

تعليق عدالت کیفر تعزیری بر بنیادهای وقوع جرم

دکتر توفيق اسداف

استادیار جامعه المصطفی العالمیه، دانشکده علوم انسانی، قم، ایران.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۱۱.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱.۰۲.۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۳.۱۹

چکیده

عدالت در اجرای کیفر نسبت به مجرم، باید با شرایط جرم و وضعیت مجرم در آن زمان مطابق باشد. و برای تحقق این امر لازم است همزمان با تعیین کردن مجازات برای خیلی از جرمها، در نسبت به عملیاتی کردن آن، همه‌ی شرایط بزهکار مورد توجه قرار گیرد. چون اسلام به دنبال اجرای بهتر عدالت در همه‌ی امور است. پس کیفردهی همه مجرمین با صرف استناد به یک قانون کلی، بدون در نظر گرفتن عوامل بیرونی جرم و عوامل روانشناختی فردی و اجتماعی مجرم، به عبارت دیگر بدون ملاحظه کردن شخصیت فردی و اجتماعی مجرم خودش جرم دیگری است. پس به جای این که بگوییم کیفر فلان جرم چیست، باید بگوییم مجرم کیست؟ آگاهی و تحصیلاتش چه مقدار است؟ کجا، در کدام خانه، کدام شهر، کدام کشور تربیت یافته است؟ وضعیت بیولوژی، سیستم عصبی و روانی او هنگام انجام جرم چگونه بوده است؟ و بعد از بررسی همه جوانب جرم و مجرم، آن موقع هر حکمی صادر شود، حکم عادلانه می‌گردد.

واژگان کلیدی: عدالت، کیفر، جرم، مجرم، تخفیف، عفو.

The suspension of Ta'ziri punishment based on the basis of the crime

Abstract

Justice in the execution of punishment towards the criminal must be in accordance with the circumstances of the crime and the state of the criminal at that time. And in order to achieve this, it is necessary to take into account all the conditions of the criminal while determining the punishment for many crimes. Because Islam seeks better implementation of justice in all matters. Therefore, punishing all criminals by simply referring to a general law, without considering the external factors of the crime and the individual and social psychological factors of the criminal, in other words, without considering the individual and social personality of the criminal himself, is another crime. So instead of saying what is the punishment for a certain crime, we should say who is the culprit? What is his knowledge and education? Where, in which house, which city, which country was he raised? What was the state of his biology, nervous and mental system when he committed the crime? And after examining all aspects of the crime and the criminal, then any verdict is issued, the verdict will be fair.

Keywords: justice, punishment, crime, criminal, mitigation, amnesty.

○ مقدمه

نسبت به کلیات بحث ما، برخی از متخصصان در مقالات و کتب خویش اشاراتی داشتند که از جمله شاخص ترین پژوهش‌های انجام شده در این خصوص می‌توان به مواردی اشاره کرد. از جمله پژوهش‌های راجع به جایگزین حبس می‌توان به پژوهش «موریس کرادول» (۱۹۵۱) ناظر به تکرار جرم و تعلیق مراقبتی اشاره کرد. در این پژوهش عوامل سن، وضعیت اشتغال، تعداد جرائم ارتکابی، محکومیت‌های سپری شده در کانون اصلاح و تربیت و طول مدت نظارت برای تعلیق مراقبتی مهم‌ترین عوامل مؤثر بر نتیجه تعلیق مراقبتی درنگریسته شدند. در پژوهش دیگری دکتر محمد آشوری در کتاب جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین (۱۳۸۵) چنین گفته‌اند: «اقدام‌های ناظر به جایگزین‌های زندان ممکن است ضمن برآورده کردن هدف‌های عدالت کیفری، هزینه‌های مادی و معنوی اجرای مجازات زندان را کاهش دهد. در این اندیشه، به زندان به مثابة «آخرین حریه» نگریسته می‌شود و تا هنگامی که دیگر شیوه‌های کیفردهی دسترس پذیر و سودمند باشند، توسل به زندان ناموجه تلقی شده است. این جایگزین‌ها از نظر تاریخی ابتدا با «جایگزین‌های زندان‌های کوتاه‌مدت» وارد قلمرو نظام کیفری شدند، زیرا مشخص شد که چنین کیفری نه تنها توانایی اندکی در بازسازگاری و اصلاح مجرمان دارد، بلکه موجب بروز فساد و فراهم کردن عوامل و زمینه‌های ارتکاب جرم از سوی زندانیان می‌شود. ولی جایگزین‌ها به تدریج توسعه یافتد و در قوانین جزایی کشورهای مختلف وارد شدند. برخی از آنها به شکل جایگزین حبس دست قاضی را باز گذاشتند تا به جای کیفر حبس به آنها توسل جوید و برخی دیگر به شکل مستقل یک نوع مجازات تلقی شده و بر فهرست کیفرها افزوده شدند. پاره‌ای از اقدام‌های کیفری را که از روش‌های تعویق یا انصراف از کیفر حس محسوب می‌شوند نیز می‌توان از جمله جایگزین‌ها دانست». (به نقل از غلامی، حسین؛ خاکسار، داوود، دوره ۷، شماره ۲۸) البته، در هیچ کتاب و مقاله‌ای ندیدیم که همانند مقاله ما به انواع مختلف عوامل جرم و شیوه‌های مطلوب اجرای جرم اشاره‌ای داشته باشد. امیدواریم این نگارش مورد بهره‌برداری خواننده قرار گیرد.

○ تعریف کیفر تعزیری

لغت شناسان در تعریف تعزیر معانی نزدیک هم گفته‌اند. ابن منظور در تعریف تعزیر می‌گوید: «اصل التعزیر التادیب». (ابن منظور، ج ۹، ۱۴۱۶: ۱۸۷) و فیومی در مصباح المنیر بدون حد بودن آن را نیز ذکر می‌کند: «التعزیر التادیب دون الحد». (فیومی، ج ۲، ۱۴۰۵: ۴۰۷)

و معانی دیگری نیز در تعریف لغوی تعزیر بیان کرده‌اند، همانند؛ زدن کمتر از حد، ضرب شدید، توقيف به جهت بدھکاری، سرزنش. (عمید، ج ۱، ۱۳۷۹: ۵۸۸)

اما دلیل این که منظور ما از کیفر در این بحث کیفر تعزیری است؛ نه حدود و قصاص و دیات، چون دین مقدس اسلام در مورد این سه به نص مجازات خاص تعیین کرده است. ولی در خصوص تعزیرات کیفر خاصی تعیین نکرده است. بدین ترتیب که یکی از اشکال تخفیف مجازات، در صورت وجود جهات تخفیف، تبدیل آن، به مجازاتی است که از هر جهت، مناسب باشد. چنانچه جهات تخفیف، وجود داشته باشند، این امکان وجود دارد که حبس یا شلاق تعزیری را به جزای نقدي تبدیل نمود که در ماده ۳ قانون مجازات اسلامی، به این مطلب اشاره شده است.

اهمیت عدالت در اسلام نیز جای بختی ندارد. عدالت کیفری، یعنی عدالتی که همه جوانب یک جرم، علتش، شرایطش مورد توجه قرار گیرد. یعنی اجرای قوانین «کلی محور» نباشد، بلکه باید «موردی محور» باشد. اقتضایات یک جرم و شرائط حاکم بر آن به صورت موردی بررسی گردد.

◦ عدم اولویت کیفر نزد شارع

در نظام کیفری اسلام نفس مجازات چندان مطلوب نیست، بلکه تنها به عنوان ضرورت بدان توسل جسته می‌شود، حتی با بررسی فقه اسلامی معلوم می‌شود که شریعت اسلامی دنبال مجرم نیست؛ حالا شاید به خاطر حفظ کرامت انسانها، به ویژه در حق الله، یا اینکه خدا دوست ندارد با آشکار شدن قبح گناه از بین نزود. ما برای اثبات این امر به چهار دلیل استناد کردیم:

◦ دلیل اول: دستور آیه ۱۲ سوره حجرات

در قرآن کریم می‌خوانیم: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَبِيوا كَيْبِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِلَّمْ وَلَا تَجَسِّسُوا». خدای متعال در این آیه به مومنان این چنین خطاب می‌کند که: ای اهل ایمان، از بسیار پندارها در حق یکدیگر اجتناب کنید که برخی ظن و پندارها معصیت است و نیز هرگز (از حال درونی و کار مخفی هم) تجسس مکنید.

در تفسیر المیزان می‌خوانیم که مراد از اجتناب ظن در آیه مذکور، خود ظن نیست، چون ظن، خود نوعی ادراک نفسانی است، چون ظن، خود نوعی ادراک نفسانی است، و در دل باز است، ناگهان ظنی در آن وارد می‌شود و آدمی نمی‌تواند برای نفس و دل خود دری بسازد، تا

از ورود ظن بد جلوگیری کند؛ پس نهی کردن از خود ظن صحیح نیست. بله، مگر آنکه از پاره ای مقدمات اختیاری آن نهی کند. پس منظور آیه مورد بحث نهی از پذیرفتن ظن بد است، می خواهد بفرماید: اگر در باره کسی ظن بدی به دلت وارد شد آن را نبذر و به آن ترتیب اثر نده. و کلمه تجسس به معنای پی گیری و تفحص از امور مردم است، اموری که مردم عنایت دارند پنهان بماند و تو آنها را پی گیری کنی تا خبردار شوی. پس طبق فرمایش خداوند باید دنبال عیوب مسلمانان باشیم اموری را که صاحبانش می خواهند پوشیده بماند ما آنها را فاش سازیم. (طباطبایی، ۱۳۸۱، ج ۱۸، ص ۳۲۲)

◦ دلیل دوم: سخت بودن شرایط اثبات جرم

دین اسلام در اثبات جرائم، سخت گیری کرده و از آن به عنوان راهکاری در جهت حمایت از متهم و جامعه سود برده است. در واقع شریعت به واسطه‌ی این راهکار می‌کوشد تا متقن‌ترین دلایل در عداد دلایل مثبته‌ی جرم قرار گیرد تا بدین طریق از یک سو منکرات و زشتی‌هایی که در جامعه رخ می‌دهد، پوشیده بماند؛ آبروی افراد - که حفظ آن یکی از مقاصد شریعت اسلام است - لکه‌دار نشده و حرمتشان به آسانی هتك نشود و کرامت انسانی آنان محفوظ باشد. (منیری و وکیل زاده، ۱۳۹۶، دوره ۱۳، شماره ۴)

همچنین در قانون مجازات اسلامی برای اثبات بعضی از جرائم منافی عفت، به وجود دلایل خاص قانونی منوط شده است. چنانچه آن دلایل قانونی خاص وجود نداشته باشد، عمل منافی عفت ارتکابی قابل اثبات نخواهد بود. وجود این روش سبب می‌شود تا در بسیاری از موارد بزه ارتکابی قابل اثبات نباشد، زیرا تحصیل دلایل مورد نظر قانونگذار یا به سهولت امکان نمی‌یابد یا اساساً امکان‌پذیر نیست. در نتیجه حقوق قربانیان جرم و شکایت خصوصی در جرائم منافی عفت تضییع می‌گردد و جامعه نیز در معرض ارتکاب جرائم مهم منکراتی قرار می‌گیرد. (آخوندی، ۱۳۸۲، شماره ۲۲)

مثلاً در حدود برای اثبات زنا چهار تا شاهد عادل شرط است، آن هم با شرایط سختی که در فقه گفته شده است. یا در شرایط معمولی برای اثبات جرمی دو شاهد عادل خواسته شده است. این در حالی است که در دنیا با یک شاهد متهم بازداشت می‌شود یا حکم برایش می‌خوانند، و عدالت شاهد هم شرط نیست. به طور کلی، در در باب حدود، فقه اسلامی شرایط کیفری را به شکلی در نظر گرفته است که اثباتش خیلی سخت می‌باشد.



◦ دلیل سوم: اقرار خود شخص و نفی آن از طرف معصوم

در روایات متعدد آمده است که با وجود اقرار خود مجرم به جرمش، ائمه علیهم السلام سعی می‌کردند که با گفتار و رفتار خودشان مجرم را به سمتی سوق بدهند که از تکرار اقرار خویش منصرف بشود. مثلاً می‌دانیم که زنا با چهار بار اقرار ثابت می‌شود، هر بار اقرار در حدود به متابه یک شاهد است، روایت داریم که ابی مریم از امام باقر علیه السلام نقل کرده است که: زنی نزد امیر المؤمنین علیه السلام آمد و گفت: من زنا کرده ام. حضرت از آن زن روی برگرداند. زن دوباره برابر امام قرار گرفت و گفت: من زنا کرده‌ام. امام مجددًا از اوی روی گردانده ولی او باز رو به روی امام قرار گرفت و من زنا کرده ام و تا چهار بار تکرار شد. سپس امام دستور داد تا او را زندانی کنند... (ابن بابویه بی تا)

◦ دلیل چهارم: دفع اجرای کیفر با قواعد فقهی

یکی دیگر از دلایلی که با تمسمک به آن می‌توان ادعا نمود که اسلام دنبال مجرم نیست، وجود «قواعده درء» است («ان الحدود تدرا بالشبهات») که از مسلمات فقه کیفری محسوب می‌شود. پیامبر خدا (ص) فرمودند: «إِذْرُوا الْحَدُودَ بِالشَّبَهَاتِ»؛ حدود را به شباهات دفع کنید. (متنقی هندی، ۱۳۴، ج ۵، ص ۲۲۶) در خصوص این مسئله که آیا قاعده‌ی مورد بحث شامل مجازات‌های غیر معین تعزیرات هم می‌شود یا خیر، باید گفت که معنای این لفظ مطلق مجازات‌های الهی است؛ زیرا از آنجا که این لفظ جمع همراه با الف و لام بوده و مفید عموم است، شامل مجازات‌های تعزیری نیز می‌شود و هیچ دلیل خاصی وجود ندارد که عموم این قاعده را تخصیص زده و آن را به مجازات‌های معین (حدود) اختصاص دهد. و در کلمات فقهها بسیار اتفاق افتاده که لفظ حد، بر مجازات‌های تعزیری اطلاق شده است؛ مثلاً مرحوم مجلسی در کتاب روضة المتنقین فرموده است: «حدود شامل حد، تعزیر و قصاص نیز می‌شود. (دادگستری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۹،

شماره ۸)

و از طرف دیگر، وقتی که با ورود شبه‌ای، کیفر در حد جاری نمی‌شود، به طریق اولی در تعزیرات نباید جاری شود.

◦ دلیل پنجم: توبه، عامل سقوط مجازات

یکی از مباحث مهم فقهی-حقوقی که توجه به فلسفه کیفر کاملاً در آن مشهود است، مبحث توبه است که به عنوان یکی از عوامل سقوط مجازات محسوب می‌شود، در حالی که قاعده کلی در

قوانين موضوعه دنیوی آن است که ندامت و پشیمانی، مجازات را ساقط نمی‌کند و مطابق قوانین پاره‌ای از کشورها همچون انگلستان و هندوستان، مجرم را حتی به جرم شروع به جرم، مجازات می‌کنند، اگرچه با اختیار از تمام جرم منصرف گردد. ولی در نظام کیفری اسلام، توبه یکی از علل مهم سقوط مجازات محسوب می‌گردد. خود همین مساله به خوبی نشان می‌دهد که مجازات در اسلام فی نفسه مطلوب نیست و به خاطر اهداف دیگری از آن استفاده می‌شود. (قربان نیا، ۱۳۸۰، شماره ۳) از طرفی، با استناد به رحمانیت عمومی خداوند، به ویژه در حق الله، حتی در صورت اثبات گناه نیز، برخی اوقات تحفیف در کیفر و عفو را در پیشه گرفتن نه تنها خلاف اسلامی است، بلکه عین اسلام است که در سیره اهل بیت نیز برای این امر شواهد زیادی داریم.

◦ **وظیفه حکومت در راستای کاهش جرم**

همچنان که مردم در قبال حکومت یکسری وظایفی دارند، حکومت نیز در برابر مردم وظایفی دارد. یکی از آن وظایف، اقدامات حکومتی است که برای پیشگیری از جرم ضورت دارد. و دولت اسلامی تا وظایف خویش را در این زمینه به درستی انجام ندهد، نه تنها جرم و گناه زیاد می‌شود، مجرم و گناهکار برای کار قبیح خود نیز توجیه خواهد داشت و اما مهمترین وظایف حکومت برای پیشگیری از جرم را می‌توان در پنج عنوان ذکر کرد:

◦ **۱. تربیت عقلانی و اخلاقی افراد و هدایت جامعه به سوی کمال**

حکومت همچنان که موظف است آگاهی‌های مردم را نسبت به حسن اعمال شایسته و قبح جرم و عواقب سوء آن بیشتر و بروزتر کند، همینطور مکلف است فطرت جامعه را نسبت به این امور بیدار کرده و ایمانشان را به خدای متعال و روز آخرت تقویت کند. اگر ساختار یک جامعه مبتنی بر فطرت سالم و ایمان به غیب باشد، نتیجه قهری آنها جامعه مزین به اخلاق و کرامت انسانی خواهد بود.

◦ **۲. تامین ابزارها و امکانات کافی برای رشد و تعالی جامعه**

وظیفه حکومت فراهم کردن زمینه‌هایی است که انسان بتواند به جایگاه و شایستگی‌هایی که برایش در نظر گرفته شده برسد تا در ارتباط با خود، خدا، دیگران و محیط زیست نقش خود را به درستی ایفاء نماید. در غیراینصورت توقع، شاید حکومت از مردم عاقلانه و عادلانه نباشد. منظور ما از زمینه‌های رشد، تامین ابزار و امکانات مثل مدارس و دوره‌های تربیتی رایگان،



برنامه‌های انسانساز تلویزیونی و رادیویی، چاپ کتب و مجلات تربیتی و قرار دادن آنها به صورت رایگان در اختیار مردم، می‌باشد.

۳. برپا کردن عدالت در جامعه

برپا کردن عدالت، از جمله عدالت اجتماعی، اقتصادی، تحصیلی، بهداشتی، و غیره از وظایف مهم حکومتها است. اگر حکومت فقط بخواهد به شهری رسیدگی کند، ولی به شهر دیگر رسیدگی نکند، یا به بالا شهر برسد، به پایین شهر نرسد، به گروهی بیشتر توجه کند، ولی به گروه دیگر بی محلی کند، این امر سبب عقده آنهاست می‌شود که در حرشان بی عدالتی رخ می‌دهد.

مردم تحمل بی عدالتی را ندارند، حتی در واقع امر بی عدالتی نباشد، مثال قرآنی این مسئله، برادران حضرت یوسف است که چون به زعم خودشان از طرف پدر در حرشان بی لطفی شد، دست به جنایت زدند و برادر خویش را به چاه انداختند. آیه شریفه سخن آنها را این گونه نقل می‌کند: «إِذْ قَالُوا لَيُوسُفُ وَأَخْوَهُ أَحَبُّ إِلَى أَيْتَا مِنَا وَتَخْنُ عَصْبَيْهِ إِنَّ أَبَانَا لَنِي ضَلَالٌ مُّبِينٌ». (یوسف، آیه ۸)

«هنگامی که برادران یوسف گفتند ما با آنکه چندین برادر نیز و مندیم پدر چنان دلبسته یوسف و برادر اوست که آنها را تنها بیش از همه ما برادران دوست می‌دارد، همانا ضلالت پدرمان (در حب یوسف) نیک پدیدار است».

۴. حمایت از مستضعفین

برخی اوقات حکومت با وجود این که تمام تلاش خود را برای رشد یکایک جامعه انجام می‌دهد، و همه ابزار پیشرفت را فراهم می‌کند، ولی باز هم عده‌ای به دلیل ضعفهایی که دارند، مثل مريضی حاد، ضعف جسمی و فکری، نمی‌توانند روی پای خود بایستند.

در این حال، دولت باید دست آنها را بگیرد و حامی مادی و معنوی آنها باشد. چنانکه در عهده‌نامه مالک اشتر، نسبت به این امر که وظیفه حاکم در برابر رعیت چیست، می‌خوانیم: «الظَّبْعَةُ السُّقْلَى مِنْ أَهْلِ الْحَاجَةِ وَالْمَسْكَنَةِ الَّذِينَ يَحْقُرُونَهُمْ وَمَعْوَنُتُهُمْ».

طبقه پایین جامعه که نیازمند و تهی دست تشکیل می‌شود، کسانی که کمک و بخشش به آنها لازم است.

۵. فراهم سازی شرایط برای رفع نیازهای مردم

دولت موظف است شرایطی را به وجود آورد که همه افراد و اشار جامعه، کودک، جوان و پیر، سرمایه دار و بی سرمایه و غیره بتوانند نیازهای خود را برآورده کند. منظور ما از نیازها، اعم از نیاز مادی و معنوی، سلامتی، جنسی، نیاز روانی، نیاز تغزیحی-ورزشی، و نیاز به شکوفایی می‌باشد.

بحث کیفر

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر دولت جهت کاهش جرم به تمام وظایف خویش عمل کند، ولی باز هم جرم در جامعه باشد، دولت نسبت به کیفردهی آنها چگونه تصمیم بگیرد؟

در جواب باید گفت درست است که در ابتدای امر، حاکمیت کیفرمحوری نه مطابق رافت اسلامی است، و نه متناسب با شان و کرامت انسانی است. حتی ما می‌بینیم با وجود کیفرهای سنگین، آمار جرائم که کمتر نشده، حتی بنابر آمار اعلام شده، سن ارتکاب جرم کاهش یافته است. شاید خود همین امر نشان می‌دهد که دیدگاه عدالت کیفرمحوری در حفظ جامعه دیدگاه نتیجه بخش نیست. ولی با همه این ملاحظات، در مواردی تعیین کیفر و اجرای آن فواید قابل توجهی دارد، همانند ملتفت بودن هر کس نسبت به مسولیت اعمالش، پیشگیری از جرم، تادیب مجرم، عبرت گیری دیگران، حفظ امنیت جامعه و جلوگیری از هرج مرج و غیره... ولی آنچه که باید در این بحث مورد توجه قرار گیرد این است که اجرای کیفر در اسلام فی نفسه هدف نیست.

مخصوصاً نباید فراموش کرد که قانون عدالت کیفری که مدعی سزاده‌ی مجرمان است، بعضًا خودش با بی‌عدالتی رویه رو می‌شود. زیرا توجه اش بیشتر به اجرای کیفر است، نه عوامل شرایط فردی و اجتماعی جرم و مجرم. و فطرت آدمی، اجرای عدالت همه جانبه را می‌طلبد.

البته، در حق الناس باید تمام جوانب حقوق ستم دیدگان، بادقت مورد توجه قرار گیرد، ولی در این بخش نیز، اگر حقوق از بین رفته قابل جبران است، باید در مرحله اول جبران ضرر از طرف مجرم مورد توجه قرار گیرد.

حتی اگر مجرم امکان مالی نداشته باشد، دولت آن را پرداخت کند، و سپس به صورت قسطی یا محوله کاری (مانند تمیز کردن پارکها) به بزهکار آن را جبران کند. در این حال، هم ستمدیده به حقش می‌رسد، هم مجرم از عواقب سوی کیفر نجات می‌یابد.

ولی اگر جنس گناه مالی نباشد، مثلاً به کسی توهین کرده، در این صورت قاضی آسیب دیده را تشویق به عفو کند، حتی خودش نیز با یکسری تشویقات دولتی مشوق او باشد. مثلاً از طرف دولت یک هفته به ستمدیله مرخصی دهد و یک هفته از مرخصی بزهکار کم کند. و کیفر بدنش بزهکار (همانند حبس) آخرین چیزی است که به ناچار باید به سراغ آن رفت.

◦ عوامل جرم ◦

عامل جرم و خطا دو گونه می‌تواند باشد: ۱. عاملی که توجیه معقولی ندارد و نباید به آن توجه کرد، مثل اختلاسهای بزرگ، یا تجاوز جنسی. ۲. عاملی که توجیه دارد و حکم و قضاوت کردن بدون توجه به آن عامل، عادلانه نمی‌شود.

اما مهمترین عوامل قابل توجه در انجام جرم که اگر قاضی در اجرای حکم آنها را در نظر گیرد، به عدالت مطلوب نزدیکتر است، عبارتند از:

◦ ۱. فشار اقتصادی: ◦

در حدیث نبوی می‌فرماید: «کاد الفقر ان یکون کفرا»؛ فقر نزدیک است که آدمی را به کفر بکشاند. (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۰۷) فقر و دست‌تنگی آنقدر خطربناک است که می‌تواند انسان را به کفر بکشاند زیرا فقیر و تنگ دست وقتی حال زار خود و خانواده‌اش را می‌بیند به شدت متأثر می‌شود و صبر و برداشت را از کف می‌دهد و چه بسا دست به دزدی و خیانت بزند و به ستمگران بپیوند.

پس وقتی که فقر آدمی را تا لب مرز کفر می‌برد، انسانی که فقیر است، امکان دارد نسبت به انجام بزه و جرم مالی متمایل شود.

◦ ۲. فشار جنسی: ◦

یکی از مسائلی که آدمی را می‌تواند به گناه سوق دهد، فشار جنسی است، مخصوصاً اگر همراه با ویژگی هی باشد. مثلاً هر دو طرف جوان مجرد باشند، یا متاهلی که مدت‌بهایی است که به خاطر مشکل همسرش با آن همخواب نبوده است، هر دو جای خلوت بوده‌اند.

جا دارد بگوییم که آسان کردن ازدواجها، وام ازدواج دادن به حدی قابل توجه، قانون تعیین سقف مهریه به شکل منطقی، نه متعارف که ۱۱۰ سکه آزادی است، وظیفه عمدۀ دولت است. کدام

جوان معمولی می‌تواند این مقدار مهریه (۱۱۰ سکه آزادی) را پرداخت کند؟ و می‌دانیم که در صورت مطالبه و عدم پرداخت پیگرد قانونی و کیفری دارد.

۳. عدم آگاهی نسبت به قبح گناه:

برخی آدمها به خاطر دوری از شهر، یا به دلیل محیطی که در آن قرار دارد، نمی‌توانند قبح گناه را درک کنند، مثل فرزند معتاد که به اعتیاد تمایل پیدا می‌کند، این شخص قبل از همه چیز نیاز به تربیت دارد. تربیت هم ممکن است غیر از کیفر باشد.

۴. مشکل بیولوژی:

مثل بانوان در حال حیض که به عبارت قرآن کریم اذیتی است برای آنها. چنانکه در آیه ۲۲۲ سوره بقره می‌خوانیم: «وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذْىٌ فَاغْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ».

و یا سندروم پیش از قاعده‌گی که در اصطلاح علمی به آن (بی ام اس) می‌گویند، از جمله بیماری‌های روانی است که در اثر مشکل به وجود آمده در بیولوژی بدنی زن می‌تواند بر حالات رفتاری او تأثیر منفی بگذارد که نتیجه آن مختل شدن عناصر سازنده جرم است.

۵. اختلالات روانی:

برخی از اختلالات روانی می‌تواند انسان را بر انجام بزه سوق دهد. همانند اختلالات دوقطبی، اختلالات هورمونی جنسی، افسردگی شدید و غیره.

مثالاً در افسردگی شدید که مریض قرص می‌خورد سه هفته اول در حالت عادی نیست، حتی از شدت فشار عصبی به خودکشی متماطل می‌شود. در قانون مجازات اسلامی به تبع برخی از فقهاء، قتل در حال مستی را با دو شرط مستوجب قصاص نمی‌دانند: اول اینکه مست، به کلی مسلوب الاراده شده باشد و دوم اینکه، خود را برای ارتکاب قتل مست نکرده باشد. (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۷، شماره ۴۸)

اضطراب بر اثر شوک خبری؛ هر فردی به خاطر شوکی که به آن وارد می‌شود، احتمال خطا کردنش جند مرتبه زیاد می‌گردد. مثلاً یک دفعه به مادری زنگ بزنند و بگویند که همین الان بچه‌ات به خاطر تصادف در راننگی به کما رفت، در این حالت سرعت بیش از حد در رانندگی به سمت بیمارستان و یا بدون گواهی نامه رانندگی کردن همین مادر مصدوم، خارج از انتظار نیست.

۸. سن بزهکار؛

سن مجرم باید هنگام قضاؤت مورد توجه قرار گیرد. مثلاً دختر ۱۳ ساله و پسر ۱۵ ساله، اگر عمل مشابه زنا انجام دهند و یا دزدی کنند، سنتشان در کیفردهی لحاظ گردد.

۹. کیفر بزهکاران با استناد به یک قانون کلی

کیفردهی همه مجرمین با استناد به یک قانون کلی، بدون در نظر گرفتن عوامل بیرونی جرم و عوامل روانشناسی فردی و اجتماعی همان مجرم، به عبارت دیگر بدون ملاحظه کردن شخصیت فردی و اجتماعی مجرم خودش جرم دیگری است.

پس شاید نتوان گفت که کیفر فلان جرم چیست؟

باید بگوییم مجرم کیست؟ آگاهی و تحصیلاتش چه مقدار است؟

کجا، در کدام خانه، کدام شهر، کدام کشور تربیت یافته است؟

وضعیت بیولوژی و سیستم عصبی آن هنگام انجام جرم چگونه بوده است؟ البته این ادعای ما به آن معنا نیست که نسبت به هیچ جرمی هیچ قانون کلی (تعیین مجازات خاص) نداشته باشیم.

نه، مدعای ما این است که ذیل همان قانون کلی: باید تمام شرایطی که مجرم را به سمت همان جرم سوق داده است مورد بررسی قرار گیرد. شاید هر کسی در آن شرایط قرار می گرفت، به آسانی مبتلای همان جرم می شد.

یعنی از آن شرایط خاص انتظار عدم جرم نداشیم. پس اگر کیفری بدون در نظر گرفتن عوامل جرم و وضعیت بزهکار خودش بی عدالتی و نسبت به برقراری عدالت نقض قرض محسوب می شود.

شیوه‌های مجازات در تعزیر

۱. مطابق کرامت انسانی باشد.

اگر مجازات مجرم مطابق کرامت انسانی نباشد، خود کیفر ظلم به بزهکار محسوب می شود. مثلاً کیفر در ملاء عام بدون دلیل شرعی و یا کیفرهایی که از نظر عرفی چندش آور است، خلاف کرامت انسان محسوب می شود.

۰ ۲. کیفر مطابق زمان و مکان باشد.

هر کیفری اگر مناسب زمان و مکان مجرم اجرا شود، عادلانه به نظر می‌آید. شاید الان درست نباشد ما بباییم کسی را به دلیل جرمش شلاق بزنیم. البته بحث ما شامل حدود الهی نمی‌شود. جون کیفر در حدود حکمتی دارد که خارج از بحث تعزیری است.

۰ ۳. کیفر مطابق وضعیت بزهکار باشد.

مجازات باید مطابق وضعیت سنی، جسمی، جنسی، روانی و دیگر حالات مجرم باشد. مثلاً اگر بزهکار از نظر جسمی این قدر ضعیف باشد که در اثر کیفر با خطر جانی مواجه شود، این امر در حق او مجازات بیش از حد محسوب می‌شود و این نوع جزا عادلانه نیست.

۰ ۴. مطابق شأن اجتماعی بزهکار باشد.

در کیفردهی باید شأن اجتماعی بزهکار مد نظر باشد و اگرنه این نوع مجازات در حق مجرم ظلم محسوب می‌شود. به این معنا که در اجرای تعزیر کیفری باید شخصیت فردی و اجتماعی مجرم را لحاظ کرد. مثلاً مجرمی که دارای شخصیت علمی است و به خوب بودن شهرت یافته است، یعنی در اجتماع از احترام خاص برخوردا است، باید به استدلال تساوی در اجرای قانون کلی، کیفری را که نسبت به یک خطاکار دائمی اجرا می‌شود، نسبت به آن شخصیت مورد وثقه مردم نیز اجرا کرد. زیرا این امر تساوی نیست، تشابه است.

حتی اگر لازم باشد نسبت به شخصیتهای مثبت چشم پوشی کرد، یا به خاطر سوابق خویش یک کیفر مناسب به شانش در نظر گرفت، یا در اجرای همان کیفر برایش ارفاقی در نظر گرفته شود.

بدیهی است هنگام تراحم بین مصلحت جامعه و شأن اجتماعی فرد، مصلحت جامعه مقدم است. پیشنهاد می‌شود در همه احوال، اگر ضرورتی برای تنبیه بدنی و توبیخ علنی نباشد، به جای آنها جرای نقدی، قسطی و یا کاری ترجیح داده شود.

۰ رفتار حکمت آمیز در کیفردهی

در اجرای کیفر مسائل زیادی است که باید مورد توجه قاضی قرار گیرد، تا در حق هیچ کسی اجحاف نشود. ما در اینجا به سه مساله مهم اشاره می‌کنیم:

۰ ۱. توجه به ارزشمند بودن هر فرد

حکومت عادل حکومتی است که فقط در فکر حفظ نظم جامعه قدم برندارد، باید در فکر یکایک شخصیت حقیقی و حقوقی افراد نیز باشد. به عبارت قرآنی کشتن یک نفر بدون حق کشتن همه انسانها است. شکی نیست که جزای بیش از اندازه، مجازات بدون حق محسوب می‌شود.

۲. توجه به وضعیت بستگان

به نظر می‌رسد هنگام کیفر تا حد امکان باید بستگان مجرم نیز مورد توجه قرار بگیرند، تا حقوق آنها پایمال نشود. بنابرین، فواید و ضررهای کیفر نسبت به خطا رخ داده، مورد توجه قاضی قرار گیرد. قاضی قبل از خواندن حکم وضعیت اجتماعی، اقتصادی و عاطفی بستگان مجرم را مد نظر قرار دهد. این که سرپرست خانه را چند سال به زندان می‌فرستد، وضعیت تربیت بچه‌ها، مشکل جنسی همسر چه می‌شود و مشکلات از این قبیل که برای بستگان خواهد آمد، چه می‌شود؟

۳. توجه به تشفی خاطر آسیب دیده

درست است که ما در این مقاله بیشتر به عنوان وکیل بزهکار بحث کردیم، ولی شکی نیست که آنچه بر اثر جرم مجرم آسیب دیده و حقش ضایع شده است، باید رضایت او به هر شکل ممکن جلب شود. و اگر کیفر قانونی مجرم برای التیام او لازم است، نباید از این کار پرهیز کرد.

نتیجه گیری:

آنچه مورد توجه شارع مقدس است، اجرای عدالت در همه موارد، از جمله در کیفردهی است. ولی با این حال اولویت شارع بعد از رخ دادن خطا، در حد امکان تخفیف در مجازات و عفو مجرم است.

تخفیف و یا چشم پوشی در مواردی که به حق الله تجاوز شده است، با استناد به رحمت الهی و رافت اسلامی سازگاری بیشتری دارد، ولی در حق الناس قاضی فقط می‌تواند رضایت آسیب دیده را برای گذشت بزهکار به اشکال مختلف جلب نماید.

در همه موارد عواملی که در عمل بزه نقش محرك داشته است، مورد توجه قاضی قرار گیرد. و بعد از اثبات جرم و تصویب مجازات برای مجرم، قاضی نسبت به شیوه کیفر حساسیت‌های لازم را به خرج دهد، تا در حق مجرم و آسیب دیده ظلم نشود.

فهرست منابع

- قرآن کریم -
- نهجۃ الالانفه -
- آخوندی، محمود، ۱۳۸۲، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، اثبات جرم‌ها منافق غفت از نگاهی دیگر، شماره ۲۷
- ابن بابویه (صدقی)، ابوجفر محمد بن علی، (ابی تا) من لا يحضره القیمة، جماعتة المدرسین، قم، چاپ دوم
- ابن منظور، محمد، ۱۴۱۶ (دق ۱۹۹۵/۱۹۹۶م)، لسان العرب، بیروت، مؤسسه دار احیاء التراث العربي
- حاجی هد آبادی، احمد، ۱۳۸۷، فصلنامه تحلیل حقوقی، قتل در حالت مستی، جرم در حالت مستی، شماره ۴۸
- دادگستری جمهوری اسلامی ایران، (۱۳۸۹) فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، شماره ۸
- طباطبایی، محمد حسین، (۱۳۷۸) المیزان فی تفسیر القرآن، مرکز نشر فرهنگی رجاء، بنیاد علمی فکری، چاپ پنجم
- غلامی، حسین؛ خاکسار، داوود، ۱۳۹۸، عوامل موثر بر صدور مجازاتهای جاریگزین حبس، دوره ۷، شماره ۲۸
- قوموی، احمد بن محمد، (۱۴۰۵) مصباح الصبر، قم، مؤسسه دارالیخجره
- قرآن نیا، ناصر، (۱۳۸۰) فلسفه مجازاتهای در فقه کیفری اسلام، رواق اندیشه، شماره ۳
- کلیی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۳) کافی، بیروت، دار الأشوا
- متقی هندی، علاءالدین علی بن حسام، (۱۳۷۶) کنز العمال فی سنن الاقوال والاعمال، مؤسسه فرهنگی دارالحدیث
- مسیری، ثریا؛ وکیل زاده، رحیم، ۱۳۹۶، فصل نامه پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، تحلیلی پیرامون سخت گیری اثبات جرم در فقه امامیه، دوره ۱۳، شماره ۴۷





واکاوی شاخص های لازم برای تعامل ضابطان دادگستری

با سایر قوا در تحقیقات مقدماتی

مهدی مقیمی

دانشیار گروه حقوق دانشگاه علوم انتظامی امین، دانشکده حقوق و علوم انسانی، تهران، ایران

مهندس میرشکاری

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۸.۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۲.۰۳

چکیده

ضابطان دادگستری در طول تاریخ ایران تحت عنوانی مختلف در جهت کمک حفظ و اجرای قانون، کشف جرم و تعقیب متهمن همواره از جایگاه خاصی در نظام حکومتی و قضایی برخوردار بوده اند. ایجاد امنیت، برقراری عدالت، نظم و اضباط اجتماعی، تحقیقات مقدماتی، شناسایی عوامل و بسترهای زمینه ساز بروز جرم و افزایش ضربی اطمینان و اعتماد آحاد جامعه در گرو تعامل مثبت ضابطان دادگستری با سایر قوا می باشد.

با گسترش جرایم و همچنین اهمیت فرآیند پیگیری در تحقیقات مقدماتی و رسیدگی به علل وقوع و کشف جرم در این پژوهش تلاش برآن است تا شاخص های تعامل ضابطان دادگستری با سایر قوا حاکمه بررسی شود.

متصدی بودن ضابطان دادگستری در تحقیقات مقدماتی به مفهوم وظیفه ندانشن سایر سازمان ها نمی باشد. چه بسا سایر سازمان ها بعنوان بازوی اجرایی ضابطین قضایی در تحقیقات مقدماتی به حساب می آید. فلذا دلیل سپردن این وظیفه خطیر به ضابطان دادگستری به این جهت است که اصلی ترین نهادی که بتواند به کشف و تمییز دلایل جرم احاطه داشته باشد ضابطان دادگستری هستند. به استناد به قانون آینین دادرسی کیفری در بحث و اگذاری مسئولیت تحقیقات مقدماتی به ضابطان دادگستری، تدبیر آن به سبب اجرا و ارتباط مساله با وظایف محوله ضابطان می باشد.

واژگان کلیدی: شاخص، تعامل، ضابطان دادگستری، قوا حاکمه، تحقیقات مقدماتی.

Analyzing the necessary indicators for the interaction of judicial officers with other forces in preliminary investigations

Abstract

Throughout the history of Iran, judicial officers have always enjoyed a special position in the government and judicial system under various titles in order to help maintain and enforce the law, detect crimes and prosecute the accused. Creating security, establishing justice, social order and discipline, preliminary investigations, identifying the factors and platforms underlying the occurrence of crime and increasing the confidence and trust factor of society depends on the positive interaction of law enforcement officers with other forces. With the spread of crimes in the society and also the importance of the follow-up process in preliminary investigations and dealing with the causes of the occurrence and detection of crimes, this research aims to examine the indicators of the interaction of judicial officers with other governing bodies. Being in charge of judicial officers in preliminary investigations does not mean that other organizations do not have the duty. Perhaps other organizations are considered as the executive arm of judicial officers in preliminary investigations. Therefore, the reason for entrusting this important task to the judicial officers is that the main institution that can discover and prepare the reasons for the crime are the judicial officers. Referring to the Criminal Procedure Law, in the discussion of assigning the responsibility of preliminary investigations to the judicial officers, It is due to the implementation and connection of the issue with the assigned duties of the officers.

Keywords: index, interaction, judicial officers, ruling powers, preliminary research.

۰ مقدمه

امنیت و عدالت دو مبحث لاینفک جامعه امروزی هستند. بنحوی که می‌توان اذعان داشت بدون برقراری امنیت، ایفای عدالت در جامعه امکان پذیر نیست. همچنین ایفای عدالت هم در بسترهای آشفته و محال خواهد بود. طبق ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری (کشف جرم، حفظ آثار و علایم و جمع آوری ادله‌ی وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم) در تحقیقات مقدماتی بر عهده ضابطان دادگستری است به همین جهت ضابطان دادگستری که مطابق قوانین مسول برقراری امنیت و رفاه افراد جامعه هستند به عنوان بازوی اجرایی نظام قضائی نقش مهم و قابل توجهی در دستیابی به عدالت کیفری و نزدیک شدن هرچه بیشتر به نظام کیفری مطلوب و کارآمد دارند. فلذًا با در نظر گرفتن این امر که ضابطان دادگستری بلاواسطه با جان، اموال و نوامیس افراد جامعه ارتباط دارند کوچکترین سهل انگاری از جانب ضابطان موجبات صدمات غیرقابل جبران به حقوق شهروندان را در پی خواهد داشت. لذا می‌توان اذعان داشت که ضابطان دادگستری در ایفای درست مسویت‌های سپرده شده که انجام درست مقررات و عدالت است پیروز نخواهند شد مگر بدور از انجام سلایق خصوصی و سودجویی از قدرت و... و با آگاهی از تکالیف و رسالت‌هایی که طبق قانون بر عهده آنها است در خلال ملاحظه ارزش‌های انسانی و دینی با سایر قوای حاکمه تعامل داشته باشند. براساس چنین ماهیتی است که نظام کیفری فعالیت‌های وسیعی به سبب قاعده مندی و بازرسی رسمی با استطاعت از آیین دادرسی کیفری به انتصاب موقعیت و اختیارات ضابطان اشاره کرد که بالطبع انجام تحقیقات مقدماتی ارتباط نزدیکی به اقدامات ضابطان دادگستری و تعامل با سایر قوای حاکمه دارد. بنابراین عدم آگاهی ضابطان در رابطه با مسویت‌ها و اختیارات قانونی که بر عهده آنها است از سری مسائل و چالش‌های پیش رو سیستم قضائی و بالطبع ضابطان دادگستری به حساب می‌آید. بنابراین در این پژوهش تلاش کرده‌ام به بررسی شاخص‌های لازم برای تعامل ضابطان دادگستری با سایر قوا در تحقیقات مقدماتی بپردازم و تدبیر علمی و عملی پیشنهاد گردد تا انشاله با تعامل صحیح در پرتو قوانین با حفظ جایگاه والای انسانی و حیثیت شهروندان جامعه، ضابطان دادگستری در تعامل با سایر قوا در انجام تحقیقات مقدماتی بهتر از قبل توفیق یابند.

۰ ۱. روش شناسایی

بررسی انجام پژوهش حاضر از نظر نوع و هدف کاربردی و از نظر روش توصیفی و از نظر جمع آوری اطلاعات در زمرة تحقیقات کتابخانه‌ای است و ابزار آن فیش برداری است و مبنای معیار در تجزیه و تحلیل داده‌ها استنباط و استدلال می‌باشد.

۰ ۲. مبانی نظری

۰ ۱-۲. روش تحقیق

در این خصوص لازم به ذکر است که پژوهشی در قالب کتاب، مقاله و پایان‌نامه که مستقیماً به موضوع تعامل ضابطین دادگستری با سایر قوا در مرحله تحقیقات مقدماتی پرداخته باشد سابقه تحقیقاتی ندارد، اما در این قسمت به چند اثر مرتبط با تحقیقات مقدماتی و ضابطین دادگستری به عنوان پیشینه تحقیقاتی اشاره خواهیم کرد:

*تعریف و تحدید مسئله؛

*قرار دادن یافته‌های تحقیق در چارچوب تحقیقات قبلی؛

اجتناب از دوباره کاری؛

*انتخاب روش‌ها و ابزار اندازه‌گیری دقیقت (سمرد، ۱۳۸۰ : ۵۵ ثمری کرمانی، محسن، تعامل ضابطین با مقامات دادسرا در فرایند کیفری، تهران، نشر سنجش و دانش، ۱۳۹۶) کتاب مذکور پیرامون موضوع تعامل ضابطین با قوه قضائیه در قالب مقامات دادسرا می‌باشد و نویسنده آن تلاش داشته است که به تبیین ارتباط ضابطین با مقامات قضائی دادسرا نظیر بازپرس و دادستان پرداخته و نظرارت بر ضابطین و تحقیقات آنها را تبیین سازد که از این منظر پژوهشی قابل توجه بوده و به عنوان پیشینه تحقیق ذکر می‌شود. تفاوت پژوهش مدنظر ما با کتاب مذکور در این است که پژوهش ما صرفاً معطوف به روابط و تعامل ضابطین با قوه قضائیه نخواهد بود و تلاش داریم تا ارتباط و تعامل ضابطین دادگستری با سایر قوا نظیر دولت و مجلس را نیز در موارد خاص مورد بررسی قرار دهیم. رزاقی موسوی، سید سجاد، تعامل پلیس با شورای حل اختلاف در فرآیند میانجی‌گری کیفری، نشریه دانش انتظامی، شماره ۳۳، ۱۳۹۴. مقاله مذکور به تبیین و بررسی ضابطین عام دادگستری با یکی از مراجع رسیدگی کننده به اختلافات نظیر شورای حل اختلاف پرداخته است و این تعامل را معطوف به یک موضوع خاص یعنی میانجی‌گری کیفری ساخته است. تفاوت پژوهش مدنظر ما با مقاله مذکور در این است که اولاً مقاله مذکور صرفاً به تعامل پلیس با شورای حل اختلاف محدود است، اما ما قصد داریم تعامل ضابط دادگستری را با همه قوا مورد بررسی قرار دهیم، ثانیاً مقاله مذکور محدود به میانجی‌گری است در حالی که ما تعامل ضابطین با سایر قوا را در کلیه اقدامات مرحله تحقیقات مقدماتی مورد بررسی و ارزیابی قرار خواهیم داد. یوسفی، ایمان، تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.

کتاب فوق الذکر به تبیین مرحله تحقیقات مقدماتی به طور کلی پرداخته است و البته به واسطه اینکه بخشی از آن به وظایف و تکالیف ضابطین دادگستری در تحقیقات مقدماتی اختصاص دارد، می‌توان از آن ذیل عنوانی پیشینه تحقیق اشاره داشت. تفاوت این کتاب با پژوهش مدنظر ما در این است که نگاه ما صرفاً به مرحله تحقیقات مقدماتی به عنوان یک مقطع از دادرسی کیفری است، اما قصد پرداختن کلی به این مرحله را به مانند کتاب مذکور نداریم، بلکه در این مرحله (به عنوان بستر پژوهش) قصد بررسی تعامل پلیس با سایر قوا را خواهیم داشت و از این بابت پژوهش مد نظر ما با کتاب مذکور متفاوت خواهد بود. احمدی آهنگری، حسن، نقش ضابطین در فرایند تحقیقات مقدماتی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۹۱. پایان نامه مذکور مطالعه خود را معطوف به تحقیقات مقدماتی ساخته و در این خصوص نیز فارغ از اقدامات و مقامات فعال در این مرحله، به بررسی نقش ضابطین دادگستری پرداخته است که از این بابت یافته‌های آن قابل بررسی است، هرچند به واسطه سال نگارش این پایان نامه، مطالب آن با قانون مصوب ۱۳۹۲ نیازمند به روزرسانی دارد. تفاوت این پایان نامه با پژوهش ما در این است که ما هرگز قصد نداریم به طور کلی و عام به ضابطین دادگستری و نقش آنها در تحقیقات مقدماتی پیراذیم، بلکه به صورت جزئی و اختصاصی، رابطه میان سایر قوای متروکه با ضابطین دادگستری و تعامل میان آنها را مورد مطالعه قرار خواهیم داد و از این منظر از بابت قلمرو پژوهشی با پیشینه مذکور متفاوت خواهد بود. مهدوی شنگی، میثم، نقش ضابطین قضایی در مراحل مقدماتی فرایند دادرسی کیفری، ماهنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان، شماره ۶۰، ۱۳۹۰. مقاله مذکور به بررسی نقش ضابطین در مرحله تحقیقات مقدماتی پرداخته است و وظایف مختلف آنها از کشف و بررسی و ادله را مورد بررسی قرار داده است که به واسطه موضوع تحقیقات مقدماتی و همینطور ایفای نقش ضابطین دادگستری، یافته‌های آن قابل توجه است. تفاوت این مقاله با پژوهش ما در این است که اولاً تغییرات تقویتی ۱۳۹۲ در آینین دادرسی کیفری در مقاله مذکور وجود ندارد و از این بابت نیازمند به روزرسانی است و ثانیاً اینکه هدف ما بررسی کلی ایفای نقش ضابطین در تحقیقات مقدماتی نیست و برخلاف مقاله مذکور بررسی ما معطوف به رابطه و تعامل ضابطین دادگستری با سایر قوا است

۲-۲. مفهوم شناسی

شاخص‌ها: بررسی معیارهای آماری یک دستگاه یا مراحل مختلف یک واکنش یا رخداد



تعامل: تعامل اجتماعی از مفاهیم بسیاری برخوردار است به نحوی که مفاهیم مختلفی را به ذهن هر نویسنده و یا شنونده‌ای جهت استنباط عمیق تر و آگاهی از جنبه‌های تحلیلی آن متبار می‌سازد در واقع مفهوم تعامل اجتماعی ارتباط نزدیکی با مفهوم ارتباط اجتماعی دارد و شاخص‌های فرضی و نظریه‌های متفاوتی در حیطه علم جامعه شناسی و روانشناسی، حول این دو تئوری جهت توصیف تعامل ضابطان دادگستری وجود دارد که می‌توان مورد استفاده قرار گیرد؛ فلاندا در مرحله‌ی اول تلاش بر آن است با توصیف یک تعریف تلمیحی و لغتی، جنبه‌های مفهومی آن مورد ملاحظه قرار گیرد. در فرهنگ دهخدا، تعامل به معنای داد و ستد کردن آمده است. در دایرةالمعارف علوم اجتماعی، تعامل یعنی عمل متقابل دو یا چند موجود زنده با یکدیگر (ساروخانی، ۳۱۱، ۶۲۲) در این تعریف، تعامل دارای انواع مختلفی است که عبارتند از: *تعامل مود آمیز *تعامل دوری *تعامل تفرقه انگیز *تعامل تأثیرگذار. یک فرد تنها، زمانی که در یک اتاق مشغول کار است و با خود سخن می‌گوید و یا به صدایی می‌اندیشد، از نظر فنی در تعامل قرار دارد و از آنجا که تعامل با خود، به عنوان یک شی اجتماعی است، عامل خود در جریان یک تعامل اجتماعی دیده می‌شود. به طور کلی تعامل با مفاهیم رفتار و کنش تفاو اساسی دارد. رفتار یا سلوک، شیوه معمول عمل و زندگی است (بیرو، ۳۶۵، ۶۳۶) تعامل اجتماعی به معنای ایجاد رابطه بین دو نفر یا بیشتر است که منجر به واکنشی میان آنها شود و این نوع واکنش برای هر دو طرف شناخته شده است؛ بنابراین روابط بدون معنا در زمر این تعریف قرار نمی‌گیرند (بهزادفر و طهماسبی، ۲۸:۱۳۹۲، ۲۸:۱۳۹۲) البته تعاریف دیگری نیز برای تعامل اجتماعی وجود دارد به عنوان نمونه، تعامل اجتماعی و برقراری ارتباط، می‌تواند یک موضوع فیزیکی، یک نگاه، یک مکالمه و ارتباط بین افراد باشد که خود مستلزم تعریف رویدادها و فعلیت‌های متناسب و درنتیجه نقش پذیری مردم در فضا و عضویت آنها در گروها و شبکه‌های اجتماعی است (دانشپور و چرخچیان، ۲۲، ۶۳۱)

افراد مختلف به سطوح مختلفی از تعامل اجتماعی تمایل دارند تعریف سطح مطلوب تعامل، به طور ذهنی از گفته‌های مردم و بطور عینی از موضع گیری هنگاری نسبت به زندگی خوب به دست می‌آید. طرح موضوع تعامل پلیس که اولین بار توسط فرماندهی وقت نیرو و انتظامی، در قالب دکترین ناجا در جامعه محوری پلیس مطرح گردید، نوید دهنده فصل نوینی در روابط اجتماعی پلیس و فرصتی برای برقراری نظم و امنیت بوده است و به موازات این نوع تعامل، تعامل پلیس با قوای سه گانه نیز از اهمیت قابل ملاحظه‌ای برخوردار شده است و نشان دهنده وابستگی اجزای مختلف نظام اجتماعی به یکدیگر می‌باشد (الیاسی و تقوبی، منصور (۳۲:۱۳۸)

◦ - مفهوم لغوی و اصطلاحی ضابطین دادگستری

مفهوم لغوی: کلمه ضابط از ریشه ضبط گرفته شده و در لغت به معنای نگاهدارنده، حفظ کننده، حاکم والی و مفتشر و آنکه را از جانب سلطان اداره می‌کند می‌باشد و از ریشه ضبط به معنای نگاه داشتن، حفظ کردن، محکوم کردن و نگهداری است. در ترمینولوژی حقوق ضابط چنین تعریف شده است: (بلوک را به چند ناحیه تقسیم کرده و برای هر ناحیه اداره ای به عنوان اداره ناحیتی تاسیس و رییس آن اداره (که نماینده وزارت کشور در آن ناحیه بود) را ضابط یا مباشر می‌گفتند (آخوندی، ۱۳۸۸: ۳۱) بنابراین ضابط کسی است که اختیارات زیادی در ابعاد مختلف اعم از امور اجرایی و مالی دارد و حافظ امنیت و رفاه و نظم محل خدمت می‌باشد.

مفهوم اصطلاحی: مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعليمات مقام قضایی، در کشف جرم و بازجویی مقدماتی و حفظ آثار و دلایل جرم و جلوگیری از مخفی شدن متهم و نیز ابلاغ اوراق قضایی و اجرای تصمیمات قضایی، به موجب قانون، اقدام می‌کنند و هیچ شخصی نمی‌تواند ضابط باشد مگر اینکه قانون این سمت را برای وی به رسمیت شناخته و تعیین کرده باشد که عبارت اند از نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران؛ رؤسا و معاونان زندان نسبت به امور زندانیان؛ مأموران نیروی مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی که به موجب قوانین خاص و در محدوده وظایف محوله ضابط دادگستری محسوب می‌شوند؛ سایر نیروهای مسلح در مواردی که شورای عالی امنیت ملی تمام یا بخشی از وظایف ضابط بودن نیروی انتظامی را به آنان محول کند (مانند سپردن شهر در شرایط فوق العاده به ارتش)؛ مقامات و مأمورینی که به موجب قانون خاص در حدود وظایف محولة ضابط دادگستری محسوب شوند (ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی و کیفر ارتش) ریاست و نظارت بر ضابطین دادگستری از حیث وظایفی که به عنوان ضابط بر عهده دارند با دادستان است و در صورت تخلف در عمل جرم بوده و پس از رسیدگی به ۳ ماه تا یک سال انفعال از خدمت دولتی محکوم خواهد شد. و گزارش ضابطین در صورتی که موافق باشد و مورد اعتماد قاضی باشد، معتبر است

◦ - ضابطان دادگستری

ضابطان عام دادگستری: ضابطان عام ضابطینی هستند که در مورد کلیه جرایم، صلاحیت اقدام را دارند مگر این که قانون منع کرده باشد و وظایف و اختیارات آنها محدود به جرائمی معین یا شرایط خاصی نیست. مأمورین نیروی انتظامی ضابط عام تلقی می‌شوند و نیروی انتظامی جامع و کامل ترین مصدق ضابطین عام است. ناجا صلاحیت اقدام در مورد کلیه جرایم به جز آن چه که



قانون منع کرده است دارد. حتی در جرایمی که طبق موادین قانونی در صلاحیت ضابطین خاص و موردي است، نیروی انتظامی مکلف به همکاری با ضابطین خاص است. گرچه این نیرو حسب تعريف، در تابعیت فرماندهی کل قوا و وابسته به وزارت کشور است ولی در مقام ضابط عام دادگستری بایستی وظایف محوله را تحت ناظارت و به حکم مرجع قضایی انجام دهد. موید این مطلب تعريفی است که در بند الف ماده ۲۹ قانون ۱۳۹۲ آیین دادرسی کیفری از ضابط عام دادگستری ارائه نموده است.

ضابطان خاص دادگستری: آن دسته از ضابطین که صلاحیت اقدام درباره هیچ جرمی را ندارند مگر آنچه را قانون اجازه داده باشد، ضابط خاص گویند، طبق بند سوم ماده ۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری ضابطین خاص دادگستری، مامورینی هستند که مستقیماً به موجب قانون یا تحت ناظرات و تعليمات قانونی مقام قضایی در حدود وظایف محوله و در مورد جرائم خاصی یک یا چند وظیفه از وظایف ضابطین را از قبیل کشف جرم و بازجویی مقدماتی و حفظ آثار و دلائل جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم و ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی را انجام داده و مراتب را به مقام قضایی اعلام می‌نماید. به عبارتی دیگر مامورینی که به موجب قوانین خاص به انجام وظایف خود ضابط دادگستری بحساب می‌آیند، ضابطین خاص گفته می‌شوند. این ضابطین از کلیه اختیارات ضابطین دادگستری برخوردار نیستند و فقط از لحاظ انجام وظایف خاص یا در زمان معین ضابط دادگستری محاسب می‌شوند. و به عبارتی مامورینی هستند که دارای قدرت عام ضابطیت نیستند اما به اعتبار شغل، وظیفه خاصی دارند یعنی میتوانند بعضی از اقدامات را در حد اقدامات تعقیبی و تحقیقی انجام دهند و گزارش آنها از حیث ارزش در ردیف اعتبار گزارش ضابطین دادگستری ارزیابی می‌شود. مانند مأموران وزارت اطلاعات که با دستور دادستان مأمور اجرای وظایف ضابطین شده باشند. یا روسا و مأموران زندان نسبت به امور زندانیان، مأموران سازمان اطلاعات سپاه مأموران نیروی مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب و سایر نیروهای مسلح در مواردی که به موجب قانون تمام یا برحی از وظایف ضابطان به آنان محول شود.

قوای سه گانه: از سده‌های پیش، نظریه پردازان مختلف حقوق و علوم سیاسی، حاکمیت کشور را به ابعاد مختلفی تقسیم نمودند و آن را به ارگان‌های ویژه ای سپردند تا از این طریق، قدرت در دست یک نفر یا یک ارگان جمع نشود و از استبداد چلوگیری به عمل آید. این ایده در حال حاضر تحت عنوان تفکیک قوا شناخته می‌شود. اما معروف‌ترین تقسیم بندی از قوای حاکم

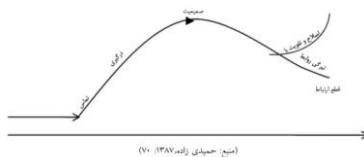
در کشور، به اعتبار اصل ۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران طبق وظایف آنها به سه قوه مجریه، قوه مقننه و قوه قضاییه میباشد که زیر نظر رهبری و مستقل از یکدیگر بر طبق اصول قانون اساسی فعالیت میکنند.

تحقیقات مقدماتی: تعریف تحقیقات مقدماتی در بادی امر روشن به نظر میرسد، اما با نگاهی به دکترین حقوقی و مقررات قانونی مشاهده میشود که حقوقدانان برداشت‌های مختلفی از آن دارند و در مقررات قانونی نیز با مفاهیم مختلفی مواجه می‌شویم؛ ۱- با استناد به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ می‌توان گفت: تحقیقات مقدماتی کلیه اقداماتی است که به منظور کشف جرم، تعقیب و دستگیری متهم، جلوگیری از فرار وی، حفظ آثار و ادله جرم و تسهیل و تمهید دلایل، اعم از دلایل اثبات جرم و دلایل مفید به حال متهم با توجه به اصل برایت صورت می‌پذیرد و هدف اصلی آن آماده سازی پرونده و تسریع رسیدگی در دادگاه است که از سوی ضابطان دادگستری راساً یا به دستور و حسب ارجاع مقامات قضایی یا از سوی قضات تحقیق و نیز سایر مقامات صالح قضایی انجام می‌شود. اصول کلی حاکم بر تحقیقات مقدماتی که در بیشتر نظامهای حقوقی پذیرفته شده است، اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق است تا تحقیقات مقدماتی درباره یک اتهام، توسط همان مقامی که متهم را تحت تعقیب قرار داده است، صورت نگیرد. تحقیقات مقدماتی شامل سه دسته از اعمال قضایی می‌شود: الف. جمع‌آوری دلایل و قرایین امارات جرم. ب. جلوگیری از فرار یا پنهان شدن متهم و امحای آثار و علایم جرم. ج. اظهار نظر درباره بزهکار بودن یا نبودن متهم. همچنین ویژگی‌های تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری دارای چهار ویژگی می‌باشد. آیین دادرسی کیفری ایران از نظام دادرسی مختلط الهام گرفته که مرحله تحقیقات مقدماتی تابع نظام تفتیشی و مرحله دادرسی تابع نظام اتهام است. ویژگی‌ها به شرح زیر می‌باشد: کتبی بودن، محروم‌انه بودن، سرعت، دقت نظر از جمله ویژگی‌های این مرحله از فرایند دادرسی کیفری هستند.

۳-۲. چهار چوب نظری: موضوع تعامل اداری با محیط پیرامون، از جمله با اهمیت‌ترین موضوعات پیش روی دستگلهای می‌باشد جوهره اساسی و مهم نهادهای اجتماعی را رفتار متقابل تشکیل می‌دهد، در واقع یعنی تعاملی که قسمت‌های مختلف اجتماع با هم دیگر دارند؛ همراهی کردن، داشتن تعامل، شریک شدن، برهانیدن، گفتگوکردن، توافق کردن، اثرگذار بودن و احدهای مختلف اجتماعی باید رفتاری دو سویه باشد تا اجتماع به وجود آید و استمرار یابد. وقتی رفتار دو



سویه اجتماعی خاتمه یابد، عاقبت الامر بالطبع اجتماع نیز پایان می‌یابد، رفتار متقابل اساس و بنیاد جامعه است نخستین الگو و تئوری این پژوهش به شکل ذیل قابل رسم است



برحسب الگو مذکور تعامل ضابطان دادگستری با سایر قوای حاکمه مشمول خروجی سه حالتی می‌باشد که عبارتند از: تصحیح و تحکیم تعامل با هریک از قوای حاکمه؛ ضعف تعامل و بروز حداقل ترین تعامل و وابستگی که النهاه منجر به عدم ارتباط و تعامل شایسته می‌شود که ظهور هریک از این خروجی‌ها، منوط به نوع تعامل ضابطان دادگستری با سایر قوای حاکمه در تحقیقات مقدماتی دارد

○ تعامل با قوه مجريه

ضابطان دادگستری به علت وظایف تعریف شده و با در نظر گرفتن وظیفه تحقیقات مقدماتی، بنیان تعاملات قوی تر و مستحکم تری را با دولت شروع کرده اند و به نحوی ضابطان دادگستری موفق شده اند در ساختار دولتی جای خود را باز کنند و با وزارت‌خانه‌ها و سازمانها و ارگان‌های زیر مجموعه دولت تعاملات خوبی را ایجاد نمایند. بالاترین سطح تعاملات ضابطان دادگستری با قوه مجريه در وزارت‌خانه‌های آموزش و پرورش، وزارت علوم و وزارت کشور می‌باشد. ضابطان در تعامل با آموزش و پرورش به دنبال بالا بردن سطح تهدید به قانون و قانونگرایی، کاهش آسیب‌های اجتماعی و ارتقا دانش حقوقی دانش آموزان هستند ارتباط و تعامل با آموزش و پرورش از این جهت برای ضابطان دادگستری از ارزش خاصی برخوردار است که دانش آموزان در سینین مهمی هستند و همه آموزشها برای آنان در عرصه‌های اجتماعی و فرهنگی باعث کاهش چشمگیر هزینه‌های ضابطان را در سال‌های آینده خواهد شد. در واقع این نوع تعاملات هدف دار به منظور نوعی سرمایه گذاری دراز مدت برای ضابطان دادگستری به حساب می‌آید زیرا بسیاری از جرایم به علت عدم آگاهی و آموزش کافی در سینین پایین رخ می‌دهد در واقع آموزش‌های لازم به دانش آموزان منجر به کاهش جرایم در سال‌های آتی می‌شود که بالطبع کاهش تحقیقات مقدماتی را در پی دارد از جمله ضابطانی که به سبب وظایف تعیین شده در قلمرو جامعه پذیر نمودن افراد جامعه الخصوص دانش آموزان بر عهده‌ی آنها است و همکاری‌های بسیار وسیعی با

آموزش و پرورش دارند کادر نیروانتظامی است فلاند در ادور گذشته، نیروی انتظامی برنامه‌های متفاوتی را به نحو جدگانه با اهداف

۱- ترقی نظم اجتماعی و فرهنگی در تمامی قلمروهای سرزمینی

۲- پیشگیری از جرم و بزهکاری

۳- تعلیم و فرهنگ سازی و تحول راه و روش‌ها

۴- پیوستگی و تعامل فعال با تمامی مراکز و ارگان‌های فرهنگ ساز با برتری و تقدم آموزش و پرورش، در تمام کشور به مرحله اجرا درآورده است. اصلی ترین قسمت از عملکردهای مشترک ضابطان دادگستری با معاونت آموزش وزارت آموزش و پرورش بوده در قلمرو وظایف پلیس راهور است. در مابقی حالات، عملکردها اکثراً مربوط به برده‌های زمانی خاص و ایفا دستورالعمل‌های موضوعی می‌شود.

تعاملات حاضر مابین ضابطان دادگستری و مدارس را در دو گروه کلی می‌توان تعریف نمود :

الف) ارتباطاتی که به نحو عملکردهای انجام شده در مباحث مختلف در سالهای اخیر برپایه توافقات دوره‌ای و اکثراً در ابعاد مختلف اجرایی وزارت آموزش و پرورش و ضابطان دادگستری صورت گرفته است. جلوه مهم و برجسته آن در هفته نیروی انتظامی و ایام نورز و ایام مدرسه در حوزه راهنمایی و رانندگی نمایان است.

ب) ارتباط ضابطان دادگستری و آموزش و پرورش در ابعاد اداری در شکل دستورالعمل‌ها و یا هم اندیشی‌ها و یا احکام اداری به صورت تفاهمنامه‌های مابین رئیسی وزارت آموزش و پرورش و ضابطان دادگستری است. مثلاً در سال ۱۳۸۸، برای استفاده صحیح از وسائل آموزشی در جهت ترویج بیش‌های عمومی و ارتباط ضوابط اجتماعی و جلوگیری از رخداد جرائم و نحوه ترقی و ترفندات اجتماعی بیش از پنج میلیون و پانصد و شصت و چهار هزار عدد پکیج‌های آموزشی از جمله بروشور، کتابچه، تراکت، لوح فشرده در سطح استان‌ها و شهرستان‌ها توزیع شده است

تعامل ضابطان دادگستری با وزارت کشور پیوستگی نزدیکی با معنا امنیت ملی دارد؛ معنایی که در واقع هم برای ضابطان دادگستری و هم برای وزارت کشور مسیله مهمی به حساب می‌آید و همه‌ی این تعاملات برای ایجاد امنیت می‌باشد. براین اساس امنیت زنجیره ارتباطی بین وزارت



کشور و ضابطان دادگستری است وزارت کشور تکالیف و حق تفویض امور زیر را به ضابطان دادگستری بر عهده دارد:

ابلاغ و پیجوبی دستورالعمل‌ها و تصویبات شورای امنیت ملی؛

ابلاغ رایزنی‌ها و بخشنامه‌های جمیعی و همگانی از حیث تثبیت سازماندهی و امنیت در قالب دستورالعمل‌های شورای امنیت ملی؛

رسیدگی برنامه‌ها و لایحه‌ها و بخشنامه‌های مرتبط به ضابطان دادگستری که بر حسب قانون وزارت کشور در قبال آن موظف به رسیدگی و بررسی و دفاع از آنها است؛ مصوب بخشنامه‌ها و شیوه نامه‌های مرتبط به ضابطان دادگستری که بر حسب قانون، تایید آن بر ذمه وزیر کشور است؛ انتخاب تدابیر صحیح در قبال اتباع بیگانه و تکوین تناسب‌های درست در حیطه تکالیف و دستورالعمل‌های شورای هماهنگی اتباع خارجه؛ انتخاب تدابیر در قبال گذرنامه‌ها در حیطه تکالیف و دستورالعمل‌های ستاد گذرنامه. در جهت احراق و اجرا امنیت جامعه و شهروندان در عرصه ملی، ضابطان دادگستری و وزارت کشور، پژوهه‌ها و پروگرام‌ها، استراتژی‌ها و ترجیح بندی‌های امنیتی را در حیطه رایزنی‌ها و تدابیر دفاعی - امنیتی را با تصویب فرماندهی معظم کل قوا و شورای عالی امنیت ملی به شورای امنیت کشور اعلام می‌نماید. شورا امنیت کشور در حیطه این خط مشی و دیپلماسی‌ها، توصیه‌ها را بررسی و مصوب می‌نماید.

ضابطان دادگستری در موقع آشوب‌ها و ناآرامی‌های امنیتی، اتفاقات غیرمنتظره و سری امور خطیر و ملی مثل برگزاری انتخابات، در حیطه سیاست‌های فرمانده معظم کل قوا و تدابیر ستاد کل و مصوبات شورای عالی امنیت ملی و شورای امنیت کشور، مکلف به همراهی و مساعدة کارآمد با وزارت کشور می‌باشد. برای اجرای برنامه‌های اداری و تعاملات، معاونت امنیتی وزارت کشور، از لحاظ قانونی می‌تواند به نامه نگاری تعامل با معاونت‌های ضابطان دادگستری در جهت پیگیری بخشنامه‌ها، سیاست و دستورالعمل‌های وزیر کشور، گرفتن احصا و داده‌ها و رفاندم در حیطه وظایف وزارت کشور می‌باشد.

تمامی تعاملات و نامه نگاری‌های وزارت کشور در جهت مسائل امنیتی - انتظامی و مأیقی برنامه‌ها در حیطه وظایف قانونی وزارت کشور از طریق معاونت امنیتی - انتظامی خواهد بود. طریقه تعامل و نامه نگاری مابین معاونت‌ها و ضابطان دادگستری با دیگر معاونت‌ها و ادارات کل

وزارت کشور، به مانند سیاق رایج نامه نگاری‌ها مابین وزارت خانه‌ها و ارگان‌ها با ضابطان دادگستری می‌باشد.

طرح‌ها و برنامه‌های مورد احتیاج ضابطان دادگستری، توسط اداره کل حقوقی قوه قضائیه مهیا و برای ستاد کل و وزارت کشور فرستاده می‌شود. ستاد کل بعد از اقتباس از رای وزارت کشور، موضوع را به استحضار فرمانده معظم کل قوا رسانده و سیاست‌های مقام معظم رهبری را راجع به طرح‌ها به وزارت کشور و ضابطان دادگستری ابلاغ می‌نماید.

دفاع از برنامه‌های مربوط به ضابطان دادگستری در مجلس شورای اسلامی به عهده اداره کل حقوقی قوه قضائیه و وزارت کشور می‌باشد. همچنین در هیئت‌ها و انجمن‌های دولت و مجلس که به منظور رسیدگی به طرح‌ها و پیشنهادهای مربوط باضابطان دادگستری تشکیل می‌شود، ضابطان دادگستری هم حضور دارند.

برای بررسی آن گروه از برنامه‌ها و پیشنهادها که جهت مسایل امنیتی مربوط به ضابطان دادگستری در مجلس یا دولت مورد بحث قرار می‌گیرد، ضابطان دادگستری هم در انجمن مرتبط حضور خواهند داشت و دیدگاه خود را مطرح می‌کنند.

آن گروه از اساسنامه‌ها و بخشنامه‌هایی که بر حسب قانون کشور، مصوبه آنها از وظایف هیات وزیران می‌باشد، توسط ضابطان آماده و برای ستاد کل و وزارت کشور فرستاده می‌شود. وزارت کشور در حیطه تدبیر ستاد کل، آن را به تصویب هیات وزیران می‌رساند.

پرسش‌های نمایندگان مجلس از وزیر کشور راجع به ضابطان دادگستری، از طریق وزارت کشور به ضابطان اطلاع داده می‌شود و ناجا مکلف به پاسخگویی در وقت مقرر به وزارت کشور است.

در صورتی که بیانیه‌هایی در خصوص ضابطان دادگستری از طریق وزیر کشور جهت تحقیقات به ضابطان دادگستری محول شود، ضابطان دادگستری مکلفند ملاحظه‌های لازم را در جهت رفع اشکالات مبذول نمایند و نتیجه‌ی آن را به سمع و نظر وزارت کشور برسانند.

علی ایحال جهت تعامل بهتر ضابطان دادگستری با قوه مجریه طرح‌های زیر پیشنهاد می‌شود:



آگاهی و شناسایی از مجموعه ارتباطات و تعاملات ضابطان دادگستری با ارگان‌های دولتی مربوط با مساله تعامل توضیح و شرح کامل تعامل و ارتباط تالیف ویژگی‌های سروکار ضابطان دادگستری با کانونها و ارگان‌های دولتی تالیف اقسام فعالیتها و توضیح وظایف ضابطان دادگستری

شناسایی و گردآوری قوانین و مقررات مربوط با ضابطان دادگستری و سازمان‌های دولتی مهیا کردن و تعیین ماهیت و دامنه ابزارهای ضروری جهت انجام هرچه بهتر وظایف تعاملی تالیف و مهیا کردن بخشنامه‌های راهبردی ضروری اخذ جوازه‌ای ضروری مورد نیاز طبق سندها و قوانین بالا دستی تاسیس و معین کردن بهره سرمایه‌گذاری ضابطان دادگستری و کانونها و ارگان‌های دولتی در حیطه انجام دستورالعمل‌های تعاملی تعیین و آگاهی از مزایای ضابطان دادگستری در توسعه تعامل با وزارت‌تخانه و سازمان‌های دولتی تعیین و آگاهی با تبحر و تسلط‌های پدید آمده به سبب دستورالعمل‌های تعاملی ضابطان دادگستری با قوه مجریه تعیین و آگاهی با فراگیری علم و آگاهی ضابطان دادگستری در انجام وظایف تعاملی تعیین مزایای مالی به وجود آمده برای ضابطان دادگستری به سبب دستورالعمل‌های تعاملی ضابطان دادگستری با قوه مجریه تعیین مزایای غیرمالی و وجهه ایجاد شده برای ضابطان دادگستری به جهت تعامل با سازمان‌های دولتی تدوین سطح اعتماد اجتماعی ایجاد شده به جهت وظایف تعاملی ناجا با مرکز دولتی تعیین گنجایش و توسعه تعاملات اجتماعی به سبب دستورالعمل‌های تعاملی ضابطان دادگستری با قوه مجریه انتخاب ذی التفعان بپرون از ضابطان دادگستری به سبب وظایف تعاملی تعریف و توضیح منافع مالی و غیرمالی ارگان‌های دولتی به سبب تعامل با ضابطان دادگستری ایجاد راههای ارتباطی ضابطان دادگستری با سازمان‌های دولتی ایجاد راهها، قلمروها و روشهای ارایه فعالیت ضابطان دادگستری با ارگان‌های دولتی.

◦ تعامل با قوه قضاییه

ضابطین دادگستری در تعامل با قوه قضاییه به عنوان ضابط قضایی معرفی می‌شوند ضابط در لغت به معنای حفظ کننده، نگهدارنده، حاکم، محفوظ دارنده آمده است (انصافپور، ۱۳۶۵: ۶۵)

((دادگستری)) در لغت به معنی اجرای عدالت است. در اصطلاح اسم وزارت‌تخانه ای است که در معیت قوه قضاییه انجام وظیفه می‌کند و اسم سابق آن عدله است (لنگرودی، ۱۳۰: ۲۹) مطابق با ماده ۲۸- قانون آ.د.ک ضابطان دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعليمات دادستان در کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، تحقیقات مقدماتی، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضائی، به موجب قانون

اقدام می کنند دادسراهای عمومی و انقلاب به منظور کشف جرم، تعقیب متهم، انجام تحقیقات، حفظ حقوق عمومی و اقامه دعوای در حوزه قضایی هر شهرستان و در معیت دادگاههای آن حوزه برای اجرای احکام کیفری، انجام امور حسی و سایر وظایف قانونی تشکیل شده اند و ریاست دادسرا و همچنین ناظارت بر ضابطان دادگستری از حیث وظایفی که به عنوان ضابط به عهده دارند با دادستان است. سایر مقامات قضایی نیز در اموری که به ضابطان ارجاع می دهند، حق ناظرت دارند اما ذکر این نکته الزامیست ارجاع امر از سوی مقام قضایی به ماموران یا مقاماتی که حسب قانون ضابط تلقی نمی شوند، موجب محاکومیت انتظامی تا درجه چهار است وظیفهٔ ضابطان دادگستری علاوه بر تبعیت از دستورات مقام قضایی، گزارش و اعلام جرم به مرجع قضایی است که این امر، به عنوان یکی از طرق اطلاع دادسرا از وقوع جرم مطرح میگردد در واقع ضابطان دادگستری، بازوی اجرایی دادسراهای و دادگاهها در انجام وظایفشان هستند در بحث انجام دستورات قضایی مطابق به مواد ۳۴ و ۳۵ قانون آ.د.ک، دستورهای مقام قضایی به ضابطان دادگستری به صورت کتبی، صریح و با قید مهلت صادر می شود. در موارد فوری که صدور دستور کتبی مقدور نیست، دستور به صورت شفاهی صادر می شود و ضابط دادگستری باید ضمن انجام دستورها و درج مراتب و اقدامات معموله در صورت مجلس، در اسرع وقت و حداقل ظرف بیست و چهار ساعت آن را به امضا مقام قضایی برساند. ضابطان دادگستری مکلفند تا در اسرع وقت و در مدتی که دادستان یا مقام قضایی مربوط تعیین می کند نسبت به دستورهای صادره و تکمیل پرونده اقدام نماید؛ تا نقصی در تحقیقات مقدماتی به وجود نیاید. چنانچه اجرای دستور یا تکمیل پرونده میسر نشود ضابطان باید در مهلت تعیین شده گزارش آن را با ذکر دلیل برای دادستان یا مقام قضایی مربوط ارسال کنند حال اگر ضابطان از وظیفه‌ای که به آنها محول شده و تکالیف و دستورات قضایی که به عهده دارند به طور کامل از انجام آنها خودداری کنند یا ضعفی نشان دهند مطابق با ماده ۶۳ قانون آ.د.ک به سه ماه تا یک سال انفال از خدمات دولتی محکوم میشود در نتیجه قانون صراحةً ضمانت اجرای برای دستورات قضایی نیز پیش بینی کرده است تمام اقدامات ضابطان دادگستری در انجام تحقیقات مقدماتی باید مطابق ترتیبات و قواعدی باشد که برای تحقیقات مقدماتی مقرر است در خصوص وصول و انتقال شکایتها و اعالم جرمها ضابطان دادگستری موظفند کلیه شکایتها و اعلام جرمها را وصول و آنها را در صورت لزوم پس از تحقیق و بررسی ابتدایی، به نظر دادستان برساند. منظور از شکایت، اعلام جرم از طرف خود قربانی است. در حقوق ایران الزام نیست که شکواییه به صورت کتبی تنظیم و تسليم مقام صالحیت دار قضایی یا ضابط دادگستری گردد. در این موارد شکواییه شفاهی در صورت مجلس قید میشود



و به امضا شاکی میرسد؛ اگر شاکی تواند امضا کند یا سواد نداشته باشد مراتب در صورت مجلس قید و انطباق شکایت شفاهی با مندرجات صورت مجلس تصدیق میشود. پس از دریافت شکایت ضابطین دادگستری مکلفند به شاکی رسید تحویل دهنده و به فوریت پرونده را نزد دادستان ارسال کنند مطابق ماده ۳ قانون آ.د.ک ضابطان دادگستری مکلفند شاکی را از حق درخواست جبران خسارات آگاه سازد و نیز اظهارات شاکی در مورد ضرر و زیان واردہ را در گزارش خود به مراجع قضایی ذکر کنند. همچنین ایشان مکلفند شاکی را از حق بهره مندی از خدمات مشاورهای موجود و نیز سایر معاوضتهای حقوقی آگاه سازد. تحمیل هزینه‌های ناشی از انجام وظایف ضابطان نسبت به کشف جرم و... تحت هر عنوان بر بزه دیده ممنوع است. ضمانت اجرای تخلف ضابطان از این موارد نیز محکومیت به سه ماه تا یک سال انفصال از خدمات دولتی است

در تنظیم صورتجلسه جرایم گزارش ضابطان در صورتی معتبر است که برخلاف اوضاع و احوال و قراین مسلم قضیه نباشد و براساس ضوابط و مقررات قانونی تهیه و تنظیم شود. هرگاه قراین و امارات مربوط به وقوع جرم مورد تردید است یا اطلاعات ضابطان دادگستری از منابع موثق نیست، مطابق ماده ۴۳ قانون آ.د.ک آنان باید پیش از اطلاع به دادستان، بدون داشتن حق تفتیش و بازرگانی یا احضار و جلب اشخاص، تحقیقات لازم را به عمل آورند و نتیجه آن را به دادستان گزارش دهنند. البته اطلاعاتی که جمع آوری میشوند باید در قالب صورت جلسه و به صورت مکتوب درآید و دادستان نمی‌تواند اظهارات شفاهی را مبنای به حرکت درآوردن دعوای عمومی قرار دهد. دادستان با توجه به این گزارش، دستور تکمیل تحقیقات را صادر و یا تصمیم قضایی مناسب را اتخاذ می‌کند از ظاهر ماده مذکور چنین استباط میشود که جمع آوری اطلاعات اقدامی اختیاری نیست بلکه ضابطان دادگستری وظیفه دارند در مواردی که از وقوع جرم مطلع گردیده و دلایل کافی وجود ندارد به تحقیق و جمع آوری اطلاعات بپردازنند. دادستان با توجه به این گزارش، دستور تکمیل تحقیقات را صادر و یا تصمیم قضایی مناسب را اتخاذ می‌کند. همچنین در ماده ۵ قانون آ.د.ک ذکر شده است که چنانچه ضابطان دادگستری در هنگام بازرگانی محل، ادله، اسباب و آثار جرم دیگری را که تهدید کننده امنیت و آسایش عمومی جامعه است، مشاهده کنند، ضمن حفظ ادله و تنظیم صورت مجلس، بلافاصله مراتب را به مرجع قضایی صالح گزارش و وفق دستور وی عمل می‌کنند. عدم اخذ قرار تامین: از آن جهت که وظیفه دادستان یا مقام قضایی است که برای جلوگیری از فرار متهم یا دسترسی به متهم، پنهان شدن متهم و حضور به موقع وی در موارد لزوم و جلوگیری از تبانی متهم با دیگران صدور قرار تامین را صادر می‌کند و این کار حقوق و آزادیهای فردی را محدود می‌کند و از وظایف انصاری وی می‌باشد؛ ضابطان هیچ

اختیار و قدرتی از خود برای اخذ قرار تامین ندارند و نیز مقام قضایی نمی‌تواند این اختیار را به ضابطان تفویض کند علی ایحال جهت تعامل بهتر ضابطان دادگستری با قوه قضاییه طرح‌های زیر پیشنهاد می‌شود:

- تهیه روند تعامل و ارتباط ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- تهیه و انتخاب وجه ممیزی تعاملی ضابطان دادگستری در ارتباط با قوه قضاییه
- تهیه و انتخاب اقسام فعالیت‌های ضابطان دادگستری به عنوان ضابط خاصه قوه قضاییه و دیگر تکالیف سپرده شده به آنها
- تدوین علمی جوهره‌ی اصلی ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- آگاهی و اطلاع از قوانین مربوط به تکالیف تعاملی ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- انتخاب و شناخت اسباب و ساخت و کارهای لازم در جهت انجام تکالیف تعاملی ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- تدوین و توصیف رهنمودهای لازم جهت تعامل شایسته ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- تدوین و توصیف و اخذ پروانه‌های لازم جهت در جهت انجام تکالیف تعاملی ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- آگاهی و انتخاب مصالح مشترک در جهت انجام تکالیف تعاملی ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- انتخاب و تشکیل شبکه‌های تعاملی معین و تدوین یافته در جهت انجام تکالیف تعاملی ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- همانندسازی اطلاعات و تاسیس بانک داده‌ها با در نظر گرفتن اقسام تکالیف تعاملی ضابطان دادگستری با قوه قضاییه
- تعیین و احداث سازمان و مدیریت واحد با در نظر گرفتن اقسام تکالیف تعاملی ضابطان دادگستری با قوه قضاییه



- تهییه و تعبیر تکالیف برای همه می‌فعالیت‌های ارایه شده برای قوه قضائیه

○ تعامل با قوه مقننه

براساس اصل ۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی یکی از سه قوه نظام جمهوری اسلامی ایران است که کار تهییه و تصویب قوانین عمومی کشور را بر عهده دارد قوه مقننه است. قوه مقننه از دو رکن تشکیل شده است: که مطابق اصل ۵۸ قانون اساسی، اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی که در آن نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌دهند، قوانین گوناگون مورد نیاز کشور را تهییه، تعديل و تصویب می‌کنند. اعضای شورای مجلس اسلامی هر چهار سال یک بار انتخاب می‌شوند. رئیس مجلس در حال حاضر محمدباقر قالیاف است هرچند امر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران از طریق مجلس است، اما به این معنی نیست که مصوبات مجلس به تنها بی دارای اعتبار است در واقع طبق اصول ۹۱، ۹۴ و ۱۱۲ تایید مصوبات مجلس بر عهده ی شورای نگهبان است. شورای نگهبان که کار نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی و انطباق آنها با قانون اساسی و شرع را بر عهده دارد. این شورا مرکب از ۱۲ نفر است.

۶ نفر فقیه که از سوی رهبر جمهوری اسلامی انتخاب شدند و ۶ نفر حقوقدان که از طرف قوه قضائیه به مجلس معرفی می‌شوند. تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تأیید انطباق مصوبات مجلس با رأی سه چهارم فقهای این شورا صورت می‌گیرد مقنن بودن مجلس، مغایرتی با محصور بودن حق مقنن بودن آن ندارد.

به عبارتی، با اینکه مجلس، حق قانونگذاری دارد، لیکن مطابق قانون اساسی، در بعضی از عرصه‌ها حق قانونگذاری ندارد. طبق اصل ۱ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: (مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند) حق قانونگذاری مجلس به دو سبب محصور است؛ نخست آن که حق قانونگذاری در زمینه‌هایی که با کلیات و دستورات دین رسمی کشور یا قانون اساسی تناقض داشته باشد.

دوم آن که تصمیم گیری و تدوین دستورکارها در برخی از عرصه‌ها، مطابق قانون اساسی، به ارگان‌های خاصی تفویض شده است مجلس شورای اسلامی، دارای تکالیف سخت و معتمدی است. کلیات گسترده قانون اساسی در فصل ششم، منوط به همین بحث است. خطیرترین تکالیف و اختیارات مجلس به تفصیل ذیل است: ۱- خطیرترین و اساسی ترین تکلیف مجلس شورای اسلامی، رسالت قانونگذاری است مهمترین و اصلی ترین وظیفه مجلس شورای اسلامی، وظیفه

قانونگذاری است. مجلس در هر عرصه‌ای که ضروری ببیند، می‌تواند قانون وضع کند. مطابق اصل ۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند طبق اصل ۸۵ قانون مذکور، مجلس حق تفویض قانونگذاری را به اشخاص یا انجمن‌ها را ندارد. به استثنای موارد واجب که مجلس حق تفویض قانونگذاری را با اعمال شرایطی، به انجمن‌های داخلی را دارد ۲-۲ ارائه طرح‌های قانونی و بازبینی طرح‌ها و نیز بازبینی لایحه‌های دولتی در اصل ۴ مقرر گردیده است: «لوایح قانونی، پس از تصویب هیأت وزیران، به مجلس تقدیم می‌شود و طرح‌های قانونی، به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان، در مجلس شورای اسلامی قابل طرح است. بعلاوه، مطابق اصل ۱۵۸ قانون اساسی، تدوین لایحه‌های قضایی، بر ذمه رئیس قوه قضائیه است.

رئیس قوه، پیشنهادهای قضایی را به هیأت دولت می‌دهد و بعد از تایید در هیأت دولت، به مجلس شورای اسلامی فرستاده می‌شود لوایح مذکور، بعد از اعلام در صحن مجلس جهت بازبینی و تصحیح و بفرجام رساندن به کمیسیون مربوطه ارسال می‌شوند تا بعد از بررسی کمیسیون و موافقت هیأت رئیسه و کمیسیون در وله اول، جهت بحث در اصول کلی (شور اول) به مجلس و جلسه علنی آن ارسال شود و بعد از تایید اصول کلی، دوباره به کمیسیون مربوطه ارجاع داده شود و حین بررسی اصلاحات و توصیه‌های نمایندگان، مجدد جهت تایید جزئیات آن به مجلس ارسال می‌شود. ایندفعه، تکلیف لوایح و طرح‌ها سابق الذکر مشخص خواهد شد همچنین از بالهیمت ترین مصادق‌های تعامل ضابطان دادگستری با قوه مقننه، می‌توان به تصویب قانون جدید رسیدگی به تخلفات رانندگی اشاره کرد. قانون مذکور، درواقع تصحیح قانون ۴۱ سال قبل است.

در سال ۱۳۵۰ این قانون ذیل عنوان قانون نحوه رسیدگی به تخلفات رانندگی و اخذ جرائم مورد توجه بود و عجالتاً پس از ۴۱ سال، مورد بازبینی قرار گرفته شده است. مجموعه عملکردهای مختلف تا حصول و تایید این قانون نزدیک به ۸ سال در مجلس شورای اسلامی به طول انجامید. فی الواقع قانون جدید بازبینی شده همان قانون قبلی است که با عنایت به دگرگونی‌های بنیادی، ذیل عنوان ضابطه جدید رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی نامیده می‌شد و بازبینی این قانون بر پایه تعامل ضابطان دادگستری با قوه مقننه حاصل شده است قانون جدید بعد از تدوین در اردیبهشت ماه ۱۳۹۰ لازم الاجرا شد. قسمتی از قانون مزبور که نیاز به اساسنامه اجرایی نداشت، از لحظه تصویب لازم الاجرا شدن به مرحله اجرا درآمد. وهله دوم، فی الواقع انجام یکی از اساسنامه‌های با اهمیت قانون مذکور است که همان جدول جرائم رانندگی



است که به تصویب هیات دولت رسید و بعد به مرحله اجرا درآمد. فلذا می‌توان اظهار داشت جهت انجام مناسب این قانون، اول در نتیجه تعامل با قوه مقننه، مراحل تایید این قانون سپری شد و پس از تایید از طریق تعامل با قوه مجریه، اساسنامه‌های مورد نیاز برای انجام این قانون، تصویب شد.

تعامل ضابطان دادگستری با قوه مقننه در جهت وضع قوانین جامعه به صرف برقراری نظام و امنیت ضرورت پیدا می‌کند. با توجه به اینکه این مساله بسیار تخصصی است، علی ایحال جهت تعامل بهتر ضابطان دادگستری با قوه قضاییه طرح‌های زیر پیشنهاد می‌شود:

- تعیین شبکه‌ها و شاخص‌های تعامل ضابطان دادگستری با نماینده‌های مجلس و قوه مقننه
- تشکیل فایل‌های مختص اطلاعات تعاملات دوسویه نماینده‌های مجلس و قوه مقننه با ضابطان دادگستری
- تشکیل و انتخاب مدیریت واحد با نماینده‌های مجلس و قوه مقننه هم در پایتخت و هم در سایر استانها
- انتخاب استراتژی‌های مناسب در جهت تعامل ضابطان دادگستری با نماینده‌های مجلس و قوه مقننه
- تهییه سازوکار و اخذ پروانه‌های لازم در جهت انجام وظایف تعاملی ضابطان دادگستری
- تعیین و تهییه مصالح مشترک برای تعامل ضابطان دادگستری با نماینده‌های مجلس و قوه مقننه
- انتخاب و مشخص نمودن ذی النفعان در تعاملات ضابطان دادگستری با قوه مقننه
- تعیین و تهییه فواید و مزایای مالی، معنوی تعامل ضابطان دادگستری و قوه مقننه
- گزینش صحیح روند تعامل ضابطان دادگستری با نماینده‌های مجلس و قوه مقننه
- تعیین و تهییه اقسام فعالیت‌های ضابطان دادگستری با قوه مقننه
- تهییه و گزینش خصوصیت‌های هر کدام از تعاملات ضابطان دادگستری و قوه مقننه

- تعریف و توصیف علمی و ماهیت تعاملات ضابطان دادگستری با قوه مقننه
 - تحریر و تهیه قوانین که مربوط با تعاملات ضابطان دادگستری با نماینده‌های مجلس و قوه مقننه
 - ساختارمند کردن روش ارایه فعالیت‌های ضابطان دادگستری به نماینده‌های مجلس و قوه مقننه
- * در وهله اول باید از گروه حقوقی متخصصی جهت ارایه طرح‌های قانونی استفاده کرد. گروه مذکور باید تبحر کافی و لازم را در علم حقوق داشته باشند به نحوی که در این زمینه خبره باشند تا بدین گونه بتوانند افرون بر آگاهی از چگونگی قوانین مجلس شورای اسلامی و جو حاکم بر آن، با نمایندگان مجلس تعامل داشته باشند
- * درخواست از نماینده‌های مجلس جهت شرکت در هیئت رسیدگی به موضوعات حقوقی ضابطان دادگستری جهت ارائه پیشنهادها برای تایید و مصوب شدن در صحن مجلس شورای اسلامی. این نوع تعامل ضابطان دادگستری که در وهله قبل از فرستادن پیشنهادات به مجلس شورای اسلامی رقم می‌خورد، که این امر باعث تسهیل در روند مصوب شدن قوانین خواهد شد و از سویی دیگر با عنایت به این نکته که نماینده‌های مجلس و سرپرستان کمیته‌های تخصصی مجلس شورای اسلامی در تدوین قوانین مذکور نقش دارند، فلذا تایید قوانین با آسانی بیشتری اتفاق خواهد افتاد
- * تاسیس هیئت ویژه رسیدگی به موضوعات ضابطان دادگستری به جهت آگاهی از فرصت‌های پیش رو برای اجرای نمودن طرح‌های دلخواه. بایست این هیئت رسیدگی افرون بر آگاهی درست از تکالیف و مسئولیت‌های مجلس و موسسات و ارگان‌های زیرمجموعه آن (مثل کانون پژوهش و مطالعات مجلس) طرح‌های همکاری مشترک را شناسایی نمایند و به این شیوه درصد بآشید در برخی زمینه‌ها نیز بودجه مورد نیاز را جهت پیاده سازی طرح‌های تخصصی خود را جذب نماید
- * گسترش تعاملات ضابطان دادگستری با مجلس شورای اسلامی در چارچوب اجلاس مشترک با رئیس مجلس و نمایندگان. این جلسات افرون بر آنکه سبب قرابت بیشتر نقطه نظرات



دو طرف خواهد شد، باعث آگاهی از فرصت‌های پیش رو هم خواهد شد و النهایه ضابطان دادگستری و نمایندگان مجلس می‌توانند از این موقعیت به نحو درست بهره برداری نمایند.

* به کار انداختن سیستم ارتباط ضابطان دادگستری و مجلس. این سیستم به شکل محرمانه و به جهت استفاده کردن از تجربه‌های نماینده‌های مجلس در زمینه نحوه تایید و تصویب قوانین می‌باشد. ضابطان دادگستری با ورود به این سیستم می‌توانند مشکلات حقوقی و نیازهای پیش روی خود را در چارچوب طرح سوال و مباحثه با نمایندگان مطرح کنند و این امر موجب پی ریزی تعامل بهتر تایید قوانین کامل تر را فراهم می‌آورد. از طرف دیگر سیستم مذکور النهایه موجب ارتباط دوسویه می‌شود

* تعامل ضابطان دادگستری با کانون تحقیق و پژوهش مجلس و بهره بردن از توانایی‌های کارشناسی آنها جهت تحقق نیازهای تحقیقاتی و مطالعاتی. با عنایت به آن که کانون تحقیقات و پژوهش‌های مجلس متشکل از خبرگان و محققان حوزه‌های مختلف است، ضابطان دادگستری می‌تواند در عرصه اجرا برنامه‌های پژوهشی خود از این ظرفیت استفاده کنند و از طرف دیگر، مرکز مطالعاتی و پژوهشی مجلس شورای اسلامی هم می‌تواند از ظرفیت علمی اساتید دانشگاه‌های نظامی و مراکز تحقیقاتی ضابطان دادگستری به جهت اجرای برنامه‌های امنیتی خود استفاده کند

* چاپ نشریه و یا مقالات علمی با معارضت کانون مطالعاتی و پژوهشی مجلس شورای اسلامی. مع الاسف در سال‌های گذشته همکاری‌های پژوهشی و تحقیقاتی در کشورمان سابقه زیادی ندارد و بیشتر محققان خواهان آنند که به نحو انفرادی به انجام کارهای علمی اقدام کنند. این روش انجام پژوهش به نحو انفرادی در اکثریت ارگان‌ها و موسسات ایران هم وجود دارد و کمتر ارگان و موسسه‌ای تمایل دارد به چاپ فصلنامه و مقالات علمی مشترک اقدام کند و اولویت بر آن است که هر ارگانی به صورت جداگانه یک فصلنامه را به چاپ برساند.

در حالی که ضابطان دادگستری و مرکز مطالعاتی مجلس بتوانند بستر پژوهشی مشترکی را برای خود تشریح کنند، و همچنین بر این اساس به چاپ مقالات علمی و فصلنامه‌های مشترک مبادرت ورزند و این همکاری بستر افزایش تعاملات این دو واحد را مهیا می‌سازد.

توسعه گستره همکاری‌های ضابطان دادگستری از جوانب مختلفی می‌تواند استمرار فعالیت‌های آن را تسطیح سازد

۲-۴. بحث و نتیجه گیری:

با گسترش جوامع بشری که بالطبع منجر به گسترش جرایم در جامعه با استفاده از روش‌های گوناگون و پیچیده ارتکاب جرم می‌شود و نیز اهمیت فرآیند پیگیری در تحقیقات مقدماتی و رسیدگی به علل وقوع و کشف جرم جامعه را بر آن داشته است که به تحقیقات مقدماتی پدیده‌های مجرمانه پردازد.

تحقیقات مقدماتی موثرترین و بهترین راه برای کشف جرم، تعقیب و دستگیری متهم، جلوگیری از فرار وی، حفظ آثار و ادله جرم و تسهیل و تمهید دلایل، اعم از دلایل اثبات جرم و دلایل مفید به حال متهم با توجه به اصل برائت است و به کلیه اقدامات و تدابیری گفته می‌شود که هدف آن آماده سازی پرونده و تسریع رسیدگی در دادگاه است که از سوی ضابطان دادگستری رأساً یا به دستور و حسب ارجاع مقامات قضایی یا از سوی قضات تحقیق و نیز سایر مقامات صالح قضایی انجام می‌شود، بنابراین هر اقدامی در جهت کشف جرم و دلایل آن باشد تحقیقات مقدماتی محسوب می‌شود. که بر همین اساس مشمول تمامی اقدامات کیفری و غیرکیفری بعد از وقوع جرم می‌باشد. دیدگاه‌های مختلفی در مورد تحقیقات مقدماتی وجود دارد که امروزه آیین دادرسی کیفری ایران از نظام دادرسی مختلط الهام گرفته که مرحله تحقیقات مقدماتی تابع نظام تفتیشی و مرحله دادرسی تابع نظام اتهام است

فلذا برای آنکه تعامل ضابطان دادگستری با سایر قوا در حوزه تحقیقات مقدماتی بتواند به بهترین شکل ممکن نمود پیدا کند و قابلیت اجرایی یابد نیازمند همیاری و تعامل ضابطان دادگستری با سه قوه قضاییه، مقتنه و مجریه می‌باشد، هرچند مطابق ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری (تحقیقات مقدماتی) بر عهده ضابطان دادگستری زیر نظر مقامات ذی صلاح قوه قضاییه نهاده است، اما متولی بودن قوه قضاییه در تحقیقات مقدماتی به معنای نقش نداشتن دیگر ارگان‌ها و نهادها نمی‌باشد، بلکه دیگر ارگان‌ها به عنوان بازوی اجرایی قوه قضاییه برای تحقیقات مقدماتی محسوب می‌شوند.

بنابراین علت سپردن امر تحقیقات مقدماتی به قوه قضاییه به آن سبب است که مهم ترین سازمانی که بتواند از فرار متهم جلوگیری، حفظ آثار و ادله جرم و تسهیل و تمهید دلایل وقوف داشته باشد قوه قضاییه است.



فلذا این قوه باید در امر تحقیقات مقدماتی تدابیر و خط منشی خاصی را دنبال نماید تا تحقیقات مقدماتی در معنای علمی تثبیت شود و با عنایت به عملکرد و کارهای پژوهشی و کاربردی قوه قضاییه چنین اندیشه ای در حال شکل گیری و تثبیت است در همین راستا قوه قضاییه از طریق سازمانها و ارگانهای اجرایی زیر مجموعه خود مانند فرماندهان، افسران و درجه داران نیروانتظامی، روسا، معاونان و ماموران زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان، ماموران وزارت، اطلاعات سازمان اطلاعات سپاه و ماموران نیروی مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی. همچنین سایر نیروهای مسلح و سازمانهای مردم نهاد در مواردی که به موجب قانون تمام یا برخی از وظایف ضابطان به آنان محول شده است... می‌تواند نقش و جایگاه مهمی در تحقیقات مقدماتی داشته باشد در راستای مطالعه نظام واحد تحقیقات مقدماتی، بدون شک تحلیل‌های استراتژی‌های کاربردی و اجرایی و مطالعه تصمیمات ارگان‌هایی متفاوت قوه مجریه در خصوص تحقیقات مقدماتی همدوش قوه قضاییه امری ضروری و اصلی می‌باشد؛ فلذا قوه قضاییه جز با تعامل با قوه مجریه نمی‌تواند در امر تحقیقات مقدماتی موفق باشد.

به این جهت قوه مجریه با همکاری قوه قضاییه نقش فعالی در تعامل ضابطان دادگستری در حوزه تحقیقات مقدماتی دارد. از این رو قوه مجریه از طریق وزارت‌خانه‌های زیر مجموعه خود نقش بسزایی در تحقیقات مقدماتی می‌تواند ایفا کند بالاترین سطح تعاملات ضابطان دادگستری با قوه مجریه در وزارت‌خانه‌های آموزش و پرورش، وزارت علوم و وزارت کشور می‌باشد.

ضابطان در تعامل با آموزش و پرورش به دنبال بالابردن سطح تعهد به قانون و قانونگرایی، کاهش آسیب‌های اجتماعی و ارتقا دانش حقوقی دانش آموزان هستند ارتباط و تعامل با آموزش و پرورش از این جهت برای ضابطان دادگستری از ارزش خاصی برخوردار است که دانش آموزان در سنین مهمی هستند و همه آموزشها برای آنان در عرصه‌های اجتماعی و فرهنگی باعث کاهش چشمگیر هزینه‌های ضابطان را در سال‌های آینده خواهد شد و در واقع این نوع تعاملات هدف دار به منظور نوعی سرمایه گذاری دراز مدت برای ضابطان دادگستری به حساب می‌آید زیرا بسیاری از جرایم به علت عدم آگاهی و آموزش کافی در سنین پایین رخ می‌دهد در واقع آموزش‌های لازم به دانش آموزان منجر به کاهش جرایم در سال‌های آتی می‌شود که بالطبع کاهش تحقیقات مقدماتی را در پی دارد تعامل ضابطان دادگستری با وزارت کشور پیوستگی نزدیکی با معنا امنیت ملی دارد؛ معنایی که در واقع هم برای ضابطان دادگستری و هم برای وزارت کشور مسیله مهمی به حساب می‌آید و همه‌ی این تعاملات برای ایجاد امنیت می‌باشد.

براین اساس امنیت زنجیره ارتباطی بین وزارت کشور و ضابطان دادگستری است در جهت احراق و اجرا امنیت جامعه و شهروندان در عرصه ملی، ضابطان دادگستری و وزارت کشور، پروژه‌ها و پروگرامها، استراتژی‌ها و ترجیح بندهای امنیتی را در حیطه رایزنی‌ها و تدابیر دفاعی- امنیتی را با تصویب فرماندهی معظم کل قوا و شورای عالی امنیت ملی به شورای امنیت کشور اعلام می‌نماید. شورا امنیت کشور در حیطه این خط مشی و دیپلماسی‌ها، توصیه‌ها را بررسی و مصوب می‌نماید.

ضابطان دادگستری در موقع آشوب‌ها و ناآرامی‌های امنیتی، اتفاقات غیرمنتظره و سری امور خطیر و ملی مثل برگزاری انتخابات، در حیطه سیاست‌های فرمانده معظم کل قوا و تدابیر ستاد کل و مصوبات شورای عالی امنیت ملی و شورای امنیت کشور، مکلف به همراهی و مساعدت کارآمد با وزارت کشور می‌باشد و در نهایت بار دیگر باید گفت که تحقیقات مقدماتی، مستلزم مکانیسم و تدارک اقدام‌هایی است که با همکاری و تعامل ضابطان دادگستری با سایر قوای و سازمان‌های مردم نهاد و... تأمین می‌شود.

بدین جهت باید پذیرفت که هدف قانون آینین دادرسی کیفری در وا نهادن وظیفه تحقیقات مقدماتی بر عهده ضابطان دادگستری، مدیریت آن به جهت تحقق و ارتباط موضوع با قوه قضائیه می‌باشد و بی‌تر دید دستگاه قضائی در تحقیقات مقدماتی از همکاری و تعامل دیگر سازمان‌ها در حدود تکالیف واگذار شده به آنها بی‌نیاز نیست

تحقیقات مقدماتی امری موقتی و موردی نیست، بلکه اعمالی است که باید در حیطه یک سیاست کلی همه جانبه پیگیری و تعقیب شود. و همه ی سازمان‌های جامعه باید در وقوع این امر مهم مداخله داشته باشند.

◦ پیشنهادات

در ذیل پیشنهاداتی به جهت کاربردی تر شدن شاخص‌های تعامل ضابطان دادگستری با سایر قوای حاکمه در حوزه تحقیقات ارایه می‌شود.

- در تهیه قوانین لازم الاجرا جدید باید تحقیقات مقدماتی در همه ی ابعاد آن به نحو واضح و ویژه مورد نگرش قرار گیرد. به عنوان نمونه در حقوق جزا کلیاتی را به عنوان اصل عطف به ما سبق شدن قوانین کیفری، اصل شخصی بودن مجازات‌ها که از کلیه تدابیر جنایی به شمار می‌آید. اکنون اگر از قوانین حال حاضر، اصلی را استخراج کنیم به اسم اصل قانونی بودن تحقیقات



مقدماتی و آن را برتر بر اصل ارگان‌هایی بدانیم که به موجب قانون مامور به انجام تحقیقات مقدماتی هستند، می‌توانیم در عمل شاهد اثر بخشی قابل ملاحظه‌ای در این خصوص باشیم

- همهی طرح‌ها و اعمالی که منجر به بهبود امنیت جامعه و تحکیم عدالت در اجتماع می‌شود، باید مورد حمایت قرار بگیرند

- جهت تعامل بهتر ضابطان دادگستری با وزارت‌خانه آموزش و پرورش باید دراجرا طرح‌ها و اقدامات تحقیقات مقدماتی اختلاف‌های فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی دانش آموزان و نیز حداقل آموزش‌های اساسی مورد توجه باشد.

- سایر قوای حاکمه در خلال آگاهی کامل از قلمرو کاری خود در جهت انجام مرتبط به تحقیقات مقدماتی باید به تفاهم و تعامل با یکدیگر بپردازنند.

- ضابطان دادگستری به طور فی النفسه قدرت زیادی در پاسخ دهی متقابل به پدیده مجرمانه را دارا می‌باشد، فلذا باید این قدرت‌ها را شناسایی و تشید و توانایی‌های موجود را ارتقا بخشید

- به دلیل نبود الزام قانونی به نحو مستقیم خطاب به قوه مجریه در حوزه تحقیقات مقدماتی، فلذا تدابیر و سازماندهی معلومی در این قضیه وجود ندارد، از این رو توصیه می‌شود تفویض اختیارت بیشتر به این قوه در حوزه تحقیقات مقدماتی و تصویب ضمانت اجراهای لازم در مورد کوتاهی وزارت‌خانه‌های دولتی در این زمینه، بستر اقدامات سختگیرانه تر فراهم شود. در واقع مقتن باید متصدی انجام تحقیقات مقدماتی را در هر قوه و سازمانی مشخص نماید تا سهل انگاری و عدم توجه مرجع مذکور در این خصوص قابل پیگیری باشد

- با پیش‌بینی و تهیه نظام جامع اطلاع رسانی و ایجاد هماهنگی، تعامل و ارتباط نزدیک بین نهادهای قانونگذاری، قضایی و اجرایی باید از بروز ناهمانگیو ناکارآمدی در سیستم جنایی جلوگیری به عمل آید امید است با بکارگیری همه امکانات و ابزار و ظرفیت قوای حاکمه کشور بتوان به نتایج مطلوبی در زمینه بررسی شاخص‌های لازم برای تعامل ضابطان دادگستری با سایر قوا در تحقیقات مقدماتی رسید.

منابع و مأخذ

- آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، تهران، نشر سمت، ۱۳۹۵.
- احمدی آهنگری، حسن، نقش ضابطین در فرایند تحقیقات مقدماتی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۹۱.
- نمی کرمائی، محسن، تعامل ضابطین با مقامات دادسرای فرایند کیفری، تهران، نشر سنجش و داش، ۱۳۹۶.
- جهانی، محمد رسول، تناسب حقوق شهروندی و وظایف ضابطین و خدمات اجرای تاختی از وظایف، مقاله ارایه شده به اولین کنفرانس حقوق، علوم سیاسی و علوم انسانی، ۱۴۰۰.
- خالقی، علی، آین دادرسی کیفری، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۹۵.
- خالقی، علی، نکته‌ها در آین دادرسی کیفری، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۹۲.
- داعاگویان، داود، تعامل پلیس با جامعه و رسانه‌های جمعی، تهران، نشر دانشگاه علوم انتظامی امین، ۱۳۹۶.
- دهقانی، فرشید، نقش ضابطین دادگستری در فرایند دادرسی کیفری، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۸۶.
- رزاقی موسوی، سید سجاد، تعامل پلیس با شورای حل اختلاف در فرایند میانجی گری کیفری، شریه دانش انتظامی، شماره ۳۳، ۱۳۹۴.
- سجاد کوهی، سام، امیت اجتماعی و جایگاه ریاستی دادستان و نظارتی مقام قضایی بر عملکرد ضابطین دادگستری، مجموعه مقالات کنکاشی بر جنبه‌های مختلف امیت عمومی و پلیس، جلد دوم، تهران، نشر دانشگاه علوم انتظامی، ۱۳۸۴.
- شاکری، ابوالحسن وهادی زاده، رضا، اصل تفکیک مقام تعیق از مقام تحقیق در حقوق ایران، نشریه پژوهش‌نامه حقوق کیفری، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۵.
- مصطفی محمود دادرس، ضابطین قضایی، نشریه پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۴.
- صابر، محمود، میارها و نظمندان دادرسی عالانه در مرحله تحقیقات مقدماتی، مجله مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۳، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸.
- عباسی، روح الله، الزامات قانونی ماموران وزارت اطلاعات در رعایت حقوق شهروندی متهمن امینی، مقاله ارایه شده به چهارمین کنفرانس جهانی و اولین کنفرانس ملی پژوهش‌های نوین ایران و جهان در حقوق و علوم اجتماعی، ۱۳۹۶.
- سارا بایی، اصول حاکم بر تحقیقات مقدماتی، کنفرانس بین‌المللی جهان اسلام، ۱۳۹۸.
- عبداللهی، سامان، نقش ضابطین دادگستری در قانون آین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، پایان نامه رشته حقوق قضایی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خرم آباد، ۱۳۹۳.
- قاسمی مقدم، حسن، تفہیم حقوق متهمن از سوی ضابطان دادگستری با تاکید بر قانون آین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۳، نشریه پژوهش‌نامه حقوق کیفری، شماره دوم، ۱۳۹۴.
- کاظم‌زاده، علی، ضابطین قوه قضائیه چه کسانی هستند، تهران، چاپ دوم، نشر مؤلف، ۱۳۷۹.
- گلدوzyان، ایرج، محشی قانون مجازات اسلامی، تهران، نشر مجده، ۱۳۸۴.
- گلدوست جویاری، رجب، آین دادرسی کیفری، تهران، نشر جنگل، ۱۳۹۴.
- مهابادی، علی اصغر، ضابطین دادگستری در قوانین دادگستری ایران، مجله الهیات و حقوق، شماره ۶، ۱۳۸۱.
- مهدوی شفیق، میثم، نقش ضابطین قضایی در مراحل مقدماتی فرایند دادرسی کیفری، ماهنامه کانون و کلای دادگستری اصفهان، شماره ۶۰، ۱۳۹۰.
- یوسفی، ایمان، تحقیقات مقدماتی در آین دادرسی کیفری، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.



جبران خسارت‌های عاطفی وارد شده به شخص در نتیجه ایجاد آسیب فیزیکی به نزدیکان

رجب اکبرزاده

استادیار، عضو هیأت علمی، دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، قم، ایران

بریجهر بابایی

فارغ التحصیل مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی واحد شیراز، کارآموز وکالت مرکز قوه قضائیه، شیراز، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۶.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱.۰۱.۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۸.۰۳

چکیده

در گذشته نه چندان دور این اعتقاد وجود داشت که نظام حقوقی بر خلاف خسارت‌های فیزیکی قادر به اندازه‌گیری رنج روحی یا اضطراب درونی نیست و بنابراین این قبیل خسارات قابل جبران نمی‌باشد.

دادگاه‌ها در مورد پرونده‌هایی که منجر به آسیب‌های عاطفی بدون ایجاد صدمات فیزیکی گردیده بودند تمایلی به صدور حکم جبران خسارت نداشتند. در آن زمان علم پژوهشی روانشناسی نمی‌توانست رابطه بین ایجاد آسیب‌های عاطفی و علل فیزیکی منجر به آنها را اثبات نماید. برای مدت‌ها اکثر مردم اعتقاد داشتند که جنون و دیگر بیماریهای روانی در نتیجه گناهان شخص ایجاد می‌گردد.

در دوران معاصر چنین باوری تغییر اساسی کرده و مطالعات روان، بخش جدایی ناپذیری از علم پژوهشی گردیده است. متناسب با این تغییر حقوق نیز به مرور این واقعیت را پذیرفته که آسیب‌های روانی نیز همانند آسیب‌های فیزیکی واقعی هستند و می‌توانند ناشی از عوامل فیزیکی باشند. البته این بدان معنا نیست که حقوق هر گونه خسارت معنوی را پذیرفته و حکم به جبران آن می‌دهد.

یکی از موارد قابل تأمل زمانی است که شخص دچار آسیب‌های روانی گردیده ولی این آسیب ناشی از صدمات فیزیکی وارد شده به او نمی‌باشد بلکه در نتیجه دیدن با شنیدن خبر جراحات وارد به شخص دیگری دچار آسیب روانی می‌گردد. مثال کلاسیک آن زمانی است که یک مادر شاهد به زیر گرفته شدن فرزندش توسط یک راننده بی احتیاط می‌باشد. چنین مادری احتمالاً دچار آسیب روانی گردیده و قادر نخواهد بود وظایف روزمره خود را به درستی انجام دهد. آیا چنین مادری می‌تواند به دلیل چنین آسیب‌های روانی اقامه دعوا نموده و مطالبه خسارت نماید.

واژگان کلیدی: خسارت معنوی، آسیب‌های روانی، جبران خسارت، آسیب وارد به شخص ثالث.

Compensation for emotional damages caused to a person as a result of physical damage to relatives

Abstract

In the not-so-distant past, there was a belief that the legal system, unlike physical damages, is not capable of measuring mental suffering or inner anxiety, and therefore such damages cannot be compensated.

Courts were reluctant to award compensation in cases that resulted in emotional damage without causing physical damage. At that time, the medical science of psychology could not prove the relationship between creating emotional injuries and the physical causes that lead to them.. For a long time, most people believed that madness and other mental illnesses are caused as a result of a person's sins.

In the modern era, such a belief has fundamentally changed and psychological studies have become an inseparable part of medical science. Corresponding to this change in rights, the fact that mental injuries are the same as real physical injuries and can be caused by physical actions has also been gradually accepted. Of course, this does not mean that the rights accept any moral damage and order to compensate it.

One of the cases to consider is when a person suffers mental injuries, but this injury is not caused by physical injuries inflicted on him, but as a result of seeing or hearing the news of injuries inflicted on another person, he suffers psychological injuries. The classic example is when a mother witnesses her child being run over by a careless driver. Such a mother is probably psychologically damaged and will not be able to perform her daily tasks properly. Can such a mother file a lawsuit and claim damages due to such mental injuries?

Keywords: moral damage, mental damage, compensation, damage to a third party.

○ مقدمه

"حقوق نمی‌تواند رنج روحی یا اضطراب را اندازه گیری نماید و بنابراین این قبیل خسارات قابل جبران نمی‌باشد."

این عبارت ۱۵۰ سال پیش بوسیله لرد ونزلیدیل اظهار گردیده و مطمئناً متناسب با زمان خودش بوده است. در آن زمان علم پزشکی بویژه شاخه مربوط به احساسات و عواطف در دوران اولیه تکامل خود بوده است. دادگاه‌ها در مورد پرونده‌هایی که منجر به آسیب‌های عاطفی بدون ایجاد صدمات فیزیکی گردیده بودند به شدت تردید داشتند و در آن زمان این اطمینان وجود نداشت که علم روانشناسی می‌تواند رابطه بین ایجاد آسیب‌های عاطفی و علل فیزیکی منجر به آنها را ثابت نماید. در حقیقت دادگاه‌ها به هیچ وجه تمایل نداشتند که در چنین مواردی وجود خسارت را احراز نمایند؛ چرا که در آن دوران هیچ پذیرش جهانی در خصوص این واقعیت که مسائل روانی و عاطفی ناشی از حوادث مشخص باشد وجود نداشت و عموماً باور نداشتند که چنین بیماری‌هایی قابل درمان باشد. برای مدنها اکثر مردم اعتقاد داشتند که جنون و دیگر بیماری‌های روانی در نتیجه گناهان شخص ایجاد می‌گردد.

در دوران معاصر چنین باوری تغییر اساسی کرده و مطالعات روانشناسی بخش جدایی ناپذیری از علم پزشکی گردیده است. متناسب با این تغییر حقوق نیز به مرور این واقعیت را پذیرفته که آسیب‌های روانی نیز همانند آسیب‌های فیزیکی واقعی هستند و می‌توانند ناشی از اعمال فیزیکی باشند. البته این بدان معنا نیست که حقوق هر گونه خسارت معنوی را پذیرفته و حکم به جبران آن می‌دهد. این مقاله به دنبال بررسی مواردی است که در آنها در بسیاری از موارد دادگاهها حتی در مواردی که روانپزشکان وقوع زنجیره مستقیمی از علتهای ناشی از بی‌احتیاطی خوانده نسبت به ورود آسیب به خواهان را ثابت نموده اند، حکم به جبران خسارت عاطفی^۱ نمی‌دهند. یکی از موارد قابل تأمل در این زمینه موردی است که شخص دچار آسیب‌های روانی گردیده ولی این آسیب ناشی از صدمات فیزیکی وارد شده به وی نمی‌باشد بلکه در نتیجه دیدن یا شنیدن خبر جراحات وارد به شخص دیگری دچار آسیب روانی می‌گردد. مثال کلاسیک آن زمانی است که یک مادر شاهد به زیر گرفته شدن فرزندش توسط یک راننده بی‌احتیاط می‌باشد. چنین مادری احتمالاً دچار آسیب روانی گردیده و قادر نخواهد بود همانند گذشته زندگی نرمال خود را

^۱ Emotional damages

ادامه دهد و احتمالاً نیاز به مراقبتهاي پزشكى خواهد داشت. آيا چنین مادرى مى تواند به دليل ورود چنین آسيبهاي روانى اقامه دعوا نموده و مطالبه خسارت نماید.

بخش اول اين مقاله به بررسى مبانى حقوقى اکراه دادگاهها در صدور حكم جبران خسارت عاطفى در چنین مواردى مى پردازد. در ادامه مشاهده خواهيم نمود که عليرغم پيشروفتهاي چشمگير در داشن پزشكى و همچنین درك عمومى از عدالت، اکثر دادگاهها در چنین مواردي چار نوعی تصميمگيري غيرعقلاني مبنى بر رويههای سابق قضائي^۲ مى گردند. دومين بخش مقاله جنبههای پزشكى موضوع را مورد بررسى قرار داده و به طور خلاصه برخى از مشكلات موجود در اين خصوص را مورد ملاحظه قرار مى دهد. هدف اصلی اين است که توضيح دهيم اقامه اقوام نزديك قربانی هنگام دیدن يا شنیدن خبر مرگ يا آسيبهاي قربانی چه نوع واکنشي باید نشان دهنده و قضات در اين مورد چه ديدگاهى دارند.^۳

◦ نظريههای جبران خسارت

پنجاه سال پيش پروفسور ماگرودر^۴ اظهار نمود که حقوق مربوط به شوكهای عصبی در نيمه راه توسعه خود می باشد. وی اشاره نمود که اگر چه در دوران ابتدائي اين شاخه، حقوق خسارت‌های ناشی از اضطراب روانی^۵ را به کلی انکار می نمود ولی در ابتداي قرن ۲۰ دادگاهها به تدریج خسارت‌های غيرمادي ناشی از رفتارهای عامدانه دیگران را مورد شناسایي قرار دادند. ما گرو در احساس نمود اين علامتی است که نشان مى دهد حقوق در اين زمينه تغيير نموده و اين اولين گام در شناسایي خسارت‌های معنوی بوده است. فرضيه زير به ما كمک مى نماید که بر روی مساله تمرکز نمایيم. تصور کنيد سه پسر بچه الف، ب و ج تصميم مى گيرند که برای بازى بیرون بروند. مادران الف و ب نيز به همراه آنها بیرون مى روند ولی مادر ج در خانه مى ماند. زمانی که به زمين بازى مى رسند بچهها مى خواهند تاب بازى کنند و به همراه مادر الف به سمت محوطه تاب بازى مى روند.

مادر ب در همان اطراف تعدادي گل زبيا مى بیند و مى رود تا برای ميز شام گل بچيند. شخصی که در جاده کناري رانندگی مى کند کنترل ماشينش را از دست مى دهد. ماشين از پياده رو

2 Stare decisis

3 برخى از اين ديدگاهها از اين قرارند: اين اعتقاد که چنین اسيبهاي عاطفى تنها به قربانی مبنیوند وارد گردد و نه به نزديکان وی، يا اين باور که وقوع چنین آسيبهاي برای خوانده قابل پيش بینى نبوده و بنابراین مسئوليتى در اين خصوص تدارد.

4 Magruder, mental and emotional disturbances in the law of torts, 1936

5 Mental anguish

عبور می‌کند و مستقیماً به بچه‌ها برخورد می‌نماید و هر سه آنها را می‌کشد. ماشین به مادر الف که مواطن بچه‌ها بوده برخورد نمی‌کند و هیچ گونه آسیب فیزیکی به وی وارد نمی‌شود.

مادر ب نیز از جایی که مشغول چیدن گل بود تمام ماجراهی تصادف را مشاهده می‌نماید. مادر ج نیز که درخانه است در اولین فرصت از مرگ فرزندش آگاهی پیدا می‌کند؛ در نتیجه‌ی این تراژدی هر سه مادر دچار آسیب‌های عاطفی شدید می‌گردند.

آیا راننده بی‌احتیاط به خاطر آسیب‌های عاطفی وارد شده به این سه زن از نظر حقوق مسئولیت دارد؟ به نظر می‌رسد که جواب مثبت است. نه تنها منطقی است انتظار داشته باشیم که وی می‌باشی در نتیجه کشتن سه فرزند این زنان واکنشهای عاطفی به آنان را پیش بینی می‌نموده بلکه احتمالاً از نظر پژوهشی رابطه علیت بین حادثه مورد نظر و آسیب‌های عاطفی نیز اثبات می‌گردد. نگاهی به تاریخچه پرونده‌های مشابه این مورد نشان می‌دهد که در ابتدای قرن ۲۰ هیچ کدام از این سه زن از نظر حقوق قادر به مطالبه خسارت نبودند و حتی امروزه نیز در غالب رسیدگی‌ها تنها مادر الف است که احتمالاً می‌تواند مطالبه خسارت نماید.^۶ عدم جبران خسارت یا حکم به جبران خسارت محدود در این پرونده مبتنی بر سه دلیل می‌باشد. دو مورد از این دلائل ریشه در نظریه‌های حقوقی در اوایل قرن ۲۰ دارد که تا دوران معاصر باقی مانده و بقای آنها ناشی از رویه‌های قضایی و اکراه دادگاهها نسبت به هر نوع تحولی در این زمینه دارد. دلیل سوم بیشتر ریشه در نظم عمومی دارد و مبتنی بر باورهایی هست که در مقدمه به آنها اشاره گردید.

این باور که به طور متعارف نمی‌توان از راننده انتظار داشت که آسیب‌های وارد به مادران را در مساله فوق پیش بینی نماید دلیلی است که حقوقدان با اتکا به آن استدلال می‌نمایند که راننده در این خصوص تکلیفی نداشته و چنانچه باور داشته باشیم که چنین تکلیفی را به راننده تحمیل نمائیم باعث می‌شود که بویژه در تصادفات ناشی از وسائل نقلیه اغلب کسانی که شاهد ماجرا بوده اند را به طور بالقوه مستحق دریافت خسارت تلقی نمائیم.

بنابراین ترس نظام قضایی از اینکه سیل دعاوی اینچنینی به دادگاهها سرازیر شود در عدم شناسایی چنین خسارت‌هایی تأثیر داشته است. مشاهده خواهیم نمود که چنین دلائل مصلحتی نقش عمده‌ای در توسعه دو تئوری که بسیاری از دادگاهها در چنین پرونده‌هایی به آنها متولّ می‌شوند داشته است.

◦ تئوری برخورد

نخستین تئوری از دو تئوری فوق الذکر در اوخر قرن ۱۹ مطرح گردید و به عنوان تئوری برخورد در جبران خسارت مورد شناسایی قرار گرفت.

قاضی کروچ^۸ در یک پرونده در نظام حقوقی انگلستان در مورد این تئوری چنین گفته است:

"آسیب‌های ناشی از وحشت ناگهانی محض که بدون هرگونه آسیب فیزیکی واقعی ایجاد می‌گردد و موجب شوک‌های عصبی و ذهنی می‌گردد را نمی‌توان به عنوان نتایج ناشی از بی‌احتیاطی تلقی نمود.." ^۹ این تئوری بر این اساس غیر قابل دفاع استوار است که خسارت‌های عاطفی تنها در نتیجه جراحات فیزیکی وارد بر شخص ایجاد می‌گردد و بنابراین آشتفتگی‌های روانی بدون جراحات فیزیکی قابل جبران نمی‌باشد.

این تئوری گرچه با روح قرن ۱۹ تناسب داشته ولی با پیشرفت‌های پزشکی در دنیا امروز دیگر قابل دفاع نمی‌باشد. زیرا علم پزشکی امروزه ثابت نموده که آسیب‌های روانی بدون جراحات فیزیکی نیز می‌توانند ایجاد شوند ولی نظام حقوقی پایه پای پیشرفت‌های پزشکی نتوانسته حرکت نماید. به طور مثال در دعوای استریکلندر علیه‌هاگر^{۱۰}، والدین یک پسر بچه ۱۱ ساله پس از شنیدن خبر تصادف فرزندشان وایجاد جراحات شدید دچار آسیب‌های عاطفی شده و به همین دلیل علیه راننده خودرو اقامه دعوا نمودند. راننده اتومبیل هنگام رانندگی مست بوده ولی دادگاه تجدید نظر با تأیید حکم دادگاه بدوى با استناد به تئوری برخورد اعلام نمود که اقدام خوانده مبنای برای دعوای خواهانها ایجاد نمی‌نماید چرا که عمل خوانده به طور مستقیم بر روی خواهانها اتفاق نیفتد است. مثال دیگری که نشان می‌دهد تئوری برخورد کماکان مورد توجه می‌باشد دعوای گرین برگ علیه استنلی^{۱۱} می‌باشد. در این دعوا مادر یک کودک، شاهد زیرگرفته شدن کالسکه فرزندش توسط یک اتومبیل بود که علاوه بر کشته شدن فرزند جراحاتی نیز به مادر وارد شد. مادر علیه راننده اقامه دعوا نمود و دادگاه حکم به جبران خسارت وارد ب مادر داد با این استدلال که در این دعوا خسارت‌های روانی قابل جبران می‌باشد؛ زیرا خواهان به طور فیزیکی توسط خوانده دچار آسیب گردیده است. دادگاه اعلام نمود که در این پرونده آشتفتگی روانی ناشی

7 - Impact theory

8 Justice Kruch

9 Victorian Railway commissioners V. Coultas, 13 A.C, 1888. See also Mitchell V. Rochester railway co, 151 N.Y, 1896, THE FIRST AMERICAN CASE TO HOLD NO RECOVERY WITHOUT SOME KIND OF PHYSICAL IMPACT.

10 - Strickland V. Hodges

11 - Greenberg V. Stanley

از مشاهده صرف نبوده و گرنه خسارت‌های عاطفی ناشی از اقدامات دیگران بدون ایجاد جراحات فیزیکی قابل جبران نمی‌باشد. ولی از انجایی که بی‌احتیاطی خوانده موجب ورود جراحات فیزیکی هرچند اندک به خواهان گردیده، بنابراین خواهان می‌تواند به سبب ترس، شوک و اضطراب روانی خسارت دریافت نماید.^{۱۲} در حقیقت علیرغم اینکه بخش بزرگی یا شاید تمام اضطراب روانی متحمل شده می‌توانسته ناشی از مشاهده تصادف منجر به فوت کودک باشد ولی دادگاه تنها در صورتی حکم به جبران خسارت می‌دهد که خواهان ثابت نماید خودش نیز دچار جراحت فیزیکی گردیده است.

چنانچه در همین پرونده مادر به همراه فرزندش دچار آسیب فیزیکی نگردیده بود و صرفاً از چند متر آنطرف تر شاهد به زیرگرفته شدن فرزندش می‌بود دیگر نمی‌توانست مطالبه خسارت عاطفی نماید.

در فرضی که در ابتدای بحث مطرح نمودیم مادر الف به این دلیل که مشمول قاعده برخورد نمی‌گردد قادر به مطالبه خسارت نمی‌باشد؛ چرا که وی دچار جراحت فیزیکی نگردیده است. هرچند چنانچه مثلاً بازوی وی دچار خراش گردیده بود در این صورت وی می‌توانست خسارت‌های عاطفی را مطالبه نماید. چنین نتایج غیرمنطقی کافی است که دادگاه‌ها را مجبور نماید که اعمال چنین ملاکی را کنار بگذارند. مراجعی که به تئوری برخورد استناد می‌نمایند جبران خسارت روانی را محدود به موردی می‌نمایند که خواهان واقعاً دچار آسیب فیزیکی گردیده است. پرونده دیگری که به این موضوع مرتبط می‌گردد دعوای کنوب علیه گتوالت^{۱۳} می‌باشد. در این دعوا دنیس کنوب به همراه خواهرش در حال گذر از خیابان بودند تا در آن طرف خیابان به والدینشان بپیوندند ولی در حین گذر از خیابان، یک کامیون به شدت با دنیس برخورد کرد و وی خواهرش آسیب ندید ولی شاهد کل ماجرا بود؛ همچنانکه مادر و پدرش نیز از آنطرف خیابان شاهد ماجرا بودند. هر سه نفر دعوای را جهت جبران خسارت ناشی از شوک روانی وارد شده به آنها اقامه نمودند. اکثریت اعضای دادگاه تجدید نظر با در نظر گرفتن پرونده‌های مشابه قبلی به تئوری برخورد توسل جسته و حکم به عدم جبران خسارت دادند. آنچه در این پرونده اهمیت دارد رأی مخالف یکی از قضات پرونده می‌باشد. وی برخلاف نگاه سنتی همکاران دیگرش اظهار می‌دارد: "قاعده برخورد چنین فرض می‌نماید که تنها در صورتی که یک شیء مادی به ساختار

12 Emotional distress caused by physical injury to another, David, J.leibson, Journal of family law, Heinonline, Vol.15, 1967, P 12
13 - Knaub V. Gotwalt

فیزیکی شخص برخورد نماید وی دچار آسیب می‌گردد. در حالیکه ما می‌دانیم که برخی از مردم صرفاً به خاطر ترس یا وارد آمدن یک شوک روانی شدید می‌میرند بدون اینکه چیزی به آنها برخورد نماید.^{۱۴} سپس وی با ارجاع به پرونده کنوب چنین می‌نویسد: "الدین و خواهان کوچک دنیس به دلیل مشاهده تصادف دنیس دچار چنان وحشتی گردیده اند که خسارتهای فیزیکی جدی به آنها وارد آمده است. چه تفاوتی می‌کند که اتومبیل خوانده در این پرونده به پای خواهان برخورد می‌نمود یا اینکه آنجنان که خواهانها توضیح داده اند سیستم فیزیکی آنها به طور کلی دچار ضعف شدید گردیده است. سیستم عصبی فرد در مقابل حوادث غیر محسوس نیز واکنش نشان می‌دهد و در برخی مواقع آسیب‌های ناشی از چنین حوادث خارجی ممکن است از صدمات فیزیکی مستقیم نیز بیشتر باشد." قاضی موسمانو از دادگاه می‌خواهد که به چنین موضوعاتی توجه نماید و به جای استناد به تئوری مصنوعی برخورد، به اصول سنتی حقوق مدنی استناد نماید.

◦ تئوری محدوده ریسک^{۱۵}:

به کارگیری تئوری محدوده ریسک در دعاوی جبران خسارت عاطفی احتمال جبران خسارت را افزایش می‌دهد. در حالیکه تئوری برخورد بر این باور مبتنی بود که شوک عصبی بدون جراحت فیزیکی ایجاد نمی‌گردد، تئوری محدوده ریسک مبتنی بر این فرض است که آسیب روانی بدون جراحت فیزیکی نیز ممکن است حادث گردد؛ ولی این امر در صورتی ایجاد می‌گردد که قربانی در محدوده ریسک فیزیکی ایجاد شده توسط خوانده قرار داشته باشد. چنانچه خواهان در آن نتیجه اقدام خوانده می‌باشد؛ چرا که ترس شخص از امنیت خودش در آن محدوده قابل پیش‌بینی بوده و خوانده در مقابل خواهان در این مورد تکلیف مستقیم داشته است.

این تئوری نیز همانند تئوری برخورد فاقد عقلانیت لازم در بنیادهای خود می‌باشد. در مثالی که در ابتدای بحث زده شد واضح به نظر می‌رسد که حتی اگر هر سه مادر دچار آسیب‌های یکسانی گرددند بر اساس تئوری محدوده ریسک تنها مادر الف قادر به مطالبه خسارت خواهد بود؛ چراکه تنها مادر الف به اندازه کافی به صحنه تصادف نزدیک بوده تا بتوان وی را در محدوده خطر قرار داد. براساس تئوری محدوده ریسک مادر الف قادر به مطالبه خسارت می‌باشد، زیرا آسیب‌های عاطفی وارد شده به وی به علت ترس او نسبت به امنیت و سلامتی خودش ایجاد شده

14 - Justice Musmano statement in Knaub V. Gotwalt

15 - Zone of Risk Theory

است. چنین رویکردنی با شواهد پزشکی ناسازگار به نظر می‌رسد؛ چرا که شواهد پزشکی نشان می‌دهد که آسیب‌های وارد شده به مادران ب وج به علت از دست دادن فرزندانشان بوده است. از طرف دیگر اگر به این تئوری عمل نمائیم به درستی نمی‌توانیم مشخص نمائیم که چه مقدار از آسیب‌های مادر الف ناشی از فقدان فرزندش بوده و چه مقدار ناشی از ترس مادر از امنیت خودش بوده است.

یکی از پرونده‌هایی که در آن بر اساس تئوری محدوده ریسک عمل شده دعوای واب عليه وارینگتون^{۱۶} بوده است. در این پرونده مادر یک بچه کوچک از پنجه خانه خود شاهد به زیرگرفته شدن و کشته شدن فرزند خود توسط یک اتومبیل بوده است که به دلیل سهل انگاری راننده اتفاق افتاده بود. مادر پس از این حادثه دچار هیبتسری می‌گردد و به علت آسیب‌های عاطفی جدی وارد شده به وی اندکی بعد فوت می‌کند. در این پرونده هیچگونه خسارتی به مادر پرداخت نگردید زیرا مطابق تئوری محدوده ریسک وی خارج از محدوده خطر بوده است. دادگاه در این پرونده اعلام نمود که آسیب‌های عاطفی وارد شده به مادر قربانی چنان غیر معمول بوده است که قابل جبران نمی‌باشد.

ترس دادگاهها از این است که در صورت مجاز شمردن جبران خسارت شخصی که خودش مستقیم درعرض خطر نبوده است باعث شود که دعاوی متقلبانه کثیری در دادگاه جهت جبران خسارت اقامه گردد. البته به نظر می‌رسد که چنین ترسی غیرمنطقی می‌باشد. نخست در عالم حقوق ترس از اقامه دعاوی متقلبانه نمی‌تواند اساسی برای عدم اجازه اقامه دعوا تلقی گردد و دوم اینکه تئوریهای برخورد و محدوده ریسک بیشتر از آنکه مانع از کلامبرداری شوند زمینه این اقدامات را فراهم می‌آورند.

دعوای توبین علیه گراسمن^{۱۷} به خوبی تئوری محدوده ریسک را ارزیابی نموده و مصلحت آن را نمایان می‌سازد. در این پرونده یک مادر که در خانه همسایه به سر می‌برد صدای ترمز اتومبیل را می‌شنود و با عجله بیرون می‌آید و مشاهده می‌کند که فرزندش مجرح شده و در خیابان افتاده است. در نتیجه این حادثه دچار شوک شدیدی می‌شود و دعواهایی را در دادگاه علیه راننده بی‌احتیاط اقامه می‌نماید. دادگاه اظهار می‌دارد که احتمال اقامه دعواهای متقلبانه دلیل قابل قبولی برای عدم جبران خسارت محسوب نمی‌گردد. دادگاه همچنین اعلام می‌دارد که رابطه علیت باید

^{۱۶} - Waube V. Warrington

^{۱۷} - Tobin V. Grossman

توسط شواهد پزشکی اثبات گردد. علاوه بر این، دادگاه حکم می نماید که ملاک محدوده ریسک، معیاری عینی برای تصمیم گیری به دست نمی دهد و وابسته به سلیقه اشخاص می باشد. با این وجود دادگاه رابط علیت بین حادثه مزبور و آسیب های عاطفی وارد شده به مادر را تأیید نکرد و حکم به عدم پرداخت خسارت داد با این استدلال که خواهان درعرض هیچ گونه خطر فیزیکی قرار نداشته و مجاز شمردن خسارت به این معناست که بار اثبات به صورت نامحدود بر دوش خوانده دعوا قرار گیرد و این امر منطقی نمی باشد.^{۱۸}

حکم پرداخت خسارت می تواند موجب گردد که برادران، خواهران، عموها، عممهها، پسر عموها، و بسیاری دیگر از فامیلهای قربانی دعوای خسارت علیه خوانده بداعی اقامه نمایند و با توجه به اینکه هیچ گونه جراحت فیزیکی ایجاد نگردیده در هر مورد خوانده باید خلاف آنرا ثابت نماید! بنابراین دادگاه به دلایل نظم عمومی حتی اگر دریابد که دلایل معتبری وجود دارد که می توان حکم به پرداخت خسارت داد از اینکار امتناع می ورزد. واضح است که استدلال دادگاه در دعواهای توبیین غیر منطقی می باشد و به همان اندازه ای ترس دادگاهها از اقامه دعاوی متقلبانه قابل قبول نیست. ترس دادگاهها از مسئولیت نامحدود خوانده و اقامه دعاوی متقلبانه در عصر حاضر بی اساس می باشد. تصمیم اکثریت در پرونده توبیین توسط قاضی کیتینگ مورد قبول واقع نشد و وی قویا با این تصمیم مخالفت نمود: "نظر اکثریت به گونه ای موثر هرگونه استدلال حقوقی مبنی بر انکار جبران خسارت مادری که متحمل آسیب های روانی ناشی از شنیدن خبر مرگ یا جراحت فرزندش در یک تصادف شده را تخریب می نماید. در اینجا یک منفعت مهم نسبت به حمایت وجود دارد، علت تامه هم وجود دارد، جراحت و قایلیت پیش بینی هم وجود دارد؛ با این وجود جبران خسارت مورد پذیرش قرار نمی گیرد!"

وی در ادامه با نظر اکثریت مبنی بر اینکه هر گونه محدودیت نسبت به جبران خسارت خودسرانه و غیر معقول است موافقت نموده و اظهار می دارد که تمامی محدودیتها از جمله قرار داشتن در محدوده ریسک باید برداشته شود و به جای آن قواعد نرمال مسئولیت مدنی اعمال گردد. باید گفت که در حال حاضر دیدگاههای ارائه شده توسط قاضی موسمانو و کیتینگ مورد پذیرش دادگاهها نمی باشد؛ هر چند تغییراتی در این زمینه ایجاد گردیده است. به عنوان مثال در پرونده میسون علیه گری که خواهان شاهد زیر گرفته شدن گهواره نوزادش توسط خودرو خوانده بود دادگاه اظهار نمود: بر اساس تجارت مشترک بشری و دانسته های علم مدرن، به نظر می رسد

^{۱۸} Emotional distress caused by physical injury to another, David, J.leibson, Journal of family law, Heinonline, Vol.15, 1967, P 19

که یک انسان متعارف محتاط می‌توانست خطر شوک عاطفی و روانی شدید به مادر هنگام زیر گرفتن نوزادش در مقابل چشمان وی را پیش بینی نماید. در پرونده دیگری که مادر، شاهد زیر گرفته شدن پرسش توسط یک راننده بی‌احتیاط بود دادگاه درخواست خوانده برای رد دعوا را نپذیرفت و اظهار داشت: ایجاد شوک یا هراس معقول بوده و این موضوع که خوانده باید حضور مادر را پیش بینی می‌نموده یا خیر و همچنین اینکه هراس نتیجه قابل پیش بینی ناشی از بی‌احتیاطی خوانده بوده یا خیر را می‌توان در دادگاه مطرح نموده و مورد رسیدگی قرار داد.

در پرونده دیلوون علیه لگ در خصوص جبران خسارت عاطفی، خواهان شاهد کشته شدن فرزندش در نتیجه بی‌احتیاطی راننده بود. دیوان عالی در این پرونده موضوع وظیفه خوانده و ارتباط آن با منافعی که خواهان در صدد محافظت از آنها بوده را مورد بررسی قرار داد. دیوان ملاحظات مربوط به نظم عمومی در خصوص محدود نمودن تکلیف خوانده در این پرونده را نپذیرفت. دیوان اعلام نمود که توسل به ملاکهای تصنیعی توسط دادگاهها موجب نتیجه گیریهای اشتباه و نتایج غیرقابل قبول می‌گردد. در نهایت دیوان اعلام نمود که چنین پروندهایی باید شبهیه دیگر پروندهای مسئولیت مدنی مورد رسیدگی قرار گیرد. ما دلیل خوبی نداریم که چرا قواعد عمومی حاکم بر حقوق مسئولیت مدنی از قبیل مفهوم بی‌احتیاطی، علت مستقیم و قابلیت پیش بینی که بر دیگر اشکال آسیب حاکم بوده را نباید بر دعوای حاضر اعمال نمود...

دادگاه همچنین اظهار نمود که در هر پرونده ای دادگاه رسیدگی کننده باید بر اساس شواهد موجود تصمیم بگیرد که آیا تکلیفی وجود دارد یا خیر؟. در راستای کمک به قضات جهت مشخص نمودن اینکه آیا خوانده به صورت متعارف می‌توانسته ورود آسیب به خواهان را پیش بینی نماید، دیوان عالی فاکتورهای زیر را مطرح نمود تا در دادگاهها مورد ملاحظه قرار دهنند:

الف - محل قرار گرفتن خواهان در زمان وقوع تصادف

ب - آیا خواهان شخصاً شاهد تصادف بوده یا اینکه بعدا در مورد آن شنیده است؟

ج - نوع رابطه بین خواهان و قربانی

اگرچه این برای نخستین بار بود که دیوان توسل به ملاکهای تصنیعی را کنار گذاشت با این وجود چنین رویکردی آشکارا مشکلات خواهان و وکلایش را مرتفع ننمود. برای مثال در پرونده فرضی الف، ب و ج که قبل مطرح گردید مشخص نیست که تمامی مادران قادر به دریافت



خسارت باشند. بر اساس فاکتورهای تعیین شده در پرونده دیلوون به نظر می‌رسد که مادران الف و ب به این دلیل که هر سه ملاک تعیین شده توسط دیوان در مورد آنها صدق می‌نماید مستحق جبران خسارت می‌باشند. ولی درخصوص مادر جیم که در صحنه تصادف حضور نداشته چگونه می‌توان پاسخ داد؟ چنانچه دادگاه ملاکهای تعیین شده در پرونده دیلوون را مورد ملاحظه قرار دهد در این صورت مادر جیم قادر به دریافت خسارت نمی‌باشد. هرچند استدلالهای صورت گرفته در پرونده دیلوون به تمامی سوالات مطرح شده در این حوزه پاسخ نمی‌دهد و حتی ممکن است مشکلات جدیدی را ایجاد نماید با این وجود این شانس را به دادگاهها می‌دهد که هر پرونده‌ای را مطابق ویژگیهای همان پرونده و براساس قواعد کلی حقوق مسئولیت مدنی و نه ملاکها و نظریه‌های نامناسب مورد قضاوت قرار دهند.

◦ شواهد پزشکی

هدف مقاله حاضر این نیست که جنبه‌های این موضوع را در سطح علم آکادمیک پزشکی بررسی نماید؛ بلکه هدف بررسی موضوع از چشم اندازی حقوقی است؛ چشم اندازی که ناشی از قرائت قصاص و حقوقدانانی است که با این مساله درگیر بوده‌اند.

◦ الف - واکنشهای غم انگیز نرمال^{۱۹}

هنگامی که یک مادر در نتیجه بی‌احتیاطی خوانده فرزند خویش را از دست می‌دهد، سوالی که باید مطرح شود این است:

اینکه توقع داشته باشیم که خوانده واکنشهای عاطفی که برای مادر اتفاق می‌فتند را پیش بینی نماید آیا انتظار نامتعارف و زیادی است؟

واضح است که پاسخ عقل سليم به چنین سوالی منفی می‌باشد؛ حتی دادگاههایی که قائل به جبران خسارت در چنین مواردی نمی‌باشند این واقعیت مسلم را می‌پذیرند که تجربه روزمره نشان می‌دهد که هر انسان متعارفی دست کم می‌تواند پیش بینی نماید که هر مادری در نتیجه فقدان فرزند دلبندش دچار رنج و اندوهی نرمال می‌گردد.

ماهیت و توالی چنین واکنشی این توقع را ایجاد می‌نماید که هر شخص متعارفی قادر به پیش بینی و درک آن باشد. در تمامی اشکال آسیب‌های عاطفی، چهار مرحله واکنش متفاوت را می‌توان

^{۱۹} Normal Grief Reaction

شناسایی نمود که تمامی سه مادر ذکر شده در پرونده فرضی و در حقیقت تمامی کسانی که دچار فقدان عزیزی می‌شوند این مراحل را طی می‌نمایند. اولین مرحله واکنش این است که شخص، شوکه شده و مرگ قربانی را انکار نموده و از قبول آن خودداری می‌نماید. این مرحله ممکن است از چند دقیقه تا چند روز ادامه یابد. یکی از مشخصه‌های این مرحله این است که شخص آسیب دیده اندوه‌گین تلاش می‌نماید تا فعالیتهای روزمره خود را ادامه داده و در تمامی مدت سعی می‌کند تا این واقعیت که عزیزش برای همیشه پر کشیده را از ضمیر خودآگاهش پاک کند. در مرحله دوم شخص واقعیت مرگ عزیزش را در سطح خود آگاه می‌پذیرد. در بسیاری از اوقات در این مرحله شخص دچار دشمنی و خشم زیاد نسبت به کسی می‌گردد که مسئول مرگ قربانی بوده و یا شخص دچار احساس گناه و کم کاری می‌گردد. گریه کردن بخش عمده و رایج در مرحله دوم می‌باشد که با اندوه و احساس نومیدی همراه است.^{۲۰}

مرحله سوم در این فرایند به نام بازگشت شناخته می‌شود. در این مرحله خانواده و دوستان متوفی دور یکدیگر جمع شده و غم فقدان را با یکدیگر تقسیم می‌نمایند. این مرحله اغلب شامل مراسم تدفین است که عملکرد آن تاکید بر واقعیت مرگ می‌باشد. هنگامی که واقعیت مرگ مورد قبول واقع شد آخرین و طولانی ترین مرحله که دوره هضم فقدان و بازگشت به زندگی عادی است شروع می‌گردد. هیچ دوره زمانی مشخصی را نمی‌توان برای این مرحله تعیین کرد و ممکن است از چند ماه تا یک سال طول بکشد. این مرحله ویژگیهای متفاوتی دارد که ممکن است برای تمامی اشخاص اتفاق نیفتاد. اغلب در این مرحله، اشتغال ذهنی شخص معطوف به متوفی است. شخص عزادار مدام در مورد خاطرات متوفی صحبت می‌کند و در هر مکالمه ای از او نام می‌برد. با ادامه این فرایند اشتغال ذهنی بازماندگان در خصوص متوفی به تدریج کاهش می‌یابد. بازترین مشخصه موقعيت فرایند عزاداری هنگامی است که شخص عزادار می‌تواند به طور واقع بینانه ای شادمانی و ناامیدی رابطه با متوفی را به خاطر اورد و دیگر فقدان را در یک سطح آرامانی نمی‌نگرد.

فرایند واکنشی توصیف شده تقریباً در مورد هر شخصی که فقدان عزیزی را در زندگیش تجربه می‌کند اتفاق می‌افتد. مشخص است که فرایند اندوه نرمал منجر به ورود آسیب‌های عمیق مادی یا عاطفی به بازماندگان نمی‌گردد. معمولاً تنها آسیب مشخصی که در نتیجه این واکنش حادث می‌شود از دست دادن وزن می‌باشد و تقریباً در تمامی موارد، شخص عزادار قادر خواهد بود

²⁰- The Nature of Grief, Dr. Engel parks, International Psychiatry Bulletin 435, 1966



در زمان کوتاهی به محل کارش برگردد. در برخی موارد ممکن است نیاز باشد که مقادیر اندکی دارو تجویز گردد. بنابراین میزان تکلیف خوانده (راننده) بی احتیاط در اکثر پروندها ناچیز و یا حتی ممکن است صفر باشد. زیرا اغلب کسانی که واکنش اندوه نرمال را تجربه می نمایند به این نتیجه می رسند که آسیب وارد به آنها ارزش طرح دعوای حقوقی را ندارد. بنابراین اگرچه قواعد عمومی حقوق مسئولیت مدنی صراحتا طرح دعوا را محدود به واکنشهای غیرنرمال نمی نماید ولی واضح است که طرح شکایت در این حوزه متمرکز بر کسانی است که دچار واکنشهای غیر نرمال مثل آسیب‌های روانی دائمی می گردند.

۰ ب - واکنشهای غم و اندوه نابهنجار^{۲۱}

در ابتدا باید توضیح داد که یک واکنش نابهنجار چه ویژگی‌هایی دارد و چرا شخص دچار چنین واکنشی می گردد و چه آسیب‌هایی را متحمل می گردد؟

برای درک واکنش عاطفی نابهنجار مهم است دریابیم که در واکنشهای بهنجار از منظر پزشکی چه اتفاقی می افتد که شخص قادر به تحمل فقدان عزیزیش می گردد و دچار آسیب‌های شدید نمی گردد. اصولاً شوک ناشی از مرگ یا جراحت قربانی، پیامدهای فیزیولوژیکی مشخصی را در بدن خواهان به دنبال دارد. برخی از عوارض مشترک در این موارد شامل نارسایی گرددش خون و در نتیجه آن، وقفه موقت برخی از عملکردهای حیاتی، ضعف شدید، سستی عضلات، نوسان نبض نامنظم، رنگ پریدگی، تعزیق و افت فشار خون می باشد. به موازات گسترش واکنش، سیستم عصبی تحت تاثیر قرار گرفته و عملکرد آن ضعیف می گردد و پاسخ به محركهای دردناک دچار کاهش می شود. البته یک مکانیسم دفاعی سالم عوارض مذکور را خشی نموده و به شخص کمک می نماید تا به شیوه ای نرمال بر شوک حاصل غلبه نماید. واکنش سیستم دفاعی به این صورت است که اصولاً با ترشح مقدار معینی از آدرنالین سعی می کند از فروپاشی فیزیکی شخص جلوگیری نماید.

سوالی که مطرح می شود این است که چرا این واکنش دفاعی در همه موارد این گونه عمل نمی نماید؟ پاسخ اولیه به این سوال این است که ساختمن روانی و عاطفی هر شخصی متفاوت می باشد. همانگونه که برخی افراد از نظر فیزیکی قوی تر از دیگران بوده و قادر به تحمل مقدار بیشتری از درد هستند از منظر عاطفی نیز برخی افراد قویتر از دیگران بوده و قادر به تحمل

²¹ - Abnormal Grief Reaction

بحranهای عاطفی بزرگتری هستند. در هر شخصی نقطه فروپاشی وجود دارد که فراتر از آن شخص قادر به عبور از مشکلات عاطفی نمی‌باشد. فروید^{۲۲} این نقطه را سد تحریک پذیری می‌نامید. معمولاً ضعف سد تحریک پذیری ناشی از تجربه‌های زندگی هر شخصی می‌باشد.^{۲۳} البته باید در نظر داشت که یک شخص ممکن است از نظر عاطفی سالم یوده و هیچگونه مشکلات عاطفی نداشته باشد ولی با این وجود سد تحریک پذیری ضعیفی داشته باشد و نتواند با موضوع مرگ عزیزش کنار بیاید.

به عنوان مثال مادری که در نتیجه بی‌احتیاطی رانته، فرزندش را از دست داده و خواهان جبران خسارت برای افسردگی عاطفیش می‌باشد، ممکن است هیچ سابقه‌ای از بحرانهای عاطفی در گذشته نداشته باشد. در اینجا دادگاه ممکن است به این استدلال متول شود که چنین مادری در گذشته با مشکلات عاطفی روپرتو گردیده ولی آن مشکلات نتوانسته اند بر وی چنین تاثیری بگذارند. البته در مقابل وکلای خواهان می‌توانند استدلال نمایند این حقیقت که خواهان تراژدیهای دیگری هم در سالهای قبل داشته موجب گردیده که سد محرك وی دچار فرسودگی گردد و به طور مشخص در مقابل محرك مرگ فرزند دچار حساسیتهای عاطفی شدید گردد. علاوه بر این وکلای خواهان باید به موضوع رابطه صمیمی و نزدیک بین مادر و فرزند اشاره نمایند. چرا که نوع رابطه بین قربانی و بازمانده عامل مهمی در ایجاد وضعیت عاطفی خواهان می‌باشد.

هر چند عوامل زیادی در شکل گیری سد تحریک پذیری شخص نقش دارند، ولی یک عامل مستقل وجود دارد که نقش عمده‌ای در واکنش نهایی خواهان بازی می‌کند. این عامل بازه زمانی است که خواهان آمادگی لازم برای برخورد با محركهای شدید را به دست می‌آورد. حتی اشخاصی که مشخصاً سد تحریک پذیری ضعیفی دارند قادر خواهند بود در صورت داشتن زمان کافی فقدان یک عزیز را تحمل نمایند. به عنوان مثال مرگ یک عزیز پس از یک دوره بیماری طولانی مدت در اغلب موارد واکنشهای نا بهنجار را به دنبال ندارد. در نقطه مقابل چنانچه بحرا ن روانی به صورت ناگهانی و غیرمنتظره باشد احتمال واکنش نا بهنجار را افزایش می‌دهد.

واکنش عاطفی نا بهنجار می‌تواند منجر به عوارض جسمی و روانی گردد. از مهمترین عوارض جسمی یا در حقیقت نتایج فیزیکی ناشی از بحرا ن عاطفی می‌توان به سقط جنین، حملات قلبی و سکته اشاره نمود. هنگام رسیدگی به موضوع وضعیت عاطفی خواهان در دادگاه، وکلای خواهان با

^{۲۲} Freud

^{۲۳} - Beyond the pleasure principle, S. Freud, 1948

دو مساله عمدۀ روبرو می‌شوند. اولین مساله اثبات وجود زنجیره علیت بین عمل بی‌احتیاطی خوانده و وضعیت عاطفی خواهان می‌باشد. بعد از اثبات این موضوع، باید مساله آسیبها را مطرح نمایند: در ابتدا آسیب‌هایی که خواهان تا زمان برگزاری دادگاه متتحمل شده و در آینده نزدیک درمان می‌شوند و در ادامه آسیب‌هایی که خواهان احتمالاً در آینده در نتیجه عمل بی‌احتیاطی خوانده متتحمل خواهد شد.

هنگامی که وکلای خواهان ماهیت بیماری خواهان را تشریح نمودند و موفق به اثبات زنجیره علت مستقیم شدن مسائل مربوط به خسارت مطرح می‌گردند:

در ابتدا میزان خسارت‌هایی که مربوط به از دست دادن وزن، نسخه‌های پزشکی، هزینه‌های درمانی و مواردی از این قبیل می‌گردد باید مشخص شوند. هنگامی که میزان خسارت‌های این چنینی مشخص گردید در ادامه مهمترین بخش جبران خسارت، آسیب‌هایی است که احتمال می‌رود در آینده، خواهان متتحمل گردد. در خصوص خسارت‌های محتمل آتی، مهمترین وظیفه وکلای خواهان این است که دادگاه را مقاعده نمایند شخصی که دچار واکنش نابهنجار گردیده حتی اگر به نظر برسد که می‌تواند به صورت رضایت‌بخشی بهبود یابد ممکن است در آینده دوباره دچار همان واکنش‌های نابهنجار گردد. برای مثال مادری که شاهد مرگ فرزندش بوده است و دچار یک واکنش حاد شده وسیپ بهبود می‌یابد این احتمال وجود دارد که مجدداً در آینده با دیدن مرگ کوکی دیگر دچار همان واکنشها گردد.

به عبارت دیگر اگرچه خواهان بهبود پیدا کرده ولی بی‌احتیاطی خوانده، خواهان را در وضعیت عاطفی ضعیفتری نسبت به زمان قبل از حادثه قرار می‌دهد و این احتمال وجود دارد که وی در آینده دچار اختلالات عاطفی گردد. این واقعیت که پژوهش نمی‌تواند کاملاً اطمینان یابد که خواهان در آینده دچار واکنش‌های حاد نمی‌گردد نباید مانع جبران خسارت دردها و اختلالات آتی گردد.^{۲۴}

۰ نتیجه گیری

برای دادگاه‌ها همواره بررسی اعتبار استدلال‌هایی که مبنی بر تغییر قواعد موجود در حوزه مشخصی باشد دشوار می‌باشد. نمی‌توان ادعا نمود که رویه قضایی هیچ نقشی در نظام حقوقی ندارد اما رویه قضایی نباید وسیله ای برای خاموش نمودن ایده‌های جدید و نادیده گرفتن دیگر

24 Emotional distress caused by physical injury to another, David, J.leibson, Journal of family law, Heinonline, Vol.15, 1967, P 23

جنبه‌های عدالت و انصاف در جامعه گردد. هدف این مقاله بررسی موضوع در راستای گسترش میزان تکلیف خوانده در خصوص اختلالات عاطفی ناشی از ورود آسیب به دیگری بوده است. در پرتو دانش پژوهشی و انتظارات کلی از یک انسان متعارف، منطقی است که نظام حقوقی این توسعه مسئولیت را در نظر بگیرد. معیارهایی که در این مقاله مطرح گردید بر قواعد حقوقی و بنیانهای پژوهشی استوار بوده و به دادگاهها کمک می‌نماید تا در پرونده‌های جبران خسارت به انها استناد نمایند. مطابق این معیارها اصولاً جبران خسارت محدود به کسانی می‌گردد که رابطه خویشاوندی نزدیکی با قربانی داشته باشند. در واقع در پرونده فرضی که در طول تحقیق مطرح گردید، مطابق معیارهای ذکر شده مادر جیم هم به اندازه مادرهای الف و ب مستحق جبران خسارت از طرف راننده بی‌احتیاط می‌باشد. این نتیجه گیری بر این اساس است که هیچ مبنای حقوقی، پژوهشی و عقل سليمی جز این را نمی‌پذیرد. مسلماً چنانچه دادگاهها در رسیدگی به چنین پرونده‌هایی یافته‌های علم پژوهشی را مورد توجه قرار دهند به همین نتایجی که در این مقاله مطرح گردید می‌رسند. در حقیقت شخصی که به دلیل از دست دادن عزیزش دچار واکنشهای غم انگیز نابهنجار می‌گردد مستحق جبران خسارت از جانب خوانده‌ای است که بی‌احتیاطی او علت مستقیم بروز چنین عوارضی بوده است.

منابع

- فارسی
- احسانی فر، احمد، «بعاد فقهی و حقوقی بیماری‌های واکیر خطرناک و سریع الاستشار از منظر قاعده وجوه دفع ضرر محتمل»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، شماره شصت و چهارم، ۱۳۹۹
- احمدوند، محسن و قبولي، محمد تقى و فخلعى، محمد تقى، «نگرشى نو در مفاد قاعده نفى سبيل و نسبت سنجى آن با اصل عدالت در روابط بين الملل»، دو فصلنامه علمي پژوهشى کاوشى نو در فقه، شماره اول، ۱۳۹۵
- آقابابایی، حسین، «گفتمان فقهی و جرم انگاری در حوزه جرائم عليه امتیت ملت و دولت»، *مجله فقه و حقوق*، شماره پنجم، ۱۳۸۴
- اندرزگو، سید محمود و نواده توحیچی، حسین، «بررسی تضاد قاعده فقهی نفى سibil با ظرفیت جهانی شدن و جهانی سازی»، *فصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، شماره چهل و چهارم، ۱۴۰۰
- بیگی، جمال و داداشی، محمدمهدى، «تئوریسم زیست‌محیطی و ضرورت جرم‌انگاری آن در ایران با تکیه بر اسناد بین المللی»، *همایش ملی ایران و جالش‌های حقوق بین المللی*، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، ۱۳۹۳
- جوان آراسته، حسین و رحمانی، سیمیه، «واکاوی فقهی حقوقی حق بر سلامت و مسئولیت دولت در شرایط شیوع بیماری کرونا»، *محله فقه پژوهشی*، شماره چهل و دوم، ۱۴۰۰
- حسن پور، محسن و موسوی پیختوردي، سید محمد و ابن تراب، مریم، «کاربست قاعده فقهی و حقوقی لاضرر و لاضرار در راستای امنیت ملی حقوق شهروندی و توسعه گردشگری»، *فصلنامه برنامه ریزی منطقه ای*، شماره اول، ۱۳۹۰
- حسن زاده، حسن و ادبیه مهر، محمد و داداش نژاد دلشناس، داود و باقی زاده، محمد جواد، «تشخیص قاعده فقهی لاضرر در مدیریت بحران‌های محیط زیستی»، *فصل نامه علمی، آموزش محیط زیست و توسعه پایدار*، شماره سوم، ۱۳۹۸
- حسینی، سید علی، «قاعده فقهی حرمت اختلال نظام و کاربرد آن در حوزه ارتباطات و رسانه»، دو فصلنامه علمی تخصصی پژوهشنامه فقهی، شماره اول، ۱۳۹۲
- خطبی، مهدی، «روش شناسی استبطان حکم شرعی»، *عيار پژوهش در علوم انسانی*، شماره اول، ۱۳۹۶
- خمینی، سید حسن، «بررسی تفاوت مسائل اصولی و قواعد فقهی»، *پژوهشنامه متین*، شماره پنجم و پنجم، ۱۳۹۱
- دبیر نیا، علیرضا و سادات نقوی، فاطمه، «تطبیق فرایند تقدیم در نظام جمهوری اسلامی ایران با تصریف قانون گذاری به متابه برنامه ریزی در راستای اجرای قوانین الهی»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، شماره نوزدهم، ۱۳۹۰
- زارعی، بهادر و زینی وند، علی و محمدی، کیمیا، «قاعده نفى سibil در اندیشه اسلامی و سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه مطالعات انقلاب اسلامی*، شماره سی و ششم، ۱۳۹۳
- سیجانی تبریزی، جعفر، حکومت اسلامی در چشم انداز ما، چاپ اول، قم، موسسه امام صادق، ۱۳۸۵
- سجادی، داود، «پژوهه‌هارب و پدیده خشکسالی ایران»، *فصل نامه جنگ صنعت و فناوری*، شماره صد و پنجاه و دوم، ۱۳۹۵
- شکاری، روشنعلی و ملیحی، سید حمید رضا و ممتازیان، محمد سعید، «واکاوی فقهی آیه نفى سibil و ادله هم سو و شمول آن نسبت به مناصب انتخابی در دولت مدرن»، *پژوهش نامه قآن و حدیث*، شماره بیست و یکم، ۱۳۹۶
- شمس ناتری، محمد ابراهیم، «جرائم زمان یافته»، *فصلنامه فقه و حقوق*، شماره اول، ۱۳۸۳
- شیخ الاسلامی، محمد علی و قبولي درافتان، سید محمد تقى و فخلعى، محمد تقى، «بررسی فقهی حکم رانت خواری با استناد به قاعده لاضرر»، *فصلنامه فقه و اصول*، شماره دوم، ۱۴۰۰
- صلح میرزای، سعید، *جهاد تینین در اندیشه حضرت آیت الله العظمی خامنه‌ای مد ظله العالمی*، 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، ۱۳۹۰
- عباس‌زاده، نادیا؛ محتوى، عبدالحميد، «بررسی سیستمهارب و تأثیرات محیط‌زیستی آن»، *سومین همایش ملی مدیریت بحران*، ایمپی، بهداشت، محیط‌زیست و توسعه پایدار، تهران، موسسه آموزش عالی مهر اروند و مرکز راهکارهای دستیابی به توسعه پایدار، ۱۳۹۶
- عبدالللهی، هرمز، «بررسی فقهی و حقوقی قاعده لا ضرر در رویه قضائی کنوئی»، *فصلنامه بین المللی قانون یار*، شماره نهم، ۱۳۹۸
- عزیزاللهی، حجت و فلسفی زاده حقیقی، سید ابوذر و پاشا زانوسي، 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 نفى سibil در تفاسیر فربیقین»، *فصلنامه مطالعات تفسیری*، شماره سی و یکم، ۱۳۹۶
- علیدوست، ابوالقاسم، «قاعده نفى سibil»، *مقالات و بررسی‌ها*، شماره هفتاد و ششم، ۱۳۸۳



- علیدوست، ابوالقاسم، «فلسفه قواعد فقهیه»، پژوهش‌های فقهی، شماره دوم، ۱۳۹۵،
- علیشاھی قلعه جوچی، ابوالفضل و احمدی، طبیه، «مبانی قاعده ابطال 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 بهرامی نژاد مفوبی، علی، «(رابطه) قاعده نفی سبیل با معاهده برجام»، فصلنامه تخصصی علوم سیاسی، شماره پنجم و سوم، ۱۳۹۹،
- فناخی، روا و صالحی، سید مهدی و نیکخواه سرنقی، رضا، «ضرورت تحول اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در خصوص جرایم مستحدث کیفری با تأملی بر اصول و قواعد فقهی»، فصلنامه فقه و اصول، شماره سوم، ۱۳۹۹،
- کرم زاده، سیامک و فیض، زهراء، «قاعده نفی سبیل و الحاق ایران به کنوانسیون بین‌المللی مقابله با تامین مالی تروریسم»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره دوم، ۱۳۹۸،
- گلی شیردار، محمد حسن و متظری، صالح و مایلی، حامد، «تبایدهای فقهی رسانه با تاکید بر امنیت و قاعده لاضرر»، فصلنامه آفاق امنیت، شماره پنجم و سیم، ۱۴۰۰،
- لطفی، اسدالله، «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آئین دادرسی مدنی»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، شماره پنجم و نهم، ۱۳۹۱،
- متولی آرازی، محمود و علم الهدی، محمد حسن و عیسی زاده، نیکزاد و نور محمدی، غلامرضا، «مفهوم قاعده لاضرر و کاربردهای آن در پژوهشی»، فصلنامه اخلاق و تاریخ پژوهش، شماره دهم، ۱۳۹۶،
- محمدی، مسلم و بشکار، الهام، «تحلیل روش‌های عقل عملی در اثبات امامت از نگاه علامه حلی با تاکید بر الافین»، فصلنامه تحقیقات کلامی، شماره سی و دوم، ۱۴۰۰،
- مدنی، سید محمود، احکام مصلحتی در فقه اسلامی، چاپ اول، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۹۳،
- مردانی، محمد، «سبجش از دور اهداف زیرسطحی با استفاده از سامانه‌های پرقدرت گرم‌کننده الکترومنتانیستی یونوسفری»، فصلنامه علمی پژوهشی اطلاعات جغرافیایی سپهر، شماره صد و چهارم، ۱۳۹۵،
- مغزی نجف آبادی، الهام و نظری توکلی، سعید، «تسبیح عقلانی و عقلانی 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 صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم، تفکر، ۱۳۸۴،
- مهاجری ابروانی، مژگان؛ تنبیه، فاطمه؛ مطهری نیا، مرتضی، «سلامی به نام پارب، یک مطالعه مروری کلاسیک»، فصلنامه پرستار 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، ۱۳۹۶،
- صیری رسمی، سید محمد و سلیمانی، علیرضا و ناطحی اشنی، محمد حسن و حسینی، سید علیرضا، «بررسی الزامات بین‌المللی در مواجهه با قاعده نفی سبیل و تأثیر آن در بناء نظام از منظر قرآن و فقه امامیه»، فصلنامه مطالعات قرآنی، شماره چهلم، ۱۳۹۸،
- ناظمی پول، صابر و دشتی اردکانی، محمد رضا، «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل»، ماهنامه کانون، شماره صد و چهل و نهم، ۱۳۹۴،
- نجفی توانا، علی و مصطفی زاده، فهیم، «جرائم اینگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره هشتم، ۱۳۹۲،
- نصر اصفهانی، محمد و مقصودی نیا، غلامعلی و قائمی اصل، مهدی، «بررسی و ارزیابی تأثیرات اقتصادی حضور بانک خارجی در جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به تجربیات کشورهای در حال گذار بر اساس قاعده نفی سبیل»، فصلنامه معرفت اقتصاد اسلامی، شماره اول، ۱۳۹۸،
- نقیبی، سید ابوالقاسم، «قاعده لاضرر و جبران خسارت معنوی به خانواده»، پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره هفتم، ۱۳۹۰،
- هادوی نیا، علی اصغر، «مفاد قاعده لاضرر با تکیه بر مبانی انسان شناسی قرآن کریم»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره شصت و ششم، ۱۳۹۹،
- هدایتی چنانی، رحمان، «علل، آثار و بایدهای تحول ساختاری جرم انگاری حداکثری»، فصلنامه بین‌المللی قانون پار، شماره شانزدهم، ۱۴۰۰،
- یزربی، سید علی محمد و محمودی، جواد، «اثبات حکم با قاعده لا ضرر»، پژوهش‌های فقهی، شماره اول، ۱۳۹۰^{۳۷}،
- عربی، این اثیر، مبارک این محمد، النهایه فی غریب الحدی و الان، چاپ اول، ریاض، دار ابن الجوزی، ۱۳۸۳،



- بجندی، سید حسن، القواعد الفقهیه، چاپ اول، قم، نشر الهادی، ۱۳۹۶ -
- حسینی بوشهری، سیدهاشم، القواعد الفقهیه، قم، انتشارات مسیا، ۱۳۹۷ -
- عراقي، اقضیاءالدین، الاجتهاد و التقليد، قم، نوید اسلام، ۱۳۸۸ -
- عراقي، اقضیاءالدین، مقالات الاصول، چاپ اول، قم، مجمع الفكر الاسلامي، ۱۴۲۰ -
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین، ۱۴۱۱ -
- نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار الاحیاء التراث العربي، ۱۴۰۴ -
- لاتین -
- Bighch, Nick, Angels don't play this Haarps advances in tesla technology, Earth pulse Press, Vol. 2, 1996
 - Frederick, MD. Fort Detrick, US Army Medical Research Institute for Infectious Diseases, USAMRIID's Medical Management of Biological Casualties Handbook, 4th Ed. 200
 - Freeland, Elena, Chemtrails, HAARP, and the Full Spectrum Dominance of Planet Earth, Feral House, Vol. 1, 2015
 - Greenberg, Jeff, campus master plan, university of Alaska, vol. 1, 2020
 - Hayakava, N, Are you ready for the truth, HFO high way, UFO High way Books, LLC, Vol. 1, 2014
 - 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. 1, 2014
 - Pugh, Joye Jeffries, The knowledge of Good and Evil, Sacred word published, Vol. 2, 2018
 - Rubin, E.S, Controling Acid deposition: the role of FGD, Environmental science and Technology, Vol. 20, No. 10, 1986
 - Smith, Gerry, Whether warfare the military's plan to draft Mother Nature, Adventures Unlimited Press Kempton, Illinois 60946 USA, Vol. 1, 2017
 - Streltsov, Anatoly, past, present and futher of active experiments in space, Embry-Riddle Aeronautical University, Daytona Beach, Florida, USA, Vol. 1, 2020
 - Swartz, Tim, the Lost Journals of Nikola Tesla, Global Communications, Vol. 1, 2015
 - The recovery of non pecuniary loss in European contract law, Vernon valentine Palmer, Cambridge University Press 2015,
 - Damages for non pecuniary loss in a comparative perspective, Rogers w.h, Oxford University Press, 1998
 - Principes de droit civil français, F. Laurant, Brussels 18⁷8, vol. 16
 - Remedies in contract and tort, D.Harris, Cambridge University press, 2002
 - Damages for non pecuniary loss in comparative perspective, W.V.Horton Rogers, Springer Vienna, 2001
 - Emotional distress caused by physical injury to another, David, J.leibson, Journal of Family law, Heinonline, Vol.15, 196⁷,
 - Damages for personal injury, Non-pecuniary loss, The Law Commission. Burrows, A , Law Com No 25⁷, London, 1998
 - Damages for personal injury : Non pecuniary loss. Harpum, CH (1995) The Law Commission, London, 1995
 - Material compensation of moral damage : Definition, Ground, Calculation. Margaryan, H. LAP Lambert Academic Publishing. Germany. 2012
 - Non pecuniary damages: Defined, Assessed and Capped. Benedek, D. LLB. University of Montreal. Quebec Bar Student. 2002
 - Psychological impact of injuriessustained in motor vehicle crashes: review and meta-analysis. Ashley, Cariag www.bmjjopen.com. Septembre 2020
 -



امکان سنجی تحقیق ربا در خسارت تأخیر تأدیه در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه

دکتر سید عباس جزایری
استادیار، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران

فاطمه علی اصغرزاده
دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۱۵ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۱.۲۵

چکیده

خسارت تأخیر تأدیه از موضوعاتی است که در عرصه فقه و حقوق مطرح بوده و به لحاظ پیدایی تحولات فراوان، موضع گیری‌هایی را از سوی مراجع فقهی و قانونی با خود به همراه داشته است. از یک طرف، تأمین نظم اقتصادی در دنیای کنونی، بدون در نظر گرفتن جریمه تأخیر، بسیار دشوار است و از طرف دیگر، شیوه خلاف شرع بودن نهاد حقوقی مزبور و لزوم تطابق مقررات قانونی با احکام شرع مقدس بر اساس اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کاوش هر چه بیشتر در اطراف موضوع یاد شده را می‌طلبد. پس از انقلاب فقهای شورای نگهبان به استناد اصل چهارم قانون اساسی، وظیفه‌ای که نسبت به تطبیق قوانین با شرع انور داشتند بدوان اخذ هر نوع خسارت تأخیر تأدیه را مغایر شرع و حرام اعلام نمودند ولی مدتی بعد به دلیل رشد روزافزون نقدهای افزایش تورم، شورای نگهبان را وادار به تجدیدنظر و پذیرش خسارت تأخیر تأدیه نمود و لی همچنان شباهتی باقی ماند. نگارندگان در این مقاله با روش تحلیلی توصیفی سعی دارند که به ابعاد فقهی و حقوقی خسارت تأخیر تأدیه با توجه به خلاف شرع بودن ربا، پردازند تا این رهگذر به جستجوی راهکاری در شرع دست یابند و با تعیین خسارت بر تأخیر تأدیه، اهرمی برای انجام تعهد در موعد مقرر گردد.

واژگان کلیدی: خسارت تأخیر تأدیه، حقوق کیفری ایران، فقه امامیه، ربا.



Feasibility study of usury in damages for late payment in Iranian criminal law and Imami jurisprudence

Abstract

Compensation for delay in payment is one of the issues that have been raised in the field of jurisprudence and law and in terms of the emergence of many changes, has taken positions from the jurisprudential and legal authorities. On the one hand, it is very difficult to maintain economic order in the current world, regardless of the penalty for delay, and on the other hand, the suspicion that the legal institution is illegal and the need to comply with the rules of law according to the fourth principle of the Constitution of the Islamic Republic Iran demands more and more exploration around this issue. After the revolution, the jurists of the Guardian Council, according to the fourth principle of the constitution, declared that their duty to implement the laws in accordance with Anwar Sharia was illegal and haram, but later due to increasing liquidity and rising inflation. The Guardian Council was forced to reconsider and accept the compensation for the delay, but doubts remained. To seek a solution in the Shari'a, and by determining the damages on the delay of payment, to establish a lever for the fulfillment of the obligation on time.

Keywords: late payment damages, Iranian criminal law, Imami jurisprudence, usury.

○ مقدمه ○

در معاملاتی که با وجه نقد انجام می‌گیرد، ممکن است منشأ این معاملات قرض یا عقود دیگر مثل بیع، اجاره و نظیر اینها باشد که گیرنده کالا و خدمات را به پرداخت وجه نقد متعهد می‌سازد به طوری که اگر کسی تعهد خود را در موعد مقرر انجام ندهد و در نتیجه این تأخیر متعهده متضرر شود، متعهد باید خسارت ناشی از تأخیر را جبران کند که اگر تعهد مذکور وجه رایج باشد، آن را اصطلاحاً "خسارت تأخیر تأدیه" می‌گویند. در زبان حقوقدانان، واژه خسارت تأخیر تأدیه در مواردی به کار می‌رود که موضوع تعهد پرداخت وجه نقد رایج کشور باشد و اگر موضوع تعهد، تحويل کالا و خدمات یا پرداخت وجه نقد رایج کشور مثلاً ارزهای بیگانه باشد، عنوان "خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد"، را به کار می‌برند. بنابراین منظور از خسارت تأخیر تأدیه در این نوشته، موردی است که مربوط به پرداخت وجه نقد رایج باشد. و وجه نقد عبارت از پولی است که در کشور رواج قانونی دارد، خواه مسکوک باشد یا اسکناس، آنچه رواج ندارد پول طلای پهلوی و اشرفی و پنج هزاری یا پولهای نقره که از جریان خارج شده وجه نقد محسوب نمی‌شود، همچنین ارز خارجی خواه کاغذ باشد مانند پوند، دلار و فرانک و خواه مسکوک مانند لیره و روبل طلا، وجه نقد نیست و در رده‌ی جو، گندم، آهن و امثال آن، شناخته می‌شود (امامی: ۲۴۸، ۱۳۲) خسارت تأخیر تأدیه، خسارتی است که از بابت دیر پرداخت وجه نقد از طرف مدیون باید به دائن داده شود. خسارت دیرکرد هم به آن گفته می‌شود (جعفری لنگرودی: ۲۶۰، ۱۳۶۲) خسارت تأخیر تأدیه در لغت به معنی خسارتی است که از عدم انجام تعهد یا ادائی دین در موعد مقرر ناشی می‌شود. به عبارت دیگر ضرری است که از انجام تعلل در ادائی دین ایجاد شده، به طوری که اگر در زمان معین ایفا می‌شد، هرگز، چنین ضرری به وجود نمی‌آمد (درویشی: ۱۳۸، ۲)

از جمله موضوعات فقهی حقوقی که بعد از انقلاب دستخوش تغییر عمدہای شد، مسئله خسارت تأخیر تأدیه است و محل آن جایی است که موضوع تعهد وجه نقد رایج باشد و متعهد، تعهد خود را در موعد مقرر انجام ندهد و متعهده متضرر گردد (صرف تأخیر برای ورود خسارت کافی است)، زیرا با توجه به رشد تورم که کاهش ارزش نقدینگی را دربرداشته و تلازم خاصی بین آنها حاکم است، قدرت خرید کاهش پیدا می‌کند. تأخیر متعهد در انجام تعهد، خسارت جدی و بعض‌اً جبران ناپذیری را بر متعهده وارد می‌سازد تا جائی که اگر نقدینه خود را با تأخیر طولانی دریافت دارد هرگز این نقدینه قدرت خرید زمان تعهد را نخواهد داشت. نویسنده‌گان حقوقی



که در قلمرو خسارت تأخیر تأدیه مطالبی تگاشته اند، تحت تأثیر این تفکر نوشتۀ های خود را بیشتر به پیشینه، ماهیت و مشروعیتِ مطالبه خسارت تأخیر تأدیه معطوف کرده اند. امروزه بدون در نظر گرفتن جریمه تأخیر، برقراری نظم در جامعه بسیار دشوار است از طرفی شبۀ خلاف شرع بودن این نهاد حقوقی همچنان محل اختلاف فقهاء نیز هست. جبران خسارت یا خسارت تأخیر تأدیه وجهه حقوقی و فقهی دارد ولی اگر همین تأخیر در ادای دین و جبران خسارت جدای از حکم مشروعیت یا عدم مشروعیت که محل اختلاف فقهاء و حقوقدانان است به صورت امر و نهی قانونگذار در امور کیفری قرار گیرد می‌تواند به عنوان جرم مد نظر قرار گیرد و مرتكب به عنوان مجرم شناخته شده علاوه بر جبران خسارت از باب مسئولیت مدنی مجبور به تحمل کیفر شود. از آن جایی که حقوق کیفری جدای از وجهه شرعاً آن نوعی قرارداد اجتماعی است که روابط افراد جامعه را با وضع ضمانت اجراءات کیفری ساماندهی می‌کند در حقوق ایران بعد از انقلاب اسلامی در مورد مسئله خسارت تأخیر تأدیه، شاهد موضع گیری‌هایی از سوی مراجع فقهی و قانونی بوده‌ایم که در این مقاله تلاش شده است خسارت تأخیر تأدیه در فقه امامیه و قانون ایران به روش تحلیلی توصیفی و با ابزار کتابخانه‌ای مورد مطالعه تطبیقی قرار گیرد و با توجه به خلاف شرع بودن ربا، راهکاری رادر شرع پیدا کرد تا با تعیین خسارت بر تأخیر تأدیه، اهرمی برای انجام تعهد در موعد مقرر گردد. خسارت تأخیر تأدیه پول یا وجه نقد هرچند عنوان خسارت را به همراه دارد، به دلیل اهمیت در اقتصاد، به نظم عمومی وابسته است و از همین رو از تمامی قواعد عمومی خسارات پیروی نمی‌کند و تابع شرایط و احکام ویژه است. در کشورهایی که نظام حقوقی آنها مبتنی بر نظام حقوقی اسلام است، به دلیل شباهتی که میان خسارت تأخیر تأدیه و ربا وجود دارد، مطالبه این نوع از خسارت با حساسیت‌ها و محدودیت‌ها خاصی روبرو است. در خصوص پیشینه این تحقیق باید گفت چند مقاله در سالهای گوناگون نگارش گردیده واستدلال خود را بر مبنای قوانین زمان خود بیان نموده اند از جمله مقاله علی انصاری، با عنوان "دریافت خسارت تأخیر تأدیه در قراردادهای بانکی با تکیه بر وضعیت بدھکار" که در فصلنامه اقتصاد اسلامی در سال ۹۰ چاپ گردیده و مقاله محمد موسوی بجنوردی با عنوان "مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه" که در سال ۸۲ در پژوهشنامه متین چاپ شده است و کتاب‌هایی مثل کتاب احمد علی یوسفی با عنوان ربا و تورم که چاپ شده در سال ۸۱ می‌باشد و کتاب میثم موسایی با عنوان تبیین مفهوم و موضوع ربا از دیدگاه فقهی که در سال ۶ چاپ شده است می‌توان نام برد. نگارندگان در این مقاله در پی پاسخگویی به این سوالات هستند که آیا تأخیر تأدیه با در نظر گرفتن حقوق کیفری ایران وجهه کیفری دارد و جرم است؟ آیا می‌توان با در نظر گرفتن کیفر

نوعی توجیه فقهی را با در نظر گرفتن استدلال فقهای امامیه در خصوص تأخیر تأدیه در نظر گرفت؟ و جایگاه خسارت تأخیر در حقوق کیفری ایران با توجه به استدلال‌های فقهای امامیه کجاست؟

۱- خسارت تأخیر تأدیه در قوانین و سیر تحول آن

در باره‌ی این موضوع، در قوانین قبل و بعد از انقلاب اسلامی، به گونه‌های مختلف موضوع گیری شده است؛ لذا به منظور مطالعه‌ی سیر تحول آن، بحث را در دو قسمت خلاصه می‌کنیم:

خسارت تأخیر تأدیه پیش از انقلاب اسلامی ماده‌ی ۲۲۸ قانون مدنی می‌گوید: در صورتی که موضوع تعهد تأدیه‌ی وجه نقدی باشد، حاکم می‌تواند با رعایت ماده‌ی ۲۲۱، مديون را به جبران خسارت حاصل از تأخیر تأدیه‌ی دین محکوم نماید. در این ماده‌ی قانونی، خسارت تأخیر تأدیه پذیرفته شده، ولی صدور حکم بر اساس آن منوط به رعایت ماده‌ی ۲۲۱ قانون مدنی است. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در ماده‌ی ۱۲ خسارت تأخیر تأدیه پذیرفته شده بود، ولی در ماده‌ی ۱۳۷ خسارت از خسارت را غیرقابل مطالبه اعلام می‌کرد.

ماده‌ی ۱۲۷ اعم از خسارت تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد بود و تأخیر در ادائی دیون دیگر را نیز شامل می‌گشت، ضمن آن‌که میزان دقیق خسارت قابل مطالبه را تعیین نمی‌کرد؛ لذا قانون‌گذار مزبور، ماده‌ی ۱۹۷ آن قانون را به خسارت تأخیر تأدیه اختصاص داد و رقم مشخصی را برای آن در نظر گرفت. ملاحظه می‌شود که این ماده، به عقد قرض اختصاصی ندارد و هرگونه دینی را که موضوع آن وجه نقد است شامل می‌گردد.

در ماده‌ی ۳۴ قانون ثبت، مصوب ۲۶ اسفند ۱۳۱۰ سخن از «خسارت دیرکرد» به میان آمده بود و قسمتی از ماده‌ی یاد شده چنین مقرر می‌داشت: دفترخانه، بنا به تقاضای بستانکار، اجراییه برای وصول طلب و اجور و خسارت دیرکرد صادر خواهد کرد. در ماده‌ی ۳۶ آن قانون هم خسارت تأخیر تأدیه به میزان دوازده درصد قابل مطالبه اعلام شده که به وسیله‌ی اداره‌ی ثبت، مأخذ و تماماً به طلبکار داده می‌شد.

هم‌چنین ماده‌ی ۱۱ قانون صدور چک، مصوب ۱۳۵۵ و ماده‌ی ۳۰۴ قانون تجارت، خسارت تأخیر تأدیه را نسبت به اسناد تجاری مقرر می‌داشت. (وحدتی شبیری: ۱۳۸۲، ۴۲)



◦ خسارت تأخیر تأديه پس از انقلاب اسلامی ◦

نظام حقوقی بعد از انقلاب اسلامی در خصوص خسارت تأخیر تأديه به دو مرحله تقسیم می‌شود مرحله اول تا سال ۱۳۶۰ است که فقهای شورای نگهبان تأخیر تأديه را غیرشرعی و در نتیجه غیرقانونی می‌دانستند. در سال ۱۳۶۱ شورای نگهبان در پاسخ به استعلام رییس کل بانک مرکزی دریافت خسارت تأخیر تأديه به میزان ۱۲ درصد مانده بدهی بوسیله بانکها را تجویز نمود. (جزایری و همکاران: ۱۳۹۸، ۶۵) بعد از انقلاب اسلامی، راجع به این موضوع که خسارت تأخیر تأديه قابل مطالبه است یا خیر، اختلاف نظر پیش آمد و در نهایت شورای نگهبان طی نظریه ای در سال ۱۳۶۲ این امر را خلاف شرع اعلام کرد و به این ترتیب در عمل دادگاهها از صدور حکم به تأخیر تأديه منمنع شدند. فقهای شورای نگهبان در مورد خسارت تأخیر تأديه، چند بار اظهارنظر کرده‌اند و حتی در یکی از این نظریات در سال ۱۳۶۴ اعلام کردند که مطالبه مازاد بر بدھکار به عنوان خسارت تأخیر تأديه چنانچه حضرت امام ره نیز به صراحت به این عبارت آنچه به حساب دیر کرد تأديه بدهی گرفته می‌شود ربا و حرام است اعلام کرده اند، جائز نیست و احکام صادره بر این مبنای شرعی نیست. بنابراین مواد ۱۹ تا ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی و سایر موادی که به طور متفرق احتمالاً در قوانین در این باره موجود باشد، خلاف شرع انور است و قابل اجرا نیست؛ بنابراین در یک مقطع زمانی بعد از انقلاب خسارت تأخیر تأديه غیرشرعی اعلام شد. با وجود این باز هم بعضی مراکز اداری و بانکی به دنبال یافتن راهی برای امکان دریافت وجوهی اضافه بر ا يصل دین از بدھکار متفاوت بودند. اصرار ادارات ثبت بر اجرای این نظریه شورای نگهبان را به اظهارنظر دیگری در سال ۱۳۶۴ وا داشت. شورا در این سال، چنین نظر داد که به لحاظ این که بعضی مقامات ثبتی هنوز هم در موضوع اخذ خسارت تأخیر تأديه تردید دارند، لذا اعلام می‌شود "آن قسمت از ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره ۴ و ۵ آن و ماده ۳۶ و ۳ آیین نامه اجرایی ثبت که اخذ مازاد بر بدھکار را به عنوان خسارت تأخیر تأديه مجاز شمرده است، خلاف موازین شرع و باطل اعلام می‌شود. اما شورا در پایان این نظریه مطلبی بیان کرد که می‌توان آن را فتح بابی در این موضوع دانست، اعلام کرد: لازم به تذکر است که تأخیر ادائی دین حال پس از مطالبه طلبکار برای شخص ممکن شرعاً جرم و قابل تعزیر است (نظریه شماره ۳۳۸ مورخ ۱۴/۱۰/۶۱) از آنجا که نظریه‌ی مذکور موجب سوء استفاده بدھکاران می‌شد و آنان را به تأخیر در پرداخت دین یا فرار از دین تشویق می‌کرد؛ به ویژه با توجه به تورم شدید و تنزل فاحش ارزش پول ملی، مبلغی که بستانکار بعد از مدت‌ها پیگیری از طریق مراجع قضایی یا ثبتی به دست می‌آورد، ارزش

اقتصادی و قدرت خرید آن به مراتب کمتر از مبلغ دین در زمان سرسید بود. از این رو تدبیری جهت حل مشکل و رفع بی عدالتی اندیشیده شد (صفایی: ۱۳۸۶، ۲۲۶)

مرحله دوم بعد از مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام است که رویکرد حقوقی به سمت پذیرش خسارت تأخیر تأدیه و در نهایت با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی به تثبیت این رویکرد با اندکی تغییر در مبنای و شرایط مطالبه، ختم شد به این صورت که در سال ۱۳۸۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام در قانون نحوه‌ی وصول مطالبات بانکها، اخذ خسارت تأخیر تأدیه را برای بانکها جایز اعلام و کلیه‌ی محاکم دادگستری و دواویر اجرایی ثبت را مکلف به وصول مطالبات بانکها اعم از اصل و فرع کرد (ماده ۶ قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها) در سال ۱۳۲۲ مجلس شورای اسلامی قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ را تصویب کرد. ولی با این که در ماده ۱۲ قانون صدور چک به اخذ خسارت تأخیر تأدیه اشاره شده بود، قانون جدید آن را تغییر نداد. به همین جهت ریس کل دادگستری تهران از مقام معظم رهبری استفتاء کرد که: آیا گرفتن خسارت تأخیر تأدیه طبق قانون فوق مشروعیت دارد یا از مصاديق ربا می‌باشد؟ ایشان در پاسخ اعلام داشتند که: "اگر ثابت شود که خسارت، ناشی از بدھی مستند به تأخیر تأدیه است در ضمانت بدھکار است و حکم ربا ندارد". در سال ۱۳۱۵ مجلس شورای اسلامی، به موجب قانون الحق یک خسارات و هزینه‌های وارد شده... شناخت. قانون دارنده‌ی چک را مستحق دریافت "کلیه‌ی خسارات و هزینه‌های وارد شده..." مذکور در مورخ ۹/۲۱/۱۰ به تصویب رساند. در یک نظریه تفسیری، مجمع یاد شده در مورخ ۶/۳/۱۰ به منظور از عبارت "کلیه خسارات و هزینه‌های وارد شده..." مذکور در تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۶۱/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، خسارات تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شد و هزینه دادرسی و حق الوکاله بر اساس تعریف‌های قانونی است. روشن است که در این مقرر، سخنی از شرط ضمن عقد به میان نیامده و از طرف دیگر، تورم و کاهش ارزش پول مفروض گرفته شده است؛ بنابراین، تسری حکم مذکور در مصوبه مجمع به غیر از چک از اسناد تجاری و غیرتجاری، فاقد وجاهت قانونی است؛ چنانکه اگر به فرض، نرخ تورم، صفر باشد، مطالبه وجهی به صورت خسارت تأخیر تأدیه، امکان‌پذیر نخواهد بود؛ از این مقطع مرحله‌ی دوم آغاز شد. گرچه مبنای محاسبه خسارت نرخ تورمی بود که از جانب بانک مرکزی اعلام شد. به تعبیری نظام حقوقی ما بعد از انقلاب تکامل پیدا کرد که

اولاً اگر خسارت تأخیر تأديه مبتنی بر قرارداد باشد و ثانياً به نوعی به معنای جبران کاهش ارزش پول باشد و اين مطلب با نظام قبل از انقلاب که می گفت باید ۱۲ درصد خسارت تأخیر تأديه منظور شود، تغيير ماهيتي داشت. درحقيقت آن خسارت بر مبناي نرخ تورم نبود بلکه يك مبلغ اسمی نسبت به اصل دين به عنوان خسارت دريافت می شد که اين موضوع هم اينک ربا تلقى می شود. به هر تقدير، در سال ۱۳۱۸ اداره حقوقی قوه قضائيه طی نظريه اي اعلام کرد که مطالبه خسارت تأخير تأديه مستند به قرارداد، قانوني و شرعی است. ملاحظه می شود که مجتمع تشخيص مصلحت نظام خسارت تأخير تأديه را بر اساس نرخ تورم در مورد چك پذيرفته است و چون در دين مستند به چك خصوصيتی نبود، اين قاعده به ديون ديگر نيز قابل تعيم بود (صفايي: ۱۳۸۶، ۲۲۸-۲۲۶)

ولي در سال ۱۳۷۹، قانون‌گذار، خسارت تأخير تأديه‌ي وجه نقد را برای همه‌ي دعاوى که موضوع آن دين و از نوع وجه رايچ باشد، مقرر داشت. در ماده‌ي ۵۲۲ قانون آيین دادرسي ۲۸ دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۲۱ فروردین ۱۳۷۹ که در تاريخ فروردین ۱۳۷۹ به تأييد شوراي نگهبان رسيد چنان آمده است: در دعاوى که موضوع آن دين و از نوع وجه رايچ بوده و با مطالبه‌ي دain و تمکن مدion، مدion از پرداخت امتناع نموده، در صورت تغيير فاحش شاخص قيمت سالانه از زمان سررسيد تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه‌ي طلبکار، دادگاه با رعایت متناسب تغيير شاخص قيمت سالانه، که توسط بانک مرکزي جمهوري اسلامي ايران تعين مي گردد، محاسبه و مورد حكم قرار خواهد داد، مگر اين‌که طرفين به نحو ديگري مصالحه نمايند. در اين ماده‌ي قانوني، چهار شرط برای امكان مطالبه‌ي خسارت تأخير تأديه مقرر شده است: نخست آن‌که موضوع تعهد، وجه نقد رايچ باشد؛ پس اگر موضوع آن، کالا يا ارز ساير كشورها باشد، مشمول اين حكم نخواهد بود؛ دوم آن‌که طلبکار، بدھي را مطالبه کرده باشد که اظهارنامه‌ي رسمي مي تواند دليلي بر اين امر باشد؛ سوم آن‌که مدion، متمکن از پرداخت باشد و با امكان مالي از ادai دين خودداري کرده باشد؛ و بالاخره چهارم آن‌که ارزش پول در فاصله‌ي سررسيد تا زمان پرداخت، تغيير فاحش کرده باشد. مقاييسه‌ي اين ماده‌ي قانوني با مصوبه‌ي مجتمع تشخيص مصلحت نظام به شرحی که گذشت مي رساند که از نظر قانون‌گذار سال ۱۳۹۱، تمكن مدion از پرداخت و تغيير فاحش ارزش پول، دو شرط عمدی برای امكان مطالبه‌ي خسارت تأخير تأديه وجه نقد است، در حالی که در مصوبه‌ي مجتمع تشخيص مصلحت نظام، هیچ يك آن دو قيد نشده است. البته در اين مصوبه سخن از تورم به ميان آمده است، و اين بدان معناست که کاهش ارزش پول مفروض گرفته شده، ولی «کاهش شدید» قيد امكان مطالبه نیست؛ و

مقایسه‌ی این هر دو با نظریات شورای نگهبان نشان می‌دهد که، نه مجتمع تشخیص مصلحت نظام و نه قانون‌گذار سال ۱۳۵۹، هیچ‌کدام راهکار شرط ضمن عقد را که در نظرهای شورای نگهبان معنکس شده بود، مورد استفاده قرار نداده‌اند.

۲-نظرات فقهی تحقق ربا در خسارت تاخیر تادیه

زمانی اضافه دریافتی ربا محسوب می‌شود که از قبل شرط شده باشد (چه صریحاً و چه ضمنی) و مطابق نظر یکی از فقهاء که قول مشهور را مطرح کرده است "لا یجوز شرط الزیاده بان یقرض ملا على ان یودی المفترض ازيد مما اقتضه سوا اشتراطاً صریحاً او اضمراه و هذا هو الربا القرض المحرم" (موسی الاصفهانی: ۵۳، ۱۹) جایز نیست شرط زیادی به نحوی که مالی به دیگری قرض دهد و آنگاه مفترض زیادتر از آنچه که قرض گرفته است ادا کند، چه شرط به صورت صریح ذکر شده باشد چه ضمنی و این ربای قرض، حرام است ملاحظه می‌شود که در خسارت تاخیر تادیه شرط اضافه قبلی وجود ندارد و توافق طرفین در سراسید معین، پرداخت اصل وجه است بدون اضافه و آنچه که به عنوان خسارت تاخیر گرفته می‌شود از باب ضمان کاهش ارزش پول مقرض است. (ساکی: ۱۳۸۹، ۲۸۲)

بیشتر فقیهان امامیه، گرفتن مبلغی مازاد بر اصل بدھی را تحت عنوان کاهش ارزش پول یا خسارت دیرکرد و مانند این‌ها غیرمشروع دانسته‌اند. فقیه سترگ، سید محمد‌کاظم یزدی، صاحب عروة، معتقد است کاهش ارزش پول قبل از سراسید و بعد از آن در ضمان بدھکار نیست، هر چند وی توانایی پرداخت داشته و طلبکار نیز دین را مطالبه کرده باشد. ایشان در پاسخ به سؤالی درمورد کاهش شدید ارزش پول می‌گوید: هرگاه آن دین مؤجل باشد و تنزل قیمت پیش از حلول اجل باشد، خسارت بر طلبکار است و اما اگر مطالبه کند و مديون در دادن مطالبه کند بدون وجه شرعی، پس در صورت تنزل قیمت، از کيسه‌ی طلبکار رفته است چنانچه در غصب می‌گويند (يزدي: ۱۳۶، ۲۹) امام خميني(ره) در پاسخ به يك سؤال درباره شخصی که در ضمن عقد قرض، شرط ضمان نسبت به قدرت خريد کرده است، می‌نگارند: شرط مذکور نافذ نیست و همان مبلغی را که قرض گرفته ضامن است و قدرت خريد پول در این مسئله اثر ندارد. (خميني: ۱۳۵، ۲۹۰-۲۹۱) مقام معظم رهبری در پاسخ به سؤال رئيس کل دادگستری تهران در تاریخ ۲ آذر ۱۳۵ در این زمینه چنین نگاشته‌اند: خسارت ناشی از تأخیر بدھی، اگر ثابت شود که مستند به تأخیر تأدیه است، در ضمان بدھکار است و حکم ربا را ندارد. (روزنامه اطلاعات، ۱۳۱۸/۲/۲) در این نظر، بدون آن‌که از راهکار شرط ضمن عقد استفاده شود، خسارت تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد پذیرفته



شده و آن را خارج از حکم ربا دانسته‌اند، ولی در مورد قلمرو خسارت مزبور و چگونگی استناد آن به تأخیر تأدیه توضیح نداده‌اند؛ به طور مثال، معلوم نیست که آیا خسارت قابل مطالبه، از دست دادن سود را نیز شامل است، یا فقط کاهش قدرت خرید را دربرمی‌گیرد. چنان‌که مشخص نیست آیا خسارت مزبور، در صورت کاهش شدید قابل مطالبه است، یا کاهش به میزان متعارف هم در ضمان بدهکار است. هرچند بعید نیست که اطلاق عبارت، همه‌ی این صورت‌ها را دربرگیرد برخی از معاصران با فرق گذاشتن میان غصب و غیرغصب، کاهش ارزش پول در خصوص غصب، را در ضمان غاصب دانسته و در غیر غصب، گرفتن مبلغ مازاد را تحت عنوان ضمان کاهش ارزش پول، خلاف ادله‌ی روایی قلمداد کرده‌اند (حائری:بیتا) البته خسارت تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد، غصب نیست و بدهکار با تأخیر در پرداخت دین، عین مالی را غصب نمی‌کند؛ ولی چون با تمکن از پرداخت و با وجود مطالبه‌ی داین، از ادای دین خویش خودداری کرده و در فرض کاهش شدید ارزش پول، موجب ورود ضرر به وی شده است، به قاعده‌ی لاضر باید خسارت او را جبران کند. برخی نیز، با آن که خسارت دیرکرد را ربا و حرام دانسته‌اند، معتقد‌اند اگر فاصله‌ی زمانی و تورم خیلی زیاد باشد، به طوری که پرداختن مبلغ مزبور عرفاً ادای دین محسوب نشود، باید به حساب امروز پردازد، یا مصالحه کنند (مکارم: ۱۳۶، ۱۵۰) فقیهانی نیز هستند که حکم به لزوم جبران کاهش ارزش پول کرده، ولی به صورت احتیاط یا فتواء، مصالحه را مطلوب و یا لازم شمرده‌اند. مرحوم شهید صدر نیز در مباحث علمی خویش می‌پذیرد که در شرایط کنوی که ارزش پول به طور مستمر رو به کاهش است، به گونه‌ای که دیگر نمی‌توان پول امروز را «مثل» پول چند سال پیش دانست؛ لذا اگر بانک هنگام وفا به دین خویش، ارزش واقعی پولی را که قبل‌گرفته است پردازد، ربا و حرام نخواهد بود. (صدر: ۱۳۹۹، ص ۱۹)

بنابراین نظرات فقهاء را می‌شود به سه دسته تقسیم کرد گروهی معتقد‌اند گرفتن مبلغ مازاد بر اصل بدهی تأخیر تأدیه غیرمشروع است که آرای آنها به شرح زیر است آیت الله سید محمد کاظم یزدی معتقد است که خسارت تأخیر تأدیه قبل از سرسید و بعد از آن در ضمان بدهکار نیست هر چند که وی توانایی پرداخت داشته و طلبکار نیز دین را مطالبه کرده باشد (حائری یزدی:بی‌تا، ۳۸) نظرآیت... وحید خراسانی و ناصر مکارم شیرازی و آیت ا... مظاہری نیز بر حرمت است و آن را رباخواری می‌دانند (سایت مشرق زمین، نظر مراجع ۹۰/۱۰/۱). برخی از فقهاء گرفتن خسارت تأخیر تأدیه را جایز دانسته‌اند که از جمله آنها شهید صدر و برخی دیگر از فقهاء قائل به تفضیل شده‌اند: آیت ا... گلپایگانی در باره خسارت تأخیر تأدیه در جرم‌های بانکی می‌گوید: شرط زیاده، اگر چه به عنوان حق الزحمه و سایر مذکورات و

سؤال باند، ربا و حرام است و جرمیه نیز حرام است، ولی اگر مدیون به نحو شرعی در ضمن عقد خارج لازم، ملتزم شده باشد که اگر از موعد تأخیر انداخت مبلغ معینی مجاناً بدهد اشکال ندارد (صفی گلپایگانی: ۱۳۸۲، ۹۱) برخی از فقهاء معاصر میان غصب پول با غیرغصب تفاوت قائل شدند و در خصوص غصب، کاهش ارزش پول را در ضمان غاصب دانسته و در غیرغصب، گرفتن مازاد را تحت عنوان ضمان کاهش ارزش پول، برخلاف ادله روایتی قلمداد کرده اند (حائری: بیتا)، برخی فقهاء نیز به لزوم جبران تأخیر تأدیه از جمله کاهش ارزش پول حکم کرده اند، ولی مصالحه را به صورت احتیاط یا فتواء، مطلوب و لازم شمرده اند (بهجهت، فتوی شماره ۱، ۵۶۹۰ - ۹/۴/۴) به نظر نگارنده‌گان فقهایی که خسارت تأخیر تأدیه در مورد وجه نقد را حرام اعلام کردند، آن را ربا می دانند و فقهائی که اخذ خسارت را در قالب وجه التزام یا شرط ضمن عقد جایز اعلام کردند، استدلالشان این است که تأخیر مدیون در بازپرداخت بدھی خود با توجه به تورم و کاهش ارزش پول موجب ضرر می شود و جبران این ضرر با خسارت تأخیر تأدیه تامین می شود. قانون مدنی، خسارت تأخیر تأدیه در تعهدات پولی را تابع حکم خاص (نرخ بهره قانونی) و خارج از وجه التزام در مورد سایر تعهدات قرار داده است این محدودیت در حقوق ایران، متأثر از فقه، با حرمت ربا و جرم انگاری که پای نظم عمومی اقتصادی را به وضوح به میان می کشد، اعمال می شود.

۳- جواز دریافت خسارت تأخیر تأدیه به اندازه نرخ تورم مطابق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، اگر طلبکار دین خود را مطالبه نماید و بدھکار با داشتن تمکن، از پرداخت آن امتناع ورزد، در صورتی که نرخ تورم فاحش باشد، طلبکار می تواند به اندازه نرخ تورم، خسارت تأخیر تأدیه دریافت کند. مستند فقهی این ماده و ماده ۴ قانون چک را در دو مرحله بررسی می کنیم؛ در مرحله نخست به میزان انطباق این مواد با آرای فقهی مراجع تقلید پرداخته و در مرحله بعد مستند فقهی مواد قانون را تبیین می نماییم. ۱-۳ میزان انطباق ماده ۵۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۴ قانون چک با آرای مراجع تقلید در سالهای اخیر که از یک طرف اکثر قرض‌ها و معاملات مدت‌دار بر اساس پول رایج می باشد و از طرف دیگر به خاطر وجود تورم‌های بالا، ارزش واقعی بدھی‌ها کاهش پیدا می کند، سؤال‌های زیادی برای مردم عادی و مراکر قانون گذاری و قضایی مطرح می شود و استفایات زیادی از مراجع تقلید صورت می گیرد که در ظاهر ممکن است متفاوت باشند اما از جهت محتوا همگی به این برمی گردند که: «در شرایط تورم بالا که ارزش واقعی و قدرت خرید دین کاهش می یابد، آیا طلبکار حق دارد برای جبران کاهش ارزش طلب خود، مبلغی بیش از مبلغ اسمی دین مطالبه کند؟»



مراجع تقلید بر اساس مبانی فقهی خود به این سؤال جواب داده‌اند. مطالعه دقیق آرای فقهاء و مراجع تقلید نشان می‌دهد که مفاد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی و ماده ۴ قانون چک تا حدودی منطبق با نظر آیات عظام موسوی اردبیلی، نوری همدانی، مکارم شیرازی، صافی گلپایگانی و سید کاظم حائری است و با نظر آیات عظام بهجت و خامنه‌ای ناسازگار نیست و می‌تواند راهکاری برای مصالحه باشد، اما با نظر آیات عظام تبریزی، فاضل لنکرانی و سیستانی ناسازگار است.

(یوسفی: ۳۱۰، ۱۳۸۱)

۳-۲- تبیین مستند فقهی ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۴ قانون چک زمانی که در وضعیت تورمی کسی به دیگری قرض مدت‌دار می‌دهد و یا با او معامله مدت‌دار انجام می‌دهد به طور معمول متوجه است که به تدریج در اثر تورم، از ارزش واقعی و قدرت خرید پولی که قرض داده یا دینی که طلب دارد کاسته می‌شود و به طور معمول این توجه، بر نحوه قرض دادن و معاملات مدت‌دار تأثیر گذاشته و باعث می‌شود قرض‌ها کوتاه مدت‌تر و تفاوت نرخ‌های نقد و نسیبه بیشتر شود به این بیان، اگر با آگاهی از آثار تورم به دیگری قرض مدت‌دار می‌دهد در واقع اقدام به پذیرش کاهش ارزش دارایی خود و ایثار به قرض گیرنده می‌کند و اگر معامله مدت‌دار می‌کند در واقع اقدام به مبادله کالا یا خدمت خود در مقابل مبلغ معین در سرسید مشخص می‌کند، در نتیجه حق مطالبه مازاد در سرسید مقرر را ندارد. حال اگر بدھکار در سرسید مقرر بدھی خود را نپردازد، هر چه زمان می‌گذرد در اثر تورم از ارزش مالی و قدرت خرید بدھی کاسته می‌شود و طلبکار از این ناحیه متضرر می‌شود؛ به این دلیل است که برخی از فقهاء با استناد به دلایلی، کاهش ارزش بدھی را حق طلبکار دانسته، بدھکار را موظف به پرداخت قدرت خرید یا مصالحه با طلبکار کرده‌اند. (یوسفی: ۳۰۹، ۱۳۸۱) مطابق آیات و روایات، هر مدیونی باید دین خود را به طور کامل ادا کند و به تصریح برخی مراجع، ادائی دین امری عرفی است و در شرایط تورمی به ویژه زمانی که نرخ تورم شدید باشد عرف پرداخت مبلغ اسمی بدھی را ادائی دین به حساب نمی‌آورد. آیت‌الله مکارم شیرازی در تبیین این استدلال می‌فرماید: اگر تورم در زمان کوتاه و مقدار معمولی باشد محاسبه نمی‌شود، چرا که همیشه تغییراتی در اجناس و قدرت خرید پول پیدا شده و می‌شود و سیره مسلمین و فقهاء بر عدم محاسبه تغییرات جزئی بوده است. ولی اگر تورم شدید و سقوط ارزش پول زیاد باشد تا آن حد که در عرف، پرداختن آن مبلغ ادائی دین محسوب نگردد باید بر اساس وضع حاضر محاسبه کرد و در این مسئله تفاوتی میان مهریه و سایر دیون نیست. بنابراین نه در دیون و نه در خسارات دیگر، پرداختن قیمت سابق در این گونه مقامات مصدق ادائی دین یا جبران خسارت نیست و به همین دلیل باید به نرخ روز

حساب کرد. نتیجه این که در مواردی که تغییرات قیمت‌ها در کوتاه مدت یا دراز مدت کم باشد عرف آن را مصدق ادای دین می‌داند و پذیرا می‌شود، اما تفاوت‌های شدید و فاحش قابل قبول نیست و ادای دین محسوب نمی‌شود. (یوسفی: ۱۳۸۱، ۳۱۴-۳۱۵) در شرایط تورمی، زمانی که مديون پرداخت بدھی خود را به تعویق می‌اندازد به میزان تورم از افزایش دارایی و قدرت خرید دین کاسته می‌شود و این از دیدگاه عرف ضرر به حساب می‌آید و از آن جا که مديون با تأخیر در پرداخت و نقض عهد موجبات این ضرر را فراهم کرده، از دید عرف ضرر مستند به او است و چون داین راضی به این ضرر نیست، به مقتضای قاعده نفعی ضرر باید ضرر او جبران شود و حکم به اکتفا به مبلغ اسمی دین با قطع نظر از کاهش ارزش آن، حکم به ضرری است که در اسلام نفعی شده است. برخی از مراجع چون آیت الله نوری همدانی، صافی گلپایگانی و سید کاظم حائری به دلیل لا ضرر استناد کرده‌اند (یوسفی: ۱۳۸۱، ۳۰۹).

۴- ادله‌ی فقهی تحقق ربا در خسارت تأخیر تادیه وجه نقد

به منظور بررسی ادله‌ی فقهی مرتبط با خسارت تأخیر تادیه‌ی وجه نقد، بحث را در چهار قسمت ارائه می‌دهیم: شرط در ضمن عقد اصلی، شرط در ضمن عقد خارج لازم، لزوم تدارک اتفاف مالیت و ضمان نسبت به کاهش ارزش پول و بالاخره، ضمان نسبت به خسارت عدم النفع

۱- شرط در ضمن عقد اصلی دینی که مديون از پرداخت آن خودداری کرده و طلبکار نیز خسارت دیرکرد مطالبه می‌کند، گاه ناشی از عقد قرض است و گاه از عقود دیگر منشأ می‌گیرد. تفاوت این دو در روایاتی است که در خصوص قرض وارد شده و هرگونه شرطی را که به نفع قرض‌دهنده باشد حرام اعلام می‌کند (عاملی: ۱۴۰۳، ۳۱۵)؛ به همین دلیل، بیشتر بر این باورند که خسارت تأخیر تادیه، حتی اگر به صورت شرط ضمن عقد قرض درآید، باز حرام و نامشروع است؛ زیرا مفاد این شرط، نفعی را به صورت معلق به قرض دهنده بازمی‌گرداند. در حالی که قرض‌دهنده، در فرض مورد بحث، چیزی به جز اصل بدھی در سررسید نمی‌خواهد و اگر شرط مبلغ در فرض تأخیر می‌کند، برای وادار کردن مفترض به پرداخت وام در رأس مدت است؛ به همین دلیل، فقهای شورای نگهبان چنان‌که پیش از این گذشت خسارت تأخیر تادیه را در قالب شرط ضمن عقد پذیرفته‌اند. اما در صورتی که دین، ناشی از عقود دیگر غیر از قرض باشد، (مثل آن که در ضمن بیع سلف یا بیع نسیه، شرط پرداخت مبلغ اضافی در صورت تأخیر نماید) ادله‌ی ویژه‌ی قرض جریان نمی‌یابد؛ لذا همان‌گونه که بایع در بیع نسیه می‌توانست بر خریدار شرط کند که تا آخر سال، ماهانه مبلغ معینی را به او مجاناً هبہ کند، به همان ترتیب می‌تواند شرط کند که در



صورت تأخیر در پرداخت ثمن در رأس مدت مقرر، ماهانه مبلغی معین را به وی تملیک کند. (صدر: ۱۴۰۱، ۱۳۹۹) در این صورت، شرط مورد بحث، مشروعیت و نفوذ خود را از دلیل لزوم بیع و ادله‌ی نفوذ شرط می‌گیرد، نه از قرض، تا ربا پدید آید. از طرف دیگر، پرداخت مبلغ مزاد، در برابر تمدید مدت و اعطای مهلت نیست، تا مشمول روایاتی باشد که هرگونه مبلغ اضافی را در ازای تمدید سرسید، حرام اعلام می‌کند. (عاملی: ۱۴۰۳، ۳۶)

۴-۲- شرط در ضمن عقد خارج لازم برخی از فقهاء که مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد را به صورت شرط ضمن عقد اصلی نبایرنده‌اند، از راهکار شرط ضمن عقد خارج لازم بهره جسته و همان هدف را در این قالب تأمین کرده‌اند. (گلپایگانی: ۹۱، ۱۴۰۵) به نظر آنان، داین می‌تواند کالای هر چند کوچک را به مدیون بفروشد و در ضمن شرط کند که اگر وی دین را در رأس مدت مقرر نپرداخت، مبلغی (مثلًاً ۱۲٪ اصل بدھی) را مجاناً به داین تملیک کند. علت قید «مجانی بودن»، آن است که اگر تملیک مزبور در ازای اعطای مهلت باشد، مشمول روایات خاص است که پیش از این بدانها اشاره شد. در این صورت نیز، شرط تملیک مجانی مبلغی در صورت تأخیر در پرداخت، مشروعیت و نفوذ خودرا از عقد قرض نمی‌گیرد و در ازای تمدید سرسید نیست، تا ربا لازم آید.

۴-۳- لزوم تدارک اتفاق مالیت و ضمان کاهش ارزش پول به اعتقاد برخی از فقهاء پول امروز پول اعتباری است و فایده‌ای جز وسیله خرید اشیا ندارد، به خلاف پول‌های درهم و دینار که خود دارای ارزش ذاتی و استعمالی بودند. در نتیجه، همه اعتبار و مالیت پول‌های امروز به ویژه پول‌های کاغذی به قدرت خرید آن‌ها است و کاغذ آن‌ها ارزشی ندارد. با توجه به این مسئله، در شرایط تورمی زمانی که کسی پول دیگری را غصب می‌کند یا پرداخت بدھی او را به تعویق می‌اندازد موجب از بین رفتن قدرت خرید و مالیت پول می‌شود و از آن‌جا که تمام قوام و اعتبار پول امروز به مالیت آن است تلف شدن مالیت پول همانند تلف عینی کالاهای دیگر است، در نتیجه به مقتضای قاعده‌ی علی‌الید در باب غصب که می‌گوید: «هرگز مال دیگری را بدون رضایت او تصرف کند و آن مال تلف شود ضامن است»، غاصب و مدیونی که تخلف از پرداخت به موقع بدھی کرده، ضامن کاهش مالیت پول است و باید آن را جبران کند. (یوسفی: ۱۳۸۱، ۳۱۰) حضرت آیت‌الله صافی گلپایگانی در مقام استدلال به این دلیل می‌فرماید: تمام اعتبار و مالیت اسکناس به همان قدرت خرید است و مقصود بالاصاله از آن توسل به خرید و تملک اشیا است. بنابراین نقصان مالیت آن، مثل نقصان عینی کالا است، چون زیان خارجی آن منهای این مالیت اعتباری، مقصود نیست و لذا نقصان آن عرفاً ضرر است و اگر عدوانًا واقع شود موجب ضمان است، خواه در ذمه باشد، خواه در خارج و این به خلاف این است که اسکناس در

ذمه در انتای مدت مقرر یا با اجازه تأخیر از بستانکار، تنزل قیمت پیدا کند، زیرا در این صورت در ملک و تحت تصرف خودش ترقی یا تنزل یافته است و کسی ضامن زیان آن نیست؛ قدر مشترک دلایل سه گانه این است که بعد از فرا رسیدن سررسید بدھی، اگر طلبکار مطالبه دین کند و بدھکار با تمکن از پرداخت بدھی، امتناع کند، در صورتی که نرخ تورم فاحش باشد، از دید عرف بدھکار موجب ضرر و زیان طلبکار شده، مال او را تلف کرده و اکتفا به پرداخت مبلغ اسمی بدھی ادای دین به حساب نمی‌آید بلکه بدھکار برای رفع ضرر و جبران خسارت و صدق عرفی ادای دین باید به اندازه کاهش ارزش پول، خسارت طلبکار را جبران نموده و به اندازه‌ای به او پردازد که قدرت خرید او محفوظ بماند. بنابراین می‌توان گفت مفاد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی و ماده ۴ قانون چک از باب عمل به قدر مشترک دلایل یادشده است. باید افروزد که ارزش پول همواره در حال کاهش است و گسترش نقدينگی در جامعه موجب کاهش قدرت خرید می‌شود و بر اثر تورم، از قیمت حقیقی پول می‌کاهد، بگونه‌ای که اگر شخص، مدت مدیدی عین پول خویش را در گوشه‌ای نگه دارد، فقط از نظر شکلی، پول خود را نگه داشته، ولی از نظر اقتصادی آن را بی‌ارزش کرده است. آنچه مورد بحث ماست این است که اگر مدیون، دین را در رأس مدت مقرر پرداخت و ارزش پول پس از سررسید کاهش یافتد، آیا طلبکار می‌تواند مابهالتفاوت را مطالبه کند؟ بدون شک، اگر مدیون دین خود را در رأس مدت مقرر پردازد و شرایط اقتصادی در این مدت دگرگون نشده و کاهش ارزش آنک و به میزان متعارف باشد، طلبکار نمی‌تواند مبلغی بیشتر از رقم اصلی را بخواهد؛ چرا که عقد قرض یک عقد احسانی است و قرض دهنده با نیت خیر و ثواب اقدام کرده و کاهش ارزش پول به میزان آنک را نادیده گرفته است؛ ولی اگر مدیون به موقع اقدام به پرداخت دین نکرد، ممکن است گفته شود قرض دهنده کاهش آنک در ارزش پول را فقط تا سررسید نادیده گرفته و به اصطلاح، «اقدام به ضرر» خویش کرده است، ولی اگر از سررسید گذشت، چنین اقدامی از رفتار وی استنباط نمی‌شود. به نظر می‌رسد این سخن در جوامعی که عرف، دقت در محاسبه‌ی ارزش پول دارد پذیرفتنی است؛ ولی در جامعه‌ی کنونی ما، عرف چنین دقتش ندارد و اگر کاهش به میزان آنک و متعارف باشد و فاصله‌ی زمانی میان سررسید و ادای دین زیاد نباشد، مدیون، از نظر عرفی، با پرداخت رقمی معادل با رقم اصل بدھی، دین خویش را ادا کرده است و کاهش ارزش یاد شده تأثیری در ضمان مدیون به بیش از رقم نخستین نخواهد داشت؛ درنتیجه، هرگونه مبلغ اضافی در قبال کاهش ارزش پول، «ربا» خواهد بود. اگر کاهش ارزش به میزانی غیرمتعارف باشد (مثلاً در اثر حادثه‌ای مثل جنگ)، شرایط اقتصادی آن چنان دگرگون شود که ارزش پول به کمتر از نصف کاهش باید)، می‌توان گفت هر چند فاصله‌ی زمانی



میان سرسید دین و ادای آن زیاد نبوده، ولی چون کاهش شدید رخ داده است، پرداخت رقمی معادل با رقم اصلی دین، از نظر عرفی، ادای دین محسوب نمی‌شود به دیگر سخن، پول، مال مثلی است و بر اساس یک قاعده‌ی عرفی، ضمان مثلی به مثل و ضمان قیمتی به قیمت است. البته ارزش حقیقی پول همیشه در زمرة‌ی اوصافی نیست که در مثلی بودن دخالت کند، ولی وقتی کاهش شدید ارزش رخ می‌دهد، عرف، مبلغ اسمی پول را «مثل» مبلغ اولیه نمی‌بیند و اگر مدیون رقم نخستین را تأدیه کرد، عرف‌ای را برئ الذمه نمی‌دانند. البته این استدلال ویژه‌ی تأخیر تأدیه نیست و حتی در پرداخت به موقع دین نیز ساری و جاری است. بر همین اساس، اگر در طول مدت دین، شرایط اقتصادی به گونه‌ای غیر مترقبه تغییر کند و کاهش یابد، در ضمان بدھکار خواهد بود. البته در عکس مسئله، یعنی جایی که ارزش پول به میزانی غیر قابل انتظار افزایش یابد، بدھکار حق ندارد مبلغی از رقم اصلی دین کم بگذارد؛ چرا که تحلیل اراده‌ی طرفین اقتضا می‌کند که ارزش اضافی نادیده گرفته و رقم نخستین پرداخت شود به نظر می‌رسد هرچند استدلال بالا ویژه‌ی تأخیر تأدیه نیست و در پرداخت به هنگام دین هم جاری است، ولی در فرضِ تأخیر در پرداخت، روشن‌تر است؛ زیرا اگر به فرض، قرض دهنده، به مبلغ اسمی دین حتی در فرض کاهش شدید ارزش رضا داشته، در فرض تأخیر در پرداخت، چنین رضایی را نداشته است بلکه می‌توان ادعا کرد که اگر قایل شویم پول به لحاظ آن که حالت واسطه دارد، مثلی و قیمتی بودن درباره‌ی آن قابل طرح نیست، باز هم مدیون را نسبت به کاهش شدید ارزش ضامن می‌دانیم؛ زیرا از نظر عرفی وقتی یک شبه، ارزش پول مثلاً به کمتر از ۵۰٪ کاهش می‌یابد، پرداخت مبلغ اسمی، دیگر ادای کامل دین محسوب نمی‌شود و بر فرض تردید در صدق عرفی، استصحاب اشتغال جاری است؛ و اگر به لحاظ آن که مجرای استصحاب، شبه‌ی حکمیه است، در استصحاب تردید کنیم، در جریان قاعده‌ی اشتغال که مبنای عقلایی دارد، جای تردید نخواهد بود. (وحدتی شیری: ۴۳، ۴۲، ۱۳۸۲)

۴-۴-ضمان خسارت عدم النفع

در خصوص قاعده‌ی لاضرر، برخی عقیده دارند که عدم النفع ضرر نیست، تا مشمول قاعده باشد و برخی دیگر هم معتقدند که عبارت "لا ضرر ولا ضرار" دلالت بر ضمان مالی ندارد؛ زیرا زیان روایت، برداشتن یک حکم شرعی است، نه قرار دادن حکم، و ضمان مالی، قرار دادن مسئولیت بر عهده‌ی شخص است؛ و یا گفته‌اند که مفاد قاعده، نهی تکلیفی از ابراد خسارت به دیگران است و دلالتی بر حکم وضعی ضمان ندارد. در برابر مشهور، فقیهانی چون وحید بهبهانی (بهبهانی: ۱۴۱، ۶۱۴)، سیدعلی طباطبائی (طباطبائی: ۱۴۰۴، ۱۴۰۲) و شهید سیدحسن مدرس (مدرس: ۱۴۰۸، ۱۱۰) عقیده دارند که عنوان «ضرر» بر عدم النفع صادق است و بر اساس قاعده‌ی

لا ضرر، خسارت عدم النفع موجب ضمان و مستولیت مدنی است. براساس این نظریه، خسارت عدم النفع ناشی از تأخیر تأدیه قابل مطالبه است، به شرط آن که رسیدن نفع در آینده، از نظر عرفی محقق الواقع باشد. تفاوتی هم بین عقد قرض و سایر عقودی که دینی را ایجاد می‌کنند نیست؛ زیرا مبلغی که طلبکار به عنوان خسارت عدم النفع مطالبه می‌کند، مشروعیت خود را از عقد نگرفته است و در برابر اعطای مهلت پرداخت نمی‌شود، تا عنوان «ربا» بر آن صادق باشد، بلکه ناشی از تعهدی است که بر اثر ایراد خسارت، به حکم شارع، بر دوش مدیون آمده است. البته چنان‌که اشاره شد این نظر را بیشتر فقیهان نپذیرفته‌اند و از نظر حقوقی هم مطابق آخرين مصوبات قانوني، مطالبه‌ی خسارت عدم النفع با اشکال مواجه است. تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۵ قانون آين دادرسي دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۹ می‌گويد: خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد. حمل مقرره‌ی مزبور بر خسارت عدم النفع احتمالی، برخلاف ظاهر ماده است و قابل پذیرش نیست. به نظر نگارندگان از نظر حقوقی راهکار شورای نگهبان مبنی بر امكان مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه و جه نقد در قالب شرط ضمن عقد، با مقرره‌ی مذکور در ماده‌ی ۵۲۲ قانون آين دادرسي دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قابل جمع است؛ یعنی اگر طرفين، شرطی را در ضمن عقد، به منظور الزام طرف به رعایت دقیق سرسید بگنجانند، آن شرط نافذ است و شرایط ذکر شده در ماده‌ی ۵۲۲ مزبور لازم الرعایه نیست و اگر شرط ضمن عقد به ترتیبی که گفته شد موجود نباشد، خسارت تأخیر تأدیه را فقط می‌توان در قالب ماده‌ی ياد شده مطالبه کرد؛ یعنی با فرض تمکن مدیون از ادای دین در سرسید و مطالبه‌ی داین، می‌توان خسارت تأخیر را در فرض کاهش شدید ارزش پول، بر اساس شاخص قیمت سالانه که توسط بانک مرکزی اعلام می‌شود، مطالبه کرد. به نظر نگارندگان این دو قابل تفکیک است و بستگی به قصد طرفين، به ویژه داین دارد. اگر قصد او این نباشد که درآمدی را از طریق شرط به دست آورد، بلکه این باشد که از این طریق، مدیون را مقید به پرداخت در سرسید نماید، این ضمانت اجراست و نمی‌توان آن را ربا دانست ولی اگر شرط ضمن عقد نباشد، چنانچه مدیون، در سرسید، تمکن از پرداخت ندارد، اطلاق مقامی آیه‌ی شریفه، که دستور اعطای مهلت به مدیون مُعسیر می‌دهد، اقتضا می‌کند که هیچ گونه خسارتی را نتوان از وی مطالبه کرد، ولی اگر توانایی پرداخت دارد و در ادای دین کوتاهی می‌کند، در شرایط فعلی، که نرخ تورم رو به تزايد است، می‌توان از باب قاعده‌ی لاضر و لاضرار، خسارت ناشی از تأخیر تأدیه‌ی وجه نقد را مطالبه کرد. جواز دریافت بهره و خسارت تأخیر تأدیه از اشخاص و مؤسسات خارجی غیرمسلمان مطابق نظریه شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۲۴ دریافت بهره و خسارت



تأخیر تأدیه از دولت‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و اشخاص خارجی که بر حسب مبانی عقیدتی خود دریافت آن را منوع نمی‌دانند، از نظر شرعی جایز است. این نظریه شورای نگهبان از باب استناد به استثنای حرمت ربا بین مسلم و کافر حربی است که هم در روایات آمده (حرّ عاملی: ۱۴۱۳، ۱۳۵) و هم به ادعای صاحب جواهر مورد اجماع فقهای شیعه است (نجفی: ۱۹۸۱، ۳۸۲) البته همان طور که در روایات و کلام فقهاء تصریح شده است، استثنای مربوط به گرفتن ربا است نه دادن ربا؛ (خمینی: ۱۳۰۹، ۵۱۳)

○ ۶- امکان سنجی تحقق ربا در خسارت تأخیر تأدیه در حقوق کیفری ایران

با توجه به استدلال فقهاء همانطور که اشاره شد دو دیدگاه متفاوت مشروعیت و عدم مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه در بین فقهاء وجود دارد که البته نظر اکثریت فقهاء با عدم مشروعیت خسارت تأخیر است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به تبعیت از قواعد فقه به طور کلی و به حرمت ربا به طور ویژه تأکید کرده است.

در تعریف ربا آمده دریافت زیادی در مبادرات دو کالای همجناس، موزون و مکیل یا دریافت اضافه در قرض با شرط قبلی است (موسایی: ۱۳۶، ۲۵) لازم است و لزوماً این زیادت باید یکی از عوضین معامله یا توابع آن باشد. (راوندی: ۱۴۰۵، ۴۵) درواقع مسئله اصلی در ربا، قرار گرفتن میزان اضافه در برابر زمان است، از این رو اگر توافق شود با تاخیر در پرداخت ثمن، مبلغ بیشتری پرداخت شود ربا محقق است (نجفی: ۱۳۹۱، ۳۳۴) (شیخ انصاری: ۱۴۲۰، ۲۲۱) فقهای معاصر آن را در مورد بانک و غیر بانک صادق و بدین ترتیب گرفتن مبلغ اضافه محور صورت تأخیر را مصدق ربا و حرام دانسته اند (خمینی: ۱۳۶، ۴۵) اما نکته حائز اهمیت در اینجا این است که کدام نظر را حقوق کیفری ایران پذیرفته و وارد قانون مجازات نموده است. آیا نظر مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه را پذیرفته است و گرفتن آن را جایز دانسته جرم ربا نمی‌داند و در مقابل عدم ادائی دین را جرم می‌داند یا بالعکس عدم مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه را پذیرفته و آن را ربا و جرم می‌داند؟ در حقوق کیفری ایران بر اساس اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها جرم فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد.

با مراجعه به قانون مجازات اسلامی درمی‌یابیم که عنصر قانونی جرم ربا در ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات گنجانده شده که بیان می‌دارد: هر نوع توافق بین دو یا چند نفر تحت هر قراردادی از قبیل بیع، قرض، صلح و امثال آن جنسی را با شرط اضافه با همان جنس مکیل و موزون معامله نمایند و یا زائد بر مبلغ پرداختی دریافت نماید ربا محسوب و جرم

شناخته می شود و در واقع موضوع بحث ما این است که دریافت زائد بر مبلغ پرداختی را جرم ربا دانسته است.

بحث اصلی در این ماده این است که زائد بر مبلغ پرداختی به چه معناست؟ آیا زائد بر مبلغ پرداختی شامل خسارت تأخیر تادیه نیز می شود؟ مثلاً فردی تعهد دارد مبلغی پول را در موعد مقرر باز پس دهد اگر این فرد از تعهد خودش سرپیچی کند باید خسارت عدم انجام تعهد را پرداخت کند چه در صورت داشتن تمکن چه در صورت عدم تمکن.

دادن مهلت برای پرداخت اصل تعهد نفی پرداخت خسارت نمی کند. از یک طرف مطابق قانون مدنی مسئولیت در پرداخت خسارت تأخیر را به عنوان مسئولیت مدنی دارد از طرف دیگر طبق قانون مجازات این عمل ربا و جرم است البته اگر خسارت تأخیر را زائد بر مبلغ پرداختی تفسیر کنیم.

که البته نباید خسارت تأخیر را زائد بر مبلغ پرداختی تفسیر کنیم چون خسارت همانظور که از اسمش هم پیداست و با توجه به استدلالهایی که بیان شد زائد بر مبلغ پرداختی نیست. اما در مقابل فقهایی که قائل به مشروعیت دریافت خسارت تأخیر هستند و دریافت و پرداخت خسارت تأخیر را جایز می دانند در نتیجه آن را ربا نمی دانند پس جرم دانستن آن با توجه به استدلال این دسته از فقهها منطقی به نظر نمی رسد. مگر این که باز هم بگوییم خسارت تأخیر زائد بر مبلغ پرداختی نیست. (جزایری، مالکی: ۱۳۹۹، ۶۱)

پس با توجه به استدلال این دسته از فقهها چه چیزی زائد بر مبلغ پرداختی است که ربا و جرم دانسته شده و وارد حقوق کیفری ایران شده است؟ می توانیم بگوییم هر چیزی که زائد بر مبلغ پرداختی و خسارت تأخیر باشد یعنی چیزی زیادتر از خسارت متعارف پرداخت شود می تواند حکم ربا را داشته و جرم باشد.

ممکن است چیزی زیادتر از خسارت متعارف پرداخت شود و با تراضی و توافق طرفین باشد حال چه اتفاقی می افتد؟ آیا رضایت دو طرف می تواند جرم بودن ربا از بین ببرد؟ قواعد کیفری جزء حقوق عمومی هستند که مربوط به نظم عمومی اند و از دسته قواعد آمره محسوب می شوند یعنی تراضی بر خلاف آنها امکان پذیر نیست. اما رضایت گاهی یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم را زایل می کند. وقتی عنصر مادی یا عنصر روانی در مورد یک جرم وجود نداشته باشد آن جرم به



وقوع نمی پیوندد. برای وقوع یک جرم که مطابق قانون مجازات جرم و قابل مجازات باشد علاوه بر وجود سه عنصر قانونی، مادی و روانی، تطابق زمانی این سه عنصر نیز مورد نیاز است.

وقتی جرم به دلیل فقدان یکی از عناصر تشکیل دهنده آن تحقق نیابد سخن از تقصیر مرتكب بیهوده است. ولی این رضایت باید پیش از ارتکاب جرم یا مقارن آن باشد آزادانه و از شخص دارای اهلیت باشد.

گاه رضایت شرط لازم اباوه ای ناشی از اجازه قانون و عرف است (اردبیلی: ۱۳۹۴، ۲۴) رضایت مجرم یعنی تمایل قلبی مجرم به اینکه تعرضی برخلاف قانون علیه حقوق و آزادیهای او انجام گیرد. حال آیا رضایت پرداخت کننده زائد بر مبلغ خسارت تأخیر یا رضایت دریافت کننده زائد بر مبلغ پرداختی که با طیب نفس به وقوع جرم علیه خود تن در دهد سبب مشروعیت رفتار مرتكبان خواهد شد؟ در صدر ماده عنوان شده است هر نوع توافقی یعنی رضایت به ارتکاب جرم از فاعل رفع تقصیر نمی کند. یعنی اگر شخصی رضایت دهد زائد بر مبلغ خسارت تأخیر مبلغی پرداخت کند باز هم جرم ربا محقق خواهد شد. البته این رضایت باید آزادانه باشد و از شخص بالغ و عاقل دارای اهلیت صورت گیرد و گرنه اگر پرداخت کننده بالغ یا عاقل نباشد و یا در اثر اکراه یا اجبار غیرقابل تحمل مرتكب پرداخت مبلغ زائد بر میزان خسارت تأخیر گردد به علت فقدان عنصر روانی، جرم مورد نظر محقق نخواهد شد. در خصوص عدم تأدیه دین که سابقاً بحث کردیم از منظر فقه عملی حرام است اما در قانون جرم شناخته نشده است. اما اگر جامعه اهمیت خاصی برای عدم تأدیه دین شخص ممکن که یکی از حقوق اجتماعی افراد است قائل شود می تواند آن را اخلال در نظم اجتماعی تلقی نموده و به عنوان جرم معرفی کرده مجازات تعیین نماید. قانونگذار بنا به مصلحت یا ضرورت اجتماعی هر زمان که تشخیص دهد می تواند برخی فعل یا ترک فعلها را تحریم و ضد اجتماعی تلقی کند.

دروغگویی هم از جمله رفتارهایی است که نقض یک تکلیف شرعی است در صورتی که جرم نیست مگر در شرایط خاص. این به این معنی نیست که نقض یک تکلیف اخلاقی یا شرعی نتواند هرگز به پدیده جنایی واقعیت بخشد.

برای اینکه این اتفاق بیافتد کافی است آن حکم شرعی یا اخلاقی یکی از ارکان نظم اجتماعی به شمار رود و در این نظم ادغام شود مانند شهادت کذب. حرمت عدم تأدیه دین نیز مانند حرمت ربا از احکام اولیه است و مخصوص جامعه کنونی نیست که شارع مقدس آن را تحریم نموده

است اما چون از جمله رفتارهای مخالف نظم اجتماعی است که با توجه به زمان و آداب و رسوم و نیازها و اهداف جامعه مخالف احساسات جمعی است از طرفی قانون مجازات اسلامی مبتنی بر شرع مقدس اسلام است به نظر می‌رسد تعیین کیفر برای عدم تأثیه دین در صورت تمکن مخصوصاً در جامعه کنونی که تأمین دفاع اجتماعی مبتنی بر آن است مفید باشد.(جزایری، مالکی: ۱۳۹۹، ۶۱)

بنابراین خسارت تأخیر تادیه با ربا تفاوت دارد زیرا ماهیت ربا را دو چیز معین می‌کند: الف - مال بدست آمده یکی از دو عوض معامله یا از توابع آن باشد و سبی مستقل نتوان برای تملک فرض کرد. ب - چیزی زیادتر از آنچه داده است دریافت کند. ولی آن چه در «خسارت تأخیر تأدیه» آمده فاقد دو رکن مذکور است زیرا مبلغ مورد پرداخت به وام دهنده به عنوان مبلغ اضافی نیست بلکه، کمترین خسارتی است که طلبکار در نتیجه‌ی، محروم ماندن از سرمایه خود در وعده‌ی معهود تحمل کرده است.

این غرامت نیز ترکیبی از دو رکن اصلی خسارت است: الف - بخشی که ناشی از سود از دست رفته است. ب - بخش دیگر که ناشی از ضررهای متعارف و از جمله کاهش توان خرید پول است(کاتوزیان: ۱۳۸۳، ۲۰) در حقوق ما چون خسارت به طور معمول به پول پرداخته می‌شود، در دعاوی که موضوع آن «وجه نقد» است، اگر مالی از همان جنس و زاید بر طلب به مدعی پرداخته شود، این اقدام را مشابه رباخواری جلوه می‌دهد. ولی از نظر تحلیلی سبب گرفتن پول توافق دو طرف بر زیاده خواری در برابر مؤجل ساختن دین حال نیست بلکه سبب تقصیری است که بدھکار در اداء دین مرتکب شده و از این راه به طلبکار خسارت زده است. پس، آن چه بابت خسارت تأخیر گرفته می‌شود عوض اضافی در برابر دین نیست، بلکه التزامی است جداگانه که سبب آن تقصیر بدھکار است و در شمار ضمانهای قهری می‌آید.

به بیان دیگر، خسارت تأخیر تأدیه سبب ویژه و مشروع خود را دارد و بدل زاید بر اصل نیست تا «خوردن مال دیگری به باطل» باشد. خسارت تأخیر تأدیه، خسارتی است که فرد مدیون به دلیل عدم پرداخت بدھی خود در سررسید معین بایستی به طلبکار پرداخت نماید. در واقع خسارت تأخیر تأدیه، ما به التفاوت اصل پول و کاهش ارزش آن در اثر تورم و گذشت زمان در زمان ادائی دین باشد.



از نظر عقلی، حقوقی و فقهی دلایل وجود دارد که جنبه ربوی خسارت تاخیر تادیه را ساقط می‌نماید. در توجیه عقلاً باید گفت که بدیهی است که تورم باعث کاهش ارزش پول می‌شود و اگر به اندازه کاهش مذکور از ناحیه مفترض بر معرض پرداخت شود تازه اصل مبلغ را پرداخت کرده است و چیزی مازاد بر اصل پول واقعی پرداخت نشده است و قرض گیرنده یا مدیون در تاریخ مقرر سر رسید ادای دین نکرده و ضامن کاهش ارزش پول است و هر عقل سليمی بر جبران آن حکم می‌کند.

از نظر حقوقی نیز حقوق دانان عموماً میان ریح پول و خسارت تأخیر تادیه فرق می‌گذارد. برخی معتقدند ربح به تراضی معین می‌شود، در حالی که خسارت را قانون معین می‌کند؛ هم‌چنین، ربح در پایان موعدی که طرفین برای انجام دادن تعهد معین کرده‌اند پایان می‌پذیرد، حال آن‌که خسارت، بعد از آن موعد شروع می‌شود (جعفری لنگرودی: ۱۳۶۲، ۳۱۰) وانگهی، خسارت تأخیر تأدیه، التزامی است که از تعصیر مدیون ناشی می‌گردد و نباید آن را دنباله‌ی اجرای قرارداد شمرد؛ به تعبیر دیگر، این ضررها ناشی از عهدشکنی بدھکار است و او باید مطابق قواعد ضمان قهری، ضرری را که سبب آن شده است جبران کند (کاتوزیان: ۱۳۶، ۲۰)

البته آنچه که راجع به خسارت تاخیر تادیه گفته شده منحصر به عقد قرض نیست و در مورد هرگونه طلبی صادق است مشروط به اینکه دین از نوع «وجه رایج» باشد. در این مورد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱/۲۱ ۱۳۹/۱ خسارت تاخیر را به عنوان یکی از خسارت‌های قابل مطالبه که مورد حکم دادگاه هم قرار می‌گیرد، بیان نموده است.

در مصوبه قانونی دیگر مجمع تشخیص مصلحت نظام به تاریخ ۹/۲۱ ۱۳۹۲ تحت عنوان قانون استفساریه تبصره الحقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۰/۳ میگوید: "ماده واحد: منظور از عبارت (کلیه خسارت و هزینه‌های لازم از قبیل هزینه‌های دادرسی...) مذکور در تبصره الحقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۰/۳ ۱۳۱۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام، خسارت تاخیر تادیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده و هزینه دادرسی و حق الوکاله بر اساس تعرفه‌های قانونی است" ملاحظه می‌شود که هم مجلس و هم مجمع تشخیص مصلحت نظام بر پرداخت و دریافت خسارت تاخیر تادیه، مهر تایید زده اند و رویه جاری دادگاه‌ها نیز همین است.

◦ نتیجه گیری

درباره خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد، تاریخ حقوق ما، پیش و پس از انقلاب اسلامی، فراز و نشیب‌های بسیاری را پشت سر گذاشته است. پیش از انقلاب اسلامی، حداقل مبلغ قابل مطالبه در صورت تأخیر در ادائی بدھی، ۱۲ درصد محکوم به در سال و بدون آنکه نیاز به اثبات ورود خسارت باشد، به صرف اثبات تأخیر در پرداخت، قابل مطالبه بود.

پس از انقلاب اسلامی، فقهای شورای نگهبان آن را غیر شرعی اعلام کردند، ولی در خصوص بانک‌ها، مطالبه‌ی خسارت دیرکرد را بر اساس شرط ضمن عقد، که به عنوان وجه التزام در قرارداد اصلی گنجانیده می‌شود پذیرفتند. نظریه‌ی شورای نگهبان اختصاص به بانک ندارد و هر کس می‌تواند از این راهکار استفاده کند، به شرط آنکه هدف از شرط یاد شده الزام مديون به پرداخت در سرسید باشد، نه به دست آوردن سود در ازای تمدید مهلت مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۰ این امکان را به دارنده چک بخشید که بتواند محکومیت صادرکننده چک را به پرداخت کلیه خسارات، از جمله خسارت تأخیر تأدیه، تقاضا کند؛ و بالاخره در سال ۱۳۹۰، قانون‌گذار آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، با چهار شرط، مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را به طور کلی امکان‌پذیر ساخت.

فقیهان، عموماً، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را به هر شکلی «ربا» و حرام دانسته‌اند، ولی هستند فقیهانی که، با تغییک میان وجه التزام و ربا، درج شرطی در ضمن عقد به منظور الزام مديون به رعایت زمان سرسید را مشروع می‌دانند؛ چنان‌که برخی از فقیهان هم مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه را در فرض کاهش شدید ارزش پول و تمکن مديون از ادائی دین در سرسید پذیرفته‌اند.

در پایان پیشنهاد می‌کنیم، اولاً، ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، از این قانون، که مربوط به امور شکلی است، حذف و در قانون مدنی، که محتوی مقررات ماهوی است، گنجانده شود؛ ثانیاً راهکار پذیرفته شده از سوی شورای نگهبان، با تصریح به عمومیت آن نسبت به غیر بانک‌ها از اشخاص حقیقی و حقوقی، مورد تصریح قانون‌گذار قرار گیرد. قانون‌گذار نیز با تأسی از شارع مقدس، در ماده‌ی ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی، برای ربا دهنده و ربا گیرنده و نیز برای واسطه‌ی بین آنها مجازات تعیین نموده است.



حقوقدانان عموماً معتقدند باید میان خسارت ناشی از دیرکرد و ربح پول یا ربا تفاوت گذارد. خسارت تاخیر در تادیه که مورد تائید شرع و قانون قرار گرفته، متفاوت از ربا یا بهره است و در واقع خسارتی است که در نتیجه کاهش ارزش پول در طول زمان، به ذیحق تعلق می‌گیرد.

در مجموع در مورد وجه افتراق این دو نهاد می‌توان گفت که خسارت تأخیر تأدیه در واقع سود و بهره و اخذ آن گرفتن مالی علاوه بر مال اصلی بوده و در ربا بودن آن نمی‌توان تردید نمود؛ منتهی حرمت آن محدود در دایره ربا بوده و نمی‌توان گرفتن خسارت مزبور را بوسیله بانک‌ها یا اخذ خسارت دیرکرد از وام‌های تولیدی را ربا شمرد.

فهرست منابع

- اردبیلی، محمد علی، (۱۳۹۴)، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، تهران: نشر میزان.
- امامی، سید حسن، (۱۳۲)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ نهم، ۱ جلد.
- انصاری، علی، "دریافت خسارت تأخیر تادیه در قراردادهای بانکی با تکیه بر وضعیت بدھکار"، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ش ۱۳۹۰، ۴
- بادینی، حسن، خیامی، محمد عزیز، "بررسی مبانی فقهی قابلیت مطالبه‌ی خسارت تأخیر تادیه از دیدگاه مذاهب اسلامی"، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱
- بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ریا، قم، انتشارات بوسستان کتاب، ۱۳۸۱
- بهبهانی، وحید؛ حاشیه مجمع الفائدہ والبرہان، چاپ اول، کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷ق.
- بهجهت، محمد تقی، بیتا، استفتای شماره ۵۶۹۰ - ۷۹/۴/۴ - پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- تسخیری، محمدمعلی، شرط کیفری مالی در بانکداری بدون ربا، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره ۳۵
- جزایری، سید عباس، مالکی برجهنی، نجم، خسارت تأخیر تادیه در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران، فصلنامه مطالعات اقتصادی، سال دوم، شماره چهارم، زمستان ۹۹
- جزایری، سید عباس، ویسی، میثم، وجه افتراق خسارت تأخیر تادیه، ربا و سود بانکی در حقوق کیفری ایران، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۵، شماره ۳ پاییز ۹۸
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۲)، ترمینولوژی حقوق، بنیاد راستاد.
- حائری یزدی، کاظم، بیتا، "بررسی اوراق نقدی از نظر فقهی"، مجله فقه اهل بیت ^{***}، سال پنجم، شماره ۱۹ - ۲۰
- حرّ عاملی، محمدين حسن، وسائل الشیعه، بیروت، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۳، ج ۱۸.
- خامنی، روح الله، تحریرالوسيله، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱.
- خامنی، سید روح الله، تحریرالوسيله، ترجمه فارسی محمدياققار موسوی همداني، ج ۴، قم، دارالعلم ۱۳۶۷
- خامنی، سید روح الله، تحریرالوسيله، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، ۱۳۷۴، ج ۲
- خامنی؛ استفتاءات، ج ۲، چاپ سوم، قم؛ انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵
- درویشی، ابراهیم، (۱۳۷۸)، مبانی شرعی و قانونی مطالبه خسارت تأخیر تادیه توسط بانکها: نظریه فقها و حقوقدانان، تازه‌های اقتصاد، شماره ۸۴
- راوندی، قطب الدین سعید بن هبہ الله، فقه القرآن، ج ۲، قم، کاخخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵، ج ۱۵۰ق.
- رضوانی، غلامرضا، مصاحبه با آیت الله رضوانی درباره بانکداری اسلامی، تهران، بانک مرکزی، ۱۳۷۷.
- ساکی، محمد رضا، "حقوق کیفری اقتصادی"، چاپ اول؛ انتشارات جنگل، ۱۳۸۹، هش
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمدآمین، المکاسب، ج ۶، قم، مجمع الفکر الإسلامي، ۱۴۲۰، ج ۱۴۰ق
- صفایی، حسین، (۱۳۸۶)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، بنیاد حقوق ایران، چاپ پنجم
- صدر، سید محمدباقر؛ «الأسس العامة للبنك في المجتمع الإسلامي»، الاسلام يقود الحياة، ش ۶، چاپ دوم، بیروت: دارالعارف، ۱۳۹۹
- طباطبائی، سیدعلی؛ ریاض المسائل، ج ۲، قم؛ مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۴.
- عامی، شیخ حر؛ وسائل الشیعه، ج ۱۸، بیروت: دارالاحباءتراث العربی، چاپ پنجم، ۱۴۰۳، ق.
- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳
- گلپایگانی، سیدمحمد رضا؛ مجمع المسائل، ج ۲، چاپ دوم، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵، ج ۱۴۰۵.
- مدرس، سیدحسن؛ الرسائل الفقهیة، چاپ اول، تهران، ستاد بزرگداشت شهید مدرس، ۱۴۰۸، ج ۱۴۰۸.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ ربا و بانکداری اسلامی، چاپ اول، قم؛ مطبوعات هدف، ۱۳۷۶.
- موسایی، میثم، تبیین مفهوم و موضوع ربا از دیدگاه فقهی، تهران، مؤسسه تحقیقات پولی و بانکی، ۱۳۷۶
- موسوی بجنوردی، محمد، "مشروعیت خسارت تأخیر تادیه"، پژوهشنامه متین، ش ۱۹، تابستان ۱۳۸۲، ص ۳
- موسویان، سید عباس، بررسی فقهی - حقوقی قوانین مربوط به جرمیه و خسارت تأخیر تادیه در ایران، فقه و حقوق ۱۳۸۴ شماره ۴
- موسوی الاصفهانی، سید ابوالحسن، "وسیله التجاه"، جلد دوم، دارالمطبوعات بیروت، ۱۹



- مهرپور، حسین، مجموعه نظرات شورای نگهبان، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸.
- مهرپور، حسین؛ مجموعه نظریات شورای نگهبان، (دوره‌ی اول)، چاپ اول، تهران: مؤسسه کهنهان، ۱۳۱.
- نراقی، ملااحمد، عوائد الایام، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۵.
- مراغی، میرفاح: العناوین، ج ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه.
- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، تحقیق علی آخوندی، بیروت، دار احیاء التراث العربي، ج هفتم، ۱۹۸۱، ج ۲۳.
- نجفی، شیخ محمدحسن بن باقر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۳، التجاره، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، ۱۳۹۱.
- نظر مراجع عظام در مورد اخذ جریمه دیرکرد و ام ۹۰/۱۰/۱۰، ir.meshreghnews.
- وحدتی شبیری، سید حسن، «مطالعه تطبیقی خسارت تاخیر تأدیه در حقوق ایران و فقه امامیه»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ش ۱۲، ۱۳۸۲.
- وحدتی شبیری، سید حسن، خسارت تاخیر تأدیه وجه نقد، فصلنامه حوره و دانشگاه، ش ۳۶، ۱۳۸۲.
- یزدی، سید محمد کاظم؛ سوال و جواب، چاپ اول، تهران: نشر علوم انسانی، ۱۳۷۶.
- یوسفی، احمدعلی؛ ریا و تورم، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۱.

۵

ویژگی‌های انحصاری قواعد حقوقی - اخلاقی در حقوق فناوری‌های زیستی

امیرضا محمودی

استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد لاهیجان، گیلان، ایران

مصطفی عباسی

استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه اندیشمند، واحد لاهیجان، گیلان، ایران

مصطفی عباسی

استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه اندیشمند، واحد لاهیجان، گیلان، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۱.۱۸ | تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۱.۰۵ | تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۱.۲۳

چکیده

این نوشتار به دنبال دو هدف اصلی و اساسی است. اول اینکه در مقام بیان خصوصیات و ویژگی‌های انحصاری مفاهیم کاربردی عرصه اخلاقی زیست فناوری از قبیل انصاف، اخلاق و ملزمومات آن و وظایف و تکالیف مربوط بدان می‌باشد به طوری که در این خصوص، تلفیق مفاهیم اخلاقی در میان عرصه زیست فناوری جهانی هم از منظر تاریخی و هم از منظر حفظ موجودیت اصلی مفاهیم زیست فناوری مورد توجه قرار می‌گیرد. دوم اینکه تاثیرات متقابل اصول حقوقی و علم اخلاق با مفاهیم زیست فناوری با به کار گیری روش ارائه مشترکات و موارد افتراق آن به طور خلاصه بررسی می‌گردد. چرا که امروزه ورود مفاهیم حقوقی و اخلاقی در عرصه‌های جدید با پیشرفت تکنولوژی امری اجتناب ناپذیر می‌باشد. در نهایت به عنوان نتیجه، حاصل این تاثیرات متقابل که منجر به ایجاد حقوق سلامت شده مورد حلاجی قرار گرفته و پیشنهادهایی ارایه می‌شود.

واژگان کلیدی: اخلاق، حقوق فناوری‌های زیستی، اخلاق بیوتکنولوژی، حقوق سلامت.

Exclusive features of legal-ethical rules in biotechnology law

Abstract

This paper has two principal aims. First of all it deals with the introductory concepts of ethics field of study such as morality, duty, ethics and bioethics together with the distinctive characteristics of each term. While trying to give the methodological vision of the evolution from morality to bioethics in historical and societal perspective, it clarifies the main principles of bioethics by giving special emphasis to universal and global points of view. Secondly it means to define and explain the interactive relationship between ethics and law basing on the features peculiar to these disciplines that affect each other reciprocally. It explains the main approaches in exemplification of fateful cases in near history of ethics and health law debates. Because today, the introduction of legal and ethical concepts in new areas with the advancement of technology is inevitable. It ends with predictions of the interaction between bioethics and law to reshape and transform to the benefit of each other giving birth to health law.

Keywords: Ethics, Biotechnology, Bioethics, Law, Health law.

۰ مقدمه ۰

اخلاق نسبی مختص انسان‌هاست. از این رو از عناصر مختلفی مانند دین، تاریخ، عرف و علم تاثیر می‌پذیرد. قلمرو ارزش‌های اخلاقی تقابل عناصر پیچیده طبیعی در مقابل زمینه‌های فکری بشری است. امروزه اخلاق و آموزه‌های اخلاقی در اکثر موقع در یک معنی به کار گرفته می‌شود چونکه هدف هر دو مشترک می‌باشد.

از دیرباز اخلاق مستوجب قواعد و مقررات گوناگونی شده است. اما اجماع قاطعی در این رابطه موجود نمی‌باشد. وظایف، تکالیف، مسئولیت، خوبیختی، موفقیت و... از جمله مفاهیمی هستند که موجب تشکیل نهادهای منصفانه و عدالت خواهانه شده اند. اما بالاجبار قبل از تبیین این مفاهیم بایستی چیستی اخلاق طبیعی بشر مورد بررسی قرار گیرد، بنابراین در این راستا با دو مفهوم یعنی ارزش و تکلیف مواجه خواهیم شد. ارزش‌ها نهادهایی هستند که بشر به شکل عمومی و اجتماعی بدان ارج می‌دهد و اکثراً مختص جامعه فرهنگی خاص می‌باشد. ارزش‌ها، قواعد، اصول و مقررات، زمینه ساز مفاهیم اخلاقی هستند. یکی از اهداف اصل انصاف آنالیز چشم انداز مفاهیم ارزشی و ضد ارزشی و شناخت تکالیف است. تکالیف مربوط است به نتیجه بررسی هر ارزشی که در شرایط مساعد صورت می‌پذیرد و ارزش‌ها را متأثر می‌سازد. (UNESCO 2008,¹⁵)

همه ما انسان‌ها به طور غریزی انجام و عدم انجام برخی امور را می‌دانیم. حرکت طبق برنامه از الزامات انجام وظیفه است. در زندگی بشری انجام وظایف و تکالیف از مفاهیم کلی بشمار می‌رود. در کل زبان‌های دنیا انجام وظیفه یا تکلیف در کنار افعال امر و نهی متداول است. تجربیات اخلاقی امری جهانی است اما در کنار آن برخی تشخیص‌ها و تصمیم‌ها می‌تواند متفاوت باشد. اخلاق در طول تاریخ زندگی بشر تغییراتی کرده است. امروزه ارزش‌های اخلاقی به جای اینکه در روح و فکر آدمی فعلیت داشته باشد در دامان فرهنگ و جامعه و زبان رشد کرده اند. (UNESCO, 2008,¹⁸)

در نگاه کلی اخلاق بشری هم دارای خصوصیات مشترک جهانی و هم دارای تفاوت‌های فراوان است. همچنین در طول تاریخ با تغییرات گسترده‌ای نیز مواجه بوده. مبانی اخلاقی در هر جایی مشترک است اما از منظر دایره شمول می‌تواند متفاوت باشد. در اصل ارزش‌های اخلاقی به صورت مداوم در حال تغییر می‌باشد. اما برخی وظایف اخلاقی ثبات خود را حفظ کرده و خط قرمز دایره وظایف ارزشی می‌شود. مثل قبیح اضرار و قبیح دروغ گویی. (Beauchamp T and Childress J, 2009) انسان‌ها به وسیله زبان با محیط اطراف ارتباط برقرار می‌کنند، احساسات خود را بیان و ارزش‌ها را

به زبان می آورد و با بیان برداشت‌ها تصمیمات خود را بروز می دهد. تمامی تصمیمات، تجربیات، پیشنهادات و ادعاهای انسان بوسیله زبان بیان می شود.

علم اخلاق در مباحث گذشته، حال و آینده مباحث اخلاقی و تصمیمات و اقدامات آن به صورت دقیق و سیستماتیک تفکر کرده و در جهت حل اشکالات آن قدم بر می دارد. اخلاق همان بعد ارزشی تصمیمات و اقدامات انسان‌ها است. اخلاق با "حقوق"، "مسئولیت"، هم خانواده بوده و با صفاتی چون "خوب"، "بد"، "صحیح"، "غلط"، "حق" و "ناحق" در یک مفهوم به کار می رود. با این اوصاف علم اخلاق صرفاً آگاهی و اخلاق با فلسفه و اقدام ارتباط دارد. بنابراین علم اخلاق با جهت دهنده به تصمیمات و اقدامات معقول انسان به فعلیت منتهی می شود. (Civanner, 2008, M.) علم اخلاق نظمی عملی و سازمانی است. زبان علم اخلاق به تکالیف، وظایف و ارزش‌ها اشاره دارد. یکی از اهداف علم اخلاق تصمیم‌گیری صحیح از جانب نوع بشر است. به همین خاطر بایستی قبل از هر چیز در مورد داده‌های بحث تفکر کرد و سپس ارزش‌های وابسته به موضوع را حلاجی نموده و در نهایت به شناخت وظایف و تکالیف اهتمام ورزید.

الف: اخلاق زیست فناوری

بعد از ارایه مفهوم اخلاق زیست فناوری از طرف دانشمند بیوتکنولوژی هلندی پوتر^{۲۵} در سال ۱۹۱۰ با پیشرفت عرصه تکنولوژی و بیوتکنولوژی ارزش‌های اخلاقی جدیدی با هدف تلفیق و پایش در آن ورود کرد و موجب تغییرات فکری وسیعی شد. مفاهیم زیادی در عرصه علمی و فناوری با مفاهیم ارزشی ارتباط تنگاتنگی پیدا کردند. امروزه اخلاق پزشکی و اخلاق سلامت دایره وسیع ترمینولوژی اخلاقی را با خود یدک می کشند. در قرون متمامدی افکاری که در اخلاق پزشکی گسترش یافته موجب شکوفایی مباحث اخلاق زیست فناوری شده است. به خصوص در حین جنگ جهانی دوم به دلیل تخریب زیرساخت‌های اجتماعی و نیاز به نوسازی، این عرصه پیشرفت قابل ملاحظه‌ای داشته است. (Ulman, Y, 2010,^{۷۷})

پوتر این نظم نوین (اخلاق زیست فناوری) را تشییه به پلی کرده که مرتبط کننده واقعیات زندگی بشر با ارزش‌ها هست. بویژه در نیمه دوم قرن بیست و در قرن بیست و یکم به همراه پیشرفت نرم افزاری و سخت افزاری علوم پزشکی و علوم فناوری زیستی ارزش‌های سیستم اخلاقی و انسانی به همان مقدار بر روی این علوم تمرکز کرده و حدود و شعوری نسبت بدان‌ها

²⁵. Potter

ترسیم ساخته است. یکی از علومی که مستقیماً با حیات بشری سرو کار دارد علم پزشکی است اما اخلاق پزشکی که ارزش‌ها و ضد ارزش‌های عرصه پزشکی را رصد می‌کند شاخه‌ای از شاخه‌های اخلاق زیست فناوری بشمار می‌رود که باید به جای یکدیگر مورد استعمال قرار بگیرد. اخلاق زیست محیطی، اخلاق پژوهشی، اخلاق زیست فناوری پزشکی و اخلاق زیست فناوری بالینی زیر مجموعه‌های اخلاق زیست فناوری می‌باشند. پوتو ران تفکر ران به خاطر محقق جلوه دادن پیشرفت‌های تکنولوژی بلکه بعلکس به خاطر حفظ موجودیت انسان‌ها، حیوانات و منابع و محیط زیست در مقابل پیشرفت‌های وسیع فناوری و تکنولوژی پزشکی ارایه داده است. اخلاق زیست فناوری تفکر جهانی شده را به بار می‌آورد. در اصل یکی از کتاب‌هایی که توسط پوتو در سال ۱۹۸۸ نوشته شده اخلاق زیست فناوری جهانی است. ما نمی‌توانیم با مطالعه تاریخ مدعی وجود اخلاق جهانی باشیم تا زمانی که این تفکر توسط اندیشمند آلمانی کانت (۱۲۴-۱۸۰۴) ارائه گردید. کانت در یک دعوت جهانی خواستار هماهنگی اقدامات نوع بشر با اخلاق جهانی شد. امروزه حیطه بررسی مبانی اخلاق زیست فناوری تنها مختص انسان‌ها نیست بلکه در کنار انسان‌ها به محیط، تمامی جانداران جهان و شرایط طبیعی محیط را مورد مطالعه قرار می‌دهد. (Ulman, Y., 2010, 85)

۵ ب: سلامتی و بیماری (واقعیت یا ارزش)

سلام و بیمار، سلامتی و بیماری، زندگی و مرگ، تنها واقعیات طبیعی قلمداد نمی‌شوند بلکه باشیستی به نوعی ارزش به حساب آیند. امروزه سلامتی و زندگی به عنوان ارزش تلقی می‌گردند و در مقابل بیماری و مرگ فقدان ارزش معنی می‌دهد. همچنان که از منظر قضات غربی بیماری و مرگ به عنوان واقعیات عریان حیات بشری به حساب می‌آیند یعنی به نظر آن‌ها بیماری همان تغییرات بافت‌های بدن یک انسان است که به راحتی قابل اثبات است. به زبان دیگر سلامتی و زندگی، ایده آل و بیماری و مرگ خلاف میل درونی بشر است. امروزه سازمان بهداشت جهانی سلامتی را به معنای سلامت بودن و سلامت زیستن²⁶ معنا می‌کند که در اینصورت حتی اگر تغییراتی در بافت و ارگان‌های فرد به وجود نیاید باز در شرایطی وضعیت عدم سلامت بوجود خواهد آمد که این حالت نوعی بیماری محسوب می‌گردد. این تفکر مفاهیم جدیدی به حالات سلامت و بیماری اضافه کرده است.

پ: قواعد اخلاق زیست فناوری

پزشکان و کسانی که با سلامت مردم سروکار دارند موظفند که تصمیماتشان را در روند بهبود سلامت مردم اتخاذ کنند. روشن است تصمیماتی که منجر به رنج کشیدن بیمار یا وخیم شدن زیست سالم وی می‌گردد نوعی ضد ارزش بوجود می‌آید. وظایف همان اعمال ارزش‌هast. اعمال ارزش‌ها منجر به ایجاد قواعد و مقررات می‌شود. در ۱۹ اکتبر ۲۰۰۵ در کنفرانس عمومی یونسکو با اعلان حقوق مردم و اخلاق بین‌المللی زیست فناوری ۱۵ قاعده اخلاق زیست فناوری وضع گردید که بدین شرح است:

۱. شرافت و حقوق بشر؛
۲. سود و خرر؛
۳. استقلال و مسئولیت فردی؛
۴. اهمیت؛
۵. رضایت افرادی که اهلیت ندارند؛
۶. احترام به شخص و تمامیت فردی؛
۷. رازداری؛
۸. برابری، عدالت و حقانیت؛
۹. عدم تبعیض؛
۱۰. جمع گرایی و احترام به تفاوت فرهنگ‌ها؛
۱۱. پشتکار و همکاری؛
۱۲. سلامت و مسئولیت جمعی؛
۱۳. منافع مشترک؛
۱۴. حمایت از نسل‌های بعدی؛
۱۵. مراقبت از محیط زیست. (Ulman. Y, 2010, 91)

یکی از ویژگی‌های جدایی ناپذیر اخلاق زیست فناوری خاصیت انتظامی آن است. با پیشرفت بیولوژی و علم پزشکی و تکنولوژی، اخلاق زیست فناوری با کمک علم فلسفه راه نفوذ اخلاق را در این مفاهیم ترسیم کرده و علم حقوق به عنوان موتور حرکتی عمل نموده و با وضع قوانین و

احکام در پیشبرد اهداف آن قدم برداشته است. در نتیجه تلاقي حقوق و اخلاق زیست فناوری مسایل مختلفی بروز می‌کند که از این قرار است:

۱. موجودیت بشر چه موقعی به عنوان شخصیت حقیقی از طرف حقوق مورد قبول واقع می‌شود؟
۲. از نظر حقوق موجودیت انسان چه زمانی زایل می‌شود؟
۳. چه موقعی عدم کمک به بیمار و یا نوع درمان پزشک به عنوان جنایت محسوب می‌شود؟
۴. ولایت والدین به فرزندان به چه شکل بوده و چه زمانی زایل می‌شود؟
۵. به منظور کمک به بشریت، تحقیقات و آزمایش‌های علمی که روی شخصی صورت می‌پذیرد آیا می‌تواند بدون رضایت و اطلاع شخص مذبور صورت گیرد؟

۵. روابط حقوق و اخلاق زیست فناوری

اخلاق نشات گرفته از علوم زیستی و پزشکی و در مقابل حال مشکلات و معضلات جامعه یعنی علم حقوق صرفا به منظور صدور احکام موجودیت خود را ابراز نمی‌کنند بلکه در کنار این مهم، سیستم ارزشی مرتبط با خود را نیز به منصه ظهور میرسانند. رابطه حقوق با اخلاق زیست فناوری یکطرفه نیست. حقوق و اخلاق زیست فناوری با وجود این که هر یک در مواجهه با مسایل اصول و روش‌های متفاوتی را اتخاذ می‌کنند همدیگر را نیز تحت تاثیر قرار می‌دهند. حقوق در دو عرصه عمومی و خصوصی تشکیل شده و در راستای ارتباطات مالی و تجاری و... احکامی را وضع می‌نماید و در مقابل اخلاق زیست فناوری با چگونگی زیست افراد بشر و انتخاب نوع زندگی مردم سروکار دارد. حقوق در رابطه با واقعی اخلاق زیستی قانون گذاری کرده و در مقابل اخلاق زیست فناوری در قبال حقوق جمعی در مسایل مربوط به مرگ و زندگی و تحلیل حقوقی آن تاثیرگذار می‌گذارد. تقابل حقوق فردی در قبال حقوق جمعی در مسایل پزشکی و...، تقابل آزادی فردی در قبال عدالت اجتماعی در قلمرو مسایل اخلاقی، نمونه‌هایی از تاثیرات حقوق با اخلاق زیست فناوری است. (Capron, AM, 2005, 1369)

حقوق به عنوان علمی که کلیت جامعه را تحت پوشش قرار داده به شاخه‌هایی از قبیل حقوق اساسی، حقوق جزا، حقوق دولت‌ها، حقوق خصوصی، حقوق قراردادها و حقوق غرامات و...

تقسیم شده است. (محمودی، ۲۰۱۲) از تلاقي حقوق و اخلاق بخصوص در مسائلی که مربوط به حوزه حقوق مدنی و جراست حقوق پزشکی و سلامت از سال ۱۹۶۰ ایجاد شده و تا به امروز نیز در حال شکوفایی است. (عجمی لنگرودی، ۱۳۸۱، ۳۱۵)

◦ ث: حقوق سلامت

کلیه پرسنل سلامت، بیماران، نزدیکان بیمار و کلیه فعالیت‌هایی که به نوعی تاثیرگذار در وضعیت بیمار هستند و همچنین کلیه متون، قواعد و قوانین حقوقی که مرتبط با سلامت جامعه هست در قلمرو حقوق سلامت قرار می‌گیرد. مدیران بیمارستان‌ها، پرسنل، پزشکان، پرستارها، سایر خدمه سلامت در بیمارستان، محققین حوزه سلامت و بهداشت، بیماران و نزدیکانشان، تهیه و توزیع کنندگان دارو و ابزارآلات بهداشتی و بیمارستانی، مختصین بیمه سلامت و درمان، وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی و دیگران ارائه کنندگان خدمات بهداشتی و سلامت، مشمول حقوق بهداشت و سلامت هستند. (محمودی، ۲۰۱۲)

◦ ج: دعاوی مشهور

برخی وقایع در عرصه اخلاق زیست فناوری صورت گرفته که از منظر حقوق سلامت نیز دارای اهمیت است. در اثنای جنگ جهانی دوم نتیجه اعمال پزشکان نازی که بدون رضایت افراد از میان اسرای جنگی افرادی را تحت آزمایش و تحقیقات غیر متعارف قرار می‌دادند موجب صدور دو اعلامیه مهم بین‌المللی در زمینه اخلاق پزشکی و زیست فناوری شد که یکی اعلامیه نورنبرگ (۱۹۴۶) و دیگری اعلامیه هلسینکی (۱۹۶۴) می‌باشد که این دو اعلامیه موجب شد که انقلابی در کلیه مناصبات و تصمیمات اخلاق زیست فناوری در عرصه بین‌المللی صورت پذیرد.

(Ulman Y, 2009, 35)

در عرصه بهداشت و سلامت بزرگترین رسوایی مربوط به آمریکاست. در سال ۱۹۳۲ در دانشگاه تووس کک^{۲۷} در تحقیقاتی که بر روی ۳۹۹ سیاه پوست مبتلا به سفلیس و ۲۰۱ سیاه پوست سالم داوطلب صورت پذیرفت، این اشخاص به مدت پهلو سال تحت هیچ گونه درمانی قرار نگرفتند. هر چند در سال ۱۹۴۶ پنی سیلین سفلیس یافت شده بود اما روی این اشخاص از طرف محققان واکسیناسیون صورت نگرفته بود. همچنین اعمال مقررات اعلامه نورنبرگ مصوب ۱۹۴۶ نیز نسبت به داوطلبین سالم اعمال نشده بود. این تحقیق حدود چهل سال طول کشیده و در سال

²⁷. Tuskegee

۱۹۲ زمانی که واقعیت‌ها آشکار شد صدها مريض بواسطه این تحقیق فوت کرده بودند و همچنین این بیماری از این افراد به همسران و به شکل مادرزادی به فرزندانشان منتقل شده بود. (Katz R, Kegeles S, Kressin N, et al, 2006,⁷⁰¹) این رسوایی، موجب تاسیس کمیسیون‌های اخلاقی و تصویب قانون کمیسیون حمایت از بشر در تحقیقات پزشکی و روانشناسی و قانون ملی تحقیقات در آمریکا شد و در سطح بین‌المللی با تایید اصل رضایت آشکار موجب پیشرفت چشمگیری در اخلاق پزشکی و حقوق سلامت گردید.

◦ نتیجه‌گیری

اخلاق و علوم اخلاقی و انصاف مفاهیمی هستند که به درازای تاریخ بشر راهنمای اعمال و رفتار آدمی بودند. بعلاوه از نیمه دوم قرن بیستم اخلاق زیست فناوری در دنیا رو به رشد بوده و است. این امر موجب شده که حقوق سلامت ایجاد و گسترش یابد و اخلاق و حقوق نسبت به هم تاثیرات فراوان بگذارند. همچنین موجب شده که محققین حوزه اخلاق زیست فناوری بیشتر خود را ملتزم به قواعد حقوقی تلقی کنند و حتی این امور موجب تشکیل کمیسیون‌ها و تشکل‌ها و حتی وضع قوانین و مقررات در دولت‌های دنیا شده است.

نکته مشترکی که اکثرآ همه موافقین و مخالفین موضوع بدان تاکید دارند این است که هم از نظر شکلی و هم از نظر ماهوی حقوق موجبات سازماندهی منطقی اخلاق زیست فناوری شده است. حقوقی که در دامان ارزش‌های اخلاقی مورد تاکید قرار می‌گیرد موجب تغییر معانی حقوق و ارزش‌ها می‌گردد و باعث می‌شود حقوق و آزادی‌های فردی توسعه یابد و در مقابل حقوق موجب می‌شود که اخلاق زیست فناوری در مواجهه با مشکلات جامعه متمایل به مکانیزم‌های حقوقی یعنی عدالت، برابری، محق بودن، آزادی فردی و... بشود.

◦ منابع

- الف: مجلات
- محمودی، آ.، ۲۰۱۲، نگرشی به فلسفه اخلاقی حقوق، مجله انجمن علمی دانش آموختگان خارج از کشور، مجلد ۲.
 - Beauchamp T and Childress J, 2009, Principles of Biomedical Ethics, the Nature of Common Morality, Oxford University Press.
 - Civaner, M, 2008, Dünya Hekimler Birliği Tıp Etiği El İtabı, Türk Tebipler Birliği Yayıne, Ankara.
 - Katz R, Kegeles S, Kressin N, et al, 2006, The Tuskegee Legacy Project: willingness of minorities to participate in biomedical research, J Health Care Poor Underserved Press (4)
 - Ulman, Y, 2010, Etik-Bioetik ve Hukuk, Genel Yaklaşımlar, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimler Dergisi, S. 1.
 -

ب: کتاب

- کرم زاده، سیامک و فرض، زهرا، «قاعده نفی سبیل و الحاق ایران به کنوانسیون بین‌المللی مقابله با تامین مالی تروریسم»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۲۰م، ۱۳۹۸.
- گلی شیردار، محمد حسن و منظری، صالح و مایلی، حامد، «نبایدهای فقهی رسانه با تاکید بر امنیت و قاعده لاضرر»، فصلنامه آفاق امنیت، شماره پنجاه و یکم، ۱۴۰۰.
- لطفی، اسدالله، «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آئین دادرسی مدنی»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، شماره پنجاه و نهم، ۱۳۹۱.
- متولی آرایی، محمود و علم الهدی، محمد حسن و عیسی زاده، نیکزاد و نور محمدی، غلامرضا، «مفهوم قاعده لاضرر و کاربردهای آن در پژوهشی»، فصلنامه اخلاق و تاریخ پژوهشی، شماره ۵م، ۱۳۹۶.
- محمدی، مسلم و بشکار، الهام، «تحلیل روش‌های عقل عملی در اثبات امامت از نگاه علامه حلی با تاکید بر الافین»، فصلنامه تحقیقات کلامی، شماره سی و دوم، ۱۴۰۰.
- مدنی، سید محمود، احکام مصلحتی در فقه اسلامی، چاپ اول، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۹۳.
- مردانی، محمد، «ستجش از دور اهداف زیرسطحی با استفاده از سامانه‌های پرقدرت گرم کننده الکترومغناطیسی یونوسفری»، فصلنامه علمی پژوهش اطلاعات جغرافیایی سپهر، شماره صد و چهارم، ۱۳۹۶.
- مغزی نجف آبادی، الهام و ظری توکلی، سید، «تبیین عقلایی و فقایی امر به معروف و نهی از منکر»، فصلنامه علمی پژوهشی کاوشنی در فقهه نو، شماره چهارم، ۱۳۹۶.
- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، جلد سوم، چاپ چهل و سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸.
- مستظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، جلد سوم، ترجمه محمود صلوانی و ابوالفضل شکوری، جعفری لنگرودی، م، ۱۳۸۱، ترمینولوژی حقوق، نشر میزان، تهران.

- Capron, AM, 2005, Law and Bioethics, Encyclopedia of Bioethics, Ed. S Post et al, 3rd Edition.
- Ulman Y, 2009, Course book of Medical Ethics, Kamu Yayınları, İstanbul.
- UNESCO, Bioethics Core Curriculum, Section 1: Syllabus Ethics Education Programmed, Sector for Social and Human Sciences, Division of Ethics of Science and Technology, What is Ethics, 2008.

۶

ابعاد کیفری عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمایش و میادین تیر نیروهای مسلح در پرتو اتهام تسبیب در ایجاد صدمه جسمانی و بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی

دکتر ابران سلیمانی ملایوسف

استادیار، عضو هیئت علمی، گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشکاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران

رحمان هدایتی چنانی

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۱.۱۵ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۵.۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۱.۰۱

چکیده

نیروهای مسلح تمرین‌های نظامی اعم از رزمایش و یا تیراندازی را در منطقه‌های خاصی که مخصوص تیراندازی بوده در اختیار دارند. این مناطق ویژه تمرینات تیراندازی که برای سلاح‌های سبک و سنگین می‌باشد، بعضًا بین چند سازمان نیروهای مسلح مشترک بوده و هر کدام از سازمانها (اعم از سپاه پاسداران-آجا و نیروی انتظامی) موظف هستند بعد هر مرحله از برگزاری رزمایش (تمرینات نظامی) و تیراندازی سلاح‌ها، آن منطقه را مورد کاوش و پاکسازی قرار دهند. ضمناً قبل از شروع مراحل تمرینات نظامی، موظف هستند حداقل یک ماه تا ۴۵ روز قبل موعد برگزاری تمرین با همانگی سلسه مراتب خود و سازمان هوایپایی کشوری، نسبت اخذ مجوز برگ نوتابم (هشدار هوایی برای جلوگیری از آسیب به هوایپایی بالگردات) در حال پرواز در منطقه ممنوعه رزمایش و تیراندازی اقدام نموده و متعاقباً ساکنان و اهالی مجاور به محل تمرینات نظامی را از موعد دقیق آن آگاه نمایند، تا ساکنان منطقه از صدمه یا تلفات جسمانی مصون مانده و مرتکبهای لازم انجام گیرد تا به احشام یا مازرع امداداران و کشاورزان منطقه آسیبی وارد نگردد. در هنگام برگزاری رزمایش و تیراندازی بالاخصار با سلاح‌های سنگین بعضًا امکان دارد تعدادی از گلوله‌ها عمل نکرده و متغیر شوند که در این راستا مستولین ذیرپط در یگانی که رزمایش و تیراندازی را انجام می‌دهد موظف به خشی سازی گلوله‌های عمل نکرده برای جلوگیری از تبعات انفجار احتمالی آن، بعد ترک یگان می‌باشد. بدیهی است که در صورت عدم کاوش و پاکسازی به موقع منطقه، این امکان وجود دارد که اهالی و ساکنان مجاور به منطقه رزمایش و میادین تیر که محصور نیز نبوده و بعضًا تردد در آن منطقه وجود دارد، انفجار کلوله‌های عمل نکرده موجب آسیب به ساکنان و یا احشام آنان گردد. لذا این مقاله با بهره‌گیری از روش تحلیلی-توصیفی، ابعاد کیفری عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمایش و میادین تیر نیروهای مسلح در پرتو اتهام تسبیب در ایجاد صدمه جسمانی و بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی را مورد بررسی قرارداده و مطالعه آن از صدور آرای متفاوت در مراجع محترم قضایی جلوگیری نموده و ضمناً در جلوگیری از اطالة دادرسی در نوع و چگونگی تنظیم پرونده ارجاعی توسط صابطین قضایی به مراجع قضایی و ایضاً تبیین و تشریح موضوع و ادله جرم به قضات مراجع قضایی مؤثر بوده و از ضرر و زیان به نیروهای مسلح و بیت المال جمهوری اسلامی ایران ممانعت می‌نماید.

واژگان کلیدی: پاکسازی میدان تیر، نوتابم، تسبیب در صدمه جسمانی.

Criminal aspects of not exploring and cleaning the training area and shooting ranges of the armed forces in the light of the accusation of tasbib in the matter of physical harm and carelessness and recklessness.

Abstract

The armed forces have military exercises, whether drills or shooting, in certain areas that are special for shooting. These special areas for shooting exercises, which are for light and heavy weapons, are sometimes shared by several armed forces organizations, and each of the organizations (including the IRGC-Ajah and the police force) is required to conduct exercises (military exercises) after each stage of the exercise. and shooting weapons, explore and clear that area. In addition, before the start of the military exercises, they are required to obtain a notam permit (air warning to prevent damage to airplanes or helicopters in flight) at most one month to 45 days before the date of the exercise, in coordination with their hierarchy and the civil aviation organization. in the prohibited area for drills and shooting) and subsequently inform the residents and residents adjacent to the location of the military exercises of the exact date, so that the residents of the area are protected from injury or physical loss and the necessary precautions are taken to prevent the animals or fields of ranchers and farmers Do not damage the area. During drills and shooting, especially with heavy weapons, sometimes it is possible that a number of bullets do not work and do not explode, in this regard, the relevant officials in the unit that conducts the drills and shooting are obliged to neutralize the bullets that did not work in order to prevent The consequences of its possible explosion are after leaving the unit. It is obvious that if the area is not explored and cleared in time, there is a possibility that the residents and residents adjacent to the training area and shooting ranges, which are not enclosed and sometimes there is traffic in that area, the explosion of unfired bullets will cause damage to the residents. Or their cattle. Therefore, this article, using the analytical-descriptive method, examines the criminal aspects of not exploring and cleaning the training area and shooting ranges of the armed forces in the light of the accusation of blasphemy in the matter of physical harm and carelessness and recklessness, and its study is based on the issuance of joint opinions in respected authorities. and at the same time, it is effective in preventing the delay of proceedings in the type and manner of setting up the case referred by the judicial officers to the judicial authorities, as well as explaining and explaining the issue and evidence of the crime to the judges of the judicial authorities, and it is effective in preventing losses and losses to the armed forces and the treasury of the Republic. Islamic Iran forbids.

Keywords: clearing the shooting field, Nutam, glorification in physical injury.

۰ مقدمه

در دنیای امروز متأثر از عوامل ژئوپلیتیک و هیدروپلیتیک امکان درگیری و جنگ بین کشورها را افزایش داده است. کشور جمهوری اسلامی ایران در منطقه حساسی از خاورمیانه قرار گرفته و کشورهای همسایه آن نیز بعضًا پایگاههای نظامی استکبار جهانی و دشمنان انقلاب اسلامی گرفته و حتی دشمنان داخلی و عناصر خودروخته و تجزیه طلب داخلی نیز با سوء استفاده از انفعال سیاسی کشورهای همسایه، مناطق مرزی آن کشورها را برای ضربه زدن به کشور جمهوری اسلامی ایران، جولانگاه خود قرار داده و ضمن آنکه کشور ایالات متحده آمریکا با همکاری رژیم‌های حاکم عربی در حوزه خلیج فارس، بالاخص رژیم آل سعود در عربستان سعودی تحرکات و تلاش برای بروز جنگ‌های نیابتی را با استفاده از عناصر سلفی تکفیری افزایش داده است. مع‌الوصف نیروهای مسلح مقندر جمهوری اسلامی ایران برای مقابله و ختشی سازی هرگونه توطئه استعمارگران و ایدئی غرب سالانه تمرين‌های نظامی مدونی را تدارک دیده و ایضاً در یگان‌های نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران بطور مستمر و پیوسته برنامه سیکل آموزشی تیراندازی در میدان تیر و رزمایش‌ها و تمرينات نظامی از انواع مختلف (اعم از گروهان-گردان-رده تیپ - نیرو و غیره با پشتیبانی هوایی و دریایی) فراهم گردیده است.

پر واضح است که با توجه به حجم سنگین استفاده سلاح‌ها در منطقه تمرينات نظامی (رزمایش) و یا حتی میدان تیر سلاح‌های سنگین تیر منحنی (بالاخص انواع خمپاره‌ها)، امکان عمل نکردن و عدم انفجار آن وجود دارد. هر کدام از سازمانها (اعم از سپاه پاسداران-آجا و نیروی انتظامی) موظف هستند بعد هر مرحله از برگزاری رزمایش (تمرينات نظامی) و تیراندازی سلاح‌ها، آن منطقه را مورد کاوش و پاکسازی قرار دهند. ضمناً قبل از شروع مراحل تمرينات نظامی، موظف هستند حداقل یک ماه تا ۴۵ روز قبل موعد برگزاری تمرين، با هماهنگی سلسه مراتب خود و سازمان هوایی‌پمامی کشوری، نسبت اخذ مجوز برگ نوتام (هشدار هوایی برای جلوگیری از آسیب به هواییما یا بالگردات در حال پرواز در منطقه ممنوعه رزمایش و تیراندازی) اقدام نموده و متعاقباً ساکنان و اهالی مجاور به محل تمرينات نظامی را از موعد دقیق آن آگاه نمایند تا ساکنان منطقه از صدمه یا تلفات جسمانی مصون مانده و مراقبت‌های لازم انجام گیرد تا به احشام یا مزارع دامداران و کشاورزان منطقه آسیبی وارد نگردد. علی ایحال حتی با رعایت کلیه موارد ایمنی در رزمایش و تیراندازی نیروهای مسلح و ابلاغ به ساکنان منطقه قبل از موعد برگزاری رزمایش و تیراندازی، بعضًا اهالی ساکن در مناطق مجاورت با منطقه تمرينات نظامی و رزمایش موارد ایمنی را رعایت نکرده و مورد غفلت قرار داده و برای چرای احشام خود وارد

منطقه رزمايش گردیده و در اثر انفجار مواد منفجره موجود در محل رزمايش، باعث صدمه جسمانی، مجروحت و یا حتی فوت آنان می‌گردد.

قطع نظر از موارد یاد شده، بعضاً این امکان وجود دارد که نیروهای مسلح نیز در هنگام استفاده از سلاح‌های خود به دلایل مختلف (اعم از معیوب بودن سلاح و تغییر زاویه ناگهانی گله‌های پرتاب شده و غیره) باعث صدمات جسمانی، تلفات جانی و یا حتی آسیب به مزارع و باغات و احشام اهالی ساکن مجاوردر محل برگزاری رزمايش گردیده و یا اینکه بعد از انجام تمرینات نظامی و تیراندازی، مراحل کاوش و تخریب گله‌های عمل نکرده به خوبی توسط یگان مربوطه انجام نگرفته و در روزهای بعد برگزاری رزمايش با تردد مردم منطقه به مکان رزمايش باعث بروز اتفاقات ناگوار برای آنان از حیث صدمات جسمانی و تلفات جانی گردد. در ادامه بدیهی است باعث ارجاع پرونده به مراجع قضایی می‌گردد.

مع ذالک افراد شاکی دچار ابهام می‌گردد که مرجع رسیدگی به شکایات آنها محاکم عمومی بوده یا محاکم نظامی؟ و یا اینکه از شخصیت حقوقی که سازمان و نیروی برگزارکننده رزمايش و تیراندازی است به عنوان مشتکی عنه برای شکایت کیفری با موضوع بی‌احتیاطی و بی‌مبالغی مطمح نظر قرار گیرد یا فرمانده یگان عمدۀ برگزارکننده رزمايش و تیراندازی در محل در مورد تسبیب در ایراد صدمه بدنی غیر عمد؟

لذا این مقاله با بهره‌گیری از روش تحلیلی-توصیفی، ابعاد کیفری عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمايش و میادین تیر نیروهای مسلح در پرتو اتهام تسبیب در ایراد صدمه جسمانی و بی‌احتیاطی و بی‌مبالغی را مورد بررسی قرارداده و مطالعه آن از صدور آرای متهاافت در مراجع محترم قضایی جلوگیری نموده و ضمناً در جلوگیری از اطالة دادرسی در نوع و چگونگی تنظیم پرونده ارجاعی توسط ضابطین قضایی به مراجع قضایی و ایضاً تبیین و تشریح موضوع و ادله جرم به قصاصات مراجع قضایی مؤثر بوده و از ضرر و زیان به نیروهای مسلح و بیت المال جمهوری اسلامی ایران ممانعت می‌نماید.

۲- پیشینه تحقیق

عباسی رائی، علی و فرورش، حمید و عیسی نخعی کمال آبادی، (۱۳۹۱)، مکانیابی، استقرار یگان‌ها در رزماش‌های نظامی با استفاده از رویکرد برنامه ریزی دو سطحی، فصلنامه مدیریت نظامی - سال هجدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۱ صص ۱۵۹-۱۸۱

انتخاب مکان مناسب برای هر یگان شرکت کننده در رزمايش به شکل علمی‌تر و مطلوب‌تر را مورد بررسی قرار داده و همچنین استقرار و ضد استقرار عده و گله‌ها را با کنترل بهتر و مدیریت زمان و در صورت لزوم با برونسپاری را مورد توجه قرار داده و راهکارهای علمی در برنامه ریزی لجستیک رزمايش‌ها را در مقاومت خود پیشنهاد نموده‌اند. لکن مقاوم آنان با مقاله کنونی با عنوان بررسی ابعاد کیفری عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمايش و میادین تیر نیروهای مسلح در پرتو اتهام تسبیب در ایراد صدمه جسمانی و بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی تفاوت فاحشی دارد، بدان جهت که مقاوم کنونی از منظر رشته حقوق و مبحث جزا و جرم شناسی بوده، درحالی که مقاله نویسنده‌گان فصلنامه مدیریت نظامی به شرح فوق الاشعار توجیهی به مباحث حقوقی نداشته و بیشتر به مکان یابی، استقرار یگان‌ها در رزمايش‌های نظامی با استفاده از رویکرد برنامه‌ریزی دوستاخنی پرداخته و رشته تحصیلی نویسنده‌گان مقاوم مذکور با مقاوم کنونی متفاوت می‌باشد و نویسنده‌گان مقاوم کنونی در راستای تخصص و تحصیلات حقوقی خود به نگارش مقاله کنونی که ابعاد حقوقی و مرتبط دارد پرداخته‌اند.

با امعان نظر به موارد معنونه، هیچ کار علمی در قالب کتاب - مقاله - یا رساله، درباره بررسی ابعاد کیفری عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمايش و میادین تیر نیروهای مسلح در پرتو اتهام تسبیب در ایراد صدمه جسمانی و بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی در دسترس نیست. از این‌رو، دستاوردهای مقاوم پیش رو می‌تواند در جلوگیری از اطاله دادرسی در نوع و چگونگی تنظیم پرونده ارجاعی توسط ضابطین قضایی به مراجع قضایی و ایضاً تبیین و تشریح موضوع و ادله جرم به قصاصات مراجع قضایی مؤثر بوده و از ضرر و زیان به نیروهای مسلح و بیت المال جمهوری اسلامی ایران ممانعت می‌نماید.

۳- اهداف تحقیق

- اهداف علمی: تعیین میزان مسئولیت عامل یا عاملین حوادث انفجار گلوله‌های عمل نکرده در میادین رزمايش و تمرینات نظامی و ایضاً میدان تیر نیروهای مسلح منتج به صدمات جسمانی و تلفات جانی ساکنان مناطق نزدیک و مجاور منطقه رزمايش و آسیب و به مزارع و باغات و یا احشام آنها در اثر بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی و یا عدم دقت در بکارگیری سلاح به دلایل مختلف (اعم از معیوب بودن سلاح و تغییر زاویه ناگهانی گلوله‌های پرتاب شده و افت گلوله بعد شلیک سلاح و غیره) و هنگام صدور تصمیم نهایی مرجع محترم قضایی اتکا به دلایل جامع اسناد و مدارک ثبت شده در پرونده قضایی و دلایل و امارات مثبت دعوى خواهان و شاکی پرونده از

جمله گزارش سانحه در هنگام وقوع حادثه و تصدیق نامه پژوهشکی قانونی مبنی بر میزان دقیق جراحات وارده در اثر انفجار که در شرح حادثه موجود بوده و نظریه کارشناس دادگستری در تعیین میزان مسئولیت عامل یا عاملین حادثه انفجار گلوله و شکایت مدعی خصوصی مستند به نشانه‌ها و آثار باقیمانده از جرم و قرائن و امارات متعدد دیگر که در جریان رسیدگی به پرونده قضایی حادثه موجود بوده و درنهایت منطبق نمودن به مفاد قانونی مندرج در قانون مجازات اسلامی کشور ایران و قانون مسئولیت مدنی جهت پرداخت دیه به شاکی پرونده. – اهداف کاربردی: دقت فرماندهان و مسئولین نیروهای مسلح هنگام برگزاری رزمایش، آگاه سازی ساکنان مجاور به مناطق برگزاری رزمایش در خصوص موعد برگزاری رزمایش و تیراندازی و عدم ورود احشام آنان به منطقه، جلوگیری از اطاله دادرسی و در صورت ثبوت اتهام، پرداخت به موقع دیه محکوم له در فرآیند زمانی مناسب و ارسال مدارک لازم به معاونت طرح و برنامه و بودجه سازمانهای نیروهای مسلح مدیریت اعتبارات با هماهنگی مدیریت قضایی و حقوقی و معاونت قوانین و امور حقوقی و امور مجلس نیروهای مسلح، جلوگیری از تعاطی مکاتبات یگانهای مسلح با سلسleه مراتب خود جهت پرداخت به موقع دیه و جلوگیری از افزایش نرخ دیه در صورت عدم پرداخت به موقع - اخذ به موقع برگ هشدار هوایی نوتام از سازمان هوایپیمایی کشوری توسط نیروهای مسلح و یگان برگزار کننده رزمایش و تمرینات نظامی برای ممنوعیت پرواز در منطقه رزمایش و میادین تیر که برای تیراندازی سلاح‌های سنگین تیر منحنی استفاده می‌شود، ارجاع پرونده به مراجع قضایی صالح، دقت در تبیین و تشریح جرم ارتکابی برای ضابطین قضایی. در باب ضرورت‌های خاص انجام تحقیق هم باید گفت: پیشگیری از وقوع سانحه و جلوگیری از اقامه دعوی بر علیه نیروهای مسلح در مراجع قضایی و جلوگیری از تضییع بیت المال نیروهای مسلح برای پرداخت دیه به افراد شاکی به دلیل وقوع حادث که با کاوش و تخریب منطقه رزمایش و خشی نمودن گلوله‌های عمل نکرده توسط مسئولین ذیربط در یگان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی سلاح سنگین و امضای صورت‌جلسه کاوش و تخریب توسط یگان برگزار کننده رزمایش و به عنوان ادله پاکسازی منطقه بوده و ایضاً از صدور آرای متهافت قضایی نیز در سازمان قضایی نیروهای مسلح و محاکم عمومی دادگستری جلوگیری نموده و پیشنهاد راهکارهای لازم در این مقوله خود گویای ضرورت انجام این تحقیق است.

سوالات اصلی :

۱. عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمایش و میادین تیر نیروهای مسلح و متعاقباً بروز سانحه انفجار گلوله‌های عمل نکرده برای ساکنین منطقه که تردد می‌نمایند بعد رزمایش و تیراندازی، آیا

اتهام تسیب در ایراد صدمه بدنی در اثر بیاحتیاطی یا بیمبالاتی در اثر عدم پاکسازی منطقه (خشنی ننمودن گلوله‌های عمل نکرده) و نهایتاً پرداخت دیده به شاکی، متوجه نیروهای مسلح (یگان برگزار کننده رزمایش) به عنوان متهم پرونده می‌باشد؟

۲. در صورتی که شکایت شاکی آسیب دیده جسمانی از گلوله‌های عمل نکرده یا شکایت خانواده فرد فوت شده در اثر سانحه انفجار گلوله عمل نکرده، از فرمانده یگان عمله برگزار کننده رزمایش و تیراندازی که دارای درجه سرتیبی و بالاتر و یا مشاغل سرتیبی با جایگاه فرماندهی تیپ مستقل وفق ماده ۳۰ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با آخرین اصلاحات و قانون آئین دادرسی کیفری جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۹۳ باشد، آنگاه مرجع قضایی و دادگاه صالح رسیدگی قضایی به پرونده محاکم عمومی دادگستری است یا سازمان قضایی نیروهای مسلح و یا دادگاه رسیدگی به جرایم کارکنان دولت؟

◦ سوالات فرعی تحقیق:

۳. آیا فقط ابلاغ موعد برگزاری رزمایش و تیراندازی به ساکنان مجاور به منطقه تمرینات نظامی توسط یگان نظامی برگزار کننده رزمایش کفایت می‌نماید؟ یا حتماً باید علائم هشدار دهنده و ورود ممنوع به منطقه رزمایش نیز در اطراف منطقه رزمایش توسط یگان برگزار کننده رزمایش نصب گردد؟

۴. شاکی آسیب دیده ناشی از انفجار گلوله‌های عمل نکرده، آیا باید از سازمان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی شکایت نماید یا از فرمانده یگان عمله برگزار کننده رزمایش به عنوان شخص حقیقی جهت تسریع در نتیجه و احراق حق؟

۵. آیا چنانچه حین برگزاری رزمایش و تیراندازی سلاح‌های سنگین در اثر حوادث غیرقابل پیش بینی اعم از معیوب بودن سلاح و تغییر زاویه ناگهانی گلوله‌های پرتاب شده و افت گلوله بعد شلیک سلاح وغیره، به باغات، مزارع و احشام ساکنان مجاور به منطقه تمرینات نظامی و رزمایش آسیب و خسارت وارد گردد، جبران خسارت بر عهده یگان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی می‌باشد؟

۶- حداقل بازه زمانی برای دریافت برگ هشدار هوایی نوتام از سازمان هوایی کشوری برای جلوگیری از پرواز در منطقه ممنوعه رزمایش و تیراندازی سلاح سنگین چقدر است؟

۵- فرضیه‌های تحقیق

فرضیات اصلی :

۱. بله- به نظر می‌رسد پرداخت دیه به شاکی، متوجه نیروهای مسلح برگزار کننده رزمایش و تیراندازی است.

۲. به نظر می‌رسد با توجه به شرایط مقرر در ماده ۳۰۷ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با آخرين اصلاحات، محاکم نظامي تهران صالح رسیدگی به پرونده می‌باشند.

فرضیات فرعی :

۳. به نظر می‌رسد نصب علامت هشدار دهنده و ورود ممنوع به منطقه رزمایش و تیراندازی، توسط یگان برگزار کننده ضروری باشد.

۴. به نظر می‌رسد باید از سازمان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی شکایت نماید.

۵. بله- جبران خسارت بر عهده یگان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی می‌باشد.

۶. به نظر می‌رسد حداکثر یک ماه تا ۴۵ روز باشد.

۶- روش تحقیق و نحوه جمع آوری داده‌ها

تحقیق حاضر بر اساس روش تحقیق تحلیلی توصیفی خواهد بود و روش گردآوری مطالب در این تحقیق به روش کتابخانه ای - استنادی می‌باشد. ابزار اصلی گردآوری مطالب استفاده از فیش و کتاب و برنامه و نرم افزارهای کامپیوتری، آرای قضایی و استفاده از دستورالعمل‌ها و آئین نامه‌های مرتبط با موضوع می‌باشد، که منابع مربوطه را مطالعه کرده و به صورت فیش برداری بر اساس پلان تهیه و مقاله به نگارش در آمده است. لازم به ذکر است تجربه حقوقی و قضایی نویسنده مسئول مقاله در محاکم عمومی و نظامی در دفاع از منافع نیروهای مسلح نیز کاملاً موثر در تحریر مقاله کنونی بوده است.

۷- ساختار پژوهش

این مقاله در سه بخش توسط نگارنده تنظیم گردیده که به ترتیب در بخش اول به بیان مفاهیم اساسی پژوهش پرداخته و در بخش دوم بررسی ابعاد کیفری عدم کاوش و پاکسازی منطقه

رزمایش و میدین تیر نیروهای مسلح در پرتو اتهام تسبیب در ایراد صدمه جسمانی و بیاحتیاطی و بیمبالاتی و در بخش سوم چگونگی و ترتیب ارسال پرونده احکام دادگاهها از دایره بودجه و اعتبارات یگانهای نیروهای مسلح (یگان عمدۀ محکوم به پرداخت دیه محکوم^۳ له) به معاونت طرح و برنامه و بودجه سازمان نظامی مربوطه (مدیریت اعتبارات) جهت پرداخت به موقع دیه و جلوگیری از ضرر و زیان ناشی از افزایش نرخ دیه و جلوگیری از خسارات ناروا به بیت المال نیروهای مسلح در مراجع قضایی ایران مورد بررسی قرار گرفته است. در این تحقیق با توجه به موضوع سعی می‌شود تا با مطالعه کتب حقوقی و آیین نامه‌های مصوب نیروهای مسلح مرتبط با موضوع و ملاحظه آراء قضایی مرتبط و سایت‌های اینترنتی تجزیه و تحلیل مطالب آن‌ها به جمع بندی قابل قبولی برای مباحث مطرح در مقاله دست یابیم و سپس با توجه به اطلاعات جمع آوری شده و مطالعات صورت گرفته، پس از طبقه بندی آن‌ها، مرحله نگارش را انجام دهیم. روش تحقیق بر مبنای مطالعه کتابخانه‌ای انجام می‌پذیرد. در توصیف علمی و عملی و تحلیل محتوا براساس قواعد منطقی به موضوع پژوهش پرداخته تا نتیجتاً به بهترین نظرها رسیده و ابهامات موجود و جایگاه واقعی موضوع را شناخته و ارائه نماییم. همچنین نگارنده در صدد است که طرز ارائه مطالب تحقیق ضمن این که از جبهه‌های نظری برخوردار باشد، جبهه‌های عملی و کاربردی نیز داشته باشد. ضمناً بهره وران کاربردی این پژوهش، دانشجویان حقوق، وکلا -اداره کل حقوقی قوه قضائیه- سازمان قضایی نیروهای مسلح (اعم از دادسراه و دادگاههای نظامی و اداره کل حقوقی سازمان قضایی نیروهای مسلح)، و واحدهای بازرگانی و قضایی و حفاظت اطلاعات نیروهای مسلح و کارکنان شاغل و وظیفه سازمانهای نیروهای مسلح می‌باشند. لازم به ذکر است جدید بودن موضوع و عدم کارشندن آن بدین صورت و در مجموع بروز بودن موضوع و جامعیت آن در پرداخت به موضوع پژوهش است که آن را از دیگر موضوعات مشابه تمایز می‌سازد.

۰ مفاهیم اساسی پژوهش

۰ ۱-۱. پاکسازی میدان تیر

منظور از پاکسازی میدان تیر مرحله کاوش و تخریب بعد از مرحله برگزاری رزمایش و تیراندازی بوده، که در این راستا حتماً باید خودرو آمبولانس، کادر بهداری، کارشناس متخصص مهمات، کارشناس متخصص مهندسی تخریب-نماینده حفاظت فیزیکی یگان عمدۀ و نماینده قسمت آموزش یگان عمدۀ و فرمانده گروهان یا گردان یا مسئول یگانی که تیراندازی سلاح سنگین را انجام داده حضور داشته و پس از شمارش گلوله‌های عمل نکرده و تخریب و خشی

سازی آنها با رعایت کلیه اصول ایمنی، مراتب را با ذکر تاریخ روز و ساعت دقیق آن صورت‌گذاری نموده و به سلسله مراتب نیروهای مسلح عیناً گزارش دهند.

۵-۱-۲. سازمان قضایی نیروهای مسلح

سازمان قضایی نیروهای مسلح که در قانون به اختصار سازمان قضایی نامیده می‌شود، شامل دادسرای و دادگاه‌های نظامی می‌باشد.^۱ ((جهانگیر، منصور، ۱۳۹۶، مجموعه قوانین و مقررات مربوط به مجازات جرایم نیروهای مسلح و دادرسی نیروهای مسلح، انتشارات دیدار، ص ۱۱))

۵-۱-۳. تعریف جرم

در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی جرم تعریف شده است «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود». (ماده ۲ ق.م.)^۲

این تعریف به اصل اساسی قانونی بودن جرم و مجازات تکیه دارد. بر اساس این اصل هم جرم و هم مجازات آن باید توسط قانون تعیین شده باشد. هیچ فردی را نمی‌توان به دلیل ارتکاب عملی که در قانون برای آن مجازاتی تعیین نشده است محاکمه کرد در این صورت فرد می‌تواند مدعی باشد که عمل ارتکابی‌اش جرم نبوده است.

همچنین قاعده «قبح عقاب بلابيان» حکم می‌کند که تعقیب افراد بدون بیان اینکه آن عمل موجب تعقیب می‌شود، زشت و ناپسند است. البته ندانستن قانون موجب نمی‌شود که از مجازات فرد مجرم جلوگیری نمود اما جهت مجازات فرد باید در قانون آن جرم و مجازات آن تعریف شده باشد قانون گذار در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی به صراحت به اصل قانونی بودن جرم و مجازات اشاره می‌کند «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد». (ماده ۱۲ ق.م.)

۵-۱-۴. نوتام

کلمه نوتام (Notam) مخفف Notice to Airmen است. نوتام توسط سازمان هوایی‌سازی به دلایل مختلف صادر شده است. اما در درجه اول به اطلاع خلبانان از تغییرات در فرودگاه‌ها، راههای هوایی و رویه‌های محلی که بر ایمنی تأثیر می‌گذارد، چه بر خدمه و چه بر زمین.

۵-۱-۵. تعریف تسبیب

تسیب در لغت به معنای سبب ساختن، اسباب فراهم آوردن، وجودها. ((دهخدا، علی اکبر،) لغت نامه دهخدا دوره کامل ۱۶ جلدی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران چاپ اول))

- قوائد اتلاف و تسیب تنها ناظر به خسارت به اموال و حقوق خصوصی افراد نیست، بلکه این قوائد نسبت به خسارت به حقوق و اموال عمومی نیز قابل اطباق می باشد.

((انتظاری، علیرضا و دکتر سید مصطفی محقق داماد، (۱۳۹۱)، نقش اتلاف و تسیب در مسئولیت مدنی زیست محیطی، مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۵۹ ص ۸۹))

تسیب در حقوق یکی از موجبات ضمان است که در حقوق مدنی جبران خسارت و در حقوق کیفری، مجازات را در پی دارد. ((پوربافرانی، حسن، دلپاک یگانه، الهام و محمد صادق طباطبائی، (۱۳۹۳)، یگانگی یا دوگانگی تسیب در حقوق مدنی و کیفری، نشریه حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۲، ص ۲۶۳)) - تعاریفی که از تسیب در فقه و حقوق ارائه شده ریشه ای در فقه دارد که در روایات وارد شده تنظیم گردیده است. تسیب با مسئولیت مدنی رابطه نزدیک دارد. ((دروودگر، عطیه، (۱۳۹۵)، مستندات قائله تسیب در فقه شیعه، سومین همایش بسترها مالی و اداری در نظام حقوقی ایران با رویکرد اصلاح و توسعه نظام حقوقی، میبد،

((<https://civilica.com/doc/641293>))

- تسیب به معنای ایجاد سبب و سبب سازی است که در نتیجه آن ضرر و زیانی به دیگری وارد می شود. لذا تسیب زیان مستقیم و به دست خود شخص و به عبارتی مباشتاً وارد نمی شود، برخلاف اتلاف که فرد زمینه ایجاد آن را فراهم کرده است. (<https://vakiltop.cm>)

تسیب در قوانین ایران در مواد ۵۲۶، ۵۲۶، ۵۳۳، ۵۳۴، ۵۳۵، ۵۳۵، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و در قانون مدنی در مواد ۳۳۱ الی ۳۳۵ این قانون و قانون مسئولیت مدنی مصوب ۰۲/۰۱ ۱۳۳۹ ذکر گردیده است.

۶-۱. سلاح‌های منحنی زن

سلاح‌های منحنی زن، سلاح‌هایی اجتماعی هستند و گلوله‌های آنها خط سیر منحنی دارند و به منظور اجرای آتش روی اهدافی که بصورت مستقیم در دید و یا تیررس ما نمی‌باشند بکار می‌روند و در عملیاتهای نظامی وظیفه پشتیبانی (آتش) از نیروهای پیاده ویژه‌ای برخوردار هستند.

مانند خمپاره‌های ۶۰، ۸۰، ۱۲۰. (مرکز مطالعات خلیج فارس- موسسه مطالعات ژئوپولیتیک، استراتژیک، تاریخ و جغرافیای خلیج فارس- آموزش نظامی. (<http://www.persiangulfstudies.com>)

۱. سلاح گرم سنگین

ادوات و تجهیزاتی هستند که حمل و نقل آنها به بیش از سه نفر نیروی انسانی یا امکانات لجستیکی نیاز دارد و هدایت آتش انها توسط سامانه‌های جانبی انجام می‌شود و کالیبر آنها بالاتر از ۱۰۶ میلی متر می‌باشد. از قبیل توپ ۱۳۰ میلی متری و توپ ۱۵۵ میلی متری. ((آئین نامه اجرایی قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز- مصوب ((۱۳۹۲/۱۰/۰۸)

۱-۸. بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی

از اقسام تقصیر در حقوق ایران می‌توان بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی را نام برد. بی‌احتیاطی خطای انسانی است که پیامد کار خود را در وضع خاص پیش بینی نمی‌کند. مانند راننده ای که با سرعت زیاد در خیابان پر از دحام رانندگی می‌کند و در نتیجه آن با عابری برخورد می‌کند.

بی‌مبالاتی همان بی‌احتیاطی بصورت ترک فعل است. بی‌مبالاتی، غفلت، مسامحه، سهل انگاری و اهمال از نظر معنی مترادفند. مقصود از بی‌مبالاتی ترک فعلی است که مقتضای پیشگیری از نتایج ناخواسته مجرمانه است. (<https://fa.wilkfeqh.ir>)

۱-۹. رزمایش

رزمایش یا مانور نظامی به یک تمرین نظامی در مقیاس بزرگ گفته می‌شود که در آن مانورهای گوناگون رزمی اجرا و شبیه سازی می‌شوند. رزمایش در اصل شبیه سازی یک شرایط جنگی است و هدف از آن آزمودن و همچنین آموختن شگردهای جنگی با آزمایش سلاح‌های جدید است. ((عباسی رائی، علی، فرورش، حمید و عیسی نخعی کمال آبدی (۱۳۹۱)، مکانیابی استقرار و ضد استقرار یگان‌ها در رزمایش‌های نظامی با استفاده از رویکرد برنامه ریزی دوستچی، فصلنامه مدیریت نظامی، سال هجدهم، شماره ۳، ص ۱۶۰))

۱-۱۰. میدان تیر

- در علوم نظامی، عرصه‌ای ترتیب یافته و مجهز به برخی ادوات برای تمرین تیراندازی گفته می‌شود. (<https://abidis.ir>)

- ۱-۱۱. صور تجلیسه کاوش و تخریب

بعد از آخرین مرحله برگزاری تیراندازی در میدان تیر یا منطقه تمرینات نظامی و رزمایش، یگانی از نیروهای مسلح که در آن منطقه مورد نظر تیراندازی نموده ۳، موظف است که گلوله‌های عمل نکرده را با جستجوی دقیق میدان تیر یا منطقه رزمایش پیدا نموده و آنگاه با رعایت اصول ایمنی، نسبت به خشی سازی گلوله‌های عمل نکرده اقدام و متعاقباً طی یک صور تجلیسه با قید دقیق تاریخ و ساعت آن به امضای اعضای کاوش و تخریب برساند. که اعضاء عبارتند از افسر مهمات یا کارشناس مهمات یگان عمدۀ، نماینده آموزش یگان عمدۀ و گردان یا یگان برگزار کننده تیراندازی در آن محل، نماینده حفاظت فیزیکی یگان عمدۀ و نماینده حفاظت فیزیکی یگان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی، کارشناس مهندسی تخریب، فرمانده گردان و گروهان مربوطه و درنهایت به امضای فرمانده یگان عمدۀ (اعم از تیپ سوارگاه تاکتیکی لشکر-سوارگاه منطقه‌ای یا غیره)

بخش دوم: بررسی ابعاد کیفری عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمایش و میدانی تیر نیروهای مسلح در پرتو اتهام تسبیب در ایراد صدمه جسمانی و بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی

۱-۲- شکایت فرد مصدوم یا خانواده متوفی جهت پرداخت دیه به میزان نظریه پژوهشکی قانونی شهرستان محل وقوع سانحه انفجار گلوله عمل نکرده از اعتبارات سازمان یگان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی. شاکی، اعم از فرد مصدوم از سانحه انفجار گلوله عمل نکرده از سلاح مورد استفاده در رزمایش و تمرینات تیراندازی یا فرد متوفی از سانحه مزبور که خانواده وی اقامه دعوی می‌نمایند در بدوانشکایت امکان دارد از فرمانده یگان عمدۀ ای ۴ شکایت کنند که جایگاه و درجه ایشان مشمول ماده ۳۰ قانون آئین دادرسی کیفری باشد (بدان معنا که مثلاً فرمانده تیپ مستقل باشد)، علی‌ایحال بعد تقديم شکایت به دادسرای عمومی محل و ارجاع به پژوهشکی قانونی، حسب محتويات، استناد و مدارک مربوط در پرونده و تقديم شکوائيه شاکي مبنی بر تسبیب در ایراد صدمه بدنی در اثر بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی در اثر عدم پاکسازی منطقه رزمایش که در اثر عدم نصب علائم هشدار دهنده و ایضاً تردد شاکی به محل (جهت چرای احشام و یا به دلایل دیگر) موجب موجب مجروحیت، قطع اعصابی بدن، از کار افتادگی، و یا فوت گردد. مع الوصف پرونده پس از سیر در دادسرای عمومی محل وقوع سانحه، باید با قرار عدم صلاحیت به اعتبار و شایستگی سازمان قضائی نیروهای مسلح و متعاقباً دادگاه نظامی یک تهران ارجاع گردد که در این راستا نباید پرونده به دادگاه کیفری یک یا دو تهران و یا مجتمع قضائی کارکنان دولت ارجاع شود. مراتب



پرونده طبق دستورالعمل جلب و احضار فرماندهان نیروهای مسلح از طریق دفتر تحفیفات ویژه سازمان قضایی نیروهای مسلح پیگیری و دادگاه، بدولاً فرمانده یگان عمله (اعم از تیپ-قرار تاکتیکی لشکر یا قرار گاه منطقه ای) را احضار و پس از سیر مراحل قانونی، بطور معمول فرمانده یگان عمله برگزار کننده رزمایش و تیراندازی با ارسال لایحه دفاعیه از طریق نماینده حقوقی یگان خود، بیان می‌دارد موضوع شکایت شاکی باید علیه یگان مسلح برگزار کننده رزمایش به عنوان شخصیت حقوقی مطرح گردد و ایشان شخصیت حقیقی است و عوامل متعدد که باعث وقوع انفجار گلوله عمل نکرده و آسیب یا فوت شاکی گردیده، نمی‌تواند ربط مستقیم به شخص وی داشته باشد و باید از سازمان محل خدمت وی جهت وصول دیه شکایت گردد. علی ایحال طبق رویه معمول دادگاه با موجه دانستن لایحه وی، نهایتاً شاکی و وکیل او (در صورت داشتن وکیل توسط شاکی) و ایضاً نماینده حقوقی یگان در تاریخ مقرر آنان را احضار می‌نماید. دادگاه خطاب به شاکی می‌گوید شکایت خود را مطرح نمایند و متعاقباً شاکی (در صورت فوت فرد آسیب دیده، وکیل یا خانواده او)، شرح ما وقوع را تبیین می‌نمایند، مجدداً دادگاه خطاب به نماینده حقوقی می‌گوید نظر خود را نسبت به پرداخت دیه به متهم مشروحاً بیان نماید که نماینده حقوقی بطور معمول لایحه دفاعیه خود را به عنوان اظهارات یگان به دادگاه تقدیم می‌نماید. نهایتاً دادگاه پس از جری تشریفات قانونی و تشکیل جلسه دادرسی و استماع اظهارات و دفاعیات متهم و مطالعه کامل اوراق و محتویات پرونده با استعانت از خداوند متعال و با تکیه بر وجود و شرف مباردت به انشاء رأی می‌نماید. لازم به ذکر است پرداخت دیه به شاکی از مفاد تصمیم نهایی مرجع محترم قضایی به دلیل عدم پاکسازی دقیق منطقه رزمایش و تیراندازی بوده و سازمان نیروی مسلح مربوطه عهده دار پرداخت دیه به شاکی خواهد بود. ((با اقتباس از عبدالعباس، قاسمی فرد، دادنامه صادره از شعبه سوم دادگاه نظامی یک تهران، ۱۳۹۱ و با اقتباس از اکبرپور، محمد علی و منوچهر کریمی پور، دادنامه صادره از شعبه چهارم دادگاه تجدید نظر نظامی استان تهران، ۱۳۹۱))

۲-۲. تحقیق و تفحص در قوانین ایران در باب جبران خسارت ناشی از بیاحتیاطی و بی مبالاتی و تسبیب در صلمه جسمانی غیر عمد با تطبیق قوانین بر موضوع عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمایش و تیراندازی و انفجار گلوله عمل نکرده

- ۲.۲.۱. قانون مستولیت مدنی مصوب ۱۳۹۰/۰۲/۱۰

ماده ۱- هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بیاحتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد

گردیده لطمہ ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

ماده ۲- در موردی که عمل وارد کننده زیان موجب خسارت مادی یا معنوی زیان دیده شده باشد، دادگاه پس از رسیدگی و ثبوت امر او را به جبران خسارت مجبور محاکوم می‌نماید و چنانچه عمل وارد کننده زیان فقط موجب یکی از خسارات مجبور باشد، دادگاه او را به جبران همان نوع خساراتیکه وارد نموده محاکوم خواهد کرد.

ماده ۳- دادگاه میزان زیان و طریقه کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد، جبران زیان را بصورت مستمری نمی‌شود تعیین کرد، مگر آنکه مديون تأمین مقتضی برای پرداخت آن بدهد یا آنکه قانون آن را تجویز نماید.

ماده ۱۱- کارمندان دولت و شهرداری‌ها و موسسات وابسته به آن‌ها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند ولی هرگاه خسارت وارده مستند به عمل آنها نبوده و مربوط به نقص و سایل ادارات و موسسات مربوطه باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا موسسه مربوطه است ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل می‌آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود. (<https://rc.majlis.ir>)

۲.۲.۲. تحقیق و تفحص در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ایران در باب جبران خسارت در صدمه جسمانی غیرعمد با تطبیق قوانین بر موضوع عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمایش و تیراندازی و انفجار گلوله عمل نکرده جهت مطمح نظر قراردادن در صدور دادنامه مرجع محترم قضایی به دلایل جامع اسناد و مدارک ثبت شده در پرونده و دلایل و امارات مشتبه دعوی خواهان از جمله گزارش کمیسیون تشخیص سانحه در هنگام وقوع حادثه و تصدیق نامه پزشکی قانونی مبنی بر میزان دقیق جراحات وارده در اثر انفجار که در شرح حادثه واقع شده است و نظریه کارشناسی (اعم از مراحل کارشناسی یک نفره و یا با اعتراض هر کدام از طرفین دعوی و ارجاع امر در مراحل سه نفره-پنج نفره-هفت نفره - نه نفره) و تعیین میزان مسئولیت عمل یا عاملین حادثه و شکایت مدعی خصوصی مستند به نشانه‌ها و آثار باقیمانده از جرم و قرائن و امرات متعدد دیگر که در جریان رسیدگی پرونده در مرجع محترم قضایی درج شده است، مرجع محترم

قضایی (اگر قبل از فرمانده یگان عمدۀ مشمول ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری شکایت شده باشد به همراه شکایت از سازمان نظامی مربوطه، مرجع صالح دادگاه نظامی یک تهران) دعوى شاکی را وارد می‌داند و می‌تواند علاوه بر در نظر داشتن قانون مسئولیت مدنی به مفاد ۵۵۹-۴۸۸ ماده ۴۴۹ و ماده ۴۹۲ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ سازمان نظامی مربوطه را به دیه و یا ارش محکوم و با توجه به ایراد صدمه غیر عمد، محکوم^۶ به باید ظرف مدت دو سال قمری از تاریخ وقوع در حق شاکی پرداخت گردد.

پر واضح است که سازمان نظامی مربوطه در راستای دفاع از بیت المال جمهوری اسلامی ایران قطعاً به دادنامه بدوى اعتراض نموده، لکن به نظر می‌رسد وفق رویه معمول، دادنامه صادره از دادگاه بدوى، در دادگاه تجدید نظر نظامی استان تهران نیز تأیید می‌گرد بدان جهت که حتی اگر شاکی از روی کنجکاوی هم به مواد متفجره یا گلوله عمل نکرده دست زده باشد و در اثر دست زدن عمدی شاکی، حادثه انفجار و صدمه جسمانی و یا فوت رخ داده باشد، یگان و سازمان نظامی مربوطه به دلیل عدم کاوش و پاکسازی دقیق و خشی نکردن گلوله‌های عمل نکرده مقصراً می‌باشد و دادگاه تجدید نظر نظامی در دادنامه صادره بیان می‌نماید با توجه به اینکه از طرف یگان نظامی مربوطه به عنوان تجدید نظرخواه اعتراض موثر و قابل توجهی که موجب نقص دادنامه شود ارائه نگردیده و رسیدگی مطابق ادله موجود در پرونده و با رعایت تشریفات قانونی صادر گردیده است، اعتراض تجدیدنظرخواه را وارد نمی‌داند و با استناد به بند الف ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ جمهوری اسلامی ایران دادنامه تجدیدنظر را تأیید می‌نماید و این رای را طبق ماده ۴۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ جمهوری اسلامی ایران قطعی قلمداد می‌گردد. ((با اقتباس از عبدالعباس، قاسمی فرد، دادنامه صادره از شعبه سوم دادگاه نظامی یک تهران، ۱۳۹۱، و با اقتباس از اکبرپور، محمد علی و منوچهر کریمی پور، دادنامه صادره از شعبه چهارم دادگاه تجدید نظر نظامی استان تهران، ۱۳۹۱))

۲.۳.۲. مفاد ماده ۵۵۹-۴۴۸ و ۴۹۲ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ کشور

جمهوری اسلامی ایران

ماده ۴۴۸ – دیه مقرر مال معینی است که در شرع مقدس به سبب جنایت غیر عمدی بر نفس، عضو یا منفعت، یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، مقرر شده است.

ماده ۴۴۹ - ارش، دیه غیر مقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است و دادگاه بالحاظ نوع و کیفیت جنایت و تأثیر آن بر سلامت مجنی عليه و میزان خسارت واردہ با در نظر گرفتن دیه مقدر و با جلب کارشناس میزان آن را تعیین می‌کند. مقررات دیه مقدر در مورد ارش نیز جریان دارد مگر اینکه در این قانون ترتیب دیگری مقرر شود.

ماده ۴۹۲ - جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتكب باشد اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آنها انجام شود.

ماده ۵۵۹ - هرگاه در اثر جنایت صدمه‌ای بر عضو یا منافع وارد آید چنانچه برای آن جنایت در شرع دیه مقرر یا نسبت معینی از آن به شرح مندرج در این قانون مقرر شده باشد مقدار مقرر و چنانچه شرعاً مقدار خاصی برای آن تعیین نشده ارش آن قابل مطالبه است. ((بیگ زاده، دکتر صفر، مجموعه قوانین صبا، چاپ سی و چهارم، تهران، انتشارات یکلک صبا، ۱۳۹۶.))

بخش سوم: چگونگی و ترتیب ارسال پرونده احکام دادگاه‌ها از دایره بودجه و اعتبارات یگان‌های نیروهای مسلح (یگان عمده محکوم به پرداخت دیه محکوم^۵ له) به معاونت طرح و برنامه و بودجه سازمان نظامی مربوطه (مدیریت اعتبارات) جهت پرداخت به موقع دیه و جلوگیری از ضرر و زیان ناشی از افزایش نرخ دیه و جلوگیری از خسارات ناروا به بیت المال نیروهای مسلح در مراجع قضایی

۳.۱ - کلیات

بعضًا بنا به دلایل مختلف بعد محکومیت قطعی سازمان‌های نیروهای مسلح جهت پرداخت خسارات بالاخص دیه به شخص محکوم^۵ له بعضًا روند اداری سازمان مربوطه جهت پرداخت محکوم^۵ به، به کنדי پیش رفته و این امر موجب تحمیل مابه التفاوت و خسارات ناروا به بیت المال سازمان‌های نیروهای مسلح^۵ شده و از آنجایی که تنها مرجع تمهید، کارسازی و پرداخت دیات و محکوم^۵ به در سازمان‌های نیروهای مسلح، فی الواقع معاونت طرح، برنامه و بودجه سازمان نیروهای مسلح مربوطه (مدیریت بودجه و اعتبارات) می‌باشد، مع الوصف یگان‌های نیروهای مسلح (یگان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی سلاح سنگین که به جهت عدم کاوش و پاکسازی و خشی نمودن گلوله‌های عمل نکرده در مرجع محترم قضایی محکوم قطعی گردیده)، قسمتهای بودجه و اعتبارات آن یگان با هماهنگی حقوقی آن یگان باید باقید تسریع پیگیر پرداخت به موقع خسارات و دیه و اختصاص بودجه به یگان از طرف معاونت طرح، برنامه و بودجه

سازمان نیروهای مسلح مربوطه (مدیریت بودجه و اعتبارات) باشند. بدیهی است از آنجایی که حساسیت در حفظ بیت‌المال در نیروهای مسلح به عنوان منظم‌ترین سازمان‌های جمهوری اسلامی ایران بسیار بالا بوده و هرگونه تخصیص بودجه به یگانهای نیروهای مسلح کاملاً باید مستندسازی گردد، و حسب آنکه به دلیل وسعت مجموعه سازمانهای نیروهای مسلح هرگونه مکاتبات و ارسال مستندات جهت پرداخت دیه و خسارات باید از یگان تحت امر به سلسله مراتب بالاتر ارسال گردد، علی ایحال به جهت جلوگیری از تعاطی مکاتبات و عدم تأخیر در پرداخت خسارت‌ها و تحمیل مابه التفاوت به سازمان‌های نیروهای مسلح، کلیه احکام دادگاهها باید پس از تأیید توسط دایره بودجه و اعتبارات و ایضاً شعبات قضایی و حقوقی آن یگان به تعداد نسخه‌های خواسته شده مرجع پیگیر ذیربیط جهت اختصاص بودجه به یگان(معاونت طرح، برنامه و بودجه سازمان نیروهای مسلح مربوطه (مدیریت بودجه و اعتبارات) به صورت حضوری ارسال تا اقدامات مقتضی از طرف معاونت مذبور با تدقیق مستندات و مدارک و احکام دادگاهها برای تخصیص بودجه به یگان انجام گیرد.

۳.۲ - ارسال مدارک از طرف یگان در خصوص پرونده‌های احکام دادگاهها جهت مصدومان

- حکم دادگاه بدوى، تجدیدنظر و دیوان عالى کشور (چنانچه پرونده دارای دادنامه دیوان عالى کشور نیز باشد) - نامه اجرای احکام. اظهارات و شکوائیه مصدوم در دادسرا - کلیه نظریه‌های پژوهشی قانونی مصدوم به تعداد دفعات مراجعه به پژوهشکی قانونی - نظریه کارشناسی یا کارشناسان رسمی - لایحه دفاعی حقوقی یگان (دفاعیات مکتبی که نماینده حقوقی یگان در خصوص پرونده در مرجع محترم قضایی داشته است) - صورتجلسه سانحه یگانی. - فرم تجزیه و تحلیل پرونده (فرم خاصی است که برابر با خواسته مرجع اختصاص دهنده بودجه به یگان باید در خصوص مراحل دادرسی پرونده تکمیل گردد) - مکاتبات با دادسرا (تصدیق و برابر با اصل گردد) روگرفت تمام صفحات شناسنامه و کارت ملی. - شماره حساب شبای بانکی مصدوم تصدیق (برابر با اصل) شده توسط بانک. ((مستند به دستورالعمل‌های حقوقی و قضایی نیروهای مسلح جهت پرداخت دیه و خسارات ۱۴۰۱-۳.۳)) ارسال مدارک از طرف یگان در خصوص پرونده‌های احکام دادگاهها جهت افراد یا فرد متوفی - حکم دادگاه بدوى، تجدیدنظر و دیوان عالى کشور (چنانچه پرونده دارای دادنامه دیوان عالى کشور نیز باشد) نامه اجرای احکام و شماره حساب شبای دادگستری مربوطه همراه با شناسه پرداخت معتبر. نظریه پژوهشی قانونی در خصوص معاینه جسد. - نظریه کارشناسی یا هیئت کارشناسی. - شکوائیه و اظهارات اولیای دم

متوفی در دادسرا. - صورت جلسه سانحه. - مکاتبات یگان با دادسرا (تصدیق و برابر با اصل گردد) - لایحه دفاعی حقوقی یگان (دفاعیات مکتبی که نماینده حقوقی یگان در خصوص پرونده در مرجع محترم قضایی داشته است) رو گرفت تمام صفحات شناسنامه و کارت ملی و راث متوفی. - رو گرفت شناسنامه و کارت ملی ابطال شده فرد یا افراد متوفی در حادثه. - جواز دفن. - رو گرفت گواهی فوت صادره از اداره ثبت و احوال. - فرم تجزیه و تحلیل پرونده (فرم خاصی است که برابر با خواسته مرجع اختصاص دهنده بودجه به یگان باید در خصوص مراحل دادرسی پرونده تکمیل گردد) - گواهی انحصار و راث. (مستند به دستور العمل های حقوقی و قضایی نیروهای مسلح پرداخت دیه و خسارات) لازم به ذکر است موارد مربوط به مکاتبات یگان با مرجع محترم قضایی باید به تعداد نسخه های خواسته شده مرجع تخصیص دهنده بودجه از سازمان نظامی مرتبط برابر با اصل و با مهر مرجع محترم قضایی تأیید گردد.

◦ نتیجه گیری

۱. عدم کاوش و پاکسازی منطقه رزمایش و میادین تیر نیروهای مسلح و متعاقباً بروز سانحه انفجار گلوله های عمل نکرده برای ساکنین منطقه که تردد می نمایند بعد رزمایش و تیراندازی، اتهام تسبیب در ایجاد صدمه بدنی در اثر بی احتیاطی یا بی مبالاتی در اثر عدم پاکسازی منطقه (خشی ننمودن گلوله های عمل نکرده) و نهایتاً پرداخت دیه به شاکی، حتی اگر دستکاری مهمات و مواد منفجره عمل نکرده از روی کنجکاوی شاکی نیز بوده باشد، متوجه نیروهای مسلح (یگان برگزار کننده رزمایش) به عنوان متهم پرونده است.

۲. چنانچه حین برگزاری رزمایش و تیراندازی سلاح های سنگین در اثر حوادث غیر قابل پیش بینی اعم از معیوب بودن سلاح و تغییر زاویه ناگهانی گلوله های پرتاب شده و افت گلوله بعد شلیک سلاح و غیره، به باغات، مزارع و احشام ساکنان مجاور به منطقه تمرینات نظامی و رزمایش آسیب و خسارت وارد گردد، هرگونه خسارت به ساکنان و مردم مجاور منطقه تمرینات نظامی و رزمایش و تیراندازی بالاخص با سلاح سنگین همچنان متوجه یگان و نیروهای مسلح برگزار کننده رزمایش است.

۳ شاکی آسیب دیده ناشی از انفجار گلوله های عمل نکرده، می تواند از سازمان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی به عنوان شخص حقوقی شکایت نماید.

۴. در صورتی که شکایت شاکی آسیب دیده جسمانی از گلوله‌های عمل نکرده یا شکایت خانواده فرد فوت شده در اثر سانحه انفجار گلوله عمل نکرده از فرمانده یگان عمله برگزار کننده رزمایش و تیراندازی که دارای درجه سرتیپی و بالاتر و یا مشاغل سرتیپی با جایگاه فرماندهی تیپ مستقل وفق ماده ۳۰ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با آخرین اصلاحات و قانون آئین دادرسی کیفری جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۹۳ باشد، آنگاه با توجه به شرایط مقرر در ماده ۳۰ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با آخرین اصلاحات، محاکم نظامی تهران صالح رسیدگی به پرونده می‌باشند.

۵. فقط ابلاغ موعد برگزاری رزمایش و تیراندازی به ساکنان مجاور به منطقه تمرينات نظامی توسط یگان نظامی برگزار کننده رزمایش و ایضاً صورتجلسه ابلاغ آن کفايت ننموده، بلکه حتماً باید علائم هشدار دهنده و ورود ممنوع به منطقه رزمایش نیز در اطراف منطقه رزمایش و تیراندازی توسط یگان برگزار کننده رزمایش نصب گردد.

۶. حداکثر بازه زمانی برای دریافت برگ هشدار هوایی نوتام از سازمان هواییمایی کشوری برای جلوگیری از پرواز در منطقه ممنوعه رزمایش و تیراندازی سلاح سنگین تیر منحنی و غیره برای یگان برگزار کننده رزمایش و تیراندازی حداکثر یک ماه تا ۴۵ روز است.

من حيث المجموع پیشنهاد می‌گردد برای پیشگیری از وقوع سانحه و جلوگیری از اقامه دعوی بر علیه نیروهای مسلح درمراجع قضایی و جلوگیری از تضییع بیت المال نیروهای مسلح برای پرداخت دیه یا خسارات به افراد شاکی به دلیل وقوع حادث که به دلیل عدم مرحله کاوش دقیق و تخریب منطقه رزمایش و ختی نمودن گلوله‌های عمل نکرده بوده و یا در اثر حادث غیر قابل پیش‌بینی اعم از معیوب بودن سلاح و تغییر زاویه ناگهانی گلوله‌های پرتاب شده و افت گلوله بعد شلیک سلاح و غیره؛ اولاً، محل برگزاری رزمایش به نحوی توسط سلسه مراتب نیروهای مسلح انتخاب گردد که یک محل دائمی برای برگزاری رزمایش و تمرينات تیراندازی باشد و موقتی نباشد بطوری که بعد رزمایش و تیراندازی در آن منطقه تردد به هیچ وجه وجود نداشته باشد و حتی المقدور با عشاپر و ساکنان مجاور به منطقه رزمایش و تیراندازی فاصله زیادی داشته باشد. ثانياً، آگاه سازی رسانه ای برای مردم درخصوص عدم کنجکاوی و دستکاری در برخورد با یک شیئی ناشناس در یک منطقه ای که سابقه برگزاری رزمایش و تیراندازی در آن وجود داشته برای جلوگیری از انفجار ناگهانی و اطلاع دادن بعد مشاهده به نزدیک ترین یگان نظامی جهت بررسی دقیق موضوع. ثالثاً، برقراری تعامل بیشتر بین معاونت‌های طرح و برنامه و

بودجه سازمان‌های نیروهای مسلح (مدیریت بودجه و اعتبارات و امور مالی) با وزارت محترم دادگستری جهت جذب منابع برای پرداخت دیه و احکام صادره بظرفیت نیروهای مسلح و ایضاً پرداخت دیه از محل بودجه سال مورد نظر به حساب سازمان قضایی نیروهای مسلح و سایر محاکم صادرکننده حکم و حساب شخصی زیان دیدگان جهت تسريع در پروسه اداری پرداخت‌ها. رابعاً، ارسال به موقع مدارک خواسته شده از طرف یگان محکوم علیه با هماهنگی دایره بودجه و اعتبارات یگان با دایره حقوقی و قضایی آن یگان به مبادی ذیربط در سازمان‌های نیروهای مسلح برای پرداخت به موقع خسارات و دیه و جلوگیری از خسارات ناروا به بیت المال سازمان‌های نیروهای مسلح به علت تأخیر در پرداخت خسارت‌ها با افزایش نرخ دیه و تحمل ما به التفاوت به سازمان‌های نیروهای مسلح.

- توضیح و تفسیر شماره گزاری شده در متن صفحات مقاله :

۱. سازمان قضایی نیروهای مسلح-(ماده ۵۱ از قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۹۳ نقل از روزنامه رسمی شماره ۲۰۹۳۰/۸/۲۰—۲۰۹۳۰/۸/۲۰-و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲)

۲. تعریف جرم-(جزئیات قانون: تاریخ تصویب ۱۳۹۲/۱۲/۱-تعداد ماده: ۲۸-ادوار: ۹-سالنامه ۱۳۹۲-تاریخ تصویب شورای نگهبان ۱۳۹۲/۰۲/۱۱)

۳. یگانی از نیروهای مسلح که در آن منطقه مورد نظر تیراندازی نموده-(منظور از یگان می‌تواند اعم از گروهان-گردان-تیپ-قرارگاه تاکتیکی لشکر-قرارگاه منطقه ای یا نیرویی از سازمان‌های نیروهای مسلح اعم از سپاه پاسداران انقلاب اسلامی-آجا- فراجا (اختصاری فرماندهی انتظامی کل کشور)، وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح و سایر نیروهای مسلح باشد).

۴. فرمانده یگان عمدۀ-(منظور ارشدترین فردی که به دستور او یگان یا نیروی مسلح مربوطه اقدام به رفتن به منطقه رزمایش و تیراندازی نموده و یگانهای حاضر در منطقه رزمایش و تیراندازی و تمرینات نظامی تحت امر و تابع دستور ایشان بوده اند که می‌تواند اعم از فرمانده تیپ مستقل - فرمانده قرارگاه تاکتیکی لشکر- فرمانده قرارگاه منطقه ای یا فرمانده نیرو از یک سازمان نظامی باشد)

۵. تحمیل مابه التفاوت و خسارات ناروا به بیت المال سازمان‌های نیروهای مسلح-(منظور افزایش نرخ دیه در صورت عدم پرداخت به موقع دیه بر حسب تعیین نرخ جدید دیه در ابتدای هر سال توسط قوه قضائیه که می‌تواند برای نیروهای مسلح تأخیر پرداخت در هرسال خسارات با افزایش پرداخت و تضییع بیت المال را به همراه داشته باشد)

منابع و مأخذ

- الف) منابع کتابی و مقالات، دادنامه و مستندات قضایی
- ۱- اکبرپور، محمد علی و منوچهر کریمی پور، دادنامه صادره از شعبه چهارم دادگاه تجدید نظر نظامی استان تهران، ۱۳۹۷-
 - ۲- انتظاری، علیرضا و دکتر سید مصطفی محقق داماد، ((نقش اتلاف و تسبیب در مسئولیت مدنی زیست محیطی)), مطالعات اسلامی فقه و اصول، شماره پیاپی ۵۹ سال چهل و چهارم، ۱۳۹۱.
 - ۳- بیگ زاده، دکتر صفر، مجموعه قوانین مسا، چاپ سی و چهارم، تهران، انتشارات کلک صبا، ۱۳۹۶.
 - ۴- پوریا فرانی، حسن، دلایک یگانه، الهام و محمد صادق طباطبائی، ((یگانگی یا دوگانگی تسبیب در حقوق مدنی و کفری)), نشریه حقوق خصوصی، شماره ۲ دوره ۱۱، ۱۳۹۳.
 - ۵- چهانگیر، منصور، مجموعه قوانین و مقررات مربوط به مجازات جرایم نیروهای مسلح و دادرسی نیروهای مسلح، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات دیدار، ۱۳۹۶.
 - ۶- درود گر، علیه، ((مستندات قائد تسبیب در فقه شیعه)), سومین همایش بسترها مالی و اداری در نظام حقوقی ایران با رویکرد اصلاح و توسعه نظام حقوقی، بیبی، ۱۳۹۵، /https://civilica.com/doc/641293/
 - ۷- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا دوره کامل ۱۶ جلدی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
 - ۸- عیاسی رائی، علی، فرورش، حمید و عیسی نخی کمال آبادی، ((مکان یابی استقرار و ضد استقرار یگان‌ها در زیماش‌های نظامی با استفاده از رویکرد برنامه ریزی دوستگاهی)), فصلنامه مدیریت نظامی، شماره ۳ سال هجدهم، ۱۳۹۷.
 - ۹- عبدالحسان، قاسمی فرد، دادنامه صادره از شعبه سوم دادگاه نظامی یک تهران، ۱۳۹۷.
 - ب) اقوایین و ائین نامه‌ها
 - ۱۰- آئین نامه اجرایی قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیر مجاز- مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۰۸
 - دستورالعمل‌های حقوقی و قضایی نیروهای مسلح جهت پرداخت دیه و خسارات- ۱۱.۱۴۰۱- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲-۱۲.۱۳۹۲
 - قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۰۷
 - (ج) سایتها و پایگاه‌های اینترنتی
 - ۱۴- مرکز طالبات خلیج فارس- مؤسسه مطالعات ژئوپولیتیک، استراتژیک، تاریخ و جغرافیای خلیج فارس- آموزش نظامی، http://www.persiangulfstudies.com .https://vakiltop.cm-۱۵
 - .https://fa.wilkfeqh.ir-۱۶
 - .https://abadis.ir-۱۷
 - .https://legal.umsu.ac.ir-۱۸
 - .https://www.iribnews.ir-۱۹
 - ..https://rc.majlis.ir-۲۰

فساد اداری و راهکارهای حقوقی مقابله با آن

مرتضی رحمانیان

استادیار، عضو هیئت علمی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه پیام نور، چهلم، فارس، ایران

ابوالفضل قبیری

کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه غیرانتفاعی آزادان، شیراز، ایران

رویا ایزدی راد

دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه غیرانتفاعی آزادان، شیراز، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۹.۲۶ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۳.۲۶



چکیده

فساد یک فعل غیراخلاقی، غیرقانونی و تقلب آمیز است که با هدف کسب منافع غیر مشروع بوسیله یک یا چند نفر انجام می‌شود و می‌توان آن را با کاربرد غیر اخلاقی هر نوع امکانات عمومی (دولتی) برای کسب منافع شخصی، انحراف از امانت و درستی از طریق ارتباشی یا تبانی، انجام فعلی مغایر قانون به منظور مساعدت به شخص ثالث در ازای دریافت وجه توسط کارکنان دولت تعریف نمود. (مقاله ارزیابی فساد اداری و راههای مبارزه با آن نویسنده امیرشادمانجو فساد اداری یکی از بیماری‌های مژمن و در واقع کهنه ترین جراحت نظام اداری تلقی می‌شود، چرا که پدیده ای همزاد دولت است یعنی از هنگامی که فعالیت‌های بشر شکل سازمان یافته به خود گرفتند، فساد اداری نیز در نتیجه تعاملات درونی و تعامل با محیط از متن در نظام‌های اداری اغلب کشورها موجب آسیب رسانی جدی به توسعه و پیشرفت شده و در کشورهای در حال توسعه مانند ایران اهمیت و مهار و کنترل آن کاملاً برای سیاستمداران و مردم آنها واضح و آشکار گردیده است از مضار فساد عبارت است از: فساد اداری مانع رشد رقابت سالم و باعث عقب راندن تلاش‌ها در جهت کاهش فقر و بی‌عدالتی اجتماعی، تضعیف اعتقاد ملت‌ها به توانایی خویش و باعث ناامیدی و سرخوردگی نسبت به آینده‌ای قابل پیش بینی می‌شود (مقاله راهکارهای مبارزه با فساد اداری در حقوق ایران پدیدآورنده مجتبی خواجه‌بی‌دکترای حقوق خصوصی دانشگاه میبد پیشگیری و مبارزه با فساد، به صورت جدی مستلزم حمایت قاطع از سوی جامعه و هماهنگی و مشارکت شهروندان می‌باشد. هدف اصلی این پژوهش فساد اداری و راههای مبارزه با آن می‌باشد.

واژگان کلیدی: فساد اداری، پیشگیری، مبارزه با فساد، دولت، رسانه.

Corruption and legal solutions to deal with it

Abstract

Corruption is an unethical, illegal and fraudulent act that is done with the aim of gaining illegitimate benefits by one or more people and it can be defined as the unethical use of any type of public (government) facility for personal gain, deviation from Honesty and integrity through bribery or collusion, defined the act of violating the law in order to help a third party in exchange for receiving money by government employees. (The article on the assessment of administrative corruption and ways to combat it, authored by Amir Shadmanjo) Administrative corruption is considered one of the chronic diseases and in fact the oldest injury of the administrative system, because it is a phenomenon born from the state, that is, since human activities took an organized form. Administrative corruption also emerged as a result of internal interactions and interaction with the environment from the text of the organization. Corruption is a much broader phenomenon than fraud and has a multifaceted nature. Corruption in the administrative systems of most countries causes serious damage to development and progress, and in countries like Iran, the importance and control of it has become clear and obvious to the politicians and their people. Among the harms of corruption are: administrative corruption hinders the growth of healthy competition and pushes back efforts to reduce poverty and social justice, weakening the belief of nations to their own ability and causes despair and disillusionment towards the foreseeable future. and all It is the participation of citizens. The main purpose of this research is administrative corruption and ways to fight it.

Keywords: administrative corruption, prevention, fight against corruption, government, media.

○ مقدمه

لازمه رشد و توسعه همه جانب جامعه، داشتن سازمانهای سالم و پویاست. ویژگی سازما نهای سالم تنها در داشتن سود و منفعت بالا یا تعداد کارکنان و مدیران آن نیست بلکه سازمان سالم، سازمانی مشکل از نیروی انسانی خلاق، سازنده و متعهد است که از روحیه و عملکرد خوبی برخوردار است و سازمان را قادر می‌سازد تا به اهداف خود برسد و حتی موجب رشد و شکوفایی جامعه را نیز فراهم آورد. سازمان سالم با نیروهای مانع درونی و بیرونی به طور موفقیت آمیزی برخورد کرده و آن‌هارا به طور اثربخش، در جهت اهداف و مقاصد اصلی سازمان هدایت می‌کند. یکی از این نیروهای بازدارنده، فساد اداری است. از آنجاکه افراد ممکن است تحت تأثیر منفی عوامل برون و درون سازمانی قرار گیرند، وجود فساد اداری امری اجتناب ناپذیر است و جزء جدای ناپذیر تمامی سازما نهای بويژه در جوامع درحال توسعه و آسيبي همه جانب (فرهنگي، اجتماعي، سياسى و اقتصادي) است که نه تنها سلامت سازمانی را به خطر می‌اندازد بلکه می‌تواند به متن جامعه نيزنفوذ کند و جلوی رشد و شکوفایي آن را بگيرد. فساد در نظام اداري، کم و بيش گرييان گير همه كشورهاست و آسييب های ناشي از فساد با توجه به شكل های مختلف آن بي شمار است. برای كشوری که در جهت توسعه و پيشرفت گام برمی دارد ضرورت دارد تا برای رسيدن به جامعه عاري از فساد، به اين مهم پردازد و ضروري است برای جلوگيری از تشديد آسييبها در آينده، امروز با تمام توان و در تمام زمينهها با علل و عوامل بروز آن مبارزهای جدي و مستمرصورت گيرد تا در جامعهای سالم و عاري از فساد، توسعه پايدار و هم هجانبه در كشور محقق گردد. حکومتها هميشه نگران سوء استفاده های شخصی صاحب منصبان و کارگزاران دولتی از موقعیت و امتیاز شغلی خود بوده اند و مسئولیتها و اختیاراتی که طبق قانون به همه کارمندان دولت تعویض می شود زمینه مناسبی را برای سوء استفاده تعدادی فراهم می کند. (ريعی و بیگدلی، ۹۳۱) در طی قرون همواره رابطه معکوسی بين استفاده درست و بجا از قدرت و قلمرو گسترش فساد وجود داشته است و زمانی که از قدرت به طور مطلوب استفاده می شد میزان فساد کاهش می یافته است. هم اکنون كشورها را از اين حیث می توان به بیمار، بیمار مزمن، بیمار وخیم طبقه بندهی کرد. در این میان كشورهای جهان سوم بیشتر با معرض فساد درگیرند بنحویکه به نظر می رسد زندگی روزمره آنان بدون برخورداری از نوعی فساد ادامه نمی یابد.

فساد اداری به عنوان پدیده ای عام و جهانی در تمام ابعاد زندگی انسان نفوذ کرده است و هر روز به شکل های متنوعی خود را بر ما تحمل می کند. حتی کسانی که خود مرتكب چنین رفتارهایی می شوند، در نهايیت قربانی شرایطي اند که آن‌ها را احاطه و در کمند خود گرفتار کرده

است. طالقانی و همکاران ۹۳۹ مهمنترين مسائلی که می‌تواند زمینه ساز رفتارهای آمیخته با فساد تلقی شود، عبارتند از: تنگناهای اقتصادی، کمرنگ شدن ارزش‌های انسانی، تشدید قوانین و مقررات غیرضروری و گسترش روایه زیاده خواهی انسانها که باعث می‌شود دیگران را نیز به بازی داخل کند. (بررسی رابطه بین قدرت سیاسی و فساد اداری و ارائه راهکارهای مناسب برای مبارزه با آن از دیدگاه مدیریت اسلامی-سعید امامقلی‌زاده-صمد امامقلی‌زاده)

فساد اداری در مجموع به رفتاری اطلاق می‌گردد که در آن، فرد برای تحقق منافع خصوصی خود و دستیابی به رفاه بیشتر یا موقعیت بهتر خارج از چهارچوب رسمی وظایف یک نقش دولتی عمل می‌کند. به طورکلی، فساد، پدیده‌ی ریشه دار در ایران است و تنها در دوران‌های گوناگون، شکل و محتوای آن تغییر یافته است. ما امروز شاهدگونه‌های متفاوتی از این پدیده در سطح ادارات و سازمان‌ها هستیم که از تخلفات اداری تا رفتارهای مجرمانه در نوسان است؛ (حبیبی، نادر، ۱۳۱۵، فساد اداری، تهران، وثق.)

تعریف دیگر فساد اداری عبارت است از استفاده غیرقانونی از اختیارات اداری و دولتی برای نفع شخصی. در این تعریف، به طور ضمنی فرض شده است که مجموعه ای از قوانین و ضوابط مدرن اداری وجود دارد که چارچوب فعالیت‌های مجاز اداری را تعیین می‌کند، آنگاه هرگونه رفتار اداری که مغایر با این قوانین و انگیزه ارتکاب آن، انتفاع شخصی باشد، فساد اداری تلقی می‌شود. چنین تعریفی از فساد هنگامی جامعیت می‌یابد که قوانین اداری کامل، واضح، عادلانه و فرآگیر باشند و برای همه فعالیت‌های اداری و دولتی ضوابط دقیقی را معرفی کنند. لیکن نباید فراموش کرد که در هر جامعه، گروهی از افراد، نفوذ و قدرت سیاسی بالایی دارند و می‌توانند برای انتفاع شخصی، قوانین را تغییر دهند. چنین رفتارهایی براساس تعریف حقوقی فوق، فساد تلقی نمی‌شود چون با نقض قوانین همراه نیستند.

◦ دلایل فساد اداری ◦

اقتصاد ایران مانند برخی مسائل اجتماعی، پیچیدگی فراوان دارد و نمی‌توان به راحتی به شناسایی نارسایی‌ها و عوامل اصلی آن پرداخت. به عبارتی ساختارهای اقتصاد ما به گونه‌ای است که نارسایی ایجاد می‌کند و زمینه تخلف را فراهم می‌سازد. اقتصاد در کشور ما نه ویژگی اقتصاد دولتی را داراست و نه از خصوصیات اقتصاد آزاد و رقابتی برخوردار است؛ و از سوی دیگر در خصوصی سازی هر گام که به سمت جلو برداشته شده، حجم دولت در بخش دیگری افزایش یافته است. در کشورمان باید به بحث امنیت سرمایه توجه ویژه شود. حضور برخی نهادهای دولتی

برخوردار از اطلاعات و انحصارات دولتی یا توانایی اعطایی ویژه در فعالیت‌های اقتصادی، یکی از مهمترین عوامل ایجاد فضای غیرقابلی و ناسالم است که سرمایه‌گذاران را نامید و فراری می‌کند. کشورهایی که با پدیده فرار سرمایه روپرتو می‌شوند، مفاسد اقتصادی زیادی گریبان گیر اقتصادشان خواهد شد. پیامدهای منفی این فساد بسیار عمیق تر و تهدیدکننده‌تر از رشوه خواری در ادارات دولتی است، زیرا فساد به کاهش سرمایه‌گذاری و حتی فرار سرمایه منجر می‌شود. از جمله عامل ساختاری دیگری که در اقتصاد ما مشکل‌ساز می‌باشد، پیچیدگی و نامتناسب بودن مقررات است. سیستم‌های بانکی، گمرکی، مالیاتی و امثالهم در کشور آن قدر پیچ و خم دارند که بسیاری از سرمایه‌گذاران ترجیح می‌دهند یا اصلاً در آن وارد نشوند و یا از طرق غیرقانونی و با پرداخت رشوه و زد و بندها هر چه زودتر خارج از سیستم پیچیده اداری به مقصود خود برسند که این زمینه ساز مفاسد اقتصادی و اداری خواهد بود. پیچیدگی و فراگیری پدیده خویشاوند گرایی به عنوان بارزترین الگوی فرهنگی در ایران یکی از مهمترین عوامل فساد در نظام اداری و تضییع حقوق عامه مردم به نفع خواص است.

عوامل اداری و تربیتی شامل تفسیر پیش از پیش قوانین و مقررات و نبود انگیزه ناشی از عدم وجود نظام تشويق و تنبیه مناسب، نبود شفافیت پاسخگویی در فعالیتهای نظام اداری، عدم توجه به شایسته سalarی و واکدزاری فعالیتهای حساس به سازمان و اهداف آن و عوامل فرهنگی واجتماعی شامل نا‌آگاهی یا آگاهی کم افراد از حدود وظایف و فعالیتهای دستگاههای گوناگون، فقدان وجودان کاری کارمندان از عوامل بروز فساد اداری است.

بدیهی است که دلایل گوناگونی را برای فساد اداری در جوامع مختلف بر شمرده‌اند: فقر اقتصادی و نابسامانی‌های در آمدی کارکنان سازمان‌ها، فقر فرهنگی و عدم وجود باورهای استوار اخلاقی و نبود مقررات و قوانین بازدارنده و نظام‌های کنترلی موثر از زمرة دلایل اصلی بروز فساد اداری بوده است اما شاید مهمترین دلیل اشاعه فساد اداری نبود ساختارهای شفاف و روشن انجام امور در سازمان‌هast در محیط‌های اداری غیرشفاف و مبهم امکان کجروی‌های اداری افزایش می‌یابد و انجام رفتارهای فساد آلود تسهیل می‌شود.

بنابراین شاید به جرات بتوان ادعا کرد که مؤثرترین و کارآترین شیوه‌های مبارزه با فساد اداری خروج از فضای تاریک و سایه و شفاف سازی محیط و ساختارهای اداری است. هدف اصلی این مقاله بررسی فساد اداری و راهکارهای حقوقی مقابله با آن می‌باشد.

راهکارهای حقوقی مبارزه با فساد اداری

چگونه باید از بروز فساد اداری پیشگیری کرد؟ به عبارت دیگر برای پیشگیری از فساد اداری چه باید کرد؟ پاسخ به این دو پرسش ما را به حیطه مباحث هدفگذاری، الگوسازی، سیاستگذاری، برنامه‌ریزی، سازمان دهی و ارائه راهکارهای عملی و اجرایی برای پیشگیری از فساد هدایت می‌کند. در این بخش از مقاله با توجه به شرایط، زمینه‌ها، امکانات و ظرفیت‌های قانونی و موجود در جامعه راهکارهایی جهت پیشگیری از پدیده فساد اداری ارائه می‌شود. باید توجه داشت که اهمیت دادن به تدبیر پیشگیرانه به جای توسل به اقدامات سرکوبگرانه از اولویت برخوردار است، اما این امر تا حد زیادی به نظام حقوقی یک کشور بستگی دارد. دولتها باید که در پیشگیری از اقدامات فساد آسود، سیاست جنابی کنشی را دنبال می‌کنند از طریق حذف و محدود سازی عوامل جرمزا و نیز مدیریت مناسب محیط‌های فیزیکی و اجتماعی، بزه کاری را مهار می‌کنند (حسینی، ۶: ۱۳۹۳) در این بخش سعی شده راهکارهایی تجویز شود که قابلیت و امکان اجرا و اثرباری داشته باشند و در عین حال با توجه به موقعیت فعلی جامعه کم هزینه ترین پیشنهادهای قابل طرح باشند. نخست تلاش جهت اجرای اصل ۱۴۲ قانون اساسی ج. ا. ا (اصل یکصد و چهل و یکم) و مفاد قانون رسیدگی به دارایی مقامات مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران در جهت تقویت اعتماد عمومی و شفافیت مالی و ارتقاء سلامت اداری از طریق افشاء فهرست اموال تحت مالکیت مقامات عمومی؛ همچنین اهتمام قوه قضائیه به اجرای مفاد ماده (۶) در خصوص تهیه آیین نامه اجرایی که اجرای این قانون را به تاخیر انداخته است؛ برگزاری جلسات هم اندیشه جهت آسیب‌شناسی و رفع نواقص این قانون همچون عدم پیش‌بینی ضمانت اجرای حقوقی موثر از قبیل جرم انگاری عدم اعمال و افشاء اموال، تعیین مجازات مناسب و توقیف و ضبط اموال اعلام نشده و... در متن این قانون (تنهایا در ماده ۲ عدم امکان تصدی مقام در صورت عدم ارائه لیست اموال پیش‌بینی شده!) که بیم عدم اجرا و متروک ماندن این قانون را تشدید می‌کند، عدم الزام قوه قضائیه به افشاء علی و عمومی لیست اموال در قالب گزارش نهایی اموال مسئولان و اکتفا نمودن به ارائه لیست اموال در قالب خوداظهاری مسئولان و بررسی آن از سوی قوه قضائیه که هم برد و دامنه اعتماد عمومی و نظارت مردمی به واسطه عدم آگاهی و حساسیت افکار عمومی کاهش میدهد و عدم پیش‌بینی نهاد شفافیت ساز و کشف واقعیت در صورت خوداظهاری خلاف واقع از سوی مسئولان و حتی عدم پیش‌بینی سازوکار حقوقی جهت پیگیری آن از سوی قوه قضائیه؛ همچنین عدم حمایت از افشاء کنندگان و تکمیل کنندگان مفاد این قانون و بلکه جرم انگاری افشاء‌سازی در غیرمواردی که در این قانون آمده؛ همچنین با توجه به منحصر دانستن وظیفه

بررسی قوه قضاییه به افزایش من غير حق اموال اشخاص از ابتدا تا پایان دوران مسئولیت بیم آنکه افزایش غیرمتعارف اموال از طریق مجاری پنهان و نیم پنهان در قالب تاسیس شرکت‌ها و موسساتی به نام نزدیکان غیر موضوع قانون مذکور می‌رود. اهتمام به اجرای قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (مصوب ۱۳۸۱/۱۱/۶ مجلس شورای اسلامی) درجهٔ تحقیق شفافیت اطلاعاتی در بخش عمومی و ارتقاء سطح آزادی اطلاعات و نیز آسیب شناسی و رفع نقایص آن از قبیل عدم پیش‌بینی مقدمه برای این قانون از منظر اصول قانونگذاری، تدوین مقدمه به فهم و درک بهتر مراد و قصد قانونگذار کمک می‌کند و همچنین در فرآیند تفسیر قضایی، اداری و اجرایی به مفسران و مجریان قانون کمک می‌کند؛ تقلیل مفهومی معنای اطلاعات در بند الف ماده (۱) این قانون به معلومات، اطلاعات خام و پردازش نشده که دایره معنایی و تبعاً دایره شمول و اجرای این قانون را بسیار محدود می‌سازد؛ ارائه تعریف سلیمانی به جای تعریف ایجابی از اطلاعات عمومی در بند ج ماده (۱) که شمول این قانون را به اطلاعاتی عمومی محدود می‌کند که اول شخصی نباشد و ثانیاً در زمرة استثنای این قانون نباشد که این موضوع با اصل دسترسی و افشاء حداکثری اطلاعات منافات دارد؛ از طرف دیگر تمام مؤسسات عمومی یعنی نهادها و سازمان‌های وابسته به حکومت در معنای عام کلمه مشمولان این قانون محسوب می‌شوند اما تبصره ماده (۱۰) این قانون در خصوص الزام مؤسسات عمومی به انتشار اطلاعات عمومی شامل عملکرد و ترازنامه شامل مواردی همچون: اهداف، وظایف، سیاستها، خط مشیها، ساختار، روشهای و مراحل اتمام خدمات، ساز و کارهای شکایت شهروندان از تصمیمات یا اقدامات مؤسسه، انواع اعطایی که در دست مؤسسه و آئین دسترسی به آنها و اختیارات و وظایف مأموران ارشد مؤسسات، استثنای قائل شده است که بالوجه و فاقد منطق حقوقی است و همچنین به لحاظ اصول نگارش قانونگذاری ذکر عبارت (دستگاه‌های زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری) به عنوان استثناء مبهم و محل بحث صاحب نظران حقوقی می‌باشد.(رستمی سولی و میلادقطبی)

توجه به موازین حق بشر بین‌الملل حق دسترسی آزاد به اطلاعات یک حق بشری و نه حق شهروندی (ملی) می‌باشد بنابراین ماده (۲) این قانون از نظر موازین بین‌المللی تقلیل حوزه اجرای حق آزادی اطلاعات شده است در حالیکه بسیاری از قوانین داخلی دیگر کشورها در زمینه آزادی اطلاعات این حق را به عنوان یک حق بشری برای اتباع و غیراتباع خود به رسمیت شناخته‌اند؛ عدم استقلال اداری و سیاسی کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات موضوع ماده (۱۸) به واسطه به انتساب مقامات و نمایندگان دولتی و به جای انتساب نمایندگان مردمی و انتخابی؛ همچنین سکوت قانونگذار در خصوص امکان تجدیدنظر خواهی از تصمیم دستگاه‌ها و مقامات

مبني بر رد درخواست شهروندان و عدم پيش بياني نهاد نظراتي در اين زمينه؛ علاوه بر اين مرجع تعين ميزان هزينه ارائه اطلاعات خود دستگاههای درخواست شونده هستند که اين موضوع با دو اشكال عمده روبرو است؛ اول اينکه ضابطه و تعریف مشخصی وجود ندارد که بيم تعين هزينه اى گراف و دل بخواهانه افزایش می‌يابد و عمال هزينه دسترسی به اطلاعات برای افراد بی‌جهت افزایش می‌يابد. دوم اينکه اصول بر اساس اصل تضمین دسترسی آسان افراد به اطلاعات باید هزينه‌اي بابت دسترسی به اطلاعات از افراد دریافت نشود و يا لاقل ميزان آن مشخص و جزئی باشد تا در عمل اين آزادی نقض نشود؛ ضعف در ضمانت اجراءاتي قانوني اين قانون که عدم دسترسی به اطلاعات را تنها به جبران خسارت مدنی و پرداخت جزاء نقدی بين سیصد هزار ریال تا یکصد میليون ریال محدود کرده که به دليل عدم تناسب و عدم پيش بياني ضمانت اجراءاتي اداري و انصباطي قدرت بازدارندگی آن کاهش می‌يابد؛ و نهايتا عدم حمایت و تشویق از افساء کنندگان فساد و اطلاعات مجرمانه در اين قانون خواهد بود. اصلاح قانون مجازات انتشار و افسای استاد محترمانه و سري دولتي و آيین نامه اجرائي و تصويب قانون منسجم و جامع در زمينه اسرار دولتي به دليل عدم رعایت ضوابط حقوقی همچون عدم تعين مدت زمان محترمانگی و نامحدود شدن محترمانگی استاد و عدم پيش بياني ساز وکار حقوقی درباره آيین دسترسی افراد به اطلاعات و فقدان ساز وکار و ضابطه حقوقی در خصوص خروج اطلاعات از محترمانگی؛ عدم رعایت اصل تفکيك پذيری اطلاعات به اطلاعات قابل افساء و اطلاعات غير قابل افساء در مورد اسرار دولتي و عدم تعريف مفهومي استاد موضوع قانون و عدم تعين دايره مفهومي محترمانگی که در عمل افساء سازی و دسترسی افراد به اطلاعات محدود و مسدود می‌کند؛ (فصلنامه علمی تخصصی - دکتر ولی رستمی - عضو هیأت علمی دانشگاه تهران - حسن کبگانی - معین طالبی زاده - بررسی علن بروز و روشهای پیشگیری از فساد اداری)

عدم تعين و تبيين اطلاعات و استادي که طبقه بندی آنها در زمرة استاد محترمانه قانوناً جاييز نیست، اين موضوع عملاً دايره محترمانه سازی استاد را نامحدود می‌کند و حق آزادی اطلاعات و دسترسی افراد به اطلاعات را نقض می‌کند و به كثرت و ابناشت اطلاعات محترمانه و طبقه بندی شده در برابر اطلاعات در دسترس می‌انجامد و پيش بياني اختيار و صلاحیت محترمانه سازی استاد و اطلاعات برای مسئولان واحد سازمانی و مدیر و رئيس ادارات، که باعث ترویج فرهنگ اسرارگرایی و محترمانگی و زمينه ساز عدم شفافیت و فساد اداری است؛ عدم پيش بياني نهادی و مرجعی برای رسیدگی به شکایت مردم و حل اختلافات در مورد مسائل مربوط به اسرار دولتي. بهره‌گيری از ظرفیت‌های تصویب نامه برنامه جامع اصلاح نظام اداری و برنامه تحول در نظام

اداری با محوریت اهداف و راهبردهایی همچون؛ افزایش کارآمدی و اثربخشی دولت، توسعه دولت الکترونیک، ارتقاء فرهنگ سازمانی از طریق نهادینه سازی و جدان کاری، انصباط اجتماعی، فرهنگ خودکتری، امانتداری، صرفه‌جویی، قانونگرایی، اشاعه فرهنگ مسئولیت پذیری اداری، اجتماعی، پاسخگویی و تکریم ارباب رجوع و اجتناب از برخورد سلیقه‌ای و فردی؛ همچنین شفاف سازی و آگاهی بخشی نسبت به حقوق و تکالیف متقابل مردم و نظام اداری با تا کید بر دسترسی آسان و ضابطه مند مردم به اطلاعات، اصلاح فرآیندهای قانونی و اداری، بهره‌گیری از امکانات فرهنگی و به کارگیری نظام موثر پیشگیری و برخورد با تخلفات، ایجاد زمینه مناسب برای اظهار نظر مردم نسبت به عملکرد دستگاههای اجرایی و دریافت شکایات مردم نسبت به دستگاههای اجرایی، فراهم نمودن زمینه‌های متنوع برای کشف مصاديق فساد و برخورد سریع، قاطع و شفاف با متخلفین، از طریق تهیه مصوبه حقوق شهروندی در نظام اداری و تکریم ارباب رجوع، تهیه مصوبه ضوابط جبران خسارت واردہ به مردم در اثر قصور و تقصیر، استقرار نظام جامع ارتقاء سلامت و پیشگیری و کنترل فساد اداری، سنجش میزان رضایتمندی مردم از دستگاههای اجرایی و اعلام رتبه بندی آنها و آموزش راهکارهای پیشگیرانه و ضد فساد به مدیران ادارات و افزایش آگاهی و آموزش مستمر کارمندان و شهروندان در خصوص قوانین و برنامه‌ها و دستاوردهای مبارزه با فساد. بهره‌گیری از ظرفیت‌های منتشر حقوق شهروندی و تصویب نامه حقوق شهروندی در نظام جهت آگاه سازی افراد از حقوق قانونی خود در حوزه عمومی جامعه و بخش عمومی و اداری گسترش فرهنگ مطالبه‌گری و حق طلبی، ایجاد نظام اداری پاسخگو و کارآمد و تسهیل در تحقق اهداف سیاستهای کلی نظام اداری که همگی عامل پیشگیری از فساد در بخش عمومی خواهد بود؛ همچنین آسیب شناسی و رفع نقايس این مقررات دولتی از طریق برگزاری دوره‌های آموزشی به مردم و کارکنان، گفتمان سازی در خصوص حقوق شهروندی و افزایش سواد اجتماعی در خصوص ارزشهای حقوق بشری، مشارکت داوطلبانه جامعه مدنی، سازمان‌های مردم نهاد و بخش خصوصی در اجرای مفاد این مقررات و رفع نقايس مربوط به ضمانت اجرای این مقررات جهت ترویج و اهتمام به اجرای قانون نظام جامع آموزش و تربیت فنی حرfe ای و مهارتی تقویت فرهنگ کار، تولید، کارآفرینی و اخلاق حرفه‌ای، آموزش و تربیت نیروی انسانی متخصص، ماهر و کارآمد متناسب با نیازهای بازار کار و ارتقای توان کارآفرینی، افزایش نقش آموزش و تربیت فنی، حرفه‌ای و مهارتی در توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و ایجاد هماهنگی و تعامل بین این نظام با نظام‌های آموزشی و اقتصادی، کمک به تولید ثروت و کاهش فقر در جامعه از طریق توانمندسازی نیروی کار و کمک به افزایش اشتغال، خود اشتغالی و

کاهش بیکاری، ارتقای کیفیت آموزش و تربیت فنی، حرفه‌ای و مهارتی مبتنی بر چهارچوب صلاحیت حرفه‌ای و کاهش فاصله میان سطح شایستگی بازار کار و شایستگی، فراهم سازی زمینه یادگیری مادام‌العمر افراد جامعه جهت دستیابی به عدالت آموزشی در حوزه شغل و حرفه، افزایش سهم سرمایه انسانی از طریق آموزش، مهارت، خلاقیت و تجربه در سهمبری عادلانه در زنجیره تولید تا مصرف، توانمندسازی نیروی کار در راستای محور قرار دادن رشد بهره وری در اقتصاد، فعالسازی سرمایه‌های انسانی به منظور توسعه کارآفرینی که همگی این اهداف در راستای توسعه انسانی و تضعیف زمینه‌های اقتصادی و اجتماعی فساد اداری قرار دارند. اصلاح قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت و اصلاحات بعدی آن که موجب ترویج فرهنگ مدرک گرانی و رشد مؤسسات آموزش نما که به تولید مدرک می‌پردازند و تلاش در جهت کاهش ارزش مادی مدارک دانشگاهی؛ همچنین تأمین امنیت شغلی کارکنان و افزایش حقوق و مزایای آنان بر اساس نیازمندی واقعی آنان و توجه خاص به افزایش حقوق افراد ناظر و کنترل کننده برای جلوگیری از تضمیع به جای هزینه‌های گراف در تهیه لوازم، تجهیزات و امکانات برای ارتقاء سطح فیزیکی موسسات و ادارات. تحول در نظام بودجه‌ریزی کشور و بودجه بندي به روش برنامه ای و عملیاتی؛ بدین توضیح که بر پایه هدف گذاری و برنامه ریزی مالی، بودجه هر بخش تشخیص، تنظیم، تخصیص، تأمین و پرداخت شود و گزارشات متواتی و دوره‌ای از عملکرد بودجه‌ای، میزان دستیابی به اهداف و تحقق برنامه به رئیس هر اداره، سازمان برنامه و بودجه، وزارت‌خانه‌های مربوطه، هیئت دولت، دیوان محاسبات و کمیسیون‌های مربوطه مجلس شورای اسلامی ارسال گردد؛ همچنین کوشش در جهت تحقق نظام جامع مالیاتی جهت شفاف سازی و مبارزه با پولشویی، فرار مالیاتی و سایر مصاديق فساد مالی و اداری. کوشش در جهت شفافیت مالی و بودجه‌ای از طریق؛ تصویب قوانین در خصوص انضباط مالی عمومی و الزام به پاسخگویی و مسئولیت پذیری بخش عمومی از طریق تهیه و ارائه استناد و گزارشات مالی همچون گزارش راهبرد مالی، گزارش برنامه مالی، گزارش بودجه پیشنهادی و تنظیمی، گزارش برآورد هزینه‌های سازمان‌ها و بخش عمومی، گزارش حسابهای میان دوره‌ای، گزارش حسابهای بودجه‌ای، گزارش برآورد کسری بودجه، گزارش مربوط به مبالغ انتقالی به سال مالی آتی، گزارش حسابرسی تتحققی و کارآمدی، گزارش مسئولیت پذیری مالی، گزارش عملکرد مالی، گزارش گردش نقدی، گزارش مربوط به استقراض، گزارش مربوط به هزینه‌ها و درآمدهای پیش‌بینی نشده و گزارش سازمان‌های حامی.

تقویت سازمان‌های مردم نهاد از طریق تدوین و تصویب قانون جامع سازمان‌های مردم نهاد و اصلاح آیین نامه اجرایی تاسیس و فعالیت سازمان‌های مردم نهاد و حمایت قانونی قوه قضائیه قانونگذار و اعطاء نشان و اعتبار قانونی به سمنها جهت تقویت و توسعه نهادهای مدنی و رشد فرهنگ جامعه مدنی و مطالبه گری نهادی و افشاء موارد فساد و اطلاع رسانی و آگاهی بخشی به عموم افراد جهت پیشگیری از فساد اداری. (دکتر ولی رستمی عضو هیأت علمی دانشگاه تهران - حسن بکگانی - معین طالبی‌زاده) پیشگیری و مبارزه با فساد، به صورت جدی مستلزم حمایت قاطع از سوی جامعه و هماهنگی و مشارکت شهروندان می‌باشد.

نقش جامعه و توانایی آن در مبارزه با فساد از اهمیت زیاد برخوردار است. به طور مسلم هرگاه فاصله بین حکومت و شهروندان ایجاد گردد و ملت از حکومت سلب اعتماد نماید و شهروندان به همکاری با نهادهای تشکیل دهنده در امر مبارزه با فساد و برنامه‌های اصلاحی و اجرایی یک نظام، قرار نگیرند و لو هم افراد سالمی در رأس نظام و نهادهای مبارزه با فساد قرار بگیرند، باز یقیناً مبارزه با فساد و شیوه‌های کنترل آن به ناکامی منجر خواهد شد. (نظام اداری لازم شرط توسعه، ارتقای سلامت نظام اداری، تهران، مرکز آموزش مدیریت دولتی، ۱۳۸۹) – قدسی، محمد. برای به حداقل رساندن پیامدهای فساد اداری، گسترش و حفظ اعتماد عمومی نسبت به سازمانها، به برخورد با مسائل به شیوه‌های منطقی و نظاممند، بسیط و بکارگیری راه حل‌های متناسب با نیازهای سازمان و انعکاس آن به شکل خاص نیازمند است. همچنین ایجاد عزم ملی در زمینه مبارزه با فساد اداری و پرهیز از آلوده کردن آن با جهت گیری‌های سیاسی و گروهی و بهره برداری تبلیغی از نتایج آن، توقعی است که عامه مردم از سیاستگذاران جامعه در این زمینه دارند. (فصل دوم پایان نامه کارشناسی ارشد رشته مدیریت برگرفته از سایت فایلینا مبانی نظری و پیشینه تحقیقات داخلی و خارجی راهکارهای مبارزه با فساد اداری) در یک دسته بندی کلی می‌توان عوامل زیر را در پیشگیری از فساد اداری تاثیر گذار دانست: - بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی - اصلاح نظام اداری - جلوگیری از فساد استخدامی - سیاست زدایی از نظام اداری - افزایش حقوق فساد - مزایای کارکنان دولت - نظارت بر دستگاه‌های دولتی - تشکیل سازمان‌های مستقل مبارزه با فساد - آموزش - توجه به احیا و آموزش ارزش‌های اخلاقی - عزم و اراده سیاسی - کوچک کردن دولت - تقویت اعتماد مردم - اصلاح قوانین - تعییه مکانیزم‌های اطمینان بخش - اصلاح نهادهای عدلی و قضایی و هماهنگی و همکاری میان آن‌ها - ایجاد مکانیزم‌های شفاف سازی در کارهای اداری - رشد اقتصادی و معیشتی همچنین جهت بررسی پیامدهای فساد به اختصار به برخی از آنها اشاره می‌شود:



فساد از طریق خدشه واردکردن بر سیاستهای دولت باعث اتلاف منابع و همچنین منافع ملت می‌شود.

فساد مانع از رشد رقابت و موجب خنثی شدن تلاشها در جهت کاهش فقر و تبعیض می‌گردد. فساد به افزایش هزینه معاملات و اخلال در روند تصمیم‌گیری‌های صحیح منجر می‌شود. لذا لازم است با شناسایی علل بروز فساد اداری و راهکارهای مبارزه با آن این پدیده را ریشه کن نمائیم و جامعه‌ای سالم و به دور از ناهنجاری‌های اجتماعی سازمانی داشته باشیم. (فصلنامه علمی تخصصی - دکتر ولی رستمی عضو هیأت علمی دانشگاه تهران - حسن کبگانی - معین طالبی‌زاده - بررسی علل بروز و روش‌های پیشگیری از فساد اداری)

◦ نتیجه گیری و پیشنهادات

متسفانه، با وجود منابع مالی، انسانی و زمان هنگفتی که طی سال‌های اخیر صرف مبارزه با فساد اداری در کشور شده است، همچنان شاهد روند رو به گسترش این پدیده در کشور هستیم؛ چنانکه گویی ماهرشدنی نیست و هرگونه کوششی در این راه، دستاوردی جز اتلاف منابع ارزشمند ملی نخواهد داشت. در خاتمه باید پذیریم که نیروی انسانی نقش بنیادی در توسعه و پیشرفت یک کشور دارد و سلامت و زدومن فساد از سیمای جامعه و یک کشور در گرو نیروی انسانی کارآمد، سالم و وارسته است. طبیعی است که در جمهوری اسلامی ایران باید انسان‌هایی که دارای تربیت و طهارت نفس و برخوردار از توانایی، تجربه و تخصص و اصالت لازم و کافی هستند و سوابق و تجربه‌های آنان این مهم رابه اثبات رسانده است، در مصادر کلیدی قرار گیرند و لزوماً مدیران باید از این طریقت برخوردار شوند. نباید فراموش کرد که با اتکا به ساختارهای متصل ناکارآمد دولت‌های قبل از انقلاب و عدم اصلاح و فرهنگسازی و عدم تجهیز انسان‌ها به اخلاق حرفه‌ای و سازمانی که بتواند در قالب ساختارهای کارآمد، فساد را از ساحت حکومت بزداید، نمی‌توان با فساد مبارزه کرد. لذا به نظر می‌رسد که مهمترین و آسان‌ترین مسیر اصلاح، تن دادن جامعه به حاکمیت قانون و اعتقاد به احزاب، گروه‌ها و گروه‌های مرجع جامعه و دین داران به حرکت‌های اصلاحی به صورت تدریجی و آرام است و این مهم محقق نمی‌شود، مگر با توسعه آزادی‌ها در عرصه‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی و فراهم کردن زمینه مشارکت آحاد مختلف مردم در آبادانی و توسعه ایران اسلامی؛ به نحوی که همه گروه‌ها، جناح‌ها و سلایق امکان مشارکت در همه عرصه‌ها و اداره کشور را پیدا کنند و با نقد مستمر در اصلاح تدریجی ساختارهای اداری و قدرت و جامعه پذیر شدن مردم به قانونگرایی و حاکمیت قانون، گامهای اساسی برداشته

شود. مهمترین فرصت برای نظام در این عرصه، سلامت حداکثری مقامات ارشد نظام و پاک بودن دامان آنان از آلودگی و فساد می‌باشد که خود اصلی ترین بستر برای تداوم همجانبه مبارزه با فساد اداری در ایران است. (– فساد اداری، قم، دفتر پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۸۳، عباسزادگان، محمد)

پیشنهاد قابل طرح این است که دولت‌ها نیز باید از تمام راهکارهای موجود در زمینه مبارزه با مفاسد اداری درحوزه حاکمیت داخلی خود استفاده نموده تا بتوانند ریشه این مساله را در جامعه خود بشکانند. از مهمترین این ساز و کارها استفاده از ابزار قانونی است. یعنی با تدوین قوانین و مقرراتی که هم جنبه پیشگیرانه دارند و هم از جنبه سزا دهی برخوردار هستند و همچنین با اجرای درست این قوانین توسط دستگاههای اجرایی می‌توان بطور قابل توجهی از میزان مفاسد اداری کاست.

برای حذف یا کاهش فساد اداری در نظام اداری و سطح جامعه، نیازمند برنامه‌هایی اساسی و همه جانبه هستیم که با تأثیر بر فرهنگ عمومی جامعه و ابعاد آن همچون فرهنگ سازمانی) به عنوان پدیده‌ای که به طور مستقیم از فرهنگ جامعه تأثیر می‌پذیرد (پیشگیری از بروز فساد اداری را هدف قرار دهد، بجای آنکه از طریق طراحی رویه‌های تبیهی و پس از وقوع با آن مبارزه کند.

منابع

- مقاله ارزیابی فساد اداری و راههای مبارزه با آنتوینسنده امیرشادمانجو
- مقاله راهکارهای مبارزه با فساد اداری در حقوق ایران پدیدآورنده مجتبی خواجهی دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه مبد
- بررسی رابطه بین قدرت سیاسی و فساد اداری و ارائه راهکارهای مناسب برای مبارزه با آن از دیدگاه مدیریت اسلامی-سعید امامقلیزاده-حمد امامقلیزاده
- فصلنامه علمی تخصصی-دکتر ولی رستمی-عضو هیأت علمی دانشگاه تهران - حسن کبگانی - معین طالبیزاده - بررسی علل بروز و روش‌های پیشگیری از فساد اداری
- آسیب شناسی فرهنگی در ارتقای سلامت اداری سازمان‌های دولتی و غیردولتی ربیعی و بیگدلی -۹۳۱
- راهکارهای حقوقی مبارزه با فساد اداری-حسینی-۶-۱۳۹۳
- تحلیلی بر مفهوم نهادهای زیر نظر رهبری در نظام تقینی ایران «، فصلنامه دانش حقوق عمومی، جلد ۳، رسمی، ولی و میالد قطبی، فصلنامه فساد اداری- طلاقانی و محمدکاران
- کتاب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- حبیبی، نادر، ۱۳۵، فساد اداری، تهران، وثق
- فساد اداری، قم، دفتر پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۸۳، عباس‌زادگان، محمد
- نظام اداری لازم شرط توسعه، ارتقای سلامت نظام اداری، تهران، مرکز آموزش مدیریت دولتی، ۱۳۷۹- قدسی، محمد.
- فصل دوم پایان نامه کارشناسی ارشد رشته مدیریت برگرفته از سایت فایلینا مبانی نظری و پیشینه تحقیقات داخلی و خارجی راهکارهای مبارزه با فساد اداری)



مطالعه جرم شناختی بزهکاری زندانیان

اکبر زارع

دکترای حقوق بین الملل عمومی، دانشکده علوم انسانی، مدرس دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

توحید فرزانه

دانش آموخته کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، آذربایجان شرقی، ایران.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۳.۱۹

چکیده

جرائم و بزهکاری از آن جهت در جوامع مهم محسوب می‌شود، که فرد مجرم به جای تحصیل، اشتغال و سایر موارد موثر برای جامعه، انرژی خود را صرف ارتکاب بزه و بزهکاری می‌نماید، این مساله افکار عمومی را شدیداً به خود مشغول داشته است و در تمامی جوامع سعی بر آن است که با شناخت عوامل مانع ارتکاب بزه از سوی افراد جامعه باشد. همچنین، جرم پدیدهای طبیعی در جامعه می‌باشد و پاسخ‌های جامعه در قبال جرم در داشش‌های کیفر شناسی و نیز جرم شناسی مطالعه می‌شوند. یکی از زمینه‌های بزهکاری فرد و در پی آن محکومیت او به مجازات زندان، کاستی‌های موجود در روند جامعه پذیرسازی او در خانواده است. لذا، مقصود از محکوم کردن متهمن به مجازات زندان نه به خاطر رنج و عذاب بر وی بلکه تضمین آرامش و امنیت جامعه است. همچنین زندان سبب دور ماندن فرد از خانواده و اجتماع می‌شود که علاوه بر آن اغلب نگاه مجرمانه بر وی دارند که در بعضی اوقات سبب فروپاشی کانون خانواده می‌شود. چنانچه مشاهده می‌کنیم امروزه مجازات زندان که روزی ساخت آن از افتخارات بشری بوده، به محل تولید بزهکاری تبدیل شده است و کارکرد اصلاحی و بازپروری آن با شکست مواجه گردیده است. به همین جهت مورد انتقاد حقوق‌دانان و نظام‌های کیفری قرار گرفته است. در این پژوهش سعی بر این شده است که جرم شناختی بزهکاری زندانیان را بررسی نموده باشیم و روش تحقیق صورت گرفته در این پژوهش با استفاده از روش کتابخانه‌ای و فیش برداری می‌باشد.

واژگان کلیدی: جرم شناسی، زندانیان، گرایش به تکرار جرم، برنامه‌های اصلاحی و تربیتی، بزهکاری.

Criminological study of prisoners' delinquency

Abstract

Crime and delinquency are considered important in society because the criminal spends his energy on committing crime and delinquency instead of education, employment and other things that are effective for the society. This issue has occupied the public opinion. And in all societies, there is an effort to prevent people from committing crimes by knowing the factors. Also, crime is a natural phenomenon in society and society's responses to crime are studied in criminology and criminology. One of the reasons for a person's delinquency and his subsequent sentencing to prison is the deficiencies in his socialization process in the family. Therefore, the purpose of sentencing the accused to prison is not because of the suffering and torment on him, but to ensure the peace and security of the society. Also, prison causes a person to stay away from family and society, and in addition, they often look at him as a criminal, which sometimes causes the collapse of the family unit. As we can see, today the punishment of prison, which was once one of the honors of mankind, has turned into a breeding ground for delinquency and its correctional and rehabilitation function has failed. For this reason, it has been criticized by lawyers and criminal systems. In this research, we have tried to investigate the criminology of prisoners' delinquency, and the research method used in this research is using the library method and data collection.

Keywords: criminology, prisoners, tendency to repeat crimes, correctional and educational programs, delinquency.

◦ مقدمه

برخی شرایط استرس‌زا می‌تواند سلامت روان افراد هر جامعه‌ای را تهدید کند؛ محیط‌هایی مثل زندان، بیمارستان از جمله دارای این شرایط می‌باشند. نام زندان تداعی کننده وضعیت دشوار و سختی است که یادآور محیطی استرس‌آور و وحشت زاست، زندگی در این محیط غیرعادی و غیرطبیعی با خصوصیاتی چون: فضای فیزیکی محدود با دیوارهای بلند، تاریخچه طولانی و خاص، نگهداری برخلاف میل و اراده همراه با از دست دادن آزادی، دوری طولانی مدت از جامعه و خانواده سبب ضربه‌ها و تروماهای عمیق روان شناختی است که باعث اخلال در سلامت روانی افراد می‌شود. محیط زندان مسبب مشکلات روحی و روانی بسیاری برای فرد زندانی، خانواده و جامعه می‌باشد، لذا امروزه هدف زندانیانی، احیای هدف دوطرفه است، از یک سو با اجرای شیوه‌های صحیح، اصلاح و تربیت به قصد کاهش ارتکاب مجدد جرم، ارتقا سلامت روانی و بازگشت دوباره زندانیان بوده است و از سوی دیگر، در مسیر نیل به این هدف است که در اجرای روش اصلاحی و تربیتی و درمانی، حقوق زندانیان تا آنجا که خللی به نظم و آرامش زندان وارد نیاورد و مغایر با قوانین و مقررات موجود نباشد، باید محترم شمرده شود. در راستای بازپروری زندانیان، امروزه سازمان بهداشت جهانی (۲۰۰۱)، تاکید خود را بر آموزش مهارت‌های زندگی نموده است، تا با بهره‌گیری از آموزش متخصصین، برخی مهارت‌های زندگی برای زندانیان در راستای بازگشت مجدد به بستر جامعه ارائه شود، زندانیان از جمله گروهی محسوب می‌شوند که بیشترین آسیب را از محیط زندان می‌بینند و لذا آموزش مهارت‌های زندگی از جمله اولویت‌های بازپروری سازمان زندان‌ها می‌باشد. هدف تحقیق حاضر مطالعه جرم شناختی بزهکاری زندانیان می‌باشد.

◦ مفهوم بزهکاری و انواع آن

بزهکاری در اصطلاح جرم شناسی به مجموعه جرایم ارتکابی در زمان و مکان معین گفته می‌شود. بزهکاری بر مبنای معیارهای مختلفی مثل ماهیت و ساختار جرایم ارتکابی، تعداد جرم ارتکابی و خصوصیات مرتكبین به انواع مختلفی قابل طبقه‌بندی است که به بررسی مهمترین آن‌ها می‌پردازیم:

◦ ۱-۱-۱-بزهکاری اتفاقی:

بزهکاری وقتی اتفاقی است که تحت تاثیر شرایط و اوضاع و احوال خاص اجتماعی و اقتصادی و یا عواطف و احساسات آنی انجام شود، بدون اینکه حالت ثبات و دوام داشته و یا به

حیات مجرمانه در زندگی فرد تبدیل شود. بزهکاران اتفاقی کسانی هستند که تمایل به ارتکاب بزه نداشته و چنانچه تحت تاثیر شرایط استثنایی و مقتضبات خارجی مرتكب جرم شوند، سعی می‌کنند که خیلی زود از دنیاً جرم خارج شوند. دور شدن از دنیاً جنایت می‌تواند ناشی از عوامل جبری مثل بالا بودن هزینه کیفری و یا از روی اراده و اختیار باشد. برای مثال، بعضی از افراد ممکن است تحت شرایط خاصی بنا به دلایل مختلفی از جمله وجود عیب و نقص در سیستم مالیاتی مرتكب تقلب مالیاتی گردند. علاوه بر این می‌توان به مجرمان عشقی و احساساتی نیز در این خصوص اشاره کرد.(رحیمی نژاد، ۱۳۹۰: ۳۶)

◦ بزهکاری به عادت یا مzman و یا پایدار

بزهکاری به عادت وقتی است که ارتکاب جرم به صورت عرف و عادت درآمده و به یک حالت نسبتاً ثابت و پایدار در رفتار فرد مرتكب تبدیل شود. بر طبق نظریه عمومی جرم، که دو نفر از جرم شناسان آمریکایی به نام‌های «گات فردسن و تراویس هیرسچی در سال ۱۹۹۰ آن را مطرح کردند، بزهکاران بعادت یا مzman دارای ویژگی‌های زیر هستند: ۱- بزهکاری به عادت وقتی است که به صورت یک فعالیت مجرمانه مستمر درآید. ۲- در بزهکاری بعادت، بزهکاری برای مرتكب جرم یک رضایت خاطر و لذت آنی فراهم می‌آورد؛ به عبارت دیگر لذت جویی از ویژگی‌های باز بزهکاران بعادت است؛ ۳- جرایم ارتکابی در بزهکاری بعادت تامین کننده منافع آنی و کوتاه مدت بزهکاران است؛ یعنی بزهکاران بعادت لحظه گرا هستند. ۴- مجرمان بعادت کثرت گرا و تنوع طلب هستند؛ یعنی اولاً، اعمال مجرمانه یک نوع زندگی برای آنان است؛ ثانیاً، اعمال مجرمانه متنوعی را مرتكب می‌شوند؛ مثل استفاده از مواد مخدر، سرقت و غیره. ۵- فاقد برنامه ریزی و سازماندهی و تخصص در ارتکاب جرم می‌باشند؛ ۶- دارای پیشرسی جنایی هستند؛ ۷- بزهکاران بعادت فاقد مکانیسم خود کنترلی بوده و از بهره‌هوشی پایین برخوردار هستند؛ ۸- بزهکاران بعادت کسانی هستند که در یک خانواده نابهنجار و نابسامان یعنی خانواده معتاد، منحرف، متلاشی شده، متثنیج، بی‌احتیاط و بی‌مبالغات، پر از ازدحام و فقیر و غالباً بی‌سواد بزرگ شده‌اند. احساسات بزهکاران بعادت یا مzman، که انسان‌های خود محور هستند، کمتر تحت تاثیر رنج و عذاب یا رسوایی ناشی از جرم قرار می‌گیرند. پیشگیری زودرس بهترین شیوه و روش برای جلوگیری از بزهکاری مzman و بعادت است(همان، ۳۶)

◦ بزهکاری حرفه‌ای

بزهکاران حرفه‌ای کسانی هستند که اعمال مجرمانه فعالیت اصلی آنان را تشکیل داده و تمام اشتغالات اساسی و منشأ درآمد او دربرگیرد». آقایان استوانی و لواسور معتقدند که بزهکاری برای مجرم حرفه‌ای صرفاً برای تامین معاش نیست بلکه اشتغالی است لذت بخش و مطبوع طبع او که با خلق و خو و استعدادهایش سازگار است. تجربه مovid آن است که تبهکار حرفه‌ای جنایتی مناسب با شخصیت خود بر می‌گزیند و آن را پیشه خود می‌سازد (نجفی توana، ۱۳۹۰: ۱۰۹)

◦ بزهکاری سازمان یافته:

جرائم سازمان یافته به مجموعه فعالیت‌های غیرقانونی و مستمری گفته می‌شود که با هدف تحصیل درآمدهای مالی و مادی توسط یک گروه مجرمانه سازمان یافته یعنی گروهی متشکل از سه نفر و یا بیشتر که دارای وظایف و تقسیم کار مشخصی بوده و نوعی سلسله مراتب و نظم بر آن‌ها حاکم است انجام می‌شود.

استفاده از خشونت یا سایر ابزارهای تهدید و ارعاب، داشتن ساختاری تجاری یا شبه‌تجاری، پولشویی، نفوذ در مقامات سیاسی - قضایی و اجرایی از ویژگی‌های دیگر گروه مجرمانه سازمان یافته است. از گروه مجرمانه سازمان یافته می‌توان به سازمان مافیا در ایتالیا «کوزا نوسترا» در آمریکا، «یاکوزا» در ژاپن اشاره کرد. مهمترین فعالیت‌های غیرقانونی این گروه‌های مجرمانه سازمان یافته عبارت است از: قاچاق انسان و کالا و مواد مخدر. اصطلاح « مجرمان سازمان یافته» و « جرم سازمان یافته» برای اولین بار توسط ادوین ساترنلند در سال ۱۹۲۴ به کار رفت.

◦ بزهکاری یقه سفیدی:

بزهکاران یقه سفیدی کسانی هستند که با بهره‌گیری از ظاهرسازی، تزویر و اظهارات خلاف واقع و سوءاستفاده از موقعیت سیاسی - اجتماعی خود مرتكب بسیاری از جرائم مالی و اقتصادی گردیده و براحتی به اهداف شوم خود می‌رسند.

به عبارت دیگر هم از ظرفیت جنایی بالا و هم از قابلیت انطباق اجتماعی فوق العاده‌ای برخوردار هستند به نظر خانم دلماس مارتی بزهکاران یقه سفیدی، بزهکاران دنیای اقتصاد و تجارتند که به قشر خاصی از جامعه تعلق داشته و با هماهنگی کامل با محیط خود عمل می‌کنند و بزهکاریشان به مناسبت شغل آنان بوده عامداً قوانین و اصول آن را نقض می‌کنند(پیکا، ۱۳۹۴: ۷۵)

◦ علل و عوامل وقوع جرم

عوامل مختلفی در بروز جرم می‌تواند تأثیرگذار باشد که تعداد یا میزان اهمیت هر یک از این عوامل در جوامع گوناگون به دلیل وجود تفاوت‌های فرهنگی، اقتصادی و سیاسی متفاوت است. این عوامل را در یک تقسیم کلی، می‌توان به سه دسته تقسیم نمود: ۱- عوامل فردی یا زیستی از قبیل جنس، سن و اندام؛ ۲- عوامل روانی از قبیل بدینی، پرخاشگری، زودباوری و ترس؛ ۳- عوامل اجتماعی از قبیل خانواده نابسامان، ناسازگاری والدین گروه مرجع، مهاجرت و مطبوعات.

عوامل اجتماعی جرم را در دو محیط اجتماعی و اقتصادی می‌توان مورد بررسی قرار داد:

◦ محیط اجتماعی

۱- محیط خانوادگی: محیطی است که فرد در آن جا به دنیا آمده و به حیات اش ادامه می‌دهد. محققان بر این عقیده‌اند که فرد تحت تأثیر شدید والدین و دیگر اعضای خانواده اش قرار می‌گیرد و به همین دلیل، وضع خانوادگی او در بروز رفتارهای خطرناک و ارتکاب جرایم رابطه مستقیم دارد. این تأثیر بر شکل گیری شخصیت و منش افراد و در نتیجه، رفتارهای آتی آنان، مورد توجه بیشتر متفکران بوده است. دو گرف در اینباره می‌نویسد: «اثرات سال‌های عمر بر روی تکوین و تحول آتی شخصیت افراد بسیار بدیهی بوده و اگر خانواده به وظایف تربیتی عمل نماید و اگر روابط بین والدین و فرزند طبیعی بوده و در محیط، جوّ عاطفی، دوستی و محبت حاکم باشد و در نهایت، اگر تمام نیازهای طبیعی تأمین گردد، طفل به راحتی اجتماعی شده و همچنین در روابط خانوادگی و خارج از آن، رفتارهای طبیعی و معتدل خواهد داشت. اما اگر شرایط و موقعیت به صورت دیگری باشد - یعنی خانواده از نظر تربیتی دچار نقصیه شده و اگر طفل از کمبود شدید عاطفی رنج ببرد و اگر والدین از هم جدا شده باشند، بدیهی است نتایج ضرربار آن دیر یا زود در طفل مشاهده خواهد شد. خانواده نقش تعیین کننده و قاطعی در انگیزه شناسی بزه کاری جوانان ایفا می‌نماید. جرم شناس مذکور ضمن تأکید بر نقش عوامل مزبور، می‌افزاید: «منش و رفتارهای بزه کار در برابر جامعه تا حدود زیادی با توجه به ویژگی‌های محیط خانوادگی او رقم زده شده است. رستون نیز در اینباره می‌نویسد: «موقعیت خانوادگی بدون شک، یک اثر جرم زایی بر روی افراد دارد». او برای اثبات نظر خود، بعد از انجام مطالعاتی در این زمینه می‌گوید: «سه چهارم بزه کاران از خانواده‌هایی می‌باشند که در آن شرایط طبیعی نبوده و جوّ و شرایط آنان مختل است» (نجفی توانا، ۱۳۹۰: ۶۸).

۲- محیط مسکن: همان محل سکونت یا خانه است که فرد در آن متولد می‌شود و در آن جا رشد می‌یابد و در آن به استراحت می‌پردازد. وضع مسکن تا حد زیادی نشان دهنده وضع زندگی اقتصادی و اجتماعی والدین و محلی است که خانه در آن بنا شده، که در وقوع جرایم افراد آن مؤثر است. خانه‌های محققر که فضای آن برای افراد ساکن در آن محدود است تأثیر فراوانی در انحراف افرادش دارد؛ زیرا والدین و فرزندان مجبورند در یک اتاق بخوابند و چه بسا فرزندان متوجه روابط جنسی والدین گردند که همین موجب بروز آثار ناخوشایند در مسائل جنسی فرزندان می‌شود. همچنین در این خانه‌های کوچک به سبب شلوغی و سر و صدای زیاد و ناراحتی والدین، غالباً فرزندان به کوچه‌ها پناه می‌برند و از این طریق، به بی راهه کشیده می‌شوند. «تحقیقات مرکز ووکرسون فرانسه، ۲۲/۴ درصد موارد بزه کاری را ناشی از کثرت جمعیت داخلی منزل اعلام کرده است (کی نیا، ۱۳۹۲:۹۷) در منطقه و محله‌ای که فاقد بهداشت، نظافت، مراکز تفریحی سالم و وجود سکنه فراوان و شلوغ است، زمینه‌های بیشتری برای ارتکاب اعمال مجرمانه وجود دارد. بنابراین، افراد ساکن در این مناطق بیش از مناطق دیگر در معرض آلوده شدن قرار دارند.

۳- وسائل ارتباط جمیع: مطبوعات، رادیو و تلویزیون، سینما و نمایش در هر جامعه‌ای، در واقع، ابزارهایی هستند برای جامعه پذیری و فرهنگ پذیری تا افراد آن جامعه بتوانند همدیگر را نسبت به رعایت قوانین و مقررات آن جامعه مقید بار آورند و از این طریق، جلوی ارتکاب جرایم را بگیرند و میزان آن را کاهش دهند. اما متأسفانه امروزه به دلیل توجه نکردن به مقتضیات زمان و مکان، آداب و رسوم، مبانی اخلاقی و اعتقادات مذهبی، سبب انحراف و گمراهی افراد جامعه شده و موجب بروز حالت خطرناک و ارتکاب جرایم می‌شوند.

مطبوعات برای جلب مشتریان بیشتر و کسب درآمد، اخبار مربوط به بزهکاران را بطور اغراق‌آمیز، برجسته و تخیلی مطرح می‌کنند، بگونه‌ای که موجب معروف و مشهور شدن افراد مجرم می‌شوند و این موجب می‌گردد افرادی که آرزوی مشهور شدن را دارند این نوع رفتارهای جرم زا را تقلید نمایند و همان اعمال را انجام دهند.

تولیدکنندگان فیلم‌های تلویزیونی و سینمایی نیز غالباً بدون توجه به جهات اخلاقی، تربیتی و آموزشی، برای جلب منافع بیشتر دست به ساخت فیلم‌هایی می‌زنند که حاوی صحنه‌های خشونت بار، قانون‌شکن و شهوت‌زاست و موجب تهییج و تشویق جوانان می‌گردد و زمینه را برای ارتکاب جرایم فراهم می‌کنند (نجفی توانا، پیشین، ۶۴)

۴- مهاجرت: از اوایل قرن نوزدهم، تحولات و پیشرفت‌های صنعتی موجب شد که زندگی شهری به کلی متحول شود؛ از یکسو، بهبود یافتن وضع راهها و وضعیت حمل و نقل و توسعه رسانه‌های گروهی موجب شد که رستاییان به راحتی از مزایا و رفاه زندگی شهری اطلاع کسب نموده و بیشتر متوجه محرومیت‌های خود شوند و در نتیجه، برای تحصیل این مزایا و داشتن زندگی پر زرق و برق، به شهرها مهاجرت نمایند. ولی با ورود به شهرها، با مشکلات عدیده ای مواجه شدن و معضلات فراوانی را پیش روی خود مشاهده نمودند از قبیل تهیه مسکن مناسب، پرداخت اجاره بها و دسترسی به امکانات زندگی شهری. در این حال، آن‌ها مجبور شدند به حاشیه شهرها کشیده شوند و در صدد تهیه آلونک برایند. از سوی دیگر، به دلیل نداشتن تخصص لازم برای انجام کارهای مناسب و صنعتی، به سوی شغل‌های نامناسب از قبیل سیگار فروشی، روزنامه فروشی و خرید و فروش مواد مخدار روی آوردند که همین زمینه را برای ارتکاب کارهای خطیرناک و جرایم فراهم می‌کند(همان، ۴۳)

◦ محیط اقتصادی

بحث تأثیر وضعیت اقتصادی بر روی افکار، اخلاق و رفتار افراد از دیرباز مورد توجه اندیشمندان بوده است. از افلاطون نقل شده: «تقوای واقعی و ثروت فراوان مانعه الجمع اند»؛ یعنی جمعشان امکان پذیر نیست. بعضی از دانشمندان تنها عامل مؤثر بر انسان را وضعیت اقتصادی می‌دانند و سایر ابعاد انسانی را متأثر از شرایط اقتصادی می‌دانند. گروهی از جرم شناسان، که عمدتاً به مکتب کمونیستی تمایل دارند، معتقدند زیربنای جامعه را اقتصاد تشکیل می‌دهد و سایر ابعاد اجتماعی از قبیل خانواده، سیاست، اخلاق، فرهنگ و جرم روپنast و معلول عوامل اقتصادی شمرده می‌شود. بنابراین، پدیده بزهکاری را ناشی از فقر می‌دانند و معتقدند تقسیم ناعادلانه ثروت و نابرابری اجتماعی موجب اعمال مجرمانه می‌شوند. از این رو، بیشتر بزهکاران را مردم فقیر و کم درآمد جامعه می‌دانند. اما دسته دیگری از جرم شناسان در مقابل این دیدگاه، معتقدند نه تنها فقر موجب بزه کاری نیست، بلکه رشد اقتصادی و توسعه آن و بالارفتن سطح زندگی موجب بزه کاری می‌گردد. در منابع دینی نیز به این مسئله توجه شده، آن را یکی از عوامل اساسی در چهت تغییر و تحول انسان‌ها می‌دانند؛ از یکسو، مال اندوزی و ثروت اباشتن از جمله عوامل انحراف و طغیان انسان‌ها به شمار آمده است؛ چون بسیاری از افراد اگر از لحاظ اقتصادی به مرتبه ای برسند که خود را در زمینه‌های مادی کاملاً مستغنی و بی‌نیاز احساس کنند، به تدریج بی‌نیازی و استقلال در زمینه اقتصادی موجب می‌شود که خود را در زمینه‌های دیگر نیز از خدا بی‌نیاز بدانند و در این صورت زمینه برای طغیان و انحراف آن‌ها فراهم می‌شود.

آنچه از مطالب مذکور می‌توان نتیجه گرفت این است که در هر صورت، نباید اثرات عوامل اقتصادی را بر اعمال و رفتار مجرمانه نادیده گرفت. یکی از نویسندهای اندیشمندان، توماس موریس انگلیسی، در این باره، در کتاب اتوپی، فقر را عامل مهم شورش‌ها و تخلف از قوانین و مقررات می‌داند و برای پیشگیری از بزهکاری، بهبود وضع اقتصادی، تعدیل ثروت، رفع اختلافات طبقاتی، اشتغال بیکاران و بزه کاران را توصیه نموده است (فرزانه، ۱۳۹۹: ۳۶).

◦ مفهوم پیشگیری از جرم و اقسام پیشگیری

پیشگیری از جرم فرآیندی عقلانی است که گذشت زمان و تجربه، درستی یا نادرستی آن را نشان خواهد داد. در واقع پیشرفت و کمال و کارآمدی سیاست‌های پیشگیری در گرو تعجیل نظر دائمی شیوه‌ها و راهکارهایی است که در تأمین و تحقق هدف‌های پیشگیری به کار می‌رود. در سیاست‌های پیشگیری، آزمون و خطاب سهمی اساسی دارد زیرا پیشگیری همواره بر نوعی شناخت از علل و زمینه‌های پیدایی واقعه استوار است. بنابراین تغییر در نوع ساختار، شیوه‌های اقدام و برنامه‌های پیشگیری از لوازم اولیه این فرآیند به شمار می‌رود.

اما نکته اساسی در تحلیل تحولات- که بعضًا مبنای انجام تغییرات در برخی از کشورها قرار می‌گیرد- لزوم شناخت شرایط سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی هر کشور است.

◦ پیشگیری کیفری

برداشتن سنتی، مقابله با جرم و پیشگیری از آن را منحصر به حقوق کیفری که عبارت است از مطالعه و تبیین قاعده مربوط به سرکوبگری و مجازات و استنتاج پیامدهای منطقی آن بود می‌دانست مجازات‌های بدنی یا تردیلی موجبات «ترس و وحشت» را فراهم می‌سازد و ارعاب انگیزی می‌کند. تنبیه هم سزاگی خطای ارتکابی و هم برقرار کننده مجدد نظم مختل شده بر اثر ارتکاب بزه بود، نوع پیشگیری از نظر ذاتی اقدامی پسینی است و پس از وقوع جرم با بهره جستن از تدابیر و اقدامات نظام عدالت کیفری برای کاهش نرخ جرم مداخله می‌کنند.

پیشگیری کیفری که به پیشگیری ثالثی یا سومین نیز مشهور است بر اساس اثربخشی که به جامعه و یا فرد بزهکار می‌گذارد به ۱_ پیشگیری کیفری - بازدارندگی عام ۲_ پیشگیری کیفری - بازدارندگی خاص تقسیم می‌گردد (همان، ۷۳).

◦ پیشگیری غیرکیفری

پیشگیری کنشی «غیرکیفری» تدبیر و شیوه‌های گوناگونی است که برای جلوگیری از بزهکاری در بیرون از نظام عدالت کیفری به کار می‌رond. پیشگیری کنشی که شامل آن دسته از تدبیر و اقدامات غیرکیفری است که پیش از ارتکاب جرم از طریق مداخله در اوضاع و احوال پیش جنایی و فرآیند شکل‌گیری افراد به دنبال جلوگیری از وقوع بزهکاری می‌باشد این شاخص پیشگیری به دو گونه پیشگیری وضعی و پیشگیری اجتماعی تقسیم می‌شود بسیاری از جامعه شناسان به این نتیجه رسیدند که به دنبال نتایج ضعیف ناشی از پیشگیری کیفری به علاوه هزینه‌های مالی و انسانی قابل توجهی که به دولت تحمل می‌شود فقط با تغییر ساختار اجتماعی می‌توان به پیامدهای معناداری دست یافت. زیرا ریشه‌های جرم را باید در نابرابری‌های اجتماعی و چگونگی تعریف طبقه حاکم از جرم جستجو کرد (زرگری، ۱۳۹۰: ۵۷)

○ تاریخچه تحول زندان‌ها در ایران

با اینکه راجع به وضع زندان‌های ایران در دوران باستان استناد و مدارکی در دست نیست اما آنچه مسلم است در قلعه‌ها، زندان‌هایی بنا می‌شد و پادشاهان و حکمرانان مخالفین خود را در آنجا زندانی و سپس به وضع فجیع از بین می‌بردند.

در آن زمان حبس جزو مجازات نبود بلکه وسیله‌ای برای از میان بردن بی‌سر و صدای اشخاص بلند مرتبه بود که وجودشان برای کشور و یا پادشاه خطر داشت. وضع مجازات زندان یا حبس در قوانین ایران به عنوان کیفری برای انواع جرائم به سال ۱۳۰۴ بر می‌گردد، در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ که برگرفته از حقوق جزای فرانسه بوده، سه نوع حبس پیش بینی شده بود که عبارت بودند از: ۱- حبس موقت با اعمال شاقه (ماده ۱۲)، ۲- حبس مجرد (ماده ۸) ۳- حبس تأدیبی (ماده ۹، مجازات جنبه مهم و کوچک) در اصلاحیه قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ مجازات تعديل شده و جرائم در سه نوع جنایت، جنبه خلاف، خلاصه شد و حبس با اعمال شاقه و حبس مجرد از قانون جزای ایران حذف شد.

پس از انقلاب اسلامی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ تعیین نوع حبس در قانون از بین رفت و مجازات طبق ماده ۷ در چهار نوع حدود، قصاص، دیات، تعزیرات تقسیم‌بندی شد؛ و مجازات حبس هم در حدود و هم در تعزیرات پیش بینی شد و برای برخی جرائم، مانند خیانت در امانت، سرقت، افتراء، مجازات شلاق در نظر گرفته شده بود و در واقع در قانون مجازات مصوب سال ۱۳۶۱ از حبس کمتر استفاده شده بود و در برخی موارد کیفر شلاق جایگزین حبس گردیده بود. در قانون مجازات مصوب سال ۱۳۷۰ مجازات بازدارنده به عنوان قسم پنجم به

مجازات افروده شد و مطابق ماده ۱۷ همان قانون که در تعریف مجازات بازدارنده بود کیفر حبس نیز از مصاديق آن به شمار آمد(میلانی، ۱۳۹۲: ۸)

در سال ۱۳۷۵ در قوانین جزایی مجازات زندان، احیایی دوباره یافت و مجازات جرائمی که طبق قانون مجازات مصوب سال ۶۱ شلاق در نظر گرفته شده بود، تبدیل به کیفر حبس و گاهی کیفر حبس به همراه شلاق شد و در قانون مجازات سال ۱۳۷۵ مانند قوانین سابق شاهد اختیار قضی در اعمال کیفر حبس می‌باشیم که طبق آن با توجه به شخصیت متهم، طریقه ارتکاب جرم، و انگیزه مجرمانه میزان حبس را از بین حداقل و حداکثر انتخاب می‌نماید و به دنبال این قانون زندان به عنوان سهل‌ترین وسیله در سطح وسیعی به کار گرفته شد و آثار و تبعات سوء آن دامن‌گیر افراد، خانواده و اجتماع شد.

سرانجام با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ مانند قانون سال ۱۳۶۱ مجازات در چهار نوع حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم بندی شد و مجازات تعزیری نیز به ۸ درجه طبق ماده ۱۹ همان قانون تقسیم بندی شده است(شاکری، ۱۳۸۲: ۱۲)

◦ آسیب‌های موجود در زندان ◦

زندان اساساً از مباحث و مشکلات اساسی بیشتر کشورها و از جمله کشور ما است. به ویژه در اوضاعی که ارتکاب جرائم در زندان در حین افزایش، پیچیده تر و سازمان دهی شده تر نیز می‌شود و امکانات و شیوه‌های روز مورد استفاده بزهکاران در داخل زندان قرار می‌گیرد. شکی نیست که زندان برای نظام‌های قضائی تمام کشورها از جمله کشور ما هم، امری مطرح می‌باشد. اما از سوی دیگر، آثار و تبعات و آسیب‌هایی که زندان و حبس دربردارنده، به خصوص با این اشکال ترتیبی که امروز در اکثر کشورهای جهان مورد استفاده قرار می‌گیرد، مسئله ای بسیار مهم و قابل توجهی است(نگار، ۱۳۸۳: ۳۰)

◦ ۱- خودکشی ◦

خودکشی مرگی است که عمدتاً به دست خود شخص حاصل می‌شود. به عبارتی خودکشی عمل آگاهانه نابود سازی به دست خود آمده است که آن را یک ناراحتی چند بعدی در انسان ناتوان یا نیازمندی می‌توان دانست که حذف خود را برای حل مسئله بهترین راه حل تصور می‌کند. بدون شک میزان خودکشی در یک زندان معرف سطح کلی بهداشت روانی در آن زندان است.

خودکشی با بیماری‌های روانی و جسمی متعددی ارتباط دارد، اما بیشترین ارتباط را با افسردگی پیش درآمد اکثر خودکشی‌هاست.

خودکشی با سوء مصرف الكل و اسکیزوفرنی نیز رابطه دارد. افراد قاتل و دیگر کش نیز به مقدار زیادی در معرض خطر خودکشی هستند. میزان خودکشی در زنان و مردان در بین افراد بیشتر است که طلاق گرفته و بیوه شده‌اند. همچنین خطر خودکشی در افراد مجرد بالاتر از افراد متاهل است. اقدام به خودکشی قوی ترین عامل خطر برای خودکشی کامل است که این اقدام در سال بعدی صد برابر بیشتر از متوسط خطر به همراه دارد. بزهکارانی که سابقه رفتارهای خود آسیبی داشتند اغلب مجرد، سفید پوست، یا بومی بودند. در مورد سوابق کیفری، بزهکاران که سابقه محکومیت‌های متعدد داشتند همچنین موارد متعدد فرار از زندان، ارتکاب به جرائم سازمان یافته از مواردی است که می‌توان درباره این گروه ذکر کرد. علاوه بر این کمترین دوره زمانی عدم ارتکاب جنایات را داشتن و دارای سوابق جرائم خشونت آمیز و حتی سوابقی مبنی بر داشتن آزادی مشروط و در موارد بسیار نقض آن هم بودند. ارزیابی هنگام پذیرش زندانیان به ما این امکان را می‌دهد که این موارد به طور کامل احراز شوند(محمدی فروض، ۱۳۸۳: ۶۰)

۲- رفتارهای پر خطر جنسی

تماس جنسی (لواط) در بین تمام زندانیان رایج می‌باشد. در زندان بعضی افراد به علت داشتن حالت روانی ناآرام و روحیه پرخاشگری و خشونت با کشمکش کینه توژی و سلسله مراتبی که در زندان وجود دارد احتمال تجاوز جنسی وجود دارد(شیخاوندی، ۱۳۸۰: ۸۷)

۳- استعمال و خرید و فروش مواد مخدر و استفاده از داروهای روان گردن:

مواد مخدر در زندان انواع متفاوتی دارد و به روش‌های مختلف تهیه می‌گردد. در بررسی‌های انجام شده در زندان‌های ایران نشان داده است که شایع ترین موادی که در زندان‌های ایران مصرف می‌شود به ترتیب عبارتند از: تریاک، هروئین، حشیش.

همچنین با شایع شدن مصرف کراک و قرص اکستازی که نوعی داروی روان گردن است و اخیراً در بازار مواد ایران خریداران زیادی دارد، گاه این مواد جدید نیز به زندان وارد می‌شوند. در برخی از زندان‌ها زا شیره و نناس هم استفاده می‌کنند. با این حال گزارش‌ها نشان می‌دهد که احتمال وارد کردن مواد به زندان در ایران نیز وجود دارد (فرزانه، ۱۳۹۹: ۴۴)

◦ خشونت و پرخاشگری در زندان

افزایش خشونت در بین زندانیان جوان را باید یک امر جدی و مهم تلقی کرد. که معمولاً متاثر از معضلات و مشکلات مربوط به زندان می‌باشد. و تا زمانی که این مشکلات پابرجاست، نمی‌توان توقعی در ارتباط با کاهش خشونت در جوانان دانست.

بخشی از ناهنجاری‌های خشونت آمیز ناشی از نحوه تربیت است. بگونه‌ای که بررسی‌ها نشان می‌دهد اغلب افرادی که به سمت اعمال خشونت آمیز سوق پیدا کرده‌اند، توجه چندانی به تربیت آنان در محیط خانواده نشده است.

◦ معیارهای جرم شناسانه جداسازی زندانیان

حالت خطرناک بزهکاران فقط در نوع و تعداد جرم‌های ارتکاب یافته بیان نمی‌گردد، بلکه بعضی ویژگی‌های فردی و محیطی هم در شناسایی درجه خطرناکی این دسته موثر می‌باشند که این مؤلفه‌ها جنبه جرم شناسانه دارند و می‌توانند در طبقه بندی بزهکاران تائیرگذار باشند. در این قسمت ضروری می‌باشد که به توضیح ویژگی‌های فردی و محیطی بزهکاران به صورت جدا پرداخته شود.

◦ ویژگی‌های فردی بزهکاران

ویژگی‌های فردی مجرمان مؤلفه مناسبی برای شناسایی درجه خطرناکی این دسته محسوب می‌شوند که به وضعیت روحی-روانی، اخلاقی و صفات زیستی بزهکاران تعلق دارند. ویژگی‌های روحی-روانی بیانگر وضعیت سامانه رفتاری مجرمان از لحاظ برخورداری از اختلالات عصبی، روانی و شخصیتی می‌باشند.

علاوه بر این، ویژگی‌های اخلاقی مجرمان نیز بعنوان معیاری برای دسته بندی زندانیان محسوب می‌شود. برای شناسایی ابعاد مختلف شخصیت جنایی بوده و از این رهگذار کارگزاران زندان می‌توانند به درجه خطرناکی زندانیان به جهت اتخاذ تصمیم مناسب با وضعیت آنان پی ببرند. پرخاشگری، بی‌تفاوتی عاطفی، خودبینی و لحظه‌نگری از مؤلفه‌های ظرفیت جنایی می‌باشند که از آنها بعنوان خصیصه‌های اخلاقی مجرمان یاد می‌شود (نیاز پور، ۱۳۹۵: ۲۰۲-۲۰۱).

◦ ویژگی‌های محیطی بزهکاران

محیط در شکل‌گیری نظام شخصیتی افراد بسیار تاثیرگذار می‌باشد. در همین راستا می‌باشد که افراد با هنجارهای اجتماعی و چگونگی احترام گذاشتن به آنها آشنا می‌شوند. با این وجود، اغلب دسته‌ای از محیط‌هایی که افراد با آنها در ارتباط می‌باشند، اسباب متمایل شدن بسیاری از شهر و زندان به تفضیل بایدها و نبایدهای کیفری را ایجاد می‌نمایند.

همچنین، محیط در یک دسته بنده کلی، به سه نوع محیط اجتماعی، حقیقی و مجازی تقسیم می‌شوند که در این بین، محیط اجتماعی شخصی یعنی اوضاع و احوال و اطرافیان بدون واسطه افراد به لحاظ نزدیک بودن به افراد نقش بسیاری در چگونگی شکل‌گیری سامانه شخصیتی آنان بر عهده دارند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۵۷۱).

◦ نتیجه‌گیری و پیشنهادها

جرائم و بزهکاری از آن جهت در جوامع مهم محسوب می‌شود، که فرد مجرم به جای تحصیل، اشتغال و سایر موارد موثر برای جامعه، انرژی خود را صرف جرم و بزهکاری می‌کند، این مساله افکار عمومی را شدیداً به خود مشغول داشته است، طبق گزارش سازمان ملل هر سال ۵ درصد بر جامعه بزهکاران نوجوان افزوده می‌شود و غالب این نوجوانان وارد زندان شده و تبدیل به تبهکاران حرفه‌ای می‌شوند (فیندلیلین، ۲۰۰۳).

این نیز این وضعیت حاکم بوده و جمع کثیری از زندانیان را نوجوانان تشکیل می‌دهند، محیط زندان مسبب مشکلات روحی و روانی بسیاری برای فرد زندانی، خانواده و جامعه می‌باشد، لذا، امروزه هدف زندانیانی، احیای هدف دو طرفه است، از یک سو با اجرای شیوه‌های صحیح، اصلاح و تربیت به قصد کاهش ارتکاب مجدد جرم، ارتقا سلامت روانی و بازگشت دوباره زندانیان بوده است و از سوی دیگر، در مسیر نیل به این هدف است که در اجرای روش اصلاحی و تربیتی و درمانی، حقوق زندانیان تا آنجا که خلیلی به نظم و آرامش زندان وارد نیاورد و مغایر با قوانین و مقررات موجود نباشد، باید محترم شمرده شود.

هدف پژوهش حاضر مطالعه جرم شناختی بزهکاری زندانیان و بررسی علل و عوامل اصلی وقوع جرم از سوی آنان می‌باشد. با توجه به تحقیقاتی که در خصوص علل و عوامل بزهکاری زندانیان صورت گرفت مخصوص گردید که عوامل اقتصادی، اجتماعی ثانوی، فرهنگی، مهاجرت و خانواده بیشترین تاثیر را در گرایش به ارتکاب و تکرار جرم در بین زندانیان دارد.

منابع

كتب

- 1-پیکا، روز؛ (۱۳۹۴). جرم شناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ چهارم، میزان، تهران.
- 2-جمی، نازد، اسماعیل، (۱۳۹۰) جرم شناسی، چاپ دوم، فروزن، تبریز.
- 3-زرگری، سید مهدی، (۱۳۹۰)، پیشگیری از بزهکاری، چاپ اول، نگاه بینه، تهران.
- 4-شکری، ابوالحسن، (۱۳۸۲)، قوه قضاییه و پیشگیری از وقوع جرم، مجموعه مقالات همايش علمی -کاربردی پیشگیری از وقوع جرم، زوین، تهران.
- 5-شیخاووندی، داور، (۱۳۸۰)، جامعه شناسی اتحارافت، (مسائل جامعوی)، چاپ چهارم حقوق، تهران.
- 6-کی نیا، مهدی، (۱۳۹۰)، مبانی جرم شناسی، جلد اول، پایه چهاردهم، دانشگاه تهران، تهران.
- 7-محمدی فرد، حمید، (۱۳۸۳)، روانشناسی جایی، چاپ چهارم، راه تربیت، تهران.
- 8-نجفی ابرند آبادی، علی حسین(۱۳۸۳)، پیشگیری عالانه از جرم در علوم جایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری، انتشارات سمت، چاپ نخست
- 9-نجفی توان، علی، (۱۳۹۰)، ناهمجاري و بزهکاري اطفال و نوجوانان از ديدگاه جرم شناسی، مقررات داخلی و استاد بین المللی، چاپ چهارم، آموزش و سنجش، تهران.
- 10-نگار، طفراء (۱۳۸۳)، حبس انسان مدار، مرکز بین المللی اصلاح قوانین کفری و سیاست جایی، ونکور کانادا، مترجم: طغرا نگار، انتشارات راه تربیت، تهران
- 11-نیازپور، امیرحسین(۱۳۹۵)، تحلیل جرم شناسانه چدازی زندانیان در پرتو آینه نحوه تفکیک و طبقه بندی زندانیان، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸، شماره ۹، صص ۲۱-۱۸، پایان نامه
- 12-توحید، فرزانه(۱۳۹۹)، مطالعه جرم شناختی بزهکاری زندانیان، مطالعه موردي زندانیان تبریز از سال ۱۳۹۸ تا ۱۳۹۵، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز
- 13-میلانی، احمد رضا(۱۳۹۲)، مقایسه بند کارگاه، کارخانه و رای بارچز بر میزان بازگشت به زندان و سلامت روانی زندانیان زندانی ارومیه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه ارومیه.



جایگاه نظم عمومی در اجرای احکام داوری تجاری بینالمللی

روح الله افضلی

استادیار، عضو هیئت علمی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد چیرفت، کرمان، ایران

بهمن محمدی

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تبریز، تبریز، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۲۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۱.۱۹

چکیده

داوری متدالوں ترین شیوهی حل و فصل اختلافات در حوزه تجارت بینالملل بوده و عبارت است از رفع اختلاف فی مابین اصحاب دعوی از طریق واکلاری آن به حکمیت اشخاصی که طرفین دعوی آنها را به توافق خود انتخاب می‌کنند و شامل دو مرحله رسیدگی به اختلاف و شناسایی و اجرای رأی می‌باشد. اما این هدف وقتی کامل تر می‌گردد که رای معتر بوده و قابلیت اجرایی داشته باشد برای این منظور رأی صادره از سوی مرجع داوری تجاری بینالمللی پس از صدور، نیازمند این است که توسط مرجع اجرا کننده به رسیمه شناخته شود و به اجرا درآید. در این میان موانعی بر سر راه اجرای رأی وجود دارند که معيار نظم عمومی کلی ترین و برجسته‌ترین آنها است، چرا که معمولاً محکوم علیه رای داوری با کمک نظم عمومی و با توصل به موجبات و موانعی که مورد حمایت قانونگذار و اسناد و کتوانسیونهای بینالمللی است تلاش می‌نماید تا از شناسایی و اجرای رای خودداری نماید. نظم عمومی بینالمللی نمایانگر مجموعه سازمان‌ها و قواعد حقوقی است که با مبانی و اصول تمدنی یک کشور ارتباطی ناگستینی دارند و ناگزیر بر قوانین خارجی مقدم می‌شوند. این نظم یک نظم مشترک بین کلیه کشورها نیست، بلکه نقطه تعادل بین منافع و نظم عمومی یک کشور با نظم عمومی و منافع دیگر ملت‌ها و نیازهای تجارت بینالملل است. در رابطه با این که نظم عمومی در اجرای احکام داوری تجاری بینالمللی از چه جایگاهی برخوردار است؟ میان جلوگیری از نقض ارزش‌ها و قوانین داخلی و تمایل به احترام نسبت به قطعیت احکام داوری بینالمللی تعارض رخ می‌دهد که مناسب‌ترین راهکار رفع این تعارض، اعمال مفهوم مضيق نظم عمومی در این زمینه می‌باشد. البته دادگاه محل اجرای حکم در هر صورت در رابطه با اجرای احکام بینالمللی، بایستی نظم عمومی بینالمللی را اعمال کند و حتی یکسان بودن مقر داوری بینالمللی با دادگاه اجرایی نمی‌تواند دلیل مناسبی برای اعمال نظم عمومی داخلی دادگاه اجرایی در این زمینه باشد. با این وجود و علیرغم جایگاه و اهمیت نظم عمومی در اجرای احکام داوری تجاری بینالمللی، تمامی ملاحظات مربوط به نظم عمومی کشورها در اجرای احکام داوری‌های تجاری بینالمللی قابل اعمال نبوده و صرفاً نظم عمومی بینالمللی کشور مربوطه و با تفسیر مضيق اعمال می‌گردد.

واژگان کلیدی: داوری تجاری بینالمللی، اجرای رأی، نظم عمومی بینالمللی، اجرای احکام داوری بینالمللی.

The position of public order in the execution of arbitration rulings

International business

Abstract

Arbitration is the most common method of dispute resolution in the field of international trade and it consists of resolving the dispute between the litigants by handing it over to the arbitration of the persons chosen by the litigants by agreement, and it includes two stages of handling the dispute and recognizing and enforcing the decision.. But this goal becomes more complete when the decision is valid and enforceable. For this purpose, the decision issued by the international commercial arbitration authority needs to be recognized and enforced by the executing authority. In the meantime, there are obstacles on the way to the implementation of the decision, of which the criterion of public order is the most general and the most prominent, because usually the condemned against the arbitration decision is tried with the help of public order and by resorting to reasons and obstacles that are supported by the legislator and international documents and conventions. to refuse to recognize and implement the vote. International public order represents a set of organizations and legal rules that are inextricably linked with the foundations and principles of civilization of a country and inevitably take precedence over foreign laws. This order is not a common order among all countries, but it is a point of balance between the interests and general order of a country with the general order and interests of other nations and the needs of international trade. What is the position of public order in the implementation of international commercial arbitration rulings? There is a conflict between preventing the violation of domestic values and laws and the desire to respect the certainty of international arbitration rulings, and the most suitable solution to resolve this conflict is to apply the narrow concept of public order in this field. Of course, the court where the judgment is executed must apply the international public order in any case in relation to the execution of international judgments, and even the same seat of international arbitration as the executive court cannot be a good reason to apply the internal public order of the executive court in this field. Nevertheless, despite the importance of public order in the implementation of international commercial arbitration awards, all considerations related to the public order of countries cannot be applied in the implementation of international commercial arbitration awards, and only the international public order of the relevant country is applied with a narrow interpretation.

Keywords: international commercial arbitration, award enforcement, international public order, enforcement of international arbitration awards.

◦ مقدمه

داوری امروزه بعنوان یکی از مهمترین شیوه‌های حل اختلاف شناخته می‌شود چرا که به لحاظ دارا بودن مزایای منحصر به فرد توانسته است که اشخاص را جهت حل اختلافات به سوی خود جلب نماید. این امر در بین بازرگانان به ویژه آنهایی که در سطح بین‌المللی فعالیت می‌کنند بسیار معمول و رایج است و به ندرت می‌توان تاجری را یافت که مایل باشد تا اختلافات به وجود آمده یا احتمالی، خود را از طریق دادگاه، بعنوان رایج‌ترین روش حل اختلاف یا طرق دیگر مثل میانجیگری یا سازش حل نماید مگر از طریق داوری. بدین ترتیب در اهمیت داوری شکی نیست. مهمترین مساله در هر کدام از روش‌های فوق مربوط به مرحله اجرای رای می‌باشد و داوری نیز از این مهم استثناء نبوده است. در واقع آرای داوری‌های تجاری بین‌المللی می‌توانند، نه تنها طرفین داوری بلکه جامعه و نظم عمومی کشورها را نیز تحت تأثیر قرار دهند و حتی با آن‌ها در تعارض باشند. گرچه وجود مزایا و منافع کشورها در زمینه تجارت بین‌الملل، مستلزم تسهیل روند اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی، از سوی آن‌ها می‌باشد، اما باز هم باعث نمی‌شود که دولتها از اعمال نظارت قضایی بر آرای داوری بین‌المللی در جهت صیانت از مصالح اساسی جامعه چشم‌پوشی کنند. نظم عمومی در خصوص دو کشور مقر داوری و محل شناسایی و اجرای رأی مطرح می‌شود. کشور محل شناسایی و اجرای رأی می‌تواند به استناد مخالفت با نظم عمومی از شناسایی و اجرای رأی داوری استنکاف ورزد. بر این اساس این مطالعه با هدف بررسی و مطالعه جایگاه نظم عمومی در اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی انجام پذیرفته است.

◦ تعریف داوری و انواع آن

در این بخش واژه داوری از جنبه‌های مختلف تعریف و توصیف شده و انواع آن بیان می‌شود:

◦ تعریف داوری

داوری در لغت به معنای قضاوت و انصاف و حل و فصل دعوی میان مردم و قطع و فصل مرافعه دو یا چند شخص است و در اصطلاح حقوقی «فنی» است که هدف آن حل و فصل یک مساله مربوط به روابط بین دو یا چند شخص است به وسیله یک یا چند شخص دیگر به نام داور یا داوران که اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی می‌گیرند و براساس آن قرارداد رأی می‌دهند بی‌آنکه دولت چنین وظیفه ای را به آنان محول کرده باشد» (رنه داوید، ۱۳۷۵: ۸۴)

طبق تعریف دیگر «داوری نهادی است که به موجب آن طرفین به داوران که خود آزادانه آنها را منصوب کرده‌اند مأموریت حل و فصل اختلافاتشان را اعطا می‌کنند». تعاریف نویسنده‌گان داخلی از داوری نیز با تعاریف فوق مشابه است. به عنوان مثال طبق یکی از این تعاریف داوری عبارتست از فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آنها را در این جهت انتخاب نموده باشند» (شمس، ۱۳۸۵: ۵۱۵)

مرحوم دکتر متین دفتری نیز داوری (حاکمیت) را صرف نظر کردن افراد از مواجهه به دادگاهها در دعاوی مربوط به حقوق و منافع خصوصی خود و تسليم شدن آنها به حکومت اشخاصی دانسته است که از نظر معلومات و اطلاعات فنی و یا از نظر شهرت آنها به درستکاری و امانت مورد اعتماد مخصوص آنها هستند. داوری به عنوان یک تأسیس حقوقی، روشی است که اختلافات ارجاع شده را در خارج از دادگاهها و به وسیله شخص یا اشخاصی که برگزیده طرفین اختلاف و یا متناسب به اداره طرفین هستند و به صورت ترافعی حل و فصل می‌نماید. داوری به عنوان روش اختیاری حل اختلافات بسیار قدیمی‌تر از سازمان دادگستری است. داوری در حال حاضر پرکاربردترین شیوه جایگزین حل و فصل اختلاف و نزدیکترین شیوه به شیوه دادگاهی و رسمی حل و فصل اختلافات است. داوری عبارت است از رفع اختلاف فی مابین اصحاب دعوی از طریق واگذاری آن به حکمیت اشخاصی که طرفین دعوی آنها را به توافق خود انتخاب می‌کنند. گاهی داور، شخصیت حقیقی است یعنی طرفین قرارداد فردی را به عنوان داور انتخاب و در متن قرارداد به آن اشاره می‌کنند و گاهی نیز به صورت شخصیت حقوقی است؛ یعنی شرکت یا مؤسسه‌ای را به عنوان داور تعیین می‌کنند. نکته مهم در خصوص زمان انتخاب داور این است که انتخاب داور در هر مرحله‌ای اعم از زمان انعقاد قرارداد یا در زمان اجرای مفاد آن و حتی پس از طرح دعوی در دادگاه امکان‌پذیر است. از جمله محسن ارجاع امر به داوری این است که انتخاب شیوه داوری برای حل و فصل اختلافات مالی، شرکتی و قراردادی کم‌هزینه بوده و رعایت تشریفات اداری و آینین دادرسی مدنی در آن الزامی نیست و از طرفی ارتباط طرفین و تعامل آنان با داور یا داوران نیز بهتر صورت می‌گیرد. علاوه بر آن، بررسی موضوع از سوی داوران راحت‌تر و نتیجه آن نیز بهتر است و از اطاله دادرسی نیز جلوگیری می‌شود (مهاجری، ۱۳۷۸: ۵۷)

بنابراین داوری یعنی فصل خصوصت وسیله اشخاص به بدین معنی که اصحاب دعوی به میل و اراده خود موافقت کنند که بجای آنکه دعاوی آنان در مراجع صلاحیت دار دادگستری رسیدگی شود، حل اختلاف توسط افراد مورد اعتماد آنها صورت گیرد.

◦ ۱-۱-۲-۱ اندواع داوری

داوری به انواع مختلف داخلی، خارجی و بین‌المللی قابل تقسیم است که در این بخش به شناسایی آنها به طور اجمالی پرداخته می‌شود:

◦ ۱-۱-۲-۱-۱ داوری داخلی

یک داوری طبعاً داخلی است وقتی موضوع مورد اختلاف طرفین داوری منحصر باشد به یک حاکمیت (کشور) مرتبط است. مهم نیست که اجرای رأی داور یا داوران در نهایت به خارج از سرزمین تحت حکومت کشوری کشانده شود. مثلاً در یک دعوى ارجاع شده به داوری در فرانسه بر سر خرید کالایی در فرانسه برای استفاده در این کشور، داوری داخلی برای کشور فرانسه است. حتی اگر به سبب وجود اموال بلژیکی در کشور خودش، مدعی فرانسوی ناچار نبود رأی داوری را برای اجرا در دادگاه‌های بلژیک مطرح کند. در تعیین خصیصه داخلی یک داوری، تابعیت طرفین نقشی ندارد. بنابراین، حتی یک داوری میان یک دولت خارجی و یک تبعه داخلی ممکن است جنبه‌ی داخلی داشته باشد.

◦ ۱-۱-۲-۱-۲ داوری خارجی

هر رأی داوری صادره در یک داوری خارجی ضرورتاً برای کشورهای دیگر، یعنی کشورهایی غیر از کشوری که داوری در آن جریان داشته است، خارجی است. این قاعده‌ای کلی است که در اغلب کشورهای دنیا مورد عمل است. مع ذلک پاره ای قوانین آراء داوری صادر در خارج را نیز داخلی تلقی می‌کنند. مشروط بر اینکه قانون حاکم بر داوری در آنها قانون این کشورها باشد. نمونه بارز این راه حل را در انگلستان مشاهده می‌کنیم که مطابق سیستم حقوقی حاکم بر داوری آم آراء صادره در داوری‌های که قوانین انگلستان حاکم بر آین داوری انها است. آراء انگلیسی محسوب می‌شوند.

◦ ۱-۱-۲-۱-۳ داوری بین‌المللی

در کنار داوری داخلی و خارجی داوری بین‌المللی قرار دارد که ملاک تشخیص آن الزاماً این نیست که در خارج از قلمرو یک کشور جریان داشته یا نداشته باشد. در واقع یک رأی داوری بین‌المللی است اگر در یک کشور خاص صادر شده باشد. قبل از هر چیز باید روشن کنیم که منظور ما از داوری بین‌المللی داوری موضوع حقوق بین‌المللی عمومی نیست. این گونه داوری که در رابطه با حاکمیت دولت‌ها انجام می‌شود قواعد خاص خود را دنبال می‌کند. آنچه مورد نظر

ما است داوری تجاری بین‌المللی است که راجع به معاملات بین‌المللی است اعم از این که میان اشخاص خصوصی باشد یا اشخاص عمومی (دولت‌ها) اما داوری تجاری چه زمانی بین‌المللی است؟ در این خصوص ملاک قابل اعتمادی نمی‌توان ارائه نمود. ممکن است از نظر سیستم قضایی یک کشور، داوری زمانی بین‌المللی باشد که اختلاف موضوع داوری دارای یک عنصر خارجی باشد. در چنین فرضی اصحاب دعوا، نسبت به کشور محل داوری بیگانه‌اند (یعنی دارای تابعیت آن کشور نیستند) یا زمانی که داوری به یک سازمان داوری بین‌المللی (مانند مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری) واگذار شده یا داوری تابع مقرراتی باشد که جنبه بین‌المللی دارند (سرروی، ۱۳۸۶: ۸)

○ ۱-۲-۱- مزایای داوری

داوری دارای مزیت‌های منحصر به فردی است که لزوم گسترش و بهره‌گیری از آنها را ضروری می‌نماید، در این مجال به برخی از این مزیت‌ها پرداخته شده است:

○ ۱-۲-۱-۲- عدالت و کارایی بهتر

بعضی اختلافات و دعاوی حقوقی، در بعضی از رشته‌های حقوق مانند حقوق قراردادها، از چنان پیچیدگی برخوردار است که فقط متخصصین و اهل فن می‌توانند نسبت به آن اختلاف اعلام نظر نمایند. رسیدگی‌های قضایی در این مورد نمی‌توانند عدالتی صحیح و مورد نظر را ایجاد نمایند. در داوری، این امکان وجود دارد که طرفین شخص یا اشخاصی که خود صاحب نظر و خبره در مورد اختلاف خود می‌دانند را به عنوان داور تعیین و اختلاف خود را به آنان ارجاع دهند. حداقل در داور مرضى الطرفین به این دلیل که منتخب طرفین اختلاف می‌باشد و بالطبع طرفین سعی می‌کنند تا وی را از زیر و بم اختلاف، مطلع نمایند. در این صورت بدیهی است که رای صادره توسط وی کاملاً منطبق با واقعیات امر است و طبعاً به عدالت و انصاف هم نزدیکتر است درصورتی که در رسیدگی قضایی این حق انتخاب وجود ندارد و بدیهی است مورد اولی به ایجاد احرا عدالت نزدیکتر بوده و می‌باشد. در واقع قاضی «جاہل بین طرفین» است و اصحاب دعوا خودشان می‌دانند که حق با کیست.

ولی این قاضی است که علم و اطلاعی از اصل قضیه و مورد اختلاف ندارد و تنها بر اساس ادله ارائه شده توسط طرفین حکم صادر می‌کند و چه بسا موارد بسیاری بدلیل عدم رعایت و یا

عدم اطلاع ارباب رجوع از مقررات حاکم بر موضوع متنازع فیه، دعوی محکوم به رد شود یا از اعتبار امر مختوم برخوردار شود(شمس، ۱۳۸۵: ۳۷)

○ ۱-۲-۲- حل مسالمت آمیز اختلافات

در رسیدگی دولتی معمولاً از آنجا که خوانده لزوماً به اقامه دعوی راضی نیست و علاوه بر آنان هیچ یک از طرفین حق انتخاب قاضی را ندارند، صدور رای گرچه ممکن است به معنی الزام به پایان اختلاف باشد. اما به معنی پایان خصوصت نیست و معمولاً محکوم علیه همواره از رای ناراضی بوده و نهایتاً رای ایجاد کینه و خصوصتی بیشتر از قبل نسبت به محکوم له در دل محکوم علیه می نماید.

اما از آنجا که دو طرف اختلاف به خصوص در رابطه بین تاجران، تنها اخذ رای به نفع خود نیست؛ بلکه در کنار اخذ رأی، حفظ رابطه حسنه برای ادامه همکاری است. با رجوع به داوری، از آنجا که انتخاب داور و مقررات شکلی و ماهوی با توافق طرفین است، بنابراین، طرفین با رضای بیشتری به رای داور یا داوران منتخب خود گردن می نهند و صدور رأی باعث ایجاد خصوصت و کینه ای که در صدور آرای محکام قضایی مشاهده می شود، نمی گردد (همان، ۳۶)

○ ۱-۲-۳- محرومانه بودن داوری

رسیدگی های قضایی و دولتی غالباً علنی است و این علنی بودن دادگاهها و مراجع رسیدگی کننده در بسیاری از موارد برای طرفین دعوی ضررهای مادی و معنوی را به دنبال دارد. از جمله در دعاوی بازرگانی بسیاری از اسرار تجاری معامله، که دارای اهمیت فراوانی است مثلاً قیمت کالا یا تاریخ تحويل، فاش می شود. که برای طرفین و حتی اقتصاد داخلی کشور می تواند زیانبار باشد. همچنین علنی بودن دادرسی و حکم صادره از آن، می تواند منجر به سوء استفاده برخی افراد از حکم صادره بر علیه محکوم علیه و یا حتی بر علیه محکوم له شود. از طرفی برای خیلی از مردم حضور در دادگاه و پاسخ دادن به سوالات دادرسان به دلیل اینکه باید گاهی از اوقات دفاعات به طرح مسائلی بپردازند که جزء اسرار زندگی آنها است، بسیار ناگوار است. در حالی که در حضور داور یا داوران مورد شوق و اعتماد خود، به راحتی می توانند همه ی ناگفته ها را بگویند و توضیحات لازم را در جهت روشن شدن داوران بیان دارند به خصوص اینکه این مطالب برخلاف جلسات دادگاهها، در جایی درج و ضبط نمی شود؛ به دلیل رازداری و امانت داری داوران، مطالب مطرح شده در جلسات داوری، نزد داوران محفوظ و مکنوم خواهد ماند و در

خارج از محضر داوری، مطرح نخواهد شد. از جمله مسائلی که مجرمانه بودن داوری را ممکن است محدود نماید، حق ورود شخص ثالث به داوری است. ماده ۲۶ ق.د.ت.ب در این رابطه مقرر داشته است: «هرگاه شخص ثالثی در موضوع داوری برای خود مستقلًا حقی قایل باشد و یا خود را در حق شدن یکی از طرفین ذی نفع بداند، می‌تواند مدام که ختم رسیدگی اعلام نشده است وارد داوری شود، مشروط بر اینکه موافقتنامه و آیین داوری و داور را پذیرد و ورود وی مورد ایراد هیچ کدام از طرفین واقع نشود.»

هر چند این ماده به نوعی مجرمانه بودن، داوری را زیر سوال می‌برد، متنه در جواب باید گفت که، چون ورود شخص ثالث به داوری مستلزم موافقت طرفین اصلی دعواست، لازمه چنین موافقته، رضایت آن‌ها به در اختیار گذاردن کلیه استناد و اطلاعات موجود در داوری برای شخص ثالث وارد شونده در اختلاف است. بنابراین هر نوع شرط مجرمانه ماندن داوری و یا هر نوع توافقی که در موردنداشتار رای داوری و یا حضور بیگانگان در جلسات داوری ذکر شده باشد بایستی مورد پذیرش قبلی شخص ثالث قرار گیرد تا ورود شخص ثالث به داوری محقق گردد.

۱-۲-۴-۱ سرعت در حل و فصل

معمولًا رسیدگی محاکم چند مرحله‌ای و در هر مرحله مستلزم رعایت تشریفات فراوان و طولانی است. متنه تسریع در رسیدگی به اختلاف و صدور رأی توسط داور یا داوران، یکی از ویژگی‌های مثبت و بی‌تردید از محسن تأسیس داوری است. در ضمن با توجه به تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، مدت داوری، سه ماه، خواهد بود، مسلم است که با مدت زمان رسیدگی به پرونده‌ها در دادگاه‌های دادگستری که گاه بیش از ۲۰ سال هم می‌انجامد و به طور متعارف به چند سال بالغ می‌شود، قابل مقایسه نیست. در جاییکه طرفین خودشان مدت داوری را طولانی تعیین می‌کنند؛ برخلاف رسیدگی‌های طولانی دادگاه‌ها، خودشان راضی به این امر و ناشی از اراده طرفین می‌باشد(مهاجری، پیشین، ۴۹)

ویژگی سرعت در حل و فصل از طریق داوری، حتی از زمان حکومت کوروش نیز، مورد توجه حاکمان بوده است. بطوری که در زمان حکومت کوروش، مرجعی تحت عنوان «محکمه عالی» وجود داشت که از هفت قاضی تشکیل می‌شد و محکمه‌های محلی در سراسر کشور ایجاد می‌گردید. محاکمات از نظم و ترتیب خاصی پیروی می‌کرد. برای آن که کار محاکمه طولانی نشود برای هر نوع محاکمه زمان معینی تعیین و همواره به طرفین پیشنهاد سازش از طریق داوری می‌گردید. البته لازم به یادآوری است؛ در اکثر موارد داوری داخلی، رأی داور بالافصله از طرف

محکوم علیه اجرا نمی‌شود و کار به اجرای اجباری رأی داور می‌کشد. یعنی محکوم له مجبور می‌شود که متولی به قوه قهریه «قسمت اجرای دادگستری» شود. منتهی در جواب باید گفت که بسیاری از آرای صادره از محاکم، تجدید نظرخواهی شده و گاه به مرعج دیوان عالی کشور و منجر به ارجاع پرونده به دادگاه صادر کننده رأی و رسیدگی مجدد و حتی در برخی موارد طی چند رسیدگی منجر به صدور رأی، تحت عنوان رای وحدت رویه می‌شود، با این وصف نمی‌توان درخواست اجرای رأی داور از محاکم را به عنوان ضعف داوری دانست و ویژگی سرعت در حل و فصل این نهاد را، زیر سوال برد؛ به بیانی دیگر «از دست دادن، یک ساعت وقت بهتر از دو ساعت، می‌باشد». البته، در داوری‌های بین‌المللی، بیش از نود درصد آرای داوری طوعاً اجرا می‌شود(همان، ۵۰)

منتهی در رسیدگی‌های قضایی، با وجود تلاشی که در کاستن تشریفات دادرسی می‌شود، باز به جهت محدود بودن امکانات و طبع کار قضایی سرعت مورد نظر تحصیل نمی‌شود و گاهی اظهار نظر نهایی در اختلافی چند سال بطول می‌انجامد. در حالی که با داوری می‌توان همان اختلاف را در انداز مدت به نتیجه نهایی رساند. همین تسریع خود از جهت مالی نتایج مفیدی برای اصحاب دعوا دارد و از زیان‌های زیادی جلوگیری می‌کند. بنابراین رفع اختلاف از طریق دادگاه مدت مديدة طول می‌کشد در حالیکه از طریق داوری، به موضوع بسیار سریع رسیدگی می‌شود و اختلاف فیصله پیدا می‌کند بنابراین یکی از اهمیت و ارزش داوری این است که طرفین اختلاف بدون توجه به تشریفات و مسایل پیچیده حقوقی در رسیدگی به دعاوی، می‌توانند توسط داور مرضی الطرفین خود، اختلافشان را حل و فصل کنند(مهاجری، پیشین، ۵۱)

۱-3- نظم عمومی

در این به بخش به مفهوم شناسی و نسبیت مکانی و زمانی نظم عمومی به طور اجمالی پرداخته شده است:

۱-3-1- نسبیت مکانی و زمانی نظم عمومی

مفهوم نظم عمومی فاقد گستره شمول ثابت بوده و بر حسب مقتضیات زمان و مکان متغیر است. در خصوص این که نظم عمومی مفهومی سیال و مبهم است، اتفاق نظر وجود دارد. از این رو تعیین ضابطه یکسان برای همه کشورها بسیار دشوار می‌باشد، در این حالت می‌توان به نسبیت مفهوم نظم عمومی رسید.

یکی از وجوده نسبیت نظم عمومی، «نسبیت مکانی» آن است. بدین صورت که نظم عمومی از جامعه‌ای به جامعه‌ای دیگر چهره‌ی متفاوتی دارد. به عبارت دیگر این مفهوم در کشورهای مختلف یکسان نیست؛ در واقع باید اذعان داشت که، ممکن است رأی در کشوری خاص قابلیت اجرا داشته باشد اما همان رأی از به سبب تعارض با نظم عمومی در کشوری دیگر، ابطال گردد.

در این میان برخی نظم عمومی را قبل از هر چیز وابسته به قضاوت یک جامعه خاص می‌دانند. به طور مثال می‌توان به اختلاف ناشی از تقسیم منافع حاصل از قمار اشاره کرد. رأی صادره در این خصوص در بسیاری از کشورها معتبر تلقی خواهد شد، در حالی که در بعضی کشورها به ویژه کشورهای اسلامی مغایر با نظم عمومی است. مورد دیگر اختلافات ناشی از مشروبات الکلی است. این مشروبات در کشورهای اسلامی ممنوع‌اند. در حالی که در کشورهای غیر اسلامی امری عادی و مشروع تلقی می‌شود. (ایرانشاهی، ۱۳۹۰: ۷۶)

همچنین برخی مفسرین نیز مفهوم نظم عمومی در کشورهای نظام حقوقی موضوعه را دارای قابلیت اعمال وسیع‌تری به نسبت نظام حقوقی کامن‌لا می‌دانند.

دومین نسبیت در این خصوص مربوط به عامل زمان است و آن را «نسبیت زمانی» نامیده‌اند. همان طور که اشاره شد ارزش‌ها و معیارهای جوامع ثابت نیستند و در طول زمان تغییر می‌کنند و به همین سبب نظم عمومی هم در زمان‌های مختلف، متفاوت است. به همین دلیل ممکن است امری که امروزه در یک کشور خاص برخلاف نظم عمومی تلقی می‌شود، چندین سال بعد امری عادی محسوب گردد یا بلعکس (همان، ۷۷)

متغیر بودن نظم عمومی به اقتضای زمان و مکان امری است مسلم؛ در ادامه برای تبیین بیشتر این موضوع به یکی از آراء دیوان دادگستری اروپا اشاره می‌شود که ضمن آن تصریح شده: «نظم عمومی مفهومی سرزمینی دارد (یعنی نظم عمومی خاص برای هر کشور عضو) که ممکن است در طول زمان متحول شود». دیوان دادگستری اروپا تصدیق کرد: «کشورهای عضو می‌توانند مفهوم نظم عمومی خود را تغییر دهند، همان‌گونه که چنین تغییری با تحول اعضای جامعه و فعالیت‌هایشان ممکن است ضروری باشد. به این خاطر است که ما معمولاً می‌گوییم که نظم عمومی نه تنها یک مفهوم سرزمینی (مناسب برای هر کشور) است بلکه همچنین یک مفهوم منطبق بر زمان است، هیچکس نمی‌داند نظم عمومی فردا چه خواهد بود».

نسبیت مکانی و زمانی مفهوم نظم عمومی در واقع به تنواع مفاهیم این اصطلاح در کشورها و جوامع مختلف، متناسب با شرایط فرهنگی، اجتماعی و اعتقادی آنها و نیز به تحول مفهوم آن در گذر زمان، که مقتضی تحولات جوامع بشری است، برمی‌گردد.

○ ۱-۳-۲-۱ اقسام نظم عمومی

نویسنده‌گان حقوقی قائل به تقسیم‌بندی‌های متفاوتی برای نظم عمومی شده‌اند. عده‌ای آن را به سه دسته‌ی «نظم عمومی ملی» و «نظم عمومی بین‌المللی» و «نظم فرامملی» تقسیم کرده‌اند. برخی دیگر منکر وجود نظم عمومی فرامملی شده و فقط تقسیم‌بندی «نظم عمومی داخلی» و «نظم عمومی بین‌المللی» را پذیرفته‌اند (الماسی ۱۸۶؛ ایرانشاهی، ۱۳۹۰: ۸۶) اما از نظر نگارنده جامع‌ترین و کامل‌ترین تقسیم‌بندی، آن است که در حقوق نوین و تفاسیر جدید، نظم عمومی را بر پایه احاطه‌ی قانونی بر آن به دو دسته‌ی «نظم عمومی ملی» و «نظم عمومی فرامملی» تقسیم‌بندی می‌کنند (بنی‌هاشمی، ۱۳۸۹: ۱۱۷) با این توضیح که «نظم عمومی ملی» خود به سه دسته تحت عنوان «نظم عمومی داخلی» و «نظم عمومی بین‌المللی» و «قواعد انتظامی» تقسیم می‌شود.

○ ۱-۲-۳-۱ نظم عمومی ملی

برای درک این قسم از نظم عمومی ضرورتاً باید به نظام حقوقی ملی یک کشور مراجعه کرد. نظم عمومی ملی هر کشور چه در روابط داخلی و چه در روابط بین‌المللی وابسته به اصول تمدن و نظام حقوقی خاص همان کشور است و با نظم عمومی کشور دیگر متفاوت است. نظم عمومی ملی همان‌طور که در بالا گفته شد، به سه دسته قابل تقسیم است: «نظم عمومی داخلی»، «نظم عمومی بین‌المللی» و «قواعد انتظامی».

○ ۱-۳-۲-۲ نظم عمومی داخلی

در خصوص این قسم از مفهوم مذکور آن‌چه همه بر آن توافق دارند، «آمره بودن» آن است. برخی معتقدند، نظم عمومی در حقوق داخلی به معنای رعایت «مطلق» قواعد امری است (نصیری، ۱۳۷۰: ۱۸۳) برخی نیز معتقدند نمی‌توان تمام قواعد آمره را در نظم عمومی داخلی جای داد (Bockstiegel: 2008) در راستای نظر اخیر نظم عمومی داخلی هر کشور عبارتست از مجموعه قواعد آمره حاکم در آن کشور که در قوانین امری و اخلاق حسنی آن اجتماع وجود دارد. نظم عمومی در این مفهوم اعم از اخلاق حسنی بوده و شامل نظم دولتی و اداری، نظم قضایی، نظم اقتصادی، نظم سیاسی، نظم در اهلیت و احوال شخصیه می‌شود. البته این نظر از سوی برخی حقوق‌دانان خارجی

مورد تأیید قرار نگرفته است. اما اکثر مفسرین حقوق داخلی ایران، قائل بر این نظر هستند. مخالفینی که معتقدند نمی‌توان هر قاعده‌ی امری را در قلمرو نظم عمومی جای داد، وجه ممیزه‌ی قواعد امری با نظم عمومی را در «منفعت عمومی» می‌دانند؛ و هر قاعده امری را به صرف آمره بودن نباید دارای خصیصه‌ی نظم عمومی بدانیم، بلکه با تفاوت قائل شدن میان این دو، باید معیار نظم عمومی را حفظ کرده و اجازه ندهیم افراد آن را با خطر مواجه کنند) (کسجیان، ۱۳۸۷: ۱۸۹) آنچه از نظر اخیر برداشت می‌شود این است که نظم عمومی را در نفع عمومی جستجو می‌کند؛ اگر چه طرفداران نظر دیگر هم هدف غایی و نهایی را به صورت غیرمستقیم، نشأت گرفته از منفعت عمومی می‌دانند. دیوان دادگستری اروپا در پرونده بوشرو، اصل مفهوم نظم عمومی کشورهای عضو اتحادیه را اینگونه توضیح می‌دهد: در تعیین نظم عمومی داخلی، هر کشور در چارچوب مصالح و منافع جامعه خود اقدام می‌کند. کشورها در این خصوص از آزادی عمل برخوردارند. این حق کشورها از سوی مراجع بین‌المللی نیز به رسمیت شناخته شده است. دیوان دادگستری اروپا در قضیه‌ای با بیان این که نظم عمومی مفهومی سرزمینی دارد، اعلام می‌دارد که کشورهای عضو جامعه اروپا مسئولیت منحصر به فرد را در تعریف نظم عمومی خود دارند. بر این اساس دیوان تصدیق می‌کند که کشورهای عضو می‌توانند مفهوم نظم عمومی خود را نیز تغییر دهند.

◦ ۱-۳-۲-۳- نظم عمومی بین‌المللی

به عنوان مقدمه برای تبیین مفهوم نظم عمومی بین‌المللی باید متذکر شد که دکترین نزاكت بین‌المللی اقتضا دارد که در مسائل تجاری بین‌المللی، قانون خارجی، خواه به خاطر تراضی طرفین و خواه به خاطر قواعد حل تعارض قوانین در کشور دیگر، اعمال گردد. اما هنگامی که قانونگذار اجازه می‌دهد که در یک فضای تجاری بین‌المللی قانون حکم خارجی اعمال شود، با مسائلی ناشناخته‌ای روبروست. هرگاه قاضی احراز کند که قانون یا حکم مذکور اگر چه علی‌الاصول قابلیت اعمال را دارد، اما با مفاهیم اساسی و غیر قابل چشم پوشی نظام حقوقی متبععش در تعارض قرار دارد، آن قانون یا حکم خارجی را اعمال نخواهد کرد. بنابراین نظم عمومی بین‌المللی به تعبیری، «مجموعه سازمان‌ها و قواعد حقوقی است که چنان با مبانی و اصول تمدنی یک کشور مرتبط هستند که ناگزیر بر قوانین خارجی، مقدم می‌شوند». به تعبیر دیگر نظم عمومی بین‌المللی قسمتی محدود از نظم عمومی یک کشور است، که در سطح بین‌المللی اعمال می‌شود. از سویی نظم عمومی بین‌المللی یک کشور، به معنای مجموعه ارزش‌هایی است که جامعه نمی‌تواند نقض آن‌ها را حتی در عرصه بین‌المللی تحمل کند. نظم عمومی بین‌المللی (در مفهوم حقوق بین‌الملل

خصوصی، نه حقوق بین‌الملل عمومی) به معنای نظم عمومی مشترک بین کلیه کشورها نیست بلکه برخی این نوع نظم عمومی را نقطه تعادل بین منافع و نظم عمومی یک کشور با نظم عمومی و منافع دیگر ملل و نیازهای تجارت بین‌الملل می‌دانند.

در مقام مقایسه میان موضوعات نظم عمومی بین‌المللی و نظم عمومی ملی، باید گفت که موضوعات قسم نخست محدودتر است. رابطه منطقی بین این دو نوع از اقسام این مفهوم، عموم و خصوص مطلق است، بدین معنا که تمامی مصادیق نظم عمومی بین‌المللی، مصادیقی از نظم عمومی ملی هستند اما کلیهی مصادیق نظم عمومی ملی جزو نظم عمومی بین‌المللی بهشمار نمی‌آیند. در واقع این‌گونه است که نظم عمومی بین‌المللی مفهوم و گستره‌ی شمول محدودتری نسبت به نظم عمومی ملی دارد و زیر مجموعه آن محسوب می‌شود و نتیجتاً اگر موضوعی در میان موضوعات نظم عمومی ملی نگنجد، شامل حال نظم عمومی بین‌المللی هم نخواهد شد. یکی دیگر از موارد مهمی که در این قسمت باید مورد توجه قرار بگیرد، این است که نظم عمومی بین‌المللی در مفهوم حقوق بین‌الملل عمومی، جزئی از حقوق بین‌الملل عمومی است که در رابطه با تابعی حقوق بین‌الملل عمومی قابل اعمال می‌باشد، در صورتی که نظم عمومی بین‌المللی به مفهوم اولیه مورد نظر در داوری تجاری بین‌المللی، جزئی از حقوق بین‌الملل خصوصی و بخشی از نظم عمومی ملی است. در مفهوم مورد نظر در حقوق بین‌الملل خصوصی به تعداد کشورهای جهان نظم عمومی وجود دارد، اما در مفهوم نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی فقط یک نظم موجود دارد. در حقیقت معیار نظم عمومی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل خصوصی از کشوری به کشور دیگر متغیر است و مرجع رسیدگی کننده در این‌گونه دعاوی بین‌المللی باید به مصادیق موجود در حقوق ملی متبوع خود مراجعه کند. در صورتی که نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی، اصول و قواعدی کلی است که برای جامعه بین‌المللی از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است تا آن‌جا که هر عملی خلاف آن فاقد اعتبار لازم است. این اصول بین‌المللی در اسناد بین‌المللی مانند منشور سازمان ملل متحد درج شده است و در تصمیماتی که در سطح جهانی یا منطقه‌ای اتخاذ می‌شود به کار می‌رود (مانند اصل منع توسل به زور)؛ این اصول میان دولت‌های مختلف، مشترک بوده و در روابط بین‌المللی به عنوان قاعده آمره بین‌المللی پذیرفته شده است. برخی نویسنده‌گان نیز مفهوم نظم عمومی مورد استفاده در حقوق بین‌الملل خصوصی و داوری‌های تجاری بین‌المللی را با مفهوم نظم عمومی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل عمومی معادل دانسته‌اند. اما این‌گونه به نظر می‌رسد که هیچ ارتباط مستقیمی بین نظم عمومی در داوری‌های تجاری بین‌المللی و نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی وجود ندارد. رسالت نظم عمومی ملی (که اعم

از نظم عمومی داخلی و نظم عمومی بین‌المللی و قواعد انتظامی است) حفظ هنجارهای اساسی یک کشور خاص است، حتی اگر قاعده مورد نظر مختص همان کشور باشد. در واقع اساس این نظم را میزان اهمیت یک قاعده در یک کشور تشکیل می‌دهد؛ قاعده‌ای که تمام موانع تاب مقاومت در برابر آن را ندارند و در هر سطح و مرحله‌ای خود را تحمیل می‌کند (محمدی، ۱۴۰۱: ۳۵-۳۷)

۱-۳-۲-۴- قواعد انتظامی

برخی نویسندهای از «قواعد انتظامی» به عنوان یکی از اقسام نظم عمومی ملی یاد می‌کنند. فایده قوانین مربوط به انتظامات برای یک جامعه خاص و معین به اندازه‌ای زیاد است که با قوانین و احکام خارجی قابل مقایسه نیستند و اصولاً به همین لحاظ قلمرو اجرای آن‌ها تابع و وابسته به هدف آن‌ها است. در حقوق عمومی قواعدی وجود دارد که تحت عنوانی از قبیل قواعد انتظامی یا قواعد عمومی یا انتظامات عمومی از آن یاد می‌شود و مراد از آن قواعدی است که رعایت آن لازمه حفظ و نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور است؛ این قواعد می‌توانند مقررات ارزی و محدودیت‌های گمرکی و مالیاتی باشد که صرف‌نظر از قانون حاکم بر هر قرارداد تجاری بین‌المللی، باید از سوی دادرس یا داور مربوطه لحاظ شود. قاضی در برخورد با موارد مربوط به مغایرت با قواعد انتظامی، باید بین قوانین مربوط به انتظامات مقرر دادگاه و قانون یا حکم خارجی قائل به تفکیک شود. قوانین مربوط به انتظامات مقرر دادگاه چنان اولویت طبیعی دارند که باید در هر صورت اعمال و اجرا شوند (همان، ۳۹)

۱-۳-۲-۵- نظم عمومی فراملی

در حوزه داوری تجاری بین‌المللی روز به روز تمایل به کثار گذاشتن قوانین و نظام‌های حقوق ملی رو به گسترش است، در این راستا در کثار ظهور مفهوم «قانون فراملی» می‌توان از پیدایش مفهوم جدیدی از نظم عمومی تحت عنوان «نظم عمومی فراملی» سخن راند. منظور از این اصطلاح، برخی اصول اساسی مشترک میان اغلب نظام‌های حقوقی و تجارت بین‌المللی است که مقبولیت عامه یافته و از آن به نظم عمومی فراملی تعبیر می‌شود.

تعریف متعددی از سوی نویسندهای حقوقی در مورد نظم عمومی فراملی مطرح شده است که در اینجا به ذکر برخی از آن‌ها می‌پردازیم: عده‌ای، این نوع از نظم عمومی را شامل قواعد

اساسی حقوق طبیعی، اصول عدالت جهانی، قواعد آمره حقوق بین‌الملل عمومی و اصول کلی اخلاقی پذیرفته شده توسط آنچه که ملل متمدن خوانده می‌شود، می‌دانند^(Albert Jan, 2007, p.361)

برخی دیگر نظم عمومی فراملی را معرف اجماع بین‌المللی در خصوص هنجارهای پذیرفته شده بین‌المللی می‌دانند. به این دیدگاه این‌گونه پاسخ داده شده است که اجماع بین‌المللی، حتی در بهترین حالات قابل بحث و مناقشه است و لذا نظم عمومی فراملی، حتی به فرض وجود، دقیقاً غیرقابل پیش‌بینی و تحقق و اعمال آن دشوار است. شاید این‌گونه به ذهن متبار شود که تعاریف ارئه شده از نظم عمومی فراملی آن را بسیار به نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی نزدیک می‌کند، اما با اندکی دقت درمی‌باشیم که نظم عمومی دسته اول در حوزه حقوق خصوصی است و نظم عمومی دسته‌ی دوم ناظر بر روابط دارای جنبه‌ی عمومی است و مربوط به تعهدات کشورها در عرصه بین‌المللی می‌باشد. برخی مفسرین مفهوم نظم عمومی فراملی را مورد پذیرش قرار نداده‌اند؛ چرا که معتقدند این مفهوم ظاهر مشخصی ندارد و ابهامات زیادی هنوز پیرامونش باقی است و چگونگی تمیز آن از انواع دیگر نظم عمومی واضح و روشن نیست. اما در مقابل حقوق‌دانانی چون «گلدمان» با تأیید وجود این نظم آن را یک نظم عمومی فرامرزی قلمداد کرده‌اند. از دیدگاه مدافعان نظم عمومی فراملی، این نوع نظم عمومی وقتی قابل اعمال است که موضوع داوری بین‌المللی تحت حاکمیت «حقوق بازارگانی فراملی» باشد. با وجود تمام امتیازاتی که نظم عمومی فراملی می‌تواند داشته باشد، اما مفسرین حقوقی کشورهای در حال توسعه، آنچنان به این وعده‌ی داشتن قوانین یکسان در سطح جهانی خوشبین نیستند؛ به طوری که برخی بر این باورند که ایده‌ی حقوق بازارگانی و نظم عمومی فراملی تلاشی است در راستای جا انداختن نیات و شکردهای بعضی کشورهای خاص و محدود برای تمام ملت‌ها و جا زدن آن در سطوح مختلف جهانی. مدعیان چنین نظری می‌باشند که منافع کشورها و شرکت‌های مورد نظر خویش هستند و در پی تحمیل قواعدی به ملل ضعیف می‌باشند که منافع نامشروع مورد نظرشان را تأمین می‌کند. واقعیت این است که با وجود پیدایش مفهوم نظم عمومی فراملی و پذیرش آن از سوی برخی صاحب‌نظران و مراجع داوری، نمی‌توان جایگاه موجه‌ی برای این قسم از نظم عمومی در رویه عملی قائل شد^(همان، ۵۱)

۱-۴- دامنه نظم عمومی

این موضوع به طور کلی پذیرفته شده است، که دامنه نظم عمومی، هم مسائل شکلی و هم ماهوی را در بر می‌گیرد:

◦ ۱-۴-۱- نظم عمومی شکلی

مفهوم نظم عمومی تشریفاتی و شکلی به صورت گسترهای در سطح جهانی به رسمیت

شناخته شده است.⁷ (Bockstiegel, op.cit., p.?)

از جمله مهم‌ترین مصادیق نظم عمومی شکلی در رابطه با داوری، اصول دادرسی منصفانه است که شامل، رفتار برابر با طرفین، تشکیل منصفانه دیوان داوری، رعایت انصاف و عدالت در رسیدگی به دلایل و دفاعیات و لزوم رعایت بی‌طرفی داوران می‌باشد. از این‌رو داوری که در آن اصول بنیادین عدالت تشریفاتی رعایت نشده باشد می‌تواند مغایر با نظم عمومی بشمار رود. دادگاه‌ها نیز در بیشتر مواقع مسائل مربوط به دادرسی منصفانه را یک مسئله مرتبط با نظم عمومی محسوب می‌کنند⁵ (Gaillard & Savage, p.9⁷)

اصول دادرسی منصفانه به دو مرحله تقسیم می‌شود: مرحله‌ی اول، به مسائل و ترتیبات قبل از جلسه رسیدگی مربوط می‌شود؛ این مرحله در قانون داخلی بسیاری از کشورها مورد نظر قرار گرفته است؛ اما در قوانینی که به طور اختصاصی به این موضوع نپرداخته یا اساساً تصريحی به موضوع منصفانه بودن به طور اخص نکرده‌اند، این قبیل اصول نقض شده را تحت زیر مجموعه‌ی عنوان عام «نظم عمومی» می‌توانند، مورد خطاب قرار دهند. مرحله‌ی دوم این قسمت به مرحله‌ی جلسات رسیدگی و حقوق طرفین در حین صدور رأی، استدلال و استناد هر رأیی بر می‌گردد؛ لزوم استدلال و استناد در رأی در قوانین برخی کشورها در زمرة‌ی ملاحظات نظم عمومی قرار گرفته است (Lu, May, op.cit., p.⁷55)

◦ ۱-۴-۲- نظم عمومی ماهوی

قواعد ماهوی، دارای مفهومی وسیع است و رد پای آن را در تمام شاخه‌های حقوق در یک نظام حقوقی می‌توان یافت. از میان مبانی امتناع از اجرای رأی، تنها مبنای نظم عمومی، آن هم در بخش مصادیق ماهوی راه را بر دادگاه‌های ملی جهت نظارت ماهوی و کنترل محتويات رأی داوری می‌گشاید.

قابل داوری بودن یکی از مهم‌ترین مصادیق ماهوی نظم عمومی در حوزه داوری است. گرچه مسئله قابل داوری بودن دعوى در اغلب اسناد بین‌المللی داوری مانند کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷ (بند دو ماده ۱) و کنوانسیون نیویورک (قسمت الف بند دو ماده ۵) به صورت مستقل از نظم عمومی

طرح گردیده است، ولی تحت مفهوم وسیع نظم عمومی در می‌آید و بخشی از مصادیق ماهوی نظم عمومی یک نظام حقوقی ملی را تشکیل می‌دهد (جنیدی: ۲۶۸)

مصادیق نظم عمومی ماهوی از کشوری به کشور دیگر فرق می‌کند؛ اما مواردی است که در اکثریت نظام‌های حقوقی به عنوان خطر بزرگی برای منافع و مصلحت عمومی از آن‌ها یاد می‌شود. از جمله این موارد تروریسم، قاچاق مواد مخدر، پولشویی، نسل‌کشی، قواعد مربوط به حمایت از منافع حیاتی دولت یا جامعه بین‌المللی، برخی قوانین تجارت خارجی و واردات و صادرات کالاهای خاص از جمله صدور سلاح یا دانش فنی برتر و همچنین محدودیت‌های ارزی که بیشتر کشورها برای جلوگیری از اقتصاد ناپایدار به آن پایبند هستند نیز در زمرة این مصادیق به شمار می‌روند (افتخار جهرمی، ۱۳۷۲: ۶۹)

همچنین در مواردی که ثروت‌های ملی یا سنت‌های ملی مذهبی را خدشه‌دار می‌سازد؛ به قولی باعث جریحه‌دار شدن احساسات عمومی در یک جامعه می‌شود؛ همگی این موارد در تعارض با نظم عمومی ماهوی محسوب می‌شوند. برخی کشورها حتی نقض حسن نیت را هم در حوزه نظم عمومی ماهوی می‌دانند و نیز قراردادهایی که در آن‌ها رد و بدل پول‌های مشکوک هم چون رشوه گرفتن، نهفته است یا هر گونه فعالیت اقتصادی که با سیاست‌های بین‌المللی حقوق بشر همسو نباشد هم در این گستره جا دارد (Gaillard & Savage, op.cit., p.p.961-963) در خصوص نظم عمومی ماهوی در نظام حقوقی اسلام، برخی معتقدند که در زمینه داوری‌های بین‌المللی مسائلی چون، معاملات ربوی، قمار، تعهدات غرری و شناسی بیشتر مطرح است (Saleh, op.cit., p.348)

○ ۱-۵- نظم عمومی مانع اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی

معیار نظم عمومی به عنوان مانع اجرای رأی داوری، به نوعی مؤید حق دادگاههای کشور محل اجرا در اعمال کنترل نهایی بر روند داوری است. در این میان از یک سو تمایلی برای معطوف ساختن حاکمیت کشور نسبت به اجرای آرایی که منجر به نقض ارزش‌ها و قوانین داخلی می‌شوند، وجود ندارد. از سوی دیگر تمایل به احترام نسبت به قطعیت آرای خارجی قرار دارد. از این رو قانون‌گذار و دادگاه باید به هر طریق تعارض موجود را حل نمایند. در راستای رفع این دوگانگی، برخی از قانون‌گذاران و دادگاهها بر آن شده‌اند که مفهوم مضيق نظم عمومی را نسبت به آرای خارجی اعمال کنند. مفهوم مضيق نظم عمومی غالباً تحت عنوان نظم عمومی بین‌المللی به

کار می‌رود. شایان ذکر است که بر سر محظا و کاربرد آن در رویه عملی برای کشورها هنوز ابهاماتی موجود می‌باشد و قطعیتی حاصل نگردیده است.

◦ ۱-۶-۱- شناسایی و اجرای احکام داوری بین‌المللی در پرتو نظم عمومی

به طور کلی در زمینه امور تجاری، مخصوصاً تجارت بین‌المللی، فواید روش داوری برای حل و فصل اختلافات، بر هیچ کس پوشیده نیست. امروزه کمتر تاجر بین‌المللی مایل به رجوع به مراجع قضایی ملی، برای حل و فصل اختلافات خود با سایر تجار و یا حتی کشورهast.

قابل پیش بینی بودن قوانین و مقررات ماهوی و شکلی کشورها و متعاقباً وجود قابلیت تقلب و همچنین در کنار آن، عدم اطلاع تجار از قوانین کشورهای مختلف، ظن عدم بی‌طرفی و عدم امکان رسیدگی تخصصی و صنفی در دادگاههای ملی، عدم امکان حل مسالمت‌آمیز اختلافات در محاکم ملی در بسیاری از دعاوی تجاری بین‌المللی، طولانی و پرهزینه بودن رسیدگی در مراجع قضایی ملی، از یک طرف، و از طرف دیگر؛ رسیدگی تخصصی توسط داور یا داوران بین‌المللی، سرعت بالای رسیدگی در داوری، امکان حل مسالمت‌آمیز اختلافات و حفظ منافع طرفین- به دلیل انتخابی بودن داوران توسط طرفین-، باعث شده است که امروزه اکثریت دعاوی تجاری بین‌المللی از طریق داوری حل و فصل شود(مکرمی ۱۳۷۵: ۱۴۵)

على‌رغم تمام فواید روش داوری برای حل و فصل اختلافات تجاری، لازم به یادآوری است که فرآیند مذکور شامل دو بخش رسیدگی به اختلاف و اجرای رأی است. اگرچه اصولاً در قسمت نخست دادگاههای ملی دخالتی نخواهد داشت، اما نقش این دادگاهها و نظام حقوقی کشورها در مرحله دوم قابل توجه است. به عبارت دیگر اجرای آرای داوری و قضایی که در خارج یا داخل صادر شده مستلزم دخالت و مساعدت قدرت عمومی دولت و گاهی قوای انتظامی آن است. قبل از هر چیز مراجع اجرا کننده رأی داوری خارجی باید رأی را به رسمیت شناخته، آن را تصمیمی الزام آور تلقی کنند و سپس آن را به اجرا در آورند. از این‌رو در این گفتار دو مقوله شناسایی احکام داوری و اجرای آن به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

◦ ۱-۶-۱-۱- شناسایی احکام داوری بین‌المللی

اساساً هر حکمی از هر نهاد داوری بین‌المللی برای اجرا در یک نظام حقوقی ملی، نیازمند شناسایی است. «از لحاظ نظری، دو مفهوم شناسایی و اجرا کاملاً متفاوت از یکدیگر هستند. منظور از شناسایی رأی داوری این است که به رأی مزبور ارزشی مشابه با احکام صادره از دادگاههای

کشور محل درخواست اجرا داده شود، در حالی که منظور از اجرا، متعهد نمودن و وا داشتن محکوم عليه به اجرای مفاد رأی است. شاید مهمترین هدف شناسایی این است که محکوم عليه از تحصیل حکم متعارض دیگر نسبت به همان دعوی منع گردد.» (نصیری، ۱۳۸۱: ۹۳)

کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز در مقررات خود به هر دو فرآیند شناسایی و اجرا توجه داشته‌اند. برای مثال، در بند یک ماده یک کنوانسیون ۱۹۲۷ زنو راجع به اجرای احکام داوری خارجی آمده است: «در قلمرو دول معظم متعاهدی که این کنوانسیون اعمال می‌شود، رأی داوری صادره متعاقب یک موافقتنامه ناظر به اختلافات موجود یا آتی ... مشمول پروتکل زنو... الزام‌آور شناخته شده و اجرا خواهد شد» در ادامه برای از بین بردن هرگونه تردید در مورد نیاز به تمیز بین شناسایی و اجرا، کنوانسیون مذبور در بند دو از ماده یک با استفاده از حرف ربط «یا» بین این دو اصطلاح، بیان می‌دارد: «جهت تحصیل شناسایی یا اجرا...» همچنین در بند یک ماده یک کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی نیز آمده است: «این کنوانسیون نسبت به شناسایی و اجرای آرای صادره در سرزمین کشوری غیر از کشور محل درخواست شناسایی و اجرا اعمال می‌شود.» در ماده سه کنوانسیون مذبور نیز مقرر شده است: «هر کشور متعاهد باید آرای داوری را الزام‌آور بشناسد...» نه تنها در بند یک ماده یک و سه کنوانسیون بلکه در سراسر آن مانند بند سه ماده یک، بند یک ماده چهار و بندهای یک و دو از ماده پنج، مفهوم شناسایی در کنار اجرا ذکر شده است. تنها استثناء، ماده ۶ کنوانسیون است که بر اساس متن آن، فقط تصمیم به اجرای رأی (نه تصمیم به شناسایی رأی) در صورت در جریان بودن درخواست تعليق یا ابطال آن در کشور مبدأ، قابل توقیف است. بدین ترتیب در موارد دیگر با مسئله شناسایی و اجرا بطور یکسان رفتار شده است.

(Van den Berg, Albert Jan, and Taxation Publishers, 1981, p. 243) مطابق بند یک ماده ۵۴ کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵ راجع به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر، هر دول متعاهد باید رأی صادره از مرکز را الزام‌آور بشناسد و تعهدات پولی تحمیل شده به وسیله آن رأی را مانند حکم نهایی دادگاه‌های همان کشور اجرا کند. به عقیده برخی نویسنده‌گان، کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵ قدمی جهت تمیز شناسایی به عنوان یک امر قهقهی، از اجرا -که قهقهی نمی‌باشد- در زمینه آرای داوری مرکز حل اختلافات سرمایه‌گذاری، برداشته است (Giardina, Andrea, 1998, pp. 14-15) همچنین اشاره به بند یک ماده ۳۵ قانون نمونه داوری آنسیترال که سندي بسیار مهم در زمینه داوری بین‌المللی است، خالی از لطف نخواهد بود: «رأی داوری صرف نظر از کشوری که در قلمرو آن صادر شده، بایستی لازم‌الاجرا شناخته شود و در صورت تقاضای کتبی از دادگاه صلاحیتدار، با رعایت مفاد این ماده و ماده ۳۶

قانون حاضر، به مورد اجرا گذارده خواهد شد. سپس در ماده ۳۶ اعلام می‌شود: «شناسایی یا اجرای رأی داوری را، صرف نظر از کشور محل صدور، صرفاً در موارد زیر می‌توان رد کرد... علاوه بر آنچه در مورد لزوم شناسایی رأی داوری در نظام قضایی ملی و همچنین وجود تمایز میان این مفهوم و اجرا گفته شد، توضیح این نکته نیز در راستای درک افتراق میان این دو موضوع بسیار مهم است؛ گاهی ممکن است رأی داوری بین‌المللی در مراجع قضایی ملی معتبر شناخته شده، ولی در مقام تصمیم برای صدور دستور اجرا، با موانعی مواجه گردد. اما در صورت وحدت معنای این دو مفهوم، چنین وضعیتی امکان‌پذیر نخواهد بود بلکه تنها در فرض تمایز آنها است که امکان چنین وضعیتی وجود خواهد داشت. معتبر شناختن حکم اگرچه برای رسیدگی به درخواست صدور دستور اجرا امری ضروری است، اما الزاماً اجرا نشدن رأی داوری به دلیل عدم شناسایی رأی نخواهد بود، بلکه ممکن است علی‌رغم معتبر شناخته شدن، دلیل دیگری مانع از اجرای آن شود.

۱-۶-۲-۱ اجرای احکام داوری بین‌المللی

اجرای رأی داوری در نگاه اول، پدیده‌ای مشابه با اجرای احکام قضایی به نظر می‌رسد. سند قضایی که نقطه پایان بر دعوی می‌گذارد؛ حال، محاکوم علیه یا به اختیار اقدام به اجرای حکم می‌کند یا توسط قوای عمومی مجبور بدین کار می‌شود با این وصف دو تفاوت اساسی رأی داور را از حکم دادگاه تمایز می‌سازد: اولاً، در حالی که حکم دادگاه که از طرف دولت صادر شده، لازم‌الاجراست و همان‌گونه توسط قوای عمومی به اجرا در می‌آید، رأی داوری حاصل کار یک یا چند شخص تابع حقوق خصوصی است و لذا سند خصوصی به حساب می‌آید که تنها پس از کنترل قضایی و اداری، به اجبار قابل اجراست و به عبارت دیگر، لازم‌الاجرا می‌گردد. ثانياً، برخلاف حکم قطعی و غیر قابل اعتراض دادگاه، رأی قطعی داوری، از آنجا که یک سند خصوصی به حساب می‌آید، همیشه در معرض درخواست ابطال در مقابل دادگاه‌های دولتی قرار دارد (جنیدی ۱۳۸۱: ۹۷) این دو تفاوت منشأ دو جریان رسیدگی قضایی است؛ یکی رسیدگی‌های مربوط به درخواست اجرای رأی داوری که به صدور اجرایی یا رد آن منتهی می‌شود، و دیگری رسیدگی‌های مربوط به درخواست ابطال رأی که ممکن است به ابطال یا تأیید آن ختم شود (همان).

۱-۷-۱ مفاد نظم عمومی قابل اعمال در زمینه امتناع از اجرای رأی

در گستره‌ی مفاد نظم عمومی، مجموعه‌ای از هنجارها را می‌توان به شرح زیر مورد شناسایی قرار داد:

۱- قوانین الزام‌آور و قواعد انتظامی

۲- اصول کلی حقوقی

۳- نظم عمومی و اخلاق حسن

۴- منافع ملی و روابط خارجی

برخی ممنوعیت‌های مربوط به نظم عمومی (مانند فساد، قاچاق) ممکن است در بیش از یک گروه از تقسیم‌بندی بالا قرار گیرد. در این گفтар به دنبال تشخیص قوانین و هنجارهایی هستیم که در گستره نظم عمومی گنجانده شده‌اند. نظم عمومی اعمال در زمینه اجرای رأی داوری تجاری بین‌المللی (همان نظم عمومی بین‌المللی)، در بردارنده‌ی هر دو مقوله شکلی و ماهوی می‌باشد. به عنوان مثال دیوان عالی فرانسه در سال ۱۹۹۸ تأیید کرد که نظم عمومی بین‌المللی فرانسه ضرورتاً هر دو محور شکلی و ماهوی را مشتمل می‌شود. در زمینه محدود کردن مفهوم نظم عمومی و کاربرد معیار نظم عمومی بین‌المللی، دادگاه‌ها اهمیت قطعیت آراء را که خود جنبه‌ای از نظم عمومی است، به رسمیت شناخته‌اند. از آنجا که یک تفسیر بیش از حد گسترده از مفهوم نظم عمومی قطعیت داوری را نقض و به تبع آن اهداف داوری را مختلط می‌کند، اصولاً معیار نظم عمومی به طور مضيق مورد تفسیر قرار می‌گیرد. دامنه نظم عمومی ممکن است تکامل یابد (البته بسیار به آرامی) معمولاً نظم عمومی قابل اعمال همان نظم مربوط به زمان شناسایی و اجرا می‌باشد. از این رو تصویب یک قانون انتظامی جدید پس از صدور رأی، نباید مانع برای شناسایی و اجرا باشد. نظم عمومی (مندرج در قسمت (ب) بند (۲) ماده ۵ کتوانسیون نیویورک و همچنین در قسمت (دو) (ب) بند (۱) ماده ۳۶) به وضوح با مسئله عدم قابلیت دعوى در قسمت (الف) بند (۲) ماده ۵ و قسمت (یک) (ب) بند (۱) ماده ۳۶ مرتبط است، چرا که مقرر می‌دارد: شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی ممکن است مورد امتناع واقع شود اگر: "موضوع اصلی اختلاف به موجب قانون آن کشور توسط داوری قابل حل و فصل نباشد." پروفسور وان‌دنبرگ معتقد است که به طور کلی پذیرفته شده است که عدم قابلیت داوری بخشی از مفهوم کلی نظم عمومی است و به نظر می‌رسد قسمت الف بند ۲ ماده ۵ زائد می‌باشد. با وجود این که عدم قابلیت داوری در مفهوم کلی نظم عمومی قرار دارد، می‌توان گفت، تمايزی که به موجب کتوانسیون نیویورک و قانون نمونه آنسیترال میان این دو ایجاد شده، در راستای شفافیت هر چه بیشتر بوده است (محمدی، ۱۴۰۱: ۸۲-۸۳).

◦ نتیجه‌گیری

نظم عمومی را می‌توان مهم‌ترین معیار و مانع بر سر راه اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی دانست که با هدف حفظ ملاحظات اجتماعی، منافع عمومی و نظام حاکمیتی هر کشوری شکل گرفته است و از روح قوانین یک کشور قابل استنباط می‌باشد. به عبارت بهتر نظم عمومی هم پایه‌گذار تقنین و هم نتیجه و خروجی آن است. در تمام نظریه‌های ارائه شده در مورد مفهوم نظم عمومی، بر سر یک چیز وحدت نظر وجود دارد و آن ارتباط نظم عمومی با منافع عالی و مصالح بنیادین جامعه است. مبانی نظم عمومی بین‌المللی در داوری تجاری بین‌المللی شامل؛ اصول بنیادین، قواعد نظم عمومی و تعهدات بین‌المللی می‌باشد. هر چند تعهدات بین‌المللی و قواعد نظم عمومی، هر دو در نهایت به اصول بنیادین فرو کاسته می‌شوند. به عبارت دیگر همه‌ی مبانی نظم عمومی، در حقیقت چهره‌ای از اصول بنیادین می‌باشند. گستره نظم عمومی بین‌المللی در زمینه اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی دربردارنده بنیادی‌ترین مفاهیم عدالت و اخلاق در بعد شکلی و ماهوی می‌باشد که ضمانت اجرایش نیز بی‌اعتباری جبران‌ناپذیر رأی داوری است. معیار نظم عمومی به عنوان مانع اجرای رأی داوری، به نوعی مؤید حق دادگاه‌های کشور محل اجرا در اعمال کنترل قضائی و نهایی بر روند داوری است. در این میان از یک سو تمایلی برای معطوف ساختن حاکمیت کشور نسبت به اجرای آرایی که منجر به نقض ارزش‌ها و قوانین داخلی می‌شوند، وجود ندارد. از سوی دیگر تمایل به احترام نسبت به قطعیت آرای خارجی قرار دارد. از این رو قانون‌گذار و دادگاه باید به هر طریق تعارض موجود را حل نمایند. در راستای رفع این دوگانگی، برخی از قانون‌گذاران و دادگاه‌ها بر آن شده‌اند که مفهوم مضيق نظم عمومی را نسبت به آرای خارجی اعمال کنند. مفهوم مضيق نظم عمومی غالباً تحت عنوان نظم عمومی بین‌المللی به کار می‌رود. در هیچ یک از کنوانسیون‌های بین‌المللی در زمینه اجرای احکام داوری و قانون نمونه آنسپیرال، اشاره صریحی به نظم عمومی بین‌المللی صورت نگرفته است. قوانین مذکور به دنبال هماهنگ سازی معیار نظم عمومی با شناسایی و اجرا نبوده‌اند. صرفنظر از عبارت پردازی خاص قوانین ملی که اشاره متفاوتی به نظم عمومی بین‌المللی با توصل به هنجارهای ملی دارند، دادگاه‌های شماری از کشورها نیز اظهار داشته‌اند که مفهوم مضيق نظم عمومی را اعمال می‌کنند. تنها قانون متحدالشکل اوهادا برای هماهنگ سازی مفهوم نظم عمومی بین‌المللی در میان کشورهای عضو تلاش منحصر به فردی داشته است. دادگاه‌های بسیاری از کشورها به منظور کاهش اثرات منفی نظم عمومی در روند اجرای رأی، نظم عمومی بین‌المللی را در این رابطه مدنظر قرار می‌دهند.

می‌توان اذعان داشت که در میان تمامی مراجع و صاحبنتران فعل در عرصه اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی، اتفاق نظر وجود دارد بر سر این موضوع که نظم عمومی بین‌المللی دارای مفهوم مضيق‌تری از نظم عمومی داخلی است. در رویه عملی نیز کاربرد مفهوم نظم عمومی بین‌المللی توسط دادگاه‌های بسیاری از کشورها باعث کاهش ممانعت از اجرا و جانبداری هر چه بیشتر از اجرای حکم گردیده است.

دادگاه محل اجرای حکم در هر صورت در رابطه با اجرای احکام بین‌المللی، بایستی نظم عمومی بین‌المللی را اعمال کند و حتی یکسان بودن مقر داوری بین‌المللی با دادگاه اجرایی نمی‌تواند دلیل مناسی برای اعمال نظم عمومی داخلی دادگاه اجرایی در این زمینه باشد.

نکته قابل ذکر دیگر این است که تفکیک رأی داوری، زمانی که بخشی از آن در تعارض با نظم عمومی می‌باشد، مخالفتی با نظم عمومی نداشته و با استناد بین‌المللی در این زمینه هم ناسازگار نمی‌باشد. وجود روابط تیره بین دو کشور، نباید مانع از اجرای عدالت، به نفع یکی از این دو، در نظام قضایی طرف دیگر گردد.

بدین معنا که نباید از نظم عمومی به عنوان وسیله‌ی تحصیل منافع ملی و پیشبرد سیاست خارجی استفاده کرد و از تفسیر نظم عمومی به این شکل، می‌باشد خودداری نمود. چرا که برابر دانستن نظم عمومی با سیاست خارجی، موجب تضعیف کارآیی شیوه داوری به عنوان جایگزین دادخواهی قضایی می‌گردد.

در بررسی پروندهای موجود نیز دیده شد که تیرگی روابط دو کشور نمی‌تواند، تحت عنوان نظم عمومی مانع بر سر راه اجرای رأی داوری تجاری بین‌المللی ایجاد کند.

در پایان می‌توان اذعان داشت که قریب به اکثر موارد عملی در زمینه مانع نظم عمومی و نظارت قضائی بر اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی، گرایش به اجرای هر چه بیشتر احکام داوری داشته است و موارد نادری ممانعت از اجرای حکم صورت گرفته است.

○ منابع و مأخذ ○

- منابع فارسی
- کتب
- ۱- چندی، لیما(۱۳۸۱)، اجرای احکام داوری بازگانی خارجی، نشر شهر دانش، تهران.
- ۲- چمن، عبدله(۱۳۸۵)، آینین دادرسی مدنی جلد سوم، چاپ هفتم، دراک، تهران.
- ۳- چمن، مجیدعلی(۱۳۸۵)، حقوق بین الملل خصوصی، نشر میزان، تهران.
- ۴- همراهی، علی(۱۳۷۸)، میسوط در آینین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات فکرسازان، چاپ اول، جلد چهارم.
- ۵- رضی، مرتضی(۱۳۷۰)، حقوق چند ملتی، نشر داش امور، تهران.
- ۶- زنه داوید(۱۳۷۵)، «مفهوم و نقش داوری در بازگانی بین المللی»، ترجمه دکتر سیدحسین صفائی، حقوق بین الملل و داوری‌های بین المللی، چاپ اول، نشر میزان
- مقالات
- ۷- افخار چهرمی، گودرز(۱۳۷۷)، «دیوان داوری دعاوی ایران-آمریکا»، مجله حقوقی بین الملل، شماره ۱۶ و ۱۷، تهران.
- ۸- برانشاه، علی رضا(۱۳۹۰)، «بررسی معیار تنظیم عمومی»، مجله حقوقی بین الملل، شماره ۴۲، تهران.
- ۹- سجادیان، کاترین(۱۳۷۷)، «نظم عمومی در حقوق اروپا»، مترجم فیض الله جعفری، مجله حقوقی بین الملل، شماره ۳۸، تهران.
- ۱۰- مکرمی، علی محمد(۱۳۷۵)، «شناسایی و اجرای آراء داوری‌های خارجی در حقوق ایران»، فصلنامه دیدگاههای حقوقی قضایی، شماره ۴، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران
- پایان نامه‌ها
- ۱۱- بی‌هاشمی، پگاه(۱۳۸۹)، مواعظ شناسایی و اجرای آراء خارجی و بین المللی در ایران، کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل، دانشگاه شهید بهشتی
- ۱۲- محمدی، بهمن(۱۴۰۱)، «جایگاه نظم عمومی در اجرای احکام داوری بین المللی، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی
- منابع انگلیسی
- ۱۳- Albert Jan, Van den Berg, "The Efficacy of Award in International Commercial Arbitration" in Arbitration Insights, Kluwer Law International, 2007, p.361.
- Bockstiegel, Karl-Heinz, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", IBA Journal of Dispute Resolution, Special Issue, 2008
- ۱۵- Gaillard Emmanuel & Savage John, Fouchard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999.
- ۱۶- Giardina, Andrea, The practical Application of Multilateral Conventions, 14th ICCA Congress, Paris, May, 1998.
- ۱۷- Saleh Samir, "The Recognition of Foreign Arbitral Award in the States of the Arab Middle East", in Law. Contemporary Problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p.384.
- Van den Berg, "Failure by Arbitrators to Apply Contract Terms from the Perspective of the New York Convention", Liber Amicorum in honour of Robert Briner, 2005, p.68

موانع اجرای آرای داوری داخلی و بین المللی با رویکردی بر اصل ۱۳۹ قانون اساسی

دکتر مسعود خدیبی

استادیار، عضو هیات علمی دانشگاه پام نور، واحد اراک، مرکزی، ایران

رامین رضائیان

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۷.۲۶ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۱.۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۱.۱۹



چکیده

داوری به عنوان یک روش حل و فصل اختلافات، قراردادی است که به موجب آن طرفین رفع نزاع کنونی و احتمالی آینده را در معامله‌ای خاص به اشخاص مورد اعتماد خود می‌سپارند و متعهد به اجرای حکم آنان می‌شوند و از رجوع به دادگاه‌های دادگستری صرف نظر می‌کنند. رای داور هدف آخر و نهایی اجرای داوری است. در این میان موانع و مشکلاتی در هنگام صدور رای ممکن است پیش آید که این موانع و مشکلات هم در رای داخلی و هم بین‌المللی مشهود می‌باشد. اجرای رای داخلی و بین‌المللی در مراجع قضایی با مشکلات قانونی و قضائی مواجه است که قسمتی از آن به جهت نقض و ابهام قانونی و قسمتی دیگر به جهت فقدان رویه قضایی کافی در بحث اجرا و شناسایی است. غیر قابل فرجام و اخواهی بودن رای داور علیه ثالث و نیز عدم وجود نهاد مستقل برای اجرای رای داور در خود نهاد داوری از جمله مصاديق مشکلات و موانع حاکم بر اجرای آرای داوری است. در نظام حقوقی ایران برای اشخاص عمومی و دولتی محدودیتی وجود دارد که در قالب اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خود را نشان داده است. این اصل از حیث پیش‌بینی مکانیزم نظارتی و کنترلی در مورد اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی کامل است ولی در روابط تجاری و به ویژه جذب سرمایه‌گذاری خارجی، آثار و تبعات نامناسبی به بار می‌آورد و با ذات امور تجاری که سرعت پخشیدن در امور تجاری است، در تعارض می‌باشد. در مقاله حاضر سعی بر این است تا با روش توصیفی- تحلیلی و مطالعه کتابخانه‌ای از طریق فیش برداری مطالب، موانع اجرای آرای داوری را تبیین کرده و مورد بحث و بررسی قرار داد.

واژگان کلیدی: داور، داوری داخلی، داوری بین‌المللی، موانع، رویه قضایی.

Obstacles to the implementation of domestic and international arbitration decisions with an approach based on Article 139 of the Constitution

Abstract

Arbitration, as a dispute resolution method, is a contract by which the parties entrust the resolution of current and possible future disputes to their trusted persons in a special transaction, and undertake to implement their judgments, without referring to the courts of law. They do. The arbitrator's decision is the final goal of the arbitration. In the meantime, obstacles and problems may arise during voting, and these obstacles and problems are evident in both domestic and international voting. The implementation of domestic and international judgments in judicial authorities faces legal and judicial problems, some of which are due to legal violations and ambiguity, and the other part is due to the lack of sufficient judicial procedure in the issue of implementation and recognition. The non-appealability of an arbitrator's decision against a third party, as well as the absence of an independent institution to implement the arbitrator's decision within the arbitration institution itself, are examples of problems and obstacles governing the implementation of arbitration decisions. In Iran's legal system, there is a restriction for public and government entities, which has shown itself in the form of Article 139 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. This principle is complete in terms of predicting a supervisory and control mechanism regarding public and government property and assets, but it brings inappropriate effects and consequences in business relations and especially attracting foreign investment, and with the nature of business affairs that speeding up the It is business affairs, it is in conflict. In the present article, an attempt is made to explain and discuss the obstacles to the implementation of arbitration decisions with descriptive-analytical method and library study through data collection.

Keywords: arbitrator, domestic arbitration, international arbitration, obstacles, judicial procedure

۰ مقدمه

داوری شیوه‌ای پر طرفدار برای حل و فصل اختلافات محسوب می‌شود. داوری در تجارت بین الملل برخلاف حقوق داخلی روش عادی برای حل و فصل اختلافات به شمار می‌رود و محدودیت‌ها و مشکلاتی که داوری در حقوق داخلی با آن مواجه است نوعی بی‌اعتمادی را به بار می‌آورد. زمانی که طرفین برای حل اختلاف خویش داور انتخاب می‌کنند ممکن است موانع بر سر راه آن‌ها قرار گیرد که در رویه قضایی این موانع به چشم می‌خورد که از جمله این که رای داوری صادره بدون هیچ قید و شرطی بایستی اجرا گردد یا اینکه در مرحله اجرا ممکن است با موانع و محدودیت‌هایی برخورد نماید و از این طریق در نیل به حقوق خود طرفین ناکام بمانند. اگرچه سرعت داوری و نقش اساسی آن زمانی مشخص می‌گردد که رای داور صادر شود و طرفین بتوانند آن را مانند رای قضائی به مرحله اجرا در بیاورند اما گاهی وجود موانع و مشکلات آن را دچار وقفه می‌نماید. همچنین، وجود پرونده‌های بسیار در دادگاه‌ها سبب می‌شود که به بعضی از اختلافات دیرتر رسیدگی نمایند اما نهاد داوری یک روش حل و فصل اختلاف خوبی در این زمینه می‌باشد که مردم ترجیح می‌دهند در محیطی با آرامش به حل اختلافات خود پردازنند که نهاد داوری گزینه خوبی در این راستا می‌باشد که چه در حقوق داخلی و چه در حقوق بین‌المللی قابل اجرا هست. مضافاً اینکه، تمامی موانع موجود بر سر راه اجرای رای داوری علاوه بر آنکه سبب می‌شود تا پایه و اساس رای را بر حقیقت و اصول حقوقی استوار سازد، اطمینان خاطر را برای محکوم عليه نیز بوجود می‌آورد که یک دادرسی عادلانه صورت گرفته باشد و محکوم عليه نه تنها قادر است از اجرای اختیاری رای امتناع نماید بلکه این حق را دارا می‌باشد که در کشور محل صدور درخواست ابطال و در کشور محل اجرا درخواست رد شناسایی و اجرا بنماید. در هر دو حالت یعنی داوری داخلی و بین‌المللی نظم عمومی بعنوان یکی از موانع شناسایی و اجرای رای داوری شناخته شده است.

۰ ۱- موانع اجرای آرای داوری داخلی

از آنجا که رای داوری برخلاف حکم دادگاه از طرف دولت صادر نشده است و یک سند خصوصی به حساب می‌آید، هم اجرای اجرایی آن منوط به دستور دادگاه صالح است و هم دادگاه حق نظارت قضایی و ابطال آن را دارد. در عمل، به دلیل وجود دو جریان رسیدگی قضایی یعنی رسیدگی‌های اجرایی و رسیدگی‌های مربوط به ابطال، دادگاه‌های ایران با تکیه بر ماده ۴۸۸ قانون آین دادرسی مدنی با درخواست محکوم‌له، دستور اجرای رای داوری را می‌دهند و اعمال هرگونه نظارت به رسیدگی‌های مربوط را باطل می‌دانند. رد درخواست صدور اجراییه، متضمن

حکم قضایی بر بطان رای داور است و مطابق مقررات عمومی قابل تجدید نظر و فرجام است. اعتراض به رای داور، مخالفت رای داوری با قواعد آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنی و در نتیجه آن بطل رای داوری از مصاديق موانع اجرای آرای داوری داخلی است که در اين بخش بررسی می‌کنيم.

۵-۱- ايرادات با اثر موقتی بر جريان داوری

ايراد تنظيم ناقص درخواست داوری، ايراد عدم اهليت و ايراد صلاحیت شخصی داور ايراداتی است که اثر قبولی آن توسط مرجع داوری، مانع موقتی برای جريان داوری به حساب می‌آيد. قانون داوری تجاري بين المللي ايران بدون تبیین اصول ايرادات، متضمن يك ماده کلی می‌باشد که در اين ماده نيز بدون توجه به ايراد و آثار آن در خصوص اصل قابل عدول بودن ايراد به صورت حکم نگارش شده است و اين قانون به دخالت نظارتی دادگاهها در ايرادات واردہ بر جريان داوری توجه خاصی نموده است. ايراداتی که طرفين می‌توانند در جريان رسيدگي داوری تجاري بين المللي مطرح نمایند به دو مورد تقسيم می‌شود: پذيرش برخی ايرادات مانع دائمی بر جريان داوری به وجود می‌آورد و برخی ديگر مانع موقتی است. در ايرادات با اثر موقتی، جريان داوری موقتاً به حالت تعليق در ميان می‌آيد که با متغير شدن سبب ايراد، چنانچه مانع ديگري برای ادامه جريان رسيدگي وجود نداشته باشد داوری همچنان ادامه خواهد داشت و در نهايتي به صدور راي داور می‌انجامد. قانونگذار ايران در ايراد عدم اهليت و ايراد صلاحیت شخصی داور، دو مرحله‌ای بودن ايراد را پذيرفته و امكان اعتراض را در دادگاه پيش بینی کرده است و اين نگرش از اين جهت که دخالت دادگاهها را در امر داوری موجب شده است زير سوال برد و قابل انتقاد می‌باشد چرا که دادگاه مرجعی متفاوت از داوری بوده و تابع حاكمیت سياسی كشور خود می‌باشد که ممکن است در تصمیم قاضی اثر متفاوتی داشته باشد. بنابراین به دليل برخی اشتباهاتی که ممکن است توسط داور رسيدگي کننده به ايراد رخ دهد، دو مرحله‌ای بودن آن در مرجعی همسو با نهاد داوری مانند سازمان داوری مطلوب تر به نظر می‌رسد. ايراد جرح داور در بند ۲ ماده ۶ قانون داوری تجاري بين المللي نياز به بازنگري دارد که اميد است با اصلاح قانون برطرف گرديده و ديگر مواردي که مرجع تجدید نظر آن دادگاه معرفی شده است، از صلاحیت دادگاه خارج و در اختيار مرجع داوری قرار گيرد که اين امر می‌تواند از تراكم پرونده‌ها در دادگاهها کاسته و بسياري از مشكلات عملی را برطرف نماید. در ايرادات ديگر، قانونگذار در صورت عدم پذيرش ايراد توسط داور، مشخص نکرده است که چه ضمانت اجرائي خواهد داشت. به نظر می‌رسد در اين دسته از ايرادات تصمیم نهايی داور سرنوشت ايراد مطروحه را مشخص خواهد کرد زيرا امروزه تا

حد ممکن از دخالت دادگاهها و دولت‌ها در جریان داوری کاسته می‌شود. این مورد در قاعده ۵ قانون نمونه آنسیترال پذیرفته شده و اگرچه به صراحت در قانون ایران وارد نشده است اما از روح حاکم بر مقررات داوری تجاری بین‌المللی و این که مقتن تنها برخی از ایرادات را قابل تجدیدنظر در محاکم دانسته است، می‌توان به این نتیجه رسید. ایرادات از جمله حقوق متداعین که می‌توانند صراحتاً یا ضمناً از طرح آن نزد مرجع داوری انصراف دهند تا داوری به روای عادی خود ادامه دهد. با این وجود گاه قانونگذار دسته‌ای از ایرادات را از زمرة قواعد آمره یا مربوط به نظم عمومی دانسته است که حتی بدون اعتراض محکوم‌علیه رای داوری که بدون توجه به این قبیل ایرادات صادر شده است، توسط دادگاه باطل خواهد شد. در مورد قوانین آمره چنانچه قانون گذار پاره‌ای از ایرادات را امری تلقی نموده باشد فقط باید در همان محدوده عمل نمود و در صورت سکوت به اصل امری نبودن ایرادات مراجعته نمود. مشکل اصلی در مورد نظم عمومی است و چنانچه داور بدون توجه به ایراداتی که مربوط به نظم عمومی است، رای صادر کند این رای توسط دادگاه صالح باطل تلقی می‌شود بدون اینکه قلمرو نظم عمومی را مشخص کند که باید از قلمرو نظم عمومی کاست و آن را محدود به نظم عمومی بین‌المللی کرد (انصاری و عسگری دهنوی، ۱۳۹۱: ۲۰۸-۱۸۴).

۵-۲-۱- عوامل و زمینه‌های تعلیق یا ابطال رای داوری

ماده ۱ کنوانسیون نیویورک مقرر می‌دارد: «۱- این کنوانسیون ناظر به شناسایی و اجرای آن دسته از احکام داوری است که در اختلاف بین اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی و در قلمرو کشوری غیر از کشوری که در آن تقاضای شناسایی و اجرای حکم شده است صادر گردد همچنین ناظر است بر احکام داوری که در قلمرو دولت متقاضی عنه حکم داخلی تلقی نگردد. ۲- مراد از احکام داوری نه فقط احکام صادره توسط داورانی است که در هر پرونده انتخاب می‌شوند بلکه شامل احکام صادره از نهادهای دائم داوری که اصحاب دعوای به آنها رجوع کرده اند نیز می‌باشد. ۳- هنگام امضا یا تصویب یا الحق به کنوانسیون حاضر و یا در موقع تعیین قلمرو نفوذ این کنوانسیون طبق ماده دهم هر دولتی می‌تواند بر مبنای معامله متقابل اعلام نماید که منحصرآ احکامی را شناسایی و اجرا خواهد کرد که در قلمرو یکی از دول متعاهد صادر شود. همچنین می‌تواند اعلام دارد که کنوانسیون را منحصرآ در مورد اختلافات ناشی از آن گونه روابط حقوقی اعم از قراردادی که حسب قوانین داخلی او تجاری تلقی شود اعمال خواهد کرد. بر اساس قسمت دوم بند یک ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، متعلق شدن رای به وسیله مرجع صالح از جهات رد شناسایی و اجرای رای می‌باشد. مرجع صالح در خصوص رسیدگی به دعوای تعلیق نیز همان

دادگاه کشور محل صدور رای و یا کشوری است که رای طبق قوانین آن صادر شده باشد. طبق ماده ۶ کنوانسیون در صورتی که خوانده اجرا در یکی از دو کشور فوق الذکر تعلیق رای را تقاضا کرده باشد، دادگاه می‌تواند تصمیم خود مبنی بر اجرای رای را متوقف کند. منظور از تعلیق رای، ایجاد وقفه در قابلیت یا جریان اجرای رای داوری و مراد از تعلیق قابلیت اجرایی، این است که در کشور محل صدور به جهت تردید در اعتبار رای، قابلیت اجرایی آن معلق شود و مراد از تعلیق اجرا آن است که رای داوری معتبر است اما اجرای آن بنا به دلایلی معلق شده است مانند استناد خوانده به تهاتر در مرحله اجرای رای که مشمول رسیدگی ماهوی است. در کنوانسیون نیویورک پیشنهاد شده است که معلق شدن رای در کشور محل صدور موجب به تعویق افتادن اجرا در کشور محل شناسایی و اجرا باشد و در صورتی که تقاضای تعلیق در کشور محل صدور صورت گرفته باشد دادگاه به صلاحیت خود بتواند اجرای رای را به تعویق بیندازد اما نمایندگان یکی از این کشورها پیشنهاد داد که معلق بودن رای در کشور مبدا موجب رد درخواست شناسایی و اجرا می‌گردد نه فقط موجب به تعویق افتادن اجرا. از این رو بعد از عبارت «نقض شدن» عبارت «معلق شدن» به عنوان جهت رد شناسایی و اجرا اضافه شد. طبق کنوانسیون معلق بودن رای داوری در کشور مبدا در صورتی از جهاد رد شناسایی و اجرا به حساب می‌آید که خوانده ثابت کند در دادگاه صالح، حکم به تعیق رای داده شده است. بنابراین در صورتی که رای مطابق قانون کشور مبدا خود به خود و بدون صدور رای از دادگاه صلاحیت دار معلق شده باشد و دادگاه کشور مذکور بدان رای نداده باشد، موجب رد شناسایی و اجرا مطابق کنوانسیون نیویورک نمی‌باشد (کشاورز نجفی، ۱۳۹۱: ۹۷) یکی دیگر از دلایل و جهات رد شناسایی و اجرا، ابطال رای در کشور مبدا می‌باشد. برای جلوگیری از شناسایی و اجرا، رای باید در کشور محل صدور و یا در کشوری که قانون آن بر داوری حاکم است ابطال شده باشد لذا ابطال رای در کشورهای دیگر از موانع شناسایی و اجرا رای نیست. این جهت رد شناسایی و اجرا فقط در صورتی اعمال می‌شود که رای داوری به طور موثر و معتبر در مرجع صالح باطل شده باشد. در صورتی که خوانده اجرا تنها تقاضای ابطال را نموده باشد احتمالاً موجب تعیق اجرا مطابق ماده ۶ کنوانسیون نیویورک گردد. در صورتی که رای داوری ابطال شده باشد و در عین حال رای موصوف، سابق بر ابطال در دادگاه مقاضی‌عنہ مورد شناسایی و اجرا واقع شده باشد؛ اگر بعد از شناسایی و اجرای رای، تقاضای ابطال رای در مرجع صالح توسط خوانده مطرح گردد، دادگاه محل اجرا در صورت صلاح‌دید می‌تواند دستور تعویق اجرای حکم را بدهد و اگر به تقاضای ابطال رسیدگی و نهایتاً این تقاضا

وجه تشخیص داده شود، در دادگاه صالح رای ابطال می‌شود و منطقی است که دستور شناسایی و اجرا باطل اعلام شود (همان، ۹۸)

۰ ۲- آرای داوری مربوط به اموال غیر منقول واقع در ایران

طبق بند ۳ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران یکی از موارد بطلان رای داوری عبارت است از: برای داوری صادره در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران با قوانین آمره ایران و یا با مفاد استناد رسمی معتبر معارض باشد مگر آن که در مورد اخیر داور حق سازش داشته باشد که این مقرره قانون گذار مورد ایراد واقع شده و بیهوده و عبس تلقی می‌گردد. در حقوق ایران معاملات راجع به اموال غیر منقول طبق ماده ۲ قانون تجارت، تجاری محسوب نمی‌شود حال آنکه قلمرو قانون داوری بین‌المللی به موضوعات تجاری محدود است و در عرصه بین‌المللی در عمدۀ معاملات راجع به اموال منقول می‌باشد.

ذکر این نکته نیز حائز اهمیت می‌باشد که قانونگذار در مورد اموال غیر منقول و تملک بیگانگان حساس بوده و جهت جلوگیری از تسلط بیگانگان بر اموال غیر منقول و مغایرت با نظم عمومی این مقرره را بیان نموده است که حساسیت مذکور نه تنها در مورد آرای داوری بین‌المللی بلکه در مورد احکام خارجی نیز وجود دارد و در بند ۷ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی به آن اشاره نموده است. بنابراین اگر موضوع داوری تجاری بین‌المللی در ایران مربوط به زمین و ساختمان و نظایر آن باشد در این صورت وجود هرگونه تعارض با قوانین آمره یا مقررات ثبت استناد و املاک و یا مفاد استناد رسمی و یا عدم رعایت قانون تملک اموال غیر منقول توسط اتباع بیگانه از موجبات عدم شناسایی و زمینه ابطال خواهد بود البته اگر در قرارداد داوری یا توافق بعدی طرفین به داورها حق سازش داده باشند رای داور مشمول مقررات فوق نخواهد بود.

معاملات غیر منقول طبق قواعد تعارض قوانین تابع قانون محل وقوع مال است و قاضی یا داور مکلف به رعایت قواعد آمره محل مزبور می‌باشد. هرگاه رای داور در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران با قوانین آمره این کشور معارض باشد، این رأی به استناد مغایرت با نظم عمومی باطل است. بنابراین هرگاه قانون حاکم بر دعوا در تعارض با این قوانین باشد نظم عمومی بین‌المللی ایران مانع از اجرای آن قانون خواهد شد. همچنین هرگاه سند رسمی فاقد برخی از شرایط اساسی باشد داور می‌تواند با رعایت موازین قانون حاکم اقدام به ابطال آن کند همانگونه که دادگاه می‌تواند این کار را انجام دهد در این صورت رای داور که معارض با سند رسمی است مقدم بر سند است و نباید آن را باطل به شمار آورد و به نوعی رای داور که معارض با سند

رسمی است، بدون ابطال صریح سند هم مقدم بر آن خواهد بود. هرگاه رای داوری راجع به مال غیرمنقول با مفاد سند رسمی که بین طرفین رای درباره همان مال غیرمنقول تنظیم شده است معارض باشد، آن رای باطل خواهد بود مگر اینکه داور حق سازش داشته باشد (کشاورز نجفی، ۱۳۹۱: ۱۲۶-۱۲۹)

۳- رفع ممنوعیت مراجعه به داوری در قراردادهای اداری

در گذشته بسیاری از دولتها در دعاوی که اشخاص خصوصی علیه آنان طرح می کردند در مقام دفاع در مراجع داوری یا قضایی دولتی، استدلال می کردند شرط داوری معتبر نیست زیرا دولت و نهادهای عمومی وابسته به آن جز با اجازه مراجع صلاحیت دار داخلی نمی تواند به داوری مراجعه کنند و به محدودیت های خاصی اشاره می کردد که در حقوق داخلی شان وجود دارد. برخی از کشورها که از حقوق فرانسه تأثیر پذیرفته اند، ممنوعیت حل و فصل دعاوی دولتی از طریق غیرقضایی یعنی داوری را که در فرانسه مستند به مواد ۱۰۰۴ و ۸۳ قانون آینین دادرسی مدنی سابق بود، از حقوق فرانسه اخذ کرده اند. با این حال حتی در نبود چنین قانونی مخالفت با ارجاع دعاوی ناشی از قراردادهای دولتی به داوری در آموزه های حقوق فرانسه به خصوص درباره عدم قابلیت ارجاع دعاوی ناشی از قراردادهای اداری به داوری مبنای حقوقی مناسب یافته است. به موجب یکی از اصول و قواعد مسلم داوری بین المللی، دولت نمی تواند برای عدم پذیرش شرط داوری مندرج در قرارداد به قانون داخلی خود استناد کند.

قابلیت اجراء دعاوی ناشی از قراردادهای اداری منوط به شرایطی می باشد که خود مشکلاتی نیز به همراه دارد. به عنوان مثال در هر دو کشور مصر و لبنان طبق قانون، اعتبار شرط داوری مندرج در قراردادها مشروط به تصویب وزیر مربوطه یا مرجع صلاحیت دار و یا تصویب هیئت وزیران است. این مشکلات نباید باعث شود که پیشرفت واقعی را که در نظامهای حقوق داخلی بعضی کشورها در زمینه قابلیت ارجاع به داوری در قراردادهای دولتی صورت گرفته است انکار کنیم. همچنین توجه و تأثیرپذیری قانونگذار یا رویه قضایی داخلی نسبت به راه حل های پذیرفته شده در آرای داوری ایکسید سیر تحول بسیاری را در پی داشته است (محبی، ۱۳۹۸: ۵۱۰-۴۹۸)

۴- موارد قابل اجرا نبودن رای داوری

طبق ماده ۴۸۹ قانون آینین دادرسی مدنی، رای داوری در موارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد:

۱- رای صادره مخالف با قوانین موجود حق باشد. ۲- داور نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده رای صادر کرده باشد. ۳- داور خارج از حدود اختیارات خود را صادر کرده باشد. در اینصورت فقط آن قسمت از رای که خارج از اختیارات داور ابطال می شود. ۴- رای داور پس از انقضای مدت داور صادر و تسلیم شده باشد. ۵- رای داور با آنچه در دفتر املاک یا بین اصحاب دعوا در دفتر استناد رسمی ثبت شده و دارای اعتبار قانونی است، مخالف باشد. ۶- رای به وسیله داورانی صادر شده که مجاز به صدور رای نبودند. ۷- قرارداد رجوع به داوری بی اعتبار بوده باشد (حدادادی دشتکی و همکاران، ۱۳۹۸: ۵)

۱-۴- موانع قضایی در شناسایی و اجرای رای داوری

شناسایی عبارت است از اقدامی اعلامی مبنی بر اینکه حکم صادره از جانب دیوان داوری صادر گردیده و از اعتباری همانند اعتبار حکم صادره از جانب دادگاه‌های یک نظام حقوقی خاص، برخوردار است. منظور از شناسایی احکام داوری اعطای ارزشی برابر با ارزش احکام صادره از جانب دادگاه‌های کشورهایی است که در آن شناسایی مورد درخواست واقع شده است و پذیرفتن این واقعیت است که حکم صادره از جانب دیوان داوری دارای اثر امر مختومه می‌باشد.

رابطه بین اجرای احکام و شناسایی رابطه عموم و خصوص مطلق است، به این طریق که دایره شمول شناسایی همواره محدودتر از اجرای احکام است. به عبارت دیگر شناسایی مستلزم اجرا نیست. این درحالی است که اجرای احکام به خودی خود مستلزم شناسایی آن نیز خواهد بود. دادگاهی که دستور اجرای یک حکم را صادر می نماید، به طور ضمنی اعتبار آن را به رسمیت می شناسد. در صورتی که دادگاهی که حکم شناسایی داوری را صادر می نماید صرفاً رای اعلامی صادر نموده است ولی حکم را به مرحله اجرا در نمی آورد شناسایی بخش ضروری و لاینک اجرا است و اجرا همیشه یک قدم جلوتر از شناسایی است. در حالی که شناسایی یک اقدام احتیاطی و دفاعی است اجرا، عملی تهاجمی محسوب می شود.

در طول جریان رسیدگی داوری دادگاه می تواند نقش مهمی را ایفا کند زیرا ممکن است در حین رسیدگی ها مسائلی حادث شود که جز با مداخله دادگاه نتوان آنها را برطرف نمود زیرا ممکن است یکی از طرفین از ارائه دلایل یا اسناد و مدارک مورد نیاز به دیوان داوری امتناع ورزد و چون دیوان داوری مانند دادگاه از قدرت و اختیار اجبار کننده برخوردار نمی باشد نخواهد توانست طرف مقابل را به ارائه اسناد و مدارک مورد نیاز الزام کند و به همین دلیل وجود مداخله دادگاه را برای رفع این مشکل اجتناب ناپذیر سازد. دادگاه در تحصیل دلایل اعم از اسناد و مدارک،

شهادت شهود، اخذ نظر کارشناس و ابلاغ آنان نقش بسزایی دارد. تامین اصول اجباری دادرسی در داوری که شامل اصل بی‌طرفی و رفتار مساوی با طرفین، اصل ابلاغ به موقع و اصل رعایت حق دفاع می‌باشد از وظایف دادگاه می‌باشد. در خصوص دستورات وقت لازم به ذکر است که نقش دادگاهها در مرحله صدور آن کمرنگ تر از مرحله اجرای آن می‌باشد. اساسی ترین نقش دادگاه در روند داوری و در حمایت از آن بعد از صدور حکم یعنی مرحله شناسایی و اجرای احکام ظاهر می‌شود که در این راستا دادگاه سه نقش مهم ایفا می‌کند: ۱- اعتراض به احکام داوری، ۲- شناسایی احکام داوری، ۳- اجرای احکام داوری که خود به نوعی موانع اجرای آراء نیز به شمار می‌آید (عباس پور، ۱۳۹۷: ۱۱۴-۱۰۴)

۵-۲-۴- موانع داوری پذیری اختلافات مربوط به اموال دولتی و تهدید آن

قانون، نظم عمومی و قاعده استلزمان منطقی از جمله دلایل داوری پذیر نبودن اختلافات مربوط به اموال دولتی می‌باشد. داوری پذیری به این معناست که آیا دسته خاصی از اختلافات قابل ارجاع به داوری می‌باشند ممنوعیت احتمالی می‌تواند ناشی از وجود یک قانون بوده و یا اینکه در رویه قضایی پذیرفته شده باشد. طبق ماده ۲۰۷۰ قانون مدنی عدم امکان اختلافات مربوط به اموال دولتی به داوری اشاره شده است. این گونه قوانین به عدالت توزیعی بر می‌گردد که دولت باید حق و عدالت را تعیین کند و سپردن آن به بخش خصوصی با مقتضای عدالت توزیعی در تضاد است. همچنین مبنای تصویب این گونه قوانین به اصل مصوبیت دولتها در مورد بر می‌گردد. همچنین در کشورهایی که دعاوی غیر قابل ارجاع به داوری احصا نشده است این اختیار به دادگاه داده شده تا در مواردی که ارجاع اختلاف به داوری با نظم عمومی برخورد دارد از اعتبار دهی به رای داور خودداری کنند. یکی از اصول پذیرفته شده این است که طرفین دعوا باید بر مال موضوع اختلاف کنترل کامل داشته و حق انتقال آن را داشته باشد.

در حقوق ایران دعاوی که قابل ارجاع به داوری نیستند غالباً مربوط به اموالی هستند که تحت تسلط کامل شخص قرار ندارند که این قاعده پذیرفته شده در حقوق تجارت بین‌الملل است. از آن به قاعده استلزمان منطقی یاد می‌شود به این معنی که داوری به نوعی دخل و تصرف در مال و تعیین تکلیف است و ارجاع اختلاف به داوری فرع بر آن است که طرف حق انتقال مال را داشته باشد. طبق اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آینین دادرسی مدنی، دعاوی راجع به اموال دولتی قابلیت ارجاع به داوری را ندارد و قراردادهای داوری در این گونه اختلافات از اساس باطل است یا اینکه آرای صادره را از طرف دادگاه قابل ابطال می‌دانند. مرکز داوری اتفاق بازرگانی با

استدلالی به این موضوع پرداخته است. یک شرکت دولتی قراردادی با یک شرکت خصوصی جهت معامله چند دستگاه واگن و معرفی خریدار به بانک جهت استفاده از تسهیلات بانکی منعقد می‌نماید. پس از شروع اجرای قرارداد اختلافاتی در خصوص عدم مطابقت کالا با قرارداد، خسارات، عدم انجام تعهدات حادث می‌شود. طرف خصوصی اختلافات مزبور را در مرکز داوری اتاق بازرگانی مطرح نموده و طرف دولتی با این استدلال که یک شرکت دولتی بوده و اموال آن جزو اموال عمومی و دولتی به حساب می‌آید به صلاحیت مرکز داوری ایراد نمود. دیوان داوری در رای خود چنین استدلال نمود: «با وجود صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ آینین دادرسی مدنی مانع وجود ندارد که طرف دولتی، در غیر مورد اموال دولتی، طرف داوری قرار بگیرد». رویه عمومی شرکت‌های دولتی نیز در انعقاد قرارداد این چنین می‌باشد.

باید توجه داشت که چنانچه موضوع اختلاف تشخیص دولتی یا غیردولتی بودن اموال باشد خارج از صلاحیت داوری نخواهد بود و اگر در دولتی بودن مالی اختلاف باشد به صرف این تردید قابلیت ارجاع به داوری زایل می‌گردد و داور می‌تواند به اختلاف رسیدگی نماید و اگر مال را دولتی تشخیص دهد خارج از صلاحیت و در غیر این صورت قابل رسیدگی از طرف داور خواهد بود (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۱۷۱)

۳-۴- نقش قاعده آمره و نظم عمومی در فرایند اجرا و ابطال رای داور

داور به خودی خود نمی‌تواند چیزی بیش از یک قرارداد مستقل باشد بلکه آنچه به آن اعتبار می‌دهد و توافق کشورها در قالب قوانین داخلی یا کنوانسیون‌های بین‌المللی بر اجرای آرای داوری همسان آراء دادگاهها است. در واقع این ضمانت اجرای خاص است که برای داوری ارزش و اعتباری فراتر از یک قرارداد خصوصی می‌دهد. جایگزینی یک قاضی ملی با داوران توافقی، مفهوم قائم مقامی را به ذهن مبتادر می‌سازد در نتیجه داوران را ملزم می‌سازد تا برای اجرای تعهد خود به صدور یک رای "قابل شناسایی و اجرا" توقعات و انتظارات دولتها را محترم شمارند (همان، ۷۵) در حقوق ایران قوانین آمره یکی از موانع اجرای رای داوری است که موجبات ابطال رای داور را فراهم می‌سازد. انعقاد قرارداد داوری مبتنی بر اصل آزادی قراردادی است اما این آزادی مطلق نمی‌باشد. نظم عمومی مهمترین محدودیت وارده بر اصل حاکمیت و آزادی اراده طرفین در انعقاد قرارداد داوری می‌باشد. در برخی موارد قانونگذار اموری که مغایر با نظم عمومی است را در قالب نصوص قانونی مدون نموده است که در واقع همان قوانین آمره هستند به تراضی مغایر با آن‌ها مخالف قانون شمرده می‌شود. بنابراین باید مفاد ماده ۴۹۶ قانون آینین دادرسی مدنی در

خصوص عدم قابلیت ارجاع دعاوی ورشکستگی، اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب به داوری از مصادیق نظم عمومی دانست که قانونگذار آنها را مدون کرده است و مبنای این گونه منع یا محدودیتهای قانونی را باید در مفهوم بنیادین نظم عمومی جستجو کرد اما از قانونگذار نمی‌توان انتظار داشت که تمامی مصادیق خارجی نظم عمومی را پیش‌بینی کند و بر همین اساس نقش رویه قضایی در تشخیص مصادیق نظم عمومی مدون شده، آشکار می‌شود. قانونگذار به تعریف نظم عمومی و یا تعیین معیارهای آن اقدام ننموده است. بنابراین امروزه دکترین و رویه قضایی بیش از پیش تلاش می‌کند تا به مفهوم روش‌تری از نظم عمومی پردازند. عدم امکان ارجاع دعاوی راجع به ورشکستگی، اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب و نیز اموال عمومی و دولتی را باید مصدق نظم عمومی مدون شده دانست. در مقابل باید دعاوی اعسار، قراردادهای کار، مبادله اوراق بهادر و اعتبار حقوق مالکیت صنعتی را جزئی از نظم عمومی مدون شده تلقی کرد که تمامی موارد یاد شده غیر قابل ارجاع به داوری بوده و قرارداد داوری مربوط به این موضوعات نیز بی‌اعتبار و باطل است. مبحث نظم عمومی شکلی تاکنون در نظام حقوقی ایران مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است و مصادیق ذکر شده فقط حول محور دعاوی بوده است که به دلیل نظم عمومی قابل ارجاع به داوری نیستند. قضات به عنوان مقامی که مسئولیت اعمال نظارت قضایی بر فرایند داوری را دارند باید در تعیین مصدق نظم عمومی، تفسیر مضيق را مدد نظر قرار دهند تا نظم عمومی تبدیل به مهم‌ترین عامل ابطال موافقنامه داوری نگردد (افتخار جهرمی و اسدزاده، ۱۳۹۸: ۳۲)

۵- موانع اجرای آرای داوری بین‌المللی

منظور از داوری‌های تجاری بین‌المللی، داوری‌های هستند که به هنگام انعقاد موافقنامه داوری، یکی از طرفین به موجب قوانین ایران، تبعه ایران محسوب نمی‌شود و اختلافات ارجاع شده به داوری ناشی از اعمال بین‌المللی است که در این راستا ممکن است با موانع و مشکلات نیز روبرو شود. دربحث آرای داوری بین‌المللی نیز این موانع و مشکلات حائز اهمیت است تا بررسی شوند.

۵-۱- موانع خاص و عام شناسایی و اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی

در این قسمت نخست به بررسی موانع خاص شناسایی و اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی که مباحثی چون موانع خاص مشترک در کنوانسیون نیویورک و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و موانع خاص غیر مشترک در کنوانسیون نیویورک و قانون داوری تجاری

بین‌المللی ایران را شامل شود بررسی می‌کنیم و سپس به توضیح بحث موانع عام شناسایی و اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی می‌پردازیم.

۵-۱-۱-۵- موانع خاص شناسایی و اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی

جهاتی که محکوم عليه با اثبات آن‌ها می‌تواند از شناسایی و اجرای رای داوری بین‌المللی جلوگیری نماید طبق بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ و ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به شرح زیر است:

بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک: «۱- می‌توان از شناسایی و اجرای رای به درخواست طرفی که عليه او بدان استناد گردیده است، اجتناب نمود، تنها مشروط بر اینکه طرف مذکور به مرجع صلاحیت داری که شناسایی و اجرا از او درخواست شده ادله‌ای را رأیه دهد». همچنین، مطابق بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران: «رای داوری در موارد زیر به درخواست یکی از طرفین توسط دادگاه موضوع ماده ۶ قابل ابطال است:

الف- یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد.

ب- موافقت‌نامه داوری به موجب قانونی که طرفین برآن موافقت‌نامه حاکم دانسته‌اند معتبر نباشد و در سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد.

ج- مقررات این قانون در خصوص ابلاغ اخطاریه‌های تعیین داور یا درخواست داوری رعایت نشده باشد.

د- درخواست کننده ابطال، به دلیلی که خارج از اختیار او بوده، موفق به ارایه دلایل و مدارک خود نشده باشد.

ه- داور خارج از حدود اختیارات خود رای داده باشد.

و- ترکیب هیات داوری یا آیین دادرسی مطابق موافقت‌نامه داوری نباشد و یا در صورت سکوت و یا عدم وجود موافقت‌نامه داوری، مخالف قواعد مندرج در این قانون باشد.

با مقایسه‌ی متن بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون و بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران می‌توان گفت که برخی از این موانع در هر دو مشترک بوده و برخی موانع خاص کنوانسیون

نيويورك و برخى دىگر خاخص قانون داورى تجاري بینالمللی ايران است (کشاورز نجفى، ۱۳۹۱: ۳۹)

۵-۱-۱-۱-۵- موانع خاص مشترک در کنوانسيون نيويورك و قانون داورى تجاري بینالمللی ايران

يکی از مبانی مهم امتناع از شناسایي و اجرای رای داوری که در کنوانسيون نيويورك و قانون داورى تجاري به صراحت درج شده است عدم اهليت طرفين قرارداد داورى است. عدم اهليت طرفين قرارداد داورى يايکي از آنان، مانند هر قرارداد دىگري، موجب بياعتباری آن مىگردد و از آنجا که نتيجه اصلی قرارداد داورى ايجاد صلاحيت برای مرجع داورى جهت رسيدگي به اختلافات موضوع قرارداد است، بياعتباری قرارداد مببور موجب فقدان اين دو اثر و مانع از پيدايش صلاحيت رسيدگي برای داوران و به تبع آن، از جمله علل رد درخواست اجرای رای است که توسط مرجع فاقد صلاحيت صادر گردیده است. همچنين، به موجب بند ۱ ماده ۲ کنوانسيون نيويورك کشورهای متعاهد میبايست قرارداد داوری را به رسميت بشناسد و بند ۲ ماده مذکور بيان میدارد: «اصطلاح موافقت نامه داوری شامل يك شرط داوری مندرج در يك قرارداد داوری است که به وسیله طرفين امضا شده يا در تبادل نامها گنجانده شده باشند». کنوانسيون نيويورك شرط كتبی بودن موافقتنامه داوری را در ارتباط با اثبات مقرر نکرده است و نمیتوان برای اجرای رای داوری، تحت مقررات کنوانسيون، وجود موافقتنامه داوری را با دلایل دیگر اثبات کرد. درعيین حال، مقررات کنوانسيون كتبی بودن موافقتنامه داوری را از جهات ابطال رای داوری نمیشناسد. رایی که مبنی بر موافقتنامه كتبی نیست ممکن است بر وفق مقررات محلی به موقع اجرا گذاشته شود. مضافاً اينکه، در حقوق ايران استاد از حيث طرز تنظيم تابع قانون محل تنظيم میباشد چنانچه موافقتنامه داوری در ايران تنظيم شده باشد از لحاظ شکلی نياز به رعایت تشریفات ندارد و حتى قراردادهای شفاهی هم معتبر و لازم الاتّابع است. لذا، لزوم رعایت اصل ابلاغ مناسب در اسناد بینالمللی و کنوانسيونهای مختلف مثل کنوانسيون نيويورك و قوانین داخلی از جمله قانون داوری تجاري ايران اشاره شده که برای عدم رعایت آن ضمانت اجراءهای سنگینی چون ابطال رای قرار داده‌اند(همان، ۷۳-۴۰)

۵-۱-۱-۲- موانع خاص غير مشترك در کنوانسيون نيويورك و در قانون داورى تجاري بینالمللی

برخی از موانع خاص که منحصرأً در کنوانسیون به آنها اشاره شده است ناشی از فقدان برخی اوصاف و یا حدوث وضعیتی است که ارتباط مستقیم با خود رای داشته و کنوانسیون نظر به اهمیت این وضعیت و فقدان وصفی، آنها را در شمار جهات رد قرار داده است. کنوانسیون نیویورک در قسمت (ث) بند ۱ ماده ۵ می‌گوید: «حکم هنوز برای طرفها لازم الرعایه نشده یا توسط مرجع صالح یا به موجب قانون کشوری که حکم در آن صادر شده، نقض شده یا به حالت تعلیق درآمده باشد».

بدین جهت ۳ مورد از جهات خصوصی عدم شناسایی و اجرای رای، موانعی که به حدوث عارضه حقوقی یا فقدان وصفی لازم در رای داوری هستند عبارتنداز: ۱- الزام آور نبودن رای ۲- ابطال رای ۳- تعلیق رای.

۰ ۱-۲-۵- موانع عام شناسایی و اجرای آرای داوری تجاری بین المللی

در قسمت قبلی به بررسی موانع خاص پرداخته شد که در جهت حمایت از حقوق طرفین فرارداد داوری مقرر شده بود و جنبه خصوصی داشت اما این موانع جنبه عمومی دارند مثل عدم قابلیت داوری و نظم عمومی. این دو دسته موانع در متن کنوانسیون نیویورک و قانون داوری تجاری بین المللی ایران به درستی از هم تفکیک شده‌اند. موانعی که قابل استناد از سوی محکوم علیه است در قانون اخیر الذکر تحت عنوان موارد ابطال رای داوری و موانع قابل استناد از سوی دادگاه با عنوان بطلان است. به نظر می‌رسد غیرقابل ارجاع بودن اختلاف به داوری از قواعد آمره بوده و بنایه مصالح خاصی از محدوده رسیدگی‌های داوری خارج شده و رسیدگی به آن و اختصاصاً در صلاحیت دادگاه فرار گرفته است و قواعد آمره یک کشور از نظم عمومی آن جدا است و تفکیک این دو عنوان در کنوانسیون نیویورک و قانون داوری تجاری بین المللی به درستی صورت گرفته است.

نظم عمومی و قواعد آمره دو علت مستقلی هستند که از گذشته دور بعنوان موانع اجرای آرای داوری و احکام دادگاه‌های خارجی و حتی بعنوان موانع اعمال قانون خارجی در قوانین ملی و کنوانسیون‌ها قیدگردیده است. مضاف براینکه، چنانچه رای داوری صادره در زمینه اختلافاتی باشد که به موجب قوانین قابل حل و فصل به وسیله داوری نباشد ممکن است دادگاه‌های کشور محل درخواست از شناسایی و اجرا آن رای امتناع نمایند. در هر صورت، قلمرو قابلیت داوری در کشورهای دیگر، تاحد زیادی وابسته به میزان اعتماد به نهاد داوری بعنوان یک شیوه حل و فصل اختلافات در اموری که از لحاظ نظام حقوقی آن کشور مهم است دارد. همچنین، یکی از بزرگترین

موانعی که ممکن است در سر راه شناسایی و اجرای آرای داوری قرار گیرد و بدون اینکه لازم باشد خوانده به آن استناد کند نظم عمومی است. عدم توجه به ملاحظات نظم عمومی کشورهای مرتبط با داوری می‌تواند تبعات نامطلوبی را از جمله بطلان رای داوری گردد(همان، ۱۱۰-۱۰۴).

۶- موافع اجرای آرای داوری‌های خارجی در ایران

مواردی که مانع اجرای آرای داوری‌های بین‌المللی می‌شوند به ۷ دسته از جمله:

- ۱- موافع قابل ابطال
- ۲- موافع باطل کننده
- ۳- موارد غیرقابل ارجاع به داوری
- ۴- مواردی که داوری از بین می‌رود
- ۵- آراء مخالف با قوانین موجود حق
- ۶- هم تبعه بودن
- ۷- موارد مخالف اصل یکصدوسی و نهم قانون اساسی می‌باشند که به توضیح مختصر هر کدام به صورت جداگانه می‌پردازیم.

۱- موافع قابل ابطال: این موافع که در مقررات مختلف آمده‌اند کلاً در ماده ۳۳ لایحه داوری تجارت بین‌المللی جمع آمده‌اند. این ماده به شرط تصویب نهایی مقرر می‌دارد که رای داوری در مواردی از جمله: یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد، معبر نبودن موافقت نامه داوری، عدم رعایت مقررات مربوط به ابلاغ، درخواست داوری، داور خارج از حدود اختیارات خود رای داده باشد، قرارداد داوری مشتمل بر نظر موافق یا موثر داور جرح شده باشد.

۲- موافع باطل کننده: ماده ۳۴ لایحه داوری تجارت بین‌المللی، همانند ماده ۶۶۵ ق.آ.د.م در موارد زیر رای داور یا هیات داوری را اساساً باطل و غیرقابل اجرا می‌داند از جمله:

- در صورتی که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد.

- در صورتی که مفاد که مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنی کشور و یا قواعد آمره این قانون باشد.

- رای داور در خصوص اموال غیرمنقول واقع در ایران بوده و یا با قوانین آمره جمهوری اسلامی ایران و یا با مفاد استناد رسمی که از اعتبار نیفتاده است معارض باشد.

۳- مواردی که موضوع قابل ارجاع به داوری نیست: ماده ۵^۶ قانون آ.د.م دونوع دعوى را قابل اجرا به داوری نمی‌داند از جمله: الف) دعوى ورشکستگى، ب) دعوى راجع به اصل نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب.

۴- مواردی که داوری از بین می‌رود: ماده ۶۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی در دو مورد مقرر می‌دارد که داوری از بین می‌رود: الف) در صورت تراضی کتبی طرفین ب) در صورت فوت یا محجور شدن یکی از طرفین

۵- آراء مخالف با قوانین موجود حق: ماده ۶۵۸ قانون آ.د.م مقرر می‌دارد که رای داور یا هیات داوری نباید مخالف با قوانین موجود حق باشد.

۶- هم تبعه بودن: ماده ۶۳۳ قانون آ.د.م مقرر می‌دارد که در مورد معاملات واقع بین اتباع ایران و اتباع خارجه طرف ایرانی نمی‌تواند مدام که اختلاف تولید نشده است. به نحوی از احتمام مستلزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داوری یک یا چند نفر و یا به داوری هیاتی رجوع نمایید که آن شخص یا اشخاص و یا آن هیات دارای همان تابعیتی باشد که طرف معامله دارد و در هر قراردادی که مخالف این حکم باشد. در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلااثر است.

۷- موارد اختلاف اصل یکصدوسی و نهم: اصل یکصدوسی و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد که صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موكول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس بررسد موارد مهم را قانون تعیین می‌کند. بنابراین ارجاع دعاوی راجع به اموال که طرف دعوی خارجی باشد بایستی به تصویب مجلس نیز بررسد (مکرمه، ۱۳۷۵: ۱۶۰-۱۵۸)

۰ ۷- مخالفت رای داوری با اصل ۱۳۹ ق.ا.

در زمان تصویب کنوانسیون نیویورک در مجلس شورای اسلامی به دلیل ابراد شورای نگهبان یک تبصره به ماده واحده قانون الحق دولت ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی اضافه شده است. به موجب این تبصره رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در خصوص ارجاع به داوری الزامی است و دادگاههای ایران از شناسایی و اجرای آرای خارجی صادره در کشورهای متعاهد دیگر به دلیل تعارض با اصل ۱۳۹ قانون اساسی خودداری خواهد کرد. به عنوان مثال اگر قراردادی بین دولت ایران یا یکی از نهادها و شرکت‌های دولتی از یک طرف و یک شخص خصوصی خارجی از طرف دیگر منعقد شده باشد و در آن مقر داوری کشور سوئیس باشد ارجاع اختلاف به داوری طرف ایرانی تشریفات قانونی لازم جهت اخذ مجوز هیئت دولت و مجلس را کسب نکرده و بنابراین ارجاع اختلاف خلاف اصل ۱۳۲ قانون اساسی تلقی می‌شود.

داوری در سوئیس انجام شده و جهت شناسایی و اجرا به دادگاه ایران تسلیم شده است دادگاه به استناد تبصره مزبور از شناسایی و اجرای رای صادره در سوئیس خودداری خواهد کرد.

بنابراین اضافه کردن یک مورد به مواردی که دادگاه می‌تواند از شناسایی و اجرای رای خودداری کند نقض آشکار کنوانسیون نیویورک خواهد بود. این امر می‌تواند باعث برخورد تلافی‌جویانه از طرف سایر کشورهای معهود شود. گنجاندن تبصره مزبور می‌تواند ضمانت اجرای مقرر در ماده ۱۴ کنوانسیون را به همراه داشته باشد که آن خودداری از شناسایی و اجرای آرای داوری صادره در ایران است (شیروى، ۱۳۹۵: ۳۳۶)

۱-۷ - مبانی ممنوعیت دولت در اصل ۱۳۹ قانون اساسی

با تأکید بر مفهوم وسیع دولت که در برگیرنده سایر نهادها و مراجع عمومی قرار گیرد در خصوص منشاء ممنوعیت نظریات گوناگونی وجود دارد:

غیر قابل داوری بودن دعوا و محدودیت ارجاع که به نظر طرفداران این نظریه باید بین عدم قابلیت ارجاع دعوا به داوری از یک طرف و غیر قابل داوری بودن آن از طرف دیگر فرق گذاشته شود. دعوایی که غیر قابل ارجاع به داوری است به علت ذات و ماهیت خود دعوای غیر قابل داوری است و این امر ارتباطی به طرفین دعوا ندارد. گفته می‌شود قانونی که دعوا را غیر قابل داوری می‌شناسد، از قوانین ماهوی به شمار می‌رود.

غیرقابل داوری بودن اختلاف گاه به طور مطلق است مثل دعوا ورشکستگی و اصل نکاح و طلاق و گاه مطلق نبوده، مشروط به تحصیل پاره‌ای مجوزها یا رعایت بعضی شرایط است و با تحصیل مجاز لازم یا رعایت شرایط مربوطه این گونه دعوا قابل داوری می‌شوند. حکم اصل ۱۳۹ قانون اساسی علی الاطلاق این گونه است. بنابراین نظریه عدم قابلیت برای رجوع به داوری ارتباطی به ذات و ماهیت دعوا و مال موضوع دعوا ندارد بلکه به ویژگی طرفین یا یکی از طرفین دعوا مربوط می‌شود (جاویدتاش، ۱۳۷۸: ۱۲۲)

از دیدگاه این دسته از حقوق دانان نتایج زیر حاصل می‌شود:

- الزام دولت به اخذ مجوزهای لازم در خصوص اموال دولتی و عمومی هنگام انعقاد قراردادهای مربوط به آنها.

۲- عدم اعتبار رجوع به داوری بدون اخذ مجوزهای لازم

بدیهی است در حال حاضر دولت و مراجع عمومی مبادرت به انعقاد قراردادهای گوناگونی می نمایند که عمدتاً متضمن شرط داوری هستند و تالی فاسد پذیرش این نظریه مواجه شدن هیئت وزیران و مجلس با حجم وسیعی از درخواست‌ها خواهد بود که عمد و وقت آنها صرف صدور مجوزهای لازم خواهد شد. از سویی پذیرش این نظریه به حقوق طرف قرارداد که با حسن نیت مبادرت به انعقاد این قرارداد مبادرت نموده است لطمہ خواهد زد.

عله ای از حقوق دانان ضمن پذیرش غیر قابل داوری بودن دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به تالی فاسد آن نیز توجه نموده و جهت محدود نمودن دامنه اصل ۱۳۹ قانون اساسی با توجه به لفظ "دعوى" مصرحه در اصل تفسیر دیگری ارائه می دهند:

این گروه معتقدند "به موجب ماده ۴۵۴ آئین دادرسی مدنی چون هر کسی که اهليت اقامه دعواي را داراست، حق رجوع به داوری را نيز دارا می باشد لذا به حکم اصول عمومي حاكم بر روش‌های تفسیر در مواردی که ماده حکم خاصی بيان می نماید و به جهتی از جهات استثناء از قاعده و اصول کلی باشد به طور محدود تفسیر می گردد پس چنین نتيجه می گيرند «دعوى» به معنای تنازع مطروحه در دادگاه است و می تواند شامل هر اختلاف و تنازعی که در دادگاه مطرح نشده باشد نیز گردد و چون قراردادهای منعقده، دارای پیجیدگی‌های خاص خود بوده و مدت طولانی برای اجرا دارند قطعاً اختلافاتی حاصل خواهد شد اما نباید این اختلافات را حمل به دعواي نمود و بدین اعتبار قراردادهای متضمن شرط داوری را مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی نباید دانست. با این طرز تلقی ارجاع به داوری در قراردادهای منعقده دولت خالی از اشكال بوده و تنها زمانی نيازنده مصوبه هيئت وزيران و يا مجلس خواهد بود که دعواي در مرجع قضائي صالح مطرح شده باشد" (شهابي، ۱۳۷۰: ۱۷)

پاره‌ای از حقوق دانان در رد این نظریه استدلال نموده‌اند "چنانچه قرارداد داوری حل اختلافاتی را از طریق داوری تجویز کند که در سیاست دولت بر طبق قانون حاکم بر قرارداد یا قانون محل تشکیل داوری قابلیت ارجاع به داوری را نداشته باشد قرارداد مذکور باطل و بلا اثر می شود و امکان امتناع از شناسایی و اجرای رأی داور به واسطه اینکه موضوع اختلاف در قانون کشور محل اجرا قابل ارجاع به داوری نیست فراهم می آید قابلیت ارجاع به داوری با موضوع‌هایی که ذاتاً قابل حل از طریق داوری نیستند فرق دارد.

به عقیده این گروه اصل ۱۳۹ ارجاع اختلاف به داوری را در خصوص اموال عمومی و دولتی منع نکرده است بلکه حق نظارت قوه مقننه به صورت محدودیت در اختیار قوه مجریه وجود دارد و ارجاع به داوری در این موضوع را با نظارت مجلس و اعطای اذن مغایر با نظم عمومی نمی داند این اذن اختیار برای دولت ایجاد می کند و تغییری در نفس موضوع اختلاف یعنی اموال عمومی به وجود نمی آورد (امیر معزی، ۱۳۸۸: ۶۶)

۷-۱-۱- نظریه عدم اهلیت دولت

این نظریه بر این فرض مبتنی است که آیا می توان پذیرفت مقامی که قرارداد داوری را در خصوص موارد مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی امضاء می نماید، قادر اهلیت است و تصویب هیئت وزیران و یا مجلس شورای اسلامی است که به این قرارداد اعتبار می بخشد؟

در این خصوص حقوق دانان دو نظریه متفاوت دارند: پاره ای از حقوق دانان در تقسیم بنده شرایط ارجاع دعوی به داوری در دو مبحث اهلیت طرفین و قابلیت ارجاع اختلاف موضوع موافقنامه داوری، دولت را واجد اهلیت ارجاع به داوری می دانند معهذا قابلیت ارجاع موضوع به داوری را مشروط می دانند (شمس، ۱۳۸۸: ۵۰۹-۵۰۸)

اما گروهی از حقوق دانان معتقدند دولت اهلیت ارجاع قرارداد به داوری را ندارد. این دسته بین ارجاع به داوری در حقوق داخلی و حقوق بین الملل قائل به تفکیک هستند. بدین صورت که در عرصه حقوق داخلی، اشخاص حقوق عمومی را قادر اهلیت ارجاع به داوری در مورد اموال عمومی و دولتی می دانند و قاعده مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی را قاعده ای مربوط به اهلیت دولت می شناسند این اصل یک قاعده ماهوی و غیر قابل داوری بودن نسبی را مطرح می کند.

اما در عرصه بین المللی استناد دولت به ممنوعیت در قانون داخلی و ایراد عدم اهلیت ارجاع به داوری، قابلیت تسری ندارد و این امر خاص قراردادهای داخلی است.

به نقل از پروفسور "گلدمان" گفته شده است: «دادگاهها باید اصلاً به سیستم تعارض قوانین برای جستجوی قانون حاکم بر شرط داوری متول شوند بلکه باید مستقیماً قاعده ای را بر شرط حاکم کنند که جنبه بین المللی دارد و به موجب آن ممنوعیت دولت در مراجعته به داوری یک قاعده داخلی تلقی شود». (اسکینی، ۱۳۶۹: ۶۷) مراجع داوری این مسئله ممنوعیت را مورد رسیدگی قرار نمی دهند و داورها ترجیح می دهند به جای مواجهه و ورود به سیستم حقوق خاص دولت طرف قرارداد آن را دور بزنند و به استناد این طرح، چنین ایرادی مخالف نظم عمومی و به

طور ساده تر منافی با اصل حسن نیت تلقی شود و خود را از این مخصوصه خلاص کنند.
(جاویدتاش، ۱۳۷۸: ۲۰۱-۲۰۰)

به نظر می‌رسد تنها در فرضی که قانون حاکم بر قرارداد، قانون داخلی باشد ناگزیر از ورود به مقررات داخلی بوده و امکان پذیرش چنین ایرادی مقدور باشد.

◦ ۷-۱-۲- نظریه نمایندگی

طبق نظر یکی از حقوق دانان اصولاً سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی غیر دولتی که طبق قانون اموال دولتی و عمومی را در اختیار دارند، نماینده دولت و عموم مردم در اداره اموال دولتی تلقی می‌شوند. بنابراین از نظر وضعیت حقوقی می‌توان آنها را به وکیل تشییه کرد اگر وضعیت وکیل را از نظر مصالحه و سازش و از نظر ارجاع به داوری بررسی کنیم می‌توانیم احکام به دست آمده را در مانحن فیه نیز تسری دهیم. به موجب این نظریه قرارداد داوری که دولت بدون اجازه مجلس اقدام به ارجاع آن نموده است، قراردادی است غیر نافذ و طبق اصول حقوقی قرارداد غیر نافذ از نظر آثار مثل قرارداد باطل است (اسکندری، ۱۳۸۶: ۴۳-۳۶) مشروط بودن ارجاع دعوی موضوع اصل ۱۳۹ به داوری یک قاعده نظم عمومی اقتصادی کشور است که هدف از آن حفظ اموال عمومی و دولتی و تأمین مصالح مالی ملی است و عدم رعایت آن موجب عدم نفوذ قرارداد داوری است (امام، ۱۳۷۹: ۳۶۱)

لازم به ذکر است این قاعده در برابر اشخاص خارجی قابل استناد نیست مگر آنکه صراحتاً در قرارداد به آن تصریح شده باشد.

◦ ۷-۱-۳- ایرادات با اثر موقتی بر جریان داوری

ایراد تنظیم ناقص درخواست داوری، ایراد عدم اهلیت و ایراد صلاحیت شخصی داور از جمله ایراداتی است که اثر قبولی آن توسط مرجع داوری، مانع موقتی بر جریان داوری به وجود می‌آورد. ایراد عدم اهلیت بررسی شد لذا تنظیم دادخواست و ایراد به صلاحیت شخصی داور را مختصراً در ذیل این عنوان بررسی می‌کنیم.

◦ ۱-۳-۱-۷- ایراد تنظیم درخواست داوری

خواهان باید درخواست ارجاع اختلاف به داوری را به درستی تنظیم کند. این درخواست باید متناسب نکات و شرایطی باشد که قانون حاکم بر داوری یا توافقنامه طرفین مشخص نموده است

چرا که در جهت رعایت اصل تناظر این حق خوانده است که از خواسته خواهان آگاهی یابد. گاهی احتمال دارد که خواهان شرایط مورد نیاز برای شروع داوری را رعایت نکند مانند آن که خواسته به درستی تنظیم نشده باشد یا علت بروز اختلاف تشریح نشده باشد و یا درخواست داوری به زبانی غیر از زبان توافق نامه تنظیم شده باشد. هرگاه خواهان در زمانی متعارف پیش از آغاز جریان داوری درخواست خود را تکمیل کند مشکل خاصی ایجاد نمی‌شود در غیر این صورت خوانده می‌تواند در جلسه اول رسیدگی ایراد عدم رعایت شرایط درخواست داوری را مطرح کند زیرا در صورت عدم درج موارد ضرورت درخواست داوری، از جهت حقوقی نمی‌توان درخواست مطرح شده را «درخواست داوری» در مفهوم صحیح و قانونی آن دانست لذا آثار مترتب بر درخواست داوری بر آن بار نخواهد شد در این صورت داور یا هیئت داوری پس از بررسی ایراد تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند. چنانچه خوانده نسبت به اقدامات آغاز داوری آگاه باشد عدم انجام برخی شرایط لازم در درخواست داوری توسط خواهان مانع از شروع معتبر داوری نخواهد شد (انصاری و دهنوی، ۱۳۹۱: ۱۸۵)

۰ ۷-۱-۳-۲- ایراد صلاحیت شخصی داور

دارا بودن صلاحیت‌های لازم برای داور از ارکان ضروری تأمین صحت و سلامت روند داوری است. به منظور حسن جریان داوری طرفین دعوا باید اطمینان داشته باشند که اختلاف آنها در مرجعی صالح و بی‌طرف رسیدگی خواهد شد. گاهی طرفین قرارداد داوری شرایطی را برای داورها احصا می‌کنند و یا قانون حاکم بر داوری شرایطی را مقرر می‌نمایند. حسب مورد در فرض فقدان شرایط قرارداد و یا قانونی داور ممکن است مورد جرح قرار گیرد که شامل اهلیت، تابعیت، قابلیت‌های ویژه در قرارداد، استقلال و بی‌طرفی و تاخیر در صدور رای و اضرار به طرفین دعوا، می‌باشد.

۰ ۷-۱-۳-۳- نظریه بطلان و عدم نفوذ قرارداد

طبق نظریه بطلان قرارداد ناشی از عدم اخذ مجوز ارجاع، اگر در قرارداد راجع به اموال عمومی و دولتی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی بدون اخذ مجوز ارجاع از دولت توافق بر ارجاع دعوا به داوری شده باشد، قرارداد باطل است. یکی از نویسندهای حقوقی معتقد است که هنگام انعقاد، قرارداد باید تحت کنترل مجلس باشد و الا بعد از قرارداد در صورت بروز اختلاف طرف خارجی ما را به داوری خواهد برد حتی اگر نخواهیم و لذا تصویب مجلس چندان معنایی نخواهد داشت. ماموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیأت

وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به اینکه مصوبه معتبرض عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده است و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است، خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و با استناد به بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود. شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز در دادنامه شماره ۱۵۰ قرارداد داوری را که بدون اطلاع مجلس و تصویب هیئت وزیران نسبت به اموال عمومی منعقد شده باشد را باطل دانسته است.

از سوی دیگر پیروان نظریه عدم نفوذ قرارداد ناشی از عدم اخذ مجوز ارجاع، معتقدند که عدم اخذ مجوز ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی در هنگام انعقاد قرارداد موجب عدم نفوذ قرارداد داوری بوده و نهاد یا سازمان داوری عمومی بعد از انعقاد قرارداد می‌تواند مجوز ارجاع دعوا به داوری را اخذ کند که یکی از نویسندهای در این خصوص مقرر می‌دارد که ما در اصل ۱۳۹ قانون اساسی با مشروطیت و محدودیت قابلیت ارجاع دسته ای از دعاوی به داوری مواجهیم و نه با عدم قابلیت ارجاع. یعنی مفتن ارجاع این دسته از دعاوی به داوری را منوط به تصویب هیئت وزیران و تحت شرایطی اجازه مجلس کرده است. ضمانت اجرای تخلف از این شرط مانند تمام اعمال حقوقی که اعتبار آنها بر تحصیل اجازه از شخص یا مرجع ذیصلاح باشد، عدم نفوذ است. شعبه ۱۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران می‌گوید: «از طرفی ایراد تجدیدنظرخواه موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی وارد به نظر نمی‌رسد. بر فرض که دعوا را مشمول عنوان دعواه راجع به اموال عمومی و دولتی بدانیم. طرف دولتی که از محدودیتهای مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی اطلاع دارد با وجود مقررات مذکور اقدام به پذیرش شرط داوری در قرارداد می‌نماید، از باب اصل حسن نیت قراردادی متعهد است قبلًا یا متعاقباً در این خصوص اقدام کند (یاوری و باقرقی، ۱۳۹۸: ۲۶۸-۲۶۶).

۷-۱-۳-۴- نظریه اخذ مجوز ارجاع

طرفداران این نظریه معتقدند که نه تنها در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری منع نشده بلکه در هیچ کدام از اصول دیگر قانون اساسی یا قوانین عادی نیز تصریح نشده است که اجازه دولت برای ارجاع دعاوی به داوری باید هنگام انعقاد قرارداد باشد. آنچه موکول به اجازه دولت است ارجاع عملی دعوا به داوری است. اگر در هنگام انعقاد قرارداد یا درج شرط داوری تصویب دولت جهت ارجاع به داوری اخذ نشده

باند و اگر اختلافی پدید آمد اداره یا سازمان دولتی می‌تواند اجازه دولت جهت ارجاع دعوى به داوری را تحصیل و دعوى را در صورت اجازه هیئت دولت به داوری ارجاع کند. با اخذ مجوز ارجاع به داوری مقصود اصل ۱۳۹ بعد از ایجاد اختلاف با مصالح و منافع ملی سازگارتر است. همچنین در ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی مقتن به منظور حمایت از اتباع ایرانی آنها را قبل از ظهور اختلاف از انتخاب داور و داورانی که هم تابعیت با طرف دیگر قرارداد باشد منع کرده است و ضمانت اجرای تخلف از ماده مذکور را بطلان داوری دانسته است. شورای نگهبان نیز تایید کرده و رویه مجلس شورای اسلامی در تصویب موافقت نامه‌های بازرگانی بین‌المللی بین ایران و دیگر کشورها در خصوص سرمایه‌گذاری نیز به این صورت می‌باشد که ارجاع به داوری را پذیرفته است (همان، ۲۶۹)

۰ ۷-۱-۳-۵-اعتبار موافقتنامه داوری بدون رعایت اصل ۱۳۹

در حقوق داخلی همان گونه که بیان شد، قراردادهای داخلی یا ملی که دولت و مراجع عمومی منعقد می‌کنند، قراردادهای عمومی هستند که طرف آن می‌تواند شخص داخلی یا خارجی باشد. در فرضی که طرف قرارداد تابع حقوق خصوصی داخلی است آن قرارداد در حیطه حقوق ملی قرار می‌گیرد. حال چنانچه بدون رعایت شرایط اصل ۱۳۹ قانون اساسی نسبت به اموال عمومی و دولتی شرط داوری توسط دولت پذیرفته شده باشد ایراد هر یک از طرفین به ممنوعیت دولت در ارجاع به داوری و در نتیجه ایراد به شرط داوری قابلیت استعمال خواهد داشت.

۰ ۷-۱-۳-۶-عطف به ماسبق شدن اصل ۱۳۹ قانون اساسی

در حقوق ایران، قبل از انقلاب نیز مؤسسات دولتی از ارجاع اختلافاتشان به داوری ممنوع بودند. مطابق ماده ۲۹ آئین نامه معاملات دولتی مصوب کمیسیون قوانین دارای مجلس شورای ملی مورخ ۱۳۴۴/۲/۱۰ در هیچ یک از پیمان‌ها نمی‌بایست حق ارجاع به داوری قید می‌گردید ضمن آن که مقتن تصریحاً مؤسسات دولتی را از ارجاع به داوری منع کرده بود.

تصویب نامه‌های متعددی نیز درگذشته از طرف دولت صادر گردیده بود که در قراردادهایی که وزارت‌خانه‌ها یا اشخاص یا مؤسساتی که شخصیت حقوقی دارند، منعقد می‌نمایند، قید ارجاع به داوری موکول به صدور تصویب نامه از طرف هیأت وزیران خواهد بود (اسکینی، ۱۳۹۰: ۵۱).

مقررات اصل ۱۳۹ قانون اساسی از قواعد آمره ناظر به نظم عمومی است و عطف به ما سبق نشدن آن محل بحث است و اجرای مقررات اصل ۱۳۹ در مورد قراردادهای مذکور الزامی است.

کمیته با اعتقاد به این که رفع اختلاف از طریق تفسیر قانون اساسی توسط شورای نگهبان است مسئله را مطرح نمود و شورای نگهبان در پاسخ مورد را از موارد اصل ۱۳۹ ق.ا. و از موارد تفسیر آن نشناخت. معهداً در پی اختلاف در قرارداد منعقده بین وزارت امور اقتصادی و دارایی (سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران) به نمایندگی از طرف دولت با کمیساريای انرژی اتمی فرانسه که در آن شرط داوری قید شده بود و دولت ایران موضوع را در دیوان داوری اتفاق بازگانی بین‌المللی مطرح نمود. اما کمیساريای انرژی اتمی فرانسه به استناد اصل ۱۳۹ قانون اساسی به نمایندگی قانونی خواهان در طرح دعوی مزبور ایراد نموده است و به استناد اصل ۹۸ قانون اساسی در خصوص رعایت اصل ۱۳۹ از سوی نخست وزیر از شورای نگهبان سوال شد و شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۵/۲/۱۰ چنین پاسخ داد «بر حسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد موافقنامه‌های پیش از انقلاب هر چند در آنها ارجاع به داوری پیش بینی شده باشد مقررات اصل مذکور باید رعایت شود».

۷-۱-۳-۷- قلمرو اصل ۱۳۹ قانون اساسی از حیث ارجاع دعاوی و یا هر گونه قرارداد متنضم شرط داوری

پاره‌ای از حقوق دانان با استعانت از لفظ "دعوى" و تعبیر آن به تنازع و اختلاف موجود، اصل ۱۳۹ قانون اساسی را شامل موردی می‌دانند که دعوى بالفعلی وجود داشته باشد در این صورت مستلزم رعایت این اصل است. کمترین حسن این تحلیل و استدلال را کم شدن حجم قراردادهایی که به هیأت وزیران یا مجلس جهت اخذ مجوز و مصوبه ارائه می‌شود، می‌دانند مضافاً اینکه عموماً قراردادهای منعقده با اشخاص حقوقی کشورهای خارجی و در زمینه مسائل تجاری بوده که نیازمند سرعت و تصمیم‌گیری و امضای قراردادها و موكول شدن انعقاد قرارداد به طی تشریفات داخلی می‌تواند بسیاری از فرصت‌های تجاری را از بین برد (شهابی، ۱۳۷۰: ۱۷)

اما گروهی معتقدند اصل ۱۳۹ قانون اساسی به طور مطلق قبول ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی از سوی طرف ایرانی نیازمند مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس است، چه حین قبول داوری یعنی انعقاد قرارداد اصلی باشد یعنی زمانی که هنوز اختلافی حاصل نشده است چه بعد از آن یعنی پس از بروز اختلاف و عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی سبب بطلاً شرط داوری در قرارداد خواهد بود. به نظر این گروه شروطی که در حال حاضر توسط وزارت‌تخانه‌ها و مؤسسات با طرف‌های خارجی در حین انعقاد قرارداد به عنوان شرط داوری لحاظ کرده‌اند مادامی که به تصویب هیأت وزیران و مجلس نرسیده باشد، فاقد اعتبار می‌باشد (اسکینی، پیشین، ۷۱)

۷-۱-۳-۸- ضمانت اجرای عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در خصوص اموال عمومی و دولتی

چنانچه قرارداد منعقده در محدوده حقوق داخلی باشد قطعاً عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی از موجبات بطلان قرارداد داوری یا شرط داوری خواهد بود زیرا طرفین قرارداد تحت حاکمیت یک نظام حقوقی قراردارند و قرارداد منعقده از اصول قانونی واحدی تبعیت می‌نماید. نتیجتاً قرارداد منعقده تابع اصل ۱۵۹ قانون اساسی بوده که مقرر می‌دارد "دادگستری مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات است". نکته در خور توجه درخصوص عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در قراردادهای داخلی تقسیری است که دادسان محترم دادگاهها از اموال عمومی و دولتی دارند بدین ترتیب که به طور مثال طبق دادنامه شماره ۱۷۹ مورخ ۸۰/۱۱/۳ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی تهران و نیز دادنامه شماره ۲۳۲ مورخ ۸۲/۲/۳۱ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران چنین استدلال نموده اند "منظور از اموال عمومی در اصل ۱۳۹ قانون اساسی اموالی است که برای اعمال حاکمیت در دست دولت است مثل اموال ارتش و به طور کلی اموالی که خارج از فعالیت‌های تجاری دولت باشد والا اموالی که برای اعمال تصدی و تجارت است مانند اموال شرکت کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران از مصادیق اصل ۱۳۹ محسوب نمی‌شود و قابل ارجاع به داوری است و در آخر باید توجه داشت که چنین قراردادهایی نیاز به تصویب هیأت وزیران یا مجلس ندارد" (بختیاری فر، ۱۳۸۶: ۳۵-۳۳).

بنابراین ملاحظه می‌شود در پاره‌ای موارد با خروج موضوعی پاره‌ای از اموال از محدوده اموال عمومی و دولتی، عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در قراردادهای منعقده در حقوق داخلی خالی در خصوص شرط داوری مندرج در آن وارد نمی‌سازد. اما چنانچه قرارداد منعقده واجد وصف بین‌المللی باشد و طرف ایرانی بدون رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی مبادرت به پذیرش داوری نماید فروض مختلفی قابل تصور است:

الف- چنانچه قانون حاکم بر قرارداد، قانون کشوری باشد که درج شرط داوری یا انعقاد قرارداد داوری بدون قید و شرط مجاز شمرده شده باشد، در این صورت داوری صحیح بوده و دولت و سازمان دولتی مکلف به تبعیت از شرط می‌باشد.

ب- چنانچه قانون حاکم بر قرارداد، قانونی باشد که پذیرش شرط داوری از سوی دولت یا سازمان دولتی را تأیید می‌کند اما قانون ملی، دولت یا سازمان دولتی را از پذیرش شرط داوری منع و یا مشروط به شرایطی همچون اخذ مصوبه از مجلس و هیأت وزیران می‌نماید.

در ایران قراردادهایی با پذیرش شرط داوری منعقد شده است که دولت ایران با تمسک به ممنوعیت پذیرش بی قید و شرط داوری و لزوم تصویب مجلس شورای اسلامی سعی در عدم پذیرش داوری نموده است. مع هدایا مراجع بین المللی این ادعای ایران را مردود اعلام کرده و دولت را مکلف به اجرای تعهدی که در خصوص داوری نموده است، دانست (اسکینی، ۱۳۹۰: ۷۲).

به عنوان مثال در دعواهای شرکت ملی نفت ایران و شرکت "الف اکتبی" داور پرونده ادعای شرکت ملی نفت ایران را مبنی بر اینکه این شرکت نمی تواند به دلیل وجود اصل ۱۳۹ قانون اساسی و بدون تصویب مجلس به داوری مراجعه کند را مردود دانسته است. به نظر داور مزبور "به موجب حقوق بین الملل عمومی، دولت مکلف به اجرای تعهدی است که به موجب آن قبول نموده است که در صورت اختلاف با طرف خارجی موضوع اختلاف به داوری ارجاع شود و نمی تواند به صورت یک جانبی و با برقراری مقررات حقوق داخلی تعهد خود را کان لم یکن نماید".

۷-۱-۳-۹ فقدان قرارداد داوری معتبر با لحاظ قانون تجارت داوری

یکی از موانع مشترک شناسایی و اجرای رای داوری مندرج در کنوانسیون نیویورک و قانون داوری تجاری بین المللی ایران عدم اعتبار موافقت نامه داوری است. طبق بند الف ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک: «مرجع صالحی که تقاضای شناسایی و اجرای حکم از آن شده می تواند بنای درخواست طرفی که علیه وی به حکم استناد شده و تنها در صورتی که طرف یاد شده دلایل زیر را برای آن تهیه کند، از شناسایی و اجرای حکم امتناع ورزد... موافقت نامه مزبور (موضوع ماده ۲) به موجب قانونی که طرفها مشمول آن شده اند معتبر نباشد. یا به موجب قانون کشور محل صدور حکم فاقد هر گونه قرینه ای در آنجا باشد...» و براساس بند ب ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین المللی: «موافقت نامه داوری به موجب قانونی که طرفین برآن موافقت نامه حاکم دانسته اند، معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم مخالف صریح قانون ایران باشد».

در موارد فوق فقط به بیاعتباری داوری به عنوان موجبی برای اعتراض اشاره شده است در حالی که ممکن است ایراد فقدان قرارداد داوری نیز از جانب طرفین صورت بگیرد به این تفاوت اشاره خواهد شد. قرارداد داوری دو اثر مهم دارد؛ اول اینکه صلاحیت قضایی دادگاههای حقوقی را که در شرایط عادی صالح به رسیدگی هستند در قلمرو پیش بینی شده زائل می کند، دوم اینکه وجود قرارداد داوری معتبر پیش شرط رای داوری معتبر است (شمس، ۱۳۸۲: ۴۲).

این قرارداد داوری است که به داوران صلاحیت و اختیار رسیدگی و صدور رای می‌دهد و در صورت فقدان آن داوری مفهومی ندارد و به نوعی داوری زاییده قرارداد داوری است. به همین جهت داوران همواره قبل از شروع به رسیدگی، از وجود قرارداد داوری معتبر مطمئن می‌شوند بعد رسیدگی داوری را آغاز می‌نمایند.

۵-۱-۳-۷- نقد رویه شورای نگهبان

توسعه شمول اصل علاوه بر مغایرت با ظاهر اصل با فلسفه وضع آن نیز هماهنگی ندارد. دلیل وضع اصل بدینی نسبت به عملکرد دولت در ارجاع دعوا به داوری است نه نفس داوری چرا که دولت به رغم امکان طرح دعوا در دادگاه ایرانی قصد ارجاع دعوا به داوری را داشته باشد و حال آنکه درج شرط داوری در ضمن یک قرارداد به حسب ظاهر رعایت مصالح دولت ایران در آن مطرح است، چنین سوء ظنی را بر نمی‌انگیزد. تفسیر شورای نگهبان این است که دولت را از عقد قراردادها و پیوستن به معاهداتی که در مجموع مصالح دولت ایران را در بر دارد تنها به این دلیل که درج شرط داوری امکان تصویب بعدی آن را در مجلس متغیر می‌سازد و نتیجه‌های است که از مذاکرات خبرگان فهمیده می‌شود و نه از ظاهر اصل برمی‌آید و نه منطق و ضرورت‌های عملی این را توجیه می‌کند. طریقه تعلیق شرط داوری به صورتی که ذکر شد موثر نبوده و در هر حال از دیدگاه حقوق بین‌الملل شرط داوری معتبر و منشاء اثر خواهد بود. چنانچه تصریح به اجرای اصل خارج از توافق نامه باشد در مقابل طرف قرارداد قابل استناد خواهد بود. به عبارت دیگر طرفین متن توافقنامه را امضا می‌کنند و نه آنچه را که در خارج از توافقنامه درج گردیده است. این عبارت با رعایت قوانین و مقررات مربوطه در متن قرارداد از جهت عرفی به هیچ وجه دلالت بر قوانینی ندارد که ناقض اصل شرط داوری باشد بلکه تنها ناظر به تشریفاتی تلقی می‌گردد که جهت انجام داوری لازم است. دول امضایکننده قراردادهای بین‌المللی تعهد می‌نمایند که مطابق قانون اساسی خود کلیه اقدامات لازم جهت تصویب قرارداد را به عمل آورند به این ترتیب که در مورد شرط داوری نیز کلیه اقدامات صورت پذیرفته باشد. رویه داوری‌های بین‌المللی به این صورت است که عدم رعایت تشریفاتی که حسب قوانین داخلی هر کشور مانع از اعتبار یافتن شرط داوری می‌گردد و روابط بین‌المللی قابل استناد تلقی می‌نماید.

در تعدادی از کنوانسیون‌هایی که دولت ایران به آنها ملحق شده است صراحةً هیچ گونه حق شرطی پذیرفته نشده و رویه مجلس و شورا از دیدگاه طرفهای قرارداد حق شرط تلقی نشده و در صورت بروز دعوا، داوری جریان خواهد یافت. عدم اعتراض دیگر دول به عملکرد ایران خود

دلیلی دیگر بر این ادعا است که تعلیق شرط داوری موثر نیست. ایران می‌تواند هرگاه داوری را مصلحت نبیند مجلس را از تصویب ارجاع به داوری منصرف کند.

عدم استحکام شرط داوری و تعلیق آن متضمن این نتیجه است که طرف خارجی به قصد منفعت جویی به نحوی از داوری گریخته و دعوا را در دادگاه دلخواه خود اقامه نماید در این صورت تعلیق شرط داوری به این معنی نیست که در صورت جریان نیافتن داوری، دادگاه ایران صالح به رسیدگی به دعوا تلقی گردد. تفسیر شورا از اصل با رویه متعارف در روابط بین‌المللی سازگاری ندارد زیرا دولتها عموماً حاضر به قبول رسیدگی به اختلافات خود در دادگاه کشور متبوع طرف قرارداد نیستند و درج شرط داوری در قراردادهای بین‌المللی به صورت امری مسلم و اجتناب‌ناپذیر درآمده است و عدول از ظاهر اصلی در نهایت به جای تنظیم عادلانه روابط بین‌المللی که مورد نظر واضعین قانون اساسی بوده است به تعطیل روابط بین‌المللی می‌انجامد. امضای قرارداد بین‌المللی از سوی نمایندگان طرفین با علم به اینکه مقررات داخلی ایران در مورد شرط ارجاع به داوری در هر حال فاقد اثر بوده و اشاره به اجرای اصل جنبه صوری و تشریفاتی دارد مغایر شان و منزلت ایران در صحنه بین‌المللی است. تفسیر شورا از این جهت که مراجعه به دادگاه خارجی را خارج از شمول اصل می‌داند محل تأمل است زیرا وقتی ارجاع به داوری موکول به تصویب مجلس است به قیاس اولویت ارجاع دعوا به دادگاه خارجی نیز باید موکول به تصویب باشد بنابراین توجه به این معنا ضروری است که داوری آنگاه که جایگزین دادگاه ایرانی بشود، بدینی نسبت به عملکرد دولت را به همراه دارد والا بدیهی است که نسبت به دادگاه خارجی مرجع است (کاویانی، ۱۳۸۰: ۱۴۰ - ۱۳۷).

۸- موانع شناسایی و اجرای احکام داوری بین‌المللی

مهمترین ماده کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری ۱۹۵۸ ماده ۵ آن می‌باشد. ماده ۵ کنوانسیون فوق الذکر، در زمینه موارد امتناع و خودداری دادگاه از شناسایی و اجرای احکام داوری می‌باشد. موارد امتناع از شناسایی و اجرای احکام داوری در ماده ۵ کنوانسیون فوق الذکر، به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند. دسته اول مواردی را شامل می‌شود که امتناع از شناسایی آرای داوری منوط به تقاضای ذینفع است و دادگاه نمی‌تواند راساً اقدام کند. دسته دوم مواردی را شامل می‌شود که امتناع از شناسایی آرای داوری منوط به تقاضای ذینفع نیست و خود دادگاه می‌تواند راساً از شناسایی و اجرای احکام داوری خودداری کند. بر اساس بند (۱) ماده ۵ کنوانسیون فوق الذکر، در موارد ذیل دادگاه می‌تواند از شناسایی و اجرای احکام داوری امتناع نماید: ۱- فقدان

اهلیت یکی از طرفین اختلاف یا بطلان موافقتنامه داوری ۲- عدم رعایت تشریفات صحیح قانونی
۳- تجاوز داوران از حدود اختیارات ۴- عدم ترکیب هیئت داوری یا آیین دادرسی مطابق
موافقتنامه داوری ۵- نقض یا تعلیق رای داوری

در این موارد دادگاه راساً نمی‌تواند از شناسایی و اجرا امتناع نماید بلکه، باید به درخواست ذینفع از شناسایی و اجرا خودداری نماید. این موارد با بندهای ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ منطبق است. در بند (۲) ماده ۵ کنوانسیون مقرر شده است: (الف) موضوع اختلاف به موجب قانون آن کشور از طریق داوری قابل حل و فصل نمی‌باشد. (داوری ناپذیری اختلاف) ب) شناسایی یا اجرای حکم با نظم عمومی آن کشور مغایرت دارد. (مخالفت با نظم عمومی) در این دو مورد دادگاه راسا و بدون نیاز به استناد محکوم علیه، از شناسایی و اجرا امتناع می‌کند. این موارد با بند ۱ و ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ منطبق است.

۹- موانع حقوقی الحق دولت ایران به موافقتنامه تریپس طبق اصل ۱۳۹ قانون اساسی

سازمان تجارت جهانی^{۲۸} یکی از جوانترین و مهم‌ترین سازمان‌های بین‌الدولی تأثیرگذار در سطح بین‌المللی است که در زمینه تجارت بین‌المللی فعالیت می‌کند و آزادسازی و قاعده‌مند سازی تجارت جهانی را بر عهده دارد. این سازمان از اول ژانویه ۱۹۹۵، متعاقب مذاکرات دور از اروگوئه که بین سال‌های ۱۹۸۶ تا ۱۹۹۴ اتفاق افتاد، جایگزین نهاد موقت ۵۰ ساله گات^{۲۹} گردید که این مذاکرات که به علت اختلاف نظر بر سر مسائلی مانند کشاورزی، خدمات و منسوجات، به طولانی‌ترین دور مذاکرات تبدیل شد، منتج به انعقاد حدود ۶۰ موافقتنامه و تصمیماتی که حجم آن از ۵۰۰ صفحه فراتر رفت. در این مذاکرات علاوه بر انعقاد سند مؤسس سازمان تجارت جهانی، موافقتنامه‌های دیگری نیز منعقد شد که یکی از آن‌ها، موافقتنامه تریپس^{۳۰} است. موافقتنامه تریپس به عنوان موافقتنامه‌ای از سازمان تجارت جهانی، بخشی از حوزه حقوق بین‌الملل و جزئی از نظم تجارت جهانی است که ریشه‌های آن را می‌توان در موافقتنامه عمومی راجع به تعریفه و تجارت جست‌وجو کرد، به طوری که این موافقتنامه، به عنوان یکی از ضمایم

²⁸ World Trade Organization (WTO)

²⁹ General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

³⁰ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

موافقتنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی قلمداد می‌گردد که از اول ژانویه ۱۹۹۵ لازم الاجراء گردید.

همچنین، این موافقتنامه مقررات ماهوی کنوانسیون پاریس و برن را با ارجاع مستقیم پذیرفته است. موافقتنامه تریپس تعهدات و مقررات ماهوی ایجاد و اضافه می‌نماید. بدین ترتیب که تریپس با تأیید مواد و مفاد ماهوی مقررات قبل از خود، به ویژه کنوانسیون‌های پاریس و برن که به ترتیب مهمترین مقررین بین‌المللی در خصوص حمایت از مالکیت صنعتی و ادبی و هنری هستند، روند حمایت بین‌المللی از مالکیت فکری را بر هم نزد و مسیر آن را ناهموار یا منحرف ننموده است، بلکه با ارجاع صریح به آن‌ها و الزام کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی به رعایت بخش قابل توجهی از مقررات مذکور که از لحاظ محتوا مباحث ماهوی حمایت را تشکیل می‌دهند، نه تنها بر میزان و گستره حمایت‌های بین‌المللی مندرج در مقررات مذکور تأکید دارد، بلکه در قالب سازمان تجارت جهانی که بخش عظیمی از تجارت بین‌المللی را تحت نظارت و کنترل خود دارد، بر محدوده کمی و کیفی آن افزوده است. مضاف بر اینکه، در جمهوری اسلامی ایران، قانون اساسی که مشتمل بر چهارده فصل و یکصد و هفتادوهفت اصل می‌باشد، در صدر هرم سلسله مراتب قولین و حقوق موضوعه قرار دارد و در نتیجه، این قانون، منع بنیادین بسیار از موضوعات و مقولات حقوقی قلمداد می‌گردد.

در این میان اصل ۱۳۹ قانون اساسی که زیر مجموعه فصل هشتم این قانون است، در راستای صیانت از اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی در صورت بروز دعواه حقوقی، تشریفاتی را ایجاد نموده تا این هدف محقق شود. بایستی چنین گفت که سیستم حل و فصل اختلاف بر مبنای تریپس، بر پایه برخی از اصول و قواعد حقوق بین‌الملل بنا نهاده شده است که به راحتی نمی‌توان آن‌ها را نادیده گرفت و نفی نمود چراکه تمام تصمیماتی که در رکن حل اختلاف تریپس در جهت حل و فصل اختلافات مالکیت معنوی اتخاذ می‌گردد، بی‌شک در تکامل و توسعه نظام حقوقی حاکم بر حوزه حقوق مالکیت معنوی مؤثر بوده و ایفای نقش می‌نماید. از این جهت، مسئله مهم در این راستا، جلوگیری از ایجاد رویه‌های ناهمانگ و متناقض با این سیستم می‌باشد که نه تنها موجب رشد و توسعه نظام حقوقی این حوزه نخواهد شد، بلکه می‌تواند به ایجاد تنش و بی‌نظمی منجر گردد (خسروی و حبیب زاده، ۱۳۹۸: ۱۵۳-۱۴۴).

اساساً بروز اختلاف در اجراء یا تفسیر قراردادهای داخلی یا بین‌المللی امری معمول و طبیعی است و انتخاب راهکاری سهل، ارزان، سریع و مورد قبول برای حل اختلاف هنگام انعقاد قرارداد



از مسائل مطرح و مورد توجه اطراف قرارداد می‌باشد. به طور کلی، عمدۀ ترین موانع حقوقی عدم الحق ایران به موافقت‌نامه تریپس، تعارض مفادی از این موافقت‌نامه با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است (همان، ۱۵۳)

۰ نتیجه‌گیری

از جمله موانع حاکم بر آراء داوری عدم وجود نهاد خاص برای اجرای احکام صادره توسط داور یا داوران می‌باشد. موسسات داوری در حال حاضر با اینکه از استقلال نسیب پرخوردارند در صدور آراء خود، ولی در اجرای احکام خود محتاج اجرای احکام دادگستری می‌باشد. بدین صورت که پس از صدور آراء توسط داور یا داوران و قطعی شدن آراء در صورت عدم اعتراض، حکم صادره می‌باشی توسط اجرای احکام دادگستری اجرا گردد. مشکل و محدودیت دیگر آراء داور یا داوران عدم وجود نهاد تجدید نظر در خود موسسات داوری می‌باشد. بدین صورت که اگر به آراء داوری اعتراض شود می‌باشی توسط قضاة دادگستری بررسی و حکم صادر شود. مشکل دیگری در نظام حقوقی ایران بر داوری حکم فرماست مربوط به شرایط داوری است. داوری اختیاری و داوری اجباری، هم در شرایط و هم در صفات داوری با هم متفاوت می‌باشند. در داوری اختیاری با اینکه داور دارای شرایط و اهلیت لازم نباشد باز احکام آنها برای طرفین قابل اجرا و لازم اجرا می‌باشد. ولی در داوری اجباری یا داور توسط موسسه داوری، داور یا داوران باید هم دارای اهلیت لازم برای داوری باشند و هم دارای صفات لازم باشند که در صورت عدم وجود این‌ها آراء صادره ابطال می‌گردد.

همچنین بررسی و شناخت موانع و محدودیت‌های شناسایی و اجرای رای داوری تجاری بین‌المللی یکی از ضروریات داوری می‌باشد. موانع موجود بر سر اجرای رای داوری ضمن این که موجب می‌شود تا پایه و اساس رای را بر حقیقت و عدالت و اصول قراردادی مستقر نماید، این اطمینان خاطر را نیز برای محکوم علیه ایجاد می‌کند که یک دادرسی عادلانه از طریق داوری نسبت به صورت گرفته باشد. دادگاه‌ها دو وظیفه حمایتی و نظارتی در هنگام شناسایی و اجرای رای خواهند داشت که وظیفه حمایتی آنان با صدور اجراییه قدرت عمومی را در اختیار رای داوری قرار می‌دهند و به آن قدرت اجرایی می‌بخشند و منظور از وظیفه نظارتی این است که در صورت وجود موانع شناسایی و اجرا از شناسایی و اجرای رای داوری جلوگیری کند و حتی در صورت وجود مبانی ابطال رای، نسبت به ابطال آن اقدام نماید. از این رو از نقش تاثیرگذار دادگاه‌ها در ارتقاء جایگاه نظام داوری و تکامل آن نباید غافل شد. وجود یک نظام قضایی کارآمد

در جهت نظارت بر رعایت معیارهای قانونی به ایجاد یک رویه قضایی متوازن و عادلانه و منطبق بر قواعد بین‌المللی و چارچوب قوانین داخلی و پر کردن خلاهای موجود از ضروریات یک نظام داوری می‌باشد که در حال حاضر در نظام قضایی کشور ما خلأهایی مشاهده می‌شود. احکام صادره از دادگاه در خصوص اعتراض به داوری تجاری بین‌المللی و اعمال صلاحیت قضایی حاکی از افراط و تغیریط در انجام وظیفه است و جهت جلوگیری از افراط و تغیریط و صدور آرای متضاد و متناقض نیازمند توجه جدی و افزایش میزان آشنایی و تسلط قضات ایرانی بر قواعد و حقوق داوری تجاری بین‌المللی است.

بر اساس قانون حاکم بر اجرای رای داوری تجاری بین‌المللی در ایران یعنی قانون الحقیقت دولت ایران به کتوانسیون شناسایی و اجرای احکام خارجی (نیویورک ۱۹۵۸) مصوب ۱۳۸۰ و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ که الهام‌گرفته از قانون نمونه آنسیترال می‌باشد، نظم عمومی به عنوان یکی از موانع شناسایی و اجرای داوری شناخته شده است اما در هیچ‌کدام از آنها تعریف نظم عمومی مشخص نگردیده است. نظم عمومی و قواعد آمره از موانع مهم اجرای آرای داوری می‌باشد که امید است با بازنگری و اصلاح قوانین و ایجاد نهادی مستقل برای داوری از بروز مشکلات عملی کاست.

اعلام نظرات مردد شورای نگهبان و اخیراً دیوان عدالت اداری در لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در خصوص اخذ مجوز لازم قبل از انعقاد قراردادهای مربوط به اموال عمومی و دولتی نیز عملاً کارساز نیست. کلی گویی در قوانین اساسی و عادی در خصوص اموال عمومی و دولتی وجود تعاریف مختلف از آنها و گاهی مغایر در قوانین عادی الزام و تکلیف بی‌حاصل پیش‌بینی شده در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و قوانین عادی و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همان گونه که در بررسی آراء متعدد ملاحظه شد سبب تخلف از مقررات مذکور و نیز حسب مورد در مقام دفاع در دادگاه تفسیرهای گوناگون از تعاریف اموال عمومی و دولتی و عدول از این الزام در عرصه بین‌المللی شده است لذا شایسته است با تفکیک قراردادهای دولت و سایر مراجع مربوطه در خصوص اموال عمومی و دولتی در عرصه داخلی و بین‌المللی و پذیرش این واقعیت که این قواعد و اصول در محاکم و مراجع داوری ایران می‌تواند منشأ اثر بوده و قابلیت استماع داشته باشد اما در خصوص قراردادهای بین‌المللی اعتباری ندارد قبول شرط داوری در قراردادهای دولت و سایر مراجع عمومی در خصوص اموال دولتی و عمومی را بی‌قید و شرط پذیرد و یا به این سؤال مقدور پاسخ دهد که آیا با توجه به موقعیت سیاسی و اقتصادی ایران در روابط بین‌المللی



و نقشی که در رابطه عرضه و تقاضا اینفاء می‌نماید می‌تواند از انعقاد قرارداد متنضم شرط داوری به دلیل موانع موجود در قوانین داخلی چشم پوشی کند و یا ناگزیر از پذیرش بی‌قید و شرط آن خواهد بود؟ قطعاً پاسخ این خواهد بود که دولت ناگزیر از تصدی گری و پذیرش شرط داوری خواهد بود و سابقه قراردادهای بین‌المللی منعقده دولت ایران گواه بی‌اعتباری ممنوعیت‌های قانون داخلی در عرصه بین‌المللی است لذا استناد به ممنوعیت‌های قانونی در مورد چنین قراردادهایی از سوی دولت ایران نمی‌تواند حربه مناسبی در دفاع از حقوق ایران در داوری‌های بین‌المللی باشد مضافاً عدم شناسایی و یا عدم دستور اجرای رأی داوری بدین سبب از سوی مراجع قضایی ایران مانع از اجرای آن در سایر دول نشده است.

○ منابع و مأخذ

- الف- کتب
 - ۱- امیرمعزی، احمد، (۱۳۸۸)، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران: نشر دادگستر
 - ۲- بختیاری فر، محمدهادی، (۱۳۸۶)، حدود مداخله دادگاه‌ها در داوری‌های داخلی و تجاری بین‌المللی، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه پهشتی
 - ۳- شمس، عبدالله، (۱۳۸۸)، آینین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ پانزده، تهران: نشر ارادک
 - ۴- شهابی، مصطفی، (۱۳۷۰)، داوری و قانون اساسی، تهران: انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی
 - ۵- شبروی، عبدالحسین (۱۳۹۵)، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت
 - ۶- محیی‌الحسن، (۱۳۹۸)، مبانی از داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسنده
- ب- مقالات
 - اسکندری، حسین، (۱۳۸۷)، آثار اعتراض به رأی داوری در کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق داخلی کشورها، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۴
 - اسکندری، ریعا، (۱۳۹۰)، اختیارات دولتها و سازمان‌های دولتی در مراجعته به داوری بین‌المللی، مجله حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۵
 - ---، (۱۳۶۹)، سابقه محدودیت دولت در ارجاع به داوری در کشورها، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۵
 - افتخار چهرمی، گودرز؛ اسدزاده، مجتبی، (۱۳۹۸)، نظم عمومی به عنوان منبع تجدید انعقاد قرارداد داوری: جستاری در رویه قضایی ایران، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۷، شماره ۲۷، صص ۹-۳۴
 - امام، فرهاد، (۱۳۷۹)، فعالیت شرکت فرامی در ایران، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۴۷
 - انصاری، علی؛ عسکری دهنوی، جواد (۱۳۹۱)، اپراتورات با اثر مانع موقنی در داوری تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۷
 - خدادادی دشتکی، خداداد؛ تقی بیگلو، بهرام؛ الهامی طالش مکاپیل، (۱۳۹۸)، داوری و اصول داوری در دعاوی و اختلافات، مجله پژوهش و مطالعات علوم اسلامی، سال اول، شماره ۶، صص ۱-۱۳
 - شمس، عبدالله، (۱۳۸۲)، موافقت نامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲
 - ۱۵- صدحسری، مصومه؛ حبیب زاده، توکل، (۱۳۹۸)، موانع اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مسیر الحق به موافقت نامه ترتیبی، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال ۱۲، شماره ۴۵
 - ۱۶- کاویانی، کورش، (۱۳۸۰)، اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی، پژوهش حقوق و سیاست، دوره ۳، شماره ۵

- ۱۷- کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا، (۱۳۹۱)، داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی، پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۴، شماره ۳۶
- ۱۸- مکرمی، علی محمد، (۱۳۷۵)، شناسایی و اجرای آرا داوری‌های خارجی در حقوق ایران، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۴
- ۱۹- نیک‌پخت، حمیدرضا؛ همتی کلوانی، احمد، (۱۳۹۹)، اصل ۱۳۹ قانون اساسی در پرتو رویه قضایی و داوری، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۸، شماره ۳۰
- ۲۰- یاوری، اسدالله؛ باقری، یوسف، (۱۳۹۸)، زمان اخذ مجوز ارجاع به داوری موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی در پرتو رویه قضایی، مجله حقوقی، دوره ۸۳، شماره ۱۰۶
- ج- پایان نامه‌ها
- ۲۱- اسکندری، حسین، (۱۳۸۶)، نظارت قضایی بر آرای داوری در کشور مبدأ، پایان نامه دانشکده حقوق دانشگاه تهران
- ۲۲- جاویدتاش، احمد، (۱۳۷۸)، موارد ابطال رای داوری در قانون آینین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، پایان نامه دانشگاه شهید بهشتی
- ۲۳- عیاس‌پور، عسکر، (۱۳۹۷)، بررسی صلاحیت دادگاه‌های ایران در اجرای آرای داوری بین‌المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد واحد بندرعباس
- ۲۴- کشاورز نجفی، مجید، (۱۳۹۱)، مددودیت‌ها و موانع شناسایی و اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم اجتماعی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره) Ritzer, George, *The Blackwell Companion to Globalization*, Blackwell Publishing Ltd, 200⁷

