سطح پایین تری از وظیفه را به حزب ناقض قرارداد تحمیل کرده‌اند، البته بی تکلیف نیستند.

در اشتباه، طرف مقابل نمی‌تواند اشتباه را القاء کند یا از آن مطلع شود. در عملکرد منقطع، طرف قطع کننده نمی‌تواند با تخطی از وظیفه همکاری در اجراء، موجب تخلف شود. در عملکرد منقطع، طرف مداخله کننده نمی‌تواند با نقض وظیفه برای همکاری در عملکرد، نقض را القا کند. اما در این محدودیت‌ها، طرف مقابل مجبور نیست منافع خود را قربانی کند تا از آسیب رسانند به

^{۳۰} Eidenmüller, H., Jansen, N., Kieninger, E. M., Wagner, G., & Zimmermann, R. (۲۰۱۲). The proposal for a regulation on a Common European Sales Law: deficits of the most recent textual layer of European contract law. *Edinburgh Law Review*, ۱۶(۳), ۳۰۱-۳۵۷.

^{۳۱} mistaken

طرف نقض منافع خود جلوگیری کند و یا به هر طریقی در پیامدهای بد اشتباه طرف ناقض منافع سهیم شود (شوارتز و اسکات^{۳۲}، ۲۰۱۶).

در واقع، طرف مقابل می‌تواند با تأکید بر حقوق خود، برای مثال، "از موقعیت"^{۳۳} استفاده کند، زیرا قطع کردن عملکرد او در پاسخ به یک نقض جزئی، به او اجازه خواهد داد تا در جای دیگری معامله جدید بهتری انجام دهد. دوم، آنها با ایجاد تمایز بین طرفین اشتباه یا سهل انگاری یا بی کفایتی یا نقض طرفین و طرفینی که اشتباه یا نقض آنها کاملاً بی‌گناه یا حتی قابل ستایش بوده، طرف مقابل را طرفداری می‌کنند. البته، در اینجا نیز محدودیت‌هایی وجود دارد: به عنوان مثال اگر با تغییر قوانین، یا ایجاد نقض به دلیل تغییر یافتن شروط (عدم امکان یا ناممی‌دی) بهانه شود. سوم، این قوانین، حداقل همانطور که به طور رسمی بیان شده‌است، به میزان آسیب‌پذیری طرف اشتباه یا ناقض، یا، از سوی دیگر، به در معرض قرار گرفتن نسبی طرف دیگر، پاسخگو نیستند (فرید^{۳۴}، ۲۰۱۵).

در اینجا یک تعمیم بزرگ وجود دارد: ما می‌توانیم راه حل‌های قانونی مختلف را برای اشتباه و عملکرد منقطع در طول یک طیف با توجه به اینکه آیا آن‌ها وظایف کم و بیش شدید فدایکاری را در برابر احزاب آسیب‌پذیر و وظایف کم و بیش شدید به اشتراک گذاری را در برابر احزاب بدشأنس تحمیل می‌کنند، طبقه‌بندی کنیم. در این مفهوم بسیار محدود، توصیف این قوانین به عنوان کم و بیش "نوع دوستانه" یا "فردگرا" مناسب به نظر می‌رسد که در اینجا پیچیدگی در قوانین مطرح می‌شود:

(۱) پیچیدگی اول: پیچیدگی به این دلیل ایجاد می‌شود که این قوانین دارای زیرمولفه‌های زیادی هستند. الف. قانون اشتباه باید شامل هر دو قانون فرعی در مورد آنچه اتفاق می‌افتد زمانی که طرف مقابل در واقع بی‌اطلاع است، اما قطعاً باید متوجه اشتباه خود می‌شد، و همچنین موقعیتی در مورد این که آیا مسئولیت از دست دادن اعتماد ناشی از یک اشتباهی بی‌گناه وجود خواهد داشت یا خیر. هر جز فرعی را می‌توان بر روی طیف قرار داد، بنابراین دیدگاه ما از قانون به عنوان یک کل، در مقایسه با راه حل دیگر، مقایسه‌ای بین دو دسته است. ب. دو قانون می‌توانند

^{۳۲} Schwartz, A., & Scott, R. E. (۲۰۱۶). The common law of contract and the default rule project. *Va. L. Rev.*, 102, 1523.

^{۳۳} take advantage

^{۳۴} Fried, C. (۲۰۱۵). *Contract as promise: A theory of contractual obligation*. Oxford University Press, USA.



در اجزای خود کاملاً متفاوت باشند اما به نظر می‌رسد که "بسته" باشند یا به طور مشابه در زنجیره قرار گیرند.

(۲) پیچیدگی دوم: وظایف قربانی کردن و به اشتراک گذاری در برابر آسیب‌پذیری و بدبختی و تحمل در برابر اشتباہ، در هر دو جهت در روابط قراردادی اجرا می‌شوند. در ساده‌ترین شرایط، ما می‌توانیم یک قانون را به عنوان تحمیل کم و بیش وظیفه بر یک حزب توصیف کیم، زیرا قانون نسبت به رفتار دیگری غیر حسامی است. اما، در برخی شرایط، قانونی که به طرف مقابل اجازه می‌دهد تا از تعهد به اشتباہ یا نقض طرف مقابل فرار کند، نشان‌دهنده تصمیم به تحمیل سطح بالایی از وظیفه نوع دوستانه بر روی اشتباہ یا نقض طرف مقابل است که با کاهش تعهد طرف مقابل اجرا می‌شود. بنابراین، استانداردی که به حسن نیت در تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا عملکرد را قطع کند یا خیر نیاز دارد، ممکن است این امکان را فراهم کند که وقتی طرف نزاع به صورت فرصلت طلبانه نقض می‌کند، طرف دیگر به طور فرصلت طلبانه مداخله کند. نکته: این یک حالت طبقه‌بندی راه حل‌های قانون است و قطعاً طبقه‌بندی انگیزه‌ها برای قوانین نیست. همانطور که توضیح داده شد، راه حل‌ها یا از مفهوم فردگرایی و یا از یک نوع دوستی پیروی نمی‌کنند، بلکه نقاط را در یک پیوستار بین نقاط حدی ناموجود نشان می‌دهند.

انگیزه‌های حرکت در امتداد طیف از یک راه حل قانونی به راه حل دیگر به اندازه انگیزه‌های انتخاب بین قوانین ممکن در هر موقعیت دیگری متفاوت هستند. زمانی که قانون گذار در حال تنظیم تعارض بین احزاب قوی و ضعیف است، یک راه برای حمایت از افراد قوی تحمیل سطح بالایی از وظیفه نوع دوستانه بر افراد ضعیف است (آفنا و همکاران^{۳۰}، ۲۰۲۰).

مفهوم پیوسته با مفهوم یک هسته فردگرایی منسجم که توسط محیط انسان دوستانه سازمانی احاطه شده است، در تضاد است. در این کاربرد، هیچ قانونی به معنای پیروی از فردگرایی نیست، همانطور که در تضاد با فرضیات نوع دوستانه است. مشخص کردن یک قانون به عنوان فردگرایی همیشه و تنها برای مقایسه آن با قانون نوع دوستانه دیگر است، که قانون به نوبه خود فردگرا است نه نوع دوستانه با توجه به نکته بعدی در طول طیف. این نکته برای بحثی که در ادامه می‌آید بسیار

^{۳۰} Afana, A. J., Tremblay, J., Ghannam, J., Ronsbo, H., & Veronese, G. (۲۰۲۰). Coping with trauma and adversity among Palestinians in the Gaza Strip: A qualitative, culture-informed analysis. *Journal of health psychology*, ۲۵(۱۲), ۲۰۳۱-۲۰۴۸.

هم است. این نشان دهنده یک موقعیت در نظریه حقوقی است، نه یک مشاهده مرسوم و ثابت. دلیل این امر این است که همان طور که قبل اشاره شد، سنت نظریه قانون خصوصی از اواخر قرون وسطی به مفهوم "منطق" به قوانین قراردادی که در آن مفهوم "اراده فردی" نقش حیاتی ایفا می‌کند، معهود شده است. تلاش‌های کلاسیک برای ایجاد "منطق" از اراده فردی آغاز می‌شود و به دنبال استخراج اصول صرفاً فنی از آنها هستند.

یک ایده عمیق اروپایی این بود که تا پایان قرن نوزدهم نظریه قانون خصوصی این کار را انجام داده بود، و یک بدنه منسجم از دکترین فنی ایجاد می‌کرد که همه آن‌ها را می‌توان به این مفهوم بنیادی ارجاع داد. در این مفهوم که هنوز نیرومند است، هر چند که امروزه تصور بسیار ضعیف تری وجود دارد، تحولات اقتصادی، اجتماعی و در نهایت سیاسی باعث شده است که سیستم فردگرا به طور تدریجی کنار گذاشته شود. در این دیدگاه، تغییر تا همین اواخر منعکس‌کننده قربانی شدن منطق فردگرا برای یک گرایش "اجتماعی" (یا "جمع‌گرا") بدون ساختار، پراکنده، اما مصرانه بوده است. "تکه‌تکه شدن" یا "از بین بردن" ترکیب اواخر قرن نوزدهم در مواجهه با خواسته‌های "اجتماعی" نیز سیاسی کردن قانون قرارداد است که در ایجاد قانونی سیستم‌های حقوق عمومی در زمینه اعتبار، سلامت، اشتغال، مسکن، برنامه‌ریزی شهری و غیره منعکس شده است، که در بالا به آن اشاره شده است. در این درک، مسائل "صرفاً فنی" آن‌ایی هستند که از نظر منطق اراده فردی در معرض توضیح باقی می‌مانند. آن‌ها بیشتر فنی هستند تا سیاسی، چرا که هیچ ریسک اجتماعی برای آنها وجود ندارد (گراس^{۳۶}، ۲۰۲۰).

ارائه مسائل فنی از نظر یک پیوستار، با مواضع فردگرا یا نوع دوستانه (نه "اجتماعی") تنها در یک مفهوم نسبی، یک رد شدید و آگاهانه را نشان می‌دهد، که ریشه در سنت نظریه‌پردازی قانون خصوصی واقع گرایانه و پساواقع گرایانه دارد.

○ تعمیم تجزیه و تحلیل از اشتباہ و قطع عملکرد به سایر موضوعات "صرفاً فنی"

به نظر من آنچه که ما به طور مرسوم به عنوان مسائل "صرفاً فنی" قانون قرارداد می‌بنیم همگی برای این نوع تجزیه و تحلیل و طبقه‌بندی مناسب هستند. به طور خلاصه، این تحلیل هیچ مشکل انتخاب قانون را حل نمی‌کند، اما به ما اجازه می‌دهد تا انتخاب‌هایی را قرار دهیم که به

^{۳۶} Geras, N. (۲۰۲۰). The contract of mutual indifference. In *The contract of mutual indifference* (pp. ۱-۸۲). Manchester University Press.



طور متفاوت تحت "عیینت گرایی"^{۳۷} توجیه می‌شوند، یا دکترین، یا حسن نیت، یا هر چیز دیگری را در یک شبکه واحد برای مقایسه در نظر می‌گیرند (جانکووا^{۳۸}، ۲۰۱۵). به عنوان مثال، اما به هیچ وجه قصد نداشتم یک لیست جامع تهیه کنم:

الف. اصول مربوط به عذر و ببهانه برای محکم کردن قرارداد

ب. آموزه‌های مربوط به پیامدهای عدم انتباط با تشریفات (الزمات عدم تقيه، نگارش، ثبت رسمي، ملاحظه قانون عرفی، الزامات تعريف، پذیرش، "ادغام" به جز شهادت مشروط):

ب ۱. چون ممکن است محدود شود - پس سعی می‌کند از آن خارج شود.

ب ۲. قصد مقید شدن ندارد اما انتظار اعتماد دارد.

ج، قراردادهای ناقص:

ج ۱. من، شرایط قیمت یا مقدار باز.

ج ۲. قراردادهای خروجی و الزامات.

ج ۳. وظایف ضمنی حسن نیت - نمایندگی‌های انحصاری و غیره.

○ ۲.۴ توجیه انتخاب قاعده فنی در طیف نوع دوستی/فردگرایی

در انتخاب یک مکان در طول طیف نتایج قانونی، طرفین برای تشديد یا تعدیل وظیفه متهم برای قربانی کردن یا به اشتراک گذاشتن شاکی، و برای تشديد یا تعدیل وظیفه شاکی، استدلال‌هایی را مطرح می‌کنند (مانکو^{۳۹}، ۲۰۲۱).

این استدلال‌ها به صورت زوچ‌های آشنا مطرح می‌شوند:

^{۳۷} objectivism

^{۳۸} Janečková, P. (۲۰۱۵). Objectivism versus subjectivism in the process of the interpretation of legal conduct.

^{۳۹} Maňko, R. (۲۰۲۱). Judicial Decision-Making, Ideology and the Political: Towards an Agonistic Theory of Adjudication. *Law and Critique*, ۱-۲۰.

○ ۲.۴.۱ استدلال‌های اخلاقی:

الف. فردگرایی (اعتماد به خویش) به عنوان یک اخلاق (به جای فردگرایی به عنوان یک قطب تصور شده از یک پیوستار قوانین - راه حل‌ها، یعنی، اخلاق فردگرایانه به عنوان دلیلی برای اتخاذ یک نقطه خاص در پیوستار).

ب، نوع دوستی (از خود گذشتگی به اشتراک گذاری از سوی دیگران) به عنوان یک اخلاق (به جای قطب تصور شده از سلسله راه حل‌های قانون، یعنی، نوع دوستی به عنوان یک دلیل برای اتخاذ یک نقطه خاص در زنجیره) (پرلمون^{۴۰}، ۲۰۱۲).

○ ۲.۲.۴. استدلال‌های نتیجه‌گیری در مورد رفاه اجتماعی:

الف. بی دقیقی یا فرصت طلبی در بازدارندگی شاکی؛

ب. جلوگیری از بی دقیقی یا فرصت طلبی متهم.

○ ۳.۲.۴. حقوق به دو صورت:

الف. امنیت پویای خواهان- حق معامله‌ای که عادلانه و برابر باشد.

ب. امنیت راکد متهم- که بر خلاف انتظارات او و بدون نقص از دارایی‌هایش سلب نشود.

○ ۴.۲.۴، استدلال‌های اداری:

الف. فضایل قواعد، یقین برای طرفین و کنترل اختیارات قضایی و غیره؛

ب. فضایل استانداردهای پایان باز: انعطاف پذیری عادلانه و غیره.

○ ۵.۲.۴، استدلال‌های صلاحیت نهادی:

^{۴۰} Perelman, C. (۲۰۱۲). *Justice, law, and argument: Essays on moral and legal reasoning* (Vol. ۱۴۲). Springer Science & Business Media.



الف. فضیلت تبعیت قضایی و....

ب. فضیلت خلاقیت قضایی و....

○ ۶.۲.۴. استدلال‌های انتظارات:

الف، قانون باید عرف را دنبال کند؛

ب. قانون باید عرف را رهبری کند.

همانند بحث بالا در مورد تضاد بین تداوم و مفهوم محیط مرکزی / محیطی منطقی، این لیست نشان‌دهنده یک موقعیت خاص و کنترل شده در نظریه قانون خصوصی قانون عمومی و مدنی مدرن است (هاکر^۱ و همکاران، ۲۰۲۰).

○ ۲.۵ سیستم قواعد قراردادی صرفاً فنی

یک سیستم از قوانین قرارداد صرفاً فنی، مجموعه‌ای که به فهرست مسائل مطرح شده در بالا می‌پردازد، از اشتباه گرفته تا قراردادهای مورد نیاز، در این دیدگاه، مجموعه‌ای از انتخاب‌های گستته را نشان می‌دهد، به جای اینکه خارج از منطق یک مفهوم منتخب واحد عمل کند. اما حتی اگر انتخاب‌ها نشان‌دهنده منطق یک مفهوم اصلی نباشند، می‌توانند گرایش یا تعصب یا ترجیح نسبت به یک هدف یا یکی دیگر از طف فردگرایی / نوع دوستی را نشان دهند، همانطور که در آموزه‌های فنی گستته منعکس شده است. فضایل قواعد، یقین طرفین و نظارت بر تشخیص قضایی و... مطابق با مفهوم فردگرایی و نوع دوستی به عنوان توصیفی از موقعیت‌های نسبی قوانین، به جای "ماهیت" یک قانون در انزوا، معنای تعصب یا ترجیح یا گرایش به سمت پایان طیف بسیار محدود است (ساولوی^۲، ۲۰۱۷).

این بدان معنی است که راه حل‌های درون یک دسته سیستم، زمانی که ما این سیستم را با دیگری مقایسه می‌کنیم، به سمت یک انتهای دیگر زنجیره سوق داده می‌شویم. اما تعداد

^۱ Hacker, P., Krestel, R., Grundmann, S., & Naumann, F. (۲۰۲۰). Explainable AI under contract and tort law: legal incentives and technical challenges. *Artificial Intelligence and Law*, ۲۸(۴), ۴۱۵-۴۳۹.

^۲ Savelyev, A. (۲۰۱۷). Contract law ۲۰۰: Smart contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information & communications technology law*, ۲۹(۲), ۱۱۶-۱۳۴.

بی شماری از الگوهای دیگر وجود دارند که ممکن است یک سیستم را هنگامی که از این دریچه به آن نگاه می‌کنیم مشخص کنند. یک سیستم ممکن است در مقابل سایر سیستم‌ها "میانه‌رو" باشد، اما مرکز گرایی موقعیتی فراتر از اختلافات فردگرایان و افاده نوع دوستانه قطبی نیستند. این به معنای "شکاف اختلافات" است، یعنی انتخاب حد وسط همانطور که توسط افراط گرایان تعریف شده‌است، یا "دو قطبی" که با ترکیب رویکردهای ظاهرًا متناقض به جای مجبور کردن همه به وسط به تعادل می‌رسند. احتمال دیگر این است که یک سیستم ممکن است تجزیه و تحلیل را در این شرایط به چالش بکشد، به طوری که مجموعه انتخاب‌ها در فهرست اصول فنی نامنظم، متناقض، اختیاری یا "فراگیر" به نظر برسد. در تمام این موارد، نقطه‌نظر تحلیلی "خارجی" است.

ما قواعد قانون مثبت را با استفاده از معیار شدت وظیفه برای به اشتراک گذاشتن شکست طرف ناقض، یا قربانی کردن برای جلوگیری از آسیب دیدن او در لحظه آسیب‌پذیری، با توجه کم و بیش به میزان اشتباه او مقایسه می‌کنیم: در این شاخه از مطالعه، ما نیازی به دانستن انگیزه‌های اتخاذ موقعیت در زنجیره یا حتی این که آیا فعالان قانونی در سیستم مفهومی از یک زنجیره دارند یا خیر، نداریم. (اگرچه، البته، این نوع اطلاعات ممکن است تمام تفاوت‌ها را در جهان با دقت تفاسیر قانونی که مبانی مقایسه قوانین مثبت هستند، ایجاد کند.) سوالی که در اینجا مطرح می‌شود مربوط به سیاست، به معنای خاص ایدئولوژیکی، شرط در انتخاب راه حل‌های فنی برای این سوالات قرارداد است (روستیالا^{۴۳}، ۲۰۰۵).

○ ۲.۶ شروط سیاسی در حقوق قراردادی

شروط سیاسی از تأثیر قوانین مثبت انتخاب شده بر زندگی اجتماعی، اقتصادی یا سیاسی ناشی نمی‌شوند بلکه از تأثیر غیر مستقیم گفتمانی که در آن انتخاب می‌شوند ناشی می‌شوند. برخلاف این ایده که سیاست صرفاً فنی در مورد "فرار به بندهای عمومی" است، در بخش بعدی، دو نظریه

^{۴۳} Rautiala, K. (۲۰۰۵). Form and substance in international agreements. American journal of international law, 99(۳), ۵۸۱-۶۱۴.



ذکر شده ارائه خواهد شد، یکی احتمالاً بیش از حد ساده و دیگری شاید بیش از حد پیچیده باشد، از خطرات ایدئولوژیک صرف در مسائل قرارداد فنی است (کراوس^{۴۴}، ۲۰۰۴).

۱) نظریه ساده این است که اگر شما تاجران را وادار کنید که نسبت به تجار دیگر که احمق یا بدشانس هستند مهریان باشند، این فشار را به شما وارد می‌کند تا از نظر ساختاری قوی باشید و از نظر ساختاری ضعیف تر شوید.

نظریه پیچیده این است که تکنیکی بودن مسائل فنی، مولفه مهمی است که تمایز عمومی/خصوصی را تقویت می‌کند و سیاست‌هایی دارند که این تمایز را به نوبه خود تقویت می‌کنند. قبل از پرداختن به این موضوعات، مهم به نظر می‌رسد که نقدی بر آنچه که به نظر می‌رسد، در سیستم قانون مدنی و تا حدی در کشورهای قانون عرفی باشد، ارائه شود، که به طور شهودی قابل قبول‌ترین توضیح در مورد این است که چگونه یک سیاست فن‌آوری می‌تواند وجود داشته باشد (ورسترت^{۴۵}، ۲۰۱۸).

در این حساب، سیاست در فشار برای خوانش‌های گسترده بندهای کلی، به ویژه بندهای حسن‌نیت، و برای تفاسیر گسترده وظایف ضمنی، به ویژه حسن‌نیت نهفته است. سیاست‌های قرائت‌های گسترده و محدود کننده بندهای عمومی از این ایده ناشی می‌شوند که بندهای عمومی تهدیدی برای جدایی قدرت‌ها و تمایز بین قانون و اخلاقیات هستند. من فکر می‌کنم که اشتغال نظریه پردازان حقوق خصوصی به این فرمول، از مخاطرات سیاسی محتمل‌تر که در زیر توضیح خواهم داد، منحرف و دور می‌شود (کندي، ۱۹۹۹: ۱۵).

○ ۲.۶.۱ سیاست قرائت‌های گسترده از بندهای کلی: حساب جریان اصلی.

بسیاری از سیستم‌ها با انواع قوانینی کار می‌کنند که نسبتاً واضح تعریف شده‌اند، به طور رسمی قابل تحقق هستند، دستورها کلی که یک طرف را مجبور می‌کند تا منافع دیگری را تا یک نقطه خاص در نظر بگیرد، اما فراتر از آن نقطه، به متهم اجازه می‌دهد تا در نادیده گرفتن آن منافع کوشای بشد. اما این سیستم‌ها همچنین شامل یک بند کلی هستند که مستلزم این است که مدعی علیه "با حسن‌نیت" عمل کند (گاهی اوقات در اینجا نیز از قانون، حکم و اخلاق خوب استفاده

^{۴۴} Caruso, D. (۲۰۰۴). Private Law and Public Stakes in European Integration: The Case of Property. *European Law Journal*, 10(6), ۷۵۱-۷۶۵.

^{۴۵} Verstraete, M. (۲۰۱۸). The stakes of smart contracts. *Loy. U. Chi. L.J.*, 50, ۷۴۳.

می‌شود). یک طرف همیشه بند حسن‌نیت را فرا می‌خواند تا طرف دیگر را ملزم کند که به طور نوع دوستانه تری از آنچه که باید تحت قوانین پس‌زمینه عمل کند، کوشای باشد. هنگامی که احضار طرف مقابله از دست می‌رود، به این دلیل است که دادگاه این موضوع را اتخاذ می‌کند که سطح وظیفه یا بخشش مورد درخواست تحت شرایط، به عنوان یک موضوع قانونی، نامناسب باشد.

این بدان معنی است که بند حسن‌نیت نقش مهمی در تعریف حد نوع دوستی، در مقابل اعتماد به نفس بازی می‌کند، به جای این که بند یک سیستم فردگرا را دویاره تشکیل دهد، نوع دوستانه است.

گفتن اینکه یک سیستم قانونی به حسن‌نیت نیاز دارد به این معنی نیست که در کل به نوع دوستی نیاز دارد، یا اینکه نوع دوستانه است، بلکه ممکن است در مجموعه‌ای از شرایط که از قبل به طور کامل مشخص نشده است، نیازمند این باشد که یک بازیگر منافع دیگری را فراتر از درجه‌ای که در زمینه قوانین عمومی قانون قرارداد مشخص شده است، در نظر بگیرد.

کلمات این بند محلی هستند که در آن تصمیم گیرنده‌گان در مورد این بحث می‌کنند که تا چه حد باید حمایت قضایی از خواسته‌های نوع دوستی، فراتر از سازش اولیه ارائه شده توسط قوانین پس‌زمینه عمومی، داشته باشند.

از آنجا که نتیجه اختلاف صرفاً ترسیم یک خط در میان برخی موارد محدود بین این دو موقعیت است، عبارت حسن‌نیت هیچ محتوایی ندارد، درست همانطور که یک جناح از نظریه بردازان حقوق خصوصی برای چندین نسل گفته‌اند.

حال دو جنبه از این وضعیت وجود دارد که توجه نسل‌ها را به خود جلب کرده است:

الف) واضح است که این فاضی است نه قانونگذار که در حال تصمیم‌گیری در مورد این است که محدودیت‌های نوع دوستی چه خواهد بود.

در حالی که این بند به قوت خود باقی می‌ماند، قانون موردنی آن را به قواعد خاص برای زیر مجموعه‌های پرونده تبدیل می‌کند و به نظر می‌رسد که این یک نمونه از قانون قضایی باشد که حداقل خطر جدایی قدرت‌ها را نشان می‌دهد.

ب) دوم، بند کلی که مساله تفکیک قدرت را مطرح می‌کند، توسط طرفی که خواستار سطح بالاتری از وظیفه و بخشش نسبت به طرف دیگر است، مورد استناد قرار می‌گیرد. این بدان معنی است که بند می‌تواند به راحتی (اگر چه به اشتباه، من در زیر استدلال خواهم کرد) به عنوان درخواست از "قانون" اخلاقی تلقی شود.

این تفسیر قدرت را از این ایده می‌گیرد که قوانین عمومی نسبتاً به وضوح تعریف شده که به طرف دیگر اجازه می‌دهد تا "بد رفتار کند" کم و بیش منطقی یا استنتاجی از فرضیات فردگرایانه پیروی کند که قانون خصوصی "کلاسیک" را مشخص می‌کند که در اوآخر قرون وسطی پدیدار شد و در اوآخر قرن نوزدهم به اوج خود رسید (ویر^۶، ۲۰۱۶).

در این مطالعه، بند کلی اخلاق، ابهام، ذهنیت و آرمان‌های اخلاقی فوق العاده بالا علیه قانون را نشان می‌دهد، که "قانون"، سنت حقوقی، فردگرایی، انسجام، استنتاج، علم حقوقی، و بالاتر از همه، قطعیت را نشان می‌دهد. یقین، تبعیت قاضی از حرف (همراه با منطق فردگرایانه) یک قانون را تضمین می‌کند. به عبارت دیگر، مساله با توجه به مسائل صرفاً فنی این است که آیا آن‌ها صرفاً فنی باقی خواهند ماند یا تسلیم ویژگی‌های ضد فنی بندهای کلی خواهند شد.

این امر تفسیری از سیاست صرفاً فنی به شرح زیر ایجاد می‌کند: در این حوزه، بحث عمدۀ‌ای بین کسانی که به طور ذاتی به نوع دوستی قانونی می‌بهم یا حتی غیرقابل تعریف علاقه دارند، و کسانی که به فردگرایی قانونی به خوبی تعریف شده و به راحتی اجرا شده علاقه دارند، وجود دارد. "توسعه طلب‌ها" تمايل دارند که تمایز بین قانون و اخلاقیات را با اجرای یک اخلاق مصر از آرمان به جای یک اخلاق محدودتر از تعهد منسخ کنند.

محدودیت گرایان به نفع فردگرایی قانونی است، یا به این دلیل که آن‌ها معتقدند که محدودیت‌های وظیفه اخلاقی را به درستی تعریف می‌کند، یا به این دلیل که آن‌ها می‌ترسند که مفاهیم اخلاقی گسترده‌تر اما کم‌تر تعریف شده منجر به عواقب بد شوند (زیمرمن^۷ و همکاران، ۲۰۰۰).

هر چه قواعدی قانون خصوصی حاکم بر روابط تجار نوع دوستانه تر باشد، این مورد برای اتخاذ قواعد قانون عمومی مشابه قوی تر خواهد بود.

^۶ Ware, S. J. (2016). The politics of arbitration law and centrist proposals for reform. *Harv. J. on Legis.*, 53, 711.

^۷ Zimmermann, R., Whittaker, S., & Bussani, M. (Eds.). (2000). *Good faith in European contract law*. Cambridge university press.

در این زمینه فرد می‌تواند سطح بالایی از وظیفه را در قانون خصوصی حمایت کند و به شدت با تمام اقدامات حفاظتی و بازتوزیعی پیشرونده که برای پاسخ به روابط گروه‌های قوی و ضعیف طراحی شده‌اند، مخالفت کند.

طرفداران محافظه‌کار "اجتماعی" گاهی اوقات در این دسته قرار می‌گیرند و می‌توان از قانون خصوصی فردگرا به شدت دفاع کرد و مداخله دولت را به دقت شرح داد، دیدگاه‌های فرد در مورد بندهای کلی احتمالاً بر موضع فرد در این زمینه تأثیر می‌گذارد (Robinson^{۴۸}، ۲۰۲۰).

○ ۳. نتیجه گیری

به طور کلی نتیجه گیری می‌شود که قرارداد‌ها می‌توانند در بردارنده ماهیت‌های مختلف سیاسی و غیر سیاسی صرفاً فنی باشند که طرفین قرارداد را بلا تکلیف کرده و مسئولیت تقصیر را از جانب فرد خاطری یا سهل انگار نتوانند به عده طرف مقابل قرار دهد و این جریانات می‌توانند، از عدم آگاهی طرفین قرارداد یا یکی از طرفین نشات گرفته باشد، پس در این مطالعه با مروری بر پژوهش‌های پیشین و وکلای غربی نشان داده شد که در این شرایط طرفین بر اساس نوع ضرر در صورتی که طرف مقابل از موضوع ابراز بی اطلاعی کرده یا اینکه ثابت شود که از خطای فردی خاطری در حین طرح قرارداد بی اطلاع بوده شرایط برای برطرف کردن خسارت وارد شده به فرد خطکار سخت شده و در این میان دادگاه و محکم معمولاً طرف فرد صالح را گرفته و فرد اشتباه کننده دچار ضرر و زیان‌های مادی و معنوی می‌شود.

از این رو شناسایی ماهیت این نوع از سیاست‌های قراردادی دریچه‌ای جدید به سوی مخاطرات، شروط و مسائل فنی و سیاسی حقوق قراردادها باز می‌کند که تا قبل از این کمتر مورد توجه قرار می‌گرفته است. در نهایت اینکه در حال حاضر در شرایط عدم شناخت سیاست‌های قراردادی طرفین قرارداد ناچار به مصالحه در این خصوص خواهد بود، که در نهایت باید پذیرفت که حداقل چه نوع مصالحه‌ای بین طرفین باید صورت بگیرد و این امر مستلزم این است که بفهمیم مصالحه‌های نوع دوستانه/فردگرایانه خوب کدامند و چگونه با یکپارچگی ترویج یا مانع اضرار با توجه به عنصر سیاسی قرارداد می‌شوند.

^{۴۸} Robinson, R. J. (۲۰۲۰). *Whatever It Takes: Redemption, Individualism, Altruism and the Marvel Cinematic Universe* (Doctoral dissertation, Morehead State University).



○ ۲.۸. پیشنهادها

چون در قراردادهای طرفین احتمال عوامل غیر سیاسی که طرف خطاکار از آن بی اطلاع است وجود دارد، ساخت فرهنگ خطاهای ضمن قراردادی با دسته بندهای اجتماعاعیف سیاسی، مالی و رفاهی را می توان به پژوهشگران پیشنهاد داد.

○ منابع و مأخذ:

- Afana, A. J., Tremblay, J., Ghannam, J., Ronsbo, H., & Veronese, G. (۲۰۲۰). Coping with trauma and adversity among Palestinians in the Gaza Strip: A qualitative, culture-informed analysis. *Journal of health psychology*, ۲۵(۱۲), ۲۰۳۱-۲۰۴۸.
- Ben-Shahar, O., & Bar-Gill, O. (۲۰۱۳). Regulatory techniques in consumer protection: a critique of European consumer contract law. *Common Market Law Review*, ۵۰(Special).
- Beraldo, D., & Milan, S. (۲۰۱۹). From data politics to the contentious politics of data. *Big Data & Society*, 6(2), ۲-۵۳۹۵۱۱۹۸۸۵۹۷۶.
- Bridge, M. (۲۰۱۰). Avoidance for fundamental breach of contract under the UN Convention on the International Sale of Goods. *International & Comparative Law Quarterly*, ۵۹(۴), ۹۱۱-۹۴۰.
- Caruso, D. (۲۰۰۴). Private Law and Public Stakes in European Integration: The Case of Property. *European Law Journal*, 10(5), ۷۵۱-۷۶۵.
- Clarke, M. (۲۰۱۲). The (absent) politics of neo-liberal education policy. *Critical studies in education*, 53(3), ۲۹۷-۳۱۱.
- Cotterrell, R. (۲۰۱۲). What is transnational law?. *Law & Social Inquiry*, 37(2), ۵۰۰-۵۲۴.
- Eidenmüller, H., Jansen, N., Kieninger, E. M., Wagner, G., & Zimmermann, R. (۲۰۱۲). The proposal for a regulation on a Common European Sales Law: deficits of the most recent textual layer of European contract law. *Edinburgh Law Review*, 16(4), ۲۰-۱۴۰.
- Fried, C. (۲۰۱۶). Contract as promise: A theory of contractual obligation. Oxford University Press, USA.
- Garvin, L. T. (۲۰۱۷). The Best of Cases, the Worst of Cases. *Florida State University Law Review*, Forthcoming, Ohio State Public Law Working Paper, (۴۳۲).
- Geras, N. (۲۰۲۰). The contract of mutual indifference. In *The contract of mutual indifference* (pp. ۱-۸۱). Manchester University Press.
- Hacker, P., Krestel, R., Grundmann, S., & Naumann, F. (۲۰۲۰). Explainable AI under contract and tort law: legal incentives and technical challenges. *Artificial Intelligence and Law*, 28(4), ۴۱۵-۴۳۹.
- Janečková, P. (۲۰۱۸). Objectivism versus subjectivism in the process of the interpretation of legal conduct.
- Kennedy, M. M. (۱۹۹۶). Form and Substance in Mathematics and Science Professional Development. *NISE brief*, 2(1), n۲.
- Lan, L. L., & Heraclous, L. (۲۰۱۰). Rethinking agency theory: The view from law. *Academy of management review*, 35(2), ۲۹۴-۳۱۴.
- Mařík, R. (۲۰۲۱). Judicial Decision-Making, Ideology and the Political: Towards an Agonistic Theory of Adjudication. *Law and Critique*, 1-۲.
- Mills, A. (۲۰۱۱). Antinomies of public and private at the foundations of international investment law and arbitration. *Journal of International Economic Law*, 14(2), ۴۶۹-۵۰۳.
- Perelman, C. (۲۰۱۲). Justice, law, and argument: Essays on moral and legal reasoning (Vol. ۱۴۲). Springer Science & Business Media.
- Raustiala, K. (۲۰۰۴). Form and substance in international agreements. *American journal of international law*, 99(3), ۵۸۱-۶۱۴.
- Robinson, R. J. (۲۰۲۰). Whatever It Takes: Redemption, Individualism, Altruism and the Marvel Cinematic Universe (Doctoral dissertation, Morehead State University).
- Savelyev, A. (۲۰۱۷). Contract law ۲۰۰-‘Smart’contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information & communications technology law*, 26(2), ۱۱۶-۱۳۴.
- Schwartz, A., & Scott, R. E. (۲۰۱۷). The common law of contract and the default rule project. *Va. L. Rev.*, 1-۲, ۱۵۲۳.
- Stevens, R. (۲۰۱۸). The Unjust Enrichment Disaster. *LQR*, 1۲۴, ۵۷۴.

- Verstraete, M. (۲۰۱۸). The stakes of smart contracts. *Loy. U. Chi. L.J.*, ۵۰, ۷۴۳.
- Ware, S. J. (۲۰۱۶). The politics of arbitration law and centrist proposals for reform. *Harv. J. on Legis.*, ۵۳, ۷۱۱.
- Zimmermann, R., Whittaker, S., & Bussani, M. (Eds.). (۲۰۰۰). *Good faith in European contract law*. Cambridge university press.
- Zohny, H. (۲۰۱۶). Enhancement, disability and the riddle of the relevant circumstances. *Journal of Medical Ethics*, ۴۲(۶), ۶۰-۶۱.



جرائم انگاری فعالیت‌های مجرمانه ناشی از فناوری هارپ در سنجه قواعد فقهیه

مهدی عمانی

دانشجوی دکتری تخصصی، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

جمال بیگی

دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

بابک پورقهرمانی

دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۶.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۶.۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۶.۲۳

چکیده

به دلیل سری بودن و نیز گستردگی کاربرد های مجرمانه فناوری هارپ، سیاست جنایی دولت ها در این باره مسکوت مانده و نسبت به آن جرم انگاری صورت نگرفته ولی چون این کاربردها، بیشتر در راستای نقض کامل حقوق بشری می باشند، بر همین اساس جرم انگاری آن برای جوامع بشری دارای اهمیت فراوانی خواهد بود. یکی از شیوه هایی که دولت ها می توانند به طریق آن، نسبت به جرم انگاری این کاربردها اقدام کنند، استناد کردن به قواعد فقهیه می باشد. هدف اصلی مقاله حاضر، بررسی جرم انگاری کاربردهای مجرمانه فناوری هارپ با استناد به قواعد فقهیه می باشد. روش تحقیق در این نوشتار به صورت توصیفی و تحلیلی بوده و گردآوری اطلاعات نیز به صورت کتابخانه ای می باشد. یافته های تحقیق حاکی از این مطلب است که جرم انگاری فعالیت های مجرمانه هارپ، بهترین راه پیشگیری از آن بوده و چون شرع مقدس اسلام برای تمامی افعال، دارای قواعد و احکامی است، بنابراین قانون گذار با استناد به آن قواعد می تواند نسبت به جرم انگاری آن اقدام کند. قواعد «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»، «نفع سبیل» و «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل» به عنوان مهمترین قواعد فقهیه، می توانند در جرم انگاری کردن فعالیت های مجرمانه این فناوری به دولت ها کمک کنند.

واژگان کلیدی: فناوری هارپ، جرم انگاری، قواعد فقهیه، قاعده لا ضرر.

Criminalization of criminal activities resulting from Haarp technology in measuring the rules of jurisprudence

Abstract

Due to the secrecy and widespread criminal applications of Haarp technology, the criminal policy of governments in this regard has remained silent and has not been criminalized, but because these applications are more in line with the complete violation of human rights, accordingly criminalization. It will be of great importance to human societies. One of the ways in which governments can criminalize these practices is by invoking the rules of jurisprudence. The main purpose of this article is to investigate the criminalization of criminal applications of Haarp technology with reference to the rules of jurisprudence. The research method in this paper is descriptive and analytical and the data collection is library. The findings of the study indicate that criminalizing Haarp's criminal activities is the best way to prevent it, and because the holy Shari'a of Islam has rules and regulations for all actions, the legislature can rely on those rules to To criminalize it. The rules of no harm and no harm in Islam, negation of the mustache and rule of obligation to repel possible harm as the most important jurisprudential rules, can help governments to criminalize the criminal activities of this technology.

Keywords: Haarp technology, criminology, jurisprudential rules, no harm rule

۰ مقدمه

پیشرفت روز افزون علوم و صنعت، جهان را به سمت و سوی تکنولوژی سوق داده، به طوری که در عصر حاضر زندگی کردن بدون آن تقریباً محال می‌باشد. این پیشرفت نه تنها در جهت رفاه و آسایش بشریت بوده بلکه در برخی موارد از آن در جهت عکس، یعنی بر علیه بشریت سوء استفاده‌هایی صورت گرفته است. یکی از این فناوری‌ها که در ابتدا سازندگان آن، ادعای تحقیقاتی بودن آن را کرده بودند ولی بعدها مشخص شد که کاربردهای آن مجرمانه و در جهت نابودی بشریت می‌باشد، فناوری هارپ می‌باشد.

فناوری هارپ به عنوان سلاحی می‌باشد که طبق اسناد موجود، قدرت تخربی بسیار بالایی داشته و علاوه بر آن حملاتش نیز لحظه‌ای می‌باشد. از مهمترین خصوصیات آن، کنترل کردن آن از راه دور بوده ولی با این حال دارای دقت مکانی و زمانی فوق العاده ای نیز می‌باشد. این سلاح پنهانی بوده، حملات و کاربردهای آن از همه سلاح‌هایی که تا کنون توسط بشر اختراع شده است بیشتر می‌باشد. (مهاجری ایروانی و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۴۱) از مهمترین کاربردهای مجرمانه آن می‌توان به ایجاد بیماری‌های سرطان زا (فریلندا، ۲۱۴، ج ۱، ص ۱۳) تولید باران‌های اسیدی و ایجاد بیماری‌های تنفسی (اسمیت، ۲۰۱۷، ج ۱، ص ۳۴)، ایجاد اختلالات گوارشی و کلیوی (روبین، ۱۹۸۶، ج ۲۰، ص ۱۰) ایجاد طوفان‌های سهمگین (سجادی، ۱۳۹۵، ص ۸)، مهندسی زلزله (اسوارتز، ۲۰۱۱، ج ۱، ص ۱۴۲)، تخریب محیط زیست، کنترل کشتی‌ها و هواپیماهای جنگی و مسافربری (بیگچ، ۱۹۹۵، ج ۲، ص ۱۶)، جنگ‌های بیولوژیکی (هایاکاوا، ۲۰۱۴، ج ۱، ص ۹۱)، ترورهای پنهانی (فریدریک و همکاران، ۲۰۰۱، ص ۱)، دستکاری در تاسیسات هسته‌ای و زیرزمینی (متر، ۲۰۱۴، ج ۱، ص ۴۱) تسلط بر ذهن بشریت (پوگ، ۲۰۱۸، ج ۲، ص ۹۸) اشاره کرد. به خاطر گستردگی این کاربردها که در راستای نقض حقوق بشری می‌باشد، جرم انگاری کردن آن در سیاست جنایی دولت‌ها می‌تواند به نوعی عملی پیشگیرانه تلقی شود، به همین منظور می‌توان به قواعد فقهیه استناد کرد.

قواعد فقهیه، عبارت از گزاره‌ای است که محمول آن حکمی فقهی بوده که از فقه انتزاع شده است (علیدوست، ۱۳۹۵، ص ۳۴۹) این قواعد یا مستقیماً خود، حکمی شرعی هستند یا اینکه حکم شرعی را پدید می‌آورند (خمینی، ۱۳۹۱، ص ۴۱) که یک فقیه جامع الشرایط بعد از اتخاذ مبانی اصولی خود نسبت به استنباط و استخراج آنها از منابع معتبر فقهی اقدام می‌کند (خطبی، ۱۳۹۶، ص ۱۶) و البته این استنباط و استخراج بعد از تشریع قرار دارد و تشریع هم فقط مختص به



خداؤند متعال است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۵، ص ۵۹) یعنی مجتهد کثف قوانینی می کند که از قبل توسط خداوند متعال انشا و وضع شده است (دبیرنیا و سادات نقوی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۵) چون به عقیده شیعیان، اسلام درباره همه مسائل و موضوعات، دارای احکام شرعی است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۴۸۸) ولی چون همه مردم توانایی درک و استنباط آن را ندارند، فقیه جامع الشرایط آن را درک و استنباط کرده و در اختیار حکومت می گذارد. این قوانین که توسط فقیه جامع الشرایط از منابع معتبر فقهی استنباط و استخراج می شود (مدنی، ۱۳۹۳، ص ۴۸) در اختیار نهاد قانون گذاری دولت قرار داده می شود و این نهاد قانون گذاری بر اساس آن فتاوا و قواعد فقهی استنباط شده توسط مجتهد جامع الشرایط، به وضع قوانین مربوطه در آن زمینه می پردازد (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۳، ص ۱۲۱) و این همان جرم انگاری کردن می باشد که فرایندی است طی آن قانونگذار فعل یا ترک فعلی را ممنوع کرده و برای آن ضمانت اجراهای خاصی را قرار می دهد. (نجفی توانا و مصطفی زاده، ۱۳۹۲، ص ۱۴۹)

روش تحقیق به صورت توصیفی و تحلیلی، و روش گردآوری اطلاعات نیز به صورت کتابخانه ای و فیش برداری از اسناد، مقالات و کتب داخلي و خارجي می باشد. به طور خلاصه هدف از مقاله، بررسی جرم انگاری کاربردهای مجرمانه فناوری هارپ با استناد به قواعد فقهیه می باشد. بنابراین، این پژوهش به دنبال پاسخ به این سوال می باشد که قواعد فقهیه چگونه می تواند در جرم انگاری کاربردهای مجرمانه فناوری هارپ مورد استفاده قرار گیرد؟ نهایتاً برای پاسخ به این سوال ابتدا به مفهوم شناسی واژگان ضروری تحقیق پرداخته و سپس به بررسی ارتباط و استناد به قواعد فقهیه در جرم انگاری کاربردهای مجرمانه این فناوری خواهیم پرداخت.

○ ۲- پیشینه شناسی تحقیق

آثار متعددی در رابطه با فناوری هارپ و کاربردهای مجرمانه این فناوری وجود دارد که نشان از اهمیت این موضوع می باشد، در این میان می توان به موارد زیر اشاره کرد:

اسمیت (۲۰۱۷)، در کتاب خود تحت عنوان «چگونگی جنگ ارتش و طرح آن برای نابودی طبیعت»، در رابطه با فناوری هارپ می نویسد که سازندگان این فناوری اهدافشان دستکاری هوا و اصلاح آن، ذوب کلاهک یخی قطبی، ایجاد خشکسالی، تخریب لایه ازن و مهندسی زلزله بوده و بزرگترین هدف آنها نیز از بین بردن بشریت می باشد.

فریلاند (۲۰۱۵)، در کتاب خود تحت عنوان «هارپ و تسلط آن بر کره زمین» در رابطه با فناوری هارپ می‌نویسد که این فناوری به عنوان جنگ بیولوژیکی و شیمیایی بوده و دولت آمریکا با ایجاد بالاهای طبیعی و اجرای آزمایش‌های شیمیایی و بیولوژیکی و انتشار گاز‌های شیمیایی می‌خواهد به این نکته دریابد که چگونه می‌توان در سریع ترین زمان ممکن سلاح‌های شیمیایی را از طریق هوا پراکنده ساخت در حالی که هیچ اثری از آن باقی نماند.

متسر (۲۰۱۴)، در کتاب خود تحت عنوان «فرصت‌هایی برای فرستنده‌های پرقدرت با فرکانس بالا برای تحقیقات ترموسفر یونوسفر پیشرفته» در رابطه با فناوری هارپ چنین می‌نویسد که این فناوری نوعی سلاح بوده که توسط آژانس تحقیقاتی پیشرفته دفاعی آمریکا حمایت می‌شود و هدف از آن نیز جنبه دفاعی و امنیتی دارد.

هایاکاوا (۲۰۱۴)، در کتاب خود تحت عنوان «آیا شما برای حقیقت آماده هستید؟»، در رابطه با فناوری هارپ و تاثیرات منفی آن بر سلامتی بدن سخن گفته و نیز عنوان می‌دارد که این فناوری و امواج ساعت شده از آن می‌تواند ذهن بشر را در اختیار خود گرفته و باعث تفکر اجباری و بردگی ذهنی شود.

مهاجری و نقیبی و مطهری نیا (۱۳۹۴)، در مقاله خود تحت عنوان «سلامحی به نام هارپ، یک مطالعه مروی کلاسیک» در رابطه با فناوری هارپ عنوان می‌دارند که این فناوری، سلامحی مجرمانه بوده که قدرت تخربی آن به مراتب از تمام سلاح‌های دست ساخته بشری بیشتر بوده و و به دلیل مجرمانه بودن آن، حملاتش از جوامع بین‌المللی پنهان بوده به همین خاطر می‌تواند به راحتی اهداف خود را عملی کنند.

در همه مقالاتی که در این زمینه وجود دارد، بیشتر در رابطه با کاربردهای مجرمانه فناوری هارپ و اهداف سازندگان این فناوری بحث و گفتگو شده و در هیچ کدام از آن نوشتارها نسبت به ضرورت جرم انجاری آن توسط سیاست‌جنایی دولت‌ها سخنی به میان نیامده است، و این در حالی است که بحث جرم انجاری یکی از مهمترین مباحثی است که در حقوق سیاسی و سیاست‌جنایی داخلی و خارجی آنها و نیز در عرصه بین‌المللی مطرح می‌باشد. جرم انجاری خود به نوعی اقدامی پیشگیرانه تلقی شده و چنانچه این فناوری و کاربردهای مجرمانه آن جرم انجاری شوند، بدیهی است که استفاده‌های مجرمانه از آن، ضد حقوق بشری تلقی شده و دولتهای دارنده این فناوری با احتیاط کامل نسبت به استفاده از آن خواهند پرداخت. ما در این نوشتار به این

موضوع پر اهمیت، یعنی ضرورت جرم انگاری آن با استناد به قواعد فقهیه خواهیم پرداخت که در هیچ کدام از نوشتارهای قبلی به آن پرداخته نشده است.

○ ۳- مفهوم شناسی

با توجه به اینکه، فناوری هارپ، جرم انگاری و قواعد فقهیه متغیرهای این نوشتار می باشد، برای درک بهتر این نوشتار، در این قسمت ابتدا به مفهوم شناسی آنها می پردازیم:

○ ۳-۱- فناوری هارپ

تسلا اولین نظریه پرداز پروژه هارپ در سال ۱۹۱۲ در ارتباط با این فناوری و کاربردهای آن که در راستای منافع حقوق بشری بود، نظریاتی را مطرح کرد ولی بعد از مرگ او، برنارد ایستلاند، با استفاده از ایده و نظر او، آن فناوری را اختراع کرد (عباسزاده و محتوی، ۱۳۹۶، ص ۲) این پروژه در سال ۱۹۹۳ با هدف بررسی و تحقیق درباره لایه یونوسفر (گرینبرگ، ۲۰۲۰، ج ۱، ص ۸۸) با استفاده از امواج رادیویی و با همکاری مشترک بین نیروهای هوایی و دریایی آمریکا شروع و با تسهیلات اضافی آزانس پروژه های تحقیقاتی پیشرفته دفاعی آمریکا تقویت (استرلستف، ۲۰۲۰، ج ۱، ص ۸) و حمایت شد (متر، ۲۰۱۴، ج ۱، ص ۱۴) و سرانجام در سال ۲۰۰۷ تکمیل و عملیاتی گردید. (مردانی، ۱۳۹۵: ص ۹۳)

○ ۳-۲- جرم انگاری

جرائم انگاری به نوعی یک فرایند است که به سبب آن قانونگذار فعل یا ترک فعلی را ممنوع کرده و برای آن ضمانت اجرای کیفری تعیین می کند. (نجفی توانا و مصطفی زاده، ۱۳۹۲، ص ۱۴۹) به عبارت دیگر، جرم انگاری فرایندی است که به موجب آن قانونگذار با در نظر گرفتن ارزش های اساسی جامعه و با تکیه بر عرف فعل یا ترک فعلی را ممنوع می کند. (آقابابایی، ۱۳۸۴، ص ۱۱) این جرم انگاری کردن در ذات خود، ممنوعیت به وجود آورده و نقض آن مجازات هایی را به دنبال خواهد داشت. (هدایتی چنانی، ۱۴۰۰، ص ۵۱۷) در حقیقت جرم انگاری، بازتابی بر این حقیقت می باشد که جامعه نسبت به مساله مورد نظر واکنش و دقت خاصی نشان داده است. (فائقی و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۹۶)

○ ۳-۳- قواعد فقهیه

آن دسته از احکامی کلی یا حکم اکثری که در ابواب گوناگون فقهی جریان داشته و منشاء استنباط احکام جزئی قرار می‌گیرد قواعد فقهیه نامیده می‌شود (مکارم شیرازی، ۴۱۱، ص ۲۳) به عبارت دیگر، قواعد فقهیه به احکام عامی اطلاق می‌شود که به تمامی مسائل و ابواب فقهی مربوط می‌شود (یثربی و محمودی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۶) یعنی طیف وسیعی از موضوعات فقهی را در بر میگیرند (گلی شیردار و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۵۱) البته کیفیت استخراج و استنباط این قواعد متفاوت می‌باشد. (حسینی بوشهری، ۱۹۳۷، ص ۵۳) گاه این قواعد از نص صریح آیه و روایت (عزیزاله و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۶۴)، گاه از تعلیل وارد در نظر شرعی (بجنوردی، ۱۶۱۹، ص ۱۵۵) و گاه به واسطه عقل (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۱۳۰) استنباط می‌شوند. به کمک این قواعد و احکام شرعی استنباط شده توسط فقهی و مجتهد جامع الشرایط، قانون گذار نسبت به جرم انگار فعل یا ترک فعلی اقدام می‌کند.

○ ۴- کاربردهای مجرمانه فناوری هارب

فناوری هارب به عنوان تکنولوژی برتر و سلاحی پیشرفته دارای کاربردهای مجرمانه فراوانی می‌باشد که به مهمترین آنها اشاره می‌کنیم:

- دستکاری یونسفر جو با هدف تغییر آب و هوا (بیگچ، ۱۹۹۵، ج ۲، ص ۱۳)
- به عنوان گرمکننده یونسفر می‌باشد (مردانی، ۱۳۹۵، ص ۹۳)
- اکتشافات مخازن مختلف شامل گاز و نفت، ایجاد زلزله و تخریب محیط زیست (بیگی، ۱۳۹۳، ص ۵۲۴)
- اهداف دفاعی، نظامی، امنیتی، کنترل ذهن بشر و ایجاد تفکر اجباری (هایاکاوا، ۲۰۱۴، ج ۱، ص ۱۸۷)
- ایجاد بیماری‌های بیولوژیکی و حاد تنفسی با هدف کنترل جمعیت، کنترل از راه دور هوایپیماها و کشتی‌های مسافربری و نظامی (فریلندر، ۲۰۱۴، ج ۱، ص ۱۰)



- ایجاد بیماری های حاد تنفسی، تغییر در ریتم قلب، افزایش فشارخون، ضعف عضلانی،
ایجاد باران های اسیدی (اسمیت، ۲۰۱۷، ج ۱، ص ۳۴)
- ذوب کلاهک یخی قطبی، ایجاد خشکسالی، تخریب ازن، مهندسی زلزله، کترل امواج
اقيانوس‌ها، ایجاد بیماری های برونشیت، ذات‌الریه، حملات آسم و نیز سرطان (اسوارتیز،
۲۰۱۱، ج ۱، ص ۱۳۵)
- ایجاد طوفان (سجادی، ۱۳۹۵، ص ۸)
- گسترش فعالیت های آتششانی و افزایش دمای هوا و نیز ایجاد خشکسالی و سرما و
یخندهان (مهاجری ایروانی و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۴۱)

○ ۵- جرم انگاری فناوری هارپ با استناد به قواعد فقهیه

به دلیل پیشرفت علم و تکنولوژی و جدید بودن بسیاری از جرایم و نیز عدم جرم انگاری آنها در قوانین کیفری دولت‌ها، ارتکاب این جرایم بدون ضمانت اجرای کیفری بوده و مرتكبین این گونه جرایم بدون هیچ ترسی و با آسوگی خیال آن را انجام می‌دهند (شمس ناتری، ۱۳۸۳، ص ۱۰۹) از طرف دیگر، نماد قدرت یک دولت، وجود حقوقی مدون است که موجبات نظم و امنیت در آن جامعه را فراهم می‌آورد. یعنی قدرت یک دولت توسط حقوق کیفری به تأمین می‌گردد. چنانچه در مورد فعل یا ترک فعلی جرم انگاری صورت گرفته و ضمانت اجرا برای آن مشخص شده باشد، نه تنها امنیت داخلی تأمین شده، هرج و مرج و بی نظمی از بین می‌رود بلکه می‌تواند جلوی مداخلات بیگانگان نیز گرفته شود. از طرف دیگر ابزار جرم انگاری به نوعی پیشگیری از جرم بوده و با وجود آن جرات انجام جرم در مجرم تا حدودی کاهش می‌باشد. با این اوصاف ضرورت جرم انگاری فناوری هارپ، که به نوعی سلاحی مخرب و پیشرفتنه تلقی می‌شود، آشکار می‌شود. با جرم انگاری فناوری هارپ، دشمن تا حدودی از انجام فعالیت‌های مجرمانه دست برداشته و درصد قابل توجهی کاهش می‌باشد چرا که در جوامع بین‌المللی نیز متهم خواهد شد چون جرم انگاری به نوعی محدودیت تلقی شده و نقض آن مجازات‌هایی را در پی خواهد داشت.

در این قسمت از نوشتار ابتدا به معرفی و مفهوم شناسی قواعد فقهی مربوطه پرداخته و سپس ضرورت جرم انگاری فناوری هارپ با استناد به آن قواعد فقهی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

○ ۱-۵- قاعده لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام

یکی از مهمترین قواعدی که در سراسر فقه به آن استناد می‌شود قاعده لا ضرر و لا ضرار است، این قاعده به عنوان اصلی کلی در اسلام شناخته شده است. اصلی که برای پیشگیری از ضرر به دیگران و جبران خسارات ناشی از آن ضرر بوده که مبنای مهم برای تصویب قوانین به شمار می‌رود (حسن زاده و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۲۷) چرا که طبق این قاعده نمی‌توان ضرر را به دیگران متحمل کرد (حسن پور و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۱۶۷) در اهمیت این قاعده همین بس که آیات و روایات فراوانی بر نفی ضرر دلالت داشته (نقیی، ۱۳۹۰، ص ۱۴) به گونه‌ای که هیچ جایی برای شک و شبیه و اختلاف در حجت آن وجود ندارد (شیخ الاسلامی و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۱۰۹) که به عنوان تکمیل کننده نصوص شرعی بوده و احکام فراوانی از آن متفرع شده است. (عبداللهی، ۱۳۹۸، ص ۱۱۳) این قاعده، از مسلمات فقهی و مبتنی بر حدیث نفی ضرر و ضرار است (عراقی، ۱۴۲۰، ص ۳۰۱) و در واقع بیان کننده این واقعیت است که در اسلام ضرر تایید نشده است (هادوی نیا، ۱۳۹۹، ص ۹۱) طبق این قاعده می‌توان احکام ضرری را رفع کرد (یزربی و محمودی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵)

در رابطه با جرایمی که به وسیله فناوری هارب صورت می‌گیرد با توجه به اینکه این نوع از جرایم از نوع اضرار عمومی تلقی می‌شود و با توجه متن قاعده لا ضرر، هر گونه خسارت و زیانی از نگاه شرع قابل قبول نبوده و شرعی نمی‌باشد، بنابراین آن دسته از جرایمی که دارای ضررهای فراوانی برای بشریت دارند، به وضوح مشمول این قاعده می‌باشند. بنابراین با توجه به اینکه این قاعده، در حوزه جرم شناسی کیفری می‌باشد و زمانی که به واسطه نبود قانونی، ضرری بر جامعه وارد می‌شود می‌توان به استناد این قاعده حکم شرعی مورد نیاز را استنباط و در اختیار مقامات قانون گذاری قرار داد و در این وهله نیز وظیفه قوه مقننه، جرم انگاری بر اساس حکم شرعی استنباط شده و رهاندن جامعه از چنین جرایمی می‌باشد، چرا که این قاعده در مواردی که فعلی مورد زیان باشد می‌تواند چاره ساز باشد.

○ ۲-۵- قاعده نفی سبیل

فقهای اسلام با استناد به منابع و متون فقهی، قواعد فقهی زیادی را عرضه داده اند که در ابواب متعدد فقهی کاربرد داشته است، قاعده هایی که پویا بخش بوده و فقیه را در رسیدن به به پاسخ یاری می‌دهند، از جمله آن قواعد «قاعده نفی سبیل» است. (متولی آرانی و همکاران،



۱۳۹۶، ص ۲۲۲) این قاعده، مانند قاعده لا ضرر و لا ضرار بر عمدۀ قواعد حکومت داشته (نصر اصفهانی، ۱۳۹۸، ص ۸۴) و از ارکان حقوق بین الملل اسلامی به شمار می‌رود. (اندرزگو و نواه توپچی، ۱۴۰۰، ص ۸۴) ادله حجیت این قاعده کتاب، سنت، عقل و اجماع می‌باشد (فرید و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۴) ولی اصلی ترین دلیل (علیدوست، ۱۳۸۳، ص ۲۳۱) و مستبطن آن، آیه «وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (شکاری و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۳۱) و حدیث نبوی می‌باشد. (احمدوند و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۱۲۵) آیه فوق ناظر بر مقام تشریع بوده و نتیجه آن نفی هر گونه ظلم و ستمی است که بستر تسلط کفار بر مسلمانان را فراهم می‌آورد. (علوی و ثوقی، ۱۳۹۶، ص ۱۵۱) طبق این آیه، خداوند هیچگونه نفوذ و تسلط کفار بر مسلمین را قبول ندارند. این اصل در روابط خارجی دولت‌ها با بیکانگان، اصل و اساس این قاعده می‌باشد. (زارعی و حفظ استقلال و نفی وابستگی نسبت به بیکانگان، اصل و اساس این قاعده می‌باشد.) (زارعی و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۱۶۷) یعنی در جامعه اسلامی نباید هیچ گونه اجازه ای مبنی بر غلبه کفار بر مسلمانان داده شود. (کرم زاده و فیض، ۱۳۹۸، ص ۹۰) پس کافر در هیچ زمینه ای به لحاظ شرعی نمی‌تواند بر مسلمین مسلط شود. (میری رستمی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۱۱۶)

طبق مفاد قاعده نفی سبیل، ضرورت جرم انگاری فناوری هارپ و کاربردهای مجرمانه آن که مستمسکی برای تسلط و نفوذ کافران بر کشورهای اسلامی می‌باشد، و بنابر این اصل که سلطه و چیرگی دشمنان بر دولت‌های اسلامی ناروا می‌باشد، از اهم واجبات می‌باشد، به خاطر اینکه حفظ استقلال و کیان اسلام و دولت‌های اسلامی از الزامات این قاعده فقهی بوده و تسلط کافران بر مسلمانان طبق این اصل در هر زمینه ای ممنوع بوده ولی در مقابل، حفظ و صیانت از اسلام و دولت‌های اسلامی نیز امری ضروری می‌باشد. بنابراین لازم و واجب است که دولت‌های اسلامی نسبت به جرم انگاری آن اقدام تا راه نفوذ و تسلط کفار بر سرزمین‌های مسلمانان بسته شود.

۰ ۳-۵- قاعده وجوب دفع ضرر محتمل

این قاعده از قواعد عقلی بوده و طبق مضمون آن، عقل به دفع ضررها محتمل و حتی مظنون حکم می‌دهد، بنابراین اگر انسان درباره چیزی حتی احتمال ضرر بددهد دفع آن ضرر عقلاً بر او واجب می‌باشد (ناظمی پول و دشتی اردکانی، ۱۳۹۴، ص ۲۲) همانگونه که دفع ضرر مظنون، از نظر عقلی واجب است (محمدی و بشکار، ۱۴۰۰، ص ۱۶) و اگر این دفع ضرر، ترک

شود این احتمال وجود دارد که ملتها دچار زیان شوند (مغزی نجف آبادی و نظری توکلی، ۱۳۹۶، ص ۱۰۶) و فرقی نمی‌کند که این ضررها مادی باشند یا معنوی یا دنیوی یا اخروی. (طباطبایی و لیالی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵) منظور از «وجوب» در ظاهر قاعده، همان «لازم» (احسانی فر، ۱۳۹۹، ص ۱۴۸) و منظور از «محتمل» تمامی ضررهایی را که شامل ضرر بر جان، عقل، نسل، دین، حکومت می‌باشد را در بر میگیرد. (عرaci، ۱۳۸۸، ص ۲۲۱) بنابراین موضوع این قاعده، زمانی است که احتمال ضرر داده شود (اطفی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۶)

پس طبق این قاعده فقهی، هیچ کدام از دولت‌ها براساس تعهدات حقوق بشری خود جایز نیستند به دولت‌های دیگر ضرر بزنند. (جوان آراسته و رحمانی، ۱۴۰۰، ص ۷) طبق ظاهر این قاعده، که در آن کلمه وجوب وجود دارد، و از طرفی نیز به ضرر محتمل اشاره شده است و ضرر محتمل نیز که تمامی ضرر‌های احتمالی را شامل می‌شود، پس بنابراین ضرورت جرم انگاری فناوری هارب‌پ در این قاعده بیش از سایر قواعد رخ می‌نمایاند.

اگر این ادعا مطرح شود که کاربردهای مجرمانه هارب‌پ قابل اثبات نیستند و چگونه و به چه دلیلی دولت نسبت به جرم انگاری آن اقدام کند؟ در پاسخ به اشکال و ادعای مطروحه می‌توان گفت که این قاعده تمامی احتمالات را نیز در بر دارد، پس حتی اگر نتوان این کاربردهای مجرمانه و اضرار آن را اثبات کرد باز به دلیل وجود احتمال می‌توان نسبت به جرم انگاری آن اقدام نمود.

○ ۴-۵- قاعده دم المسلم لا يذهب هدرا

اسلام برای پاسداشت خون انسان‌ها، ارزش بسیاری قائل بوده و نمی‌گذارد که قطربه ای از خون افراد به ناحق ریخته شود (علیشاھی قلعه جوقی و احمدی، ۱۳۹۹، ص ۱۳۱) این قاعده به این معنا می‌باشد که نباید خون مسلمان به هدر رود، این درحالی است که یکی از مهمترین کاربرد فناوری هارب‌پ، کشتار مردم با ایجاد بیماری‌های واگیردار با هدف کنترل جمعیت می‌باشد (فریلنده، ۲۰۱۴، ج ۱، ص ۱۰)

از مهمترین وظایف دولت‌های اسلامی ایجاد امنیت و حفظ جان ملت می‌باشد، بنابراین طبق این قاعده و با توجه به کاربردهای فناوری هارب‌پ بر آن‌ها است که نسبت به جرم انگاری آن اقدام کنند.

○ ۵- قاعده حرمت اختلال نظام

قاعده حرمت اختلال نظام، یکی از مهمترین قواعدی است که در بردارنده حکمی فقهی برای حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن است. این قاعده، از ضروریات فقه امامیه می باشد. طبق مفاد این قاعده آنچه که سبب از هم پاشیدگی نظام و اختلال به آنها شود، جایز نبوده و در مقابل، حفظ آن از واجبات است. (حسینی، ۱۳۹۲، ص ۱۲۵) یکی از کاربردهای فناوری هارپ ایجاد تفکر اجباری و بردگی ذهنی (هایاکاو، ۲۰۱۴، ج ۱، ص ۱۸۷) جهت تغییر در اعتقادات و افکار ملت می باشد، همانگونه که رهبر معظم انقلاب در این باره می فرمایند: «آنها سعی دارند جوان ایرانی را به شکلی بار بیاورند که خودشان می پسندند. اگر جوان ایرانی به شکل آمریکا پسند و استکبار پسند رشد کرد، آمریکا دیگر برای پیاده کردن نقشه های خود در ایران خرجی و هزینه ای نخواهد داشت. هدف آنها این است که می خواهند دل ها را تسخیر کنند، می خواهند ذهن ها را تسخیر کنند» (صلاح میرزاچی، ۱۴۰۰، ص ۱۱۶)

طبق این قاعده هر گونه اقدامی بر علیه منافع دولت بوده باشد باید جرم انگاری شود. شاید برخی بر این امر اشکال وارد کنند که محل اجرای قاعده فوق، داخل کشور می باشد پس نمی توان آن را به اقداماتی که از خارج کشور مرزهای دولت را تهدید می کند شامل این قاعده نباشد. در پاسخ به این شبهه می توان چنین بیان کرد وقتی اقداماتی که در داخل کشور صورت میگیرد جایز نباشد به طریق اولی، اقدامات خارج از کشور نیز شامل این قاعده خواهد بود.

○ ۶- قاعده الضرر یدفع بقدر الامکان

این قاعده به عنوان قاعده ای کلی نبوده و فرع بر قاعده لاضرر می باشد و معنای آن این است که براساس عمل به مصالح دولت، دفع ضرر قبل از وقوع آن، با تمام وسایل ممکن واجب بوده، از این رو جهاد کردن برای دفع شر دشمنان مشروع می باشد و نیز مجازات ها برای از بین بردن جرم ها واجب شده است. (مهدوی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۱۲۴) این قاعده به حدی گسترش یافته که حتی اجازه جهاد نیز صادر شده است. جهاد، جنگی مشروع در راه خدا و عنوان یکی از ابواب فقه اسلامی است. (ابن اثیر، ۱۳۸۳، ص ۱۸۵) همانطوری که از تعریف جهاد مشخص است، جهاد برای همگان ضروری و واجب می باشد. با توجه به اینکه این قاعده وجوب جهاد را بر همگان ضروری دانسته است پس به طریق اولی بر نهاد های دولتی و حکومتی که وظیفه اصلی شان حفاظت از جان ملت می باشد، این امر از اهم واجبات خواهد بود، بنابراین طبق وظیفه ای که

بر دوش آنها گزارده شده است جلوگیری از بروز ضرر بر ملت از وظایف آنها بوده و به هر طرقی که باشد باید جلوی ضرر را بگیرند. یکی طرقی که وجود دارد جرم انگاری کردن فعلی است که باعث ایجاد ضرر می‌شود. با توجه به اینکه کاربردهای فناوری هارپ بر علیه بشریت بوده و ضد حقوق بشری می‌باشد پس واجب است طبق مفاد این قاعده نهادهای قانونی نسبت به جرم انگاری فناوری هارپ اقدام کنند.

○ ۶- نتیجه گیری

برای مقابله با تکنولوژی هارپ به عنوان محترمانه ترین سلاح پیشرفته ساخت بشری، بهترین راه، جرم انگاری کردن آن می‌باشد، چرا که در این هنگام است که سوء استفاده از آن جرم و دارای ضمانت اجراءای کیفری و مدنی بوده و از طرف دولت‌ها و حتی سازمان‌های بین‌المللی قابل پیگرد خواهد بود و در آن هنگام است که سازندگان و دارندگان آن، به جای استفاده بر علیه بشریت، به نفع و له بشریت استفاده خواهند کرد. شرع مقدس اسلام برای تمامی افعال، دارای قواعد و احکامی می‌باشد که قانون گذار اسلامی با استناد به آنها می‌تواند نسبت به جرم انگاری آن افعالی که از نظر شرع مقدس جایز نبوده بپردازد. از جمله آن قواعد، قاعده لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام، قاعده نفی سبیل، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، قاعده دم المسلم لا يذهب هدراء، قاعده حرمت اختلال نظام و قاعده الضرر يدفع بقدر الامكان می‌باشد.



○ منابع

- فارسی -
احسانی فر، احمد، «بایاد فقهی و حقوقی بیماری های واکیر خطروناک و سریع الانتشار از منظر قاعده و جوب دفع ضرر محتمل»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره شصت و چهارم، ۱۳۹۹ -
احمدوند، محسن و قولی، محمد تقی و فخلیعی، محمد تقی، «نگرشی تو در مفاد قاعده نفی سبیل و نسبت سنجی آن با اصل عدالت در روابط بین المللی»، دو فصلنامه علمی پژوهشی کاوشنی نو در فقه، شماره اول، ۱۳۹۵ -
آقابابایی، حسین، «گفتمان فقهی و جرم انگاری در حوزه جرایم علیه امینت ملت و دولت»، مجله فقه و حقوق، شماره پنجم، ۱۳۸۴ -
اندرزگو، سید محمود و نواهد توجیهی، حسین، «بررسی تضاد قاعده فقهی نفی سبیل با نظریه جهانی شدن و جهانی سازی»، فصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، شماره چهل و چهارم، ۱۴۰۰ -
بیگی، جمال و داداشی، محمدمهردی، «توروسم زیستمحیطی و ضرورت جرم انگاری آن در ایران یا تکیه بر استند بین المللی»، همایش ملی ایران و چالش‌های حقوق بین المللی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، ۱۳۹۳ -
جوان آراسته، حسین و رحمانی، سمیه، «واکاوی فقهی حقوقی حق بر سلامت و مسئولیت دولت در شرایط شیوع بیماری کرونا»، مجله فقه پژوهشی، شماره چهل و دوم، ۱۴۰۰ -
حسن پور، محسن و موسوی پیغموری، سید محمد و این تراب، میریم، «کاریست قاعده فقهی و حقوقی لاضرر و لاضرار در راستای امینت ملی حقوق شهرهوندی و توسعه گردشگری»، فصلنامه برنامه ریزی منطقه ای، شماره اول، ۱۳۹۷ -
حسن زاده، حسن و ادبی مهر، محمد و داداش نژاد دلشا، داود و باقی زاده، محمد جواد، «نقش قاعده فقهی لاضرر در مدیریت بحران های محیط زیستی»، فصل نامه علمی، آموزش محیط زیست و توسعه پایدار، شماره سوم، ۱۳۹۸ -
حسینی، سید علی، «قاعده فقهی حرمت اختلال نظام و کابرده ان در حوزه ارتباطات و رسانه»، دو فصلنامه علمی تخصصی پژوهشنامه فقهی، شماره اول، ۱۳۹۲ -
خطیبی، مهدی، «روش شناسی استنباط حکم شرعی»، عیار پژوهش در علوم انسانی، شماره اول، ۱۳۹۶ -
خمینی، سید حسن، «بررسی تفاوت مسائل اصولی و قواعد فقهی»، پژوهشنامه متین، شماره پنجم و پنجم، ۱۳۹۱ -
دیر نیا، علیرضا و سادات نقوی، فاطمه، «تطبیق ریاند تقدین در نظام جمهوری اسلامی ایران با نظریه قانون گذاری به مثابه برنامه ریزی در راستای اجرای قوانین الهی»، فصلنامه داشت حقوق عمومی، شماره نوزدهم، ۱۳۹۷ -
زارعی، بهادر و زینی وند، علی و محمدی، کمیما، «قاعده نفی سبیل در اندیشه اسلامی و سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات انقلاب اسلامی، شماره سی و ششم، ۱۳۹۳ -
سیحانی تبریزی، جعفر، حکومت اسلامی در چشم انداز ما، چاپ اول، قم، موسسه امام صادق (ع)، ۱۳۸۵ -
سجادی، داود، «پژوهه هارب و پیده خشکسالی ایران»، فصل نامه جنگ صنعت و فناوری، شماره صد و پنجم و دوم، ۱۳۹۵ -
شکاری، روشنیلو و ملیحی، سید حمید رضا و ممتازیان، محمد سعید، «واکاوی فقهی آیه نفی سبیل و ادله هم سو و شمول آن نسبت به مناصب انتخابی در دولت مدرن»، پژوهش نامه قرآن و حدیث، شماره بیست و یکم، ۱۳۹۶ -
شمس ناتری، محمد ایراهمی، «جزایم سازمان بافته»، فصلنامه فقه و حقوق، شماره اول، ۱۳۸۳ -
شیخ الاسلامی، محمد علی و قبولی درافتان، سید محمد تقی و فخلیعی، محمد تقی، «بررسی فقهی حکم رات خواری با استناد به قاعده لاضرر»، فصلنامه فقه و اصول، شماره دوم، ۱۴۰۰ -
صلاح میرزایی، سعید، «جهاد تبیین در اندیشه حضرت آیت الله العظمی خامنه ای مد ظله العالی، چاپ هفتم، تهران، انتشارات انقلاب اسلامی»، ۱۴۰۰ -
طباطبایی، سید علیرضا و لیالی، محمد علی، «قواعد فقهی پالایش فضای مجازی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره اول، ۱۳۹۷ -
عباسزاده، نادیا؛ محتنی، عبدالحیمید، «بررسی سیستم هارب و تأثیرات محیط‌زیستی آن»، سومین همایش ملی مدیریت بحران، ایمی، بهدادش، محیط‌زیست و توسعه پایدار، تهران، موسسه آموزش عالی مهر ارdone و مرکز راهکارهای دستیابی به توسعه پایدار، ۱۳۹۶ -
عبداللهی، هرمز، «بررسی فقهی و حقوقی قاعده لا ضرر در رویه قضایی کنوئی»، فصلنامه بین المللی قانون یار، شماره نهم، ۱۳۹۸ -
عزیزی‌اللهی، حجت و فلسفی زاده حقیقی، سید ابوزد و باشنازانویسی، سیحان، «تبیین قواعد فقهی مرتبط با شهرسازی و شهرنشینی»، فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین، شماره هشتم، ۱۴۰۰ -
علوی و نقی، سید یوسف، «بررسی تطبیقی آیه شریفه نفی سبیل در تفاسیر فرقین»، فصلنامه مطالعات تفسیری، شماره سی و یکم، ۱۳۹۶ -
علیدوست، ابوالقاسم، «قاعده نفی سبیل»، مقالات و بررسی ها، شماره هفتاد و ششم، ۱۳۸۳ -
علیدوست، ابوالقاسم، «فاسفه قواعد فقهیه»، پژوهش های فقهی، شماره دوم، ۱۳۹۵ -

- علیشاھی قلیه چوک، ابوالفضل و احمدی، طبیه، «مبانی قاعده ایصال ناپذیری خون محترم با رویکردی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، فصلنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره بیست و یکم، ۱۳۹۹
- فرید، امن الله و نیکومنش، امرالله و پهرامی نژاد معویه، علی، «رابطه قاعده نفی سبیل با معاهده برجام»، فصلنامه تخصصی علوم سیاسی، شماره پنجم و سوم، ۱۳۹۹
- فنانی، رویا و صالحی، سید مهدی و نیکخواه سرنقی، رضا، «ضرورت تحول اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها در خصوص جرایم مستحدث کیفری با تأملی بر اصول و قواعد فقهی»، فصلنامه فقه و اصول، شماره سوم، ۱۳۹۹
- کرم زاده، سیامک و فرض، زهرا، «قاعده نفی سبیل و الحاق ایران به کنوانسیون بین المللی مقابله با تامین مالی تروریسم»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره دوم، ۱۳۹۸
- کلی شیردار، محمد حسن و متظری، صالح و مایلی، حامد، «نباید های فقهی رسانه با تأکید بر امنیت و قاعده لاضر»، فصلنامه آفاق امنیت، شماره پنجم و نهم، ۱۴۰۰
- لطفی، اسدالله، «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آینین دادرسی مدنی»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، شماره پنجم و نهم، ۱۳۹۱
- متولی آرایی، محمود و علم الهدی، محمد حسن و عبس زاده، نیکزاد و نور محمدی، غلامرضا، «مفهوم قاعده لاضر و کاربردهای آن در پژوهشی»، فصلنامه اخلاق و تاریخ پژوهشی، شماره دهم، ۱۳۹۶
- محمدی، مسلم و بشکار، الهام، «تحلیل روش های عقل عملی در اثبات امامت از نگاه علامه حلی با تأکید بر الالقین»، فصلنامه تحقیقات کلامی، شماره سی و دوم، ۱۴۰۰
- مدنی، سید محمود، احکام مصلحتی در فقه اسلامی، چاپ اول، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۳۹۳
- مردانی، محمد، «ستجش از دور اهداف زیرسطحی با استفاده از سامانه های پرقدرت گرم کننده الکترومغناطیسی یونوسفری»، فصلنامه علمی پژوهشی اطلاعات جغرافیایی سپهیر، شماره صد و چهارم، ۱۳۹۶
- مغزی نجف آبادی، الهام و نظری توکلی، سعید، «تبیین عقلایی و عقائی امر به معروف و نهی از منکر»، فصلنامه علمی پژوهشی کاوشنی در فقه نو، شماره چهارم، ۱۳۹۶
- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، جلد سوم، چاپ چهل و سوم، تهران، دارالكتب الاسلامیه، ۱۳۸۸
- منتظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، جلد سوم، ترجمه محمود صلوانی و ابوالفضل شکوری، قم، تفكیر، ۱۳۸۴
- مهاجری ایروانی، مژگان؛ تنبیه، فاطمه؛ مطهری نیا، مرتضی، «سلاحی به نام پارب، یک مطالعه معموری کلاسیک»، فصلنامه پرسنار و پژوهش در رزم، شماره نهم، ۱۳۹۴
- مهندی، محمود و ساداتی، سید محمد مهدی و حسینی، سید محمد، «مبانی جرم انگاری جرایم اقتصادی در فقه امامیه»، فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، شماره اول، ۱۳۹۵
- میری رستمی، سید محمد و سلیمانی، علیرضا و ناظمی اشنی، محمد حسین و حسینی، سید علیرضا، «بررسی الزامات بین المللی در مواجهه با قاعده نفی سبیل و تأثیر آن در بقاء نظام از منظر قران و فقه امامیه»، فصلنامه مطالعات قرآنی، شماره چهل، ۱۳۹۸
- ناظمی پول، صابر و دشتی اردکانی، محمد رضا، «قاعده و جوب دفع ضرر محتمل»، ماهنامه کانون، شماره صد و چهل و نهم، ۱۳۹۴
- نجفی توان، علی و مصطفی زاده، فهیم، «جرائم کیفری جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره هشتم، ۱۳۹۲
- نصر اصفهانی، محمد و مصصومی نیا، غلامعلی و قائمی اصل، مهدی، «بررسی و ارزیابی تاثیرات اقتصادی حضور یانک خارجی در جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به تحریرات کشورهای در حال گذار بر اساس قاعده نفی سبیل»، فصلنامه معرفت اقتصاد اسلامی، شماره اول، ۱۳۹۸
- نقیبی، سید ابوالقاسم، «قاعده لاضر و جریان خسارت معنوی به خانواده»، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، شماره هفتم، ۱۳۹۰
- هادوی یا، علی اصغر، «مفad قاعده لاضر با تکیه بر مبانی انسان شناسی قران کریم»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره شصت و ششم، ۱۳۹۹
- هدایتی چنانی، رحمان، علال، آثار و بایدهای تحول ساختاری جرم انگاری حداکثری، فصلنامه بین المللی قانون یار، شماره ۱۴۰۰، شانزدهم، ۱۴۰۰
- پیری، سید علی محمد و محمودی، جواد، «ایثار حکم با قاعده لا ضرر»، پژوهش های فقهی، شماره اول، ۱۳۹۷
- عربی، این اثیر، مبارک ابن محمد، النهاية في غريب الحدى والآخر، چاپ اول، ریاض، دار ابن الجوزی، ۱۳۸۳
- بنجوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، چاپ اول، قم، نشر الهادی، ۱۳۹۶
- حسینی بوشهری، سید هاشم، القواعد الفقهیه، قم، انتشارات مسیا، ۱۳۹۷
- عراقی، آقاضیاءالدین، الاجتہاد و التقلید، قم، نوید اسلام، ۱۳۸۸

- عرّاقي، أقا ضياء الدين، مقالات الاصول، جاب اول، ق، مجمع الفكر الاسلامي، ۱۴۲۰
- مكارم شيرازي، ناصر، القواعد الفقهية، جاب سوم، ق، مدرسه امام امير المؤمنين (ع)، ۱۴۱۱
- نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، جاب هفتم، بيروت، دار الاحياء التراث العربي، ۱۴۰۴
- لاتين -
- Bighch, Nick, Angels don't play this Haarps advances in tesla technology, Earth pulse Press, Vol. ۱, ۱۹۹۶
- Frederick, MD. Fort Detrick, US Army Medical Research Institute for Infectious Diseases, USAMRIID's Medical Management of Biological Casualties Handbook, ۴th Ed. ۲۰۰
- Freeland, Elena, Chemtrails, HAARP, and the Full Spectrum Dominance of Planet Earth, Feral House, Vol. ۱, ۲۰۱۰
- Greenberg, Jeff, campus master plan, university of Alaska, vol. ۱, ۲۰۲۰
- Hayakava, N, Are you ready for the truth, HFO high way, UFO High way Books, LLC, Vol. ۱, ۲۰۱۴
- Matter, Front, Opportunities for High-Power, High-Frequency Transmitters to Advance Ionospheres Thermosphere Research: Report of a Workshop, Washington, DC: The National Academies Press, Vol. ۱, ۲۰۱۴
- Pugh, Joye Jeffries, The knowledge of Good and Evil, Sacred word published, Vol. ۲, ۲۰۱۸
- Rubin, E.S, Controling Acid deposition: the role of FGD, Environmental science and Technology, Vol. ۲۰, No. ۱۰, ۱۹۸۶
- Smith, Gerry, Whether warfare the military's plan to draft Mother Nature, Adventures Unlimited Press Kempton, Illinois ۶۰۹۴۶ USA, Vol. ۱, ۲۰۱۷
- Streltsov, Anatoly, past, present and futher of active experiments in space, Embry-Riddle Aeronautical University, Daytona Beach, Florida, USA, Vol. ۱, ۲۰۲۰
- Swartz, Tim, the Lost Journals of Nikola Tesla, Global Communications, Vol. ۱, ۲۰۱۵



نظرارت بر مجرمان روانی خطرناک در پرتو ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲؛ چالش‌ها و راهکارها

دکتر زینب نفو

دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

زیبا آذرین

کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد صفادشت

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۹.۱۰ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۱.۰۲

چکیده

در عصر حاضر حالت خطرناک بیماران روانی و رفع آن را به عنوان چالشی ترین مباحث جرم شناسی است. برخی جرم‌شناسان بر این باورند که بجای مجازات می‌بایست تدابیر و اقدامات تأمینی مناسب با میزان خطرناک مرتكب در راستای رفع خطر او برای جامعه بکار گرفته شود و با یک دیدگاهی منطقی و دور از عملکردهای شتاب زده و احساسی، مجرم در حین جرم ممکن است دچار حالت غیرعادی بوده باشد، به همین دلیل هم به نظر می‌رسد سیاست‌های پیشگیرانه از طریق مدیریت این حالت بر اثر شناخت آثار و پیامدهای ناشی از حالت خطرناک بسیار کاربردی تر باشد و با مدیریت و کنترل دستگاه‌های دخیل در این امر، به منظور جلوگیری از ضرر بیشتر و خطر پذیری جهت نیل به اهداف مدنظر، خصوصاً با استفاده از آموزه‌های جرم شناختی و جامعه شناسی جنایی، بهترین و منطقی ترین راه حل در دوره و شرایط به وجود آمده حال حاضر باشد. از این رو مقاله پیش‌رو با بهره‌گیری از روش توصیفی و تحلیلی به تبیین چالش‌های نظرارت بر مجرمان روانی خطرناک و راهکارهای تقویت آن در پرتو ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌پردازد.

واژگان کلیدی: حالت خطرناک، بزهکار روانی، نظرارت، حقوق کیفری.

Supervision of dangerous mental offenders in the light of Article ۱۵۰ of the Islamic Penal Code adopted in ۱۳۹۲; Challenges and solutions

Abstract

In the present age, the dangerous state of the mentally ill and its elimination is one of the most challenging topics in criminology. Some criminologists believe that instead of punishment, security measures should be taken in proportion to the dangerous level of the perpetrator in order to eliminate his danger to society, and with a rational view and away from hasty and emotional actions, the offender may suffer. It has been unusual, so it seems that preventive policies through the management of this situation is much more practical by recognizing the effects and consequences of the dangerous situation, and by managing and controlling the devices involved, in order to prevent further damage and Risk-taking to achieve the intended goals, especially by using the teachings of criminology and criminal sociology, is the best and most logical solution in the current period and circumstances. Therefore, the present article uses descriptive and analytical methods to explain the challenges of monitoring dangerous psychic offenders and strategies to strengthen it in the light of Article ۱۵۰ of the Islamic Penal Code adopted in ۱۴۰۲.

Keywords: Dangerous situation, Psychological delinquent, Supervision, Criminal law.

۰ مقدمه

حالت خطرناک موضوع حساس و قابل تعمقی است که در علوم مختلف مانند جرم شناسی بویژه جرم شناسی بالینی، روان پزشکی کیفری و حقوق کیفری مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. یکی از مصادیق رویکرد امنیتی در بحث حالت خطرناک، تلاش برای پیش بینی سریع جرایم احتمالی افراد است چرا که رویکرد جرم محور حقوق کیفری پس از قرنها، گویی در برابر مجرمان خطرناک، دیگر کارایی ندارند. توقیف تأمینی برخی مرتكبان که همزمان دارای اختلال روانی و حالت خطرناک تشخیص داده می‌شوند، یکی از جلوه‌های سلب آزادی با هدف پیشگیری زودهنگام از ارتکاب جرایم احتمالی در آینده است که در ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیش بینی شده است. مفهوم حالت خطرناک از دستاوردهای جرم شناسی بالینی است که در گسترهٔ سیاست جنایی ایران در قالب قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹ تعریف شده است. این قانون بیشتر ناظر به بعد از ارتکاب جرم بود و همین امر باعث شده است که این تصور پدید آید که اعمال مقررات در مورد مجرمین خطرناک تنها پس از ارتکاب جرم است، ولی با توجه به محتوای آن و برخی مواد از جمله ماده ۴ این قانون می‌توان بیان نمود که ضمانت اجراهای قبل از ارتکاب جرم در مقابل مجرمین خطرناک نیز قابل اعمال می‌باشد. آگاهی‌بخشی مقامات دستگاه عدالت کیفری از نتایج و مهم ترین چالش‌های اجرایی برنامه‌های نظارت در کشورهای دیگر به ویژه انگلستان، می‌تواند زمینه ساز تدوین قوانین مؤثر و طراحی برنامه نظارت بر مجرمان خطرناک یا اصلاح قوانین مرتبط با موضوع شود. موضوع مدیریت خطر مجرمان خطرناک از جهات مختلف، به دلیل عدم مزبندی مشخص این مفهوم با مفاهیم مشابه، به دلیل فقدان معیار با مصادیق قانونی جرم و مجرم خطرناک و همچنین از جهت جرم‌شناسی و اجرایی با کاستی‌ها و مشکلات زیادی مواجه است.

ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد که هرگاه مرتكب جرم در حین ارتکاب، مجنون باشد یا در جرایم موجب تعزیر پس از وقوع جرم مبتلا به جنون شود چنانچه جنون و حالت خطرناک مجنون با جلب نظر متخصص، ثابت و آزاد بودن وی مخل نظم و امنیت عمومی باشد به دستور دادستان تا رفع حالت خطرناک در محل مناسب نگهداری می‌شود. شخص نگهداری شده با خویشاوندان او می‌تواند در دادگاه به این دستور اعتراض کنند که در این صورت، دادگاه با حضور معتبر، موضوع را با جلب نظر کارشناسی در جلسه اداری رسیدگی می‌کند و با تشخیص رفع حالت خطرناک در مورد خاتمه اقدام تأمینی و در غیراین صورت در تأیید دستور دادستان، حکم صادر می‌کند. در حقوق کیفری ایران سازوکار مناسبی جهت کنترل و

مدیریت بیماران دارای اختلال روانی که لزوماً مجنون دائم نمی‌باشند تدبیر نشده و تنها اقدام قانون‌گذار پیش‌بینی ماده ۱۵۰ ق.م است که ظاهراً بیشتر مجانین دائم و مواردی را در نظر دارد که چنان‌که اخلاقی و تکانه‌های غیر متقابل نیستند و تا زمان رفع حالت خطرناک مجانین نگهداری می‌شوند که البته آنهم با درخواست خانواده و ... ادامه‌دار نخواهد بود و بدون هیچ ضمانتی از سوی اولیاء مجانین به جامعه بازمی‌گردد.

برای تحقق هدف شناسایی بزهکاران پرخطر و کنترل طولانی مدت بنظر می‌رسد بهتر است با بهره‌گیری از ابزارهای آئین دادرسی کیفری و حتی کننده همچون قرار بازداشت موقعت یا قرار نظارت قضائی بر اساس میزان خطر بزهکار نه ماهیت جرم در دفاع از جامعه اقدام موثری داشت. قرار تأمین کیفری در واقع قرار محدود‌کننده آزادی و ابزاری جهت تضمین حضور متهم در مراحل مختلف تحقیقات مقدماتی، محاکمه و اجرای حکم می‌باشد. (خالقی، ۱۳۹۰، ۱۹۰)

در عصر حاضر نیز برخلاف دهه‌های قبل که نوع، شیوه، و نگرش به متهم و مجرم حالت ظاهری داشته، در زمان حاضر دادرسی شکل دیگری به خود پیدا کرده و ارتکاب جرم در برخی جرایم و حوزه‌ها، از نظر جرم‌شناسی نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

پس بايستی با یک دیدگاهی منطقی و دور از عملکردهای شتاب زده و احساسی، با اینکه شخص مرتكب جرم می‌توانست در حین جرم دچار حالت غیرعادی بوده باشد و به همین دلیل هم به نظر می‌رسد سیاست‌های پیشگیرانه از طریق مدیریت کردن این حالت بر اثر شناخت آثار و پیامدهای ناشی از حالت خطرناک بسیار کاربردی‌تر باشد و با مدیریت و کنترل دستگاه‌های دخیل در این امر، به منظور جلوگیری از ضرر بیشتر و خطر پذیری جهت نیل به اهداف مدنظر، خصوصاً با استفاده از آموزه‌های جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی جنایی، بهترین و منطقی‌ترین راه حل در دوره و شرایط به وجود آمده حال حاضر باشد.

سوال اصلی مقاله حاضر این است که مهم‌ترین چالش‌های نظارت بر بیماران روانی دارای حالت خطرناک مرتكب جرم در پرتو ماده ۱۵۰ ق.م. ۱۳۹۲ چیست؟ از این رو مقاله حاضر با رویکردی متفاوت به نحوه نگرش به متهمان و حالت‌های روحی و روانی آنها سعی در بررسی چالش‌های نظارت بر مجرمان روانی خطرناک و راهکارهای تقویت آن در پرتو ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دارد.

○ پیشینه ناظارت تاریخی بر مجرمان روانی خطرناک

کشور فرانسه از جمله کشورهایی است که قوانین بدعی در زمینه ناظارت بر مجرمان، به ویژه ناظارت در محیط بسته دارد. قانون مهمی که در این کشور با هدف مدیریت خطرناکی مجرمانه به تصویب رسید: «قانون نگهداری تأمینی» مصوب ۲۵ فوریه ۲۰۰۸ است. این قانون که درباره نگهداری یا توقیف تأمینی و اعلام عدم مسئولیت کیفری به علت اختلال روانی است، در شرایطی به دادرس اجازه داده است که امکان نگهداری تأمینی برخی از محکومان را که زندان خود را تحمل کرده اند ولی هم چنان خطرناکی جرم شناختی، یعنی شاخصهای روانی-اجتماعی-زیستی صریح حاکی از احتمال بسیار ارتکاب دوباره جرم دارند، در حکم خود پیش بینی کند. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸، ص ۷۳۸)

یکی از شرایط اعمال نگهداری تأمینی که پیش از پایان مدت زندان اتخاذ می شود و خامت درجه جرم های ارتکابی است. جرایمی مانند قتل، قتل باسابق تصمیم، اذیت و آزار و شکنجه یا ارتکاب اعمال وحشیانه، تجاوز جنسی به این شرط که علیه بزه دیده تا ۱۸ سال ارتکاب یافته باشد، آدم ربایی و توقیف غیر قانونی افراد به لحاظ خطرناکی بالا می توانند مشمول حکم نگهداری تأمینی در فرانسه قرار گیرند. در آلمان، نگهداری تأمینی، با قانون ۲۴ نوامبر ۱۹۳۳ درباره بزهکاران مزمن و با هدف حمایت از جامعه در برابر بزهکاران غیر قابل اصلاح وارد حقوق این کشور شد. نگهداری تأمینی در آلمان، ناظر به افرادی است که ارزیابی عمومی از شخصیت و اعمال آنان از سوی قاضی، حاکی از تمایل به ارتکاب جرایم شدید است، به ویژه جرایمی که خسارت روانی و جسمانی شدید به بزه دیدگان وارد می کند. (ابراهیمی، ۱۳۸۳، ص ۲۹)

انگلیس کشوری است که در زمینه ناظارت بر مجرمان خطرناک از سابقه طولانی قانون گذاری و نیز جامعیت قوانین برخوردار است و با مطالعه قوانین آن می توان به سهولت جرایم و مجرمان خطرناک را از سایر جرایم تمیز داد. در کشور انگلیس معیارهای بسیار جامعی برای تعیین مصادیق مجرمان خطرناک و تفکیک آن از سایر مجرمان وجود دارد. مطابق مقررات موجود در انگلیس، مجرمانی که مرتکب جرایم جدی می شوند به دو دسته مجرمان خطرناک و مجرمان طویل الحبس تقسیم می شوند. (Pratt, ۱۹۹۸, p ۳۰۰-۳۲۷)

در ایران با توجه به فقدان قانون خاص در زمینه جرایم و مجرمان خطرناک، ناگزیر باید با جستجو در قوانین و مقررات موضوعه جهت دست یابی به معیاری برای استفاده احتمالی در قانون



گذاری آینده بهره گرفت. این مقررات شامل مقررات ماهوی و شکلی، قوانین حاکم و منسخ، طرح‌ها و لوایح و آیین‌نامه‌ها و... است. قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹ با الهام از آموزه‌های مکتب تحقیقی به تعریف مجرمان خطرناک پرداخته بود. اقدامات تأمینی از نظر قانون مجازات ایران، مجازات محسوب نمی‌شوند؛ زیرا همان طور که از تعریف آن استفاده می‌شود، دادگاه برای جلوگیری از تکرار جرم، تدبیری را به کار می‌برد که مجرم مرتكب جرم نشود؛ ثنویت مجازات و تدابیر تأمینی، مورد قبول عموم واقع شده است. از لحاظ اصول حقوقی چنان‌چه پس از انتشار قانون، مقرراتی تصویب شود که با قانون گذار اجرای دو امر متضاد را اجرای هر دو قانون امکان ندارد و معقول به نظر نمی‌رسد که قانون گذار اجرای دو امر متضاد را فرمان دهد به ناچار فقط رعایت یکی از دو متن ممکن است. از طرفی نظر به این قانون جدید آخرین اراده قانون گذار است و اگر نیازی به وجود آن نبود از طرف قوه مقننه تصویب نمی‌شد ناگزیر باید قانون اخیر را ناسخ مقررات سابق قرار داد. وقتی قانون گذار ما اقدامات تأمینی و تربیتی را در ردیف مجازات قرار داده است و کلیه مصاديق اقدامات تأمینی را به عنوان مجازات تحمیل می‌کند، بنابراین تدبیر تأمینی از مجازات قابل تصور نیست بلکه آن گونه که قانون آورده است همه مجازات هستند لذا با این وصف قانون اقدامات تأمینی سال ۱۳۳۹ نسخ صریح شده است.

○ چالش‌های مربوط به نظارت بر مجرمان دارای حالت خطرناک

○ الف) نظارت گریزی

اصولاً در هر برنامه نظارتی از جمله نظارت بر مجرمان، در قالب‌های تعلیق مراقبتی، آزادی مشروط، نظارت تحت سامانه‌های الکترونیکی، قیود و شرایطی وجود دارد که افراد تحت نظارت، ضمن تبعیت، موظف به رعایت آن قیود و شرایط هستند. بدیهی است یکی از مهم ترین عوامل موفقیت یک برنامه نظارتی در کیفیت و کیفیت نظارت پذیری افراد تحت نظارت است. (بابایی، ۷۸) در عین حال، تخلف افراد تحت نظارت از اجرای تدبیر نظارتی از دغدغه‌های ۱۳۹۴، ص ۷۸) همیشگی در اجرای یک برنامه نظارتی محسوب می‌شود. تخلفاتی که از آن به نظارت گریزی تعییر می‌کنیم، ممکن است به اشکال مختلفی مانند ارتکاب جرم جدید، امتناع یا سرپیچی از اجرای دستور، فرار، دست کاری و از کار انداختن تجهیزات الکترونیکی یا سوء استفاده از پوشش، آرایش و جنسیت غیر واقعی صورت پذیرد. پیش‌بینی ضمانت اجرا از سوی قانون گذار، ساده

ترین عامل پیشگیرانه جهت کاهش تخلف از شرایط نظارتی محسوب می‌شود که دبا توجه به نوع جرم ارتکابی افراد تحت نظارت، نوع تخلف از شرایط نظارتی، حوزه‌های نظارتی در قوانین کشورهای مختلف، ضمانت اجرای متفاوتی را می‌توان شاهد بود. اعمال نظارت قضایی و پیش بینی ضمانت اجرا نسبت به ترک دستورهای نظارتی به شکل‌های گوناگونی امکان پذیر است از جمله افایش مدت نظارت یا تبدیل تدابیر نظارتی به مجازات مانند مجازات حبس.

○ ب) نظارت گریزی و نظارت الکترونیک

در ایران تا زمان تصویب و اجرای قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲، امکان استفاده قانونی از سامانه الکترونیکی برای کنترل متهمان و محکومان وجود نداشت اما در قانون جدید، صراحتاً امکان استفاده از سامانه نظارت الکترونیک نسبت به مشمولین آزادی مشروط پیش بینی شده است و در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۳ در فصل پنجم از بخش پنجم استفاده از سامانه‌های نظارت الکترونیکی با رعایت فصل دوم از بخش هشتم این قانون، راجع به دادرسی الکترونیکی امکان پذیر شده است. بر همین اساس، نظارت الکترونیکی را می‌توان نسبت به مشمولین تعلیق اجرای مجازات، تعویق صدور حکم، آزادی مشروط، نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت این سامانه‌ها، به کار گرفت. این موضوع را می‌توان نشانه اشتیاق وافر تهیه کنندگان این بخش قانون آیین دادرسی کیفری به استفاده از فناوری نظارت الکترونیک در کنترل گسترده متهمان و محکومان دانست. استفاده از فناوری الکترونیک می‌تواند در کاهش نرخ تکرار جرم موثر باشد ولی اگر شرایط برخورداری از این سامانه برای تمام محکومان، اعم از پر خطر و کم خطر فراهم شود نرخ تکرار جرم در میان این گروه‌ها چندان محسوس نخواهد بود. (احسان پور، ۱۳۸۸، ص ۴۷)

از جمله موانع قانونی، موانع سیاسی، موانع اجرایی، موانع فنی، موانع سیستمی و موانع فرهنگی مواجه شود اما در برنامه نظارت الکترونیک بر مجرمان، عدم توجه به برخی از موانع، چالش‌هایی را ایجاد خواهد کرد. هم چنین عدم دقت قانون گذار در تنظیم مواد قانونی مرتبط با نظارت الکترونیک، خود ممکن است موجب بروز ابهام و سوال‌هایی در زمینه استفاده از این فناوری شود. (نوربهای، ۱۳۹۷، ص ۴۴) به عنوان مثال، با وجود اختصاص مواد متعدد در قانون آ.د.ک و ق.م، به نظارت الکترونیک، این سوال ممکن است مطرح شود که دستور یا دستورهایی که افراد تحت نظارت موظف به اجرای آن هستند، شامل چه مواردی است؟ و ضمانت اجرای اخلال در به کار گیری این تجهیزات چیست؟ پاسخ به این سوالات مستلزم شناسایی ارتباط نظارت



الکترونیک با نهادهایی نظری تعليق اجرای مجازات، آزادی مشروط و... است. بی تردید نظارت الکترونیک، ابزاری برای اعمال تعليق اجرای مجازات، نظام نیمه آزادی و آزادی مشروط و یکی از لوازم اجرای مجازات محسوب می شود و ارتباط آنها با یکدیگر به گونه ای است که در اکثر موارد، نقض شرایط یکی، نقض دستورهای دیگری محسوب می شود اما نوع تخلفات از الزامات تعليق و... الزاما با نوع تخلفات احتمالی فرد تحت نظارت الکترونیک مشابه نیست. به عنوان مثال فرد تحت نظارت ممکن است با دست کاری یا از کار انداختن تجهیزات، استفاده از سامانه نظارت الکترونیک را غیر ممکن کند، در حالی که وی مرتكب نقض دستورها و الزامهای تعليق و... نشده است. (جعفری، ۱۳۹۲، ص ۹۸) حال که مشخص شد نوع تخلفات در جرایم را از جرایم دیگر فراهم کرده و گاه ممکن است با استخراج جرایمی از قوانین جزایی، مصادیق جرایم خطرناک را احصاء کند. تعیین ضابطه برای تعیین جرایم خطرناک، مستلزم شناسایی دقیق ارزش های مورد نظر جامعه و اعمال خطرناکی است که به این ارزش ها و نهایتاً امنیت جامعه آسیب می زند. با ارائه معیار از سوی قانون گذار، یافتن مصادیق جرایم خطرناک در قوانین کفری به راحتی امکان پذیر است اما به لحاظ دشواری تعیین ضابطه، آسان ترین روش، احصاء یکایک جرایم خطرناک از سوی قانون گذار است. بدین ترتیب، قاضی تصمیم گیرنده با تکیه بر پیشینه و تجربه قضایی خویش با اماره هایی که قانون گذار به عنوان عوامل خطرناکی در اختیار او قرار داده است عمل می کند. (رضوانی، ص ۵۰-۴۹)

عدم تعیین معیارهای دقیق برای مجرمان خطرناک، گاه منجر به اعمال سلیقه های شخصی قضات و در نتیجه نقض اصل برابری افراد در برابر حمایت قانون و اصل کلی عدم تبعیض پیش بینی شده در ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر است. در فرانسه براساس بند ۴ ماده ۱۳۳-۶-۷۰ ق.آ.د.ک، قاضی در تعیین و صدور حکم نگهداری تأمینی، نیاز به نظر کارشناسی کمیسیون دارد. البته ممکن است کمیسیون در تشخیص و ارزیابی خطرناکی، اشتباه کند اما قاضی برای اتخاذ تصمیم، ناگزیر است نظر کمیسیون را برای صدور نگهداری تأمینی استعلام کند. (نجفی آبادی، ۱۳۸۸، ص ۴۸) در حقوق کفری ایران، از یک سو هیچ معیار یا ضابطه ای برای تعیین جرم و مجرم خطرناک وجود ندارد و از سوی دیگر، قانون گذار، مصادیق جرایم خطرناک را نیز احصاء نکرده است. قوانین موضوعه سابق مانند قانون اقدامات تأمینی و تربیتی، هر چند شاخص هایی را برای تشخیص مجرم خطرناک بیان کرده است ولی نمی توان از آن به عنوان ملاک قانونی برای معرفی مجرمان خطرناک بهره گرفت. (بابایی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۷)

قانون گذار در ماده ۴۸ مکرر ق.م.ا سابق نیز تلاش کرده بود با اتکا به مصاديق محکومیت‌های موثر، دامنه افراد تحت نظارت را مشخص کند. صرف نظر از ایرادات اساسی در ارائه شاخص‌های بالینی در این ماده، موضوع از جهت ابهام در شمول نسبت به برخی از مهم ترین جرایم مستوجب حد از جمله جرایم جنسی و عدم توجه قانون گذار به نوع و میزان کیفر محکومیت کیفری موثر و نیز کیفر جرم ارتکابی جدید از نظر شاخص قانونی نیز حالی از ایراد نبود. افزون بر این، ماده ۴۸ مکرر، بدون توجه به دستاوردهای نظام‌های مختلف حقوقی در مورد چگونگی نظارت بر بزهکاران خطرناک نگاشته شده بود، زیرا موضوع این ماده، شامل بزهکاران مکرر می‌شد، حال آن که در رویکرد مدیریت خطر جرم، بزهکاران مکرر، تنها یکی از انواع بزهکاران خطرناک هستند که موضوع تدابیر فشرده مدیریت خطر قرار می‌گیرند.(قاسمی مقدم، ۱۳۸۸، ص ۲۰۷) بنابراین برای وضع تدابیر فشرده مدیریت خطر، می‌توان به بزهکاران خطرناک اعم از بزهکاران خشن، جنسی، دچار اختلالات روانی و بزهکاران مکرر، به طور جامع نگریست.

○ عدم انطباق سیاست نظارتی پلیسی در ایران با سیاست نوین مدیریت خطر

مفهوم نوین مجرم خطرناک و موضوع نظارت بر این دسته از مجرمان، رویکرد جدیدی است که امروزه از آن به عنوان سیاست مدیریت خطر یاد می‌شود و هدف از به کارگیری آن از سوی کشورها، رساندن آمار ارتکاب جرایم به اندازه قابل تحمل در جامعه است. اجرای سیاست مدیریت ریسک در ایران به دلایل متعددی از جمله عدم انطباق با دغدغه‌های اصلی پلیس در کنترل بزهکاران خاص یا تردید همراه است. به نظر می‌رسد در زمینه نظارت بر مجرمان، مهم ترین دغدغه پلیس، سارقان سابقه دار باشد که بخش زیادی از آمار بزهگاری را به خود اختصاص می‌دهند نه کلیه بزهکاران به شکلی که در رویکرد مدیریت ریسک مورد توجه قرار می‌گیرد. (املی، ۱۳۹۸، ص ۴۲)

مراجعه به سابقه لواح قانونی ارسالی در این زمینه، صحت ادعای یاد شده را تأیید می‌کند. به عنوان نمونه، نیروی انتظامی در مرداد ماه ۱۳۸۳ از طریق وزارت کشور، لایحه ای را تحت عنوان نظارت بر مجرمان سابقه دار به مجلس ارائه کرد و در این لایحه امکان نظارت مستقیم، بدون حکم مقام قضایی و مستقلابرا نیروی انتظامی پیش بینی شده بود لکن این لایحه امکان طرح در مجلس را نیافت و قانون گذار بدون توجه به عدم وجود بسترها لازم جهت نظارت بر مجرمان خطرناک، ماده قانونی را تصویب رساند که به رغم ایرادهای وارد بر آن، قلمرو آن بسیار

گسترده بود، زیرا مطابق این ماده، نظارت نه تنها شامل سارقان سابقه دار، بلکه شامل کلیه مجرمان سابقه دار و متولی نظارت، نه تنها نیروی انتظامی، بلکه سازمان زندان‌ها و سازمان بهزیستی و نظارت علاوه بر کارکرد تأمینی، دارای کارکرد اصلاح و درمان نیز به شمار می‌رفت. (جودکی و عباسی، ۱۳۹۳، ص ۲۱)

○ موانع و محدودیت‌های ثبت مجرمان خطرناک

یکی از دغدغه‌های اساسی سیاست گذاران در قلمرو کنترل بزهکاری، چگونگی مدیریت مجرمان خطرناک در جامعه است. ثبت اطلاعات مجرمان خطرناک از سوی دستگاه پلیسی و سایر مراجع، ابزاری مهم در جهت کنترل این مجرمان در سطح جامعه محسوب می‌شود. هدف از ثبت اطلاعات مجرمان خطرناک، اشراف اطلاعاتی پلیس نسبت به محل اقامت و موقعیت فعلی این افراد و به روز آوری پرونده‌ها، شناسایی سریع تر مظنونان و پیشگیری از تکرار جرم از سوی پلیس است که در نهایت، ثبت مشخصات مجرمان می‌تواند به حفاظت اجتماعی منجر شود. اهمیت ثبت مجرمان خطرناک و ایجاد سامانه ثبت برای کنترل این دسته از مجرمان بر کسی پوشیده نیست، زیرا اگر بانک اطلاعاتی تشکیل شود، اطلاعات محل زندگی، مشخصات دقیق و کامل و نوع فعالیت مجرمان در سامانه برای بهره برداری قانون مند نیروهای امنیتی، انتظامی و قضایی امکان پذیر می‌شود. به همین دلیل مسئولان قضایی همواره از لزوم پیاده کردن سامانه‌های پیشرفته برای کنترل مجرمان حرفه‌ای صحبت کرده اند و تشکیل بانک اطلاعاتی و شناسنامه قضایی برای مجرمان حرفه‌ای را ضروری می‌دانند. ثبت مجرمان خطرناک جنسی از دیرباز در کشورهایی مانند آمریکا و انگلستان، به عنوان ابزار قدرتمند کنترل مجرمان خطرناک جنسی مرد، مورد استفاده قرار می‌گیرد. قانون گذار فرانسه نیز از یک دهه پیش به این سو، با وضع قانون‌های مختلفی درباره تکرار گندگان جرم و در نظر گرفتن برنامه‌هایی چون مراقبت اجتماعی-قضایی، ثبت نام بزهکاران جنسی و خشن در سجل قضایی ملی خود کار و نظارت الکترونیکی سیار بر محکومان خطر دار آزاد شده، کوشیده است تا ریسک یعنی احتمال ارتکاب دوباره جرم آنان را در واقع مدیریت کند. (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۸، ص ۷۳۹)

در ایران با وجود این که استفاده از این ابزار، ضروری احساس می‌شود، اجرای چنین سیاستی تا کنون با موانع و محدودیت‌هایی همراه است از جمله این که در ایران، هر گاه صحبت از ثبت مجرمان جنسی مطرح می‌شود، عموماً با رویکرد حمایتی و باز پروری، جنس مونث مورد توجه

قرار می‌گیرد و به جای عنوان مجرمانه جنسی، از عنوان زنان خیابانی استفاده و بحث شناسامه دار شدن آن‌ها نیز از سوی پلیس مطرح می‌شود. یکی از موانع دیگر در ثبت مجرمان جنسی خطرناک در ایران، به تصور نا درست عوام و برخی از خواص، به عدم لزوم اتخاذ تدابیر نظارتی و کنترلی نسبت به مجرمان خطرناک جنسی باز می‌گردد. این عده ممکن است به اشتباه تصور کنند، چون مرتكبان برخی از اعمال منافی عفت و روابط نا مشروع از جمله مرتكبان تجاوز جنسی در صورت اثبات، شرعاً و قانوناً با مجازات سالب حیات مواجه می‌شوند، بنابراین اعمال تدابیر نظارتی نسبت به این دسته از مجرمان، اساساً محلی برای اجرا پیدا نمی‌کنند.

○ عدم پیش‌بینی اعلام اجتماعی اطلاعات مجرمین خطرناک در قوانین ایران

موضوع دسترسی کلیه افراد جامعه به اطلاعات مربوط به مهم ترین جرایم ارتکابی در محل زندگی و آگاه یافتن از هویت مرتكب یا مرتكبان، یکی از ضروریات زندگی اجتماعی در عصر حاضر محسوب می‌شود و در صورت اثبات جرم و مجرمیت مرتكب، مطلع شدن عموم نسبت به وضعیت جرم و مجرمان موصوف، مغایرتی نیز با اصول و قواعد حقوقی وجود نخواهد داشت زیرا هر عضوی از اعضای جامعه حق دارد برای محافظت از جان، مال و... خود و اعضای خانواده اش و کاهش احتمال بزه دیدگی نسبت به موضوع یاد شده اطلاع یابد. سیاست اعلام اجتماعی هم اکنون در برخی از کشورها مانند آمریکا و انگلستان برای نظرات مجرمان خطرناک جنسی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در ایالات متحده آمریکا، مطابق قانون فدرال مگان ۱۹۹۶ مشخصات فردی بزهکاران جنسی جهت آگاه سازی عموم به طور مستمر منتشر می‌شود. البته قانون مگان پس از هفت سال از اجرا، مگان کانکا نامیده شد. (عبدینی، ۱۳۸۷، صص ۹۴-۱۰۶) در انگلستان نیز از مباحثات پارلمانی در مقطعی از زمان، در خصوص ضرورت وجود سیاست‌های اعلام اجتماعی در این کشور بود و در خلال اخبار جهانی سال ۲۰۰۰ میلادی، ماجراهی ربودن و قتل سارا پین اهمیت موضوع اعلام و هشدار اجتماعی را بیش از پیش کرد. پلیس انگلستان در حال حاضر، مجاز به افشا و انتشار جزئیات سوابق کفری مجرمان جنسی برای همسایگان مجاور به منظور حفاظت از خود و فرزندانشان است مشروط بر این که افشا به عنوان یک اصل فراگیر مورد عمل قرار نگیرد، بلکه صرفاً باید نسبت به آن دسته از مجرمانی که خطر مهمی از خود بروز داده اند استفاده شود. در قوانین موضوعه ایران، موضوع اعلام ارتکاب جرایم و مجرمان خطرناک جنسی به عامه مردم، همانند قوانین حاکم در آمریکا و انگلستان، پیش‌بینی نشده است و قانون، دستگاه قضایی و انتظامی را معجاز به انجام چنین عملی نکرده است. (آنسل، ۱۳۷۵، ۲۲۵) انتشار حکم محاکومیت



قطعی در جرایم خطرناک و مهم، یکی از مواردی است که با هدف شناساندن مجرمان خطرناک، آگاهی بخش آحاد جامعه، پیشگیری و کنترل این مجرمان صورت می‌گیرد. از این رو قانون گذار در ماده ۳۶ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ موضوع انتشار محکومیت‌های قطعی در جرایم مهم را پیش بینی کرده است. در ماده ۹۶ ق.آ.د.ک نیز موضوع انتشار تصاویر و مشخصات هویتی برخی از متهман پیش بینی شده است. در این ماده، انتشار تصاویر و مشخصات مربوط به هویت، صرفاً به منظور شناسایی متهمان به جرایم مهم و تکمیل ادله یا برای آگاهی بزه دیدگان و طرح شکایت یا اقامه دعوای خصوصی است و اشاره ای به انتشار مشخصات مجرمان خطرناک که دوران محکومیت خود را به پایان رسانده اند به منظور آگاهی عموم از وضعیت فعلی این افراد ندارد. (نجفی ابرند آبادی و ایارگر، ۱۳۹۴، ص ۳۷)

○ رهکارهای تقویت نظارت بر حالت خطرناک در رویه قضایی با نگاهی بر ماده ۱۵۰ ق.م.ا.

ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: هر گاه مرتكب جرم در حین ارتکاب، مجنون باشد یا در جرایم موجب تعزیر پس از وقوع جرم مبتلا به جنون شود چنان‌چه جنون و حالت خطرناک مجنون با جلب نظر متخصص، ثابت و آزاد بودن وی مخل نظم و امنیت عمومی باشد به دستور دادستان تا رفع حالت خطرناک در محل مناسب نگهداری می‌شود.

شخص نگهداری شده یا خویشاوندان او می‌توانند در دادگاه به این دستور اعتراض کنند که در این صورت، دادگاه با حضور مутعرض، موضوع را با جلب نظر کارشناس در جلسه اداری رسیدگی می‌کند و با تشخیص رفع حالت خطرناک در مورد خاتمه اقدام تأمینی و در غیر این صورت در تأیید دستور دادستان، حکم صادر می‌کند. این حکم قطعی است ولی شخص نگهداری شده یا خویشاوندان وی، هر گاه علائم بهبود را مشاهده کردند حق اعتراض به این حکم را دارند. (عبداللهی، بهرامی، ۱۳۹۰، ص ۹۶)

این امر مانع از آن نیست که هر گاه بنا به تشخیص متخصص بیماری‌های روانی، مرتكب، درمان شده باشد بر حسب پیشنهاد مدیر محل نگهداری او دادستان دستور خاتمه اقدام تأمینی را صادر کند.

تبصره ۱- هر گاه مرتكب یکی از جرایم موجب حد پس از صدور حکم قطعی دچار جنون شود حد ساقط نمی شود. در صورت عارض شدن جنون قبل از صدور حکم قطعی در حدودی که جنبه حق الله‌ی دارد تعقیب و محاکمه تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد. نسبت به مجازات‌هایی که جنبه حق الناسی دارد مانند قصاص و دیه و هم چنین ضرر و زیان ناشی از جرم، جنون مانع از تعقیب و رسیدگی نیست.

تبصره ۲- قوه قضاییه موظف است مراکز اقدام تأمینی را در هر حوزه قضایی برای نگهداری افراد موضوع این ماده تدارک بییند. تا زمان شروع به کار این اماکن، قسمتی از مراکز روان درمانی بهزیستی یا بیمارستانی موجود به این افراد اختصاص داده می‌شود.

اما اداره کل حقوقی قوه قضاییه در رای مشورتی خود به شماره ۱۴۰/۷/۹۲/۲۴۲۵-۱۹/۱۲/۱۳۹۲ بیان می‌دارد: الف- به تصریح مواد ۱۴۰ و ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جنون در حین ارتکاب جرم مانع از تحقیق مسئولیت کفری شخص مجنون در جرم مستوجب قصاص می‌باشد و به موجب بند ب ماده ۲۹۲ همان قانون، جنایت مجنون، خطای محسوب می‌گردد که مسئولیت پرداخت دیه به موجب مواد ۴۶۶ و ۴۶۷ حسب مورد به عهده عاقله یا مجنون است. تبصره یک ماده ۱۵۰ قانون یاد شده منصرف از جنون در حین ارتکاب جرم است و ناظر به حدوث جنون متهم پس از ارتکاب جرم است که حسب تصریح قسمت اخیر آن، جنون مزبور مانع از تعقیب و رسیدگی در مورد جرایم قصاص و دیه نمی‌باشد. (فروغی و ایرانی، ۱۳۹۷، صص ۱۶۵-۱۴۳)

ب- با توجه به مواد ۴۶۷ و ۴۶۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مسئول دیه جنایت‌های کمتر از موضعه واردہ از سوی نا بالغ یا مجنون، خودشان هستند که توسط اولیا و سرپرستان قانونی از مال آن‌ها پرداخت می‌شود.

اقدامات تأمینی را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: دسته اول، اقدامات تأمینی با خصوصیت غالب باز پروری (اقدامات تربیتی-درمانی، اقدامات مراقبتی-نظرارتی، اقدامات تأمینی جدا کننده) و دسته دیگر اقدامات تأمینی با خصوصیت غالب خشی سازی و طرد کنندگی. (رهامی، ۱۳۸۱، ص ۱۵۶)

اینک با این اوصاف به بررسی دستوراتی می‌پردازیم که دادگاه به استناد ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ می‌تواند بر مجرمان سابقه دار اعمال کند و مقنن آن دستورات را در

ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی احصاء کرده است و بعد از بیان آن به سراغ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ خواهیم رفت.

در توضیح مواد مورد نظر از قانون مجازات سابق باید گفت: نظر به این که ماهیت این دستورات، اقدام تأمینی است، با توجه به دسته بندی که از اقدامات تأمینی صورت گرفت، اقدامات مرتبط با بندهای شش گانه ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی، مورد بررسی قرار می‌گیرند. در گروهی از بزهکاران، ارتکاب جرم ناشی از بیماری‌ها و ابتلاء به عادت‌هایی است که قبل از اقدام به درمان یا ترک آن‌ها، اعمال هر مجازاتی بیهوده است.

بنابراین ضرورت دارد که نقص‌های جسمی روانی این نوع افراد در بیمارستان‌ها و مراکز تخصصی معالجه شود. (رهامی، ۱۳۸۱، ص ۱۷۰) در راستای توجه به این امر، قانون گذار در بند یک ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی، در مورد کسانی که مشمول تعلیق اجرای مجازات می‌گردند، چنین مقرر کرده است: «مراجعه به بیمارستان یا درمانگاه، برای درمان بیماری یا اعتیاد خود». (میرخلیلی و ایارگر، ۱۳۹۳، ص ۸۷)

یکی دیگر از دستورات مذکور در ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ که در بند ۳ به آن اشاره شده است، اشتغال به تحصیل در یک موسسه فرهنگی است. مهم ترین اقدام تأمینی برای پیشگیری از تکرار جرم، آموزش علمی و حرفه‌ای است. ضرورت تأسیس مراکز آموزش فنی و حرفه‌ای در بند ۴ ماده ۲ قانون اقدامات تأمینی راجع به تأسیس کارگاه‌های کشاورزی و صنعتی و بند یک آن ماده که ناظر به تأسیس کانون اصلاح و تربیت است، و نیز ماده ۶ قانون اقدامات تأمینی مورد تأکید قرار گرفته است.

در ماده ۶ قانون مذکور، قانون گذار برای دستور نگهداری مجرم در یک کارگاه کشاورزی یا صنعتی، مدت تعیین نکرده است و قاضی می‌تواند به صورت نا معین در مورد آن حکم کند. این در حالی است که قانون گذار در ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی قاضی را مکلف نموده که مجرم را برای مدتی که از دو سال متجاوز نباشد، به اجرای دستورات موضوع ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی ملزم نماید.

دسته دیگر از اقدامات تأمینی، با خصیصه غالب باز پروری و اصلاح، تدبیری است که از طریق دور کردن شخص از محیط‌هایی که زمینه تکرار جرم را فراهم می‌سازد، موجب اصلاح فرد بزهکار می‌شود. در مورد افرادی که دارای حالت خطرناک هستند، تا زمانی که عوامل ایجاد کننده

بزهکاری و موثر در ارتکاب جرم وجود داشته باشد و برای جدا ساختن شخص از آن عوامل و محیط اقدامی نشود، اعمال مجازات بی ثمر خواهد بود.(اردبیلی، ۱۳۹۶، ص ۱۲۱) طبق ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی در ارتباط با تعلیق اجرای مجازات، دادگاه می تواند در مدت تعقیق، محکوم علیه را ملزم به رعایت تکالیفی بنماید از جمله: خودداری از تجاهر به ارتکاب محرمات و ترک واجبات یا معاشرت با اشخاصی که دادگاه معاشرت با آنها را برای محکوم علیه مقصرا تشخیص می دهد.(بند ۴ ماده ۲۹ قانون مجازات ۱۳۷۰)

«خودداری از اشتغال به کار یا حرفه معین» «خودداری از رفت و آمد به محل های معین» موارد ذکر شده از مصاديق بارز اقدامات تأمینی جدا کننده می باشد. در این موارد، فرض بر این است که اشتغال به کار یا حرفه معین و معاشرت با افرادی که دادگاه مشخص کرده و یا رفت و آمد به محل های خاص، در ارتکاب جرم از طرف بزهکار موثر بوده و لازمه رفع «حالت خطرناک» و اصلاح و تربیت مجرم، جدا ساختن و دور کردن وی از این عوامل می باشد.

نوع دیگر از اقدامات تأمینی با خصیصه باز پروری، تدبیری است که با مراقبت و نظارت بزهکاران، اسباب اصلاح و تربیت آنان را فراهم می کند. در بند ۶ ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی، از جمله دستورهایی که دادگاه می تواند هنگام صدور حکم تعلیق مجازات نسبت به محکوم علیه صادر کند و اجرای آن را از وی بخواهد، معرفی خود در مدت های معین به شخص یا مقامی است که دادستان تعیین می کند. این خود نوعی اقدام تأمینی مراقبتی - نظارتی است که به منظور نظارت بر اعمال و رفتار مجرم خطرناک در جهت جلوگیری از تکرار جرم به کار گرفته می شود.(رهامی، ۱۳۸۱، ص ۱۷۱)

○ نتیجه گیری

ارائه تعریفی از مجرم خطرناک و بیان معیارهایی برای تشخیص این حالت از چالش های جدی پیش روی حقوق کیفری است، زیرا از آنجا که رفتار انسان بر اساس پذیرش اصل اراده آزاد قبل پیش بینی نیست و شرایط پیرامون بزه نیز از قبیل وضعیت بزهکار یا بزه دیده با محیط پیرامون جرم در همه موارد یکسان نیست و از طرف دیگر مدل ها و ابزار پیش گویی خطر و تعیین میزان خطرناکی مجرم ناکافی و توام با ایرادات و موانع جدی می باشند و همچنین از آن جا که برداشت های متفاوت از مفهوم مجرم خطرناک در سیاست جنایی و سیاست کیفری، قانون گذاری، اجرائ Kendrick مجازات و تلقی عموم جامعه و حتی رسانه ها وجود داشته و تأثیر متقابلی که این



عوامل بر یکدیگر دارند، نهایتاً منجر به پیچیدگی و دشواری پیش گویی رفتار پر خطر شده است. منظور از حالت خطرناک، حالتی است که شخصی از روی عدم علم و آگاهانه دست به ارتکاب جرایم و تکرار آنها می‌زند.

امروزه سلب آزادی پیشگیری محور با تکیه بر احتمالات مجرمانه، ویژگی اصلی نظامهای عدالت کیفری مدرن در اکثر جوامع شده است و توقف تامینی برخی مرتكبان که همزمان دارای اختلال روانی و حالت خطرناک تشخیص داده می‌شوند، یکی از جلوه‌های سلب آزادی با هدف پیشگیری زودهنگام از ارتکاب جرایم احتمالی در آینده است. نمودی از این سلب آزادی در قانون اقدامات تامینی و تربیتی و ماده ۴۸ مکرر مجازات سابق و اکنون ماده ۱۵۰ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ پیش بینی شده است. همچنین ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی سابق مراقبت تامینی بزهکار سابقه دار را پس از تحمل کیفر، پیش بینی می‌کرد.

با این تفاوت که در این ماده مراقبت و رویکرد پیشگیری محور نه به صورت سلب آزادی در محیط بسته، بلکه ناظارت در جامعه بود. در ماده ۴۸ مکرر نیز ارزیابی ریسک جرم مرتكب پیش بینی شده بود که یکی از معیارهای آن می‌توانست اختلال روانی باشد.

ماده ۱۵۰ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ که با اندکی تغییرات تکرار مفاد ماده ۵۲ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۰ است، با مینا قرار دادن جنون، اثبات خطرناکی چنین مرتكباتی را مبنای نگهداری تامینی تا زمان رفع این حالت قرار داده است. شرایط نگهداری مجنون مرتكب جرایم تعزیری در ماده ۱۵۰، شامل تشخیص خطرناکی فرد و مخل بودن آزادی او برای نظم و امنیت عمومی است. بدین ترتیب، بررسی اختلال روانی شاخص خطرناکی فرد محسوب می‌شود و نوع جرایم ارتکابی پیشین با احتمال ارتکاب جرم در آینده برای بررسی دامنه شمول اندام تامینی ضروری به نظر می‌رسد.

برخی از دغدغه‌های موجود در زمینه ناظارت بر مجرمان، گاهی از چنان درجه امنیتی برخوردار است که سیاست گذاران جنایی را در پیش بینی تدابیر ناظارتی در قوانین با تردید جدی مواجه می‌کند و گاهی پذیرش تدابیر ناظارتی، زمینه بروز مشکلات قانونی و اجرایی متعددی را در عمل فراهم می‌کند. در زمینه ناظارت و کنترل مجرمان خطرناک، شناخت و تمیز این بزهکاران از سایر مجرمان است، مهم‌ترین ملاک محسوب می‌گردد. مطمئن ترین روش شناسایی مجرمان خطرناک از سایر مجرمان، معرفی این مجرمان از سری قانون گذار است.

لازمه این امر تعیین ضابطه با معیار مشخص و دقیق از سوی قانون گذار است که زمینه نیز مجرمان خطرناک را از سایر مجرمین فراهم نماید، اما امروزه نبود همین معیار و ضابطه یکی از چالش‌های پیش رو می‌باشد. یکی دیگر از چالش‌های پیش رو، نظارت گریزی است که همین امر معلول خلاصهای قانونی و اجرایی است. عدم پیش بینی ضمانت اجرای مناسب در این خصوص یکی دیگر از چالش‌ها محسوب می‌گردد که با تصویب و اتخاذ ضمانت اجراهای مناسب می‌توان از این چالش نیز خارج شد. بنابراین در این خصوص لازم است دستگاه عدالت کیفری در رفع چالش‌های موجود برآید و با اتخاذ رویکردهای مناسب و کارآمد از بروز چالش‌های این چنینی جلوگیری نموده و زمینه نظارت بر مجرمان دارای حالت خطرناک را فراهم آورد.

○ منابع

- ابراهیمی، شهرام(۱۳۸۳). کنگرهای پنج سالانه پیشگیری از جرم و عدالت کیفری، دستاوردها و دورنمایی مجله حقوق دادگستری، ش ۵۲
- اردبیلی، محمد علی(۱۳۹۶). حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران، نشر میزان.
- آسیل، مارک(۱۳۸۱). دفاع اجتماعی نوین، ترجمه دکتر محمد آشوری و دکتر علی حسین بختی ابرند آبادی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- املی، پاتریک (۱۳۹۸). جرم و رسک، ترجمه یزدان صیقل و امیر ایرانی، نشر جنگل.
- ایارگر، حسین (۱۳۹۶). نظارت بر مجرمان خطرناک (رویکرد حقوقی - جرم‌شناسی)، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی امین.
- بابایی، محمد علی(۱۳۹۰). جرم شناسی بالینی، تهران، نشر میزان.
- بابایی، محمد علی(۱۳۹۴). جایگاه قانونی توسل به شخصهای زیستی، روانی و اجتماعی در تشخیص حالت خطرناک، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶.
- جودکی، بهزاد و عباس، محمود(۱۳۹۳). اجرای احکام کیفری نسبت به مجرمین در حقوق کیفری ایران، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۲۹.
- چغفری، مجتبی(۱۳۹۲). جامعه شناسی حقوق کیفری، تهران، انتشارات فاخر.
- خالقی، علی(۱۳۹۴). آین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات شهر دانش.
- رضوانی، سودابه(۱۳۹۱). مفهوم خطرناکی در گستره علوم جنایی، تهران، نشر میزان.
- رهامی، محسن(۱۳۸۱). اقدامات تأمینی و تربیتی تهران، تهران، نشر میزان.
- قاسمی مقدم، حسن(۱۳۸۸). رویکرد مدیریت خطر در پیشگیری از تکرار جرم، نخستین همایش ملی پیشگیری از جرم (مجموعه مقالات)، کارگروه پیشگیری از تکرار جرم و بزه دیدگی، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین(۱۳۸۸). کیفشناسی نو- جرم شناسی نو، درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطر مدار، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقالات)، تهران ، نشر میزان.
- نوربهه، رضا(۱۳۹۷). زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات گنج دانش.
- نوری، علی و سالارزایی، امیر حمزه(۱۳۹۵). شناسایی حالت خطرناک و شخصیت بزهکار، سومین کنفرانس بین المللی حقوق و توسعه پایدار جامعه مدنی.
- رستمی، هادی و سلیمانی، واحد(۱۳۹۶). رویکرد فایده گرایانه به مجازات در پرتو نظریه بت남، دوفصلنامه اندیشه‌های حقوق کیفری، شماره ۱، صص ۱۵۷-۱۳۷.
- عابدینی، زین العابدین(۱۳۸۷). ویژگی‌های شخصی مجرمین خطرناک، مجله کارآگاه، دوره دوم، شماره سوم، صص ۱۰۶-۹۴.



- عیداللی، اشین، پهرامی، همین (۱۳۹۰). توجه به حالت خطرناک برای مدیریت و کنترل بزهکاری، تعالیٰ حقوق، شماره ۱۴.
- میرخلیلی، سید محمود و ایارگر، حسین (۱۳۹۳). نظارت بر مجرمان: مبانی فقهی نظارت بر مجرمان خطرناک، دانش انتظامی، شماره ۱۶.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و ایارگر، حسین (۱۳۹۳). نظارت بر مجرمان خطرناک چالش‌ها و راهکارهای، پژوهش‌های حقوق کیفری، ۱۳۹۳، شماره ۶.
- فروغی، فضل الله؛ و ایرانی، امیر (۱۳۹۷). «بازناسی معیاردار از تحولات ارکان رفتارهای مجرمانه مخاطره‌آمیز»، مدیریت مخاطرات محیطی، دوره پنجم، شماره ۲، ص ۱۴۳-۱۶۵.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ و رضوانی، سودابه (۱۳۹۴). «سلب آزادی پیشگیری محور با تأکید بر ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره ۱۲، ص ۹-۴۲.



پدیدار نگاری لزوم هم آیینی زوجین

فراست محمدی بليان آباد

دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، آموزشکده فنی و حرفه‌ای دختران سنندج، کردستان، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۷.۰۵ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۷.۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۱.۲۳

چکیده

لزوم هم آیینی زوجین یکی از شروط انعقاد عقد نکاح در فقه و حقوق اسلامی می‌باشد و عدم این همسویی عدم انعقاد عقد در ابتدا و انحلال در استمرار نکاح را در بی‌دارد، تاثیر این مساله در زندگی مشترک را بنابر مبتلا به بودن آن می‌توان از افراد جامعه نیز جویا شد، پژوهش حاضر مساله محوری لزوم هم آیینی زوجین را با رویکردن کیفی و مبتنی بر راهبرد پدیدارنگاری بر اساس دیدگاه دانشجویان دکتری دانشگاه سیستان و بلوچستان مورد بررسی قرارداد، و مصالجه بصورت نیمه ساختمند صورت گرفت و دو مفهوم آین و لزوم هم آیینی زوجین در قالب دو سوال پدیدارنگاری شد، حاصل آنکه مولفه‌های روش زندگی، قواعد کلی، ابزار پیمودن مسیر، چارچوب در بیان مفهوم دین و آیین، از مشارکت کننده‌ها احصا شد و لزوم هم آیینی زوجین بدلیل حصول رفاه روانی، آرامش و خوشبختی، اسقرار و تحکیم زوجیت و تربیت صحیح فرزندان، بنا بر دیدگاه شرکت کننده‌ها انتاج گردید.

وازگان کلیدی: هم آیینی، زوجین، پدیدارنگاری، ازدواج، فقه.

Phenomenology of the co-ritual of couples

Abstract

The necessity of cohabitation of couples is one of the conditions for concluding a marriage in Islamic jurisprudence and law, and the lack of this alignment leads to the non-conclusion of the marriage at the beginning and dissolution in the continuation of the marriage. Members of the community were also asked. It emerged in the form of two questions, the result of which were the components of lifestyle, general rules, tools to follow the path, the framework for expressing the concept of religion, and the need for co-rituals for couples to achieve psychological well-being, peace and happiness, establishment and strengthening of marriage. Proper upbringing of children was produced according to the participants.

Keywords: homosexuality, couples, phenomenology, marriage, jurisprudence.

۰ مقدمه

همدیگر را فهمیدن و علت رفتارهای همدیگر را درک کردن و به دیگری در سلیقه ها و باورها و رفتارهای شخصی اش حق دادن. در زندگی برای رسیدن به تفاهم باید عوامل و شرایطی مهیا باشد که قبل از ادواج، زن و مرد با توجه و عنایت کافی به آنها تفاهم هر چه بیشتر را در زندگی فراهم آورند. زن و مرد باید به رذغم تفاوت های فردی خود (که حاصل عوامل ارثی، محیطی و رشد در طول زمان است) یکدیگر را درک کنند، زیان یکدیگر را بفهمند، تفاوت در سلیقه ها را بشناسند و در در عین تلاش برای خودسازی و تکامل، یکدیگر را همان گونه که هستند پیذیرند. از جلوه های تفاهم می توان به همسویی آیینی زوجین اشاره کرد. مکان متاثر شدن افراد از آیین و دین خانواده است، بسیاری از عادات، سلوک، رفتار و اخلاق فرد در زندگی در بستر خانواده آموخته می شود. بنا بر این، تشابه در وضعیت تربیتی و فرهنگی خانواده دختر و پسر، از اهمیت بالایی برخوردار است و عدم تشابه و یا تضاد در شیوه های تربیتی در دو خانواده می تواند منشأ بسیاری از اختلافات و درگیری های زن و مرد در زندگی باشد. از این رو همسویی آیینی زوجین مساله ای مهم و قابل توجه در انسجام خانواده و عدم وقوع اختلافات در میان خانواده ها می باشد.

در قانون موضوعه، عقد نکاح، از عقود لازم است؛ یعنی هیچ یک از طرفین نمی تواند آن را به میل خود و بدون رضایت دیگری فسخ کند، مگر در موارد خاصی که معین شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، صص ۲۶۰۵ و ۲۶۰۲). مشروعيت نکاح در اسلام با کتاب و سنت و اجماع ثابت است و حکمت از آن، عفاف مرد و زن از وقوع در حرام و حفظ نسل و توالد و حفظ نسب و ایجاد خانواده و تعاون بین افراد است. ارکان ازدواج صیغه عقد و زوجین می باشند که هر کدام از این ها نیز باید دارای شروطی از جمله رضایت طرفین و حضور شهود و معین بودن طرفین و .. می باشد. از جمله شروط زوجین برای انعقاد این عقد بنابر متون اسلامی هم آیینی و هم کیش بودن زوجین است، تا جایی که اگر هم دین نباشند عقد نکاح آن ها منعقد نمی شود، و حتی اگر این تفاوت آیینی در اثنای ازدواج و دوران زندگی مشترک آن ها واقع شود، نکاح آن ها را منحل می کند.

جدای از آراء فقهی و قوانین موضوعه در این رابطه، می توان موضوع را از دیدگاه افرادی که با این قضیه مواجه هستند و به عنوان فردی که در خانواده زیسته و تشکیل خانواده می دهد بررسی نمود ، با این پرسش که آیا همسویی آیینی مابین زوجین برای تشکیل و استمرار زندگی



مشترک لازم است یا نه. برای بررسی این موضوع از روش تحقیق پدیدارنگارانه استفاده شده است زیرا هدف این است که موضوع پژوهش از نگاه پدیدارنگارانه و تجربی شخصی افراد مورد بررسی قرار بگیرد.

پدیدارنگاری رویکردی پژوهشی است که برای پاسخگویی به سوالات معینی در مورد تفکر و یادگیری طراحی شده است، با این پیش فرض که افراد متفاوت یک پدیده معین را به شیوه‌های یکسان تجربه نخواهند کرد، بلکه در این باره طیفی از شیوه‌هایی وجود دارد که افراد مختلف یک پدیده را درک کرده و یا تجربه مینمایند، پیش فرض دیگر مطالعات پدیدارنگاری، در مورد ماهیت مفاهیم و شیوه دستیابی به آنهاست؛ مفاهیم ساخته تعامل بین انسانها و تجارب آنها از دنیای بیرون است، به ویژه اینکه مفاهیم از تفکر یک موجود انسانی در مورد دنیای بیرونی اش ناشی می‌شوند یکی دیگر از پیش فرض هایی که در پژوهش پدیدارنگاری بسیار با اهمیت است این است که مفاهیم یک فرد از طریق شکل‌های متفاوتی از عملکردها، خاصتاً از طریق زبان، قابل دستیابی می‌باشند. با توجه به این پیش فرض‌ها در مورد پدیدارنگاری، روش است که پدیدارنگاران بر کشف حقیقت یا واقعیت متمرکز نیستند، یعنی از نگاه آنان خود واقعیت یا اینکه یک پدیده واقعاً چیست، مد نظر نمی‌باشد بلکه چگونگی پدیدار شدن یک پدیده برای افراد متفاوت مدل نظر است (دانایی فرد و کاظمی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۱-۱۳۰).

نمونه گیری: در پژوهش‌های کیفی نمونه گیری هدفمند است و مصاحبه شوندگان افرادی هستند که قادرند اطلاعات زیادی را در مورد موضوع پژوهش فراهم آورند و معیارهای نمونه گیری را برآورده سازند، در این پژوهش نیز از نمونه گیری هدفمند استفاده شده و جامعه آماری دانشجویان دکتری دانشگاه سیستان و بلوچستان بودند که با ۸ نفر از افرادی که در رابطه موضوع مورد بحث دانش و تجربه شخصی و اجتماعی کافی داشتند، مصاحبه شد. در این پژوهش در مصاحبه پنجم به بعد اشباع نظری حاصل گردید. به دلیل اینکه مصاحبه شوندگان در مناطق جغرافیایی مختلف حضور داشتند و امکان دسترسی به آنها به سادگی میسر نبود و همچنین، به دلیل مشغله نسبی مصاحبه شوندگان، از روش مصاحبه متنی استفاده شد و پرسش مصاحبه از طریق شبکه مجازی و کانال تلگرامی مخصوص دانشجویان دکتری دانشگاه سیستان و بلوچستان، برای آنها ارسال و پاسخ‌های مرتبط دریافت گردید و در موارد لزوم توضیحات بیشتری از آنها خواسته شد. البته مصاحبه‌های متنی مزایای قابل توجهی از جمله حذف برخی مراحل مانند مکتوب سازی مصاحبه هارا دارد.

فرایند تحلیل داده ها: در مطالعات پدیدارنگاری تحلیل داده ها، فرآیندی تکراری و چندباره است. پس از مرحله آوانویسی مصاحبه ها، پژوهشگر باید برای تحلیل منظم و منطقی دادهها، آنها را با استفاده از رویه کدگذاری نظری، کدگذاری کند و سپس با بررسی و مقایسه این کدها و موضوعات آنها با هم و تشخیص تفاوت ها و شباهت های آنها، طبقات توصیفی (یا همان زمینه های اصلی) ابتدایی خود از پدیده را شکل میدهد. با در ذهن داشتن این طبقات ابتدایی، پژوهشگر دوباره رونویس مصاحبه ها را بررسی میکند تا در یابدکه آیا طبقات استخراج شده توان توصیف کنندگی و دلالت کافی بر داده ها را دارند، و این فرآیند اصلاح و بازنگری تا جایی ادامه می یابد که به نظر رسید طبقات اصلاح شده سازگار با دادههای مصاحبه هستند. درنهایت، پژوهشگر پدیدارنگار باید هر کدام از مفاهیم یا طبقات به دست آمده را در قالب یک طبقه توصیفی ارائه دهد؛ این طبقه توصیفی شامل ساختار کامل یک مفهوم (عنصر ارجاعی، عنصر ساختاری، افق بیرونی، افق درونی و عناصر اافق درونی) است. عنصر ارجاعی، گزاره ای است که بیانگر تجربه زیست شده و باورهای بنیادین فرد در خصوص مفهومی مشخص است. عنصر ساختاری، ساختار تجربه زیست شده (آگاهی) فرد را ترسیم میکند. افق بیرونی، مرز ادراکی و جهانبینی فرد نسبت به مفهوم را می سنجد و افق درونی نیز، مبین کانون توجه فرد نسبت به مفهومی است که از سپهر تجربه فرد گذشته است. گفتنی است که، عناصر متغیر، شامل خرد مفاهیم متغیری هستند که در بطن افق درونی یا عنصر ثابت جای می گیرند. پس از تشکیل این طبقات، از آنجاکه پدیدارنگار سعی در درک عمیق موضوع و ارائه مفهومی چند بعدی از یک پدیده را دارد، می کوشد تا در صورت امکان، طبقات توصیفی به دست آمده (مفاهیم متفاوت) را در قالب ساختاری بزرگترکه "فضای نتیجه" نامیده میشود، مرتبط ساخته و ترکیب نماید تا تصویری کامل تر و چند بعدی از مفاهیم متفاوت افراد تحت مطالعه را ارایه دهد (قبادی و بلند همتان، ص ۳۳۷).

در این تحقیق که جامعه آماری دانشجویان دکتری دانشگاه سیستان و بلوچستان هستند، که پس از مصاحبه با شرکت کنندگان، متن مصاحبه ها به دقت مورد بررسی قرار گرفت و با تشکیل طبقات توصیفی و انجام کدگذاری نظری، تفسیرهم صورت گرفت و از آن پس فضای نتیجه حاصل شد.

بحث مماثله آبینی برای عقد و استمرا زوجیت در غالب کتب فقهی و حقوقی در بحث مناکحات بیان شده است مخصوصا در بحث شروط و موافع نکاح، در کتب مرجعی همانند شرایع الاسلام محقق حلی و جواهر الكلام نجفی و کتاب حقوق خانواده، دکتر لیگرودی و کتاب بررسی



فقهی حقوق خانواده نکاح و انحال آن نوشته مصطفی محقق داماد و مقالات نظری بررسی تطبیقی تاثیر اختلاف دارین در فسخ نکاح از منظر فقه فریقین نوشته فراست محمدی بلبان اباد و امیر حمزه سالارزایی که در مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی شماره ۱۹ بچاپ رسیده است. اما لازم به ذکر است این پژوهش با این ساختار و روش پژوهشی در زمینه مباحث فقهی- حقوقی تاکنون صورت نگرفته است و بیشتر تحقیقات در این باب از نوع توصیفی_تحلیلی است، و روش تحقیق پدیدارنگاری بیشتر در مباحث سازمانی و مدیریتی و آموزشی مورد استفاده قرار گرفته است و مقالات و کتب زیادی نیز در آن وجود دارد اما برای مباحث فقهی و حقوقی این روش تاکنون مورد استفاده نبوده است.

○ مفهوم شناسی مصطلحات

○ آیین

در فرهنگ فارسی معین برای واژه آیین معانی زیر آمده است: رسم ، عادت ، معمول ، متداول ، مرسوم ، سنت ، شیوه ، روش . کردار . قاعده ، قانون . سامان ، اسباب . زیب ، زینت . فر ، شکوه ، مذهب ، کیش . تشریفات . طبیعت ، نهاد ، فطرت . شهرآرای ، جشن (فرهنگ معین ذیل واژه آیین) اما با توجه به اینکه مراد و منظور از آیین در عرف و جامعه ما دین است معانی ای که برای دین هم بیان شده می آید؛ معنای واژه دین عبارت است از: جزا و مكافات ، حساب و بررسی ، اطاعت و انتیاد ، ملت و آیین ، روش و عادت ، چیرگی و برتری ، تدبیر امور ، و آنچه وسیله پرستش خداوند است (شرتوانی ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۶۲-اصفهانی ، بیتا ، ص ۳۲۳-۳۶۲ طرحی ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۷۷۶- طبرسی، بیتا، ج ۱، ص ۲۴) در معنای اصطلاحی دین نیز آمده است: «دین، عبارت است از مجموع عقاید، اخلاق، قوانین و مقرراتی که برای اداره امور جامعه انسانی و پرورش انسانها باشد. گاهی همه این مجموعه، حق، و گاهی باطل ، و زمانی مخلوطی از حق و باطل باشد. اگر همه مجموعه، حق باشد، آن را دین حق، و در غیر آن، دین باطل یا التقاطی از حق و باطل نامند (جوادی آملی، بیتا، ص ۹۳). دین یک نهضت همه جانبه به سوی تکامل است (تبریزی، ۱۴۲۹، ص ۲۹) هدف اساسی دین، مؤمن ساختن انسانها... به ایمانی که به زندگی، جهتی مشخص می دهد و شکل و شیوه خاصی از زندگی و بایدها و نبایدها و احکام و قوانین را طلب می کند و این قوانین سبب می شود تا انسان از گذرگاه حیات به سلامت بگذرد (مکارم شیرازی ۱۴۲۷، ص ۶۶) دین: مجموع دستورهای خداوند متعال به بندگان (جمعی از پژوهشگران ۱۴۲۶، ص ۶۸۵).

○ پدیدارنگاری

پدیدارنگاری روشی است که در زمرة روش‌های پژوهش کیفی قرار می‌گیرد، در روش تحقیق پدیدارنگارانه، هدف دستیابی به درکی عمیق از مفاهیم متفاوت یک پدیده در نزد افراد مختلف می‌باشد، بر این اساس که افراد مختلف میتوانند تجارت و یا مفاهیم متفاوتی از یک پدیده داشته باشند، لذا پدیدارنگاری در پی احصا و طبقه بندی این تجارت مختلف است و بهمین دلیل مصاحبه‌های انفرادی عمیق را به عنوان ابزار کسب داده به کار می‌گیرد.

اصطلاح پدیدار نگاری در دو واژه یونانی نمایان شدن^{۴۹}، نورانی شدن^{۵۰} و توصیف یک چیز، ریشه دارد، این روش در دهه ۱۹۷۰ توسط فرنس مارتون^{۵۱} در دانشگاه گوتینبرگ سوئد ایجاد شد (دانایی فرد و کاظمی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۱-۱۳۰).

○ ۱- پدیدارنگاری لزوم هم آینی زوجین بر اساس دیدگاه شرکت کنندگان

در این مرحله آرا و نظرات شرکت کنندگان در تحقیق، حول مفهوم آین و لزوم هم آینی زوجین که در دو سوال جدا از هم پرسیده شد، بیان می‌شود.

○ ۱-۱- مفهوم "آین" از دیدگاه شرکت کنندگان

شرکت کننده‌ها در مصاحبه برای مفهوم آین بیاناتی داشتند که حد وسط آن را می‌توان چهارچوب و ابزار زندگی قرار داد. با توجه به آراء شرکت کننده‌ها، طبقات توصیفی و فضای نتیجه به دست آمده از تحلیل مصاحبه‌ها در ارتباط با سؤال نخست به قرار زیر است:

^{۴۹}- fenomenon

^{۵۰}- grafi

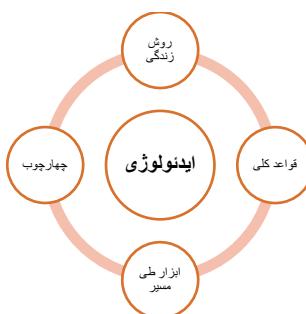
^{۵۱}- Ference Marton



شکل ۱-۱ مفهوم دین و آیین

جدول ۱-۱: تحلیل پدیدارنگاری داده های مرتبط با پرسش اول

ردیف	کد نظری	طبقه توصیفی
پرسش اول	روش زندگی قواعد کلی که باید به آن ها پایدار بود نهادی برای زندگی بهتر انسانیت چهارچوب معین اعتقاد قلبی خداوند ابزار پیمودن مسیر زندگی پدیده ای شخصی و فردی	مفهوم دین و آیین



شکل ۱-۱ نتیجه پرسش اول

۱-۱-۱-۱- بحث و بررسی

با توجه به تعریف دین و آیین که در ذیل آینین بیان شد و همچنین تعاریفی که از سوی مشارکت کننده‌ها در این تحقیق ارائه شده است، می‌توان گفت که جنبه کاربردی و عملی دین و آیین جلوه‌گر بوده است و باید ها و نباید ها و قوانینی که برگرفته از یک دین و آیین است بیشتر معرف آن می‌باشد. مثلاً شرکت کننده‌الف برای معانی دین و آیین نوشت: دین یعنی روش زندگی برای رسیدن به مقصد نهایی، و یا شرکت کننده‌ب: بنظرم دین و آیین یعنی داشتن یه سری قواعد کلی که باید بهشون پایدار بود و نباید هر جا به نفعت باشه پیروی کنی هر جا به ضررت باشه عمل نکنی. و نظر سایر شرکت کننده‌ها که در شکل ۱-۱ طبقات توصیفی آن آمده است.

این تعاریف که از مصاحبه شرکت کننده‌ها بدست آمد به وضوح نشان می‌دهد که زندگی کردن در جامعه‌ای که دین مدار بوده است در اندیشه آن‌ها و تصوری که از آیین و دین داشته‌اند تاثیر گذار بوده است و بر این باور هستندکه دین و آیین قابلیت تعیین چهارچوب و قوانین برای زندگی فردی و جمعی را دارا می‌باشد. در کل با در نظر گرفتن تعاریف لغوی و اصطلاحی دین و همچنین آراء شرکت کننده‌ها در مصاحبه، می‌توان نتیجه گرفت که ایدئولوژی و عبارتی بایدها و نباید هایی که جهت دهنده زندگی و اهداف اشخاص بوده است معرف دین و آیین باشد. مقدم بر ایدئولوژی که از پاسخ شرکت کننده‌ها برای مفهوم آیین احراز و احصا می‌شود، نباید از جهانی‌بینی ای که علت نحوه پاسخگویی شرکت کننده‌ها در این مصاحبه بود غافل بود، چرا که باورمند بودن به این که دین و آیین توانمندی وضع قانون و چهارچوب را دارا می‌باشد، خود



وامدار جهانی‌بینی ای می‌باشد که به پیروانش اینگونه آموخته است که این دین و آیین و طرز فکر توانایی تبدیل شدن به باید و نباید را داراست و در زندگی فردی و جمیعی قابل اعمال است.

○ لزوم هم آیینی زوجین از دیدگاه شرکت کنندگان

سوال دوم که مشارکت کننده‌ها پاسخ دادند لزوم هم آیینی زوجین بود، که آیا لازم است که زن و مردی که قصد ازدواج دارند و یا اینکه در قید نکاح می‌باشند از یک دین و آیین پیروی کنند، در آراء فقهای اسلامی و بنابر رای مشهور آن‌ها، از شروط و لوازم انعقاد عقد نکاح اشتراک آیینی زوجین است که با فقدان آن عقد نیز به وقوع نمی‌پیوندد، علاوه بر ابتدای انشا عقد، این مسئله در استمرار نکاح نیز تاثیر گذار می‌باشد.

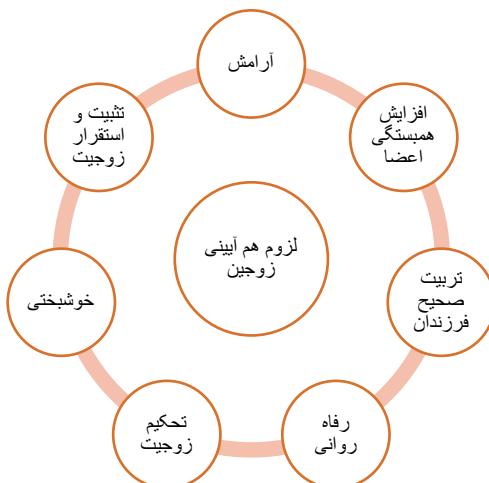
با این پیش زمینه طبقات توصیفی و فضای نتیجه به دست آمده از تحلیل مصاحبه‌ها با مشارکت کنندگان در ارتباط با سؤال دوم به قرار زیر است:



شکل ۱-۲: لزوم هم آیینی زوجین

جدول ۱-۲: تحلیل پدیدارنگاری داده های مرتبه با پرسش دوم

طبقه توصیفی	کد نظری	ردیف
لزوم هم آیینی زوجین	متاثر شدن روابط	پرسش دوم
	کاهش سردرگمی	
	کاهش کشمکش	
	یکپارچگی و یکدستی	
	تسهیل در تربیت	
	حذف دوگانگی	
	افزایش آرامش	
	عدم لزوم هم آیینی	



شکل ۱-۲: فضای نتیجه سوال دوم

۱-۲-۱- بحث و بررسی

غالب آرای مشارکت کننده ای عارض از این است که زوجین در صورت هم آیینی در رفاه روانی بیشتری خواهند بود و این رفاه به سایر اعضا یعنی فرزندان نیز تسری خواهد یافت. از آنجا که لزوم همسویی آیینی زوجین از قوانین حقوق و فقه اسلامی است آرا و نظرات فقهی و حقوقی بیان می شود:



۱-۲-۱- لزوم هم آیینی زوجین در فقه و حقوق اسلامی

در حقوق اسلام تاکید بر این است که برای انعقاد و استمرار عقد نکاح، زوجین باید هم آیین باشند، تاجایی که طبق ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست. بموجب مادهٔ فوق زن مسلمان نمی‌تواند با مرد غیرمسلمان نکاح نماید و عموم آن بر ا نوع نکاح (دائم- منقطع) شمول دارد و نسبت به حالت عکس یعنی ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمه قانون مسکوت است.

با مراجعه به متون و متابع فقهی در این زمینه چنین عنوان شده است:

الف: نکاح زن مسلمان با مرد کافر: تمام مسلمانان نکاح زن مسلمان با مرد کافر را حرام و باطل می‌دانند و در این باره به آیه ۲۲۱ از سوره بقره خداوند می‌فرماید: "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنْ ... أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۖ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ يَأْذِنُهُ ۖ وَيَبْيَّنُ آيَاتِ اللَّّٰهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ" (بقره ۲۲۱)

«زنان مشرکه را تا ایمان نیاورده اند به زنی می‌گیرید و کمیز مؤمنه بهتر از آزاد زن مشرکه است، هر چند شما را از او خوش آید و به مردان مشرک تا ایمان نیاورداند. زن مؤمنه مدھید و بنده مؤمن بهتر از مشرک است، هر چند شما را از او خوش آید اینان به سوی آتش دعوت می‌کنند و خدا به جانب بهشت و آمرزش و آیات خود را آشکار بیان می‌کند، باشد که بیندیشید.»

آنجا که خداوند می‌فرماید "يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ" بیانگر یکی از حکمت‌های تحریم این نوع ازدواج است چرا که همسران کافر و مشرک همسران مومن و مسلمان خود را به اسباب ورود به جهنم که همان شرک و کفر است دعوت می‌نمایند.

علامه طباطبائی در ذیل آیه شریفه می‌گوید: فسق و فجور ملکه انسان مشرک است و هر گفتار و عملی که از او سر می‌زند مبتنی بر شرک و کفر است در نتیجه با گفتار و کردارش دیگران را به کفر و شرک دعوت می‌کند. (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۲۰۲)

در کتاب وسائل آمده است: قبل از آیه ۲۲۱ سوره بقره مسلمانان با اهل کتاب از یهود و نصاری ازدواج می‌کردند تا این آیه نازل شد، سپس خداوند این آیه را با آیه ۵ سوره مائدہ "وَطَعَامُ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ" « چیزهای پاکیزه برای شما حلال شده؛ و (همچنین) طعام اهل

کتاب، برای شما حلال است؛ و طعام شما برای آنها حلال؛ و (نیز) زنان پاکدامن از مسلمانان، و زنان پاکدامن از اهل کتاب، حلالند «نسخ نمود و ازدواج با آنها را مباح نمود ولی باز با آیه ۱۰ سوره ممتحنه "ولَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِر" این را نیز نسخ نمود. (حرعاملی، بیتا: ۴۱/۱۴).

آیه "لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحْلُونَ لَهُنَّ" (۱۰۱ ممتحنه) دلالت دارد که اگر بین زوجین اختلاف دار پیش بیاید جدایی حاصل می شود، زیرا عدم حل، با رفع و زوال نکاح ایجاد خواهد شد. و همچنین "ولَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِر" دلالت بر وجوب فرقت بین زوجین بخاطر اختلاف دارد، زیرا خداوند مومنین را از عصمت کافرها منع نموده است، منظور از عصمت در اینجا نکاح است.

جصاص می گوید این آیه نمونه هایی دال بر وقوع فرقت بین زوجین با اختلاف دار است، و اختلاف دارین این است که یکی از زوجین از اهالی دار حرب باشد و دیگری اهل دارالسلام باشد (جصاص، ۱۴۰۵: ۳۲۸/۵). خداوند می فرماید: "وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا" او هرگز برای کافران به زیان مسلمانان راهی نگشوده است (۱۴نساء: ۶۱) چرا که در ازدواج نوعی ولایت هست علی الخصوص اگر زن مسلمان باشد و مرد غیر مسلمان، که استمرار ازدواج این دو منجر به ولایت کافر بر مسلمان خواهد شد، پس برای جلوگیری از ایجاد این سلطه و ولایت در صورت وقوع اختلاف دار مابین زوجین، حکم به فسخ ازدواج آن ها داده شده است.

در روایت است که أمیرالمؤمنین (ع) به شوهر زن مجوسی ای که قبل از نزدیکی، زن مسلمان شده بود گفت: "أَسْلَمْ فَأَبْيَ زوجها أَنْ يَسْلِمْ ، فَقَضَى لَهَا عَلَيْهِ نَصْفَ الصَّدَاقِ ، وَقَالَ : لَمْ يَزَدْهَا إِلَّا عَزْرَا" (حرعاملی، بیتا: ۱۴/۴۲۲) و بین آن ها جدایی افکند، و همچنین روایت: "إِذَا أَسْلَمَتْ امْرَأً وَزَوْجَهَا عَلَى غَيْرِ إِلَّا عَزْرَا" (حرعاملی، بیتا: ۱۴/۴۲۲) در این روایت حکم به فرقت زوجینی که دچار اختلاف دار شده اند به وضوح صادر شده است. امام صادق از پیامبر(ص) نقل نموده "المرء على دين خليله و قرينه" (کلینی، ۱۳۶۵: ۶۴۲/۲) انسان هم کیش دوست و رفیق خویش است، و با توجه به این که زوجین دوست و رفیقند ممکن است همسر مسلمان از آیین و دین خود دست برداشته و به دین و آیین همسر غیر مسلمان در آید.

ب- اما در مورد ازدواج با اهل کتاب نیز سه دیدگاه وجود دارد: ۱- جمهور فقهها رای به جواز نکاح کتابیه ذمیه داده اند. ۲- نکاح زن اهل کتاب مطقاً حرام است چه ذمیه باشد چه حریبه.

۳- مکروه بودن ازدواج با زن کتابی (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۲۴).



در کل اقوال فقهای امامیه در این زمینه را می توان در سه گروه جای داد:

۱-حرام بودن، حتی در صورت اضطرار.

۲-جایز بودن حتی در صورت اختیار.

۳-جایز بودن تنها در صورت اضطرار(شیخ مفید، ۱۴۱۷، ص ۵۰۰، ابن ادريس، ۱۴۱۰، ج ۲،

ص ۵۴۱-کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۳۲-طوسی ۱۳۸۷، ج ۴، صص ۲۰۹ و ۲۱۰)

بنابراین می توان گفت در رابطه با ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمان اتفاق نظر وجود ندارد و اختلاف نظرهایی در این رابطه وجود دارد اما نهایت اینکه، چون اجماع بر نهی آن نیست پس می توان جایز دانست.

در کتب فقهی مساله دین زوجین درسه مبحث شروط صحت نکاح و کفایت زوجین و موانع نکاح مطرح شده است، اما این دین مطرح شده از طرف فقها نه شرط صحت نکاح، نه شرط لزوم نکاح است و این مماثله بین زوجین را بخاطر دفع عار در امور خاصی که باعث افزایش استقرار و ثبات زندگی مشترک می شود بشمار آورده اند.(الدسوقي،بی تا، ج ۲، ص ۲۴۹- بهوتی،بی تا، ج ۶۸، شربینی، ۱۹۹۴، ج ۴، ص ۲۷۶ - ابن عابدین، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۸۷ - زحلی، ۲۰۰۹، ج ۹ ص ۲۱۶)

مضافا اینکه در مورد تاثیر کفایت بر صحت و لزوم نکاح اختلاف نظر وجود دارد تاجایی که برخی فقها عدم وجود آن را مضر عقد نمی دانند و ازدواج بدون آن را صحیح و لازم می دانند: کفایت در لغت مماثله و مساوات است،پیامبر(ص) می فرماید: «المسلمون تتکافأً دماءهم»(شوکانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۳۲۳ - عباد،بی تا، ج ۱۰، ص ۳۲۵) یعنی مساوی هستند،و "ولم يكن له كفواً أحد" (الإخلاص: ۴) یعنی مثل و مانند ندارد.

کفایت در اصطلاح فقها مماثله بین زوجین بخاطر دفع عار در امور خاصی است،کفایت نزد مالکیه در دین و مال است و نزد جمهور در دین و نسب و حریت و حرفة است، حنفیه و حنابله مال را به این موارد افروزه اند(الدسوقي،بیتا، ج ۲، ص ۲۴۹ - بهوتی،بی تا، ج ۵، ص ۶۸- شربینی، ۱۹۹۴، ج ۴، ص ۲۷۶ - ابن عابدین، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۸۷) چرا که این ها باعث افزایش استقرار و ثبات زندگی مشترک می شود و خوشبختی زوجین را تامین می کند(زحلی، ۲۰۰۹،

ج^۹ص۲۱۶). بعضی از حنفیه بر این نظرند که کفایت اصلاً شرط نیست نه شرط صحت نکاح و نه شرط لزوم و زوج چه هم کفاً زوجه باشد چه نباشد ازدواج صحیح و لازم است.

از جهتی دیگر کفر یکی از موانع نکاح است و موانع نکاح اموری هستند که عدم آنها درنکاح شرط است و وجود آنها مانع صحت نکاح می باشند. (بهوتی، بی تا، ج^۵ص۶۸) مانند شرك و کفر (ابن عابدین، ج^{۱۴}ص۲۸، ج^{۱۲}ص۱۴) در قرآن کریم، به مستله ممتویت ازدواج با کافران و مشرکان فقط در سوره های مدنی پرداخته شده و در سوره های مکی فقط از حرمت زنا و آمیزش نامشروع سخن به میان آمده است (مومنون^۷).

برخی عقیده دارند تا سال ششم هجری، منعی در ازدواج با کافران نرسیده بودو آیات تحریم بعد از آن نازل شده است (طباطبایی، ج^{۱۴}ص۱۷، ج^{۱۵}ص۸۱) سرخسی از فقهای حنفیه می گوید که یک مسلمان می تواند با یک کتابی غیر مسلمان در دارالحرب ازدواج کند. با این حال، او معتقد بود که این ازدواج سزاوار سرزنش (مکروه) است.

او سه دلیل برای این حکم ذکر نموده است. اگر مرد مسلمان با یک زن کتابی ازدواج کند، مرد ممکن است زندگی در دارالحرب را انتخاب کند و این با حدیث پیامبر(ص) برنجی ماندن در میان مشرکان مخالف خواهد بود. این وضعیت مرد را در معرض خطر برده شدن قرار میدهد و نیز ممکن است به فرهنگ پذیری از ارزش ها و اصول اخلاقی از کفار، که مستلزم فتنه است منجر شود (سرخسی، ج^۳ص۹۹۳، ج^۳ص۹۸).

اگر چه در تحلیل اخیر از آراء فقهاء سعی شده که اختلاف دین را از موانع نکاح جلوه ندهد و یکی از موارد کفایت زوجین بحساب آورد و کفایت نیز در صحت نکاح هیچ تاثیری ندارد، ولی توجه به این امر مهم که همسوی دین و آین زوجین که یکی از اصلی ترین پایه های تشکیل زندگی می باشد، در تحکیم و استواری و استمرار زندگی زوجین و خوشبختی آن ها تاثیر گذار خواهد بود قابل اغماض نمی باشد.

همانطور که در شکل ۱-۲ طبقات توصیفی آراء شرکت کننده ها پیداست، لزوم هم آینی زوجین تایید شده است. برخی از نظرات در این رابطه چنین است: عدم هم آینی از میزان آرامش وجودی کاسته می کاهد، در تربیت فرزند و انتخاب دین فرزند دچار مشکل می شوند، عدم هم آینی یکی از مهم ترین عوامل جدایی زن و شوهر می باشد.



پاسخ شرکت کننده‌ها به این سوال از لحاظ استدلال و تحلیل قضیه، و این که توافق بر بهتر بودن هم آیینی زوجین، لزوماً همراه و همانند ادله فقهها برای لزوم هم آیینی زوجین، از این نظر که عدم هم آیینی منجر به ضاله رفتن طرف غیر مسلمان یا منجر و مجبور شدن او به پیروی از قوانین فکری و عملی طرف مقابل، نمی‌باشد ولی باز از منظری دیگر و بنابر دلایل روز مشارکت کننده‌ها، بر ترجیح و برتری هم آیینی زوجین رای داده‌اند، شاید اگر جامعه آماری مصاحبه از دانشجویان رشته فقه می‌بودند ادله آن‌ها مشابه فقهها بر این همانندی آیینی بیان می‌کردند.

بنابراین ترجیح در این مساله به استناد نتایج احصا از این پدیدارنگاری، اولویت هم آیینی زوجین در امر ازدواج است.

○ نتیجه گیری

پدیدارنگاری روشی پژوهشی است که مبتنی بر ، دستیابی به درکی عمیق از مفاهیم متفاوت یک پدیده در نزد افراد مختلف می‌باشد.

دین، مجموعه قوانین و باید‌ها و نباید‌ها و به عبارتی ایدئولوژی است.

هم آیینی زوجین بخاطر حفظ آرامش و رفاه روانی و تربیت صحیح فرزندان و ثبات و اسقرار و تحکیم خانواده لازم است.

○ منابع

منابع فارسی

- تبیریزی، جعفر سبحانی(۱۴۲۹ق)، رساله توضیح المسائل ، در یک جلد، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر(۱۳۷۸)، ترمیثولوژی حقوق، تهران ، نشر کتابخانه گنج دانش
- جمیع از پژوهشگران زیر نظر شاهروdi، سید محمود هاشمی(۱۴۲۶ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۳ جلد، قم - ایران، اول ، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام
- حوالی آملی، عبدالله (بی تا) ، شروعت در آینینه معرفت، قم ، مرکز نشر اسراء
- دانایی فرد، حسن، کاظمی، حسین(۱۳۸۹ق)، ارتقای پژوهشی تفسیری درسازمان: مروری بر مبانی فلسفی و فرایند اجرای روش پدیدارگاری، فصلنامه مطالعات مدیریت بهبود و تحول، شماره ۶۱، صص ۱۲۱-۱۴۷
- قباید، بهنام، کیوان بلدهمنان ، تبیین "معنای زندگی" از دیدگاه معلمان در فرایند تربیت معنوی ، Irwww.SID.

منابع عربی

- ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد حلی(۱۴۱۰)، السراير الحاوی لتحرير الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین
- ابن عابدین، محمد أبیین بن عمر بن عبد العزیز عابدین الدمشقی الحنفی(۱۴۱۲ق) رد المحتار على الدر المختار ، الطبعة: الثانية، بيروت - دار الفكر
- ابن قدامة، عبدالله بن احمد(۱۴۰۵ق)، المنهی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الطبعة الأولى ، بيروت ، الناشر : دار الفكر اصفهانی، راغب(۱۴۱۲ق) ، مفردات فی غرب القرآن، مشتق، دار الفلام
- بحاری، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم(۱۴۰۵ق)، الحدائق الناصرة فی أحكام المترة الظاهریة، ۲۵ جلد، قم ، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- بهوتی حنبلی ، منصور بن یونس بن صالح الدین ابن حسن بن ادریس (بی تا) ، کشاف القناع عن متن الإقانع بیروت: دار الكتب العلمية
- سوق المالکی، محمد بن احمد بن عرفه(بی تا) ، حاشیة الدسوقي على الشرح الكبير، بیروت الناشر: دار الفكر زحلی، وهبة(۲۰۰۷) ، الفقہ الاسلامی وادلةً - دمشق، الناشر : دار الفكر
- سرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل شمس الأنقم(۱۴۱۳ق)، المیسوط - بیروت ، الناشر: دار المعرفة شریینی الشافعی ،شمس الدین محمد بن احمد الخطیب(۱۴۹۹ق) ، منهی المحتاج إلی معرفة معانی ألفاظ المنهاج،Bیروت: دار الكتب العلمية
- شرطونی، سعید(۱۳۹۲ق)، اقرب الموارد، چاپ سوم ، نشر اسوءه شوکای یمنی، محمد بن علی بن محمد بن عبد الله(۱۴۱۳ق) ، نبیل الأطوار،تحقيق: عصام الدين الصباطی، الطبعة: الأولى، مصر، الناشر: دار الحديث
- شيخ طوسی، محمد بن حسن بن علی بن حسن (بی تا) ، الخلاف ، قم،نشر جمیع مدرسین
- شیرازی، ناصر مکارم(۱۴۲۷ق) ، دائرة المعارف فقه مقارن، در یک جلد، قم - ایران، اول، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب عليه السلام
- طباطبائی، محمد حسین (۱۴۱۷ق) ، المیزان فی تفسیر القرآن،قم:دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه طبرسی، امین الاسلام(بی تا) ، مجمع البیان، بیروت: المکتبة الاسلامیة
- طربیحی، فخر الدین بن محمد(۱۳۷۵)، مجمع البحرين- تهران ، نشر مکتبه مرتضویه
- طوسی، ابو جعفر محمدبن حسن(۱۳۸۷)، المیسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم تهران، چاپ مکتبه مرتضویه لاجیه الآثار الجعفریه
- عبدالمحسن (بی تا)، شرح سنن ابی داود، مصدرکتاب : الشبکة الإسلامية أعده للشاملة



محقق کرکی نورالدین علی بن حسین(۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، گروه پژوهش موسسه نشر ال بیت قم.
مفید، ابو عبدالله محمد بن نعمان عبکری بغدادی(۱۴۱۷ق)، المقتعه، قم موسسه النشر الاسلامی.

۶

واکاوی مبانی تقسیم مساوی بیت المال با تکیه بر قاعده عدل و انصاف

جعفر عزیزالله

دانش آموخته حوزه علمیه قم و دکتری، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران

حمید بدرباج

استادیار، عضو هیأت علمی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، هشتگرد، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۱.۱۵ | تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۵.۱۷ | تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۱.۰۱

چکیده

از آنجا که از دیرباز بحث تقسیم عمومی بیت المال بین مسلمین از اهمیت فراوانی برخوردار بوده رعایت عدالت و مساوات در این تقسیم حائز اهمیت است. فقهاء برای اثبات لزوم رعایت مساوات در تقسیم امکانات به برخی از آیات قرآن مانند آیات قسط و آیات عدل و برخی روایات از جمله روایت حفص بن غیاث از امام صادق علیه السلام و روایت ابی اسحاق همدانی از حضرت امیر المؤمنین علیه السلام و نیز سیره قطعیه عصومین علیهم السلام و سیره مبشرعه تمکن جسته اند. در کنار تمامی ادله مذکور قاعده عدل و انصاف دلیل دیگری بر این مدعای مبایشد. که در کلام بسیاری از فقهاء با تعابیر مختلف بیان گردیده که مهمترین مستند این قاعده حکم عقل است. میتوان صداقت عدالت در تقسیم امکانات بین مسلمین را تسویه دانست؛ زیرا تنها دلیل دریافت این امکانات از بیت المال، اسلام آحاد جامعه است. و اسلام قابل رتبه بنده و تمایز نیست؛ و نمی توان هیچ یک از آحاد جامعه اسلامی را بر دیگری از این نظر برتر دانست. اما از آنجا که در شرایط فعلی جامعه در برخی از موارد امکان تقسیم مساوی امکانات وجود ندارد؛ لازم است به بررسی ادله تقسیم مساوی امکانات پرداخته شود.

واژگان کلیدی: بیت المال، قاعده عدل، انصاف، مساوات، تسویه.

Analysis of the principles of equal distribution of the treasury based on the rule of justice and fairness

Abstract

Since the discussion of the general division of the treasury among Muslims has been of great importance for a long time, the observance of justice and equality in this division is important. The jurists to prove the necessity of observing equality in dividing the possibilities into some verses of the Qur'an such as Qast verses and verses of justice and some narrations such as the narration of Hafs Ibn Ghias from Imam Sadegh (as) and the narration of Abi Ishaq Hamedani from Amir al-Mu'minin (as) and the definite biography of the infallibles They have adhered to the Shari'a and the Shari'a. In addition to all the above arguments, the rule of justice is another reason for this claim. In the words of many jurists, it has been stated with different interpretations that the most important document of this rule is the rule of reason. The example of justice in the division of possibilities among Muslims can be considered as settlement; Because the only reason for receiving these facilities from the treasury is the Islam of individuals in society. And Islam cannot be ranked and distinguished; And none of the members of the Islamic society can be considered superior to another in this regard. But since in the current conditions of society in some cases it is not possible to divide the facilities equally; It is necessary to examine the reasons for equal distribution of facilities.

Keywords: treasury, rule of justice, fairness, equality, settlement,

○ مقدمه

از آنجا که بیت المال به عنوان بزرگترین منبع پر درآمد هزینه‌های جامعه اسلامی مسوب میشود؛ و برای آن از منظر فقه مصارفی معین گردیده است؛ که از جمله مهمترین این مصارف آن بین آحاد جامعه میباشد؛ چگونگی این تقسیم حائز اهمیت است. طبق ادله شرعی میتوان لزوم تقسیم مساوی بیت المال بین مسلمین را برداشت نمود؛ اما در شرایط جامعه فعلی گاهی این تساوی ممتنع جلوه میکند؛ و قهراً برخی از آحاد جامعه بهره بیشتری از امکانات میبرند؛ لذا لازم است مستندات حکم تسویه بیت المال بین مسلمین بررسی گردد؛ تا در پرتو آن، حکم این تمایز قهقی روشن شود.

○ مفهوم شناسی

از آنجا که قبل از بررسی احکام باید موضوع را مفهوماً و مصداقاً مورد بررسی قرار داد مناسب است که به بررسی مفردات و مفاهیمی که حکم تسویه تقسیم عمومی بیت المال پرداخته شود.

○ بیتالمال

در کتب لغت تعریفی برای آن یافت نشد. شاید به دلیل آن است که این لغت از وضع شارع بوده؛ لذا قبل از اسلام تعریف لغوی نداشته است. و بعد از آن نیز به همان تعریف اصطلاحی در فقه اکتفاء می‌شود. این کلمه ترکیبی است اضافی از دو کلمه بیت و مال است. اما باید توجه داشت که ترکیب بین این دو کلمه، کلمه جدیدی با معنی جدیدی می‌سازد.

بیت در لغت به معنی مأوى، مأب و مجمع الشمل تعریف شده^{۵۲}؛ لذا به بیت شعر، بیت گویند چون محل جمع شدن الفاظ بر وزن خاصی است.^{۵۳} در قرآن نیز این کلمه در اکثر آیات در همان معنای لغوی خود به کار رفته است. البته در برخی از آیات با توجه به مضاف یا مضافق‌الیه آن، معنایش تغیراتی کرده که بی ربط با معنی لغوی نیست. مثلاً در برخی آیات این کلمه به اسم خداوند یا به ضمیری که به خداوند بر می‌گردد اضافه شده (بیت الله – بیتی)؛ که مراد از آن کعبه

^{۵۲}. ابن فارس، معجم مقاييس اللげ، ج ۱، ص ۳۲۴

^{۵۳}. ابن فارس، معجم مقاييس اللげ، ج ۱، ص ۳۲۴

^{۵۴} است. در اصطلاح عرب که روایات معصومین علیهم السلام نمونه بارز و فضیح آن است. معمولاً در همین معنی به کار برده شده. البته می‌توان گفت این کلمه با مضاف خود می‌تواند معنی جدید بگیرد. همان‌گونه که در فارسی کلمه خانه با پیشوند خود معنی جدید می‌گیرد؛ (مثلًاً گلخانه یا داروخانه و...) لذا نمی‌توان برای خود این کلمه اصطلاح فقهی جست بلکه باید با مضاف‌الیه آن، به بررسی اصطلاح فقهی پرداخت.

لغت دانان در تعریف مال به جمله (المال معروف) اکتفاء نموده‌اند.^{۵۵} البته ابن فارس از مال تعریف به تمول شخص و اتخاذ مال نموده است.^{۵۶} که دوری بودن این تعریف آن را از اعتبار می‌اندازد. نیز ابن منظور آن را به آنچه که مملوک واقع می‌شود تعریف کرده.^{۵۷} اما باید توجه داشت که رابطه مال و مملوک عام و خاص من وجه است. زیرا برخی از مال‌ها مملوک هستند. برخی از مملوک‌ها مال نیستند. (بلکه حقوق یا ذمه هستند) و برخی از مال‌ها مملوک نیستند. (مانند ماهی‌های دریا) ولی می‌توان این تعریف را چنین اصلاح نمود که هر آنچه که قابلیت مالکیت را دارد مال گویند. لذا ترجمه سلیس فارسی آن دارایی می‌شود. البته به نظر می‌رسد، که این کلمه مرکب از دو کلمه ما موصوله و لام ملکیت است یعنی وقتی میگوییم (القلم مال زید) در حقیقت گفته‌ایم (القلم ما لزید) یعنی قلم آن چیزیست که برای زید است و اگر فعلی از این ریشه تشکیل شده (مثلًاً تمول) بعد این ترکیب بوده است. در قرآن و روایات اهل بیت هم این کلمه به همین معنی به کار رفته است.

اما در فقه برخی از فقهاء مال را (ما بیذل بیازائے المال) تعریف نموده‌اند.^{۵۸} در حالی که این تعریف دوری بوده و معتبر نیست. تعریف دیگری ارائه شده به اینکه مال هر آنچه که مطلوب و مورد رغبت مردم باشد خواه به خاطر رفع نیازهایشان به طور مستقیم (مانند خانه، غذا و...) یا به

^{۵۴} بقره ۲۵-۲۶-۱۲۷-۱۵۸ آل عمران ۹۶-۹۷ مائدہ ۲۵-۲۶.

^{۵۵} فراهیدی، کتاب العین، ج.۸، ص.۳۴۴؛ صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة؛ ج.۱۰، ص.۳۵۸؛ جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، ج.۵، ص.

.۱۸۲۱

^{۵۶} ابن فارس، معجم مقانیس اللغة؛ ج.۵، ص.۲۸۵.

^{۵۷} ابن منظور، لسان العرب؛ ج.۱۱، ص.۶۳۵.

^{۵۸} میرزای شیرازی، حاشیة المکاسب، ج.۲، ص.۱۰۲؛ شیخ الشریعة اصفهانی، رساله فی تحقیق معنی الیع، ص.۲۳۱.

خاطر چیزی که به واسطه آن نیازهایشان بر طرف می‌شود. (مانند پول و سکه طلا و...) ^{۵۹} پس مال دو دسته می‌شود؛ آنچه که نیازی از نیازهای انسان را رفع می‌کند و آنچه که به وسیله آن یکی از این امور (رفع کننده نیاز) حاصل می‌شود.^{۶۰}

همانگونه که گفته شد ترکیب دو کلمه (بیت) و (مال) منجر به معنای جدید می‌شود که نکات حائز اهمیتی در آن وجود دارد. اولین نکته اینکه بیت‌المال چه ترکیبی است؟ اعراب جر (المال) در استعمالات، اشعار به این دارد که ترکیب اضافی است؛ و نوع اضافه آن اضافه معنوی می‌باشد؛^{۶۱} زیرا شرایط اضافه لفظی را ندارد. در اضافه معنوی بین مضاف و مضافق‌الیه می‌توان یکی از سه حرف (لام - فی - من) را در تقدیر گرفت. مثلاً در عبارت (غلام زید) حرف (لام)، در (صلة لیل) حرف (فی) و در (خاتم فضله) حرف (من) در تقدیر است. اما در اینجا نمی‌توان حرف (فی) را در تقدیر بگیریم. ولی حرف (لام) و (من) را می‌توان در تقدیر گرفت؛ که تقدیر حرف (من) اولی است؛ چون بیانگر جنس است؛ یعنی می‌گوید که جنس بیت‌المال از مال است نه خاک و آجر و سیمان که جنس خانه‌های دیگر است. یعنی اگر بیت‌المال را به اموال اطلاق نمودیم (من) در تقدیر است و اگر مراد محل نگهداری اموال بود (که در زمان ما چنین دلالتی از بیت‌المال مشکل است) (لام) در تقدیر است.

نکته دیگر در این ترکیب، آن است که (ال) در (المال) کدام نوع از (ال) است؟ این (ال) از بین سه نوع (ال) قطعاً زائد نیست. اما می‌تواند (ال) عهد ذهنی باشد. و نیز می‌تواند (ال) جنس ماهیت باشد؛ ولی (ال) استغراق افراد یا صفات نیست؛ چون که مراد ما از این کلمه همه اموال (مجازاً یا حقیقتاً) نیست. از طرف دیگر (ال) عهد ذکری یا حضوری هم نیست؛ چون مراد ما مال معین از قبل ذکر شده یا حاضر گردیده نیست. اما از بین دو مورد مذکور (ال) ماهیت جنس اولی است زیرا با حرف تقدیر (من) بهتر می‌سازد.

^{۵۹}. فاضل لنکرانی، *القواعد الفقهية*، ص. ۵۱.

^{۶۰}. بجنوردی، *القواعد الفقهية*، ج ۲، ص. ۳۰.

^{۶۱}. برای اشنایی با اقسام اضافه به کتاب پهجه المرضیه سیوطی (تک جلدی انتشارات دارالفکر) ص ۳۰۸-۲۸۱ مراجعه شود.

در کتب فقهی کمتر به تعریف بیت‌المال پرداخته شده که ممکن است بخاطر بداحت این واژه باشد از بین فقها دو نفر بیت‌المال را تعریف نموده‌اند. و بقیه اگر تعریفی کردند به این دو تعریف ارجاع داده‌اند.^{۶۲}

محقق کرکی در کتاب جامع المقاصد بیت‌المال را چنین تعریف می‌کند: «الأموال التي تستفاد من خراج الأرضين المفتوحة عنوة، و سهم سبيل الله من الزكاة، على القول بأن المراد به كل قربة لا الجهاد وحده»^{۶۳} يعني اموالی که از طریق خراج اراضی مفتوح العنوه و سهم سبیل الله زکات (بنا بر اینکه سبیل الله را مطلق قرب بدانیم نه صرف جهاد) حاصل می‌شوند.

میرزا آشتیانی در تعریف بیت‌المال چنین می‌گوید: «إنَّ المراد منه حسبما يظهر منهم، بيتٌ يُجمع فيه ما يصرف في مصالح المسلمين كبناء المسجد و القنطرة و الخان و شق الأنهر و غيرها، مثل الجزية و خراج المقاسمة و ما أوصى في صرفه في وجوه البرّ و ما يصرف من الزكاة في سبيل الله إلى غير ذلك مما يشترك فيه جميع المسلمين». ^{۶۴} یعنی مراد از بیت‌المال همان‌گونه که از کلام فقها برداشت می‌شود، محلیست که در آن هر چه که باید در راه مصالح مسلمین (مانند ساختن مسجد، پل، بازار و...) خرج شود، مانند جزیه، خراج، مقاسمه، مالی که وصیت شده در راه خیر خرج شود و هر آنچه که جمیع مسلمین در آن شریکند، جمع می‌شود.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در تعریف اول به بیان برخی درآمدهای بیت‌المال پرداخته شده نه به تعریف بیت‌المال و در تعریف دوم نیز برخی مصارف و منابع بیت‌المال بیان شده است. که چنین برداشت می‌شود که خود بیت‌المال مفهومی انتزاعی از درآمدها و مصارفش است. در حالی که بیت‌المال شخصیتی است حقوقی، که قوام حقوقی آن مستقل از درآمدها و مصارف خود و نیز مستقل از مال حاکم اسلامی است؛ که مصالح امت اسلامی را در اموال عمومی محقق ساخته می‌تواند مالک شود، یا از مال خود به دیگری واگذار نماید، و نیز می‌تواند ذمه پذیرد، حتی یک طرف خصوصت و دعوا قرار گیرد؛ در تمام این امور شخصی حقیقی که امین بیت‌المال است از

^{۶۲}. عاملی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۴، ص ۱۰۱؛ نجفی، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۶۱؛ انصاری، كتاب الطهارة ، ج ۴، ص ۳۸۹؛ معجم فقه الجواهير، ج ۲، ص ۱۰۸؛ گلپایگانی، كتاب القضاة، ج ۱، ص ۹۱.

^{۶۳}. کرکی، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۱، ص ۴۰۲.

^{۶۴}. آشتیانی، كتاب القضاة، ج ۱، ص ۱۰۲.

جانب حاکم اسلامی مسئولیت دارد؛ به همین دلیل است که بیت‌المال دارای بخش‌های مختلف بوده و هر بخشی حقوق و اموال مستقل دارد. بهر حال در صدر اسلام هم به محلی که این اموال را نگهداری می‌کردند بیت‌المال می‌گفتند^{۶۵} و هم به خود اموال این اسم اطلاق می‌شده است.

○ تسویه

خلیل ابن احمد این کلمه را با دو کلمه سواء و استواء مرادف ذکر نموده است^{۶۶}. و زیدی آن را مرادف با عدل می‌داند^{۶۷}. اما ابن فارس آنرا دال بر استقامت و اعتدال بین دو چیز می‌داند.^{۶۸} پس برای روشن‌تر شدن معنای تسویه باید معنای عدل و انصاف مورد بررسی قرار گیرد.

در کتاب العین دو معنی برای عدل بیان شده است؛ یکی «المرضى من الناس قوله و حكمه» یعنی کسی که گفتار و کردارش بین مردم نیکوست؛ و دیگر «يحكم بالحق» یعنی به حق قضاؤت کردن^{۶۹}. ابن فارس این کلمه را مصدق اضداد می‌داند؛ زیرا دو معنی متضاد استواء و اعوجاج دارد. برای هر کدام از این دو، شاهد مثال‌هایی آورده است^{۷۰}. فیومی آن را به میانه روی در امور و مخالف با جور تفسیر نموده و مرادف با تساوی می‌داند^{۷۱}. و مجمع البحرين آن را به تساوی بین دو چیز معنا کرده و در اصطلاح علم کلام آنرا به علمی که به تنزیه خداوند از افعال ناشایست می‌پردازد، تعریف می‌کند.^{۷۲}

^{۶۵} ابن شهر آشوب، مناقب آل ابیطالب، ج ۱ ص ۲۷۷؛ داستان مذکوره حضرت امیر المؤمنین علیه السلام با عمرو عاص.

^{۶۶} فراهیدی، کتاب العین؛ ج ۷، ص ۳۲۶.

^{۶۷} زیدی، تاج المروس من جواهر القاموس؛ ج ۱۹، ص ۵۴۸.

^{۶۸} ابن فارس، معجم مقاييس اللغة؛ ج ۳، ص ۱۱۲.

^{۶۹} فراهیدی، کتاب العین؛ ج ۲، ص ۲۸.

^{۷۰} ابن فارس، معجم مقاييس اللغة؛ ج ۴، ص ۲۴۶.

^{۷۱} فیومی، المصباح المنبر فی غریب الشرح الكبير للرافعی؛ ج ۲، ص ۳۹۶.

^{۷۲} طریحی، مجمع البحرين؛ ج ۵، ص ۴۲۱.



در قرآن نیز این ریشه بیست و چهار دفعه تکرار شده است. گاهی در کنار صدق^{۷۳} و گاهی همراه با احسان^{۷۴} و گاهی بعد از تسویه^{۷۵} و نیز در مقابل هوی^{۷۶} قرار گرفته است. در برخی از آیات امر به عدالت در گفتار شده^{۷۷} در برخی دیگر عدل را نزدیک به تقوی می‌داند.^{۷۸}

در برخی از آیات در صدد بیان حکم شرعی است. مانند: شرطیت عدالت در کاتب^{۷۹} در شاهدان وصیت^{۸۰} و در شاهدان طلاق^{۸۱} و نیز در مورد شرطیت عدالت در تعدد زوجات^{۸۲} و در قضاویت^{۸۳}. دسته دیگری از آیات به عدول کفار از راه خداوند اشاره شده^{۸۴} که مفهوم دسته اول از آیات، به معنی استواء انس دارد. در آیات الاحکام بیشتر مفهوم فقهی آن مراد است.

انصف نیز مصدر باب افعال از ماده نصف است. که اسم مصدر آن نصف و نصف و نصفه می‌باشد.^{۸۵} و ابن فارس انصف در معامله را به رضایت بر نصف تشییه نموده است.^{۸۶} البته ابن

^{۷۳}. الانعام .۱۱۵

^{۷۴}. التحلیل .۹۰

^{۷۵}. الانقطار .۷

^{۷۶}. النساء .۵۸

^{۷۷}. الانعام .۱۵۵

^{۷۸}. المائدہ .۸۰

^{۷۹}. البقرة .۲۸۲

^{۸۰}. المائدہ .۱۰۶

^{۸۱}. الطلاق .۲

^{۸۲}. النساء .۱۲۹

^{۸۳}. الشوریٰ ۱۵ و حجرات ۹ و النساء ۵۸

^{۸۴}. انعام ۱ و ۱۵۰ و اعراف ۱۵۹ و ۱۸۱ و نمل ۶۰

^{۸۵}. صالح بن عباد، *المحيط في اللغة*: ج ۸، ص ۱۵۶

^{۸۶}. ابن فارس، *معجم مقانیس اللغة*: ج ۵، ص ۴۳۲

منظور از انصاف به اعطاء الحق^{۸۷} و زبیدی به عدل تعییر نموده‌اند.^{۸۸} البته به نقل از فاروق‌الله
اصف به اعطاء النصف تعریف شده است^{۸۹}؛ و فیومی آن را به برخورد عادلانه و از روی قسط
معرفی نموده و اسم مصدر آن را به معنی اعطاء حق به صاحب حق است.^{۹۰}

ظاهراً این تفسیر مناسب به مرتكرات ذهن مردم در عرف از کلمه انصاف است؛ زیرا اعم از
اعطای نصف است که اعطای نصف مصادقی از عدالت است. پس فرق بین عدل و انصاف فهمیده
می‌شود؛ عدل در اصل لغت مطلق تسویه را گویند و انصاف در لغت خصوص تسویه به نصف و
اعطاء نصف است، ولی در عرف به مطلق تسویه انصاف اطلاق می‌شود. این فرق تأیید می‌شود با
تفسیر حضرت امیر المؤمنین علیه السلام از عدالت که فرمودند: «العدل يضع الأمور مواضعها».^{۹۱}
يعنى: عدالت آن است که هر چیزی در جای خود قرار گیرد. راغب اصفهانی آن را عدالت معنا
کرده^{۹۲} در قرآن هفت بار این ریشه تکرار شده^{۹۳} و در همه این موارد معنای (نیم) دارد.

○ مستندات این حکم مساوات

برای اثبات این حکم، علاوه بر کتاب و روایات متعدد که بیانگر سیره‌ی قطعیه معصومین در
تقسیم بالسویه‌ی بیت المال است، مستندات قاعده‌ی عدل و انصاف نیز قابل انطباق با این حکم
است.

○ کتاب

^{۸۷}. ابن منظور، لسان العرب؛ ج. ۹، ص. ۳۳۲.

^{۸۸}. زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج. ۱۲، ص. ۵۰۲.

^{۸۹}. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم؛ ج. ۸، ص. ۵۴؛ عدل؛ ج. ۷، ص. ۵۳.

^{۹۰}. فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی؛ ج. ۲، ص. ۸۰۸.

^{۹۱}. نهج البلاغه؛ ص. ۴۹۵.

^{۹۲}. راغب اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن؛ ص. ۸۱۰.

^{۹۳}. بقره و نساء ۱۱ و ۱۲ و ۲۵ و ۱۷۶ و مزمول ۳ و ۲۰.



بدون شک بسیاری از آیات قرآن کریم مردم را به عدل و انصاف دعوت می‌کند. که می‌توان از آن‌ها وجوب را برداشت کرد؛ و قطعاً یکی از مصاديق بارز عدالت اجتماعی، تقسیم بالسویه بیت‌المال است.

○ الف) آیات قسط

«وَ إِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا أَتْهِيَّ تَبَيْنَى حَتَّىٰ تَفِئَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَ أَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»^{۹۴} و اگر دو گروه از مؤمنان با هم جنگیدند میان آن‌ها را اصلاح کنید، و اگر یکی بر دیگری تجاوز نمود با آن گروه که تجاوز می‌کند بجنگید تا به فرمان خداوند بازگردد، پس اگر بازگشت میانشان به عدالت صلح برقرار نماید، و همواره دادگری کنید، که خداوند دادگران را دوست دارد. «وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بِمِنْهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»^{۹۵} و اگر داوری کردی میانشان به عدل و داد داوری کن، زیرا خدا عدالت پیشگان را دوست دارد. قسط طبق تفسیر طبرسی عدل و انصاف است^{۹۶}؛ و گاهی نیز به نصیب عادلانه هم قسط گویند.^{۹۷} بنا بر این، آیاتی که امر به قسط می‌کنند، در واقع امر به عدل و انصاف می‌نمایند. اعم بودن دلیل از مدعای مضاربه استدلال نیست. زیرا وقتی عامی ثابت شود خاص که بخشی از آن است ثابت می‌گردد.

ب) آیات عدل

«إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ إِلْحَانِ وَ إِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَ يَنْهَا عَنِ الْفَحْشَاءِ وَ الْمُنْكَرِ وَ الْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ»^{۹۸} به یقین خداوند به عدالت (فردی و عائلی و اجتماعی) و نیکی کردن و

^{۹۴}. الحجرات .۹.

^{۹۵}. المائدہ .۴۲.

^{۹۶}. طبرسی، مجمع‌البيان فی تفسیر القرآن، ج ۳، ص ۳۰ - ج ۹، ص ۲۰۰.

^{۹۷}. راغب اصفهانی، مفردات آنفاظ القرآن؛ ص ۷۶۰.

^{۹۸}. التحلیل .۹۰.

ادای حقوق خویشاوند (خود و خویشاوند معصوم پیامبر) فرمان می‌دهد، و از گناهان بسیار زشت و عمل‌های ناپسند و تعدی و تجاوز بازمی‌دارد. شما را پند می‌دهد، باشد که تذکر یابید.

«إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعُدْلِ إِنَّ اللَّهَ يُعِظِّمُ كُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَيِّئًا بَصِيرًا»^{۹۹} همانا خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبانش رد کنید (واجبات را به خدا و حقوق مردم را به مردم)، و چون میان مردم داوری نماید (در مورد نزاع یا درباره اشخاص و حوادث) عادله‌هه داوری کنید. حقاً که خداوند شما را به نیکو اندرزی موعظه می‌کند، همانا خداوند همواره شنو و بیانست. ماده امر و صیغه امر در این دو آیه، ظهور در وجوب دارند. دو لغت عدل و انصاف در برخی از روایات متراffد یکدیگر معرفی شده‌اند.^{۱۰۰}. و در برخی دیگر انصاف مصداقی از عدل معرفی شده است.^{۱۰۱}

○ سنت

روایات مربوط به این حکم چند دسته هستند. در برخی از روایات، به کلمه بیت المال اشاره شده؛ و در برخی دیگر، از تقسیم درآمدهای دیگر بیت المال، سخن به میان آمده است.

○ روایت حفص بن غیاث از مولانا الصادق علیه السلام

عن حفصِ بنِ غیاثِ قال: «سَمِعْتُ أُبَا عَبْدِ اللَّهِ عَيْنَوْلُ وَ سُلَيْلَ عَنْ قَسْمٍ بَيْتِ الْمَالِ فَقَالَ أَهْلُ الْإِسْلَامِ هُمْ أَبْنَاءُ الْإِسْلَامِ أَسْوَى بَيْنَهُمْ فِي الْعَطَاءِ وَ فَضَائِلُهُمْ بَيْنَهُمْ وَ بَيْنَ اللَّهِ أَجْمَلُهُمْ كَيْنِي رَجُلٌ وَاحِدٌ لَا تُنَصَّلُ أَحَدًا مِنْهُمْ لِفَضْلِهِ وَ صَلَاحِهِ فِي الْمِيرَاثِ عَلَى آخَرَ ضَعِيفٍ مَنْقُوصٍ وَ قَالَ هَذَا هُوَ فِي غَلَّ رَسُولِ اللَّهِ صَفَرَ فِي بَلْدَةِ أُمْرِهِ وَ قَدْ قَالَ غَيْرُنَا أَقْدَمُهُمْ فِي الْعَطَاءِ بِمَا قَدْ فَضَلُّهُمُ اللَّهُ بِسْوَيْقَهُمْ فِي

^{۹۹}. النساء .۵۸

^{۱۰۰}. نهج البلاغة: ص .۴۶۱

^{۱۰۱}. فیض کاشانی ، الوافقی؛ ج ۲۶، ص ۲۶۲



الإِسْلَامِ إِذَا كَانُوا فِي الْإِسْلَامِ أَصَابُوا ذَلِكَ فَأَنْزَلُوهُمْ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ دُوَيِ الْأَرْخَامِ بِعَصْفُهُمْ أَفْرَبُهُ مِنْ بَعْضٍ
وَأَوْفَرُهُ نَصِيبًا لِقُرْبَهِ مِنَ الْمَيِّتِ وَإِنَّمَا وَرَثُوا بِرَحْمِهِمْ وَكَذَلِكَ كَانَ عَمَرُ يَفْعُلُهُ».^{۱۰۲}

راوی می‌گوید از امام علیه السلام درباره تقسیم بیت‌المال سوال شد. حضرت فرمودند: مسلمین فرزندان اسلام هستند، و باید در بخشش بیت‌المال به آن‌ها تسویه رعایت شود. و فضائل و برتری‌های (ظاهری و باطنی) آن‌ها، بین خودشان و خدایشان است. تمامی آن‌ها مانند فرزندان یک پدر هستند، که هیچ‌کدام بر دیگری به واسطه فضیلتشان در ارث بردن برتری ندارد. و این (تقسیم بالتسویه بیت‌المال) سنت پیامبر خدا صلی الله علیه و آله و سلم در ابتدای رسالت‌شان بوده.

گروهی که جدای از ما هستند، گفته‌اند باید عطای از بیت‌المال را مناسب با سوابق شخص در اسلام و آنچه که خداوند به وی عطا کرده است، باشد. از آن جهت که آن (تفاضل) در اسلام اتفاق افتاده است؛ و قیاس کرده‌اند آنرا با میراث نزدیکان میت، که گروهی نزدیکتر از دیگری به میت هستند؛ پس سهمشان از ارث به خاطر نزدیکیشان به میت، بیشتر است. پس به خاطر نزدیکیشان ارث داده می‌شود. و این کار عمر ابن خطاب است.

سند این روایت دچار خدشه است؛ زیرا در سلسله این سند حفص ابن غیاث است، که عامی مذهب بوده ولی مورد اعتماد است.^{۱۰۳} و سلیمان ابن داود منقری را نجاشی توثیق نموده است.^{۱۰۴} ولی ابن غضائی او را ضعیف معرفی نموده که به وی هیچ التفاتی نمی‌شود.^{۱۰۵} ابن داود نیز او را ضعیف معرفی نموده است.^{۱۰۶} اما با توجه به دقت نجاشی، حرف نجاشی بر تضعیف ایشان قابل رجحان است.

^{۱۰۲}. شیخ طوسی، تهذیب الأحكام؛ ج.۶، ص: ۱۴۶؛ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه؛ ج.۱۵، ص: ۱۰۶.

^{۱۰۳}. شیخ طوسی، رجال الشیخ الطوسي - الأبواب؛ ص: ۱۵۸.

^{۱۰۴}. نجاشی، رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفو الشیعه؛ ص: ۱۱۴.

^{۱۰۵}. ابن غضائی، رجال ابن الغضائی - كتاب الضعفاء؛ ص: ۶۵.

^{۱۰۶}. ابن داود حلبی، رجال ابن داود؛ ص: ۴۵۹ و ۵۴۴.

شخصیت دیگر این سلسله، قاسم ابن محمد اصفهانی است که ابن داود احادیث وی را خوب و بد می‌داند.^{۱۰۷} اما ابن غضائی احادیث او را در حد شاهد می‌پذیرد.^{۱۰۸} آخرین شخصیت مورد بحث در این سلسله، علی ابن محمد القاسانی است، که نجاشی^{۱۰۹} و ابن داود^{۱۱۰} او را توثیق نموده‌اند. ولی شیخ طوسی او را تضعیف نموده است.^{۱۱۱} به حال این روایت می‌تواند در کنار حکم عقل، آیات مذکوره و قاعده عدل و انصاف، مؤیدی برای حکم به تسویه در تقسیم بیت‌المال باشد، اما در این روایت چند نکته به چشم می‌خورد:

الف) امام علیه‌السلام دلیل تقسیم بالسویه را برابری مسلمین در مسلمان بودن معرفی نموده، و فضیلت‌های افراد را دلیل برتری سهم آن‌ها از بیت‌المال نمی‌داند؛ و برای تفهیم این مطلب، مسلمین را به فرزندان یک پدر تشییه نموده، که دلیل ارث بردن آن‌ها از پدر، فرزند او بودن است نه فضیلت خارجی.

ب) حضرت برای این حکم، به سیره رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم تمسک نموده است، که ایشان نیز بیت‌المال را بالسویه بین مردم تقسیم می‌فرمود؛ و بعد ایشان ابویکر نیز این سیره را ادامه داد.^{۱۱۲} اما اولین کسی که از این سنت نبوی تخطی نمود و موجب تحریف این حکم (و بسیاری از احکام الهی در اسلام) شد عمر ابن خطاب بود.^{۱۱۳} بعد وی عثمان بن عفوان به این بدعت دامن زد و دو رفتار بدعت آمیز را پایه گذاری نمود، یکی انباشت بیت‌المال و دیگری بخشش بی‌حساب از بیت‌المال. اما بعد از وی حضرت امیر المؤمنین علیه‌السلام، این بدعت

^{۱۰۷}. همان مأخذ ص ۴۹۴.

^{۱۰۸}. ابن غضائی، رجال ابن الغضائی ص ۸۶.

^{۱۰۹}. نجاشی، رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفى الشيعة؛ ص: ۲۵۵.

^{۱۱۰}. ابن داود حلبی، رجال ابن داود؛ ص: ۲۴۵.

^{۱۱۱}. شیخ طوسی، رجال الشیخ الطوسی - الأبواب؛ ص: ۳۸۸.

^{۱۱۲}. ابن ایی یعقوب، تاریخ یعقوبی، مؤسسه نشر و فرهنگ اهل بیت، قم، بی‌تا، ج ۲ ص ۱۳۶.

^{۱۱۳}. همان مأخذ ج ۲ ص ۱۵۳.

را شکست و بیت‌المال را به تساوی بین مردم تقسیم نمود، که موجب رنجش گروهی از کار جامعه مانند طلحه و زبیر شد. که این رنجش ریشه فتنه جمل گردید.^{۱۱۴}

ج) حضرت در این روایت قول به تفاضل را به (غیرنا) نسبت داده‌اند و آنرا فعل عمر معرفی نموده‌اند. که این مشعر به بدعت بودن قول به تفاضل است؛ و از مکتب اهل بیت (که ریشه را سنت خالص نبوی دارد) به دور است. قائلین به تفاضل، برای استدلال قولشان به میراث ذوی الارحام استدلال می‌کنند. در حالی که این استدلال بی‌پایه و اساس است؛ زیرا ما برای تفاضل ارث ذوی الارحام آیه صریحه و سنت قطعیه داریم، در حالی که برای تقسیم بیت‌المال به صورت تفاضلی، نه تنها نصی نداریم، بلکه بر خلاف آن نصوص زیاد و سیره قطعی نبوی داریم که گذشت. البته نمی‌توان تقسیم بالسویه بیت‌المال را جزء قاعده (بیت‌المال معد للمصالح) آورد؛ زیرا گاهی این تقسیم بالسویه به مصلحت جامعه نبوده، ولی اهل بیت آنرا انجام می‌داند. همان‌گونه که تقسیم بالسویه بیت‌المال توسط امیرالمؤمنین علیه السلام، موجب جنگ جمل شد، که به مصلحت جامعه نبود. ولی آن حضرت این تقسیم را انجام داد.

○ روایت ابی اسحاق همدانی از امیرالمؤمنین علیه السلام

عَنْ أَبِي إِسْحَاقِ الْهَمْدَانِيِّ «أَنَّ امْرَأَتَيْنِ أَتَتَا عَلَيْنَا عِنْدَ الْقِسْمَةِ إِخْدَاهُمَا مِنَ الْعَرَبِ - وَ الْأُخْرَى مِنَ الْمَوَالَى فَأَعْطَى كُلَّ وَاحِدَةٍ - خَمْسَةً وَ عِشْرِينَ دِرْهَمًا وَ كُرَّا مِنَ الطَّعَامِ - فَقَالَتِ الْعَرَبَيَّةِ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِلَى امْرَأَةٍ مِنَ الْعَرَبِ - وَ هَذِهِ امْرَأَةٌ مِنَ الْعَجَمِ فَقَالَ عَلَيْهِ عَزَّ وَ جَلَّ لِتَنِي إِسْمَاعِيلَ فِي هَذَا الْفَىٰ - فَضُلَّا عَلَى بَنِي إِسْحَاقَ»^{۱۱۵} ابی اسحاق همدانی میگوید: دو زن در زمان تقسیم بیت‌المال نزد حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام آمدند، که یکی از آنها عرب و دیگری عجم بود. حضرت به هر کدام ۲۵ درهم و مقداری غذا دادند. زن عرب گفت: یا امیرالمؤمنین من عرب هستم و این زن، عجم است. حضرت فرمودند: من درباره‌ی فرق بین بنی اسماعیل و بنی اسحاق نمیبینم. (همه مساوی هستند)

^{۱۱۴}. مازندرانی، شرح الکافی؛ ج ۱۰، ص: ۵۴

^{۱۱۵}. حر عاملی، وسائل الشیعه؛ ج ۱۵، ص: ۱۰۷

در این روایت به تقسیم فیء بین مسلمین اشاره شده است. فیء در لغت به معنی غنیمت جنگی و خراج است^{۱۱۶}. در اصطلاح آنرا به «هو ما أخذ بغير قتال» تعریف نموده‌اند یعنی آنچه که بدون جنگ حاصل شود^{۱۱۷}.

به هر حال فیء، ملک طلق رسول خدا صلی الله علیه و آله وسلم و جانشینان او بوده و کس دیگری در آن حقی و سهمی ندارد^{۱۱۸} پس از منابع بیت المال نیست. اما با توجه به کلمه‌ی «عند القسممه» در در این روایت، معلوم می‌شود: که مراد از فیء معنای لغوی آن است. و نیز کلمه‌ی «امرأة آتتني» مشعر به آن است که مراد از فیء غنیمت جنگی نیست زیرا غنیمت جنگی تنها به حاضرین در میدان جنگ میرسد.^{۱۱۹}

پس ظاهراً مراد از فیء در این روایت خراج است. در این روایت، امام عرب و عجم را به بنی اسماعیل و بنی اسحاق تشییه نموده‌اند. مانند همان تشبیهی که امام صادق علیه السلام فرمودند. یعنی مسلمین همه در مسلمان بودن برابرند. و همگی فرزند یک پدر هستند. که طبق دلالت صریح آیه قرآن حضرت ابراهیم است. واوست که مسلمانان را مسلمان نامید. (الحج ۷۸) پس فصلتی بین مسلمین در مسلمان بودن نیست پس تقسیم بیت المال باید مساوی باشد.

○ ادله قاعده عدل و انصاف

می‌توان یکی از مهمترین ادله‌ی این حکم را قاعده‌ی عدل و انصاف دانست. بلکه شاید بتوان این حکم را مصدقی از این قاعده فرض نمود. طبق این قاعده، اگر مالکیت مالی بین دو یا چند نفر مردد باشد. و هیچ بینه و امره‌ای بر مالکیت یکی از آنها در دست نباشد.

^{۱۱۶}. خلیل بن احمد فرامیدی، کتاب العین؛ ج.۸، ص: ۴۰۶؛ جوهري، اسماعيل، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية؛ ج.۱، ص: ۳۶۳.

^{۱۱۷}. محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية؛ ج.۱، ص: ۳۱۷.

^{۱۱۸}. شیخ طوسی، المبسوط في فقه الإمامية؛ ج.۲، ص: ۵۶۴.

^{۱۱۹}. محقق حلی، شرائع الإسلام في مسائل الحال والحرام؛ ج.۱، ص: ۲۹۵.

نص خاص بر تقسیم آن وجود نداشت؛ برای رسیدن صاحب مال به قسمتی از مال خود، باید آنرا بین آنها تقسیم نمود. در اینجا مناسب است که به پیشینه‌ی این قاعده و سپس به مستندات آن اشاره می‌شود.

○ پیشیه تاریخی قاعده عدل و انصاف

قاعده عدل و انصاف در بسیاری از ابواب فقهی جاری می‌شود. علامه حلی از این قاعده به اصالة التسویه یاد نموده‌اند.^{۱۲۰} سید محمد عاملی (صاحب مدارک) نیز به این قاعده، به عنوان یک اصل عقلی تمسک نموده است.^{۱۲۱} بعد ایشان از اخباری‌ها محدث بحرانی در باب وجوب تسویه بین زوجات به این قاعده استدلال نموده است.^{۱۲۲}

بعد ایشان از متأخرین صاحب جواهر در مال مردد بین دو نفر، به این قاعده تمسک نموده و می‌فرماید: در حکم بین دو نفر ادعای مالکیت درهمی را دارند و بینهای ندارند و آن درهم تحت تسلط هیچ یک نیست یا در دست هر دو است، خصوصت بر اساس عدل و انصاف تمام می‌شود.^{۱۲۳} از فقهای متأخر میرزای نایینی در قاعده قرعه به این قاعده نیز اشاره دارد.^{۱۲۴}

آقا ضیاء عراقی نیز از این قاعده در کتب مختلف خود یاد نموده است.^{۱۲۵} و بروجردی این قاعده را بیان نموده است.^{۱۲۶} از فقهای معاصر، سید حکیم در مستمسک^{۱۲۷}، امام خمینی در کتاب البيع^{۱۲۸}، شهید صدر^{۱۲۹}، حسینی طهرانی^{۱۳۰}، موسوی اردبیلی^{۱۳۱}، زنجانی^{۱۳۲} و

^{۱۲۰}. علامه حلی، مختلف الشیعة فی أحكام الشريعة، ج ۶، ص ۳۸۴.

^{۱۲۱}. عاملی، نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام، ج ۱، ص ۴۲۰.

^{۱۲۲}. بحرانی، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۴، ص ۶۰۹.

^{۱۲۳}. تجفی، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۲۲۴.

^{۱۲۴}. نایینی، فوائد الأصول، بی جا، بی تا؛ ج ۴، ص ۶۸۰.

^{۱۲۵}. آقا ضیاء عراقی، شرح نیصرة المتعلمين، ج ۵، ص ۳۸۰؛ آقا ضیاء عراقی، نهاية الأفکار، ج ۴، ص ۱۰۷؛ آقا ضیاء عراقی، الدين، كتاب القضا، ص ۱۴۶.

^{۱۲۶}. بروجردی، تقریرات، ص ۲۱۷.

^{۱۲۷}. حکیم، مستمسک العروفة الونقی، ج ۱۴، ص ۲۴۹.

^{۱۲۸}. امام خمینی، کتاب البيع، ج ۵، ص ۲۱۷.

^{۱۲۹}. صدر، سید محمد، ما وراء الفقه، ج ۲، ص ۴۱۰.

^{۱۳۰}. حسینی تهرانی، ولایة الفقیه فی حکومۃ الإسلام، ج ۴، ص ۱۴۹.

سبحانی^{۱۳۳} به این قاعده تمسک نموده‌اند. البته برخی از فقهاء مانند خویی^{۱۳۴} و تبریزی^{۱۳۵} این قاعده را ثابت نمی‌دانند.

○ مستندات قاعده عدل و انصاف

شکی نیست که یکی از مهم‌ترین مستندات این قاعده، حکم عقل است. بلکه گروهی بر این باورند که تنها دلیل این قاعده حکم عقل است^{۱۳۶}. البته برخی دیگر در کنار حکم عقل آیات و روایاتی را نیز بیان نموده‌اند. که می‌توان آنها را تأیید این حکم عقلی دانست نه تأسیس آن.

میتوان استدلال به حکم عقل را برای این قاعده به دو صورت مطرح نمود:

الف) عدل و انصاف از نظر عقلی نیکوست. یعنی عقل به حسن عدل و قبح ظلم حکم می‌کند. پس قاعده‌ی عدل از مستغلات عقلی است. که اگر مالی بین دو یا چند نفر مردد باشد حکم به تقسیم بالسویه آن مال بین آن‌ها می‌کند.

ب) اگر در ملکیت مالی بین دو شخص مردد باشیم؛ و هیچ دلیلی برای ملکیت یکی از آن‌ها نباشد. بدون شک اگر همه مال را یا بیشتر آن را به یکی از آن‌ها بدهیم، ترجیح بلامرجح است؛ و اگر به هیچ‌کدام ندهیم، مخالفت قطعیه با علم اجمالی نموده‌ایم. پس بر اساس عقل، راهی جز تقسیم بالسویه آن مال بین دو فرد نداریم.^{۱۳۷}

^{۱۳۱} . موسوی اردبیلی، فقه القضا، ج، ۲، ص ۵۳۲.

^{۱۳۲} . شیبیری زنجانی، کتاب نکاح، ج، ۹، ص: ۳۰۱۴.

^{۱۳۳} . سبحانی جعفر، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية القراء، ج، ۲، ص ۸۲.

^{۱۳۴} . خویی: مبانی تکملة المنهاج؛ ج ۴۱، ج ۴۲، ص ۶۷؛ خویی، سید ابو القاسم، المستند في شرح العروة الوثقى، ص ۱۴۷.

^{۱۳۵} . تبریزی، أنس القضاء و الشهادة، ص ۶۱۴.

^{۱۳۶} . حکیم، مستمسک العروة الوثقى؛ ج ۱۴، ص ۲۴۹.

^{۱۳۷} . سیفی مازندرانی، علی اکبر، مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیة الأساسية، ج ۱، ص: ۲۱۰.

اما به قول سید حکیم، همان‌گونه که عقل در صورت عدم مرجع، حکم به تنصیف می‌دهد، حکم به تخییر هم می‌دهد. همان‌گونه که در دوران بین وجوب و حرمت این حکم را می‌دهد.^{۱۳۸}

این اشکال را این‌گونه جواب داده می‌شود که نزد عقل، تنصیف بر تخییر رجحان دارد؛ زیرا مقدمه علمی است بر اینکه مقداری از مال به دست صاحب‌ش رسیده، ولی تخییر موجب چنین علمی نیست. اما به هر حال، آنچه که به غیر مالک می‌رسد نمی‌تواند تصرف کند ولو آنکه تنصیف با نظر حاکم باشد.^{۱۳۹}

○ تطبیق قاعده بر مساوات تقسیم بیت المال

با هر دو تقریر حکم عقل، این قاعده قابل انطباق با تقسیم بالسویه بیت‌المال است.

اما تقریر اول بر این اساس بود که عدل نیکوست، هر آنچه نیکوست عقل به آن حکم می‌کند؛ پس عقل حکم به عدل می‌کند. اما عدالت درباره بیت‌المال و تقسیم آن بین مسلمین، حکم به تسویه دارد. زیرا تک تک افراد مسلمین در آن شریک هستند؛ و فضیلتی بر هم ندارند؛ زیرا در مسلمان بودنشان که عامل تقسیم بیت‌المال بین آن‌هاست، با هم برابر هستند.

اگر گروهی بر گروه دیگر در دریافت از بیت‌المال تفضیل داشته باشند، ترجیح بلا مرجع بوده که قبیح است. و این همان تقریر دوم حکم عقل برای اثبات این قاعده است.

در کنار حکم عقل سیره‌ی عقلاً نیز بر این قاعده دلالت می‌کند؛ که می‌توان آن را بر اساس حکم عقل دانست.

○ سیره متشرعه

این دلیل وقتی ارزش پیدا می‌کند، که بدانیم در زمان معصوم حکمی بوده و شرایط اظهار عقیده‌ی برای معصوم فراهم بوده و معصوم آن را امضاء کرده است. به عبارت دیگر این مستند کاشف از سنت است؛ و می‌توان آن را ملحق به سنت دانست. از طرف دیگر، ریشه در حکم عقل

^{۱۳۸}. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۴۹.

^{۱۳۹}. سیفی مازندرانی، مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیة الأساسية، ج ۱، ص: ۲۱۱-۲۱۲.

و سیره عقلاً دارد. که معصوم نیز جز آن‌ها، بلکه افضل آن‌هاست. همان‌گونه در بسیاری از اخبار این عدالت و تسويه گزارش شده، خصوصاً از امیرالمؤمنین علیه السلام در مدت حکومت داری ایشان، که صاحب جواهر این اخبار را متظاهر معرفی نموده است.^{۱۴۰}

○ نتیجه‌گیری:

از آنجا که که قبل از اسلام واژه بیت المال وجود نداشته پس معنای لغوی مستقل از معنای اصطلاحی نداشته و فقهاء در تعریف بیت المال معمولاً به بررسی منابع و مصارف آن پرداخته اند که نشان میدهد بیت المال از مفاهیم انتزاع محسوب میشود در حالی بیت المال شخصیت حقوقی است. و از این لحاظ تعاریف مذکور قابل خدشه است.

بیت المال مسلمین با بیت المال امام دو مقوله مستقل هستند که در برخی موارد استعمال بجای هم استعمال میشوند

برخی منابع بیت المال دارای مصرف خاصی هستند مانند سهم سادات خمس و مصارف زکات (غیر از سهم سبل الله) و برخی دیگر مصرف خاصی در شریعت برای آنها تعیین نشده است که برخی از آنها متعلق به عموم مسلمین است مانند خراج و مقاسمه و... و برخی دیگر متعلق به منصب رسالت و امامت است مانند انفال و سهم امام از خمس

تسویه مرادف عدل و انصاف بوده و عدل در لغت به معنای قضاؤت به حق و انصاف به معنای اعطای حق است.

از برخی آیات قرآن مانند آیاتی که سفارش به عدالت و قسط میکند و نیز از برخی روایات مانند روایت حفص و روایت اسحاق همدانی و نیز سیره قطعیه معصومین علیهم السلام و سیره متشرعه میتوان استفاده کرد که رعایت مساوات در تقسیم عمومی بیت المال ضروری به نظر میرسد

^{۱۴۰} نجفی، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲، ص ۲۱۶.

در کنار ادله فوق برخی به قاعده عدل و انصاف هم تمیک کرده اند که در کلمات فقهای این قاعده کاربرد داشته و اصلیترین دلیل آن حکم عقل است. با این تقریر که عقل حکم به عدل میکند چون حسن ذاتی دارد و مصدق عدالت در تقسیم بیت المال بین مسلمین تسویه است زیرا عامل دریافت این مبلغ از بیت المال مسلمان بودن آحاد جامعه است که در این عامل هیچ یک از مسلمین بر دیگری برتری ندارد.

○ منابع و مأخذ

- قرآن کریم، ترجمه علی مشکنی، ج ۲، انتشارات الهادی، قم، ۱۳۸۱. -
- نهج البلاعه، ترجمه دشت، ج ۱، انتشارات مشهور، قم، ۱۳۷۹. -
- ابن ابی یعقوب، احمد، *تاریخ یعقوبی*، مؤسسه نشر و فرهنگ اهل بیت، قم، بی تا. -
- ابن بابویه، محمد ابن علی، *الهدایة فی الأصول والقواعد*، ج ۱، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم - ایران، ۱۴۱۸. ق. -
- ابن داود حلبی، حسن، رجال ابن داود، انتشارات دانشگاه تهران، تهران - ایران، ۱۳۸۳. ق. -
- ابن شهر آشوب، محمد، *مناقب الایبطالب*، مطبعة الجیرية، بحف اشرف ، ۱۳۷۵. ق. -
- ابن غضائی، احمد، رجال ابن الغسائی - *كتاب الضعفاء*، به کوشش سید محمد رضا حسینی جلالی، قم، بی تا. -
- ابن فارس، احمد، *معجم مقاييس اللغه*، ج ۱، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۰۴. ق. -
- ابن منظور، محمد، *لسان العرب*، ج ۳، دار الفکر - دار صادر، بیروت - لبنان، ۱۳۴۴. ق. -
- ابوریه، محمد، *اخواء على السنة المحمدية*، دار الكتاب الاسلامي، بی جا، بی تا. -
- اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدۃ والبرهان فی شرح ارشاد الأذہان*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم - ایران، ۱۴۰۳. ق. -
- انصاری، مرتضی، *كتاب الطهارة*، ج ۱، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، ۱۴۱۵. ق. -
- أشتبانی، میرزا محمد حسن، *كتاب القضاء*، ج ۱، انتشارات زهیر - کنگره علامه اشتباانی قدس سرہ، قم - ایران، ۱۴۲۵. ق. -
- آقا ضیاء عراقی، علی، *كتاب القضاء*، به کوشش میرزا ابوالفضل نجم آبادی، ج ۱، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۳۲۱. ق. -
- آقا ضیاء عراقی، علی، *شرح تبصرة المتعلمين*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۱۴. ق. -
- آقا ضیاء عراقی، علی، *نهاية الأفکار*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، بی تا. -
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطالحة*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۰۵. ق. -

- بروجردی، اقا حسین، *تقریرات ثلاث*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۱۳.
- تریزی، جواد، *أسس القضاء والشهادة*، ج ۱، دفتر مؤلف، قم - ایران، بی تا.
- حر عالمی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، ج ۱، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، ۱۴۰۹.
- حسینی تهرانی، سید محمد حسین، *لایه الفقیہ فی حکومۃ الإسلام*، ج ۱، دار الحجۃ البیضا، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۸.
- حکیم، سید محسن، *مستمسک العروبة الوثقی*، ج ۱، مؤسسه دار التفسیر، قم - ایران، ۱۴۱۶.
- خمینی، سید روح الله، *كتاب البيع*، به کوشش محمد حسن قدیری، ج ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سرہ، تهران - ایران، بی تا.
- خوبی، سید ابو القاسم، *المستند فی شرح العروبة الوثقی*، بی جا، بی تا.
- خوبی، سید ابو القاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۱، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم - ایران، ۱۴۲۲.
- راغب اصفهانی، حسین، *مفردات الفاظ القرآن*، ج ۱، دار العلم - الدار الشامیة، لبنان - سوریه، ۱۴۱۲.
- زبیدی، سید محمد مرتضی، *تاج العروض من جواهر القاموس*، ج ۱، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزیع، بیروت - لبنان، ۱۴۱۴.
- سبحانی تبریزی، جعفر، *نظام القضاء و الشهادة فی التشريع الإسلامية الغراء*، ج ۱، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، ۱۴۱۸.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر، *مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیة الأساسية*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، کتابخانه ۲۵، جلد مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ هـ.
- شیری زنجانی، سید موسی، *كتاب نکاح*، چلد، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴.
- صاحب بن عیاد، کافی الکفاء، اسماعیل بن عباد، *المحيط فی اللغة*، ج ۱، عالم الکتاب، بیروت - لبنان، ۱۴۱۴.
- صدر، سید محمد، *ما وراء الفقه*، ج ۱، دار الأضواء للطباعة و النشر والتوزیع، بیروت - لبنان، ۱۴۲۰.
- طبرسی، فضل، *مجمع البيان فی تفسیر القرآن*، ج ۳، انتشارات ناصر خسرو، تهران - ایران، ۱۳۷۲.
- طربی، فخر الدین، *مجمع البحرين*، ج ۳، کتابخانه مرتضوی، تهران - ایران، ۱۴۳۶.
- طوسی، محمد، *المبسوط فی فقه الإمامية*، ج ۳، المکتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفریة، تهران - ایران، ۱۳۸۷.
- طوسی، محمد، *تهذیب الأحكام*، ج ۴، دار الكتب الإسلامية، تهران - ایران، ۱۴۰۷.
- طوسی، محمد، *رجال الشیخ الطووسی - الأبواب*، ج ۳، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۲۷.
- عاملی، سید جواد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العالمة (ط - الحدیثة)*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه علیه قم، قم - ایران، ۱۴۱۹.
- عاملی، محمد، *نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۱۱.
- عبد الرحمن، محمود، *معجم المصطلحات والأفاظ الفقهیة*، بی جا، بی تا.
- علامه حلبی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعه فی أحكام الشريعة*، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۱۳.
- فضل لکرانی، محمد، *القواعد الفقهیة*، ج ۱، چاپخانه مهر، قم - ایران، ۱۴۱۶.
- فرابی‌دی، خلیل بن احمد، *كتاب العین*، ج ۲، نشر هجرت، قم - ایران، ۱۴۱۰.
- فقہ الرضا*، ج ۱، به کوشش مؤسسه آل البيت علیهم السلام در قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، مشهد - ایران، ۱۴۰۶.
- فیض کاشانی، محمد محسن، *الواقی*، ج ۱، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام، اصفهان - ایران، ۱۴۰۶.
- فیوضی، احمد، *المصباح المنیر فی غریب الشمرک الكبير للراғعی*، ج ۱، منشورات دار الرضی، قم - ایران، بی تا.
- کرکی، علی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۲، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، ۱۴۱۴.
- کلپیگانی، سید محمد رضا، *الدر المنشود فی أحكام الحدود*، ج ۱، دار القرآن الکریم، قم - ایران، ۱۴۱۲.
- کلپیگانی، سید محمد رضا، *كتاب القضاۓ*، ج ۱، دار القرآن الکریم، قم - ایران، ۱۴۱۳.
- مازندرانی، محمد صالح، *شرح الکافی*، ج ۱، المکتبة الإسلامية، تهران - ایران، ۱۳۸۲.
- محقق حلی، جعفر، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، ۱۴۰۸.
- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، *فقہ القضاۓ*، ج ۲، قم - ایران، ۱۴۲۳.



- میرزای شیرازی، محمد تقی، **حاشیة المکاسب**، ج ۱، منشورات الشریف الرضی، قم - ایران، ۱۴۱۲ ق.
- نائینی، میرزا محمد حسین، **قواعد الأصول**، بی جا بی تا.
- نجاشی، احمد، **رجال النجاشی** - **فهرست أسماء مصنفو الشیعه**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۰۷ ق.
- نجفی، محمد حسن، **جواهر الكلام فی تصریح شرائع الإسلام**، ج ۷، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ۱۴۰۴ ق.
- مغربی، نعیان بن محمد، **دعائیم الإسلام**، ج ۲، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، ۱۳۸۵ ق.



بازخوانی مرجحات در فرض تزاحم میان احکام شرعی

سید علیرضا امین

طلبه سطح ۳ حوزه علمیه قم، دانش آموخته ارشد فقه و حقوق، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

اشکان نعیمی

استادیار و عضو هیئت علمی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۹.۲۶ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۱۱.۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۹.۱۶

چکیده

هنگامی که دو خطاب حقوقی در مرحله‌ی قانون‌گذاری متعارض نباشند، بلکه در مرحله‌ی اجرای قانون، تنافی بینشان بروز نماید، از آن به تزاحم، تعبیر می‌گردد. اصولیون از تزاحم به عنوان یکی از اقسام تنافی، یاد می‌کنند. در اصطلاح آنها، به تنافی دو حکم ناشی از عدم امکان جمع بین آن دو در مقام امتثال، تزاحم گفته می‌شود. راه برونو رفت از تزاحم، آن است که اگر یکی از دو حکم متزاحم نسبت به دیگری ترجیح داشته باشد، عقل حکم به ترجیح آن می‌دهد و گرنه حکم عقل، تخيیر در انجام یکی از دو مورد است. اصولیان برای بیان ملاک ترجیح، مرجحاتی از قبیل داشتن بدل، تقدیم مشروط به قدرت عقلی بر مشروط به قدرت شرعی، تقدم اهم بر مهم و اسبقیت زمانی را ذکر نموده اند، که به شیوه توصیفی و تحلیلی و ایزار کتابخانه‌ای موردن بررسی قرار خواهند گرفت. نتایج حاکی از آن است که پذیرش قلمرو این مرجحات نزد اصولیون، با اختلافاتی همراه است.

واژگان کلیدی: مرجحات تزاحم، داشتن بدل، تقدیم مشروط به قدرت عقلی بر مشروط به قدرت شرعی،

تقدیم اهم بر مهم، اسبقیت زمانی.

Re-reading the preferences in case of conflict between the Shari'a rulings

Abstract

When two legal addresses are not in conflict in the legislative stage, but in the implementation stage of the law, there is a contradiction between them, it is interpreted as conflict. The fundamentalists refer to antagonism as a form of retaliation. In their terminology, the contradiction between two rulings arising from the impossibility of combining the two in the position of obedience is called antagonism. The way out of antagonism is that if one of the two antagonizing precepts is preferable to the other, the intellect will give preference to it, otherwise the intellect 'ruling' is a choice in doing one of two things. To express the criterion of preference, the fundamentalists have mentioned preferences such as having a substitute, giving conditionally to rational power over conditional to religious power, the priority of the important over the important and the temporal precedence, which will be examined in a descriptive and analytical manner and library tools. Took. The results indicate that the acceptance of the domain of these preferences by the fundamentalists is associated with differences.

Keywords: antagonistic preferences, having a substitute, offering conditional on rational power over conditional on religious power, priority over important, temporal precedence.

۰ مقدمه

تزاهم در لغت به معنای گردد آمدن گروهی بر چیزی، تلاطم امواج و راندن برخی از آنها برخی دیگر را در یک تنگنا، آمده است (ابن منظور، ۱۴۱ق، ذیل زحم، ج ۲۶، ۲۶۲) به تنافی دو حکم و عدم امکان جمع بین آن دو در مقام امثال، تزاهم گفته می‌شود (صدر، ۱۴۱ق، ج ۷، ۲۶).^{۱۴۱} برای مثال، در جایی که دو نفر در حال غرق شدن می‌باشند، شخص حاضر در محل، به نجات هر دو مکلف است، اما اگر قدرت نجات هر دو را با هم نداشته باشد، در اینجا میان دو حکم و جوب نجات غریق، تزاهم به وجود می‌آید. تبع در منابع اصولی امامی نشان می‌دهد که نخستین بار شیخ انصاری، به طور گسترده و جدی تزاهم را به عنوان اصطلاحی اصولی و به معنای تنافی دو حکم دارای ملاک مطرح کرده است. اصولیان پس از ایشان، موارد تنافی دو حکم را از هم تفکیک نمودند و آنچه را که راجع به قدرت نداشتن مکلف بر امثال دو حکم می‌شد، از احکام تعارض خارج کردند و آن را با عنوان تزاهم بحث نمودند.

به نظر مرحوم مظفر، عنوانی که از یک خطاب انسائی شارع به دست می‌آید، چنان‌چه به نحو عموم استغراقی در نظر گرفته شود، همه‌ی مصاديق خود را، شامل می‌شود. در این صورت، عنوان مأخذ در خطاب، در تمام مصاديقش حجت دارد و به دلالت التزامی، شمول هر حکم دیگر را نسبت به مصاديقش نفی می‌کند. در این فرض، اگر نسبت میان متعلق دو دلیل امر و نهی (مثلاً امر به خواندن نماز و نهی از تصرف در مکان مخصوص)، عموم و خصوص من وجه باشد، در موارد اجتماع آن دو دلیل (مثلاً نماز خواندن در مکان مخصوص)، تعارض صورت می‌گیرد. در مقابل، اگر فرض شود که مطلوب شارع، صرف وجود طبیعت است، نوبت به باب تعارض نمی‌رسد و دلالت التزامی مذکور در اینجا وجود ندارد. مثلاً اگر دو حکم «صل» و «لاتغضب» جعل شده باشد، در این فرض، با انجام دادن هر فردی از افراد نماز، اجرای امر مذکور محقق می‌شود، اگر چه در خانه غصبی اقامه گردد.

همچنین حرمت غصب با انجام دادن هر فردی از مصاديق آن حاصل می‌شود، اگر چه با اقامه نماز همراه باشد. در این فرض، هر گاه مکلف بتواند یکی از دو تکلیف را انجام دهد و دیگری را ترك کند، به طوری که مثلاً بتواند نماز را هم در مکان غصبی هم در غیر آن بخواند، ولی به سوء اختيار خود مکان غصبی را انتخاب کند، از موارد اجتماع امر و نهی است، ولی اگر برای مکلف از جمع بین متعلق امر و نهی گریزی نباشد و هر دو حکم به ناچار متوجه او شود، از موارد باب تزاهم

^{۱۴۱}. التزاهم، هو التنافى بين الحكمين بسبب عدم قدرة المكلف على الجمع بينهما فى العالم الامثال.



خواهد بود، زیرا تناقضی دو حکم ناشی از قدرت نداشتن مکلف بر امتثال هر دو حکم است(مظفر، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۸۵-۲۹۱). در ارتباط با گستره تراحم به مواردی که امثال یکی از دو حکم مستلزم ترک حکم دیگر به طور کلی یا به طور موقت گردد، اختلاف نظر وجود دارد(سبحانی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۴۱۰-۴۱۱). همچنین درباره تحقق تراحم در احکام استحبابی اختلاف نظر وجود دارد(صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص ۱۵۹-۱۶۱).

علماء اصول تراحم را بر اساس منشأ ایجاد آن دارای اقسامی دانسته‌اند.

۱- اتحاد وجودی متعلق‌های دو حکم: گاه منشأ تراحم، اتحاد وجودی متعلق‌های دو حکم متضاد است، مانند نماز خواندن در مکان غصبی که در این فرض متعلق امر و نهی از حیث وجود، واحد فرض شده است.

۲- مقدمه بودن یک حکم: گاه تراحم ناشی از مقدمه بودن یک حکم برای امثال حکم دیگر است، مانند جایی که نجات دادن یک غریق مستلزم تصرف در مال دیگری باشد که از آن به تراحم بین مقدمه و ذی المقدمه تعییر می‌شود.

۳- وقوع تضاد اتفاقی بین متعلق‌ها: گاه منشأ تراحم وقوع تضاد اتفاقی بین متعلق دو حکم است، مانند تراحم وجوب ازاله نجاست از مسجد با وجود نماز.

۴- دو ضد واجب یا مستحب: گاه تراحم بین دو ضد واجب یا مستحب صورت می‌گیرد و مکلف قادر به انجام دادن هر دو حکم نیست، مانند نجات دادن دو غریق با فرض ناتوانی مکلف از نجات دادن هم زمان هر دو(مشکینی، ۱۳۸۳ق، ج ۱، ص ۸۷).

اگر یکی از دو حکم متراحم نسبت به دیگری ترجیح داشته باشد، عقل حکم به ترجیح آن می‌دهد و گزنه حکم عقل، تخيیر در انجام یکی از دو مورد است. اصولیان برای بیان ملاک اهمیت، وجوده و مرجحاتی ذکر کرده‌اند، که در ادامه بررسی می‌گردد.

○ ۲-مرجحات باب تراحم

در این مقام، مرجحیت داشتن بدلت، تقدیم مشروط به قدرت عقلی بر مشروط به قدرت شرعی، تقدم اهم بر مهم و اسبیقیت زمانی بررسی می‌گردد.

۰ ۲-۱-دادشن بدل

اگر دو واجب با هم تراحم پیدا کردند «ما لیس له بدل»، بر «ما له البدل»، مقدم می‌شود. از ظاهر کلمات اکثر اصولیون چنین استفاده می‌شود که این مرجح چه در جایی که بدل، بدل طولی باشد و چه در جایی که بدل عرضی باشد، کاربرد دارد.

به عنوان نمونه، اگر مکلفی که هم بدنش نجس است و هم نیاز به وضو یا غسل دارد، به مقدار محدودی آب دسترسی داشته باشد، این آب را باید در رفع حدث استعمال کند؛ یعنی وضو بگیرد یا غسل کند و بعد با بدن نجس نماز بخواند؛ یا اینکه این آب را برای تطهیر بدن و رفع خبث استفاده کند و به جای وضو یا غسل تیمم کند؟ مرحوم سید در عروه می‌فرماید که اولی ان است ابتدا آب را برای رفع خبث و تطهیر بدنش استفاده کند و سپس که مصداق برای فاقد الماء می‌شود، تیمم نماید. به عبارت دیگر چون بدل وضو، تیمم است. رفع خبث و طهارت بدن که بدل ندارد، مقدم بر وضو است که بدل طولی دارد. اگر مکلف با این آب آمد وضو گرفت، وضویش باطل است. چون مأمور به تیمم بوده اما نسبت به وضو یا غسل امری نیست(یزدی، ۱۴۰۹، ج ۱، ۴۷۸-۴۷۷).

مرحوم خوئی بحث را از دو منظر بررسی می‌کند. اولاً چرا ما لیس له بدل بر ما له بدل ترجیح دارد؟ ثانیاً آیا این ترجیح از باب تراحم است؟ بنا بر نظر مرحوم خوئی بدل طولی و بدل عرضی از بحث تراحم خارج است. ما لیس له بدل بر ما له بدل نه از باب تراحم و ترجیح احد المتراحمین علی‌الآخر بلکه به حکم عقل مقدم می‌گردد.

برای بدل طولی، تراحم بین واجب مضيق و موسوع را مثال می‌آورد. به این بیان که رد السلام فردی که وقت نماز، سلام می‌کند، واجب فوری است. همچنین نماز بدل دارد؛ یعنی اگر اول وقت نشد در باقی وقت می‌خواند. ایشان در بدل عرضی، تراحم بین واجب تعیینی اداء دین و واجب تخيیری اطعام ۶۰ مسکین را که صوم، بدل عرضی آن است، بیان کرده است.

دلیل مرحوم خوئی برای خروج این دو بدل از باب تراحم، این است که اولاً تراحم در جایی است که مکلف قدرت بر امثال هر دو را نداشته باشد. در حالی که اینجا قدرت بر امثال هر دو را دارد. امثال هر دو واجب تعیینی و قدرجامع(واجب تخيیری) ممکن است. به این صورت که قدر جامع را در ضمن یک فرد مثل صیام امثال می‌کند. ثانیا در واجب موسوع، فرد اول واجب نیست تا تراحمی در کار باشد. متعلق تکلیف در واجب موسوع طبیعی صلاه است و خصوصیات فردیه بر



آن دخالت ندارد. مکلف هم نسبت به طبیعت ولو در ضمن فرد دیگر قدرت بر انتقال دارد. در واجب تخيیري متعلق واجب، يك عنوان قدر جامع بين خصال کفاره است. يعني بين آزاد کردن بنده و روزه گرفتن و اطعم ۶۰ مسکين، عنوان جامع ولو عنوان انتزاعي مثلًا احد هذه الامور وجود دارد. اما خصوص اطعم ستين مسکيناً يا خصوص آزاد کردن بنده متعلق وجوب نیست لذا مزاحمتی با ادائی دین ندارد(خوبی، ۱۴۲۲ق، ۲، ۴۳۰).

طبق بيان مرحوم شهيد صدر، دو فرض مطرح است. فرض اول: ما ليس له بدل به عنوان مرجع مستقل و در عرض ساير مرجحات باشد. فرض دوم: ماليش له بدل مرجع غيرمستقل و غير اصيل باشد. بنا بر فرض اول، هر خطابي اُلباً و عقالا مقيد به اين قيد است که مکلف اشتغال به ضد او که در ملاک مساوي يا اهم است نداشته باشد. همچنين اين ضد نباید بدل داشته باشد تا آن بدل، ملاک ضد را در فرض نبودنش استيفا کند. اما اگر ضدی دارای بدل باشد ما ليس بدل مقيد به عدم اشتغال به ضد نیست. بلکه به اطلاق خود باقی میماند. وقتی مکلف، ما ليس له بدل را امثال نمود، موضوع ما له بدل از بين میروند و اين ورود من أحد الجانبيين است(صدر، ۱۴۱۷ق، ۷، ۸۲-۸۳). به اين معنا که ما ليس له بدل بر ما له بدل ورود دارد.

اما اينکه وجوب در هر خطاب، مقيد به عدم اشتغال به تکليفی که ملاکش با واجب مساوي يا اهم باشد، مورد قبول نیست. يعني صحيح نیست ما ليس له بدل و ما له بدل مسئله را به ملاک شرعیه اى که در اختيار ما نیست، برگردانيم. پس فرض دوم متعین می گردد. به عبارت دیگر، ما ليس له بدل، مرجع مستقلی نیست و در عرض ساير مرجحات قرار نمی گيرد.

طريق ديگري که شهيد صدر با دو بيان تبیین می کند ما ليس له بدل غير اصيل است اين است که ما ليس له بدل به يكى ديگر از مرجحات برمى گردد و دائمًا ملازم با يك مرجع ديگر است؛ علت ملازم بودن به جهت وجود خصوصيت و ملازمت با آن خصوصيت است. لذا ماليش له بدل بر ما له بدل ترجيح پيدا می کند.

○ بيان اول (حساب احتمالات)

بيان اول، حساب احتمالات است که طبق آن، اگر بتوان اثبات نمود که ملاک اهمیت در ما ليس له بدل از ما له بدل قوت بيشتری دارد، در نتيجه ماليش له بدل بر ماله بدل ترجح دارد(همان، ۸۴-۸۵).

○ بیان دوم (قدرت شرعی و عقلی)

«ما لیس له بدل» مشروط به قدرت عقلیه و «ما له بدل» مشروط به قدرت شرعیه است. در تراحم بین دو واجب که یکی مشروط به قدرت عقلی و دیگری مشروط به قدرت شرعی است، واجبی که مشروط به قدرت عقلیه است ترجیح دارد. یعنی ما لیس له بدل فقط قدرت تکوینی عقلی را لازم دارد اما در ما له بدل علاوه بر اینکه مشروط به قدرت عقلیه است مشروط به قدرت شرعیه هم هست چون بدل دارد.

قدرت عقلی آن است که عقل قدرت را به عنوان شرط در خطاب معتبر می‌داند یعنی عقل می‌گوید تکلیفی که مولا می‌کند مقید است به اینکه مثلاً مکلف عاجز نباشد؛ چون تکلیف به عاجز قبیح است. قدرت شرعیه این است که قدرت اولًا در لسان دلیل اخذ بشود و ثانیاً دخیل در ملای هم باشد. مثلاً در حج استطاعت قدرت شرعیه است. بر این بیان اشکالاتی وارد شده است.

اشکال اول: دلیل بدلت اقتضا نمی‌کند که مبدل منوط به قدرت شرعیه باشد(همان، ۸۶).

اشکال دوم: قدرت شرعیه در جایی است که شرطیت قدرت در لسان دلیل مولا متصلاید. اگر متصل بود استظهار مولویت و تأسیسیت می‌کنیم ولی اگر منفصل بود، مجالی برای استظهار مولویت و تأسیسیت نیست(همان، ۸۷-۸۶).

اشکال سوم: اگر یک جا دلیل بدلت هم متصل به دلیل مبدل باشد، در صورتی می‌توانیم بگوئیم این قدرت، قدرت شرعیه است که هیچ فرینه‌ی دیگری غیر از دخل در ملاک در میان نباشد. اما اگر مولی می‌گوید در صورت عدم قدرت من این را بدل قرار دادم پس دلیل بدلت متصل به دلیل مبدل برای تحدید موضوع است، نمی‌توان قدرت شرعی را استفاده کرد. به عبارت دیگر بدلت چه متصل و چه منفصل باشد، از خود بدلت، قدرت شرعیه را نمی‌توان استفاده نمود. بلکه قدرت شرعیه را که دخیل در ملاک است باید از قرائن استظهار کرد(همان، ۸۷).

امام در حاشیه عروه می‌فرمایند «لا يبعد أن يكون مطلق المحذور الشرعي - من ترك واجب أو فعل محرم أو ترك شرط أو إيجاد مانع - موجباً للانتقال إلى التيمم». بعد می‌فرماید «لا لما ذكره». بلکه از روایاتی که در باب تیمم وارد شده استفاده می‌شود «بل لاستفاده ذلك من مجموع ما ورد في الانتقال إليه». لذا از نظر امام اهم بودن ما لیس له بدل را که مرحوم سید یزدی در تراحم بین رفع خبث و رفع حدث به آن استدلال کرده، مورد قبول نمی‌باشد(امام خمینی، ۱۴۲۲ق، ۲۴۹).



پس ما لیس له بدل با قطع نظر از اینکه از راهی اهمیتش نسبت به ما له بدل به دست آید، وجهی برای ترجیح ندارد. برخی از بزرگان به استناد روایاتی که در باب تیمم وارد شده اند(کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ۶۴-۶۵؛ طوسی، ج ۱، ۱۸۵)، می خواهند استفاده کنند که ما لیس له بدل مقدم است. باید بررسی نمود اولاً از روایات می توان این قاعده را استفاده کرد که در دوران بین ما لیس له بدل و ما له بدل، ما لیس له بدل ترجیح دارد؟ ثانیاً اگر چنین قاعده‌ای را نتوانستیم از روایات استفاده کنیم آیا از روایات استفاده می شود که رفع الجبّث بر رفع الحدث مقدم است یا خیر؟

مرحوم آقای حکیم می فرماید این روایات ظهور در ملازمه بین سقوط طهارت مائیه و وجوب و مشروعیت تیمم دارد. مشروعیت تیمم متوقف بر این نیست واجبی(رفع الخبرث) که مزاحم با وضو (رفع الحدث) است، حتماً اهم باشد. بلکه اگر دلیل داشتیم بر مشروعیت تیمم از طریق ملازمه وجود داشت، با سقوط طهارت مائیه، نوبت به تیمم می رسد و لازم نیست که آن واجب مزاحم اهم باشد(حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ۳۴۸). لذا کلام مرحوم سبزواری که از این روایات قاعده تقدیم اهم بر مهم را استخراج نموده است. سپس ثابت کرده که طهارت خبیه اهم است، بی اساس است. مرحوم سبزواری می فرماید «و لعل مقتضی الفطرة السليمية أيضاً تقديم ما لا بدل له على ما له البدل عند الدوران». ایشان از مستله‌ی اهمیت و قدرت عقلی و شرعی صرف نظر کرده و فطرت سلیمه را موثر در تقدیم ما لیس له بدل بر ما له بدل می داند(سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ۳۵۸ و ۳۵۹). از روایات قاعده تقدیم ما لیس له بدل بر ما له بدل استفاده نمی شود. بلکه چون ادعای اجماع یا لاقل شهرت مسلمه‌ی فتواهی وجود دارد، در دوران بین طهارت خبیه و حدیثه، طهارت خبیه مقدم است.

○ ۲-۲-تقدیم مشروط به قدرت عقلی بر مشروط به قدرت شرعی

مشروط به قدرت عقلیه بر مشروط به قدرت شرعیه مقدم می گردد. به عنوان نمونه در دوران بین طهارت خبیه و طهارت حدیثه، وجوب طهارت خبیه که مشروط به قدرت عقلی است بر وجوب طهارت حدیثی که مشروط به قدرت شرعی است، مقدم می گردد. همچنین در دوران امر بین صرف پول در اداء دین یا حج، وجوب وفای به دین که مشروط به قدرت عقلی است، مقدم بر حجه الاسلام است، که مشروط به قدرت شرعی می باشد.

مرحوم خویی در دوران امر بین حفظ نفس و وضو، وجوب حفظ نفس را که منوط به قدرت عقلیه است مقدم بر وجوب وضو که مشروط به قدرت شرعیه است، می‌داند. علت مشروط بودن وضو به قدرت شرعی این است که مقابل امر به وضو، امر به تیمم وجود دارد. امر به تیمم مقید به فقدان الماء یعنی عدم قدرت بر وضو است. لذا چون تیمم مشروط به عدم قدرت بر وضو است نتیجه‌اش این می‌شود که وضو مشروط به قدرت است. قدرت شرعی دو مصدق دارد. مصدق اول، عجزی است که اصلاً عقل در آنجا ادرارکی ندارد. مصدق دوم، قدرت تکوینی عقلی است: الف- دخیل در ملاک نیست یعنی اگر شخص عاجز بود آن فعل ملاکش را دارد. ب- قدرت عقلی است که اگر نباشد آن فعل ملاک را ندارد(خویی، ۱۴۲۲، ج، ۲، ص ۴۳۲).

مرحوم آقای خوئی می‌فرمایند اگر مشروط به قدرت عقلیه را مقدم کردید، موضوع مشروط به قدرت شرعیه از بین می‌رود و بر او ورود پیدا می‌کند. در نتیجه نمی‌توانیم بگوئیم مصلحت وضو تفویت شد. با تقدیم مشروط به قدرت عقلیه می‌گوئیم وضو ملاک و موضوع ندارد تا تفویت بشود. اما اگر مشروط به قدرت شرعیه انجام گردد، موضوع یعنی ملاک در مشروط به قدرت عقلیه باقی می‌ماند. لذا یک راه موجب این است که ملاکی تفویت نشود ولی یک راه موجب تفویت ملاک است. در دوران بین این دو عقل می‌گویند راهی را که منجر به تفویت الملاک نشود، مقدم گردد. لذا قدرت عقلیه را بر مشروط به قدرت شرعیه مقدم کند(همان، ۴۳۲-۴۳۳).

طبق نظر مرحوم محقق نائینی، قدرت شرعیه تنها در ملاک تکلیف دخالت دارد. تقدیم مقدور به قدرت عقلی بر مشروط به قدرت شرعیه، مطلق است. یعنی فرقی نمی‌کند که وجوب مقدور به قدرت عقلی، فعلی باشد یا مشروط به شرطی باشد که هنوز حاصل نشده است. اعم از اینکه مشروط به قدرت شرعی اهم یا مشروط به قدرت عقلی مساوی و یا حتی اضعف از مشروط به قدرت شرعی باشد. به عنوان نمونه هر واجبی با حج مراجعت کرد بر حج مقدم است سواء کان اهم ام لم یکن اهم. وجوب اداء الدين مشروط به قدرت عقلی است. یعنی مشروط به این است که انسان قدرت تکوینی بر اداء الدين داشته باشد. اما حج مشروط به قدرت شرعی است فلذًا می‌گویند اداء الدين مسلم مقدم است(نائینی، ۱۴۰۴، ج، ۱، ۳۲۲).

مرحوم نائینی با سه بیان ثابت می‌کند در هنگام شک در تقييد به قدرت شرعی و یا عدم آن، نمی‌توان به اصاله الاطلاق برای نفی قدرت شرعیه استفاده نمود.



تقریر اول: قدرت معتبر در تکالیف، همیشه شرعی است و اگر شارع این شرط را آورد، با اصاله الاطلاق نمی‌توان اشتراط قدرت شرعیه را منع کرد.

تقریر دوم: بر فرضی که پذیریم خود خطاب اقتضای تعیید به قدرت شرعیه را ، باز هم نمی‌توان به اصاله الاطلاق تمسک نمود. برای اینکه خود خطاب ذاتاً قابلیت تعیید به قدرت شرعیه را دارد و شاید شارع بر همین قابلیت اعتماد کرده باشد. لذا نمی‌توان با اصاله الاطلاق، قدرت شرعیه را متنفی کرد(همان، ۳۲۳).

تقریر سوم: یکی از مقدمات حکمت این است که اگر مولی اراده‌ی قید کرده باشد و نیاورد، مکلف، اغراء به جهل بشود و نقض غرض مولا لازم می‌آید. در صورت تمسک به اصاله الاطلاق، این مقدمه متنفی می‌شود. فایده اصاله الاطلاق در اینجا فقط کشف ملاک است. سپس خود مرحوم نائینی از تقریر سوم چنین جواب می‌دهد. اولاً معلوم نیست متکلم در مقام بیان باشد. ثانیاً لزوم نقض غرض و وقوع مکلف در خلاف به عنوان یک مقدمه از مقدمات حکمت جریان ندارد، پس اطلاقی وجود ندارد بر مبنای مشهور که قدرت از راه عقل استفاده می‌شود، حین شک در مورد اینکه شارع قدرت عقلی را دخیل در ملاک می‌داند یا نه؟ اصاله الاطلاق جاری می‌گردد. بر خلاف معتقد مرحوم نائینی که شرطیت قدرت از خطاب استفاده می‌شود و اقتضای خود طلب، تعیید متعلق به قدرت است در نتیجه تمام تکالیف مشروط به قدرت شرعیه است و مجرای اصاله الاطلاق متنفی است.

○ ۲-۳-تقدم اهم بر مهم

در تراحم دو واجب یا یک واجب و یک حرام اهم بر مهم رجحان پیدا می‌کند. بنا بر نظر مرحوم خوئی این مرجع نیاز به دلیل ندارد و از موارد قیاساتها معها، محسوب می‌شود. عقل به خوبی ادراک می‌کند که در متراحمینی که یکی اهم از دیگری است، اهم بر مهم مقدم می‌شود. به عنوان نمونه در دوران امر بین نجات مال و جان مولی یا مال و فرزند، عقل جان مولی و فرزند را اهم می‌دارد(خویی، ۱۴۲۲، ج ۲، ۴۳۵). مرحوم نائینی در این بحث دو پیش فرض دارد. اولاً پذیرش مشروط به قدرت شرعیه و ثانیاً تقدم قدرت عقلی بر قدرت شرعی در در دوران بین مشروط به قدرت عقلی و شرعی است ولو مشروط به قدرت شرعی اهم باشد. عقل خطاب شرعی احفظ قدرتک و لا تصرف قدرتک فی المهم را استکشاف می‌کند که اگر امر بین واجب مهم و اهم دائز است ولو اهم در آینده محقق می‌شود قدرتت را برای اهم حفظ کن. بیان استدلال

مرحوم نائینی این است که مهم، مقدور به قدرت شرعی و اهم، مقدور به قدرت عقلی است. یعنی روح مرجح سوم به مرجع دوم برمی‌گردد. به این بیان که عقل، خطابِ لزوم صرفِ قدرت در اهم را استکشاف می‌کند که شارع می‌گوید احفظ قدرتک و لا تصرف قدرتک فی المهم. پس ما برای مهم قدرت شرعی نداریم و باید اهم را که مشروط به قدرت عقلیه است امثال کنیم (نائینی، ۴۰۴، ج ۱، ۳۳۳-۳۳۴).

برای ترجیح اهم بر مهم دو بیان وجود دارد:

بیان اول: بیان مرحوم محقق نائینی: در تراحم بین اهم و مهم، اطلاق اهم حتی در فرض اشتغال به مهم باقی است اما اطلاق مهم در فرض اشتغال به اهم باقی نیست.

بیان دوم: بیان معروف و از جمله مرحوم خویی: بدون توجه به اطلاق خطاب، می‌گوئیم در تراحم بین اهم و مهم عقل اهم را بر مهم ترجیح می‌دهد. چون در انجام مهم تفویت مقداری از ملاک اهم رخ داده است. فرق بین این دو راه این است که می‌بایست در راه دوم حین اشتغال بالمهم، خطاب اهم فعلی باشد. یعنی ملاک‌ها قابلیت کسر و انکسار دارند. یعنی انجام یکی سبب تفویت دیگری است. اما راه اول نیاز به این ندارد. در راه اول می‌گوئیم اطلاق اهم در فرض اشتغال به مهم موجود است اما وقتی اشتغال به اهم پیدا کردید دیگر اطلاقی برای مهم نیست (صدر، ۱۴۱۷، ج ۷، ۸۷-۸۸). طبق نظر مرحوم نائینی خطاب اهم معجز مولوی از خطاب مهم است. به این معنا که در مقام جعل با هم تنافی دارند. یعنی هم اهم و هم مهم در مقام جعل اطلاق دارند و بعد مشکل اطلاق در مقام جعل را از راه تقيید حل می‌کنند و می‌گویند اطلاق اهم در فرض اشتغال به مهم باقی است اما اطلاق مهم در فرض اشتغال به اهم باقی نیست.

○ ۲-۴-اسبقیت زمانی

اگر دو واجب با یکدیگر تراحم کنند و زمان امثال یکی مقدم بر دیگری باشد، واجبی که اسبق امثالاً است، بر واجبی که زمان امثالش مؤخر است ترجیح دارد.

به عنوان نمونه کسی ابتدا روزه‌ی روز پنجشنبه و سپس روزه‌ی روز جمعه را نذر کند و سپس بفهمد که قدرت بر یکی از این دو دارد. در این صورت دو واجب بر عهده‌ی این فرد است که زمان یک واجب، مقدم بر دیگری است. در ترجیح یا عدم ترجیح به صرف تقدیم زمان امثال یک



واجب بر زمان امتحان دیگری، سه احتمال بدروی به میدان می‌آید: الف: تغییر چون قدرت بر امتحان یکی را دارد مخیر است. در نتیجه ترجیحی ایجاد نمی‌کند. ب: ترجیح اسبق زماناً در امتحان. ج: ابتدا اهم را مقدم می‌کنیم و اگر بحث اهمیت مطرح نبود نوبت به تغییر برسد. مثلاً چون روزه‌ی روز جمعه ثواب بیشتری نسبت به روزه‌ی روز پنج شنبه دارد لذا اهمیت دارد پس باید مقدم شود. اگر چنین اهمیتی در کار نبود نوبت به تغییر بین جمعه و پنج شنبه می‌رسد.

دوران امر بین این‌که نماز ظهر را ایستاده و نماز عصر را نشسته بخواند یا نماز ظهر را نشسته و نماز عصر را ایستاده بخواند و نیز دوران امر بین این‌که در رکعت اولی بایستد و بقیه نماز را نشسته بخواند یا رکعت اولی را نشسته و رکعت دوم را ایستاده بخواند، بحث این مرجع مطرح است. محقق نائینی در بحث مرجحات ابتدا سه مرجع را ذکر می‌کند و می‌گوید مدامی که این سه مرجع در میدان باشد، نه نوبت به مسئله‌ی اهم و مهم و نه نوبت به مسئله‌ی اسبق زماناً می‌رسد. لذا فرض بحث در دو واجب متراحمی است که هر دو مشروط به قدرت شرعیه یا هر دو مشروط به قدرت عقلیه باشند و بحث را در دو مقام ادامه می‌دهند.

مقام اول: دو واجب مشروط به قدرت شرعی باشند

به عنوان نمونه در صورتی که مکلف ابتدا روزه‌ی روز پنجشنبه و سپس روزه‌ی روز جمعه را نذر کرده است، قدرت موجود در منذور، قدرت شرعی است. یعنی مکلف با نذر، فعل مقدور را متعلق نذر قرار می‌دهد که به منزله‌ی قدرت اخذ شده در لسان شارع است. پس این دو واجبی که هر دو مشروط به قدرت شرعیه‌اند، با این فرض که قدرت بر امتحان هر دو را ندارد، با هم تراحم می‌کنند. به اعتقاد مرحوم نائینی، اصلاً بحث اهم و مهم مطرح نمی‌شود. چون ترجیح به اهم و مهم در جایی است که هر دو دارای ملاک باشند. در حالیکه در ما نحن فیه تنها یکی ملاک دارد. چرا که وقتی علم دارد به این‌که فقط قدرت بر یکی از دو را دارد، به این معناست که یکی از اینها مقدور و دارای ملاک دارد و دیگری مقدور نیست و ملاک ندارد. لذا مسئله‌ی اهم و مهم، در کار نیست. اگر احدهما اسبق زماناً در امتحان است باید آن را ترجیح بدهیم و اگر از نظر زمان امتحان تقدیم و تأخیری بین‌شان نیست، نوبت به تغییر می‌رسد(نائینی، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ۳۲۹).

مرحوم نائینی اسبق خطاباً را بین دو واجب مشروط به قدرت شرعی که زمان امتحالشان یکسان است، به اسبق امثالاً ملحق می‌کند. مگر این‌که خطاب سابق خصوصیتی داشته باشد که در اثر آن خصوصیت امتحان خطاب لاحق تعین پیدا کند. مثلاً اگر کسی قبل از این‌که ماه‌های حج بیاید،

زیارت امام حسین (ع) را در روز عرفه نذر کند. چنان چه در ماه های حج استطاعت برایش حاصل شود، حج متین و نذرش منحل باطل است.

مقام دوم: دو واجب مشروط به قدرت عقلی باشند

بنا بر نظر مرحوم نائینی اگر متزاحمین، هر دو مقدور به قدرت عقلیه و فاقد بدل باشند، مثل اکثر واجبات مانند نماز، روزه، جهاد و... که قدرت در اینها را عقل شرط قرار داده است، اولین مرجع، مسئله اهم و مهم است. فرق نمی‌کند زمان امثال و خطاب اهم مقدم باشد یا نباشد. در مرحله‌ی بعد اگر یکی از آن دو اهم نبود، نوبت به اسبق امثالاً می‌رسد(همان، ۳۳۳).

مرحوم خوئی در مصباح الاصول تفصیلی را بین دو واجب مشروط به قدرت عقلی و دو واجب مشروط به قدرت شرعی، مطرح نکرده است. به اعتقاد ایشان، در تزاحم بین دو واجب که زمان امثال یکی مقدم بر دیگری است، مقدم مطلقاً ترجیح دارد مگر آنکه واجب مؤخر اهم باشد(خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ۴۳۵).

مرحوم شهید صدر خطاب واجبی را که امثالش اسبق است، قبل از آنکه واجب متأخر خطابش فعلی گردد، فعلی می‌داند. لذا مکلف حق ندارد خطاب اسبق فعلی را، ترک کند. با امثال خطاب اسبق، موضوعی برای فعلیت خطاب متأخر باقی نمی‌ماند. لذا ایشان اسبق بودن را چه در مقدور به قدرت عقلیه و چه در مقدور به قدرت شرعیه، مرجع نمی‌داند(صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ۱۰۱ – ۱۰۲).

○ ۳-جمع بندی

اگر یکی از دو حکم متزاحم نسبت به دیگری ترجیح داشته باشد، عقل حکم به ترجیح آن می‌دهد و گرنه حکم عقل، تخيیر در انجام یکی از آن دو است. اصولیان، مرجحاتی برای بیان ملاک رجحان بیان کرده‌اند.

اولین مرجع از مرجحات باب تزاحم، تقدیم «ما لیس له بدل»، بر «ما له البدل» است. طبق ظاهر کلمات اکثر اصولیون از جمله سید یزدی، این مرجع هم در بدل طولی از قبیل دوران امر بین رفع حدث و خبث با مقدار محدودی آب که فقط برای یکی از آن دو کافی است یا واجب



موسوع و مضيق و هم در بدل عرضي مثل واجب تعيني اداء دين و واجب تخميري اطعام ۶۰ مسکين که صوم، بدل عرضي آن است، کاربرد دارد.

بنا بر نظر مرحوم خوئي بدل طولي و بدل عرضي از بحث تراحم خارج است. ما ليس له بدل بر ما له بدل نه از باب تراحم و ترجيح احد المتراحمين على الآخر بلکه به حكم عقل مقدم می-گردد. طبق بيان مرحوم شهيد صدر، دو فرض لحظه يا عدم لحظه مرجع ما ليس له بدل به عنوان مرجع مستقل و در عرض ساير مرجحات مطرح است.

بنا بر فرض استقلال اين مرجع، هر خطابي **لباً** و **عقلًا** مقيد به عدم اشتغال مکلف به ضدي که در ملاک مساوي يا اهم است، می باشد. همچنین اين ضد نباید بدل داشته باشد. وقتی مکلف، ما ليس له بدل را امتثال نمود، ما ليس له بدل بر ما له بدل ورود دارد. چون موضوع ما له بدل از بين می رود. اما اينکه وجوب در هر خطاب، مقيد به عدم اشتغال به تکليفی که ملاکش با واجب مساوي يا اهم باشد، مورد قبول نیست. پس فرض دوم معين می گردد و ما ليس له بدل، مرجع مستقلی نیست. شهيد صدر با دو بيان حساب احتمالات و قدرت شرعی و عقلی، تبيين می کند که ما ليس له بدل غير اصيل و راجع به ديگر مرجحات است. امام خميني، اهم بودن ما ليس له بدل را که مرحوم سيد يزدي در تراحم بين رفع خبث و رفع حدث به آن استدلال کرده، قبول ندارد. برخى از بزرگان از جمله مرحوم سبزوارى، به استناد روایاتى که در باب تيم وارد شده اند، می خواهند قاعده تقديم اهم بر مهم را استخراج نمایند که مرحوم آقای حكيم آن را رد می کند.

دومين مرجع، تقديم مشروط به قدرت عقلية بر مشروط به قدرت شرعية است. به عنوان نمونه در دوران بين طهارت خبيشه و طهارت حدثيه، وجوب طهارت خبيشه که مشروط به قدرت عقلی است بر وجوب طهارت حدثي که مشروط به قدرت شرعی است، مقدم می گردد. همچنین در دوران امر بين صرف پول در اداء دين يا حج، وجوب وفای به دين که مشروط به قدرت عقلی است، مقدم بر حجه الاسلام است، که مشروط به قدرت شرعی می باشد. مرحوم ناثيني با سه بيان ثابت می کند در هنگام شک در تقدير به قدرت شرعی و يا عدم آن، نمي توان به اصالت اطلاق برای نفي قدرت شرعية استفاده نمود. لذا فايده اصالت اطلاق فقط كشف ملاک است.

سومين مرجع، تقديم اهم بر مهم است. بر نظر مرحوم خوئي اين مرجع نياز به دليل ندارد و از مواردي که قيساتها معها، محسوب می شود. برای ترجيح اهم بر مهم دو بيان وجود دارد. طبق بيان مرحوم محقق ناثيني، در تراحم بين اهم و مهم، اطلاق اهم حتى در فرض اشتغال به مهم باقى

است اما اطلاق مهم در فرض انتغال به اهم باقی نیست. طبق بیان مشهور و از جمله مرحوم خویی، بدون توجه به اطلاق خطاب، می‌گوئیم در تراحم بین اهم و مهم عقل اهم را بر مهم ترجیح می‌دهد. چون در انجام مهم تقویت مقداری از ملاک اهم رخ داده است.

چهارمین مرجع، اسبیقت زمانی است. در ترجیح یا عدم ترجیح به صرف تقدیم زمان امثال یک واجب بر زمان امثال دیگری، سه احتمال بدوفی به میدان می‌آید: الف: تخيیر، ب: ترجیح اسبیق زماناً در امثال و ج: تقدیم اهم و در مرحله بعد تخيیر. بنا بر نظر محقق ناثینی، از آنجا که فرض ترجیح با اسبیقت زمانی، در دو واجب متراحمی است که هر دو مشروط به قدرت شرعیه یا هر دو مشروط به قدرت عقلیه باشند، بحث در دو مقام مطرح می‌شود. در مقام اول که دو واجب مشروط به قدرت شرعی باشند، اصلاً بحث اهم و مهم مطرح نمی‌شود. چون با علم به اینکه فقط قدرت بر یکی از دو واجب را دارد، فقط یکی از اینها مقدور و دارای ملاک دارد. اگر احدهما اسبیق زماناً در امثال است باید آن را ترجیح بدھیم و اگر از نظر زمان امثال تقدیم و تأخیری بین‌شان نیست، نوبت به تخيیر می‌رسد. در مقام دوم که دو واجب مشروط به قدرت عقلی باشند و فاقد بدل باشند، اولین مرجع، مسئله اهم و مهم است. در مرحله بعد اگر یکی از آن دو اهم نبود، نوبت به اسبیق امثالاً می‌رسد. مرحوم خوئی در مصباح الاصول تفصیلی را بین دو واجب مشروط به قدرت عقلی و دو واجب مشروط به قدرت شرعی، مطرح نکرده است. به اعتقاد ایشان، در تراحم بین دو واجب که زمان امثال یکی مقدم بر دیگری است، مقدم مطلقاً ترجیح دارد مگر آنکه واجب مؤخر اهم باشد. شهید صدر اسبیق بودن را چه در مقدور به قدرت عقلیه و چه در مقدور به قدرت شرعیه، مرجع نمی‌داند.

○ فهرست مراجع (به ترتیب حروف الفبا)

- ابن منظور، محمد بن مکرم(۱۴۱۴ق)، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر والتوزيع.
- امام خمینی، روح الله(۱۴۲۲ق)، *العروة الوثقى مع تعالیق الإمام الخمینی*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- سیحانی، جعفر(۱۴۱۴ق)، *المحصلون في علم الأصول*، مقرر: سید محمود جلالی مازندرانی، چاپ اول، قم، موسسه امام صادق(ع).
- حکیم، سیدمحسن(۱۴۱۶ق) *مستمسک العروة الوثقى*، چاپ اول، قم، موسسه دارالتفسیر.
- خویی، سیدابوالقاسم(۱۴۲۲ق)، *مصباح الأصول*، مقرر: محمد سور واعظ حسینی بهسودی، چاپ اول، قم، موسسه احیاء آثار الإمام الخویی.
- سیزوواری، سیدعبدالاعلی(۱۴۱۳ق)، *مهذب الأحكام في بيان الحال والحرام*، چاپ چهارم، قم، موسسه المدار.
- صدر، سیدمحمد باقر(۱۴۱۷ق)، *بحوث في علم الأصول*، مقرر: سیدمحمود هاشمی شاهروdi، چاپ دوم، قم، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه.



- طوسی، محمد بن حسن(۱۴۰۷ق)، **تهدیب الاحکام**، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- کلینی، محمد بن یعقوب(۱۴۰۷ق)، **کافی**، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- نائینی، محمدحسین(۱۴۰۴ق)، **فوائد الاصول**، مقرز؛ محمدعلی بن حسن کاظمی خراسانی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مشکینی، علی(۱۳۸۲ق)، **اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها**، چاپ پنجم، قم، نشرالمهادی.
- مظفر، محمدرضا(۱۴۱۶ق)، **اصول الفقه**، چاپ دوم، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- یزدی، سیدمحمد کاظم(۱۴۰۹ق)، **عروه الوثقی**، چاپ دوم، بیروت، موسسه الاعلمی للطبعات.

شنود مکالمات از منظر حقوق کیفری ایران

فقه امامیه، اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی



سید عباس جزایری

استادیار و عضو هیات علمی، گروه حقوق، دانشکده حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران.

محمد شهرانی

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، گروه حقوق، دانشکده حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۹.۲۷ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۰.۱۹

چکیده

مطابق اصل مشروعیت تحصیل دلیل، اصل احترام به کرامت انسانی و اصل احترام به حریم مومن، صیانت از حریم خصوصی اشخاص در زمینه ارتباطات و مکالمات مورد تأکید و حمایت قانونگذاران کشورهای مختلف قرار گرفته است. لذا ضرورت دارد، قانونگذار کشور ما در جهت حفظ و حمایت از حریم خصوصی افراد در همه زمینه‌ها، قانونی مدون و جامع که حدود و شعور موضوع را مشخص می‌نمود تصویب می‌کرد هر چند بصورت پراکنده مقرراتی در قوانین در جهت حمایت از حریم خصوصی افراد وجود دارد. در قوانین عادی و قانون اساسی ایران، تضمینات قانونی برای رعایت حریم خصوصی افراد از جمله حریم ارتباطات و مکالمات پیش‌بینی شده است. اشاره به قوانین مرتبه با موضوع شنود مکالمات، رعایت اصل منوعیت کنترل مخابرایی افراد، رعایت اصل مشروعیت تحصیل دلیل، رعایت اصل حرمت حریم خصوصی افراد و ذکر موارد مشروع و مجاز شنود مکالمات، یافته‌های تحقیق هستند. این تحقیق از نوع نظری بوده و روش انجام آن توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش گردآوری اطلاعات، به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعته به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است. این مقاله در پی آن است که شنود مکالمات را از منظر حقوق کیفری ایران، فقه امامیه و اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد مذاقه قرار دهد.

واژگان کلیدی: شنود مکالمات، کنترل ارتباطات، حریم خصوصی، استراق سمع.



Listening to conversations from the perspective of Iranian criminal law Imami jurisprudence, international documents and conventions

Abstract

According to the principle of legitimacy of the study of reason, the principle of respect for human dignity and the principle of respect for the privacy of the believer, the protection of the privacy of individuals in the field of communication and conversation has been emphasized and supported by legislators of different countries. Therefore, in order to protect and protect the privacy of individuals in all fields, the legislator of our country approved a comprehensive and codified law that specified the boundaries of the issue, although there are scattered provisions in the laws to protect the privacy of individuals. There is. Ordinary laws and the Constitution of Iran provide for legal guarantees to protect the privacy of individuals, including the privacy of communications and conversations. Respect for the privacy of individuals and mentioning legitimate and permissible cases of eavesdropping are the findings of the research. This research is theoretical and its method is descriptive-analytical and the method of collecting information is library and by referring to documents, books and articles This article seeks to examine the interception of conversations from the perspective of Iranian criminal law, Imami jurisprudence, and international documents and conventions.

Keywords: eavesdropping, crime detection, communication control, privacy, eavesdropping.

۰ مقدمه

حق مصونیت حریم خصوصی و خلوت افراد از حقوق بنیادین بشر ، بیشتر ممکن است در فرایند تحقیقات پلیسی تضییع شود. حریم خصوصی آن چنان اهمیتی دارد که تقریباً تمام استاندی که تاکنون درباره حقوق بشر به تصویب مراجع بین المللی رسیده است بر این نکته اتفاق نظر دارند که بشر از حقوق و آزادی هایی برخوردار است که باید الزاماً و به گونه ای موثر از آن حمایت شود و دولت ها موظف اند در صورت نقض این حقوق ، تدبیر مطمئن برای احفاظ حقوق افراد فراهم آورند. از جمله این حقوق ، حق بر حریم خصوصی می باشد. (جزائری، ۱۳۹۴، ص ۱۶۶) حریم خصوصی محدوده ای از قلمرو زندگی شخص است که بلحاظ حساسیت و اهمیت خاص، انتظار است مورد احترام قرار گیرد و از تعرض در امان باشد . حریم خصوص به این معناست که ، دیگران بدون رضایت شخص ، حق ورود، نظاره کردن یا کسب اطلاعات از محدوده حریم خصوصی او را ندارند.(طهماسبی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۶۵) یکی از انواع حریم خصوصی ، حریم خصوصی ارتباط است . این حریم به معنای مصون بودن مکالمات مراسلات، و کلیه ارتباطات شهروندان از هر گونه تقتیش، استراق سمع و دستیابی غیر مجاز دیگران است. (آماده، ۱۳۹۲، ص ۱۲۴) به نحوی که اصل ۲۵ قانون اساسی، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابرہ و نرساندن آنها ، استراق سمع و هر گونه تجسس را ممنوع دانسته؛ مگر اینکه به حکم قانون باشد . جرم انگاری نقض حریم خصوصی افراد، یک امر ضروری است؛ به نحوی که نظم و امنیت در یک جامعه در گرواحترام به حریم خصوصی افراد است. قانونگذار در ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی استراق سمع را جرم و مشمول مجازات دانسته است. صرفنظر از جرم بودن نقض حریم خصوصی ، حرمت مکالمات افراد تا حدی است که هتك آن می تواند موجب بی اعتباری ادله ای گردد که از این طریق نیز تحصیل شده اند. بنابراین ضرورت و رعایت حقوق دفاعی متهم در مقاطع کشف جرم ایجاد می نماید که از پیشرفت های علمی و فناوری های غیر اصولی و غیر انسانی استفاده نشود به نحوی که استفاده از ضبط صوت و به کارگیری وسایل بصری منتقل کننده عکس و تصویر منافی حقوق شهروندی و حقوق بشر و برخلاف عدالت کیفری است. (فرخشه، ۱۳۸۷، ص ۶۷) امروزه وجود ابزار پیشرفته فنی و الکترونیکی، تجسس و سهولت استخدام آن ها از سوی دولتها، خطیری بسیار جدی علیه حرمت زندگی خصوصی افراد به شمار می رود. از این طریق عملاً امنیت و آزادی های فردی سلب ، اسرار مردم ، فاش و خلوت و شئون خانوادگی افراد به راحتی در معرض دید و شنود قدرتمندانه کارگزاران قرار می گیرد . در زمان حاضر ورود به حریم مردم



از طریق استماع مکالمات تلفنی بسیار آسان تر از ورود بدون اجازه به خانه اشخاص است (سرمست بناب، ۱۳۸۸، ص ۱۲۵) در این مقاله بر آنیم شنود مکالمات را از سه منظر حقوق کیفری ایران، فقه امامیه، استناد و کنوانسیون های بین المللی مورد بررسی قرار گیرد. در ابتدا اشاره ای به قوانین مرتبط با موضوع می گردد:

○ ۱- قوانین مربوط به شنود مکالمات در حقوق کیفری ایران

در ایران خلاً قانونی جدی در حمایت از حریم خصوصی به ویژه حریم خصوصی اطلاعات وجود دارد اما در هر صورت قوانینی که به حفظ حریم خصوصی ارتباطات و مکالمات اشاره دارد عبارتند از :

اصل ۲۵ قانون اساسی مقرر می دارد: «بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشاءی مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هر گونه تعسیس ممنوع است مگر به حکم قانون».

ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مقرر می دارد: «هر یک از مستخدمین و مامورین دولتی، مراسلات یا مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص را در غیر مواردی که قانون اجازه داده حسب مورد مفتوح یا توقيف یا معذوم یا بازرسی یا ضبط یا استراق سمع نماید یا بدون اجازه صاحبان آنها مطالب آنها را افشاء نماید به حبس از یک سال تا سه سال و یا جزای نقدی از شش تا هیجده میلیون ریال محکوم خواهد شد».

ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر می دارد: «کنترل ارتباطات مخابراتی افراد ممنوع است، مگر در مواردی که به امنیت داخلی و خارجی کشور مربوط باشد یا برای کشف جرائم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده (۳۰۲) این قانون لازم تشخیص داده شود. در این صورت با موافقت رئیس کل دادگستری استان و با تعیین مدت و دفعات کنترل، اقدام می شود. کنترل مکالمات تلفنی اشخاص و مقامات موضوع ماده (۳۰۷) این قانون منوط به تایید رئیس قوه قضائیه است و این اختیار قابل تفویض به سایرین نمی باشد. تبصره ۱- شرایط و کیفیات کنترل ارتباطات مخابراتی به موجب مصوبه شورای عالی امنیت ملی تعیین شود.

می

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

بند «ف» ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات ، مصوب ۱۳۸۲ مقرر می‌دارد: «قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات: ...ف- حفاظت و حراست و عدم ضبط و افشاء ا نوع مراسلات و امانات پستی و همچنین مکالمات تلفنی و مبالغات شبکه اطلاع رسانی و اطلاعات مربوط به اشخاص حقیقی و حقوقی طبق قانون»

ماده ۲ و ۴۸ قانون جرایم رایانه ای ، مصوب ۱۳۸۸/۵ ، شنود غیر مجاز محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری را جرم انگاری و قابل مجازات دانسته است . ماده ۲ مقرر می‌دارد :«هر کس به طور غیر مجاز محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری را شنود کند، به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده میلیون (۱۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.» ماده ۴۸ مقرر می‌دارد :«شنود محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی مطابق مقررات راجع به شنود مکالمات تلفنی خواهد بود. تبصره - دسترسی به محتوای ارتباطات غیر عمومی ذخیره شده، نظیر پست الکترونیکی یا پیامک در حکم شنود و مستلزم رعایت مقررات مربوط است.»

بند ۸ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵ مقرر می‌دارد: «- بازرسی ها و معاینات محلی، جهت دستگیری متهمان فراری یا کشف آلات و ادوات جرم براساس مقررات قانونی و بدون مزاحمت و در کمال احتیاط انجام شود و از تعرض نسبت به اسناد و مدارک و اشیایی که ارتباطی به جرم نداشته و یا به متهم تعلق ندارد و افشاء مضمون نامه ها و نوشته ها و عکس های فامیلی و فیلم های خانوادگی و ضبط بی مورد آنها خودداری گردد.»

ماده ۶۸۳ قانون این دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «کنترل محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی مطابق مقررات راجع به کنترل ارتباطات مخابراتی مقرر در آین دادرسی کیفری است. تبصره - دسترسی به محتوای ارتباطات

غیر عمومی ذخیره شده، نظری پیامنگار (ایمیل) یا پیامک در حکم کنترل و مستلزم رعایت مقررات مربوط است.»

○ ۲-مفهوم شنود مکالمات یا کنترل ارتباطات مخابراتی

در یک تعریف می‌توان گفت، شنود به هر گونه دریافت محتوای در حال ارسال امواج در فضای تبادل ارتباطات به طور غیر قانونی و پنهانی گفته می‌شود (صنعتی و عطایی جتنی، ۱۳۹۷، ص ۳۵) در تعریف دیگر، کنترل ارتباطات مخابراتی، هر اقدامی است که مقصود یا نتیجه آن، تشخیص مبدأ یا مقصد ارتباط یا محتوای آن باشد. بنابراین، اقدام به بررسی در مورد اینکه مشترکی معین با چه شماره‌ها یا چه اشخاصی تماس گرفته یا از کدام شماره‌ها یا اشخاص تماسی دریافت کرده یا اینکه محتوای گفگوی انها یا پیامک تبادل شده میان آنها چه بوده است، کنترل محسوب می‌شود. اقداماتی نظیر استعلام مالکیت امیاز خطر تلفن ثابت یا همراه، دائر یا قطع بودن آن، میزان بدھی معوقه مشترک و نظایر آنها کنترل ارتباطات مخابراتی محسوب نشده و مشمول محدودیت مندرج در ماده ۱۵۰ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیست. (خالقی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۵) ارتباطات مخابراتی، مواردی مانند ایمیل، تلگرام، تلکس و فاکس را نیز در بر می‌گیرد و منطق حاکم بر حریم خصوصی ایجاب می‌کند ماده ۱۵۰ را شامل کلیه ارتباطات مخابراتی بدانیم. (تقی پور، ۱۳۹۵، ص ۱۹۴) با توجه به تعریف گسترده‌ای که از مخابرات در نصوص قانونی آمده، به خوبی شامل سوءاستفاده‌های نوین هم می‌شود. (بهره‌مند و جلالی فراهانی، ۱۳۹۳، ص ۱۱)

○ ۳-شنود مکالمات (استراق سمع) از منظر فقه امامیه

استراق سمع در زبان فارسی به معنای دزدیده شنیدن، گوش به سخن کسی فرا دادن و شنود مکالمات دیگری است. (معین، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۴۳) استراق سمع یکی از مصاديق تجسس است که قرآن کریم، تجسس را عملی زشت و ناروا دانسته و از آن نهی کرده است. آیة ۱۲ سوره مبارکه حجرات می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتِنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الطَّنَّ إِنَّ بَعْضَ الطَّنَّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوْ...» ای کسانی که ایمان آورده اید! از بسیاری گمان‌ها دوری کنید، زیرا بعضی گمان‌ها گناه است. و (در کار دیگران) تجسس نکنید. استراق سمع یک بار در قرآن در آیه ۱۸ سوره مبارکه حجر «إِلَّا مَنِ

استرقَ السَّمْعَ فَأَتَبْعَثُ شِهَابًّ مُبِينً» بکار رفته است. در این آیه و آیات قبل آن، یعنی آیات ۱۶ تا ۱۸ آمده است که «به راستی که ما در آسمان، برج‌هایی قرار دادیم و آن را برای بینندگان آراستیم و آن را از شیطان رانده شده‌ای حفظ کردیم، مگر آنکه مخفیانه بشنود که شهابی روشن او را دنبال می‌کند. رسول اکرم (ص) در زمینه ممنوعیت استراق سمع فرمودند: «هر کس به مکالمات دیگران در حالی که راضی نیستند، گوش دهد روز قیامت در گوش وی سرب گداخته ریخته می‌شود.» در حرر العاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۲۱) در تعبیر دیگری از پیامبر اکرم (ص) از استراق سمع آمده است که: «برای هر عضوی از اعضای بدن آدمی سهمی از زنا است و زنای گوش انسان شنیدن سخن مخفیانه است.» (خواجه پیری، ۱۳۹۶، ص ۲۱۵) از طریق محمد به مروان از امام صادق (ع) روایت نموده است که آن حضرت می فرمود «ثلاثة يعذبون يوم القيمة (الى ان قال) والمستمع حديث قوم و هم له كارهون يصب فى اذنيه الانك». سه دسته هستند که در روز قیامت دچار عذاب الهی خواهند شد و {آنان را برشمرد تا اینکه فرمود} از جمله کسی که به مکالمه دیگران گوش دهد در حالی که انان به این کار رضایت ندارند . به گوش های چنین کسانی در روز قیامت سرب گداخته خواهند ریخت.(حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۲۹۷)

در فقه نیز شنود مکالمه دیگران حرام است. (الخوئی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۰۷) حکم شرعی شنود گذاری و استراق سمع از باب دخالت در سلطه دیگران و خیانت در امانت و ایدا ، حرمت است ، و استثناء، تابع اموری است ، همانند ضرورت داشتن که مجوز حرام با فرض حقَّ غیر بودن است.(صانعی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۶۳۷) همچنین حرمت نقض حریم خصوصی در کلام امام خمینی (ره) نیز مشهود است . ایشان در روز بیست و چهارم آذرماه سال ۱۳۶۱ شمسی، فرمان ۸ ماده‌ای خطاب به قوه قضاییه و ارگان‌های اجرایی کشور صادر کردند. که در بند ۶ می فرمایند: «هیچ کس حق ندارد به خانه یا مغازه و یا محل کار شخصی کسی بدون اذن صاحب آنها وارد شود یا کسی را جلب کند، یا به نام کشف جرم یا ارتکاب گناه تعقیب و مراقبت نماید، و یا نسبت به فردی اهانت نموده و اعمال غیر انسانی - اسلامی مرتکب شود، یا به تلفن یا نوار ضبط صوت دیگری به نام کشف جرم یا کشف مرکز گناه گوش کند، و یا برای کشف گناه و جرم هر چند گناه بزرگ باشد، شنود بگذارد و یا دنبال اسرار مردم باشد، و تجسس از گناهان غیر نماید یا اسراری که از غیر به او رسیده و لو برای یک نفر فاش کند. تمام اینها جرم و گناه است و بعضی از آنها چون اشاعه فحشا و گناهان از کبایر بسیار بزرگ است، و مرتکبین هر یک از امور فوق مجرم و مستحق تعزیر شرعی هستند و بعضی از آنها موجب حد شرعی می‌باشد.»



○ ۴-شنود مکالمات از منظر اسناد و کنوانسیون های بین المللی

اسناد بین المللی ناظر بر حقوق بشر با تصریح بر ممنوعیت نقض حریم خصوصی صحه گذارده اند از جمله ، حریم خصوصی در ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی های اساسی که در ۴ نوامبر ۱۹۵۰ به تصویب اعضا وقت شورای اروپا رسید و از ۳ سپتامبر ۱۹۵۳ به مورد اجرا گذاشته شد ذکر گردیده است . این ماده مقرر می دارد: «۱-هر کس حق دارد که حرمت زندگی خصوصی و خانوادگی و مکاتبات وی حفظ شود ۲-مرجع عمومی ، هیچ مداخله ای نباید در اعمال این حق بکند ، مگر انچه طبق قانون باشد». هر چند که این ماده دلالت بر اطلاعاتی می کند که کتبی بوده و از طریق پست ارسال می شود، اما دیوان اروپایی آن را شامل مکالمات تلفنی و تلکس نیز دانسته است .(تفقی پور، ۱۳۹۵، ص ۱۳۹۲) همچنین اعلامیه جهانی حقوق بشر که در تاریخ ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ مصادف با ۱۹ آذرماه ۱۳۲۷ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده ، می توان شاخص مدرن حفظ حریم خصوصی در سطح بین المللی دانست که به طور خاص از حریم مکانی و ارتباطی حمایت می کند. بنا بر ماده ۱۲ این قانون: «حریم خصوصی ، خانواده ، خانه و مکاتبات ، آبرو و حیثیت افراد نباید مورد تعرض و مزاحمت واقع شود . هر کس این حق را دارد که علیه چنین مزاحمت هایی مورد حمایت قرار گیرد».(پرویزی فرد و حقداریان، ۱۳۹۶، ص ۱۹۲) در ادامه هم میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی که در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ مصادف با ۲۵ آذرماه ۱۳۴۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسیده است در ماده ۱۷، تجاوز به حریم خصوصی افراد از جمله استراق سمع را ممنوع اعلام کرده اند. در ماده ۱۷ میثاق مقرر شده است: «۱-هیچ کس نباید در زندگی خصوصی و خانوادگی و اقامتگاه یا مکاتبات ، مورد مداخلات خودسرانه یا خلاف قانون قرار گیرد ۲-هر کس حق دارد در مقابل این گونه ملاحظات یا تعرض ها از حمایت قانون برخوردار شود».(جزائری، ۱۳۹۴، ص ۱۶۶) همچنین اعلامیه اسلامی حقوق بشر اسلامی قاهره که در تاریخ ۱۳۶۹ / ۰۵ / ۱۵ مطابق با ۵ اوت ۱۹۹۰ م و ۱۴ محرم الحرام ۱۴۱۱ هـ در قاهره به تصویب وزاری خارجه کشورهای اسلامی رسید در ماده ۱۸ مقرر می دارد: «الف) هر انسانی حق دارد که نسبت به جان و دین و خانواده و ناموس و مال خویش ، در آسودگی زندگی کند. ب) هر انسانی حق دارد که در امور زندگی خصوص خود (مسکن، خانواده، مال و ارتباطات) استقلال داشته باشد و جاسوسی یا نظارت بر او یا مخدوش کردن حیثیت او جایز نیست و باید از شئونات او در مقابل هر گونه دخالت زورگویانه حمایت شود ». که در این اعلامیه هم به غیر قابل تعرض بودن به حریم خصوصی اشاره کرده است . همچنین ماده ۱۱ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ، حق حریم

خصوصی وضع شده است . همچین کنفرانس حقوقدانان درباره حق رعایت حریم خصوصی که در ۴ فوریه ۱۹۷۷ در نروژ برگزار شد، در بند ۲ اعلامیه خود آورده است: حق حریم خصوصی حقی است نسبت به تنها ماندن نسبت به زندگی کردن با سلیقه خود و با حداقل درجه مداخله دیگران.

○ ۵-شنود مکالمات از منظر حقوق کیفری ایران

آزادی مراسلات و مخابرات و مکالمات تلفنی افراد در اصل ۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسیدت شناخته شده است و قانونگذار ایران ، برای نقص این اصل ، ضمانت اجرای کیفری در ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ پیش بینی کرده است . البته در آخر اصل ۲۵ اشرف می نماید ، استثنای شنود غیر مجاز تنها به حکم قانون باید باشد . لذا شنودی که مستند و با اجازه قانونگذار صورت گیرد تحت عنوان شنود مجاز تلقی می گردد .

○ ۵-۱-اصل ممنوعیت کنترل ارتباطات مخابراتی

قانونگذار در ماده ۱۵۰ قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مقرر می دارد : «کنترل ارتباطات مخابراتی افراد ممنوع است ...» ممنوعیت کنترل ، بدین معناست که ضابطان دادگستری ، حتی در جرایم مشهود نیز بدون دستور قضایی و تحقیق شرایط مندرج در این ماده ، مجاز به شنود و دسترسی به اطلاعات رایانه ای و مخابراتی نیستند . (ساریخانی، ۱۳۹۶، ص ۱۷۰) حتی مراجع تعقیب نیز نمی توانند بهبهانه کشف جرایم و جمع آوری ادلہ ، مبادرت به نقض حریم خصوصی افراد کنند زیرا اصل بر مصونیت حریم خصوصی افراد است و موارد استثناء بر این اصل را قانون مشخص می کند .

○ ۵-۲-استثنایات اصل ممنوعیت کنترل ارتباطات مخابراتی

در آموزه های اسلامی، اصل اولیه بر حفظ حریم خصوصی افراد است . این سخن به معنای آن است که اولاً حیطه ای به نام حریم خصوصی برای افراد پذیرفته شده است و دیگر اینکه حفظ این حریم دارای اصال است و رعایت آن بر همه واجب است. نقض حریم خصوصی جائز نیست و در هر مورد نیاز به دلیل است . در عین حال مواردی نیز معین شده اند که بر اساس آنها می توان به نحو مشروط و محدود حریم خصوصی را نقض کرد . (سلیمانی، ۱۳۹۳، ص ۵۳) گاه خطر



جرائم ارتکابی و ارزش و اهمیت شناخت مرتكب آن تا حدی است که شکستن حریم مراسلات خصوصی افراد موجه و مشروع به نظر می‌رسد و به همین علت، در حقوق ایران نیز، فقط در مواردی که ضرورت تحقیقات ایجاب می‌نماید و به تشخیص دادرسان، می‌توان به بازرسی و تفییش مراسلات و مکاتبات اقدام نمود و در جرایم مهم مانند جرایم علیه امنیت کشور و یا به منظور احراق حقوق اشخاص، پس از احراز ضرورت امر، می‌توان به کنترل تلفن افراد اقدام کرد.(تاریخ، ۱۳۸۸، ص ۹۳) طرفداران حریم خصوصی در مواردی از نقض آن حمایت می‌کنند و معتقدند در این موارد نباید حریم خصوصی رعایت شود. معمولاً از «فعل عمومی» و «امنیت ملی» به عنوان دو ملاک برای ورود به حریم خصوصی نام برده می‌شود. (سلیمانی، ۱۳۹۳، ص ۴۸)

بدیهی است در کشاکش مصلحت فردی با مصلحت ناشی از ارتباطات اجتماعی، عقائیت کلان نگر و عدالت محور دینی، در پاره‌ای موارد با انگیزه‌هایی همچوہ حفظ امنیت و منافع ملی و حکومتی، حفظ حوزه اخلاق اجتماعی، حفظ حقوق کار، حفظ بهداشت عمومی، و... با تکیه بر اعمال برخی قواعد و مستندات نظیر قاعده اهم بر مهم، اختلال نظام و دیگر ظرفیتهای نوین کارآمد فقه اسلامی، به سوی دفاع از حوزه عمومی و تقدیم مصلحت جمعی سوق پیدا کرده و این مسائل بر اصول پشتیبان حریم خصوصی همچون رازداری، ممنوعیت تجسس و غیبت و مواردی نظیر امر حسبه مقدم داشته شده است. (دانش پور، ۱۳۹۵، ص ۴۰) بنابراین اصل ممنوعیت کنترل ارتباطات مخابراتی افراد، با استثنای مواجه شده است. این موارد عبارتند از: ۱. مواردی که به «امنیت داخلی و خارجی کشور» مربوط باشد. ۲. کنترل ارتباطات مخابراتی برای کشف «جرائم موضوع بند های الف تا ت ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری» لازم باشد. منظور از «جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی» بین حقوقدانان اختلاف است. برخی معتقدند عبارت امنیت داخلی و خارجی کشور، مفهومی کلی بوده و تعیین مصادیق آن دشوار است و نمی‌توان گفت که هر جرمی به دلیل لطمeh ای که به نظام عمومی می‌زند و مستوجب کیفر شناخته شده، بر علیه امنیت جامعه محسوب می‌شود، زیرا قطعاً در این ماده که قانونگذار در صدد وضع محدودیت خاصی بر متهماً جرائم خاصی بوده، چنین تعبیر وسیعی مورد توجه نبوده است. بنابراین، برای شناسایی جرایم علیه امنیت چاره‌ای نیست جز اینکه به متون قوانین مراجعه نمود تا مشخص شود که قانونگذار چه جرایمی را به عنوان «جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی» معرفی نموده است. بر این اساس، می‌توان جرائم مندرج در مواد ۴۹۸ تا ۵۱۲ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵ را که تحت عنوان «جرائم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور» پیش‌بینی شده است، مشمول عبارت مذکور در ماده دانست.(حالقی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۵) اما برخی دیگر معتقدند جرایم محاربه (ماده ۲۷۹ ق.م.ا، ۱۳۹۲)،

افساد فی الارض (ماده ۲۸۶ ق.م. ۱۳۹۲) و باغی (ماده ۲۸۷ ق.م. ۱۳۹۲) جزو جرایم علیه امنیت تلقی می‌شوند (مهراب و محمودیان، ۱۳۹۶، ص ۳۳۵) به عقیده نویسنده، نظر اول به مقصود قانونگذار نزدیک است؛ زیرافرض نماییم شخصی اطلاعات سری و محترمانه کشور را تحصیل نماید و آنها را به دولت یا دولت‌های بیگانه انتقال دهد، حال با استناد به اصل منوعیت کنترل مخابراتی افراد، امکان اجازه شنود مکالمات داده نشود!

از طرفی دیگر، قانونگذار، اجازه داده که در جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی با میزان نصف دیه کامل، موضوع بند (پ) ماده ۳۰۲ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ که جنبه خصوصی آن قابل گذشت است، اجازه کنترل ارتباطات مخابراتی افراد، داده شود اما در جرم موضوع ماده ۵۰۵ ق.م. ۱۳۷۵ که مرتکب جرم با هدف بر هم زدن امنیت کشور، اطلاعات طبقه بندی شده را در اختیار دیگران قرار می‌دهد، این اجازه امکان‌پذیر نیاشد!

لذا باید گفت که تجسس از حریم خصوصی جاسوسانِ دشمنِ خارجی و یا از حریم خصوصی دشمنان داخلی حکومت برای ختنی کردن آنها و حفظ امنیت جامعه اسلامی (یعنی ضد اطلاعات)، جایز است و حتی اگر کسی با قرائی عقلایی، مظنون به جاسوسی است و جاسوسی او محرز نشده، حکومت می‌تواند نامه او را بخواند. (علی اکبریان، ۱۳۹۳، ص ۲۶) بنابراین منظور از «جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی» همان مواد ۴۹۸ و ۵۱۲ ق.م. ۱۳۷۵ می‌باشد. لذا ضروری است، کنترل ارتباطات مخابراتی افراد، با هدف «کشف جرم» مذکور در ماده باشد؛ در غیر این صورت اگر برای تحصیل دلیل بیشتر به منظور محکومیت اشخاص دخیل در پرونده باشد و جاهت قانونی نخواهد داشت. (مهراب و محمودیان، ۱۳۹۶، ص ۳۳۵)

○ ۶- شرایط کنترل ارتباطات مخابراتی متهم

در ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مواردی که می‌توان ارتباطات مخابراتی افراد را کنترل کرد ذکر گردیده است. این شرایط عبارتند از:

○ ۱-۶- به منظور کشف جرایم :

منظور از جرایم، جرایمی است که موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ باشد. این ماده مقرر می‌دارد: «به جرائم زیر در دادگاه کیفری یک

رسیدگی می شودالف- جرائم موجب مجازات سلب حیات ب- جرائم موجب حبس ابد پ- جرائم موجب مجازات قطع عضو یا جنایات عمدى علیه تمامیت جسمانی با میزان نصف دیه کامل یا بیش از آن ت- جرائم موجب مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر» بنابراین، کنترل ارتباطات مخابراتی با هدف کشف جرایم مذکور در این ماده می باشد اما چنانچه علی رغم تکمیل بودن ادله، برای تحصیل دلیل بیشتر این اقدام گیرید به جهت اینکه اصل مشروعيت تحصیل دلیل، رعایت نگردیده، و ضوابط قانونی و شرایط مقرر نادیده گرفته شده باشد، ادله تحصیلی فاقد اعتبار تلقی می شود. (آشوری، ۱۳۸۳، ج، ۲، ص ۲۲۹)

اداره حقوقی قوه قضائیه نیز جهت کشف جرم زمانی کنترل ارتباطات را مجاز دانسته که از طرق دیگر نتوان جرم را کشف نمود. اداره حقوقی در این نظریه مشورتی به شماره ۷/۱۴۶۵ مورخ ۱۳۷۱/۲/۳۰ اعلام نموده است: «چنانچه منحصراً از طریق استراق سمع مکالمات تلفنی، کشف جرم امکانپذیر باشد و جز از این طریق نتوان مبادرت به کشف جرم نمود، دادستان مجاز به صدور دستور استراق سمع مکالمات تلفنی متهم و آن هم در مدت معین به ضابطین دادگستری می باشد». (تدين، ۱۳۸۸، ص ۱۵۲).

○ ۶-۲- جرم از جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور باشد .

منظور ، جرایم مندرج در مواد ۴۹۸ تا ۵۱۲ ق.م. ۷۵ می باشد. این جرایم عبارتند از :

۶-۲-۱- تشکیل یا اداره دستجات غیر قانونی (ماده ۴۹۸ ق.م.ا.).

۶-۲-۲- عضویت در دستجات غیر قانونی (ماده ۴۹۹ ق.م.ا.).

۶-۲-۳- فعالیت تبلیغی علیه نظام یا به نفع گرهای مخالف نظام (ماده ۵۰۰ ق.م.ا.).

۶-۲-۴- تسلیم نقشه ها و اسرار مربوط به سیاست داخلی و خارجی(ماده ۵۰۱ ق.م.ا.).

۶-۲-۵- جاسوسی به نفع بیگانه ای و به ضرر بیگانه دیگر (ماده ۵۰۲ ق.م.ا.).

۶-۲-۶- داخل شدن به موضع سیاسی و امنیتی و نظامی به قصد اطلاع (ماده ۵۰۳ ق.م.ا.).

۶-۲-۷- تحریک نیروهای رزمی (ماده ۵۰۴ ق.م.).

۶-۲-۸- جمع آوری اطلاعات طبقه بندی شده به منظور در اختیار غیر قرار دادن (ماده ۵۰۵ ق.م.).

۶-۲-۹- تخلیه اطلاعاتی (ماده ۵۰۶ ق.م.).

۶-۲-۱۰- عذر همکاری اقدام کنندگان علیه امنیت کشور (ماده ۵۰۷ ق.م.).

۶-۲-۱۱- همکاری با دول متخاصم خارجی (ماده ۵۰۸ ق.م.).

۶-۲-۱۲- جرایم علیه امنیت در زمان جنگ (ماده ۵۰۹ ق.م.).

۶-۲-۱۳- شناسایی، جذب و معرفی جاسوسان به دولت خصم (ماده ۵۱۰ ق.م.).

۶-۲-۱۴- تهدید به بمب گذاری (ماده ۵۱۱ ق.م.).

۶-۲-۱۵- اغوا و تحریک به جنگ و کشتار (ماده ۵۱۲ ق.م.).

○ ۶-۳-رعایت اصل لزوم کنترل ارتباطات مخابراتی افراد

کنترل ارتباطات مخابراتی افراد باید ضرورت داشته باشد و تشخیص ضرورت و لزوم بر عهده مقام قضایی است. چنانچه قاضی از روی مکاتبات متهم ، جرم را کشف نماید دیگر ضرورت و لزومی به کنترل ارتباطات مخابراتی افراد نیست.

گرچه اصل آزادی تحصیل دلیل ، دست قاضی را تا حد زیادی برای بدست آوردن واقعیت باز گذاشته است اما معنای این اصل، آن نیست که قاضی مجاز است از هر راهی به واقعیت برسد بلکه در این راه فقط می تواند به وسایلی تمسک جوید که قانونی است و حقوق و آزادی های افراد را نیز در نظر داشته باشد . بنابراین وسیله غیر قانونی هر چند هم علمی باشد و برای قاضی ایجاد علم نماید قابلیت استناد ندارد .(زراعت، ۱۳۸۲، ص ۴۶)



○ ۶-۴-اخذ موافقت رئیس کل دادگستری استان در مورد افراد عادی و افراد مقرر در ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

ماده ۳۰۸ مقرر می دارد: «رسیدگی به اتهامات مشاوران وزیران، بالاترین مقام سازمان ها، شرکتها و موسسه های دولتی و نهادها و موسسه های عمومی غیر دولتی، مدیران کل، فرمانداران، مدیران موسسه ها، سازمان ها، ادارات دولتی و نهادها و موسسه های عمومی غیر دولتی استان ها و شهرستان ها، روسای دانشگاه ها و مراکز آموزش عالی، شهرداران مراکز شهرستان ها و بخشداران، حسب مورد، در صلاحیت دادگاه های کیفری مرکز استان محل وقوع جرم است، مگر آنکه رسیدگی به این اتهامات به موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد».

○ ۶-۵-تایید رئیس قوه قضائیه در مورد افراد مقرر در ماده ۳۰۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

ماده ۳۰۷ مقرر می دارد: «رسیدگی به اتهامات روسای قوای سه گانه و معاونان و مشاوران آنان، رئیس و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، اعضای شورای نگهبان، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و خبرگان رهبری، وزیران و معاونان وزیران، دارندگان پایه قضائی، رئیس و دادستان دیوان محاسبات، سفیران، استانداران، فرمانداران مراکز استان وجرائم عمومی افسران نظامی و انتظامی از درجه سرتیپ و بالاتر و یا دارای درجه سرتیپ دومی شاغل در محلهای سرلشکری و یا فرماندهی تیپ مستقل، مدیران کل اطلاعات استانها، حسب مورد، در صلاحیت دادگاه های کیفری تهران است، مگر آنکه رسیدگی به این جرائم به موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد.

تبصره ۱- شمول این ماده بر دارندگان پایه قضائی و افسران نظامی و انتظامی در صورتی است که حسب مورد، در قوه قضائیه یا نیروهای مسلح انجام وظیفه کنند.

تبصره ۲- رسیدگی به اتهامات افسران نظامی و انتظامی موضوع این ماده که در صلاحیت سازمان قضائی نیروهای مسلح می باشد، حسب مورد در صلاحیت دادگاه نظامی یک یا دو تهران است.»

○ ۷- شرایط کنترل ارتباطات مخابراتی افراد محکوم

تمامی قیود و شروط مذکور در متن ماده ۱۵۰، در تبصره ۲ نیز لازم الرعایه است. زیرا تبصره ناظر به متن ماده است و با توجه به اینکه ظاهر ماده مربوط به مرحله تحقیقات است قانونگذار در تبصره ۲ در مقام بیان این بوده است که آنچه در متن ماده ذکر شده علاوه بر مرحله تحقیقات در مرحله اجرای احکام نیز قابل اجرا می باشد. بنابراین در مرحله اجرای حکم نیز کنترل ارتباطات مخابراتی، فقط در جرایمی که به امنیت داخلی و خارجی کشور مربوط باشد یا برای کشف جرائم موضوع بندهای (الف)،(ب)،(پ) و (ت) ماده ۳۰۲ ق.آ.د.ک و با موافقت رئیس کل دادگستری استان و با تعیین مدت دفعات کنترل، مجاز می باشد و درباره اشخاص و مقامات موضوع ماده ۳۰۷ ق.آ.د.ک منوط به تایید رئیس قوه قضائیه است.(عبدی، ۱۳۹۹، ص ۲۶)

○ ۸- بررسی جرم شنود غیر مجاز موضوع ماده ۲ قانون جرایم رایانه ای

ماده ۲ قانون جرایم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸ مقرر می دارد: «هر کس به طور غیر مجاز محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا امواج الکترو مغناطیسی یا نوری را شنود کند، به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده میلیون (۱۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.»

بند (و) ماده ۱ آیین نامه جمع آوری و استناد پذیری ادله الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ مقرر می دارد: «شنود: عبارت است از هر گونه دستیابی به محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا امواج الکترو مغناطیسی با استفاده از سامانه ها و تجهیزات سخت افزاری و نرم افزاری مربوط.»

ارتباطات غیر عمومی به ارتباطات بین دو یا چند شخص حقیقی و یا حقوقی اطلاق می شود که فقط طرفین ارتباط مجاز به اطلاع یافتن از مقاد آن هستند. این جرم با ترک فعل محقق نمی شود.(صنعتی و عطایی جستی، ۱۳۹۷، ص ۳۶)

○ ۹- جرم شنود غیر مجاز موضوع ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی

ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مقرر می دارد: «هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی، مراسلات یا مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص را در غیر مواردی که قانون



اجازه داده حسب مورد مفتوح یا توقیف یا معذوم یا بازرسی یا ضبط یا استراق سمع نماید یا بدون اجازه صاحبان آنها مطالب آنها را افشاء نماید به حبس از یک سال تا سه سال و یا جزای نقدی از شش تا هیجده میلیون ریال محکوم خواهد شد»

ماده مذکور ناظر به هتک حرمت مراسلات مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص از سوی مامورین و مستخدمین دولت است. (شکری و سیروس، ۱۳۸۲، ص ۵۵۰) این ماده ضمانت اجرای یکی از حقوق اساسی افراد است که در اصل ۲۵ قانون اساسی پیش بینی شده است. (زراعت، ۱۳۷۹، ص ۳۶۵)

○ ۱۰- مقابسه «شنود غیر مجاز» موضوع ماده ۲ قانون جرایم رایانه ای موضوع ۸۸ و «شنود غیر مجاز» موضوع ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی موضوع ۷۵

۱۰-۱- جرم شنود موضوع ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ویژه جرایم مخابراتی سنتی می باشد در حالی که شنود غیر مجاز (موضوع ماده ۲ قانون جرایم رایانه ای) راجع به شنود در فضای مجازی نیز می شود.

۱۰-۲- جرم شنود موضوع ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) راجع به شنیدن غیر مجاز در حین مکالمه صوتی و احیاناً ضبط آن می باشد، در حالی که شنود غیر مجاز (موضوع ماده ۲ قانون جرایم رایانه ای) به کنترل یا نظارت یا مراقبت یا هر نوع رهگیری یا مسیر یابی یا بررسی یا تجزیه و تحلیل داده ها یا امواج الکترو مغناطیسی در حال انتقال جهت اطلاع از محتوای آن و اقدامات مشابه، اطلاق می گردد.

۱۰-۳- جرم موضوع ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) صرفاً از ناحیه مأموران دولت قابل ارتکاب است؛ در حالی که جرم شنود غیر مجاز موضوع ماده ۷۳۰ از ناحیه هر شخصی قابل ارتکاب است. (صنعتی و عطایی جستی، ۱۳۹۷، ص ۳۵)

نتیجہ گیری

اصل بر مبنویت شنود مکالمات افراد می باشد مگر در شرایط مقرر و منصوص قانونی در ماده ۱۵۰ قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲. ضرورت داشت قانون آینین دادرسی کیفری یا قانون مجازات اسلامی در بخش پنجم که به ادلّه اثبات در امور کیفری اختصاص دارد در خصوص ارزش دلایل تحصیل شده به طرق نامشروع؛ مانند استراق سمع یا شنود مکالمات افراد را از حیث بطلان این دلایل تصریح می نمود و قانون مجازات اسلامی صرفاً در ماده ۱۶۳ به بحث باطل بودن دلیل پس از صدور حکم تصریح نموده است. ضمانت اجرای شنود مکالمات در مواد ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و ماده ۲ قانون جرایم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸ اشاره شده است. مرتكبین جرم در ماده ۵۸۲ کارمندان دولت هستند و مرتكبین جرم در ماده ۲ افراد عادی هستند.

● منابع

- آشوری، محمد‌آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران؛ نشر سمت، ۱۳۸۳.

آماده، مهدی، حمایت از حریم خصوصی، چاپ اول، تهران؛ انتشارات دادگستر، ۱۳۹۲.

بهره مند، حمید؛ جلالی فراهانی، امیر حسین، «شناور ارتباطات الکترونیک در حقوق کیفری ایران»، نشریه مجلس و راهبرد، شماره هفتما، ۱۳۹۳.

پرویزی فرد، آیت الله حق‌داریان، مسعود، «حریم خصوصی در حقوق کیفری ایران»، نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، شماره چهارم، ۱۳۹۶.

تدین، عباس، «احترام به حریم خصوص اشخاص در مقام تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری ایران، فرانسه و رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر»، نشریه نامه مفید، شماره هفتما سوم، ۱۳۸۸.

تدین، عباس، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.

نقی پور، علیرضا؛ رعایت حریم منزل، مکاتبات، و مکالمات در رویه دیوان اروپایی حمایت از حقوق بشر با نگاهی به قانون آیین دادرسی کیفری ایران، «نشریه اخلاق ارزیتی، شماره بیست و یکم»، ۱۳۹۵.

جزائری، سید عباس، امنیت قضایی در حقوق کیفری ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر، چاپ اول، تهران؛ سامان دانش، ۱۳۹۴.

الحرّ العاملي، محمد بن حسن، وسائل الشيعه تى تحصیل سائل الشریعه، جلد هفدهم، چاپ اول، قم؛ مؤسسه آل بیت علیهم السلام الاحیاء التراث العربي، ۱۴۱۴.

خلفی، علی؛ نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، شهر داشن، ۱۳۹۴.

خواجه پیری، عباس، «قلمرو حریم خصوص در اسلام»، دو؛ فصلنامه شهر قانون، شماره بیست و یکم، ۱۳۹۶.

الخوئی، السید ابوالقاسم، صراحت التجاه فى اجویه الاستفتاتات، مع تعلیقات و ملحق لسمماحه الشیخ جواد تبریزی؛ بی جادفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۸.

- دانش پور، افتخار، «بررسی حدود مصلحت در حریم خصوصی در تعارض با مصالح اجتماعی با رویکردی بر مبانی فقه اسلامی»،
نشریه فقه مقاون، شماره هشتم، ۱۳۹۵.
- زراعت، عباس، اصول آینین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
- زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، نشر فیض، ۱۳۷۹.
- سارييانى، عادل، پليس و کشف جرم در حریم خصوصی با نگاهی به قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، نشریه پژوهش های اطلاعاتی و جنایی، شماره یکم، ۱۳۹۶.
- سرمست بناب، باقر، اصل براثت در حقوق کیفری، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۷.
- سلیمانی، مرتضی؛ سلیمانی، یاسو، «بررسی ورود به حریم خصوصی در فعالیتهای اطلاعاتی - امنیت در چارچوب اصول و قواعد فقهی»، نشریه فقه، شماره چهارم، ۱۳۹۳.
- شکری، رضا؛ سپیرووس، قادر، قانون مجازات اسلامی در نظام حقوق کوتني، چاپ دوم، تهران، نشر مهاجر، ۱۳۸۲.
- صانعی، شیخ یوسف، استفتات قضائی، جلد دوم، چاپ سوم، قم، انتشارات پرتو خوشید، ۱۳۸۸.
- صنعتی، سید مهدی؛ عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی، چاپ اول، قم، انتشارات حقوق پویا، ۱۳۹۷.
- طهماسبی، جواد، آینین دادرسی کیفری (کلیات، دعوای عمومی و دعوای خصوصی)، جلد اول، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.
- عابدی، احمد رضا، اجرای احکام کیفری، چاپ پنجم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۹.
- علی اکبریان، حسنعلی، «بررسی حکم شرعی رفار حکومت در جمع آوری اطلاعات از حوزه ی حریم خصوصی اشخاص»، نشریه فقه، شماره سوم، ۱۳۹۳.
- فرخشه، علی، «حقوق متهم در فرایند دادرسی کیفری»، ماهنامه دادرسی، شماره هفتاد و دوم، ۱۳۸۷.
- گلگوزیان، ایرج، ادلائیات دعوا، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- معین محمد، فرنگ، فارسی، جلد اول، چاپ اول، تهران، سی گل، ۱۳۸۷.
- شهرآنسرین، محمودیان، کامران، «الرامات حقوق بشری کشف جرم در نظام حقوقی ایران»، نشریه مطالعات حقوق عمومی، شماره دوم، ۱۳۹۶.

جایگاه و وضعیت نهاد داوری در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری

غلامعلی سنجروی

استادیار گروه فقه و الهیات واحد قم، جامعه المصطفی العالمیه قم، ایران

سجاد شاخانی

دانشجوی دکتری مدیریت، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۹.۲۰ | تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۱۰.۰۹ | تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۰.۰۹

چکیده

امروزه سرمایه‌گذاری تاثیر بسزایی بر کشورهای جهان دارد. هر کشوری تمام تلاش خود را برای جذب سرمایه‌ها از سراسر جهان به کار می‌گیرد. با این وجود همچنان مانع بزرگی به نام عدم اعتماد وجود دارد چراکه سرمایه‌گذاران تنها به دنبال سود هنگفت هستند. در راستای دستیابی به این توافق دوجانبه، بانک جهانی ترمیم و توسعه به همراه کمیسیون اقتصادی سازمان ملل متحده، مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری ایکسید را بنیان نهادند که این سازمان باعث کاهش چشمگیر میزان اختلافات گشت. سرمایه‌گذاران خارجی به سادگی می‌توانند از خدمات و تسهیلات ایکسید، مانند تضمینات همه جانبه و بیمه کامل بهره مند شوند. هریک از طرفین می‌توانند با رجوع به مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری ایکسید نسبت به حل و فصل اختلافات فی ماین از طریق مصالحه یا داوری اقدام کنند که این داوری‌ها از مزایای بسیاری برخوردارند مانند: انعطاف پذیری، حفظ اسرار، سرعت عمل، عدم اتلاف زمان، پول و انرژی و غیره. روش‌های حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی ویژگی‌های خاص خود را دارد. در اغلب قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی دولت و نهادهای دولتی از یک طرف و شخص خصوصی در طرف دیگر قرار دارند. دولت‌ها به دلیل برخورداری از مصونیت قضایی و اجرایی مساله حل و فصل اختلافات را پیچیده تر می‌نمایند و به همین دلیل حل و فصل چنین اختلافاتی نیازمند سازوکارهای متناسب با آن است. داوری نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد و کاربرد آن در قضایای ناشی سرمایه‌گذاری خارجی دارای همان ویژگی‌های موصوف است. در مقاله حاضر سعی بر این است تا با روش توصیفی-تحلیلی جایگاه نهاد داوری در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری را مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

واژگان کلیدی: اختلاف، داوری، سرمایه‌گذاری، تجارت بین‌الملل.

The position and status of the arbitral tribunal in resolving investment disputes

Abstract

Today, investment has a significant impact on countries around the world. Every country makes every effort to attract capital from around the world. However, there is still a big hurdle called mistrust because investors are only looking for huge profits. In order to reach this bilateral agreement, the World Bank for Reconstruction and Development, together with the United Nations Economic Commission for Europe, established the International Center for the Settlement of Oxide Investment Disputes, which significantly reduced disputes. Foreign investors can easily benefit from Oxide services and facilities, such as comprehensive guarantees and full insurance. Either party can refer to the International Center for the Settlement of Disputes Arising from Oxide Investment to resolve disputes between them through compromise or arbitration, which have many advantages, such as: flexibility, retention Secrets, speed of action, no waste of time, money and energy and so on. Methods of resolving disputes arising from foreign investment have their own characteristics. In most foreign investment contracts, the government and government institutions are on one side and the private person on the other. Governments complicate dispute resolution due to their judicial and administrative immunity, and therefore the resolution of such disputes requires appropriate mechanisms. Arbitration is no exception to this rule and its application in cases arising from foreign investment has the same characteristics. In the present article, we try to discuss the position of the arbitration body in resolving investment disputes by descriptive-analytical method.

Keywords: Dispute, Arbitration, Investment, InternationalTrade

◦ مقدمه ◦

رویدادها و تحولات اقتصادی و اجتماعی اخیر و به دنبال آن تحولات قانون‌گذاری، نشانگر نیاز کشور به سرمایه‌گذاری خارجی است و از سوی دیگر تمایل و عزم قانون‌گذاران معطوف به برطرف ساختن موانع قانونی بر سر راه سرمایه‌گذاری خارجی و ایجاد عوامل تسهیل کننده است. آن نوع مقررات قانونی مربوط به روابط حقوقی میان کشور و شرکت‌های تجاری بستانکار و سرمایه‌گذار خارجی، که الزاماً از نظام حقوقی داخلی کشور میزان یا سرمایه‌پذیر پیروی می‌کند و هرگونه اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری‌های مزبور را در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های داخلی می‌داند، اعتماد و امنیت سرمایه‌گذاری‌های خارجی را تضمین نمی‌کند و از این‌رو عملاً در روابط تجاری بین‌المللی فاقد جایگاه است. شرط حل و فصل اختلافات از طریق داوری، که در پاره‌ای از قراردادهای میان کشور و سرمایه‌گذاران خارجی مقرر می‌گردد، به لحاظ اینکه احتمال بروز موانعی از نظر نظام حقوق داخلی کشور برای رجوع به داوری وجود دارد و یا ممکن است دشواری‌هایی در ترکیب داوری و قانون حاکم بر ماهیت دعوی و آئین دادرسی و خصوصاً از نظر اجرای احکام به وجود آید، نه تنها انگیزه و رغبتی را ایجاد نمی‌کند بلکه باعث یاس نیز می‌گردد. سرمایه‌گذار خارجی به امکان دسترسی مستقیم به یک دادگاه بی‌طرف داوری برای حل و فصل اختلافات محتمل میان او و کشور میزان علاقه دارد، زیرا از این طریق جوازی پیدا خواهد کرد تا به جای تعقیب اختلاف خود از طرق سیاسی به روند حقوقی روی آورد. بنابراین با توصل به روند حقوقی مطلوب بدون اینکه به روابط متقابل دو کشور خدشه‌ای وارد کند حل و فصل خواهد شد و در نتیجه به اختلاف سیاسی میان دولت متبوع سرمایه‌گذار و کشور میزان نخواهد انجامید. از این‌رو دادرسی بی‌طرفانه نه در یک سیستم قضائی، بلکه در داوری در یک کشور بی‌طرف و در یک دادگاه بی‌طرف مورد خواسته آنهاست. انقاد کنوانسیون داوری موسوم به «ایکسید»، تأسیس «مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری» را تدارک دیده است که با برخوردي از ارکان تخصصي نظير شوراي اداري، ديরخانه و هييات‌های سازش و داوری به عنوان يك مرکز بین‌المللی مرجعیت جهانی حل اختلاف میان اشخاص و کشورها شناخته شده است به همین دلیل، به تدریج اقبال بین‌المللی را بر انگیخته است و کشورهای زیادی تاکنون به آن ملحق شده‌اند. «در کنوانسیون داوری ایکسید»، باحساسیت ویژه‌ای مقررات مربوط به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها با اتباع سایر کشورها تنظیم شده و در حد قابل توجهی موجبات بر طرف شدن دغدغه‌های سرمایه‌گذاران خارجی فراهم گردیده است که در مقاله حاضر سعی بر این است تا جایگاه

نهاد داوری به عنوان یکی از روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات در حوزه سرمایه-گذاری بین‌المللی را مورد بحث و بررسی قرار داد.

۱- کلیات

در این قسمت نخست به تعریف داوری و داوری‌پذیری پرداخته، سپس سایر موارد در خصوص نهاد داوری را مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۱- تعریف داوری

در لغت نامه دهخدا، داوری به معنای «عمل داور، قضا، حکومت، قضاؤت، حکم دیوان کردن، حکمیت، محاکمه کردن و یکسو نمودن نیک و بد (برهان)» آمده است.

داوری یا حکمیت عبارت است از "فصل خصومت به توسط یک یا چند نفر نه به طریق فصل خصومت قضات دادگاه‌های رسمی و موضوع مورد ارجاع به داوری اعم است از اینکه قابل طرح در دادگاه‌های داخلی باشد یا نه مانند اختلافات بین دول - قرارداد لاهه".

در این خصوص تعاریف متعددی وجود دارد. تعریفی که دکتر جعفری لنگرودی ارائه داده است این است که: «داوری یعنی فصل خصومت به توسط غیر قاضی و بدون رعایت تشریفات رسمی رسیدگی به دعاوی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۸۳-۲۸۴).

در تعریف دیگر آمده است: «داوری یا حکمیت عبارت است از آنکه طرفین دعوای به اراده خود یا دادگاه در موارد خاص، موضوع مورد اختلاف را به داور یا حکم ارجاع به داوری یا حکمیت او را با شرایط خاص قانونی ملاک حل و فصل اختلاف و قاطع دعوای قرار دهد» (واحدی، ۱۳۷۶: ۸۵).

آقای جان رابرت تعریف دیگری ارائه می‌دهد و این است که: «منظور از داوری ایجاد یک دادگستری خصوصی است که به واسطه آن دعاوی از صلاحیت محاکم ملی خارج می‌شود تا توسط اشخاصی که حسب مورد به این امر مأموریت یافته اند مورد حل و فصل قرار گیرد». همچنین آقای ژه سون در تعریف داوری می‌گوید: «داوری تأسیس و نهادی حقوقی است که به

و سیله آن شخص ثالثی دعوی موجود بین دو یا چند نفر را به استناد حق قضاوی که از طرفین دریافت کرده اند حل و فصل می نماید» (عبدی، ۱۳۹۶: ۷۷).

در ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ مقرر شده است: داوری عبارت است از «رفع اختلاف بین متداولین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی مرضی الطرفین و انتساب».

علاوه بر تعاریف ارائه شده، طبق تعریفی دیگر، داوری عبارت است از «حل اختلاف وسیله اشخاص خصوصی با تراضی طرفین دعوی یا به حکم قانون به این بیان که طرفین به جای اینکه اختلاف خود را وسیله دادگاه با تشریفات رسیدگی طولانی حل نماید آن را نزد اشخاص خصوصی مطرح می کنند که در مدت کوتاه و بدون رعایت تشریفات فیصله یابد» (صدرزاده افشار، ۱۳۷۶: ۴).

۱-۲- تعریف داوری پذیری

اگر قانون، ارجاع موضوع اختلاف یا رجوع شخص طرف اختلاف را به داوری ممنوع یا محدود کرده باشد با مانع مهمی در داوری روبرو می شویم که با ضمانت اجرای بطلان قرارداد یا شرط داوری، ابطال رای داور توسط دادگاه یا غیر قابل اجرا بودن آن تضمین می گردد. تحول نهاد و قواعد داوری به سمت حذف چنین موانعی است ولی نظام حقوقی ایران مقرر مهمی در قانون اساسی و برخی از قوانین عادی دارد که توسعه داوری را محدود می کند. به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی و تبصره ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی این شرط محدود شده است. نویسندهان حقوقی با تفاسیر خود سعی می کنند قلمروی این مقررات را محدود نمایند و رویه قضایی نیز از این تلاش ها بی تاثیر نیست. تدقیک اعمال دولت بین اعمال تصدی و حاکمیتی یا تمایز بین اموالی که به طور بالفعل و بدون وجود اختلاف در زمرة اموال دولتی و عمومی هستند با اموالی که به دلیل اختلاف طرفین، نمی توان به صورت بالفعل، دولتی و عمومی تلقی کرد یا جدا کردن اموالی که برای مصارف و مصالح عمومی اختصاص داده شده اند از سایر موارد یا تدقیک بین شرکت دولتی و دیگر بخش های دولت یا جدا کردن اختلاف قبل از طرح در دادگاه با آنها یا که در دادگاه مطرح شده اند، مبنای است که سبب می شود قلمرو مقررات مذکور، به اموالی که در مقام حاکمیت و نیز اموالی که قبل از توافق داوری، در زمرة اموال دولتی یا عمومی هستند، منصرف شود البته برخی نیز به اطلاق اصل ۱۳۹ معتقدند و داوری را در هر حال مقید به رعایت



آن می‌دانند که رویه قضایی با پذیرش داوری در برخی از دعاوی گاه اساساً معرض مانع مذکور نشده یا آن را وارد ندانسته است. بنابراین داوری پذیری به اهلیت اشخاص در ارجاع به داوری یا قابلیت موضوع اختلاف برای ارجاع به داوری اطلاق می‌شود و داور پذیری نیز به این معنا است که شخص، قانوناً باید بتواند متصف به وصف داور شود (خدابخشی، ۱۳۸۲: ۷۸-۷۲).

۱-۳-بی طرفی و استقلال داور

صلاحیت، اقتداری است که طرفین بر اساس توافق خودشان به داور یا داوران می‌دهند تا برای حل و فصل اختلاف تصمیم بگیرند و این اقتدار قابل تفویض نمی‌باشد. داور با قبول کردن داوری مکلف به رسیدگی می‌باشد. با ارجاع اختلاف به داور با داشتن قرارداد داوری، داور باید صلاحیت خود را احراز کرده و آن را جداگانه یا ضمن رای در ماهیت اعلام کند. صلاحیت داور قراردادی می‌باشد و برخلاف صلاحیت مراجع قضایی که قانونی است، می‌باشد. طرفین باید صلاحیت موضوعی داور را مشخص کنند. امتناع داور از رسیدگی در داوری‌های داخلی بدون عذر موجه موجب محرومیت داور از داوری است و با صدور قرار عدم صلاحیت داور نشان می‌دهد که مبنای صلاحیت ندارد. صلاحیت معمولاً در ابتدای جریان رسیدگی ارزیابی شده و برای آن تصمیم گیری می‌شود خصوصاً اگر اعتراضی به صلاحیت داور شده باشد. ممکن است داور نتواند یا نخواهد در ابتدای رسیدگی به داشتن یا نداشتن صلاحیت اظهار نظر کند. احراز توافق طرفین برای ارجاع اختلاف به داوری شرط لازم است اما کافی نیست و لازم است که داور صلاحیت شخصی هم داشته باشد یعنی داور باید شرایط مدنظر طرفین را داشته باشد و انتخاب داور با توافق مستقیم یا غیر مستقیم اصحاب دعوا باشد چون رابطه داور و اصحاب دعوا روابطی است قراردادی، پس لازم است که شخص داور از لحاظ قانون مقر داوری یا مقررات سازمان داوری اگر داوری سازمانی است، مانع نداشته باشد و از داوری کردن محروم نباشد. طبق قانون آیین دادرسی مدنی چنانچه طرفین به شکل دیگری توافق نکرده باشند و مدتی برای داوری تعیین نکرده باشند، داور موظف است قبل از انقضای مدت به موضوع رسیدگی کند و حکم را صادر نماید (کاکاوند، ۱۳۹۹: ۲۸۰-۲۵۶).

داور باید مانند قاضی از اطراف اختلاف مستقل باشد و با رعایت بی‌طرفی و ضمن رعایت قانون حاکم بر موضوع اختلاف با رعایت عدالت و انصاف؛ از وقایع، ادعاهای و دفاعیات طرفین آگاه شود و در کوتاه‌ترین زمان حکم موضوع را مستدل و مستند به قانون حاکم بر قضیه به

نحوی صادر کند که بتوان حکم را اجرا کرد. استقلال داور یعنی داور وابستگی شغلی یا جایگاهی به یکی از طرفین اختلاف نداشته باشد و شرط استقلال داور متناسب شرط ثالث بودن داور است. داور یا داوران نباید هیچگونه قربات نسبی یا سببی، اشتراک یا تضاد منافع با طرفین داشته باشد بنابراین استقلال داور به این معنی است که داور مستقیم یا غیر مستقیم تحت نفوذ طرفین دعوا نباشد و آزادانه در موضوع اختلاف تصمیم گیری کند و هیچ یک از طرفین اختلاف نمی تواند به داور امر و نهی کنند (توكلی، ۱۳۹۵: ۲۱۲).

۲- حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری از طریق داوری ایکسید و ضرورت الحاق ایران

کنوانسیون ایکسید یکی از مهم‌ترین معاهدات حقوق بین الملل اقتصادی است که افراد را به عنوان تابع حقوق بین الملل به رسمیت می‌شناسد. برخلاف کم توجهی نسبت به سرمایه‌گذاری در گذشته، کشورها از اواسط دهه ۱۹۸۰ به طور روزافزونی دیدگاه‌های مشابهی را درباره برخورد حقوقی با مسئله سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی اتخاذ کرده‌اند. این امر را می‌توان در قوانین ملی کشورها در خصوص سرمایه‌گذاری، معاهدات دو یا چندجانبه بین‌المللی آنها و رویکرد مثبت آنها نسبت به حل و فصل این گونه دعاوی به خوبی مشاهده کرد. این تشابهات خصوصاً در زمینه آزادسازی رژیم‌های سرمایه‌گذاری و حمایت از سرمایه‌گذاران قابل توجه است. همچنین نکته جالب توجه در این تغییرات، جایگاه خاص داوری به عنوان وسیله انتخابی و ترجیحی حل و فصل دعوا از طریق ثالث است که این امر به دلیل امتیازات داوری نسبت به سایر روش‌های حل و فصل دعوا، از جمله «قابلیت انعطاف»، «درجه اعتماد»، «سرعت و کارآیی»، «تخصصی‌تر بودن»، «هزینه کم» و «محروم‌انه بودن» است.

ایران نیز به رغم اینکه هنوز عضو ایکسید نیست، ولی از این توسعه مستشنا نبوده است. در چند سال گذشته، تغییرات زیادی را می‌توان در این زمینه در حقوق آن مشاهده کرد که برای نمونه باید از تسهیلات و تضمینات مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی و اصلاحات در بسیاری از مقررات، از جمله «قوانين داوری تجاری کشور»، «سیاست‌های پولی و ارزی»، «رقابتی کردن اقتصاد» و «تلاش برای شکستن انحصارات» نام برد. یکی از راههای جذب و تشویق سرمایه‌گذاری در کشور، ایجاد تضمین‌های حقوقی مناسب، از جمله «امنیت کافی برای سرمایه‌گذاری‌های خارجی» است. بدون شک، پذیرش نظام داوری ایکسید می‌تواند گام مثبتی برای این مهم در ایران باشد. در مقدمه کنوانسیون ایکسید آمده است که معمولاً دعاوی سرمایه‌گذاری از طریق نظام‌های حقوقی

داخلی حل و فصل می‌شود، ولی روش‌های بین‌المللی حل و فصل اختلاف ممکن است در پاره‌ای موارد مناسب‌تر باشد. در این راستا حقوق بین‌الملل نوینی در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی به وجود آمده است تا بتواند به خواسته‌های اقتصاد و تجارت جهانی پاسخ‌گو باشد. به همین دلیل، تغییرات عمدۀ‌ای در مقررات سنتی حاکم بر سرمایه‌گذاری در جامعه بین‌المللی دیده می‌شود (جلالی، ۱۳۸۳: ۶۹).

از خصوصیات حقوق بین‌الملل معاصر، فرایش حاکمیت مطلق دولت‌هاست. گرچه این موضوع هم در خصوص اعمال حاکمیت و هم اعمال تصدی دولت‌ها مشاهده می‌شود، در مورد اخیر بیشتر قابل توجه است. این امر به خصوص در زمینه قانون و مرجع رسیدگی حاکم بر حل و فصل دعوا، از جمله داوری ایکسید مشهود است. برای حمایت از سرمایه‌گذاری، کتوانسیون ایکسید مجموعه مقررات خاصی را در مورد سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر وضع کرده است. اگرچه مراجعه به مرکز اختیاری است، براساس کتوانسیون، طرفین اختلاف موظف به اجرای رأی دیوان داوری هستند. از آرای دیوان نمی‌توان پژوهش خواهی نمود و در شرایط خاصی فقط می‌توان در همان مرجع صادرکننده به رأی اعتراض کرد. هر کشور عضو حتی اگر طرف دعوا نباشد، مکلف به شناسایی و اجرای احکام داوری مرکز می‌باشد.

برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی، دولت‌ها ناگزیر به رعایت کلیه حقوق سرمایه‌گذاران، از جمله ایجاد راه‌های مناسب در خصوص اقامه دعوا و احراق حق آنها هستند؛ زیرا سرمایه‌گذاری از چارچوب انحصاری صلاحیت ملی کشورها خارج شده است. زمان اینکه هر دولت فقط قوانین و مراجع رسیدگی خود را بر اختلافات بین‌المللی حاکم بداند، پایان یافته است. گرایش جهانی به سمت مراجع داوری بین‌المللی است که اختلافات را بی‌طرفانه و دور از تعصبات دادگاه‌های داخلی نسبت به اتباع خودی، حل و فصل کنند (همان، ۷۰).

ایران به عنوان کشوری که شدیداً وابسته به سرمایه‌گذاری خارجی است در سال‌های اخیر سیاست‌های متعددی را برای جذب سرمایه افراد و شرکت‌های خارجی اتخاذ کرده است. طبیعی است دیدگاه‌های تازه نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی متضمن قبول سیستم‌های حل و فصل اختلاف اسناد مربوط نیز می‌باشد؛ از این رو، ایران باید موضع خود را در قبال مرکز و آین داوری آن روشن سازد. جهانی شدن حقوق، مسئله سرمایه‌گذاری را نیز از محدوده سنتی حقوق داخلی خارج و اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری را از صلاحیت انحصاری دادگاه‌های کشور سرمایه‌پذیر

خارج ساخته است. پذیرش سیستم حل و فصل اختلافات از طریق داوری ایکسید گامی برای ارتقای سطح سرمایه‌گذاری خارجی در ایران خواهد بود.

قبول عام داوری تجاری بین‌المللی در سطح جهان و روی آوردن عده کشورها به این مراجع به مثابه سیلی است که خواسته یا ناخواسته، کشور ما را دربرمی‌گیرد و عدم تنظیم و تصویب مقرراتی مناسب با این روش حل و فصل اختلافات، یکی از علل قابل توجه انزوای تجاری و اقتصادی ایران خواهد بود. براساس برنامه توسعه سوم پیوستن به اتحادیه‌های بین‌المللی و گسترش همکاری‌های دو جانبه، منطقه‌ای و بین‌المللی، از اولویت‌های دولت است. بحاست که ایران با پرهیز از موضع انفعالی، نسبت به بسیاری از معاهدات بین‌المللی، بحث الحق به کنوانسیون ایکسید را آغاز و با پیوستن به این کنوانسیون و پذیرش سیستم داوری آن، گامی مؤثر در توسعه سرمایه‌گذاری خارجی بردارد.

۲-۱- مرکز داوری ایکسید و نظام حل و فصل اختلافات آن

تعیین دستگاه قضائی کشورهای میزبان به عنوان مرجع حل اختلاف و سپردن سرنوشت دعاوی سرمایه‌گذاران خارجی به مرجع مزبور به لحاظ شایه عدم بی‌طرفی آن، علت اصلی دغدغه و نگرانی بسیاری از سرمایه‌گذاران خارجی است. انتظار سرمایه‌گذار خارجی دسترسی به یک مرجع قضایی بی‌طرف و مستقل در صورت بروز اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری است. اگر چه روش داوری در حل اختلافات مزبور سیستم ترجیحی است، اما در این روش نیز نگرانی از حاکمیت و تسلط احتمالی کشور میزبان می‌باید به نحوی محسوس از اذهان زدوده شود. مرکز داوری «ایکسید» به عنوان مرجع حل اختلاف سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی که از سوی بسیاری از کشورهای دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است با اهمیت دادن به روش خاص داوری به عنوان روش حل اختلافات سرمایه‌گذاری، در واقع با رویکردی سخاوتمندانه به اراده طرفین به برقراری توازن میان منافع در کشور میزبان و سرمایه‌گذار خارجی، از طریق شناسایی تضمین‌های حقوقی مناسب به جلب اعتماد محسوسی پرداخته است.

با پذیرش کنوانسیون «ایکسید»، کشورهای متعاهد اعم از اینکه از در اختلافات سرمایه‌گذاری یکی از طرفین باشند و یا به نحوی با آن مرتبط باشند و یا نباشند، پذیرش رای قطعی داوری و اجرای آن را در کشور متعهد می‌شوند. ایران با الحاق به کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در خصوص اجرای آرای داوری خارجی و همچنین تصویب پاره‌ای دیگر از قوانین و مقررات، اراده و تمایل

خود را به برداشتن موانع قانونی و پر ساختن خلاصهای حقوقی در زمینه سرمایه‌گذاری‌های خارجی نشان داده است؛ بنابراین در عدم الحق به کنوانسیون ایکسید که مکمل گام‌های قبلی است دلیل موجہی به نظر نمی‌رسد.

۲-۲- صلاحیت مرکز و دیوان داوری

هرگونه اختلاف حقوقی که به صورت مستقیم ناشی از سرمایه‌گذاری میان کشورهای متعاهد کنوانسیون و اتباع کشور متعاهد دیگر باشد، می‌تواند در صلاحیت مرکز قرار گیرد. احراز صلاحیت مرکز، مستلزم تحقق شرایط عمدۀ زیر است:

الف) توافقنامه: نخستین شرط در صلاحیت داوری مرکز ایکسید لزوم انعقاد توافق کتبی میان طرفین است که قبل و یا بعد از حدوث اختلاف به عمل می‌آید. غیر از کتبی بودن توافق طرفین، ضابطه شکلی دیگری مقرر نشده است. طرفین از طریق قرارداد میان دولت متعاهد و یک تبعه دولت متعاهد دیگر که متضمن شرط رجوع اختلاف به داوری ایکسید است و یا طی موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دو یا چندجانبه میان دولت‌ها که حل و فصل اختلافات میان متعاهد و تبعه سرمایه‌گذار دولت دیگر متضمن پیش‌بینی داوری ایکسید به عنوان روش حل و فصل اختلاف است و یا با تصویب قوانین تشویق سرمایه‌گذاری خارجی که حل و فصل منازعات میان دولت متعاهد و سرمایه‌گذاران خارجی را به رجوع به داوری ایکسید پیش‌بینی کرده باشد، متعهد و ملتزم به آن می‌شوند. توجه به این نکته لازم است که بعد از پذیرفتن صلاحیت مرکز (ایکسید) از سوی طرفین، انصراف و عدول یک جانبه از آن امکان‌پذیر نیست و نکته مهم دیگری که از مضمون مقدمه کنوانسیون مستفاد است، صرف تصویب کنوانسیون، به دیوان داوری آن، صلاحیت رسیدگی نمی‌دهد. بنابراین تصویب کنوانسیون از سوی دولت به تنها‌ی تکلیفی برای رجوع به مرکز ایکسید جهت حل اختلاف ایجاد نخواهد کرد. این مهم به منظور بر طرف ساختن احتمال هر گونه تفسیر متفاوت، در مقدمه کنوانسیون مورد تاکید و تصریح قرار گرفته است. بدین ترتیب، تصویب کنوانسیون صرفاً برای ابراز تمایل استفاده از روش آن است و کشور متعاهد به صرف تصویب و پذیرش یا موافقت با کنوانسیون و یا بدون رضایت، به ارجاع هر اختلافی جهت سازش و داوری آن ملزم نخواهد بود. از این رو لازمه ارجاع اختلاف به داوری، متعاهد بودن دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار در کنوانسیون و توافق با رسیدگی مرکز ایکسید است اما رجوع به داوری مرکز

ایکسید برای کشور متعاهد الزامی نیست و چنین موردي کاملاً اختياري است (مجتهدي، ۱۳۹۰: ۱۸۵).

کشورها می‌توانند پاره‌ای اختلافات خاص از قبیل اختلافات مربوط به اموال غیرمنقول و امثال آن را از شمول صلاحیت مرکز ایکسید خارج سازند و از حق شرط استفاده کنند. چنان که کنوانسیون تأکید می‌کند، عضویت آزمایشی نیز در کنوانسیون مجاز شناخته شده است. بنابراین هر دولتی می‌تواند به صورت آزمایشی نسبت به پذیرش کنوانسیون اقدام کند و در صورت بروز تبعات منفی و عوارض زیان بار به عضویت خود پایان دهد. افزون بر آن، چنانچه اختلافی ناشی از تفسیر یا اجرای کنوانسیون حادث شود، دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان مرجع صالح به تقاضای هر یک از طرفین، رسیدگی خواهد کرد و تصمیم خواهد گرفت. از طرفی، کنوانسیون صرفاً بر صلاحیت رسیدگی به دعاوی حقوقی و از میان آنها نیز دعاوی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری است، تأکید دارد. پیش‌بینی مراتب فوق که به نوعی حمایت از منافع کشورهای سرمایه‌پذیر است، در واقع جهت بر طرف ساختن دغدغه‌های احتمالی کشورهایی است که در الحقق به کنوانسیون تأملاً تی دارند.

ب- اختلاف میان اتباع کشور متعاهد با کشور متعاهد دیگر: اوصاف و هویت طرفین اختلاف شرط دیگر صلاحیت داوری ایکسید است. بر این اساس یک طرف اختلاف دولت متعاهد و طرف دیگر نیز باید تبعه یک دولت متعاهد دیگر باشد. این یک موقعیت متفاوت است که شخص موضوع حقوق خصوصی به عنوان موضوع حقوق بین‌الملل عمومی مطرح می‌شود. به دلیل سهولت تشخیص تابعیت اشخاص حقیقی معمولاً مسئله‌ای در آن زمینه بروز نمی‌کند. اشخاص فاقد تابعیت و همچنین پناهندگان نیز اصولاً از شمول صلاحیت کنوانسیون خارج‌اند. زیرا در آن عبارت «از اتباع سایر کشورهای متعاهد» آورده شده است که با این وصف اشخاص فاقد تابعیت را شامل نمی‌شود. در موارد تابعیت چندگانه سرمایه‌گذار برخوردار از تابعیت مضاعف باید علاوه بر داشتن تابعیت کشور طرف اختلاف، تابعیت کشور دیگری را هم داشته باشد. سرمایه‌گذار به رغم اینکه تابعیت کشور میزبان را ندارد، باید حداقل یکی از تابعیت‌های او مربوط به یکی از کشورهای متعاهد باشد. هر گاه سرمایه‌گذار دارای تابعیت کشور میزبان باشد و همزمان تابعیت یکی دیگر از کشورهای متعاهد ایکسید را هم داشته باشد، به لحاظ اصلی تلقی شدن تابعیت کشور میزبان، شرط پیش‌بینی شده در داوری ایکسید برای اعمال صلاحیت آن محقق نخواهد شد. به عبارت دیگر سرمایه‌گذار نخواهد توانست علیه کشوری که در آن سرمایه‌گذاری کرده است، از



داوری مرکز ایکسید استفاده کند. در صورتی که سرمایه‌گذار بیش از یک تابعیت داشته باشد، اما تابعیت کشور میزبان را نداشته باشد، رجوع به داوری مرکز ایکسید امکان‌پذیر خواهد بود. سهولتی که در تشخیص و احراز تابعیت اشخاص حقیقی وجود دارد در تشخیص تابعیت اشخاص حقوقی وجود ندارد، لذا در اجرا و اعمال کنوانسیون احتمال بروز پاره‌ای مسائل دور از انتظار نیست.

ج- سرمایه‌گذاری خارجی: سومین شرط برخورداری از داوری ایکسید، سرمایه‌گذاری با منشاء خارجی آن در اختلاف است. کنوانسیون واشنگتن تعريف مشخصی از سرمایه به عمل نیاورده است. بنابراین مشارکت‌های سنتی سرمایه‌ای با عنوان سرمایه‌گذاری مشارکتی، قراردادهای خدماتی و همچنین قراردادهای انتقال فناوری، به طور اعم صور متعارف و رایج سرمایه‌گذاری به شمار می‌روند که با تفسیر گسترده‌ای از سرمایه، اختلافات ناشی از انواع خدمات معین و مقررات ساختاری و مالی مربوط به قراردادهای اعطای امتیاز، همگی تحت عنوان سرمایه‌گذاری سنتی و کلاسیک، می‌توانند در شمول داوری مرکز ایکسید قرار بگیرند (همان، ۱۸۷).

۲-۳-۲- آثار موافقت‌نامه‌های داوری مرکز ایکسید

در صورتی که طرفین با موافقت‌نامه‌ای، رجوع به داوری جهت حل اختلاف خود را از طریق داوری ایکسید مقرر دارند و تصمیمی نیز در عدول از آن اتخاذ نکنند، اعمال روش داوری ایکسید، اجتناب‌نپذیر خواهد بود. این احتمال وجود دارد که رجوع به داوری به عنوان راهکار نهائی بعد از راهکارهای اداری و حقوقی محلی مورد توافق قرار گیرد. ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران که در مورخ ۱۳۸۱/۴/۴ از تصویب مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام گذشته است، تصریح به این دارد که اختلاف بین دولت و سرمایه‌گذاران خارجی ابتدا از طریق مذاکره حل و فصل می‌شود. در صورت ادامه اختلاف، در محاکم داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، مگر آنکه در موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبع سرمایه‌گذار خارجی، راجع به شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد. باید افزود در غالب موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران با دیگر کشورها چنین شیوه‌های مقرر و تصویب شده است، قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری اندونزی و قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جماهیر عربی مردمی سوسیالیستی عظمایی، لبی از آن جمله است.

۴-۲- آثار رای داوری ایکسید

۱- قطعیت و الزام‌آوری: آرای صادره داوری برای طرفین قطعی و الزام‌آور است و از این‌رو قابل تجدیدنظر در مرجعی دیگر نیست. بنابراین چنانچه موردی برای تفسیر، اصلاح و یا بی-اعتباری رأی وجود نداشته باشد، طرفین ملزم به اجرای آن هستند.

۲- الزام‌آوری برای کشورهای متعاهد: براساس تصريحات کنوانسیون هر کشور متعاهد باید آرای داوری را که منطبق با کنوانسیون صادر شده به رسمیت شناخته و الزاماتی را که در قلمرو کشور مزبور ایجاد شده معتبر دانسته و اجرا نماید.

۳- اجرا: هر یک از طرفین که شناسائی و اجرای رأی را در یکی از کشورهای متعاهد درخواست کرده باشد باید رونوشت گواهی شده از سوی دیپرخانه را به مرجع صلاحیت‌دار آن کشور تقدیم نماید. پذیرش چنین روشی آسان زمینه اختراض به شناسایی و اجرای آرای داوری در حقوق‌های داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی از جمله کنوانسیون نیویورک را عملاً مسدود ساخته است. بدین ترتیب احتمال توقف اجرای رأی از میان برداشته شده و اصولاً راه هر گونه شکایت در مرحله شناسائی و اجرا بسته خواهد بود. افزون بر مراتب حتی با ادعای مخالفت با نظم عمومی امکان عدم شناسائی و عدم اجرای رأی وجود ندارد.

۴- حقوق اجرا: اجرای آرای داوری ایکسید براساس حقوق کشور محل اجرا به عمل می‌آید. وجود تفاوت‌های اجرائی در حقوق کشورهای اروپایی و امریکایی و همچنین سایر نظامهای حقوقی باعث شده است فعلاً روش همگون و یکسانی در حقوق داخلی جا نیافتد. از این‌رو اجرای آرای داوری بر مبنای حقوق‌های داخلی هر یک از کشورهای متعاهد به عمل خواهد آمد (همان، ۱۹۰).

۳- جایگاه انصاف در داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی بین دولت‌ها

فرض رویه داوری بین‌المللی اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی این است که مقررات موضوعه ملی و بین‌المللی تا حدود زیادی عادلانه و منصفانه است. اما به علی‌نظیر پیچیدگی روزافزون اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی و تنوع اوضاع و احوال محیط بر آن‌ها، شاید نتوان همواره راه حل ناشی از اعمال مقررات موضوعه را برای دعاوی مطروحه منصفانه تشخیص داد.



بنابراین درجه‌ای از انعطاف پذیری را در داوری اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی لازم می‌نماید و دستیابی به این امر بدون اعمال انصاف میسر نمی‌باشد. اعمال انصاف در داوری‌های اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی ضامن اجرای عدالت بین‌المللی می‌باشد. شناسایی انصاف در اسناد و مقررات بین‌المللی و اعمال آن در رویه داوری سرمایه‌گذاری خارجی پذیرفته شده است. بنابراین رعایت انصاف پایه‌ای است برای صدور رای توسط مراجع داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری خارجی و به عنوان اصل اساسی دادرسی در نظام‌های حقوقی شاخص جهان مورد شناسایی قرار گرفته است. در مواردی که داور براساس انصاف رأی صادر می‌کند به جای اعمال مفاد قرارداد یا قاعده‌ی حقوقی که نتیجه‌ی غیرمنصفانه‌ای به بار می‌آورد خودداری کرده، زیرا در این نوع داوری، داور مکلف به اجرای مرّ قانون نبوده و در اعمال انصاف می‌تواند از آن عدول کند اگر چه در این میان اعمال انصاف بدون در نظر گرفتن حقوق ملی دولت سرمایه‌پذیر ممکن نیست (آهنگری، ۱۳۹۳: ۲).

۱-۳- نقش رفتار منصفانه در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری

موافقنامه‌های فعلی سرمایه‌گذاری فرض را بر این می‌گذارند که سرمایه‌گذاری‌ها نوعاً مفید به حال توسعه دولت میزبان بوده و سرمایه‌گذاران خارجی که به عنوان طلايه‌داران توسعه به کشور میزبان جذب می‌شوند باید مورد حمایت قرار گیرند. تأثیر سرمایه‌گذاران خارجی بر جوامع محلی، کارگران، مصرف‌کنندگان، محیط زیست و ... معمولاً در این موافقنامه‌ها مدنظر قرار نگرفته است. در فقدان تعهدات الزام‌آور، مسئولیت کترل و بهبود رفتار شرکت‌ها اساساً به اقدامات داوطلبانه‌ای محول شده که شامل طیف وسیعی از دستورالعمل‌هایی است که خود شرکت‌ها، سازمان‌های دولتی و غیر دولتی و بعض‌اً دولتها صادر می‌کنند. از آنجا که کموکاستی‌ها و نواقص اقدامات خودجوش و داوطلبانه برکسی پوشیده نیست، شایسته به نظر می‌رسد، محمول حقوقی مناسب‌تری را برای تحمیل مسئولیت‌های اجتماعی بر شرکت‌های فراملی تدبیر کرد. یکی از مناسب‌ترین ابزار، شرط رفتار منصفانه است که در اغلب موافقنامه‌های سرمایه‌گذاری اعم از دو یا چند جانبه درج شده نفس این تعهد متضمن توازن و تعادل منافع حقوقی طرفین می‌باشد. به نظر می‌رسد تمسمک به شرط رفتار منصفانه می‌تواند خلاصه‌ای ناشی از عدم درج تعهدات حقوقی بر سرمایه‌گذار در اسناد سرمایه‌گذاری را تا اندازه‌ای پر نماید. این معیار باید به گونه‌ای تفسیر و تاویل شود که توازن و تعادل لازم میان مسئولیت اجتماعی سرمایه‌گذار و حقوقی که از قبل معاهده، محق آن است ایجاد گردد. در اغلب این اسناد هیچ تعهد صریحی سرمایه‌گذار را ملزم

به ارزیابی‌های زیست محیطی و اجتماعی نکرده و از وی ارائه گزارش به مقامات ذیصلاح را مطالبه نمی‌کند، با وجود این دوراز انصاف است که سرمایه‌گذار بی‌توجه به عواقب و آثار فعالیتش در کشور میزبان، مدعی حقوق حمایتی گردد.

ایران در تلاش است تا فضای حقوقی-تجارتی مناسبی را برای حضور سرمایه‌گذاران خارجی فراهم آورد، لذا در موافقنامه‌ها و قراردادهای سرمایه‌گذاری، بر معیارهایی نظیر رفتار منصفانه تاکید می‌ورزد. با وجود این توصیه می‌شود به منظور بهره‌مندی حداکثری از روابط سرمایه‌گذاری، خواش صحیحی از این عیار ارائه دهد که علاوه بر جلب اعتماد شرکت‌های خارجی برای حضور در قلمرو جغرافیایی ایران، منافع عمومی نظیر حق بر توسعه، محیط زیست، کار، رقابت و محفوظ باشد. به نظر می‌رسد رفتار منصفانه را می‌توان این‌گونه تفسیر نمود: اولاً رفتار تعیین-آمیز با سرمایه‌گذار درصورتی که مبانی عقلی و منطقی داشته باشد، مخالفانه تلقی نگردد. درست است که رفتار منصفانه از دولت‌های میزبان می‌خواهد با سرمایه‌گذاران رفتار بدون تعیینی داشته و آنان را مشمول همان حمایت‌هایی قرار دهند که شرکت‌های داخلی از آن متفع هستند، با وجود این اگر تعیین اعمال شده میان دو طرف خودسرانه نبوده و ناشی از یک ارزیابی عقلانی و مبتنی بر اهداف عمومی باشد قابل پذیرش است. اگر برخی از شرکت‌ها به دلیل رفتار مسئولانه نسبت به جامعه محلی، اعمال ضرورت‌های زیست‌محیطی، حقوق بشری و ... مورد رفتارهای ترجیحی تشویقی از جانب دولت میزبان قرار بگیرند، قطعاً سرمایه‌گذار نمی‌تواند مدعی نقض اصل منع تعیین و نهایتاً نقض معیار رفتار منصفانه و عادلانه شود. همچنین درصورتی که عاقب منفی عملکرد یک سرمایه‌گذار بر جامعه محلی منجر به اعمال سیاست‌های تنبیه‌ی نسبت به وی گردد (پاسبان و اصغری، ۱۳۹۳: ۶۶).

ثانیاً درست است که در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری، به سرمایه‌گذاران اجازه خروج آزادانه سرمایه داده شده، اما به نظر می‌رسد در مواردی که خروج سرمایه منجر به ورود آسیب به جامعه محلی، بیکاری، بحران اقتصادی و ... گردد، دولت می‌تواند خروج سرمایه را مشروط کرده و در این صورت سرمایه‌گذار نمی‌تواند مدعی نقض معیار رفتار منصفانه شود. مدیریت سرمایه در مجموع به عهده سرمایه‌گذاربوده، اما وی ملزم است سرمایه را به نحوی مدیریت کند که علاوه بر تأمین بیشترین سود اقتصادی برای ذی‌نفعان، اعم از سهامداران و جامعه محلی دولت میزبان، کمترین آسیب‌های اجتماعی را تحمیل کند. اگر سرمایه‌گذار نتواند از عهده مدیریت مطلوب و



عقلانی پروره برآید، نمی‌تواند در برابر اقدامات پیشگیرانه دولت میزبان که برای کنترل ضرر اتخاذ شده است، مدعی باشد.

ثالثاً سرمایه‌گذار ملزم است به قوانین محلی دولت میزبان احترام گذاشته و عدم پایبندی به این قوانین می‌تواند موجبات رد ادعای وی در خصوص نقض رفتار منصفانه را در پی داشته باشد. امید است تا تعییر نگرش عمومی نسبت به تدوین و نگارش موافقنامه‌های سرمایه‌گذاری، اصلاح رویه فعلی و درج مقررات لازم الاجرا در باب مسئولیت‌های اجتماعی شرکت‌های فراملی، مراجع داوری با تکیه بر معیار رفتار منصفانه عناصر و محتوای مسئولیت‌های اجتماعی سرمایه‌گذاران را ثابت نموده و از جامعه محلی دولت میزبان در برابر آثار زیانبار فعالیتهاي اين شركتها حمایت کنند (همان، ۶۷).

۲-۳- راهکارهای حقوقی و اخلاقی مقابله با فساد انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی

بحث آثار فساد بر وضعیت قراردادهای تجاری بین‌المللی طبق حقوق داخلی ایران این چنین است که مهمترین اثر حقوقی قرارداد تحصیل شده از جانب فساد، یک بی اعتباری قرارداد است. مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران، شرایط اساسی صحت یک قرارداد مراد از این است که: «قصد و رضای طرفین، اهلیت طرفین، موضوع ماعمله، مشروعيت جهت معامله» است.

بعضی از مباحث فساد و جرایم وابسته به آن و احکام کیفری به طور مستقیم در ارتباط با ارکان صحت عقد است و طبق آن حکم کیفری، ارکان اساسی صحت عقد را لطمہ وارد نموده و بطلان قرارداد را موجب می‌شود که عواملی از جمله نبود حسن نیت، وضعیت جهت قرارداد، تحقیق نیافتن تشریفات مزايدة و یا مناقصه، خروج نمایندگان دولت از حدود اختیارات و رعایت نکردن نظم عمومی از عواملی در این زمینه می‌باشند.

اما لازم به ذکر است که در حقوق تجارت بین‌الملل، عواملی همچون دکترین بی اعتبار و اعتبار که خود بر دونوع بی اعتباری و ابطال قرارداد و دکترین اعتبار و تداوم قرارداد استور است، مورد بعدی اخلال در نظم عمومی داخلی و بین‌المللی، برهمن زدن حسن نیت و آرای مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری از دیگر موارد در این زمینه می‌باشند (تقی پور و همکاران، ۱۳۹۸: ۹۵-۹۶).

از زیبایی قوانین و مقررات وابسته به فساد مالی، مراد از آن می‌باشد که قوانین و مقررات از دو بعد قادر هستند مورد تحلیل علمی قرار گیرند که بخش نخست قوانین و مقرراتی می‌باشند که ناظر به قبل از وقوع و ایجاد فساد مالی بوده و قانونگذار آن‌ها را عاملی برای جلوگیری از بوجود آمدن فساد تلقی می‌نمایند. بخش دیگر مربوط به قوانینی می‌باشند که قانونگذار از طرق آن ابزارها تلاش می‌نماید که نظارت همزمانی بر عملکرد قانونی دستگاه قانونی داشته باشد و از بروز فساد پیشگیری نماید که این مدل قوانین و مقررات بیشتر حالت پیشگیری دارند لذا به جهت اینکه به طور همزمان با ایجاد عملیات مالی غیر فاسد انجام می‌گیرد می‌توان به آن بعنوان قوانین و مقررات مستقل بیان نمود.

در مبارزه با فساد مالی، ضروری است که به ریشه‌ها توجه بسیار نمود زیرا اصلی ترین ابزار مبارزه با فساد، موارد پیشگیری از ایجاد و بروز فساد می‌باشد. برای نمونه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در جنبه‌های گوناگون با مواردی از جمله نفی هرگونه انحصار اقتصادی، بیان بعضی مصاديق مفاسد اقتصادی، ایجاد نهادهای اجرایی و ناظر در زمینه مبارزه با فساد و دیگر مواردی که به طور مستقیم و غیر مستقیم در ارتباط با فساد هستند. همچنین، در سیستم نظامی حقوق ایران، قوانین و مقررات مختلف وجود دارد که ناظر به مرحله بعداز وقوع تخلف می‌باشد که این مدل قوانین در پیش بینی راههای ممانعت از فساد، ناظر به مرحله پس از بروز فساد و مجازات هستند.

علاوه بر آن، در مباحث مربوط به فساد در تجارت بین‌الملل آسیب‌های بیشتری وجود دارد که دولت و سازمان‌های بین‌المللی از جمله سازمان ملل متحد، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، بانک جهانی، اتحادیه اروپا و شورای اروپا، سازمان تجارت جهانی، صندوق بین‌المللی پول، اتاق بازرگانی بین‌المللی، سازمان شفافیت بین‌الملل و سازمان کشورهای آمریکایی در حوزه مقابله با بروز فساد، تدبیری را در راستای آن به جهت پیشگیری در سطح بین‌المللی و ملی ایجاد می‌نمایند (همان، ۹۸-۱۰۴).

غالباً تاثیری که قراردادهای دولتی برای نیل جامعه به مقاصد خود دارد، موجب تفاوت این نوع قراردادها از دیگر عقود می‌شود. برخلاف عقیده بعضی از حقوقدانان ایرانی، اگر اشخاص داخلی یا خارجی به وسیله اقدام فساد آلود طرف قرارداد با دولت ایران شوند چنین قراردادی برخلاف نظم عمومی می‌باشد و باطل است. ولیکن، اگر اتباع ایرانی و یا اشخاصی که به هر نحو به بازار ایران متعلق می‌باشند به وسیله اقدام فساد آلود طرف قرارداد با دولت خارجی مواجه گردند، چنین قراردادی مخالف نظم عمومی ایران القا نمی‌گردد. لذا به سبب اینکه سیاست کلی



کشور تسهیل امر رقابت در بازار و ایجاد وضعیت منصفانه اقتصادی است و تحصیل قرارداد دولتی از روش فساد خارجی سبب به وجود آمدن اخلال در رقبات سالم و منصفانه می‌شود، نیاز است تا ذیل فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مصوب هشتم بهمن ۱۳۸۶ ماده‌ای به صورت زیر اضافی گردد: «آثار ضد رقابتی قرارداد دولتی تحصیل شده از طریق فساد خارجی، همانند اعمال رشوه، تدليس، تبانی درباره مأمور دولتی خارجی، اگر به بازار ایران راه یابد مخل رقابت شناخته می‌شود» (علوی و حبیب آبادی، ۱۳۹۴: ۲۹۸).

در حال حاضر فساد مالی صاحبان مقام و قدرت در سطح داخلی کشورها و همچنین، در سطح جهانی به یک نوع چالش مهمی در جامعه بشری مبدل گشته است. لذا، متعدد بودن مصاديق فساد مالی از یک سمت و نتیجه مخرب آن در نظام اقتصادی کشورهای از سمت دیگر، ب اهمیت این جرم و راهکارهای پیشگیری از آن می‌افزاید. با گسترش جوامع و افزایش روز افزوون انواع متعدد جرم در جامعه انسانی، فساد مالی بعنوان یک جرم با تاثیح مالی مطلوبی برای مرتكب آن، توسعه پیدا نمود که سبب اختلال جدی در نظام اقتصادی کشورها می‌شد.

به همین جهت، دولتها می‌بایست به فکر راههای جلوگیری از مصاديق جرم می‌شدنند. ایجاد کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد دستاوردهای دولت‌ها برای مبارزه با فساد در سطح بین‌الملی است و بی‌شک اغلب کشورها با پیش‌بینی آن در قوانین داخلی خود به فکر مبارزه با آن در سطح داخلی می‌باشند.

در نهایت اینکه، کنوانسیون سازمان ملل متحد در این راستا به ارائه راهکارایی پرداخته که از جمله:

- هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود، سیاست‌های مؤثر و هماهنگی را برای از بین بردن فساد مالی، تنظیم، اجرا و یا ثبیت خواهد نمود. سیاست‌های مزبور، مشارکت و همکاری آحاد جامعه را در این راستا تقویت نموده و اصول حاکمیت قانون، مدیریت صحیح امور عمومی و اموال دولتی، شفافیت جواب‌دهی در قبال قانون را عمل خواهد نمود.

- هریک از کشورهای عضو، در راستای تقویت روش‌های مطلوب، برای پیشگیری از فساد مالی تلاش خواهد نمود.

- هریک از کشورهای عضو، سعی خواهند کرد اسناد قانونی و تدابیر اجرایی موجود را بررسی و از کافی بودن آن‌ها برای پیشگیری از فساد مالی و مبارزه با آن مطمئن شوند(جعفرپور و عدالت جو، ۱۳۹۲: ۱-۵).

۴- نظارت قضایی بر اعمال قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی

در چند دهه گذشته داوری پذیری در ارتباط با حقوق عمومی چالش‌هایی را در پی داشته است. در چندین سال در گذشته امکان حل و فصل دعاوی که در ارتباط با حقوق عمومی بودند با یک نوع بی‌اعتمادی مواجه بودند که علت آن ابهام در داوری پذیری بود.

این در صورتی است که داوری، معمولاً به عنوان نهادی برای ایجاد تعادل قضایی بین منافع متعارض و درخواست‌های گوناگون اشخاص خصوصی برداشت شده برای نیل به آن داور ناچاراً از اتکا صرف بر مقاصد و منافع مشترک طرفین بوده است لذا در گذشت زمان، گستره عملکرد داوری به طور قابل توجهی گسترش یافته است و آن را ابزاری که به صورت مطلق وابسته به اراده اشخاص خصوصی بوده است تبدیل به نهادی نموده که در کنار دادگاه‌های ملی بعنوان قسمتی از نظام کلی حاکمیت قضایی و جایگزین دادگاه‌ها در عرصه عمومی شده است. این حالت در تجارت بین‌الملل با رشد اختیارات داوران و کمرنگ شدن دخالت قضایی در مراحل رسیدگی، صدور حکم و حتی در مرحله اجرای حکم به بازبینی ساده شکلی مقررات داوری، همراه بوده است که نیاز به جلب اعتماد به نهاد داوری بعنوان یک نهاد قضایی است.

در حال حاضر، اگرچه نقش دولت بعنوان متصدی تجارت کاهش یافته و سیاست‌های خصوصی سازی وابسته به کاهش نقش دولت به عنوان تاجر شده است اما به همان اندازه دخالت دولت برای تنظیم روابط اقتصادی بیشتر شده است که سبب نوعی وابستگی قواعد حقوق عمومی و خصوصی در عرصه اقتصاد و تجارت گردیده است(طباطبایی نژاد، ۱۳۹۵: ۶۸).

۵- قواعد حقوق معاهدات سرمایه گذاری در رویه قضایی

تصمیمات قضایی را می‌توان در زیرمجموعه شیوه‌های مکمل تفسیر طبق ماده ۳۲ جای داد. اگر چه این ماده به طور واضح اسمی از این شیوه می‌برد. مطابق با ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری در بیان منابع حقوق بین‌الملل، تصمیمات قضایی را بعنوان منبع فرعی برای معین ساختن قواعد حقوقی می‌شناسانند.



یکی از دیوان‌های داوری جایگاه تصمیمات قضایی در تفسیر معاهدات را به این نحو ارائه می‌دهند که «در حالتی که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به صراحت دیوان را مکلف به توجه نمودن تصمیمات قضایی می‌نماید، لذا چنین صراحتی در دیگر بخش از حقوق بین‌الملل وجود ندارد آیا آراء داوری به وظیفه دیوان در ارتباط هستند و در صورت مثبت بودن جواب تا چه حد می‌باشد؟»^{۱۴۲}

مضافاً اینکه، در دعواهای دیگر دیوان اصرار نمود که آراء داوری صرفاً جنبه ارشادی برای داوران دارد. در دعواهای انرون^{۱۴۲} بیان نمود که تصمیمات دیوان ایکسید یا بقیه دیوان‌های داوری منبع نخست قواعد حقوقی نیستند و لذا استناد و ارجاع به تصمیمات دیوان‌های داوری حاکم براین است که داور در ارزیابی ادعاهای و استدلالات طرفین براین باور هستند که نتیجه گیری مورد استفاده در آن تصمیم درست می‌باشد.

به دیگر سخن، ارزش تصمیمات قضایی برای نیل به مفهوم اصطلاحات معاهده نباید در هر مورد با بکارگیری شیوه‌های اولیه تفسیری مذکور در ماده ۳۱ کنوانسیون وین مرجح باشند. مستند کردن به رویه قضایی در هر فرآیند اتخاذ تصمیم قضایی یا داوری مشاهده می‌گردد. اما باید دقت نمود که در داوری سرمایه گذاری، هر مرجعی در چارچوب موردی ایجاد شده و صرفاً در همان مورد اظهار نظر می‌نمایند و در مقام قیاس با مراجع قضایی بین‌المللی همانند دیوان بین‌المللی دادگستری، رویه مراجع داوری از ثبات کمتری دارا می‌باشد.

در نتیجه، داوری سرمایه گذاری تا اندازه‌ای از نبود هماهنگی آراء داوری متحمل رنج و مشقت می‌شود و نمونه بارز آن آراء متناقضی از سمت مراجع داوری در موارد یکسان و حتی در قضیه واحد در مراجع داوری موازی صادر گردیده است (زمانی و شیرعلیزاده، ۱۳۹۸: ۱۳۲-۱۳۱).

رویکرد نظام‌های حقوقی و داوری خصوصی در اختلافاتی که ماهیت آنها با حقوق عمومی ارتباط دارد در مدت زمان از ابهام به پذیرش داوری پذیری میل داشته است، آنچه همچنان به عنوان یک ابهام باقی مانده است این می‌باشد که بر فرض پذیرش قابلیت داوری این امور، برخورد داور یا داوران با این موضوع در عرصه بین‌المللی چگونه باید باشد. نکته قابل توجه در این حوزه این می‌باشد که قواعد آمره و انتظامی در جریان داوری، چه در رابطه با قانون ماهوی

حاکم بر دعوی و چه در ارتباط با تعیین مرجع صالح رسیدگی ، چگونه باید تجزیه و تحلیل و اعمال شوند.

همچنین، رویکرد سیستم های حقوقی درباره داوری خصوصی در موضوعاتی که ماهیتی عمومی دارند با ابهام و تردید همراه بوده است. در ابتدا این رویکرد ناشی از عدم اعتمادی بوده که به داوری پذیری این مسائل وجود داشته است که ناشی از این گمان بوده که قالب داوری که مبتنی بر ابتکار اشخاص خصوصی است نمی‌تواند با اهداف قانونی که در پشت قواعد داخل در حوزه حقوق عمومی قرار دارد همسو باشد. قابلیت داوری علاوه بر این با چالشی دیگر در رابطه با قابلیت اعمال قواعد حقوقی با ماهیت عمومی در قالب قواعد آمره همراه بوده است.

قواعد آمره به مفهوم کلی قواعدی می‌باشند که اشخاص قادر نیستند با توافق یا قرارداد از اجرا یا اعمال آن ممانعت ورزند و آن را تغییر داده یا محدود نمایند. اصلی ترین قواعد امری هستند که اعمال آنها طبق ضروریات اجتماعی و اقتصادی و با رویکرد پیگیری اهداف خاص از جمله تنظیم و کنترل بازار اقتصادی و منافع کلی جامعه در دوره های قانونی مشخصی مورد توجه دولت ها قرار می‌گیرد.

مضاف بر اینکه، در داوری سرمایه گذاری بین‌المللی که بر نظام ایکسید منطبق است، بر خلاف دیگر داوری های بین‌المللی، مسئله قابلیت داوری مسائل با ماهیت عمومی به صورت عمده و کلی مورد قبول قرار گرفته است و به عنوان مبنای اصلی تاسیس این نهاد نیز بوده است و در حقیقت هدف اصلی کنوانسیون اکسید ایجاد نهاد و ابزاری بوده که مطابق آن اختلافات میان کشور میزبان سرمایه با یک شخص یا شرکت سرمایه گذار درباره اقدامات دولت میزبان که شرکت سرمایه گذاری ایجاد نموده و بر خلاف تعهدات بین‌المللی آن دولت، در قالب قواعد حقوق بین‌الملل یا به عنوان قسمتی از معاهده سرمایه گذاری منعقد شده است مورد حل و فصل قرار می‌گیرد(طباطبایی نژاد، ۱۳۹۲: ۹۴ - ۹۳).

۶- نقش قانون نمونه آنسیترال به عنوان الگوی مناسب برای یکنواخت کردن قوانین

در دهه ۵۰ همکاری‌ها برای ایجاد یک قانون داوری تجاری بین‌المللی با قصد رهایی از محدودیت‌های حقوق داخلی، چندان موفق نبود. قانون داوری از کشوری به کشور دیگر با یکدیگر متمایز بود و قانون‌گذاران ملی هنگام ایجاد قوانین داوری اصولاً به قوانین موجود در



حقوق و سیستم قانونگذاری خودشان اکتفا می‌کردند. به همین جهت، وکلای فعال تجارت بین‌الملل در مذاکرات قراردادی درباره قبول شرط داوری ارجاع دهنده به قوانین داوری که با آن‌ها آشنایی چندانی نداشتند، تعلل داشتند. این تعارض قوانین، مانعی در پیشرفت داوری تجاری بین‌المللی و تجارت بین‌الملل تلقی می‌گردید تا اینکه در سال ۱۹۸۵ قانون نمونه داوری از طریق آنسیترال در راستای حل این مشکل ایجاد گردید. گرچه قانون نمونه بعنوان مقررات غیرالزام آور بوده و فقط یک راهنمایی برای قانونگذاری تلقی می‌شد اما تصمیم آنسیترال برای ایجاد قانون نمونه به جای تهیه کنوانسیون بسیار تحسین برانگیز بود.

همچنین، قانون نمونه آنسیترال بین کشورها، بسیار مورد توجه قرار گرفته است و تا سال ۲۰۱۶ ۷۲ کشور قانون نمونه را قبول نموده‌اند. بعضی از کشورها با اعمال تغییرات ناچیزی قانون نمونه را قبول کرده‌اند. گرچه کشورها قانون نمونه را با توجه به خصوصیات ویژه سیستم داخلی خودشان تصویب کرده‌اند، اما مبنای اصلی قانون نمونه حفظ شده است. درواقع، قانون نمونه طوری تاثیرگذار است که اغلب کشورهایی که مایل به مدرن سازی قوانین داوری خود هستند نوعی قانون نمونه را مورد توجه قرار می‌دهند.

لذا، باستی بین قوانینی که از قانون نمونه تاثیر پذیرفته‌اند و تحت تاثیر آن بودند و نیز قوانینی که تعداد قابل توجهی از مقررات آن‌ها تکرار و بازخوانی مقررات قانون نمونه می‌باشد تفاوت قائل شد. مضاف براینکه، تعدادی از کشورها قانون نمونه را فقط بعنوان الگویی برای قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌پنداشند، به طوری که بعضی دیگر آن را به طور یکسان هم برای داوری بین‌المللی و هم داوری داخلی تصویب نموده‌اند (ابرشمشی و محبوب، ۱۳۹۵: ۱۲).

۶-۱- نقش قانون نمونه آنسیترال در مدرن ساختن داوری داخلی

اگرچه مراد از ایجاد قانون نمونه یکنواخت ساختن قواعد داوری بین‌المللی بود، این امکان که قانون نمونه قادر باشد مبنای داوری داخلی باشد از آغاز مورد قبول گروههای کاری آنسیترال بود. در حالتی که، قانون نمونه توسط کشورها برای داوری تجاری بین‌المللی مورد استفاده قرار گیرد، در این میان مانعی برای بکارگیری از قواعد قانون نمونه برای داوری داخلی موجود نیست.

این نظریه، در شرح تحلیلی دیرکل نیز مطرح شد، هرکشوری مجاز است قانون نمونه را در داوری داخلی نیز مورد استفاده قرار دهد و به وجود دوگانگی در نظام داوری خود خاتمه دهند.

علاوه بر آن، اگر دو رژیم حقوقی بر داوری یک کشور حاکم باشد احتمال دارد در تشخیص اینکه داوری داخلی است یا بین‌المللی مشکل بوجود آید. همچنین، قانون نمونه در داوری داخلی در کشورهای گوناگون به دو طریق ۱-وارد و اعمال کردن قانون نمونه ۲-خارج کردن و عدم اعمال قانون نمونه.

در مورد یک کشورها احتمال دارد هنگام قبول قانون نمونه بعنوان مبنای قوانین داوری خود، این امکان را برای طرفین اختلاف فراهم نماید تا قانون نمونه را بر داوری داخلی نیز حاکم کنند. در مورد دوم، برخلاف آنچه که در حالت اول گفته شد، طرفین داوری بین‌المللی قادر هستند بر خارج کردن و عدم اعمال قانون نمونه و حاکم شدن قوانین داوری داخلی بر اختلاف بین‌المللی توافق نمایند که این روش به طرق گوناگون امکان پذیر می‌باشد(همان، ۱۳-۱۴).

۶-۲- الگوی مناسب برای سیستم داوری در ایران

برخی از کشورها سیستم قانونی واحد را برای قانون داوری خود انتخاب می‌نمایند. در اینگونه سیستم‌ها مجموعه مقررات یک قانون واحد هم بر داوری‌های داخلی و هم بر داوری‌های بین‌المللی حاکم می‌گردند بدون اینکه معیاری برای تمیز آنان وجود داشته باشد. در این میان، از سوی دیگر بعضی از کشورها وجود دارند که سیستم قانونی دوگانه را اعمال می‌نمایند که برای داوری‌های داخلی و داوری‌های بین‌المللی قواعد جداگانه‌ای تصویب می‌شود. وضع سیستم دوگانه اغلب در یک مجموعه قوانین واحد و گاهی هم در هر دو مجموعه جداگانه اعمال می‌گردد. بیشتر کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته با وضع تغییرات در قوانین داوری خویش و حاکم نمودن سیستم قانونی واحد خواستار وضع یک سیستم واحد می‌باشند. با بررسی قوانین برخی کشورها چنین مشاهده می‌گردد که اغلب زیادی از افراد در داوری بین‌المللی در جهان، سیستم قانونی واحدی را بر داوری خود برگزیدند. لذا، با ملاحظه تعداد بیشتر کشورهای توسعه یافته در داوری که سیستم داوری واحد را برگزیدند می‌توان چنین برداشت نمود که سیستم داوری واحد، انتظارات سیستم داوری مدرن را از چه جنبه ساختاری، ماهیتی و محتوایی بهتر ایفا می‌نماید.

لذا علل اصلی این انتخاب به این صورت است که از جمله ۱-سیستم قانونی واحد مناسب با نیازهای داوری، اطمینان را در تجارت بین‌الملل ایجاد می‌نماید. ۲-سیستم واحد سبب توسعه و مدرن شدن داوری داخلی می‌گردد. ۳-سیستم داوری واحد بر مبنای قواعد مدرن داوری، اشخاص و تجار داخلي را نیز برای ارجاع اختلافاتشان به داوری سوق می‌دهد. ۴- در آخر اینکه یک

سیستم واحد مدرن و توسعه یافته قادر است در پیشرفت اقتصادی از روش جلب اعتماد سرمایه گذاران خارجی بسیار مطلوب واقع شود (ابریشمی و محبوب، پیشین، ۱۵).

نتیجه گیری

یکی از مهم‌ترین جنبه‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی، حل و فصل اختلافات ناشی از آن در مراجع داوری می‌باشد. این اختلافات با توجه به قرارداد فی‌ما بین طرفین، در نهادهای مختلفی رسیدگی می‌شوند که شایع‌ترین این نهادها با در نظر داشتن ماهیت دعوا، مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) می‌باشد. یکی از موارد اساسی در داوری اختلافات سرمایه‌گذاری، تبیین دلایل مبنای رأی است. در این خصوص، نظر واحد و مشخصی مطرح نشده و این مفهوم طی سال‌ها و در پرونده‌های گوناگون مطرح شده در مراجع داوری و به خصوص، ایکسید، دچار تحولاتی شده است. در بسیاری از معاهدات و قراردادهای سرمایه‌گذاری به منظور جلب نظر سرمایه‌گذار و همچنین ایجاد شرایط و زمینه‌های مساعد سرمایه‌گذاری، این اختیار به سرمایه‌گذار داده می‌شود تا در صورت بروز هر نوع اختلاف نسبت به اصل قرارداد، تفسیر یا اجرای مفاد آن، دعوای خود را در مراجع قضاوی داخلی کشور میزاند، دیوان‌های داوری بین‌المللی و یا سایر مراجع پیش‌بینی شده در متن قرارداد یا معاهده ثبت کند. پیش‌بینی هم‌زمان چند مرجع قضاوی گرچه این امکان را برای خواهان دعوا مهیا می‌کند تا با بررسی بیشتر، مرجع مناسب‌تر رسیدگی کننده را برای ثبت خواسته خود انتخاب کند، اما صدور آرای متفاوت، ایجاد جریان رسیدگی موازی، ابهام در اجرای آرای متفاوت صادرشده، طولانی شدن روند حل و فصل اختلاف، تاخیر در اجرای مفاد قرارداد و ... از جمله معایبی است که صالح بودن هم‌زمان چند مرجع رسیدگی کننده به همراه دارد. شرط تعیین مرجع رسیدگی، شرطی است که دولت‌ها با درج آن در معاهده یا قرارداد از سرمایه‌گذار می‌خواهند تا در صورت بروز هر نوع اختلاف، از میان مراجع مختلف صالح به رسیدگی دست به انتخاب زده و به صورت قطعی تنها یک مرجع را جهت ثبت دعوای خود انتخاب کند.

تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و تصویب الحق ایران به کنوانسیون مربوط به اجرای آرای داوری خارجی و تاسیس مناطق تجاری آزاد و سرمایه‌گذاری خارجی در این مناطق و معافیت مالیاتی پانزده ساله سرمایه‌گذاران خارجی در مناطق تجاری همگی ضرورت توجه ویژه به ترویج و توسعه سرمایه‌گذاری خارجی در کشور

را نشان می‌دهد. یکی از عوامل تسهیل‌کننده در این زمینه تأمین برابر حقوقی، اعتمادسازی متقابل و دادن تضمینات کافی برای سرمایه‌گذران خارجی در کشور است به نحوی که تردیدها و ابهامات سرمایه‌گذران خارجی نسبت به نظام قضائی کشورمان با امکان رویکرد آنها به سیستم داوری که برخورداری از درجه اعتماد بیشتر را دارد، برطرف شده است و در عین حال فضای مساوی و عادلانه‌ای برای حل و فصل اختلافات احتمالی ناشی از سرمایه‌گذاری طرفین فراهم ساخته است. «کنوانسیون داوری ایکسید» حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان دولتها و اتباع دولتهای دیگر را به صورت رضایت‌بخشی انجام می‌دهد و از طرفی پیش‌بینی عضویت آزمایشی برای کشورها و همچنین امکان استفاده متعاهدین‌ها از حق شرط که از آن طریق برخی موارد مهم قابلیت خروج از شمول نظام ایکسید را پیدا می‌کنند، اطمینان کشورها را در الحق به کنوانسیون افزایش می‌دهد. ضرورت الحق ایران به این کنوانسیون جهت پر ساختن خلاء حقوقی موجود، بیش از پیش احساس می‌شود. مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) یک نهاد داوری پیشرو در زمینه رسیدگی به اختلافات دولت و سرمایه‌گذار خارجی است. هرچند عبارت سرمایه‌گذاری، هم در عنوان «مرکز» و هم در «کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر» به چشم می‌خورد. به نظر می‌رسد در شرایطی که ایجاد اصلاحات ساختاری در کنوانسیون امکان پذیر نیست، استقرار «رویه مستمر»، بهترین گزینه است و به دیوان‌ها کمک می‌کند تصمیمات مخالف آشکار با تفسیر غالب از یک اصل را نادیده گرفته و به مشترکات استناد نمایند. به طور کلی، فقدان تعریف از مفهوم سرمایه‌گذاری، در عمل، منجر به گسترش دامنه صلاحیت ایکسید شده است.

○ منابع و مأخذ

- | كتب | - |
|--|---|
| ۱- توکلی، محمدمهدی (۱۳۹۵)، نصب داور، احکام و آثار آن، چاپ اول، تهران؛ نشر میزان | - |
| ۲- جعفری لگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، تهران؛ گنج دانش | - |
| ۳- خدایخشی، عبدالله، (۱۳۸۲)، حقوق داوری و دعاوى مربوط به آن در رویه قضائی، تهران؛ شرکت سهامی انتشار | - |
| ۴- صدرزاده افشار، سید محسن، (۱۳۷۶)، آینین دادرسی مدنی، چاپ چهارم، تهران؛ نشر ماجد | - |
| ۵- عابدی، محمد تقی (۱۳۹۶)، حقوق حاکم در داوری‌های تجاری بین المللی، تهران؛ نشر میزان | - |
| ۶- کاکاوند، محمد، (۱۳۹۹)، حقوق داوری در آراء دادرسان و داوران، دیباچه دکتر ریبعاً اسکینی، جلد ۱ و ۲، چاپ اول، تهران؛ انتشارات نهاد | - |



- ۷- واحدی، قدرت الله، (۱۳۷۶)، آینین دادرسی مدنی، تهران: نشرمیزان
- ۸- پاسیان، محمدرضا؛ اصغری، زینب (۱۳۹۳)، نقش رفاقت منصافه در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با تاکید بر مفهوم مستویت ججتماعی شرکت‌های فرامی، *فصلنامه پژوهش حقوقی خصوصی*، سال سوم، شماره هشتم، صص ۴۴-۷۰
- ۹- تقی پور، بهرام؛ عیاسی سرمدی، مهدی؛ ابراهیمی، محمدتقی (۱۳۹۸)، راهکارهای حقوقی-اخلاقی مقابله با فساد در انقاد قراردادهای تجاری بین المللی، *فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی*، سال ۱۰، صص ۱۱۰-۸۷
- ۱۰- جعفرپور صادق، الهام؛ عدالت جو، اعظم (۱۳۹۲)، فساد مالی و راهکارهای پیشگیری از آن، *نشریه تحقیقات حقوقی آزاد*، دوره عز شماره ۲۲، صص ۵۷-۷۹
- ۱۱- زمانی، سیدقاسم؛ شیرعلیزاده، ابوالفضل (۱۳۹۸)، اصول و رویه تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسعه محاکم داوری و ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی، *مجله حقوقی مددگستری*، سال هشتاد و سوم، شماره یکصد و پنجم، صص ۱۱۱-۱۳۶
- ۱۲- طباطبائی نژاد، سید محمد (۱۳۹۲)، اعمال قواعد آمره تحت نظام داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی! [ایکسید، *فصلنامه اندیشه‌های حقوق خصوصی*، سال اول، شماره ۱، صص ۹۳-۱۱۰]
- ۱۳- طباطبائی نژاد، سید محمد (۱۳۹۵)، نظرارت قضایی بر اعمال قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی، *دو فصلنامه علمی پژوهشی دانش حقوق خصوصی*، سال پنجم، شماره اول، صص ۶۷-۷۹
- ۱۴- علوی قزوینی، سیدعلی؛ بیگی جیب آبادی، قاسم (۱۳۹۴)، تأثیر فساد مالی بر وضعیت قراردادهای دولتی، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۵، شماره ۲، صص ۲۸۵-۲۹۹
- ۱۵- مجتبی‌نی، محمدرضا (۱۳۹۰)، درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر منای کنوانسیون داوری ایکسید، *مطالعات حقوقی تطبیقی معاصر*، دوره ۲، شماره ۳، صص ۱۷۵-۱۹۹
- ۱۶- مقدم ابریشمی، علی؛ محبوب، مسعود (۱۳۹۵)، ساختار حقوقی نظام داوری سیستم واحد یا دوگانه، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال پنجم، شماره ۱۶، صص ۹-۲۸
- پایان نامه‌ها
- ۱۷- آهنگری، بهزاد (۱۳۹۳)، جایگاه انصاف در داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی بین دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی، پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید چمران اهواز

چالش‌ها و موانع تحقق دموکراسی در قاره آفریقا

دکتر حسن موتفی

دانشیار حقوق بین الملل و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، تبریز، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۷.۲۷ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۱۱.۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۵.۱۹

چکیده

بدون شک یکی از مباحثی که از سه هزار سال قبل ذهن بشر را به خود مشغول کرده است موضوع دموکراسی و حکومت مردم بر مردم است که منظور از آن حاکمیت قانون در روابط انسان‌ها با یکدیگر است البته در برخی از کشورها بحث دموکراسی در تئوری و عمل کاملاً پیاده شده و آنها با تقاضا با یکدیگر زندگی در صلح و دوستی را تجربه می‌کنند اما این اتفاق خوشایند فقط در برخی از قاره‌ها اتفاق افتاده است و قاره‌هایی مانند آفریقا گامهای اولیه را به سوی دموکراسی برمی‌دارد اما موانع و چالش‌های پیش رو بقدرتی زیاد است که گاهی اوقات موجب یاس و نامیدی می‌گردد. با این حال این مسیری است که دیر یا زود کشورهای قاره سیاره باید آن را طی کنند تا از یک ثبات بین‌المللی و منطقه‌ای برجوردار شوند و از جنگ و خشونت فاصله بگیرند. هدف از انجام این تحقیق آشنایی با چالش‌های تحقق دموکراسی در قاره آفریقاست و یافته‌های تحقیق ناظر بر این حقیقت است که کشورهای آفریقایی در حال گذر از یک دوره انتقالی پر تنش از بی‌ثباتی به سوی حاکمیت قانون و دموکراسی پایدار هستند و در این مسیر پرسنگلانخ از تجارت کشورهای با حاکمیت دموکراسی و ارزش‌های سازمان ملل متحد بهره‌مند می‌شوند و قطعاً با حفظ شرایط موجود و فرصت‌های طلایی پیش روی قاره آفریقا، آینده درخشانی در انتظار ملل قاره سیاه است.

واژگان کلیدی: آفریقا، دموکراسی، چالش‌ها، توسعه پایدار، خشونت.

Challenges and obstacles to democracy in Africa

Abstract

Undoubtedly, one of the topics that has occupied the human mind since three thousand years ago is the issue of democracy and the rule of the people over the people, which means the rule of law in human relations with each other. They are fully implemented and they live in peace and friendship with each other in understanding, but this pleasant thing has only happened in some continents, and continents like Africa are taking the first steps towards democracy, but there are some obstacles and challenges ahead. Sometimes it causes despair and hopelessness. However, this is the path that sooner or later the countries of the continent must take in order to enjoy international and regional stability and to distance themselves from war and violence. The purpose of this study is to get acquainted with the challenges of democracy in Africa and the findings of the study show the fact that African countries are going through a tense transition from instability to the rule of law and sustainable democracy and are on this path. Countries with the sovereignty of democracy and the values of the United Nations will benefit, and certainly a bright future awaits the nations of the Black Continent, given the status quo and the golden opportunities facing the African continent.

Keywords: Africa, Democracy, Challenges, Sustainable Development, Violence.

۰ مقدمه

با یک نگاه ساده می‌توان متوجه شد که آفریقا سرزمینی است که به صورت طبیعی تازگی و طراوت خود را حفظ کرده است با این حال تعارضات موجود در آن واقعاً شگفت‌انگیز است با این که ثروتمندترین قاره جهان از لحاظ منابع طبیعی است اما فقیرترین ملل را در خود اسکان داده است. بالاترین میزان جمعیت را دارد است اما از رفاه خبری نیست و دائره المعارفی از مشکلات بشری است و بیش از همه از فقر، خشونت و گرسنگی در رنج بوده و بیماری‌ها توان آفریقا را ستانده است و علاوه از برده‌گی که همیشه از آن نالان بوده معهداً بعد از اتمام جنگ جهانی دوم صحنه مبارزه و رقابت و جنگ سرد دو ابرقدرت آمریکا و روسیه گردیده است و فروش تسليحات، اقتصاد ضعیف و تعارض انواع ایدئولوژی‌ها این قاره را به انواع بلایا و مصائب دچار کرده است و برخی از دولتهای آفریقایی تلاش دارند که با کمک ابرقدرتها، ضمن حفظ قدرت به توسعه پایدار نیز دست یابند. این قاره نزدیک به $30/256/599$ کیلومتر مربع وسعت دارد که بعد از قاره آسیا در مقام دوم قرار گرفته و از قاره‌های اروپا و آمریکا و اقیانوسیه بزرگتر است و بیش از یک میلیارد نفر جمعیت دارد با تراکم $33/8$ نفر در هر کیلومتر مربع که ۵۵ کشور را در خود جای داده است که شامل مصر، لیبی، تونس، الجزایر، مغرب (مراکش)، صحراء، سودان، چاد، نیجر، مالی، موریتانی، سنگال، گامبیا، گینه بیسائو، اریتره، جیبوتی، نیجریه، بورکینافاسو، گینه، سیراللون، ساحل عاج، غنا، لیبریا، توگو، بنین، آتیوبی، سودان جنوبی، آفریقای مرکزی، کامرون، سومالی، کنیا، اوگاندا، گینه استوایی، سائو تومه و پرنیسیپ، کنگو، زیمیر، گابن، رواندا، بوروندی، تانزانیا، آنگولا، مالاوی، کومور، زامبیا، موزامبیک، زیمبابوه، بوتسوانا، نامیبیا، سوازیلند، ماداگاسکار، لسوتو، آفریقای جنوبی، سیشل، کیپ ورد، مالی و موریس می‌باشد (موثقی، احمدپور قره درویش و زمانه قدیم، ۱۳۹۳، ص ۱۴-۱۳). امروزه قاره آفریقا در راس توجه همه کشورهای عضو جامعه بین‌المللی قرار گرفته است.

خوشبختانه بسیاری از این کشورها به استقلال دست یافتند و موفق شدند که استعمارگران را از سرزمین خود بیرون کنند اما کماکان با مشکلات اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی گوناگونی مواجهند که کماکان این قاره را سرزمینی متشنج جلوه می‌دهد و هر چند وقت یکبار وقوع کودتا یا نسل‌کشی و خشکسالی و جنگ بر سرآب نظم عمومی بین‌المللی را مختل می‌سازد و کماکان درگیری‌های نژادی و انتقام جویانه در میان قبایل آفریقایی ادامه دارد که ترس و وحشت از جنگ و درگیری موجب کاهش تولید و رکود اقتصادی و توقف سرمایه‌گذاری خارجی می‌گردد تا حدی که برخی از کشورهای آفریقایی را تا مرز ورشکستگی سوق داده است و فقر و گرسنگی

مشکل روزمره هر آفریقایی است و برای آنها مرگ در میانسالی و جوانی یک پدیده متعارف قلمداد می‌شود. در برخی از کشورها نظری آفریقای جنوبی با انتخابات آزاد و قانونی در سال ۱۹۹۴ آپارتايد برای همیشه در این سرزمین نابود شد که به تنهایی عامل و باعث صدھا درگیری بین نژادهای سفید و سیاه می‌شد همین‌طور کشور موزامبیک با استقبال از یک انتخابات چند حزبی در ۱۹۹۴ صلح و ثبات را تجربه کرد.

آشتی گروه‌های معارض در آنگولا به مخاصمات مسلحانه این کشور قحطی زده پایان داد و همین‌طور این تجربه عالی و موفق در کشورهای الجزایر، رواندا و لیبریا نیز تکرار شد و صلح پایداری رقم زده شد. بدین ترتیب با ظهر دولتهای صلح‌گرا و میانه رو شاهد تحقق ثبات سیاسی در این کشورها هستیم که مداخلات برخی از ابرقدرتها به جنگ میان اقوام دامن می‌زدند علی‌غم اینکه دموکراسی چند حزبی را تبلیغ می‌کردند معهذا با اعمال انواع تحریم‌ها از جمله تهدید به قطع کمک‌های اقتصادی موجب تحکیم صلح در قاره آفریقا مطابق میل و منافع خود می‌گردیدند و با اهم فشار مطالبه دیون خود این کشورها را مطیع خواسته خود می‌نمودند. بیان این نکته ضرورت دارد که استقرار دموکراسی در قاره آفریقا باید بصورت منطقه‌ای انجام شود و تعجیل در استقرار آن موجب وقوع بحران در زندگی روزمره مردم شده و جنگهای خیابانی را موجب خواهد شد. در عین حال باید به حاکمیت دولتهای نظامی در این قاره پایان داد و بجای آنها حکومتهای مردمی باید به قدرت برستند در این صورت شاهد ثبات سیاسی خواهیم بود و اقتصاد نیز از رونق و توسعه برخوردار خواهد گردید. مشکل اساسی آفریقا از گذشته‌های دور تا کنون برخوردهای شدید نژادی است اما خوشبختانه این معضل در پرتو آموزش و افزایش ارتباطات مسالمت‌آمیز بویژه اقتصادی در حال افزایش است (فى، ۱۳۷۶، ۴ تا ۱). وجود حکومت‌های خودکامه در قاره آفریقا یکی از علل اساسی بی‌ثباتی در کشورهای آفریقایی است و اعتراض مردم و رشد بی‌نظمی از نظر مردم آفریقا یک نوع مبارزه سیاسی با حکومت محسوب می‌گردد در عین حال قوانین حاکم بر جامعه از قدمت برخوردار است و با نیازهای جامعه جوان و در حال رشد آفریقایی همانگ نیست. همین موارد است که منجر به فروپاشی جوامع آفریقایی می‌گردد ضمن آنکه در این کشورها از مدیریت کارآمد خبری نیست و فقط دولتها هستند که از اقتدار لازم برای انجام هر تغییری برخوردارند. با این حال حتی دیکتاتورها نیز در گذر زمان به سوی انعطاف در تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری گام برمی‌دارند و مجبور می‌شوند که برای استمرار حاکمیت گام‌های مهمی را مطابق میل مردم بردارند که این خود یک تجربه تاریخی است. در عین حال برخی از آرمان‌ها مدنظر همه گروه‌هاست و به عنوان اهداف مشترک پیگیری می‌شود که همه این

گروه‌ها تحت عنوان جامعه مدنی اهداف مسالمت‌آمیزی را مطالبه می‌کنند که دموکراسی و حاکمیت قانون مهمترین این خواسته‌های است البته حتی در آفریقا نیز پیاده کردن دموکراسی عملی کاملاً سخت و توانفساست زیرا مشکلات اساسی جوامع آفریقایی کاملاً متفاوت از هم است در کشوری جمعیت زیاد و تامین نیازهای آنها معضل اساسی حکومت است و در دیگری فقر، بیماری و بیکاری و خشکسالی (مونگا، ۱۳۷۶، ص ۲۳ تا ۲۲). در سال ۱۹۹۶ در اجلاس سران سازمان وحدت آفریقا در کامرون اهم نگرانی کشورهای عضو به شرح ذیل بر شمرده شد: مناقشات داخلی کشورهای رواندا، برونڈی، سومالی و لیبریا، خلع سلاح شیمایی و هسته‌ای آفریقا به صورت قطعی، مشکلات داخلی سازمان وحدت آفریقا، رشد بدھی‌های خارجی کشورهای قاره سیاه و افزایش رشد آمار بیماری ایدز (فصلنامه مطالعات آفریقا، ۱۳۷۶، ص ۲۲۵). بحران دارفور سودان یکی از مهمترین تهدیدات صلح و امنیت بین‌المللی بود که موجب افزایش موج پناهندگان و خشونت گروههای مختلف انسانی که از صدھا مشکل رنج می‌بردند شد و برای مدت‌های مديدة تبیتر اول اخبار رسانه‌های جهان قرار گرفت که مقامات دولتی از آن با عنوان منازعات و مناقشات اقوام بومی یاد کردند و جامعه بین‌المللی از آن به عنوان نسل‌کشی و پاکسازی نژادپرستانه انواع قومیت‌ها و نژادها که موجب مرگ بیش از ۲۰۰ هزار نفر شده و ۲/۵ میلیون نفر را آواره کرد نام برد است (امیری، ۱۳۸۵، ص ۲۰۸-۲۰۵). در آن سال‌ها کشورهای آفریقای جنوبی، آنگولا، اریتره، رواندا، سومالی، صحرای غربی، کنگو، لیبریا، موزامبیک و نامیبیا با مشکلات مشابهی مواجه بودند و هر یک از آنها مانع بزرگی در دستیابی آفریقا به دموکراسی واقعی بود (سازمان ملل متحد، ۱۳۷۴، ص ۱۱۳). در مبحث بعدی تلاش می‌شود که به وضعیت کنونی قاره آفریقا نگاه گذرايی داشته باشيم و با چالش‌های توسعه پيدار و دموکراسی در اين قاره آشنا شويم.

○ ۱- قاره آفریقا در یک نگاه

برخی از نویسندهاند و پژوهشگران به درستی قاره آفریقا را قاره فراموش شده نهادهاند اما از هزاره سوم (۲۰۰۰ میلادی) به این سو بتدریج این واژه کمرنگ شده و آفریقا به دلایل جغرافیایی، اقتصادی و سیاسی در کانون توجه جهانیان و کشورهای پیشرفتہ و توسعه یافته قرار گرفته است. جنایات اقوام هوتو بر علیه توتسبی‌ها در رواندا موجب بیداری جامعه جهانی و واکنش با تاخیر در این سرزمین فلاكت زده شد به طوری که افکار بین‌المللی با هیجان کامل دخالت در این کشور جهت جلوگیری از نسل‌کشی را مطالبه می‌کردند و همین خواستار پایان درگیری‌های خونین در کشورهای لیبریا، سودان، برونڈی، زئیر و سومالی شد. هیچ نقطه‌ای در دنیا

به اندازه قاره آفریقا درگیر استعمار، استثمار و ظلم و ستم ابرقدرت‌های کوچک و بزرگ دنیا نبوده بويژه بردگی و تجهیز جنگ سalarان دولتی و غيردولتی برای کسب یا ثبت قدرت و به همین جهت است که اگر از قاره آفریقا به عنوان سرزمین کودتاهای مکرر یاد کنیم به خطاب رفتایم. باور کردنی نیست که سهم قاره آفریقا در تجارت جهانی به یک درصد هم نمی‌رسد. منازعات قومی، توسعه نیافتگی، نابرابری، میزان بالای بدھی‌های خارجی، افزایش جمعیت، ایدز و صدها مصیبت دیگر این قاره را به دائرة المعارفی از مصائب طاقت فرسا مبدل کرده است. در عین حال سازمان ملل متحد بارها بر ضرورت توجه به آفریقا و توسعه آن تاکید کرده است و خود آفریقایان نیز با الگوبرداری از کشورهای موفق دنیا در صدد یافتن جایگاه مناسب اقتصادی، اجتماعی و سیاسی در دنیا هستند که ضمن تحقق دموکراسی، حقوق بشر آنها نیز رعایت گردد با این حال ویژگی‌های متنوع کشورهای آفریقایی این حقیقت را مطرح می‌کند که طریقه دسترسی به اقتصاد جهانی برای هر کشور آفریقایی متفاوت از دیگری است. اگر آفریقا وارد بازارهای خارجی شود قادر خواهد شد که بدھی‌هایش را تصفیه کند. برای افزایش توان اقتصادی، آفریقا باید به فقر و بی‌سادی پایان دهد. همه این آرزوها زمانی تحقق یافت که جامعه مدنی بتواند در یک فضای بازسیاسی و حاکمیت قانون فعالیت کند ضمن احترام به همه قومیت‌ها و اقوام رنگین پوست. وقت آن فرا رسیده است که کشورهای اروپایی استعمارگر با کمک‌های خود در بهبود وضعیت آفریقا بکوشند تا عدالت جبران‌ساز پیدا گردد. خوشبختانه اکثریت کشورهای آفریقایی در مسیر مشروعیت سیاسی گام برمی‌دارند به ویژه از طریق حذف سیاست ننگین تبعیض نژادی و بدین طریق از کمک‌های توسعه‌ای کشورهای ثروتمند و توسعه یافته دنیا بهره‌مند می‌گردند. اگر آفریقا به داد و ستد و تجارت روی آورد و اجازه فعالیت به سازمان‌های غیردولتی را به طرفداران دموکراسی و حقوق بشر بدهد در این صورت شاهد رشد سریع اقتصادی خواهیم بود و تلاش برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌تواند روند حرکت آفریقا به سوی توسعه و رهایی از فقر را تسريع کند و همه این کمک‌ها منوط به رعایت حقوق بشر است. به نظر می‌رسد که قاره آفریقا باید به صورت هماهنگ و منظم برای ارتقاء همکاری‌های اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و همبستگی اقوام گوناگون گام بردارد و از ارتباط با دیگر کشورها استقبال کند زیرا دوران دیوارکشی به دور کشور و قطع ارتباط با جهان پایان یافته و گستردگی اینترنت و شبکه‌های مجازی ضرورت ارتباطات متنوع کشورها و ملت‌ها را با هم توجیه می‌کند بويژه در قاره آفریقا که قاره‌ای فراموش شده است (فصلنامه مطالعات آفریقا، ۱۳۷۶، ص ۱۵۴ تا ۱۵۱). مشکل بزرگ دیگری که آفریقا از آن رنج می‌برد گرسنگی است با اینکه با افزایش تولید غلات در آفریقا مواجهیم اما چون بسیاری از ملل

آفریقا فقیرند توان خرید مایحتاج روزانه را ندارند افزایش روزمره قیمت غلات مشکل مستمر این قاره است آن هم در جهانی که ۲/۶ میلیارد نفر از مردم جهان کمتر از ۲ دلار در روز درآمد دارند و بیشترین درآمد اندک مردم آفریقا صرف تهیه غذا می‌گردد ۲۱ کشور گرسنه از ۳۶ کشور در جهان در آفریقا واقع شده است و خشکسالی در آفریقا خط بطلان بر شادی مردم این قاره مظلوم کشیده است لسوتو، سوازیلند، سیراللون، غنا، کینا و چاد از نظر غذایی کاملاً در کانون فاجعه قرار گرفته‌اند. البته در برخی از کشورهای آفریقایی از میزان گرسنگی کاسته شده و در برخی از کشورهای این قاره وضعیت گرسنگی به مراتب تر مهلكت‌تر هم شده است. سوءتغذیه با تضعیف اندام‌های فیزیولوژیک آغاز و به بیماری ختم می‌گردد و توان تولید از شخص بیمار سلب می‌گردد. ضعف کشاورزی در قاره سیاه در نتیجه سیاست‌های نسنجدیده موجب استمرار گرسنگی می‌شود. در آفریقا صنایع در حال رشد و کشاورزی در حال نزول است. دولتهاي ضعیف و ناتوان آفریقایی سرمایه کافی برای خرید غلات ندارند. اگر وضعیت کشاورزان بهبود یابد می‌تواند یک نیروی قوی برای توسعه اقتصادی و اجتماعی به حساب آید زیرا قحطی نتیجه خشکسالی و خشکسالی معلوم گرم شدن کره زمین و کاربرد اشتباه اراضی کشاورزی است که بازده زمین را کاهش می‌دهد. بیماری‌های گیاهی و جانوری نسل هر دو انسان‌ها را تهدید می‌کند. آفت ملخ بلای جان آفریقا شده است زیرا در حجم میلیاردي مزارع را از غلات تهی می‌کنند و مخاصمات مسلحانه در آفریقا موجب تلف شدن میلیاردا دلار از محصولات کشاورزی می‌گردد. رشد جمعیت از رشد اقتصادی سبقت جسته و هر روز بر میزان قروض آفریقائیان افزوده می‌گردد. مشکل عمدۀ آفریقا نهود بقدرت رسیدن دولتهاست که همیشه هم مسالمت‌آمیز نیست. معلوم نیست علی‌رغم این همه دریاچه‌های متعدد در آفریقا چرا باید پدیده گرسنگی را مشاهده کنیم؟ وضعیت جاده‌ها امر حمل و نقل محصولات کشاورزی را بسیار سخت کرده است و تغییرات مثبت در زندگی مردم به صورت تدریجی مشاهده می‌شود (آق‌اعلیخانی، ۱۳۸۷، ص ۲۸۱ تا ۲۷۳).

بدھی‌های خارجی مسیر رشد و توسعه آفریقا را سد کرده است. علیرغم درخواست مکرر بخشش آنها این دیون کماکان بر دوش مردم آفریقا سنجینی می‌کند. بیشترین آسیب این بدھی‌ها را زنان و کودکان متحمل می‌شوند. این دیون موجب رکود در اقتصاد آفریقا شده است و خدمات اجتماعی در این کشورها یا تعطیل است و یا با کسر بودجه مواجه و کمرنگ است. معلوم نیست که اگر دولت‌های آفریقایی مختصراً حمایت خود را از صنایع و کشاورزی قطع کنند چه فاجعه‌ای رخ خواهد داد که تورم افسار گسیخته یکی از آنهاست. آفریقا هنوز هم نتوانسته خود را با پروسه جهانی شدن هماهنگ سازد و به همین جهت از منافع آن محروم است زیرا جهانی شدن موجب از

بین رفتن اقلیت‌ها و اقوام ضعیف و کم جمعیت می‌گردد. چون اقتصاد از پویایی برخوردار نیست مشکلات متنوع اجتماعی در آفریقا بیداد می‌کند و جهانی شدن در حال تغییر بافت اجتماعی و اقتصادی آفریقا مطابق میل خود است (شکیبا، ۱۳۸۲، ص ۱۰۸ تا ۱۰۵). حقوق بشر از دیگر قربانیان وضعیت ناگوار آفریقاست بویژه که حقوق زنان و کودکان به راحتی نقض می‌گردد و با اینکه در سال ۲۰۰۳ پروتکل حقوق زنان به منشور حقوق بشر و مردم آفریقا ملحق گردید معهذا مشکلات لایتحل فراوانی بر زندگی زنان آفریقا سایه انداخته است از جمله فقر، فقدان بهداشت، تبعیض، مخاصمات مسلحانه اقوام و تجاوز جنسی به زنان و بی‌عدالتی در حق زنان در جوامع آفریقایی. خشونت پدیده متعارفی برای زنان شده بویژه نسبت به زنان پناهنه و آواره و نقش آنها در استحکام صلح نادیده گرفته می‌شود. خشونت و تجاوز به زنان در مخاصمات مسلحانه سومالی، سیراللون، کنگو، رواندا و سودان برای سالها صحنه نقض فاحش حقوق زنان بوده است (مصطفا، ۱۳۸۴، ص ۴۵ تا ۴۳). آنچه که در اسناد بین‌المللی راجع به حمایت از حقوق بشر زنان تصریح شده در مجموع شامل موارد ذیل است: محو هر نوع تبعیض علیه زنان، رعایت کرامت انسانی آنان، حق امنیت جسمی و روانی زنان، حذف هر نوع خشونت علیه زنان، ممنوعیت ختنه زنان و دیگر اعمال شرم‌آور مانند قربانی کردن زنان، رعایت حقوق آنها در ازدواج بویژه سن ازدواج، داشتن حق طلاق برای زنان، ارائه معاوضات حقوقی به زنان، تجویز حضور آنها در تصمیم‌گیری‌های سیاسی و حاکمیتی، حق صلح، آموزش و کارآموزی، رعایت حقوق اقتصادی و تامین اجتماعی آنان، داشتن امکانات بهداشتی و دستمزد برای اشتغال، حق داشتن غذا در تمام ۲۴ ساعت روز، حق اسکان، حقوق فرهنگی، حق داشتن محیط زیست سالم و دستیابی به توسعه پایدار در ازاء تلاش‌های خود، حقوق بیوه‌گی، حق تمنع از ارث و ماترک متوفی و حمایت از زنان سالم‌مند و معلول (همان، ص ۵۰-۴۹). بدیهی است که رعایت این حقوق در کوتاه مدت غیرممکن است و با آموزش همگانی همه اقدامات جوامع آفریقایی و تقویت ضمانت اجراءای حقوقی که با حمایت‌های سیاسی دولتها توأم باشد اعاده حقوق فراموش شده زنان امکان‌پذیر خواهد بود.

○ ۲- جنگهای پایان‌نایذیر در قاره آفریقا

به گواهی تاریخ هر زمان که دولتها از مذاکره با یکدیگر برای حل و فصل اختلافات نتیجه‌ای نگرفتند به نیروهای مسلح متول شده و جنگها را آغاز کردند غافل از آنکه ویرانی و عقب ماندگی را در آغوش کشیدند مگر کشورهایی که در مقام دفاع از خود در مقابل تجاوز و جنگ

ظلالمانه و تجاوز کارانه بودند و قاره آفریقا از این قاعده مستثنی نیست. «در طول شصت سال گذشته هیچ نقطه از جهان همچون قاره سیاه درگیر جنگ‌های داخلی و منطقه‌ای نبوده است. سودان، سومالی، کنگو، برونی، سیرالئون، رواندا و ساحل عاج شاهد اعدا هستند. بیشتر مخاصمات با هدف دستیابی به کنترل منابع معدنی نفت، گاز، الماس، مروارید، فسفات و زغال سنگ و دیگر مواد کانی است.

درگیری‌های موجود در تانزانیا و سیرالئون و رواندا همگی برای تصرف و مالکیت بر زمین‌های زراعی و الماس بوده است. متاسفانه ۳/۵ میلیون قبضه سلاح سبک (۷۹ درصد از ۳۰ میلیون) فقط در منطقه زیر صحرا آفریقا به کار گرفته می‌شود. کشورهای تانزانیا، اوگاندا و کنیا بیشترین دارندگان سلاح سبک در جهان هستند. برخی از کشورهای صنعتی با رفتار دوگانه موجب شعله‌ورتر شدن جنگ در آفریقا می‌شوند از یک سو مداخلات ترک مخاصمه و آتش‌بس را هدایت می‌کنند و از سوی دیگر به جنگ سالاران آفریقا مخفیانه سلاح ارسال می‌کنند.

سازمان ملل در سال ۲۰۰۱ میلادی سندي راجع به ممنوعیت تجارت غیرقانونی اسلحه کوچک و سلاح‌های سبک را در همه جنبه‌های آن به تصویب رساند که تعهدات سیاسی را در سه سطح ملی، منطقه‌ای و جهانی برای کشورهای جهان مقرر کرد. با ظهور فرآیند جهانی سازی اقتصاد و آزادسازی بازارهای خارجی و داخلی که با شکاف‌های متعدد توام است جنبش‌های افراطی و بی‌ثباتی سیاستی رشد می‌کنند و رکود، نابرابری و آشوب‌های خیابانی را دامن می‌زنند. فساد، فقدان مدیریت، درگیری‌های مسلحه، رکود جهانی، افزایش قیمت انرژی، افزایش ناگهانی میزان بهره بانکی و بی‌ثباتی سیاسی از دلایل منازعات در اکثر کشورهای آفریقاست و به این تعارضات باید اختلافات قومی و مذهبی را نیز افروز.

همچنین در چند دهه اخیر تنوع دینی و گرایشات فرقه‌ای، عامل افزایش درگیری‌ها بین پیروان مسیحیت و سایر ادیان است. بحران و جنگ داخلی سودان هنوز بعد از ۴۵ سال تمام نشده است همینطور درگیری مرزی میان اتیوپی و ارتیره، بحران سومالی در سال ۱۹۹۱، جنگ‌های داخلی کنگو و آنگولا با ۵ میلیون قربانی، اختلافات مرزی و ارضی، جنگ بین ارتیره و سودان، ارتیره و یمن، ارتیره و سومالی، ارتیره و جیبوتی، اتیوپی و سومالی، جیبوتی و سومالی، کنیا و سومالی، کنیا و جیبوتی بحران‌های چند دهه اخیر آفریقا هستند.



در سالهای اخیر تنها در دارفور سودان بیش از ۲۰۰ هزار نفر کشته و ۲/۵ میلیون نفر آواره شدند. جنگ‌های چندساله جبهه پولیساریو با دولت مراکش از دیگر مخاصمات موجود در آفریقاست. آفریقا جنوبی نیز تا سال ۱۹۹۴ با حکومتی مبتنی بر آپارتاید نبردهای خونینی را شاهد بود. همچنین جنگ داخلی سومالی در سال ۱۹۹۱ در نهایت با ارائه ۱۴ طرح به آشتی ملی گروههای سومالیایی منجر شد.

عوامل متنوع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی امکان وقوع منازعات را به شدت افزایش داده است. آفریقا با اینکه شاهد کمترین میزان توسعه اقتصادی است اما بیشترین منازعات مسلحانه و سیاسی را شاهد است که در پاره‌های موقع جریان گسترده آوارگان از سوی کشورهای درگیر جنگ خود عامل بسیاری از جنگ‌های داخلی در آفریقاست.

در عین حال تعاریف مبهم از شهروندان، مهاجران، تبعه و بومی خود عامل بسیاری از درگیری‌های وحشیانه در آفریقاست. حتی درگیری میان نخبگان سیاسی نیز از دلایل ناآرامی سیاسی در قاره آفریقاست. هزینه این درگیری‌ها مرگ و میر، اتلاف منابع انسانی، اقتصادی و آوارگی مردمان بیگناه است.

وقوع ۳۴ جنگ فقط در سال ۲۰۰۱ میلادی در آفریقا در مقایسه با ۲۵۵ جنگ بین سالهای ۱۹۴۶ تا ۲۰۰۱ خبر از گسترش خشونت‌ها در آفریقا می‌دهد. تاسیس دیوان کفری بین‌المللی برای رواندا با هدف جلوگیری از استمرار قتل عام‌ها و دیگر خشونت‌های و نقض حقوق بشر دوستانه در این راستا بود. رسانه‌های غربی خشونت‌ها آفریقا را جنگ سیاهان علیه سیاهان توصیف می‌کنند. در کشورهایی مانند رواندا، برونادی، سومالی، ساح عاج، گینه، کنیا، توگو و لیبریا ارتشها عامل مداخله در سیاست و بی‌ثباتی و جنگ هستند. البته برخی از تحلیل‌گران روابط بین‌الملل بر این باورند که کشورهای آفریقا تحت تاثیر دو رویداد بزرگ پایان جنگ سرد و فروپاشی اتحاد جماهیر سوسیالیستی شوروی شاهد گسترش مخاصمات در آفریقا هستند. برای بسیاری از کشورهای آفریقایی تهدید ناشی از خشکسالی و قحطی موادغذایی از عوامل رایج درگیری در آفریقاست. همینطور سیاست فروش سلاح به پاره‌های از کشورهای آفریقا در تحکیم امنیت دول آفریقا تاثیر مثبتی بر جای نگذاشته است. شاهد مثال افزایش هزینه‌های نظامی در سه کشور اوگاندا، کنیا و تانزانیاست. جالب اینکه ۷۰٪ از نیروهای حافظ صلح سازمان ملل به مناطق جنگی آفریقا اعزام شده‌اند. سودان یکی از کشورهایی است که از سال ۱۹۵۶ به این سو به جز یک دوره ۱۱ ساله همواره در حال جنگ با شورشیان بوده و هنوز هم هست و تروریسم که ماحصل تصمیمات

غیرمنصفانه کشورهای صنعتی جهان در مورد جهانی‌سازی است تدریجاً در آفریقا رخنه کرده است. افراطیون کشورهای رواندا، بروندی و زئیر سابق آخرين بانیان تروریسم و منازعات مسلحه‌انه در آفریقا هستند. متساقنه یکی از موضوعات جنجال برانگیز در آفریقا بحث نژادپرستی است که در آفریقا هنوز هم قربانی می‌گیرد با اینکه جهان شاهد سه دهه مبارزه با نژادپرستی بین سال‌های ۱۹۸۲-۱۹۷۳، ۱۹۹۲-۱۹۸۳ و ۲۰۰۲-۱۹۹۳ میلادی بود. برخی بر این باورند که تاکید بر همبستگی‌های آفریقا از جمله دو زبان سواحلی و هوسا می‌تواند در کاهش منازعات منطقه‌ای موثر عمل کند.

زمانی بردگی بلای جان سیاهان آفریقا بود و اکنون جنگ‌های داخلی، گرسنگی، ویرانی، نفرت، انتقام و عقب‌ماندگی را برای آنها به ارمغان آورده است. حتی سازمان ملل متحده نیز موفق به ممانعت از پاکسازی قومی و نسل‌کشی در سیرالئون، رواندا و دارفور سودان نشد. به این مشکلات باید آثار ناشی از گسترش سرمایه‌داری را نیز افزود که هنوز از شرّ استعمار رها نشده در دامان سرمایه‌داری افتاده آن هم در قاره‌ای که بیش از دو سوم جمعیت گرسنه سر بر بالین می‌گذارند.» (موثقی، احمدپور قره‌درویش، زمانه قدیم، ۱۳۹۳، ص ۱۴۳-۱۴۱).

سازمان وحدت آفریقا (اتحادیه آفریقای کنونی) تلاش دارد که با تاسیس مکانیزم پیشگیری، مدیریت و حل اختلافات از میزان مخاصمات مسلحه‌انه کشورهای قاره سیاه بکاهد، تا همین اوخر کشورهای بروندی، رواندا، لیبریا، سومالی، سیرالئون و کومورشاهد درگیری مسلحه‌انه نظامی بودند بویژه قتل و آدمکشی در بروندی که مانع از انجام ماموریت هیات ناظر سازمان وحدت آفریقا می‌شد و از حضور متخصصین در کنفرانس صلح، ثبات و توسعه در منطقه دریاچه‌های بزرگ حمایت می‌نمودند. همچنین از کشورهای رواندا خواسته شد که در دستگیری عاملان نسل‌کشی با دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا همکاری کنند و از اعطای پناهندگی به پناهجویان رواندایی استقبال کنند. در لیبریا از تشکیل دولت انتقالی اظهار خوشوقتی شد و از زحمات مسئولین طراز اول سازمان‌های منطقه‌ای آفریقا در تحکیم صلح در لیبریا قدردانی شد. در سومالی از طرفهای درگیر درخواست توقف آتش‌بس شد و گفتگو و آشتی ملی به طرفین درگیری توصیه شد. در سیرالئون از ادامه جنگ اظهار تاسف شده و طرفین دعوت به مذاکره شدند. از وقوع کودتا در برخی از کشورها از جمله جزایر کومور اظهار نگرانی شد و بر استمرار فعالیت دولتها قانونی تاکید شد و اخراج سربازان مزدور از جزایر کومور مطالبه گردید و در آخر از وابستگی کشورهای آفریقایی به



غرب برای حل و فصل اختلافات اظهار بیزاری شد (فصلنامه مطالعات آفریقا، ۱۳۷۶ ص ۱۹۹ تا ۱۹۵).

بدون شک یکی از خشونت‌آمیزترین مخاصمات مسلحه‌های که جهان آن را فراموش نخواهد کرد بحران دارفور سودان بود که در قلب آفریقا رخ داد و جنایات تکان دهنده‌ای را علیه مردمان فقیر، بیمار و گرسنه رقم زد. این جنایت در نیم قرن گذشته از نظر قتل عام انسان‌ها منحصر به فرد و تکان دهنده بوده است. این جنگ را نمی‌توان یک منازعه‌ای قبیله‌ای دانست جنگ ۳۶ قوم به دلیل چراگاهها، آب و زمین است که این جنایتها توسط گروه موسوم به جنجویدها انجام می‌شد. برای جلوگیری از این کشتارها قطعنامه‌های ۱۵۶۴-۱۵۹۱-۱۵۹۳ و ۱۷۰۶ از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد صادر شد که خواستار استقرار امنیت توسط دولت سودان، خلع سلاح شبه نظامیان جنجوید، امدادرسانی به مردم دارفور، تشکیل کمیته حقیقت‌یاب جهت احراز نسل‌کشی، اعمال تحریم مسافرتی مقامات رده بالای سودان و توقیف دارایی‌های آنها بدلیل نقض حقوق بشر، حقوق بشردوستانه و جنایات جنگی، محاکمه تبهکاران دارفور و استقرار نیروهای حافظ صلح سازمان ملل متحد در دارفور شدند که خوشبختانه با پیگیری آنها به کشتار شهر وندان، شکنجه، آوارگی جمعی و اجباری، تخریب، انواع خشونت‌های جنسی، غارت و اخراج شهر وندان سیاهپوست از دارفور پایان داده شد (دلخوش، ۱۳۸۷، ص ۱۷ تا ۱۳).

○ ۳- ب) ثباتی دموکراسی در قاره آفریقا

تحلیل گران بر جسته‌ای که درباره آفریقا تحقیق می‌کنند معتقدند که مشکلات سیاسی کاملاً با اقتصاد کلان این قاره گره خورده است از جمله ژان مارک و پیر برنان، دول آفریقایی به دلیل سابقه تاریخی استعمار در این قاره از اعتماد به نفس لازم برای رسیدن به دموکراسی برخوردار نیستند و به این مشکل عمدۀ باید موضوعاتی نظیر بحران هویت اجتماعی، سنن کهنه و خرافاتی، رشد و تکثیر ویروس‌گونه جمعیت و معضلات معیشتی و اقتصادی را نیز افروز که بجای دموکراسی، هرج و مرج را در این قاره حکم‌فرما کرده است. با اینکه کشورهای این قاره به استقلال رسیده‌اند معهداً از فقدان احزاب و سیاستمداران کارآمد در رنج‌اند، نه خود الگوهای سیاسی و مالی و پولی کارآمدی دارند و نه در اندیشه الگوبرداری از کشورهای موفق در زمینه تحقق دموکراسی مانند سوئیس و انگلستان هستند که قادر است مانع شکل‌گیری جوامع مدنی در آفریقا گردد. آنها معتقدند که مهمترین راه حل برطرف ساختن این مشکلات پایدار، افزایش آگاهی‌های همگانی و جمعی ملل آفریقاست که آنها را مطالبه‌گر حقوق سیاسی و عمومی بویزه

دموکراسی که مقدمه رسیدن به دیگر مزایای حقوق اساسی و حقوق بشر است سازد. آفریقا نیازمند افزایش همگرایی، جلب سرمایه‌گذاری و رهاسازی اقتصادی به زعم دستورالعمل‌های صندوق بین‌المللی پول است. امروزه مردم آفریقا بتدريج از علاقه قومیتی فاصله گرفته و به يك ديدگاه جهان وطنی و شهروند آفریقایی معتقد شده‌اند و از تتحقق دموکراسی به اندازه دسترسی به آب و غذا و اشتغال استقبال می‌کنند اما برخی از دولتهاي حاكم بر آنها دموکراسی را قربانی حفظ نظم عمومی کرده و مطابق میل خود تفسیر می‌کنند و از هر حرکت دموکراتیک فاصله می‌گیرند و چون دولتهاي‌شان در راستای حاکمیت قانون گام برنمی‌دارند نه تنها به طرف استقرار دموکراسی حرکت نمی‌کنند بلکه اجتناب از آن را تبلیغ می‌کنند آنهم با بهانه حمایت از علاقه قومیتی و تمدنی آفریقا. بدون حضور ناظران بین‌المللی سازمان ملل متحد و ارزیابی عملکرد دولتهاي آفریقایی نمی‌توان از این دولتها طی مسیر صحیح به سوی دموکراسی را انتظار داشت و به همین جهت به نظر می‌رسد که دموکراسی آفریقایی با دموکراسی حاکمیت محور غربی کاملاً در تعارض است زیرا از حکومتهاي توتالیتر و کودتاگ آفریقایی نمی‌توان انتظار داشت که به حقوق بشر، صلح، توسعه و دموکراسی احترام بگذارند. وجود انتخابات در آفریقا دلیل بر حضور احزاب مخالف در جریانات سیاسی نیست زیرا عموم مردم آفریقا از دانش و آگاهی سیاسی و بی‌بهره‌اند و با بی‌تفاوتی به رقابت‌های انتخاباتی می‌نگرند. مشکل آفریقا از نظر دموکراسی وجود نظامهای نک حزبی و حکومتهاي نظامی است چرا که آنان به آزادی بیان اعتقادی ندارند. برخی از احزاب بر این باورند که تنها مسیر رسیدن به قدرت فقط جنگ با دولت حاکم و جنگ شهری است و کاري با مشارکت و موافقت مردم با تصمیماتشان ندارند و برخی از حاکمان آفریقایی از انتقال قدرت به برنده انتخابات اجتناب می‌کنند. فقر و بی‌سودی نیز از موانع اساسی تحقق دموکراسی در آفریقاست. بدین ترتیب از نگاه یک شهروند سیاه پوست آفریقایی دموکراسی با ساختار اجتماعی، نوع مذهب، ساختار قومی و قبیله‌ای تعریف می‌شود نه بر بنای ارزشهای موجود در دموکراسی (فصلنامه مطالعات آفریقا، ۱۳۷۶، ص ۲۲۲ تا ۲۱۷). بی‌توجهی به دموکراسی و نحوه شکل‌گیری دولتها مولد مشکلات بسیاری از جمله خشکسالی، کاهش و گرانی موادغذایی، انواع مناقشات مرزی، تکثیر بدھی‌های خارجی، انواع بیماری‌ها و بی‌ثباتی حکومتها می‌باشد. حتی جنگ سالاران نیز عدالت و توسعه را تبلیغ می‌کنند در حالی که از نظرات مردم فاصله می‌گیرند و حفظ سلطه و قدرت نگرانی مستمر دولتمردان آفریقاست ضمن آن که قومیت‌گرایی عامل بسیاری از نابسامانی‌ها در این قاره است (شکیبا، ۱۳۸۵، ص ۱۵۶-۱۵۵). آنچه که در آفریقا موجب توقف حرکت به سوی دموکراسی می‌گردد علاوه از فقر و محرومیت که معلول استعمار کنه و نفوذ سیاسی

اقدارگرایان سیاهپوست است بی توجهی به رخدادهای جهان پیشرفتنه و موازین حقوق بشر است که غفلت از آن می تواند هر کشوری را از توسعه سیاسی و دموکراسی باز دارد. تاریخ هنوز فراموش نکرده است که استعمار کشورهای اروپایی و غرب چه ویرانی را برای ساختارهای سیاسی، فرهنگی و اقتصادی آفریقا ارمغان آورده است. بجای بازسازی زیرساخت‌ها سرمایه و درآمد مختصر کشور صرف خرید تجهیزات نظامی و تجهیز نیروی مسلح می‌گردد و چون فقر به سرعت روند سعودی را طی می‌کند فلاند مردم با یاس و نالمیدی به آینده می‌نگرند. آموزش از کیفیت مناسب برخوردار نیست و مردم از داشتن یک زندگی حداقل محروم‌ند. افراد متخصص و باسود بسیار اندک می‌باشد و به تجهیزات کامپیوتوری چندان دسترسی وجود ندارد. رشد اقتصادی در خور توجه نیست و سرمایه‌گذاران با سرمایه‌هایشان از کشور خارج شده‌اند ضمن آنکه دولتمردان به قومیت خود افتخار می‌کنند به سایر اقوام با کینه‌توزی می‌نگرند و حقوق شهروندی مردم آفریقا به سرعت نقض می‌گردد که هر یک از اینها به تنها یکی می‌تواند کمر دموکراسی را خم کند (همان، ۱۶۷-۱۶۶). در آفریقا مردم به دلایل فرهنگی و سیاسی از مشارکت در اداره جامعه اجتناب می‌کنند و نخبگان سیاسی و اقتصادی انزوا طلبی را ترجیح می‌دهند. خشونت در شهرها در حال اوج‌گیری است و وقوع روزانه جرائم حتمی است بیکاری همیشه به شکل یک معضل خود را نشان می‌دهد و تقریباً در هیچ چیزی ثبات مشاهده نمی‌شود بویژه در قیمت‌ها، اقتصاد اکثر کشورهای آفریقایی ویران شده و از حقوق اجتماعی خبری نیست نژادپرستی بیداد می‌کند و فقر جمعی در حال اوج‌گیری است. (همان، ص ۱۷۵). مطالعه تاریخ آفریقا ثابت می‌کند که کشورهای آفریقایی پس از رهایی از ظلم و ستم استعمارگران اروپایی بدلیل بی‌تجربگی قادر به تصویب قوانین اساسی کارآمدی برای کشورهایشان نشدن و نتوانستند میان اقلیت و اکثریت جامعه تعادل و توازن برقرار کنند در عین حال عامل اصلی افزایش فقر، بدھی و بیماری و تبعیض ناشی از فقدان تجربه و آگاهی جوامع آفریقایی بود که اجازه نداد که تهدیدات به فرصت‌ها مبدل شود و تعارضات میان جوامع مرتفع گردد. بنابراین ضرورت دارد که قاره آفریقا برای رهایی از بی‌ثباتی و هزاران مشکل دیگر از تجربیات ارزشمند نهادهای بین‌المللی استفاده کرده تا به توسعه همه جانبه دست یابد. درگیری‌های مسلحانه نظامیان دولتی و شبه نظامیان و گروه‌های چریکی با هم امکان تحقق آرامش و نظم عمومی را در بسیاری از کشورهای آفریقایی غیرممکن ساخته است. امروزه امنیت در همه نقاط جهان فقط از جنبه نظامی تعریف نمی‌شود بلکه به حوزه‌های مختلف توسعه اقتصادی، اجتماعی و دموکراسی سیاسی نیز سرایت داده شده است و عامل بسیاری از این درگیری‌ها استقرار رژیم‌های غیردموکراتیک است که به جای حل مشکلات و توجه به نیازهای

روزمره مردم با خریدهای نظامی بالا سعی در حل مشکلات با زور دارند و اساساً عامل افزایش پناهندگان اقتصادی، سیاسی و اقلیمی مناقشات دولتها غیرمردمی و مخالف با دموکراسی هستند که برای بقاء خود از افروختن هیچ آتشی هراس ندارد. رواندا و سیرالئون و دارفور سه مورد از مصاديق این تمایلات جنگ طلبانه است. برای پرهیز از حاکمیت دولتها مخالف دموکراسی لازم است که جامعه بین‌المللی با حضور در کشورهای آفریقایی به تصویب قوانین حامی حقوق اکثربت کمک کنند و قطعاً از این مسیر می‌توان شاهد تحقق دموکراسی بود (عسگرخانی، ۱۳۸۰، ص ۲۶ تا ۲۳). اگر کشورهای آفریقایی واقعاً در جستجوی صلح و ثبات باشند باید به حاکمیت قانون گردن نهند که می‌تواند بنیان صلح پایدار اجتماعی را تاسیس و تحکیم کند و آن مبنی بر باور به اصول ذیل است:

۱- اولویت قانون اساسی

۲- تبعیت سازمان اداری و قضائی از قانون و حقوق

۳- ممنوعیت قوه مجریه از هرگونه اقدامی که مبنای تقنینی کافی نداشته باشد.

۴- اعمال بلاواسطه حقوق بنیادین

۵- تفکیک قوا

۶- امنیت حقوقی (و لوازم آن: دقیق و روشن بودن قواعد حقوقی، رعایت حریم خصوصی افراد، عطف به ماسبق نشدن قوانین).

۷- مسئولیت دولت (قوای عمومی)

۸- تناسب

۹- حق به اقامه دعوا و بهره‌مندی از تضمینات شکلی آین دادرسی (فلسفی، ۱۳۹۰، ص ۴۱).

در اعلامیه هزاره سازمان ملل متحد سال ۲۰۰۰ میلادی بر تحقق همزمان حقوق بشر، دموکراسی و حکومت مطلوب تاکید شد. ترویج دموکراسی، تقویت حاکمیت قانون، رعایت آزادی‌های اساسی و حقوق بشر، توجه به حق توسعه، رعایت اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸، حمایت از حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی برای همه، احترام به حقوق



اقلیت‌ها، پیکار با خشونت علیه زنان و تبعیض علیه آنها، حمایت از حقوق مهاجران و کارگران مهاجر، مقابله با انواع نژادپرستی، بیگانه هراسی، مشارکت در اداره کشور، آزادی رسانه‌ها و حق مردم برای دسترسی به اطلاعات از اهم اصول این اعلامیه برای همه ملل جهان بر شمرده شده است (ذاکریان، ۱۳۸۱، ص ۱۸۷-۱۸۶). علاوه بر از آن رفع نیازهای ویژه آفریقا از دیگر فرازهای این اعلامیه بر شمرده شده که شامل تحکیم دموکراسی در کشورهای آفریقایی، حرکت به سوی صلح پایدار، حذف فقر و دستیابی به توسعه پایدار و تشویق آفریقا برای ورود به اقتصاد جهانی، حمایت از جامعه مدنی، تقویت نهادهای آفریقایی برای جلوگیری از منازعه و حمایت از عملیات حفظ صلح در عمل، حمایت از لغو بدهی‌های خارجی، حضور در بازارهای بین‌المللی، جذب سرمایه‌گذاری خارجی و استقبال از انتقال تکنولوژی و پیکار با انواع بیماری‌ها از مهمترین مصوبات جامعه بین‌المللی برای بهبود وضعیت قاره سیاه اعلام شده است (همان، ص ۱۸۸). با یک تحقیق میدانی می‌توان متوجه شد که اکثریت بحران‌ها در آفریقا معلول حرکت‌های آزادی‌بخش، اصلاح طلبانه، اقتدار گرایانه، و جنگ‌طلبی و جدایی طلبانه است که در برخی از موارد با حرکت‌های رادیکالیستی توأم می‌گردد و هر یک از این جنبش‌ها به سهولت از اهداف خود منحرف می‌شوند و بی‌ثباتی در دموکراسی را رقم می‌زنند که پیکارهای آنها با هم و با دولت‌ها منجر به کشتار و آوارگی میلیون‌ها نفر شهروند آفریقایی می‌گردد (عجم، ۱۳۸۹، ص ۱۶۱-۱۶۰). خوشبختانه تفکر جدیدی تحت عنوان موج سوم در آفریقا در حال شکل گرفتن است که بر تحقق دموکراسی، استقرار امنیت پایدار و تامین توسعه تأکید دارد (دهشیار، ۱۳۸۱، ص ۸). اصولاً در عصر جهانی شدن و شروع هزاره سوم می‌بایستی از کمک‌ها و تخصص ارزشمند سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی مانند سازمان صلح سبز یا صندوق جهانی استاندارد برای بهبود وضعیت کشورها بهره‌مند شد (Ritzer, ۲۰۰۷, p. ۲۲). همانطور که فرانسیس بایارت گفته است جهانی شدن می‌تواند موجب تحول جهان و آغاز تحرك و تکاپوی همه کشورهای جهان گردد (Bayart, ۲۰۰۷, p. ۲۵۴).

○ ۴- فقر و خشونت در قاره آفریقا

شگفت‌آور است که جهانی شدن برای بسیاری از کشورها موجب رونق اقتصادی شده و برای برخی دیگر از کشورها توسعه نیافته و ناتوان موجب پیدایش افراط‌گرایی، بی‌ثباتی و جنگ‌گردیده است. مردم آفریقا آمادگی زندگی بدون سوپسید و قیمت‌های بالا را ندارند به همین جهت است که اقتصاد ضعیف و نحیف کشورهای آفریقایی با رکود و تبعیض و آشوب مواجه شده است.

بدین ترتیب آزادسازی اقتصاد به سبک غرب موجب افزایش ناامنی در جوامع آفریقایی شده است. در عین حال در مخالفت با آزادسازی اقتصادی جنبش‌ها و گروههای افراطی جنگ سالار و اقتدار طلب شکل گرفت که قادر است حتی دولتها را نیز به زانو درآورد. وحشتی که این گروهها از آینده در جامعه خلق می‌کنند موجب احساس ناامنی اجتماعی و اعتراضات خیابانی مسلحانه می‌گردد و این بار این بازار است که موجب افزایش نافرمانی‌های مدنی می‌شود. این نوع آزادسازی اقتصاد می‌تواند شکاف بین دara و ندار را افزایش دهد و عمیق‌تر کند بدین ترتیب با هر بار تکانه‌های اقتصادی، زیرساخت‌های سیاسی و اجتماعی و فرهنگی نیز دچار آسیب خواهد شد و از درون این بی‌نظمی‌های اجتماعی، گروههای طرفدار خشونت متولد می‌شوند که مبلغ وحشی‌گری در جوامع هستند و چون عدالت قربانی شرایط جدید می‌گردد در این حالت هر کسی سعی می‌کند بقاء خود را تضمین کند ولوبه کاربرد خشونت فردی و جمیعی (سنديروک و رومانو، ۱۳۸۵، ۲۱۲ تا ۲۰۹). آمارهای زیر حکایت از سوء مدیریت اقتصادی کشورهای آفریقایی در دستیابی به توسعه پایدار است. باور کردنی نیست که آفریقا دارای ۹۶ درصد الماس، ۹۰ درصد کرومیوم، ۸۵ درصد پلاتینوم، ۵۵ درصد منگنز، ۵۰ درصد کبات، ۵۰ درصد فسفات، ۴۰ درصد بوکسیت، ۳۰ درصد اورانیوم، ۱۳ درصد مس، ۵ درصد طلای جهان و ۲۰ تا ۲۵ درصد پتانسیل هیدرولکتریک جهان است اما از فقر به خود می‌پیچد و با مشکلاتی چون گرسنگی حاد، بیکاری مستمر، قحطی کشته، خشکسالی، جنگ‌های داخلی و انواع بیماری‌ها مواجه است. ضعف در کشاورزی باعث تحقق اقتصاد ناتوان شده است که دلیل اصلی آن عدم مدرنیزه شدن کشاورزی، عدم دسترسی به ماشین آلات جدید، سنتی بودن کشاورزی، فقدان اطلاعات و آمار و عدم بازاریابی به موقع برای محصولات کشاورزی، کمبود آب برای آبیاری و عدم دسترسی کشاورزان فقیر به منابع مالی از اهم دلایل تکثیر فقر در آفریقاست (متقی، ۱۳۸۵، ۲۶۴ و ۲۶۳). همین‌طور افزایش گروههای تروریستی از جمله در سومالی، بی‌قانونی، رشد میزان مهاجرین، تشدید تبلیغ افکار افراط گرایانه، ضعف دولتهای ملی و ضعف در امدادرسانی به فقرا عامل اصلی خشونت در آفریقاست (آقا علیخانی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۷-۲۸۶). انتقال تز اقتصاد سرمایه‌داری به آفریقا موجب تورمزا شدن اقتصاد بومی قاره سیاه گردیده و هر سال در حال اوج گیری است. بدین ترتیب فقر، فقیرتر و افراد متوسط الحال به فقرا تبدیل می‌شوند. بنابراین سران کشورهای آفریقایی باید متوجه این نکته باشد که به تولیدی پیردازند که بدون تورم باشد. مداخله دولت در اقتصاد در عصر کنونی یک امر ضروری است زیرا امکان دارد که حرص و طمع سرمایه‌داران، زندگی مردم عادی و خردی‌داران را با یک سونامی از بین ببرند و در عمل، اقتصاد آزاد با اخلاق میانه‌ای ندارد و کسب

سود بالاترین هدف برخی از شهروندان ثروتمند در همه نقاط جهان است و آفریقا از این قاعده مستثنی نیست (حسنی پور، ۱۳۸۷، ص ۱۳۹).

○ ۵- آینده درخشان آفریقا در هزاره سوم

از سال ۲۰۰۰ به این سو قاره آفریقا در اولویت توجه سازمان ملل متحد قرار گرفته است و دولتمردان آفریقایی تلاش دارند که برای آفریقا آینده درخشنادی را رقم زند. سازمان ملل ابتکارات جدیدی را برای پایان مناقشه در آفریقا تمهید نموده است. برای کمک به آفریقا تقویت صلح و توسعه در اولویت قرار دارد. بدین ترتیب در نتیجه تحولات روابط بین‌الملل و مبارزات سیاهان آفریقا بالاخره آفریقایی جنوبی از آپارتاید رهایی یافت، نامبیبا به استقلال رسید و در حدود ۲۵ عملیات حفظ صلح در آفریقا به مرحله اجرا درآمد که استقرار صلح میان ارتیره و اتیوبی یکی از این تجربیات موفق بود. در ساحل عاج سازمان ملل بین متخاصمان توافق‌نامه صلح را به امضا رساند و سودان نیز فاصله خود را از مخاصمات افزایش داد و تا حدی به ثبات و صلح دست یافت. در کنگو یک انتخابات عادلانه برگزار شد و لبیریا بعد از ۱۴ سال جنگ داخلی صلح را در آغوش گرفت و عملیات مشابهی در دارفور سودان، جمهوری آفریقایی مرکزی و چاد نیز به اجرا درآمد. از نظر سازمان ملل متحد راه حل مشکلات آفریقا در هزاره سوم عملیات نظامی دولتهاي آفریقایی نیست بلکه با راه حل های سیاسی می‌توان بسیاری از مشکلات جمعی را برطرف کرد از جمله: حاکمیت مطلوب، ترویج حقوق بشر، تحقق دموکراسی، پاسخگو بودن حاکمیت‌ها، حرکت به سوی رشد اقتصادی پایدار، جلوگیری از قاچاق اسلحه، تجویز تحریم‌های اقتصادی، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، مقابله با بیماری ایدز، اسکان پناهندگان و آوارگان و تحکیم صلح (سازمان ملل متحد. اداره اطلاعات همگانی، ۱۳۸۸، ص ۸۲). آینده سیاسی و اقتصادی آفریقا زمانی تضمین خواهد شد که کشورهای آفریقایی از تجارب اتحادیه آفریقا برای حل مشکلات کنونی و آینده استفاده کنند. بدین ترتیب آفریقا باید به سوی یک اتحاد مالی، پولی، سیاسی و اقتصادی حرکت کند، از جنگ به خاطر اختلافات مرزی اجتناب کند و به سوی کاهش بدھی‌های خارجی گام بدارند. این موارد همان آرمان‌هایی است که تحت عنوان برنامه ترمیم هزاره از سوی تابو امکی رئیس جمهور آفریقای جنوبی پیشنهاد شد که مقدمه این تلاش‌ها رعایت موازین حقوق بشر، دموکراسی و شفافسازی اقتصادی و افزایش درآمد مردم و تسريع در ارائه خدمات بهداشتی است. خوشبختانه کشورهای آفریقایی با علاقه فراوان در حال انجام اصلاحات ذیل هستند: تقویت صلح، برقراری حکومت‌های دموکراتیک، احترام به حقوق بشر، توسعه تجارت و

تقویت اقتصاد کشورهای آفریقایی در داخل و خارج از قاره آفریقا، توجه به رفاه مردم، تامین بهداشت و آموزش برای عموم مردم آفریقا، مقابله با انواع بیماری‌ها و درخواست انتقال تکنولوژی از غرب به آفریقا، برداشتن موانع تجاری، جلب حمایت مالی و درخواست بخشش بدھی‌های خارجی (دهشیری، ۱۳۸۰، ص ۱۴ تا ۱۲). روند دموکراسی در آفریقا هم‌اکنون (سال ۲۰۲۲ میلادی) مسیر صحیحی را طی می‌کند برای مثال آفریقای جنوبی یک مثال روشن از آینده درخشنان برای مردم آفریقای جنوبی از نظر تحقق دموکراسی است که با تاسیس یک پارلمان موفق شد بین همه گروههای نژادی، مذهبی و حرفه‌ای آشتی و تعامل برقرار کند که در پرتو یک قانون اساسی مصوب این آرمان شکل گرفت. در این قانون اساسی به شدت با تبعیض مقابله شده و حذف آن مطالبه شهروندان آفریقایی قلمداد می‌شود. بعد از ریاست جمهوری نلسون ماندلا یک حکومت دموکراتیک مستقر شد که کاملاً غیرنژادی بود. تاکید این کشور بر عدم خشونت به عنوان یک ارزش حقوق بشری مطرح شد و در دوران ریاست جمهوری ماندلا هیچ سفیدپوستی از شغلش بدليل رنگ پوستش اخراج نشد (معظمی گودرزی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۴-۲۱۳). به نظر می‌رسد که مشارکت و حضور بازیگران بین‌المللی از جمله دولتهاي ثروتمند و شرکتهای چند ملیتی موفق می‌تواند عامل کارآمدی برای همگانی شدن توسعه پایدار و رفاه در عصر جهانی شدن باشد (Delanty, Rumford, ۲۰۰۷, p. ۴۷۵). این یک حقیقت غیرقابل انکار است که بدون جلب حمایتهای خارجی دیگر کشورها، کشورهای فقیر و ناتوان آفریقا امکان تغییر وضعیت و بهبود شرایط زندگی و حیات سیاسی و اقتصادی را نخواهند داشت (Blackman, ۲۰۰۷, p. ۴۳۴).

خوشبختانه گردشگری یکی از صنایعی است که در سال‌های اخیر توانسته در آفریقا رونق بگیرد و میلیون‌ها نفر گردشگر را به سوی جاذبه‌های طبیعی خود سوق دهد و می‌تواند موجب ارتقاء درآمد سرانه ملی و رشد اقتصادی در آفریقا گردد (مهرجر، ۱۳۸۱، ص ۹۰). خوشبختانه در سالهای اخیر شاهد رشد اقتصادی کشورهای آفریقایی بودیم. برخی از این کشورها به سوی سیاست‌های پولی و مالی عقلانی متمایل شده که توانسته تا حد زیادی از بی‌ثباتی کلان اقتصادی جلوگیری کند. از دیگر تصمیمات عاقلانه می‌توان به کاهش نظارت، تعریف میزان بهره بر اساس عرصه و تقاضا، آزادسازی تجارت داخلی و بین‌المللی، کاهش نظارت بر تجارت ارزهای خارجی، اهمیت دادن به خصوصی‌سازی بنگاههای عمومی، اصلاح مقررات سرمایه‌گذاری خارجی، اصلاح سیستم بازاریابی در حوزه کشاورزی، ارتقاء سطح بهداشت و آموزش و پرورش با هدف کاهش فقر جمعی از رویدادهای مهم در کشورهای آفریقاست. کشورهایی مثل مراکش موفق به هماهنگی با پروسه جهانی شدن اقتصاد، جهانی شده‌اند و به تعامل با جهان و کشورهای همسایه در قاره

سیاه پرداخته‌اند بنابراین آینده آفریقا حاکی از تلاش برای ارتقاء سطح زندگی مردم و اقتصاد در این قاره است. به این ترتیب اگر آفریقائیان بتوانند به همگرایی اقتصادی دست یابند قطعاً به همکاری‌های سیاسی نیز راه خواهند یافت (ابوالحسن شیرازی، ۱۳۸۱، ص ۶۲ تا ۶۰). «قاره آفریقا راه درازی برای هماهنگی با جامعه جهانی دارد از به روی کار آمدن دولتها دمکرات و مردم‌سalar و با ثبات گرفته تا مبارزه با فساد و ارتشاء اداری، بهبود زیر ساخت‌های ارتباطاتی و تکنولوژی مخابرات، ساخت بزرگراه، فرودگاه، راه‌آهن و سایر ابزارهای حمل و نقل داخلی و بین قاره‌ای، تشویق شرکت‌های خصوصی و سرمایه‌گذاران و تسهیل در ارائه خدمات بانکی و کاهش خطر سرمایه‌گذاری و بهبود و افزایش بودجه‌های آموزشی و پژوهشی، تربیت نیروهای کارآمد و مدیر، تقویت بخش‌های قوه قضائیه، مقتنه و مجریه با نیروهای متخصص و شایسته و امین. کشورهای آفریقایی باید در اسرع وقت به شفافسازی برنامه‌های توسعه خود همت گمارند و به آرامی بدھی‌های خارجی خود را به هر طریق ممکن تصفیه نموده و چشم‌انداز مناسبی برای ملت و اقتصاد خود فراهم نمایند بویژه ایجاد ثبات مالی که خود به تنهایی عامل ایجاد بحران‌های سیاسی هستند. لازم است کشورهای قاره سیاه بتدریج با یک افق ۱۰-۵ یا ۱۵ ساله معیارهای ضروری توسعه انسانی را کسب کرده با کمک‌های جامعه بین‌المللی به تقویت بهداشت، آموزش و مبارزه با جرایم سازمان یافته بپردازند و در معیت این تلاش‌ها از تقویت گروههای جامعه مدنی نیز غافل نگردند و رشد اقتصادی کشورهایی چون چاد، موزامبیک، تانزانیا، غنا، اوگاندا، بوتسوانا، کیپ ورد، رواندا و موریس نشانه‌های خوبی از صحیح بودن راهی است که آفریقایی‌ها در پیش گرفته‌اند. رشد سریع اقتصادی مانند آنچه که طی انقلاب میجی در ژاپن بعد از پایان جنگ جهانی دوم اتفاق افتاد در بقیه کشورهای جهان سوم و در حال توسعه نادر است. با این وصف نفت و گردشگری نیروهایی برای خروج آفریقا از انزوای جهانی می‌باشد و این یعنی کاهش منازعات مسلحانه در آینده نه چندان دور کشورهای صنعتی جهان امروز با مطرح ساختن پیش زمینه پرداخت وامهای خارجی به داشتن انتخابات سالم، تحقق دموکراسی، برنامه‌ریزی اقتصادی منظم و پایان جنگ در آفریقا ضمن حمایت از منافع ملی خود، آفریقا را به آرامی به سوی ثبات سیاسی و اقتصادی سوق می‌دهند. فقر، فقدان بهداشت، گرسنگی، بیکاری و جرایم متعدد و مواد مخدر هر یک قادرند دولتها را به سوی سقوط هدایت کنند و با کاهش استانداردهای زندگی سالم، رکود اقتصادی نیز قابل اجتناب می‌نماید. در نهایت اینکه گامهای موفق آفریقا به سوی رشد و توسعه همان افق درخشنانی است که قرن‌ها مردم این قاره بخت برگشته بدنیال تحقیق آن بودند ضمن آنکه برای حضور در عرصه سیاست‌گذاری جهانی و اقتصادی قاره آفریقا بیش از پیش باید تلاش نماید.

و با جهت‌گیری‌های مناسب به این اهداف ارزشمند دست یابد» (مونقی، احمدپور قره درویش و زمانه قدیم، ۱۳۹۳، ص ۲۴۳ تا ۲۴۱).

○ نتیجه‌گیری

همه یافته‌های تاریخی و مردم‌شناسی ثابت می‌کند که قاره آفریقا گهواره تمدن‌ها و فرهنگ‌های اولیه بشری است و اقوام و دیگر ملل جهان به نوعی ریشه در این سرزمین دارند. آفریقا قاره‌ای است که شاهد انواع تعارضات در طول تاریخ بوده و هنوز هم هست. قطعاً از ثروتمندترین قاره‌هاست از همه جهات، در عین حال به شدت از فقر و گرسنگی و صدها مشکل حاد دیگر نالان است. به گواهی تاریخ بحث‌های دموکراسی در یونان و روم قبل از میلاد آغاز شده بود و در برخی از کشورهای کنونی طرفدار دموکراسی از جمله انگلستان از سال ۱۰۱۵ میلادی که منتشر مگناکارتا به امضای پادشاه جان لکن رسید موضوع دموکراسی مطرح و دولتها تلاش کردند که به خاطر حفظ منافع خود به سوی دموکراسی گام برمی‌داشتند اما در آفریقا استقرار دموکراسی صرفاً یک رویاست و محال است که در یک دهه یا دو دهه دموکراسی پیاده شود. تنوع مشکلات در آفریقا در سطح خرد و کلان به قدری زیاد است که فرصتی برای مباحث دموکراسی نمی‌گذارد. استعمار آفریقا توسط ابرقدرت‌ها رمق چندانی برای حرکت به سوی توسعه و دموکراسی باقی نگذاشته است و ملل آفریقا جون با ساختاری اداری و سیاسی نحوه حکومت کردن آشنا نیستند به محض خروج استعمارگران از این سرزمین‌ها هر قوم و نژادی تلاش دارد بهر وسیله‌ای به قدرت دست یابد. آفریقا در فقر غوطه می‌خورد، گرسنگی تمامی ندارد، انواع بیماری‌های مهلک در حال جولان دادن است، بدھی‌های خارجی پرداخت نمی‌شوند و جمعیت در حال تکثیر است، خاطرات استعمار فراموش نمی‌شوند و تبعیض هنوز محو نشده و جامعه دچار بی‌ثباتی سیاسی است، دولتها به شدت ضعیف‌اند و توان اداره خود را هم ندارند چه برسد به اینکه به دموکراسی اهمیت دهنند. با هر شیلیکی دهها نفر به لیست پناهندگان اضافه می‌شود و ارائه خدمات عمومی ضعیف یا تعطیل است بوروکراسی به مانع توسعه مبدل شده و ارتشا و فساد هر قانونی را دور می‌زند، نخبگان آفریقا علاقه‌ای به اقامت در آفریقای بدوي ندارند و سرمایه‌ای جذب نمی‌شود، شرکتهای خارجی بر همه بازار سیطره دارند و کشاورزی به شکل سنتی ادامه دارد، رعایت حقوق بشر به یک کالای کمیاب مبدل شده و شایسته سالاری مفهومی ندارد، جامعه مدنی شکل نگرفته یا ناکارآمد می‌باشد و اقتصاد کلان ویران است، از بسیاری از کشورها صدای گلوله شنیده می‌شود و این قاره به بازار پررنقه فروش تسليحات مبدل شده است و به هر جنگ سالاری اسلحه فروخته می‌شود ظاهراً به

قصد دفاع از خود اما در واقع برای نسل کشی و کودتا. با این حال توسعه پایدار آفریقا چندان دور از واقعیت نیست. خوشبختانه در سال‌های اخیر تحت تاثیر جهانی شدن، تحولات اقتصادی امیدوار کننده‌ای در آفریقا آغاز شده که می‌تواند به عنوان گامهای موفقیت‌آمیز آفریقا در تحقق توسعه پایدار قلمداد شود و در این مسیر پر سنجلاخ بهترین شیوه موفقیت افزایش همکاری‌های اقتصادی است که می‌تواند مسیر تحقق دموکراسی را برای شهروندان آفریقایی همواره سازد و آخر الامر اینکه دوران تجلی دموکراسی و رعایت حقوق بشر و صالح در آفریقا فرا رسیده فقط کافی است که با گام‌های مصمم به طرف آن گام بردارد.

○ منابع

- ابوالحسن شیرازی، حبیب الله، «جهانی شدن و تاثیر آن بر آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال هفتم، شماره پنجم، بهار و تابستان ۱۳۸۱.
- امیری، اسرافیل، «نگاهی به بحران دارفور»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال یازدهم، شماره سیزدهم، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
- آقا علیخانی، سعید، «القاعد، الشباب: معادلات جدید در شاخ آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، سال چهاردهم، شماره نوزدهم، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
- آقا علیخانی، سعید، «درهم تنبدیگی خشکسالی و بحران‌های سیاسی در آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال سیزدهم، شماره هفدهم، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
- حسنی پور، محمد نبی، «بحران مالی جهانی و اثرات آن بر آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، سال سیزدهم، شماره هجدهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
- دلخوش، علیرضا، «قضیه دارفور از منظر حقوق بشر دوستانه»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال سیزدهم، شماره هفدهم، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
- دهشیار، حسین، «صیانی سیاست خارجی آمریکا در آفریقا: دولتها ضعیف و خشونت سیاسی، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال هفتم، شماره پنجم، بهار و تابستان ۱۳۸۱.
- دهشیزی، محمد رضا، «جایگاه و نقش اتحادیه آفریقا در نظام کوئنین بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال ششم، شماره چهارم، پاییز و زمستان ۱۳۸۰.
- ذاکریان، مهدی، حقوق بشر در هزاره جدید، چاپ اول، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- سازمان ملل متحد. اداره اطلاعات همگانی، سازمان ملل متحد در دنیای امروز ترجمه علی اشتری کسمایی؛ [برای] دفتر هماهنگ کننده سازمان ملل متحد در ایران و مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد در تهران، چاپ اول، تهران، ایارون، ۱۳۸۸.
- سازمان ملل متحد، واقعیت‌های اساسی درباره سازمان ملل متحد، ترجمه قدرت الله معمارزاده، چاپ اول، تهران، کتاب‌سرای، ۱۳۷۶.
- سنديروک، ریچارد، رومانو، دیوید، «جهانی شدن افراطیکی و خشونت در کشورهای فقیر»، ترجمه مریم صرافپور، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال یازدهم، شماره چهاردهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- شکیبا، محمد رضا، «تأثیر و جایگاه جنبش چپ‌گرایی در آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال یازدهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- شکیبا، محمد رضا، «تأثیرات جهانی سازی بر آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال هشتم، شماره هشتم، پاییز و زمستان ۱۳۸۲.
- عجم، محمد، «بحران‌های آفریقایی، حق تعیین سرنوشت و عملکرد دولتهای غربی»، فصلنامه مطالعات آفریقا، سال یازدهم، شماره بیست و دوم، پاییز و زمستان ۱۳۸۹.
- عسگرخانی، ابومحمد، «ضرورت تدوین و تشکیل رژیم‌های بین‌المللی و ملی در آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال ششم، شماره سوم، بهار و تابستان ۱۳۸۰.

- فصلنامه مطالعات آفریقا، «پنجین اجلاس عادی ارگان پیشگیری، مدیریت و حل درگیری‌های سازمان وحدت آفریقا»، سال سوم، شماره پنجم، تابستان ۱۳۷۶.
- فصلنامه مطالعات آفریقا، «دموکراسی در آفریقا: فراتر از مرزهای سیاست دولتی»، سال سوم، شماره پنجم، تابستان ۱۳۷۶.
- فصلنامه مطالعات آفریقا، «سی و دومین اجلاس سران سازمان وحدت آفریقا»، سال سوم، شماره پنجم، تابستان ۱۳۷۶.
- فصلنامه مطالعات آفریقا، «قاره فراموش شده: نزدیکی به آفریقا»، سال سوم، شماره پنجم، تابستان ۱۳۷۶.
- فلسفه، هدایت الله، صلح جاویدان و حکومت قانون دیالکتیک همانندی و تفاوت، چاپ اول، تهران، فرهنگ نشرنو: آسیم، ۱۳۹۰.
- فی، لو، «آفریقا در آستانه قرن بیست و یکم»، فصلنامه مطالعات آفریقا، سال سوم، شماره پنجم، تابستان ۱۳۷۶.
- مفتق، علی محمد، «دلایل و ریشه‌های فقر در آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال یازدهم، شماره چهاردهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- مصطفا نسرین، «در جست و جوی حمایت بیشتر، پروتکل حقوق زنان منتشر حقوق بشر و مردم آفریقا»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال دهم، شماره دوازدهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.
- معظلمی گورزی، محمد حسن، «نگاهی به آخرین تحولات آفریقای جنوبی»، فصلنامه مطالعات آفریقا دوره جدید، سال ششم، شماره چهارم، پاییز و زمستان ۱۳۸۰.
- موتفی، حسن، احمدپور قره درویش، مظاہر، زمانه قدیم، نوید، جایگاه آفریقا در هزاره سوم، چاپ اول، تبریز، انتشارات فروزانش، ۱۳۹۳.
- مونگا، سلستین، «جامعه مدنی و روند دموکراسی در آفریقای فرانسه زبان»، ترجمه هاینه ذیبحی فرد، فصلنامه مطالعات آفریقا، سال سوم، شماره پنجم، تابستان ۱۳۷۶.
- مهاجر، داریوش، «آفریقا، قاره‌ای با اقتصاد نامتوازن»، فصلنامه مطالعات آفریقا، دوره جدید، سال هفتم، شماره پنجم، بهار و تابستان ۱۳۸۱.
- Bayart, Jean, Francios, Global subjects A political Critique of Globalization, Translated by Andrew Brown, Polity press, ۲۰۰۷.
- Blackman, Tim, Globalization and public policy, in the Blackwell companion to Globalization, Edited by George Ritzer, Blackwell Publishing Ltd, ۲۰۰۷.
- Delanty, Gerard and Rumford, Chris, Political Globalization, in the Blackwell Companion to Globalization, Edited by George Ritzer, Blackwell Publishing Ltd, ۲۰۰۷.
- Ritzer, George, The Blackwell Companion to Globalization, Blackwell Publishing Ltd, ۲۰۰۷

