



بیت

فصلنامه علمی انجمن معارف اسلامی (شاپا: ۳۲۷۹-۲۳۸۳)

سال دهم - شماره چهار - تابستان ۱۳۹۹

شماره پیاپی ۴۰

---

صاحب امتیاز: انجمن معارف اسلامی

مدیر مسئول: دکتر رضا حاجی ابراهیم

سر دبیر: دکتر محمود قیوم زاده

اعضای هیئت تحریریه:

محسن جوادی، احمد دیلمی، جعفر شانظری، امیر عباس علیزمانی، محمود قیوم زاده،

عبدالله نصری، علی احمد ناصح، محمدرسول آهنگران، ویلیام گراوند،

محمد محمدرضائی، رضا برنجکار، عین الله خادمی، محمدحسن قدردان قراملکی،

عبدالحسین خسرو پناه، سید ساجد علی پوری، مارتین براون.

مدیر داخلی و دبیر تحریریه: مصطفی قیوم زاده

مترجم: محمد احسانی

صفحه آرا: کامپیوتر احسان ۰۲۵۳۷۸۴۲۶۷۸

ویرایش: حمید رضا علیزاده

یادآوری: فصلنامه پژوهش های اخلاقی در زمینه های فلسفه اخلاق، اخلاق اسلامی، اخلاق

کاربردی، اخلاق تطبیقی، چالش های اخلاقی دنیای جدید و تربیت اخلاقی مقاله می پذیرد.

مسئولیت مطالب هر مقاله از هر نظر بر عهده نویسنده است.

نقل مطالب فصلنامه با ذکر مأخذ مانعی ندارد.

فصلنامه در ویرایش، اختصار و اصلاح مقاله ها آزاد است.

---

آدرس پستی: قم، بلوار الغدیر، دانشگاه قم، ساختمان کتابخانه، دفتر فصلنامه پژوهش های اخلاقی

تلفن: ۰۳۲۱۰۳۳۶۰، آدرس الکترونیکی: Akhlagh\_1393@yahoo.com

---

این نشریه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلامی (ISC) و ایران ژورنال و همچنین در پایگاه اطلاعات علمی

جهاد دانشگاهی (SID) نمایه می شود. نویسندگان محترم می توانند از طریق این پایگاه به نشانی

www.SID.ir مقالات خود را به صورت الکترونیکی (on-line) جهت بررسی به این نشریه ارسال کرده و

آن را رهگیری (Tracing) کنند و یا به ایمیل مجله (Akhlagh\_1393@yahoo.com) ارسال دارند.

---

بر اساس مجوز شماره ۳/۱۱/۳۶۵۲ مورخه ۱۳۸۹/۳/۳ کمیسیون بررسی نشریات علمی کشور در

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، درجه علمی به فصلنامه پژوهش های اخلاقی اعطا شد.

## پژوهش‌های اخلاقی - سال دهم - شماره چهار - تابستان ۱۳۹۹

شماره سالی ۴۰

(فصلنامه باخیزند صاحبان اندیشه، قلم و مقالات مستشرمی شود.)

### راهنمای شرایط تنظیم و ارسال مقالات

#### از نویسندگان درخواست می‌شود:

۱. مقاله ارسالی از ۲۰ صفحه (هر صفحه ۳۰۰ کلمه) بیشتر نشود.
۲. مقاله ارسالی، باید در یک نسخه در محیط word با دقت تایپ و اصلاح شده (با طول سطر ۱۲ سانتیمتر، قطع وزیری) و بر یک روی صفحه A4 همراه با فایل آن به وب سایت یا ایمیل مجله (Akhlagh\_1393@yahoo.com) ارسال شود.
۳. مقاله ارسالی حتماً باید تألیفی باشد و مقالات ترجمه‌ای در صورتی قابل چاپ خواهند بود که همراه نقد و بررسی باشند.
۴. مقاله ارسالی باید دارای بخش‌های ذیل باشد:
  - الف. چکیده فارسی مقاله، حداکثر در ۱۵۰ کلمه و در حد امکان چکیده انگلیسی آن به همین مقدار.
  - ب. مقدمه و نتیجه گیری.
  - ج. واژگان کلیدی فارسی و معادل انگلیسی آن (حداکثر ۵ واژه).
  - د. تعیین رتبه علمی نویسنده و مترجم و ایمیل نویسنده / نویسندگان هر درج اسامی و اصطلاحات مهجور، در پایین هر صفحه ضروری است.
۵. منابع و ارجاعات مقاله باید کامل و دقیق باشد، از ارسال مقالات با منابع ناقص جداً خودداری فرمایید.
۶. در صورتی که توضیحات پانویس‌ها فراوان باشد به پی‌نویس منتقل کنید.
۷. مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۹. منابع مورد استفاده در پایان مقاله به شکل زیر نوشته شود:

#### الف) کتاب

نام خانوادگی، نام نویسنده. (سال انتشار). نام کتاب، نام مترجم، محل انتشار، نام ناشر، شماره چاپ، شماره جلد.

#### ب) مقاله

نام خانوادگی، نام نویسنده. (سال انتشار). «عنوان مقاله»، نام نشریه، شماره مجله.

## پژوهش‌های اخلاقی

### فصلنامه علمی انجمن معارف اسلامی

#### زیر نظر هیأت تحریریه

سال دهم، شماره چهار، تابستان ۱۳۹۹، شماره پیاپی ۴۰

- ۵ / تعهدات اخلاقی طرفین در قراردادهای نفتی بای بک (بیع متقابل) در ایران  
فرزام اردلان/ نجات علی الماسی/ منصور عطاشنه
- ۱۹ / جستاری اخلاقی در حکم فقهی مجازات مرتد فطری  
عادل اصغرپور طلوعی/ رحیم وکیل زاده
- ۴۱ / حمایت از حریم خصوصی در فضای سایبر با تأکید بر اصول اخلاقی و فقهی  
حسن بادینی/ غفور خوئینی/ حمزه کرمی
- ۵۵ / توصیه اخلاقی و لزوم تقدم حق عمومی در حيازت مباحات و معادن عامه  
آیت الله دکتر سید هاشم بطحایی/ سید علی اکبر تقویان
- ۷۱ / بررسی مدارا و کج تابی سازش در دعاوی جمعی تجاری  
سعید جوهر/ شکرالله نیکوند
- ۸۷ / بررسی جایگاه حقوق زنان در منشور حقوق شهروندی با تأکید بر اصول اخلاقی  
آرزو حسینی/ علی حاجی پور کندرود
- ۱۰۵ / مضامین عشق و جبر در داستانهای ناتورالیستی صادق چوبک  
نسرین حلاجان/ پروین دخت مشهور/ مهدی نوروز/ محبوبه ضیاء خدادادیان
- ۱۲۷ / تحلیلی بر ماهیت اخلاقی و حقوقی قواعد آمره در داوری تجاری بین المللی  
امین رستمی/ مسعود زمانی/ منوچهر توسلی نایینی
- ۱۴۹ / جایگاه اخلاق در مالکیت با محوریت قاعده تسلیط و حاکمیت عمومی  
زهرا سرحدی/ سیدمحمد مهدی غمامی/ توکل حبیب زاده
- ۱۶۵ / نقض حقوق مولف در فضای سایبر و پیامدهای اخلاقی آن  
محمد شکوری گرکانی/ نجادعلی الماسی
- ۱۸۹ / بررسی ارزشی - حقوقی رویکرد حاکمیت ایران به خصوصی سازی  
امین اله صمدی/ ابوالفضل جعفرقلیخانی/ محمدرضایوسفی
- ۲۰۷ / سنجش اخلاقی انصاف مدارانه داوری پیش از رسیدگی های شبه قضایی در نظام حقوقی ایران  
با تأکید بر اصول دادرسی منصفانه / جمشید عباس زاده/ بیژن عباسی/ ولی رستمی/ ابراهیم موسی زاده
- ۲۱۵ / صیانت از قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری با محوریت حرمت اشخاص و منع  
هتک حیثیت / محمد جواد رضایی زاده/ وحید ملکی
- ۲۳۵ / بررسی چالش‌های اخلاقی حق سکوت متهم در نظام حقوقی ایران  
سید علیرضا موسوی/ مسعود قاسمی/ محمد جواد جعفری
- ۲۵۵ / بررسی فقهی خیارغبین و حسن نیت در مذاهب خصمه و رابطه آن با اخلاق تجاری  
عبداله نارویی/ جواد پنجه پور / سیامک بهارلویی/ احمد عابدینی
- ۲۷۵ / تقویت مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی از منظر حقوق موضوعه و الزامات اخلاقی  
امیر وطنی/ حسین آقایبی جنت مکان/ محمد امین درویش
- 1-16 / چکیده مقالات به لاتین (Abstracts)



نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۱۸ - ۵

## تعهدات اخلاقی طرفین در قراردادهای نفتی بای بک (بیع متقابل) در ایران

<sup>۱</sup> فرزاد اردلان<sup>۲</sup> نجات علی الماسی<sup>۳</sup> منصور عطاشنه

### چکیده

مقاله پیش رو سعی در بررسی پیرامون اصول قراردادی حاکم بر قراردادهای نفتی بای- بک در ایران دارد که به کرات توسط شرکت ملی نفت ایران که در مقام نمایندگی وزارت نفت ایران انجام وظیفه می کند مورد استفاده قرار می گیرند.

کشور ایران با دارا بودن مقادیر قابل توجهی از ذخایر نفت و گاز طبیعی به عنوان دومین تولید کننده و صادر کننده نفت در جهان و همچنین دومین کشور بزرگ دارنده ذخایر گازی در جهان رتبه بندی می شود در خصوص دو حوزه ی بسیار مطلوب جهت سرمایه گذاری شدن توسط سرمایه گذاران (خارجی) ر ایران می توان به توسعه ی منابع نفتی و نیز گاز طبیعی اشاره کرد که همچنان نیاز به یک سرمایه گذاری خیره کننده را می طلبد.

اختیاری کردن قراردادهای خدماتی بای- بک توسط شرکت نفت ایران به عنوان یک نیروی محرکه در جذب سرمایه خارجی و همچنین دانش عملی و مهارت لازم جهت توسعه صنعت نفت ایران که ستون فقرات اقتصاد ایران به شمار می رود از اهمیت خاصی برخوردار است. این مقاله در نظر دارد علاوه بر شناسایی قراردادهای نفتی بای بک به بررسی حقوق و تعهدات تمهید شده در این دسته از قراردادهای نفتی برای طرفین متعاقدین (پیمانکار و کارفرما) پرداخته که طی مباحث پیش رو به ترتیب اولویت مورد بحث واقع خواهند شد.

### واژگان کلیدی

تعهد اخلاقی، قرارداد، بیع متقابل، تعهدات طرفین.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات.

Email: fardalan87@gmail.com

۲. استاد تمام حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: Najadalialmasi@gmail.com

۳. استادیار حقوق تجارت بین الملل دانشگاه شهید چمران، اهواز، ایران.

Email: Matash1338@yahoo.com

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۴/۱۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱۳

## طرح مسأله

کشور ایران با دارا بودن ۱۵۷/۶ میلیارد (بشکه) نفت ذخایر، به عنوان دومین کشور بزرگ جهان در تولید و صادرات نفت بعد از عربستان سعودی، رتبه بندی می شود همچنین ایران به عنوان دومین کشور بزرگ جهان در عرضه تولید گاز طبیعی بعد از کشور روسیه قرار می گیرد. (قندی، لین، ۲۰۱۲)

کشور ایران به عنوان یکی از اعضای اصلی اوپک دارای اقتصاد بسیار وابسته به در آمد حاصل از صادرات نفت می باشد که در حقیقت به عنوان بزرگترین منبع تولید درآمد برای دولت ایران به شمار می رود (استعلامی، ۱۹۹۹)

هنگامی که صحبت از سرمایه گذاری در حیطه فرصت های سود آور موجود در ایران به میان می آید با این مطالب مواجه می شویم که یک کاهش قابل توجه در میزان علاقه به سرمایه گذاری در ایران در بین هر دو گروه سرمایه گذاران ایرانی و خارجی به وجود آمده است. در این میان، دو بخش اصلی که به دنبال نبود و یا کمبود این سرمایه گذاری بسیار تحت تأثیر قرار می گیرند شامل صنعت نفت و بخش گاز طبیعی خواهند بود.

از دلایل اصلی شرکت کننده در این امر می توان به موارد زیر اشاره کرد محدودیت های سیاسی و برگرفته شده از قانون اساسی و قوانین نفتی ایران که به دلیل نگرانی از به وجود آوردن حق حاکمیت بر منابع نفتی و گاز طبیعی، از هر گونه مشارکت خارجی در حیطه اکتشاف، توسعه و بهره برداری از ذخایر نفت و گاز طبیعی ممانعت به عمل آورده است، از یک طرف و از طرف دیگر تحریم های ویرانگر اعمال شده از سوی ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا توانسته اند به عنوان دو عامل بسیار مؤثر در زمینه کاستن از میزان علاقمندی در سرمایه گذاری در صنعت نفت در ایران باشند.

در اشاره به تحریم های ذکر شده در بالا ابتدا باید به این مطلب بپردازیم که تحریم ها به دو گروه اصلی تحریم های تجاری و تحریم های مالی تقسیم بندی می شوند تحریم های تجاری آن نوع از تحریم ها هستند که به منظور محدود سازی صادرات و واردات یک کشور که منتهی به تحریم کالا و خدمت در آن کشور می شود اعمال می شوند (پرت و علیزاده، ۲۰۱۷).

تحریم های مالی آن دسته از تحریم ها هستند هدف خود را سیستم بانکی و موسسات مالی یک کشور قرار می دهند تا مانع از هر گونه معاملات و نقل و انتقالات مالی آن کشور در سطح جهانی شوند (اندرسون، ۲۰۰۸)

در سالهای اخیر ایران همواره متحمل تحریم های بی سابقه و بسیار کمر شکن اعمال شده از سوی ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا بوده است که به منظور بازداری ایران از پیشرفت در برنامه هسته ای اش اعمال شده اند.

این تحریم ها به گونه ایی بوده اند که تمام فعالیتهای مرتبط به علوم و فناوری در این زمینه را به اضافه فعالیتهای اقتصادی و صنایع دفاعی تحت الشعاع قرار داده اند مخرب ترین تحریم ها در این میان تحریم های اعمال شده بر بانک مرکزی ایران و نفت ایران بوده اند این تحریم ها از طریق ایجاد مانع در برابر انجام هر گونه معامله در حوزه صنعت نفت و گاز طبیعی و نیز هر نوع فعالیت مالی انجام شده توسط بانک مرکزی ایران در سطح بین المللی با قصد فلج کردن اقتصاد ایران را دارند (صادقی، بروجردی، ۲۰۱۲)

تحریم های اتحادیه اروپا با تمرکز بر حوزه بانکداری، تجارت و واردات گاز همگام با وضع جرمه های سنگین مانند مصادره اموال متعلق به شخصیت‌های حقیقی و حقوقی که قصد یاری رساندن به ایران را در عرصه فناوری داشته اند و توانسته است مشکلات عدیده و فراوانی را در حیطه کار و تجارت بین ایران و اروپا ایجاد کند (پرت و علیزاده، ۲۰۱۷)

به بیان دیگر تحریم های اتحادیه اروپا در بانک مرکزی ایران و صنایع فولاد و گاز اقداماتی مؤثر در جهت ایجاد تنش قابل توجه در تجارت میان ایران و اتحادیه اروپا بوده است. از این رو بیشتر سازمانهایی که قصد ورود به مقوله تجارت با ایران را دارند به دنبال اینکه این انتظار را خواهند داشت که با موانع زیادی روبرو خواهند شد به عنوان نمونه لزوم بر کسب مجوزهای لازم در مورد کالاها و خدمات ها فاز تحریم مانند داروها (چنین، ۲۰۱۲) (فاینشال تایمز، ۲۰۱۲) دچار یک نوع بی علافگی در این امر شده اند.

مشکلات اقتصادی موجود در ایران دارای عوامل دیگری نیز می باشد که می توان به نظام آشفته اداری موجود در کنار پرداخت های با تأخیر به طور مکرر اشاره نمود (بورگر و دهقان، ۲۰۱۲)

کاهش ظرفیت حمل و نقل دریایی حاصل از اعمال تحریم های ذکر شده بر بنادر اصلی ایران و نیز تحریم شرکتهای ارائه دهنده خدمات بیمه در زمینه کشتیرانی (چنین، ۲۰۱۲، حورث، ۲۰۱۵)

در کنار نیاز به پرداخت هزینه های گزاف به اشخاص حقیقی و حقوقی که به عنوان واسطه در امر دور زدن تحریم ها عمل می کنند از عوامل دیگر دلسردی سرمایه گذاران در امر تجارت با ایران هستند (فاینشال تایمز، ۲۰۱۲)

در این میان اتخاذ قراردادهای خدماتی می تواند از طریق جذب سرمایه خارجی وارد شوند و توسط شرکت های نفتی بین المللی بر ظرفیت کشور سرمایه پذیر در جذب سرمایه خارجی بسیار تأثیر گذار باشند. (قندی، لین، ۲۰۱۴). اگرچه قراردادهای خدماتی استفاده شونده در ایران دارای سه نسل می باشد اما به طور معمول از این نوع قراردادهای خدماتی بای- بک یاد می شود. (قندی، لین، ۲۰۱۴)

قراردادهای بای بک در ایران که به عنوان ستون فقرات در این بخش انرژی کشور همواره مورد توجه بوده اند به گونه ای توسط شرکت ملی نفت ایران تهیه و تنظیم می شوند (قندی، لین ۲۰۱۴) که در آن ممنوعیت های بی نهایت سخت گیرانه قانون اساسی بر مسئله حق حاکمیت خارجی بر منابع نفت و گاز کشور پیش بینی و گنجانیده شده است به گونه ایی که شرکت های نفت بین المللی را از یافتن هر گونه حق حاکمیت بر این منابع بازمی دارد (قندی، لین ۲۰۱۲)

از آنجا که به دنبال عقد قراردادهای بای بک، شرکت نفت بین المللی عهده دار توسعه میدانهای نفتی مورد قرارداد می شود شرکت ملی نفت ایران امکان برخورداری همزمان از داشتن هر دو فرصت سرمایه و فناوری خارجی را می یابد. (ون گراواندال، مازراتی ۲۰۰۶)

اولین قرارداد بای بک در سال ۱۳۷۴ هـ ش بین ایران و شرکت نفت کونوکو منعقد گردید. (علیخانی، ۲۰۰۰) از آن پس، قراردادهای متنوع دیگری به امضا رسیده است (قندی، لین ۲۰۱۴)

قرارداد بای بک که متعاقب انعقاد آن حق اکتشاف و توسعه میدان های نفتی و مزایای گاز طبیعی مورد قرارداد به ازای دستمزد از پیش تعیین شده را به پیمانکار می دهد، هیچ گونه حقی مبنی بر کنترل منابع استخراج شده و زیر زمینی را به وی (پیمانکار) نداده و به عنوان یک قرارداد بلند مدت، بر رابطه بین پیمانکار و کارفرما، فرمانروایی می کند. (قندی، لین ۲۰۱۴)

تحت یک قرارداد بای بک، واژه «پیمانکار» به شرکت (خارجی) اطلاق می گردد که وارد معامله با شرکت ملی نفت ایران که به عنوان یک شرکت دولتی شناخته می شود، می گردد و به دنبال عقد قرارداد، متعهد می شود که کلیه سرمایه و مهارت لازم جهت توسعه میدان های نفتی و یا گاز طبیعی مورد قرارداد را تأمین نماید. همچنین، واژه کارفرما اشاره به شرکت ملی نفت ایران به عنوان نماینده وزارت نفت دارد.

در بند اول قانون نفت ایران ۹ مهر ۱۳۶۶ هـ ش واژه «قرارداد» این گونه تعریف می گردد "یک توافق قانوناً تعهد آور منعقد شده بین وزارت نفت و واحد اجرایی عهده دار امر اجرا و انجام بخشی از عملیات نفتی منطبق و موافق با قوانین کشور ایران"

به علاوه در بند سوم همین قانون نفت ایران این امر به تصریح آمده است که هرگونه حق تصمیم گیری، حاکمیت و مالکیت بر سر منابع نفتی به دولت اسلامی تعلق دارد و وزارت نفت موظف و مکلف است طبق آن رفتار نماید.

قرارداد خدماتی بای- بک ایرانی، به توافقی اشاره دارد که بین شرکت ملی نفت ایران از یک طرف و شرکت نفت بین المللی از طرف دیگر انجام می شود و طبق آن شرکت نفت بین المللی عهده دار توسعه میدان های نفتی مورد قرارداد شده، در حالیکه هنگام رسیدن به مرحله تولید آن را به طور کامل به شرکت ملی نفت ایران تحویل می دهد. (قندی، لین ۲۰۱۲)

این مقاله سعی دارد به بررسی چارچوب و قالب عمومی قراردادهای بای- بک در ایران



بپردازد اگرچه واضح است هر قرارداد دارای شروط و ویژگی های منحصر به فرد و خاص خود می باشد.

## الف) حقوق و تعهدات پیمانکار

### ۱- حقوق پیمانکار

#### ۱-۱ دریافت حق الزحمه و جبران هزینه ها

به دنبال صدور تأیید و موافقت انجام شده از سوی شرکت ملی نفت ایران مبنی بر اینکه پروژه ی تحت قرارداد به طور کامل به اجرا و انجام رسیده است. شرکت نفت بین المللی به عنوان پیمانکار در قرارداد بایک مورد نظر مستحق دریافت کلیه حق الزحمه و نیز هزینه های جبرانی خویش خواهد شد.

این پرداخت توسط شرکت ملی نفت ایران به عنوان کارفرما در قرارداد بایک-بک به طور کامل بر طبق یک توافق از پیش تعیین شده مندرج در قرارداد از محل سود حاصل از فروش نفت پروژه تحت قرارداد تا درصد معینی انجام می پذیرد. همچنین مبلغی به عنوان بازگشت سرمایه به ازای خدمات ارایه شده توسط پیمانکار شامل: خدمات مشاوره مهندسی، خدمات مرتبط به فناوری و تجهیزات، مساعده های مالی، خدمات مربوط به فعالیتهای مرتبط ساختمانی و نیز تأمین منابع از همین محل برای پیمانکار توافق می گردد. (قندی، لین، ۲۰۱۲)

طبق شرایط و ضوابط تنظیم شده و پیش بینی شده در قرارداد بایک-بک ایرانی، کلیه هزینه های نفتی، هزینه های سرمایه ای و غیر سرمایه ای به علاوه نرخ سود مرتبط به تأمین مالی پروژه و نیز هزینه های مرتبط به ارائه خدمات بانکی در کنار مخارج مرتبط با مالیات و در آمد و عوارض می باید به طور کامل از محل سود حاصل از فروش نفت پروژه ی مورد قرارداد تا بیشینه (سقف) ۶۰٪ تأمین گردد. (حنایی، ۲۰۱۰)

مقدار حق الزحمه هنگام عقد قرارداد تعیین می گردد و امکان انطباق همراه با تغییرات مربوط به پرداخت ها در برنامه جامع توسط ایران را دارد همچنین پرداخت حق الزحمه بر مبنای یک مبلغ از پیش تعیین شده و ثابت قیمت نفت و یا معادل ریالی آن از سهم تولید، تعیین می گردد.

با وجود آنکه پیمانکار در یک قرارداد بایک ایرانی می تواند همواره انتظار برای پرداخته شدن با یک مقدار ثابت و از پیش تعیین شده ی حق الزحمه ردا داشته باشد. اما، در این میان تضمینی برای پرداخته شدن سود سرمایه به صورت ثابت وجود ندارد. (فراهانی، ۲۰۰۰)

#### ۱-۲ دریافت سود سرمایه

سود سرمایه ی سرمایه گذاری شده توسط پیمانکار در قرارداد بایک-بک، توسط شرکت ملی نفت ایران به عنوان کارفرما در قرارداد و منطبق بر نرخ سود تعلق گرفته توسط بانک مرکزی

ایران جهت مساعده ای مالی، به طور کامل پرداخت می گردد. همچنین سود متعلق به کلیه پرداختهای معوقه بر اساس نرخ سود بین بانکی \*\*\*به اضافه یک مبلغ بالا بود محاسبه شده و پرداخت می گردد. در یک قرارداد بای-بک ایرانی اگرچه قرار است کلیه بازپرداخت ها اعم از بازپرداخت هزینه های اصلی و جبرانی به طور کامل انجام شود، اما به دلیل شرایط بسیار متغیر سیاسی و اقتصادی حاکم بر ایران، به جز پرداخت مقدار ثابت و از پیش تعیین شده حق الزحمه که در هنگام عقد قرارداد صورت می گیرد، هیچ تضمینی برای پرداخت سود سرمایه وجود ندارد.

### ۳-۱ پاداش مناسب

در قراردادهای بای بک ایرانی، شرکت ملی نفت ایران به عنوان کارفرما در قرارداد، مبلغی را به عنوان پاداش در نظر گرفته است که آن را به پیمانکارانی اعطاء می کند که توانسته باشند با استفاده و بهره بردن از دانش فناوری و مهارت لازم هزینه های مربوط به انجام پروژه و زمان تحویل پروژه را تا حد قابل توجهی کاهش دهند.

در مقایسه یک قرارداد بای بک با یک قرارداد مشارکت در تولید در می یابیم که از آنجا که بر خلاف قرارداد مشارکت در تولید پیمانکار در آن از تولید سهم می برد، در قرارداد بای بک هیچ سهمی برای پیمانکار از تولید پروژه مورد نظر در نظر گرفته نمی شود لذا پیمانکار در قرارداد بای بک انگیزه ایی جهت انجام دادن پروژه با استفاده از روش های استاندارد و مهارت مورد نیاز و لازم را ندارد با تمهید پاداش مناسب در قراردادهای بای بک ایرانی پیمانکار دارای انگیزه لازم جهت استفاده حداکثر از روش های استاندارد و مهارت لازم در انجام پروژه به منظور کاهش هزینه ها و زمان تحویل پروژه شده، تا به این وسیله مستحق دریافت پاداش گردد. در صورتیکه کاهش هزینه های پروژه به گونه ای انجام شود که کمتر از سقف سرمایه تعیین شده در پروژه شود، اعطای پاداش سه ماه قبل از خاتمه زمان پرداخت انجام می گیرد. (صابر، ۲۰۱۰).

هیچ بازپرداختی جهت هزینه های انجام شده در پروژه که فراتر از سقف سرمایه تعیین شده در قرارداد باشند، توسط شرکت ملی نفت ایران انجام نخواهد شد.

### ۴-۱ امنیت

به منظور برخوردار شدن شرکت نفت بین المللی به عنوان پیمانکار قرارداد بای بک توسط شرکت ملی نفت ایران به عنوان کارفرما در قرارداد بای بک در خصوص یک برنامه جامع تأمین امنیت، یکی از شروطی که در قراردادهای بای-بک ایرانی پیش بینی و تعبیه شده است شرط مربوط به اجرای استراتژی حق امنیت برای پیمانکار است حق برخوردار بودن از امنیت کامل در کشور سرمایه پذیر (ایران) برای سرمایه گذار (پیمانکار - شرکت بین المللی) که به عنوان یک حق بدیهی، مسلم و لازم التأسیس برای پیمانکار محسوب می شود و شامل گستره ی وسیعی بوده که از آن جمله می توان به حق داشتن امنیت در زمینه های فیزیکی (جسمی و جانی)،

اجتماعی، سیاسی، مالی حقوقی مربوط به بیمه شغل و بیکاری، بیمه سلامت و امنیت در حقوق مربوط به جبران خسارت در زمینه های صنعتی، ماشین آلات و کارخانه اشاره نمود. نظر به آنکه شرکت(های) نفت بین المللی ترجیح می دهند کشوری را جهت سرمایه گذاری انتخاب نمایند که احترام و رعایت حقوق اساسی و اولیه بشری در آن یک اصل محسوب می شود. قانون نفت ایران مصوب سال ۱۳۶۶ هـ ش در تبصره ۱۰ خود به این مهم به عنوان یک اصل و وظیفه اصلی توسط وزارت نفت اشاره نموده و بیان می دارد:

« تأمین شرایط دارای امنیت مطلوب و موافق جهت خلق انگیزه و جذب کارایی ها و کفایت ها در کنار لیاقت ها و شایستگی ها»

## ۲- تعهدات پیمانکار

۱-۲ احترام و رعایت حقوق و قوانین جاری در کشور سرمایه پذیر (میزبان)، شرکت نفت بین المللی به عنوان پیمانکار در قرارداد بای- بک موظف است به قوانین حقوقی کشور میزبان احترام گزارده و متعهد است که اطمینان حاصل نماید در عملکرد خویش از قوانین حقوقی ایران اطاعت و پیروی می کند و مطابق آن عمل می نماید مقررات مربوط به کار و اشتغال در ایران که می باید توسط شرکت نفت بین المللی مورد رعایت واقع گردند می تواند شامل مواردی شود که بشرح آن در ادامه خواهیم پرداخت از جمله اینکه

مطابق با قانون کار ایران مصوب ۱۳۶۸ هـ ش تبصره ۱۲۰ «اقوام و ملل غیر ایرانی اجازه کار کردن در ایران را دارند اگر دارای ویزای معتبر جهت ورود به ایران همراه با اجازه ی اشتغال در یک حوزه مشخص باشند و نیز کلیه ی مجوزهای کار آنها منطبق بر قوانین کار در کشور ایران باشد.»

بعلاوه در قانون کار ایران مصوب ۱۳۶۸ هـ ش تبصره ۱۲۴ تصریح شده است «کلیه مجوز های کار باید برای بازه زمانی حداکثر یک سال صادر، تجدید و/یا تمدید شوند»

## ۲-۲ رعایت استانداردهای بین المللی

از جمله تعهدات برشمرده شده برای پیمانکار در قرارداد بای بک تعهد نسبت به رعایت و بکارگیری استانداردها و الگوهای بین المللی در توسعه ی پروژه ی تحت قرارداد است. (صابر، ۲۰۱۰)

از آنجا که شرکت نفت بین المللی به عنوان پیمانکار در قرارداد بای بک هیچ حقی مبنی بر داشتن سهم از تولید نفت پروژه ی مورد قرارداد ندارد (برخلاف پیمانکار در قرارداد مشارکت در تولید) (قندی، لین، ۲۰۱۴)

لذا ترجیح می دهد با استفاده از شیوه های فاقد استاندارد های بین المللی به انجام پروژه بپردازد. عمل کردن مطابق با استانداردهای بین المللی علاوه بر آنکه می تواند منتهی به کاهش

قابل توجه در هزینه های پروژه و نیز زمان تحویل پروژه گردد. در برقراری دوستی زیست محیطی نیز نقش دارد شرکت ملی نفت ایران که به عنوان یک شرکت دولتی و نماینده وزارت نفت در مقام کارفرما و ناظر بر اجرای پروژه ی مورد قرارداد در قراردادهای بای یک انجام وظیفه می کند باید این موضوع مهم را در نظر داشته باشد.

### ۳-۲ اولویت دهی به نیروی کار محلی (ایرانی)

منطبق با قانون کار ایران، پیمانکار یک قرارداد خدماتی در ایران مکلف است هنگام جذب نیروی کار، تمرکز و اولویت خود را بر جذب نیروی ایرانی بگذارد مگر آنکه نیروی ایرانی دارای مهارت و کارایی لازم که صلاحیت وی را برای جذب شدن در حوزه تخصصی و کاری مورد نظر محقق نماید وجود نداشته باشد نیروی کار غیر ایرانی جذب شده موظف است به آموزش نیروهای ایرانی آموزش دیده بتواند جایگزین نیروها و متخصصین خارجی در پروژه های بعدی باشند.

در همین راستا، شرکت ملی نفت ایران، به عنوان یک شرکت دولتی که مسوول برآوردن نیازهای دولت ایران چه در حوزه ی مالی و چه در حوزه ی غیر مالی می باشند، همواره می کوشد مطابق با قانون کار ایران، اصل حفظ درصد بالای نیروی مشغول به کار ایرانی نسبت به خارجی را تعقیب نماید (قندی، لین ۲۰۱۲)

### ۴-۲ آموزش، انتقال فناوری و تضمین کارایی

قراردادهای خدماتی بای یک ایرانی به عنوان یک وسیله کارآمد و مؤثر در جذب همزمان سرمایه و مهارت خارجی به طور مکرر مورد استفاده ی شرکت ملی نفت ایران جهت توسعه صنعت نفت می باشند (قندی، لین ۲۰۴)

در قراردادهای بای یک ایرانی، شرکت نفت بین المللی به عنوان پیمانکار قرارداد متعهد میگردد که علاوه بر آنکه نیروی کار ایرانی را هنگام جذب نیرو در اولویت قرار دهد از طریق آموزش دادن به نیروهای ایرانی دانش و فناوری لازم جهت انجام پروژه های بعدی به ایران منتقل نماید.

### ۵-۲ تأمین مالی پروژه

تحت یک قرارداد خدماتی بای - یک در ایران پیمانکار متعهد می گردد هزینه ها و خرج های مربوط به انجام پروژه ی تحت قرارداد را تأسیس نماید.

هزینه های مرتبط با پروژه شامل هزینه های سرمایه ای و غیر سرمایه ایی از قبیل هزینه های جاری، هزینه های گمرکی، هزینه های مربوط به مالیات و عوارض در کنار هزینه های مربوط به تأمین اجتماعی و بهره های مالی می باشند. اگرچه کلیه هزینه های صرف شده توسط پیمانکار در انجام پروژه می باید توسط شرکت ملی نفت ایران به وی بازپرداخت شود. اما هیچ

تضمینی در این خصوص از سوی شرکت ملی نفت ایران صادر نمی شود. عدم ارائه تضمین از سوی بانک مرکزی در خصوص حمایت از پیمانکار در قرارداد بای- بک که به عنوان تأمین کننده مالی پروژه در نظر گرفته می شود و به عنوان یکی از مشخصه ها و ویژگی های متعلق به قراردادهای بای- بک مدل ایرانی مورد توجه واقع می شود. (شیروی، ابراهیمی، ۲۰۰۶)

## ۶-۲ پرداخت مالیات

همانطور که قبلاً اشاره گردید، پیمانکار در قرارداد بای- بک متعهد می گردد کلیه هزینه های مربوط به انجام پروژه ی تحت قرارداد را که شامل هزینه های مالیاتی نیز می شود پرداخت نموده و شرکت ملی نفت ایران نیز می بایست تمامی هزینه ی صرف شده را به وی بازپرداخت نماید. طبق قانون حمایت و تشویق سرمایه گذار خارجی (FIPPA) تمامی سرمایه گذاران خارجی که قصد سرمایه گذاری در ایران را دارند مشمول پرداخت کردن مالیات از محل درآمد ایرانی خود می شوند. در همین راستا، قانون مالیات های مستقیم در تبصره ۲ از ماده ۱۰۵ تصریح دارد که کلیه افراد حقیقی و حقوقی که در ایران به فعالیت اقتصادی مشغول هستند موظف به پرداخت کردن مالیات بر مبنای نرخ ثابت ۲۵٪ می باشند و این مالیات بر کلیه ی درآمدهایی که حاصل فعالیت مستقیم آنها و یا فعالیت از طریق شعبات وابسته آنها در ایران است، وضع می گردد. همچنین درآمدهای حاصل شده توسط آنها که به واسطه ی اعطای مجوزها و گواهینامه ها و ارائه ی خدمات مرتبط به انتقال فناوری و آموزشی بوده است مشمول پرداخت مالیات می شوند در ادامه، قانون مالیات های مستقیم در تبصره ۲ بند ۱۰۶ به صراحت بیان می دارد « طرح معافیت مالیاتی شامل کسانی می شود که در فعالیت های اقتصادی خویش از کالاها و خدمات تولید شده در ایران بهره برند»

## ۷-۲ احترام به قانون کار در ایران

در توصیف رعایت قانون اشتغال در ایران، باید خاطر نشان کرد که پیمانکار در قرارداد بای- بک ایرانی مکلف و موظف است که طبق قانون کار ایران، ملل خارجی، مجاز به کار در ایران خواهند بود، مشروط بر آنکه دارای ویزای معتبر ورود به ایران همراه با اجازه کار در حوزه مشخص باشند و همچنین کلیه ی مجوز های مربوط به کار آنها، منطبق بر قوانین کار کشور ایران و برای دوره زمانی حداکثر یک سال صادر و تجدید و تمدید شده باشد. به علاوه، قانون کار ایران، کلیه ی مراجع صادر کننده ذی صلاح را مکلف به ارائه همکاری لازم در امر صدور ویزا و مجوز کار و نیز مجوز اقامت نموده است.

## ۸-۲ تأسیس دفتر نمایندگی

طبق مصوبه مجلس شورای اسلامی، کلیه ی شرکتهای خارجی دارای فعالیت اقتصادی در

ایران که به طور قانونی به ثبت رسیده اند، مکلف به تأسیس دفتر شعبه به عنوان نماینده ی خود جهت تحقق اهدافشان و نیز انجام معاملات تجاری هستند شعبه شرکت خارجی در ایران به عنوان شاخه ایی از شرکت مادر فعالیت نموده و به عنوان شرکت تابعه ی شرکت مادر در نظر گرفته می شود. شرکت تابعه در تمام حوزه های فعالیتی خویش اعم از کار، مالیات و عوارض، تأمین اجتماعی و سایر موارد، مشمول اصل اطاعت از قوانین جاری در ایران بوده و حمایت از حقوق قانونی وی توسط دولت کشور سرمایه پذیر (ایران) انجام می پذیرد

### ۹-۲ ثبت، نگهداری و گزارش اسناد و مدارک حسابداری

اسناد و سوابق مرتبط با پروژه ی تحت قرارداد بای- بک شامل مستندات وابسته به حق مالکیت بردارایی ها، که از ضروریات مورد نیاز جهت پرداخت دیون می باشند، و همچنین کلیه اسناد مربوط به مرادوات و رویدادهای مالی و غیر مالی که وابسته به پروژه ی مورد نظر می باشند باید توسط پیمانکار قرارداد بای- بک مطابق با شیوه های استاندارد بکار رفته در سیستم حسابداری ایران مانند جداول آنالیز معاملات برای مدت یک سال مالی تهیه و تنظیم شوند. همچنین شرکت نفت بین المللی به عنوان پیمانکار در قرارداد بای- بک متعهد می گردد امکان دسترسی شرکت ملی نفت ایران که به عنوان کارفرما و ناظر پروژه در قرارداد های بای- بک در نظر گرفته می شود را به کلیه اسناد و مدارک، سیاهه ارقام و نیز مستندات موجود در صورت درخواست وی فراهم آورد و با گزارش دهی مناسب اطلاعات لازم را در اختیار وی گذارد. با علم به این مطلب که شرکت ملی نفت ایران حق دارد یک حسابدار معتمد ایرانی/ غیر ایرانی را جهت ارزیابی اسناد تنظیم یافته مذکور و تعیین میزان صحت، دقت و مطابقت آن ها با قوانین حقوقی جاری ایران اختیار نماید.

### ۱۰-۲ بیمه مسئولیت

بیمه مسئولیت بخشی از سیستم بیمه های عمومی است که بیمه گذار را در جبران خسارات تحت پوشش و حمایت قرار می دهد، " بیمه مسئولیت مدنی جامع " که تحت عناوین "بیمه مسئولیت فعالیت اقتصادی" و " بیمه مسئولیت فعالیت تجاری" نیز خوانده می شود نوعی پوشش بیمه ای می باشد که بیمه گذار را در برابر انواع مطالبات خسارتی مربوط به آسیب های مدنی، خسارات مرتبط با دارایی ها و املاک و نیز هزینه های مربوط به دعاوی حقوقی مطرح شده به دنبال رویدادن حوادث، تحت پوشش قرار می دهد در قراردادهای بای- بک ایرانی، پیمانکار(شرکت نفت بین المللی) متعهد می گردد با اتخاذ بیمه مسئولیت، کلیه کارکنان کارخانه جات و ماشین آلات مرتبط در اجرای پروژه ی تحت قرارداد را تحت پوشش و حمایت بیمه ای قرار دهد. طول مدت اعتبار پوشش بیمه ای مذکور باید از زمان شروع پروژه تا ابتدای دوره بهره برداری از پروژه را پوشش دهد.

به عبارت دیگر طول مدت اعتبار پوشش بیمه ایی برابر طول مدت اعتبار قرارداد بای- بک مربوطه است.

### ۲-۱۱ تنظیم و تسلیم اظهار نامه ها و اقرار نامه های مالیاتی

همانطور که قبلاً ذکر گردید مطابق با تبصره ۲ بند ۱۰۵ قانون مالیات مستقیم، یک نرخ مالیاتی ۲۵ درصد بردآمد کل حاصل شده توسط پیمانکار در قرارداد بای- بک (شرکت نفت بین المللی) وضع می گردد از اینرو شرکت نفت بین المللی متعهد می گردد کلیه امور مربوط به تنظیم و تسلیم اظهار نامه ها و اقرار نامه های مرتبط به مالیات متعلقه به پروژه ی تحت قرارداد را از طریق دفتر شعبه خود در ایران انجام دهد اگرچه کلیه وظایف و تکالیف مالیاتی مربوط به پروژه تحت قرارداد بای- بک، توسط پیمانکار (شرکت نفت بین المللی) پرداخت می گردد، کلیه مبالغ توسط کارفرما (شرکت ملی نفت ایران) به پیمانکار (شرکت نفت بین المللی) بازپرداخت می گردد و انجام بازپرداخت پس از اینکه پروژه به طور کامل انجام یافت، صورت می پذیرد.

### ب) حقوق تعهدات کارفرما

#### ۱- حقوق کارفرما

شرکت ملی نفت ایران به عنوان کار فرما در قرارداد خدماتی بای- بک دارای گروه اصلی از حقوق می باشد که شامل حقوق مالی و حقوق غیر مالی می شوند

#### ۱-۱ حقوق مالی کار فرما

حقوق مالی به آن دسته از حقوق اشاره دارد که می توانند به معادل پولی ارزش خود تبدیل شوند به بیان دیگر قابلیت تبدیل شدن به پول را دارند در ادامه به حقوق مالی شرکت ملی نفت ایران که به عنوان کارفرما در قرارداد بای- بک در نظر گرفته می شود پرداخته می شود.

#### ۱-۱-۱ حق فسخ کردن قرارداد

تحت قراردادهای بای بک ایرانی شرکت ملی نفت ایران به عنوان کارفرما در قرارداد بای بک حق دارد قرارداد را فسخ نماید اگر شرکت نفت بین المللی موفق به رعایت تعهدات خویش نشود و قرارداد مذکور نقض شود از آنجا که در اکثر قراردادهای منعقد شده نقض قرارداد از سوی شرکت نفت بین المللی صورت می پذیرد، لذا فسخ قرارداد از سوی شرکت نفت ملی ایران انجام می پذیرد بدیهی است در صورتی که نقض قرارداد از سوی هر یک از طرفین در گیر قرارداد انجام شود، طرف مقابل می تواند نسبت به فسخ قرارداد مذکور اقدام نماید

#### ۱-۱-۲ حق الزام به اجرای تعهد

به دنبال آنکه نقض قرارداد بای- بک متعاقب شکست پیمانکار در اجرای تعهداتش واقع می شود، کارفرما (شرکت ملی نفت اییرا) می کوشد در در کنار اعطای یک دوره مهلت ۹۰ روزه، وی را ملزم به رعایت تعهدات معوقه اش بنماید

### ۳-۱-۱ حق مطالبه خسارت

در قرارداد بای- بک ایرانی، هر گونه ضرر و یا زیان تحصیل شده توسط پیمانکار(شرکت نفت بین المللی) نیز کارفرما(شرکت نفت ملی ایران) مشمول انجام پیگرد قانونی خواهد بود در صورتی که پیمانکار (شرکت نفت بین المللی)، ضرر و یا زیانی را که ناشی از عدم رعایت استانداردهای بین المللی لازم در انجام پروژه است متوجه کارفرما(شرکت نفت ملی ایران) نماید، کارفرما می تواند طی یک شکایت حقوقی، خسارت خویش را از پیمانکار مطالبه نماید این موضوع ايجاب می نماید شرکت نفت بین المللی (پیمانکار)، با اختیار کردن پوشش بیمه مسئولیت خود را در زمان وقوع ضرر حمایت نماید.

### ۲- حقوق غیر مالی کارفرما

حقوق غیر مالی به آن دسته از حقوق اشاره می کند که می توانند با معادل پولی خود جایگزین شوند و به عبارتی قابل معاوضه با مال نیستند. برخی از عمده حقوق غیر مالی که متعلق به کارفرما (شرکت نفت ملی ایران) در قرارداد بای- بک ایرانی می باشند شامل موارد زیر است:

### ۱-۲ حق بازرسی و نظارت بر پروژه تحت قرارداد

با پیش بینی کردن حق بازرسی و نظارت برای کارفرما(شرکت ملی نفت ایران) در قرارداد های بای- بک ایرانی، شرکت ملی نفت ایران این عنوان را به دست می آورد تا در تمام مراحل انجام پروژه ی تحت قرارداد، بازرسی و نظارت خود را اعمال نماید در مقابل، شرکت نفت بین المللی (پیمانکار) متعهد می گردد تا کلیه اطلاعات و مدارک مورد درخواست را برای شرکت ملی نفت ایران (کارفرما) فراهم آورد.

### ۲-۲ حق نظارت بر خدمات آموزشی

شرکت نفت ملی ایران(کارفرما) در قراردادهای بای- بک، این حق را دارد تا در مورد خدمات آموزشی ارائه شده توسط شرکت نفت بین المللی(پیمانکار)، نظارت خود را اعمال نماید شرکت نفت ملی ایران می بایست اطمینان حاصل نماید که خدمات آموزشی ارائه شده دارای شرایطی از کارایی در تربیت نیروی آموزش دیده مورد نیاز برای پروژه های آینده هستند

### ۳-۲ حق انتخاب و گزینش طرح بیمه ای مناسب

شرکت نفت ملی ایران به عنوان کارفرما در قرارداد های بای بک ایرانی این حق را می باید که پوشش بیمه ای مناسبی را مد نظر قراردادن الزام تعیین شده از سوی قانون کار ایران به این امر و نیز با توجه به اولویت بخش اشتغال نیروی کار ایرانی در پروژه های تحت قرارداد بای بک انتخاب نماید

### ۳- تعهدات کارفرما



در قراردادهای بای بک ایرانی، کارفرما (شرکت ملی نفت ایران) دارای دو گروه اصلی از تعهدات می باشد که در ادامه آمده اند؛

### ۳-۱ تعهدات بازپرداخت هزینه ها

تحت قراردادهای بای بک ایرانی شرکت ملی نفت ایران به عنوان کارفرما متعهد می گردد کلیه هزینه های مجاز را که توسط شرکت نفت بین المللی (پیمانکار) در انجام پروژه ی تحت قرارداد صرف شده اند به پیمانکار بازپرداخت نماید.

همچنین متعهد می شود میلی را به عنوان سود پروژه به پیمانکار پرداخت نماید شرکت ملی نفت ایران زمانی به تعهد خود در بازپرداخت هزینه ها عمل می نماید که تأیید نماید پروژه ی مورد نظر از نظر تجاری قابل بهره برداری پایا می باشد

### ۳-۲ تعهد به صادرات محصول

از آنجا که شرکت ملی نفت ایران قرار است کلیه ی هزینه های صرف شده توسط شرکت نفت بین المللی را از محل درآمد حاصل از نفت پروژه بازپرداخت نماید، به عنوان کارفرما متعهد می گردد و با صادرات نفت حاصل از پروژه ی تحت قرارداد اطمینان حاصل نماید که کلیه ی هزینه های پیمانکار بازپرداخت خواهد شد.

و در پایان اشاره به تعهدات غیر مالی کارفرما که توسط شرکت ملی نفت ایران به عنوان کارفرما در قرارداد بای- بک به ذمه گرفته می شود به منظور بهینه سازی و سرعت بخشی به عملیات توسعه پروژه تحت قرارداد می شود. تأمین پروژه به وسیله فراهم آوری کلیه مجوز ها و پروانه های لازم مربوط به انجام پروژه و نیز فراهم کردن شرایط لازم و ضروری به منظور ارتقاء بخشی به مدیریت پروژه از جمله اقدامات مربوط به بخش های ساختمانی، راهسازی، آب و ... به عنوان اقدامات ضروری جهت کاهش هزینه ها و زمان تحویل پروژه تحت عنوان تعهدات غیر مالی کارفرما در نظر گرفته می شوند.

## نتیجه گیری

قراردادهای خدماتی بای بک در ایران که به عنوان یک نیروی محرکه جهت جذب سرمایه و مهلت خارجی بسیار مورد نیاز در امر احیاء و دوباره سازی صنعت نفت ایران همواره مورد توجه بوده اند، به طور مکرر توسط شرکت ملی نفت ایران به نمایندگی از وزارت نفت ایران مورد استفاده واقع می شوند. شرایط و ضوابط قراردادی موجود در قراردادهای بای بک ایرانی آن چنان با مهارت و دقت طراحی و تمهید شده اند که استفاده از قراردادهای بای بک یک امکان دسترسی به سرمایه و مهارت خارجی را به طور همزمان برای کشور ایران فراهم می آورد اگرچه یک کاهش علاقه به سرمایه گذاری در ایران در میان سرمایه گذاران خارجی به دلیل مسائل و مشکلات ناشی از قانون اساسی ایران و تحریم های اعمال شده بر ایران در این میان وجود دارد. به دلیل عدم وجود حجم کافی از اطلاعات آکادمیک مربوط به قراردادهای خدماتی بای بک در ایران که بتوانند مورد استفاده واقع شوند این مقاله سعی داشته است مفهومی از چهارچوب اصول کلی قراردادهای بای بک در ایران را از طریق به تصویر کشیدن حقوق و تعهدات مربوط به پیمانکار و کارفرما فراهم آورد تا سرمایه گذاران خارجی بتوانند با آگاهی کامل وارد یک معامله ی بای بک در ایران شوند.

## فهرست منابع

۱. کلاویوم، اشمیتوف، حقوق تجار بین الملل، جلد اول. ترجمه دکتر بهروز اخلاقی. انتشارات سمت. چاپ اول ۱۳۸۷.
۲. نفت توسعه دیر هنگام و انقلاب، ترجمه سعید میر ترانی. انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول ۱۳۸۹.
۳. اقتصاد انرژی. ترجمه سید جعفر حسینی و جلال دهنوی. انتشارات دانشگاه امام صادق (ع) چاپ اول ۱۳۹۰.
۴. مدیریت قراردادهای بین المللی. ترجمه محمد رضا اربابی. انتشارات قرارگاه سازندگی خاتم الانبیاء (ص) چاپ اول ۱۳۸۹. جلد اول.
۵. اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی. ترجمه محمد علی نور. انتشارات گنج دانش. چاپ اول ۱۳۷۸.

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۴۰ - ۱۹

## جستاری اخلاقی در حکم فقهی مجازات مرتد فطری

عادل اصغرپور طلوعی<sup>۱</sup>

رحیم وکیل زاده<sup>۲</sup>

### چکیده

ارتداد فطری یکی از جرایمی است که در صورت اثبات آن، مجازات های ویژه ای در نظام کیفری اسلام بر آن مترتب میشود. سوالی که مطرح می شود این است که آیا در صدق عنوان ارتداد فطری، مسلمان بودن پدر و مادر شخص مرتد کافی است؟ یا اینکه علاوه بر آن توصیف کامل اسلام برای شخص بعد از بلوغ و اظهار کفر بعد از آن نیز لازم است؟ در مقاله حاضر به روش توصیفی - تحلیلی به نقش تعریف و توصیف اسلام برای شخص مرتد و نقش توبه در آن پرداخته ایم. نتایج حاصله بیانگر آن است که علاوه بر مسلمان بودن پدر و مادر مرتد، استمرار اسلام آنان و توصیف اسلام و احکام آن برای شخص هنگام بلوغ از جمله شرایط تحقق ارتداد فطری است. همچنین در مورد این سوال که آیا مجازات مرتد در تضاد بامبانی اخلاقی و کرامت انسانی و آزادی پذیرش دین است؟ به این نتیجه رسیده ایم که آنچه به عنوان مجازات مرتد مطرح است در مواردی است که مخالف معاند به جای استفاده از استدلال های منطقی و روش های علمی در صدد تخریب بنیان های اخلاقی و اعتقادی جامعه و محیط علمی آن و تجاوز به حقوق دیگران است.

### واژگان کلیدی

ملاحظه اخلاقی، آزادی اندیشه، توبه، مجازات، مرتد فطری.

۱. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد شبستر، دانشگاه آزاد اسلامی، شبستر، ایران.

Email: adel\_toloy@yahoo.com

۲. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

Email: Rahim\_phd@yahoo.com

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۶/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۲/۳۱

## طرح مسأله

با دقت در ارکان و شرایطی که دین اسلام جهت اثبات جرم معین نموده است مشخص می‌شود که مجازات پیش از آنکه جنبه کیفری محض داشته باشد یک اقدام تامینی شایسته و مفیدی است که می‌تواند از وقوع جرم جلوگیری کند. تجاهر به ارتداد در برخی اوقات موجب هتک حرکت مقدمات مسلمانان و تضييع حقوق آنان و آلوده شدن محیط جامعه خواهد شد که این امر هم به حکم شرع و هم به داوری عقل ممنوع است.

در نظر فقها مرتد فطری کسی است که پدر و یا مادر او در حال انعقاد نطفه او مسلمان باشند سپس خود او بعد از بلوغ اظهار اسلام کند و بعد از اسلام خارج شود. اما علاوه بر این شرط مهم دیگری که برای تحقق ارتداد فطری مطرح است توصیف اسلام هنگام بلوغ برای شخص است یعنی اسلام را برای شخصی هنگام بلوغ تعریف و وصف نموده و با احکام اسلام او را آشنا کنند و شخص به انجام آنها پای بند بوده و بعد از آن ابراز کفر کند. این مقاله در نظر دارد ضمن بررسی اقوال و ادله فقهی فقها نقش توصیف اسلام برای شخص هنگام بلوغ را در تحقق ارتداد تبیین نماید همچنین سوال مهم دیگری آن است که نقش توبه در ساقط شدن مجازات مرتد فطری چیست؟ و در صورت اثبات ارتداد آیا شخص دیگری غیر از حاکم اسلامی می‌تواند مجازات را اجرا کند؟

برای حصول به نتیجه نهایی در خصوص موضوع مورد بحث مقاله، نخست به تعریف جامع و کاملی از مرتد فطری پرداخته، سپس نقش توبه در ساقط شدن مجازات مرتد فطری مورد بحث قرار گرفته است و در کنار این محور اصلی با پذیرش این مطلب که اسلام کسی را مجبور به پذیرفتن دین نمی‌کند دلیل مجازات مرتد و ارتباط آن با آزادی اندیشه و کرامت ذاتی انسان را بررسی می‌کنیم.

### ۱- ارتداد در لغت و اصطلاح

کلمه ارتداد در لغت از ریشه رد به معنای بازگشت و تغییر دادن چیزی است. (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۷۷).

راغب در مفردات می‌گوید: «ارتداد و رده بازگشت از راهی است که از آن آمده است ولی رده به کسر راء اختصاص به کافری دارد که از دین بر می‌گردد» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۳۴۹)

ارتداد در اصطلاح کفر بعد از اسلام است و مرتد اسم فاعل از ارتداد به معنای کسی است که بعد از مسلمان شدن کفر می‌ورزد (شاهروردی، ۱۴۲۳، ج ۸، ص ۳۵۳).

از فقهای معاصر در تعریف ارتداد گفته اند:

ارتداد با انکار اسلام بعد از ایمان به آن و هر عمل و گفتاری که به قصد تحقیر و اهانت به

آنچه در اسلام و نزد همه مسلمانان با وجود اختلاف مذاهبشان به یقین ثابت است حاصل می شود مانند ایمان به خدا، پیامبر و روز قیامت یا واجب بودن روزه و نماز و حج و زکات، (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۶، ص ۲۹۸).

در تعریف مفصل دیگری از تحقق ارتداد آمده است:

نقض قوانین اسلام یا انکار یکی از ضروریات دین مانند حلال دانستن ترک نماز و زکات و حج یا روزه ماه رمضان، هتک حرمت با الفاظ مانند ناسزا به خداوند، پیامبر و خلفای راشدین یا انجام عملی توهین آمیز به مقدسات به قصد توهین و همه کارهایی که مقتضی تحقیر و اهانت به اسلام است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۴، ص ۴۱۱).

## ۲- اقسام مرتد

در کتابهای فقهی شیعه مرتد را به دو نوع مرتد فطری و ملی تقسیم می کنند مرتد فطری کسی است که پدر یا مادر در حال انعقاد نطفه او مسلمان باشند سپس خود او بعد از بلوغ اظهار اسلام کند و بعد از اسلام خارج شود.

مرتد ملی کسی است که پدر و مادر در حال انعقاد نطفه او کافر باشند و آنگاه بعد از بلوغ اظهار کفر کند سپس اسلام آورد و بعد به کفر باز گردد. (فیض، ۱۳۷۲، ۴۱۸).

## ۲-۱- مرتد فطری

مقصود از مرتد فطری، همانطور که گذشت مرتدی است که با فطرت اسلام متولد شده و سپس کفر ورزد.

تعبیر مرتد فطری در اصطلاح فقههای متاخر به تبعیت از شهید ثانی است. شهید ثانی این اصطلاح را از روایات اخذ نموده است که در آنها آمده است «هرکسی از مسلمانان که با فطرت اسلام متولد شده است.» (عاملی، زین الدین، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۲۳ و حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۳۳۳، حدیث ۵)

برخی از فقها برای تبیین تعریف مرتد فطری دو شرط آورده اند.

۱- کسی که با فطرت اسلام متولد شده است.

۲- کفر ورزیدن و خروج از اسلام (حلی محقق، ۱۳۷، ج ۴، ص ۱۷۰)

خروج از اسلام ممکن است توسط مرتد منجر به انتقال به دین جدید مانند یهود یا مسیحیت شود و ممکن است دین جدیدی پس از خروج از اسلام اختیار نکند.

علاوه بر این دو شرط، شرط مهم دیگری که برای تحقق ارتداد فطری ذکر شده است، توصیف اسلام هنگام بلوغ برای شخص است لذا هرکس بالغ شود بدون اینکه اسلام را برای او توصیف کنند اظهار کفر کند مرتد فطری نخواهد بود.

برخی از فقها توصیف اسلام در تحقق ارتداد فطری را معتبر نمی دانند و معتقدند در ارتداد

فطری، اسلام تبعی کفایت می کند یعنی فرزند به تبعیت از اسلام پدر و مادرش مسلمان است. پس اگر بعد از بلوغ کفر ورزد مرتد فطری است و توصیف اسلام بعد از بلوغ و قبل از ارتداد، اعتبار ندارد (تبریزی، ۱۴۱۷، ص ۴۱۷)

شهید ثانی می گوید: اعتقاد به اعتبار وصف اسلام بعد از بلوغ موافق قواعد ما نیست چون کسی که نطفه اش در حال اسلام یکی از پدر و مادرش منعقد شده باشد و بعد از بلوغ مرتد شود مرتد فطری است و توبه اش قبول نمی باشد (عاملی زین الدین، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۲۸).

یکی از فقهای معاصر هم با تکیه بر این مطلب که حتی در دوران کودکی نیز طفل ممیز می تواند اسلام را قبول کند معتقد است اگر بعد از بلوغ چنین شخصی ارتداد ورزد ارتداد او از اسلام حقیقی خواهد بود لذا بر این مطلب پافشاری می کند که توصیف اسلام بعد از بلوغ نقشی در تحقق ارتداد ندارد ایشان می نویسد:

«عده ای توصیف اسلام را برای فرد بعد از بلوغ، در تحقق ارتداد فطری معتبر می دانند در حالی که بچه ای که دارای عقل و قوه تمیز است اعتراف به توحید و رسالت داشته و به آن معتقد باشد حقیقتاً مسلمان است چون به خدا و پیامبر اسلام معتقد است و فرض این است که در حال تمیز اقرار به شهادتین دارد اگر چه دارای عقل کامل نیست که اسم مسلمان بر او صدق کند چنین شخصی اگر اعتقاد داشت و از او پذیرفته شده و مسلمان محسوب می شود به همین دلیل برخی از فقها به صحیح بودن عبادات بچه فتوا داده اند و اینکه گفته شده است قلم تکلیف طفل برداشته شده است ناظر به تکلیف و مجازات است که بچه تکلیف و مجازات ندارد و این مطلب دلالت نمی کند که اسلام او نیز تحقق نداشته باشد یا از او قبول نکنند. لذا ارتداد او در حال کوچک بودن سن او مانند عدم ارتداد او است که اثری ندارد اما اسلام او چرا باید مورد قبول قرار نگیرد بر این اساس اسلام طفل، اسلام حقیقی است نه حکمی پس ارتداد او بعد از بلوغ ارتداد مسلمان از اسلام خواهد بود و روی آوردن او به کفر از قبیل ارتداد فطری است و احکام آن بر او مترتب است برخلاف نظر صاحب جواهر که به تبعیت از کشف اللثام ارتداد فطری شخصی را که اسلام بر او توصیف نشده است را نپذیرفته است و اسلام او را حکمی دانسته است در حالیکه اگر اسلام چنین شخصی محض بود ممکن بود شک کنیم که ارتداد او بعد از بلوغ و قبل از وصف اسلام فطری است یا نیست. اما وقتی که عنوان اسلام در کودکی نیز بر او صدق می کند ارتداد او بعد از بلوغ هم ارتداد فطری خواهد بود» (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۲۸ و ۳۲۹).

فقیه مذکور به دو روایت استناد نموده است که در تحقق ارتداد فطری توصیف اسلام بعد از بلوغ لازم نیست روایت اول را عمار ساباطی از امام صادق علیه السلام نقل نموده است: «که هر مسلمانی بین مسلمانان از اسلام مرتد شود و پیامبر اسلام را انکار کند و او را تکذیب نماید خون

او برای هر کسی که آن را بشنود مباح است» (حر عاملی، ۱۴۹۰، ج ۲۸، ص ۳۲۴).

روایت دوم را حسین بن سعید از امام رضا علیه السلام نقل نموده است «که از امام سوال شده است در مورد شخصی که بر فطرت اسلام متولد شود سپس کافر شده و کفر ورزد آیا توبه داده می شود؟ یا بدون توبه کشته می شود؟ امام نوشت که کشته می شود» (همان)

همانطوری که ملاحظه می شود هر دو روایت ذکر شده به صورت مطلق بیان شده است و دلالتی در این روایت ها بر توصیف یا عدم توصیف اسلام به صورت صریح وجود ندارد چون در روایت اول آمده است که هر مسلمانی که از اسلام روی بر گرداند اما علت این روی گردانی بیان نشده است که به خاطر آشنا نبودن با اسلام و عدم توصیف اسلام برای او است یا دلیل دیگری دارد. همچنانکه از روایت دوم نیز نمی توان عدم توصیف اسلام بعد از بلوغ را استنباط نمود.

قید توصیف اسلام هنگام بلوغ را از نظرات بسیاری از فقیهان می توان برداشت نمود که نظر به اهمیت موضوع برخی از این نظرات را بیان می کنیم.

ابو صلاح حلبی گوید: «اگر مومنی مرتد شود در حالی که با فطرت اسلام متولد شده است به خاطر ارتدادش کشته می شود» (حلبی، ۱۴۰۳، ص ۳۱۱)

قطب الدین بیهقی کیدری می گوید: هر مسلمان از ایمانی که با آن متولد شده است برگردد مرتد است (کیدری، ۱۴۱۶، ص ۱۹۱).

از کلمات: ارتد عن الایمان یا ارتد المومن . این دو فقیه در تعریف ارتداد مشخص است که شرط تحقق ارتداد، توصیف اسلام بعد از بلوغ است به صورتی که عنوان مومن بر شخص صدق کند چون عنوان مومن زمانی بر شخص صدق می کند که بعد از توصیف اسلام ایمان بیاورد و بعد از آن مرتد شود.

ابوالمجد حلبی گوید: اگر کسی که با فطرت اسلام متولد شده و با اظهار کلمه اسلام رشد و تربیت یافته است سپس ارتداد را اظهار می دارد و آنچه را شرع حرام دانسته است حلال می داند و آنچه را شرع حلال دانسته است حرام می داند مرتد است (حلبی ابی المجد، ۱۴۱۴، ص ۱۴۴).

یحیی بن سعید حلی معتقد است: مرتد فطری کسی است که پیوسته مسلمان بوده و بین مسلمانان متولد شده است یا در بین پدر و مادر مسلمان متولد شده است (حلی یحیی، ۱۴۰۵، ص ۲۴۰).

محقق اردبیلی می گوید: بدون شک مرتد فطری زمانی است که یکی از پدر و مادر او از حین علوق (مرحله ای از مراحل حمل) تا بلوغ او مسلمان باشد و مقید به احکام شرع بوده و احکام اسلام را شناخته و به آن عمل کند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۳۱۸).

همچنین ایشان به اظهار اسلام بعد از بلوغ در تحقق ارتداد فطری صراحت دارد (همان، ص ۳۳۹).

صاحب کشف اللثام نیز می گوید: مقصود از مرتد فطری اسلام پدر و مادر یا یکی از آن دو هنگام تولد او و توصیف اسلام هنگام بلوغ است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۶۶۱).

صاحب جواهر بعد از نقل این قسمت از کتاب کشف اللثام می گوید: «توصیف اسلام برای شخص بالغ در تحقق ارتداد فطری معتبر است لذا اگر شخصی بالغ شود در حالیکه کافر است مرتد فطری نخواهد بود و این و اسلام از چیزهایی است که در روایات با کلمه رجل یا مسلم آمده است که این کلمات بر غیربالغ صدق نمی کند لذا در روایات اطلاق وجود ندارد که به خاطر اسلام حکمی فردی، ارتداد صدق کند. بنابراین معیار در ارتداد فطری این است که اگر فردی در اسلام نطفه اش منعقد شود و تولد یابد و اسلام هنگام بلوغ بر او توصیف شود در حالیکه پدر و مادرش یا یکی از آن دو مسلمان باشد بعد از آن مرتد شود» (محقق نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، صص ۳۵۰ و ۳۵۱).

امام خمینی نیز گفته است: هرکسی که یکی از پدر و مادرش هنگام انعقاد نطفه او مسلمان باشد و بعد از بلوغ اسلام را اظهار کند بعد از آن از اسلام خارج شود (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۶).

همچنین در جای دیگری گفته است: فرزند مسلمان اگر بالغ شود و قبل از اظهار اسلام کفر را انتخاب کند ظاهر عدم اجرای حکم مرتد فطری است (همان، ص ۴۹۵)

یکی از فقهای معاصر در تعریف ارتداد فطری بین اسلام حقیقی و اسلام حکمی تفاوت قائل شده و می گوید: «مرتد فطری مردی است که نطفه او منعقد می شود در حالی که پدر و مادرش یا یکی از آن دو مسلمان باشند و هنگام بلوغ و ادراک، اسلام را با سخن یا عمل برگزیند. و مسلمان حقیقی گردد نه مسلمان حکمی و بعد از این از اسلام روی گرداند اما اگر هنگام بلوغ و درک کفر را انتخاب کند در هر حال به خاطر ارتداد کشته نمی شود بلکه از او درخواست توبه می شود و همانند مرتد ملی با او برخورد می شود اگر چه اسم مرتد ملی بر او صدق نکند حقیقتاً. اما او در حکم مرتد ملی است» (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۶، ص ۳۰۱)

روایاتی هم که در مورد ارتداد وجود دارد از کلمات و عباراتی چون «من کان من المسلمین» «بَدَلٌ» «غَیْرٌ» «ارْتَدَّ» استفاده شده است و این عبارات دلالت دارد بر اینکه این جملات بر غیر بالغ صدق نمی کند لذا در تحقق ارتداد فطری وصف اسلام هنگام بلوغ نیز لازم است و صرف اسلام حکمی کفایت نمی کند چون روایات مطلق نیستند که در صدق ارتداد به اسلام حکمی اکتفا نمود لذا هرکس بالغ شود بدون اینکه اسلام را برای او توصیف کنند و کفر را اظهار کند مرتد فطری نخواهد بود همچنانکه فاضل اصفهانی در معتبر بودن توصیف اسلام گفته است: «مرتد فطری اگر با فطرت اسلام متولد شود و بالغ گردد و از پذیرش اسلام خودداری کند توبه داده می شود» (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۷۹).



مقصود این است که اگر در صدق ارتداد فطری اظهار اسلام و توصیف آن لازم نبود فقها باید حکم به ارتداد فطری می نمودند که مجازات آن قتل بدون توبه است. ولی آنان حکم به توبه در صورت امتناع نموده اند.

نکته مهم دیگری که باید به آن توجه داشت این است که مقصود از اسلام در روایات مربوط بر مرتد مسلمان بودن صرف و خالی نیست بلکه مقصود از مسلمان بودن پدر و مادر عمل به ارکان و واجبات دین مانند نماز، روزه و دوری از محرّمات می باشد لذا ممکن است شخصی به سرزمین های غیراسلامی مهاجرت کند و از لحاظ هویت مسلمان باشد ولی از اکثر احکام اسلامی اطلاع نداشته و یا اصلاً توجه و اعتنا به احکام اسلام نکند چنین افرادی حقیقتاً از لحاظ اسم مسلمان هستند پس مراد از مسلمان کسی است که به اسلام و احکام آن اعتنا و توجه داشته و پایبند به آن باشد. آوردن شرط مسلمان بودن پدر و مادر صرف تعبد نیست بلکه رعایت مصلحت و حفظ فرزند از انحراف و تعلیم احکام و آداب اسلامی در طول کودکی تا مرحله بلوغ و رشد است بنابراین شرط بقاء اسلام پدر و مادر یا یکی از آن دو تا هنگام بلوغ فرزند به دلیل تعلیم احکام اسلامی و پرورش کودک است.

بر همین مبناست که محقق اردبیلی گفته است:

«شکی نیست که مرتد فطری زمانی است که یکی از پدر و مادر شخصی از حین علوق تا بلوغ مسلمان بوده و پای بند به احکام شرع باشند و احکام اسلام را شناخته و به آن عمل نماید» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۳۱۸).

بنابراین می توان گفت اگر پدر و مادر شخص مسلمان قبل از بلوغ فرزند بمیرد و فرزند تحت تربیت کسی که عارف و آگاه به احکام اسلام است بزرگ شود و بعد از بلوغ اسلام بیآورد و مرتد شود مرتد فطری است اما اگر در حال اسلام پدر و مادر یا یکی از آن دو نطفه فرزند منعقد شود سپس پدر و مادر یا یکی از آنها بمیرند و فرزند بدون تربیت اسلامی بزرگ شود یا در بلاد کفر تربیت یابد و یا در اجتماع غیردینی یا خانواده ای که پای بند به احکام شرع نیست بالغ شود و بعد از وصف اسلام کفر را برگزیند حکم به مرتد فطری نمودن او مشکل است. برای تبیین بهتر بحث دو شخص را در دو حالت زیر مقایسه می کنیم.

۱- پدر و مادر شخصی هنگام انعقاد نطفه و ولادت او کافر هستند سپس اسلام می آورند و در تربیت فرزند طبق تعلیم اسلام به نحو اکمل و اتم تلاش می کنند سپس فرزند بالغ گشته و اسلام را اختیار می کند بعد از آن منحرف شده و کفر را بر می گزیند مقتضی سخن فقها این است که این شخص مرتد ملی است و بدون درخواست توبه کشته نمی شود.

۲- شخص دیگری که پدر و مادر یا یکی از آن دو هنگام انعقاد نطفه و ولادت او مسلمان بودند سپس هر دو یا یکی از آنان کافر می شود و فرزند در خانواده غیر اسلامی رشد می کند و

شخصیت فرزند تحت تربیت الحادی پدر و مادر کافر شکل می‌گیرد پس از بلوغ و توصیف اسلام منحرف شده و کفر را بر می‌گزیند طبق سخن فقها چنین شخصی مرتد فطری است درحالی‌که صحیح نیست گفته شود در مثال دوم شخصی بدون توبه کشته می‌شود و در مثال اول شخصی با درخواست توبه کشته می‌شود.

از مطالب گفته شده می‌توان چنین جمع‌بندی نمود که برای تحقق ارتداد فطری ۴ شرط باید وجود داشته باشد.

۱- اسلام پدر و مادر یا یکی از آن دو هنگام انعقاد نطفه

۲- اسلام پدر و مادر یا یکی از آن دو هنگام تولد

۳- استمرار اسلام پدر و مادر یا یکی از آن دو به معنی پای بند بودن به شرع و شناخت احکام آن و عمل به احکام شرع تا بالغ شدن فرزند. یا اینکه فرزند تحت نظر کسی باشد که در مدت طفولیت تا بلوغ او را با تربیت اسلامی تربیت کند. اگر پدر و مادر یا یکی از آن دو نباشد یا یکی از آن دو بعد از مسلمان بودن کافر شوند.

۴- اسلام را برای فرزند هنگام بلوغ تعریف و وصف کنند با احکام اسلام او را آشنا کنند و شخص در عمل به انجام آنها پای بند باشد بعد از آن کفر ورزد و ابراز کفر کند و باطنش را در سخن یا عمل نشان دهد.

بنابراین اگر در تحقق برخی از شرایط ذکر شده شک حاصل شود نمی‌توان حکم به ارتداد فطری شخص نمود و بدون توبه او را کشت چون اصل، احتیاط در ریختن خون انسانهاست، جایز نبودن کشتن افراد است مگر در موارد خاص علاوه بر این حدود و تعزیرات با شبهات ساقط می‌شود.

## ۲-۲- توبه مرتد فطری و اثر آن بر مجازات

اکثر فقها معتقدند که مرتد فطری اگر مرد باشد بدون درخواست توبه از او کشته می‌شود (فیض، ۱۳۷۲، ص ۲۶۴). استناد فقها در این مورد به آیه ای از قرآن است که می‌فرماید: «هرکس غیر از اسلام دینی را برگزیند هرگز از او پذیرفته نمی‌شود» (آل عمران، - ۸۵)

شیخ طوسی با استناد به این آیه گفته است:

هرکس از اسلام روی برگرداند و به دین دیگری مانند یهود، مسیحیت و زرتشت و یا هر کفر دیگری روی آورد قتل او واجب است چون خداوند متعال می‌فرماید: «هرکس غیر از اسلام دینی را برگزیند هرگز از او پذیرفته نیست.» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۷۱).

البته یکی از فقهای مشهور و صاحب نام گذشته شیعه به نام مقدس اردبیلی معتقد است که حکم قتل مرتد فطری را نمی‌توان از قرآن به دست آورد همچنان که از فقهای معاصر آقای گلپایگانی نیز بر همین عقیده اند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۳۱۹ و گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص

(۳۴۵).

محقق حلی می گوید: «اگر شخصی با فطرت اسلام متولد شود اگر توبه کند اسلام او مورد قبول نیست و کشتن او حتمی است.» (محقق حلی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص ۱۷۰).

شیخ مفید نیز گفته است هرکس که با فطرت اسلام متولد شود و از دین برگردد به اجماع مسلمانان قتل او واجب است (مفید، ۱۴۱۳، ص ۸۰۰).

این زهره حلی می گوید: هرکس که با فطرت اسلام متولد شود و مرتد شود بدون اینکه توبه داده شود می میرد به دلیل اجماع و به کسی که مخالف این مطلب است استدلال می شود به فرمایش معصوم که «هرکس دینش را تغییر دهد او را بکشید» و یا این فرمایش که «جایز نیست ریختن خون شخص مسلمان مگر به سه دلیل کفر بعد از ایمان، زنا بعد از احسان و قتل شخص در مقابل شخصی» در این روایات به درخواست به درخواست توبه از مرتد فطری اشاره شده است و هرکسی معتقد درخواست توبه بود باید دلیل داشته باشد (حلی، این زهره، ۱۴۱۷، ص ۳۸۰).

از مباحث این دسته از فقها مشخص است که بدون درخواست توبه از مرتد فطری باید او را مجازات نمود و ابن زهره نیز در این مود ادعای اجماع دارد در عین حال ابن جنید از فقهاء معتقد است که ارتداد فقط یک نوع است و از شخص مرتد درخواست توبه می شود اگر توبه کند مجازات نمی شود و اگر توبه نکند کشته می شود (عاملی، زین الدین، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۲۵).

شهید ثانی نیز متمایل به این فتوای ابن جنید است لذا می گوید: «آنچه از نظر ابن جنید ظاهر است ارتداد یک نوع بیشتر نیست و از مرتد درخواست توبه می شود اگر توبه کند مجازات ندارد وگرنه او را می کشند همانطور که اهل سنت نیز نظرشان همین است البته با اختلاف نظری که در مورد مدت مهلت دادن به مرتد دارند و عموم دلایل معتبر دلاله بر این مطلب دارد (درخواست توبه از مرتد فطری) و تخصیص زدن عموم این روایات یا مقید نمودن مطلق روایات به روایت عمار خالی از اشکال نیست و روایت علی بن جعفر هم صریح در تفصیل نمی باشد هرچند مشهور فقهای شیعه تفصیل مذکور یعنی درخواست نمودن توبه در مرتد فطری و درخواست تو به در مرتد ملی را پذیرفته اند» (همان).

مقصود شهید ثانی از روایت عمار که دارای اشکال است روایتی است که عمار سبابا طی می گوید: «از امام صادق شنیدم که می فرمود: هر مسلمانی بین مسلمانان یا پدر و مادر مسلمان، از اسلام برگردد و پیامبر اسلام و نبوت او را انکار یا تکذیب کند خون او بر هرکسی که آن را می شنود مباح است و زن او از روز ارتداد از او جدا می شود و نزدیک او نمی رود و مال او میان ورثه تقسیم می شود و زن او عده وفات نگه می دارد و بر عهده امام است که او را بکشد.» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۳۲۵).

شهید ثانی این روایت را به دلیل وجود عمار ساباطی که از فطحیه است دارای اشکال می‌داند و معتقد است این روایت صلاحیت ندارد مخصوص و مقید روایات دیگر باشد.

روایت علی بن جعفر بیان می‌کند «پرسیدم از مسلمانی که مسیحی شود فرمود کشته می‌شود و توبه داده نمی‌شود گفتم مسیحی اگر مسلمان و بعد از آن مرتد شود؟ فرمود: درخواست توبه می‌شود اگر باز گردد که هیچ وگرنه کشته می‌شود» (همان، حدیث ۵)

این روایت نیز در نزد شهید ثانی دلالت بر تفصیل ندارد یعنی دلالت بر درخواست توبه در مرتد ملی و عدم درخواست توبه در مرتد فطری ندارد.

علاوه بر شهید ثانی محدث کاشانی هم به نظر درخواست توبه از مرتد فطری متمایل است و معتقد است از مرتد مطلقاً درخواست توبه می‌شود اگر امتناع نمود کشته می‌شود هر چند این نظر ضعیف است اما بنابر احتیاط باید به آن عمل شود (کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۴)

محقق اردبیلی معتقد است مجازات مرتد فطری همانند کشتن او، واجب بودن تقسیم اموال او در میان ورثه و جدایی همسر و امثال آن را نمی‌توان از قرآن به دست آورد علاوه بر این اجماعی هم در این مورد وجود ندارد که بتوان ادعا نمود شامل همه موارد مجازات شوند. روایات ذکر شده در مورد مجازات مرتد فطری هم دارای اشکال و در برخی موارد دارای تناقض می‌باشند ایشان ضمن بیان برخی از این روایات اشکال آن را هم بیان می‌کنند:

۱- روایت محمد بن مسلم که می‌گوید از امام باقر در مورد مرتد پرسیدم فرمود: «هرکسی که از اسلام روی برگرداند و به آنچه بر پیامبر اسلام نازل شده است بعد از مسلمان شدنش کفر ورزد توبه ای برای او نیست و قتلش واجب و زن او از او جدا می‌شود و آنچه دارد بر فرزندانش تقسیم می‌شود» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۳۲۳).

به نظر مقدس اردبیلی علاوه بر اینکه این روایت صحیح نیست در صدد بیان این است که مرتد فطری شخصی است که بعد از اسلام کافر می‌شود و متبادر از آن اسلام حقیقی است نه حکم مسلمان بودن به خاطر اسلام یکی از پدر و مادر پس در این صورت شامل هر دو قسم مرتد خواهد شد در حالی که روایت فقط در صدد بیان مرتد فطری است.

۲- روایت عمار ساباطی که در گذشته بیان نمودیم و شهید ثانی آن را دارای اشکال دانست مقدس اردبیلی هم به خاطر وجود عمار ساباطی این روایت را ضعیف می‌داند همچنین این روایت دلیل بر تفصیل بین درخواست توبه در مرتد ملی و درخواست نکردن توبه در مرتد فطری ندارد علاوه بر این ظاهر این روایت دارای تناقض است. چون در وسط روایت مجازات مرتد را برای هرکس که آن را می‌شنود جایز می‌داند چون روایت می‌گوید: ریختن خون او بر هرکسی که آن را بشنود مباح است و این حکم معلوم نیست که صحیح باشد و در آخر روایت بیان می‌کند که امام باید مرتد را مجازات کند لذا اول روایت با آخر روایت همخوانی ندارد. و

روایت فقط در صدد بیان مرتد فطری است که مرتد فطری مسلمانی است که پدر و مادرش مسلمان باشند سپس او مرتد شود.

۳- روایت علی بن جعفر از برادرش امام موسی بن جعفر علیه السلام که می گوید: از امام در مورد مسلمانی که مسیحی می شود پرسیدم فرمود: کشته می شود و طلب توبه از او نمی شود گفتم: مسیحی که اسلام بیاورد و پس مرتد شود فرمود: درخواست توبه می شود اگر برگشت مجازات ندارد در غیر این صورت کشته می شود (همان)

این روایت هم در صدد بیان برخی از افراد مرتد است و غیر از کشتن و توبه ندادن مسلمانی که مسیحی شود و کشتن بعد از درخواست توبه و توبه نکردن مسیحی که مسلمان و سپس مرتد شود و قبول توبه او اگر توبه کند چیز دیگر از این روایت فهمیده نمی شود که با آن بتوان برخی از احکام مرتد فطری را فهمید.

۴- صحیحہ حسین بن سعید: دست خط فردی را که به امام رضا علیه السلام نامه نوشته بود خواندم که مردی با فطرت اسلام متولد سپس کافر شده و شرک ورزیده و از اسلام خارج شود آیا درخواست توبه از او می شود یا کشته می شود و درخواست توبه از او نمی شود؟ حضرت نوشت: کشته می شود (همان، ج ۲۸، ص ۳۲۵).

این روایت نیز پیش از قتل چیز دیگری را ثابت نمی کند و دلالت دارد که مرتد فطری کسی است که با فطرت اسلام متولد شده است و این جمله مجمل است و تفصیل ندارد که مشخص گردد مقصود از مسلمان بودن یکی از پدر و مادر از حین علوق (حاملگی) است. همچنین اشکال این روایت مکاتبه بودن آن است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، صص ۳۲۰ و ۳۲۱) از آنچه در مورد نظرات فقها، در مورد درخواست توبه از مرتد فطری بیان شد مشخص گردید که عده زیادی از فقها درخواست توبه از مرتد فطری را لازم نمی دانند اما عده ای دیگر از فقها مانند ابن جنید درخواست توبه از مطلق مرتد را ضروری می دانند و شهید ثانی و محدث کاشانی متمایل به این نظر بودند.

بحث دیگر در اینجا این است که اگر از مرتد فطری درخواست توبه نشود اما خودش داوطلبانه اقدام به توبه نماید و به اسلام باز گردد آیا توبه او مورد قبول است و در صورت توبه نمودن احکام و مجازات همانند کشتن و جدا شدن همسر و تقسیم اموال از او ساقط می شود؟

برخی از فقها معتقدند توبه شخص مرتد فطری فایده ای در از بین بردن مجازات او ندارد. همچنانکه شیخ طوسی در مبسوط و ابن حمزه در الوسیله و صاحب جواهر بیان نموده اند اسلام او مورد قبول نیست (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۲۸۲ و ابن حمزه، ۱۴۰۸، ص ۴۲۴ و محقق نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۶۰۵)

از جمله استدلالات این فقها روایت محمد بن مسلم است که در آخر روایت امام فرموده

است که «توبه ای برای مرتد فطری نیست و قتل او واجب است» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۳۲۳ و ۳۲۴).

اما با دقت نظر در روایات و همچنین در عبارات فقها مشخص می شود که تعابیر آنها در این مورد یکسان نبوده و مختلف است چون در برخی از عبارات از کلمه «لایستتاب» استفاده شده است که به معنای درخواست توبه نمی شود می باشد و در برخی از عبارات از عبارت «لا تقبل توبته او اسلامه» یعنی توبه یا اسلام او مورد قبول نیست استفاده شده است.

به عنوان مثال در روایت عمار ساباطی از امام صادق علیه السلام «لایستتبه» آمده است (همان، ص ۳۲۶). اما در روایت محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام «لا توبه لها» آمده است (همان، ص ۳۲۳).

لذا لازمه ای بین درخواست نکردن توبه از مرتد با قبول نکردن توبه او وجود ندارد. چون امکان دارد از مرتد درخواست توبه نشود اما خودش داوطلبانه اقدام به توبه بکند لذا با اختلافی که در تعابیر روایات و به تبع آن در نظر فقها وجود دارد مخصوصا با نظر ابن جنید که در مطلق ارتداد درخواست توبه را پذیرفته است و شهید ثانی و محدث کاشانی هم متمایل به این نظر بودند. ادعای اجماع در مورد قبول نکردن توبه مرتد فطری ممکن نخواهد بود.

از طرف دیگر روایتی را که محمد بن مسلم آن را بیان نموده است و مورد استناد فقها برای قبول نمودن توبه مرتد فطری است اولاً این روایت در مورد مطلق مرتد است و اختصاص به مرتد فطری ندارد و ثانیاً این روایت اطلاع دادن از امر واقعی است که اگر کسی از اسلام روی گرداند و به آنچه بر پیامبر اسلام نازل شده است بعد از مسلمان بودنش کافر شود بازگشت او آسان نخواهد بود و موفق به این کار نخواهد بود و در نتیجه احکام سختی بر او جاری خواهد شد. لذا نمی توان به آسانی و به جرات به ریختن خون انسانی فتوا داد که به سوی خداوند متعال توبه نموده و از اعمال و کردار خود پشیمان است و به روایتی استناد نمود که معانی مختلف از آن قابل برداشت است و در روایات دیگر هم از لفظ درخواست توبه نمی شود استفاده شده است نه اینکه توبه او مورد قبول نمی باشد.

روایت دیگری هم که مورد استناد فقها است روایتی است که از امام سؤال می شود مردی که با فطرت اسلام متولد می شود پس کافر می گردد آیا از او درخواست توبه می شود یا کشته می شود و درخواست توبه نمی شود امام در پاسخ فرمودند: کشته می شود (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۲۸، ص ۳۲۵).

به همین دلیل معنای عبارت کشته می شد این است اگر شخص در آن حال باقی بماند و دائماً مرتد باشد کشته می شود اما این کشتن شامل بعد از توبه کردن شخص نخواهد شد بر پایه همین مبنا محقق اردبیلی گفته است «احتمال دارد بگوییم اگر مرتد فطری واقعا توبه کند اموال

او اگر از دست او خارج شده است به او بر می گردد. و کشته نمی شود بلکه زن او نیز هنگام توبه شوهر در عده بر او بر می گردد چون دلیلی بر منع او بعد از توبه وجود ندارد و اگر کسی از ارتداد او اطلاع نداشت و یا مطلع بود ولی قدرت بر او نداشته باشد ولی خود شخص توبه کند بعید نیست که مانند مرتد ملی باشد که بین خود و بین خدا توبه او مورد قبول باشد و احتمال دارد حتی در آخرت هم مجازات نداشته باشد» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۳۲۸).

ابن براج از فقها هم گفته است: «مرتد فطری بدون درخواست توبه از او کشته می شود ولی اگر توبه کند احدی به او راه ندارد» (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۵۲).

از نظر قرآن مجید مرتدین پس از اتمام حجت و عدم توبه، مستحق کیفر در آخرت می باشد چون خداوند متعال می فرماید: «چگونه خداوند قومی را که پس از ایمانشان کافر شدند هدایت کند و پیش از این شهادت داده بودند که پیامبر بر حق است و دلایل روشن نیز به آنان رسیده بود آنان از سر لجاجت به کفر روی آوردند و به همین سبب ستمکارند و خدا ستمکار را هدایت نمی کند. آنان سزایشان این است که لعنت خدا و فرشتگان و همه مردم بر آنها خواهد بود در لعنت خدا ماندگار و برای همیشه در عذاب گرفتارند نه عذاب از آنان کاسته می شود و نه مهلتی می یابند مگر کسانی که پس از آن توبه کردند و مردمی شایسته شدند که خدا آنان را می آمرزد و بر آنها رحمت می آورد، زیرا خداوند بسیار آمرزنده و مهربان است» (آل عمران، ۸۶ الی ۸۹).

از این آیات مبارکه برای مجازات مرتدین در جهنم چند امر بیان شده است:

۱- شهادت دادن بر حقانیت پیامبر اسلام

۲- کافی بودن دلایل

۳- عدم توبه و اصلاح خود

از آیه اخیر استفاده می شود که خداوند توبه مرتد را می پذیرد خواه مرتد فطری باشد و یا مرتد ملی زیرا در آیه اول جمله کفروا بعد ایمانهم آمده است و کفر پس از ایمان اعم است از اینکه مسیوق به کفر باشد (مرتد ملی) و یا مسیوق به کفر نباشد (مرتد فطری) سپس خداوند متعال می فرماید: توبه دو دسته قبول نمی شود یک دسته کسانی هستند که پس از اتمام حجت در کفر طغیان می ورزند و دسته دیگر کسانی می باشند که پس از اتمام حجت در حال کفر می میرند و در باره آنان چنین می فرماید: (به یقین کسانی که پس از ایمانشان بی هیچ بهانه ای کافر شدند و سپس به کفر خویش افزودند هرگز توبه آنها پذیرفته نمی شود چرا که توبه آنان توبه واقعی نیست و اینان گمراهند). (آل عمران، آیه ۹۰). از این آیه نیز صریحاً استفاده می شود که در صورت طغیان در کفر و یا عدم توبه و ماندن در حال عناد کفر تا زمان مرگ مستحق کیفر و مجازات در آخرت هستند اما اگر توبه نمایند مجازاتی برای آنان در آخرت نمی باشد و

ظاهر آیات مذکور این است که آنان نه تنها مکلف به توبه هستند بلکه توبه آنان نیز پذیرفته می‌شود زیرا معنی ندارد خداوند از مردمی بخواهند توبه نمایند اما توبه آنان را در دنیا قبول نکند و فقط توبه آنان در آخرت برای آنان تاثیر داشته باشد چرا که توبه عبارت از رجوع از کفر در دنیاست و اگر بگوییم توبه آنان در دنیا پذیرفته نیست معنای آن این خواهد بود که در دنیا به حال کفر باقی مانده اند و کافر از دنیا رفته اند و اگر آنان در حال کفر از دنیا بروند قطعاً مشمول آیه اخیر خواهند گردید پس ناچار باید بگوییم محل پذیرش هر توبه ای در دنیاست لذا مقتضای جمع بین ادله این است که توبه مرتد فطری پذیرفته می‌شود. زیرا دلیلی بر عدم قبول توبه وی نیست و اطلاعات ادله توبه اقتضا می‌نماید که توبه مرتد پذیرفته شود.

روایات وارد شده در مورد قبول نکردن توبه مرتد فطری معارض با روایاتی هستند که دلالت دارند توبه مرتد فطری پذیرفته است در ذیل صحیحه ابی بکر حضرمی از امام صادق علیه السلام آمده است: که «فان رجع الی الاسلام و تاب» اگر به اسلام رجوع نموده و توبه کند. (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۷۳). این روایت درباره مرتد فطری است و توبه او را مفروض الوجود و الصحه دانسته است و گر نه درست نبود که بفرماید (و تاب) اگر توبه کند همچنین روایت سکونی از امام صادق علیه السلام از پدراناش از علی علیه السلام که در آن آمده است مجاهد بر امام علی علیه السلام وارد گردید وی از آن حضرت پرسید که با قدریه چگونه رفتار می‌نمایی؟ آن حضرت فرمود: آنان را توبه می‌دهم اگر توبه کنند و گرنه آنان را می‌کشم. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، صص ۳۳۵ و ۳۳۶)

در حدیث ابن سبا آمده است که آن حضرت او را توبه داد (همان، حدیث ۴).  
لذا با فرض تعارض، روایات ساقط می‌شوند و لازم است پس از تساقط به عموم و اطلاق ادله توبه مراجعه نماییم سوره نسا آیه ۱۱۶ نیز آمده است که می‌فرماید: «خداوند مشرک را نمی‌آمرزد اما غیر مشرک را مورد آمرزش قرار می‌دهد» (شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۸۳).  
اشکال مهم دیگر نپذیرفتن توبه مرتد فطری این است که اگر توبه او مورد قبول نباشد تکلیف ما لایطاق به وجود می‌آید چون از یک طرف مرتد فطری هم مکلف به اسلام است و از طرف دیگر اگر توبه او مورد قبول نباشد باید از تکلیف خارج شود در حالیکه به اجماع فقها کسی که بالغ و عاقل است تکلیف دارد.

لذا برخی فقها نظر داده اند که باید توبه مرتد فطری مورد قبول واقع شود تا تکلیف ما لا یطاق به وجود نیاید چون اگر مرتد فطری مکلف به اسلام باشد و توبه او مورد قبول قرار نگیرد تکلیف به انجام عملی شده است که قدرت انجام آن را ندارد و اگر گفته شود تکلیف از او ساقط است لازمه این نظر این است که انسان بالغ عاقل را از انجام تکالیف دینی استثناء و معاف کنیم در حالیکه به اجماع فقها چنین سخنی باطل است که انسان بالغ عاقل از انجام تکلیف دینی



بدون دلیل معاف شود. به همین دلیل عبادات و معاملات مرتد فطری اگر کسی از ارتداد او اطلاع نداشت و او توبه کرده باشد صحیح است. لذا محقق خوئی در مورد دلیل قبول توبه مرتد فطری نسبت به غیر احکام مجازات می گوید: «از جمله دلایلی که بر قبول توبه به مرتد فطری دلالت دارد این است که اگر کسی شهادتین را اظهار کند حکم به مسلمان بودنش می شود و شکی وجود ندارد که تکلیف از او ساقط نمی شود و او مکلف به نماز و روزه و چیزهای دیگری که شرط در صحیح بودن اسلام است می باشد. لذا اگر توبه او را قبول نکنیم تکلیف او ممتنع خواهد بود در حالیکه او به خاطر اظهار شهادتین مسلمان است» (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۳۳۷).

علاوه بر این فقها اتفاق نظر دارند که نمازهای مرتد فطری در زمان ارتدادش قضا می شود تا آنجا که در مورد این مطلب سید مرتضی در ناصریات خود ادعای اجماع میان همه فقها مسلمان را نموده است. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۶۰۷).

بنابراین اگر توبه مرتد فطری مورد قبول نباشد چگونه می توان این فتوا را دارد که نماز مرتد فطری در زمان ارتدادش بعداً قضا خواهد شد. از مفهوم مخالف یکی از آیات قرآن نیز می توان قبول توبه مرتد فطری را برداشت نمود.

خداوند متعال می فرماید: «کسانی از شما که از دین خود برگردند و در حال کفر بمیرند اعمالشان در دنیا و آخرت تباه می گردد و آنان همدم آتش بوده و در آن جاودانه خواهند بود.» (بقره، ۲۱۷)

مفهوم مخالف این آیه این است که اگر کسانی از شما که از دین خود برگشته اند در حال کفر نمیرند بلکه توبه کنند شامل مجازاتهای ذکر شده در آیه نخواهند بود (کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۴۰ و لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۶۹۳).

لذا صاحب عروه گفته است که این آیه دلیل بر قبول توبه مرتد فطری است بنابراین آنچه برخی فقها نقل نموده اند که توبه مرتد فطری مورد قبول نیست اعتباری ندارد (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۴۴۹).

روایاتی که در مورد توبه آمده است چون در مقام رافت و امتنان به دلیل وسعت رحمت الهی هستند عام و مطلق بوده و قابل تقیید و تخصیص نیستند. آسان بودن شریعت اسلام خصوصاً نسبت به توبه، و گناه کبیره بودن ناامیدی از رحمت خدا، و قبول توبه به عنوان رحمت از سوی خداوند متعال اقتضای قبول توبه مرتد فطری باطناً و ظاهراً را دارد. امام علی علیه السلام توبه خوارج را اینکه کفرشان از شدیدترین کفرها بودند پذیرفتند و بین مرتد فطری و ملی فرقی نگذاشتند (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۶، ص ۳۸۲).

بنابراین اگر شک در قبول نکردن توبه مرتد فطری داشته باشیم بنابه قاعده درء حد ساقط خواهد شد همچنان که احتیاط در حفظ جان انسانها در نزد شارع امری پسندیده و شایسته است

چنانکه از پیامبر اسلام نقل شده است که:

حدود را از مسلمانان تا آن مقدار که می‌توانید بردارید و ساقط کنید اگر راهی برای برون رفت مسلمانان از این حالت پیدا کردید آن را انجام دهید. اگر امامی در عفو کردن اشتباه و خطا کند بهتر از این است که در مجازات اشتباه و خطا کند (السنن الکبری، ج ۸، ص ۲۳۸ به نقل از اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۱۵۲).

بنابراین اگر مرتد فطری توبه کند احکام مجازات در مورد او اجرا نمی‌شود اگر قبل از اثبات ارتداد نزد حاکم یا بعد از اثبات ارتداد و قبل از حکم حاکم توبه کند احکام ارتداد بر او جاری نمی‌شود و اگر بعد از اثبات ارتداد و حکم حاکم به قتل، و جدایی همسر او و تقسیم اموال توبه کند به خاطر احتیاط در حفظ جانها و قاعده درء مجازات قتل از او ساقط و اموال او نیز به او باز می‌گردد اما اگر بخواهد به همسر خود باز گردد نیاز به عقد و مهر جدیدی است به خاطر اهمیتی که امر ازدواج و آثار آن دارد (همان).

### ۳- آزادی اندیشه و مجازات مرتد از منظر اخلاقی

اسلام هیچ‌گاه کسی را مجبور به پذیرش دین نمی‌کند و اصولاً دین و عقیده با اکراه به دست نمی‌آید لذا سوالی که پیش می‌آید این است که دلیل مجازات مرتد چیست؟ و آیا مجازات مرتد در تضاد با آزادی در اندیشه و کرامت ذاتی انسان است؟

چون اسلام دینی است با دعوت جهانی رسالت پیامبر اکرم، دعوت به توحید براساس اندیشه، تفکر، بیداری وجدان و فطرت انسانها و تدبیر در هستی است همچنانکه علی علیه السلام در نهج البلاغه هدف فرستادن پیامبران الهی را رعایت میثاق فطرت و آشکار نمودن گنجینه‌های پنهان عقل و خرد بر شمرده است (سید رضی، ۱۳۷۹، خطبه اول).

تحمیل عقیده و اکراه و یا اعمال فشار در حوزه دین و عقیده راه ندارد، بلکه اختیار و آزادی در پذیرش دین شرط قبولی آن است باید حقیقت دین بر مردمان تبیین و آشکار گردد تا خود اسلام را راه حقیقت و رستگاری یابند و به آن بگروند (بقره، ۲۵۶)

اخلاق نیکو و معاشرت پسندیده با مردم بود که مشرکان و مومنان را به پیامبر و دین او جذب می‌نمود و در سخت‌ترین لحظات با جان و مال او را همراهی می‌کردند اگر پیامبر می‌خواست با زور و اکراه دیگران را به توحید دعوت کند نه تنها امکان پذیر نبود زیرا گرایش به دین اصولاً با اکراه سازگاری نیست. بلکه توسل به خشنونت مومنین را از گرد او می‌پراکند. (آل عمران، آیه ۱۵۹).

سیره و عملکرد پیامبر اسلام نیز نشان از آزادی عقیده در زمان پیامبر دارد پیامبر اکرم (ص) در اولین سند حقوقی، سیاسی و اجتماعی خود در متن پیمانی که میان قبایل مختلف مسلمان و یهودی ساکن در مدینه منعقد ساخت آزادی‌های عمومی از جمله امنیت و آزادی دینی

را برای پیروان دو دین موجود در مدینه به رسمیت شناخت (رهایبی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۵). مورخین مشهور نقل نموده اند که پیامبر پیمانی را با یهود منعقد نموده و آنها را در دین خود آزاد گذارده و اموالشان را محترم دانسته است در این پیمان آمده است: یهود با مومنان مانند یک ملت و امت هستند با این تفاوت که یهود پیرو دین، خود مسلمانان هم تابع دین خود باشند و در این حکم تفاوتی میان خودشان و بندگانشان وجود ندارد. (ابن هشام، ج ۱، ص ۵۱ به نقل از رهایبی، همان، ص ۱۵۵).

همچنین زمانی که مسیحیان نجران در جریان مباحله به مدینه آمدند به هنگام عصر به مسجد پیامبر وارد شدند زمان برگزاری مراسم عبادی شان بود برخاستند تا در مسجد پیامبر مراسم خود را اجرا کنند. مسلمانان خواستند تا مانع آنان شوند. پیامبر فرمود: آزادشان بگذارید آنگاه آنان به سمت مشرق ایستادند و مراسم عبادی خود را به جای آوردند (ذهبی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۶۹۵).

آنچه در اسلام بعنوان مجازات مرتد مطرح است به هیچ وجه به معنای ایجاد محدودیت یا برخورد قهرآمیز با آراء و عقاید مخالف که براساس استدلال و منطق ابراز می گردند نمی باشد بلکه با توجه به آیات و روایات و سیره معصومان مقصود از آن مواردی است که مخالف معاند به جای استفاده از براهین و استدلال منطقی به دروغ و فریب و یا توهین و افتراء روی می آورد و از این طریق و با روشهای غیرعلمی در صدد تخریب و افساد جامعه و محیط های علمی و فرهنگی و تزییع حقوق آنان است. در این صوت عناوین کیفری مطرح می شود در حقیقت برخورد یا اعمال محدودیت به خاطر آن عناوین کیفری است نه صرف ابراز یا بیان فکر و عقیده البته احراز عناوین کیفری گفته شده، کار بسیار مشکلی است.

لذا مفسر مشهور قران علامه طباطبایی در ذیل آیه «در دین اجباری نیست» (بقره، آیه ۲۵۶) معتقد است این آیه، دین اجباری را نفی می کند چون دین که عبارت است از یک سلسله معارف علمی و یک سلسله معارف عملی تابع آن روی هم رفته از اعتقادات تشکیل می شود و اعتقاد و ایمان از امور قلبی است که اکراه و اجبار به آن راه ندارد زیرا اکراه تنها در اعمال ظاهری و افعال و حرکات بدنی و مادی تاثیر می کند، و اما اعتقادات قلبی علل و اسباب آنها از سنخ اعتقاد و ادراک است و محال است که نتیجه جهل علم باشد یا اینکه مقدمات غیرعلمی موجب تصدیق علمی گردد، بنابراین اگر جمله «لا اکراه فی الدین» یک قضیه اخباری و در مقام بیان حال تکوین باشد از آن یک حکم دینی بدست می آید که اکراهی بر دین و اعتقاد نیست و اگر یک قضیه انشایی بوده و به عنوان تشریح و قانونگذاری ذکر شده باشد چنانکه جمله «قد تبیین الرشد من العی» گواه آن است در این صورت معنایش این خواهد بود که دیگران را از روی کراهت وادار به اعتقاد و ایمان نکنید. و این نهی است که متکی به یک حقیقت تکوینی می باشد و آن همان است که اکراه تنها در افعال بدنی موثر است نه در اعتقادات قلبی.

این آیه یکی از آیاتی است که دلالت دارد بر اینکه دین اسلام با شمشیر و خونریزی پیشرفت نکرده و اکراه و زور را تجویز نمی‌کند (طباطبایی، محمدحسین، ۱۳۷۰، ج ۲، صص ۴۸۳ و ۴۸۴).

بنابراین اسلام اجبار به دین نمی‌کند ولی آزادی انسانها نباید موجب تجاوز به حقوق دیگران شود و بر این اساس تجاهر به ارتداد و فسوق و پرده دری و هتک مقدسات مردم و تضییع حقوق آنان و آلوده کردن محیط سالم جامعه به حکم عقل و شرع ممنوع است. بر همین اساس اگر شخص مسلمان سابقه دارد در اسلام علناً مرتد شود و مقدسات دینی را زیر سؤال ببرد. همچون غده سرطانی خواهد بود که بتدریج به پیکر جامعه سرایت می‌کند. و چون شرط ارتداد داشتن عناد و لجاجت با حق است پس چه بسا ارتداد از بعضی توطئه‌های سیاسی علیه اسلام و جامعه مسلمین حکایت می‌کند. البته مجرد اختلاف در فهم مبانی اسلام و استنباط احکام دینی امری است طبیعی و هیچ کس حق ندارد درک و برداشت خود را مقیاس حق قرار دهد. و مخالفین خود را به ارتداد یا انحراف متهم سازد و اگر فرضاً در شرایطی بر اجرای حکم مفسده بزرگتر مترتب شود به حکم باب تزاحم از اجرای آن باید صرف نظر نمود همچنانکه در اجرای حدود الهی شرایط خاص زمانی و مکانی باید مورد توجه قرار گیرد چون اجرای حدود برای سالم ساختن محیط اجتماعی است نه انتقام جویی از بزهکاران چنانکه بطور کلی اجرای حدود اسلامی باید در محیط اسلامی برای تنبه مسلمین انجام شود نه در محیط کفر، لذا در حدیث معتبر از امام علی علیه السلام نقل شده است که «در زمین دشمن بر هیچ کس نباید حد جاری شود» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۲۴).

بنابراین اگر اعراض از اسلام از روی عناد و انکار و لجاجت با اسلام نباشد بلکه در مرحله تحقیق و مطالعه و در اثر ضعف اطلاعات و تحقیقات خود و یا به گمان خود در اثر ضعف دلایل مربوط به اسلام به دین دیگری گرایش پیدا کند حکم ارتداد بر او جاری نیست حکم ارتداد در جایی است که حقانیت دین اسلام برای شخص ثابت و روشن باشد و از روی عناد و لجاجت و با حق دین دیگری را انتخاب کند

### نتیجه گیری

از مجموعه مباحث مطرح شده نتیجه گرفته می شود در تحقق ارتداد فطری علاوه بر مسلمان بودن پدر و مادر شخص هنگام انعقاد نطفه، استمرار اسلام پدر و مادر، شناخت و عمل آنان به احکام اسلام تا بلوغ فرزند، تعریف عقلانی اسلام برای فرزند، پای بند بودن او به احکام اسلام و اظهار کفر و لجاجت او نسبت به اسلام از جمله شروط تحقق ارتداد فطری است. همچنین به خاطر احتیاط در ریختن خون انسانها و کرامت ذاتی آنان و ضعیف بودن روایاتی که دلالت بر عدم درخواست توبه از مرتد فطری دارند، از مرتد فطری مرد هم درخواست توبه می شود و در صورت توبه نکردن می توان او را مجازات نمود در صورت اثبات ارتداد اجرای مجازات فقط وظیفه حاکم شرع است به جهت جلوگیری از هرج و مرج و اختلال نظم در جامعه هیچ کس حق ندارد شخص مرتد را مجازات نماید و در صورت اقدام خودسرانه در مورد مجازات مرتد مجرم خواهد بود. تحمیل عقیده و اعمال فشار در حوزه دین و عقیده جایز نیست بلکه اختیار و آزادی در پذیرش دین شرط قبولی آن است برخورد و مجازات با مرتدان در مواردی است که مخالف معاند به جای استفاده از براهین و استدلالات عقلی و منطقی به دروغ و فریب و توهین روی می آورد و درصدد تخریب و افساد در جامعه است.

## فهرست منابع

### منابع فارسی

- ۱- قرآن کریم، ترجمه صفوی، سید محمدرضا
- ۲- زراعت، عباس، ۱۳۹۳، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، تهران، جاودانه
- ۳- رضی، محمد، ۱۳۷۹، نهج البلاغه، ترجمه محمد دشتی، قم، شاکر
- ۴- رهایی، سعید، ۱۳۹۳، آزادی دینی از منظر حقوق بین الملل با نگاهی به ره یافت اسلامی، قم، دانشگاه مفید، چاپ دوم
- ۵- شوشتری، محمدحسن، ۱۴۲۷، دیدگاه های نو در حقوق، تهران، میزان، چاپ دوم
- ۶- طباطبایی، محمدحسین، ۱۳۷۰، میزان، ترجمه مصباح یزدی، محمدتقی، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، پنجم
- ۷- فیض، علی رضا، ۱۳۷۳، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ سوم
- ۸- گلدوزیان، ایرج، ۱۳۹۴، محشای قانون مجازات اسلامی تهران، مجد، چاپ چهارم.
- ۹- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۵، تعزیر و گستره آن، قم، مدرسه امام علی علیه السلام
- ۱۰- \_\_\_\_\_، ۱۴۲۷، استفتاءات جدید، قم، انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام
- ۱۱- منتظری، حسین علی، ۱۴۲۹، مجازات های اسلامی و حقوق بشر، قم، ارغوان دانش
- ۱۲- \_\_\_\_\_، بی تا، رساله استفتاءات، قم.
- ۱۳- موسوی خمینی، روح الله، ۱۴۲۲، استفتاءات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، پنجم
- ۱۴- \_\_\_\_\_، ترجمه علی اسلامی، ۱۴۲۵، تحریرالوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی

### منابع عربی

- ۱۵- ابن براج، عبدالعزیز، ۱۴۰۶، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی
- ۱۶- ابن زهره، حمزه، ۱۴۱۷، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، موسسه امام صادق علیه السلام
- ۱۷- ابن حمزه، محمد، ۱۴۰۸، الوسیله، قم، کتابخانه ایت الله مرعشی نجفی
- ۱۸- اردبیلی، عبدالکریم، ۱۴۲۷، فقه الحدود و التعزیرات، قم، دانشگاه مفید، چاپ دوم
- ۱۹- اردبیلی، احمد، ۱۴۰۳، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، انتشارات اسلامی
- ۲۰- تبریزی، جواد، ۱۴۱۷، اسس الحدود و التعزیرات، قم
- ۲۱- جوهری، اسماعیل، ۱۴۱۰، الصحاح، بیروت، دارالعلم، چاپ اول
- ۲۲- حلبی، تقی الدین، ۱۴۰۳، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین علیه السلام.

- ۲۳- حلی، حسن، ۱۴۱۳، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی
- ۲۴- حلی، محقق، جعفر، ۱۳۷۰ش، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
- ۲۵- حلی، یحیی، ۱۴۰۵، الجامع للشرایع، قم، سید الشهدا العلمیه
- ۲۶- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۲۲، مبانی تکمله المنهاج، قم، احیاء آثار الامام الخویی، اول
- ۲۷- راغب، اصفهانی، حسین، ۱۴۱۲، مفردات الفاظ القرآن، لبنان، دارالعلم، چاپ اول
- ۲۸- شاهرودی، سید محمود، ۱۴۲۳، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، موسسه دایره المعارف فقه اسلامی
- ۲۹- طوسی، محمد، ۱۳۸۷، المیسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، چاپ سوم
- ۳۰- عاملی، حر، ۱۴۰۹، وسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول
- ۳۱- عاملی، زین الدین، ۱۴۱۳، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، موسسه معارف اسلامی، اول
- ۳۲- فاضل هندی، محمد، ۱۴۱۶، کشف اللثام و الایهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی
- ۳۳- فیض کاشانی، محمد، بی تا، مفاتیح الشرایع، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی
- ۳۴- کیدری بیهقی، محمد، ۱۴۱۶، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم، موسسه امام صادق علیه السلام
- ۳۵- گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۱۲، الدر المنضود فی احکام الحدود، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول
- ۳۶- \_\_\_\_\_، ۱۴۱۳، نتایج الافکار فی نجاسه الکفار، قم، دار القرآن الکریم
- ۳۷- لنکرانی، محمد فاضل، ۱۴۲۲، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله الحدود، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام
- ۳۸- مجلسی، محمد باقر، ۱۴۰۶، ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخیار، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول
- ۳۹- مفید، محمد، ۱۴۱۳، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید
- ۴۰- مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱، فقه الامام الصادق علیه السلام، قم، انصاریان، چاپ دوم
- ۴۱- موسوی خمینی، روح الله، بی تا، تحریر الوسيله، قم، دارالعلم
- ۴۲- نجفی محمد حسن، ۱۴۰۴، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
- ۴۳- یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۹، العروه الوثقی (المحشی)، بیروت، الاعلمی المطبوعات، چاپ دوم.





نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۵۴ - ۴۱

## حمایت از حریم خصوصی در فضای سایبر با تأکید بر اصول اخلاقی و فقهی

<sup>۱</sup> حسن بادینی<sup>۲</sup> غفور خوئینی<sup>۳</sup> حمزه کرمی

### چکیده

تعلیم و تربیت حفظ حریم خصوصی و رعایت کدهای اخلاقی در فضای سایبر، موضوع مهم و چالشی است، زیرا این فضا، فضای فراگیر جهانی، پرسرعت، در دسترس، فرامکان، فرازمان، سیال، واقعیت تشدید شده و متراکم است؛ در چنین فضایی وجود قواعد اخلاقی و نظم اهمیت جدی تری پیدا می‌کند. در سطح نازل، لازم است حداقل در فضای سایبری ملی، کدهای اخلاقی الزام آور به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد تا به قانون الزام آور تبدیل شود. با این اوصاف به نظر می‌رسد در فضای سایبری موضوع اشاعه اطلاعات که اقتضای ماهیت این محیط است، با حق حریم خصوصی، در تعارض باشد. اصول، قواعد و نرم‌های محیط سایبری، اساساً برای تسهیل و تسریع ارتباط تدوین شده است. حال آن که در محیط واقعی، محور اصول اخلاقی تأمین سعادت و آرامش مادی و روحی است. بنابراین در موارد نقض حریم خصوصی در فضای سایبری، به خصوص جایی که نقض فقط نقض مجازی است و به فضای واقعی عبور نکرده و خسارت عینی ایجاد نشده است، به نظر می‌رسد که در تعیین ضمانت اجراهای قانونی، فلسفه ذاتی فضای سایبری، که تسهیل اشاعه و تبادل اطلاعات است، باید ملحوظ و مورد توجه باشد و تا حد ممکن، بازدارندگی به ضمانت‌های اخلاقی احاله شود ولی در فرضی که نقض حریم خصوصی در فضای سایبری منجر به خسارات مادی و معنوی به اشخاص شود؛ در این صورت بر طبق مبانی اخلاقی و فقهی می‌توان از ضمانت اجراهای مدنی و کیفری در پاسخ برای آن‌ها استفاده نمود.

### واژگان کلیدی

اخلاق سایبری، حریم خصوصی، فضای سایبر، کدهای اخلاقی.

۱. دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: hbadini@ut.ac.ir

۲. دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

Email: ghkhoeini@yahoo.com

۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Email: Hamze.karami1@gmail.com

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۷/۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۳/۶

## طرح مسأله

توسعه فضای سایبر مانند همه پیشرفت‌های دیگر در زندگی بشر با پیامدهای منفی و مثبت همراه بوده است. یکی از پیامدهای منفی، به خطر انداختن حریم خصوصی افراد و یکی از پیامدهای مثبت، تسهیل و تسریع ارتباطات و تبادل اطلاعات است. حریم خصوصی به اندازه‌ای اهمیت دارد که احترام به آن امروزه از مرزهای سنتی دین و اخلاق فراتر رفته و در بیشتر کشورهای جهان، ضمانت اجرای قانونی پیدا کرده، اما با گسترش شبکه وب، این حق با تهدیدات جدی و فراملی مواجه شده است. از طرف دیگر، بستر جدیدی برای خلق محیط‌های عمومی و خصوصی سایبری و بهره برداری مقتضی از آن‌ها، به وجود آمده است. این وجوه متقابل و گاهی متضاد، تعارض برخی حقوق را تشدید کرده و موجب بروز ابهاماتی شده که این مقاله درصدد پرداختن به مبانی اخلاقی و فقهی حمایت از حریم خصوصی در فضای سایبر است؛ از این رو به دنبال پاسخگویی به سوالات هستیم که حمایت از حریم خصوصی در فضای سایبر از منظر آموزه‌های اخلاقی و فقهی به چه صورت انجام می‌شود؟

### ۱. حمایت از حریم خصوصی در فضای سایبر از دیدگاه آموزه‌های اخلاقی

بحث پیرامون یک موضوع نیازمند آشنایی و روشن گردانیدن مفاهیم آن موضوع می‌باشد تا بدین طریق آگاهی نسبی پیرامون تحقیق حاصل شده و خواننده آمادگی ورود به بحث اصلی را پیدا نماید. مفاهیم موضوع مورد تحقیق از اهمیت اساسی برخوردار است و بدون آشنایی لازم با اصطلاحات آن، مطلوب مورد نظر به دست نخواهد آمد.

#### ۱-۱. مفاهیم حریم خصوصی و اخلاق سایبری

اخلاق در فضای سایبری، موضوعی چند نظمی<sup>۱</sup> است که برای درک صحیح آن باید همه ابعاد لازم در نظر گرفته شود. پیوند دادن این دو موضوع (اخلاق و فضای سایبر) به صورت دو قالب مجزا، معنایی ندارد، بلکه باید محیط اینترنت و ویژگی‌های آن درک و سپس موضوع اخلاق در این فضا بررسی شود.

#### ۱-۱-۱. مفهوم حریم خصوصی

حریم خصوصی توسط نظریه پردازان داخلی و خارجی زیادی تعریف گردیده است، که اجمالاً بعضی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

حریم خصوصی، حق افراد برای برخورداری از حمایت در برابر مداخله بی اجازه‌ی دیگران، در امور زندگی خود و خانواده‌شان است؛ خواه این عمل با ابزار مستقیم فیزیکی صورت پذیرد؛ یا به وسیله‌ی نشر اطلاعات» (نمک دوست، ۱۳۸۵: ۲۰۱)؛ حریم خصوصی عبارتست از حق

1. Multi Disciplinary.

اشخاص، گروه‌ها، یا موسسات، نسبت به تصمیم‌گیری در خصوص این که چه زمانی و تا چه حدی، اطلاعات مربوط به آن‌ها باید در اختیار دیگران قرار بگیرد» (پورقهرمانی و صابر نژاد، ۱۳۹۴: ۲۰).

شورای اروپا تعریفی از حق حریم خصوصی ارائه داده است: «حق حریم خصوصی مربوط می‌شود به زندگی خصوصی، خانوادگی و مسکن، تمامیت جسمانی و روحی، آبرو، اعتبار، شهرت و حیثیت افراد و اجتناب از این که چهره‌ای کاذب از فرد ساخته شود. افشا نکردن وقایع و حقایق نامربوط و آزاردهنده، عدم افشای غیر مجاز تصاویر خصوصی، حمایت از عدم افشای اطلاعاتی که بر اثر اعتماد اشخاص وصول کرده اند یا در اختیار آن‌ها قرار گرفته است» (انصاری، ۱۳۸۶: ۱۹).

ماده ۲ لایحه‌ی حمایت از حریم خصوصی در ایران نیز در تعریف حریم خصوصی مقرر داشته: «حریم خصوصی قلمروی از زندگی هر شخص است که آن شخص عرفاً یا با اعلان قبلی در چارچوب قانون انتظار دارد تا دیگران بدون رضایت وی به آن وارد نشوند یا بر آن نگاه یا نظارت نکنند و یا به اطلاعات راجع به آن دسترسی نداشته یا در آن قلمرو، وی را مورد تعرض قرار ندهند» (عطاری، ۱۳۹۵: ۴۵).

علاوه بر تضمین حقوقی و کیفری، این حق از پشتیبانی کافی در متون دینی، اعم از فقهی و اخلاقی نیز برخوردار است. عناوین مختلفی که به شدت نهی شده، مانند منع تجسس و تفحص در احوال غیر، اجتناب از سوء ظن و گمانه زنی منفی، اصل برائت، حمل بر صحت، منع اشاعه فحشا، نهی از غیبت، تهمت، افترا و تغییر، همه در آیات و روایات زیادی به شکل صریح و روشن، متبلور است. ادبیات عرفانی و اخلاقی ما نیز که بسیار متأثر از آموزه‌های دینی است، در این زمینه کاملاً غنی و مستوفی است (قرآن مجید، حجرات: ۱۲؛ نور: ۲۷؛ بقره: ۱۸۹؛ نهج البلاغه، خطبه ۵۳). بنابراین در مشروعیت قانونی، اخلاقی و دینی این حق، هیچ گونه تردیدی وجود ندارد.

## ۱-۲. مفهوم اخلاق سایبری

تعریف اخلاق در فضای سایبر همانند اخلاق در دنیای حقیقی و واقعی است. چرا که اخلاق مطالعه اصول اعتقادی است و واژه‌ای است که در برگیرنده رفتار و اعمالی که اصولاً درست یا نادرست در نظر گرفته می‌شود و قوانینی که روی این فعالیت‌ها احاطه دارد و ارزش‌هایی که درونی شده و توسعه یافته‌اند و از پس آن اعمال و رفتارها دنبال شده اند (پورقهرمانی، ۱۳۹۵: ۱۶۲).

اخلاقیات اصول یا استانداردهای رفتار انسان است. ضرورت رعایت اخلاق در رسانه‌ها و فرآیند ارتباطات، نسبت به دیگر حرفه‌ها، اهمیت بیشتری دارد. چرا که حرفه‌های دیگر قلمرو

محدودتری دارند و اعمال غیراخلاقی آن‌ها به افراد و سایر حرف به راحتی سرایت نمی‌کند. اما رسانه‌ها (از جمله رایانه و اینترنت) واسط و حلقه ارتباطی میان مردم و حکومت هستند و بخش زیادی از وقت مردم در اختیار رسانه‌ها و اینترنت است و از این رو انتظار می‌رود آنان بیش از پیش به اخلاقیات پایبند باشند (ظریفیان یگانه، ۱۳۸۹: ۵۷)؛ اخلاق سایبری به مسائلی از اخلاق می‌پردازد که کاربرد و گسترش فناوری اطلاعات و ارتباطات و رشد و توسعه به کارگیری رایانه و دیگر دستگاه‌های ارتباطاتی موجب آن گشته است.

واژه «اخلاق رایانه‌ای»<sup>۱</sup> یا «اخلاق اطلاعات»<sup>۲</sup>، «اخلاق سایبر»<sup>۳</sup>، «اخلاق رسانه»<sup>۴</sup> و «اخلاق اینترنت»<sup>۵</sup> از جمله واژگانی است که به بحث ما مربوط است و هر کدام معیاری برای استفاده از فضای سایبر به مفهوم عام آن است؛ هدف از اخلاق سایبر است که به سؤالاتی پاسخ دهد که مربوط به بنیان‌های ارزشی افعال و مسئولیت‌های افراد در حوزه رایانه‌ها و فناوری اطلاعات و ارتباطات است (شهریاری، ۱۳۸۸: ۳۷-۳۹).

اخلاق سایبری، از مباحثی است که در اخلاق کاربردی مطرح می‌شود. اخلاق کاربردی از زیرشاخه‌ها یا پیوست‌های فلسفه اخلاق است که به مباحثی می‌پردازد که به ارزش‌های عملی رفتار انسان‌ها در حوزه‌هایی خاص مربوط می‌شود. این رشته می‌کوشد به پرسش‌هایی پاسخ گوید که مرتبط با بنیان‌های ارزشی رفتارها و مسئولیت‌های افراد در حوزه فناوری اطلاعات است. به عبارتی، اخلاق سایبری شامل ماهیت و بن مایه‌های قضاوت اخلاقی، استانداردهای قواعد رفتاری در استفاده از فناوری اطلاعات برای تصمیم‌گیری است (پورقهرمانی، ۱۳۹۵: ۱۶۳).

## ۱-۲. خصوصیات فضای سایبر و ابعاد اخلاقی آن

در فضای سایبر، از ظرفیت‌های گسترده‌ای برخوردار است که ضرورت وجود قاعده‌های اخلاقی را تقویت می‌کند. فضای واحد سایبری که به هم‌افزایی دانش، سرمایه‌های اجتماعی و رفتارها و عملکردهای سیاسی، اقتصادی و فرهنگی بشر امروز و گذشته در این فضا منجر می‌شود، محیط واحد و بدون مرزی را ایجاد می‌کند که فقدان قاعده‌های اخلاقی، می‌تواند موجب «هرج و مرج»، «بحران» و تشدید تضادهای اجتماعی شود.

محیط سایبری با خصلت‌های (۱) دیجیتالی بودن<sup>۶</sup>، (۲) درها و پنجره‌های همیشه باز

- 1 . computer ethics.
- 2 . information ethics.
- 3 . cyber ethics.
- 4 . media ethics.
- 5 . internet ethics.
- 6 . Digitality.

(لینک‌ها و هایپرلینک‌های<sup>۱</sup> در دسترس)، ۳) امکان تعامل با فاصله (ایمیل و فضاهای ارائه نظر در محیطه‌ای وبلاگی و شبکه‌های اجتماعی مجازی) و تعامل همزمان<sup>۲</sup> (فضاهای گفت و گوی نوشتاری، تصویری و دوربین‌های همیشه فعال)، ۴) واقعی مجازی بودن<sup>۳</sup>، ۵) غیر مرکزی بودن<sup>۴</sup> و ۶) حافظه مجازی<sup>۵</sup>؛ ظرفیت‌های متفاوتی با جهان فیزیکی فراهم می‌سازد (عاملی، ۱۳۹۰: ۷). ظرفیت‌های مذکور، وجود قاعده‌های فراگیر اخلاقی که هم به سلامت فضاهای محلی، ملی و منطقه‌ای منجر شود و هم محیط در عرصه جهانی مورد احترام قرار گیرد، ضرورت جدی پیدا می‌کند. ابعاد اخلاقی در فضای سایبر توجهات خاصی دارد که به طور خاص مربوط به پیروان دین خاصی است و به نوعی این ارزش‌های جمعیتی را از جمعیت دیگر متمایز می‌کند. برای مثال اسلام و به طور خاص‌تر پیروان اهل بیت بر اصول و فروع دین تأکید دارند که نتایج اخلاقی بسیاری زیادی را در بردارد؛ یا در بعد اخلاقی بر اخلاق عملی و اخلاق نظری خاص تأکید می‌شود. برای مثل کد لباس در محیط مجازی برای مسلمان متفاوت از پیروان ادیان دیگر است و این یک اصل اخلاقی و در عین حال الزام‌آوری است که باید رعایت شود.

### ۱-۳. نظریه اخلاقی در جهت حمایت از حریم خصوصی در فضای سایبر

حمایت از حریم خصوصی و حق خلوت اشخاص اموری است که موافق و مورد تأیید اخلاق است لذا مقنن می‌تواند با وضع قواعد رفتاری منقح و روشن و نیز ضمانت اجرایی به آن بپردازد. چگونه می‌توان رفتار شخصی را که بدون رضایت صاحب خانه به قلمرو زندگی خانوادگی و زناشویی دیگری وارد شده است یا سعی در وقوف بر آن چه در درون این قلمرو می‌گذرد دارد را از قید و بند اخلاق رها کند؟ شخصی که با تحصیل اطلاعات مربوط به بیماری‌ها یا خصوصیات شخصیتی دیگری سعی در سوء استفاده دارد و به خصوصی‌ترین جنبه‌های زندگی او دست می‌یازد قواعد اخلاقی را زیر پا می‌گذارد که باید در انتظار عکس العمل قواعد اخلاق‌گرای حقوق باشد. بنابراین می‌توان از قانونگذار انتظار داشت که برای حفظ جایگاه حریم خصوصی با وضع قواعد رفتاری مشخص و با پیش‌بینی ضمانت‌های اجرایی آزادی‌های شهروندان را تضمین کند (پورقهرمانی، ۱۳۹۵: ۱۲۱).

برخی از نویسندگان نیز در صدد آن برآمده‌اند تا برای حریم خصوصی مبنای اخلاقی قائل شوند، مارک آلفینو و راندلف ماسیس<sup>۶</sup> برای حق بر حریم خصوصی توجیه اخلاقی ارائه کرده و آن

- 1 . Links and Hyperlinks.
- 2 . Instant Interactivity.
- 3 . Virtual Memory.
- 4 . Dispersality.
- 5 . Virtual Memory.
- 6 . Mark alfino & g.randolph maues.

آن را به عنوان حق اساسی اخلاقی، لازمه شخصیت انسان می‌دانند. از نظر آلفینو و علمای اخلاق نظیر کانت، لازمه‌ی عمل اخلاقی، توانایی تصمیم‌گیری خودمختار است و حقوق فقط فضای حمایتی به وجود می‌آورد؛ که در آن افراد بتوانند تصمیمات خود مختار اتخاذ کنند. این امر شرط لازم برای عمل اخلاقی و شخصیت انسان است (پورقهرمانی و صابر نژاد، ۱۳۹۴: ۱۱۴).

از سوی دیگر می‌توان تأثیرات اخلاق را در فضای سایبر نیز مشاهده کرد، همان گونه که در این باره در کتاب مدیریت امنیت اطلاعات<sup>۱</sup> آمده است: اگر شخصی با تحصیل اطلاعات مربوط به بیماری‌ها یا ویژگی‌های شخصیتی دیگری بخواهد به اخاذی و تهدید شخص دارنده اطلاعات بپردازد یا با افشای چنین داده‌هایی، سعی در به خطر افکندن موقعیت اجتماعی یا سیاسی یا اقتصادی مشارالیه نماید، یا با استراق سمع یا به دست آوردن رمز عبور رایانه دیگری مراسلات رایانه ای او را مورد دستبرد و اختلال قرار داده و به خصوصی ترین جنبه‌های زندگی او دست یابد، در چنین صورتی قاعده ای اخلاقی زیر پا گذاشته شده و باید در انتظار عکس العمل اخلاق گرایانه حقوقی بود (پورقهرمانی، ۱۳۹۱: ۷۹).

در هر حال به نظر می‌رسد که درباره‌ی چگونگی حمایت نظریه‌ی اخلاقی از حریم خصوصی در فضای سایبر بتوان چنین استدلال کرد؛ هر چند حقوق و اخلاق با یکدیگر تفاوت‌هایی از حیث قلمرو، هدف ضمانت اجرا دارند، لیکن حقوق هنوز هم اخلاق را هدف و غایت خود تلقی می‌کند و حمایت از آن را وظیفه خود می‌داند (اصلانی و سجادی، ۱۳۸۴: ۸).

قواعد حقوقی اخلاق مدار، از سوی تابعان حقوق راحت تر و بیشتر مورد متابعت قرار می‌گیرند و تجاوز به حریم خصوصی اطلاعاتی و ارتباطاتی دیگران و سوء استفاده از آن‌ها از نظر اخلاقی امری مذموم تلقی می‌شود، لذا دانش حقوق و قانونگذار وظیفه دارد که از این خواسته اخلاقی شهروندان (حمایت از داده‌های شخصی) حمایت نموده و با وضع ضمانت‌اجراهای حقوقی رعایت آن را تضمین کند.

#### ۱-۴. اصول اخلاقی حریم خصوصی

اولا اصول اخلاقی حریم خصوصی اعم از استیذان، ستاریت، رازداری، عدم تجسس، اصل انعکاس و همچنین پرهیز از ظلم، پرهیز از سرقت، پرهیز از آزار دیگران اخلاقاً ظلم و تعدی در حق دیگران را مورد نکوهش قرار می‌دهند، دوماً این حق انسان‌ها است که کنترل اطلاعات شخصی خود را که ممکن است به فعل سوءیی بر علیه‌شان بیانجامد در اختیار داشته باشند، لذا هرگونه تعدی به سلطه انسان بر اطلاعات شخصی اش مصداق ظلم و تعدی است و اخلاقاً مردود است.

1 . Information security management.

البته در اصول اخلاقی حتی ظلم بر خود نیز جائز نمی‌باشد و لذا حتی شخصی که موضوع داده نیز می‌باشد نمی‌تواند مقدمات ظلم و تعدی به حقوق خود را فراهم آورد و به لحاظ اخلاقی موظف است تمام جوانب احتیاط را برای حفظ اطلاعات و ارتباطات خود انجام دهد و باید اطلاعات و ارتباطات خود را مخفی نگهداشته و خودافشاگری ننماید؛ به هر کسی اعتماد نکرده و ارتباط برقرار نکند؛ به اندازه نیاز خود از شبکه اینترنت استفاده کرده و از استفاده افراطی بپرهیزند (خان محمدی و شاملی، ۱۳۹۵: ۱۰۰).

اگر اخلاقیات در فضای سایبری رعایت شود، می‌توان انتظار داشت که فردی بی‌حرمت نشود و حریم شخصی فردی دستخوش تاخت و تاز سایبرین نشود، حقوق مالکیت معنوی افراد حفظ گردیده، سلامت و امنیت اجتماعی و روانی صداقت، امانت، رازداری، تعهدپذیری و اعتماد میان جامعه تبلور یابد (زمانی و ترابیان، ۲۰۱۸: ۳۱).

## ۲. مبانی فقهی حمایت از حریم خصوصی در فضای سایبر

مبانی محکمی جهت حمایت از «حریم خصوصی» در منابع معتبر فقهی موجود است. منابع متعدد (هم چون آیات متعدد قرآن و سنت پیامبر و ائمه علیهم‌السلام و عقل قطعی) دلالت بر ضرورت و وجوب رعایت حریم شخصی دیگران و حرمت نقض آن و در نتیجه ضمانت اجرای دنیوی و اخروی آن دارد به بررسی مهم‌ترین این ادله می‌پردازیم:

### ۲-۱. قاعده صحت و اصل اباحه

اصالة الصحة، یکی از قواعد و اصول فقهی است که در فقه، آثار فراوانی دارد. این قاعده، به دو مفهوم تکلیفی و وضعی ذکر شده است در اصل صحت به معنی تکلیفی عمل انسان مسلمان در مواردی که اطمینان به فساد و باطل بودن آن نباشد بر صحت حمل می‌شود و در اجرای این اصل بیش از آنکه دیگران ناصالح پنداشته نشوند اثری مترتب نیست ولی در معنای وضعی آن آثار عبادی و حقوقی ذکر شده است و هر گونه شک یا احتمالی که به هر دلیل درباره فاسد بودن عمل حقوقی یا عبادی مسلمان پیش آید، را دفع می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۳: ج ۱، ۲۰۰).

با توجه به این دلیل، می‌توان این قاعده را نسبت به هر انسانی (حتی غیر مسلمانان) جاری کرد، به این گونه که عقلاء نیز در مواردی که مشغول به عملی می‌شوند آن را صحیح انجام می‌دهند، پس اگر شک کردیم که عملی صحیح است یا فاسد، به دلیل این قاعده می‌توان به صحت آن حکم کرد. گفتنی است که اگر این قاعده بخواهد درباره غیر مسلمان جاری شود، باید صحت کارش را در محدوده اعتقادات و دینی که دارد تفسیر کرد. یعنی وقتی در حرمت خوردنی‌هایی مانند، گوشت شک کردیم که آیا به درستی ذبح شده است یا نه؟ نمی‌توان با تمسک به این قاعده، به صحت عمل غیر مسلمان حکم کرد. زیرا آنان چنین شیوه‌ای را که مسلمانان در ذبح

به کار می‌برند، انجام نمی‌دهند. به نظر اکثر فقهای معاصر دلیل عمده در اصل صحت بنای عقلا و سیره قطعی عقلایی است و همه این دلایل به امر عقلایی موجود نزد خردمندان برمی‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۱، ۲۲۹).

این اصل با مباح اعلام کردن افعال مردم در زمانی که منعی بر عدم آن نباشد، همانند اصل صحت مانع از شک و تردید و کنکاش در رفتار انسان‌ها و در نتیجه نقض حریم خصوصی آنان توسط مقامات تعقیب می‌گردد و از طرف دیگر با توجه به اینکه تصرف در حریم خصوصی اشخاص توسط آیات قرآن و روایاتی متعدد ممنوع اعلام گشته است، تصرف در این حریم انسانی، بر طبق اصل اباحه نیز ممنوع خواهد بود (فروغی، برجی و مصلحی، ۱۳۹۳: ۱۵۷).

از این اصل می‌توان ممنوعیت برخی از صور نقض حریم را نتیجه گرفت و بیشتر می‌تواند محدود کننده حکومت‌ها باشد در موارد تحقیق و شک در توجه اتهام به فرد مظنون. بنابراین مراجع تعقیب نیز نمی‌توانند به بهانه کشف جرایم و جمع‌آوری ادله مبادرت به نقض حریم خصوصی افراد کنند. با قرار دادن اصل، بر صحت افعال مردم، تفحص و تجسس در زندگی آنان ممنوع گشته و در نتیجه حریم خصوصی آن‌ها محفوظ از هرگونه کنکاشی قرار می‌گیرد که در راستای شک و تردید انجام می‌پذیرد؛ در نتیجه می‌توان گفت که «اصل صحت» یکی دیگر از مبانی ممنوعیت نقض حریم خصوصی در حقوقی و فقهی ایران محسوب می‌گردد (فروغی، برجی و مصلحی، ۱۳۹۳: ۱۶۲).

## ۲-۲. اصل احترام به حریم مؤمن

برخی محققان گفته‌اند قاعده احترام، جامع‌ترین مبنایی است که می‌تواند اهداف حمایت از حریم خصوصی را محقق سازد. مقصود از احترام، مصونیت اموال، حقوق مالی، آبرو و حقوق معنوی اشخاص از تعرض، تصرف و تعدی دیگران است؛ بدین معنا که اولاً، تعدی و تجاوز نسبت موارد یاد شده جایز نیست، ثانیاً، در فرض تعدی و تجاوز، متجاوز مسئول شناخته می‌شود؛ چه این که از سویی این قاعده کلیه شئون مادی و معنوی اشخاص را مشمول احترام و شایسته‌حمایت می‌داند و از سوی دیگر، جنبه‌هایی از حریم خصوصی، در دامنه شئون مادی و جنبه‌هایی از آن در مقوله حیثیات معنوی اشخاص قرار می‌گیرد؛ بنابراین سخن آن دسته از افرادی که درصدد توجیه حریم خصوصی در «قالب مالکیت بر حریم خصوصی اند با بخشی قاعده از منطبق می‌شود که درصدد حمایت از حقوق مالی اشخاص است و دیدگاهی که بر کرامت انسانی و شأن انسانی تکیه دارد (Samuelson, 1999, 751) با بخش دیگر قاعده منطبق می‌شود که بر حرمت و احترام شئون معنوی و به ویژه آبروی اشخاص تأکید دارد.

آبرو و حیثیت اشخاص در اسلام از مصونیت و حرمت ویژه ای برخوردار است که می‌تواند



حق الناس محسوب شده و ذیل آن قرار گیرد. این حق الناس حرمت حریم افراد را از اختصاص به مؤمنین خارج کرده و آن را مختص به جمیع اشخاص و افراد می‌کند. این گونه است که آبروی عموم مردم در اسلام حرمت پیدا کرده و مانعی را برای تعدی و تجاوز به آبرو و حیثیت عموم مردم ایجاد کرده است. بنابراین اصل و با تعمیم آن، احترام به حریم اشخاص اولین زیربنای حریم خصوصی در اسلام به حساب می‌آید و با توجه به وسعت معنایی و مصادیق این اصل، اصل حرمت مؤمن هم شامل حراست از حریم خصوصی فرد در زندگی حقیقی می‌گردد و هم زندگی و اطلاعات سایبری فرد را در بر می‌گیرد (سیدسعادتی، ۱۳۹۲: ۱۶۳).

مبنای احترام هم جنبه‌های مادی حریم خصوصی و نیز جنبه‌های مرتبط با حیثیات معنوی اشخاص را پوشش میدهد علاوه بر دیدگاه‌هایی که حریم خصوصی را با اتکای به کرامت انسانی توجیه می‌کنند، نظریاتی که در حقوق خارجی تلاش می‌کنند حریم خصوصی را صرفاً متکی بر جنبه‌های مادی و متکی بر مالکیت و مال‌انگاری توجیه کنند (بر فرض صحت) بر همین مبنا قابل توجیه خواهند بود و از آنجا که قاعده احترام از احکام امضایی اسلام بوده و متکی بر بنای عقلاست، می‌تواند به عنوان مبنایی جهان شمول و قاعده‌های برون دینی مطرح و سایر دیدگاه‌های موجود در حقوق تطبیقی را نیز مدلل و تحت پوشش قرار دهد.

مبنای احترام، علاوه بر صیانت و حمایت از حریم خصوصی، به دلالت تطابقی یا التزامی، بر لزوم جبران خسارت نیز دلالت دارد، همچنین استثنائات و مجوزات نقض حریم خصوصی نیز بر مبنای احترام قابل توجیه است؛ بنابراین برخی موارد، نظیر تجاهر به فسق و اذن (در موارد حق)، تخصصاً و در مواردی نظیر وجود مصلحت مهم و حکم مقامات قضایی، تخصیصاً حسب مورد، از شمول موضوعی و حکمی حریم خصوصی خارج می‌شود؛ در مواردی که احترام در ارتباط با مقوله‌های مالی حریم خصوصی است علی القاعده «حق» و در مواردی که با جنبه‌های حیثیتی و مرتبط با کرامت انسانی است، «حکم» تلقی می‌شود (قنواتی و جاویر، ۱۳۹۰: ۵۵).

## ۲-۳. اصل عمومیت اذن

هر چند در بیان فقها اعم از متقدمین و موخرین اصلی تحت این عنوان وارد نشده است لکن تحت عناوین مشابه و نه در غالب اصل مطالبی در منابع اصیل اسلامی آمده است آیه ۵۳ سوره احزاب خطاب به مؤمنان است و در آن، مسئله آداب معاشرت با پیامبر اسلام - صلی الله علیه و آله - و خانواده آن حضرت بیان شده است. این آیه شریفه در بردارنده دستوراتی برای مؤمنان درباره ورود و خروج به منزل رسول خدا - صلی الله علیه و آله - و ... است.

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَى طَعَامٍ غَيْرِ نَاطِرِينَ إِنَاهُ وَلَكِنْ إِذَا دُعِيتُمْ فَادْخُلُوا فَإِنَّا طَعِمْتُمْ فَانْتَشِرُوا وَلَا مُسْتَأْنِسِينَ لِحَدِيثٍ إِنَّ ذَلِكُمْ كَانَ يُؤْذَى النَّبِيَّ

فَيَسْتَحْيِي مِنْكُمْ وَاللَّهُ لَا يَسْتَحْيِي مِنَ الْحَقِّ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسَأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ذَلِكُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِكُمْ وَقُلُوبِهِنَّ وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ؛ «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به خانه پیامبر وارد نشوید؛ مگر آن که به شما اجازه داده شود برای خوردن غذا، (به شرط آن که قبل از موعد نیایید) و در انتظار وقت غذا نباشید؛ ولی هرگاه دعوت شدید، پس داخل شوید و وقتی غذا خوردید، پراکنده شوید و (بعد از خوردن غذا) به گفت و گو نپردازید؛ همانا این (گفت و گوهای پس از غذا) پیامبر را آزار می‌دهد؛ اما او از شما شرم می‌کند (و چیزی نمی‌گوید)؛ ولی خداوند از (گفتن) حق شرم ندارد و هرگاه از همسران پیامبر چیزی از وسایل زندگی (به عنوان عاریت) خواستید از پشت پرده بخواهید؛ این رفتار برای دل‌های شما و دل‌های آنان به پاکی و پاک‌دامنی است و شما حق ندارید که رسول خدا را آزار دهید» (قرآن کریم، سوره احزاب، آیه ۵۳).

اجازه گرفتن برای ورود به خانه دیگران، مخصوص خانه پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) نیست؛ همان‌گونه که قرآن می‌خوانیم: «لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا» (قرآن کریم، سوره نور: آیه ۲۷).

اذن دخول تنها مربوط به حریم خصوصی در خانه نیست و در هر صورتی که فرد شرایط و موقعیتی را برای خود به وجود آورده باشد و دور نگهداشتن آن شرایط و موقعیت از دید عمومی و فضای غیرشخصی برای آن فرد اهمیت داشته باشد، حریم خصوصی محسوب شده و گرفتن اذن لازم است. اذن دخول با ابزاری فراهم می‌شود. در حقیقت اجازه گرفتن از دیگران می‌باید با ابزاری در ارتباط باشد که برای فردی که حریم خصوصی را برای خود لحاظ کرده است مناسب داشته باشد. در نهایت اینکه رابطه بین حریم خصوصی و گرفتن اذن رابطه‌ای لازم و ملزوم است و در صورتی که فرد بدون اجازه دیگران به زندگی خصوصی و حریم‌های آن‌ها تجاوز کند ناهنجاری شمرده شده و مستحق نکوهش و ضمانت اجراهای قانونی خواهد بود (سیدسعادت، ۱۳۹۲: ۱۶۸).

این اجازه ورود، به این خاطر است که خداوند، منزل افراد را حریم خصوصی آنان دانسته؛ چراکه افراد در آن باید احساس امنیت کنند نه آن که هرکسی هر وقت دلش خواست، وارد منزل آن‌ها شود؛ همچنین، خداوند حفظ این حریم خصوصی را برای همه واجب کرده است. این حکم استیذان، یک حکم اخلاقی است که از اصول حفظ حریم خصوصی دیگران است. در عصر حاضر، که عصر پیشرفت تکنولوژی است، کامپیوتر و موبایل شخصی به مثابه منازل انسانهاست که تمام اطلاعات و ارتباطات شخصی و خانوادگی خود را در آن می‌ریزند. کاربران این دستگاه‌ها را مانند منزل خود، فضایی امن تلقی کرده‌اند که اطلاعات و ارتباطات مهم خود را در آن ذخیره می‌کنند. همین حس امنیت است

که وجه اشتراک منزل افراد با کامپیوتر و موبایل افراد بوده و حریم خصوصی را به وجود می-آورد؛ بنابراین ورود به این دستگاه‌ها از هر طریق، مصداق ورود بدون اجازه به حریم خصوصی دیگران بوده و امری غیراخلاقی است (خان محمدی و شاملی، ۱۳۹۵: ۸۷).

## ۲-۴. اصل احترام به کرامت انسانی

واژه کرامت به جهت تبیین جایگاه انسان یکی از برجسته‌ترین گزاره‌ها در زندگی مردم است چرا که پاسداشت همه داشته‌های انسان در گرو آن است که گرمی باشد. این احترام مستلزم گرمی داشتن در همه اوصاف انسان است. اصل کرامت و شرافت ذاتی و تکوینی انسان، صرف‌نظر از قلمرو آن دست کم مورد پذیرش اکثریت صاحب نظران است (موحد، ۱۳۸۱: ۴۲۴).

درباره دلیل و مبنای کرامت انسانی دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که ناشی از اختلاف نظر در حقیقت و گوهر انسانیت انسان است. در بین صاحب نظران مسلمان عمده‌تاً دلیل کرامت انسان، خلیفه بودن و جامعیت وجودی او دانسته شده است. خداوند برای انسان قائل به کرامت شده است و بنی آدم را از ابتدای خلقت مورد تکریم قرار داده و بر سایر موجودات برتری داده است. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ أَمِيرًا لِّمُؤْمِنِيكَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا» (قرآن کریم، سوره اسراء: آیه ۷۰). همچنین انسان علی‌رغم جسم خاکی‌اش، به دلیل برخورداری از روح خدایی، مسجود ملائک شده است «وَوَفَّخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي» (قرآن کریم، سوره حجر، آیه ۲۹).

فضای سایبر، حریم و شأن باعظمت و کرامت انسان را باید رعایت کند و اموری که به نوعی اخلاقیات فطری انسانی را به مخاطره می‌اندازد، قلمرو ممنوعه فضای سایبری محسوب می‌شود (عاملی، ۱۳۹۰: ۱۰)؛ از این رو اقتضای کرامت انسان آن است که حوزه‌های حریم شخصی وی محترم شمرده شود و خدشه وارد شدن به هریک از حوزه‌های حریم خصوصی فرد ارتباطی، مکانی، اطلاعاتی و جسمانی منافی اصل کرامت انسانی وی خواهد بود.

## نتیجه گیری

حریم خصوصی در نظام حقوقی و اخلاقی اسلام از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. این بدان جهت است که حیثیت و اعتبار انسان در حوزه فردی و همچنین در بین کسانی که با او در حوزه عمومی زیست می‌کنند، نزد خداوند اهمیت بالایی دارد؛ از این رو اخلاق سایبری از مفاهیم نوپدید است که یکی از مصادیق اخلاق کاربردی تلقی می‌شود و موضوع میان رشته‌ای است که بحث درباره آن به آشنایی و تخصص در دو حوزه اخلاق و فضای سایبر نیازمند است و مربوط به بنیان‌های ارزشی افعال و مسئولیت‌های افراد در حوزه رایانه‌ها و فناوری اطلاعات و ارتباطات مجازی است.

با استناد به متون دینی، ضمن استخراج اصول اخلاقی و فقهی مرتبط با حریم خصوصی، این اصول را نسبت به اطلاعات مکنون در فضای مجازی جاری دانسته و پیشنهاد می‌شود دولت‌ها در مواجهه با دو اصل اخلاقی، یعنی؛ حفظ امنیت کاربران و حفظ حریم خصوصی آنان؛ تا جایی که امکان دارد؛ با ترویج اصول اخلاقی و تاسیس شبکه‌های ملی، زمینه‌های حفظ حریم خصوصی شهروندان را تامین نموده و از بهره‌گیری از اطلاعات کاربران بر علیه خودشان، پرهیز کند. حرمت حریم خصوصی بر اساس اصول فوق در فضای سایبر همچون فضای واقعی ضروری است. با توجه به ارتباط میان این دو محیط، هتک آبرو در هر یک از محیط‌های حقیقی یا سایبر بر حیثیت فرد در محیط دیگر هم تأثیر می‌گذارد؛ به نحوی که اگر در محیط سایبر شایعه‌ای علیه فردی ایجاد شود، زندگی حقیقی وی را تحت الشعاع قرار می‌دهد.

در مجموع نگارنده در جهت رفع تعارض بین اشاعه اطلاعات در فضای سایبر و حق حریم خصوصی؛ پیشنهاد می‌کند در فرضی که نقض فقط نقض مجازی است و به فضای واقعی عبور نکرده و خسارت عینی ایجاد نشده است، در تعیین ضمانت اجراهای قانونی، فلسفه ذاتی فضای سایبری، که تسهیل اشاعه و تبادل اطلاعات است، ملحوظ و مورد توجه قرار گیرد و از ضمانت‌های اخلاقی استفاده شود ولی در فرضی که نقض حریم خصوصی در فضای سایبری منجر به خسارات مادی و معنوی به اشخاص شود؛ در این صورت بر طبق مبانی اخلاقی و فقهی از ضمانت اجراهای تقنینی مدنی و کیفری در پاسخ برای آن‌ها استفاده شود.

## فهرست منابع

قرآن کریم.

نهج البلاغه

۱. اصلانی، حمیدرضا و سجادی، هادی (۱۳۸۴). درآمدی به حقوق حاکم بر حمایت از داده‌های شخصی در حوزه بهداشت و سلامت، تهران: دومین کنفرانس بین‌المللی فناوری اطلاعات و دانش.
۲. انصاری، باقر (۱۳۸۶). حقوق حریم خصوصی، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول.
۳. پورقهرمانی، بابک (۱۳۹۵). سیاست جنایی ایران در قبال جرایم رایانه‌ای: مطالعه تطبیقی با اسناد بین‌المللی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش)، چاپ اول.
۴. پورقهرمانی، بابک و صابر نژاد، علی (۱۳۹۴). حریم خصوصی در فضای سایبر از منظر حقوق بین‌الملل، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
۵. پورقهرمانی، بابک (۱۳۹۱). اخلاق رایانه‌ای، اصول و قواعد آن از منظر اسلام و مقررات بین‌المللی و داخلی، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۵، شماره ۱۲-۱۳.
۶. خان محمدی، کریم و شاملی، علی اکبر (۱۳۹۵). اخلاق اسلامی حریم خصوصی در شبکه‌های اجتماعی سایبر: (با تأکید بر واتس آپ)، فصلنامه علمی - پژوهشی اسلام و مطالعات اجتماعی، سال چهارم، شماره دوم.
۷. سیدسعادت، فهیمه (۱۳۹۲). صیانت از حریم خصوصی در فضای مجازی بر اساس هنجارهای اسلامی، فصلنامه راهبرد فرهنگ، شماره بیست و سوم.
۸. شهریار، حمید (۱۳۸۸). اخلاق رایانه: تاریخچه و کلیات، فصلنامه علمی پژوهشی پژوهشنامه اخلاق، شماره ۴.
۹. زمانی، اصغر و ترابیان، نرگس (۲۰۱۸). هنجارهای اخلاقی حریم خصوصی در فضای مجازی آموزش عالی و آموزش‌های دانشگاهی، pure life, Volume 5, Issue 14, Summer 2018.
۱۰. ظریفیان یگانه، محمدحسین (۱۳۸۹). اخلاق در ارتباطات با تأکید بر نظام هنجاری ارتباطات، فصلنامه علمی پژوهشی پژوهشنامه اخلاق، شماره ۷-۸.
۱۱. فروغی، فضل‌الله؛ برجی، محمدناصر و مصلحی، جواد (۱۳۹۳). مبانی ممنوعیت نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و آمریکا، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره سوم.

۱۲. قنواتی، جلیل و جاور، حسین (۱۳۹۰). میانی احترام در شناسایی و حمایت از حریم خصوصی در حوزه ارتباطات، نشریه حقوق اسلامی، دوره ۸، شماره ۲۹.
۱۳. عاملی، سعیدرضا (۱۳۹۰). قاعده‌های اخلاقی در فضای مجازی و دو وجهی نگری، مجموعه مقالات: فضای مجازی (ملاحظات اخلاقی، حقوقی و اجتماعی)، زیر نظر یونس شکرخواه، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
۱۴. عطار، شیما (۱۳۹۵). حمایت از حریم خصوصی در شبکه‌های اجتماعی مجازی، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول.
۱۵. موحد، محمد علی (۱۳۸۱). در هوای حق و عدالت؛ تهران: انتشارات کارنامه.
۱۶. موسوی بجنوردی محمد حسن (۱۳۷۷). القواعد فقهیه، جلد اول، قم: نشر الهادی.
۱۷. نمک دوست، محسن (۱۳۸۵). اخلاق حرفه‌ای: حریم خصوصی و حق دسترسی به اطلاعات، مجله اطلاع رسانی و کتاب داری رسانه، شماره ۶۶.
18. Samuelson, Pamela; ۱۹۹۹, A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy; 87 Calif. L. Rev. 751

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۷۰ - ۵۵

## توصیه اخلاقی و لزوم تقدم حق عمومی در حيازت مباحات و معادن عامه

آیت الله دکتور سید هاشم بطحایی<sup>۱</sup>

سید علی اکبر تقویان<sup>۲</sup>

### چکیده

اخلاق مقوله‌ای است که همیشه و در همه جا حضور داشته و سیلان آن شرط غیر مذکور در همه فعالیت‌های بشری است؛ به همین نسبت در حوزه قراردادهای و حق مالکیت و اعمال حقوق خصوصی هم اخلاق حضوری پر رنگ دارد و توصیه‌های جدی دارد. بنابراین در زمینه رفتارهای حقوقی که به حوزه عمومی، حقوقی و حق حاکمیت و عموم افراد مرتبط است، طبیعتاً اخلاق حضور و توصیه دارد. در پژوهش پیش رو در زمینه بهره‌برداری افراد از مباحات و حيازت از آن‌ها و نیز معادن عامه که طبیعتاً طلاق‌ی زیادی با حقوق عمومی افراد دارد و توصیه‌های اخلاقی محدودیت‌هایی را ایجاد خواهد کرد، به بررسی پرداخته شده و توصیه‌های اخلاقی که محدودیت‌هایی برای حقوق خصوصی و حق مالکیت افراد در حوزه‌ی خصوصی ایجاد می‌کند را با روش توصیفی تحلیل و شیوه و ابزاری کتابخانه‌ای را به بحث گذاشته است و به نتایج بدیع و خوبی در این خصوص دست یازیده و به سوالات و ابهامات چندی در این زمینه پاسخگو بوده است و منتج به این حاصل گردیده که افراد در بهره‌برداری از حيازت مباحات و نیز معادن عامه مطلق العنان و آزاد نبوده بلکه محدودیت‌های چندی از جمله در حوزه توصیه‌های اخلاقی را دارند.

### واژگان کلیدی

توصیه‌ی اخلاقی، حق عمومی، حيازت مباحات، حقوق خصوصی.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: S.h.bathaei@yahoo.com

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران.

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۶/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۳/۱۷

## طرح مسأله

بحث مالکیت یکی از اساسی‌ترین مباحث فقهی و حقوقی است. مقوله مالکیت در اسلام با سایر مکاتب متفاوت است هم به مالکیت فردی بها می‌دهد و هم مالکیت جمعی را برای قوام حکومت‌ها لازم می‌شمرد. قاعده تسلیط و قاعده احترام از جمله دلایل محترم شمردن مالکیت افراد است بر همین اساس تعرض به اموال خصوصی مردم توسط هیچ‌کس عقلاً و شرعاً پذیرفته نیست. ولی گاهی برای حفظ مصالح عمومی محدودیت‌هایی را ایجاد کرده است. ولایت حاکم بر اموال، الزام به پرداخت حقوق فقراء، وضع مالیات‌های شرعی، جلوگیری از اضرار به دیگران و توصیه‌های اخلاقی از قبیل حرمت اسراف و تبذیر از جمله این محدودیت‌ها است از طرفی حکومت اسلامی می‌تواند برای مالکیت افراد محدودیت ایجاد کرده و حتی در مواردی آن را سلب نماید.

## مالکیت دولت اسلامی

اسلام در فعالیت‌های اقتصادی، اصل را بر آزادی و اختیار افراد قرار داده و هیچ مرزی هم برای مقدار و میزان ثروت معین نکرده است. به همین جهت، افراد هر مقدار که از مسیر حلال به دست آورند، کسی حق تعرض به آنها را نخواهد داشت، تا جایی که عنوان «کنز» و اضرار به غیر بر آن صادق نباشد. این مسئله در فقه اسلامی میان مسلمانان به قدری معروف و مشهور است که می‌توان گفت از بدیهیات اولیه اقتصاد اسلامی است. (گرگی، ۱۳۷۹: ۱/۱۲۳) نظام اقتصادی اسلام از آغاز با توجه به مبانی عقیدتی و فلسفی‌اش به طور همزمان سه نوع مالکیت - فردی، عمومی، دولتی - با موضوع‌های مشخص در کنار یکدیگر به رسمیت شناخته و تفاوت اساسی مالکیت عمومی و دولتی از جهت حقوقی این است که درآمدهای ایجاد شده از مالکیت عمومی باید به وسیله دولت یا ولی امر صرفاً به مصارف جمعی و عمومی مردم، مثلاً ساختن راه، پل و ... برسد، اما ثروت‌های دولتی علاوه بر آنکه می‌تواند به مصارف عمومی برسد، برای کمک به گروه‌های خاص اجتماعی قابل مصرف است. (نمازی، ۱۳۹۳: ۲۳۰ و ۲۳۱)

درحقیقت مالکیت عمومی در نظام اقتصادی اسلام از جهان بینی اسلام و حق انسان بر منابع طبیعی سرچشمه گرفته و مالکیت دولتی نیز با توجه به تلقی اسلام از جایگاه دولت و نقش آن در اقتصاد معین شده است.

مالکیت عمومی در حقیقت مالکیت عنوان «همه مسلمین» است، با این تفاوت که این عنوان عام بوده می‌توان آن را بر همه مسلمین تطبیق داد، در حالی که عناوینی مانند فقراء، علما و سادات، قشر خاصی از مردم را شامل می‌شوند. مالکیت عمومی در می‌تواند بنا به اسبابی مانند وصیت و نذر به وجود آید و قلمرو خاصی ندارد. در مورد زمینهایی که با جنگ به دست مسلمین می‌افتد و در هنگام فتح، آبادند معتقدند که اینها ملک کسی نیست، بلکه وقف مصالح مسلمین



است. مسلمین مالک رقبه این زمینها و همچنین مالک منافع آنها نیستند، ولی منافع آنها باید در جهت مصالح عامه مسلمین مثل تأمین لشکر و جهاد، تشکیل حکومت، تعمیر راهها و ایجاد پل، اموری از این قبیل صرف شود. (خمینی، امام، ۱۳۶۸: ۴۳/۳)

در مورد اصل مالکیت می توان چنین بیان کرد: «اسلام اصل مالکیت مختلط را می پذیرد و در اسلام سه نوع مالکیت خصوصی، عمومی و دولتی وجود دارد، که هر یک دارای اسباب، احکام و قلمرو خاص است.»

### عوامل محدود کننده اراده افراد در قراردادها

پر واضح است معاملات و قراردادها مبتنی بر یک عمل حقوقی ناشی از اعمال اراده ی اشخاص است در صورتی که با اخلاق حسنه و نظم عمومی و قانون مغایرت نداشته باشد، (مشایخ، ۱۳۹۵: ش ۱۴۴/۱۸) مورد احترام و حمایت قانونی است و نیز طرفین پایبند به ایفای تعهدات ناشی از اراده ی آزاد خود می باشند از این رو صحت قراردادها و معاملات به عنوان یک اصل عقلانی، همه پذیر و جهان شمول به شمار می رود. با تمسک به این اصل جهان شمول به جرات می توان گفت که مالکیت اشخاص نسبت به اموال محمول بر صحت و درستی است مگر خلاف آن ثابت شود که از این اصل مشتقات دیگری مانند اصل مشروعیت و اعتبار مالکیت و غیره حاصل می شود. به همین دلیل، قانون اساسی ایران در اصول ۲۲، ۴۴، ۴۶ و ۴۷ این اصل را پذیرفته است. در اصل ۴۷ قانون اساسی مقرر شده «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است...» اصل ۴۴ قانون اساسی «... مالکیت در این سه بخش ... مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است...» اصل ۴۶ قانون اساسی «... هرکس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و...» اصل ۲۲ قانون اساسی «حیثیت، جان، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است...» بنا بر این اخلاق، یکی از عوامل محدود کننده اصلی مالکیت است. (قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)

در قانون مدنی ایران نیز، ماده ۲۷ مشروعیت مالکیت اشخاص بر مباحات را به رسمیت شناخته و مضافاً ماده ۹۲ مشروعیت حق انتفاع از آن را قانونی اعلام کرده است. ماده ۲۹ نیز جواز علاقه اشخاص به مالکیت مشروع را صادر کرده و ماده ۳۰ اقتدار و سلطنت مالک در مایملک خویش را مشروع می داند و همچنین ماده ۳۱ تعرض به حق مالکیت دیگری را نهی کرده است. (کهرم، ۱۳۸۹: ۲۸)

### محدودیت قرارداد در بستر عسر و حرج میانکنشی اخلاقی حقوقی

از آنجا که احکام شرعی دارای عمومیت و شمول می باشد، همین عمومیت و شمول، گاهی فرد را با مشکلات و دشواریهایی در تطبیق احکام یا مصادیق و موارد مواجه می کند. برای حل چنین مشکلاتی و نیز تبیین دایره شمول و گستره این قاعده و حل تعارض احتمالی این قاعده با

سایر قواعد فقهی، پرداختن به آن، ضروری به نظر می‌رسد. مطابق آیات قرآنی و روایات موجود، اگر در امری سختی و ناراحتی بیش از حد معمول به وجود آید، لازم است به دنبال راه‌های تسهیل آن بود و پس از یافتن، آن راه سهل در پیش گرفته شود و بعد از برطرف شدن مشقت، همان حکم قبلی اجرا شود. (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۶۹) چنانچه امر دائر بین دو امر، مشقت‌آور باشد، بایستی آسان‌ترین آنها به کار گرفته شود. البته در صورتی که جلب تیسیر مخالف نص نباشد و از این جهت مشقت موجود در اجرای حدود نمی‌تواند باعث برقراری جلب التیسیر گردد.

قاعده نفی عسر و حرج از جمله قوانین فقهی است که فقها در موارد فراوانی به آن استناد کرده‌اند و به موجب آن، به نفی تکالیفی که مستلزم عسر و حرج برای مکلف است، حکم داده‌اند. استناد به این قاعده، اختصاص به باب خاصی از ابواب فقه ندارد، بلکه در مباحث مختلف، اعم از عبادات و معاملات، مورد استناد قرار گرفته است. این قاعده در فقه امامیه کاربرد زیادی دارد. آیات و روایات متعددی که در خصوص این قاعده وجود دارد، بیانگر منزلت والای آن است.

این قاعده از اصول راهگشا در مسائل حقوقی به شمار می‌آید که در قوانین مدنی کشور جمهوری اسلامی ایران نیز وارد شده است. دلیل آن نیز همان پشتوانه فقهی است که کشور ایران مبتنی بر آن احکام می‌باشد. نفی عسر و حرج در مواردی که وارد قوانین گشته، موجب تحول حقوق امروزی در مرتفع نمودن بسیاری از مشکلاتی است که به سبب پابندی به اصول و سلوهای کلی و قواعد عمومی خشک و بی‌روح و دارای انعطاف کم پدید آمده‌اند. البته قابل ذکر است که در به کارگیری این قاعده، قضات در برخی از احکام مربوط به خانواده، مانند ماده ۱۱۳ قانون مدنی، نقش بسزایی دارند که باعث می‌شود افتراقات زن و شوهر که در آن عسر و حرج وجود دارد، به نحوه احسن حل و فصل شود و بسیاری از آرای محاکم، براساس قاعده نفی عسر و حرج صادر و در محاکم تجدید نظر و دیوان عالی کشور تنفیذ و ابرام می‌شود که نشان می‌دهد این قاعده چقدر در زندگی اجتماعی نقش داشته و دارد. (مشایخی، ۱۳۸۷: ۲۱۸)

نفی عسر و حرج یک قاعده کلی است که فقها در موارد فراوانی به آن استناد کرده‌اند و به موجب آن، به نفی تکالیفی که مستلزم عسر و حرج برای مکلف است، حکم داده‌اند. استناد به این قاعده، اختصاص به باب خاصی از ابواب فقه ندارد، بلکه در مباحث مختلف، اعم از عبادات و معاملات، مورد استناد قرار گرفته است. میان دو قاعده مذکور که توسط فقهای اهل تشیع و اهل سنت استخراج شده و در ردیف قواعد فقهی مورد استفاده قرار گرفته‌اند، اشتراکاتی دیده می‌شود؛ اصلی‌ترین وجه اشتراک آنها در بهره‌گیری از قرآن کریم به عنوان منبع اساسی برای اثبات قاعده مورد نظر است. وجه اشتراک دیگر آنها در این است که هر دو راهگشای مسائل فقهی متحول هستند که مبتنی بر دوراندیشی فقه پویای اسلامی می‌باشد و نیز کاربردی وسیع در جوامع اسلامی کنونی پیدا کرده‌اند. (مشایخی، ۱۳۷۹: ۲۱۸) این قواعد در مواردی وارد قوانین گشته،

موجب تحول حقوق امروزی در مرتفع نمودن بسیاری از مشکلات شده‌اند که به سبب پایبندی به اصول و اسلوبهای کلی و قواعد عمومی خشک و بی‌روح و دارای انعطاف کم پدید آمده‌اند. فقها برای قاعده نفی عسر و حرج، از آیات قرآن و روایات استفاده کرده‌اند. برخی از دلایل آنان موارد زیر است:

✓ خداوند می‌فرماید: و در دین (اسلام) کار سنگین و سختی بر شما قرار داده نشد. (حج/۷۸)

✓ باز می‌فرماید: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ»؛ (بقره/۱۸۵) خداوند برای شما آسانی می‌خواهد، و برایتان دشواری نمی‌خواهد.

✓ پیامبر اسلام (ص) فرمود: (مؤاخذه یا تکلیف) اموری که در توان امتم نیست، برداشته شد. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵/۳۹۶)

✓ حضرتش در جایی دیگر فرمود: «...لَمْ يُزْسِلْنِي اللَّهُ تَعَالَى بِالرَّهْبَانِيَّةِ وَ لَكِنْ بَعَثَنِي بِالْخَيْفِيَّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ...»؛ (کلینی، ۱۳۶۵: ۵/۴۹۴) ... من با شریعتی آسان بر انگیخته شدم. از مجموع آیات و روایات استفاده می‌شود که خداوند از روی لطف و تفضل، احکام حرجی، سخت و مشقت بار را از امت اسلام برداشته است. به این مسئله قاعده نفی عسر و حرج می‌گویند. (ولایی ۱۳۷۴: ۲۷۸)

دکتر محقق داماد در کتاب خویش مواردی از تعارض بین دو قاعده لا ضرر و نفی عسر و حرج را بیان می‌کند و می‌نویسد:

بین قاعده لا ضرر و نفی عسر و حرج در مواردی تعارض پدید می‌آید؛ فرض کنیم از طرفی تصرف مالکانه مالکی در ملک خود سبب ضرر به همسایه اش شود و از سوی دیگر، منع تصرفات مالکان ه او از سوی همسایه مجاور نیز به استناد قاعده لا ضرر موجب آن می‌شود که مالک در حرج واقع شود و یا شخصی برای تامین آب مورد نیاز خود ناگزیر از حفر چاه در ملک خود باشد ولی حفر آن از طرفی موجب کاهش میزان آبدهی چاههای حفر شده در املاک مجاور و در نتیجه ایجاد ضرر به همسایگان شود و از سوی دیگر ممانعت او از حفر چاه در ملک خود به استناد قاعده لا ضرر سبب می‌شود مالک به خاطر نداشتن آب مورد نیازش در عسر و حرج و تنگنا بیفتد که البته فقها در اینکه تقدم و حاکمیت با کدام قاعده است نظرات متفاوتی دارند که اینجا مجال آن نیست. (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۰/۱۲)

در پایان تذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که در دین اسلام احکام بسیاری وجود دارد که انجام آنها دشوار است؛ در این موارد جریان اهم و مهم در میان خواهد بود. مصلحت جامعه اسلامی اقتضای جهاد و دفاع از کیان اسلام و ناموس امت اسلامی را دارد، به یقین در

چنین مواردی قاعده مزبور جاری نخواهد شد.

### تعارض حقوق عمومی و خصوصی

شکلی دولت‌های لیبرال بعد از تحولات انقلابی قرون هجدهم و نوزدهم موجب رسم خطوط جدیدی بین منافع خصوصی و عمومی شد و باعث اهمیت بیشتر حقوق خصوصی گردید و سبب ایجاد تعارضاتی بین حقوق خصوصی و عمومی گردید.

تا وقتی که هر کدام در جای خود اعمال می‌شوند مشکلی ایجاد نمی‌شود، این جریان زمانی مسأله‌ساز می‌گردد که این دو در تقابل با همدیگر قرار گیرند به عنوان مثال هنگامی که دولت‌ها برای ارائه خدمات عمومی و تأمین منفعت عام ناگزیر از نفوذ در حقوق خصوصی و دخالت در آن‌ها شود؛ مجموعه این عوامل باعث شکل‌گیری دو نظریه در مورد حل تعارض حقوق عمومی و خصوصی شده است.

در خصوص این مبحث می‌توان به اصل منع دارا شدن غیر عادلانه‌ی بلاجهت، اشاره نمود. این اصل از آیه ۲۸ سوره نساء (و آیه ۱۸۸ سوره بقره): «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل...» اقتباس گردیده و حقوقدانان هر کدام بر ذوق ادبی خود عنوانی را بر آن قرار داده‌اند. مانند: اکل مال بالباطل، دارا شدن ناعادلانه یا بلاجهت، استیلا نامشروع و غیره.

مصادیق اصل ۴۹ قانون اساسی که منجر به سلب مالیکت از اشخاص می‌گردد نیز می‌تواند زیر مجموعه این قاعده باشد که شامل ثروتهای ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار و سایر موارد غیر مشروع می‌گردد.

در این‌جا بی‌فایده نخواهد بود در خصوص قاعده علی‌البد که قرابت نزدیکی با مباحث مربوط به استرداد مالکیت‌های نامشروع دارد، توضیحاتی بیان گردد؛ این قاعده که بر پایه حدیث نبوی «علی‌البد ما اخذت حتی تودیبه» است یعنی اگر شخصی چیزی را تصرف کرد که متعلق به او نیست تا زمانی که آن را به مالک آن تحویل نداده، مسئولیت دارد. بنابراین کسی که به هر نحو بر مال غیر وضع ید کرده باشد، نظیر وضع ید در غصب، سرقت و ... طبق این قاعده ضامن می‌باشد که این مسئولیت هم شامل ضمان رد عین و هم ضمان رد قیمت در صورت تلف شدن عین می‌باشد. این قاعده تحت عناوین دیگری نظیر قاعده لزوم رد مغضوب نیز به کار رفته است. (مشایخ، ۱۳۹۵: ۱۸/۱۴۹)

این قاعده در بحث سلب مالکیت پر کاربرد می‌باشد چراکه سلب مالکیت از متصرف مال که به پندار خود مالکیت دارد و حتی سند مالکیت به نام او، ثبت رسمی شده است، بعد از اثبات نامشروع بودن سبب اموال وی، مالکیت عرفی و ظاهری او سلب می‌شود و طبق این قاعده، مالکیت از آن مالک واقعی خواهد بود و در صورت عدم شناسایی مالک در حکم اموال مجهول‌المالک بوده و در اختیار ولی فقیه قرار می‌گیرد.

مالکیت خصوصی مصداقی از حقوق خصوصی و مالکیت عمومی (منافع عمومی) مصداقی از حقوق عمومی است. گروهی حقوق خصوصی را بر حق عمومی مقدم می دانند. حقوق خصوصی دچار نسبیّت شده و طبع اجتماعی انسان این محدودیت را ایجاب می کند و فعالیت های عمومی و خصوصی در یکدیگر تداخل کرده اند و دیگر حقوق خصوصی به معنای اخص کلمه وجود ندارد. نمی توان مطلقاً حقوق خصوصی را بر عمومی مقدم دانست و عادلانه نیست در مواردی که فرد از حق خود تجاوز کند و بخواهد برخلاف حقوق عمومی یا مصلحت اجتماعی رفتار کند، منافع جمع را فدای منفعت فردی کرد. البته در حقوق عمومی، نظریه تقدم حقوق عمومی بر حقوق خصوصی پذیرفته شده است. (درویشی عباس آباد ۱۳۹۲: ۳۰)

### تزامم حق عمومی با حقوق فردی

هر گاه شخصی بخواهد در ملک خود تصرفی بکند که مزاحم همسایگان شود تصرف مزبور ممنوع است. لذا در مورد مزاحمت با حقوق دیگران تسلط وی محدود می شود. طبق ماده ۱۳۲ قانون مدنی تصرف مالک در ملک خود در صورتی که منجر به ضرر دیگری باشد و این تصرف برای دفع ضرر خود نباشد و زاید بر حاجت باشد، جایز نیست.

در اصل ۴۷ قانون اساسی آمده است: "مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است و ضوابط آن را قانون معین می کن" ماده ۳۰ قانون مدنی: اعلام می دارد "هر مالکی نسبت به ما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر مواردی که قانون استثنا کرده است". لذا قانون با انگیزه های مختلف محدودیتهایی را بر مالکیت وارد ساخته، مکان و زمان نیز در مالکیت تاثیر گذاشته و در نتیجه امروزه بسیاری از محدودیتهای وجود دارد که در گذشته وجود نداشته است.

باید آن مصلحتی که حکومت اسلامی برپایه آن حق مالکیت را محدود می کند، بالاتر و مهم تر از حق شناخته شده مالکیت شخصی باشد. مثلاً اگر کسی اموال هنگفت خود را وسیله تجاوز بر علیه حکومت اسلامی قرار دهد یا بوسیله آن نظام اقتصادی کشور را در خلاف جهت م صالح عمومی مختل کند، جای آن دارد که با شرایط اوضاع و احوال جامعه با او برخورد شود و حق مالکیت او با محدودیت مواجه شود. (صرافی، ۱۳۸۱: ۱۸۴)

### تزامم حقوق افراد با حقوق اجتماعی

چنانچه طرحهای عمومی با مالکیت خصوصی افراد در تزامم قرار گیرد حقوق عمومی مقدم می گردد. مثلاً اگر برای آب رسانی و یا برق رسانی نیاز به تصرف در اموال و املاک افراد باشد، دولت ابتدا سعی می کند از طریق جلب رضایت مالک اقدام کند، اما اگر مالک رضایت ندهد دولت ناگزیر است به نفع عموم وارد شود و در حق افراد بطور قهری دخالت کند. (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۳۱/۲)

ماده ۳۸ قانون مدنی مقرر داشته است: "مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محازی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین نسبت به زیر زمین و بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا را دارد مگر آنچه قانون استثنا کرده است". براساس قانون مدنی مالکیت هوای محازی زمین و زیر آن محدود به حدی نیست، اما قانون بسته به موقعیت محل در حدی اجازه بنای طبقات می دهد. در زیر ملک که لوله آب و برق و گاز عبور می کند، مالک نمی تواند اجازه ندهد. مسئولیت اداره جامعه توسط دولت باعث تصویب قوانین و محدودیتهایی برای مالک شده است به گونه ای که هر چه تکالیف دولت افزایش می یابد، محدودیت مالکیت بیشتر می شود. طرحهایی که برای گسترش فضای سبز، عبور لوله گاز، احداث میادین و..... است همه و همه اختیارات مالک را محدود ساخته است.

حضرت امام خمینی (ره) در رابطه با اختیارات ولی فقیه فرموده اند: حاکم می تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند. خیابان کشی از مصالح عمومی است و می تواند حق مالکیت خصوصی را تحت تاثیر قرار دهد، البته در همین جا تاکید شده است که قیمت منزل به صاحبش داده شود چرا که مصلحت عمومی در تصرف منزل برای خیابان کشی است و این با پرداخت قیمت خانه به مالک آن منافاتی ندارد در واقع تاجایی که ممکن است باید بین مصلحت عمومی و حق مالکیت خصوصی جمع شود و هردو رعایت شود. قیمت خانه رابه مالک آن دادن از آثار رعایت مالکیت خصوصی است که با آن مصلحت قابل جمع است. (صرافی، ۱۳۸۱:۱۸۵)

اگر در ملک شخص، معدنی کشف شود و یا دفینه ای یافت شود، دولت نمی تواند استخراج و بهره برداری آن را بطور کلی در اختیار مالک گذارد، چرا که این اموال از ثروتهای عمومی است و دولت برابر مقررات، بهره برداری آن را بعهده می گیرد.

در ماده ۲۲ قانون معادن سال ۷۷ در این زمینه آمده است: چنانچه اجرای عملیات معدنی در محدوده املاک دایر یا مسبوق به احیای اشخاص واقع و نیاز به تصرف این املاک باشد، مجری عملیات پس از تایید وزیر معادن و فلزات مکلف است اجازه یا بهای آن را بدون محاسبه ذخایر معدنی واقع در آن برابر نظر کارشناس رسمی دادگستری به قیمت روز به صاحب ملک بپردازد و در صورت امتناع وی از دریافت آن در صندوق ثبت اسناد و املاک کشور توزیع نماید که در این صورت زمینه انجام عملیات معدنی توسط وزارت معادن و فلزات با هماهنگی دستگاههای مسئول فراهم خواهد شد.

تشخیص دایر یا مسبوق به احیا بودن ملک و وضع مالکیت به عهده مراجع مربوط است. تبصره ۱ - در صورتی که برای ادامه عملیات اکتشافی یا بهره برداری و استخراج معدن در خارج از املاک یاد شده نیاز به حفر کانال یا تونل زیر زمینی باشد که در عمق عرفی املاک

مزبور قرار گیرد مشمول ماده فوق بوده و در غیر اینصورت تابع ملک نخواهد بود. تشخیص عمق عرفی موضوع این تبصره با توجه به نوع کاربری اراضی منطقه عملیات معدنی، بعهدہ کارشناس رسمی دادگستری است.

با این حال حق تصرف در ملک اختصاص به مالک آن دارد و هیچ کس بدون اجازه او نمی‌تواند در آن ملک تصرف کند و از آن بهره‌مند گردد. کما اینکه چسباندن آگهی بر دیوار خانه و مغازه بدون اجازه مالک و یا رضایت ضمنی او امکان‌پذیر نیست، اما مالک می‌تواند تمام یا برخی از حقوق را برای استفاده و تصرف در ملک به دیگران انتقال دهد، یا به او اجازه استعمال و انتفاع دهد.

حضرت امام خمینی (ره) در این باره می‌فرماید: «هیچ کس حق ندارد در مال کسی چه منقول و چه غیر منقول و در مورد حق کسی دخل و تصرف نماید و یا توقیف و مصادره نماید، مگر به حکم حاکم شرع، آن هم پس از بررسی دقیق و ثبوت حکم از نظر شرعی» (خمینی (امام)، ۱۳۷۸: ۱۷/۱۰۶)

دکتر مدنی در این زمینه می‌نویسد: مادامی که دلیل بر تحدید و تقیید نباشد حق مالکیت و تصرف فرد اطلاق دارد. مالک می‌تواند در زمین خود درخت بکارد، ساختمان بسازد، حفر چاه و نهر کند و یا آن را به حالت خود واگذارد. همه این موارد موقوف به این است که قانون نظامات شهری یا محیط زیست آن را محدود و منع نکرده باشد. قانون در مقابل مالکیت تا به آن حدی توانایی دارد که در شرایطی مصادره املاک اشخاص به نفع عامه را تجویز می‌کند. (مدنی، ۱۳۸۳: ۲۸/۲)

همانگونه که ذکر شد مالکیت خصوصی امروزه با محدودیتهایی مواجه شده است. چنانچه زمین یا خانه کسی مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری باشد، مالک خانه یا زمین نمی‌تواند جلوگیری نماید. دیوار ملک همسایه روی زمین مالک مجاور است و مالک نمی‌تواند این محدودیت را نپذیرد. در مالکیت مشاع میزان محدودیت بیشتر است، آزادی و اختیار هر مالک به آزادی و اختیار دیگر مالکین محدود می‌گردد.

بنابراین زمانی شخص می‌توانست در منطقه‌ای خارج از شهر به اختیار خویش چاه حفر کند، سنگ چینی کند، درختکاری کند و برای تملک آن اقدام کند، بدون آنکه کسی یا سازمانی مدعی او باشد اما امروزه این روند کافی نیست و اراضی تحت عناوین مختلف قرار گرفته است برای تملک هر نوع از اراضی، باید مقررات آن را رعایت کرد.

امروزه اشخاص برای تملک اراضی باید طرح و نقشه داشته باشند و به وزارتخانه‌های جهاد کشاورزی، مسکن و ... مراجعه کنند.

آیت الله مصباح یزدی ضمن تبیین مواردی از حقوق عمومی و حقوق خصوصی، نقش

دولتها را در ارتباط با این حقوق بسیار ضروری تلقی می‌کنند و معتقدند که اگر در مواردی افراد بخواهند به بهانه حقوق خصوصی ضرر و زیان به غیر وارد کنند، دولت وارد عمل می‌شود و افراد را با محدودیت مواجه خواهد ساخت. بر این اساس افراد حتی به اموال خودشان هم نمی‌توانند خسارت وارد کنند و چنین می‌نویسند:

"نظارت بر رعایت احکام و ارزشهای اسلامی در زمینه فعالیت‌های افراد حتی در اموال خصوصی خودشان از دیگر وظایف دولت اسلامی است، مثلاً نظام اسلامی، اجازه مصرف مسرفانه حتی در اموال شخصی را نمی‌دهد. افراد مجاز نیستند اموال خویش را آتش بزنند. دولت اسلامی همچنین مانع فعالیت اقتصادی و تصرفاتی است که مستلزم و موجب ظلم به دیگر افراد جامعه شود، مثلاً در سابق هر کس می‌توانست خانه وسیع و با کیفیت دلخواه خویش داشته باشد، اما امروزه به دلیل زندگی اجتماعی و مجاورت خانه‌ها با یکدیگر مقررات خاصی وجود دارد. خانه نباید آن قدر بلند باشد که مانع نور و هوای همسایه گردد. دولت اسلامی موظف است در موردی که ساختمان سازی باعث مزاحمت همسایگان شود دخالت کرده جلوی آن را بگیرد. (مصباح یزدی، ۱۳۸۲:۲۲۶)

#### اصل تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه

براساس این قاعده منافع و مصالح عمومی و ملی، به علت سرایت آن به عموم جامعه، بر منافع و مصالح خصوصی و شخصی غلبه و برتری دارد و در تعارض میان آن دو، حقوق عمومی حاکم بر حقوق خصوصی است. نتیجه این قاعده آن است که در پی اهداف، مصالح، منافع و یا نظم عمومی اگر نیاز و یا تعارضی با مالکیت خصوصی افراد ایجاد شود، دولت می‌تواند با توسل به حق حاکمیت خود و جهت رسیدن به اهداف عمومی، مالکیت خصوصی را از مالک آن سلب نماید. حال این سلب مالکیت می‌تواند، اجبار به فروش (تملك توسط دولت) یا ملی کردن و یا مسائل دیگر باشد. (کنعانی، ۱۳۸۷:۳۹)

بنا بر اندیشه اولویت حقوق عمومی بر حقوق خصوصی، در لایحه قانونی ملی کردن جنگل‌ها مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ آمده است: «..... عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور، جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است و لو این که قبل از این تاریخ، افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند» بر این اساس به جهت تقدم حقوق عمومی بر حقوق مالکانه از اشخاص مالک این گونه اراضی، سلب مالکیت شده است. با تکیه بر این اصل سیر تاریخی مالکیت اراضی دست‌خوش سیاست‌های اقتصادی و سیاست‌های گوناگونی گردیده است و به منظور میل به اهداف متعددی مالکیت اراضی از مالکین آن‌ها سلب گردیده است. از مصادیق مهم این امر می‌توان قانون اصلاحات ارضی و سیر تاریخی آن‌را نام برد که به منظور توزیع اراضی کشاورزی بین عاملین و کشاورزان



و صاحبان نسق منجر به سلب مالکیت اراضی گردید اما پس از پیروزی انقلاب اسلامی سلب مالکیت اراضی توسط دولت کم نبوده است.

قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ مبتنی بر تقدم منافع عمومی بر اموال خصوصی تصویب گردیده است؛ به موجب ماده یک این قانون: «هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی و وزارتخانه‌ها یا موسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، همچنین شهرداری‌ها و بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و سازمان‌هایی که شمول قانون نسبت به آنها مستلزم ذکر نام باشد ..... به اراضی، ابنیه، مستحقات، تاسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً وسیله دستگاه اجرایی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تامین شده باشد، دستگاه اجرایی می‌تواند مورد نیاز را مستقیماً و یا به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید.»

قانون مذکور از دو جهت مورد توجه می‌باشد:

اول این که به طور کلی بر مبنای این قانون باید گفت حق مالکیت اشخاص خصوصی بر اراضی حقی مطلق نیست و امکان محدود کردن و زوال و سلب آن توسط حاکمیت امکان‌پذیر است، همچنان که در قانون مذکور مصالح و منافع عمومی از جمله عمران و انجام طرح بر حق مالکیت خصوصی ترجیح دارد.

دوم اینکه دولت در سلب مالکیت مبسوط‌الید و مطلق‌العنان نیست و تملک بر اراضی خصوصی مستلزم رعایت شرایط متعدد قانون مذکور است، همچنان که در این قانون ضروری بودن انجام طرح، لزوم جبران خسارت، اجتناب‌ناپذیر بودن سلب مالکیت، تامین اعتبار و سرانجام دستور بالاترین مقام اجرایی مورد توجه قرار گرفته است و بدون جمع مجموع این شرایط، تملک اراضی خصوصی توسط دولت ممکن نیست. (انصاری، ۱۳۸۸: ۷۸)

### ارزشی بودن نظارت دولت در تحدید حقوق مالکیت

«حقوق مالکیت، حقوق افراد برای استفاده از منابع است. این حقوق با قوانین رسمی و قدرت دولت و همچنین با سنت‌ها و رسومات اجتماعی برقرار و اجرا می‌گردد.» (1989: 179 Nicholas Mercur, Law and Economics (Boston / Pordrecht London, 1989) p.177) قانون و آیین نامه‌های دولت سند حقوق مؤسسات خصوصی را، که مالکانشان دارند، کاهش می‌دهند. (به عنوان نمونه دولت ممکن است مقررات قیمت‌گذاری وضع کند) کاهش حقوق مالکیت، توانایی مالکان برای کسب سود که توسط مدیران به وجود می‌آید و کاهش انگیزه مدیران را به دنبال دارد.

از سوی دیگر، وضع مقررات و قانون و قدرت اجرایی دولت حقوق مالکیت را تثبیت می‌نماید، امنیت سرمایه و سرمایه‌گذاری را تأمین می‌گرداند و مانع تعرض دیگران به حقوق مالکیت افراد و شخصیت‌های حقوقی می‌گردد. وجود و مداخله دولت از ابتدای پیدایش جامعه، امری ضروری بوده است.

دولت در هر زمان، مالیات گرفته؛ یعنی مدارهای خصوصی جریان‌های پول و کالا و خدمات را تغییر داده است. دولت در هر زمان، نظام‌های گمرکی و قانون حمایت از نیروی کار را برقرار کرده است. دولت در هر زمان، داوری را اعمال نموده است؛ زیرا دولت، بنا به تعریف و رسالتش، نمی‌تواند قواعد منافع مشترک را نادیده انگارد. دولت، حتی هنگامی که وانمود می‌کند به زندگی اقتصادی بی‌علاقه است، به دخالت مبادرت می‌ورزد؛ زیرا می‌گذارد که کار انجام بگیرد. (نمازی، ۱۳۷۲: ۱۲/۲)

در جهان بینی توحیدی اسلام، اعتقاد بر این است که قوانین و آیین حاکم بر جوامع بشری باید منطبق با فطرت و طبیعتی باشد که خدا انسان‌ها را بر آن آفریده است. این اعتقاد به آموزه ضرورت هماهنگی بین نظام اجتماعی و نظام طبیعی بسیار نزدیک است، اما با این همه، نتایجی که از این اعتقاد مشترک گرفته می‌شود کاملاً متضاد است. اختلاف در نتیجه‌گیری، به برداشت متفاوت در مورد نقش خداوند در طبیعت برمی‌گردد؛ زیرا افکار خداپرستی طبیعی، هرگونه مداخله خداوند را در طبیعت پس از خلقت نفی می‌کند و نظام طبیعی بر اساس کیفیت خودکار، بهترین شکل ممکن نظام آفرینش شناخته می‌شود. بنابراین، نظام اجتماعی، که باید بر اساس الگوی نظام طبیعی شکل گیرد و بر آن منطبق باشد نیز وقتی به بهترین شکل اداره می‌شود که عاری از دخالت دولت باشد. از دیگر سو، اعتقاد به نقش فعال خداوند پس از خلقت در تعالیم اسلام و این که ندای طبیعت برای هدایت انسان در ساختن نظام اجتماعی او به بهترین شکل کافی نیست و برای این منظور، انسان به احکام و آیین الهی نیازمند است، نتیجه منطقی خاص خود را به دنبال دارد. علاوه بر این که نقش وجود قوانین و مقررات اقتصادی اسلام و اجرای آن‌ها، خود مداخله گسترده‌ای در فعالیت‌های اقتصادی می‌طلبد. اختیارات وسیعی هم برای ولی‌امر و نظام حکومتی در این زمینه به رسمیت شناخته شده است. (رمون بار، ۱۳۶۷: ۱۴۷/۱)

از اهداف اصلی حکومت اسلامی، اجرای احکام مقررات الهی در جامعه از طریق زمینه‌سازی اجرای آن‌ها می‌باشد. امیرالمؤمنین علی علیه السلام در نامه به مالک اشتر می‌فرمایند: «باید کاری کنی که نیکوکار به نیکوکاری ترغیب شود و بدکار به کار بد بی‌علاقه گردد و نه بالعکس.» (فیض الاسلام، ۱۳۷۹: ۱۰۱۳)

آیات و روایات متعددی بر جواز و بعضی بر لزوم دخالت دولت در اقتصاد دلالت دارند. از ده‌ها آیه در قرآن کریم، می‌توان مالکیت را برای منصب امامت یا دولت استفاده کرد که خود به

نحوی بر جواز دخالت دولت در امور اقتصادی دلالت دارند و طبعاً قلمرو حقوق مالکیت خصوصی را کاهش می دهند؛ از جمله: آیات ۱ سوره انفال و ۶ و ۷ سوره حشر که انفال را مال خدا و رسول می داند؛ آیه ۴۱ همین سوره نیز متذکر می شود که خمس غنایم و سود مکاسب متعلق به خدا و رسول است. علاوه بر آیات مذکور، از آیات متعددی نیز جواز دخالت دولت در اقتصاد را می توان استفاده کرد. دسته ای از این آیات مربوط به موارد خاص دخالت دولت در اقتصاد است؛ مثل آیات ۴۷ و ۴۹ سوره یوسف که دلالت بر برنامه ریزی پانزده ساله اقتصادی حضرت یوسف علیه السلام دارد. در آیه ۲۴۹ سوره بقره، طالوت در موقعیت جنگی، از مصرف آب نهی می کند. آیات متعددی نیز وجود دارند که دلالت بر لزوم اطاعت از خدا و رسول دارند. آیات امر به معروف و نهی از منکر، آیات دال بر محدودیت های تولید کالاها و خدمات و یا مصرف کالاها نیز از این مواردند.

اسلام محدودیت های متعددی بر حقوق مالکیت و آزادی اقتصادی افراد بر حسب مصالح جامعه قرار داده است؛ قوانین و مقررات ویژه ای وضع کرده و تولید بسیاری از کالاها و خدمات را منع کرده، مالیت برخی کالاها را زیر سؤال برده و در نتیجه، تملک آن ها را. در هر نظام مبتنی بر آزادی فردی یا دخالت دولت، وقتی کسی به مالی دست رسی پیدا کند، در به کارگیری و استفاده از آن مال به نحو دلخواه آزاد است، می تواند همه را ببخشد و یا حتی تلف کند، اما در اقتصاد اسلامی، برای شیوه مصرف و میزان مصرف نیز حدود و قیودی قرار داده شده و آزادی اقتصادی مطلق پذیرفته نشده است.

در مقابل، دولت نیز حدودی دارد و حق دخالت مطلق و به طور دلخواه ندارد. در اقتصاد اسلامی، آزادی افراد و دخالت دولت در امور اقتصادی، هر یک قلمرو مخصوص به خود را دارد و هر دو مکمل یکدیگرند. روش اسلام برای تنظیم جامعه در مرحله اول، مبتنی بر فطریات افراد جامعه است. زمانی که افراد بر اساس احکام مبتنی بر فطریات عمل کنند، کار دولت آسان است و نیازی به دخالت نمی باشد، ولی زمانی که در مقابل آن قرار گیرند، حرص و طمع در افراد شعله ور شود و تخلف از فرامین الهی بالا بگیرد، دخالت دولت نه تنها مشروع، بلکه ضرورت می یابد. معیار دخالت دولت همین است و قبض و بسط دخالت دولت بر اساس رعایت کردن مسائل توسط افراد و عدم رعایت آن ها صورت می گیرد. (سیبونی، ابوالفتح، ۱۴۰۸: ۱۳۴)

شوماخر درباره مزایای تنظیم و نظارت حقوق توسط دولت و وجود آزادی می نویسد: تمرکز اساساً اندیشه ای مربوط به نظم، و عدم تمرکز اندیشه ای مربوط به آزادی است. انسان اهل نظم به طور متعارف، حسابدار و به طور کلی، مدیر است، در حالی که انسان آزاد و خلاق پایه گذار است. نظم نیازمند آگاهی و مفید کارایی است، در حالی که آزادی فراخواننده و هموارکننده راه مکاشفه است و به نوآوری می انجامد... در اقتصاد کلان، همیشه لازم است که هم برنامه ریزی

وجود داشته باشد و هم آزادی؛ البته نه از طریق یک مصالحه ضعیف و بی جان، بلکه از طریق شناختی آزاد از مشروعیت و نیاز هر دو، به همان ترتیب، در اقتصاد فرد، چنین ضرورتی وجود دارد... مهم شناسایی واقعیت هر دوی آن هاست. چنانچه توجه خود را بر یکی از اضداد دوگانه یادشده مثلاً بر برنامه ریزی متمرکز سازیم، استالینیسیم به وجود می آید و در مقابل، اگر بر آزادی تنها تکیه کنیم، حاصلی جز هرج و مرج نخواهد داشت. پاسخ متعارف به هر یک از آن ها یک نوسان آونگی میان دو حد متضاد خواهد بود. (شوماخر، ۱۳۶۵: ۲۰۱)

معیار در آزادی بهره گیری از حقوق مالکیت و حقوق نظارت، مصالح جامعه است و در پاسخ به این سؤال که اصل اولیه دخالت دولت است یا آزادی اقتصادی، می توان گفت: اصل، تأمین مصالح جامعه است. ولی امر بر اساس رعایت مصالح جامعه اسلامی، می تواند برای تأمین مصلحت و به میزانی که مصلحت اقتضا کند، دخالت کرده و حقوق مالکیت افراد را محدود سازد و یا افراد را در بهره گیری از حقوق مالکیت خویش و فعالیت های اقتصادی آزاد بگذارد. (صفار، ۱۳۷۳: ۲۳۸)

### نتیجه گیری

با افزایش جمعیت و توسعه شهرنشینی مسائل و مشکلات اجتماعی و سیاسی و اقتصادی پیچیده تر شده است و باید به نحوی آن ها را اداره یا برآن ها نظارت نماید. به عبارت دیگر منافع عمومی در زندگی اجتماعی بر منافع خصوصی ارجحیت پیدا می کند. زمانی که میان نیازهای عمومی و منافع اشخاص تعارض حاصل شود سلب مالکیت معنا پیدا می کند. مفهوم سلب مالکیت به سبب منافع عمومی این است که دستگاه های تملک کننده، هدفشان رفع نیازهای عمومی است تا بتوانند اموال غیرمنقول نظیر زمین اشخاص را درقبال پرداخت بهای عادله و رفع نیازمندی های عمومی از قبیل توسعه و ایجاد معابر به خود اختصاص دهند در بسیاری از موارد شیوه استفاده از اموال را تابع قواعد خاص کنند و همچنین اصول اخلاقی و اخلاق حسنه تسلیط افراد بر حقوق و اموال خود را محدود می کند. سرانجام نتیجه همان حکومت قاعده لاضرر و قاعده عسرو و حرج و قواعد عمومی اخلاقی و رعایت حیثیت اجتماعی برقاعده تسلیط خواهد بود ولی در تحقیق حاضر با رویکرد عملی به موضوع سلب مالکیت از اراضی و املاک اشخاص برای اجرای طرح های عمومی و ملی دولت توسط سازمان های مرتبط پرداخته شده است.

## فهرست منابع

### منابع فارسی

۱. قران کریم، ترجمه: آیت الله مکارم شیرازی
۲. نهج البلاغه، گردآوری و تنظیم شریف رضی، مترجم: علی نقی فیض الاسلام اصفهانی، ۱۳۷۹.
۳. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، ۱۳۸۸، دانشنامه حقوق خصوصی، دوره سه جلدی، تهران، انتشارات جنگل
۴. خمینی، روح الله، ۱۳۶۸، البیع، ناشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، جلد ۳
۵. خمینی، سید روح الله، ۱۳۷۸، صحیفه امام، موسسه نشر و تنظیم آثار امام، نوبت دوم، جلد ۱۷
۶. خمینی (امام)، سید روح الله، ۱۳۷۸، صحیفه امام، موسسه نشر و تنظیم آثار امام، نوبت دوم، جلد ۲۰، ۷
۷. درویشی عباس آبادی، سجاد، ۱۳۹۲، پایان نامه بررسی مبانی و روش های تحدید مالکیت خصوصی در تعارض با مالکیت عموم
۸. رمون بار، ۱۳۶۷، اقتصاد سیاسی، ترجمه منوچهر فرهنگ، انتشارات سروش، جلد ۱،
۹. سبیونی، محمد و ابوالفتح، سعید، ۱۴۰۸ق، الحریه الاقتصادية فی الاسلام و اثرها فی التمییه، قاهره، دارالوفاء، ص ۹۲ به نقل از: محمد عبدالله العربی، المنظم الاسلامیه،
۱۰. صرامی، سیف الله، ۱۳۸۱، حقوق مردم در حکومت (از دیدگاه امام خمینی از نظر مبانی فقهی و حقوقی)، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، موسسه چاپ و نشر عروج
۱۱. صفّار، محمدجواد، ۱۳۷۳، شخصیت حقوقی، تهران، نشر دانا
۱۲. کهرم، کامران، ۱۳۸۹، سلب مالکیت در دادگاه ویژه اصل ۴۹، به راهنمایی: علیرضا باریکلو، دانشگاه تهران پردیس قم (کارشناسی ارشد حقوق خصوصی)
۱۳. کنعانی، محمد طاهر، ۱۳۸۷، تملک اموال عمومی و مباحات، تهران، نشر میزان
۱۴. گرجی، ابوالقاسم، قاعده تسلیط، مجموعه مقالات فارسی دومین مجمع بررسی های اقتصاد اسلامی
۱۵. موسوی بجنوردی، سید محمد، ۱۳۷۹، قواعد الفقهیه، چاپ سوم، نشر عروج، تهران
۱۶. مدنی، جلال الدین، ۱۳۸۳، حقوق مدنی اسباب تملک، جلد دوم، انتشارات پایدار

۱۷. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۷، قواعد فقه بخش مدنی ۱، مرکز نشر علوم اسلامی
۱۸. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۵، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سازمان سمت
۱۹. مشایخ، نصیر، ۱۳۹۵، بررسی فقهی و حقوقی حمایت از مالکیت اراضی در برابر حاکمیت دولت، مجله شهر قانون، شماره ۱۸
۲۰. نمازی، حسین، ۱۳۹۳، نظامهای اقتصادی، انتشارات سهامی انتشار
۲۱. ولایی، عیسی، ۱۳۷۴، فرهنگ تشریحی اصلاطلاحات اصول، نشر نی، تهران، چاپ اول

### منابع فقهی و غیر فارسی

۲۲. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۴۰۹ق، جلد ۱۵، مؤسسه آل البیت، قم
۲۳. کلینی رازی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، طبعه الثالثه، ۱۳۶۷، اصول من الکافی، ناشر دار الکتب الاسلامیه آخوندی، جلد ۵، باب السبق الی سوق.
24. Nicholas Mercur, Law and Economics (Boston / Pordrecht London, 1989)

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۸۶ - ۷۱

## بررسی مدارا و کج‌تابی سازش در دعاوی جمعی تجاری

سعید جوهر<sup>۱</sup>

شکرالله نیکوند<sup>۲</sup>

### چکیده

از اقتضات دورانی که در آن به سر می‌بریم روند رو به رشد مبادلات تجاری و اقتصادی و قراردادهای ناشی از آن است، در این میان بروز اختلافات تجاری امری اجتناب‌ناپذیر است. اختلافات تجاری با در دادگاه حل و فصل می‌گردند یا به سازش منتهی می‌شوند. پیچیدگی دعاوی تجاری و اهمیت حل و فصل سریع آنها ضرورت تشکیل این محاکم را توجیه می‌کند. از این رو نه تنها قضاتی که آشنایی کافی به عرف و انتظارات تجاری دارند در این محاکم مشغول به رسیدگی می‌شوند، بلکه می‌بایست آیین و شیوه‌ی رسیدگی با ضروریات حوزه‌ی بازرگانی همسو باشد در اکثر موارد، مطلوب اجتماعی به دلیل هزینه‌های اجتماعی کمتر، صلح و سازش است، اما اقامه دعوی فقط دارای پیامدهای خارجی منفی نیست بلکه دارای پیامدهای خارجی مثبتی از جمله بازدارندگی است که شرکت‌ها ملزم به رعایت احتیاط می‌کند.

### واژگان کلیدی

مدارا، سازش، دعاوی جمعی، دعاوی تجاری.

۱. گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد ورامین، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، تهران، ایران.

Email: saeed.johar@yahoo.com

۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد ورامین، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول)

Email: dr.nikvand@yahoo.com

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۱/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۸/۳۰

## طرح مسأله

پیش بینی قواعد و مقرراتی که صرفاً حقوق و تعهدات اشخاص و حدود آنها را تعیین می‌کند به تنهایی نمی‌تواند اجرای قوانین و رعایت حقوق افراد را تضمین نماید در نتیجه در هر سیستم حقوقی، تدوین مقررات شکلی می‌تواند کامل‌کننده این حقوق به شمار آید. به علاوه این قواعد شکلی باید به گونه‌ای تدوین شوند که با اطمینان و سرعتی هرچه بیشتر، اهداف حقوق ماهوی را تأمین کنند. امروزه با توجه به تدوین مقررات گسترده ماهوی، وحدت آیین دادرسی به طور کامل پاسخگوی نیاز افراد در مراجع قضاوتی نخواهد بود و به همین علت پیش بینی ابزارهای شکلی مناسب و ویژه که طرح دعوا و پیگیری مطالبات افراد را تسهیل نماید، از لوازم ضروری اجرای سریع و مؤثر قوانین ماهوی تلقی می‌گردد. دعاوی جمعی از جمله قوانین شکلی کارآمدی است که موجب احقاق حق و جبران خسارت وارده به تعداد زیادی از افراد با هدف کاهش هزینه‌ها و افزایش کارایی قضایی می‌شود. ساز و کاری که میتواند با جمع کردن ادعاهای اشخاص، علتی مؤثر برای بازدارندگی ناقضان حقوق به شمار می‌آید. در این شکل اقامه دعوا که در قلمروهای متعددی از جمله حقوق تجارت، محیط زیست و یا حقوق کار و مالکیت فکری می‌تواند مطرح گردد، یک نفر یا بیشتر به عنوان نماینده گروه، از سوی خود و تعداد زیادی از افراد در قالب یک گروه در خصوص موضوعی مشترک، اقامه دعوا می‌کند و اعضای گروه اگرچه در بیشتر موارد نقش فعالی در دادرسی ندارند، اما به نتیجه حاصله از این دادرسی ملزم خواهند بود. به عنوان مثال نشانه‌های جغرافیایی و برخی علائم صنعتی ممکن است ذی نفعان متعددی داشته باشد که طرح دعاوی جمعی در صورت نقض حقوق صاحبان این افراد می‌تواند در قالب دعاوی جمعی مطرح شود. زیرا دعاوی جمعی موجب استیفای حقوق پراکنده تعداد زیادی از افراد می‌شود، حقوقی که به علت هزینه‌های بالای دادرسی و منافع کمتر به تنهایی انگیزه و فرصتی برای طرح و رسیدگی نمی‌یابند، لذا این روش نقش مهمی در تسهیل اقامه دعوی خرد داشته و با کاهش هزینه‌ها و افزایش کارایی و اطمینان، روشی مؤثر برای تضمین حقوق ماهوی به شمار می‌رود. طرفین دعاوی تجاری، دادگاه را به عنوان آخرین مرجع، هنگامی تمامی راه‌های دیگر برای حل و فصل دعوا با شکست شد، انتخاب می‌کنند. از همین رو این مرجع باید به نحو موثر و مطلوبی در قضیه تصمیم‌گیری کند. برای این منظور نه تنها لازم است که توانایی و مهارت لازم را داشته باشد، بلکه تصمیم اتخاذ شده باید با شرایط و انتظارات تجاری طرفین متناسب باشد (جان، ۱۹۹۸) تشکیل و تدوین آیین دادرسی ویژه‌ی دادگاه‌های تجاری برای تحقق همین اهداف پیش‌بینی شده است. مطالعه تطبیقی این مسئله در نظام‌های قضایی نشان می‌دهد که رسیدگی تخصصی به مسائل تجاری توسط فردی آشنا با این حوزه، و از سوی دیگر تدوین آیینی که بتواند پاسخگوی اقتضات مسائل تجاری پاسخ داد،



دو چالش مهم پیش روی تشکیل دادگاه های تجاری بوده است. نظام های قضایی با پیش بینی سازوکاری سعی داشته اند که افرادی بر مسند قضاوت این دعاوی بنشینند که با پیروی از عرف تجاری، تجار را به مراجعه به دادگاه تجاری تشویق کنند و همینطور تشریفات آیین دادرسی به گونه ای تدوین یابد که با فضای تجارت متناسب باشد.

در دنیای متحول کنونی انسان ها نمی توانند برای حل و فصل اختلافات، ماه ها و سالها وقت تلف کنند و منتظر بمانند. زیرا که نتیجه کار هر اندازه هم ارزشمند باشد نمی تواند با ارزش وقت برابری کند و نه قضاوت سنتی می تواند بر این همه دانش و فن احاطه و اشراف داشته باشد و بتواند عدالت را با دانش روز هماهنگ سازد. تجربه سالیان گذشته، عدم کارایی نظام قضایی کشور را در حل و فصل صحیح و سریع اختلاف مردم به اثبات رسانیده است. تلاش محاکم برای پایان دادن به منازعات به علت کثرت مراجعین، نقص قوانین و بی توجهی قانون گذار به تحلیل اقتصادی و... عملا در بسیاری موارد، جز نارضایتی ثمری نداشته است. حتی آنان که پس از مدتها تلاش و مراجعه به دادگاههای بدوی، تجدید نظر و احیانا طی مراحل رسیدگی های استثنایی موفق به احقاق حقوق خود می شوند به دلیل اطاله دادرسی چندان رضایتی از نظام قضایی کشور ندارند. بنابراین نیاز به وجود سازوکارهای دیگر حل اختلاف احساس می شود. اگرچه بعضی از این سازوکارها همانند سازش قدمتی به درازای تاریخ بشری دارند. اما توجهیهات اقتصادی این نهادها اهمیت استفاده از آنها را در دنیای کنونی بیش از پیش می کند و همین اهمیت است که سبب گردیده، حوزه سازش و اقامه دعوی به یکی از مهم ترین حیطه های حقوق و اقتصاد تبدیل گردد و بخش وسیعی از ادبیات حقوق و اقتصاد را به خود اختصاص دهد.

### اصل رسیدگی تخصصی به دعاوی تجاری

در این گفتار به بررسی ضرورت ها و همینطور معایب رسیدگی تخصصی در دادگاه تجاری خواهیم پرداخت و سپس به بحث صلاحیت دادگاه تجاری در نظام های قضایی می پردازیم.

#### ۱.۲.۱: فواید و معایب دادگاه های اختصاصی تجاری

دادگاه اختصاصی به معنی ایجاد دادگاه هایی با صلاحیت محدود و مشخص و آیین دادرسی خاص است. تخصص گرایی در دادگاه ها به دو شیوه اعمال می شود. اولین روش، آیین و شیوه ی دادرسی تخصصی است که جدا از آیین دادرسی عمومی اعمال می شود. دومین روش، استفاده از قضاتی است که تخصص ویژه ای در رسیدگی به دعاوی خاصی داشته باشند. معمولاً مثالی که برای این نوع از تخصص گرایی می شود، دادگاه های خانواده است.<sup>۱</sup>

این دادگاه ها برای رفع سه مشکل تشکیل می شوند: اول، سیل پرونده هایی است که به

1. Business Courts: Towards A More Efficient Judiciary, The business lawyers, Vol. 52, 1997, p. 949

شکل فزاینده‌ای با گسترده شدن روابط اجتماعی شکل می‌گیرد. از همین رو نیاز به دادگاه‌های اختصاصی با آیین دادرسی خاص که فرایند رسیدگی به پرونده را سرعت می‌بخشد، احساس می‌شود. دوم، دادگاه‌های اختصاصی نیاز فزاینده به حضور متخصص، در حوزه‌های پیچیده‌ی حقوق را پاسخ می‌دهد. استفاده از متخصصین وقتی که حوزه مورد نظر پیچیدگی‌هایی خاصی دارد و یا امور موضوعی آن، برای غیرمتخصصین سخت است، کیفیت دادرسی را بالا می‌برد. سومین دلیل طرفداران ایجاد دادگاه اختصاصی این است که این دادگاه موجب از بین رفتن تشتت آرا و رویه‌های مختلف در بین دادگاه‌ها می‌شود. رسیدگی به دعاوی پیچیده و متعدد در یک محکمه به وحدت رویه قضایی کمک می‌کند. از این سبب گفته می‌شود تا جایی که وحدت رویه یک هدف در نظام‌های حقوقی به شمار می‌آید، ایجاد دادگاه‌های تخصصی به این مهم کمک می‌کند (ریوز<sup>۱</sup>، ۲۰۰۲).

در میان حقوق دانان ایده‌ای بسیار رایج است که مطابق آن تخصصی شدن وکالت باید به تخصصی شدن دادگاه‌ها بیانجامد<sup>۲</sup>. در کشورهای پیشرفته، وکلا معمولاً تخصصی کار می‌کنند و خود را در برابر موکلان احتمالی بر اساس تجربه‌ی کاری خود در حوزه‌های خاص حقوقی معرفی می‌کنند. این حقیقت که وکلا نمی‌توانند در همه‌ی حوزه‌های حقوق مشغول به کار شوند، حتی در مقررات وکلا آمده است. موافقان تخصصی شدن می‌گویند اگر نمی‌توان انتظار داشت که طرفین دعوا به وکلای عمومی (غیرمتخصص) رجوع کنند، چطور می‌توانیم انتظار داشته باشیم که آنها پرونده خود را نزد قضات غیرمتخصص ببرند.

### فواید رسیدگی تخصصی به دعاوی تجاری

معمولاً در دادگاه‌های تجاری، باید انتظارات تجاری طرفین اجرایی شود. برای این منظور پیش از هر چیز لازم است که قاضی از انتظارات تجاری طرفین آگاهی داشته باشد (آلن<sup>۳</sup>، ۲۰۰۲). قضاتی که آشنایی کمی با دنیای تجارت دارند نمی‌توانند این منظور را برآورده سازند. البته آشنایی با عرف تجاری کار راحتی نیست از آن سبب که عرف تجاری دائماً تغییر می‌کند. همین مسئله ضرورت بررسی تخصصی موضوع را توجیه می‌کند. در واقع بین آشنایی به حقوق تجارت و عرف تجاری باید تفکیک کنیم. این دو مسئله کاملاً متفاوت است، آنچه که ضرورت تشکیل دادگاه تجاری را ایجاد می‌کند اعمال عرف تجاری است. البته مسئله اصلی ضرورت رسیدگی تخصصی به پرونده‌های تجاری با توجه ناتوانی قضات عمومی در احراز امور حکمی و شکلی پرونده‌های تجاری است.

1. Revesz

2. specialization at the bar should result in specialization at the bench

3. Alan

## ۱- ناتوانی قضاات عمومی در احراز امور موضوعی تجاری

یکی از دلایلی که معمولاً برای لزوم رسیدگی تخصصی در دعاوی تجاری بیان می‌شود این است که قضاات دادگاه ممکن است در یافتن امور موضوعی این حوزه دچار مشکل شوند. در دعاوی که مبتنی بر امور بسیار تکنیکی است مانند مباحث فینانس چند جانبه یا اختلافات مربوط به مالکیت فکری، برنده یا بازنده شدن بستگی به فهم درست قاضی از شواهد پرونده دارد؛ زیرا آنچه که برای یک متخصص بسیار ساده و راحت است، می‌تواند برای یک غیر متخصص بسیار پیچیده باشد.<sup>۱</sup>

## ۲- ناتوانی در احراز امور حکمی تجاری

عدم توانایی قضاات عادی در یافتن امور موضوعی تنها یک بعد مسئله را نشان می‌دهد، اما اگر رای مخالف عرف مسلم تجاری باشد، طرفین دعوا را نسبت به دادگاه‌ها بی‌میل می‌کند. رسیدگی غیرتخصصی معمولاً عدم فهم مسائل حکمی را در پی دارد. برای مثال در حقوق انگلیس دعاوی در رابطه با تفسیر مفهوم تعهد (bond) در یک قرارداد ساخت و ساز مطرح شد<sup>۲</sup> و مورد تجدیدنظر خواهی قرار گرفت، مبلغ دعوا چهار میلیون دلار بود. دو قاضی تجدید نظر به اختلاف نظر برخوردند. یکی از قضاات استدلال خود را اینگونه بیان کرد. "من خود را در موقعیت منجر کننده ای می‌بینم هنگامی که می‌خواهم در مورد موضوعی حکم بدهم که کاملاً نسبت آن بیگانه هستم. با ترس و وحشت قابل ملاحظه ای حکم خودم را در قضیه ی حق اختراع ال جی ..."<sup>۳</sup>

این نحو بیان نه تنها موجب کاهش اطمینان به محاکم عمومی شد، بلکه در دادگاه عالی انگلستان به نوعی این تصور را قوت بخشید که قضاات غیرمتخصص به هیچ عنوان برای حل و فصل دعاوی تجاری مناسب نیستند. دادگاه عالی در این قضیه به اتفاق نظر رسید و لرد کلارک تصمیم دادگاه تجدیدنظر را نقض کرد به این سبب که منجر به یک "نتیجه غافلگیر کننده و غیرتجاری" شده و "مخالف درک عمومی در حوزه تجارت"<sup>۴</sup> است. این پرونده یک نمونه عینی از کار قاضی است که هیچ تخصصی در موضوع ندارد و موجب نگرانی زیاد افراد درگیر در حوزه تجارت می‌شود.

1. what an expert considers to be "everyday bread and butter ... may well be a minefield for a non-specialist judge
2. *Rainy Sky v Kookmin Bank* at [2010]
3. I find myself in the invidious position of expressing a decisive opinion in a field that is completely foreign. With considerable trepidation I support the judgment of Patten LJ
4. surprising and uncommercial result,...defies commercial common sense

### ۳- رعایت اصل سرعت در رسیدگی تجاری

در حقوق تجارت سرعت نیز از اهمیت بالایی برخوردار است. امنیت و استحکام معاملات تجاری چنین می‌طلبد که وقتی در خصوص یک رابطه قراردادی میان طرفین اختلافی حادث شود، روند رسیدگی به این اختلاف و تعیین تکلیف پیرامون آن، هر چه سریع‌تر انجام پذیرد. به علاوه لازمه جلب منفعت و کنار زدن رقبای تجاری، داشتن سرعت در روابط تجاری است. بنابراین یکی دیگر از عوامل توجیه‌کننده ضرورت تشکیل دادگاه‌های تجاری این است که در عین دقت و مهارت در زمانی کوتاه‌تر به پرونده‌های تجاری رسیدگی نمایند، زیرا، امروزه در صورت ارجاع این پرونده‌ها به دادگاه‌های عمومی با توجه به حجم وسیع پرونده‌های ورودی هر شعبه، نبود شعب حقوقی کافی و نیز کمبود قضات مجرب، این دسته از دعاوی نیز گرفتار اطاله دادرسی می‌شود. سرعت در دادرسی به نوعی به دادرسی تخصصی بر می‌گردد، زیرا وقتی که قاضی آشنا به حوزه‌ی تجارت باشد بی‌تردید روند تصمیم‌گیری سریع‌تر خواهد بود البته تحقق این مهم تا حد زیادی وابسته به وضع قواعد آیین دادرسی تجاری است و صرف تشکیل دادگاه‌های تجاری نمی‌تواند ضامن سرعت در دادرسی‌های تجاری باشد. زیرا، اگر این محاکم تابع قید و بندها و تشریفات آیین دادرسی مدنی باشد، باز هم تسریع در رسیدگی‌های تجاری امکان‌پذیر نخواهد بود. بنابراین برخلاف آنچه که در میان مولفین حقوق تجارت مشهور است، اصل سرعت نه به عنوان ویژگی متفاوت حقوق تجارت از حقوق مدنی بلکه از مقتضیات آیین دادرسی تجاری است (عباس قاسمی حامد، غزل غفوری اصل، ۱۳۹۵). از همین رو برای تأمین این اصل در دادگاه‌های تجاری و دادرسی تجاری لازم است که این محاکم از آیین دادرسی خاصی تبعیت نمایند که با کوتاه‌تر و ساده‌تر نمودن روند رسیدگی، موجب تسریع رسیدگی‌ها می‌گردند. محاکم تجاری مانند هر دادگاه اختصاصی، آیین رسیدگی خاص خود را می‌طلبد و این آیین دادرسی باید خاص و متفاوت از محاکم عمومی باشد تا با تشریفات کمتر، زمان کمتری برای مشخص شدن تکلیف و تثبیت وضعیت اقتصادی تجار صرف شود. برخی اصول که در آیین دادرسی تجاری در فرانسه وجود دارد نتیجه همین اصل سرعت است. از جمله می‌توان به مرور زمان، اجرای موقت احکام و دادرسی اختصاری اشاره کرد. برخی از آنها در قانون تجارت فرانسه برخی دیگر در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (باب مربوط به آیین دادرسی دادگاه‌های تجاری) گنجانده شده است.

در حقوق تجارت ایران هم، می‌توان تأثیر این اصول را مشاهده کرد در موارد ۳۱۸ و ۳۱۹ قانون تجارت و مواد ۱۱۴ تا ۱۲۷ لایحه آیین دادرسی تجاری در خصوص مرور زمان اسناد و دعاوی تجاری، ماده ۴۱۷ قانون تجارت در مورد اجرای موقت احکام ورشکستگی و اجرای موقت احکام نیز در قانون تجارت ماده ۴۱۷ در خصوص اجرای موقت حکم ورشکستگی و همین‌طور

فصل هشتم لایحه (مواد ۱۱۲ و ۱۱۳) اجرای موقت کلیه احکام صادره از دادگاه های تجاری را ممکن می‌داند.

اما در ادامه ی این تحقیق خواهیم یافت که با پیچیدگی دنیای تجارت و بالتبع دعاوی تجاری اصل سرعت نمی‌تواند به عنوان یکی از اصول و پایه های دادرسی تجاری در نظر گرفته شود. این دعاوی بعضاً مفصل هستند و نمی‌توان به سرعت به آنها رسیدگی کرد، بلکه بر عکس آیین دادرسی را می‌طلبد که در چارچوب آن طرفین بتوانند به فهمی مشترک از اختلافات و ادعاهای یکدیگر برسند. (عباس قاسمی حامد، غزل غفوری اصل، ۱۳۹۵).

#### ۴- کاهش هزینه ها در رسیدگی به دعاوی تجاری

بر همین اساس گفته شده است، قاضی دادگاه تجاری، قاعده را بر استاندارد ترجیح می‌دهد.<sup>۱</sup> زیرا قواعد ماهیتی قطعی و روشن دارند اما استانداردها غیرقابل پیش بینی و غیر صریح هستند. از همین رو حتی اگر قاعده ناقص باشد، طرفین برای رفع آن اقدام به انعقاد قرارداد می‌کنند. قطعیت و قابلیت پیش بینی قاعده، انعقاد قرارداد را ارزان و راحت تر می‌کند و خود قرارداد، چرخه اقتصاد را سریع تر به جلو می‌برد. قطعیت موجب می‌شود که ادعایی که افراد در مورد عدالت و انصاف در کاربرد یک قاعده دارند، کنار زده شود. این ادعاها می‌توانند نیروی قرارداد را تضعیف کنند. زیرا در صورت عدم قطعیت اینطور بنظر می‌رسد که قاعده به نفع یک طرف اعمال شده است (سیبونی<sup>۲</sup>، ۲۰۰۸) برای مثال قضات دادگاه تجاری کمتر تمایل دارند به قاعده حسن نیت به عنوان یک استاندارد استناد کنند. زیرا اعمال آن زمینه را برای طرح ادعاها از سوی شخصی که این قاعده به ضرر او استفاده شده، آماده می‌کند. در واقع هر وقت طرفین دریابند که احتمال دارد قاضی به یک رای مبتکرانه دست بزند، توافقی در این زمینه منعقد می‌کنند که معمولاً بسیار سخت و پر هزینه است.

مسئله ی کارایی در حوزه ی ادله اثبات هم خود را بروز می‌دهد. زیرا ظهور تکنولوژی جدید موجب شده است همه مسائل مرتبط و غیر مرتبط به نوشته و ایمیل تبدیل شوند و در نتیجه هزینه ی کشف در پرونده های تجاری بسیار بالا رود. امری که برخی اوقات، هزینه ی

۱. استاندارد آن معیاری است که ماهیت دقیق و روشنی ندارد و قاضی عمل را با آن می‌سنجد برای مثال انسان معقول یک استاندارد است که برای احراز تقصیر استفاده می‌شود و قاضی با بکار بردن آن دریابد آیا فرد احتیاط و مراقبت انسان معقول را بکار برده است یا خیر. اما در همین مسئله، می‌توان به جای استاندارد به قاعده استناد کرد که ماهیتی روشن و دقیق دارد. برای مثال اقتصاددانان تعبیری اقتصادی از استاندارد انسان معقول دارند و آن را از طریق سنجش هزینه و فایده بدست می‌آورند.

صرف شده در دعوای تجاری را از خود دعوا بیشتر می‌کند. بسیار معمول است که در دعوای تجاری، خواهان‌ها مدعی هستند که ادله اثبات را به چندین سند تقلیل داده‌اند و آن را باز به چند برگ کاسته‌اند. به همین دلیل در دعوای تجاری از خواهان می‌خواهند تنها سندی را ضمیمه دادخواست کند که مستقیماً ادعای او را ثابت می‌کند (اتن و همکاران<sup>۱</sup>، ۲۰۱۳)

بطور کلی از مطالعه اصول حقوق تجارت در رابطه با هزینه‌ی دعوای به این نتیجه می‌رسیم که با دو دسته از اصول و قواعد روبرو هستیم. یکی اصول و قواعد حاکم بر سرعت و سهولت دادرسی و دسته‌ی دوم اصول و قواعد مربوط به رسیدگی دقیق و تخصصی به موضوع و ادله اثباتی. دسته‌ی اول بیشتر در اعتبار دادرسی اختصاری، امکان اجرای موقتی احکام و کوتاه بودن مرور زمان تجاری انعکاس یافته است و از اصول و قواعد دسته دوم، می‌توان به اصل صلاحیت اختصاصی دادگاه تجاری اشاره کرد. بدون شک به کارگیری اصول و قواعد دسته دوم به واسطه تاسیس مرجع خاص دادرسی بدون توجه به قواعد عام راجع به آیین رسیدگی به دعوا به پر هزینه تر شدن و کند شدن دادرسی منجر می‌شود. از طرفی، هر اندازه فرایند دادرسی سریع تر و با سهولت بیشتری باشد، امکان خطا در تصمیم‌گیری مرجع قضایی بیشتر می‌شود. پس اگر قرار باشد نظام دادرسی خاصی غیر از نظام دادرسی مدنی بر دعوای تجاری حکومت نماید باید کارایی آن بیش از نظام دادرسی مدنی باشد. از همین رو بایستی نوعی توازن میان هزینه‌های رسیدگی و هزینه‌های خطا به وجود آید. برای اینکه توازن ایجاد شود باید در تدوین قواعد دادرسی تجاری دقت ویژه‌ای داشت (گودرز، ۱۳۹۶)

### همکاری طرفین در سازش

سازش ارزان‌ترین، سریع‌ترین و کارآمدترین روش برای حل و فصل اختلاف است از همین رو قوانین دادرسی به نحوی تدوین شده‌اند که در هر مرحله طرفین بتوانند از طریق صلح و سازش دعوای خود را فیصله دهند. این امر تا جایی اهمیت دارد که در نظام دادرسی انگلستان دادگاه موظف به فراهم آوردن زمینه سازش است و سازش از اصول اداره‌کننده آیین دادرسی مدنی به شمار می‌آید این حقیقت حتی در مقررات و آیینی که معمولاً برای دادگاه‌های تجاری تدوین می‌شود مغفول نمانده است.

### حقوق انگلیسی

در مقدمه قواعد آیین دادرسی و راهنمای دادگاه تجاری با ابتدا مفهوم "مدیریت پرونده" روبرو می‌شویم. به این معنی که دادگاه در ابتدا دعوا را کنترل می‌کند و این کنترل را تا برگزاری جلسه‌ی دادرسی ادامه می‌دهد. بدون تردید آیین مربوط به مدیریت پرونده که در طی

آن اسناد در جلسه دادرسی حاضر شده و جلسه استماع اظهارات برگزار می شود. هزینه های دعا را بالا می برد. با این حال نویسندگان این مقررات گمان می کردند که صرف این هزینه به منظور کنترل بیشتر دادگاه بر پرونده به صرفه است. زیرا از آن جهت که احتمال صلح و سازش دعا را در همین مراحل افزایش می دهد، امری است که می تواند منجر به صرفه جویی در هزینه ها شود. مجموعه ی مقررات راهنمای دادگاه تجاری در خصوص مدیریت پرونده دارای مقررات ویژه ای در خصوص دادرسی تجاری است که در آیین دادرسی عادی یافت نمی شود.

پاراگراف D1.4 راهنمای دادگاه تجاری می گوید که مدیریت پرونده ده رکن دارد:

۱. طرح دعا باید به اطلاع طرف دعا، ظرف مدت شخصی برسد.
۲. گزارش دعا که حاوی چالش ها پیش رو دعا است در ابتدا تهیه شود.
۳. گزارش پرونده که حاوی چالش هاست باید در طول مراحل دادرسی مورد بازنگری و اصلاح قرار بگیرد.
۴. جلسه اجباری مدیریت دعا که با حضور طرفین برگزار می شود و در آن نظرات خود را در مورد پرونده می نویسند.
۵. در این جلسه، دادگاه مندرجات پرونده را با وکلای طرفین بحث می کند و زمان برگزاری جلسه مقدماتی دادرسی را تعیین می کند و ملاحظات مربوط به چالش های احتمالی و همینطور طرق دستیابی به صلح و سازش از طریق (ای، دی، ار) درج می شود.
۶. قبل از تعیین وقت نظارتی برای پیشرفت<sup>۱</sup> دعا، طرفین دعا موافقت خود را با زمان جلسه ی مقدماتی اعلام کنند.
۷. در وقت نظارتی پیشرفت یا اندکی پس از آن، قاضی با توجه به پیشرفت دعا، وقت جلسه را تعیین می کند.
۸. اگر در وقت نظارتی پیشرفت کلیه طرفین دعا اعلام کنند که برای برگزاری دعا حاضر هستند، کلیه طرفین چک لیست قبل از رسیدگی<sup>۲</sup> را کامل می کنند.
۹. در اکثر پرونده ها، یک بازنگری قبل از رسیدگی وجود دارد که در آن طرفین دعا (برای ملاحظه دادگاه) برنامه زمانی رسیدگی را تهیه می کنند.
۱۰. در طول دادرسی همیشه مدت زمان رسیدگی به طور مرتب تخمین زده و اعلام می شود.

این مقررات برای افزایش احتمال صلح و سازش بین طرفین است. علاوه بر این به طور کلی در حقوق انگلیس با مفهوم اداره فعال دعا روبرو هستیم که یکی از اهداف آن تشویق

1. Progress monitoring date

2. Pre-trial check-list

طرفین به استفاده از روش‌های جایگزین حق اختلاف است.<sup>۱</sup>

### حقوق فرانسه

در ماده ۲-۸۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه می‌خوانیم: اگر صلح بین طرفین محتمل باشد، قاضی با رضایت طرفین می‌تواند یک آشتی دهنده<sup>۲</sup> را به این منظور نصب کند. روند صلح به وسیله مقررات عمومی در مواد ۱۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی تنظیم می‌شود. طرفین دعوا هم می‌توانند خودشان صلح کنند و هم از قاضی بخواهند که به صلح آنها نظارت کند. علاوه بر این قاضی می‌تواند آنها را به یک آشتی دهنده ارجاع دهد تا در خصوص نحوه‌ی سازش، آن‌ها را مطلع سازد.<sup>۳</sup> تصمیم به ارجاع به سازش در واقع تصمیمی اداری و غیرقابل اعتراض است. قاضی در تصمیم مدت زمان رسیدن به صلح را مشخص می‌کند. مدت اولیه از دو ماه تجاوز نمی‌کند. البته قابل تمدید است. مامور سازش می‌تواند با موافقت طرفین، از افراد مطلع تحقیق کند. همچنین او می‌تواند قاضی را از پیشرفت کار خود مطلع کند. و در آخر اگر سازش حاصل شد حتی به صورت جزئی، سازش به صورت حضوری نزد قاضی به امضا می‌رسد.

### در لایحه پیشنهادی آیین دادرسی تجاری

نویسندگان لایحه در ماده ۴۳ بیان داشته‌اند: "هرگاه با توجه به کیفیت دعوی و اختلاف، امکان سازش بین اصحاب دعوی وجود داشته باشد، دادگاه می‌تواند بنا به توافق طرفین برای یک بار و حداکثر به مدت یک ماه پرونده را جهت سازش به شوراهای حل اختلاف، واحدهای صنفی مربوط یا دیگر نهادها، مراجع و یا اشخاصی که طرفین توافق نموده‌اند، ارجاع کند". بدون شک این موضع قانونگذار با انتقاداتی همراه است. احتمال ارجاع امر به داوری وقتی محتمل است که طرفین بتوانند ماهیت اختلافات خود را به طور دقیق بشناسند و ادعاهای یکدیگر را به بحث بگذارند. قانونگذار با غیر الزامی دانستن تشکیل جلسه، از این مهم به دور افتاده است. به عبارتی فرصت و امکانی فراهم نیاورده است که طرفین با استماع ادعاهای یکدیگر به صلح و سازش در مورد اختلاف خود تمایل پیدا کنند. همانگونه که در حقوق انگلیس دیدیم ترتیبات مربوط به اداره‌ی دعوا الزامی بودند و طرفین می‌بایست در آنها حضور پیدا کنند و دادگاه پس از اطمینان از اینکه طرفین با آگاهی دقیق از ادعاها و دلایل یکدیگر و عدم امکان حصول سازش بین آنها، نسبت به شروع دادرسی اقدام می‌کرد. اما در حقوق ایران اختیار قاضی ناظر بر امکان صدور رای پس از تبادل لویح، احتمال حصول صلح و سازش را بین طرفین به حداقل ممکن می‌رساند.

1. Civil procedure rules 1.4(2)F

2. Consiliateur de justice

3. Art 129



### راهکارهای موثر برای تشویق سازش در میان بنگاه های اقتصادی

دولت برنامه ها و شیوه هایی متعددی را برای ترغیب سازش در میان بنگاه های اقتصادی می تواند در پیش گیرد که از میان آنها می توان به تقدیر مادی و معنوی از شرکتهای که اختلافاتشان را از طریق روش های غیرقضایی حل اختلاف حل و فصل نمودهاند اشاره کرد. هم چنین فراهم کردن زمینه های ایجاد موسسات سازش، برقراری کنفرانس های مصالحه، الزام به در اختیار گذاشتن اطلاعات به شرکتهای قبل از محاکمه، الزام بنگاه های اقتصادی به شرکت در سازش قبل از محاکمه، و نظایری از این دست، از جمله شیوه های ترغیب سازش می باشند. اکثر این شیوه ها اصولا با ارتقاء اطلاعاتی که شرکتهای درباره موضوع مورد اختلاف و یکدیگر دارند امکان به بن بست رسیدن مذاکره سازش را کاهش می دهند. محاکم اغلب از قدرت خود در ترغیب طرفین به سازش استفاده می کنند. قانون هم می تواند با الزام آور ساختن قراردادهای سازش به اعتبار این گونه قراردادها بیافزاید.

همان طور که اشاره شد دلیل این که معمولا اشاعه فرهنگ مصالحه و سازش توصیه میشود این است که ترویج سازش باعث کاهش آمار پرونده های تجاری ثبت شده می گردد و جلوی هزینه های عمومی و خصوصی سازش را می گیرد. این دلیل به طور آشکار مرتبط با تجزیه و تحلیل اقتصادی این مفهوم است که طرفین اختلاف، وقت دادگاه و دیگر هزینه های عمومی مربوط به محاکمه را به عنوان پس انداز ناشی از مصالحه محسوب نمی کنند و مفسران در توجیه سیاست ترویج سازش معمولا به این عامل اشاره نمی کنند که شرکت ها ممکن است به دلایلی غالبا بی ارتباط با منافع اجتماعی به ویژه به خاطر اختلاف درباره نتیجه احتمالی محاکمه، به دادگاه می روند. (بورس،<sup>۱</sup> ۲۰۱۳)

با وجود تمام مزیت های که برای سازش وجود دارد، در مواردی محاکمه باید برگزار شود حتی اگر طرفین تجاری یک اختلاف تمایلی به شرکت در دادرسی نداشته باشند و خواستار حل و فصل اختلاف از طریق سازش باشند. مثلا، در مواردی که با مخفی ماندن هویت خواندگان، آسیب های به وجود آمده پنهان می ماند و باعث کاهش اقدامات احتیاطی از سوی آسیب وارد کننده گان می شود باید از سازش ممانعت به عمل آورد و بی توجهی به این امر به هیچ وجه پذیرفته نخواهد بود.

### راهکارهای افزایش نقش وکلای دادگستری ایران در سازش

در حالی که در بسیاری از کشورها از جمله ایتالیا در کنار سازمانهای دولتی حل و فصل اختلافات، مؤسساتی تشکیل گردیده که عمل حل و فصل اختلافات را در محدوده صلاحیت خود

بر عهده دارند. ۱۰۳ کشور ما از کمبود مؤسسات سازش و داوری رنج می برد. به طوری که یکی از ضعف‌های که در جامعه حقوقی ما به چشم می خورد، همین کمبود نهادهای تخصصی در زمینه سازش دادن طرفین اختلاف می باشد وجود این تشکیلات سبب می گردد طرفین، اختلافاتشان را به دلیل تخصصی بودن این نهادها و اعتبار آنها در میان اقدار جامعه به این تشکیلات ارجاع دهند و دعوایشان را تحت نظارت و با مساعدت آن نهاد حل و فصل کنند.

جامعه حقوقی همانند تمام مجموعه‌های دیگر از تعدادی کارگزار تشکیل شده است. در میان کارگزاران حقوقی، نقش وکلای دادگستری به عنوان بازوی دستگاه قضایی بسیار پررنگ است. این افراد در جهت اعتلای این مجموعه باید نقاط ضعف و قوت آن را شناسایی نموده و با به کارگیری ابزارهای موجود و در دسترس، نقاط ضعف را برطرف و نقاط قوت را تقویت نمایند و در این راستا هر گونه تدبیری که با رعایت موازین قانونی و احتیاطات لازم از سوی وکلای دادگستری صورت گیرد به جا و ستودنی خواهد بود

قانون وکلا دادگستری می تواند با تاسیس نهادی تحت عنوان نهاد سازش و داوری به رفع این مشکل و هم چنین گسترش فرهنگ سازش کمک شایانی نمایند و در مواردی که وکلا بخواهند دعوای موکل خود را از طریق سازش و داوری حل و فصل نمایند، برای حسن انجام آن می توانند از تسهیلات و امکاناتی که این انجمن در اختیار آنها قرار میدهد استفاده نمایند.

برای بازدهی هرچه بیشتر این امر باید اجازه اقامه دعوی بدون حضور وکلای دادگستری داده نشود زیرا علاوه بر این که حضور وکلا در جریان اختلافات سبب جلوگیری از طرح دعوای بیهوده، اقدامات اشتباه و پرهزینه می گردد؛ سبب تشویق طرفین به سمت سازش هم خواهد شد؛ زیرا به موجب قانون یکی از وظایف و تکالیف وکلا تلاش در سازش دادن طرفین میباشد. ماده ۳۱ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری در این مورد دستور صریحی را با لسان تکلیف برای وکلای دادگستری مقرر نموده است

وکلای دادگستری باید در دعوای حقوقی با در دعوای جزایی که با گذشت شاکی تعقیب قانونی آن موقوف میشود قبل از اقامه دعوا سعی نمایند بین طرفین دعوا سازش دهند و انجام این وظیفه را در دادخواست و یا ضمن دفاع تصریح نمایند. همچنین بعد از طرح دعوا و در جریان رسیدگی نیز مساعی خود را در این زمینه معمول دارند. (محبی، ۱۳۷۵).

این ماده یکی از صریح ترین بیان‌ها از نقش وکلای دادگستری به عنوان بازوی دستگاه قضایی است. دستور قانون گذار صریح و خالی از هرگونه شبهه و بی نیاز از تفسیر است. نقش و وظیفه وکیل دادگستری در طرح دعوای و اعلام شکایت خلاصه نمی شود، بلکه این کار آخرین راه حل و درمان است. قبل از هر چیز وکیل موظف است از شعله ور شدن خصومت جلوگیری کند و با سازش دادن طرفین و ترغیب موکل به انعطاف، سلامت و آسایش و اعتماد را به جامعه

برگرداند، به موجب این ماده تکلیف سازش بین طرفین تا پایان رسیدگی به دعوا به دوش وکیل است، زیرا نه تنها قبل از طرح دعوا، بلکه حتی پس از طرح دعوا و در جریان رسیدگی دادگاه نیز وکیل بایستی سعی کند بین طرفین سازش دهد. به دلیل اهمیت موضوع، قانون گذار برای اجرای هر چه بهتر این ماده، تدابیری را در ماده ۳۴ همان قانون پیش بینی کرده، از قبیل ضرورت تشویق و تقدیر مادی و معنوی از وکلایی که برای ختم دعاوی به سازش مساعی فوق‌العاده ابراز کرده اند.

ضرورت سعی و تلاش وکلای طرفین برای سازش اختلاف مختص به حقوق ایران نیست و نمونه‌های از این وظایف در حقوق کشورهای دیگر هم به چشم می‌خورد. برای مثال می‌توان به ماده ۶ قانون آیین دادرسی فدرال ایالات متحده آمریکا اشاره کرد که به موجب بند اول آن یکی از تکالیف وکلا را سازش دادن طرفین اختلاف میداند.

درست است که موفقیت هر کار بزرگی، محتاج احتیاط در قدم‌های اول است اما مادام که همین قدمها برداشته نشود هیچگاه آن کار به سامان نمی‌رسد. در شرایط فعلی، برداشتن این گام در نیل به مقصود بزرگی مانند تاسیس انجمن سازش و داوری از جانب کانون وکلا مطمئن تر و قابل اعتمادتر است و فضل آن نیز برای کانون خواهد ماند. مستفیذ و منتفع از چنین امری، نه فقط اصحاب دعوا بلکه دستگاه قضایی کشور نیز هست (مجیبی، ۱۳۷۵).

## نتیجه گیری

نظام حل و فصل قضایی اختلافات تجاری بدون وجود نظام های حل و فصل غیر قضایی از قبیل سازش، داوری و به طور قطع از کارایی لازم برخوردار نخواهد بود. زیرا صرف نظر از مزایای مترتب بر سازش، قانون گذار و قاضی به خاطر عدم اطلاع از این موضوع که چه چیزی برای بنگاه های اقتصادی با طرفین یک اختلاف تجاری از لحاظ اقتصادی بهینه است، سبب منحرف شدن نتیجه دعوی از حد مطلوب خواهند شد؛ مگر این که به قاضی اختیار وسیعی برای تجزیه و تحلیل امور مربوطه بدهیم که با توجه به عدم توجه و آگاهی قضات از امور اقتصادی و تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق این امر بسیار خطرناک به نظر می رسد. به طور قطع نهاد سازش از منظر اقتصادی برای بنگاه های اقتصادی و دولت مفید خواهد بود. چراکه سازش موجب خارج شدن اختلافات از روند طولانی، پرهزینه و پر پیچ و خم نظام قضایی می شود و همانند یک صافی برای سیستم قضایی عمل می کند. استفاده از این نهاد تسریع در حل و فصل اختلافات تجارتی را در پی دارد که این امر برای امور اقتصادی که سرعت یکی از مؤلفه های اساسی آن است، ضروری به نظر می رسد. حل اختلافات در پروسه سازش سبب می گردد که اختلافات کمتری به نهاد قضایی کشور راه پیدا کند؛ از تراکم پرونده - ها در دادگاهها کاسته شود و باعث به وجود آمدن فضایی مطلوب تر برای رسیدگی قضایی به پرونده هایی که از اهمیت بیشتر و ماهیت حقوقی پیچیده تری برخوردارند فراهم گردد. این امور به بهبود کیفیت رسیدگی در دادگاهها کمک می کند و در نهایت امر موجب ارتقاء جایگاه و پایگاه قوه قضائیه در نزد مردم می گردد. استفاده از سازش، صرفه جویی در بسیاری از هزینه ها را هم برای دولت و هم برای بنگاههای اقتصادی به همراه دارد. زیرا همان طور که مورد اشاره قرار گرفت رسیدگی قضایی ساز و کاری بسیار پرهزینه است، خواهان برای به جریان انداختن پرونده در دادگاهها باید درصدی از کل خواسته مورد مطالبه را بپردازد. در جریان دادرسی هم هر یک از طرفین متحمل هزینه هایی می شوند، خواهان برای اثبات ادعا و خوانده برای دفاع، مبالغی را صرف می کنند؛ خواهان و خوانده معمولاً از کمک وکلای دادگستری بهره مند می گردند که این هم به نوبه خود مخارجی را به دوش طرفین بار می کند. از سوی دیگر، ابتدا و انتهای دادرسی در ظرف زمانی اتفاق می افتد که عموماً مدت زمان زیادی را شامل می شود. در حالی که زمان از منظر اقتصادی عنصری کاملاً با ارزش است؛ بلاخص در امور اقتصادی از اهمیت دوچندانی برخوردار می باشد.

رسیدگی قضایی برای دولت هم هزینه های متعددی به بار می آورد؛ برای حل و فصل دعاوی مکانی لازم است که در آن دادرسی، به دادرسی بپردازد. در درون دادگستری تشکیلاتی وجود دارد که تکالیفی بر هر یک از آنها بار شده است. برای انجام این تکالیف نیروهای انسانی متعددی از قبیل قاضی، منشی، مدیر دفتر، ضابطین دادگستری و ... مورد نیاز است. پس از صدور حکم توسط قاضی بدوی، حکم می تواند مورد اعتراض واقع شود و مورد رسیدگی مجدد قرار

گیرد. بنابراین رسیدگی قضایی فرایندی پرهزینه است که هزینه کلانی را بر دوش دولت می گذارد. در صورتی سازش، هزینه به مراتب کمتری را می طلبد؛ چراکه مذاکرات مربوط به سازش می تواند حتی از طریق وسایل ارتباطی مانند تلفن هم صورت گیرد. سازش طرفین قطعی است، طرفین که اختلاف خود را از طریق سازش حل و فصل کرده‌اند دیگر نمی توانند نسبت به سازش مابین خود که با شرایط صحیحی منعقد شده است اعتراض داشته باشند. این امر سبب می شود موضوع در مرجعی دیگر مورد بررسی قرار نگیرد و باعث صرفه جویی در زمان و هزینه ها گردد.

وجوه صرفه جویی شده به سبب سازش می تواند باعث افزایش رفاه جامعه و بلاخص طرفین درگیر اختلاف شود. در سطح کلان وجوهی که دولت از قبل سازش پس انداز و صرفه جویی می کند، می تواند صرف امور اساسی و زیربنایی گردد که این امر می تواند منجر به افزایش رفاه اجتماعی شود.

وجود مزایایی که برای سازش متصور است نباید ما را به این نتیجه برساند که وجود نهاد قضایی زاید است، علاوه بر موارد متعددی که طرفین ممکن است به سازش دست پیدا نکنند از لحاظ تحلیل اقتصادی با مواردی روبرو می شویم که وجود نهاد قضایی کاملا موثر است. مانند مواردی که اقامه دعوی به بازدارندگی دعوی کمک می کند.

### پیشنهادهای

در خاتمه با توجه به ضرورت به کارگیری نهاد خصوصی سازش در حقوق کشورمان و نهادینه کردن آن در جهت ترویج و تقویت بیش از پیش فرایند سازش در میان بنگاههای اقتصادی و برای داشتن نظام حقوقی کارآمدتر پیشنهادهایی را به طور خلاصه مطرح خواهیم نمود:

- ۱- ملزم کردن بنگاه های اقتصادی به شرکت در سازش قبل از محاکمه
- ۲- وضع تسهیلات و امتیازات برای استفاده کننده گان از فرایند سازش
- ۳- الزام به پرداخت هزینه های کل دعوی از جانب طرفی که پیشنهاد ریالی طرف دیگر را در مذاکره مربوط به سازش رد نموده است؛ به شرطی پیشنهاد مطرح شده، از میزان حکم صادره توسط دادگاه بیشتر یا مساوی آن باشد.
- ۴- ایجاد نهادهای خصوصی سازش و مکلف نمودن طرفین اختلاف برای بهره مند شدن از خدمات و کالای دادگستری
- ۵- دریافت هزینه های دعوی از طرفین به تناسب استفاده آنها از خدمات دادگستری،
- ۶- فرهنگ سازی در میان آحاد جامعه توسط نهادهای فرهنگی و رسانه های عمومی برای استفاده از چنین نهادی و هم چنین اطلاع رسانی در خصوص مزایا و معایب استفاده از این شیوه سازش در مقایسه با رسیدگی مراجع دادگستری در جهت افزایش تمایل مردم در توسل به این شیوه.

### فهرست منابع

۱. گودرز افتخار جهرمی، سید علی خراسانی، (۱۳۹۶) تبیین اصول و قواعد دادرسی تجاری و ارزیابی کارایی آن از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، ص ۵۹
۲. قاسمی حامد، عباس غزل غفوری اصل (۱۳۹۵)، لزوم احیا دادگاه‌های تجاری در ایران، فصل نامه تحقیقات حقوقی شماره ۷۳، ۱۳۹۵
۳. محبی، محسن (۱۳۷۵) نقش وکلای دادگستری در تشویق سازش و داوری مجله ماتون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۶۴-۱۶۵ دوره حدید شماره ۱۰
4. Alan Galbraith, Facilitating and regulation commerce- the court process, Victoria law review, 2002, p.848
5. Autenne J et Thirion N, (2013) L'agent économique : du commerçant à l'entreprise?, in Chroniques d'actualité en droit commercial, for formation C.U.P., vol. 143, Bruxelles, Larcier, 2013,
6. Bruce L. Hay and Kathryn E. Spier.. (2013)"Settlement of Litigation". In The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, edited by Peter Newman, 8881, p.<<
7. John, Katz, Access to Justice from the Perspective of the Commercial Community: Judicial Specialization, Auckland university law review, 1998, p.39
8. L. Revesz, (1990) Specialized Courts and the Administrative Lawmaking System, 138 U. Pennsylvania law review, 1990, p. 1111, 1121.
9. Sibony, (2008) fourniture de biens et services sur un marché déterminé, Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, Paris, L.G.D.J., 2008.

نوع مقاله: پژوهشی  
صفحات ۱۰۴ - ۸۷

## بررسی جایگاه حقوق زنان در منشور حقوق شهروندی با تاکید بر اصول اخلاقی

آزوه حسینه<sup>۱</sup>

علی حاجی پور کندرود<sup>۲\*</sup>

### چکیده

منشور حقوق شهروندی نشان دهنده دغدغه دولت در آگاه سازی عمومی درباره حقوق شهروندی و نهادینه کردن احترام به حقوق بشر است. در این راستا یکی از مهمترین محورهای منشور حقوق شهروندی مساله حقوق زنان است. بر این اساس هدف از پژوهش حاضر، بررسی و تحلیل میزان توجه به حقوق شهروندی زنان در قلموس منشور حقوق شهروندی می باشد. پژوهش فوق نشان دهنده این امر است که حقوق شهروندی زنان در منشور حقوق شهروندی در حد قابل قبولی مورد توجه قرار گرفته ولی با این حال نبود ضمانت اجرای مناسب از یک سو و برخی چالش های عملی و اجرایی از سوی دیگر تحقیق مطلوب و واقعی حقوق زنان را در ایران با موانع جدی مواجه نموده است.

### واژگان کلیدی

اصول اخلاقی، منشور حقوق شهروندی، حقوق زنان، نظام حقوقی ایران.

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران.

Email: arezoo.hosseinieh@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: hajipour62@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۴/۲۱ پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۰/۲۹

## طرح مسأله

زنان به عنوان بخشی از جامعه‌ی انسانی و به عنوان تامین‌کننده‌ی بخش اعظمی از نیروی کار نقش مهمی را در اجتماع بشر ایفا می‌کنند. به طور کل تمییز بین زن و مرد از لحاظ برخورداری از حقوق انسانی کاری ناشایست و رفتاری کاملاً نابخشودنی از جانب جامعه‌ی ملل می‌باشد. با توجه به این مسائل باید اذعان داشت که در جوامع مختلف تبعیض‌ها و خشونت‌های بسیاری علیه زنان اعمال شده است و نمی‌توان منکر این موضوع شد. از این رو جوامع حقوق بشری بر آن شده‌اند تا قوانینی را به منظور حفظ حقوق شهروندی زنان پایه‌گذاری نمایند تا بتوانند از طرق آن حقوق زنان در جامعه را حفظ کنند. کشور ایران نیز از این قاعده مستثنا نیست. در قانون اساسی ما به خصوص حقوق زنان بسیار مورد توجه قانون‌گذار بوده و با توجه به اسلامی بودن کشورمان حقوق زنان جایگاه ویژه‌ای در قوانین ما داشته است. اما چیزی که مهم است توصیف حقوق و جایگاه زنان در حقوق شهروندی است که به عنوان یک شهروند حقوق آن‌ها مورد توجه قرار گیرد. در ایران حقوق شهروندی آنطور که باید تعریف نشده بود تا اینکه بعد از انتشار منشور حقوق شهروندی از جانب رئیس‌جمهور وقت کشورمان این امر با رسمیت بیشتری ادامه یافت. چیزی که در نظر ما مهم می‌آید جایگاه زنان در منشور حقوق شهروندی است و اینکه چه میزان به برابری حقوق زنان و میزان مشارکت‌های سیاسی و اجتماعی آن‌ها به عنوان یک شهروند نگریسته شده است. با توجه به اینکه در منشور حقوق شهروندی مواد بسیاری به جایگاه زنان پرداخته و به طور کامل نقش آن‌ها در امور سیاسی و اجتماعی را تبیین می‌کند باید دید به چه شکل این مسئله قابل بررسی و ارزش‌گذاری است. زن به عنوان یک شهروند جایگاه اجتماعی تعریف شده‌ای دارد و منشور حقوق شهروندی نیز خواسته است تا این جایگاه را بر اساس تعریف‌های موجود تبیین نماید که این خود نشانگر این است، منشور حقوق شهروندی بر اساس داشته‌های ما از قبل دست به جمع‌آوری مباحث مربوطه نموده تا نمود و شکل کامل‌تری به ما بدهد و جایگاه شهروند زن را بهتر به ما نشان دهد و برای آن خط و مشی‌هایی که لازم به نظر می‌رسد تعیین نماید. انتشار منشور حقوق شهروندی به وسیله‌ی دولت و تصویب آیین‌نامه و بعدها قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی و همچنین صدور فرمان هشت ماده‌ای امام خمینی و رهبری فعلی نظام تماماً تلاشی برای اجرایی کردن اصول و ارزشهای قانون اساسی بوده‌اند. لذا محقق در پی تبیین جایگاه زنان در منشور حقوق شهروندی بوده و بنا دارد تا با بیان نظریه‌ها و دیدگاه این مسئله را روشن تر و به دور از ابهام بیان نماید.

در ادوار شناخته شده‌ی تاریخ تبعیض علیه زنان یک جلوه‌ی مشهود داشته است و همواره زنان در دفاع از حقوق خود با سختی‌های بسیاری دست و پنجه نرم کرده‌اند. از این رو با وجود



نابرابری برای زنان که در همه ی جوامع کم و بیش وجود دارد. در برخی از سازمانهای جهانی در چند سال اخیر به این مسئله بیشتر توجه شده است و در برنامه ریزی های خرد و کلان اقتصادی و اجتماعی سازمان های مختلف جهانی قرار گرفته است جایگاه و حقوق زنان در قانون به ویژه قوانین عادی، از جمله مباحث مهمی است که همواره مورد توجه محافل علمی و متولیان جامعه بوده است. حقیقت این است که زن و مرد از نظر حقوق اجتماعی، استعداد و لیاقت برابری دارند. و می بایست به یک اندازه بهره ببرند. اثرگذاری هر دو جنس نیز در یک جامعه به یک اندازه است. اگر تفاوتی هم وجود دارد باید در نوع استعداد افراد باشد و جنسیت نمیتواند عامل تبعیض باشد، ولی آن چه که ما در شهود به آن میرسیم این است که در طول تاریخ واقعیت جایگاه زنان با حقیقت آن فاصله زیادی داشته و همین موضوع باعث شده است که زنان تا به امروز نتوانند جایگاه خود را در جامعه به درستی پیدا کنند. در اکثر مواد منشور حقوق شهروندی به خوبی جایگاه زنان چه از نظر سیاسی و چه از نظر اجتماعی تبیین شده و مخصوصا به احقاق حقوق سیاسی زنان و نقش آنان در سرنوشت کشور اشاره گردیده است. با توجه به اینکه تمام در اعضای جامعه در تعیین سرنوشت خود و کشور سهیم می باشند این حق به درستی برای زنان نیز شناسایی شده و می بایست با ادامه یافتن مسیر منشور حقوق شهروندی به آن جامه عمل بپوشاند. همچنین به اجازه ی زنان در شرکت در انتخابات و حتی وارد شدن به عرصه ی سیاست نیز اشاره شده و نشان از این دارد که به نقش زنان در سیاست نیز توجه شده است که این مسائل به همان حقوق شهروندی و اجازه برای تصمیم گیری در سرنوشت خود بر میگردد. همچنین می توان گفت در قرن اخیر به بعد زنان جایگاه ویژه ای را در عرصه های مختلف سیاسی، اجتماعی و حقوقی به خود اختصاص داده و نقش به سزایی را در این عرصه ها ایفا کرده اند. در این زمینه می توان به زنانی اشاره کرد که در قرن حاضر به عنوان ریاست جمهوری، صدر اعظم، وزیر و یا دیگر پست های مهم حکومتی نائل آمده اند که می توان در این موارد به زنانی چون لورا چینچیللا - رئیس جمهور سابق کاستاریکا، پارک گون هه، رئیس جمهور سابق کره جنوبی، دیلما روسف، رئیس جمهور سابق برزیل، کریستینا الیزابت فرناندز د کیرشنر رئیس جمهور سابق آرژانتین و بسیاری دیگر از آن ها نام برد که تثیرات فراوانی را بر دنیا گذاشته اند.

با توجه به مضمون منشور حقوق شهروندی باید گفت تقریبا در بسیاری از قسمت های مختلف منشور به حق زن و جایگاه زنان در جامعه، قانون و سیاست گذاری اشاره و روی آن تاکید فراوان شده است و تا آنجایی که ممکن است، حق و حقوقی که یک زن باید در جامعه از آن برخوردار باشد در منشور ذکر شده و از حق و حقوق زنان در ماده های مختلف منشور دفاع به عمل آمده است. در اینکه جایگاه حقوقی زنان در جامعه همیشه باید محکم و گسترده باشد

شکی نیست و این رو محقق قصد دارد با بیان این جایگاه و تحقیق و تفحص در متن منشور و تحلیل چگونگی برخورداری زن از حقوق خود با در نظر گرفتن به اهداف و هدف گذاری های منشور حقوق شهروندی ابهامات و سوالات موجود در این زمینه را پاسخ بگوید و با جست و جو در آثاری که تا کنون این منشور بر جای گذاشته است نتایج مثبت و قابل قبولی را ارائه نماید .

### مفهوم حقوق شهروندی زنان

اصطلاح «شهروند» در متن بسیاری از مقررات به کار رفته است. در قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، مصوب ۸۳/۰۲/۱۵ مجلس شورای اسلامی، که در مقام صیانت حقوق قضایی شهروندی است، مثل حق دفاع متهم، رعایت موازین قانونی در موقع دستگیری، بازجویی و تحقیق از اشخاص، منع شکنجه و لزوم رعایت اصل برائت، به نظر می‌رسد که «شهروند» در این قانون منحصر به تبعه نبوده و همه‌ی افراد را صرف نظر از تابعیت و اقامت، در برمی‌گیرد. در حالی که در قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی، مصوب ۸۳/۰۲/۲۱ در تبصره‌ی ۴ ماده‌ی ۱ که، اصطلاح «شهروندان خارجی مقیم جمهوری اسلامی ایران» و در ماده‌ی ۷ آن، که عبارت «نیازهای شهروندان» به کار رفته است، به نظر می‌رسد که منظور از شهروند فقط «تبعه» است.

همچنین در آیین‌نامه‌ی تعزیرات حکومتی در شهرداری‌های کشور در خصوص شهروندان و کارکنان، مصوب ۲۵/ ۰۳/ ۱۳۷۶ و در قانون معاهده‌ی اساس روابط متقابل اصول همکاری بین جمهوری اسلامی ایران و فدراسیون روسیه مصوب ۱۳۸۰/۰۱/۱۶ مجلس شورای اسلامی، در ماده‌ی ۸ آن در خصوص تسهیلات برای «روادید برای شهروندان طرف دیگر» نیز منظور از شهروند، تبعه است. بنابراین می‌توان گفت که در نحوه‌ی استفاده از این اصطلاح در مقررات مدون، نظم خاصی حاکم نیست و در قوانین و سایر مقررات در هر دو معنا به کار گرفته شده است، اما به لحاظ محتوایی، چنان که در قسمت دوم ذکر می‌شود، در حقوق ایران در بهره‌مندی از حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی و در مواردی فرهنگی بین اتباع و غیر اتباع، حسب مورد، تفاوت‌های جزئی یا کلی وجود دارد. (ابراهیمی، ۱۳۹۳، ۹۷).

### مفهوم حقوق سیاسی زنان

حقوق سیاسی، عبارت از حقی است که انسان بتواند در زندگی سیاسی-اجتماعی، کشور خود از راه انتخاب زمامداران، مقامات سیاسی شرکت جویند و یا در تصدی مشاغل سیاسی و اجتماعی کشور خود نایل آید یا در مجامع آزادانه، عقاید خود را به خوبی ابراز کند. (باری، ۱۳۹۴،

## منشور حقوق شهروندی

منشور سندی توصیه ای است که ضمانت اجرای کافی ندارد؛ اما با توجه به این که شالوده اصلی قانون اساسی مربوط به سال ۵۸ و اصلاحات آن در سال ۹۷ هست؛ تحولات جدید تئوریک و نظری در زمینه عدالت، آزادی و یا مباحثی از این دست که در آن نیامده است می تواند در قالب منشور پیش بینی شود؛ با این وجود ممکن است برخی از بندهای منشور حقوق شهروندی مشابه قانون اساسی باشد از طرفی منشور از جنس حقوق مدنی و حقوق نرم است که باید ضمانت اجرای آن، وجدانهای آگاه و اجر نظارت مستمر مردم و تشکل های مردم نهاد باشد. گاهی قوانین و مقررات قادر نیستند همه آنچه را که موردنیا جامعه است پیش بینی نمایند در نتیجه وظیفه منشور پر کردن این خلأهاست. منشورها می توانند مبانی و خط مشی ها و سیاست گذاری ها را روشن کنند. در واقع به مثابه «هنجارهایی» در هستند که مسیر درست را نشان می دهند. در منشور قاعده حقوقی وضع نمی شود بلکه این اسناد تنها معیار ارزیابی سایر قوانین و نحوه اجرای آنان از طرف دولت ها می باشند. فلذا «حقوق شهروندی» آمیخته ای از وظایف و مسئولیت شهروندان در قبال حکومت و یکدیگر است که مسئله ای پذیرفته شده در گفتمان فقهی - حقوقی ما که با بحث کرامت انسانی گره خورده است، تلقی می گردد، کی چراکه این اصل مهم انسان را از ارتکاب گناهان و تعدی به حقوق دیگران باز می دارد. منشور حقوق شهروندی آغاز رسمی نهضت شهروند سازی در ایران به شمار می رود؛ دولت، به این ترتیب، خود را در معرض نقد قرار می دهد و مردم به شهروندان حق طلب و پرسشگر تبدیل می شوند. (عمید، ۱۳۹۱، ۱۴۵).

## سیروبررسی و تصویب منشور حقوق شهروندی

سازمان اداری و استخدامی کشور در اقدامی مبنایی و مهم، تبیین «حقوق شهروندی در نظام اداری» که برگرفته از مفاد منشور و بیانیه رییس جمهور و با استفاده از نظرات مدیران و صاحب نظران مدیریت و حقوق اداری را تدوین کرد که این مهم در تاریخ ۹ بهمن ماه ۱۳۹۵ به تصویب شورای عالی اداری رسید و از سوی رییس جمهور محترم به کلیه دستگاههای اجرایی ابلاغ شد

به گزارش پایگاه اطلاع رسانی دولت، جمشید انصاری رییس سازمان اداری و استخدامی کشور در نخستین اجلاس ملی گزارش اجرای حقوق شهروندی در گزارشی مهمترین اقدامات انجام شده را تشریح کرد .

مشروح گزارش رییس سازمان اداری و استخدامی کشور از اقدامات انجام شده، موانع فرارو و برنامه های آینده برای تحقق منشور حقوق شهروندی در نظام اداری بدین شرح است:

بسم الله الرحمن الرحيم؛ به دنبال اعلام منشور حقوق شهروندی در ۲۹ آذرماه ۱۳۹۵ از

سوی ریاست محترم جمهوری اسلامی ایران، سازمان اداری و استخدامی کشور در اجرای تکلیف مقرر در بند (۵) قسمت «ب» بیانیه رییس جمهور، تبیین مفهومی منشور در نظام اداری کشور را در دستور کار خود قرار داد. حاصل این تلاش به عنوان یک اقدام مبنایی و مهم، تبیین «حقوق شهروندی در نظام اداری» بود که برگرفته از مفاد منشور و بیانیه رییس جمهور و با استفاده از نظرات مدیران و صاحب‌نظران مدیریت و حقوق اداری تدوین و در تاریخ ۹ بهمن ماه ۱۳۹۵ به تصویب شورای عالی اداری رسید و از سوی رییس جمهور محترم به کلیه دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شد. (عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۹۵، ۹۸)

### حقوق زنان در منشور حقوق شهروندی

#### الف) حقوق مدنی

این حقوق شامل موارد متعددی است، مثل حق آزادی، مصونیت از تعرض، آزادی بیان، مذهب، برابری در برابر قانون، ممنوعیت تبعیض براساس جنس، نژاد، منشأ ملی یا زبانی حمایت از شخص در برابر اقدامات غیرقانونی دولت مثل حبس (غیرقانونی) یا کار اجباری. (جاوید، وهمکاران، ۱۳۹۳، ۲۷۰).

#### ب) حقوق سیاسی

حقوقی است که برای مشارکت فعالانه در فرایندهای آزاد حکومت ضروری است و موارد زیر را در برمی‌گیرد. حق رأی و امکان تصدی مسؤولیت در سطح حکومت، آزادی گردهمایی و تشکیل انجمن، آزادی دسترسی به اطلاعات و امکان فعالیت‌های سیاسی. (جاوید، وهمکاران، ۱۳۹۳، ۲۷۵).

#### ت) حقوق اقتصادی - اجتماعی

حقوق اقتصادی - اجتماعی، که از آن به «عضویت کامل در عرصه‌ی اجتماعی جامعه» نیز تعبیر شده است.

حق مالکیت، حق کار کردن، برابری در فرصت‌های شغلی، حق بهره‌مندی از خدمات اجتماعی - بهداشتی، بهره‌مندی از تأمین اجتماعی و استاندارد زندگی متناسب برای شخص و حمایت از شخص در مواقع بیکاری، پیری و از کار افتادگی. (جاوید، وهمکاران، ۱۳۹۳، ۲۷۷).

### چالش‌های حقوق شهروندی زنان در منشور حقوق شهروندی

در مقدمه قانون اساسی از موقعیت زنان و استیفای حقوق آنان به دلیل ستم بیشتری که متحمل شده‌اند سخن به میان آمده است و خانواده را یکی از واحدهای بنیادین جامعه کانون اصلی رشد و تعالی انسان معرفی نموده که زن به عنوان یکی از واحدهای خانواده باید از حالت (شیئی بودن) و (ابزار کار بودن) خارج شده و ضمن بازیافتن وظیفه خطیر و پرارج مادری در پرورش انسان‌های مکتبی بکوشد، فراهم کردن امکانات جهت نیل به این

مقصود از وظائف حکومت اسلامی می‌باشد. در اینجا به برخی از اصل‌های قانون اساسی و مواد قانون مدنی که در جهت احقاق حقوق زنان می‌باشد اشاره می‌گردد:

اصل سوم قانون اساسی: تامین حقوق همه جانبه افراد اعم از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون.

اصل دهم قانون اساسی: از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، هم‌هقوقانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی برپایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد.

اصل بیستم قانون اساسی: همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون‌نقرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.

اصل بیست و یکم قانون اساسی: دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد: (علایی، ۱۳۹۳، ۵۴)

۱- ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او.  
۲- حمایت مادران بالخصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند و حمایت از کودکانی سرپرست.

۳- ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده.

۴- ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و بی‌سرپرست.

۵- اعطای قیمومت فرزندان به مادران شایسته در جهت غبطه آنها در صورت نبودن ولی شرعی.

ماده ۷۰ قانون مدنی: رضای زوجین شرط نفوذ عقد است...

ماده ۱۱۸ قانون مدنی: زن مستقل می‌تواند در دارایی خود هر تصرفی را که می‌خواهد بکند.

ماده ۳۸ قانون کار مصوب ۲۹/۸/۶۹: برای انجام کار مساوی که در شرایط مساوی در یک کارگاه انجام می‌گیرد باید به زن و مرد مزد مساوی پرداخت شود...

قانون مصوب ۲۹/۱/۷۴: زنان می‌توانند با رتبه قضایی، مشاغلی از قبیل: مشاور و قاضی تحقیق را انتخاب نمایند ولی قضاوت به معنای خاص (تحکیم) برای آنها مجاز نشده است.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی: دختر باکره هر چند به حد بلوغ و رشد رسیده باشد و در امور مالی و سایر امور مربوطه دارای اهلیت کامل باشد برای ازدواج باید اجازه پدر یا جد پدری خود را بگیرد.

ماده ۹۷۶ قانون مدنی بند ۶: هر زن خارجی که با مرد ایرانی ازدواج کند، خود به خود تبعه ایران محسوب می‌شود. (فلاح زاده ۱۳۸۹، ش: ۱۲-۱۹).

### عدم اشاره به برخی حق‌ها در شهروندی زنان

اشکالی که در این منشور مشاهده می‌شود این است که قوانین ذکر شده در این منشور با قانون اساسی هماهنگی ندارد. آیا ما با منشور حقوق شهروندی می‌خواهیم قانون اساسی را پشت سر بگذاریم و بگوییم داریم یک قانون جدید می‌نویسیم؟ به‌طور مثال در قانون اساسی دختر بدون اجازه پدر نمی‌تواند ازدواج کند، اما در این منشور بیان شده که دختر با هر کسی که می‌خواهد می‌تواند ازدواج نماید. در انتخاب شغل، همسر و نیز در بحث شناسنامه کودک، این موارد افتراق دیده می‌شود.

در این منشور سعی شده چیزی نوشته شود که از آن زنان باشد. به‌نظر می‌رسد در این منشور، با ادبیات واقع‌بینانه در مورد وظایف دولت صحبت شده، اما با ادبیات ذهنی و آرمانی در مورد حقوق شهروندان و به خصوص زنان سخن گفته شده است؛ چراکه وقتی بحث حق به‌میان می‌آید باید پرسید ضمانت‌اجرائی آن چیست؟ بنابراین آنچه در این منشور آمده ادبیات شفاف‌تری در زمینه حقوق شهروندی زنان ندارد. برای مثال حق سلامت و هویت مطرح می‌شود؛ ولی مثلاً زن کرد سنی ایرانی چگونه می‌تواند برای خود هویت داشته باشد. (کاظمی، ۱۳۹۵: ۱۱۰-۵۵)

### ضعف در ضمانت‌اجراء

این منشور شفافیت در ادبیات و نیز ضمانت‌اجرائی لازم را ندارد. زمان نظردهی راجع به این منشور باید تمدید شود، زیرا مواهب تمدید بیش از عجله‌ای است که وجود دارد. اگر دولت به این علت عجله می‌کند که در مذاکرات بین‌المللی پیش رو به نقض حقوق بشر متهم نشود، می‌تواند این کار را به گونه‌ای دیگر نشان دهد، اما اگر می‌خواهد کاری ماندگار از خود بر جای بگذارد باید به حقوق زنان با حضور خود زنان توجه شود. باید حق سیاسی در نظر گرفته شود. حق برخورداری از تشکله‌ها و اجتماعات دیده شود. بنابراین اگر این زمان تمدید شود، برای دولت آزمون بزرگی است که به شهروندان خود اجازه دهد در فضایی امن گفت‌وگو کنند. نگاهی گذرا بر منشور حقوق شهروندی مشخص می‌کند که بسیاری از مفاد آن از جمله حق آزادی بیان و اندیشه، حق برخورداری از امنیت، مسکن و مالکیت با اعلامیه جهانی حقوق بشر هم‌پوشانی دارد. اعلامیه جهانی حقوق بشر، به برابری شأن و حقوق انسان‌ها منصرف از ویژگی‌های نژاد، زبان، تابعیت و ملیت می‌پردازد، این در حالی است که حقوق شهروندی، تنها به حقوقی که اتباع نظام جمهوری اسلامی ایران در برابر یکدیگر و در برابر حکومت دارند اشاره دارد. در این منشور باب خاصی ذیل عنوان حقوق زنان پیش‌بینی نشده و تنها در برخی از بندها به قصد رفع شبهه اشاراتی به آن شده است. بند آخر ماده سه به حق برخورداری زنان از برنامه‌ها و تسهیلات بهداشتی و درمانی مناسب برای تأمین سلامت جسمی و روانی در زندگی فردی، خانوادگی و اجتماعی در مراحل مختلف زندگی اشاره می‌کند و یا در ماده ۱۱ آمده است که زنان حق دارند

در امور سیاست‌گذاری، قانونگذاری و مدیریت اجرا نقش داشته باشند و همچنین ماده ۸۳ برخورداری از فرصت‌های شغلی مناسب و حقوق و مزایای برابر با مردان در قبال کار برابر را حق زنان می‌داند. همه این مفاد در حالی آمده است که تحقق تک‌تک این حقوق پیش‌بینی شده در گرو فراهم شدن مقدمات و عوامل دیگری است. اگرچه اخیراً لایحه‌ای مربوط به حقوق شهروندی به مجلس داده شده اما در همان لایحه هم در موضوع ضمانت اجرا به ارائه تذکر و یادآوری اکتفا شده و باز مشخص نیست که در صورت موثر نبودن تذکرات چه تبعاتی متوجه نهادی که قصور داشته خواهد بود. حتی در چنین مسأله‌ای هم اگر چه حواس نویسندگان منشور به دغدغه امروز زنان جامعه بوده، اما همچنان هیچ ملاک درستی از حجاب ارائه نداده و ضمن توضیح واضحات گفته است که پوشش زنان باید تابع موازین متعارف باشد و بدین ترتیب این مبحث مهم را هم در هاله‌ای از ابهام نگاه داشته است. موضوع حقوق شهروندی هنوز برای افکار عمومی به درستی روشن نشده و دارای ابهامات متعدد است. به رغم تدوین قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی (مصوب ۱۳۸۳)، مفهوم حقوق شهروندی نه در این قانون و نه در سایر قوانین موضوعی کشور به درستی تبیین نشده است. اگرچه حقوق شهروندی در کلیت به معنای روابط بین شهروندان است، اما در قانون اساسی، قانون حفظ حقوق شهروندی و منشور حقوق شهروندی، در مفهوم وظایف و مسئولیت‌های بین حاکمیت و شهروندان به کار رفته است. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۴، از جمله قوانین عادی پیشرفته کشور است که در آن بسیاری از حقوق شهروندی که در قوانین پیشین مورد غفلت قرار گرفته بود، از سوی قانونگذار مورد توجه قرار گرفته است.

برخی از متفکران همچون کدیور معتقد هستند که فقه و حقوق اسلامی قبل از اینکه به حقوق و آزادی‌های انسان توجه کند انسان را به وظیفه مداری و تکلیف محوری سوق داده است. این در حالی است که حق و تکلیف دو روی یک سکه هستند و در فقه اسلام تکلیفی وجود ندارد مگر اینکه بخواهد حقی را پشتیبانی کند. اندیشمندان غربی بر این باورند که چون ذات انسان مسئولیت‌گریز و حق‌خواه هست پس بار تکلیف باید از او برداشته شود. اندیشمندان غرب همچنین معتقدند که سایه تکالیف در اسلام بسیار وسیع و گسترده و دایره حقوق شهروندی بسیار محدود است زیرا زبان فقه زبان اجبار و امر و نهی است. به باور اندیشمندان غربی تکلیف محوری، شرافت و کرامت انسان را پایمال کرده و قدرت تعقل او را زیر سوال می‌برد اما براساس آموزه‌های قرآن کریم انسان موجودی دو بعدی است که کمال سعادت او، در خوشبختی دنیا و عقبی تعریف می‌شود و به همین دلیل است که تکلیف، برای انسان مسلمان از جایگاهی ویژه برخوردار است. نکته‌ای که در نگاه متفکران غرب مغفول مانده آن است که تکالیف در اسلام بازگشت به حق داشته و تکالیف دینی در اسلام برای صیانت از حقوق انسان‌ها وضع شده است.

(مقدم، ۱۳۸۳: ۱۱۱).

جایگاه حقوق سیاسی زنان در منشور حقوق شهروندی

می توان ادعا کرد در نظم قانون اساسی ایران چند اصل راهبردی و چند نسل حقوقی تار و پود پیراهن شهروندی را بر قامت هر فرد شکل می دهد. اصول مدنظر عبارت از اصل تساوی قانونی شهروندان، اصل توزیع برابر آزادی ها و حقوق، اصل برابری در برخورداری از حمایت قانونی و اصل ممنوعیت تبعیض و لزوم رفع آن می باشد. نسل های حقوقی مورد نظر نیز مشتمل بر حقوق بنیادین، حقوق و آزادی های مدنی، حقوق قضائی و دادرسی منصفانه، حقوق و آزادی های سیاسی و مشارکتی، آزادی های اقتصادی و حقوق رفاهی و نهایتاً حقوق اجتماعی و فرهنگی می باشد (همتی، ۱۳۸۹: ۳۹-۱۲۰).

اعلام تساوی حقوق شهروندان ایرانی بدون تبعیض از حیث رنگ و نژاد و زبان و مانند اینها (اصل ۱۹) اعلام برخورداری همه ی شهروندان ایرانی از حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، یعنی ابعاد گوناگون حقوق شهروندی در تئوری های مختلف شهروندی، بدون تبعیض از لحاظ جنسیت (اصل ۲۰)؛ اعلام اصل بنیادین ممنوعیت تبعیض دل بخواهانه و لزوم رفع تبعیضات ناروا (بند ۲ اصل سوم) در این چارچوب بسیار اهمیت می یابند.

این "برخورداری" از "حمایت قانونی یکسان" و اعلام "تساوی" در حقوق فارغ از جنبه های ماهوی آن (کاظمی، ۱۳۸۵: صص ۲۱۴-۲۵۴)، به لحاظ روش شناسی می تواند هم به استخراج یک اصل تفسیری در تعیین حدود و قلمرو سایر اصول قانون اساسی منجر شود و هم یک اصل راهبردی کلیدی را به عنوان چراغ روشنایی بخش پیش روی قانونگذاران عادی در مقام تصویب قانون و مقامات اجرایی در مقام اجرای قانون و نهایتاً قضات در مقام نظارت بر حسن اجرای قوانین و حل و فصل اختلافات مبتنی بر سلسله مراتب قوانین قرار می دهد. چنین تفسیر روش شناسانه ای از این اصول، افزون بر محتوای ماهوی آن بدیع می نماید و به ویژه در ارتباط با تجربه های زیستی گروه های مختلف شهروندان و مطالبات فردی و اجتماعی هر یک از آن ها کاربردپذیر می باشد.

اعلام حقوق بنیادین از جمله حق امنیت شهروندان و مصون بودن حیثیت، جان، مال، حقوق و مسکن و شغل شهروندان از تعرض بدون مجوز قانونی (اصل ۲۲) می تواند تقریر کلیه حقوق و آزادی ها (به طور عام و از جمله زنان به طور خاص) به عنوان قاعده ای طلایی در قانون اساسی محسوب شود.

در بیان تفصیل بیشتر، از یک سو قانونگذار اساسی به شناسایی و تضمین حقوق و آزادیهای مدنی شهروندان از جمله آزادی عقیده (اصل ۲۳)، آزادی تشکل (اصل ۲۶)،



آزادی اجتماع (اصل ۲۷)، آزادی اقامت و آزادی رفت و آمد (اصل ۳۳)، آزادی دسترسی به دادگاه (اصل ۳۵)، آزادی هویت (اصل ۴۱) پرداخته است و از سویی دیگر حقوق قضائی و دسترسی به دادرسی منصفانه را صراحتاً برای همه ی شهروندان، اعم از زن و مرد اعلام داشته است که از جمله حق دادخواهی و دسترسی به دادگاه صالحه (اصل ۳۴)، حق بر امنیت شخصی (اصل ۲۲)، حق بر ممنوعیت تفتیش عقاید و عدم تعرض به شهروندان به صرف داشتن عقیده (اصل ۲۳)، حق بر مصون بودن حریم خصوصی شهروندان از هرگونه تعرض بدون مجوز قانونی (اصل ۲۵)، حق بر قانونی بودن فرایند کشف، تحقیق، تعقیب جرائم و رسیدگی به آن ها و حق بر شهروندان بر تضمینات دادرسی منصفانه و قانونی (اصل ۳۲)، حق دسترسی به وکیل در جریان فرایند قضائی (اصل ۳۵)، حق بر قانونی بودن جرم و مجازات (اصل ۳۶)، حق برخورداری از فرض قانونی برائت (اصل ۳۷)، حق بر ممنوعیت شکنجه و ممنوعیت اجبار به اقرار و شهادت و سوگند (اصل ۳۸)، حق بر ممنوعیت هتک حرمت و حیثیت فردی در جریان رسیدگی قضائی و اجرای حکم قضائی (اصل ۳۹) قابل اشاره است

حقوق و آزادیهای سیاسی و حق شهروندان بر مشارکت سیاسی نیز به عنوان نسل دیگری از حقوق شهروندی صورت بندی شده است. در این رابطه از جمله اعلام آزادی احزاب و جمعیت ها و آزادی شرکت یا عدم شرکت شهروندان در آن ها (اصل ۲۶)، آزادی نشریات و مطبوعات (اصل ۲۴)، اعلام آزادی تشکیل اجتماعات و راهپیمایی برای شهروندان بدون حمل سلاح (اصل ۲۷)، حق بر مشارکت در حاکمیت ملی (اصل ۵۶)، حق بر انتخابات و رای دادن (اصل ۵۸)، حق بر انتخاب کردن و انتخاب شدن (اصول ۶۲ و ۱۱۴ و ۱۱۵)، حق بر اظهارنظر مستقیم در مسائل بسیار مهم (اصل ۵۹)، حق بر مشارکت در امور شوراها (اصل ۱۰۰) را می توان در یک دسته بندی کلی قرار داد.

از سوی دیگر حقوق رفاهی و آزادیهای اقتصادی نیز به طرز فراگیر و یکسانی هم درباره ی زنان و مردان شناسایی و اعلام گردیده است. در این رابطه آزادی اشتغال به کار و حق بر شرایط مساوی برای احراز مشاغل توسط شهروندان (اصل ۲۸)، حق بر عدم بهره کشی و اجبار به کار (بند ۴ اصل ۴۳، حق بر مالکیت شخصی (اصل ۴۷) و حق بر مالکیت کسب و کار و آزادی فعالیت اقتصادی (اصل ۴۶)، حق بر کار شایسته و استانداردهای مربوط به ساعات کار و درآمد و... مطابق با حقوق کار (بندهای ۲ و ۳ اصل ۴۳)، حق بر عدم تبعیض در برخورداری از منابع طبیعی و استفاده از درآمدهای ملی (اصل) مجموعاً در دسته ی آزادی های اقتصادی دسته بندی می شوند و از جمله حق برخورداری از تأمین اجتماعی و دسترسی به امکانات بهداشتی (اصل ۲۹)، حق برخورداری از مسکن متناسب (اصل

۳۱)، حق بر آورده شدن نیازهای اساسی و عدم محرومیت و فقر ( اصل ۴۳)، حق بر رفع نیازهای اساسی و دسترسی به حداقل استانداردهای زندگی (بند ۱ اصل ۴۳)، حق دسترسی به حداقل استانداردهای درمانی، بهداشتی و امکانات آموزشی ( بندهای ۱ و ۲ اصل ۴۳) نیز مجموعاً در دسته ی حقوق حمایت اجتماعی (رفاهی) پیکربندی می شوند. (کاظمی، ۱۳۹۵: ۱۲۴-۱۵۸)

نهایتاً اعلام حقوق اجتماعی و فرهنگی شهروندان از جمله حقوق آموزشی مشتمل بر آموزش و پرورش رایگان و نیز حق بر دسترسی به تحصیلات عالی (اصل ۳۰) و حقوق فرهنگی مشتمل بر حق بر زبان و خط و فرهنگ رسمی و نیز قومی و محلی (اصل ۱۵) و حق بر زندگی اجتماعی مطابق باورهای فردی و فرهنگی (با قید ترتیبات مندرج در اصل های ۱۲، ۱۳ و ۱۴) و حق بر مشارکت در سرنوشت اجتماعی (اصل ۵۶) به عنوان نسلی دیگر از حقوق شهروندی در منطق قانون اساسی قابل طرح بندی است.

به هرحال هدف از این تقریر فشرده از اصول بنیادی و نسل بندی حق ها و آزادی های شهروندی که به گمان ما سلول های مختلف و مولفه های ساختاری تئوری شهروندی قانون اساسی را تشکیل می دهند، مشخص کردن چشم اندازهای قانونی برای صورت بندی و پیکرسازی درست یک نظریه ی شهروندی مبتنی بر اصول قانون اساسی می باشد. اما آنچه بدیع می آید تلاش روش شناسانه برای درک خطوط ارتباط میان اصل های مختلف قانون اساسی و نیز دسته بندی های کاربردی از محتوای اصول و مهم تر داشتن یک نظریه شهروندی برای فهم و تحقق شهروندی مورد نظر قانون اساسی و نیز تفسیر محتوای اصول در سایه اصول راهبردی شهروندی مانند حمایت قانون و عدم تبعیض است.

### چالشهای حقوق سیاسی زنان در منشور حقوق شهروندی

از نظریه کلاسیک جمهوری خواهانه یونان باستان پیرامون شهروندی، در حال حاضر، دو سنت نظریه سیاسی در دو سر یک پیوستار مطرح اند: سنت لیبرالیستی و سنت اجتماع گرایانه. این سنت ها، هر دو، به احترام به قانون - در درجات و شکل های مختلف - تأکید داشته آن را به نحوی هنجارین ضامن حفظ نظم عمومی میدانند. جدای از این هنجار تا حدی مشترک، هر کدام از این دو سنت دارای اولویتهای هنجاری متفاوتی برای نقش شهروندی درون خود هستند.

نظریه های لیبرالیستی پیرامون شهروندی در ابتدای دوران مدرن مطرح شدند. این نظریه ها با توجه به سابقه دولتهای خودکامه و با اهمیتی که به حقوق فردی انسان داشتند شهروندی را در مقابل ایده دولت مفهوم سازی نمودند. شهروندی از منظر لیبرالیستی پیش از هر چیز با برابری حقوقی گره خورده است. ریشه این برابری به طور نخست در اندیشه های هابز - گرچه در

قالب برابری در امر شر - نمایان شد (سلطانی فر، ۱۳۹۰: ۳۷ - ۳۵). از دو شاخهٔ نئولیبرالیسم و لیبرالیسم سیاسی این سنت، مورد دوم تأثیر جدیتری در مورد هنجارهای نقش شهروندی مدرن و آنچه شهروند خوب باید انجام دهد داشته است. "لیبرالیسم سیاسی بر شکل‌گیری رویه‌هایی تمرکز دارد که تأمل فراگیر و بی طرفانه پیرامون سیاست و حکومت را تضمین می‌کند. یکی از اصلیتزین ارزشهای مورد بحث در این گفتمان پیرامون شهروندی مفهوم استقلال است. طرد ساختارهای حکومتی، اقتدار و کنترل - از حکومت سلطنتی، اقتصاد فئودالی و کلیسای کاتولیک تا دیگر نهادهای اقتدار - از سرچشمه‌های تاریخی لیبرالیسم است. از این جهت لیبرالها خواهان تفکر انتقادی شهروندان هستند." آن‌ها به درستی ماهیت مادی دولت و امکان دستاندازی آن به حوزه‌های مختلف زندگی شهروندان را نشان داده اظهار می‌کنند که دولت یکی از بازیگران عرصهٔ قدرت و به واقع قویترین بازیگر این عرصه است؛ چرا که امکان استفادهٔ مشروع از زور را نیز داراست. لذا شهروندان موظف به هوشیاری سیاسی - اجتماعی دائمی و نظارت بر عملکرد دولت، انتقاد و اعتراض هستند. (رضایی پور، ۱۳۹۵، ۱۱۵)

## نتیجه گیری

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه ایران براساس اصول و ضوابط اسلامی است، زن که در نظام طاغوتی در خدمت استعمار همه جانبه خارجی بود هویت اصلی و حقوق انسانی خود را باز می‌یابد و در این بازیابی طبیعی است که زنان به دلیل ستم بیشتری که از قبل متحمل شده اند ضرورت استیفای حقوق آنان بیشتر خواهد بود.

اصل سوم قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران را موظف نموده حقوق همه جانبه افراد اعم از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون را تأمین نماید. زیرا امنیت افراد جامعه یکی از اصولی‌ترین ویژگی نظام حقوقی اسلام است. هم چنین بر رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای زن و مرد، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی تأکید دارد. در این اصل بر مشارکت زنان در تعیین سرنوشت سیاسی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش اشاره شده و تسهیل و تعمیم آموزش عالی، آموزش و پرورش و تربیت بدنی برای همه چه زن و چه مرد در تمام سطوح جزو وظایف دولت شمرده شده است، در اصل بیستم قانون اساسی همه افراد ملت اعم از زن و مرد به طور یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.

اصل بیست و یکم قانون اساسی معطوف به حقوق زن است دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید، زنان احتمالاً دو خواسته‌ی ظاهراً متعارض ولی عمیقاً در پیوند با یکدیگر دارند؛ تمایل به برابری و یکسان سازی و شباهت در حقوق و آزادی‌ها و به طور کلی موقعیت حقوقی از یک سو و از دیگر سو تمایل به نابرابری، عدم مشابهت‌ها، درک تفاوت‌ها و افتراق‌ها که خواه به حسب تفاوت‌های طبیعی یا خواه به سبب واقعیت‌های تاریخی و اجتماعی عملاً وجود دارد. یعنی زنان به لحاظ حقوقی هم می‌خواهند برابر باشند و هم متفاوت. هم موقعیت برابر آن‌ها در برخورداری از نسل‌های بنیادین حقوق و آزادی‌های شهروندی باید شناسایی شود و قانوناً به آن‌ها در ذیل حاکمیت قانون و تساوی در برابر آن اعطاء شود و هم موقعیت‌های خاص و حقوق و آزادی‌های خاص آن‌ها و حق آن‌ها بر تفاوت‌هایشان، رسمیت داده شود و در قانون انعکاس یابد. هر نظریه شهروندی نوعی توازن حقوق، تعهدات و مشارکت را شامل می‌شود که می‌تواند به عنوان روش تفسیری مقررات یا صورت بندی مواد پراکنده‌ی قانونی در یک چشم‌انداز منظم و مشخص کردن وزن هر ماده در یک صورت بندی کلان مرتبط با شهروندی مورد استفاده قرار گیرد. هم چنین عناصر محتوایی، سازوکارهای شکلی، آئین‌ها و ترتیبات و نهایتاً ساختارها و نهادهای حقوقی مندرج در

هرم قوانین را به نحوی که بتواند برای تحقق یک نظم شهروندی کاربردپذیر باشد، به طرز مناسبی متوازن نماید. لذا طرح "شهروندی زنانه" در ذیل نظام جامع حقوق شهروندی در ایران تنها با توجه به لایه‌های منابع قانونی (از جمله قانون اساسی، قوانین عادی، اسناد و معاهدات بین‌المللی) و با توجه به پیوستگی و ارتباط مفاهیم حقوق شهروندی و حقوق بشر امکان‌پذیر است. این مباحث پیوند عمیقی با مباحث مربوط به حاکمیت ملت، روابط بین‌الملل و مشارکت سیاسی شهروندان دارد و لزوماً در طرح آن‌ها باید از هرگونه ساده‌انگاری و یا توقف در مرزهای حقوق داخلی خودداری شود. در نهایت قابل ادعاست که افقی گشوده فراروی بسط و نوآندیشی درباره‌ی شهروندی فعال زنان در سپهر قانون اساسی قابل‌شناسایی است. روزه‌های گشوده‌ی قانون اساسی به سوی معاهدات جهانی حقوق بشر از یک سو و سیاق عبارت‌بندی عام قانون پیش‌گفته از سوی دیگر (که امکان کاربردپذیری نظریه‌های شهروندی را به عنوان ابزار تفسیری اصول قانون اساسی فراهم می‌نماید) پتانسیل‌های همیشه تازه‌ای هستند تا خواست‌ها، تجربیات زیستی، دغدغه‌ها و دل‌مشغولی‌های زنان را به یک زبان حقوقی برگردان کنند و نو به نو امکان مطالبه‌ی تضمینات مربوط به شناسایی، اجرا، احترام و تضمین حق‌ها و آزادی‌های شهروندی برای زنان را طبق قانون اساسی، خواه در ذیل تضمینات عام شهروندی و خواه به عنوان تضمینات خاص شهروندی زنانه فراهم نمایند. با توجه به اینکه حاکم‌اسلامی، سعادت انسان در کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند باید شرایطی را بوجود آورد تا در آن حقوق همه جانبه افراد تأمین شود. اگر موضوع و محمل حق یا تکلیف، امری که زن و مرد در آن مشترک‌اند، همچون آزاداندیشه و عقیده که هر دو لازمه شأن انسانی است باید حق یا تکلیف به‌طور مساوی به‌زمن و مرد تعلق گیرد در غیر این صورت حق یا تکلیف به جنسی تعلق می‌گیرد که محمل و موضوع موردنظر را دارا باشد. عموم تلاش‌های حقوق بشری برای بهبود وضع زنان در راستای عدم تبعیض حقوقی آنها با مردان بوده است؛ غافل از اینکه نوعی تبعیض در حقوق زنان و مردان می‌تواند به صورت طبیعی، بنیانی برای ارتقای حقوق زنان باشد. انواع کنوانسیون‌های حقوق بشری و اعلامیه‌ها و میثاق‌ها در مورد رعایت برابر حقوق زنان و مردان تذکره‌ها داده‌اند و دولت‌های عضو این معاهدات، به نوعی خود را مکلف به رعایت تساوی در استخدام، درمان، مرخصی، حقوق و مزایا و مشابه آن کرده‌اند، اما در نظر گرفتن تفاوت‌های طبیعی زن و مرد، حقوقی مضاعف برای زنان را گوشزد می‌کند که عموماً مغفول مانده است. به دلیل حیای زنان، این بخش از حقوق ایشان بیش از پیش در دوران معاصر محتاج حمایت‌های قانونی است. تعقیب این حقوق در حقوق بشر و حقوق شهروندی امکان‌پذیر است. هر چند می‌توان گفت که بر پایه‌ی وضع طبیعی زنان این موقعیت بیشتر در حوزه‌ی حقوق بشر قرار می‌گیرد، اما در زمان اشتغال آنها این نوع

حمایت از حقوق زنانه در بخش حقوق شهروندی قرار می‌گیرد تا انتباه خاص حکومت را به دنبال داشته باشد. زنان به دلیل تفاوت فیزیولوژیکی و جسمانی هم‌سطح مردان نیستند بلکه برتری‌ها و کاستی‌هایی دارند؛ لذا استخدام نسخه‌ای خاص به نام حقوق متشابه و حتی متساوی برای هر دو جنس، بالاترین اجحاف و خیانت به زنان است. جدا از رعایت حقوق متفاوت و طبیعی زنان در خانه که در حوزه‌ی خصوصی تعریف می‌شود، آن‌گاه که زن در جامعه قدم می‌گذارد و مسئولیتی اجتماعی به او واگذار می‌شود، کارفرما و کل جامعه باید در نظر داشته باشند که در یک شرایط برابر، بنا نیست زن هم‌دوش و همچون مرد همکار و هم‌سطح خود کار کند. بلکه به اقتضای وضع زنانه‌ی خود او محتاج شرایط مادی و معنوی خاصی است. طبیعتاً او نیازمند محیط خاص کار با شرایط و فضای استراحت زنانه است. در گام اول ممکن است این نوعی کم‌کاری زنان با حقوق مردان در تضاد باشد. چرا که در شرایط برابر، مردان چنین مشکل روحی و جسمی ندارند و توان بیشتری بر کار مشابه دارند. اما از منظر حقوق بشری، با در نظر گرفتن وضعیت روحی و جسمی خاص زنان در مقایسه با مردان، این کم‌کاری موقتی اما متناوب، نباید مبنای تفاوت در حقوق و مزایای زن نسبت به مرد همکار و همپایه‌اش قرار گیرد. از منظر حقوق شهروندی جبران کم‌کاری زنان بر عهده‌ی دولت است. به دیگر سخن کار برای زنان باید بر اساس ظرفیت جسمی و روحی آنها باشد. از این رو در شریعت و عرف جوامع قدیم همواره حوزه‌های خاصی همچون خانواده و آموزش و نظایر آن، برای زنان در نظر گرفته می‌شده است.

### فهرست منابع

۱. ابراهیمی، جهانبخش (۱۳۹۳) سیری در حقوق بشر، تهران، انتشارات زوار.
  ۲. باری، بوزان (۱۳۹۴) مردم، دولت ها و هراس، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی
  ۳. رضایی پور، آرزو (۱۳۹۵) مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوق شهروندی شامل پیشینه حقوق شهروندی، قانون آیین نامه ها، مقررات، آراء صادره، انتشارات آریان
  ۴. عمید زنجانی (۱۳۷۰) "تاریخچه حقوق بشر در اسلام"، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
  ۵. عظیم زاده اردبیلی، فائزه؛ خسروی، لیلا (۱۳۸۸) مطالعه تطبیقی حقوق زنان از منظر اسلام و غرب، مبانی حقوق زنان، حق تأمین اجتماعی و حق حیات، ناشر مرکز امور زنان و خانواده نهاد ریاست جمهوری.
- ### مقاله ها
۶. پیروزمند، علی رضا (۱۳۸۰) "بررسی تحلیلی الگوی فعالیت زنان در جهان معاصر"، مجموعه مقالات هم اندیشی بررسی مسائل و مشکلات زنان ج. ۱۱، قم، دفتر مطالعات و تحقیقات زنان قم.
  ۷. تقی زاده، عباس (۱۳۸۹) "تبیین جایگاه حقوق شهروندی در حفظ و ارتقاء سلامت شهری"، چکیده مقالات اولیه همایش ملی سلامت شهری، کوه اردیبهشت ۱۳۸۹
  ۸. جاوید، محمدجواد؛ صادقی، محمد؛ شفیق زاده خولنجانی، مصطفی (۱۳۹۱) "نسبت تکالیف طبیعی و تکالیف شهروندی"، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۵۹.
  ۹. جاوید، محمدجواد؛ اشرفی، عباس؛ شاهمرادی، عصمت (۱۳۹۳) "تبعیض مثبت به نفع زنان با تأکید بر حقوق شهروندی، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان.
  ۱۰. سلطانی فر، محمد؛ هاشمی، شهناز؛ یعقوبی راد، فرزانه (۱۳۹۰) بررسی رابطه عوامل فرهنگی اجتماعی بر میزان برخورداری از حقوق شهروندی"، فصلنامه مدیریت فرهنگی، شماره ۱۲.
  ۱۱. علایی، رحمانی (۱۳۹۳) "میزان گسترده مشارکت سیاسی زنان از منظر دین"، مجموعه مقالات همایش مشارکت سیاسی زنان در کشورهای اسلامی، تهران.
  ۱۲. فلاح زاده، علی محمد (۱۳۸۹) "نسبت حقوق شهروندی و حقوق بشر"، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۸.
  ۱۳. کاظمی، علی (۱۳۹۵) "موانع و چالش های تدوین لایحه حمایت از حقوق شهروندی در ایران"، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۹۵۸.
  ۱۴. مقدم، سعید (۱۳۸۳) "اشتغال زنان و چالش های پیش رو"، نشریه آبادی، مرکز تحقیقات معماری و شهرسازی ایران.
  ۱۵. همتی، مجتبی؛ اسماعیل زاده، حسن (۱۳۸۹) "حقوق شهروندی و مشارکت در اداره امور شهر"، مقالات برگزیده همایش حقوق شهروندی ویژه بزرگداشت هفته قوه قضائیه، ناشر مرکز مطبوعات و انتشارات.





نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۱۲۶ - ۱۰۵

## مضامین عشق و جبر در داستانهای ناتورالیستی صادق چوبک

<sup>۱</sup> نسرين حلاجان

<sup>۲</sup> پروين دخت مشهور

<sup>۳</sup> مهدي نوروز

<sup>۴</sup> محبوبه ضياء خداداديان

### چکیده

عشق و جبر از برجسته‌ترین مضامین ادبیات فارسی است. جبر در برابر واژه پریسامد اختیار قرار می‌گیرد و عشق در بعد معنوی و روحانی خود یادآور عرفان و حب ذات اقدس الهی می‌باشد و در بعد جسمانی و باسر منشأ غریزه اش، عشق زمینی و جنسیتی نام می‌گیرد. نگارنده در این پژوهش بر آن است که بابرسی، توصیف و تحلیل آثار داستانی ناتورالیستی صادق چوبک دیدگاه وی را از نظر عشق زمینی و بعد جسمانی آن و سرنوشت انسان محکوم به تقدیر ابیان کند. حیوانی بودن طبع انسان در این داستان‌ها و این که انسان بنا به سرشت حیوانی‌اش به صورت موجودی زیاده طلب، شهوت‌ران تصویر می‌شود نگاهی ناتورالیستی است و عشق به صورت خواست جسمانی و جنسیتی به عنوان یک تجربه مشروع مطرح می‌شود و به سبب جبر زیست شناختی؛ یعنی انسان، ناگزیر از تن دادن به الزام‌های زیستی است. و ناکامی در اعمال کردن اراده فردی مقهور بودن انسان در برابر سرنوشت محتوم است. چوبک در داستان هایش متکی بر تأثیر عناصر ناتورالیستی سرنوشت، جبر محیط و وراثت بر شخصیت‌های داستان‌های خود می‌باشد.

### واژگان کلیدی

عشق، جبر، صادق چوبک، ناتورالیسم، داستان.

۱. دانشجوی دکتری گروه زبان و ادبیات فارسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نیشابور، نیشابور، ایران.

Email: sahanext@gmail.com

۲. استادیار گروه زبان و ادبیات فارسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نیشابور، نیشابور، ایران. (نویسنده مسئول).

Email: p\_d\_mashoor@yahoo.com

۳. استادیار گروه زبان و ادبیات فارسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نیشابور، نیشابور، ایران.

Email: mahdinovrooz@yahoo.com

۴. استادیار گروه زبان و ادبیات فارسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نیشابور، نیشابور، ایران.

Email: m.zia@yahoo.com

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۰/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۲۶

## طرح مسأله

یکی از مباحث مورد توجه در نقد غربی، مکاتب ادبی است که در آن، آثار ادبی برهه‌های گوناگون از دید شاخصه‌های همسان، دسته‌بندی و نام‌گذاری شده‌اند. در واقع، این مکاتب یکی از سنج‌های نقد و واکاوی آثار ادبی هستند. هر مکتب ادبی، شامل مجموعه‌ای از ویژگی‌ها است که تحت تأثیر اوضاع فرهنگی، اجتماعی و سیاسی هر دوره، در گستره ادبیات یک یا چند کشور به وجود آمده است. این خصوصیات معمولاً در آثار گروهی از نویسندگان و شاعران مشترک است و موجب تمایز این آثار می‌شود.

مکتب‌های ادبی در عالم داستان‌نویسی به مثابه ابزاری برای نیل نویسنده به هدف مورد نظرشان هستند. به این اعتبار، مطلق‌انگاری این مکاتب در عرصه داستان‌پردازی، نه تنها امری صحیح نیست و نتایج سودمندی ندارد، بلکه منجر به بروز اختلال‌هایی در فرآیند پردازش قصه و در نهایت، فاصله گرفتن مخاطب از اثر تولیدی می‌شود. یکی از مکاتب مهم ادبی که اتفاقاً برای اولین بار، در حوزه‌های غیرادبی ظهور و گسترش پیدا کرد و بعدها از ظرفیتهای آن جهت تحلیل و آفرینش متون ادبی به کار گرفته شد، ناتورالیسم است. با کاربست مؤلفه‌های ناتورالیستی، امکان ارائه تحلیلی دقیق‌تر از یک متن که در بستری ویژه از زمان و مکان نوشته و آفریده شده است، فراهم می‌گردد. برای مثال، پی‌بردن به بخشی از رویدادهای اجتماعی و سیاسی، تشخیص نسبی اوضاع زندگی مردم، پای‌بندی خالق اثر به بازنمایی دغدغه‌های مردمی و ... میسر می‌شود و در سطح کلانتر، نقاط ضعف و قوت فرهنگ عمومی ملت‌ها با خوانش ناتورالیستی آثار ادبی نشان داده می‌شود؛ چراکه ادبیات آیین‌هایی از بازتاب نسبی احوالات فردی و گروهی محسوب می‌شود.

آشنایی گسترده نویسندگان ایرانی با مبانی مکتب‌های ادبی از جمله ناتورالیسم به دوران مشروطه بازمی‌گردد. زمانی که به دلایل گوناگون از جمله: فضای باز سیاسی، افزایش آگاهی مردم، حضور شمار برجسته‌ای از ادبا و دانشمندان در کشورهای غربی، ترجمه متون مختلف به زبان فارسی، تغییر رویکرد اهل ادب از خواص‌گرایی به عوام‌گرایی، گسترش رسانه‌های ارتباطی و ...، بسترهای لازم جهت ایجاد دگرگونی‌های بنیادین در عرصه ادب فارسی، خاصه داستان‌نویسی فراهم گردید. آثار بسیاری با رویکرد به مبانی ناتورالیستی پدید آمد و نقدهای اجتماعی، سیاسی، اخلاقی، فرهنگی در سطحی گسترده در آثار خلق شده مطرح گردید و نگاه به ادبیات، خاصه داستان‌نویسی از شکل سنتی آن فاصله گرفت و به شاخصه‌های متعهدانه و مردم‌گرا مزمین گردید. مهمترین شخصیت‌های ادبی پایبند به مکتب ناتورالیسم در ایران، عبارتند از: صادق هدایت، صادق چوبک، محمود مسعود دهاتی، محمود دولت‌آبادی، احمد محمود و ... . ذکر این نکته ضروری است که این دسته‌بندی بدان معنا نیست که نویسندگان مذکور به طور

مطلق، از مبانی این مکتب استفاده کرده اند، بلکه منظور این است که وجه غالب آثارشان، ناتورالیستی بوده است. بر اساس این پیش‌انگاره، شاهد خلق داستانهایی در گستره ادبیات داستانی فارسی هستیم که اگرچه مبانی ناتورالیستی در آن، چیرگی دارد، ولی نویسنده به دلایل مختلف - که در ادامه به آنها پرداخته میشود - از این مبانی عدول کرده و با ارجح دانستن مخاطب و اقتناع درک او از پیام منعکس شده در داستان، نسبت به استفاده از مبانی ناتورالیسم، انعطاف پذیر عمل کرده است.

احمد محمود در گستره ادبیات داستانی معاصر فارسی به عنوان نویسنده ای ناتورالیست شناخته میشود. او با استفاده از چهارچوبهای نظری این مکتب، آثار متعددی را نوشته و منتشر کرده است. «در داستان های او، گرایش به ناتورالیسم هم موجود است». (مفتاحی، ۱۳۹۴: ۵۱) با این وجود، برخی از داستان های او، آنگونه که باید، ناتورالیستی نیستند و نوعی فراروی آگاهانه و طراحی شده نسبت به مبانی مکتب مذکور در آنها دیده می شود. احمد محمود با تکیه بر عوامل و عناصر درونی (متن) و بیرونی (فرامتن)، آثاری مخاطب محور آفریده است، به طوری که شکل گیری شاکله آن را فهم ادبی و گستره شناخت مخاطب و دغدغه های مردمی تعیین کرده اند. به این اعتبار، برای او، پیروی از قواعد مکاتب گوناگون ادبی همچون ناتورالیسم در درجه دوم اهمیت قرار دارد و شماری از داستان های محمود به ویژه *قصه آشنا* را نمی توان تماماً ناتورالیستی دانست. «در این داستان، رگه هایی از فراروی اش از رئالیسم و ناتورالیسم [را] میتوان یافت». (همان: ۷۹) خوانش ناتورالیستی احمد محمود در *قصه آشنا* و بررسی فراروی های نویسنده و بیان چرایی آن در داستان مذکور، مهمترین مسأله تحقیق حاضر است. بر این اساس، پاسخگویی به سؤالات ذیل، در این پژوهش مورد نظر خواهد بود: الف) کاربست مبانی ناتورالیسم در داستان *قصه آشنا*، چه ویژگی هایی از داستان نویسی احمد محمود را آشکار می کند؟ ب) مهمترین عناصر درون متنی و برون متنی که موجب فرارویهای احمد محمود از اصول ناتورالیستی شده اند، کدام است؟ ج) چه دلایلی باعث فراروی های محمود در این داستان شده است؟

### ضرورت و اهمیت تحقیق

استفاده از مبانی مکتب ناتورالیسم این امکان را به نویسنده میدهد تا داشته های فکری خود را به صورت طبقه بندی شده و هدفمند به روی کاغذ بیاورد و در نهایت، رضایت مخاطب را جلب کند. به عبارت دیگر، بهره گیری احمد محمود از این مبانی در داستان *قصه آشنا* موجب میشود تا او صریح ترین آراء انتقادی خود را در قالب شخصیت پردازی، صحنه آراییی و ... با مخاطباناش به اشتراک بگذارد و به رسالت ادبی خود عمل کند. بنابراین، واکاوی شاخصه های ناتورالیستی داستان، اهمیت پیدا می کند. از سوی دیگر، فراروی های نویسنده از این شاخصه ها در برخی موارد، بیانگر رویکرد منعطف و عدم تعصب فکری او در عرصه نویسندگی است. به این

معنا که مشخص میشود، احمد محمود در قصه *آشنا* به چه دلایلی چنین عملی را انجام داده است. افزون بر این، نقش تعیین کننده عناصر درون متنی و فرامتنی در شکل گیری یک اثر داستانی، آشکار می گردد.

### روش تحقیق

این تحقیق با روش توصیفی تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه ای انجام شده است. برای تجزیه و تحلیل داده ها از شیوه استقرایی استفاده شده است. مقاله دو بخش کلی دارد: ساختار بخش نخست به این صورت است که ابتدا چهارچوبهای نظری تحقیق (اصول ناتورالیسم) مشخص شده و تعاریف مبسوطی از این مکتب ارائه گردیده است. سپس، دسته بندی محتوایی از ویژگی های ناتورالیسم صورت گرفته و ذیل هر عنوان، شواهد مثالی از داستان *قصه آشنا* ذکر گردیده و در مرحله آخر، تحلیلها افزوده شده است. همچنین، در بخش دوم مقاله، به فراروی های هدفمند و طراحی شده احمد محمود از قواعد ناتورالیستی و دلایل آن، اشاره شده است.

### پیشینه تحقیق

تاکنون در هیچ پژوهشی، داستان *قصه آشنا* از احمد محمود و سبک نویسندگی او از دید مبانی نظری ناتورالیسم بررسی نشده است. همچنین، به فراروی های نویسنده از قواعد مکتب مذکور اشاره ای نشده است که این خلأهای پژوهشی بر ابعاد نوآورانه مقاله حاضر می افزاید. با این حال، در چند پژوهش، داستان مذکور از جنبه های گوناگون کاویده شده است. از این بین، پویان (۱۳۸۹) در مقاله «بررسی جایگاه زنان در داستانهای کوتاه احمد محمود»، با اشاره ای به *قصه آشنا* به این نتیجه رسیده است که نویسنده با نگرشی اندوهبار، زنان را قربانیانی میدانند که بر اثر ناهنجاری های اقتصادی، صنعتی، فرهنگی و سیاسی محکوم به رنج کشیدن، بردباری، فساد و سرانجام، مرگ و نیستی هستند. مفتاحی (۱۳۹۴) در کتاب *همسایه با بیگانه ها؛ نقد آثار احمد محمود*، داستان *قصه آشنا* را از دید برخی منتقدان همچون: عبدالعلی دستغیب و حسن میرعابدینی معرفی کرده است.

### مفاهیم تخصصی تحقیق

**ناتورالیسم:** طبیعت گرایی یا ناتورالیسم، گرایش و جنبشی ادبی است که اواخر قرن نوزدهم تحت تأثیر نظریات داروین شکل گرفت. این جنبش بر پایه یک رئالیسم متعصب اجتماعی بنا شد و به دور از نمادگرایی، آرمان گرایی و احساسات گرایی مرسوم، بر جزئیات روزمره زندگی تأکید می کرد؛ چراکه رفتار آدمی و سرنوشتش را در چهارچوب جبر تحمیل شده از سوی وراثت و محیط به رسمیت می شناخت. (سیدحسینی، ۱۳۸۷، ج ۱: ۲۵۸) ناتورالیسم در یکی از روزهای ۱۸۷۷ میلادی، از سوی گروهی از نویسندگان مشهور فرانسه نام گذاری شد. در این نشست، گروه میدان نیز، حضوری برجسته داشت. از این تاریخ به بعد، ناتورالیسم که پیش از این، تنها در

وادی هنر و فلسفه تبلور پیدا کرده بود، در گستره مطالعات ادبی نیز، مورد بررسی قرار گرفت. البته، چهارچوبهای اصلی ناتورالیسم سالها پیش، از سوی زولا و در روزنامه های وقت منتشر شده بود. آنچه در این مکتب نوظهور به عنوان اصلی بدیهی پذیرفته شده، تقلید از طبیعت است. بر این پایه، «شاعر یا فیلسوف میتوانند همان استفاده ای را از دادههای اجتماعی بکنند که ناتورالیست [طبیعیدان] از داده های جانورشناسی می کند». (ولک، ۱۳۸۵، ج ۴: ۳۰) یکی از چهارچوبهای اصلی این مکتب، نفی هرگونه مسائل متافیزیکی و توجه به موضوعات فیزیولوژیکی است؛ زیرا رویکرد محوری آنها به طبیعت است، نه عنصری فراتر از آن. جهان بینی ناتورالیستی تا حدودی به اندیشه های جبرگرایانه آمیخته به بدبینی شوپنهاور (Schopenhauer) گره خورده است. «این بدبینی هرچند که به اعتماد شجاعانه زولا لطمه نمی زد، ولی اتکای بیش از حد به آن، ممکن بود همه معجزات علم را که آنان معتقد بودند، ضایع کند، هرچند که بعدها وقتی که آن اعتماد قاطع از میان رفت، تأثیر فلسفه شوپنهاور در نویسندگان بعدی بیشتر شد». (سیدحسینی، ۱۳۸۷، ج ۱: ۳۹۷) علاوه بر این، ناتورالیسم در بستری رشد و نضج یافت که اروپا سلسله تغییرات گسترده ای را در سطوح اقتصادی، سیاسی و علمی تجربه میکرد. تمامی این دگرذیسی ها پس از انقلاب صنعتی و نوزایی دانشی پای به عرصه گذاشت. رشد ناگهانی و انفجار علمی در این سالها به ویژه در حوزه های فیزیولوژی و زمین شناسی باعث سرعت گیری روند تکامل مبانی ناتورالیسم شد و بسیاری از داده های علمی به ادبیات راه یافت.

این مکتب اختصاصاتی دارد که عبارت است از: ۱. فرد و اجتماع دارای هیچ گونه امتیاز خارجی نمیباشد. قانون تنازع بقاء در کلیه کارها و اتفاقات به چشم می خورد، پس اگر موجودی به کار خوب یا بدی دست بزند، نتیجه اراده اش نیست، بلکه جبر و قوانین طبیعت، او را به این کار وادار می کند. ۲. در نوشته های ناتورالیستی بیش از حد به جزئیات توجه می شود. این باریک بینی و ریزه کاری گاهی خسته کننده و بیهوده می شود. این ذکر جزئیات شامل کوچک ترین حرکات قهرمان داستان تا جزئی ترین چیز در محیط او و فرعی ترین حادثه است. ۳. در این مکتب، جسم بیش از روح ارزش دارد، یعنی هر نوع نظم یا بی نظمی مربوط به جسم آدمی است که آن هم، نتیجه توارث است و روان و روح فقط حکم سایه را دارد. ۴. در ناتورالیسم، مکالمه های طولانی و بی مورد چنان موضوع رمان و نمایشنامه را اشغال می کند که آن را از حقیقت نمایی و لطف می اندازد. این مکالمه به صورت عامیانه یا به هر صورتی که گوینده مناسب میدانند، آورده و گفته میشود. (ثروت، ۱۳۹۰: ۱۵۷)

## خلاصه داستان

داستان درباره فردی به نام کریم است که زندگی کارمندی ساده ای دارد. او از همان کودکی، شوربخت و بدقبال بوده و نطفه اش را با بدشانسی بسته اند. پدرش همواره او را مورد سرزنش قرار می دهد و از فرزندش دست نوشته ای می گیرد که اگر در آینده بیچاره و بدبخت شود، کسی جز خودش را عامل آن نداند. راوی از همان ابتدای داستان، به مخاطب می گوید که شخصیت اصلی داستان، فردی سرخورده و ضعیف النفس است و به دلیل عدم خودباوری، به انسانی منفعل بدل شده است. این داستان، بیانگر زندگی طبقات فرودستی است که از فقر فرهنگی و اقتصادی رنج می برند و این بدبختی را با خود همراه می بینند. پدر کریم او را با تسمه میزند و به روشهای مختلف، تحقیرش می کند. در چنین شرایطی که روابط بین فردی پسر و پدر چندان مطلوب نیست، مادر نیز، به دلیل بافت مردسالار خانواده و عدم بلوغ شخصیتی، قادر به دفاع از حقوق تزییع شده فرزند نیست. کریم پس از فارغ التحصیل شدن، در بایگانی یک اداره مشغول به کار می شود. مدتی بعد، ازدواج می کند و بعدازظهرها در مغازه لوازم خانگی سرگرم می شود تا چرخ زندگی را بچرخاند، اما به دلیل شخصیت متزلزلی که دارد، در زندگی زناشویی شکست می خورد. دوستان کریم هم، او را جدی نمی گیرند. وقتی به یک مهمانی دعوت می شود تا برایشان شعر بخواند، قبل از وارد شدن به جمع دوستان، صدایشان را می شنود که مشغول مسخره کردن او هستند. در نتیجه، مایوس و ناامید از مهمانی بیرون می رود و به سوی جاده ای که به سمت تاریکی و تباهی می رود، حرکت می کند.

## بحث اصلی

داستان قصه آشنا از مجموعه ای به همین نام است که اولین بار، سال ۱۳۷۰ خورشیدی منتشر شده است. این داستان «مربوط به زندگی افراد متوسط و ضعیف جامعه و حدیث فقر مادی، فرهنگی و گرفتاری های گاه و بی گاه افراد فرودست جامعه است». (مفتاحی، ۱۳۹۴: ۸۰) محمود با نگرشی متعهدانه و مردم گرا، اثری دغدغه مند و مبتنی بر نیازهای جامعه ایرانی در آن بازه زمانی خلق کرده است. او با شناسایی دغدغه های مشترک اقشار متوسط و ضعیف جامعه، به فقر فرهنگی و اقتصادی آنها اشاره کرده و عوامل به وجود آمدن این شرایط نامطلوب را نقد کرده است. همچنین، نویسنده در این داستان، با تکیه بر شخصیت کریم و سوبه هایی روان شناختی، نقدهای عمده فرهنگی و اجتماعی خود را بازگو کرده است. «عنصر روانشناختی دید ذهنی کریم و مسأله زمان در ترکیبی که می یابند، داستان را از ویژگی های نوینی برخوردار می کند». (بیزارگیتی، ۱۳۸۳: ۲۳۹)

محمود برای بازنمایی آراء انتقادی خود، از بیان مستقیم و صریح استفاده نکرده، بلکه از زبان شخصیتها، آراء خود را بازتاب داده که این ویژگی بر اثربخشی داستان افزوده است. «بن

مایه های ناتورالیستی از نخستین داستان های کوتاه تا آخرین آنها در آثار احمد محمود، بسیار قوی است». (شیری، ۱۳۸۷: ۱۹۳) بر این پایه، در این بخش، ابتدا مؤلفه های ناتورالیستی داستان *قصه آشنا* و کیفیت کاربست آن، جهت تبیین موضوعات مورد نظر نویسنده، واکاوی میشود. سپس، فراروی های محمود از این مبانی ذیل عنوان های مجزا بررسی و در نهایت، به چرایی این فراروی ها اشاره می گردد.

### مؤلفه های ناتورالیستی داستان *قصه آشنا*

#### نفی آزادی و تبیین جبر اجتماعی

در نگرش ناتورالیستی، انسان «اسیر بی اختیار جبر است و قدرت تغییر آن را ندارد. از این رو، شخصیت های این گونه آثار، افراد طبقه متوسط هستند که غالباً در چنبره فقر، شهوت، ترس، بیماری، اعتیاد و هرزگی بسر می برند». (روزبه، ۱۳۸۸: ۵۶) مکتب ادبی ناتورالیسم نسبت به این که فرد بتواند از عهده تصمیم گیری در مورد سرنوشت و هستی خود برآید، تردید دارد (ایرامیز، ۱۳۶۶: ۱۱۷)؛ زیرا آزادی انتخاب و مسئولیت اعمال از موجودی که متعین از عواملی خارج از اختیار خویش است، تلویحاً دریغ می شود. (فورست و دیگران، ۱۳۷۶: ۶۰) به تعبیر دیگر، ناتورالیسم به فرد و آزادی اراده اعتقادی ندارد و آدمی را قبل از این که انسانی مختار بداند، موجودی مقهور نیروهای لجام گسیخته تعریف می کند (ایرانی، ۱۳۶۴: ۶۶) که همواره بازپچه این نیروهاست.

آغاز داستان *قصه آشنا* با رویکرد به این مؤلفه آغاز می شود تا از همان ابتدا این موضوع به مخاطب القا شود که با چه شخصیتی روبه رو هستند. احمد محمود در قالب جملاتی که بازگو می کند، عدم آزادی کریم را شرح میدهد و سیطره پدر بر او را به مثابه جبری اجتماعی بیان میکند. پدر، با هیمن های که دارد، کریم را تحقیر میکند و کتک میزند و استعدادهای او را به سخره میگیرد و با تضعیف روحیه و اعتماد به نفس کریم، آینده او را به سمت وسوی تاریکی و تباهی سوق می دهد. با این حال، او خود کریم را عامل اصلی تیره روزی هایش می داند و پیوسته در تقابل با او قرار می گیرد. در این بین، صدای کم رمق مادر هم، راه به جایی نمی برد و باعث ایجاد تغییر در نوع نگرش پدر نمی شود: «پدر زد تو گوش کریم و گفت: - وردار بنویس! کریم مداد را برداشت تا بنویسد. پدر گفت: - با پینسل نه! برو قلم فرانسه بیار. کریم تو [ایوان، مداد را شوت کرد پشت بام. دوات و قلم فرانسه را برداشت و برگشت پیش پدر. - بنویس. قدقد مرغ، خانه را پر کرد. صدای پدر بلند شد: - ئی تخم مرغه بیند به گردنش آخونه بندازش بیرون، انگار تخم طلا کرده! کریم پوزخند زد: پدر گفت: نخند بدبخت! - بنویس خاک به سر مو! کریم اخم کرد، زبانش را لای دندانش گرفت و نوشت: خاک به سر مو. پدر زد تو [ایوان] گوش کریم و گفت: - تو ئی مردسه صاحب مرده چی یادتون میدن؟ صدای زن از تو [ایوان] آمد: کمتر سر

به سرئی بچه بذار». (محمود، ۱۳۷۰: ۹) بنابراین، آغاز داستان، این پیش‌الگوی ذهنی را در ذهن مخاطب تقویت میکند که با شخصیتی ضعیف‌النفس و جبرزده روبه‌هرو هستند. کسی که قادر به انجام هیچ کاری نیست و همه فعالیت‌های او از جانب پدر کنترل و هدایت می‌شود. کریم به واسطه بافت فرهنگی مردسالار خانواده، قادر به اعتراض نیست و مادر نیز، در چنین فضایی، یارای یاری فرزند را ندارد. تنها راه کریم، اجرای اوامر پدر است، هرچند که گفته‌های او علیه کریم باشد و موجب آزار و تحقیرش شود. کیفیت رفتار پدر کریم موجب میشود که فرزند در برهه‌های دیگر زندگی از جمله حضور در محیط کار، مدرسه و دوران زناشویی، دچار مشکل شود و در سال‌های آتی زندگی خود، از آزادی‌های فکری و شخصیتی بی‌بهره باشد. تجربه‌های کریم در مدرسه نیز، بسیار تلخ و همراه با اجبار است: «میرک مسأله را حل کرد. برگشت به کریم لبخند زد. معلم گفت که برای میرک دست بزنند. چشمان کریم جوشید. معلم گفت: - دست‌ت‌م بالا بگیر. کریم هق هق کرد. معلم گفت: - پای راست‌م بالا! کلاس پُر خنده شد». (همان: ۱۲) کریم انگیزه و توانی برای انجام فعالیت‌های خودجوش ندارد. پیوسته باید از این و آن حرف شنوی داشته باشد و کارها را بر اساس نظرات دیگران به انجام برساند: «مکری (رییس اداره) می‌گوید: چرا نامه را ثبت نمی‌کنی؟ کریم می‌گوید: - چشم قربون! چشم! الان. و نامه‌ها را دسته می‌کند». (همان: ۲۰) برای او در برهه‌هایی از زندگی، فرصتی مغتنم پیش می‌آید تا با فاصله گرفتن از شخصیت مصنوعی و دیگرساخته خود، به شعر و نقاشی سرگرم شود و خویشتن واقعی‌اش را به دور از اجبار و انقیاد بروز دهد، ولی پایداری این لحظات کوتاه است و گاهی از سوی دیگران مورد عتاب قرار می‌گیرد و تحقیر می‌شود و در نهایت، دچار واپس‌زدگی و سرخوردگی فکری و روحی می‌گردد: «[کریم] عصرها تو[ی] فروشگاه کالای خانه مشغول می‌شود [به] کار دفتری. وضع روبه‌راه می‌شود، اما غر می‌زند. فرصت ندارد کتاب بخواند، فرصت ندارد شعر بگوید. حسرت روزهایی را می‌خورد که تک و تنها تو[ی] اتاق آخر آسفالت زندگی می‌کرد. به انجمن می‌رسید، شعر می‌خواند، بحث می‌کرد. تنها بود، اما عالمی داشت. می‌بیند اگر اینطور پیش برود خالی خالی میشود. باید هنر را بیوسد و بگذارد لب تاقچه». (همان: ۳۳) توصیف محمود به خوبی نشان می‌دهد که کریم علیرغم میل باطنی خود، در مسیر بی‌بازگشت زندگی، مسئولیت و تعهد قرار گرفته و نقش او به عنوان فرزند، همسر، پدر، کارمند و ... مانع پرداختن به علایق شخصی‌اش می‌شود. اگرچه کریم با رفتن به فروشگاه به ثبات نسبی مالی می‌رسد، ولی پرداختن به علاقه‌های اصلی او، یعنی شعرسرایی و نقاشی دچار اختلال شده‌اند. محمود از انسانی سخن می‌گوید که جبر اجتماعی او را از آرمان‌های ذهنی‌اش دور کرده و به ابزاری جهت تأمین مسائل مالی و اقتصادی خانواده و برطرف کردن امورات اداره بدل کرده است. بنابراین، شخصیت کریم، نمودار کیفیت نامطلوب زندگی انسان ایرانی معاصر است که به اجبار از سویی



های ذاتی خود فاصله گرفته است و یارای برهم زدن شرایط فعلی را ندارد و تنها واکنش او، حسرت و افسوس خوردن است. انسانی منزوی، ضعیف و بی اراده که جهت گیری های محوری زندگی او را عوامل بیرونی همچون: خانواده، جامعه، شغل، دوستان و ... تعیین می کنند و خود او در این فرآیند، برکنار و منفعل است.

### خوی و حشیگری شخصیت ها

محمود در داستان قصه آئشنا با ایجاد زمان پریشی های هوشمندانه، این امکان را برای مخاطب فراهم می کند تا با کنار هم قرار دادن رفتار شخصیت ها، به این نتیجه برسد که شخصیت متزلزل کریم در دوران بزرگسالی برآیند برخوردهای نامطلوب اطرافیان در دوران کودکی اش است. در داستان، یک شخصیت اصلی (کریم) و چندین شخصیت فرعی (مینا، آقای مکری، پدر و مادر کریم، معلم، میرک و ...) حضور دارند. رفتارشناسی این شخصیتها نشان می دهد که برخی از آنها در برخورد با کریم، رفتاری بدوی و همراه با خشونت دارند. این خشونت و خشم در قالب های کلامی و فیزیکی نمودار است. کریم دچار استیصال فکری و شخصیتی است و اطرافیان به این موضوع واقف هستند. در نتیجه، بارها شاهد واکنش های تحقیرآمیز آن ها با کریم بوده ایم. او در ارتباطات اجتماعی و بینافردی خود با آقای مکری (رییس اداره)، مینا (همسر)، میرک (دوست دوران مدرسه) و پدرش دچار مشکل است و قادر به ایجاد تعادلی منطقی نیست. او همواره مغلوب و مجبور به فرمان پذیری و سرکوب خواسته ها و نظرات شخصی خویش است. توصیفات محمود، مبین این حقیقت است که دیگران، نوع و کیفیت رفتار با کریم را مشخص می کنند و شخص او نقشی در این زمینه ندارد و واکنش او، چیزی جز سکوت و فرار نیست: «[کریم] نوشته را داد به پدر. سرچنگ نشست و رمیده نگاه کرد. پدر سطر اول را خواند و غرید: - ئی سینده یعنی امضاس که کشیدی؟ حیف نون! تا کریم بجنبد، پدر محکم کوفت به سرش. کریم جست زد تو[ی] [حیاط]». (همان: ۱۱) خوی و حشیگری شخصیت ها محدود به نهاد خانواده نمی شود و در دوران مدرسه و خدمت سربازی نیز، شاهد رفتارهایی نامطلوب از جانب معلم کریم و فرمانده او هستیم. تنوع این رفتارها در سطوح گوناگون جامعه، نشان دهنده عمیق بودن این مشکل فرهنگی است: «معلم کلاس چهارم ابتدایی گچ دست ها را تکاند و با پوشه قرمز، کلاه بوقی درست کرد و گذاشت سر کریم. بچه های کلاس خندیدند. معلم گفت که کریم برود کنار تخته سیاه بایستد. کریم مین کرد». (همان: ۱۱) کریم خاطره ای را از دوران سربازی خود تعریف می کند که به دلیل قصور در نگهبانی، از سوی فرمانده تنبیه شده است: «رفته بودیم اقدسیه، مانور دوره خوش سربازی. سر پست نشسته بودم و چرت میزد. هوا بهشت بود. فرمانده رسید، نعره زد، دانشجو کریم! مثل فنر از جا پریدم. باز خدا پدرش را بیامرزه اسلحه ام را نبرده بود. بیچاره می شدم. فرمانده از اوناش بود! پاش را حواله می داد! تنبیه ام کرد».

همان: ۱۹-۱۸) محمود با برجسته کردن رفتارهای خشن و بدوی برخی شخصیت‌ها در این داستان، عدم توجه به نقش گفتگو در حل و فصل مشکلات فردی و گروهی را یادآور شده و فرهنگ نامطلوب زور و وحشت را که در همه طبقات جامعه ریشه دوانیده، نکوهش و نقد کرده است. او با خلق و پرورش شخصیت مستأصل کریم، این نکته را یادآور شده است که خوی وحشیگری نتیجه‌ای جز پدید آمدن انسان‌هایی ضعیف و ظلم‌پذیر به بار نخواهد آورد. در برابر، جامعه‌ای که در آن، روابط بین فردی بر اساس گفتمان احترام شکل می‌گیرد، به بالندگی خواهد رسید و افرادی آزاده و دارای اعتماد به نفس، در آن رشد خواهند کرد.

### توصیف دقیق جزئیات

ناتورالیست‌ها با استفاده از ظرفیت‌های توصیف، بخش مهمی از آراء انتقادی خود را شرح می‌دهند و در فرآیند فهم مخاطب از دیدگاه‌های نویسنده، سهولت ایجاد می‌کنند. «ناتورالیسم در ادبیات، تشریح دقیق است و پذیرفتن و تصویر کردن آن چیزی است که وجود دارد». (سیدحسینی، ۱۳۸۷، ج: ۴۱۱) وصف در نوشته‌های ناتورالیستی، صرفاً یک ابزار ادبی جهت بازنمایی قدرت قلم نویسنده نیست، بلکه رسالت مهم دیگری برعهده دارد و آن، نقش ارتباطی و رسانه‌ای است. به این معنا که دنیای درون و بیرون افراد از این طریق، عینی و محسوس می‌شود و به مخاطب در ارائه تحلیلی دقیق‌تر کمک می‌کند. به عبارت دیگر، توصیف در نگاه ناتورالیست‌ها، واسطه‌ای برای انتقال مفهوم شکل گرفته در ذهن نویسنده به مخاطب است. بدیهی است که این فرآیند هر اندازه دقیق‌تر انجام شود، پیام‌های نهفته در داستان، با کیفیت بهتری در اختیار مخاطبان قرار می‌گیرد و رسالت ادبی نویسنده، بهتر به ثمر می‌نشیند. بنابراین، توصیف در ساختار داستان‌های ناتورالیستی، نقشی مهم دارد و حذف آن به شاکله داستان آسیب می‌زند و موجب آشفتگی در روایت و فهم مخاطب می‌شود.

احمد محمود در داستان *قصه آشنا* از این ترفند ادبی بهره برده است. در نگاه او، وصف ابزاری کلیدی جهت منظورشناسی مخاطب است. «از فضاسازی‌های مناسب نویسنده نباید گذشت. ضمن این که، داستان‌های کوتاه [مجموعه *قصه آشنا*]، تحول ویژه‌ای را در داستان‌نویسی این نویسنده نوید می‌دهد». (مفتاحی، ۱۳۹۴: ۸۳) بنابراین، توصیف‌ها و صحنه‌پردازی‌های این داستان، مقدمه‌ای برای وصف‌های او در آثار دیگرش بوده است. کیفیت وصف‌ها نشان می‌دهد که او با کاربست این روش، عواطف انتزاعی و درونی شخصیت‌ها را عینیت بخشیده و ابهامات ذهنی مخاطبان را در حوزه احساسات کاسته و بخشی از مبانی فرهنگی جامعه را انعکاس داده است. برای مثال، نویسنده در بخشی از داستان می‌نویسد: «پدر بلند گفت: - آخه وقتی مو می‌گم «مو»، ئی که نباید بنویسه «مو». ناسلامتی کلاس سومه خو! باز صدای زن آمد: خودتم با دو کلاس عکابرت چیزی آنچه بیشتر نمیدونی! پدر غر زد: لا اله الا الله. قوطی سیگار

را برداشت و گفت: - کورش کن از سر بنویس. کریم نوشته را خط زد. زن تو [ایوان دنبه آب می کرد. - حالا بنویس ... حمالی از سرم زیاده! نوشت: حمالی از سرم زیاده. پدر به سیگار پک زد و به نوشته نگاه کرد». (محمود، ۱۳۷۰: ۱۰-۹) در این عبارات، لایه های آشکار و پنهان فضای مردسالار خانواده، در حاشیه بودن زن و شخصیت متزلزل کریم وجود دارد. محمود نیز، به این نکته اشاره میکند که زنان داستان های او، غالباً منفعل و دارای نقش های سنتی هستند و «بیشتر در خانه حضور دارند و کمتر در جامعه. و یا اگر زنی در جامعه نشان داده شده، خیلی کم رنگ بوده و نمود زیادی ندارد». (گلستان، ۱۳۷۴: ۶۱) توصیف محمود نشان می دهد که پدر به عنوان فرد اول خانواده، یکی از عوامل اصلی سقوط شخصیتی کریم در دوران کودکی است. «این تلقین پدر به کریم، خود، نتیجه شرایط اجتماعی است و نتیجه آن نیز، عبارت است از: ساختن ذهنیتی مفلوک و تقویت حس حقارت در جان کریم». (همان: ۱۶۷) در چهارچوب های فرهنگ مردسالار خانواده، پدر با کاربست انواع هژمونی نرم و خشن قدرت، فرزند را منکوب می کند و به عنوان قدرت مطلق، امکان حضور مطلوب فرزند را در آینده دور یا نزدیک از بین می برد. او چنان هژمونی خود را بسط داده که حتی مادر نیز، به عنوان یکی از ستون های خانه و خانواده، اجازه اظهار نظر ندارد و طبق روایت محمود، در گوشه ای از ایوان، سرگرم داغ کردن دنبه است. این تصویرسازی کنایی بدان معناست که زنان در خانواده ها وظایف سطحی و به اصطلاح، درجه دوم مربوط به امورات خانه را برعهده دارند و تصمیم گیریهای مهم با مردان است. دیگر آن که، ما تا پایان داستان، نشانه های هویدا و روشنی از مادر کریم دریافت نمی کنیم و توصیفات نویسنده، تنها صدایی ضعیف و حاشیه ای را از او محدود می شود. صدایی که گاهی رنگ اعتراض به خود می گیرد، ولی به دلیل کم رمق بودن به جایی نمی رسد. او هرگز اجازه ورود به سطوح بالای قدرت را در خانواده ندارد و همواره عضوی در سایه و کم اثر در تحولات درون خانواده ای است.

سویه دیگر توصیفات محمود، به روابط نامطلوب کریم با میرک و کینه ای که از کودکی نسبت به این فرد در دل داشته است، بازمی گردد. کریم تصویری سیاه و ناخوشایند از خاطرات مشترک خود با میرک در ذهن دارد. زمانی که در دوران دبیرستان، معلم و همکلاسی ها به دلیل عدم پاسخ گویی به سؤالات درسی، او را مورد تمسخر قرار می دادند و در برابر، میرک به عنوان دانش آموز ممتاز، حمایت و تشویق می شد. این تقابل دوگانه که ریشه در سال های دور دارد، در دوران بزرگسالی هم نمودار و ماندگار شده است. محمود برای بازنمایی عواطف منفی کریم نسبت به دوستش، تصویرهایی ادبی و صحنه هایی عینی خلق کرده است که تاحدودی جنبه نمادین دارند. کوبیدن توتون خشک و بدبو با مداد نیم سوخته، کیفیت احساسات او را به طور دقیق بیان می کند و از تیره بودن روابط در لایه های زیرین ناخودآگاه فردی کریم خبر می دهد.

اگرچه میرک و کریم در ظاهر با هم دوست هستند و روابط مطلوبی دارند، ولی کریم به واسطهٔ خاطرات منفی گذشته، او را نبخشیده است. حجم آشفته‌ای از ستون‌های دود سیگار که پیش چشمان او به رقص درمی‌آیند، سیاه بودن ژرفای این پیوند را بازگو می‌کند: «توتون خشک و بدبو را با ته مداد نیم سوخته‌ای می‌کوبد. دود پیپ را درمی‌آورد. چند پک چارواداری می‌زند. حجم آشفته‌ای از دود پیش چشمش را تیره می‌کند. همین چند لحظه قبل، قطار مسافری تهران راه افتاد و میرک رفت». (همان: ۱۴)

یکی دیگر از کارکردهای توصیف و صحنه‌آرایی در *قصه آشنا*، بازنمود شرایط نامطلوب جسمانی کریم است. او مشکلات عدیده‌ای را از سر گذرانده و با مسائل زیستی مختلفی، همچنان درگیر است. استعمال دخانیات، بیماری‌های گوارشی، ریزش موی سر و ... در هویدا شدن سبک زندگی کریم و افزوده شدن بر گسترهٔ بینش مخاطب و ارائهٔ تحلیلهای دقیق‌تر از او مؤثر است. همچنین، می‌توان این بیماری‌های جسمانی را نمودی از آشفتگی‌های روانی و درگیری‌های ذهنی او دانست که تشخیص آن برای مخاطب سخت به نظر می‌رسد. وابستگی شدید کریم به دود سیگار و ملازمت همیشگی وی با پیپی که توتونش سوخته، بیانگر کلیتی تیره و تار از دوران سختی است که او سپری می‌کند. محمود با استفاده از ظرفیت‌های رسانه‌ای توصیف، این مطلب را شرح داده است که جسم و روان کریم، توأمان در معرض خطر هستند و او از آسیب‌های زیستی و روحی رنج می‌برد: «پیپ کام نمی‌دهد. توتونش سوخته است. با نوک مداد نیم سوخته باید خالی اش کند. وقتش است که بگوید: عجب گُهی است این دود». می‌گوید. وقتش است که حساب کند تا آن وقت روز چند پیپ چاق کرده است. باید فکر کند که نفخ معده هم از این دود است، ریزش موی سر هم از این دود است». (همان: ۱۸)

### فرجام ناخوشایند

ناتورالیستها در داستانهای خود به پایان مطلوب باور ندارند؛ زیرا وقتی انسان در چنگال سترگ جبر اسیر باشد و اختیاری از خود نداشته باشد و مسیر زندگی اش را آن گونه که می‌خواهد، تعیین نکند، طبیعتاً نمی‌تواند و نباید به انجامی نیک امیدوار باشد. نویسندگان پای بند به مبانی این مکتب، انسان را موجودی در بند و مجبور می‌پندارند که در وقوع رویدادها و سمت و سو دادن به آن‌ها هیچ اراده‌ای ندارد. آدمی بنا به جبر اجتماعی که عناصر بیرونی برای او به وجود آورده‌اند، زنده است و بی‌آن که تجربه‌ای از مفهوم زیستن به دست آورد، در اوج یأس و تیره‌روزی از دنیا می‌رود. این تصویرهای تیره و نامطلوب و شخصیت‌های منفعل و سرخورده، نشان می‌دهند که نوع بشر هیچ بختی برای رسیدن به خوشبختی و بهره‌مندی از زندگی آرمانی ندارد.

چنین مؤلفه‌هایی در داستانهای احمد محمود نیز، دیده می‌شود. او از شخصیت‌هایی

سخن می گوید که در اوج فقر فرهنگی و اقتصادی زندگی می کنند و قادر به ارتقاء کیفیت امورات خود نیستند. به سخن دیگر، آنها از تعالی بخشیدن به افکار، کنش ها و گفته های خود عاجز هستند؛ زیرا همواره در فقر و نداری زندگی کرده اند و فرصتی برای رشد و کمال شخصیتی نداشته اند. «داستان های کوتاه احمد محمود در مجموعه قصه آشنا بر محور ویرانی و مرگ می گردند» (میرعابدینی، ۱۳۸۳، ج ۳: ۸۳۱) و غالب تصاویر خلق شده از جانب نویسنده، بیانگر شرایط نامطلوب زیستی و روانی شخصیت ها هستند. در قصه آشنا، در میانه های داستان متوجه می شویم که زندگی زناشویی کریم به پایان رسیده و مینا او را ترک کرده است. انزوای شخصیتی کریم که از ابتدا گریبان گیر او بوده است، در دوران میانسالی نیز، به سراغش می آید. گویی سرنوشت او با تنهایی گره خورده است و راه گریزی ندارد: «بعد از همین روز است که مینا را طلاق میدهد و همه وسایل زندگی را به او می دهد تا سبک شود. ماهی یک بار دخترش را می بیند». (محمود، ۱۳۷۰: ۴۳) دوران کودکی نامطلوب و شرایط رنج آوری که او در خانواده، مدرسه و اداره تجربه کرده، او را در زندگی زناشویی هم، دچار مشکل کرده و در نهایت، به فروپاشی زندگی او منجر شده است. آسیب های روانی و شخصیتی که در سال های دور و نزدیک به کریم وارد آمده، او را به فردی منفعل بدل کرده است. کسی که قادر به حل مشکلاتش نیست و تنها با پاک شدن صورت مسأله، از آن خلاصی پیدا می کند.

در پایان داستان که نقطه اوج تیره روزی های کریم است، هنگامی که قصد دارد راهی باغ شود تا دوستان سالهای دورش را ببیند، متوجه می شود که آنها نگاهی تحقیرآمیز به او دارند و شخصیتش را مورد تمسخر قرار می دهند. ذوق ادبی کریم، زندگی زناشویی او و ... ، سوژه گپ و گفت دوستانش شده و کریم با شنیدن این حرف ها به ناگاه از درون تهی می شود و آخرین تیر به پیکره بی جانش فرود می آید. نویسنده نیز، آخرین جمله خود را به گونه ای بیان می کند که احوالات کریم به خوبی آشکار شود. او به صورت تمثیلی و نمادین از جاده ای تاریک سخن می گوید که کریم به سوی آن در حرکت است. این تاریکی می تواند به معنای آینده مبهم و تیره این شخصیت باشد؛ زیرا افزون بر پدر، مادر، همسر و فرزند، حلقه دوستان صمیمی خود را نیز از دست داده و دچار خلأ شخصیتی عمیق تری شده است. از این رو، «دل کریم مثل انار می ترکد» (همان: ۵۰) و زبان به شکوه و گلایه می گشاید. او به لحاظ روابط و مناسبات اجتماعی، فردی سرخورده و منزوی است و هیچ امیدی به تغییر شرایط ندارد. «محمود [در این داستان] به کشمکش های درونی آدم های تنها و ویرانی می پردازد که نمی خواهند تسلیم مقتضیات زمانه شوند، اما یا سرگردان می شوند و یا نجیبانه دق می کنند. آنها به مواجهه با جهان می روند، اما شرایط نامساعد، آنان را پس می زند تا در انزوای خود غرقه شوند» (میرعابدینی، ۱۳۸۳، ج ۳: ۸۳۱) همان طور که کریم در پایان داستان، از سوی همه اطرافیان خود، خواسته یا ناخواسته

فاصله می‌گیرد و بی آن که آینده‌ای روشن را متصور باشد، به تنهایی در مسیر زندگی حرکت می‌کند: «پیپ را به دندان می‌گیرد، نیم تنه را درمی‌آورد. از در باشگاه [نفت] می‌زند بیرون. یک لحظه درنگ می‌کند. کبریت می‌زند. پیپ را روشن می‌کند. یک چارواداری می‌زند و راه می‌افتد به طرف جاده، به طرف تاریکی». (محمود، ۱۳۷۰: ۵۰)

### بهره‌گیری از زبان محاوره

کیفیت زبانی که ناتورالیست هادر آثار خود مورد استفاده قرار می‌دهند، حاصل شخصیت‌های حاضر در داستان‌ها است. به بیان دیگر، آنها «می‌کوشند در نقل مکالمه هر کسی، همان جملات و تعابیری را به کار برند که خود او استعمال می‌کند». (سید حسینی، ۱۳۸۷، ج ۱: ۴۱۲) از آن جا که پیروان این مکتب ادبی، غالباً از اقشار ضعیف و ستم‌دیده جامعه سخن می‌گویند، زبان حاضر در این آثار، سطح پایین و نازل است و از واژگان عامیانه و کوچه‌بازاری بسیاری دیده می‌شود.

شخصیت‌های حاضر در داستان *قصه آشنا*، از اقشار گوناگون جامعه برآمده‌اند. پدر و مادر کریم، مردمانی عادی و بدون تحصیلات هستند. معلم، کریم و میرک، نماینده طبقه تحصیل کرده به شمار می‌روند و آقای مگری و مینا، قشر متوسط جامعه را نمایندگی می‌کنند. نویسنده با توجه به خاستگاه و جایگاه اجتماعی هر کدام از شخصیت‌ها و نقش‌های فردی و اجتماعی آن‌ها، زبان متناسب را به کار گرفته است. بنابراین، کیفیت زبان کریم، هنگامی که در محیط کار حضور دارد، با زمانی که در حال جر و بحث با مینا است، تفاوت دارد. اصطلاحاتی که هر فرد با توجه به عوامل یادشده در گفتگوهای روزمره خود مورد استفاده قرار می‌دهد، به خوبی از سوی محمود اعمال شده است. این امر بر باورپذیری شخصیت‌ها و ارتباط‌گیری مخاطبان با آنها می‌افزاید.

- **گفتگوی یکی از دوستان کریم با او:** «میرک! از آمریکا اومد. دلش می‌خواد یه شب دوستان دبیرستان دور هم باشیم [توی] باشگاه نفت. تا حالا امین و نیما را پیدا کردم تو [ی] آبادان. ایمن هم بندر معشوره. مانی شوستر. همه میان. تو پنجمی هستی. می‌آی که؟». (محمود، ۱۳۷۰: ۱۳)

- **گفتگوی کریم و میرک پس از سالها:** «ببخشین آقا، انگار ما همدیگه را میشناسیم. گمان نمیکنم. من کریم هستم! کریم! از آشنایی شما خوشحالم. خوشحال؟ ادا دومیاری؟ یعنی که اسم کریم تو را به یاد هیچ کس نمیاندازه؟ - یادم نمی‌آد که قبلاً ... - دست وردار مرد حسابی! درسته شقیقه هام سفید شده، اما کریم! کریم! - خب، بلکه کریم، اما تا حالا سعادت ... - از سعادت حرف نزن، راست و پوست کنده بزنی زبیرش بگو نمی‌شناسمت». (همان: ۱۷)

– **دعوی کریم با مینا:** «با مینا حرفش می شود: – اگر قرار باشه صبح تا شب کار کنم و تو این جوری هدرش بدی که نکنم بهتره! مینا می گوید: – برو زن های مردم را ببین چی می پوشن! مرد می گوید: – آخه آدم باید به جیب خودش نگاه کنه. زن می گوید: – به من چه مربوطه که تو عرضه نداری! کریم زرد می شود. صداش می گیرد. خفه می گوید: – دفعهٔ دیگه این حرف را نزن، والا ... باقی حرف را می خورد. – والا چی؟ – لا اله الا الله. – نه بگو! بگو اقلأ تکلیفم را بدونم!». (همان: ۳۳)

### توجه به علم فیزیولوژیکی

در نگاه ناتورالیستها، برای آنکه شرایط روحی یک شخصیت آشکار شود، اشاره به حالتهای مزاجی او کافی است و تشریح وضعیت روانی او ضرورتی ندارد. نویسندهٔ ناتورالیست، هنگامی که از مبانی علوم فیزیولوژیکی در آثار خود استفاده می کند، پرداختن به تخیلات را کنار می گذارد و از مسائل طبیعی سخن می گوید. امیل زولا در این باره می گوید: «در داستان تِرِزِراکُن، مشخصات اخلاقی و روحی اشخاص را تشریح نکردم، بلکه به تشریح وضع مزاجی آن ها پرداختم. تمام کتاب بر دور این نکته گرد آمده است. اشخاصی را انتخاب کردم که تحت تأثیر قوی اعصاب و خون هایشان، از هر گونه اختیار و اراده ای محروم می باشند». (سیدحسینی، ۱۳۳۲: ۶۵) اگر این تعاریف را بپذیریم، باید بگوییم که با دستاوردهای علوم زیستی، شرایط جسمانی در اولویت قرار می گیرد و غالباً از این شرایط در داستان ها صحبت می شود.

احمد محمود در مواردی از مؤلفه های زیستی شخصیت های خود برای بازنمایی امور انتزاعی و نامحسوس استفاده کرده است. در یک مورد، هنگامی که آقای میان به عنوان یکی از قدیمی های اداره به محل کار سابقش می آید، مخاطب با عنایت به توصیفات فیزیولوژیک نویسنده، از حال و روز این شخصیت آگاه می شود و تصویری دقیق تر از او در ذهن خود ترسیم می کند: «کریم اسمش را شنیده است. از جا برمی خیزد، جعبهٔ شیرینی را برمی دارد و می رود طرفش. دست می دهد و احوالش را می پرسد و شیرینی تعارفش می کند. دست میان با پیپ می لرزد. خلط راه حرفش را می بندد ... شیرینی برمی دارد و به کریم نگاه می کند. کریم انگار شرمنده می شود. برمی گردد و می نشیند سر جایش و به صدای دندان های میان، گوش می دهد. میان، راحت نمی خورد. دندان هایش جابجا می شوند و با سر انگشت جاشان می اندازد». (محمود، ۱۳۷۰: ۲۷) هم چنین، هنگامی که کریم مینا را در اداره می بیند و به او دل بسته می شود، واکنش هایی نشان می دهد که خواننده بدون آنکه نویسنده سخنی دربارهٔ این عشق ورزی بر زبان بیاورد، از اصل موضوع باخبر می شود: «روز بعد، خنده مینا را با خندهٔ معنی داری جواب می دهد. هفتهٔ بعد، کریم می بیند که مینا لبخند به لب، درخواست پانزده روز مرخصی [را] می گذارد روی میز آقای مکرری. کریم به مینا نگاه می کند. مکرری می گوید: کارمون زیاده مینا

خانم! مینا می گوید: کار منم واجبه آقای مکری! مکری می گوید: ایشالله خبریه؟ کریم سرخ می شود. رنگ مینا می پرد و تند می گوید: نه، نه آقای مکری. چند روز می خوام بروم تهران». (همان: ۳۱) سرخ شدن کریم و پریدن رنگ مینا، از جمله نشانه های زیستی هستند که دل بستگی این دو شخصیت را به یکدیگر نشان می دهند.

### توجه به عشق به عنوان یک نیاز جسمانی

یکی از مهمترین تغییراتی که ناتورالیستها در به کارگیری مفاهیم انسانی ایجاد کردند، تشریح عشق به عنوان یک نیاز جسمانی و انسانی بوده است. ناتورالیست ها برای نخستین بار عشق را به عنوان یک نیاز جسمانی مطرح کردند و به این پدیده «به عنوان یک تجربه مشروع در آثارشان» توجه نشان دادند. (سیدحسینی، ۱۳۸۷، ج ۱: ۴۰۸) آنها در آثار خود، از عشقی سخن می گویند که دو سوی آن، انسان قرار گرفته و برآیند آن، تأمین و اقناع یکی از نیازهای زیستی آدمی است. این عشق با نوع اسطوره ای آن تفاوت دارد و کیفیت و دستاوردهای این عشق با آنچه در عاشقانه های عرفانی دیده ایم، کاملاً متفاوت است. ناتورالها از آنجا که محور آثار خود را انسان زمینی قرار داده اند، از دغدغه ها و نیازهای زمینی و مشهود او سخن می گویند و عشق در معنای روحانی و مینوی، در این آثار وجود ندارد. از آنجا که ناتورالها همه چیز را در چهارچوب طبیعت انسانی تشریح می کنند، در داستان هایی از این دست، پی بردن به مقوله عشق از روی نشانه های زیستی به سادگی قابل تشخیص است. در مجموع، باید گفت که عشق نیز، مانند سایر مقولات، تحت تأثیر جهان بینی کلی ناتورالیست ها (جبرگرایی و نبود آزادی) تفسیر و بازنمایی شده است. به این معنا که فرآیند عشق ورزی در مسیری پیش می رود که نهایتاً، مخاطب را متوجه بدبختی و بدفرجامی انسان ها می کند.

در *قصه آسنا*، شاهد اثری با محوریت عشق و عاشقی نیستیم، بلکه تنها برهه ای از زندگی کریم (به عنوان شخصیت اصلی) که ازدواج با مینا بوده، از سوی محمود نمایانده شده است. اختلافات خانوادگی بسیار که عمدتاً ناشی از مسائل مالی و اقتصادی است، بنیادهای این خانواده را به اضمحلال کشانده و دیگر، نشانه ای از علاقه و پویایی در آن دیده نمی شود. نخستین دیدار کریم و مینا در دفتر اداره روی داده بود: «مینا ماشین نويس اداره بود. روزی که ترفیع کریم را ماشین می کرد، چشمش افتاده بود به کریم و لبخند زده بود. دل کریم از جا کنده شده بود و شرمنده لبخند زده بود. بعد، انگار کسی زیر بالش را گرفته بود و برده بودش کارگزینی. از بچه ها پرونده مینا را گرفته بود و دیده بود که سه ماه دیگر، سی و چهار سالش تمام می شود». (محمود، ۱۳۷۰: ۳۰) این توصیفات نشان می دهد که احمد محمود کیفیت علاقه مندی یا عشق در یک نگاه کریم را با بیان نشانه های فیزیولوژیکی تشریح کرده است. این عشق برخلاف عشقهای اسطوره ای و عرفانی، میان دو انسان عادی به وجود آمده و در چهارچوب عاشقانه های انسان



عالم ماده قابل بررسی و تحلیل است. کریم شخصیتی منزوی و بدون اعتماد به نفس دارد. از اینرو، در روزهای نخست، تنها با زبان بدن (خنده، نگاه عمیق، سرآسیمه شدن و ...) به مینا پیام عاشقانه اش را انتقال می دهد: «روز بعد، خنده مینا را با خنده معنی داری جواب می دهد. هفته بعد، کریم می بیند که مینا لبخند به لب، درخواست پانزده روز مرخصی [را] می گذارد روی میز آقای مکرری». (همان: ۳۱) محمود در این داستان، در فکر طراحی عشقی پویا و معرفت افزا نبوده است. او با شخصیت هایی سروکار دارد که از مشکلات عدیده روانی و جسمانی رنج می برند. در نتیجه، هنگامی که وارد وادی عشق می شوند، به دلیل عدم رشد فکری و بلوغ شخصیتی، قادر به ارتقای سطح معرفت خود نیستند و ناخودآگاه کیفیت عشق را تنزل می دهند.

### فراروی های محمود از اصول ناتورالیسم در داستان قصه آشنا

ناتورالیسم یکی از مهمترین مکتهای فکری در سده اخیر است. از زمان شکل گیری آن تا به امروز، نویسندگان بسیاری از چهارچوب های ناتورالیسم برای خلق آثار ادبی استفاده کرده اند که برخی موفق و شماری، ناموفق بوده اند. در ایران نیز، شاهد این تجربه ها بوده ایم. احمد محمود در طول سال های نویسندگی خود، غالباً از دو سبک ناتورالیسم و رئالیسم بهره گرفته و داشته های ذهنی خود را با خلق شخصیت ها، روایت ها، صحنه پردازی ها و ... در اختیار مخاطب قرار داده است. البته، نباید از این موضوع گذشت که اولویت اصلی محمود در داستان نویسی، انتقال پیام در بهترین حالت و کیفیت به گروه هدف بوده است. او با آگاهی از این موضوع که اگر از همه قواعد ادبی استفاده شود، ولی فرآیند ارتباط گیری مخاطب با متن تولیدی دچار مشکل گردد، نویسنده در کار خود دچار شکست شده است. «داستان هایی که وی سال های بعد بر اثر رفتن تجربه اش در نویسندگی نوشت، حال و هوا و تکنیک دیگرگونی دارند و سبک ویژه وی در آنها به روشنی دیده می شود». (مفتاحی، ۱۳۹۴: ۴۹-۴۸) از این رو، با وجود دل بستگی به مبانی نظری ناتورالیسم، هرگز خود را محدود به آن نکرد و در برخی آثار داستانی، با توجه به ظرفیت های درون متنی و عناصر فرامتن، اثری تلفیقی از قواعد ناتورالیستی و غیر آن پدید آورد. او در قصه آشنا، از میان چندین مؤلفه ناتورالیستی، تنها از هفت مورد (پنج مورد با بسامد قابل توجه و دو مورد با بسامد پایین) استفاده کرده و داستان خود را به فرجام رسانده که پیش تر به این موارد اشاره شده است. اگرچه فضای کلی داستان، ناتورالیستی است، ولی در برخی جزئیات، به صورت هدفمند و طراحی شده، شاهد عدول از برخی قواعد هستیم. قصه آشنا از این بابت دارای اهمیت است که نخستین تجربه های محمود در فراروی های ناتورالیستی در این اثر هویدا شده و با انسجام بیشتری در آثار بعدی وی تداوم پیدا کرده است. دو مؤلفه اصلی مورد نظر ناتورالیست ها که در داستان های آن ها همچون خط سیر فکری دیده می شود و به درون مایه، پیرنگ و شخصیت ها سمت و سو می دهد، عبارت است از: استفاده از واژگان و مفاهیم تابو؛ توجه به نقش وراثت در سرنوشت افراد. این در حالی است که محمود در اثر خود، از ظرفیت

های مرتبط با این دو مؤلفه بهره ای نبرده است.

### دایره محدود واژگان تابو

احمد محمود در میان نویسندگان فارسی زبان پیرو مکتب ناتورالیسم، کمتر از همه از واژگان تابو و هنجارشکن - که بافت فرهنگی جامعه آن را نمی پذیرد - استفاده کرده است. او در این داستان، در سطحی محدود و هدایت شده، در دو مورد چنین واژگانی را به کار گرفته است. در سطح مفاهیم نیز، هیچ نشانه ای از شکستن تابوهای فکری و فرهنگی دیده می شود. گویی او در این اثر، تنها راوی زندگی فردی سست عنصر و ناخودباور به نام کریم است و قصد انتقادهای صریح به بافت فرهنگی و اجتماعی جامعه را ندارد. دایره محدود واژگان تابو در این داستان، مبین این نکته است که نویسنده سطح کیفی آراء انتقادی خود را تنزل بخشیده و به عبارت بهتر، آن را بسیار سطحی و زودباب مطرح کرده است. البته، باید نقش عامل فرامتن را در پیدایی این شرایط در نظر گرفت. «مجموعه قصه آشنا در آغاز دهه هفتاد، یعنی اندکی پس از جنگ و سرآغاز ثبات نسبی و امور فرهنگی منتشر شد». (همان: ۷۸) ساختار فرهنگی جامعه ایران در آن زمان، به گونه ای بود که ظرفیت های لازم برای پذیرش برخی نقدهای ساختارشکن فرهنگی وجود نداشت، به ویژه اینکه اگر با بیانی گزنده و با کاربست واژگان تابو (سخیف و ضدفرهنگ از دید عموم جامعه) صورت می گرفت. در چنین جامعه ای، سخن گفتن بی پروا و خارج از کنترل - آن گونه که ناتورالیست ها بدان باور دارند - نه تنها بر جذابیت اثر نمی افزود، بلکه آن را از دسترس مخاطبان دور می کرد. بنابراین، کاربست واژگان و مفاهیم تابو در سطح گسترده، منجر به بروز تضاد میان گفتمان دینی و فرهنگی غالب جامعه در زمان خلق اثر و گفتمان مورد نظر نویسنده می شود و نتیجه این رویارویی، انزوای فکری نویسنده و طرد داستان از سوی گروه هدف است. احمد محمود در این داستان به گونه ای عمل کرده که هم، به مبانی اصلی ناتورالیسم پای بند باشد و هم، از چهارچوبهای فرهنگی و دینی جامعه عدول نکند. نکته دیگر آنکه، نبود نشانه ای از تابوهای معنایی در این داستان، بیانگر سطحی بودن شخصیت ها و عدم ژرفای فکری آن هاست. گویا نویسنده به این درک رسیده که با چنین شخصیت های متزلزلی، انتظار سنت شکنی آگاهانه امری باطل است. از این رو، تنها واژگانی تابو، آن هم در سطحی محدود از زبان شخصیت ها ادا می شوند تا عواطف درونی آنها در آن لحظه نمایان شود و از این طریق، هژمونی قدرت پدرسالار در خانواده، بسط بهتری پیدا کند: «پدر زد تو ای [گوش کریم و گفت: - بخواب ولدالزنا! کریم زد زیر گریه و گفت: غلط کردم بابا، دیگه نمیرم سر جیب». (محمود، ۱۳۷۰: ۲۰) همچنین، برای بازنمایی احساسات فروخورده کریم نسبت به یکی از دوستان قدیمی خود، یعنی میرک از قابلیت های رسانهای واژگان تابو استفاده میشود. دوستی که پس از سال ها او را می بیند، ولی هیچ واکنش مطلوبی نشان نمیدهد و حق دوستی را آن طور که باید ادا نمی کند: «کریم قصد می کند بگوید: مرد حسابی این مزخرفات چیه؟ تو همانی که

تو[ی] دبیرستان خر من بودی ... التماس می کردی که تو[ی] دستت تو باشم. خایه مالی هم میکردی! حالا برام آدم شدی!». (همان: ۲۴)

### عدم توجه به نقش وراثت در سرنوشت افراد

احمد محمود به صورت غیرمستقیم، علت به وجود آمدن پلشتی های فردی و اجتماعی را محصول ناکارآمدی افراد و محیط کنونی دانسته و از ربط دادن آن به مسائل ژنتیکی پرهیز کرده است. «تمامی داستان های قصه آشنا، رویکرد به حیات اجتماعی اشخاص داستان داشته و خود شخصیت ها، کنش ها و رفتارهایشان، برخوردهای فردی و اجتماعی شان، حاصل نوعی ارتباط اجتماعی و زندگی شان است». (بیزارگیتی، ۱۳۸۳: ۲۳۸) از دید او، آنچه شرایط نامطلوب را به وجود می آورد، کسانی هستند که تن به آن داده اند و به دلیل خنثی و منفعل بودن، در این شرایط نامطلوب باقی می مانند و هیچ لذتی از زندگی نمی برند. بهترین مثال برای این موضوع، نقش کم رنگ و در سایه مادر کریم است که حتی نام او برای مخاطب مشخص نیست. او همواره به دور از پدر و فرزند، مشغول انجام کارهای خانه است و به عنوان ناظر رویدادها، گاهی اظهارنظری می کند و سخنی می گوید، ولی گفته های او کاملاً منفعلانه و بی اثر است. پدر در تمامی لحظات، قدرت خود را سیطره بخشیده و مادر و فرزند باید تابع او باشند. این نوع از شخصیت پردازی، این پیام را به مخاطب انتقال می دهد که نیک انجامی یا سیاه روزی انسان ها به میزان کوشش آنها در زندگی بستگی دارد و تا زمانی که خودشان اقدامی برای برهم زدن شرایط نکنند، امری به وقوع نمی پیوندد. بر این اساس، ربط دادن بدبختی ها و ناکامی های کریم به مقوله ژنتیک و مقصر ندانستن کانون خانواده، نهاد مدرسه، محیط کار و شخص او، امری غیرمعقول است. در این جملات: «بنویس حیف آمیرزایی! نوشت: حیف آمیرزایی. - حمالی هم از سرم زیاده! نوشت حمالی هم از سرم زیاده. پدر به سیگار پک زد و به نوشته نگاه کرد و باز گفت: - بنویس مو آدم ولمعطل و سیاه بختی هستم. بزرگ که شدم، نونم به شاخ آهو بسته ست! کریم هزار بار بیشتر، این حرفها را شنیده بود. کلمه به کلمه حفظش بود». (محمود، ۱۳۷۰: ۱۰)؛ «بده تا نگرش دارم که وقتی بزرگ شدی، نگي به فکرت نبودم و تربیتت نکردم!» (همان: ۱۱)، نویسنده مخالفت خود را با نقش محوری ژنتیک در تباه شدن زندگی افراد نشان داده است. او صراحتاً بیان می دارد که عوامل متعددی در رسیدن کریم به شرایط اسفناک روحی و جسمی تأثیر دارند. به این اعتبار، اشاره ای به صبغه ژنتیکی این بدفرجامی ها نکرده است تا از این طریق، عناصر بروز چنین وضعیتی را در زمان حال شناسایی کند و یا دست کم، این فرصت را به مخاطب بدهد تا او درصدد یافتن آن باشد و در گام بعدی، راه حلی برای رفع آن در نظر گرفته شود.

## نتیجه گیری

اصول ناتورالیسم در غرب شکل پیدا کرده است. از اینرو، بسیاری از مبانی مکتب مذکور بر اساس بافت فرهنگی جامعه اروپا و به طور کلی، غرب، طراحی و تبلیغ شده است. بدیهی است که تنوع فرهنگی در جوامع مختلف، منجر به بروز تضادهایی در این اصول می شود و نویسندگان با توجه به سطح فرهنگی مخاطبان به عنوان گروه هدف، ساختار دینی جامعه، جهان بینی و منظومه فکری خالق اثر، از مبانی مکتبهای ادبی عدول می کنند و دست به نوعی هنجارگریزی آگاهانه می زنند. احمد محمود در *قصه آشنا* مبانی مکتب ناتورالیسم را بومی سازی کرده و از این طریق، قابلیت های انعطاف پذیر این مکتب را به نمایش گذاشته است. در نتیجه، با این انعطاف هوشمندانه، مبانی این مکتب در داستان مذکور از حالت مکانیکی خارج می شود و کارکرد آن در بازنمایی اندیشه های انتزاعی نویسنده و تبیین دغدغه های اجتماعی و فرهنگی او به اثبات می رسد و فاصله میان مخاطب، متن تولیدی و نویسنده به عنوان سویه های اثر ادبی کاهش پیدا می کند.

احمد محمود در این مجموعه با نگاهی متعادل، از مبانی مکتب ناتورالیسم استفاده کرده و با دخالت دادن اصول رئالیسم، داستان خود را از یک سونگری خارج نموده و پویایی و اثرگذاری آن را فزونی بخشیده است. مهم ترین اصول ناتورالیستی داستان *قصه آشنا* عبارتند از: توجه به علم فیزیولوژیکی؛ نفی آزادی و تبیین جبر اجتماعی؛ بهره گیری از زبان محاوره؛ توصیف دقیق جزئیات؛ خوی وحشی گری شخصیت ها؛ فرجام ناخوشایند و طرح عشق به عنوان یک نیاز جسمانی. فراروی های احمد محمود در این اثر عبارت است از: دایره محدود واژگان تابو؛ عدم توجه به نقش وراثت در سرنوشت افراد. او با عنیات به بافت دین محور جامعه ایران از واژگان تابو بهره چندانی نبرده است. همچنین، نبود نشانه های تابوهای معنایی، بیانگر ذهنیت محافظه کار نویسنده می باشد. بی توجهی محمود به نقش وراثت، به این معناست که او شرایط نامطلوب فعلی شخصیت ها را برآیند قصوراتشان می داند و از ارجاع دادن مشکلات به مسائل ژنتیکی و وراثت پرهیز می کند. او با تبیین این دیدگاه، مخاطبان خود را متوجه می سازد که برای برون رفت از بحران های شخصیتی و اجتماعی، باید به توانایی های خود تکیه کنند و برای رفع و حل آن، تلاش کنند.

### فهرست منابع

- ۱- ایبرامیز، م.ه، (۱۳۶۶)، رمان چیست؟، ترجمه محسن سلیمانی، برگ: تهران.
- ۲- ایرانی، ناصر، (۱۳۶۴)، داستان: تعاریف، ابزارها و عناصر، تهران: کانون پرورش کودکان.
- ۳- بیزارگیتی، مسعود، (۱۳۸۳)، «قصه آشنا»، ارائه شده در مجموعه مقالات بیداردلان در آینه؛ معرفی و نقد آثار احمد محمود، به کوشش احمد آقایی، تهران: به نگار، صص ۲۴۲-۲۳۷.
- ۴- پویان، مجید، (۱۳۸۹)، «بررسی جایگاه زنان در داستان های کوتاه احمد محمود»، مجله مطالعات اجتماعی روان شناختی زنان، سال ۸، شماره ۳، صص ۵۸-۳۹.
- ۵- ثروت، منصور، (۱۳۹۰)، آشنایی با مکتب های ادبی، تهران: سخن.
- ۶- سیدحسینی، رضا، (۱۳۳۲)، «ناتورالیسم»، مجله فرهنگ نو، سال دوم، شماره ۶، صص .
- ۷- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۷)، مکتب های ادبی، (ج۲)، تهران: نگاه.
- ۸- روزبه، محمدرضا، (۱۳۸۸)، ادبیات معاصر ایران (نثر)، چاپ چهارم، تهران: روزگار.
- ۹- شیرازی، قهرمان، (۱۳۸۷)، مکتب های داستان نویسی در ایران، تهران: چشمه.
- ۱۰- فورست، لیلیان و دیگران، (۱۳۷۶)، ناتورالیسم، ترجمه حسن افشار، تهران: مرکز.
- ۱۱- گلستان، لیلی، (۱۳۷۴)، حکایت حال؛ گفتگو با احمد محمود، تهران: کتاب مهناز.
- ۱۲- محمود، احمد، (۱۳۷۰)، قصه آشنا، تهران: نگاه.
- ۱۳- مفتاحی، محمد، (۱۳۹۴)، همسایه با بیگانه ها؛ نقد آثار احمد محمود، تهران: روزگار.
- ۱۴- میرعابدینی، حسن، (۱۳۸۳)، صد سال داستان نویسی در ایران، چاپ سوم، تهران: چشمه.
- ۱۵- ولک، رنه، (۱۳۸۵)، تاریخ نقد جدید، (ج۴)، ترجمه سعید ارباب شیرانی، تهران: نیلوفر.



نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۱۴۸ - ۱۲۷

## تحلیلی بر ماهیت اخلاقی و حقوقی قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی

امین رستمی<sup>۱</sup>

مسعود زمانی<sup>۲</sup>

منوچهر توسلی نایینی<sup>۳</sup>

### چکیده

در کتب حقوق بین‌الملل در بحث داوری و در بخشی اجمالی و بصورت گذرا به ماهیت و چیستی قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی پرداخته شده است و البته عمده کتب و مقالات در این خصوص در خارج از کشور تحریر و منتشر شده است. از آنجائیکه داوری، از مهمترین و رایج‌ترین روشهای حل و فصل اختلافات در دعاوی تجاری بین‌المللی است، بانجام این تحقیق می‌تواند به شناخت ابعاد ماهوی آن کمک کرده و در نتیجه در پاسخ به ابهامات موجود موثر باشد. و در این پژوهش ماهیت قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی از حیث اخلاقی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته. و محقق نتیجه می‌گیرد که قواعد آمره در داوری تجاری بین‌الملل هرچند دال بر مدول اخلاق می‌کند، لیکن بنا به اینکه اخلاق امری اعتباری و در نهایت انتزاعی است، نمی‌توان قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی را از منظر اخلاقی به معنای قراردادی آن مورد بررسی قرار داد و به آن وجاهت بخشید زیرا نسبت میان اخلاق و منفعت در روابط بین‌الملل از جنس تعارض و تقابل است. و بایستی به این قواعد به عنوان ابزاری صرفاً حقوقی نگریست که از قواعد نظم عمومی که اخلاق با رویکرد حقوقی آن یکی از عناصر تشکیل دهنده آن است، منبعت شده است.

### واژگان کلیدی

ماهیت اخلاقی، ماهیت حقوقی، قواعد آمره، داوری تجاری بین‌المللی.

۱. گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

Email: aminrostami1520@Gmail.com

۲. گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

Email: masoud.zamani@shirazu.ac.ir. (نویسنده مسئول).

۳. گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

Email: tavassoli@ase.ui.ac.ir

گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۸/۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۳

## طرح مسأله

حقوق به عنوان یک نهاد اجتماعی؛ محصول نیاز انسان‌ها به تنظیم روابط ناشی از زندگانی جمعی است. برخی از نیازهای فرد، توسط خود او به تنهایی و نه در رابطه با جمعیت انسان‌ها قابل برآورده شدن است. اما بسیاری از نیازهای او چنین اثری ندارند و قابل دستیابی توسط فقط یک نفر نیستند. نیازهای همچون امنیت، آموزش، حمایت از حق مالکیت، بهداشت عمومی و... نیازهایی هستند که برآورده نمودن آنها مستلزم ارتباط و همکاری افراد انسان با یکدیگر است. بنابراین هر یک از افراد اجتماع از زندگی و کار در کنار سایر افراد به منافی دست می‌یابد و از این طریق نیازهای فوق را برآورده می‌نماید.

ارتباط میان قانون و اخلاق ارتباطی دو سویه است و این دو نهاد اجتماعی مکمل یکدیگرند به نحوی که از یک سو مقررات قانونی در بسیاری از موارد با اصول بنیادی اخلاق هم‌پوشانی داشته و از سوی دیگر اطاعت از قانون فی نفسه یک ارزش اخلاقی است. قانون برآیند خواسته‌ها و محدودیت‌های همه افراد اجتماع است که قرار است جامعه را به سوی سعادت رهنمون گردد. اطاعت از مقررات قانونی صرفاً به مفهوم اجتناب و در امان ماندن از مجازات نیست بلکه نشانگر طرز فکری است که متضمن احترام به قانون و خیره اجتماعی است. میان قاعده اخلاقی و قاعده حقوقی نه از حیث ماهیت و نه از جهت غایت، تفاوتی نیست؛ زیرا حقوق برای فعلیت دادن به عدالت است و عدالت نیز یک مفهوم اخلاقی است. البته این نظریه مخالفانی نیز دارد که معتقدند حقوق و اخلاق متعلق به دو حوزه کاملاً متمایز بوده و مستقل از یکدیگر هستند (ر.ک: صانعی و صادقی، ۱۳۹۵).

از سوی دیگر؛ بین مدافعان حقوق فطری که اعتقاد دارند، حقوق ساخته بشر، می‌بایست هماهنگ با اصول اساسی حقوق فطری باشد و اعتبار آن با اخلاق سنجیده شود و مدافعان پوزیتیویست حقوقی در اینکه ارزش‌های اخلاقی عنصر حقوق، اثباتی و عینی باشند تردید است. در این میان بحث‌ها و سوال‌های آنالیتیک (متافیزیکی) و هنجاری فراوانی وجود دارد از قبیل، میزان دخالت، میزان استقلال و انفکاک حقوق و اخلاق. منازعه و مباحثه میان مدافعان حقوق فطری و مدافعان پوزیتیویست حقوقی گاهی تا بدان جا بسط می‌یابد که ادعا می‌شود، حقوق به تنهایی مکانیزم مطلوبی است زیرا با اعمال و تکیه بر فرمالیسم قانونی می‌تواند نتایج اخلاقی را به زور تحصیل نماید (صانعی و صادقی، ۱۳۹۵: ۱۱۲). در حالی که حقوق مجموعه قواعدی است که توسط انسان‌ها با تمام جنبه‌های انسانی او وضع و اجرا می‌شود. شاید در مرحله وضع بتوان این فرمالیسم قانونی را پذیرفت؛ لیکن در مرحله اجرا مطمئن نمی‌توان به رعایت تمام و کمال آن امیدوار بود. چرا که این قوانین باید توسط افرادی به مورد اجرا گذاشته شود که در رعایت اخلاق شدت و ضعف داشته و همچنین دارای تفاسیر مختلف از اخلاق هستند. زیرا اخلاق یک امر



اعتباری یا در نهایت انتزاعی است نه یک امر حقیقی. «مفاهیم اخلاقی مربوط به حوزه مفاهیم منطقی نیست و منطق دانان در این رأی که مفاهیم اخلاقی همانند مفاهیم فیزیکی متعارف نیست، راهی به صواب رفته اند. . .» (Resnik, 1998: 29).

در این تحقیق به بررسی ماهیت حقوقی و اخلاقی قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی خواهیم پرداخت و به دنبال آن هستیم تا جایگاه هر کدام از آن‌ها را در داوری تجاری بین‌المللی تبیین کنیم.

### ۱- رابطه اخلاق و شکل‌گیری قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی

درباره ماهیت حقوق بین‌الملل بحث‌های زیادی صورت گرفته و نویسندگانی مانند هابسن و سپس در ادامه راه آستین نویسنده انگلیسی در قرن نوزدهم و در عصر ما آرون یا بوردو در فرانسه معتقدند که حقوق بین‌الملل هیچ موجودیت حقوقی نداشته و صرفاً از اخلاق ناشی می‌شود. زیرا با تعریفی که از حقوق ارائه می‌شود، که آن را فرامینی می‌دانند که از سوی مقام حاکمه مافوق صادر می‌شود و دارای ضمانت اجرا می‌باشد از این جهت حقوق بین‌الملل را فاقد جنبه حقوقی دانسته و آن را قواعد اخلاقی و عقاید و احساسات رایج بین دولت‌ها توصیف می‌کنند.

در این دوره دولت‌ها حقوق بین‌الملل را الزام‌آور تلقی می‌کنند و در مکاتبات خود به معاهدات و آرای دادگاه‌ها و آثار نویسندگان استناد می‌ورزند. علیرغم درستی یا نادرستی امر از نظر اخلاقی دولت‌ها سعی دارند که سیاست‌هایشان مطابق حقوق بین‌الملل باشد و آداب و قواعد حقوق بین‌الملل را منکر نمی‌شوند، بلکه سعی در توجیه رفتار خود با استناد به برخی قواعد حقوق بین‌الملل دارند.

به نظر جان آستین قانون حکم یک حاکم است که با تهدید یا توسل به زور به اجرا در می‌آید اما حقوق بین‌الملل حداکثر یک سلسله اخلاقیات مثبت بین‌المللی است. پیروی از هر گونه قاعده بین‌المللی صرفاً داوطلبانه است و این قواعد نسبت به قوانین داخلی در درجه دوم قرار دارند. در مکتب آستین حقوق بین‌الملل حقوق واقعی نیست چرا که قدرتی برتر از قدرت کشور وجود ندارد که بتواند قواعد حقوقی بین‌المللی را اجرا و نقض آن را مجازات کند. حقوق بین‌الملل تنها زمانی حقوق واقعی خواهد بود که مقامی برتر از کشور به وجود آمده و این قدرت را داشته باشد که اطاعت از حقوق بین‌الملل را به اجرا بگذارد با وجود چنین استدلال‌هایی توسط مکتب آستین، قانون اساسی بسیاری از کشورها شامل مقررات صریحی است که موید حقوق بین‌الملل و پیروی از آن می‌باشد و رویه بین‌المللی نیز ماهیت حقوقی این نظام حقوقی را به اتفاق پذیرفته است (ثابت مقدم، ۱۳۸۱: ۶۴).

برخی از اصول بین‌المللی ارتباط مستقیم با اخلاق دارند. به طور مثال وقتی از اصل حسن نیت در منابع حقوق بین‌الملل سخن می‌گوییم، این سوال پیش می‌آید که این اصل آیا دارای

اعتبار حقوقی است؟ در حالی که هیچ نوع ابزار حقوقی برای سنجش آن بر اساس موازین حقوقی وجود ندارد. بنابراین چاره‌ای نیست مگر اینکه ماهیت آن را اعتباری و اخلاقی بدانیم.

بخشی از اصول بنیادین و کلی حقوق بین‌الملل دچار دگرگونی‌هایی در مفهوم و اعتبار شده‌اند. اعتبار حقوقی اصول بنیادینی چون حس نیت، لزوم وفای به عهد، انصاف و... در بعضی از مذاکرات، توافقات و معاهدات بین‌المللی روند تضعیف به خود گرفته است، این درحالی است که امروزه به علت جایگاه اخلاق و افزایش ارتباط آن با حقوق، و همچنین نیاز کشورها به اطمینان خاطر از انجام توافقاتشان با تکیه بر این اصول، انتظار می‌رود که ارزش و اعتبار اصل حسن نیت افزایش یابد و در واقع برای آن هم جایگاهی چون دیگر منابع حقوق بین‌الملل در نظر بگیریم. اصل حسن نیت را می‌توان به عنوان اصلی حاکم بر کل نظم حقوقی نام برد که در حوزه‌های حقوق بین‌الملل از جمله مذاکرات و معاهدات، نقش مهم و برجسته‌ای ایفا می‌کند. در عهدنامه وین در زمینه حقوق معاهدات ۱۹۶۹ حسن نیت یکی از قواعد اساسی در اجرای معاهدات بین‌المللی است به طوری که هیچ طرف متعهد نباید کاری کند که موضوع و هدف معاهده را از بین ببرد، هم چنین حسن نیت در شمار اصول و قواعد مسلم تفسیر معاهدات بین‌المللی است که رعایت آن الزامی است. اما در جامعه‌ی بین‌المللی امروز در روابط میان کشورهای متعهد از سوی طرفین مذاکرات و توافقات، عدم رعایت این اصل مهم مشاهده می‌شود. «حتی بر اساس رویه قضایی به ویژه رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، قواعدی چون لزوم وفای به عهد، استاپل، سکوت، سوء استفاده از حقوق، بر بنیان حسن نیت قرار دارند و نقش تاثیرگذار و تعیین کننده این اصل در دستیابی به موفقیت و نتایج مثبت در مذاکرات بین‌المللی نیز قابل توجه است.» (لنکرانی، ۱۳۹۵: ۱).

مشکل اینجاست که برای سنجش میزان رعایت اخلاقیات در حقوق بین‌الملل و تباین آن با این اصول شاخص و معیاری وجود ندارد. بلکه این افراد حقوقی - حقیقی و دولت‌ها هستند که رعایت اخلاق یا عدم رعایت آن را با توجه به موضع خود تفسیر می‌کنند.

### ۱-۱- معیارهای اخلاقی در داوری تجاری بین‌الملل

تعهدات اخلاقی داوران را باید در منابع مختلفی جستجو و بررسی نمود. این منابع شامل: موافقتنامه داوری؛ منشورها و توصیه‌نامه‌های اخلاقی؛ قواعد سازمان اداره کننده داوری؛ قوانین موضوع حاکم بر داوری، هستند. در تعیین تعهدات اخلاقی داوران باید منابع مختلف را ترکیب نمود و از خلال این منابع مجموعه‌ای از تعهدات اخلاقی را استخراج کرد. و نیز باید توجه داشت که «تعهدات داوران در مراحل مختلف از فرآیند داوری به نسبت اشخاص و سازمان‌های مختلفی که از این منابع استفاده می‌کنند، دارای کارکردهای متفاوتی است و نتیجه این می‌شود که یک تعهد ساده فرضی مانند بی‌طرفی، ممکن است نسبت به موقعیتی که در آن اعمال می‌شود تغییر

نموده و دارای مصادیق متفاوتی گردد.» (Rogers, 2005).

در سال‌های اخیر تجویز منشور اخلاقی که حاوی تعیین و اعلام تعهدات اخلاقی حاکم بر مشاغل مختلف باشد تبدیل به گرایشی در سطح جهان شده است. برای مثال بسیاری از کانون‌های وکلا منشورهای اخلاقی نوشته‌اند که اعضای آن‌ها را هدایت و کنترل می‌کند. هم‌اکنون تعهدات اخلاقی داوران به صورت فزاینده‌ای موضوع قواعد و منشورهای پر جزئیات اخلاقی قرار گرفته است. به نظر می‌رسد هم‌اکنون اولین و سریع‌ترین منبع تعهدات اخلاقی برای داوران بین‌المللی منشورهای اخلاقی است که توسط سازمان‌های داوری تدوین و به پیوست قواعد داوری سازمان مذکور گشته. این منشورهای اخلاقی توسط مقررات و قواعد داوری مقررات مربوط به تجدید نظر در آرای داوری و همچنین قوانین ملی قابل اعمال تکمیل و تفسیر می‌شود. (خیابوی، ۱۳۸۷: ۱-۲).

اما همانطور که قبلاً گفته شد این قواعد اخلاقی حتی اگر به عنوان قواعد الزام آور در سازمان‌های داوری به شمار آیند، امری اعتباری و انتزاعی هستند که می‌توان آن‌ها را مطالبه کرد اما فقط تا حدودی می‌توان رعایت آن را مورد سنجش قرار داد. زیرا آنچه‌ان که گفته‌اند: «نسبت میان اخلاق و منفعت در روابط و قواعد بین‌المللی از جنس تعارض و تقابل است.» (خانی، ۱۳۸۹: ۵).

موضوع اینجا صرفاً ضمانت اجرایی نقض تعهدات اخلاقی توسط داوران نیست که البته در شکل‌گیری فرآیند داوری هم می‌توان به نوعی اخلاق را زیر سؤال دانست، چرا که «هر طرف اختلاف می‌کوشد شخصی را به عنوان داور خود نصب کند که زمینه‌های حقوقی یا فرهنگی مشترکی با او داشته یا دارای چنان موضع‌گیری‌های علمی در موضوع اختلاف است که نزدیکی با منافع طرف ناصب دارد. به نظر می‌رسد این مسئله بدیهی و غیر قابل انکار است.» (Bishop & Reed, 1998: 395).

اگر چه معیار استقلال و بی‌طرفی و ضرورت افشای شرایطی که موجب تردید در این دو تعهد داوران می‌گردد، در بسیاری از مقررات راجع به داوری و توصیه‌نامه‌ها تصریح شده است. اما در هیچ‌کدام از مقررات منشورها و توصیه‌نامه‌ها تعریفی از استقلال و بی‌طرفی به عمل نیامده و مشخص نشده است که «داور بیطرف و مستقل» به چه کسی اطلاق می‌شود. مطمئناً این ابهام مشکلاتی را در باب اعمال ضمانت اجراهای موجود ایجاد خواهد کرد.

از سوی دیگر نگرانی داوران از اقدامات تلافی‌جویانه کسانی که از جریان داوری یا از رای صادر ناخرسند بوده و در پی این هستند که با استناد به نقض تعهدات اخلاقی داور را جرح نمایند موجب بسته شدن دست و پای داوران در اجرای آسوده خاطر عدالت می‌گردد و تصمیم‌گیری‌های داور را با محدودیت مواجه می‌کند. میشل هوانگ از این اشخاص تحت عنوان

«چریک‌های داوری»<sup>۱</sup> یاد می‌کند. این اشخاص که معمولاً خوانندگان داوری هستند به انحراف مختلف تلاش می‌کنند تا رسیدگی به اختلاف را از جریان طبیعی خود خارج کنند. یکی از روش‌های آنان جرح داوران به استناد به دلایل مختلف از جمله نقض تعهدات اخلاقی است. این گونه اقدامات با هدف به بن بست رساندن داور انجام می‌شود (Hwang, 2007).

## ۱-۲- قواعد آمره و نظم عمومی

قواعد آمره شامل هر قانون یا قاعده‌ای است که اراده و تراضی طرفین یک عقد یا قرارداد یا تعهد برخلاف و مغایر با آن نافذ نمی‌باشد.

عناصر تشکیل دهنده یک قاعده آمره عبارتند از: نظم عمومی، عفت عمومی و اخلاق حسنه، سیاست عمومی دولت (نوبین، ۱۳۸۶: ۲۰). در مقابل قواعد آمره، قواعد تکمیلی یا تفسیری یا تعویضی وجود دارند که اراده افراد را تکمیل یا تفسیر می‌کند و یا جایگزین آنها می‌شود مانند قواعد عقد بیع و یا اجاره اماکن مسکونی.

اصل بر غیر آمره بودن قواعد و مقررات است، زیرا اساس قراردادهای و تعهدات در حقوق ایران مبتنی بر حاکمیت اراده یا آزادی اراده است (ماده ۱۰ قانون مدنی).

نظم عمومی از یک جهت فعل است زیرا «نظم عمومی جریان و روندی است مستمر و مداوم که دربرگیرنده نیازهای اساسی و عمومی جامعه می‌باشد».

و از جهتی دیگر باید گفت که اختلال در نظم عمومی یک ترک فعل است زیرا: «در هر جا و به هر شکلی که تأمین این نیازهای اساسی قطع گردد، نظم عمومی جامعه مختل شده است». حق دادخواهی مردم و حق مراجعه به مقامات قضایی یک قاعده نظم عمومی است و یک فعل است و به هر شکلی که ممانعتی در اجرای این حق صورت گیرد، نظم عمومی نقض و یک ترک فعل صورت گرفته است. تفریط یا ترک فعل در اصطلاح یا عبارت «نظم عمومی» کاربردی وسیع دارد، بدین معنا که در هر جا یک نیاز اساسی جامعه نقض یا انکار شود، اعم از اینکه رعایت این نیاز براساس قرارداد باشد یا عرف، و اعم از اینکه این نیاز برای حفظ مال باشد یا امور غیر مالی، نظم عمومی مختل می‌شود.

## ۲- ماهیت اخلاقی و حقوقی قواعد آمره در داوری تجاری بین المللی

قانون داوری تجاری بین‌المللی براساس قانون نمونه آنسیترال تهیه شده است. نوآوری‌های این قانون که هماهنگ یا گرایش‌های جدید در داوری بازرگانی بین‌المللی و قابل مقایسه با مقررات جدید داوری در کشورهای دیگر و در سطح جهانی است، قابل ستایش است، هرچند که اشکالات و نارسائی‌هایی هم در آن دیده می‌شود که بیشتر نتیجه عدول از قانون نمونه آنسیترال

است (جنیدی، ۱۳۷۸: ۲۳-۱۸).

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، داوری بین‌المللی را چنین تعریف می‌نماید: «داوری بین‌المللی عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد». صرف‌نظر از انتقادات وارد بر این تعریف (جنیدی، ۱۳۷۸: ۴۰-۳۶)، باید توجه داشته باشیم که این قانون صرفاً حاکم بر داوری‌هایی است که حداقل یکی از طرفین تبعه ایران نباشد، لذا سایر موارد از جمله موردی که دو نفر ایرانی قراردادی بین‌المللی منعقد نمایند، از شمول این قانون خارج است که قابل انتقاد به نظر می‌رسد. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ناظر به تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی است، که از ماده ۲۸ قانون نمونه آنستیرال اخذ شده است در بند (۱) آزادی اراده برای تعیین قانون حاکم مورد تأکید قرار گرفته است و قانون‌گذار ایران نیز همانند قانون نمونه آنستیرال با به کار بردن عبارت «قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند» امکان انتخاب قواعد فراملی به عنوان قانون حاکم بر ماهیت دعوی را فراهم ساخته است (جنیدی، ۱۳۷۸: ۸۹). همین نظر در مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران و در رأی شماره ۱۵/۸۷/۳۶۲۰۶/۳۶۲۰۶ مورد تأکید قرار گرفته است. در این رأی، داور پرونده اظهار می‌دارد: «...طرفین نخواستند قرارداد و اختلافات ناشی از آن تابع نظام حقوقی کشور خاصی قرار گیرد. بنابراین از نظر داور، مجموعه قواعد قابل اعمال بر ماهیت دعوی، قواعد کلی حقوق تجارت بین‌المللی است» بند ب ماده ۱ قانون داوری تجاری ایران مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶. (کاکوند، ۱۳۸۹: ۱۵۱-۱۵۰)

در عین حال با عنایت به بند (۲) ماده مزبور بایستی پذیرفت که در صورت عدم انتخاب قواعد حقوقی حاکم توسط طرفین، با اعمال قواعد حل تعارض، به ناچار یک قانون ملی بر دعوی حکومت خواهد نمود و راه برای انتخاب قواعد فراملی بسته است. در قانون نمونه آنستیرال نیز همین رویه اتخاذ شده است. البته در قانون داوری تجاری ایران بر خلاف بند ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه آنستیرال که انتخاب قاعده حل تعارض مناسب را برعهده داوران قرار داده، با سکوت قانون‌گذار، این موضوع به اذهان متبادر می‌شود که مقصود از قواعد حل تعارض، قواعد حل تعارض ایران، آن هم به نحو اجباری است (جنیدی، ۱۳۷۸: ۹۱).

این نخستین چالش اخلاقی این قانون که از ابتدا ممکن است به زیان یکی از طرفین دعوا باشد، است. بدیهی است هیچ قراردادی در خلاء شکل نمی‌گیرد. یعنی بدون اینکه مبتنی بر یک نظام حقوقی باشد، موجود نمی‌شود. اینکه آیا حق انتخاب قانون محدود به یک نظام حقوقی موجود است یا نه خود سؤال دیگری است. انعقاد قرارداد به اختیار بی‌قید و شرط طرفین واگذار نمی‌شود. قرارداد ضرورتاً به یک سیستم حقوق موضوعه مربوط می‌شود که به ابراز اراده‌های متقابل و موافق طرفین، اثر حقوقی می‌بخشد. قانون داوری تجاری ایران بایستی در اینجا به

صورت صریح در رابطه با استفاده داور از قواعد حل تعارض در یک قرارداد، براساس سیستم حقوقی که قرارداد براساس آن منعقد می‌شود اظهار نظر کند.

## ۲-۱- ملاحظات اخلاقی در اجرای آرای داوری خارجی مبتنی بر قواعد فراملی

اجرای احکام داوری بین‌المللی از جمله مسائل و موضوعات مهم حقوق داوری بین‌المللی است که همواره مورد بحث و گفتگو بود به قول عده‌ای از صاحب نظران مشکل اساسی در اجرای احکام داوری بین‌المللی ناشی از این واقعیت مفروض است که داوری تجاری بین‌المللی فی‌نفسه متعلق یا وابسته به نظام حقوقی هیچ‌کسوری نیست بلکه احکام و قواعد ویژه خود را دارد. منتها چون جریان داوری خواه ناخواه در قلمرو سرزمینی یک کشور خاص برگزار و انجام می‌شود بنابراین فراوان پیش می‌آید که آن کشور قوانین و مقررات خود را حاکم بر آن داوری می‌داند که اصطلاحاً قانون مقر یا محل داوری نامیده می‌شود. حداکثر حالت مطلوب آن است که مقررات و قوانین ناظر به داوری در این کشور مفروض، نسبت به داوریه‌های بین‌المللی و اجرای احکام چنین دادرسی‌هایی تسهیلات بیشتری قائل شده باشد.

انتظار اینکه اجرای احکام داوری در همه کشورها با انواع نظام‌های حقوقی مختلفی که دارند، یکسان شود و قواعد و قوانین یکنواختی بر تمامی جریان اجرای حکم داوری حاکم و شامل گردد، انتظاری دور و دست نیافتنی و از بعضی از یک نمونه مشترک و مشابه از مشکلات چنین درخواستی بدین معنی است که مثلاً همه کشورها بپذیرند که مفهومی یکسان از نظم عمومی و اخلاق حسنه را اعمال کنند و ضوابطی که برای بررسی عدم مابینت حکم داوری با نظم عمومی خود در نظر می‌گیرند، مشابه و یکی باشد حال آنکه بخوبی می‌دانیم از جمله عوامل سازنده نظم عمومی و اخلاق حسنه فرهنگ است که در هر جامعه و کشوری ساخت و ویژگی‌های خود را دارد. در عین حال می‌توان این مقدار انتظار معقول را داشت که برای تسهیل مراودات بین‌المللی و نیز تشویق و توسعه داوری تجاری بین‌المللی لازم است تا جایی که امکان دارد تشریفات ضوابط قواعد، و موازین اجرای احکام داوری بین‌المللی یکسان و یکنواخت شود و کشورهای مختلف بپذیرند که هنگام مواجه شدن با درخواست اجرای حکم داوری شیوه‌های متحد الشکل اتخاذ نمایند کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری نیویورک ۱۹۵۸ تا حدودی در پاسخ به این ضرورت و برای به سر آوردن چنین انتظاری تدوین و تصویب شد و هدف آن ایجاد هماهنگی و یکنواختی در اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی است.

قبل از تصویب کنوانسیون مذکور سند بین‌المللی دیگری در مورد اجرای احکام داوری وجود داشته که به کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷ در مورد اجرای احکام داوری خارجی معروف است. هدف از این کنوانسیون که با نظارت جامعه ملل تدوین شده بود عمدتاً تسهیل اجرای احکام داوری موضوع پروتکل ۱۹۲۳ ژنو در مورد داوری بوده که خود از جمله اولین اسناد مربوط به

داوریه‌های بین‌المللی است. به دنبال نارسایی‌هایی که در کنوانسیون ۱۹۲۷ وجود داشت و نیز به لحاظ تحول روز افزونی که داوری بین‌المللی یافته است، سرانجام در تاریخ ۲۰ مه تا ژوئن ۱۹۵۸ کنفرانسی در مقر سازمان ملل متحد برگزار شد که هدف و موضوع آن عبارت بود از تهیه و تنظیم کنوانسیون راجع به شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی که بعداً با همین نام و در ۱۰ ژوئن همان سال به تصویب رسید و برای امضا مفتوح گردید و در ۷ ژوئن سال بعد ۱۹۵۹ حد نصاب لازم برای لازم الاجرا شدن آن سند تصویب یا الحاق حاصل آمد و کنوانسیون موثر و قابل اجرا گردیده و تا به حال دهها کشور به آن ملحق شده اند.

تا امروز، کنوانسیون اجرای احکام داوری (۱۹۵۸ - نیویورک) مهمترین سند بین‌المللی در داوری تجاری بین‌المللی است که به مسئله اجرای احکام داوری پرداخته است.

مطابق قواعد عام داوری و سایر قوانین خاص و مرتبط اعم از داخلی و بین‌المللی آرای داوری قطعی و نهایی و لازم الاجراست به موجب ماده ۴۸۸ قانونی قانون آیین دادرسی مدنی و نیز ماده ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی در خصوص آرای داوران و نیز حسب مقرر در ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک و سایر قوانین و مقررات آرای داوری لازم‌الاتباع است. همچنین رای داوری بلافاصله پس از صدور حکم قطعی و لازم‌الاجراست مگر اینکه مقررات حاکم بر داوری رعایت نگردیده و یا اجرای رای داوری بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد (رسول زاده فرساد، علمی، ۱۳۹۸: ۱۵۰).

نظم عمومی در داوری داخلی را می‌توان، قواعد آمره و سایر منابع غیرمدون نظم عمومی مانند اخلاق حسنه و عرف و عادت دانست که در خصوص داوری داخلی (در تمام مراحل اعم از تشکیل قرارداد داوری یا شرط داوری، ارجاع اختلاف، رسیدگی توسط داوران، ابلاغ رای و ...) و در خصوص نظارت یا مساعدت آرای داوری توسط قضات دادگاه در مواجهه با آراء داوری ملحوظ واقع می‌شوند و هر توافقی یا رای خلاف آن‌ها باطل است.

## ۲-۲- حاکمیت اراده طرفین و نسبت آن با اخلاق

در مورد قانون حاکم بر ماهیت دعوا، اصل حاکمیت اراده حرف اول را می‌زند. طرفین آزادند هر نظام حقوقی را که مناسب بدانند، برای حل و فصل اختلافات انتخاب کنند. به هر حال، در صورتی که طرفین بخواهند متعرض قانون حاکم بر ماهیت دعوا شوند، باید بر یک نظام حقوقی موجود جهت حکومت بر قرارداد توافق کنند. پرسش این است که آیا این نظام حقوقی باید لزوماً یک سیستم حقوق ملی باشد یا می‌توان یک سیستم حقوقی فراملی باشد؟ گرایش‌های جدید حاکم بر داوری در این حوزه نیز به سوی غیرمحملی کردن داوری از لحاظ ماهوی پیش می‌رود و اختیار طرفین در گزینش یک سیستم حقوقی فراملی جهت حکومت بر ماهیت دعوا را می‌پذیرد. (علیزاده، ۱۳۹۱: ۱۰۴).

نظم عمومی داخلی مجموعه قواعد آمره و سایر مبانی غیر مصرح در قوانین است، که اشخاص نمی‌توانند با قراردادهای خصوصی از آنها عدول کنند در حالی که نظم عمومی بین المللی خود یکی از اقسام نظم عمومی ملی است که کارکرد و قلمرو متفاوت از نظم عمومی داخلی دارد و برخلاف نظم عمومی داخلی که مانع از تراضی طرفین در قراردادهای و توافقات خصوصی است بدون اینکه صحبت از اعمال حقوق خارجی باشد، از اعمال قواعد اصولاً صلاحیت دار خارجی جلوگیری می‌کند (شهبازی نیا، بازگیر، ۱۳۹۴: ۹۳).

بنابراین دایره و کارکرد اخلاق در داوری داخلی (اخلاق به معنی اتم آن از منظر نظم عمومی) قواعد آمره و سایر مبانی غیر مصرحی است که مانع از قراردادهای داوری و یا آرای داوری خلاف نظم عمومی می‌گردد.

گاه در برخی از اسناد و رویه‌های بین‌المللی این امر مورد پذیرش قرار گرفته است که طرفین بتوانند جنبه‌های مختلف قرارداد را تحت حاکمیت قوانین مختلف قرار دهند که به آن قاعده «دپساز»<sup>۱</sup> گفته می‌شود. واژه دپساز به معنای قطعه قطعه کردن قرارداد است. از محاسن این روش آن است که به طرفین اجازه می‌دهد تا حداکثر استفاده را از اصل حاکمیت اراده بکنند و از بین قوانین مختلف، قانونی را که برای هر بخش از قرارداد مناسب‌تر است انتخاب کنند. همچنین، با این شیوه طرفین قابل پیش‌بینی بودن قواعد را که ناشی از انتخاب یک سیستم ملی است، حفظ می‌کنند ولی در عین حال، می‌توانند جنبه‌هایی از یک نظام حقوقی را که مناسب قرارداد نیست، به واسطه توافق حذف کنند و بنابراین، به مطلوب‌ترین نتیجه دست یابند. اما این شیوه معایبی هم دارد. برای اعمال این روش، طرفین قرارداد نیاز به مشاوران برجسته‌ی دارند که مسلط به حقوق تطبیقی باشند. همچنین، این شیوه می‌تواند وقت‌گیر و پرهزینه باشد. ضمن آن که داور برای این که بتواند اختلافات را حل و فصل کند ابتدا تشخیص دهد که موضوع اختلاف، جزء کدام نوع از قراردادها است، تا قانون ماهوی حاکم بر آن را معلوم کند. ولی در هر حال، اگر مشاوران حقوقی قوی وجود داشته باشند و طرفین وقت زیادی برای مطالعه و انعقاد قرارداد داشته باشند، این شیوه می‌تواند به ویژه در قراردادهای مهم، مطلوب باشد. (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۹۳).

## ۲-۳- اخلاق و قانون حاکم بر ماهیت اختلاف

قانون حاکم بر ماهیت اختلاف قانونی است که به استناد آن داوران در خصوص اختلاف اظهار نظر می‌کنند. در تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری، این سؤال مطرح می‌شود که آیا داوران نیز مانند قضات باید به قانون مقرر مراجعه و به استناد به آن مشخص کنند که



قانون حاکم بر ماهیت دعوی کدام است؟ تقریباً این امر در کلیه نظام‌های حقوقی ملی و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده است که تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری تابع کدام مقررات قواعد حل تعارض نیست و این امر تابع مقررات جداگانه ای است (شیروی، ۱۳۹۳: ۲۱۹). برای توضیح بیشتر این قواعد خاص، به صورتی بحث می‌شود که طرفین اختلاف نسبت به قانون حاکم بر ماهیت اختلاف توافق می‌کنند. سپس مواردی بررسی می‌شود که طرفین قانون حاکم را تعیین نکرده و داوران ناگزیر از تعیین آن خواهند بود.

قبل از هر سخن دیگر در حوزه تعامل اخلاق و قواعد آمره، بایستی چنین گفت که می‌توان ماده ۹۷۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود بموقع اجراء گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد»، را به داوری نیز تسری داد چرا که توافق و رای داوری اساساً ریشه قراردادی دارند.

#### الف- اخلاق در قانون حاکم بر ماهیت دعوی در قانون ایران و قانون نمونه‌ی انسیترال

بند (۱) ماده‌ی ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر داشته است: «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون حاکم یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر این‌که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.» این بند به وضوح اصل حاکمیت اراده در زمینه‌ی انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی را پذیرفته است. برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که این ماده امری است و لذا جز در موردی که هر دو طرف خارجی باشند نمی‌توان به قانون دیگری جز قانون محل وقوع عقد تمسک جست. اما برخی دیگر بر این اعتقادند که این ماده اختیاری است (شیروی، ۱۳۹۳: ۲۱۵). بند (۱) ماده ۲۸ قانون نمونه انسیترال مقرر داشته: «دیوان داوری برحسب قواعد حقوقی که طرفین به عنوان قواعد قابل اعمال در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، در خصوص اختلاف (دعوی) اتخاذ تصمیم خواهد کرد. هرگونه تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به عنوان ارجاع مستقیم به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد و نه قواعد حل تعارض آن، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.» بند (۱) ماده ۱۸۷ قانون فدرال سوئیس نیز انتخاب قانون را به عهده طرفین واگذار نموده است.

در بند (۲) ماده‌ی ۲۷ قانون داوری بین‌المللی ایران آمده است: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد.» قانون داوری تجاری ایران این امر را نپذیرفته

است که داور، قانون ماهوی حاکم برداوری را به طور مستقیم خود تعیین کند. روشن است که این مقرر امکان غیرمحملی کردن حقوق حاکم بر ماهیت دعوا را از سوی داوران از بین برده است، زیرا در سکوت طرفین به داوران امکان انتخاب مستقیم حقوق ماهوی را نداده است، بلکه آنان را مکلف به مراجعه به قواعد حل تعارض جهت تعیین حقوق ماهوی حاکم نموده است.

اما پرسشی که در این جا مطرح می‌شود آن است که منظور قانون داوران ایران از قواعد حل تعارض، کدام قواعد است؟ آیا قواعد حل تعارض حقوق ایران مدنظر است؟ به نظر برخی از نویسندگان، از ظاهر بند دو ماده‌ی ۲۷ قانون داوران، بر می‌آید که مراد از قواعد حل تعارض، قواعد حل تعارض ایران، آن هم به طور اجباری است در حالی که قانون نمونه‌ی آنسیترال که مبنای قانون‌گذار ایرانی بوده است، قواعد حل تعارضی را منظور نظر داشته است که دیوان داوران خود قابل اعمال تشخیص دهد (نیکبخت، ۱۳۸۸: ۱۸۰). بند (۲) ماده ۲۸ قانون نمونه‌ی آنسیترال بیان نموده: «در صورت عدم تعیین (قانون ماهوی) از جانب طرفین، دیوان داوران قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده، تعیین می‌شود».

در بند (۳) ماده‌ی ۲۷ قانون داوران تجاری بین‌المللی ایران بیان شده است که «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمشانه تصمیم بگیرد.» این اجازه، با عبارت‌های مشابه در اسناد بین‌المللی دیگر مانند قانون نمونه‌ی آنسیترال و قواعد داوران آن نیز آمده است. بند (۳) ماده ۲۸ قانون نمونه‌ی آنسیترال مانند ایران بر این امر تأکید داشته و مقرر می‌دارد: «دیوان داوران صرفاً در صورتی بر اساس عدل و انصاف<sup>۱</sup> یا به عنوان میانجیگری دوستانه<sup>۲</sup> اتخاذ تصمیم می‌کند که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌یی به او داده باشند. بند (۳) ماده ۱۸۷ قانون فدرال سوئیس نیز بر میانجیگری بر اساس عدل و انصاف و حل و فصل اختلاف به صورت کدخدانمشی تأکید کرده است.

مهم‌ترین قواعد اخلاقی شکلی در رابطه با داوران، اصول دادرسی عادلانه و منصفانه، از جمله رفتار برابر با طرفین و تشکیل منصفانه دیوان داوران و رعایت انصاف و عدالت در رسیدگی به دلایل و لزوم رعایت بی‌طرفی داوران هستند. لذا انجام داوران در شرایطی که الزامات بنیادین عدالت تشریفاتی رعایت نشده باشد می‌تواند مغایر با نظم عمومی به شمار رود.

بند (۴) ماده‌ی ۲۷ قانون داوران نیز مانند قانون نمونه‌ی آنسیترال، قواعد داوران آنسیترال و مقررات اتاق بازرگانی و بسیاری از اسناد بین‌المللی داوران، داور را مکلف به رعایت شرایط قرارداد و عرف بازرگانی بین‌المللی در تصمیم‌گیری خود کرده است. بند (۴) ماده‌ی ۲۸ قانون نمونه آنسیترال بیان نموده: «داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند، و عرف

1 . ex acqve et bono

2 . amiable compositure

بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد».

در این جا ضرورت دارد که در رابطه با ماهیت اختلاف و تعیین قانون حاکم از طریق قواعد حل تعارض دیدگاه ها و نمونه های مختلفی که در برخی از قوانین وجود دارد نیز اشاره کنیم: در قواعد حل تعارض «هر قراردادی که دولت ها به حیث اینکه تابع حقوق بین الملل هستند، آن را منعقد نکرده باشند ناگزیر در تابعیت قانون کشور معینی خواهد بود. تشخیص این قانون موضوع رشته خاصی از علم حقوق است که حقوق بین الملل خصوصی یا دکترین تعارض قوانین نامیده می شود.»

بسیاری از حقوقدانان، قراردادهای توسعه اقتصادی را در زمره قراردادهای خصوصی دانسته و حقوق داخلی را حاکم بر آن می دانند. این استدلال با ماهیت این قراردادها نیز سازگاری دارد. هر چند یک طرف قرارداد دولت یا سازمانهای دولتی است، ولی صرف حضور طرف دولتی در عرصه اقتصادی موجب بین المللی شدن قرارداد نمی شود. رأی دیوان دائمی بین المللی دادگستری در قضیه وام صربستان مؤید این مطلب است. دیوان مزبور در رای سال ۱۹۲۹ چنین استدلال کرد<sup>۱</sup>:

خلاصه اصلی که دیوان بیان می دارد این است که اگر دولت ها در شأن غیر دولتی و به عنوان تابع حقوق داخلی قراردادی با تبعه بیگانه منعقد نمایند، قرارداد موصوف از تابعیت حقوق بین الملل خارج است و تابع حقوق داخلی است. اما در مورد اینکه از میان قوانین داخلی کشورهای مختلف قانون کدام کشور بایستی برگزیده شود، حل مسأله از طریق رجوع به قواعد حل تعارض قوانین یا همان حقوق بین الملل خصوصی صورت می گیرد. قاضی لرد اسکویت در قضیه ی ابوظبی (۱۹۵۲) به قواعد حل تعارض قوانین اشاره می کند و می نویسد:

قراردادی است که در سرزمین ابوظبی انعقاد یافته و هم در آنجا باید به موقع اجرا گذارده شود و ظاهراً باید قانون ابوظبی بر آن حکومت کند.

از قواعد حل تعارض قوانین این است که قراردادهای خصوصی در صورتی که طرفین بر حاکمیت قانون خاصی توافق نکرده باشند، تابع قانون محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای آن است. البته قاضی لرد اسکویت در نتیجه گیری نهایتاً به قانون ابوظبی استناد نکرد. زیرا معتقد بود که قانون ابوظبی در مورد قراردادهای نفتی فاقد قواعد قابل قبولی است. ایشان در این مورد در رای مذکور می نویسد:

لیکن چنین قانونی در ابوظبی وجود خارجی ندارد. خیالبافی خواهد بود که گفته شود در این

1. The serbrian loans, Permanent Court of Intertional Justice (1929), series A.No.20.

منطقه بسیار بدوی اصول حقوقی مسلمی وجود دارد که در مورد اسناد بازرگانی امروزی قابل اعمال باشد (موحد، ۱۳۸۹: ۲۳۹).

در دعوی قطر (۱۹۵۳) نیز داور از همان طرز فکر لرد اسکویت تبعیت نمود و به عذر آنکه قانون اسلام به صورتی که در قطر اجرا می شود فاقد اصول و موازینی است که بتواند بر قرارداد امتیاز نفت حکومت نماید امتیاز نامه را از قانون قطر خارج دانست. با این استدلال، در دعوای ابوظبی داور تصمیم گرفت بر مبنای حقوق طبیعی و در دعوای قطر داور تصمیم گرفت بر مبنای اصول عدالت و انصاف و وجدان پاک رسیدگی کند.

در بند (۱) ماده ۳۳ قانون نمونه‌ی آنسیترال<sup>۱</sup> آمده است: «دیوان داوری قانونی را اعمال خواهد کرد که طرفین آن را برای حاکمیت بر ماهیت اختلاف برگزیده اند. در صورت فقدان چنین انتخابی از جانب طرفین، دیوان داوری قانونی که به موجب قواعد حل تعارض تعیین می شود، اعمال خواهد کرد.»

در صورتی که انتخاب ضمنی قانون قابل تشخیص نباشد، قواعد داوری ممکن است به داور اجازه دهد تا مستقیماً قانون مناسب را تعیین نماید. در ماده ۱۷ قواعد اتاق بازرگانی بین المللی مصوب ۱۹۹۸ به دیوان داوری اجازه داده شده است که در صورت فقدان چنین انتخابی، قانون مناسب را تعیین و اعمال نماید.<sup>۲</sup>

در بند (۱) ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به داوری تجاری بین المللی تعیین قانون مناسب در پرتو قواعد حل تعارض شمرده شده است.<sup>۳</sup>

عدم اعمال قواعد حل تعارض ممکن است با این اشکال مواجه شود که رای داوری توسط دادگاه داخلی نقض شود. زیرا به موجب حقوق بین الملل خصوصی، اجرای رای داوری در بسیاری از کشورها مشروط به رعایت قواعد حل تعارض آن کشور می باشد. البته در برخی از کشورها به مرجع داوری اجازه داده شده است داور بدون لزوم مراجعه به قواعد حل تعارض،

1. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL):

**Article 33:** 1. The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

2 ICC - International Chamber of Commerce Arbitration Rules 1998: **Article 17:** 1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

3 European Convention on International Commercial Arbitration Done at Geneva, on 21 April 1961: Article VII - Applicable Law

مستقیماً به «قانون مناسب» استناد نماید.<sup>۱</sup>

عده ای نظریه قرارداد بی قانون را مطرح نموده و معتقدند که قرارداد تابع مفاد خودش است. به اعتقاد این دسته از حقوقدانان، در قراردادهای سرمایه گذاری باید اندیشه حاکمیت قانون ملی یا حقوق بین الملل را از سر بیرون کرد. زیرا این قراردادها نه صرفاً داخلی اند و نه کاملاً بین المللی. وردروس و بورکن از جمله کسانی هستند که با تکیه بر رأیی که در قضیه ابوظبی صادر شد نظریه قرارداد بی قانون را مطرح کرده اند. قبلاً گفتیم که داور قضیه ابوظبی، به دلیل اینکه قانون داخلی این کشور را برای حاکمیت در قراردادهای نفتی متری و مناسب نمی دانست، به حقوق طبیعی متوسل شد. حقوق طبیعی اگر چه ممکن است بر ماهیت اختلاف حکومت کند، ولی مفاد قرارداد فی نفسه حقوق طبیعی نیست. در هر حال طرفداران نظریه «قرارداد تابع خود» معتقدند که قرارداد به قانون طرفین تبدیل می شود و نیازی نیست برای حل اختلاف به منبع دیگری رجوع شود. به این ترتیب، قرارداد تابع قانون خودش است و استفاده از قوانین ملی یا بین المللی جنبه فرعی دارد.

نظریه قرارداد بی قانون با ایرادات اساسی مواجه است که در اینجا به برخی از این ایرادات اشاره می شود.

۱. اولین ایراد این است که هر قراردادی هر چه باشد، قدرت اجرایی خود را از قانون می گیرد. پروفیسور سوزر هال<sup>۲</sup> در این باره می نویسد: «بدیهی است که هیچ قراردادی نمی تواند در خلأ، یعنی بی آنکه بر سیستم حقوقی معینی مبتنی باشد، به وجود بیاید. عقد قرارداد بالضروره به قانون موضوعه معینی مرتبط می گردد که به موجب آن آثار قانونی بر تراضی و توافق اراده طرفین بار می شود. این امر در اختیار مطلق طرفین نیست. در خارج از یک سیستم حقوقی، قرارداد وجود پیدا نمی کند. اراده طرفین وقتی می تواند به ایجاد رابطه قراردادی منتهی شود که سیستم حقوقی حاکم، چنان اثری را به رسمیت شناخته باشد».

۲. مشکل دیگر این است که قرارداد هر چه جامع و کامل باشد نمیتواند همه جزئیات از قبیل اشتباه، تدلیس، غیر ممکن شدن اجرای قرارداد و غیره را پیش بینی کند.

۳. ایراد دیگری که مطرح می شود این است که آزادی در انتخاب قانون مطلق و بی قید و حصر نیست. بنابراین، همانطور که طرفین در انتخاب قانون حاکم از محدودیتهایی برخوردارند، در

۱. به عنوان مثال رجوع کنید:

France: Art. 1496, New Code of Civil Procedure  
 Netherlands: Art. 1054(2), Code of Civil Procedure;  
 Portugal: 1986 Law on Voluntary Arbitration, 44 *ICLQ* 179, 186 (1995);  
 Switzerland, Private International Law Act, Ch. 12, art 187;  
 2. Sauser Hall

تعیین شرایط و آثار قرارداد نیز از محدودیت‌هایی برخوردارند و این محدودیت‌ها در نظام‌های حقوقی تعیین می‌شود.

۴. برخی موضوعات مثل اهلیت و نظم عمومی با اداره اشخاص قابل تعیین نیست. برای تشخیص اهلیت طرفین و تعریف نظم عمومی نمی‌توان به اراده رجوع کرد. اینگونه موضوعات، اساساً با توافق دو یا چند اراده قابل تعیین نیستند. بنابراین چاره‌ای جز اتکا به قانون معینی که بر قرارداد حکومت نماید باقی نمی‌ماند.

در حقوق بین‌الملل این امر که قرارداد تابع هیچ قانونی نباشد، مورد انتقاد بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است و طرفداران چندانی ندارد. برخی از حقوقدانان که در حمایت از سرمایه‌گذاران غربی به دنبال رفع حاکمیت قانون داخلی هستند، در عین حالی که بر لزوم تابعیت هر قراردادی از سیستم حقوقی معینی تأکید می‌ورزند، قراردادهای توسعه اقتصادی را از حاکمیت قانون داخلی خارج دانسته و آن را تابع حقوق بین‌الملل می‌دانند. اینان در توجیه عقیده خود نظریه بین‌المللی شدن قراردادهای توسعه اقتصادی را مطرح می‌کنند.

حقوق بین‌الملل تنظیم‌کننده روابط دولتها و سازمانهای بین‌المللی است. اما طرفداران اعمال حقوق بین‌الملل می‌گویند مرکز ثقل قراردادهای اقتصادی که یک طرف آن دولت است، روابط بین‌المللی است. دولتی که وارد قرارداد امتیاز و سرمایه‌گذاری می‌شود، قرارداد خود را تا سطح معاهده<sup>۱</sup> ارتقاء می‌دهد و خواهان اجرای قواعد حقوق بین‌الملل است و معتقدند طبیعت قرارداد مقتضی بین‌المللی شدن آن است. بسط و گسترش اصول اقتصادی حقوق بین‌الملل از قبیل حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی خود و حق دولت‌ها در ملی کردن اموال و بنگاه‌های اقتصادی در چارچوب حقوق بین‌الملل و قطعنامه‌هایی که تا کنون از طرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد در این زمینه صادر شده است، در توجیه این نظریه مورد استفاده قرار گرفته است.

در قضیه نفت ایران و انگلیس، دولت انگلیس معتقد بود که چون قرارداد ایران با شرکت نفت انگلیس پس از مداخله جامعه ملل و پیرو مذاکرات دو دولت منعقد شده است، ماهیتاً یک قرارداد بین دو دولت محسوب می‌شود و از این رو دولت انگلیس حق دارد، رأساً و بدون نیاز به مطرح شدن مقوله حمایت دیپلماتیک، بر علیه دولت ایران در دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه دعوا نماید. اما دیوان معتقد بود که قرارداد مزبور، قرارداد بین دو دولت نیست و معاهده محسوب نمی‌شود. سرانجام دولت انگلیس مجبور شد که در قالب حمایت سیاسی موضوع را پیگیری نماید.

1. Treaty.

تئوری تبعیت قراردادهای توسعه اقتصادی از حقوق بین الملل نیز با ایراداتی مواجه است: اولاً، اگر حل اختلاف در قراردادی به داوری داخلی ارجاع شده باشد، کسی طرف دار این نظریه نیست که داور داخلی حقوق بین الملل را اجرا نماید. اگر طبیعت قرارداد مقتضی بین المللی شدن است چرا در داوری ها و دادگاههای داخلی به آن عمل نمی شود. بنابراین در خود کشورهای غربی نیز پای بندی کامل به این نظریه وجود ندارد.

ثانیاً، قراردادهای اقتصادی که یک طرف آن دولت است، ماهیتاً در زمره قراردادهای خصوصی است و حقوق بین الملل فاقد قواعد ناظر بر قراردادهای خصوصی است. نظام حقوق بین الملل از چنان قواعدی که روابط اقتصادی خصوصی را تنظیم کند برخوردار نیست.

ثالثاً، همان طور که در بحث قراردادهای بدون قانون گفتیم، تعیین تکلیف بسیاری از موضوعات فقط از عهده نظام حقوقی معینی برمی آید که در اینجا می گوئیم بخشی از این موضوعات مثل اهلیت طرفین و محدودیتهای طرفین در انتخاب قانون حاکم و رجوع به داوری فقط در قوانین داخلی کشورها تعیین می شود. به علاوه برخی مفاهیم حقوقی مثل تابعیت فقط در اختیار نظام حقوقی داخلی هر کشوری است. در ماهیت دعوی همان گونه که در گفتار اول این مبحث نیز اشاره گردید حاکمیت اراده طرفین و تعیین قانون قابل اعمال از طرف آنان مد نظر قرار گرفته است و در صورت سکوت طرفین داور تعیین قانون می نماید که این دو بحث در ماهیت اختلاف اهمیت بیشتری دارند.

دادگاه ها غالباً امور مربوط به اخلاق ناظر بر دادرسی منصفانه را به عنوان یک مسئله مرتبط با نظم عمومی تلقی می کنند. رعایت ملاحظات نظم عمومی شکلی در داوری بین المللی به دو مرحله تقسیم می شود: مرحله اول که همان مرحله داوری است، به دوره قبل از صدور رای داوری مربوط می شود. حقوق مورد نظر در این مرحله همان اصول دادرسی منصفانه است. یعنی نظام های حقوقی، نقض اصول دادرسی منصفانه را به عنوان یک موجب خاص برای اعمال نظارت قضایی بر رای داوری در نظر گرفته اند. قانون نمونه فرانسه و سوئیس از این جمله اند. در صورت عدم تخصیص عنوانی خاص برای نقض این اصول، جهت اعمال نظارت قضایی بر رای داوری، نقض آن ها تحت عنوان عام نظم عمومی قابل بررسی است. مرحله دوم مرحله صدور رای است که ناظر به شرایط شکلی رای داوری است که اغلب به حقوق اساسی و طبیعی طرفین مثل لزوم استدلال و استناد در رای که در برخی کشورها در زمره ملاحظات نظم عمومی است، مربوط می شوند.

### ب- تعیین قانون توسط طرفین

نظم عمومی و الزامات آن از جمله اخلاق در داوری قبل، حین و بعد از صدور رای داور را شامل می شود. این نظم باید هم توسط صاحبان دعوا و اصحاب قرارداد داوری، هم داوران و هم

قضات دادگاه‌ها در نظر گرفته شود. به طور مثال طرفین قرارداد باید با در نظر گرفتن نظم عمومی و قواعد آمره قرارداد خود را تنظیم کنند، هم چنین داوران باید با رعایت قواعد نظم عمومی داخلی رای خود را صادر و انشا نمایند و در نهایت قضات باید آرای داوری را با در نظر گرفتن نظم عمومی بررسی نمایند. در این میان تعیین قانون حاکم بر دعوا از اختیارات طرفین قرارداد داوری است. احترام به آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوا که در قانون داوری تجاری بین المللی ایران پیش بینی شده، مانند مقررات مشابهی که در قانون نمونه آنستیرال برای اولویت توافق طرفین وجود دارد، کاملاً شاخص و پیدا است. بند ۱ ماده ۲۷ قانون ایران در واقع ترجمه فارسی عین بند ۱ ماده ۲۸ قانون نمونه آنستیرال است. از نظر قانون ایران، انتخاب طرفین در مورد قانون ماهوی اولویت دارد و هیچ گونه محدودیتی ندارد. با این همه، این پرسش همچنان مطرح است که آیا اولویت و حاکمیت انتخاب طرفین در برابر قوانین آمره ایران نیز، معتبر و حاکم است یا نه؟ این سوال از دو جهت مطرح می شود. اول، از حیث میزان محدودیتی که قوانین ایران به عنوان نظم عمومی بر آزادی اراده طرفین موافقت‌نامه در انتخاب قانون حاکم وارد می کند. بدیهی است این جنبه فقط در فرضی قابل طرح است که در قانون ایران به عنوان قانون حاکم بر موافقت‌نامه بداند. دوم، از نظر میزان تأثیری است که قوانین ایران به عنوان نظم عمومی بر تصمیم و رأی دیوان داوری دارد، و احیاناً قانون منتخب طرفین را معتبر نمی داند (سیفی، ۱۳۷۷: ۷۱). به نظر می رسد که نمی توان بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری ایران را طوری تفسیر کرد که مجوز اعتبار هر گونه انتخاب قانون ماهوی حاکم باشد، بلکه این ماده انتخاب طرفین را تا جایی محترم شمرده که به موجب قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری نیز معتبر باشد. فرض کنیم در یکی از حالات، قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری، قانون ایران باشد، اصحاب دعوا تا کجا می توانند قانون ماهوی حاکم را انتخاب و تعیین نمایند، طبقاً باید به قانون ایران مراجعه شود. البته قوانین ایران در این مورد با دشواری‌هایی مواجه است و به ویژه از حیث آزادی عمل اتباع ایرانی برای موافقت با چنین انتخاب مطلق روشن و آسان نیست.

به هر حال چنین به نظر می رسد تمام قوانین داوری اصل آزادی اراده طرفین را به رسمیت می شناسند؛ یعنی این اصل که طرف‌ها آزاد هستند قانون یا قواعد ماهوی حاکم بر ماهیت اختلاف ارجاع شده به داوری را تعیین کنند.<sup>۱</sup> این سازوکاری در اختیار طرف‌ها قرار می دهد تا از اعمال قانونی نامطلوب یا نامناسب بر اختلافی بین المللی جلوگیری کنند. این انتخاب بر هیأت

۱. بند (۱) ماده ۱۸۷ حقوق بین المللی فدرال سوئیس:

-The Arbitral tribunal shall decide the case according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence thereof, according to the rules of law with which the case has the closest connection.



داوری الزامی است در اکثر قواعد داوری از جمله سوئیس هم بر این مطلب صحه گذاشته است (دی ام لیو و همکاران، ۱۳۸۷: ۴۲۵).

### ج- انتخاب قانون توسط داور

در سکوت طرفین، قاعده آزادی داور در انتخاب قانون حاکم پذیرفته شده است، ولی در عمل، طرق اعمال این آزادی به دو صورت خواهد بود. به عبارت دیگر، آزادی انتخاب قانون توسط داور گاه می‌تواند به معنای انتخاب قانون حل تعارض حاکم باشد و گاه به معنای قانون ماهوی حاکم به طور مستقیم. از این دو طریق، طریق اول که ناظر به یک روش حل تعارض برای تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعواست، به ناچار به یک سیستم حقوق ملی می‌انجامد، ولی روش دوم همان روشی است که برای داوران امکان اعمال حقوق فراملی را فراهم می‌آورد (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۹۷-۱۹۶). در این رابطه بند (۱) و (۲) ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بیان می‌دارد؛ طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون در مورد آئین رسیدگی داوری توافق نمایند. و در صورت نبودن چنین توافقی «داور» با رعایت مقررات این قانون، داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی می‌نماید. تشخیص ارتباط، موضوعیت و ارزش هرگونه دلیل بر عهده «داور» است. ماده ۱۹ قانون نمونه آنسیترال مقرر می‌دارد؛ طرفین آزادند که در مورد تشریفات که بایستی جهت انجام رسیدگی توسط دیوان داوری رعایت شود، با توجه به مقررات این قانون توافق کنند.

در صورت نبودن چنین توافقی، دیوان داوری می‌تواند با رعایت مقررات این قانون، داوری را به نحوی که مقتضی تشخیص می‌دهد اداره و تصدی کند. اختیاری که دیوان داوری در این موارد دارد، شامل اختیار او در تشخیص قابل قبول بودن، ارتباط، موضوعیت یا ارزش هرگونه دلیل نیز می‌باشد.

همچنین در برخی از اسناد بین‌المللی به داوران اختیار داده شده است که قانون حاکم را بر اساس قواعد حل تعارضی که مناسب تشخیص می‌دهند، تعیین نمایند. در این اسناد اشاره ای به قواعد حل تعارض کشور خاصی نشده است و این امر به انتخاب داوران محول شده است. بند (۲) ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال چنین مقرر می‌دارد: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم به وسیله طرفین، دیوان داوری قانونی را اعمال خواهد کرد که از طریق قواعد حل تعارضی که دیوان داوری آن را قابل اعمال تشخیص می‌دهد، تعیین می‌گردد». در این بند صراحتاً تعیین قواعد حل تعارض را به داوران واگذار کرده است که قواعد مناسبی را انتخاب کنند. مشابه این امر در بند (۱) ماده ۳۰ مقررات داوری منطقه ای تهران پذیرفته شده است. در این رابطه نیز بند (۱) ماده ۱۸۷ قانون فدرال سوئیس مقرر می‌دارد؛ داوران آزادند نظام یا قواعد حل تعارض قوانین را که مناسب تشخیص می‌دهند برگزینند (دی ام لیو و همکاران، ۱۳۸۷: ۴۳۷-۴۳۶).

در اخلاق به معنای تابعی از نظم عمومی در روابط بین الملل علی الاصول با تعارض قانون خارجی و قانون داخلی مواجهیم که اعمال قانون خارجی با نظم عمومی داخلی تعارض پیدا می‌کند و با وجود آن که قواعد حل تعارض قانون خارجی را حاکم می‌سازد، اما نظم عمومی غلبه داشته، مانع از اجرای قانون خارجی علی الاصول صلاحیت دار می‌شود. این در حالی است که نظم عمومی در داوری تجاری بین المللی، علی الاصول مانع از اعتبار یا اجرای رای داوری بین المللی در یک کشور (غالباً کشور محل اجرا و بعضاً کشور محل صدور) به علت تعارض با نظم عمومی بین المللی آن کشور می‌گردد.

«نظام های حقوقی نیز بین قواعد نظم عمومی داخلی و قواعد نظم عمومی بین المللی خود تفاوت قائل می‌شوند. در حقوق داخلی مفهوم نظم عمومی اغلب برای معرفی قواعد امری به کار می‌رود که طرفین نمی‌توانند از آن‌ها عدول کنند. درحالی که، در حقوق بین الملل خصوصی، نظم عمومی که به عنوان «نظم عمومی بین المللی» و به عبارت صحیح تر «نظم عمومی در روابط بین المللی» یا «استثنای نظم عمومی» شناخته می‌شود، دادرسی را قادر می‌سازد از اعمال قانون خارجی علی الاصول صلاحیت دار امتناع کند. در حوزه داوری های تجاری بین المللی از جمله در زمینه اجرای آرای داوری بین المللی که اداره دسته ای از روابط حقوقی بین المللی و نه روابط داخلی صرف، مورد نظر است، نظم عمومی به مفهوم اخیر یعنی نظم عمومی به مفهوم خاص یا استثنای نظم عمومی کارگزار باشد.» (جنیدی، ۱۳۹۲: ۲۶۵)

## نتیجه گیری

کنوانسیون وین ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ بر وجود قاعده آمره در جامعه بین المللی تاکید دارند ولی نتوانستند معیاری برای شناخت قواعد آمره ارائه دهند. لذا برای احراز چنین قاعده ای باید دو شرط وجود داشته باشد:

۱- قاعده آمره منافع اساسی جامعه بین المللی را تضمین کند

۲- جامعه بین المللی آن را بصورت امری تخطی ناپذیر پذیرفته باشد.

ماده ۵۳ کنوانسیون وین قاعده آمره را قاعده تخلف ناپذیر توصیف می کند و تخلف از آن را موجب مسئولیت بین المللی متخلف می داند بنابراین قاعده آمره قاعده ای است که واجد ضمانت اجرا می باشد.

نقض قاعده آمره موجب بطلان رای داورى می شود و از لحاظ اصولی مسئولیت شخص متخلف را در پی خواهد داشت، چرا که تجاوز به منافع اساسی جامعه بین المللی یا حقوق داخلی رخ داده است. قواعد آمره در داورى تجارى بین الملل هرچند دال بر مدول اخلاق می کند، لیکن بنا به اینکه اخلاق امری اعتباری و در نهایت انتزاعی است، نمی توان قواعد آمره در داورى تجارى بین المللی را از منظر اخلاقی مورد بررسی قرار داد و به آن وجاهت بخشید زیرا نسبت میان اخلاق و منفعت در روابط بین الملل از جنس تعارض و تقابل است. و بایستی به این قواعد به عنوان ابزاری صرفاً حقوقی نگریست. مهم ترین قواعد نظم عمومی شکلی در رابطه با داورى دالی برگرفته از اخلاق است. اصول دادرسی عادلانه و منصفانه، از جمله رفتار برابر با طرفین و تشکیل منصفانه دیوان داورى و رعایت انصاف و عدالت در رسیدگی به دلایل و لزوم رعایت بی طرفی داوران هستند. ادله اثبات دعوی نیز متأثر از نظم عمومی است. برای یک مثال می توان به ضمانت اجرای بطلان آراء مغایر با اسناد رسمی اشاره کرد. بی تردید مبنای این مقررته تنها نظم عمومی است. بدین ترتیب باید گفت اگرچه ارزش ادله به نظر داور وابسته است اما این آزادی برای داور بی قید و شرط نیست و به نظم عمومی محدود می گردد.

قاعده آمره در ابتدا از طریق نظام های حقوقی داخلی و در جوامع داخلی شکل گرفته است و به تدریج وارد نظام حقوق بین الملل شده است. در هر نظام حقوقی که مجموعه ای از اصول و قواعد است، هر قاعده اعتبار خود را از قاعده برتر می گیرد: به این معنی که هر قاعده در سلسله مراتب معینی جای دارد. در حقوق بین الملل نیز این نظریه، اهمیت زیادی دارد و هر قاعده ای مبنای اعتبار خود را از قاعده برتر می گیرد. قواعد آمره، قواعد حقوقی و دارای ماهیت حقوقی برتری هستند که در رأس همه قواعد قرار دارند. بنابراین رعایت آن بر همه لازم الاجراست؛ زیرا که بیانگر منفعت مشترک برای جامعه جهانی است و همه اعضای بین المللی در این خصوص ذینفع تلقی می شوند. اما اینکه این قواعد دال بر مدول اخلاق و تلاش برای رسیدن جامعه بین المللی بر مبنای اخلاق هستند، در ذات قوانین آن نهفته است اما اینکه این قواعد دارای ماهیت اخلاقی توأم با ماهیت حقوقی باشند، تا زمانی که نتوان معیار مشخصی برای تبیین اخلاق در روابط بین الملل ارائه نمود، امری آرمانی و شاید دست نیافتنی باشد.

## فهرست منابع

۱. ثابت مقدم، منصور. (۱۳۸۱)، ماهیت حقوق بین الملل: حقوق یا اخلاق، کانون، (۲) ۳۵.
۲. جنیدی، لعبا، (۱۳۹۲)، اجرای ارای داوری بازرگانی خارجی، تهران: انتشارات شهر دانش.
۳. .... (۱۳۷۸). نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۴. خانی، محمد حسن، (۱۳۸۹)، نسبت بین اخلاق و منفعت در روابط بین الملل، دانش سیاسی، ش ۱۱.
۵. خیابوی، ایلدار آفاقلیزاده، (۱۳۸۷)، تعهدات اخلاقی داوران در داوری‌های تجاری بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.
۶. دشتی و کریمی، (۱۳۹۲)، مطالعه تطبیقی داوری رضایی یا تشریفاتی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱، دانشگاه علوم قضایی تهران.
۷. رسول زاده فرساد، علی و علومی، حمیدرضا، (۱۳۹۸)، چالش‌های اخلاقی اجرای رای داور در نظام حقوقی ایران، پژوهش‌های اخلاقی، (۱۰) ۱.
۸. سیفی، سیدجمال، (۱۳۷۷) «قانون داوری تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنستیرال»، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۲۳.
۹. شهبازی نیا، مرتضی و بازگیر، سعید، (۱۳۹۴)، نظم عمومی و نقش آن بر امور شکلی داوری، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ش ۲۳.
۱۰. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۶). نقش آنستیرال در توسعه حقوق تجارت بین الملل؛ مجله آوای عدالت، شماره ۱۹.
۱۱. صانعی، مهدیه؛ صادقی، محمد، (۱۳۹۵)، حقوق و اخلاق در آراء جان آستین، کلسن، هارت و کانت: در جستجوی نظام حقوقی کارآمد، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، (۱۲) ۲.
۱۲. لنکرانی، زینب السادات، (۱۳۹۵)، اعتبار حقوقی اصل حسن نیت در منابع حقوق بین الملل با تاکید بر توافق هسته ای جمهوری اسلامی ایران و غرب، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه پیام نور استان تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۱۳. نوین، پرویز، (۱۳۸۶)، نظم عمومی در حقوق PUBLIC ORDER، کانون وکلا، شماره‌های: ۱۹۸-۱۹۹
14. Doak Bishop, Lucy Reed, Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, Arbitration International, Volume 14, Issue 4, 1 December 1998.
15. Hwang, Michael "Why is There Still Resistance to Arbitration in Asia?", lecture delivered at The International Arbitration Club, Table Talk (Autumn 2007)
16. Resnik, David B., The Ethics of Science, London & Newyork, 1998.
17. Rogers, Catherine, The Ethincs of international Arbitors, <http://ssm.com/abstract=1081436>.

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۱۶۴ - ۱۴۹

## جایگاه اخلاق در مالکیت با محوریت قاعده تسلیط و حاکمیت عمومی

زهرا سرحدی<sup>۱</sup>

سیدمحمد مهدی غمامی<sup>۲</sup>

توکل حبیب زاده<sup>۳</sup>

### چکیده

جایگاه خاص اموال و مالکیت در زندگی روزمره بشر اهمیت و برجستگی ویژه ای در بین سایر موضوعات دارد تا جایی که در مکاتب الهی و حتی نظام های غیرالهی یک اصل اساسی و مسلم برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه است در همین جهت قاعده تسلیط از مشهورترین قواعد فقهی است و به دلیل کاربرد گسترده اقتصادی و اجتماعی از دیرباز از اساسی ترین قواعد فقه اسلام بوده است این قاعده تثبیت کننده ارکان مالکیت است در تعارض موضوع مالکیت و قاعده تسلیط با منافع عمومی برخی از فقها این نظریه را غیرقابل خدشه دانسته اما دیدگاههای غالب معتقدند اصل ترجیح حقوق عمومی و مصالح جمعی قاعده تسلیط را محدود می نماید و در تعارض این دو منافع عمومی حاکم است هرچند برخی دیدگاهها در قاعده تسلیط بعنوان جمع یاد می کنند و تعارضی با منافع عمومی استنباط نمی کنند پژوهش حاضر موضوع مالکیت را با تکیه بر قاعده تسلیط و حاکمیت منافع عمومی با توجه به پیچیدگی روزافزون زندگی و روابط اجتماعی افراد که موجب تحدید قاعده تسلیط در تراحم با منافع عمومی و حتی سلب مالکیت می گردد مورد پردازش قرار داده است که تا کنون به گونه فوق کسی ورود ننموده است.

### واژگان کلیدی

اخلاق، تسلیط، حاکمیت عمومی، مالکیت، منافع عمومی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبئی، امارات.

Email: m.negin731@yahoo.com

۲. استادیار، دانشکده معارف و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: ghamamy@isu.ac.ir

۳. دانشیار، دانشکده معارف و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران. Email: habibzadeh@isu.ac.ir

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۶/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۳/۳۰

## طرح مسأله

قاعده تسلیط به علت کاربرد وسیع اقتصادی - اجتماعی همواره مورد توجه بوده و از مشهورترین قواعد فقهی است چرا که با آن ارکان مالکیت تثبیت می شود زیرا جایگاه خاص اموال و مالکیت در زندگی روزمره بشر اهمیت و ویژگی بالایی دارد اهمیت این امر در مکاتب الهی و حتی نظام های غیر الهی یک اصل مسلم و اساسی است زیرا موجب تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه است به طوری که بموجب حدیث « حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ » مال مسلمان مانند خورش محترم شمرده شده است همچنین بر پایه حدیث « لَا يَجِلُّ لِامْرَأٍ مَالٌ أُخِيهِ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ » تصرف در مال غیر جز از طریق جلب رضایت مالک ممنوع شده است حتی برخی از فقها همچون صاحب جواهر هنگام تعارض قاعده تسلیط با منافع عمومی این قاعده را غیر قابل خدشه دانسته که در آن قدرتمندی قاعده تسلیط را می توان مشاهده کرد (بحث احتکار)

اما از آنجا که شارع اسلام قاعده تسلیط را به صیغه جمع بیان داشته و در آن تصریح شده است که همه کس در مال و نفس خودشان تسلط دارند نه اینکه هر فرد بطور جداگانه تسلط داشته باشد در این قاعده تسلط هر فرد باید چنان باشد که مانع تسلط از دیگران نگردد و مناط در آن توجه به تسلط همه مردم در مال و نفس خودشان است چون حدیث مذکور به صیغه جمع و به لفظ الناس آمده است بنابراین قاعده تسلیط و لاضرر نه تنها با یکدیگر تعارض ندارند بلکه در کنار یکدیگر مکمل هم هستند.

اما در یک نگرش دیگر که بیشترین کاربرد و ابتلا در به کارگیری قاعده تسلیط ظهور نموده تحدید اصل مذکور در تعارض و تراحم با منافع عمومی است که حتی گاهی موجب سلب مالکیت فرد می شود چرا که مصالح عمومی و اجتماعی مالکیت فردی را کنار می زند و حقوق عمومی را حاکم می نماید.

با توجه به اینکه نظام های حقوقی و مکاتب مذهبی تحت تأثیر عقاید تاریخی و ایدئولوژیکی برداشت های مختلفی از مقوله مالکیت و حدود آن دارند و هر یک متناسب با شرایط خود دامنه مالکیت اشخاص را به طرز متفاوتی تعریف و بیان می کنند مثلاً در جوامع سرمایه داری مالکیت فردی نسبت به مالکیت دولتی اهمیت داده می شود و در نظام های بازممانده از سوسیالیست مالکیت عمومی و دولتی اهمیت بالایی دارد. در نظام حقوقی ایران که برگرفته از اسلام است هیچکدام از شیوه های فوق مستقلاً انتخاب نگردیده است بلکه با نگرش به قواعد فقهی و دیدگاههای شریعت و مالکیت خصوصی اشخاص را با توجه به حدود آن به صورت مشروط معتبر و محترم شمرده است.

نظر به قاعده سلطنت آزادی های فردی در کسب و کار و انتخاب شغل مادامی که مانع

کسب و کار دیگران نشود و مزاحمتی با حقوق فردی و جمعی دیگر افراد جامعه نداشته باشد قانونی و مشروع می داند (اصول ۴۴ و ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)

مالکیت شامل مالکیت خصوصی (اصل تسلط) و مالکیت عمومی است هر جا منافع خود با منافع اجتماع و عموم در تعارض و تزاخم باشد قاعده سلطنت تحدید و چه بسا تضعیف گردد تا حاکمیت عمومی منافع اجتماعی را تضمین نماید در حقیقت قاعده تسلط در تعارض با قاعده لاضرر محدود می گردد و منافع عمومی حاکم می شود در همین راستا پژوهش حاضر موضوع مالکیت را با تکیه بر قاعده تسلط و حاکمیت منافع عمومی و بهره گرفتن از دیدگاههای فقهی فقهای عظام همچنین مدنظر قرار دادن پیچیدگی های روز افزون زندگی اجتماعی و روابط افراد مورد مطالعه قرار داده است چرا که در بساری موارد به قاعده سلطنت با وضع قوانین جدید استثناء وارد می شود زیرا موجبات تحدید این قاعده در تزاخم با منافع عمومی صورت می گیرد که با این وصف هر روز دامنه سلطنت محدود و محدودتر می شود.

#### ۱- مفهوم مالکیت

در تعریف مالکیت آمده که: اعتبار و سلطه شخصی نسبت به شیئی به نحوی که بتواند در آن تصرف کند و مانع از تصرف دیگران شود<sup>۱</sup>. ملاحظه می شود که در این تعریف رکن اصلی مالکیت و عنصر اساسی آن همان سلطه است، که اثر آن مباح بودن تصرف برای مالک و مانع بودن تصرف بر غیر مالک است. یا فقیه دیگر بدین مفهوم بیان داشته که: مقصود از مالکیت یک رابطه اعتباری است و بین مالک و مملوک رابطه حقیقی و تکوینی وجود ندارد و تنها رابطه بین آن دو اعتباری است که از قرارداد نشأت می گیرد.<sup>۲</sup> مالکیت اعتباری از مالکیت حقیقی منشأ می گیرد.

خداوند مالک حقیقی انسان است، انسان ها با اراده او خلق می شوند و با اراده او نابود می شوند مالکیت حقیقی موجب تسلط کامل مالک بر همه شئون مملوک است. در این رابطه خداوند در قرآن مجید آورده که: «وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ مُحِيطًا»<sup>۳</sup> (آنچه در آسمانها و آنچه در زمین است ملک خداست و خداوند بر همه چیز احاطه و تسلط دارد).

۱- عمیدزنجانی، عباسعلی، قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی، انتشارات سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۱، ص ۱۲۲

۲- خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶، ص ۲۴

۳- قرآن مجید، نساء، ۱۲۶

## ۱-۱- مال و حق

در تعریف مال آمده است: مال چیزی است که مورد رغبت و تقاضای عقلاء باشد به گونه ای که در مقابل آن عوضی را پرداخت نمایند.<sup>۱</sup> این تعریف هر چند دارای نقائص و ایراداتی است زیرا پیشرفت زندگی امروزه خیلی از عناصر از قبیل هوا، خورشید، دریا، حق تألیف، حق اختراع، حق سرقتی و ... را مال محسوب و تعریف گذشته مال را که به کالای مادی اختصاص داشت از محدودیت و ابتدائی خارج نموده است.

## ۱-۲- مالکیت در اصطلاح حقوق

به معنی حق، تعبیر شده است و حق استعمال و تصرفات به هر صورت از سوی مالک در ملک و در مال خود به جز مواردی که در قانون استثناء شده باشد اطلاق می‌گردد.<sup>۲</sup> بنابراین یکی از حقوق مسلم اشخاص در جامعه حق مالکیت است تحدید این حق باید به موجب قانون باشد چرا که امری خلاف قاعده است.

در فرهنگ لغت هم<sup>۳</sup> مالکیت را حقی می‌داند که ایشان نسبت به شیئی دارد و بر اساس آن می‌تواند هرگونه تصرفی که قانون استثناء نکرده باشد در آن شیئی بنماید.

در ارتباط حق مالکیت و مال گفته شده، حق مالکیت، از این جهت که شامل تمام منافع اقتصادی شیئی می‌شود، چنان با موضوع خود به هم آمیخته که در نظر نخست مورد توجه قرار نمی‌گیرد، ولی با اندک تأمل بخوبی پیداست که، آنچه مورد تملک قرار می‌گیرد و به اشخاص اختصاص می‌یابد و از نظر حقوق در آن تصرف می‌شود، رابطه اعتباری است که انسان با اشیاء دارد و به خاطر همین رابطه است، که به آنها «مال» گفته می‌شود.<sup>۴</sup>

## ۲- مالکیت مطلق و حقیقی بر اساس آیات

در دسته ای از آیات قرآن مجید کلماتی نظیر «مُلک» و «ملکوت» به کار رفته و از حروف اضافه ای مانند «ل» استفاده می‌شود از جمله «وَلَمْ یَكُنْ لَهُ شَرِیکٌ فِی الْمُلْکِ...»<sup>۵</sup> و «لِلّٰهِ مُلْکُ السَّمٰوٰتِ وَ الْاَرْضِ وَ مَا فِیْہِنَّ...»<sup>۶</sup> فقهاء، مفسران و علمای لغت در معنی و مفهوم «مُلک» را به سلطنت، فرمانروایی و قدرت مطلق و کامل نسبت به اشیاء آورده اند همچنین در رابطه با

۱- عمید زنجانی، پیشین، ص ۱۲۴

۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، سال ۱۳۷۹، ص ۱۱۰۳

۳- معین، مجد، فرهنگ معین، آدنا، تهران، ۱۳۸۲، ص ۹۸۳

۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی - اموال و مالکیت، نشر میزان، ۱۳۸۵، چاپ یازدهم، ص ۱۳

۵- قرآن مجید، سوره اسراء، آیه ۱۱۱

۶- قرآن مجید، سوره مائده، آیه ۱۲۰



واژه «ملکوت» آن را به قلمرو بیکران سلطنت و اقتدار نامحدود خداوند به حساب آورده اند.<sup>۱</sup> تا جایی که گفته شده، از ویژگی های حرف مالکیت «ل» بیان حالت انحصاری مالکیت است، می توان به روشنی استنباط کرد که این گروه از آیات در مقام بیان مالکیت اصلی و ذاتی خداوند نسبت به تمام عالم هستی که مخلوق و مملوک انحصاری اویند - است و مالک حقیقی و مطلق هستی را منحصرأ خداوند تبارک و تعالی می داند و بس.<sup>۲</sup>

در تحلیل آیات مالکیت مطلق و حقیقی می توان گفت که، مالکیت خداوند نسبت به کل هستی و از جمله آنچه در قلمرو قدرت و اختیار انسان قرار دارد مطلق و انحصاری است و پروردگار عالم هر گونه سلطنت و اقتدار نسبت به مایملک خود دارد و در این ارتباط فعال مایشاء است و هر طور اراده نماید به محض اراده اعمال می شود و بعلاوه در سلطنت و تسلط مطلقش بر اشیاء، شریک و همتایی نمی توان فرض کرد. بنابراین مالکیت انسان بر اشیاء و اموال تحت تصرف خود، غیر حقیقی، غیر اصل و نتیجتاً محدود و نیابتی در حد اذن می باشد و انسان بعنوان خلیفه و ثابت خداوند هر چند مالک حقیقی و اصل اشیاء و اموال نیست بعنوان مالک غیر حقیقی و مأذون از طرف اوست و مؤید حکم مندرج در قاعده تسلیط است.

### ۳- مالکیت در قاعده تسلیط

این قاعده از مهمترین قواعد فقه اسلام است و به علت کاربرد وسیع اجتماعی و اقتصادی از قدیم مورد توجه دین مبین اسلام بوده است. زیرا تثبیت کننده ارکان مالکیت است و به علت جایگاه خاص اموال و مالکیت در زندگی روزانه بشریت، اهمیت و برجستگی خاص در بین سایر موضوعات دارد.

اهمیت اموال و مالکیت در مکاتب الهی و حتی نظام های غیرالهی یک اصل اساسی و مسلم برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه است در حدیث نبوی آمده که «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ»<sup>۳</sup> مال مسلمان مانند خونس محترم شمرده شده است. و در حدیثی دیگر آمده که «لَا يَجِلُّ لِأَمْرِي مَالٌ أُخِيهِ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِي»<sup>۴</sup>، تصرف در مال غیر جز از طریق جلب رضایت مالک ممنوع گردیده است. در حقیقت سلطه کامل مالک در مال خود بر مفاد قاعده تسلیط دلالت دارد.

۱- راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، با تحقیق محمد سید گیلانی، بیروت، دارالمعرفه، بی تا صص ۴۹۲-۴۹۳

۲- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه - بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۱۴

۳- ابن عبدربه، ابوعمر احمد بن محمد، العقد الفرید، ج ۲، چاپ هفتم، به کوشش مفید محمد قمیحه، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۳۵۷

۴- ابوداؤد سجستانی، سلیمان بن اشعث، سنن، ج ۲، بیروت، دارالجنان، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۱۹۰۵

## ۵- مالکیت در عموم و اطلاق قاعده تسلیط

دین مبین اسلام قاعده تسلیط و اصل مالکیت را مبتنی بر اصل اراده مستقل انسان قرار نداده است بلکه آن را بر اساس اراده خدا در متنی از جانب پروردگار نسبت به انسان متقی تلقی کرده است و به همین جهت مالکیت و سلطه مالکانه وقتی محترم شمرده می شود که مورد تأیید شرع قرار گرفته باشد و از این روست که کلیات قاعده تسلیط در مواردی از طرف شارع اسلام نقض و به آن قید و تخصیص زده شده است.<sup>۱</sup>

## ۶- مالکیت در جنبه ایجابی و سلبی قاعده تسلیط

این قاعده دارای دو جنبه ایجابی و سلبی است زیرا ابتدا مباح بودن کلیه تصرفات مالکانه برای شخص مالک را در بر می گیرد و سپس در مرحله بعدی حرام بودن هر نوع تصرف دیگری در مال شخص را شامل می شود. مثلاً در آیه: «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل الا أن تكون تجاره عن تراض»<sup>۲</sup> (اموالتان را میان خود بدون عوض و به باطل اخذ و تصرف نکنید مگر آنکه به صورت معامله و از زوی رضایت صاحب مال باشد).

در تحلیل آیه فوق می توان گفت مفادش بر این موضوع دلالت می کند که نباید اموال دیگران را به غیر از رضایت وی تصاحب کرد و بین شخص و مالش مانعی ایجاد کرد زیرا «أکل» در آیه منظور از هر عملی است که مانع از سلطه مالکانه شخص باشد. و این امر برداشتی کامل از احترام به مالکیت و عدم مزاحمت در تصرفات مالکانه صاحب مال است و از سوی دیگر می توان استنباط نمود که به حق و غیر باطل هم می توان در مال تصرف نمود. به یقین تصرفات مالکانه و سلطه صاحب مال نسبت به مال خود به حق است زیرا فرض آن است که وی مالش را از راه مشروع و حق تحصیل نموده است.

از نظر روائی نیز جنبه های ایجابی و سلبی قاعده تسلیط قابل بررسی است. حدیث نبوی (ص): «الناس مسلطون علی اموالهم»<sup>۳</sup> حدیث به روشنی به سلطنت مردم نسبت به اموالشان دلالت دارد و مقتضای اطلاق «مسلطون»، مشروعیت هر نوع تصرف مالکانه (جنبه ایجابی قاعده) و حرمت ممانعت از تصرفات مالک در ملک خود می باشد. (جنبه سلبی). همچنین در حدیثی دیگر که شیخ صدوق از امام زمان (عج) نقل نموده: «فلا یحل لاحد ان یتصرف فی مال غیره بغیر اذنه»<sup>۴</sup>.

۱- عمید زنجانی، عباسعلی، پیشین. ص ۱۳۰

۲- سوره نساء، آیه ۲۹

۳- مجلسی (علامه)، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۲، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۱۵۴

۴- حرعاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه ج ۶، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی،

بی تا، ص ۳۷۷

مفاد این حدیث به این معنی دلالت دارد که بدون اذن مالک نمی توان در مال او تصرف کرد و مفهوم این سخن حلیت تصرف در مال دیگری با اذن اوست ، حال اگر تصرفات در مال کسی با اذن او جایز بود ، بی شک هر نوع تصرفی از طرف مالک در مال خود به طریق اولی جایز خواهد بود . بنا بر این حدیث مذکور با منطوقش به جنبه سلبی قاعده تسلیط و با مفهومش به جنبه ایجابی آن دلالت دارد.

### ادله عامه در بحث مالکیت

ادله عامه که در زمینه صحت عقد بیع ، اجاره ، عاریه ، هبه ، وصیت ، رهن ، وکالت ، قرض ، شرکت ، مضاربه ، مزارعه ، مساقات و نظایر آن در شریعت اسلام آمده ، میدان وسیعی از تصرفات مالک را تجویز نموده است که مفاد قاعده تسلیط می باشد.

در واقع اگر فقیه هیچ دلیل خاصی بر قاعده تسلیط نداشته باشد ، می تواند با ملاحظه موارد بسیاری که در شریعت اسلام آمده است و نمونه هایی از آن موارد احصاء گردید ، قاعده تسلیط را استنباط و استخراج نماید که فقها این گونه قواعد را اصطیادی می نامند<sup>۱</sup>.

### ۷- مالکیت در قاعده تسلیط و ملازمه آن با عقل و عرف

قاعده تسلیط یک اصل عرفی و عقلانی ثابتی است که در زمان پیامبر(ص) و معصومان (ع) وجود داشته است و هیچگونه رد ، منع و نهی راجع به آن صادر نگردیده است<sup>۲</sup>.

دلیل عقلی به معنی ملازمه عقلی بین مالکیت و قاعده تسلیط و نیز به معنی بنای عقلاء ، که توسط شرع امضاء شده است ، مبتنی بر این اصل است که سلطه مالکانه از آثار مالکیت است و مالکیت عبارت است از اعتبار اضافه و انتساب بین شخصی که مالک نام دارد و شیئی که مملوک نامیده می شود<sup>۳</sup>.

همچنین گفته شده : «ان السلطنه لیست هی الملکیه بل هی الاحکام العقلانیه للملکیه<sup>۴</sup>» سلطه مالکانه (مفاد قاعده تسلیط) خود مفهوم مالکیت نیست بلکه از احکام و آثار عقلایی آن می باشد.

برخی دیگر نیز ذکر کرده اند ، مالکیت عبارت است از اعتبار سلطه شخصی نسبت به شیئی به نحوی که بتواند در آن تصرف کند و مانع تصرف دیگران شود. قاعده تسلیط اصولاً مفاد اصل مالکیت است و احتیاج به دلیلی جز ادله اصل مالکیت نخواهد داشت .

۱- عمید زنجانی ، عباسعلی ، پیشین ، ص ۱۴۸

۲- همان ، ص ۱۲۸

۳- خمینی(ره)، کتاب البیع، ج ۱، صص ۱۱-۲۵

۴- همان ، ص ۱۱

مفاد مستندات قاعده تسلیط، عموم سلطه مالک بر مال خود و یا اطلاق آن می باشد و در نتیجه چه در جنبه ایجابی سلطه (مالک هر نوع سلطه را در مال خود می تواند اعمال نماید) و چه در جنبه سلبی (هر نوع تصرف غیر مالک موکول به اذن مالک می باشد) سلطه شامل کلیه موارد استعمال یا بکارگیری و حق استدلال یا بهره وری و حق تصرف ناقل و حق تصرف تغییری و حق تصرف ایجابی و حق تصرف اعدامی در عین و منافع مال خواهد بود.

#### ۸- محدودیت بر مالکیت و سلطه مالکانه از منظر حاکمیت عمومی

محدودیت نمودن مالکیت در اسلام با نوعی هدایت و کنترل همراه است منظور از هدایت راههای خاصی است برای فعالیت های مالکانه در زمینه تولید و توزیع و خدمات، و همچنین منظور از کنترل مانع شدن از یک سلسله موارد از اعمال سلطه مالکانه می باشد. که بیشتر جنبه اجتماعی دارد و نگاه حاکمیتی است زیرا گستردگی دامنه تسلیط ممکن است با تزامم حقوق فردی دیگران یا تزامم با حقوق اجتماعی منجر گردد که به برخی از تحدیدهای مالکیت به صورت محوری پرداخته می شود.

#### ۸-۱- محدودیت سلطه مالکانه از طریق هدایت الزامی

این نوع هدایت ها اصولاً به چند روش انجام می شود.

الف- هدایت در تصرفات تولیدی مانند منابع، کشاورزی، شکار و معادن

ب- هدایت در تصرفات توزیع که به دو صورت انتقالات شرعی (مانند ارث) و انتقالات اختیاری و ارادی (مانند عقود صحیح) انجام می گیرد.

ج- هدایت در مصرف، مانند نفقات واجب و واجبات مالی (خمس، زکات، کفارات) و هزینه های واجب حکومتی<sup>۱</sup>

#### ۸-۲- محدودیت سلطه مالکانه از طریق کنترل و نهی

کنترل سلطه مالکانه افراد از راههای مختلف صورت می گیرد که به برخی از موارد مختصر اشارت می شود:

الف- کنترل از طریق سلب مالیت یا مالکیت برخی از اشیاء مانند شراب که سلب مالیت شده و وقف عام که از مالکیت خارج شده است.

ب- کنترل از طریق سلب مالکیت از برخی اشخاص، مانند مرتد و کافر حربی و کسی که پدر خویش را بقتل رسانده باشد.

ج- کنترل از طریق منع تولید، مانند تولید ادوات قمار و آلات لهو

د- کنترل از طریق منع مصرف در مورد برخی از اشیاء مانند منع خوردن و آشامیدن اشیاء

حرام

۱- عمید زنجانی، پیشین، ص ۱۳۰.

ه- کنترل از طریق منع مصارف غیر مجاز مانند اسراف و احتکار  
و- کنترل از طریق منع تحصیل اشیاء در مقابل چیزی که مالیت ندارد (اکل مال به باطل)  
**۳-۸- محدودیت سلطه مالکانه از طریق نظارت و اعمال مستقیم حاکمیتی**  
این نوع کنترل و نظارت از طریق اعمال حاکمیت و سیاست مستقیم دولت صورت می گیرد که به برخی محورها اشاره می شود:

الف- نظارت توسط دولت اسلامی در اموال دولتی، زیرا با توجه وسعت دایره مالکیت دولت، بخش خصوصی قادر بر تسلط بر بخشی از منابع ثروت نخواهد بود و نظارت دولت آن را محدود خواهد کرد.

ب- نظارت بر اساس مصالح عمومی جوامع اسلامی از راه ایجاد محدودیت در قیمت ها و تعیین حدودی بر کمیت و کیفیت ثروت ها، سلطه مالکانه را محدود نماید.

ج- نظارت در اموال عمومی که بخش عظیمی از منابع ثروت را از تحت سلطه مالکانه بخش خصوصی خارج می کند.

د- نظارت و حاکمیت برحق استفاده از منابع طبیعی (مانند مباحثات اولیه) که این مهم بر عهده دولت اسلامی است تا بهره برداری از آنها موجب تضییق بر دیگران نباشد چنانچه حضرت علی (ع) فرمود: «ایاک و الاستثار بما الناس فیه أسوه»<sup>۱</sup>

### ۹- مصادیقی از عوامل محدودکننده سلطه مالکانه در قالب قانون

مالکیت فردی در صورت تعارض و تزامم با حقوق فردی دیگران یا حقوق اجتماعی محدود می گردد و به اصطلاح فقهی اگر قاعده تسلیط با قاعده لاضرر تعارض و تزامم کند قلمرو قاعده تسلیط محدود می شود به عنوان مصادیقی از وضع قوانین و تحدید مالکیت فردی در تزامم با حقوق فردی دیگران و تزامم با حقوق اجتماعی در دو محور ذکر می شود.

### ۱-۹- تزامم سلطه مالکانه اشخاص با حقوق فردی دیگران

هرگاه شخصی بخواهد در ملک خود تصرفی کند که تزامم همسایگان باشد تصرف مزبور ممنوع است، بدیهی است این تصرف در فرض عدم اضرار به دیگران از مصادیق سلطه شخص بر مال خود است ولی با توجه به ایجاد مزاحمت نسبت به حقوق دیگران قلمرو سلطه وی محدود می گردد.<sup>۲</sup>

در راستای حاکمیت قاعده لاضرر بر تسلیط از مصادیق تحدید سلطه مالکانه اشخاص در

۱- نهج البلاغه، نامه ۵۳ (عهدنامه مالک اشتر)

۲- محمدی، امید، تحدید حقوق مالکانه در طرح های عمومی و عمرانی، انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۱۱.

نتیجه تعارض با حقوق مالکانه اضرار دیگر و منع به اضرار به آنها بر اساس قاعده لاضرر وضع قوانین صورت گرفته که برخی از موارد اشاره می‌شود.

الف - اخذیه شفعه<sup>۱</sup>

ب - محدودیت های ناشی از مجاورت املاک<sup>۲</sup>

ج - احداث مجرای قنات یا چاه در ملک دیگری بدون رضایت او<sup>۳</sup>

د - ایجاد مستحذات در اراضی اشخاص دیگر ، ناشی از اشتباه و فقدان سوء نیت<sup>۴</sup>

## ۹-۲- تراحم سلطه مالکانه اشخاص با حقوق اجتماعی

چنانچه طرح های عمومی با حق سلطنت افراد در املاک در تراحم قرار گیرد حقوق عمومی مقدم می‌گردد. مثلاً چنانچه برای آبرسانی یا برق رسانی نیاز به تصرف در اموال و املاک افراد باشد دولت نخست سعی می‌کند از طریق جلب رضایت مالک اقدام کند ولی چنانچه مالک رضایت ندهد دولت ناگزیر است به نفع عموم وارد عمل شود و در حق افراد بطور قهری دخالت کند<sup>۵</sup> به مصادیقی از تراحم سلطه مالکانه افراد با حقوق و منافع اجتماعی و حاکمیت اصالت اجتماع و محدودیت مالکیت افراد که اعمال حاکمیت عمومی به صورت قانون ظهور و بروز نموده در ادامه اشاره می‌شود.

الف - محدودیت در اعمال تسلط و حق مالکیت نسبت به املاک اشخاص به منظور احداث خطوط راه آهن صنعتی و تجاری<sup>۶</sup>

ب - محدودیت نسبت به اموال شخصی که جزء آثار ملی می‌باشد به منظور حفاظت از میراث تاریخی و فرهنگی<sup>۷</sup>

ج - محدودیت ناشی از مجاورت املاک با معابر عمومی<sup>۸</sup>

د - احیاء ، بهسازی و نوسازی بافت های فرسوده و ناکار آمد شهری<sup>۹</sup>

۱- قانون مدنی ، ماده ۸۰۲

۲- قانون مدنی ، ماده ۱۳۲

۳- قانون راجع به قنوت مصوب ۱۳۰۹ ، مواد ۳ و ۴

۴- ماده واحده لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸/۰۹/۲۷

۵- محقق داماد ، سید مصطفی ، پیشین ، صص ۱۳۰ و ۱۳۱

۶- آیین نامه مربوط به احداث خطوط راه آهن صنعتی و تجاری مصوب ۱۳۴۳/۰۹/۳۰

۷- الف - قانون خرید اراضی و ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی ۱۳۴۷ - ب - قانون حفظ آثار ملی ۱۳۰۹

۸- قانون شهرداری بند ۱۴ ماده ۵۵ مصوب سال ۱۳۳۴

۹- قانون حمایت از احیاء ، بهسازی و نوسازی بافت های فرسوده و ناکارآمد شهری ۸۹/۱۱/۱۰

ه- محدودیت در تغییر کاربری پارکینگ و الزام به حفظ کاربری آن<sup>۱</sup> (به منظور حفظ حقوق عمومی به علت اشتغال فضاهای عمومی)  
و- محدودیت نسبت به اعمال حقوق مالکانه در بهره برداری از اختراعات اشخاص به اقتضای تأمین منافع عمومی<sup>۲</sup>

#### ۱۰- قاعده لاضرر و حاکمیت آن بر قاعده سلطنت

قاعده لاضرر از قواعد بسیار مهم فقهی است که بیان می دارد، اضرار به غیر نه در مرحله قانونگذاری و نه در مرحله اجرا مشروعیت ندارد. ضرر بین دو نفر واقع و ضرر از یک فرد صادر می شود. در تعارض بین قاعده لاضرر و قاعده تسلیط، قاعده لاضرر حکم ضرری را رفع می نماید اعم از حکم تکلیفی یا وضعی، و اگر لازمه سلطنت شخصی، ضرر به دیگری باشد چون سلطنت اطلاق قاعده تسلیط تا جایی است که زیان جسمانی برای افراد حاصل نگردد<sup>۳</sup>. این قاعده در تزامم با آسایش و سلامت افراد کلیت و اطلاق خودش را از دست می دهد و حقوقدانان و فقها در مقام رفع تعارض بین این دو قاعده حقوقی نظرات متفاوتی ابراز نموده اند که من حیث المجموع، قاعده لاضرر در جهت محدود کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از قاعده تسلیط مقرر گردیده است برخی از حقوقدانان معتقدند<sup>۴</sup>، در این قاعده تسلط هر فرد باید چنان باشد که مانع تسلط دیگران نشود و مناط در آن توجه به تسلط همه مردم در مال و نفس خودشان است چنانچه حدیث شریف به صیغه جمع و به لفظ «الناس» بیان شده است، این حدیث قاعده ای برای رفاهیت عموم مردم است نه قاعده ای برای تسلط های فردی، بر اساس این تعبیر از حدیث هر فرد در استفاده و تسلط بر مال خود ناچار است تسلط دیگران یعنی آسایش و حقوق دیگران را رعایت نماید که بدین ترتیب دو قاعده تسلیط و لاضرر نه تنها باهم تعارضی ندارند بلکه در کنار یکدیگر مکمل هم هستند

#### ۱۱- ارتباط قاعده تسلیط و حقوق

مکمل است ابتدا چنین به ذهن متبادر شود که قاعده تسلیط اختصاص به اعیان منقول و غیرمنقول دارد و در خصوص حقوق جاری و ساری نیست زیرا مرجع مورد وثوق و اعتماد برای قاعده فوق حدیث شریف «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» است و واژه مال بر حقوق صدق نمی

۱- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۴۲ مورخ ۸۸/۰۲/۰۶

۲- قانون ثبت اختراعات مصوب ۸۶/۰۸/۰۷ ماده ۱۷ مقرر می دارد: «دولت یا شخص مجاز از طرف آن، با رعایت ترتیبات زیر، می توانند از اختراع بهره برداری نمایند...»

۳- محمدی، امید، پیشین، ص ۴۱

۴- جوان، موسی، تعارض قاعده لاضرر و قاعده تسلیط، مجله کانون وکلا، سال اول، شماره چهارم، صص ۳۹-

کند. تعریف مال در فقه دارای ابهام است و یک تعریف مشترک و منقول القول دیده نمی‌شود. مثلاً در تعریف مال آمده که، چیزی است که عرف در مقابل آن بها می‌پردازد یا مال چیزی است که طبع آدمی به آن تمایل داشته باشد (الْمَالُ مَا يَمِيلُ إِلَيْهِ طَبَعُ الْإِنْسَانِ).<sup>۱</sup>

گفته شده<sup>۲</sup>، مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) در بیان آثار بیع، این عقد را مختص به اعیان می‌داند و انتقال حق را از تعریف بیع، یعنی «الْبَيْعُ مَبَادَلُهُ مَالٍ بِمَالٍ» خارج کرده، تصریح می‌کند که حتی حقوقی از قبیل حق تحجیر اگر چه قابل انتقال هستند، ولی از آنجا که واژه مال در تعریف بیع اخذ شده، صدق آن بر حق مشکل است، لذا چنین مبادله‌ای بیع نیست.

در پاسخ و مخالف با نظر شیخ انصاری، آمده که: «لَا يُمَكِّنُ الْمَسَاعَدَةُ فِيهِ لِأَنَّ بَعْضَ الْحُقُوقِ أَمْوَالٌ تُبَدَّلُ بِأَمْوَالِ الْأَثْمَانِ وَ لَا يُعْتَبَرُ فِي الْمَالِيَةِ إِلَّا ذَلِكَ»<sup>۳</sup> یعنی با گفتار شیخ نمی‌توان مساعدت کرد، زیرا بعضی از حقوق جزو اموالند، چرا که در مقابل آنها بهاء پرداخت می‌شود و در صدق مالیت، جز این معنی چیزی معتبر نیست.

مبنای فقهی قاعده تنها حدیث نیست، بلکه همان طور که گفته شد بنای عقلا را می‌توان از اهم مبنای آن دانست و بی‌گمان عقلاء، همانطور که مردم را بر اموال خود مسلط می‌دانند ذی حق را نیز بر حقوقش مسلط می‌دانند.

نتیجه اینکه چنانچه بپذیریم که مردم بر اموال خویش به معنای عین سلطنت داشته باشند پس به طریق اولی بر حقوق هم مسلط خواهند شد.

## ۱۲- اصل ترجیح حقوق عمومی بر حقوق خصوصی

در برخی از موارد مثلاً دو اصل یکی محترم بودن مالکیت خصوصی و دیگری اصل رعایت حقوق شهروندی مردم باهم متضاد می‌شوند، زمانی که برای اجرای حق مردم مبنی بر تسهیل در امور مختلف زندگی، قرار باشد طرحی انجام می‌شود اگر این طرح با مالکیت خصوصی بعضی افراد متعارض باشد یکی از مواردی که اصول حقوقی باهم متضاد می‌شوند اصل ترجیح حقوق عمومی بر حقوق خصوصی به میدان عمل می‌آید.

در چنین مواقعی اصل بر رعایت مواردی است که قرار است برای مسائل عمومی و رفاه جمعی جامعه انجام می‌شود البته بدین معنی نیست که حق افراد در این ارتباط پایمال می‌شود. در چنین مواردی دولت یا شهرداری‌ها بایستی مطابق ضوابط و مقررات قانونی در ابتدا با توافق طرف یا قسمت حقوق شخصی مردم را پرداخت و در صورت توافق نکردن نیز مبلغی را بر مبنای

۱- مجله الاحکام العدلیه (مطبوع در متن تحریر المجله)، نجف: مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ه.ق.

۲- به نقل از محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، ص ۱۲۵

۳- خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۳



قوانین پرداخت کنند تا جبران حقوق مالکیتی افراد بعمل آید سپس طرح عمومی اجرا گردد<sup>۱</sup>.

### ۱۳- حفظ منافع و مصالح عمومی

قانونگذار در راه مصالح اجتماعی و برای حفظ منافع عمومی، در موارد بسیاری تصرفات مالک را محدود و حتی سلب مالکیت را تجویز کرده است. با بررسی و تأمل در این قوانین پی می‌بریم که حق مالکیت در روزگار ما تا چه اندازه محدود شده است و چگونه مصالح و منافع اجتماعی، منافع فردی را تحت الشعاع قرار داده است.

نظر به مصالح اجتماعی، موارد سلب مالکیت روزافزون شده اما باید احتیاط کرد تا به امنیت اقتصادی لطمه وارد نشود<sup>۲</sup>.

می‌توان در کنار نظریه قدرت عمومی (حاکمیت - دولت) از نظریه منفعت عمومی به عنوان مبنای تملکات شهرداری یاد کرد<sup>۳</sup>. مفهوم سلب مالکیت به سبب منافع عمومی این است که دولت، شهرداری‌ها و همچنین مؤسسات عمومی که هدفشان رفع نیازهای عمومی است بتوانند اموال غیر منقول، نظیر زمین اشخاص را در قبال پرداخت بهای عادلانه به نفع نیازمندی‌های عمومی از قبیل توسعه و ایجاد معابر اختصاص دهند<sup>۴</sup>. نتیجه همه موارد ذکر شده حکایت از محدود نمودن دامنه قاعده تسلط است و اقتضائات زندگی پیشرفته جمعی و حفظ نظم عمومی است.

۱- محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، ص ۱۲۵

۲- جعفر لنگرودی، محمدجعفر، محشای علمی-تاریخی-تطبیقی، گنج دانش، ج اول، حاشیه چهارم، ماده ۳۱ قانون مدنی، ۱۳۸۰

۳- قاسمی، محمدرضا، تحلیل مبانی تملکات اراضی توسط شهرداری در نظام حقوقی ایران، مدرسه حقوق، شماره ۸۵، اسفند ۹۲، ص ۵۸

۴- همان، ص ۶۱

## نتیجه گیری

مقوله اموال و مالکیت و جایگاه آن در زندگی روزمره انسان اهمیت و برجستگی ویژه ای در بین سایر موضوعات دارد از آنجایی که مالکیت با سرشت و فطرت آدمی در آمیخته است از آن به سلطنت یا قاعده تسلیط یاد می کنند زیرا یک اصل اساسی و مسلم برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه است بطوری که بموجب حدیث «حرمه مال المسلم کحرمه دمه» ارزش و احترام مال مسلمان همانند خورش محترم شمرده شده است. کما اینکه برخی از فقها همچون صاحب جواهر هنگام تعارض قاعده تسلیط با منافع عمومی این قاعده را غیر قابل خدشه دانسته و در آن قدرتمندی قاعده تسلیط را می توان مشاهده نمود (مکروه دانستن بحث احتکار بر مبنای قاعده سلطنت) در حالی که برخی دیگر معتقدند که در حدیث شریف (الناس مسلطون علی اموالهم) لفظ «الناس» به صیغه جمع آمده و قاعده ای جهت رفاه عموم مردم است نه برای تسلط های فردی بنابراین هر فرد در استفاده و تسلط مال خود ناچار است تسلط دیگران و آسایش و حقوق عمومی مردم را رعایت کند با این ترتیب دو قاعده تسلیط و لاضرر نه تنها باهم در تعارض نیستند بلکه در کنار یکدیگر و مکمل هم هستند.

اما در مجموع مباحث مطروحه دیدگاههای فقهاء و صاحب نظران و مطالعه قاعده سلطنت در ارتباط با دیگر قواعد و حاکمیت عمومی در موضوع مالکیت و تحلیل و استنباط عملی می توان گفت، چون قاعده سلطنت انسان (مالکیت فردی) بر اموال خویش یک قاعده عقلایی و فطری است بنابر این نمی تواند هر نوع تصرفی را حتی تصرفی که منشأ ضرر بر دیگران باشد، بدون اینکه ضرری از خود مالک دفع شود یا منفعتی به او برگردد شامل شود، در تزامم لاضرر بمعنی حرمت اضرار به دیگران با حدیث سلطنت می توان نتیجه گرفت که، اضرار طبیعی ناشی از اعمال سلطنت مورد پذیرش عقلاء نمی تواند سلطنت مالک را محدود کند و آنجایی که اعمال سلطنت مورد پذیرش عقلاء و عرف نباشد قاعده لاضرر در تعارض و تزامم با حدیث سلطنت قرار می گیرد و آن را تحدید می نماید و چه بسا با وضع قوانینی با توجه به پیچیدگی های روابط انسانی جامع امروزی برآن استئنا وارد کند تا مصالح و منافع عمومی حفظ و نظم اجتماعی از هم نگسلد.

## فهرست منابع

- قرآن  
نهج البلاغه
- الف - فارسی و عربی**
- ۱- ابن عبدربه، ابو عمر احمد بن محمد، العقد الفرید، ج ۲، چاپ هفتم، به کوشش مفید محمد قمیحه، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۷ ه.ق
  - ۲- ابوداود سجستانی، سلیمان بن اشعث، سنن، ج ۲، بیروت، دارالجنان، ۱۴۰۹ ه.ق
  - ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۷۹
  - ۴- جعفر لنگرودی، محمد جعفر، محشای علمی-تاریخی-تطبیقی، گنج دانش، ج اول، حاشیه چهارم، ماده ۳۱ قانون مدنی، ۱۳۸۰
  - ۵- جوان، موسی، تعارض قاعده لاضرر و قاعده تسلط، مجله کانون و کلا، سال اول، شماره چهارم
  - ۶- حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۶، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا
  - ۷- خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶
  - ۸- راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، با تحقیق محمد سید گیلانی، بیروت، دارالمعرفه، بی تا
  - ۹- عمیدزنجانی، عباسعلی، قواعد فقه-بخش حقوق خصوصی، انتشارات سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۱
  - ۱۰- قاسمی، محمدرضا، تحلیل مبانی تملکات اراضی توسط شهرداری در نظام حقوقی ایران، مدرسه حقوق، شماره ۸۵، اسفند ۹۲
  - ۱۱- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی- اموال و مالکیت، نشر میزان، ۱۳۸۵
  - ۱۲- مجله الاحکام العدلیه (مطبوع در متن تحریر المجله)، نجف: مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ه.ق
  - ۱۳- مجلسی (علامه)، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۲، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ه.ق
  - ۱۴- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه - بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۷
  - ۱۵- محمدی، امید، تحدید حقوق مالکانه در طرح های عمومی و عمرانی، انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۵
  - ۱۶- معین، محمد، فرهنگ معین، آذنا، تهران ۱۳۸۲

### ب- قوانین

- ۱۷- قانون مدنی.
- ۱۸- قانون راجع به قنوت مصوب ۱۳۰۹.
- ۱۹- ماده واحده لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸/۰۹/۲۷.
- ۲۰- آیین نامه مربوط به احداث خطوط راه آهن صنعتی و تجاری مصوب ۱۳۴۳/۰۹/۳۰
- ۲۱- قانون خرید اراضی و ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی
- ۲۲- قانون حفظ آثار ملی
- ۲۳- قانون شهرداری
- ۲۴- قانون حمایت از احياء، بهسازی و نوسازی بافت های فرسوده و ناکارآمد شهری ۸۹/۱۱/۱۰
- ۲۵- قانون ثبت اختراعات مصوب ۸۶/۰۸/۰۷
- ۲۶- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۴۲ مورخ ۸۸/۰۲/۰۶

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۱۸۸ - ۱۶۵

## نقض حقوق مولف در فضای سایبر و پیامدهای اخلاقی آن

محمد شکوری گرکانی<sup>۱</sup>  
 نجادعلی الماسی<sup>۲</sup>

### چکیده

در عرفان اسلامی، یکی از مهم‌ترین حقوق افراد، امانت داری و حفظ حق و حقوق طرفین است. یکی از مهمترین حقوق مؤلفان، حقوق اخلاقی آنها محسوب می‌شود. با وجود این، انتشار آثار تحت حمایت قانون در سطح جهانی در فضای سایبری کاملاً فراگیر شده است. آثاری نظیر فیلم‌ها، ضبط و نمایش موسیقی و متون علمی، قابل ارسال به همه جای جهان است و در دنیای امروز نیازمند بررسی عرفانی بیشتری در این زمینه نیاز می‌شود. تکثیر آثار در دیتابیس واقع در کشورهای خارجی و در دسترس عموم قرار دادن آثار فکری به وسیله ارائه دهندگان خدمات آنلاین یکی از بزرگترین چالش‌های موجود حقوقی به شمار می‌رود. اعمال ناقض حقوق اخلاقی مؤلف بدون در نظر گرفتن مراتب عرفانی آن می‌تواند به طور پیوسته در کشورهای مختلف انجام پذیرد. به دلیل اینکه دسترسی به شبکه دیجیتال در سراسر جهان امکان پذیر بوده و به گیرندگان و انتقال دهندگان غیرقانونی آثار فکری چنین امکانی را می‌دهد، تعیین محلی که آثار فکری و هنری در آنجا تولید، تکثیر یا نقض می‌شوند بسیار دشوار است. در اسناد بین‌المللی، تعیین دادگاه صالح موکول به تعیین محل وقوع نقض حقوق اخلاقی شده است. اما به نظر می‌رسد با توجه به فرامکان بودن فضای سایبر، این معیار ناکارآمد است و همچنین نیاز به بررسی بیشتری در عرفان اسلامی دارد. لذا در این مقاله با به کارگیری روش پژوهش کتابخانه‌ای با توجه به محل فعالیت ارائه دهندگان خدمات اینترنتی، معیار جدیدی برای تعیین دادگاه صالح و تبیین آن در عرفان اسلامی ارائه شده است.

### واژگان کلیدی

حقوق اخلاقی، پیامدهای اخلاقی، صلاحیت قضایی، کپی رایت، نقض.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.  
 Email: Majid.shakori@gmail.com

۲. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده الهیات، حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).  
 Email: nalmasi@ut.ac.ir

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۵/۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱/۳۰

## طرح مسأله

همه نحله‌های عرفانی، اعم از اسلامی و غیر اسلامی، معتقدند که برای رسیدن به عرفان باید به اخلاق توجه جدی نمود. و تا کسی امور اخلاقی را مراعات نکند هرگز به مقامات عرفانی نایل نخواهد شد. اخلاق، مجموعه قواعدی است که رعایت آنها برای نیکوکاری و رسیدن به کمال لازم است. قواعد اخلاق میزان تشخیص نیکی و بدی است و می‌دانیم که از دیر باز حقوق و اخلاق و مذهب با هم رابطه نزدیک داشته‌اند. پیش از دو قرن اخیر، قواعد اخلاق و حقوق با هم مخلوط بود و مذهب بر حقوق بسیاری از کشورهای جهان حکومت می‌کرد. لیکن امروز هم، به رغم کوششهایی که برای ممتاز ساختن آنها از یکدیگر می‌شود، در بیشتر اوصافی که برای حقوق برشمرده‌اند اخلاق و مذهب نیز شریک است. به ویژه با مفهوم خاصی که جامعه‌شناسان برای اخلاق قائل شده‌اند، تفاوت حقوق و اخلاق به کلی از بین می‌رود. با این توضیحات چنین نیست که همه دانشمندان مغرب زمین جدایی کامل حقوق و عرفان فتوی داده باشند؛ زیرا اصول مکتب اشراق در نظریه بسیاری از علمای حقوق معاصر نیز دیده می‌شود، چنانکه حقوقدان مشهور اسلام، لئون پترزکی، مبانی حقوق را در تأثیرهای درونی و احکام دل جستجو می‌کند. به نظر وی، از راه شهود و اشراق می‌توان مبنای نیک و بد کارها را به دست آورد و به قواعدی رسید که با هدف مطلوب و ذهنی سازگار باشد (دیناری و موحدی، ۱۳۹۸).

در عصر فناوری اطلاعات، تمام رایانه‌های متصل به اینترنت در هر نقطه‌ای از جهان قادر خواهند بود که با ورود به وب سایت‌ها به اطلاعات و داده‌های مد نظر خود دسترسی پیدا کنند. حمایت از حقوق اخلاقی آثار ادبی و هنری مستلزم این است که از نقض این حقوق در سطح داخلی و بین‌المللی جلوگیری شود. بنابراین پدید آورندگان یا دارندگان حقوق مذکور باید بتوانند دعوی خود علیه ناقضان حق را در سطح بین‌المللی دنبال نمایند. محیط سایبر موجب شده تا نقض حقوق در سطح جهانی کثرت و تنوع یابد.

مسئله صلاحیت بین‌المللی دادگاهها، یکی از موضوعات اصلی حقوق بین‌الملل خصوصی به شمار می‌رود و حل مسئله تعارض دادگاهها مقدم بر حل مسئله تعارض قوانین است؛ زیرا دادگاه باید قبل از تعیین قانون حاکم بر دعوی، نسبت به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر کرده باشد.<sup>۱</sup> همچنین ماهیت حقوق مالکیت فکری، حقوق غیرمادی و غیر ملموس است که در یک مکان خاص نمی‌گنجد. لذا این امر از اهمیت بسیاری برخوردار است و به همین اندازه هم بررسی آن دشوار است. چه، از سویی با حقوق مالکیت فکری، و از سوی دیگر با حقوق بین‌الملل خصوصی درارتباط است. ازین روست که برای بررسی مسئله صلاحیت قضایی، باید به

۱. الماسی، نجادعلی، حقوق بین‌الملل خصوصی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجم، تهران، زمستان ۱۳۸۶، ص ۲۲.

هر دو منظر پرداخت و مسلم است که تعارض قوانین مالکیت فکری نه کاملاً تابع اصول تعارض قوانین عام و سنتی است و نه کاملاً مطابق با اقتضائات مالکیت فکری، بلکه امری است که سعی در تلاقی بین این دو دارد و به این لحاظ مشکل زاست؛ چه آنکه قواعد حل تعارض تکیه زیادی بر عنصر مکان دارد، در حالی که فضای سایبری فرا مکان است.

هدف از ارائه معیارهای مختلف جهت تعیین دادگاه صالح در دعاوی بین المللی نقض حقوق مؤلف در فضای سایبری این است که اولاً، با ارائه معیار جهت تعیین یک دادگاه واحد، از صلاحیت‌های متداخل و متعارض و نتیجتاً از صدور آرای متعارض جلوگیری شود. ثانیاً، با توجه به ماهیت فضای اینترنتی و نقض حق در کشورهای مختلف، زیان‌دیده قادر باشد با مراجعه به دادگاه یک کشور در خصوص تمام یا بخش قابل توجهی از خسارت اقامه دعوی نماید و احقاق حق مستلزم رجوع به چند دادگاه نباشد. بدیهی است خواهان با توجه به مقررات نظام حقوقی هر کشور و نتیجه احتمالی که بر مبنای آن نظام حقوقی، برای پرونده حاصل می‌شود، نسبت به انتخاب دادگاه اقدام می‌نماید.<sup>۱</sup> در این مقاله، ضمن بررسی معیار تعیین دادگاه صالح در اسناد بین المللی، دکتربین حقوقی در تعیین محل وقوع نقض حق بررسی و معیار جدیدی برای تعیین صلاحیت یک دادگاه واحد در دعاوی نقض حقوق مؤلف در فضای سایبری ارائه خواهد شد.

صلاحیت قضایی<sup>۲</sup> عبارت است از اقتدار دولت برای رسیدگی به موضوعی در دادگاه یا در نهاد داورى.<sup>۳</sup> در یک برداشت موسّع، صلاحیت، قدرت و توانایی قانونی یک ارگان یا مقام دولتی برای انجام فعالیت‌های قانونی تعریف شده است. در انگلستان اصطلاح jurisdiction به منزله صلاحیتی است که ارگان یا مقام رسمی به نام دولت اعمال می‌کند.<sup>۴</sup>

در اسناد بین المللی در مواردی که حقوق مادی یا معنوی پدید آورنده یا صاحب حق فکری بدون وجود قرارداد، نقض می‌شود، مقرراتی وضع و پیش بینی شده است. یکی از اسناد مذکور، کنوانسیون بروکسل است که معیار تعیین دادگاه صالح در این فرض در بند (۳) ماده (۵) آن ذکر شده است. مطابق این بند، دادگاه کشور محل وقوع حادثه زیانبار، صالح به رسیدگی است. در بند (۳) ماده (۲) کنوانسیون لوگانو نیز مشابه این مقرره پیش بینی شده است. با این حال این معیار از

1. Pedro alberto, Miguel asensio, cross-broder adjudication of intellectual property right and competition between jurisdiction , annali italiani del diritto dautore , della cultura e dello spettacolo (AIDA) , vol.xVI, 2007, p.115

2. Jurisdiction

3. Burmeister, Kai, Jurisdiction, Choice of Law, Copyright and the Internet: Protection Against Framing in an International Setting, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, 1999, Volume 9, Issue 2, p 638

۴. مولایی، یوسف، وابستگی حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی در مساله صلاحیت، مجله

دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۵، پاییز ۱۳۷۵، ص ۱۱۷

ابهامی مفهومی برخوردار است؛ زیرا مشخص نکرده است که منظور از محل وقوع حادثه زیانبار، محلی است که خسارت ناشی از نقض حق بروز پیدا می‌کند یا محلی است که حادثه منشأ ورود خسارت، در آنجا اتفاق افتاده است. این ابهام موجب گردید تا دیوان دادگستری اروپا<sup>۱</sup> در تفسیری که از این بند در در یکی از دعاوی<sup>۲</sup> ارائه کرد، هر دو دادگاه را صالح دانسته و به خواهان این اختیار را داد که در هریک از دادگاهها طرح دعوی نماید. افزون بر این، برخی از حقوقدانان نیز بر این باورند که محل وقوع فعل زیانبار، شامل محل حادثه منشأ زیان نیز می‌شود.<sup>۳</sup>

نکته مهمی که در این زمینه در کنوانسیون بروکسل یک قابل طرح بود، اینکه اگر خسارات وارد شده به پدید آورنده در کشورهای مختلف واقع شده بود، خواهان باید در دادگاه هر کشور بابت همان میزان خسارت وارده طرح دعوی می‌کرد و دادگاه آن کشور نیز تنها تا میزان خسارت وارد در آن کشور صالح به رسیدگی بود و نه همه خسارات. بی‌تردید این معیار در محیط سایبری مشکل‌آفرین است و برخلاف حمایت از حقوق مؤلفان تلقی می‌شود؛ زیرا با نقض حق فکری در اینترنت، موجبات دسترسی میلیون‌ها نفر در سطح جهان به اثر فراهم شده است و ممکن است بخشی از خسارت در هر یک از کشورها به وقوع بپیوندند؛ لذا طبیعتاً نمی‌توان پدید آورنده را ملزم به طرح دعوی در تمام کشورهای جهان نمود.

بنابراین برای رفع این مشکل، در رویه قضایی آمریکا راهکاری پیشنهاد شد. در رأی یکی از محاکم آمریکایی<sup>۴</sup>، استدلال شد که برای تشخیص محل وقوع خسارت و به تبع آن تعیین دادگاه محل وقوع خسارت، باید دید عامل زیانبار آیا محل خاصی را هدف قرار داده است یا خیر. به تعبیر دیگر، آیا وب سایت خواننده، با حوزه قضایی دادگاه، ارتباط کافی و مؤثر را دارد یا خیر؛ در اینصورت دادگاه صالح به رسیدگی است.<sup>۵</sup> در پرونده اخیر الذکر دادگاه مقرر داشت که هرچند عمل نقض کننده حقوق فکری در کالیفرنیا صورت گرفته و صفحه الکترونیکی در این ایالت نمایش داده شده، اما چون صفحه به ایالت تنسی ارسال شده و در آنجا در دسترس عموم قرار گرفته است، لذا دادگاه تنسی صالح به رسیدگی به این دعوی الکترونیکی است.<sup>۶</sup> اما این راهکار با چند انتقاد روبرو شد؛ از جمله آنکه تشخیص دادن هدف ناقض حق در بسیاری از موارد دشوار

1. European Court of Justice

2. Alliance V. Shevil (1995), ECR I--415

۳. زر کلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، انتشارات سمت، تهران، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۹۳ ص ۴۴۶

4. United States V. Thomas, 1996, Fed, App.0032 p, 6th Circuit

5. Rice, Denis, "Jurisdiction over E-commerce Disputes: Different Perspectives under American and European Law in 2002," International Federation of Computer Law Associations, Berlin, 2002, p.223.

6. Ray, C, "The Internet and Jurisdiction: The International Experience", in: Computer Law Association Bulletin, No. 2, 1999, p.14



و غیر ممکن است. وانگهی، گاه هدف واقعی ناقض حق با آنچه رخ داده در تعارض است. برای نمونه، ناقض حق با هدف انتشار و تکثیر یک اثر ادبی و هنری قصد دارد آن را به یک ایالت بفرستد، اما آن را به ایالت دیگری ارسال می‌کند؛ معیار ارائه شده توسط دادگاه فوق مشخص نمی‌کند که در این فرض باید قصد واقعی ناقض را در نظر گرفت یا آنچه در ظاهر اتفاق افتاده است.<sup>۱</sup>

### ۱- رابطه حقوق و عرفان در حوزه فرهنگ اسلامی

در فرهنگ اسلامی راه عرفان از راه حقوق می‌گذرد. ارتباط بین حقوق و عرفان، به تنهایی، عجیب می‌نماید، چه برسد به اینکه حقوق را پل عرفان بدانیم و معتقد باشیم بدون عبور از گذرگاه حقوق، سیر و سلوک عرفانی میسر نیست. این عنوان پارادوکسیکال و متناقض نما که اولی جنبه دنیوی و این سویی و دومی جنبه اخروی و آن سویی دارد به نظر قابل جمع نیستند، چه برسد به اینکه یکی گذرگاه دیگری باشد. از این رو، تلاش ما بر این است که دلایل خود را به گونه ای منقول و معقول به شرح ذیل بیان نماییم. ما از یک خدا آمده ایم و به سوی همان خدا نیز بر می‌گردیم. پس چگونه می‌توان فرامین و دستورات حقوقی او را از رهنمودهای عرفانیش متمایز نمود؟! خداوندی که به حضرت ابراهیم (ع) فرمان مبارزه با نمرود، بت پرستی و مظاهر بت پرستی و دعوت به توحید را می‌دهد همان خدا ابراهیم را به سختی آزمایش می‌کند. آیا مبارزه با بت پرستی و تلاش برای اجرای دستورات الهی جزو امور عرفانی اند؟ خیر و بلی، از نظر مفهومی بین آنها تفاوت است، ولی مصداق هر دو حضرت ابراهیم (ع) است؛ زیرا همان خدایی که از ابراهیم انجام حقوق سیاسی را می‌خواهد همان خدا از او، ذبح اسماعیل را می‌خواهد. در عرفان، عارف باید مطیع تام الهی باشد و همه هستی اش تحت اراده الهی است. اینان به مقام ولایت رسیده اند و در این صورت ولی خدا که به ولایت تامه متحقق است، خواست و طلب و اراده و اختیاری از خود ندارد. آنچه در وی از خواست و طلب و اراده و اختیار مشهود است عین صفات و اسماء خداوند است که در او ظهور نموده است، عین شعاع و نور خورشید است که در آب صاف و یا در آئینه منعکس شده است. اگر ولی خدا را قطعه قطعه کنی و بندبندش را جدا کنی و پوستش را زنده از بدنش بیرون کنی کار خلاف رضای خدا انجام نمی‌دهد. از سوی دیگر، خداوند در قرآن به پیامبر(ص) می‌فرماید: فاصدع بما تؤمر و أعرض عن المشرکین، (حجر، ۴۴) و در جای دیگر خطاب به پیامبر (ص) می‌فرماید: «فاستقم كما أمرت...» (هود، ۱۱۲). نیز می‌فرماید: «یا ایها الانسان ایک کادح الی ریک کدحا فملاقیه، (انشقاق، ۶) که مطلب اخیر اشاره

۱. صادقی، محسن، مطالعه تطبیقی تعیین مرجع صالح رسیدگی به دعاوی حقوقی نقض اسرار تجاری در فضای دیجیتال، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۵۵، تابستان ۱۳۸۹، ص. ۶۲.

است به مدارجی که یک انسان در سلسله مراتب وجود در قوس صعود طی می کند و با، به تعبیر دیگر، مجاهدت و کوشش برای سیر و سلوک معنوی. زیرا این گذر و مجاهده به هر صورت، اختیاری با تهری، در مسیر لقا بایستنی است، و تا انسان زنجیرهای تعلقات مادی را پاره نکرده و از محدودیتها و نبود جهان طبیعت آزاد نشود به سر منزل لقاء مقصود که در ماوراء عالم دنیا است، نخواهد رسید. اگر ما واقعا و از دل و جان تسلیم امر خدا باشیم (... و یسلموا تسلیمًا) (نساء، ۹۵) آیا بخشی از دستورات الهی را اجرا می کنیم و بخشی دیگر را خیر؟! آیا دستورات خداوند را در باب حقوق عمومی و حقوق خصوصی بپذیریم اما دستورات عرفانی و سیر و سلوک را خیر؟! آیا این دو از هم جدایی پذیرند؟! مطمئنا اگر کسی نظر کند به زندگانی پیامبران الهی همانند حضرت نوح (ع) و حضرت موسی (ع) و حضرت ابراهیم (ع) در خواهد یافت که آنان از لحاظ روش و منش در عین توجه به امر مبارزه با طاغوت و تشکیل حکومت به عبادت و اطاعت و سیر و سلوک معنوی نیز می پرداختند و نزد آنها حقوق و عرفان در روی یک سکه اند. تشکیل حکومت توسط رسول خدا (ص) در مدینه، رسیدگی به امور قضایی، مسئله جهاد و شهادت، مبارزه با کفر و طاغوت، امر به معروف و نهی از منکر، نظام کیفری و اجرای حدود الهی، توجه به حقوق اقتصادی و... در عین حال توصیه های اخلاقی و عرفانی پیامبر خدا، عبادتها و نیایشهای نیمه شب او، معراج پیامبر و ریاضتها و خودسازیهای او، همه و همه حکایت از آن دارد که بین حقوق و عرفان رابطه ای عمیق، دقیق، دامنه دار و انسان ساز وجود دارد، که مصداق اتم آن أسوة حسنه، یعنی رسول خداست. به بیان بهتر، توجه پیامبر (ص) به حقوق اساسی و اداری اسلام، حقوق بین الملل و حقوق جزایی و قضایی اسلام موجب کمرنگ شدن و سلب توجه ایشان به عرفان و شهود معنوی نمیشد و این چیزی است که جامعه حقوقدانان باید بدان بذل عنایت ویژه کنند تا به موفقیت‌های عظیمی در زندگی خود نایل گردند (ابراهیمی، ۱۳۹۶).

### ۱- دکتربین حقوقی در خصوص معیار تعیین محل وقوع نقض حق فکری

قاعده صلاحیت دادگاه محل وقوع نقض برای تعیین دادگاه صالح در دعاوی نقض حقوق مالکیت فکری از جهات مختلف دارای ایراد است. نخست، اینکه در دعاوی نقض حقوق مالکیت فکری، به دلیل حاکمیت اصل سرزمینی بودن بر این حقوق، تفکیک میان محل وقوع نقض و محل وقوع فعل زیانبار محل تردید است. دوم، اینکه با پیدایش وسایل ارتباط جمعی و اینترنت که ویژگی بارز آن کمرنگ شدن مفهوم محل و مکان است، پیچیدگی‌های این مسئله بیشتر شده است. به همین دلیل برای تبیین معیاری متفاوت از معیار سنتی، تلاش‌هایی در میان حقوقدانان انجام شده و نظریاتی ارائه گردیده است. این نظریات در پی این هستند که قاعده سنتی صلاحیت دادگاه محل وقوع نقض را تفسیر و آن را بر انواع نقض‌های سنتی، رسانه‌ای و سایبری منطبق سازند. برای تعیین دادگاه صالح در اعمال معیار محل وقوع نقض، باید این کشور محل

یابی<sup>۱</sup> شود؛ یعنی یافتن عامل ارتباط در کشوری مشخص، شرط تعیین دادگاه صالح است.

### ۱-۱- دکتترین انتشار<sup>۲</sup>

نظریه انتشار برای اولین بار در رابطه با نقض‌هایی مطرح شد که از طریق فناوری پخش ماهواره‌ای اتفاق می‌افتد. در پخش ماهواره‌ای، زمانی که سیگنال از یک کشور منتشر می‌شود، ممکن است همزمان در چندین کشور دریافت شود؛ بدون آنکه لزوماً این کشورها هدف و مخاطب انتشار سیگنال بوده باشند. به دلیل اینکه ممکن است کشورهای متعددی به عنوان کشور محل نقض شناخته شوند، قاعده صلاحیت دادگاه کشور محل وقوع نقض حق ناکارآمد جلوه می‌نمود، لذا یکی از راه‌حل‌های ارائه شده این است که کشور محل انتشار سیگنال صلاحیت رسیدگی به اختلاف را داشته باشد.<sup>۳</sup> شایان ذکر است که این راه حل صرفاً در دستور العمل ماهواره و کابل اتحادیه اروپا<sup>۴</sup> پذیرفته شده است. نظریه انتشار به جز حقوق اتحادیه اروپا در قوانین ملی دیگر کشورها مورد استقبال قرار نگرفته است. به نظر می‌رسد دلیل اصلی آن احتمال سوء استفاده ناقضان از قواعد صلاحیت باشد. با استفاده از نظریه مذکور، ناقض حق می‌تواند سیگنال‌ها را از کشوری منتشر کند که قوانین آن حمایت ضعیف‌تری از حقوق مالکیت فکری می‌نماید. در نتیجه، نقض کننده حق از این رهگذر به طور غیر مستقیم مانع صلاحیت دادگاه‌هایی می‌شود که حمایت استاندارد و نیرومندی از صاحب حق فکری دارند.

مطابق دکتترین انتشار، دادگاه کشور محل انتشار، صلاحیت رسیدگی به تمام نقض‌هایی را دارد که تحت عنوان پخش در کشور محل ارسال و کشور محل دریافت اتفاق می‌افتد. استدلالی که در توجیه صلاحیت دادگاه‌های کشور محل انتشار مطرح می‌شود این است که صلاحیت عام دادگاه کشور محل انتشار می‌تواند مانع مخابره‌ی ماهواره‌ای سیگنال‌ها در هر دو کشور محل ارسال و محل دریافت سیگنال شود. مزیت اصلی این دکتترین در خصوص نقض‌های واقع در فضای سایبر است؛ زیرا این نظریه برخلاف سایر نظریات، یک دادگاه واحد را برای رسیدگی به دعاوی نقض پیشنهاد می‌نماید. طبق نظریه انتشار در دعاوی نقض اینترنتی، دادگاه کشور محل بارگذاری<sup>۵</sup> داده‌ها یعنی کشور محل قرار گیری سرور، صالح به رسیدگی است.

1. Localization

2. Emission Theory

۳. این نظر برای اولین بار توسط گروهی از کارشناسان سازمان تجارت جهانی و سازمان یونسکو در سطح جهانی مطرح شد:

WIPO/UNESCO Group of Experts of the Copyright Aspects of Direct Broadcasting by Satellite in 1985

4. European union Satellite and Cable Directive

5. Upload

قبول صلاحیت دادگاه واحد در دعوای نقض حق فکری در سطح اتحادیه اروپا امتیازات ویژه‌ای دارد. نخست آنکه این امر به نفع پدید آورنده یا دارنده حق محسوب می‌شود؛ زیرا او می‌تواند دعوای نقض اینترنتی را به جای طرح در دادگاه تمام اعضای اتحادیه، در یک دادگاه اقامه نماید.<sup>۱</sup> دوم، اینکه به کاربران این امکان را می‌دهد که دادگاهی را که به دعوای احتمالی نقض رسیدگی خواهد کرد، پیش بینی نمایند. صلاحیت دادگاه واحد، امنیت قضایی را به دنبال دارد که به توسعه تجارت الکترونیک که یکی از مهمترین اهداف اتحادیه اروپاست کمک می‌کند. هرچند صلاحیت دادگاه واحد (مطابق نظریه انتشار) به دلیل تفاوت‌های اجتماعی و فرهنگی، ابزار قانونی مناسبی برای توسعه ی تلویزیون اروپا نبود؛ ولی در مورد اینترنت مفید خواهد بود.<sup>۲</sup>

البته به صلاحیت دادگاه واحد در این قبیل دعوای انتقاد نیز شده است. اولین انتقاد این است که این نظریه باعث می‌شود کاربران تجاری با سوء استفاده از این قواعد، تجارت خود را به کشورهای منتقل کنند که حمایت کمتری از حقوق فکری می‌نمایند. انتقاد دوم، اینکه تعیین محل انتشار در دعوای اینترنتی دشوار است.<sup>۳</sup>

#### ۱-۲- دکتربوش

نظریه دیگری که به نظریه بوش معروف است، اولین بار توسط آرپاد بوش،<sup>۴</sup> دبیرکل سازمان جهانی مالکیت فکری مطرح شد. این نظریه نیز مانند نظریه انتشار به آن دسته از نقض-های بین المللی حق فکری می‌پردازد که از طریق پخش برنامه‌های ماهواره‌ای اتفاق می‌افتد. بر اساس این نظریه، ارتباط جمعی از طریق کابل یا ماهواره در تمام کشورهای اتفاق می‌افتد که رد پای پخش در آن وجود دارد.<sup>۵</sup> بنابراین از نظر دکتربوش، نقض در کشورهای اتفاق می‌افتد که طبق قانون ملی آن، حداقل یکی از عناصر ارتباط جمعی غیرمجاز در آنجا محقق شده باشد؛ یعنی ارسال (عمدی و غیر عمدی) و یا دریافت سیگنال. نظریه‌های دیگری نیز از دکتربوش

1. Ohly, Ansgar, Choice of Law in the Digital Environment: Problems and Possible Solutions in Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future, Edited by Josef Drexl and Annette Kur, Hart Publishing, 2004, p.253

2. Report From the European Commission on the Application of Council Directive 93/83/EEC on the coordination of Certain Rules Concerning Copyright and Rights Related to Copyright Applicable to Satellite Broadcasting and Cable Retransmission, COM (02) 430 final, 26 July 2002

3. Dreier, Thomas, The Cable and Satellite Analogy, in The Future of Copyright in A Digital Environment, edited by P. Bernt Hugenholtz, First Edition Kluwer Law International, 1996, pp 63-64

4. Arpad Bogisch

5. Report of WIPO/UNESCO Group of Experts of the Copyright Aspects of Direct Broadcasting by Satellite, 1985, p.181

مشتق شده‌اند. به طور مثال، طبق نظریه کشور مقصد<sup>۱</sup>، ارتباط جمعی و مخبره سیگنال تنها در کشوری اتفاق می‌افتد که سیگنال‌ها به طور عمدی به آنجا ارسال شده باشند. بر عکس، طبق نظریه ارتباط<sup>۲</sup> دادگاه کشور محل ارسال سیگنال صلاحیت رسیدگی به دعوای نقض را دارد و دادگاه محل دریافت سیگنال صرفاً در صورتی می‌تواند به دعوی رسیدگی کند که دادگاه محل ارسال خود را برای رسیدگی به دعوای نقض و یا دست کم تمام نقض‌های صورت گرفته صالح نداند.<sup>۳</sup>

هرچند نظریه بوش صراحتاً در هیچ یک از قوانین ملی و اسناد منطقه‌ای و بین‌المللی ذکر نشده است، لکن در دعوای نقض حق بر اثر ماهواره‌ای در رویه قضایی برخی کشورهای عضو اتحادیه اروپا و همچنین در دادگاههای آمریکا مورد استفاده قرار گرفته است. البته در اتحادیه اروپا در مواردی به نظریه بوش استناد شده است که دستورالعمل ماهواره و کابل این اتحادیه قابل اعمال نباشد. اعمال نظریه بوش در دعوای نقض اینترنتی نیز از سوی حقوقدانان پذیرفته شده و رویه قضایی در مواردی به آن استناد کرده است. طبق نظریه بوش، نقض اینترنتی در کشورهایی اتفاق می‌افتد که یا اثر نقض شده در آنها بارگذاری می‌شود و یا در دسترس است.

مطابق دکترین بوش، ارتباط جمعی در هر مرحله از مخبره سیگنال‌ها اتفاق می‌افتد. بنابراین دادگاههای هر دو کشور محل ارسال<sup>۴</sup> و محل دریافت<sup>۵</sup> سیگنال‌ها صلاحیت رسیدگی به نقض‌هایی را دارند که در قلمرو سرزمینی مقر اتفاق افتاده است. بدیهی است در نقض‌های اینترنتی و ماهواره‌ای اعمال این نظریه منجر به صلاحیت فرا سرزمینی نیز خواهد شد.

در ابتدا نظریه بوش به این جهت در دعوای نقض اینترنتی مورد استناد قرار می‌گرفت که تصور می‌شد می‌تواند جایگزین مناسبی برای نظریه انتشار در این دعوای باشد. دلیل ترجیح نظریه بوش این بود که تصور می‌شد با جلوگیری از سوء استفاده از قواعد صلاحیت - که یکی از ایرادات نظریه انتشار است - منافع دارندگان حق را بهتر تأمین می‌کند. افزون بر این، دکترین بوش با اصل سرزمینی حقوق مالکیت فکری و حاکمیت دولت‌ها نیز سازگار است؛ زیرا به دولت‌ها اجازه می‌دهد که ارتباطات آنلاینی که در سرزمین آنها رد و بدل می‌شود را تحت کنترل بگیرند. علی‌رغم این مزایا، به نظریه بوش انتقاداتی نیز وارد شده است. ایراد نخست، رویکرد موزائیکی این نظریه است که منجر به عدم حمایت کارآمد از حقوق فکری می‌شود. طبق این دکترین، برای اینکه دعوای نقض حقوق مؤلف بتواند به نتیجه دلخواه پدید آورنده منتج شود، باید خواهان

1. Intended Country
2. Communication Theory
- 3 WIPO Document CE/MPC/III/2,1990, pp 24-26
4. Country of Emission (Uplink)
5. Country of Reception (Downlink)

دعوی خود را جداگانه در هریک از دادگاه‌های صلاحیتدار مطرح کند. انتقاد دوم، عدم امنیت قضایی است. حاکمیت نظریه بوش به این معناست که کاربران باید نسبت به حقوق دارندگان حق، آگاهی داشته و قوانین بیشتر کشورهای دنیا را برای اجتناب از نقض و صلاحیت دادگاه‌های آن را رعایت کنند. نتیجه‌ای که در عمل غیرممکن و از لحاظ اقتصادی هزینه بردار است. به دلیل اینکه تعداد دادگاه‌های صلاحیتدار در دعوی نقض اینترنتی حق بیشتر از دعوی رسانه‌ای است، مشکل جبران مضاعف خسارت در اینجا شدیدتر است. تبعات منفی این مشکلات نه فقط برای کاربران تجاری (مانند کاربرانی که خدمات اینترنتی ارائه می‌کنند) بلکه برای کاربران نهایی که فعال هستند نیز وجود دارد.<sup>۱</sup>

### ۱-۳- دکتترین اثر

دکتترین اثر بیشتر در دعوی نقض اینترنتی حقوق فکری مورد استفاده قرار می‌گیرد. نظریه‌ی اثر نسبت به سایر نظریات جدیدتر است و در نظام‌های حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. سابقه‌ی نظریه اثر را می‌توان در دکتترین هدف<sup>۲</sup> جستجو کرد. دکتترین هدف در دادگاه‌های آمریکا ابتدا در دعوی آفلاین و بعد دعوی آنلاین حقوق مالکیت فکری مورد استناد قرار گرفت. به طور خلاصه باید گفت مطابق دکتترین هدف، دادگاه‌های آمریکا صلاحیت رسیدگی به دعوی نقض حقوق مالکیت فکری را در تمام مواردی دارند که دعوی دارای عنصر خارجی است؛ به شرط آنکه آمریکایی‌ها مخاطب نقض باشند.<sup>۳</sup> به طور دقیق‌تر باید گفت دادگاه‌های آمریکا یک آزمون سه مرحله‌ای را برای اعلام صلاحیت خود برای رسیدگی به دعوی نقض انجام می‌دهند:

- ۱- خواننده باید حداقل ارتباطات<sup>۴</sup> لازم را با مقر دادگاه داشته باشد. ۲- دعوی مطرح شده علیه خواننده باید ناشی از آن ارتباطات باشد. ۳- اعمال صلاحیت باید متعارف و معقول باشد.

برای اینکه حداقل ارتباطات وجود داشته باشد، باید دید که آیا خواننده به صورت عمدی از ظرفیت‌های تجاری خود در مقر دادگاه بهره برده است یا خیر. در دعوی نقض حق در فضای سایبری، استناد به نظریه هدف تا حد زیادی به تعاملات و روابط متقابل بستگی دارد که در وب سایت موضوع دعوی قابل ردیابی است. در واقع، میزان فعالیت خواننده در تعیین صلاحیت نقش

1. Hornle, Julia, "Jurisdiction and The Internet", in Law and Internet, Edited by Lilian Edwards and Charlotte Waelde, 3rd Revised Ed, Hart Publishing, 2009, pp58,121

2. Targeting Doctrine

3. Denaro, James, Choice of Law Problems Posed by the Internet and by Satellite Broadcasting, 1, NO.3, 2000, p.49 - Ginsburg, Jane C, Global Use Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure, Journal of Copyright Society of the USA, Vol. 42, 1995, pp 319-320

4. Minimum Contacts

مهمی دارد. اگر خواننده از طریق وب سایت تجارت کند یا از این طریق با مشتریان یا کاربران قرارداد ببندد، حتی می‌توان دادگاه محل اقامت او را نیز برای رسیدگی صالح دانست. اما اگر خواننده صرفاً اطلاعاتی را از طریق وب سایت در اختیار کاربران قرار دهد بدون آنکه تعاملی در میان باشد، تعیین دادگاه صالح دشوار خواهد بود. براساس این دکتین، در مواردی که حتی وب سایت در آمریکا در دسترس بوده است، دادگاههای این کشور اعلام عدم صلاحیت کرده‌اند؛ زیرا صرف دسترسی به وب سایت را کافی ندانسته‌اند.<sup>۱</sup>

طبق دکتین اثر، نقض فقط در کشورهایی اتفاق می‌افتد که بازار آن تحت تأثیر فعل زیانبار قرار گرفته باشد. نظریه اثر تعداد دادگاههای صلاحیتدار برای رسیدگی به دعوی نقض را به حداقل رسانده و امنیت قضایی لازم را برای کاربران به همراه دارد. در واقع، کاربران می‌توانند دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به دعوی احتمالی را بر اساس این نظریه پیش بینی کنند. به عنوان مثال، چنانچه وب سایت به زبان آلمانی باشد، احتمالاً کشورهای هدف آن که بر بازار آنها تأثیر می‌گذارد عبارتند از: آلمان، اتریش و سوئیس. بنابراین نقض حق فقط در این کشورها رخ می‌دهد.

به نظر می‌رسد که رویه قضایی در اعمال نظریه اثر در دعوی نقض مالکیت‌های ادبی و هنری سخت‌گیری کمتری نشان دهد. هرچند دسترسی به وب سایت از یک کشور مشخص برای اعلام صلاحیت دادگاههای آن کشور کافی نیست؛ اما یک ارتباطات حداقلی در دعوی نقض حقوق مالکیت‌های ادبی و هنری لازم است تا دادگاههای آن کشور برای رسیدگی به دعوی صلاحیت داشته باشند.

دکتین هدف، اثبات قصد نقض کننده در هدف قرار دادن کشوری مشخص را لازم می‌داند؛ در حالی که دکتین اثر، بیشتر بر اثر عمل در کشوری مشخص تأکید دارد تا بر خود عمل. پرسش دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا نظریه اثر با اصل سرزمینی حقوق مالکیت فکری مطابق دارد یا خیر. به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش مثبت باشد.<sup>۲</sup>

#### ۱-۴- دکتین ریشه- نسخه برداری<sup>۳</sup>

دکتین ریشه- نسخه برداری یا نسخه اصلی از سال ۱۹۳۹ در آمریکا مطرح گردید و همچنان در رویه قضایی این کشور مورد استناد است. طبق این نظریه، در مواردی که نسخه

1. Zippo Manufacturing Co V. Zippo Dot Com, Inc. 952 F.Supp.1119 (W.D.Pa.1997) at [1123], 2003

2. Geller, Paul Edward, "Conflict of Laws in Copyright Cases: Infringement and Ownership Issues", Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 51, 2004, p.337

3. Root-Copy Doctrine

بررداری اولیه از یک اثر ادبی و هنری در آمریکا صورت گرفته باشد، دادگاه‌های این کشور صلاحیت رسیدگی به تمام دعاوی مربوط به نسخه برداری‌های بعدی از این نسخه اولیه را دارند؛ حتی اگر نسخه برداری‌های بعدی و توزیع آن نسخه‌ها در خارج از آمریکا صورت بگیرد. این نظریه اولین بار در پرونده‌ای به نام «عکس‌های مترو گلدوین» مطرح شد. در این پرونده، نگاتیو عکس‌های گلدوین در آمریکا تهیه و برای چاپ و نمایش به خارج از آمریکا فرستاده شد. زمانی که عواید حاصل از استفاده از نگاتیو در خارج از آمریکا برای خرید اموالی در آمریکا مصرف شد، دادگاه آمریکایی خود را برای رسیدگی به اختلاف ناشی از نقض، خود را صالح دانسته و اموال را توقیف کرد.<sup>۱</sup>

دادگاه در توجیه صلاحیت خود برای رسیدگی به نقض‌هایی که خارج از آمریکا اتفاق می‌افتد، به این نکته اشاره می‌کند که زیان‌های غیرمستقیم، ناشی از نسخه برداری اولیه‌ای است که در آمریکا صورت گرفته و بعدها در کشورهای دیگر چاپ و توزیع شده است. از نظر دادگاه، اهمیتی ندارد که اعمال انجام گرفته در خارج از آمریکا از نظر حقوق کشورهای مربوطه نقض محسوب می‌شود یا خیر. برخی در توجیه دکتورین مذکور استدلال کرده‌اند که در موارد نقض، زیان وارده به پدید آورنده، برابر با منفی است که از نقض اثر حاصل شده است، خواه این منافع به صورت وجه نقدی باشد که به آمریکا فرستاده شده است و خواه به صورت افزایش ارزش سهام شرکت‌های خارجی که متعلق به خواننده است.<sup>۲</sup>

صلاحیت فرا سرزمینی دادگاه‌های آمریکا نه تنها در کشورهای خارجی بلکه در خود این کشور نیز با انتقادهای فراوانی روبروست. دکتورین مذکور نوعی رویکرد افراطی در صلاحیت بخشی به دادگاه‌های آمریکا داشته و به زیان کاربران در سطح بین‌المللی است؛ امری که با مقتضیات تجارت جهانی منافات دارد.

### ۱-۵ امانت داری در نسخه برداری با توجه به عرفان اسلامی

یکی از خصایل اخلاقی انسان که دارای ارزش و اهمیت فوق‌العاده‌ای است، امانت و امانت داری است. امانت در فرهنگ لغت، دارای معانی مختلفی است؛ پاس داری، حفاظت، امنیت، امان، مواظبت، مراقبت، رازداری، نگه داری، آسایش و آرامش روح و جان از جمله معانی امانت است و مفاهیمی چون: خیانت، دزدی و چپاول، بی‌وفایی، ایجاد رعب و وحشت، نیرنگ، جاسوسی، نفاق، بهتان، کتمان حقیقت و بی‌مبالاتی در نگه داری

1 Sheldon V. Metro Goldwyn Pictures Corp, 106F. 2d45 (US Supreme Court 1939)  
2 Geller, Paul Edward, "International Intellectual Property Conflict of Laws and Internet Remedies", Journal of Intellectual Property Rights, Vol 10, March 2005, p.136



اسرار، متضاد آن می باشد. امانت به عنوان یکی از صفات اخلاقی و ملکوتی، دارای واژه های زیبا و مقدسی است. وجود این واژه ها نشان دهنده قداست و شایستگی خارق العاده ای می باشد که در متن امانت نهفته است. این خصلت معنوی و روحانی، در روح و روان انسان های پاک سیرت وجود دارد و همواره در گفتار، رفتار، کردار و اعمال آنان نمایان است. اگر با دیدی وسیع تر به متن امانت بنگریم، درمی یابیم که حتی افراد لابلالی و بی ایمانی که بویی از انسانیت و حسن خلق نبرده اند و بعضاً ظلم و ستم می کنند، به نوعی شیفته و جذب امانت و امانت داران می شوند. دلیل آن این است که امانت در بردارنده امنیت و امان است. کلمه ای که با شنیدن نام آن، نوعی آرامش خاطر و آسایش خیال را برای انسان به ارمغان می آورد و در پناهش امنیت روح و روان او را تضمین می کند و از هر گونه خوف و ترس در امان می دارد. امانت در نظر اسلام، از ارزش و جایگاه والایی برخوردار است، به طوری که نمونه های فراوانی از سفارش ها و توجهات الهی قرآن و احادیث و روایات ائمه معصومین(ع) به چشم می خورد. خداوند در قرآن نسبت به حفظ امانت و سپردن آن به دست صاحبانشان می فرماید، خداوند به شما فرمان می دهد که امانت ها را به صاحبانش بدهید (مسوق و قادری بیباک، ۱۳۹۷)

## ۲- معیار جدید تعیین دادگاه صالح با توجه به ویژگی های فضای سایبر

ملاک های ارائه شده در دکترین حقوقی جهت تعیین دادگاه صالح در دعوی نقض حقوق مؤلف، معیار تعیین دادگاه را «مکان محور» در نظر گرفته اند؛ در حالی که فضای سایبر و اینترنت، لامکان است و محل استقرار کاربران با کد شناسایی آنها (IP) مشخص می شود که آن نیز به سادگی قابل تغییر است؛ به نحوی که برای اپراتور وب سایت نیز قابل تشخیص نباشد. بنابراین اغلب معیارهای موجود، به وضوح ناکارآمد و غیر مؤثر می باشند. همانگونه که ذکر شد، در برخی از نظریات، ممکن است چند دادگاه صالح به رسیدگی باشند و همچنین محل ارسال داده پیام اساساً در اینترنت نامشخص است. افزون بر این، برخی افراد با استفاده از فایل های تورنت<sup>۱</sup> این

۱. سامانه ای که از طریق آن اشتراک گذاری انجام می شود «بیت تورنت» نام دارد که نرم افزاری هم برای این کار به همین نام وجود دارد. فایل هایی که در این شیوه برای دانلود از آنها استفاده می شود «تورنت» نام دارند. فایل های تورنت فایل های کوچکی هستند که اطلاعات فایل دیگری را که قرار است شما از پروتکل BitTorrent دانلود کنید، در خود جای داده اند. این پروتکل بر خلاف HTTP و HTTPS نیازمند یک کاربر یا Client تورنت برای دانلود فایل است. فایل تورنت فایلی چند کیلوبایتی است با پسوند «.torrent». که اطلاعات فایلی که به اشتراک گذاشته می شود را به همراه دارد. کارگزار بیت تورنت این اطلاعات را خوانده و کاربر را از طریق یک یا چند سرور به کاربران دیگری که این فایل را به اشتراک گذاشته اند متصل می کند. اطلاعات سرورهایی که کاربران را به یکدیگر متصل می کنند بر روی همین فایل است که البته بعداً در کلاینت قابل تغییر است.

امکان را فراهم می‌کنند که آثار مشمول حمایت قانون از طریق رایانه‌ی شخصی آنها در سراسر جهان به اشتراک گذاشته شود و هر کاربری در هر جای جهان می‌تواند صرفاً با دریافت فایل تورنت و نصب نرم افزار مربوطه، اثر علمی یا هنری را دانلود و دریافت نماید. در این فرض هم به اشتراک گذارنده و هم کاربران، ناقض حق هستند ولی اساساً مشخص نیست که هریک از آنها در کجا اقامتگاه دارند و محل نقض حق نیز گستره‌ای به اندازه‌ی همه جهان دارد. در نرم افزار مذکور، هریک از کاربران پس از دانلود، خود به یک اشتراک گذارنده تبدیل شده و اثر تحت حمایت قانون به صورت تسلسل وار مورد نقض واقع می‌گردد. بنابراین نظریاتی که ذکر شده‌اند عمدتاً تحت تأثیر جهان واقعی و با فرض ثبوتی مطرح می‌شوند. به دیگر سخن، فرض در این موارد این است که محل نقض حق و یا محل ارسال داده پیام مشخص است. این در حالی است که در اغلب موارد چنین نیست. به ویژه اکنون که شبکه‌های اجتماعی در قالب نرم افزار عمل نموده و حتی در آنها از شماره تلفن مجازی استفاده می‌شود. لذا معیار کارآمد در تعیین دادگاه صالح در نقض‌های اینترنتی حق مؤلف، معیاری است که فراتر از محل استقرار کاربران یا محل ارسال و دریافت داده پیام را در نظر بگیرد تا دعوی مختلف در دادگاه‌های واحد رسیدگی شده و حتی المقدور از تعارض آراء صادره پیش گیری شود. معیار مناسب می‌تواند با توجه به نقض و مسئولیت ارائه دهندگان خدمات اینترنتی در نظر گرفته شود.

## ۲-۱ دادگاه صالح در قوانین اسلامی

«صلاحیت» در لغت به معنای شایستگی و اختیار است و در اصطلاح حقوقی به معنی شایستگی یک مرجع برای رسیدگی به یک موضوع است. به عبارتی، رسیدگی به هر دعوی در صلاحیت و شایستگی مرجعی است که قانون تعیین می‌کند و دادگاهی که بدون صلاحیت و برخلاف قانون به پرونده‌ای رسیدگی کند، علاوه بر آن که مرتکب تخلف شده، تصمیماتش فاقد اعتبار است و رأیی که صادر کرده، در مراجع بالاتر قابل نقض است، اما چگونه می‌توان مرجع صالح را تشخیص داد؟ مردم عادی چگونه می‌توانند تشخیص دهند که برای شکایت خود باید به کدام دادگاه مراجعه کنند. در این راستا، باید توضیحاتی در خصوص دو شکل صلاحیت یعنی صلاحیت ذاتی و صلاحیت محلی ارائه داد.

### ۲-۱-۱ صلاحیت ذاتی

مفهوم صلاحیت ذاتی مراجع حقوقی، حق و تکلیف این مراجع با توجه به صنف، نوع و درجه‌ی آنها در رسیدگی به دعوی و صدور رأی، به حکم قانون است. صنف به این معنی است که برای تشخیص مراجع صالح باید بدانیم که دعوی مورد نظر ما در صلاحیت مراجع قضایی است یا اداری. دعوی بین افراد حقیقی و حقوقی خصوصی به طور عام در دادگاه‌های قضایی رسیدگی می‌شود، اما اگر یک طرف دعوا، نهادی عمومی یا دولتی باشد که در راستای اعمال

حاکمیتی انجام وظیفه می‌کند، آنگاه پای مرجع اداری به میان می‌آید. منظور از نوع این است که در هر صنف، مراجع قضאותی به دو نوع عمومی و اختصاصی تقسیم می‌شوند. مراجع عمومی، مراجعی هستند که صلاحیت رسیدگی به کلیه امور، جز آنهایی را که صریحاً در صلاحیت مراجع اختصاصی آن صنف قرار گرفته، دارند و مراجع اختصاصی، مراجعی هستند که صلاحیت رسیدگی به هیچ امری را ندارد؛ جز آنهایی که صریحاً در صلاحیت آن قرار گرفته باشد. به‌طور مثال، دادگاه‌های عمومی حقوقی مراجع عمومی محسوب می‌شوند و دادگاه‌های خانواده که طبق قانون فقط در برخی موضوعات صالح هستند، مراجع اختصاصی محسوب می‌گردند. منظور از درجه آن است که در هر نوع از مراجع قضאותی درجاتی وجود دارد. بدین شکل که هر دعوا ابتدا وارد مرحله‌ی نخستین (درجه‌ی پایین) رسیدگی و سپس وارد مرحله‌ی تجدیدنظر (درجه‌ی بالا) می‌شود. به‌طور مثال، دعوای تخلیه‌ی ملک اجاره‌ای، ابتدا در دادگاه عمومی حقوقی رسیدگی خواهد شد و سپس در صورت تجدیدنظر به دادگاه با درجه‌ی بالاتر می‌رود.

## ۲-۱-۲ صلاحیت محلی

پس از اینکه صلاحیت ذاتی مرجع صالح براساس صنف، نوع و درجه تعیین گردید، باید بررسی شود که از بین تمامی مراجع همان صنف، همان نوع و همان درجه، که در سراسر ایران تشکیل گردیده و متعدد است، کدام‌یک با توجه به قواعد مربوط به صلاحیت محلی، صالح محسوب می‌شود و باید به دعوا رسیدگی کند. حوزه‌ی قضایی هر شهر یا بخش یا روستا به‌موجب قانون مشخص می‌شود و در روزنامه‌ی رسمی منتشر می‌گردد. به‌طور مثال در جرایم و دعوای کیفری، اصولاً صلاحیت محلی با دادگاهی است که جرم در حوزه‌ی آن واقع شده است درحال حاضر دفاتر خدمات قضایی که ثبت‌کننده‌ی دادخواست‌های مردم هستند، در زمینه‌ی ارسال دادخواست به دادگاه صالح اقدام می‌کنند؛ علاوه‌براین، شما می‌توانید برای رسیدگی به پرونده‌ی موردنظر خود از راهنمایی و کلای متخصص استفاده کنید (ابراهیمی، ۱۳۹۶)

## ۲-۲-۲ مسؤلیت ارائه دهنده‌گان خدمات اینترنتی<sup>۱</sup>

عبارت «ارائه دهنده خدمات اینترنتی» (ISP)<sup>۲</sup>، یک عبارت عام است و دو مصداق را شامل می‌شود: نخست، شرکتی که کاربران را به شبکه جهانی اینترنت متصل می‌نماید، که در

### 1. Internet Service Providers (ISPs)

۲. در آئین نامه واحدهای ارائه کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت، برای ارائه دهنده‌گان خدمات اینترنتی، واژه «رسا» به کار رفته است که برگرفته از فرهنگستان زبان و ادب فارسی می‌باشد. اما باید توجه داشت که واژه «رسا» معادل جامع و کاملی برای (ISP) محسوب نمی‌شود؛ زیرا ارائه دهنده‌گان خدمات میزبانی (هاست) نیز نوعی (ISP) می‌باشند در حالی که رساننده خدمات اینترنتی نیستند.

فارسی به آن «رسا» اطلاق می‌شود. دوم، ارائه دهندگان خدمات میزبانی سرور<sup>۱</sup>. ارائه دهندگان خدمات میزبانی این امکان را فراهم می‌سازند که کاربران به وسیله‌ی آن، فضای وب سایت را اجاره نمایند و صفحات اینترنتی را طراحی نموده و محتوای مورد نظر خود از قبیل نرم افزار، نوشته، اطلاعات گرافیکی و فایل‌های صوتی و تصویری را در آن بارگذاری نمایند و به صفحات اینترنتی مرتبط و متصل کنند. خدمات میزبانی ممکن است شامل صفحات و برنامه‌های مبادلات آنلاین نیز باشد؛ مانند صفحات مبادله پیام و چت.

در دعاوی مربوط به نقض حقوق مؤلفان، معمولاً هریک یا هر دو این شرکت‌ها تحت عنوان ناقض ثانویه<sup>۲</sup> به همراه ناقض اصلی طرف دعوی قرار می‌گیرند. چرا که خواهان در این موارد ادعا می‌کند که نقض حق صورت گرفته توسط کاربر ناقض، با مشارکت و تسهیل‌گری شرکت ارائه دهنده خدمات اینترنتی صورت گرفته است و شرکت مذکور باید پاسخگو باشد.

مثال بارز در این زمینه در خصوص، وب سایت «پایرت بی»<sup>۳</sup> است که معروف‌ترین پایگاه اینترنتی اشتراک فایل تورنت در اینترنت به شمار می‌رود. وب سائیتی که با میلیون‌ها کاربر در جهان بیشترین محبوبیتش را مدیون دانلود رایگان فیلم و سریال است. اما، طی این مدت دسترسی به وبسایت مذکور که در سال ۲۰۰۳ در سوئد پایه گذاری شده بود، در چند کشور از جمله بریتانیا، ایرلند و هلند مسدود شد و سه تن از پایه گذاران آن جریمه و زندانی شدند. دیوان دادگستری اتحادیه اروپا طی حکمی اعلام کرد که این وب سایت، حق کپی رایت را در سطح جهانی نادیده گرفته و آن را نقض کرده است. دیوان در رأی خود تصریح نموده است که «حتی اگر آثار توسط کاربران این وب سایت در دسترس عموم قرار گرفته باشند، مسئولان آن نقشی مهم و غیرقابل انکار در زمینه به اشتراک گذاری این آثار دارند»<sup>۴</sup>. این رأی در حالی صادر شده است که مدیران وب سایت مذکور هیچ گاه خود رأساً اقدام به انتشار آثار دارای کپی رایت ننموده‌اند؛ لکن زمینه را برای انتشار این آثار از طریق به اشتراک گذاری فایل‌های تورنت توسط کاربران در آن، مهیا کرده‌اند. پیش از این رأی، دادگاه عالی فرانسه نیز در اواخر سال ۲۰۱۴ طی حکمی به ارائه دهندگان خدمات اینترنتی در فرانسه دستور داده بود وب سایت پایرت بی از دسترس کاربران خارج شود.

- 
1. Host Service Provider
  2. Secondary Infringer
  3. Pirate Bay
  4. Court of Justice of the European Union, PRESS RELEASE No 64/17, Luxembourg, 14 June 2017, Judgment in Case C-610/15, Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV

در پرونده دیگری در دانمارک،<sup>۱</sup> یک ارائه دهنده خدمات اینترنتی، وب سایت پایرت بی را در دسترس کاربران قرار داده بود که در نتیجه‌ی آن کاربران توانستند آثار متعددی اعم از فیلم، موزیک و سریال را به صورت غیر قانونی دانلود کرده و به اشتراک بگذارند. در این پرونده علی رغم اینکه دادگاه مشخص نکرد که نقض اصلی حق مؤلف در کجا واقع شده است، شرکت ارائه دهنده خدمات اینترنتی را به عنوان مسئول و ناقض حق تلقی نمود.

لذا مسئولیت مدنی در نقض حق مؤلف در اینترنت هرگز صرفاً متوجه کاربرانی نیست که به صورت مستقیم اقدام به نقض حق می کنند؛ بلکه در تمام کشورها، ارائه دهندگان خدمات اینترنتی به مراتب و میزان مختلفی، مسئول نقض حقوق مالکیت فکری شمرده می شوند.<sup>۲</sup> برخی با مقایسه مسئولیت موتورهای جستجوی اینترنتی با کتابداران کتابخانه‌ها اینطور نتیجه گرفته‌اند که افراد انسانی در هر دو مجموعه تنها در حد یک نگاه اجمالی به صفحات فرصت دارند که تشخیص دهند که کدام صفحه در کدام دسته باید قرار گیرد، لذا ممکن است حتی برای افراد انسانی غیرممکن باشد که در چند ثانیه تشخیص دهند که آیا صفحه‌ی اینترنتی خاص دارای محتوای ناقض حق می باشد یا خیر.<sup>۳</sup> این در حالی است که دادگاه فدرال استرالیا در پرونده Moorhouse<sup>۴</sup> در رأی خود، کتابخانه‌ی یک دانشگاه را در خصوص تکثیر غیر مجاز برخی از عکس‌های تحت حمایت قانون مقصر شناخته و مسئول جبران خسارت ناشی از نقض حقوق هنری نمود؛ زیرا دادگاه بر این باور بود که کتابخانه‌ی دانشگاه نظارت کافی برای جلوگیری از این امر نداشته و هشدار کافی برای نقض کپی رایت را اعمال ننموده است و بدین ترتیب به نوعی نقض حق را تجویز نموده است.<sup>۵</sup>

ارائه دهندگان خدمات میزبانی که سرورهای آنان توسط کاربران جهت ذخیره محتوای ناقض حق مورد استفاده قرار می گیرد، در صورتی که نسبت به این امر آگاه بوده و یا به طور معقولی باید آگاه می بوده‌اند، مسئول نقض حقوق پدید آورندگان آثار محسوب خواهند شد.<sup>۶</sup> اگر ثابت شود ارائه دهنده خدمات اینترنتی قادر به کاهش میزان خسارات وارده به پدید آورنده بوده،

1. Sonfon A/S (Formerly DMT2 A/S) V. IFPI Denmark, ECDR10 (District Court of Denmark, 2009)

2. Dixon, Allen N, "Liability of Users and Third Parties for Copyright Infringements on the Internet", Peer-to-peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law, Edited by Alain Strowel, Edward Elgar Pu, 2009, p.12

۳. رحمانی، هادی، مسئولیت مدنی رسا در حقوق تجارت الکترونیکی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۸.

4. University of New South Wales V. Moorhouse, HCA26; (1975)133

5. Dixon, Allen N, Op.cit, p.17

6. Ibid, p.21

ولی از این کار سر باز زده باشد، آگاهی او در نقض کپی رایت از سوی دادگاه مفروض تلقی و مسئولیتی مشترک در نقض حق خواهد داشت.<sup>۱</sup>

این مسئله در خصوص وب سایت‌های اشتراک گذاری فایل در رویه قضایی آمریکا نیز تأکید شده است. وب سایت‌هایی که با استفاده از یک شرکت ارائه دهنده خدمات میزبانی اقدام به اختصاص فضا برای ذخیره و نقل و انتقال فایل - از جمله فایل‌های دارای کپی رایت - می‌نمایند، در برابر نقض حقوق مؤلفان توسط کاربران در قبال پدید آورنده مسئول شناخته شده‌اند.<sup>۲</sup> متعاقباً این استنتاج در رویه قضایی کشورهای دیگر از جمله هلند<sup>۳</sup> و ژاپن<sup>۴</sup> نیز تکرار گردید و این کشورها نیز برای ارائه دهنده خدمات میزبانی و یا وب سایتی که برای اشتراک فایل از سوی کاربران فضا اختصاص می‌داد، مسئولیت مشترک در نقض حق قائل شده‌اند.

در مواردی که ارائه دهنده خدمات اینترنتی واقعاً بداند که محتوایی در اینترنت یا سرور فراهم شده وجود دارد که به حقوق اشخاص تعرض می‌کند، باید مسئول شناخته شود. افزون بر این، در حالت اطلاع ضمنی، وقتی شرکت مذکور، قرائتی در اختیار دارد که از نظر عرف نشان می‌دهد که محتوا مغایر با حقوق دیگران است، باید مسئول شناخته شود. دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا نیز این رویکرد را در پیش گرفته است. در حقوق ایران نیز در بند ۵-۳-۲ آیین نامه واحدهای ارائه کننده خدمات اطلاع رسانی و اینترنت، مقرر شده است که «مسئولیت رعایت قوانین مالکیت معنوی و حق التألیف و تصنیف بر عهده ارائه کننده اطلاعات در شبکه است.»<sup>۵</sup>

### ۲-۳- تعیین دادگاه واحد با توجه به مسئولیت ارائه دهندگان خدمات اینترنتی

دیوان دادگستری اروپا در یکی از آرای خود به درستی استدلال کرد که محدود شدن صلاحیت دادگاه محل وقوع خسارت در محیط فیزیکی، قابل اعمال در محیط اینترنتی نیست؛ چرا که محیط اینترنتی، محیطی جهانی و فاقد مرز است و در حکم یک سرزمین به شمار می‌رود. لذا باید از سرزمینی کردن دعوی خودداری کرد؛ چون سرزمینی کردن، با اوصاف محیط فیزیکی سازگار و منطبق است؛ از این رو، اگر پدید آورنده در محیط سایبر دچار خسارت گردد، دادگاه

1. Kostyu, Jennifer L, " Copyright Infringement on Internet: Determining the Liability of Internet Service Providers", Catholic University Law Review, Volume.48, Summer 1999, p.1267.

2 . A&M Records, Inc. V. Napster, Inc, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, February 12 2001, 239 F.3d 1004

3. Kazaa V. Buma/Sterma, Amsterdam Court of Justice, 29 November 2001, No.KG 01/2264 OdC

4. Nippon Columbia Co.,Ltd et al V. Yugen Kaisha Nippon MMO, Tokyo District Court, 29th Civil Division, 29 January 2003, Case No.4249

۵ . السان، مصطفی، حقوق تجارت الکترونیکی، انتشارات سمت، چاپ چهارم، پاییز ۱۳۹۶، صص. ۱۲۲ و ۱۲۵

یکی از کشورهایی که خسارت در آن وارد شده است، می‌تواند به کلیه خسارات حتی در کشورهای دیگر رسیدگی نماید و این از ویژگی‌های خاص این محیط است.<sup>۱</sup> این تفسیر در آرای بسیاری از دادگاههای کشورهای اروپایی راه یافت و دادگاههای ملی این کشورها در برخی آرای خود در زمینه نقض حقوق مالکیت فکری در فضای اینترنتی، صلاحیت دادگاه را توسعه دادند.<sup>۲</sup> بنابراین فضای سایبر و اینترنت خود به عنوان یک سرزمین یکپارچه محسوب می‌شود و جستجوی «محل» مورد نظر در آن تأثیر چندانی ندارد. به لحاظ ماهیت خاص اینترنت، هر شخصی از هر جای جهان می‌تواند با کمترین امکانات وارد اینترنت شده و بر محتوای آن بیفزاید یا محتوایی را - از جمله محتوای تحت حمایت قانون - از اینترنت بردارد. ارائه اطلاعات و دسترسی به آن، حق همگانی است، اما باید از ارائه محتوای غیرقانونی، زيانبار، مبتذل یا ناقص حقوق فکری در اینترنت جلوگیری شود و دلیل سختگیری به ارائه دهندگان خدمات اینترنتی نیز همین است.<sup>۳</sup>

یکی از راهکارهای مؤثر در این زمینه، از سوی رویه قضایی انگلستان اتخاذ شده است. بدین ترتیب که اگر خواهان یعنی پدید آورنده یا صاحب حق دعوی را هم علیه نقض کننده اصلی اقامه کند و هم علیه شرکت ارائه دهنده خدمات اینترنتی (ISP) یعنی شخصی که ناقض حق را در انتشار اثر یا ورود خسارت به خواهان یاری نموده است، اگر محل ورود خسارت دقیقاً مشخص نباشد، می‌توان در دادگاه اقامتگاه یا تجارتخانه ارائه دهنده خدمات اینترنتی طرح دعوی نمود.<sup>۴</sup> این معیار می‌تواند به عنوان یک معیار دقیق و عینی در جهان اینترنت ملاک عمل باشد. لذا همانگونه که ملاحظه می‌شود فعال اصلی و محوری در اینترنت که یک جهان بدون مرز محسوب می‌شود، شرکت‌های حرفه‌ای و متخصص این حوزه هستند که همان شرکت‌های ارائه دهنده خدمات اینترنتی و خدمات میزبانی می‌باشند. این شرکت‌ها به دلیل اینکه فعالیت کاربران با استفاده از امکانات آنها صورت گرفته و به وسیله تکنولوژی جدید به سادگی قادر به کنترل محتوای مبادله شده در اینترنت خواهند بود. زیرا در حال حاضر تکنولوژی به حدی از پیشرفت رسیده است که ربات‌های موتورهای جستجو می‌توانند به راحتی محتوای لینک‌های

1. WIPO, The Role of Private International law and Alternative Dispute Resolution, AA, 2009, p.7

2. For instance See Judgments: SG2 v. Brokat Informations systeme GmbH, Nanterre Court of Appeals (1996), See also VEJF and LICRA v. Yahoo! Inc. and Yahoo France, Ordonnance of November 20, 2000, Tribunal de Grande Instance de Paris

۳. السان، مصطفی، پیشین، ص. ۱۲۲

4. Chissick, Micheal and Alistair Kelman, Electronic Commerce; Law and Practice, London: Sweet&Maxwel, 2002, p.119

ارائه شده را بررسی نمایند و مطالب مغایر قانون و نقض کننده‌ی حقوق اشخاص ثالث را شناسایی نمایند که البته ممکن است تا حدودی موجب کاهش سرعت و تحمیل هزینه برنامه ریزی و ساخت ربات برای رساها گردد.<sup>۱</sup>

برخی پیشنهاد داده‌اند که ارائه دهندگان خدمات میزبانی از حالت انفعال فعلی خارج شده و این اجازه به آنها داده شود تا ضمن حفظ حریم خصوصی کاربران، بر محتوای بارگذاری شده بر سرورها نظارت و مدیریت نمایند تا محتوای ناقض حق فکری شناسایی و حذف گردد. به صورت کلی باید به شرکت‌های ISP اجازه داده شود تا با مدیریت خود از نقض کپی رایت پیشگیری نمایند.<sup>۲</sup> در مواردی که نقض مکرر حقوق مؤلف رخ می‌دهد، برخی از دادگاهها در اتحادیه اروپا و چین به این نتیجه رسیده‌اند که تعهدات نظارتی خاصی را بر ارائه دهنده خدمات اینترنتی یا میزبانی تحمیل نمایند. در چین، شرکتهای ارائه دهنده‌ی خدمات میزبانی در موارد نقض مکرر و مداوم حقوق مالکیت فکری، مکلف به اعمال درجه بالایی از مراقبت در جهت حفاظت از حقوق فکری شده‌اند.<sup>۳</sup> افزون بر این، ارائه دهندگان خدمات فوق، بنا به درخواست مقامات ذیصلاح قانونی، مکلف به افشای هویت ناقض حق می‌باشند و این امر به خوبی نشان دهنده‌ی میزان اشراف این شرکتها بر فعالیت‌های انجام شده در محیط اینترنت می‌باشد. به نحوی که با تغییر شناسه کاربری (IP) از سوی کاربران، باز هم فعالیت‌های آنها توسط ارائه دهنده خدمات اینترنتی قابل ردیابی است.

در رویه قضایی چین و اتحادیه اروپا، ارائه دهندگان خدمات اینترنتی مکلف به نظارت بر محتوای اینترنت در جهت پیشگیری از بارگذاری محتوای ناقض حقوق فکری شده‌اند که باید بدین منظور با استفاده از فناوری و ابزارهای متعارف و معقول، در جهت انجام این تعهد گام بردارند. در رویه‌ی قضایی آمریکا، چنین تکلیفی به صراحت ذکر نشده است؛ اما دادگاه استفاده از ابزارها و فناوری برای جلوگیری از نقض حق را به منزله ایفای تعهدات ارائه دهنده خدمات تلقی و آن را به عنوان دلیلی بر اثبات حسن نیت آن در نظر می‌گیرد. در چین، ارائه دهندگان خدمات میزبانی، باید در سه فرض بر محتوای آنچه بارگذاری می‌شود نظارت داشته باشند: نخست، محتوایی که بر شبکه «فیلم و سریال‌های تلویزیونی» بارگذاری می‌شوند، دوم، آثار معروف و موزیک‌های طرفدار و سوم، محتوایی که بیش از میزان معینی بازدید داشته باشد.<sup>۴</sup>

۱ رحمانی، هادی، پیشین، ص ۱۱۰

2 Wang, Jie, " Regulating Hosting ISPs' Responsibilities for Copyright Infringement", Dissertation to Obtain the Degree of Doctor, Maastricht University, 2016, P 253

3 Ibid, p.254

4 Ibid, p.255



بنابراین با توجه به مسئولیتی که بابت فعالیت‌های کاربران بر عهده شرکت‌های ISP قرار گرفته است، به نظر می‌رسد نظر به اینکه این شرکت‌ها دارای اقامتگاه و محل ثبت قانونی هستند و فعالیت و مسئولیت آنها مشخص می‌باشد، با توجه به از بین رفتن مفهوم مرز و مکان در سطح جهانی در اینترنت، همانطور که در حقوق انگلستان نیز اشاره شده است، بهترین معیار در جهت تعیین قانون حاکم بر نقض حقوق مؤلفان در این فضا، اقامتگاه قانونی شرکت‌های فوق می‌باشد. این معیار از طرح دعوی متعدد در دادگاه کشورهای مختلف جلوگیری کرده و با توجه به کاهش قوانین قابل اعمال بر دعوی، از صدور آرای متناقض نیز پیشگیری خواهد شد. با این معیار، شناسایی و اجرای آرای دادگاهها نیز با سهولت بیشتری قابل انجام خواهد بود. لذا در صورت نقض حقوق مؤلف در فضای سایبر، پدید آورنده در دادگاه محل اقامت شرکت ارائه دهنده خدمات میزبانی یا خدمات اینترنتی -حسب مورد- طرح دعوی می‌نماید. در این فرض، مسئولیت شرکت‌های اخیر الذکر نیز در دادگاهی که مطابق قاعده‌ی عام صلاحیت دارد، بررسی خواهد شد و این از مزایای معیار مورد نظر به شمار می‌رود. این نکته نیز شایان ذکر است که با توجه به نقض گسترده و پراکنده‌ی حقوق علمی و هنری در فضای اینترنت، اساساً شناسایی و تعیین تک تک کاربران ناقض در کشورهای مختلف غیرممکن و نامقدور است؛ لذا توجه مسئولیت به سوی شرکت‌های حرفه‌ای و متخصص ارائه دهنده خدمات اینترنتی و میزبانی، از این جهت نیز برای احقاق حقوق پدید آورنده سودمند خواهد بود.

## نتیجه گیری

تعیین مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی نقض حقوق اخلاقی مؤلف بنا بر معیار کنوانسیون‌های بین‌المللی، با توجه به محل وقوع نقض حق تعیین می‌شود. اما با توجه به اینکه در فضای اینترنتی و سایبری، تعیین محل وقوع نقض دشوار است، باید به دنبال معیارهای جدیدی برای آن بود. جهت تعیین دادگاه صالح و یافتن محل نقض حق، معیارهای مختلفی توسط دکترین حقوقی بیان شده است. در دکترین‌های مذکور تلاش شده است تا به تبعیت از تکنولوژی پخش برنامه‌های ماهواره‌ای که به نوعی مشابه اینترنت عمل می‌نمایند، محل نقض حقوق فکری با توجه به معیار ارسال و دریافت سیگنال یا ارسال و دریافت داده پیام به عنوان معیار تشخیص محل وقوع نقض حقوق فکری در نظر گرفته شوند. لکن نظریات حقوقی مذکور در فضای اینترنتی واجد ایراداتی از قبیل ایجاد صلاحیت برای چند دادگاه و عدم امنیت قضایی خواهند شد. لذا باید از معیار دیگری بهره جست که معیار جدید قابل پیشنهاد، صلاحیت دادگاه محل تجارتخانه یا محل ثبت ارائه دهنده خدمات اینترنتی می‌باشد که این معیار با توجه به تفسیر دیوان دادگستری اروپا و نیز نظریات موجود در حقوق انگلستان موجه و مقرون به صلاح است. لذا با توجه به مسئولیت‌های ارائه دهندگان خدمات اینترنتی، حرفه‌ای بودن و احاطه آنها بر اطلاعات و داده‌های موجود، تعیین دادگاه واحد بر مبنای مسئولیت آنها بهترین راهکار موجود ارزیابی می‌شود.

## فهرست منابع

- ۱- ابراهیمی، مختار. (۱۳۹۶). رستگاری از طریق معرفت به نفس در فلسفه بابا افضل کاشانی. عرفان اسلامی، ۱۳(۵۲)، ۲۴-۴۴.
- ۲- السان، مصطفی، حقوق تجارت الکترونیکی، انتشارات سمت، تهران، چاپ چهارم، پاییز ۱۳۹۶
- ۳- الماسی، نجادعلی، حقوق بین الملل خصوصی، بنیاد حقوقی میزان، تهران، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۸۶
- ۴- دیناری، فرهاد، موحدی، محمدرضا. (۱۳۹۸). دگرگونی جایگاه و ارزش خرد از آثار حکما تا آثار عرفا. عرفان اسلامی، ۱۵(۵۹)، ۱۳-۴۲.
- ۵- رحمانی، هادی، مسئولیت مدنی رسا در حقوق تجارت الکترونیکی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۴
- ۶- زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، انتشارات سمت، تهران، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۹۳
- ۷- صادقی، محسن، مطالعه تطبیقی تعیین مرجع صالح رسیدگی به دعاوی حقوقی نقض اسرار تجاری در فضای دیجیتال، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۵۵، تابستان ۱۳۸۹
- ۸- مسبوق، سیدمهدی، قادری بیباک، مهری. (۱۳۹۷). انسان کامل و نمود آن در مباحث نبوی ابن جابر اندلسی. عرفان اسلامی، ۱۴(۵۶)، ۳۴-۵۲.
- ۹- مولایی، یوسف، وابستگی حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی در مساله صلاحیت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۵، پاییز ۱۳۷۵.
- 10- Burmeister, Kai, Jurisdiction, Choice of Law, Copyright and the Internet: Protection Against Framing in an International Setting, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Volume 9, 1999
- 11- Casper, Matthias, Josef Drexle, Anatol Dutta, Martin Franzen, Helmut Gruthe, Stefan Grundmann, Munich Commentary on The Civil Code, Vol 1 11:Code, Edition: 6, Munchen: CH Beck, 2014
- 12- Chissick, Micheal and Alistair Kelman, Electronic Commerce; Law and Practice, London: Sweet&Maxwel, 2002
- 13- Denaro, James, Choice of Law Problems Posed by the Internet and by Satellite Broadcasting, 1, NO.3, 2000
- 14- Dixon, Allen N, "Liability of Users and Third Parties for Copyright Infringements on the Internet", Peer-to-peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law, Edited by Alain Strowel, Edward Elgar Pu, 2009
- 15- Dreier, Thomas, The Cable and Satellite Analogy, in The Future of Copyright in A Digital Environment, edited by P. Bernt Hugenholtz , First Edition Kluwer Law International, 1996
- 16- Geller, Paul Edward, "Conflict of Laws in Copyright Cases: Infringement and Ownership Issues", Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 51, 2004
- 17- Geller, Paul Edward, "International Intellectual Property Conflict of Laws and Internet Remedies", Journal of Intellectual Property Rights, Vol

- 10, March 2005
- 18- Ginsburg, Jane C, Global Use Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure, Journal of Copyright Society of the USA, Vol. 42, 1995
- 19- Hornle, Julia, "Jurisdiction and The Internet", in Law and Internet, Edited by Lilian Edwards and Charlotte Waelde, 3<sup>rd</sup> Revised Ed, Hart Publishing, 2009
- 20- Kostyu, Jennifer L, " Copyright Infringement on Internet: Determining the Liability of Internet Service Providers", Catholic University Law Review, Volume.48,Summer 1999
- 21- Ohly, Ansgar, Choice of Law in the Digital Environment: Problems and Possible Solutions in Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future, Edited by Josef Drexl and Annette Kur, Hart Publishing, 2004
- 22- Pedro alberto, Miguel asensio ,cross-broder adjudication of intellectual property right and competition between jurisdiction , annali italiani del diritto d'autore , della cultura e dello spettacolo (AIDA) , vol.xVI ,2007
- 23- Ray, C, "The Internet and Jurisdiction: The International Experience", in: Computer Law Association Bulletin, No. 2, 1999
- 24- Report From the European Commission on the Application of Council Directive 93/83/EEC on the coordination of Certain Rules Concerning Copyright and Rights Related to Copyright Applicable to Satellite Broadcasting and Cable Retransmission, COM (02) 430 final, 26 July 2002
- 25- Report of WIPO/UNESCO Group of Experts of the Copyright Aspects of Direct Broadcasting by Satellite, 1985
- 26- Rice, Denis, "Jurisdiction over E-commerce Disputes: Different Perspectives under American and European Law in 2002," International Federation of Computer Law Associations, Berlin, 2002
- 27- Wang, Jie, " Regulating Hosting ISPs' Responsibilities for Copyright Infringement", Dissertation to Obtain the Degree of Doctor, Maastricht University, 2016
- 28- WIPO, The Role of Private International law and Alternative Dispute Resolution, AA, 2009
- 29- WIPO Document CE/MPC/III/2,1990
- 30- WIPO, Recommendation Concerning the Protection of Marks, and other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, 2001.

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۲۰۶ - ۱۸۹

## بررسی ارزشی - حقوقی رویکرد حاکمیت ایران به خصوصی سازی

امین اله صمدی<sup>۱</sup>ابوالفضل جعفرقلیخانی<sup>۲</sup>محمد رضا یوسفی<sup>۳</sup>

### چکیده

در قوانین ما واژه خصوصی سازی تعریف نشده است. خصوصی سازی یک مفهوم پیچیده و مبهم و دارای ابعاد و آثار مختلف سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و حقوقی است. قبل و بعد از انقلاب رویکرد قانون گذار ما به سمت غلبه دادن مالکیت عمومی و دولتی بر مالکیت خصوصی بوده است. اما رفته رفته به دلایل متعدد از جمله داخلی و خارجی و به جهت جلوگیری از انحصار بخش عمومی و دولتی، رکود جامعه، کوچک نمودن دولت، بهما دادن به بخش خصوصی و راه یابی به بازار اقتصاد جهانی به خصوصی سازی توجه بیشتری گردید. مصادیق عینی و بارز این رویکرد اصل ۴۴ قانون اساسی و برنامه های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اول الی ششم جمهوری اسلامی ایران می باشد. مهم ترین هدف خصوصی سازی در اکثر کشورها افزایش کارآیی بنگاه ها و بهینه سازی تخصیص منابع بوده است. بهما دادن به خصوصی سازی، در واقع تکمیل مالکیت دولتی و عمومی می باشد. این هم پوشانی می تواند خلاها و موانع موجود را رفع نموده و از همه استعدادها و قابلیت های ملی تواما استفاده گردد. بابررسی وضع موجود، شواهد و آمارها حاکی از عملکرد نامناسب دولت در خصوصی سازی بوده است. افزایش اندازه دولت، کاهش روند ارزش سهام واگذار شده به بخش خصوصی در سال های اخیر و عدم واگذاری مدیریت به بخش خصوصی درست در جهت عکس فرآیند خصوصی سازی و از نقاط ضعف اجرای قانون اصل ۴۴ قانون اساسی می باشد. در این جستار از طریق روش مطالعه ی کتابخانه ای و به صورت نظری به بررسی ارزشی - حقوقی رویکرد حاکمیت جمهوری اسلامی ایران به فرایند و مفهوم خصوصی سازی پرداخته شده است.

### واژگان کلیدی

نگاه ارزشی، اصالت اخلاقی، حاکمیت، مالکیت، خصوصی سازی، خصولتی ها.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، واحد سیرجان، دانشگاه آزاد اسلامی، سیرجان، ایران.

Email: aminallah\_samadi@yahoo.com

۲. استادیار، گروه حقوق عمومی، واحد سیرجان، دانشگاه آزاد اسلامی، سیرجان، ایران. (استاد راهنما و نویسنده مسئول)

Email: jafargholikhani@yahoo.com

۳. استادیار، گروه حقوق عمومی، واحد سیرجان، دانشگاه آزاد اسلامی، سیرجان، ایران. (استاد مشاور)

Email: mryosefi2013@gmail.com

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۰/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۶/۱۴

## طرح مسأله

خصوصی سازی به فرآیندی اطلاق می شود که طی آن مالکیت و مدیریت از بخش دولتی به بخش مردمی خصوصی منتقل شود. طی این فرآیند اندازه دولت یا حجم فعالیت های دولت در اقتصاد کاهش یافته و اندازه بخش خصوصی یا حجم فعالیت های بخش خصوصی افزایش می یابد. به طور کلی مهم ترین هدف خصوصی سازی در اکثر کشورها افزایش کارایی بنگاه ها و بهینه سازی تخصیص منابع بوده است. نکته اساسی در افزایش کارایی از طریق خصوصی سازی این است که صرف انتقال مالکیت نمی تواند سطح کارایی را افزایش دهد، بلکه عنصر واگذاری مدیریت به بخش خصوصی در کنار فضای رقابتی نیز نقش بسزایی در این فرآیند دارد. به زبان ساده تر، منطق خصوصی سازی این است که فعالیتی را که دولت با هزینه بالا، کیفیت و بازده پایین در فضای انحصاری انجام می دهد، بخش خصوصی با هزینه کمتر، کیفیت بازده بالاتر در فضای رقابتی انجام دهد. خصوصی سازی همچنین منجر به کاهش هزینه های دولت می شود و از طرف دیگر درآمدهای مالیاتی دولت را در صورت تحقق اهداف خصوصی سازی افزایش می دهد. بنابراین خصوصی سازی می تواند منجر به کاهش کسری بودجه دولت نیز شود و از این رو اثرات مخرب کسری بودجه بر اقتصاد کشور را نیز کاهش دهد.

امروزه اقتصاددانان و سیاست مداران ضمن توجه به مسأله خصوصی سازی، به این نتیجه رسیده اند که بهترین راه رشد و توسعه اقتصادی و شکوفایی اقتصاد ملی اتخاذ تصمیماتی همانند ایجاد امنیت سرمایه گذاری، احترام به مالکیت خصوصی، گسترش هر چه بیشتر رقابت اقتصادی است. علاوه بر این، جذب سرمایه های خارجی و داخلی، تشویق مردم به سرمایه گذاری در زمینه های مفید و مورد نیاز جامعه، ایجاد انگیزه و رقابت پذیری در واحدهای اقتصادی همه و همه در گروی ایجاد بخش خصوصی فعال و قدرتمند است. البته در بخشی از زمینه ها که جنبه سوددهی مستقیم نداشته و بخش خصوصی انگیزه ای برای سرمایه گذاری در آن حیطة ندارد و فعالیت های مربوط به خدمات عمومی و تأسیسات زیربنایی، کماکان نقش حاکمیت با داشتن قدرت و دولت و اموال و امکانات وسیع لازم و ضروری است.

می توان گفت نظام ارزشی - حقوقی ما در اجرا کردن فرایند خصوصی سازی موفق نبوده است و عوامل مختلفی از جمله برداشت نادرست از اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی، عدم توجه مناسب به بخش خصوصی، رقیب پنداشتن بخش خصوصی در برابر دولت، پیاده کردن خصوصی سازی در سطح اقتصادی جامعه به طور ناقص، وجود نهاد نظارت ضعیف و ناکارآمد بر فرایند خصوصی سازی، فقدان قوانین پشتیبانی کننده از بخش خصوصی، وجود رانت و فساد اداری عدم توجه به اخلاق، باورها و ارزش های اسلامی باعث گردیده بنیان خصوصی سازی بطور صحیح و منطقی

استوار نگردد و امروز شاهد ایجاد و ظهور طبقه ی اقتصادی نیرومندی بنام خصولتی ها و یا شبه دولتی ها بجای خصوصی سازی واقعی در کشور شده ایم. (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۱۱-۲۱۲)

در این گفتار سعی شده است به این سوال اصلی پرداخته شود که "رویکرد ارزشی-حقوقی حاکمیت جمهوری اسلامی ایران به خصوصی سازی چگونه می باشد." بدین منظور در ادامه مقاله به مفهوم، اهداف، مبنای، موانع، شیوه ها و مصادیق خصوصی سازی پرداخته می شود. در پایان نتیجه گیری و پیشنهادات ارائه می گردد.

### ۱. مفهوم خصوصی سازی

در قوانین ما این واژه تعریف نشده است. خصوصی سازی یک مفهوم پیچیده و مبهم و دارای ابعاد و آثار مختلف سیاسی، اجتماعی و اقتصادی و حقوقی است. ناگزیریم جهت پی بردن به مفهوم و شناخت نسبت به آن به نوشته های حقوقدانان مراجعه نماییم. یکی از نویسندگان راجع به مفهوم خصوصی سازی بیان نمودند: «خصوصی سازی یعنی حرکت به سوی اقتصاد بازار از طریق زیر (پاکدامن، ۱۳۸۸: ۱۷):

الف- تدابیر سیاست اقتصادی، که خودبه دونوع تقسیم می شوند:

یکی تقویت چهارچوب سازمانی برای یک اقتصاد بازار، ساختارهای شرکت ها، ابزارهای قانونی، مؤسسات مالی و غیره و دیگری آزادسازی و مقررات زدایی.

ب- توسعه بخش خصوصی.

ج- خصوصی سازی مؤسسات اقتصادی که خودشامل:

حق انتخاب های واگذاری و دیگری حق انتخاب غیر واگذاری.

یکی دیگر از نویسندگان در بیان مفهوم خصوصی سازی اظهار نموده اند که خصوصی سازی شامل سه حلقه است: (کابلی زاده، ۱۳۸۴: ۲۹)

الف- آزادسازی؛ به معنای کاهش کنترل دولت بر فعالیت اقتصادی، حذف موانع صادرات و واردات، کاهش تعرفه ها و یارانه ها و کاهش حمایت از سرمایه گذاری های خاص دولتی و خصوصی به حداقلی که لازم است.

ب- بازار سازی؛ عبارت است از ایجاد شرایط رقابت کامل و تبدیل بنگاه ها و مؤسسات دولتی به مؤسسات سرمایه ای و تبدیل مؤسسات سرمایه ای دولت به شرکت های تجاری و فعالیت رقابتی در عرصه اقتصادی.

ج- خصوصی سازی از طریق انتقال مالکیت بخش عمومی به بخش خصوصی نه واگذاری اموال بخش عمومی به بخش دیگر عمومی.

## ۲. اهداف خصوصی سازی

خصوصی سازی یک مفهوم پیچیده و مبهم و دارای ابعاد و آثار مختلف سیاسی، اجتماعی و حقوقی است. جایگاه این عقیده برخاسته از جنبش‌هایی است (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۱۸) که علیه رشد ناموزون دولت و جایگزین کردن شرایط رقابت و فعالیت بخش خصوصی در فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی تلاش کرده‌اند، هدف الگوهای خصوصی سازی تنها بازگرداندن خدمات دهی و فعالیت اقتصادی به جایگاه اصلی خودش یعنی خصوصی نیست، بلکه برخی با ارایه الگوهای جدید خصوصی سازی در صدد ارایه شرایط رقابت و بازار آزاد اقتصادی هستند که دولت هم در آن سهم داشته باشد. بنابراین اگر فقط هدف خصوصی را مخالف با هرگونه دخالت دولت بدانیم دچار اشتباه شدیم.

با توجه به مفهوم خصوصی سازی می‌توان به اهداف آن پی برد. مروری بر تجربه کشورها نشان می‌دهد که مهم‌ترین اهداف که بین آنها مشترک بوده است عبارتند از: (پاکدامن، ۱۳۸۸: ۱۵)

الف- افزایش رقابت و کارایی اقتصادی

ب- افزایش درآمدهای دولت از طریق فروش سهام متعلق به دولت

پ- کاهش یارانه‌های دولتی

ت- افزایش بهره‌وری و تولید ملی

ث- افزایش سرمایه‌گذاری‌های داخلی در فعالیت‌های اقتصادی

ج- جلب سرمایه‌گذاری خارجی

چ- گسترش مالکیت سهام داخلی در مؤسسات اقتصادی دولتی

ح- افزایش درآمدهای دولت از طریق اخذ مالیات از سود و درآمد فعالیت اقتصادی بخش

خصوصی.

## ۳. منابع والزام‌های خصوصی سازی

فرایند خصوصی سازی در هر کشوری نیازمند مبانی و منابع والزام‌های داخلی و خارجی موثر بر آن می‌باشد. در الزامات و منابع داخلی می‌توان به قانون اساسی و قوانین عادی مصوب نظیر قانون مدنی و قانون برنامه‌های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و... اشاره کرد. در منابع درالزام‌های خارجی می‌توان به تشکیل سازمان تجارت جهانی<sup>۱</sup> (WTO) و موافقت نامه عمومی تعرفه و تجارت موسوم به گات<sup>۲</sup> (GATT) اشاره نمود که به آن‌ها پرداخته می‌شود.

1- World Trade Organization

2-General Agreement On Tariff And Trade



### ۳-۱. منابع و الزام های داخلی خصوصی سازی

در نظام حقوقی ایران، مالکیت خصوصی مورد حمایت بوده و اسباب ایجادکننده مالکیت بیش از آن است که در قانون مدنی ذکر شده است (یوسف زاده، ۱۳۹۴: ۵۲). در اصول (۲۲ و ۴۶ و ۴۷) قانون اساسی مالکیت خصوصی افرادی جامعه مورد حمایت قرار گرفته است. در مواد مختلف قانون مدنی مالکیت و تصرف به عنوان قوی ترین حق افراد نسبت به اموال و اشیا تلقی شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۶). در فقه اسلامی نیز در موارد متعدد از جمله «برابر قاعده فقهی لاضرر» بدین معنا که احکام ضرری در شریعت اسلام وجود ندارد» (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۶۰) مالکان خصوصی دولتی می توانند از مایملک خود به نحوی که دیگران متضرر نشوند استفاده نمایند، در این حالت مالکیت دولتی هیچگونه برتری بر مالکیت خصوصی نداشته و در واقع قواعد حقوق خصوصی و تجارت همانند مالکین خصوصی جاری می گردد.

از طرفی در زمینه واگذاری مالکیت عمومی به خصوصی و واگذاری فعالیت ها و اختیارات بخش عمومی به خصوصی در قوانین و مقررات مختلف به ویژه پس از تصویب برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی روند خصوصی سازی به نحو چشمگیری رو به افزونی یافته است. نظام حقوقی ایران (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۲۷) برخلاف سیستم حقوقی کشورهای کمونیستی، یا نظام اقتصاد آزاد صرف نظر از موازین خاص شرعی از حیث مبانی و اصول، نقاط اشتراک و همانندی فراوانی دارد.

قوانین مدنی و جزایی بسیاری در مورد مالکیت فردی و آزادی فعالیت ها وجود دارند از جمله: حیات و احیا (ماده ۱۴۳ قانون مدنی)، استفاده از آب های زیرزمینی (ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب) توزیع آب های سطحی (ماده ۱۲ قانون توزیع عادلانه)، استخراج معادن طبقه ۲ (ماده ۶ قانون معادن)، واگذاری سهام شرکت های دولتی و متعلق به دولت (اصل ۷۳ قانون اساسی و تبصره ۴۱ و ۴۲ و ۴۵ قانون برنامه دوم) قوانینی بوده که در راستای جنبش خصوصی سازی وضع گردیدند. مهم ترین قانون مصوب در این رابطه قانون های برنامه های سوم و چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی مصوب (۱۳۷۹ و ۱۳۸۳) است که به موجب آن مقررات جدی تری در مورد خصوصی سازی وضع شده است. اهم آنها عبارت است از حذف موانع تعرفه ای و تهیه برنامه زمان بندی اصلاح نرخ های معادل تعرفه ماده (۱۱۵)، کاهش تصدی و کوچک سازی دولت (ماده ۲)، سازماندهی شرکت های دولتی از طریق واگذاری شرکت های غیر ضروری به بخش غیر دولتی، انحلال، ادغام و تجدید سازمان شرکت های دولتی به منظور خصوصی سازی، تجاری سازی فعالیت شرکت ها و تفکیک آنها از وظایف حاکمیتی دولت (ماده ۴).

فروش سهام شرکت های دولتی قابل واگذاری حتی شرکت ملی نفت ایران و سازمان

گسترش نوسازی صنایع ایران و برخی دیگر از شرکت‌های موضوع اصل (۵۵) قانون اساسی، واگذاری با حفظ مالکیت شرکت‌های موضوع اصل (۴۴) قانون اساسی (ماده ۱۸) آزادسازی و ایجاد رقابت در عرضه خدمات پستی و مخابراتی توسط بخش خصوصی (ماده ۱۸) تمهید برنامه لغو انحصار دخانیات (ماده ۳۱) مشارکت بخش خصوصی در امور راه و راه آهن (ماده ۳۰ و ۱۲۸) آزادسازی صادرات و واردات مواد اولیه و کالاهای واسطه مورد نیاز صادرات به منظور ایجاد جهش صادراتی (ماده ۱۱۳) تأسیس پالایشگاه و نیروگاه توسط بخش خصوصی (ماده ۱۲۲) اجازه واگذاری کلیه مراکز فرهنگی، هنری، ورزشی، بهداشتی، درمانی، توانبخشی آموزشی و نظامی که تغییر کاربری می‌یابند (ماده ۱۳۵).

به طور کلی مبانی و الزام‌های خصوصی سازی در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران بشرح ذیل می‌توان بیان نمود: (پاکدامن، ۱۳۷۴: ۶)

- قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی مصوب سال (۱۳۶۸).
- قانون برنامه چهارم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی .
- قانون برنامه سوم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی .
- تصویب نامه واگذاری اختیارات هیأت وزیران به وزیران عضو هیأت عالی واگذاری در خصوص واگذاری سهام شرکت‌های دولتی مصوب (۱۳۸۶)
- تصویب نامه در خصوص برنامه زمان بندی و درصد سهام قابل واگذاری هفده شرکت زیر مجموعه شرکت‌های مادر تخصصی و ازتر نفت مصوب سال (۱۳۸۶) .
- آیین نامه نحوه ی واگذاری سهام ترجیحی مصوب سال (۱۳۸۶) .
- بند ب ماده (۱۳۷) قانون برنامه چهارم توسعه مصوب سال (۱۳۸۵)
- تصویب نامه در خصوص واگذاری کلیه سهام دولتی و متعلق به دولت در بورس مصوب سال (۱۳۸۶)

- تصویب نامه راجع به قیمت گذاری (۲۱) شرکت دولتی مصوب سال (۱۳۸۵)
- از سیاست‌های کلی برای تدوین برنامه دوم توسعه مصوب سال (۱۳۷۳)
- از قانون برنامه دوم توسعه مصوب سال (۱۳۷۳)
- از قانون برنامه اول توسعه مصوب سال (۱۳۶۸)
- قانون نحوه واگذاری سهام دولتی و متعلق به دولت به ایثارگران و کارگران مصوب سال (۱۳۷۳)

- آیین نامه اجرای قانون نحوه ی واگذاری سهام دولتی و متعلق به دولت به ایثارگران و کارگران مصوب سال (۱۳۷۳)
- تبصره ی (۳۵) قانون بودجه سال (۱۳۷۷) کل کشور

- آیین نامه اجرایی تبصره ی (۳۷) قانون بودجه سال (۱۳۷۷) کل کشور .
- دستورالعمل نحوه تعیین نرخ های پایه و روش های اجرایی واگذاری شرکت های موضوع تبصره (۳۵) قانون بودجه سال (۱۳۷۷) کل کشور.
- سیاست واگذاری سهام متعلق به دولت و سازمان ها و شرکت های دولتی مصوب (۱۳۷۰)
- سیاست واگذاری سهام متعلق به دولت و سازمان ها و شرکت های دولتی مصوب (۱۳۷۱)
- واگذاری بخشی از فعالیت های اجرایی دستگاه های دولتی به ویژه امور عمومی و خدماتی به بخش های غیر دولتی مصوب (۱۳۷۳)
- الزام به اعلام فعالیت های قابل واگذاری به بخش غیر دولتی توسط وزارت خانه ها، سازمان ها، موسسات و شرکت های دولتی مصوب (۱۳۶۹)
- واگذاری بخشی از امور و وظایف وزارت کشاورزی به بخش غیردولتی مصوب (۱۳۷۱)
- واگذاری بخشی از امور و وظایف وزارت جهاد سازندگی به بخش غیردولتی مصوب (۱۳۷۱)
- ابلاغ آیین نامه های نحوه تعیین قیمت پایه سهام فروش اقساطی و نحوه واگذاری سهام مصوب (۱۳۷۲).

### ۳-۲. منابع والزام های بین المللی (خارجی) خصوصی سازی

امروز تشکیل سازمان تجارت جهانی (WTO) و پیوستن بیش از (۱۶۰) کشور با محوریت تجارت آزاد، شرایطی را پدید آورده که شرط عمده پیشرفت و رقابت در عرصه جهانی را موقوف بر آزادسازی تجارت کرده است. (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۲۳) لازمه الحاق به این نظام بین المللی، آزادسازی تجارت و مقررات زدایی نسبت به موسسات اقتصادی و گسترش رقابت است. منابع والزام های آزادسازی و گسترش رقابت بر طبق اصول موافقت نامه عمومی تعرفه و تجارت موسوم به گات (GATT) و اساسنامه و موافقت نامه های سازمان تجارت جهانی عبارت است از: (عزیزی، ۱۳۸۱: ۲۰۸).

### ۳-۲-۱. اصل آزادسازی تجارت

رفتارهای تعرفه ای کشورهای عضو باید در جهت تسهیل تجارت آزاد باشد و هرگونه افزایش تعرفه باید به تصویب سایر کشورهای عضو برسد. حذف محدودیت های مقداری واردات کالاها و خدمات و کاهش آثار منفی مقررات مانع تجارت آزاد، نیز از الزامات تجارت آزاد هستند، مگر در مواردی که برای حمایت از صنایع نوپا یا جلوگیری از کاهش ذخایر ارزی ضرورت داشته باشد.

## - اصل عدم تبعیض

مطابق این اصل هر نوع مزیت و امتیازی که یک کشور باید برای کشور دیگری در نظر بگیرد باید آن را در مورد دیگر کشورها تعمیم دهد.

## ۳-۲-۲. اصل شفافیت

به موجب این اصل هر عضو با توجه به نظام حقوقی و سیاسی خود باید بکوشد اطلاعات مربوط به قوانین و سیاست‌های تجاری خود را در اختیار دیگر اعضا قرار دهد. بدین وسیله از وضع قوانین و سیاست‌های مغایر با موازین و سیاست‌های (WTO) جلوگیری می‌شود.

## ۳-۲-۳. اصل موافقت نامه‌های تجارت بین‌المللی

در رویه بین‌المللی به دو اصل مهم دیگر جهت خصوصی سازی تاکید شده است. (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۲۴) یکی از الزامات بین‌المللی خصوصی سازی، موافقتنامه‌های تجارت بین‌المللی است. (عزیزی، ۱۳۸۱: ۲۲۴-۲۲۵). ضرورت هماهنگی میان کشورها در امر صادرات و واردات و عملیات بازرگانی و جریان تعامل بازرگانان ریشه‌های تاریخی داشته که در دوران معاصر این تعاملات و نیازهای متقابل به اوج خود رسیده است. موافقت نامه اصول تعرفه و تجارت در سال (۱۹۴۷ میلادی)، موسوم به گات با هدف افزایش تجارت بین‌المللی از طریق حذف موانع تجاری منعقد گردید. پس از آن سیر تدریجی آزادسازی تجارت و رفع موانع ادامه یافته تا اینکه آخرین مذاکرات موسوم به دور اروگوئه سرانجام پس از هفت سال به نتیجه رسید و سند نهایی آن در (۱۵) آوریل (۱۹۹۴) توسط نمایندگان دولت‌های عضو موسوم به گات (۱۳۹۴) به امضاء رسید. در این دور، موافقت نامه‌های جدید درباره تجارت، خدمات، حقوق مالکیت‌های فکری و معنوی، کشاورزی، منسوجات، بهداشت و اقدامات سرمایه‌گذاری به امضاء رسیده است. به دنبال این تحول بزرگ در سال (۱۹۹۵) سازمان تجارت جهانی (WTO) تشکیل گردید.

هر چند که در این اسناد به نحو مستقیم دولت‌ها متعهد به خصوصی کردن اقتصاد نشده‌اند؛ لیکن روح حاکم بر گات و سازمان بازرگانی جهانی مستلزم وجود شرایط رقابت اقتصادی و خصوصی شدن اقتصاد جوامع است.

## ۳-۲-۴. اصل توجه به برنامه‌های سازمان ملل متحد

یکی دیگر از الزامات بین‌المللی خصوصی سازی برنامه‌های سازمان متحد می باشد. برنامه‌های خصوصی سازی، به طور فزاینده‌ای به صورت ابزار مهم سیاست عمومی از دهه ی (۱۳۸۰) در آمده است. اعتقاد اساسی جامعه جهانی است که خصوصی سازی می بایست به عنوان وسیله‌ای برای تحقیق دستاورد کارایی در عملیات یک مؤسسه اقتصادی تلقی شود. سازمان ملل متحد در سال (۱۹۹۸) شبکه بین‌المناطق را تأسیس کرد. شبکه بین‌المناطق در زمینه‌های خصوصی سازی سازمان ملل متحد با تألیف کتاب «رهنمودهایی پیرامون خصوصی سازی» نگرش بی

طرفانه ای در این خصوص ارایه کرده است. به طور کلی بخش های مختلف سازمان همانند اداره همکاری فنی، بانک جهانی، صندوق بین المللی پول، شرکت مالیه بین المللی، انستیتو توسعه اقتصادی، سازمان توسعه صنعتی ملل متحد، سازمان کنفرانس توسعه و تجارت ملل متحد تسهیلاتی را برای خصوصی سازی در نظر گرفته اند. (پاکدامن، ۱۳۷۴: ۲۱۸)

از دیگر اصول می توان به:

- اصل پذیرش اصل آزادی ترانزیت و عبور و مرور وسایل حمل و نقل کشورها به مقصد کشورهای دیگر .

- اصل انتشار علنی قوانین و مقررات و مصوبات تجارت خارجی .

- اصل مقید و محدود شدن حضور دولت در اقتصاد با هدف ارتقای سطح زندگی مردم و بهبود و توسعه اقتصادی.

- اصل برابری رفتار تجاری و ضوابط یکسان با شرکت های دولتی و خصوصی .

- اصل ارزش گذاری واقعی در مقاصد گمرکی و پرهیز از قیمت های بی پایه و ساختگی .  
به طور کلی می توان گفت : رویه بین المللی به سوی آزادسازی تجارت با در نظر گرفتن منافع ملی کشورها و حمایت از صنایع نوپا و حضور دولت تحت شرایط خاص به منظور توسعه اقتصادی با حداقل امتیازها و انحصارها در عرصه تجارت بین الملل استوار است.

#### ۴. موانع خصوصی سازی در نظام اقتصادی ایران

خصوصی سازی هر چند که برای ایجاد رقابت اقتصاد و مشروعیت مالکیت خصوصی و ارتقای سطح بهره وری و کیفیت و اجرای اصل مزیت نسبی اقتصادی و بسیاری دلایل عقلی و تجربی دیگر مفید و ضروری و انکارپذیر است، لیکن نباید این سیاست اقتصادی به گونه ای در اذهان جا بیفتد که تنها راه علاج معضلات اقتصادی و اجتماعی قلمداد شود. (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۲۹)

دولت در کنار بخش خصوصی از امکانات و توانایی های خاصی برخوردار است که بخش خصوصی فاقد آن است. دولت از حیث برخورداری از قدرت سیاسی، سازماندهی و مدیریت در برخی زمینه ها و کارهای زیربنایی و تجارت و سرمایه گذاری تحرکاتی انجام می دهد که بخش خصوصی، به هیچ وجه توان و یا انگیزه انجام فعالیت های کلان مزبور را ندارد. به علاوه اینکه معضلات اقتصادی ایران فقط ریشه در اقتصاد دولتی ندارد، بلکه عوامل سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و تاریخی دیگری نیز وجود دارد تا زمانی که آن عوامل و موانع اصلاح نشوند انزوای اقتصادی و رکود تولید و عقب ماندگی اقتصادی باقی است. علاوه بر جهات فوق، خصوصی سازی در نظام حقوقی و سیاسی و اقتصادی ایران با موانع و معضلات حقوقی دیگری دست به گریبان است. در این جا به بیان چند مورد از موانع و معضلات خواهیم پرداخت:

#### ۴-۱. برداشت اشتباه از قانون اساسی

در طول دو دهه اول انقلاب با تفکر انقلابی و برداشت‌های منفی نسبت به بخش خصوصی و سرمایه‌داری تمام تلاش‌های حقوقی در راستای تبدیل مالکیت خصوصی به عمومی بوده است. هر چند با تصویب قانون برنامه سوم توسعه این دید تغییر یافت ولی هنوز فرصت برای پیشرفت بخش خصوصی وجود دارد.

اصولی که مقصود ما است عبارت است از: «۴۳ و ۴۴ و ۴۵ و ۴۹» که برداشت نادرست از آنها از عوامل تضعیف بخش خصوصی بوده که خوشبختانه این دیدگاه با ابلاغ سیاست‌های کلی نظام از سوی مقام معظم رهبری مورخ ۱۳۸۵/۹/۵ در جهت تقویت بخش تعاونی و خصوصی اصلاح گردید.

#### ۴-۲. ضعف بخش خصوصی

ضعف بخش خصوصی در اقتصاد ایران مشهود است. (پاکدامن، ۱۳۸۸: ۴-۶) فعالیت اقتصادی در ایران اغلب به قیمت تحمیل کالای نامرغوب و فاقد کیفیت مطلوب و گران قیمت نسبت به مشابه خارجی خود و گسترش مونتاژ و استثمار مصرف‌کنندگان است.

بسیاری از صنایع (مثل خودروسازی) هنوز محتاج دستگیری دولت و ملت است. رویه‌ای که قابل توجیه نیست، زیرا حمایت و کمک به صنایع و محروم کردن مردم از حق انتخاب کالای مرغوب‌تر و ارزان‌تر ممکن است برای صنایع نوپا توجیه داشته باشد ولی برای صنایع قدیمی مسیری نافرجام است.

مطابق آمار ارایه شده (۸۰ درصد) بخش صنعت کشور دولتی و بخش عمده‌ای از (۲۰) درصد باقی مانده نیز جزو بخش خصوصی نبوده بلکه عمومی هستند. (ادیب، ۱۳۸۱: ۱۷)

#### ۴-۳. فقدان نظام حقوقی جامع خصوصی سازی

در شروع کار خصوصی سازی تصویب «قانون خصوصی سازی» به عنوان یک قانون مادر ضرورت دارد.

تصویب این چنین قانونی دارای فواید متعددی است، از جمله: (پاکدامن، ۱۳۸۸: ۳۲۹-۳۳۰) الف - با وجود مقررات پراکنده در مورد شرکت‌های دولتی این احتمال وجود دارد که در مرحله اجرای برنامه خصوصی سازی اختلاف نظرهای شدیدی بین مجریان و کلیه اشخاص ذینفع پدید آید که همین موضوع مانع از جریان عادی عملیات خواهد شد، وجود یک قانون مشخص، از بروز این چنین مشکلاتی جلوگیری به عمل خواهد آورد.

ب - وجود یک قانون مشخص برای خصوصی سازی، با ایجاد هماهنگی و وحدت رویه بین کلیه دستگاه‌های ذیربط اعم از سیاست‌گذار و مجری کمک خواهد کرد.

#### ۴-۴. فقدان قوانین حمایت کننده

تصویب قانون خصوصی سازی به تنهایی نمی تواند ضامن موفقیت برنامه های گسترده خصوصی سازی گردد. لذا لازم است به موازات تصویب قانون خصوصی سازی، قوانین سایر موضوعات مرتبط با خصوصی سازی نیز مورد بازنگری قرار گیرند، از جمله موارد: (همان: ۲۳۲) مقررات بازار اوراق بهادار، مقررات مربوط به فعالیت انتفاعی شرکت های دولتی، مقررات سرمایه گذاری خارجی، مقررات روابط کار، مقررات مربوط به امور شرکت ها، مقررات مربوط به تجارت (داخلی و خارجی)، موافقت های بین المللی تضمین سرمایه گذاری خارجی و موافقت های بین المللی اجتناب از پرداخت مضاعف مالیات .

مشارکت گسترده و عمومی مردم از برنامه های خصوصی سازی، مستلزم ایجاد بسترهای حقوقی لازم برای این منظور است. (همان: ۳۳۲)

نارسایی های بازار سرمایه در کشورهای در حال توسعه و کشورهای با اقتصاد در حال گذار، یکی از بارزترین موانع مشارکت عمومی برای خرید سهام دولتی و در نتیجه ناکامی برنامه های خصوصی سازی در این گروه از کشورها است. در صورتی که مشاهده می شود برنامه های مشابه خصوصی سازی در کشورهای توسعه یافته بسیار راحت تر جریان می یابد.

#### ۴-۵. فقدان نهاد عالی نظارت و مدیریت بر خصوصی سازی

به موازات لزوم وجود قوانین و مقررات جامعه در رابطه با خصوصی سازی نحوه اجرای این قوانین و مقررات نیز برای تحقق خصوصی سازی نحوه اجرای این قوانین و مقررات نیز برای تحقق خصوصی سازی از اهمیت اساسی برخوردار است. تجربه خصوصی سازی در ایران نشان داده شده است، که فقدان یک نهاد عالی نظارت و مدیریت بر خصوصی سازی موجب شده است که : (پاکدامن، ۱۳۸۸: ۳۳۵)

الف - هریک از وزارت خانه ها و دستگاه های دولتی رویکرد متفاوتی نسبت به خصوصی سازی داشته اند.

ب - فقدان یک نهاد عالی و مستقل از دستگاه های اجرایی موجب شده است که تخلفات عدیده ای در نحوه واگذاری ها صورت گیرد. لذا ضرورت دارد سازمان مستقلی در این رابطه تأسیس و با قدرت اجرایی و بهره مند از حمایت سیاسی بالا مدیریت خصوصی سازی را به عهده گیرد. سازمان خصوصی سازی که طی سالهای اخیر تأسیس گردیده از اقتدار کافی برای مواجه با وزارت خانه ها برای واگذاری شرکت های دولتی برخوردار نیست.

#### ۵. شیوه های خصوصی سازی

همانگونه که می دانیم بین اموال عمومی و اموال خصوصی دولت تفاوت وجود دارد و بر اساس قانون واگذاری آن دو به بخش خصوصی امکان پذیر می باشد و اموال تحت اختیار و

مالکیت دولت ممکن است اموال مصنوعی (ساخته دست انسان) و اموال طبیعی باشد که روش واگذاری و انتقال این اموال به بخش خصوصی با توجه به ماهیت آن دو متفاوت خواهد بود. در خصوص اموال مصنوعی یا به عبارت دیگر شرکت‌ها و موسسات اقتصادی دولتی برای خصوصی سازی می‌توان چهار برنامه و روش زیر را دنبال نمود: (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۲۲-۲۲۳)

### ۵-۱. انتقال و فروش اموال عمومی به مالکیت خصوصی از طریق فروش یا اجاره

انتقال و فروش عمومی به مالکیت خصوصی از طریق فروش یا اجاره دادن سرمایه‌های زیربنایی و بنگاه‌های اقتصادی عمومی و دولتی؛ این برنامه در حد معقول موجب افزایش نقدینگی دولت و مصرف آن در تقویت توان ملی، افزایش بهره‌وری، ایجاد انگیزه کار و تولید از طریق توسعه و حمایت مالکیت خصوصی و امنیت سرمایه‌گذاری، رقابت اقتصادی و شکوفایی اقتصادی با تقویت بخش خصوصی خواهد شد. باید اضافه نمود که با واگذاری سهام بدون تغییر در مدیریت، خصوصی سازی محسوب نمی‌گردد و همچنان با وجود مدیریت دولتی هدف خصوصی سازی عقیم می‌شود.

### ۵-۲. آزادسازی

آزادسازی و خصوصی سازی با وجود ارتباط نزدیک با همدیگر از نظر مفهوم علمی دو مقوله جداگانه هستند. زیرا ممکن است انتقال مالکیت به بخش خصوصی پذیرای کنترل دولت بر امور اقتصادی باقی بماند و بالعکس ممکن است دولت کنترل خود را بر اقتصاد کاهش داده ولی فعالیت اقتصادی دولتی در شرایط رقابت هم وجود داشته باشد. بنابراین دولت می‌تواند با برنامه آزادسازی بدون انتقال مالکیت، اجازه فعالیت رقابتی به بخش خصوصی بدهد. این برنامه در مواردی که حضور دولت در صحنه اقتصادی مربوط ضروری باشد و یا بخش خصوصی توان و انگیزه تصدی کامل امور را نداشته باشد، با آزادسازی اقتصادی، ولی بدون انتقال مالکیت، به بخش خصوصی اجازه فعالیت را در آن صحنه داده و این می‌تواند مفید و مؤثر باشد.

### ۵-۳. واگذاری خدمات دولتی به بخش خصوصی

در این حالت دولت برخی از کارهای خود را در قالب پیمان کاری و اجازه و مدیریت پیمان به بخش خصوصی محول می‌کند. دولت به جای ارایه مستقیم خدمات، ممکن است بخش خصوصی را که همان خدمات را عرضه می‌کند، تقویت نماید برای مثال در زمینه حمل و نقل دولت اتوبوس‌های عمومی با وام دولتی و حمایت‌های مالی خود به تعاونی‌ها و بخش خصوصی واگذار می‌نماید و در کنار آن با سیاست تثبیت قیمت بلیط، خدمات حمل و نقل مسافری را نیز ارایه دهد. هدف از این برنامه تحقق بخشیدن به برنامه‌های عمومی و عام المنفعه بدون توسعه دولت و اختلال در روند کوچک کردن دولت است. (خلیل پورگرگانی، ۱۳۹۳: ۱۳۹۳)



#### ۴-۵. تبدیل برنامه های عمومی به خصوصی و کاهش دخالت دولت

تبدیل برنامه های عمومی به خصوصی و کاهش تولید دولت و درگیر نساختن دولت در امور اقتصادی یا محدود کردن خدماتی که دولت ارایه می دهد. هدف از این برنامه، توسعه آزادی های فردی، کاهش بار مسئولیت و کاهش گران باری دولت، اقتصاد آزاد و ایجاد شرایط رقابت و افزایش قدرت دولت در اعمال حاکمیت ملی است. این رویکرد باید براساس بررسی های منطقی و علمی و به دور از افراط و تفریط باشد، زیرا از سویی برخی خدمات حمایت دولت در راستای حمایت از اقشار آسیب پذیر و کم درآمد و خدمات حمایتی دولتی در راستای حمایت از اقشار آسیب پذیر و کم درآمد و خدمات عمومی و عام المنفعه لازم است. از سوی دیگر خدمات و یارانه های دولتی موجب ارایه خدمات حمایتی به عموم مردم و حتی افراد متوسط به بالای جامعه می شود و موجب تنبلی افراد مورد حمایت می شود.

با جمع بندی مباحث فوق نتیجه می گیریم روش های خصوصی سازی یا آزادسازی هیچ کدام مطلق نیست. قبل از هر چیز لازمه رقابت، وجود مالکیت خصوصی است. ایجاد مالکیت خصوصی همیشه توأم با انتقال مالکیت عمومی نیست، بلکه از طریق آزادسازی و اجاره، فعالیت بخش خصوصی در عرصه های عمومی مورد نظر هم محقق می شود. (همان: ۲۳۰)

#### ۶. مصادیق خصوصی سازی

برابر صدر اصل (۴۴) قانون اساسی، صنایع بزرگ و صنایع مادر جزء مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. برابراین اصل مصادیق خصوصی سازی به شرح ذیل می باشد.

#### ۶-۱. صنایع سنگین و مادر

رویکرد عمومی سازی صنایع پس از پیروزی انقلاب اسلامی برای اولین (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۸۶) بار براساس قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران مصوب (۱۳۵۸/۴/۲۵) صورت گرفت. برابر قانون اخیر: «صنایع بر پایه صنعت و اقتصاد وابسته به سرمایه داری غارتگر جهانی به وجود آمده و برای نجات صنعت و اقتصاد کشور علاوه بر نفت گاز، راه آهن، برق و شیلات که از قبل ملی شده، تولید فلزاتی که در صنعت مصرف عمده دارند، ساخت و مونتاژ کشتی و هواپیما و اتومبیل، نیز ملی و عمومی اعلام می شوند.»

برابر بند (ب) سهام صنایع و معادن بزرگ متعلق به افرادی که از طریق روابط نامشروع و تضییع حقوق عمومی به ثروت های کلان رسیده نیز ملی اعلام و متعلق به دولت است. در بند (ج) قانون مذکور ضابطه ای بیان شده که؛ به موجب آن کلیه کارخانجات و مؤسساتی که وام دریافتی آنها از خالص دارایی شان بیشتر باشد، نیز متعلق به دولت و آن دسته از صنایع که وام دریافتی از دولت و مردم در مالکیت آن سهیم است. مالکیت مشروع آن دسته از صنایع که متعلق

به بخش خصوصی است براساس قبول اصل مالکیت مشروع مورد حمایت قانونی از مالکیت مشروع است. نقطه قوت ( این قانون، ملی کردن ثروت های نامشروع و حمایت قانونی از مالکیت مشروع است. همان، ۲۸۷) اما نقطه ضعف آن (همان، ۲۸۷) به هم خوردن مدیریت صنایع و ورشکستگی آنها به ویژه کارخانجاتی که فقط به خاطر وام دریافتی از دولت، مصادره شده اند، نیز اقدام ناصحیحی بوده که موجب سلب مالکیت مشروع و به هم ریختن نظام مدیریتی و مالکیت آنها و در نهایت زیان ده شدن و ورشکستگی برخی از آن صنایع گردیده است. اضافه اینکه اخذ وام سبب نامشروع نبوده که مصادره قانونی بنگاه اقتصادی توجیه داشته باشد. (خلیل پورگرگانی، ۱۳۹۳: ۲۳۱) وام از اسباب مشروع و قانونی مالکیت است و کمتر واحد سرمایه ای بدون وام بانکی می تواند تشکیل و به حیات خود ادامه دهد.

مطابق قانون مذکور مونتاژ و ساخت اتومبیل ملی و عمومی اعلام گردید. به همین خاطر مصداق بارز آن یعنی صنعت خودروسازی را مورد بررسی قرار می دهیم. صنعت خودروسازی در کشور ما به عنوان صنعت مادر شناخته شده و به سه دسته سبک (تولید نیرو محرکه و قطعات اتومبیل و موتورسیکلت) نیمه سنگین (تولید کمک فنر، ایران وانت، سایپا) و سنگین (گروه صنعتی خاور ایران کاوه و شهاب خودرو) تقسیم می شود. صنعت خودروسازی در سال (۱۳۳۶) تأسیس و در سال (۱۳۵۸) به موجب قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران در جهت حمایت و پوشش صنایع، ملی اعلام شد، در سال (۱۳۶۵) به علت عدم سرمایه گذاری بخش خصوصی به سازمان دولتی گسترش و نوسازی صنایع واگذار شده و در سال (۱۳۶۹)، به موجب تصویب نامه ای، مقرر گردید، سهام شرکت های خودروسازی به بورس اوراق بهادار واگذار شوند، ولی این مصوبه در عمل اجرا نشد. در سال (۱۳۷۳) دولت برای حمایت از صنعت خودروسازی، سیاست تحدید واردات و لزوم ارایه مجوز برای خودروهای وارداتی را عمل کرد. بدین وسیله صنعت خودروسازی که برای رشد و شکوفایی در اختیار دولت نهاد شده بود، تبدیل به منبع درآمد انحصاری دولت گردید. تولید کنندگان ایرانی که بازار داخلی را در انحصار خود می دیدند، روز به روز از کیفیت محصولات کاستند و مصرف کننده ایرانی ناچار است که خودرو بی کیفیت ایرانی را با قیمت بسیار گران تر از نرخ بازار خریداری کند. تا اینکه به موجب قوانین برنامه سوم و چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور این رویکرد را تغییر داد. (کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۹۰) در حال حاضر قانون گذار به منظور خصوصی سازی، تعریف مضیق از صنایع سنگین ارایه کرده است. در همین راستان طبق بند (۲۲) بند (۱) قانون تمرکز امور صنعت و معدن و تشکیل وزارت صنایع و معادن مصوب (۱۳۷۹/۱۰/۶)، فهرست صنایع بزرگ باید ظرف شش ماه به تصویب هیأت وزیران برسد. هیأت وزیران نیز به موجب بند الف مصوبه مورخ (۱۳۸۱/۱/۱۴) صنایع بزرگ را چنین تعریف کرده است: «صنایع تولید فلزات اساسی فولاد، مس و آلومینیوم از مرحله سنگ های

معدنی یا معدنی فرآوری شده تا تولید شمش و هر یک با ظرفیت بیش از (۴۰) درصد نیاز کشور. «برابر مقرر قانونی معنون وزارت مذکور موظف است سایر واحدهای صنعتی و معدنی را به بخش غیر دولتی واگذار نماید. لایحه اجرای سیاست های کلی (اصل ۴۴) قانون اساسی همه صنایع را از انحصار طبیعی و قانونی دولت خارج نموده و سهم دولت از سرمایه گذاری در این بخش حداکثر (۲۰) درصد تعیین شده است.

### ۲-۶. عملیات بانکداری

مطابق صدر اصل (۴۴)، بانکداری و بیمه و حمل و نقل نیز جزو بخش مالکیت عمومی دولت است. شرکت های بزرگ بیمه (ایران، البرز و آسیا) و بانک های مختلف متعلق به دولت بود. این شرکت ها با استفاده از حق انحصاری خود، به کار خود ادامه دادند تا اینکه در فرایند خصوصی سازی، بانک های نیمه خصوصی مانند (پارسیان و قوامین) بوجود آمدند و در ادامه سهام بانک ها به استثنای بانک ملی، سپه، مرکزی و کشاورزی به بخش غیر دولتی واگذار شد.

### ۳-۶. عملیات بیمه

در زمینه بیمه نیز قانون تاسیس شرکت های بیمه خصوصی مصوب ۱۳۸۱ گام بزرگی در خصوصی سازی خدمات بیمه به شمار می رود در صدر ماده واحده مذکور آمده است: «به منظور تعمیم و گسترش صنعت بیمه در کشور، افزایش رقابت و کارایی در بازار بیمه، افزایش رفاه عمومی و گسترش امنیت اجتماعی و اقتصادی، افزایش نقش بیمه و رشد و توسعه اقتصادی کشور و جلوگیری از ضرر و زیان جامعه با توجه به ذیل اصل (۴۴) قانون اساسی و در چارچوب ضوابط، قلمرو و شرایط تعیین شده به ذیل اصل (۴۴) قانون اساسی و در چارچوب ضوابط، قلمرو و شرایط تعیین شده زیر اجازه تأسیس مؤسسه بیمه غیردولتی به اشخاص داخلی داده می شود.» بنابراین قانونگذار (همان: ۲۹۰-۲۹۱) براساس تفسیر جدید قانون اساسی (اصل ۴۴)، "مالکیت عمومی در صورتیکه باعث زیان جامعه شود، مورد حمایت نیست و به بخش غیر دولتی انتقال داده می شود" قانون ذکر شده را تصویب کرده است. اضافه بر آن برابر ماده (۱۶) قانون برنامه چهارم دولت مجاز شد سهام شرکت های بیمه تجاری را پس از اصلاح ساختار، براساس برنامه زمان بندی مشخص و طبق آیین نامه مصوب هیأت وزیران در چارچوب بند (۴۷) سیاست های برنامه چهارم توسعه به بخش خصوصی و تعاونی واگذار نماید.

طبق لایحه اجرای سیاست های کلی اصل (۴۴) فعالیت های خدماتی به طور کلی از انحصار دولت خارج گردیده و در گروه سوم فعالیت اقتصادی انحصاری دولت فقط بانک های مرکزی، ملی، سپه، کشاورزی، توسعه صادرات، توسعه تعاون، مسکن و صنعت و معدن و شرکت بیمه ایران و بیمه مرکزی در گروه سوم شرکت های انحصاری قرار گرفتند. بنابراین چشم انداز بخش خدمات در عرصه های فوق ایجاد فضای رقابتی و حذف انحصار غیر ضرور دولت است.

## نتیجه گیری

متاسفانه شواهد و آمارها حاکی از عملکرد نامناسب حاکمیت در خصوصی‌سازی بوده است. افزایش اندازه دولت و کاهش روند ارزش سهام واگذار شده به بخش خصوصی در سال‌های اخیر درست در جهت عکس فرآیند خصوصی‌سازی بوده است. عدم واگذاری مدیریت به بخش خصوصی از نقاط ضعف اجرای قانون اصل ۴۴ می باشد. ضمن آنکه دولت و سایر نهادهای حاکمیتی همچون قوه مقننه و قضائیه در راستای توانمندسازی بخش خصوصی اقدامات قابل توجهی انجام نداده‌اند. علت اصلی عدم موفقیت خصوصی‌سازی در ایران به نوع نگرش و هدف‌گذاری مربوط می‌شود. در اغلب کشورها هدف احیای تولید و افزایش بهره‌وری بنگاه‌های دولتی است. ولی در ایران هدف، ایجاد منبع درآمدی جدید برای دولت بوده است.

رویکرد قانون‌گذار مابه عنوان تنها مرجع قانونی و ارزشی بعد از انقلاب به سمت غلبه دادن مالکیت عمومی و دولتی بر مالکیت خصوصی بوده است که به عنوان مصادیق تحدید مالکیت می توان از آن نام برد. اما رفته رفته به دلایل متعدد داخلی و خارجی و به جهت جلوگیری از انحصار بخش دولتی و بخش عمومی، رکود جامعه، کوچک نمودن دولت، بهای دادن به بخش خصوصی و راه یابی به بازار اقتصاد جهانی به فرآیند خصوصی‌سازی توجه بیشتری گردید. مصادیق عینی و بارز این رویکرد، اصل ۴۴ قانون اساسی و برنامه‌های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اول الی ششم جمهوری اسلامی ایران می باشد. می توان گفت هدف از بهای دادن به بخش خصوصی در واقع تکمیل مالکیت دولتی و عمومی با حفظ ارزش‌های ذاتی آنها می باشد و این هم پوشانی می تواند خلاها و موانع موجود را رفع نموده و از همه استعدادها و قابلیت‌های ملی با هم استفاده شود. اما متاسفانه در عمل، خصوصی‌سازی به صورت ناقص و طبق سلیقه‌ی حاکمیت و توسط دولت‌های حاکم اجرا و بسبب بوجود آمدن بخش نامتعارف و جدید و ضد ارزشی در اقتصاد به عنوان خصولتی‌های شبه دولتی‌ها گردید. در این حالت خصوصی‌سازی که می بایست انتقال مالکیت بخش عمومی به بخش خصوصی باشد، به واگذاری اموال بخش عمومی به بخش دیگر عمومی که همان خصولتی‌ها هستند، منجر گردید. از دلایل مهم عدم موفقیت فرآیند خصوصی‌سازی در کشوری توان به: ضعیف بخش خصوصی، برداشت اشتباه از قوانین موجود و عدم اجرای دقیق اصل ۴۴ قانون اساسی، فقدان نظام ارزشی و حقوقی جامع خصوصی‌سازی، فقدان قوانین حمایت‌کننده از بخش خصوصی، فقدان نهاد عالی نظارت و مدیریت بر خصوصی‌سازی، فسادگسترده اداری و ورود نهادها و بنیادهای مختلف و رقابت ناسالم و نابرابر آنها با بخش خصوصی اشاره کرد.

## پیشنهادات

به منظور مرتفع کردن بخشی از مشکلات موجود در زمینه فرایند خصوصی سازی در کشور، پیشنهادات زیرارایه می گردد:

- اصلاحات نهادی و ساختاری اقتصاد کشور به همراه اصلاح ساختاری و ارزشی بنگاه‌های دولتی پیش از هرگونه واگذاری، رکن اصلی خصوصی سازی یا به عبارتی پله اول این فرآیند محسوب می‌شود. در صورت عدم توجه به آن مراحل بعدی خصوصی سازی نیز با موفقیت پیش نخواهد رفت.

- تبدیل برنامه های عمومی به خصوصی با حفظ ارزش ها و رعایت حقوق شهروندی و خدمت به مردم و کاهش مدیریت و تولید دولت و درگیر نساختن دولت در امور اقتصادی یا محدود کردن خدماتی که دولت ارائه می دهد.

- انتقال و فروش اموال عمومی به مالکیت خصوصی اشخاص از طریق فروش یا اجاره دادن سرمایه های زیربنایی و بنگاه های اقتصادی عمومی و دولتی. این برنامه در حد معقول موجب افزایش نقدینگی دولت و مصرف آن در تقویت توان ملی، افزایش بهره وری، ایجاد انگیزه کار و تولید از طریق توسعه و حمایت مالکیت خصوصی و امنیت سرمایه گذاری، رقابت اقتصادی و شکوفایی اقتصادی با تقویت بخش خصوصی خواهد شد.

- دولت می تواند با برنامه آزادسازی اقتصادی در برخی حوزه ها بدون انتقال مالکیت، اجازه فعالیت رقابتی به بخش خصوصی را بدهد.

- حاکمیت می تواند از طریق برون سپاری و واگذاری خدمات دولتی به بخش خصوصی، برخی از امور خود را در قالب پیمانکاری و اجاره و مدیریت پیمان به بخش خصوصی محول نماید.

- باید اضافه نمود که صرف واگذاری قسمتی از مالکیت به بخش خصوصی توسط حاکمیت، بدون تغییر در مدیریت دولتی آن، خصوصی سازی محسوب نمی گردد و همچنان با وجود مدیریت دولتی ضعیف، هدف خصوصی سازی عقیم و در عمل موجب گسترش و فعالیت قارچ گونه موسسات و شرکت های خصولتی یا شبه دولتی ها می گردد که در اقتصاد کشور مقابل خصوصی سازی واقعی قرار گرفته و به گسترش عملکرد ضد ارزشی و حقوقی می پردازند.

## فهرست منابع

۱. ادیب، محمدحسین. (۱۳۸۱). ایران و سازمان تجارت جهانی - بحران اقتصادی بازار و دمکراسی ایران، نشریه روش، شماره ۷۸، دوره دوازدهم، ص ۱۷.
۲. پاکدامن، رضا. (۱۳۸۸). رویکردهای اجرایی و مبنای قانونی خصوصی سازی. تهران: مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران.
۳. خلیل پورگرگانی، مجید. (۱۳۹۳). محدودیت های مالکیت. محل انتشار تهران: نشر فردوسی
۴. دلیر، حمید. (۱۳۹۰). حقوق مصادره. محل انتشار تهران: نشر میزان
۵. عزیززی، خسرو. (۱۳۸۱). مجله سیاسی واقتصادی ایران و سازمان بازرگانی جهانی. تهران: ش ۱۰ و ۹. ص ۲۰۸.
۶. کابلی ززاده، احمد. (۱۳۸۴). خصوصی سازی مردمی. تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). اموال و مالکیت. محل انتشار تهران: نشر میزان
۸. کنعانی، محمدطاهر. (۱۳۸۷). تملک اموال عمومی و مباحات. تهران: میزان.
۹. گروه پژوهش سازمان ملل متحد. (۱۳۸۱). جنبه های کاربردی خصوصی سازی. ترجمه رضا پاکدامن. تهران: نشر مجد.
۱۰. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۳). قواعد فقه بخش مدنی مالکیت و مسئولیت. تهران: نشر علوم اسلامی.
۱۱. یوسف زاده، مرتضی. (۱۳۹۴). اموال و مالکیت. محل انتشار تهران: نشر میزان.

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۲۱۴ - ۲۰۷

## سنجش اخلاقی انصاف مدارانه داوری پیش از رسیدگی های شبه قضایی در نظام حقوقی ایران با تاکید بر اصول دادرسی منصفانه

۱ جمشید عباس زاده

۲ بیژن عباسی

۳ ولی رستمی

۴ ابراهیم موسی زاده

### چکیده

نهاد داوری به عنوان یک روش حل اختلاف مبتنی بر توافق و تراضی طرفین اختلاف، از قدیم الایام مورد توجه و اقبال مردم قرار داشته است. این سیستم قراردادی موسوم به داوری مردمی دارای امتیازاتی است که آن را نسبت به سایر روش های حل اختلاف ممتاز ساخته است. پراکندگی و تنوع مراجع و همچنین کارکرد آنان امکان تدوین قانون آیین دادرسی اداری واحد که بر اساس اصول دادرسی منصفانه باشد کار را مشکل می کند، اما ماهیت شبه قضایی و متمایز بودن آنها از محاکم قضایی و حاکمیت اصول حقوقی و اعمال اداری می تواند نقاط اشتراک برای بررسی انجام تحقیق که امکان ایجاد آئین دادرسی واحد و عدم مغایرت با الزامات قانونی وجود دارد.

در قضاوت، داوری، رسیدگی های اداری و به طور کلی هر نوع اقدام حقوقی بر مبنای انصاف، وجدان اخلاقی است که به تشخیص موضوع می پردازد. در مجموع می توان برای اصل انصاف ویژگی هایی چون بی طرفی و نفی جانبداری، نفی غرض ورزی، گوش دادن به حرف طرف مقابل (استماع منصفانه)، انجام وظیفه بدون در نظر گرفتن گرایش های شخصی و گروهی انجام وظیفه با رعایت صداقت، تقوی و امانتداری و... را برشمرد. بنابراین سعی داریم به بررسی سنجش اخلاقی انصاف مدارانه داوری پیش از رسیدگی های شبه قضایی در نظام حقوقی ایران با تاکید بر اصول دادرسی منصفانه بپردازیم.

### واژگان کلیدی

اخلاق، آیین دادرسی اداری، مراجع شبه قضایی، دادرسی منصفانه.

۱. گروه حقوق عمومی واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: j.abbaszade@yahoo.com

۲. گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Email: babbsia@ut.ac.ir

۳. گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: vrostami@ut.ac.ir

۴. گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: e.mousazadeh@ut.ac.ir

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۲/۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۲۲

## طرح مسأله

تحقق عدالت در یک جامعه به قانونمند بودن زمامداران و مردم بستگی دارد و دادرسی اداری یکی از راه‌های تضمین قانونمندی این رابطه، حق شکایت و دادخواهی از اعمال و تصمیمات مقامات اداری و دولتی است. در جمهوری اسلامی ایران کنترل اعمال و تصمیمات اداری یا به وسیله دستگاه اداری یا قوه مقننه و یا قوه قضاییه بعمل می‌آید. اگر چه کنترل اداری در ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران برای ارزیابی درجه پیشرفت اهداف و برنامه‌ها می‌باشد تا جوابگوی دعاوی و شکایات افراد از دستگاه اداری که یک حق طبیعی و مسلم شهروندان می‌باشد با توجه به این که دولت‌ها به ارائه خدمات عام المنفعه دست می‌زنند اجرای ارائه خدمات بعضاً با حقوق و منافع خصوصی در تعارض است و برای تثبیت عدالت نمی‌توان از کنار آن به سادگی گذشت، نیاز به دادرسی اداری بوده و از سویی دیگر چون دادگاه‌های عمومی، تخصص لازم را در زمینه اداری دارا نمی‌باشند و ساز و کار لازم را ندارند برای رسیدگی به این گونه اختلافات دولت ناچار به تاسیس دادگاه‌های اختصاصی می‌باشد. (رستمی، ۱۳۹۸).

ارتباط بین اخلاق و حقوق از دو منظر ارتباط اخلاق با حقوق ماهوی و شکلی قابل بررسی است. اخلاق در دادرسی از منظر کارکرد آن که به دنبال اجرای عدالت از طریق اعمال حکم بر موضوع است، از دیدگاه طبیعت مقررات آن که باید از پیش مقرر و معلوم امری و تضمین‌کننده باشد، ممتنع می‌نماید. ظهور این امتناع باعث دشواری در تشخیص رابطه‌ی حقوق و اخلاق می‌گردد. اگر ارزش‌های اخلاقی را از اصول اولیه علم حقوق و اخلاق بدانیم، این ارتباط نزدیک‌تر شده و زمینه‌ی ورود اخلاق به حقوق، نه فقط به معنای تکمیل‌کننده‌ی قاعده‌ی حقوقی بلکه در برخی موارد سازنده‌ی آن، می‌شود. از این رو واجب است به موارد دخالت قاعده‌ی اخلاقی در حقوق به شکل رابطه‌ی حقوق و اخلاق پرداخت. (محسنی؛ رضایی نژاد، ۱۳۹۰: ۶۶).

آیین دادرسی مدنی مجموعه اصول، قواعد، احکام و موضوعاتی است که در بستر قوانین دادرسی روند و رویه فصل خصومت و حل اختلافات مدنی میان متداعیین را توسط دادرس یا دادرسان حقوقی به شیوه‌های عادلانه و منصفانه و نظام‌مند سازماندهی می‌نماید. اجرای عدالت مدنی در تمامی نظام‌های حقوقی مستلزم وجود قوانین شکلی است که اصول و تشریفات و نحوه عملکرد دادرس حقوقی و اداره دعاوی مدنی را در رسیدگی به دلایل و ادعاها و ادله و استدلال‌های طرفین دعاوی مدنی به شیوه‌های سازمان‌یافته در راستای نیل به هدف نهایی یعنی فصل خصومت وضع می‌نمایند. پژوهش حاضر در پی کشف نابسامانی‌ها و رفع قوانین و ضوابط بروکراسی دست و پاگیر و رسیدن به مقصد عالی می‌باشد تا پویش و پژوهشی در پاسخ به نیل عدالت‌خواهانه باشد.



## ۱- مبانی حقوقی مراجع اختصاصی در رسیدگی های شبه قضایی

اصولا مناسبات جدید در روابط حقوقی و اجتماعی موجب گسترش دخالت دولت ها، در فرایند رسیدگی های معمول و سنتی قضایی شده است و علاوه بر سامانه مراجع عمومی قضایی، شکل دیگری از رسیدگی به امور اجتماعی در طول تاریخ روابط زندگی بشر به وجود آمده است. در سامانه مراجع عمومی قضایی و بر اساس اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، صلاحیت رسیدگی به دعاوی به طور کلی در اختیار دادگاه های دادگستری است، ولی ترتیب اعمال و تقسیم آنها میان دادگاه ها بر عهده قوانینی عادی واگذار شده است تا با توجه به موقعیت و مقتضیات کار به آن عمل کند. بنابراین اصل بر این است که دادرسانی به پرونده ها رسیدگی کنند که به معنای واقعی قاضی و دادرس هستند اما مراجعی که به مراجع شبه قضایی یا غیرقضایی موسوم هستند.

اولا، بخشی از قوه قضاییه محسوب نمی شوند و تصدی این مراجع به وسیله قضات و دارندگان پایه قضایی نیست؛

ثانیا، اغلب این مراجع در زیرمجموعه قوه مجریه کار می کنند؛

ثالثا، نام آنها دادگاه، دیوان، محکمه و عناوین مشابه نیست، بلکه با عنوان های سازمان، هیات، کمیسیون های حل اختلاف و... به وجود آمده اند؛

رابعا، براساس قوانین ماهوی و شکلی ویژه، به اختلافاتی که از اجرای قوانین خاص ناشی می شود، رسیدگی می کنند؛

خامسا، ماهیت موضوعات و مسائل مطرح در این مراجع، دارای ویژگی هایی منحصر به فردی است که بر اساس آن، به پاره ای از موارد می پردازند که جنبه محلی یا صنفی یا خاص دارد که مستلزم توجه، سرعت در تصمیم گیری یا عنایت خاص است. بنابراین هرچند که در مقام رسیدگی به برخی دعاوی کیفری شبیه دستگاه قضایی و مراجع قضایی عمل می کنند و احکامشان هم لازم الاجراست، اصولا تابع رسیدگی مراجع قضایی نیستند.

قانون موقتی اصول محاکمات خصوصی به طور کامل صلاحیت ذاتی بین محاکم عدلیه و محاکم اداری را بیان کرده، ولی قانون مدنی به جای عبارت محاکم اداری، مراجع غیردادگستری را به کار برده است. به عنوان مثال در ماده ۱۰۳ قانون مالیات های مستقیم از اصطلاح «مراجع اختصاصی غیرقضایی» استفاده شده است. در برخی از قوانین نیز از اصطلاحات دیگری نام برده شده است؛ به عنوان مثال در ماده ۲۵۳ قانون مالیات های مستقیم در خصوص شورای عالی مالیاتی، برای تأکید بر جنبه شبه قضایی آن، اصطلاح «دادگاه اختصاصی اداری» به کار رفته است. یا اینکه در بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵ که در مقام بیان صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراضات و شکایات آرای این قبیل مراجع

بود، به ذکر مصادیقی از این مراجع پرداخته شده است و «هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده (۱۰۰) قانون شهرداری‌ها» به عنوان مصادیقی از این قبیل مراجع مذکور شده‌اند. با این حال در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق در مقام بحث صلاحیت ذاتی، صلاحیت دادگاه شهرستان نسبت به دادگاه استان و بالعکس و صلاحیت دادگاه دادگستری نسبت به مراجع غیر دادگستری را قید کرده است. این امر گویای آن است که ادبیات واحدی در هنگام تدوین قواعد قانونی توسط قانونگذار مورد استفاده قرار نگرفته است.

به زعم برخی از حقوقدانان مراجع شبه قضایی یا دادگاه‌های اختصاصی اداری، مراجعی هستند که به موجب قوانینی خاص یا ویژه و خارج از سازمان رسمی قضایی و محاکم دادگستری و عموماً به عنوان واحدهای مرتبط با واحدهای دولتی و سازمان‌های حرفه‌ای با صلاحیت ترافیکی تشکیل می‌شوند و صلاحیت آنها منحصر به رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات و شکایات و دعاوی از قبیل استخدامی، مالی، ارضی و ساختمانی میان سازمان‌های عمومی و دولتی و حرفه‌ای با اشخاص خصوصی است که معمولاً در اجرای قوانین خاصی که توسعه اجتماعی و اقتصادی و تامین نیازهای افراد است، پیش می‌آید؛ در نتیجه، حکم آنها جنبه قضایی ندارد و تصمیم اداری محسوب می‌شود (مدنیان، ۱۳۹۲، ۱۳).

## ۲- معیارهای منصفانه دادرسی پیش از رسیدگی

آئین دادرسی با رعایت برخی تضمینات می‌تواند ابزاری موثر در جهت حمایت قضایی از حقوق و آزادی افراد به شمار رود (یاوری، ۱۳۸۶، ۲۵۲). اگرچه حق برخورداری از دادرسی منصفانه در رسیدگی دعاوی امری جدید نبوده و به خصوص در حوزه دعاوی کیفری دارای قدمت کهن می‌باشد و در حال حاضر دادرسی منصفانه به سمت جهانی شدن می‌رود با این توصیف حق برخورداری از دادرسی منصفانه را می‌توان در بردارنده مجموعه‌ای از اصول و قواعد دانست که جهت رعایت حقوق طرفین در رسیدگی به دعوی آنان پیش‌بینی گردیده است. وفق این اصول هرکس حق دارد دعوايش در دادگاهی مستقل و بی‌طرف، به‌طور منصفانه و ظرف مهلتی و امکان وسایل دفاعی برابر و به‌طور علنی مورد رسیدگی قرار گیرد. بنابراین در دادرسی‌های منصفانه قبل از تشکیل جلسه رسیدگی یک سری اصول و معیارها توسط دولت تضمین شود تا فرد به بهترین نحو ممکن بتواند به دفاع از خود بپردازد (خسروی، ۱۳۹۲، ۳۲۳).

### ❖ حق بر دادخواهی و دسترسی آسان به مراجع حل اختلاف اداری

محدودیت‌های وارده بر حق دادخواهی یکی از معضلاتی است که محاکم اختصاصی اداری با آن مواجه هستند، کمبود شعب رسیدگی‌کننده و حجم عظیم پرونده‌ها مانند کمیسیون‌های حل اختلاف گمرک، هیات‌های حل اختلاف ثبتی در سطوح شهرستانها و استقرار

هیات های بدوی و تجدیدنظر صرفاً در سطح استان و مرکز ایران حق دادخواهی را برای شهروندان با دشواری مواجه می سازد. البته در پاره ای از موارد عدم آگاهی مردم از حقوق اولیه خود موجبات عدم حق بر دادخواهی را ایجاد می نماید که دولت مکلف است آموزش های همگانی و تخصصی را برای مردم فراهم نماید.

اگرچه اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی «همه مردم از حقوق مساوی برخوردارند و همچنین یکسان در حمایت قانون قرار دارند» ولی در مراجع اداری شاید این دست نیافتنی است دولت باید اقدامات لازم برای حق دادخواهی و دسترسی به مرجع دادرسی اداری را به سهولت برای عموم فراهم نماید تا افراد به راحتی بتوانند دسترسی به مراجع اختصاصی اداری در ایران داشته باشند. واژه ها و کلمات نامانوس از ادبیات حقوقی حذف و کلمات آسان جایگزین آنان گردد و سازمانهای دادرسی اداری که بتوانند معضلات مردم را مرتفع کنند در دسترس باشد همانند دفاتر دیوان عدالت که در مراکز دادگستریهای استان مستقر شده اند به قبول شکایت مردم و ارسال به تهران اقدام می نمایند.

#### ❖ حق بر استفاده از وکیل و نمایندگان حقوقی

حق برخورداری از وکیل و نماینده حقوقی باعث شده تا افرادی که از علم حقوقی مطلع نیستند زمینه اجرای احقاق حق فراهم شود. امروزه حق برخورداری از وکیل و نماینده قانونی در اسناد حقوق بشر هم مورد توجه قرار گرفته، در دادگاه های قضایی حق برخورداری از وکیل معاضدتی و وکیل تسخیری یک الزام قانونی برای دولت تلقی شده است ولی در نظام حقوق اداری به لحاظ عدم وجود افراد متخصص اداری و همکاران فرد به عنوان نماینده قانونی در مراجع حل اختلاف نیازی نیست که حتماً در جلسات، وکیل دادگستری که دارای پروانه وکالت است شرکت نماید و وکیل مدنی و نماینده قانونی می تواند در این مراجع به عنوان نماینده فرد شرکت کرده و از موکلش دفاع نماید. حق برخورداری از وکیل و نماینده قانونی در نظام دادرسی اختصاصی اداری ایران تا حدودی مورد مقبول قرار گرفته و در برخی از مراجع به صراحت طرح دعوی از سوی وکیل، قیمومت و نماینده قانونی مورد توجه قرار گرفته و در بعضی دیگر اگر چه تصریح نشده اما مانع از حضور نماینده و یا وکیل فرد در جلسات وجود ندارد.

بعضی از وکلاء دادگستری به دلیل غیرتشریفاتی بودن دادرسی مراجع اختصاصی اداری این گونه پرونده ها را مورد پذیرش قرار نمی دهند در ثانی حضور یک فرد متخصص اداری سریعتر می تواند پرونده را به نتیجه برساند تا یک وکیل دادگستری که صرفاً با قوانین قضایی سر و کار داشته و آگاهی از قوانین مالیاتی، شهرداری، مالی، ندارد به عنوان مثال اگر فردی که تخصص لازم در امور مالیاتی و با پزشکی دارد با استفاده از تجارب خود هم موجبات تسریع رسیدگی را فراهم می کند و دفاع موثری داشته باشد تا یک وکیل دادگستری بنظر می رسد تا

تعیین تکلیف آیین دادرسی واحد در مراجع شبه قضایی و در مراجعی که نظارت قضایی حاکم است هم از وکلاء مدنی و هم وکلای دادگستری در تحقق عدالت می‌تواند کمک حال مردم باشد.

### ۳- ارتباط اخلاق و حقوق

ارتباط حقوق و اخلاق از قدیمی‌ترین مباحث فلسفه حقوق است؛ تا آنجا که پایه اکثر مباحث آن را تشکیل می‌دهد امری که طبیعی می‌نماید زیرا برای فهم حقوق باید آن را از نظام‌های مشابه باز شناخت و اخلاق شبیه‌ترین نظام رفتاری به حقوق است. در خصوص رابطه‌ی این دو نظام به تعبیر عده‌ای سلوکی (دل و کیو، ۱۳۸۶: ۲۳) که به روابط انسانی می‌پردازند، نزاع، خاتمه نیافته‌ها، اما، می‌توان در سیر اندیشه‌های فلاسفه‌ی حقوق و حتی واقعیت‌های قضایی وجوه اشتراک و افتراق و تأثیر و تأثر این دو را دید از منظر بنیادین هر دو نظام هنجاری هستند؛ هنجارهایی که البته بر ارزش مبتنی می‌باشند. بر این اساس، اگر بتوان هنجار را دستور آمرانه‌ی رعایت ارزش تعریف کرد، (یولانزاس، ۱۳۸۶: ۷۳) و ارزش‌های نهفته در پس هنجارهای اخلاق و حقوق را دریافت، به وضوح می‌توان به‌اثنای بسیاری از قواعد حقوقی بر این ارزش‌ها پی برد الزام طرفین یک عقد به انجام تعهدات قراردادی در واقع نمود یک ارزش اخلاقی در قالب یک هنجار حقوقی است، این دو نظام همیشه در هنجارهایشان بر یکدیگر منطبق نمی‌شوند، بلکه برخلاف آنچه گفته‌اند که میان حقوق و اخلاق نمی‌تواند تعارض باشد. (دل و کیو، ۱۳۸۶: ۴۷) گاهی اجرای قاعده‌ی حقوقی به نقض قاعده‌ی اخلاقی می‌انجامد. اگر مطابق ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی وجه التزام مقطوع است بدون ورود به نزاع مکاتب حقوقی در یک رابطه‌ی حقوقی و اخلاقی، باید بپذیریم که حقوق و اخلاقی به شدت در هم تنیده‌اند و هر گونه تلاش برای تهی کردن اولی از دومی بیهوده به نظر می‌رسد. (محستی، رضایی نژاد ۱۳۹۰: ۶۸).

## نتیجه گیری

در دادرسی های اداری همه اصول دادرسی منصفانه، مانند محاکم قضایی به خصوص مراجع کیفری قابلیت تسری ندارد. از سویی دیگر عمل محاکم اداری دارای بعد اداری و از نهادهای وابسته به دستگاه اداری هستند و اکثراً تصمیم گیری آنها ادامه تصمیم گیری های اداری بوده و اصول حقوق اداری نیز در این مراجع حاکم است به عبارتی ساده تر اصولی بر خدمات عمومی مانند اصل انطباق، اصل استمرار، اصل تقدم خدمات عمومی، اصل رایگان بودن خدمات عمومی، سرعت و غیره حاکم است. در اعمال اصول دادرسی منصفانه و اصول حقوق اداری باید با دقت بیشتری عمل شود و به گونه ای اقدام به عمل آید که بر کیفیت و کمیت هر کدام خدشه ای وارد نشود.

استانداردهای دادرسی چهره دیگری از المان اصول کلی حقوقی باشند که در تمام نظام های حقوقی مدرن پذیرفته شده و مبنایی سنجی عادلانه بودن دادرسی ها قلمداد می شوند. این اصول واجد نوعی از قواعد حقوقی نیز می باشند هرگاه اصول کلی حقوق را در قلمرو آیین دادرسی پیاده نماییم، استانداردهای دادرسی را به دست آورده ایم.

قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی لازم الرعایه می باشند و در مقام رسیدگی باید تعلیمات و ترتیبات آن اعم از اصول مقررات آمره و مقررات تشریفاتی را مورد توجه قرار داد و به کار گرفت. در این میان رسیدگی هایی هستند که قانون گذار به جهت شرایط و اوضاع حاکم بر آن دعوا رعایت مقرراتی که بیشتر جنبه ی تشریفاتی داشته و به اصطلاح دست و پاگیر می باشند را لازم دانسته است. در این موارد برای تشخیص اصول باید به اوصافی که برای آن ذکر شده رجوع شود. مقررات امره، در ارتباط با نظم عمومی حقوق مکتسبه ی افراد و تامین رعایت اصول دادرسی قابل تمییز می باشند و سایر مقررات تشریفاتی هستند با این اوصاف می توان بر ارتباط اخلاق با حقوق را به ویژه در بطن اصول اخلاق مدارانه قواعد دادرسی و به طور مشخص تر قابلیت پیش بینی بودن این قواعد صحه گذاشت.

بررسی وضعیت رعایت اصول دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی غیرقضایی نشان می دهد که این مراجع با شرایط مطلوب و استاندارد فاصله داشته و قوانین باید حداقل تشریفات قانونی رسیدگی در مراجع اختصاصی غیرقضایی را که اصول دادرسی عادلانه را تضمین می کند تبیین نماید.

### فهرست منابع

۱. پولانزاس، ن. آر، ۱۳۸۶، فلسفه حقوق، ترجمه ی نجاد علی الماسی، تهران، میزان
۲. خسروی، احمد، جایگاه اصل دادرسی عادلانه در حل اختلافات مالیاتی، ۱۳۸۸، پایان نامه جهت دریافت کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی.
۳. دل و کیو، ژرژ، ۱۳۸۶، فلسفه حقوق، ترجمه ی جواد واحدی، تهران، میزان
۴. رستمی، ولی، «حقوق مؤدیان مالیاتی»، ۱۳۸۸، فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره ۳۹ شماره ۱.
۵. محسنی، حسن، رضایی نژاد، امیرحسین، ۱۳۹۰، اخلاق و دادرسی: ناملاتی پیرامون اعتبار صدای ضبط شده بدون اخطار، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳
۶. مدنیان، غلامرضا، رویکرد نظام دادرسی به مراجع شبه قضایی، ۱۳۹۲، روزنامه حمایت، بخش حقوقی، ۱۱ آبان
۷. مدنیان، غلامرضا، مراجع شبه قضایی به کدام مراجع گفته می شود؟ قابل دسترسی در [hemayatoline.ir](http://hemayatoline.ir) تارنمای
۸. یاوری، اسدا...، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه در آئین دادرسی نوین»، ۱۳۸۸، نشریه حقوق اساسی، تهران، سال دوم، شماره ۲.

نوع مقاله: پژوهشی  
صفحات ۲۳۴ - ۲۱۵

## صیانت از قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری با محوریت حرمت اشخاص و منع هتک حیثیت

محمد جواد رضایی زاده<sup>۱</sup>  
وحید ملکی<sup>۲</sup>

### چکیده

قانون اساسی هنجار برتر نظام حقوقی است و انسجام این نظام، تبعیت قواعد فروتر از قواعد برتر را می‌طلبد. بی‌گمان، صیانت از قانون اساسی یکی از دستاوردهای سترگ حقوق عمومی در سده‌ی گذشته به شمار می‌رود. ارزش و اعتبار قانون اساسی هنگامی حفظ می‌شود که تمامی عناصر نظام حقوقی هماهنگ با آن عمل کنند و صیانت از قانون اساسی وجه غالب در این نظام باشد. دیوان عدالت اداری که به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی، مرجع رسیدگی به دعاوی اداری و عهده‌دار نظارت بر مطابقت مقررات اداری با قانون و شرع اسلام می‌باشد؛ در راستای تأمین و استیفای حقوق اساسی ملت، وظیفه برقراری حاکمیت قانون در دستگاه‌های اجرایی در قالب ابطال نظامات مخالف قانون عادی و به طریق اولی قانون اساسی را برعهده دارد و بواسطه صدور آرای قضایی در مقام اعمال هنجارهای قانون اساسی، موجد منبعی ارزشمند، با عنوان رویه قضایی در این حوزه گردیده است.

در نوشتار حاضر، ضمن بررسی جهات نظارت قضایی بر اعمال اداری رویه دیوان در دادرسی اساسی مقررات دولتی و نقش این مرجع قضایی با محوریت حرمت اشخاص و منع هتک حیثیت در قانون اساسی مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

### واژگان کلیدی

هتک حرمت، حیثیت، صیانت از قانون اساسی، مقررات دولتی، دیوان عدالت اداری.

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Email: rezaeizd@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پردیس البرز، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: vahidmaleki@ut.ac.ir

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۱/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۸/۱۷

## طرح مسأله

قانون اساسی در مقام قانون مادر و تعیین کننده خط مشی اصلی حیات یک اجتماع، حاوی حقوق و آزادی‌های شهروندان، اقتدارات و صلاحیت‌های کارگزاران، پیش‌بینی سازوکارهای لازم جهت تنظیم روابط کارگزاران با یکدیگر و شهروندان با آنهاست. از این رو صیانت از قانون اساسی به عنوان بنیادی ترین قانون حاکم بر نظام حقوقی هر کشور به جهت جلوگیری از عملکردهای فراقانونی نهادهای اعمال کننده حاکمیت، نیاز به ابزارهای کنترل کننده با شیوه‌هایی قانون مند دارد.

از اواسط قرن بیستم، بسیاری از کشورهای اروپایی استقرار نظام های دموکراتیک و احترام به حقوق و آزادی های افراد را در دموکراتیک نمودن قوانین اساسی و تضمین اجرای قواعد و مقررات مندرج در آنها و نیز ضمانت اجراء سایر هنجارهای اساسی جستجو نمودند. قانون اساسی میزان عالی و قاعده برتر حقوقی تلقی گردیده، هنجاری بودن آن به مرور زمان پذیرفته شد و از اصل «اساسی بودن» به جای اصل «قانونی بودن» سخن به میان آورده شد. در این راستا، محاکم اساسی یعنی نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی تحت عناوین مختلف از جمله دادگاه قانون اساسی، دیوان قانون اساسی و یا شورای قانون اساسی پیش‌بینی شد. چه آن که صرف شناسایی اساس حقوق و آزادی های بنیادین، بدون پیش‌بینی نهادهای متصدی صیانت از آنها، برای تحقق توقعات آزادی خواهانه ملت‌ها کافی نبود. کار ویژه‌ی تضمین برتری هنجارهای اساسی بر سایر هنجارهای حقوقی به این نهادهای خاص واگذار شد و این جریان به پیدایش مسأله‌ای به نام اساسی‌سازی نظم حقوقی منجر گردید. (تقی زاده، ۱۳۸۶)

اساسی سازی از طریق انطباق هرگونه هنجارهای فرودین با هنجارهای فرازین و در نتیجه جلوگیری از ورود یا حضور هنجارهای درجه ی دوم و سوم مغایر با هنجارهای درجه اول در نظم حقوقی به وجود می‌آید. در واقع، ارزش و اعتبار قانون اساسی هنگامی حفظ می‌شود که تمامی عناصر نظام حقوقی هماهنگ با آن عمل کنند و صیانت از قانون اساسی به عنوان افقی در چشم انداز کارگزاران قرار گیرد. بنابراین منظر، همان اهمیت و ضرورت صیانت از قانون اساسی در قوانین عادی را در مقررات دولتی نیز باید لحاظ نمود، چرا که هر دو بخش‌هایی عمده از نظام حقوقی به شمار می‌روند.

در این نوشتار، ضمن مطالعه رویه دیوان در دادرسی اساسی مقررات دولتی و تحلیل و بررسی نقش این مرجع قضایی در صیانت از قواعد ملحوظ در قانون اساسی در حوزه حقوق عمومی پرداخته، صیانت از قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری با محوریت حرمت اشخاص و منع هتک حیثیت را نیز ذکر خواهد کرد.

صیانت از قانون اساسی و هنجارهای مندرج در چارچوب کلی این قاعده حقوقی بنیادین، در



حوزه قوانین عادی و به تعبیری دیگر، مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی خواه به صورت تفصیلی و خواه به شکل موجز، در کتب متعدد حقوق، مقالات، رساله‌های کارشناسی ارشد و دکتری، مورد بررسی بسیاری از اندیشمندان قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به کتاب «در تکاپوی حقوق اساسی» تألیف دکتر علی‌اکبر گرجی از ندریانی، کتاب «دادگستری اساسی مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه و آمریکا با نگاهی به حقوق ایران» نوشته دکتر مجتبی واعظی، مقاله «دادرسی قانون اساسی، آزادی‌ها و حقوق عمومی یا اساسی» نوشته دکتر زهیرشکر و ترجمه دکتر خیرالله پروین، مقاله «منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی» نوشته دکتر عباسعلی کدخدایی، مقاله «شاخصه‌های الگوی اروپایی صیانت از قانون اساسی» نوشته لویی فاورو و ترجمه دکتر علی‌اکبر گرجی از ندریانی و پایان‌نامه «صیانت از قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران» نوشته مهدی دوانگری اشاره نمود.

اما این پدیده در حوزه مقررات دولتی با اشاراتی مختصر در کتابی چون «اصول تطبیقی قاعده‌سازی و مرزشناسی قانون و آیین‌نامه» به نگارش پروانه تیلا و مقاله «مراجع کنترل مصوبات دولتی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تأکید بر کنترل مبتنی بر قانون اساسی» نوشته دکتر علی محمد فلاح‌زاده، همراه بوده است.

### اهداف و ضرورت تحقیق

علی‌رغم دستاوردهای مثبت و نتایج بسیار هم در حوزه آکادمیک و هم در حوزه مسائل عملی، صیانت از قانون اساسی که موجب اعتلای جایگاه و اهمیت این منبع ارزشمند حقوق اساسی و حقوق اداری در چارچوب نظام حقوقی کشورها می‌گردد، در حوزه مقررات دولتی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، چندان مورد توجه قرار نگرفته است.

این در حالی است که با توجه به نبود دادگاه قانون اساسی در ایران که وظیفه دادرسی اساسی و صیانت قضایی از اصول قانون اساسی و ارزش‌های دستورگرایی را برعهده داشته باشد و در عین حال نقش مؤثری که رویه قضایی نهادهایی چون دیوان عدالت اداری می‌تواند در پرورش و اعتلای هنجارهای قانون اساسی و نفوذ و انتشار بی‌دریغ آنها در نظم حقوقی ایفا نماید، تاکنون پژوهشی در رابطه با تبیین و بررسی نقش این مرجع قضایی و چالش‌های فراروی آن که مانعی اساسی در اعتلای جایگاه و اهمیت رویه قضایی دیوان در صیانت از قانون اساسی محسوب می‌گردد، صورت نپذیرفته است. از این رو، در نوشتار حاضر، برآنیم تا ضمن تبیین مرجع صالح در نظارت اساسی بر مقررات دولتی که همانا دیوان عدالت اداری است، به صیانت از قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری با محوریت حرمت اشخاص و منع هتک حیثیت پرداخته و به این ترتیب، زمینه تقویت و انسجام هنجارهای قانون اساسی توسط یگانه نهاد دادرسی اداری و اساسی را فراهم آوریم. قابل ذکر است پژوهش در این زمینه ظرفیت فعلی دیوان عدالت اداری را

در صیانت از قانون اساسی و ارزش‌های دستورگرایی به شدت ارتقا و افزایش خواهد داد.

### نقش دیوان عدالت اداری در اساسی‌سازی حقوق اداری

امروزه داده‌های بنیادین حقوق عمومی تحول یافته و برداشت سنتی از حقوق اساسی، موضوع، ماهیت و هم‌چنین جایگاه آن در بین سایر گرایش‌های حقوق کاملاً تغییر یافته است، به گونه‌ای که می‌توان حقوق اساسی را به مثابه پایه دیگر گرایش‌های حقوق دانست. در واقع، «حقوق دانان، فیلسوفان و یا سایرین که از حقوق سخن می‌گویند، باید این تحول عمیق را باور نمایند و دیگر استدلال‌ات خود را بر هم‌سانی حقوق و قانون و بر انکار وجود حقوق قانون اساسی - که «حقوق پیش‌گفتاری» یا «حقوق سیاسی» نمی‌باشد، بلکه یک حقوق واقعی است - بنا نمایند.»

قانون اساسی، به عنوان هنجار اول و بنیادین، عبارت است از «پایه‌ای که بر روی آن ضرورتاً نظم حقوقی به صورت جامع، در کلیت و نیز راجع به هر کدام از عناصرش، استوار می‌باشد.» (پیر، ۱۳۸۴) به عبارت دیگر عناوین و فصول قانون اساسی صراحتاً و با دقت مشابهی، گرایش‌های دیگر حقوق را سامان می‌بخشند. بلکه می‌توان گفت که تمام گرایش‌های حقوق در حال متحمل شدن نفوذ قانون اساسی و نیز حقوق آن می‌باشند. در این میان، هنگامی که درباره ارزش قانون اساسی به عنوان هنجار حقوقی برتر موجود و یک قاعده حقوقی الزاماً تضمین شده صحبت می‌شود، فرایند اساسی‌سازی گرایش‌های مختلف حقوق تسهیل می‌گردد. در حقیقت، «هنجاری بودن قانون اساسی بر حکمرانان تحمیل می‌گردد و اساسی‌سازی در اینجا به وسیله آن‌چه که می‌توان «مؤثر کردن» مقررات متن اساسی نامید، نمود می‌یابد.» (فاورو، ۱۳۸۵)

اساسی‌سازی یک گرایش حقوق در ابتدا به این معناست که این گرایش حقوقی از این پس، از بنیان‌های اساسی برخوردار است که ضروری می‌باشد در تمام درس‌های آموزشی و در هر کار تحقیقی لحاظ شوند تا احیاناً حقوق موضوعه بد شناخته نشود.

در واقع، حقوق اداری شدیداً با نهادها و سنت‌های ملی و هم‌چنین ارزش‌های حقوق اساسی و راه‌های عملی کردن آنها پیوند خورده است و نویسندگان حقوقی عمومی مدت‌هاست که نفوذ و غلبه اصول حقوق اساسی را در حقوق اداری توضیح داده و به اثبات رسانده‌اند. اصول بنیادین حاکم بر اداره، ریشه در قانون اساسی دارند، زیرا این قانون اساسی است که اختیارات و وظایف اصلی حکومت را پایه‌ریزی می‌کند. به طوری که می‌توان اظهار داشت «ارزش‌های اولیه حقوق اداری، همان مقاصد بنیادین ایجاد شده بوسیله حقوق اساسی هستند.» امروزه تردیدی وجود ندارد که حقوق اداری بر حقوق اساسی بنا شده است. بنابراین هر توضیحی در حقوق اداری، عمیقاً بر بنیان‌های حقوق اساسی حقوق اداری تأکید می‌کند و در واقع آن بنیان‌ها را تدوین و تبیین می‌کند. دست کم دو مورد از این بنیان‌ها یعنی دولت قانون‌مند و دموکراسی، جایگاه

برجسته ای را در میان همه آثار مربوط به حقوق اداری به خود اختصاص داده اند. نهایت امر آنکه، تئوری «اساسی سازی حقوق اداری» به مطالعه پایه های حقوق اداری در قوانین اساسی به عنوان آبخور بنیادین منابع حقوق می پردازد. (هداوند، ۱۳۹۱) به نحوی که حقوق اداری از اصول و ارزش های بنیادین حقوق اساسی تبعیت می کند و به تحقق، پیاده سازی و صیانت از این ارزش ها در اداره عمومی و در روابط میان اداره عمومی با مردم، کمک می کند.

لازم به اشاره است، فرایند اساسی سازی حقوق مستقیماً با وجود یک مرجع قضایی اساسی که تفوق قانون اساسی نسبت به دیگر منابع حقوق و به ویژه نسبت به را تضمین نماید، مرتبط است. در این جا باید گفت، اگرچه «فرایند اساسی سازی ضرورتاً بر امکان دسترسی افراد به دادرسی اساسی وابسته نیست، در عوض بدون دادرسی اساسی این فرایند یقیناً ظهور نمی یافت.» (فاورو، ۱۳۸۵) وجود یک دادگاه قانون اساسی با اقتداری مسلم و صلاحیت های وسیع، می تواند فرایند اساسی سازی حقوق را سرعت دهد.

در این میان، در نبود دادگاه اختصاصی قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری نقش دادگاه قانون اساسی را بازی می کند. در واقع، به دلیل عدم حضور دادگاه قانون اساسی، به ناگزیر دیوان عدالت اداری عملاً به عنوان یک نهاد قضایی، کارکردهای دادگاه قانون اساسی را در ایران انجام می دهد و به عنوان نهاد سازش و فیصله دهنده اختلافات، این نقش را ایفا می کند.

نظارت قضایی توسط دیوان عدالت اداری، در تحقق و تأمین اشتراکات روشن میان اهداف و غایات حقوق اساسی و حقوق اداری، می تواند نقشی اساسی داشته باشد و به عبارت دیگر از طریق دادرسی اداری، امکان صیانت از قانون اساسی فراهم می گردد. دیوان عدالت اداری، با کنترل تصمیمات و اقدامات واحدها و مأمورین دولتی با استفاده از معیارهایی که به آنها جهات بازنگری می گویند و به صورت پراکنده در عبارات و الفاظ قانون اساسی، قانون دیوان عدالت اداری و هم چنین آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بیان شده است، این وظیفه را انجام می دهد.

این نهاد قضایی هم چنین، با توسعه رویه قضایی راجع به حقوق و آزادی های بنیادین، اساسی سازی حقوق اداری را به صورت واقعی آغاز کرده، به مرور زمان، در اثر اعمال تفاسیر و استناد به قانون اساسی و نیز با به اجرا درآوردن هنجارهای اساسی استخراج شده با این شیوه توسط مقامات سیاسی و اداری و مراجع قضایی، همگان را با اساسی سازی تدریجی حقوق اداری، مواجهه نموده است. نیز با ابطال مقررات اداری خلاف قانون اساسی، رشد و اعتلای پروسه اساسی سازی را ادامه داده و سنجیده است.

بر این اساس ذیل مبحث پیش رو و در چهار گفتار، سازوکارهایی چون استناد به قانون

اساسی، تفسیر قانون اساسی، رویه‌سازی قضایی و در نهایت ابطال مقررات مغایر با قانون اساسی به عنوان ابزارهایی کارا و مؤثر در راستای دستیابی دیوان به فرایند اساسی سازی حقوق اداری مورد مطالعه و واکاوی افزون قرار خواهد گرفت.

### استناد به اصول قانون اساسی

مطابق با اصل ۱۶۶ قانون اساسی، احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. به نظر می‌رسد مقصود از کلمه اصول در اصل ۱۶۶، همان «اصول قانون اساسی» است، در مقابل «مواد قانون» که به قوانین عادی انصراف دارد و به اصول قانون اساسی، مواد قانون اطلاق نمی‌شود؛ بدین جهت، قانون‌گذار علاوه بر قانون عادی، قاضی را موظف به استناد به اصول قانون اساسی نموده است. (هاشمی، ۱۳۸۱) به بیانی دیگر، در صورت عدم پذیرش صلاحیت استناد به اصول قانون اساسی توسط قاضی و تکیه بر استناد صرف به مفاد قانون عادی، تکلیف مصرح در اصل ۱۶۶ قانون اساسی که قاضی را مکلف به مستند و مستدل بودن احکام می‌نماید؛ به خوبی ایفا نمی‌گردد؛ چرا که در موارد زیادی علی‌رغم لزوم ذکر جزئیات در قانون عادی، با خلأ قانون عادی مواجهیم و حال آن که قانون اساسی بدان موضوع پرداخته است. در این صورت پیامدی جز اسقاط اعتبار قانون اساسی حاصل نمی‌آید؛ یعنی قانون‌گذار اساسی تکلیفی مقرر کرده که راه اجرا و اعمالش وجود ندارد و این امر نقض غرض بوده و از قانون‌گذار اساسی کاملاً بعید است. لذا تنها راه حل مقتضی در جهت تکلیف قاضی به اجرای قانون اساسی، فهم و تفسیر و نهایتاً استناد به قانون اساسی می‌باشد. (هداوند، ۱۳۸۶)

هم‌چنین بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی<sup>۱</sup> که یکی از معیارهای مهم و شایسته توجه برای محاکم است، سه منبع مورد استناد قضات در محاکم به ترتیب قانون موضوعه، منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور می‌باشد. این ترتیب هوشمندانه و عامدانه که قانون مدون را مهم‌ترین منبع دانسته و فقط در صورت خلأ قانون، امکان رجوع به منابع بعدی را فراهم می‌آورد، مفهومی عام از قوانین مدون مدنظر داشته به شرحی که هردوی قانون عادی و اساسی را در بر خواهد گرفت. به همین جهت، در صورت سکوت قانون عادی و وجود حکم قضیه در قانون اساسی، قاضی نمی‌تواند براساس اصل ۱۶۷ به منابع یا فتاوای معتبر اسلامی مراجعه نماید. توجه به مبانی و منابع تصمیمات مراجع قضایی در نظام حقوقی و امعان نظر بر قواعد

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

صدور رای، اعتبار استناد قضات محاکم اعم از قضات عمومی و قضات دیوان عدالت اداری و هیأت عمومی دیوان به اصول قانون اساسی را اثبات می‌نماید؛ چنان که بیان می‌گردد «در بحث استناد به قانون اساسی دلیل محکم و متقنی در مقام مخالفت وجود ندارد.» لذا بر مبنای ذهنیت عدم فراموشی و متروک گذاردن قانون اساسی، قاضی به فهم، استنباط و استناد به اصول قانون اساسی اقدام می‌ورزد.<sup>۱</sup>

قضات دیوان عدالت اداری، در کنار معیارهای عینی هم‌چون تفسیر قانون اساسی در آراء در جهت صیانت از قانون اساسی در مقررات دولتی، به راهکارنویسی چون استناد مستقیم به اصول قانون اساسی دست یافته اند و آنرا به اعمال صلاحیت‌های اصلی خویش در انطباق مصوبات با قوانین، تسری داده‌اند. چه این که استناد به قانون اساسی به صورت خودکار، نظارت دیوان بر سازگاری مقررات اجرایی با قانون اساسی در آراء رادری خواهد داشت. اعمال چنین نظارتی، مکمل صلاحیت دیوان عدالت اداری در خصوص ارزیابی و انطباق مقررات اداری با قانون اساسی می‌گردد.

در ارتباط با رویکرد تطبیقی وضعیت استناد به اصول قانون اساسی، تطبیق رویه‌ی قضایی دیوان عدالت اداری با شورای قانون اساسی و شورای دولتی به عنوان مراجع صیانت از قانون اساسی و نظارت اداری فرانسه، بیانگر این امر است که در نظام حقوقی فرانسه که به جهت سابقه تاریخی، اصول قانون اساسی در مقایسه با مصوبات پارلمان فرانسه دارای شأن برتری هستند، در دو دهه گذشته بر اساس مفهومی چون «اساسی‌سازی»، بسیاری از اصول قانون اساسی و حتی در مفهومی موسع «بلوک قانون اساسی» به معنای مجموعه هنجارهای ناشی از قانون اساسی و دارای ارزش قانون اساسی، از جمله قانون اساسی جمهوری پنجم، اعلامیه حقوق بشر و شهروند، اصول بنیادین به رسمیت شناخته شده توسط قوانین جمهوری و اصول کلی حقوقی و دیگر هنجارها، در رویه‌های شورای قانون اساسی و همین‌طور شورای دولتی مورد استناد قرار گرفته و دادگاه‌های اداری و حتی دادگاه‌های عمومی هم در مواردی به این اصول استناد می‌ورزند.<sup>۲</sup>

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص صلاحیت استناد قضات به قانون اساسی بنگرید به: دینانی، عبدالرسول، مستندات رای قاضی، قسمت اول، ماهنامه دادرسی، سال ششم، شماره ۳۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۱، صص ۱۶-۱۲ و دینانی، عبدالرسول، مستندات رای قاضی، قسمت پایانی، ماهنامه دادرسی، سال ششم، شماره ۳۵، آذر و دی ۱۳۸۱، صص ۱۸-۱۵. هم‌چنین بنگرید به: صالحی‌راد، محمد، تأملاتی در باب مستدل بودن احکام دادگاه‌ها، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۲، بهار ۱۳۸۲، صص ۳۸-۱۷. و گفتگو با دکتر حسین مهرپور (قاضی نمی‌تواند به هر عنوان از استناد به قوانین مدون امتناع کند) در ماهنامه قضاوت، شماره ۴۸، آذر و دی ۱۳۸۶، صص ۳۹-۳۸.

۲. اظهارات دکتر محمد جلالی در: نشست علمی استناد به قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام در آرای مراجع قضایی، پیشین، ص ۴۶.

دیوان عدالت اداری همانند شورای دولتی و هم‌چنین شورای قانون اساسی فرانسه در جریان دادرسی اداری و اساسی ضمن آرای متعددی، به قانون اساسی و قواعد برتر موجود در آن (بوئژه با وجود زمینه‌ها و ظرفیت‌های قابل ملاحظه‌ی آن) پرداخته و به اصول برتر قانون اساسی تمسک جسته است و از این طریق، به شناسایی این اصول در روند دادرسی اداری اقدام نموده است. این امر که به ویژه در نبود کد مدون حقوق اداری و با توجه به خلأ قانون واجد اهمیت ویژه‌ای است، زمینه اجرایی کردن حقوق اساسی را فراهم می‌آورد؛ مسئله‌ای که تحت عنوان «اساسی‌سازی حقوق اداری» از آن یاد می‌شود.

در حقیقت، پیش فرض اجرا و اعمال اصول قانون اساسی، استناد و تمسک قضات در میدان عمل و در رویه قضایی است. توجه به نحوه استناد و استدلال و برداشت قضات دادگاه‌ها از اصول قانون اساسی، می‌تواند به غنای بحث‌های حقوق اساسی کمک کند، چنان که بیان می‌گردد «امروزه توسعه حقوق اساسی به تعامل و داد و ستد با آراء دادگاه‌ها گره خورده و جریان حقوق اساسی به سوی رویه‌ای و قضایی شدن حرکت می‌کند. حقوق اساسی در چنین فرایندی می‌تواند به نحو موثری از حقوق و آزادی‌های عمومی دفاع و آن را به موضوع یک دعوی (حقوقی کیفری یا اداری) در دادگاه تبدیل کند.» به خصوص با توجه به نظام خاص جمهوری اسلامی به لحاظ عدم تشکیل دادگاه قانون اساسی در راستای اجرایی‌سازی و تضمین برتری قانون اساسی، استنادیکسان به اصول قانون اساسی، می‌تواند هماهنگی بیش‌تری را در اجرای اصول مندرج در این قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به دنبال داشته، به عنوان سازوکاری در جهت صیانت از قانون اساسی تلقی گردد.

لازم به اشاره است این سازوکار در رویه دیوان عدالت اداری به صورتی متنوع هم چون استناد به قانون اساسی در خلأ قانون عادی، استناد به قانون اساسی در جهت تکمیل قانون عادی و نیز استناد به قانون عادی هم‌سو با قانون اساسی در راستای صیانت از قانون اساسی دنبال می‌شود که در بندهای ذیل مورد تدقیق قرار می‌گیرد.

### رویه‌سازی قضایی

قضات در خلال رسیدگی به دعاوی و در برخورد با موارد عینی و ملموس، هم‌زمان با اعمال قوانین، اقدام به تفسیر قضایی از قانون می‌نمایند. تفاسیر مختلف قضات اگرچه با هدف ایضاح قانون، زمینه رفع ابهام آن را فراهم می‌سازد، با این حال، نمی‌تواند به خودی خود شکل قاعده‌ی کلی برای سایر دادگاه‌ها و مراجع بوده و ایجاد الزام نماید؛ بلکه هرگاه چنین رأیی در موارد مشابه توسط دیگر مراجع تکرار شده و شکل روش مشترکی به خود بگیرد، به همراه الزام معنوی ایجاد شده، نام رویه بر آن صدق می‌کند. (فاطمی،

در حقیقت، تفسیر قضات به دنبال تبعیت بلا اجبار و صرفاً به جهت اقتناع وجدان، از سوی

سایر دادرسان، تدریجاً می‌تواند به صورت روش و عادت مشترک در بین قضات محاکم ظاهر گردد. به طوری که نه تنها در خصوص مسأله مطروحه، به طور اخص، بلکه در سایر موارد مشابه نیز، بسیار تعیین کننده تلقی شود. «آنگاه که تفسیر قضایی به صورت رویه قضائی درآید، اثر مذکور از محدوده فوق و آنچه «نسبی بودن اثر اعتبار امر مختومه» اطلاق شود، فراتر می‌رود و می‌تواند همانند تفسیر تقنینی به تعبیر عام یک قاعده مبادرت ورزد.» (پروانه، ۱۳۸۷)

رویه سازی قضایی به عنوان سازوکاری در جهت صیانت از قانون اساسی، بویژه در نبود دادگاه قانون اساسی در خصوص پیاده سازی اصول قانون اساسی، به شناسایی و احراز این اصول اقدام می‌ورزد. در واقع اصول قانون اساسی به مرور زمان توسط رویه ی قضایی شناسایی و مقامات اداری در تصمیم‌های خویش آنها را لحاظ می‌نمایند.

اصول قانون اساسی در عملکرد دیوان ضمن اصدار رای، ماهیت قضایی و رویه ای یافته و نهایتاً از ایده به هنجار و از قوه به فعل در می‌آیند. «قانون اساسی، زمانی صورت «هنجاری» می‌یابد، یعنی به عنوان «اساسی‌ترین و برترین قانون» شناخته می‌شود و در نتیجه، حقوق اساسی و برتر یک کشور را تشکیل می‌دهد که قضات صلاحیت رسیدگی به اعمال قوای تأسیس شده را داشته باشند. در حقیقت، هنجاری بودن قانون اساسی در عمل توسط قضات معنا پیدا می‌کند و از طریق آراء و تصمیمات قضات است که می‌توان اطمینان یافت آیا قانون اساسی هنجاری است، یعنی حقوق برتر و اساسی است یا خیر؟» (معتمدنژاد، ۱۳۷۸)

پرداخت دیوان به اصول قانون اساسی ضمن رویه قضایی، نه تنها منجر به شناسایی این اصول می‌شود، بلکه محتوای «ترم قانون اساسی» را با فشار بر روی آیین‌نامه سازی موجود غنی، متحول و پویا می‌نماید. در حقیقت، از آنجا که حقوق عمومی در کشورمان به عنوان شاخه‌ای جوان از حقوق رشد چندانی نداشته، هم‌چنین با عنایت به ویژگی‌های کلی نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی و به خصوص سازوکارهای صیانت و نظارت بر قانون اساسی از سوی شورای نگهبان در تعدی و تجاوز از جانب قدرت عمومی به حقوق و آزادی‌های شهروندان، دیوان عدالت اداری به عنوان یگانه مرجع رویه ساز قضایی در عرصه حقوق عمومی می‌تواند از طریق رویه سازی قضایی، نقش بسزایی را در اعتلا و پرورش حقوق عمومی و بالاخص حقوق اساسی ایفا نماید.

به عنوان نمونه شعبه ای از دیوان در دادنامه شماره ۵۵۸ به تاریخ ۸۸/۸/۳۰ در رسیدگی به خواسته فردی شهروندی برای الزام اداره متبوعه به ارتقاء از مرتبه مربی به استادیاری و خدمت در محل پست سازمانی و تأمین خواسته قانونی و احقاق حق خود، به ورود به برخی از مباحث بسیار چالش برانگیز حقوق عمومی در ایران اقدام نموده است و در حد توان و امکان، سهمی را در ارائه مباحث حقوق عمومی برای خود قائل گردیده است. شعبه ۱۰ دیوان با ورود ماهوی به

برخی مباحث مهم، حساس و مسأله برانگیز در حقوق عمومی و حقوق اساسی، نظیر جایگاه و ارزش مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای انقلاب فرهنگی و غیره، قدم مثبتی را در برجسته نمودن این موضوعات در حوزه عمل و واقعیت حقوقی برداشته است و برداشت خود را در قالب رای و تصمیم قضایی بیان نموده است. (هامون، ۱۳۸۳)

مطالعه کلی آرای دیوان مخاطب حساس و آگاه به مسائل حقوق عمومی به خصوص در حوزه حقوق بنیادین را متوجه این نکته مثبت می‌نماید که جهت‌گیری کلی قضات دیوان اصولاً حفظ و حمایت از حقوق و آزادی‌هاست و با پذیرش صیانت و گسترش حقوق و آزادی‌ها، به وظیفه اصلی خود که پشتیبانی از حقوق فردی و اجتماعی و نیز «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» است، پای بند بوده و از آن تخطی نکرده است. مشارکت دیوان در تدارک قواعد حقوق اساسی که به طور خاص در فراز و نشیب رویه قضایی آن مشهود است، با مدار قرار دادن قانون اساسی به عنوان چارچوب اعمال در وقایع و اعمال اداری، زمینه اساسی‌سازی حقوق اداری در مفهوم عام و آیین‌نامه‌ها و مقررات اداری در مفهوم خاص، و به تبع آن اداری‌سازی حقوق ملحوظ در قانون اساسی را فراهم می‌آورد.

در نهایت شایان ذکر است، با توجه به وضعیت منحصر به فرد بازنگری در قوانین اساسی به دلیل ویژگی این قانون و نقش ویژه آن در شکل‌گیری نظام‌های سیاسی و حکومتی، (پروانه، ۱۳۸۳) در این زمینه رویه قضایی از سویی قانون (اساسی) را با تحولات اجتماعی همگام می‌سازد. از این رو همواره باید خاطر نشان ساخت، «برای پویایی و تحول در سیستم حقوقی، نباید فقط به قدم قانون گذار دل بست، بلکه باید به قلم قضات نیز چشم دوخت. چرا که تاریخ تحولات حقوق نشان می‌دهد، قضات در رصد کردن نیازها و واقعیت‌های حقوقی جامعه و گشودن افق‌های نوین حقوقی، با هدف پویایی سیستم قضایی پیشرو بوده‌اند.» (عابدیان، ۱۳۸۸)

از سوی دیگر، با هماهنگ‌سازی تفاسیر مختلف قضات در میدان عمل و گزینش تفسیرهایی که در جهت قانون اساسی بوده، زمینه رفع ابهام، سکوت و نقص قانون اساسی را به عنوان سازوکاری مؤثر و عینی در فرایند صیانت از قانون اساسی در مقررات دولتی فراهم می‌سازد. بررسی این سازوکارها در بندهای زیر مورد نظر قرار می‌گیرد.

### رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در نظارت اساسی بر مقررات دولتی

اصولاً برای درک نقش و جایگاه دیوان عدالت اداری پیرامون فرایند صیانت از قانون اساسی و نیز رویکرد دیوان در این باره باید به آرای دیوان توجه کرد. به تعبیری، مهم‌ترین منبع برای مطالعه در کارنامه قضاوت اساسی مصوبات دولتی، آرای است که از دیوان عدالت اداری صادر شده است.

دیوان عدالت اداری در این مدت کوتاه از بدو تأسیس با وجود موانع موجود، توانسته است با



عملکردی نسبتاً قابل قبول، گام‌هایی مهم و اساسی به سوی تحقق صیانت از قانون اساسی در فرایند عدالت اداری بردارد. مطالعه و پژوهش در این آراء، محققان این عرصه را به نقاط ضعف و قدرت قضاوت اساسی مصوبات آگاه‌تر می‌گرداند.

لازم به ذکر است به جهت شمول پژوهش حاضر در صیانت از قانون اساسی در گستره مصوبات دولتی و اختصاص صلاحیت هیأت عمومی در کنترل این نوع مصوبات، مرکز ثقل رویه دیوان در کنترل اساسی مصوبات دولتی را آراء هیأت عمومی دیوان در نظر گرفته‌ایم.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در حمایت از اصل حاکمیت قانون اساسی و صیانت از احکام و اصول موضوعه‌ی آن و جلوگیری از تجاوز به حریم قوه‌ی مؤسس، مسئولیت بس خطیری را عهده دار است و به عنوان یگانه مرجع سنجش مقررات دولتی با موازین قانونی بویژه موازین قانون اساسی در سطح کشور باید با نهایت دقت و موشکافی عمل کند و قانون اساسی را چراغ راهنمای مطلوب برای مقامات اجرایی قرار دهد. توفیق در این وظیفه‌ی بزرگ و حساس، مستلزم تسلط و احاطه‌ی لازم به مجموعه اصول این قانون و هدف اصلی قانون‌گذار اساسی از تدوین آنها و تمیز حدود اختیارات مقامات اجرایی در وضع مقررات دولتی می‌باشد.

به عنوان انتقاد وارد بر عملکرد دیوان، می‌توان گفت دادرسان دیوان هنوز به طور کامل در فضای حقوق عمومی و بالاخص حقوق اساسی تنفس نمی‌کنند. تنفس دیوان در فضای حقوق خصوصی و جزاست. با این وجود همان‌طور که گفتیم، نباید نقاط قوت و قابل‌اتکای دیوان در جامه عمل پوشاندن به حاکمیت قانون اساسی در مقررات دولتی از یاد برده شود و به نظر می‌رسد غالب کردن فضای حقوق عمومی بر دیوان در یک دوره دراز مدت و از طریق آموزش قضاوت در دیوان در خصوص مسائل و موضوعات این شاخه از حقوق، استفاده و به کارگیری از اصول و قواعد گرایش پایه‌ای حقوق عمومی در آرای دیوان، ممکن خواهد بود.

قابل اشاره است، آنچه در این مقاله، تحت عنوان رویه قضایی هیأت عمومی دیوان، از آن یاد می‌شود، علاوه بر مفهوم خاص رویه قضایی که شامل آرای وحدت رویه می‌باشد، آرای ابطالی هیأت مذکور را نیز در بر می‌گیرد. «هرچند آرای ابطالی مانند آرای وحدت رویه از ویژگی «در حکم قانون بودن» برخوردار نیست، اما این امر، از اهمیت آرای مذکور و تأثیر آن در قلمرو حقوق عمومی نمی‌کاهد. چرا که مطالعه عملکرد دیوان عدالت اداری در طول فعالیت سی ساله این تأسیس، نشان می‌دهد که نقش و تأثیر آرای ابطالی هیأت عمومی دیوان در پیشرفت و اعتلای حقوق عمومی در ایران، چنان‌چه بیشتر از آرای وحدت رویه نباشد، کمتر نیست.» (فاطمی، ۱۳۹۱)

در نهایت، فرایند صیانت از قانون اساسی از سویی دربردارنده نظارت بر اعمال حقوق و آزادی‌های بنیادین ملحوظ در قانون اساسی که صراحتاً در متن قانون اساسی مورد نظر قرار

گرفته است می‌باشد و از سوی دیگر مشمول اصول کلی حقوق اداری قابل دریافت از قانون اساسی می‌گردد.

### جایگاه کرامت انسانی در قانون اساسی

قانون اساسی در مقدمه‌ی خود، این قانون را قانونی می‌داند که آزادی و کرامت انبای بشر را سرلوحه اهداف خود قرار می‌دهد. در اصول متعدد این قانون چه به طور مستقیم و چه به طور غیرمستقیم به رعایت کرامت انسانی توجه خاصی شده است که به شرح زیر به توضیح اعم آنها می‌پردازیم.

#### ۱- نظامی بر پایه‌ی کرامت

اصل دوم قانون اساسی در بند ششم خود مقرر می‌دارد:  
جمهوری اسلامی ایران، نظامی است بر پایه‌ی ایمان به کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا.

#### ۲- تامین حقوق همه مردم

اصل سوم اشعار می‌دارد:  
تامین حقوق همه جانبه‌ی افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون.

#### ۳- اصل منع شکنجه

اصل سی و هشتم قانون اساسی:  
هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است، اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.

#### ۴- حمایت از کرامت زن

زنان از جمله افراد صدمه پذیر هستند و در طول تاریخ ستم بیشماری به آنها روا داشته شده است در حالی که زنان در واحد خانواده که واحد بنیادین جامعه است نقش ارزنده بازی می‌کنند فرزندان برنا از دامن مادران برنا رشد می‌یابند و شکوفا می‌شوند اصل بیست و یکم قانون اساسی اگر نه به طور کامل ولی تا حدی که پاسدار کرامت زنان باشد تقنین شده است.

اصل ۲۱ قانون اساسی:

دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد:

۱. ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او.
۲. حمایت مادران، بالخصوص در دوران بارداری و حضانت فرزندان، و حمایت از کودکان بی

سرپرست .

۳. ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده .

۴. ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و بی سرپرست.

۵. اعطای قیمومت فرزندان به مادران شایسته در جهت غبطه آنها در صورت نبودن ولی

شرعی.

## ۵- احترام به حیثیت انسان ها

اصل ۲۲ قانون اساسی می گوید:

حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی

که قانون تجویز کند.

اصل ۳۹ قانون اساسی نیز می گوید:

هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده به

هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است.

در ظاهر چنین به نظر می رسد که افرادی که دستگیر، بازداشت شده اند یا زندانی یا تبعید

هستند انسان های قابل احترام نیستند و در عمل شاهد هستیم که در کلانتری یا حتی در دادگاه

رفتار اولیای امور با این افراد پسندیده نیست. کرامت انسانی به رفتار انسان پیوند نمی خورد.

کرامت انسانی به لحاظ انسان بودن مطرح می شود و با انسان بودن انسان حرکت می کند یک

فرد متهم یا مجرم یا تبعید شده آنقدر کرامت دارد که افراد سالم، کسی که مرتکب جرمی شده و

این جرم در دادگاه صالح ثابت شده باشد مجازات دارد و به انسانیت انسان ارتباط پیدا نمی کند و

به حق اصل ۳۹ قانون اساسی تعرض به کرامت این افراد را ممنوع کرده است.

## ۶- منع دستگیری غیرقانونی

اصل ۳۲ قانون اساسی مقرر می دارد:

هیچ کس را نمی توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می کند. در

صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافاصله کتباً به متهم ابلاغ و تفهیم شود و

حداکثر ظرف مدت بیست و چهار ساعت پرونده مقدماتی به مراجع صالحه قضایی ارسال و

مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات

می شود. (صفاری، ۱۳۹۱)

## ۷- اصل برائت

در شریعت اسلام درباره انسان بیان می شود که انسان پاره ای از وجود -الهی است- و

انسان فطرتی الهی دارد بنابراین در ذات خود موجودی پاک و منزه است. قانون اساسی در اصل

سی و هفتم اشعار می دارد: اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی شود،

مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

#### ۸- علنی بودن محاکمات

حق برخورداری از دادگاه علنی و منصفانه که در اصل ۳۴ با عنوان هیچ کس را نمی توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد، مورد تاکید قرار گرفته و بر علنی بودن دادگاه ها (اصل ۱۶۵) تصریح شده است، فقط در مواردی که علنی بودن دادگاه منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی، اگر طرفین دعوا تقاضای غیرعلنی کنند، از این اصل استثنا شده است (عمید زنجانی، ۱۳۹۲).

اصل ۳۴ قانون اساسی:

دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می تواند به منظور دادخواهی به دادگاه های صالح رجوع نماید، همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه ها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.

اصل ۱۶۵ قانون اساسی:

محاکمات، علنی انجام می شود و حضور افراد بلامانع است مگر آن که به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد.

#### حقوق قضایی

امنیت قضایی شهروندان در اصول متعدد قانون اساسی ایران به صراحت تضمین شده و مورد نظر قرار گرفته است. تفسیر موسع از این اصل، امکان استنتاج حق های گوناگون شهروندان را در فرایند دادرسی در قالب حقوق قضایی آنان فراهم می آورد و با حوزه های مختلف زمینه برخورداری از حق ها و آزادی های بنیادین قضایی را در برمی گیرد. حقوقی هم چون حق دادخواهی، قانونی بودن جرم و مجازات، برائت، تفسیر به نفع متهم، رعایت اصول دادرسی و... که به گونه ای تفصیلی در اصول قانون اساسی مورد تاکید قرار گرفته اند، به عنوان «تضمین هایی برای حفظ امنیت قضایی شهروندان»، (قانونی بودن جرم و مجازات، اصل برائت، اصل امنیت در روابط حقوقی شهروندان و اداره، اصل امنیت در روابط حقوقی شهروندان و اداره و...) مورد نظر رویه دیوان عدالت اداری می باشند. (ویژه، ۱۳۹۰)

### حق منع شکنجه و هتک حیثیت و حرمت

طبق اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد و به صراحت اصل ۳۹ قانون مزبور هتک حرمت و حیثیت محکومان به زندان به هر صورت ممنوع و مستوجب مجازات اعلام گردیده است و حکم مقرر در ماده ۵۷۹ قانون مجازات اسلامی نیز مفهومی عدم جواز اعمال مجازات مقرر درباره محکومان به نحو سخت تر از حد متعارف است. نظر به اینکه از طرف مقنن حکمی در باب مجازات حبس به صورت انفرادی انشاء نشده و اجرای آن که موجب محرومیت زندانی از مجالست و گفتگو با سایر زندانیان و تألمات روحی و تبعات ناموزون ناشی از آن است، از مصادیق بارز شدت عمل در نحوه و کیفیت اجرای مجازات حبس می باشد، بند ۴ ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی سازمان زندان ها مبنی بر اعمال مجازات حبس به صورت انفرادی تا مدت یک ماه به عنوان تنبیه انضباطی فرد زندانی خلاف قانون و خارج از حدود اختیار مقرر در ماده ۹ قانون تبدیل شورای سرپرستی زندان ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور به سازمان زندان ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۶۴ تشخیص داده می شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد.»

اصل ۳۸ قانون اساسی مقرر داشته است: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است، اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود.» هم چنین، اصل ۳۹ قانون اساسی در ادامه این روند مقرر می دارد: «هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده به هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است.»

توجه به این اصل برای مقامات اجرایی و اداری حائز اهمیت فوق العاده ای است و عدم رعایت این اصل در تصمیمات و اقدامات، علاوه بر مسئولیت های کیفری و مدنی، مبنایی برای ابطال و مسئولیت مقام اداری به لحاظ انضباطی نیز خواهد بود. در این خصوص، دیوان عدالت اداری در برخی از آراء خود، اقدام به کنترل قضایی و ابطال تصمیمات مغایر با این اصول پرداخته است. از جمله در قضیه زندان های انفرادی (بند ۴ ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی سازمان زندان ها مصوب ۸۰/۴/۲۶ قوه قضاییه) با تفسیری غایت گرا از اصل ۳۹ مفهوم هتک حرمت زندانیان را مورد توجه قرار داده و چنین مقرر نموده است:

«به صراحت اصل ۳۹ قانون مزبور، هتک حرمت و حیثیت محکومان به زندان به هر صورت ممنوع و مستوجب مجازات اعدام گردیده است. نظر به اینکه از طرف مقنن حکمی در باب مجازات حبس به صورت انفرادی انشاء نشده و اجرای آن که موجب محرومیت زندانی از

مجالست و گفتگو با سایر زندانیان و تالعات روحی و تبعات ناموزون ناشی از آن است، از مصادیق بارز شدت عمل در نحوه و کیفیت اجرای مجازات حبس می باشد، بند ۴ ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرائی سازمان زندان ها مبنی بر اعمال مجازات حبس به صورت انفرادی تا مدت یک ماه به عنوان تنبیه انضباطی فرد زندانی خلاف قانون و خارج از حدود اختیار مقرر [...] تشخیص داده می شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد.<sup>۱</sup>

همچنان که ملاحظه می گردد، استناد دیوان به این اصل قانون اساسی در راستای ابطال آیین نامه زندان ها، بسیار تعیین کننده می باشد؛ چرا که در فرض عدم چنین اصلی که متضمّن حقی مسلم از حقوق انسانی افراد است، دیوان عدالت اداری قادر به اعمال این حق در روند دادرسی مصوبات اداری و بازبایی حقوق تضییع شده شهروندان، نمی گردید و بدین صورت آیین نامه هایی از این نوع به آسانی به تضییع این حقوق قطعی می پرداختند.<sup>۲</sup>

۱. رای مورخ ۸۲/۱۰/۲۸ دیوان در خصوص ابطال بند ۴ ماده ۱۶۴ آیین نامه اجرایی سازمان زندان ها مصوب ۸۰/۴/۲۶ قوه قضائیه.

۲. قابل برداشت از اظهارات دکتر محمد جلالی، نشست علمی استناد به قانون اساسی و سیاست های کلی نظام در آرای مراجع قضایی، پیشین، ص ۴۶.

## نتیجه گیری

صیانت از قانون اساسی به مجموعه سازمان‌ها و آیین‌هایی اطلاق می‌شود که برتری قانون اساسی توسط آنها تضمین می‌شود و غایت آنها، تضمین احترام و برتری قانون اساسی است. هرچند که نظارت بر انطباق قوانین با قانون اساسی نماد این ضمانت است، اما تضمین برتری قانون اساسی، تنها به این امر محدود نمی‌شود. تضمین برتری قانون اساسی، به مواردی چون معاهدات بین‌المللی، اعمال اداری و آرای صادره از دادگستری نیز ارتباط دارد. در حقیقت، لزوم انطباق و هم‌آوایی همه هنجارهای مادون با مافوق و انسجام سلسله مراتب هنجارها، انطباق مقررات اداری با قانون اساسی را نیز به عنوان ابزاری در راستای دستیابی به غایت صیانت از قانون اساسی ایجاب می‌کند. امری که به تعبیر مصطلح در حقوق اداری، نظارت اساسی بر مقررات اداری نامیده می‌شود.

مطالعه رویه دیوان از ابتدای تشکیل تاکنون نشان می‌دهد که دیوان از زمان تشکیل، صلاحیت تطبیق مقررات با قانون اساسی را برای خود قائل بوده است. رویه قضایی دیوان به عنوان سازوکاری در جهت صیانت از قانون اساسی در فرایند شناسایی و احراز اصول قانون اساسی حائز اهمیت است. چنان که با هماهنگ‌سازی تفاسیر مختلف قضات در میدان عمل و گزینش تفسیرهایی که در جهت قانون اساسی بوده، زمینه رفع ابهام، سکوت و نقص قانون اساسی را به عنوان سازوکاری مؤثر و عینی در فرایند صیانت از قانون اساسی در مقررات دولتی فراهم آورده، نقش بسزایی را در اعتلا و پرورش حقوق عمومی و بالاخص حقوق اساسی ایفا می‌نماید.

علاوه بر تفسیر قانون اساسی، فرایند اساسی‌سازی در دیوان از طریق حذف و ابطال مقررات ناسازگار با نظم اساسی جدید در قالب دعاوی ضمنی و دعاوی مستقل نقض قانون اساسی، متوقف‌کننده فرایند اعتبار حقوقی آیین‌نامه‌های مغایر با قوانین برتر می‌گردد و تدریجاً به اصلاح و در نتیجه نوسازی نظم حقوقی منجر می‌شود. در حقیقت، مکانیزم نظارت پسینی دیوان بر اساسی بودن مصوبات، در صورت قرائت مردم‌سالارانه از قانون اساسی، از ورود هنجارهای غیرمردم‌سالارانه به نظم حقوقی مقررات اداری جلوگیری می‌کند و به تحقق پاکسازی و تنقیح نظم حقوقی از هنجارهای غیرمردم‌سالارانه و ممانعت از حضور آنها می‌پردازد.

به نظر می‌رسد، ایجاد صلاحیت مشورتی برای دیوان، حرکت به سمت نظام‌مند کردن نظارت اساسی بر مصوبات، تفسیر به نفع اشخاص یا مردم در موارد ابهام از طُرُق هم‌چون افزایش غنای استدلالی آراء با استفاده از حقوق بنیادین و اصول حقوق اساسی و در بعدی کلان‌تر ادبیات و فرهنگ حقوق عمومی، بتواند دیوان را به جایگاه مطلوب در این گستره برساند. در عین حال، شایان ذکر است که اساسی‌سازی نظم حقوق اداری، فرایندی تدریجی و

نیازمند تلاش جمعی است و این تلاش باید خصوصاً بر روی تدریس و آموزش حقوقی و در قالب پژوهش و مطالعات عمیق و کاربردی در ارتباط با رویه قضایی دیوان عدالت اداری، بر آن جامه عمل پوشاند؛ رسالت خطیری که حسب مورد بر عهده قضات دیوان و علما و اندیشمندان حوزه حقوق عمومی در جهت بهره‌گیری کامل از ظرفیت‌های رویه قضایی دیوان عدالت اداری گزارده شده است.

دستگاه قضایی بازوی توانمند یک نظام و کشور می باشد. این دستگاه موظف است عدل و انصاف را گسترش دهد و از حقوق آحاد ملت دفاع نماید. آنچه دستگاه قضایی را قدرت می بخشد وجود قانون خوب و اجرای بهینه‌ی آن می باشد بنحوی که اعتماد و رضایت مردم را به همراه داشته باشد و مردم در سایه‌ی این اقتدار در آرامش و امنیت زندگی نمایند. یکی از مولفه‌های شاخص که معرف اقتدار قضایی ملی است احترام به کرامت انسانی است و چون این احترام در جای جای قوانین ایران بنحوی که گذشت پیش بینی شده است به جرات می توان گفت این قوانین دارای اقتدار است. تنها نکته‌ای که باید به آن اشاره کرد اجرای این قوانین می باشد در عرصه‌ی حقوق کیفری اگر مقررات قانون آیین دادرسی سال ۱۳۹۲ در عمل اجرا شود، اعتماد مردم حاصل خواهد آمد و از کرامت انسانی بنحو احسن پاسداری خواهد شد و این نقطه عطفی در تاریخ کیفری ایران محسوب خواهد شد. به عنوان نمونه اگر منطوق ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری که اشعار می دارد «ضابط دادگستری علاوه بر وثاقت و مورد اعتماد بودن، مهارت‌های لازم را با گذراندن دوره‌های آموزشی زیر نظر مرجع قضایی سپری نمایند...» مسلماً کرامت انسانی افرادی که به کالانتیری‌ها مراجعه می نمایند حفظ می شود و تکریم ارباب رجوع که از مصادیق احترام به کرامت انسانی است تحقق می یابد.



## فهرست منابع

۱. قی زاده، جواد، «مسأله اساسی‌سازی نظم حقوقی»، پژوهش‌های حقوقی، سال ششم، شماره ۱۱، ۱۳۸۶، صص ۱۲۹-۱۳۰
۲. پیر، بن، «اساسی سازی حقوق اسپانیا»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال سوم، شماره پنجم، ۱۳۸۴، ص ۲۲۸.
۳. فاو، لویی، «ماساسی‌سازی حقوق فرانسه»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۷ و ۷، ۱۳۸۵، ص ۲۸۱.
۴. هداوند، مهدی؛ و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۶۲.
۵. فاو، لویی، اساسی سازی حقوق فرانسه، پیشین، ص ۲۷۱.
۶. هداوند، مهدی، «پیشنهاد تدوین قانون عام حقوق اداری ایران»، حقوق عمومی، شماره ۳، ۱۳۸۶، صص ۷۹-۸۲.
۷. هاشمی، سیدحسین، روش‌های حقوقی صیانت از قانون اساسی، رواق اندیشه، شماره ۱۱، آبان ۱۳۸۱، ص ۱۰۲.
۸. عابدیان، حسین و اسدزاده، مجتبی، در تکاپوی عدالت، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۸.
۹. صفاری، علی، مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۱۰. عمید زنجانی، عباس علی، توکلی، محمد مهدی (۱۳۸۶) «حقوق بشر اسلامی و کرامت ذاتی انسان در اسلام». فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴، زمستان ۸۶، صص ۱۶۲-۱۶۱.
۱۱. ویژه، محمدرضا، امنیت حقوقی به مثابه‌ی شرط تحقق امنیت قضایی، فصل‌نامه راهبرد، سال بیستم، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۰، ص ۹۷.
۱۲. تیلا، پروانه، تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال سوم، شماره ۵، بهار - تابستان ۱۳۸۳، ص ۵۴.
۱۳. تیلا، پروانه، اصول تطبیقی قاعده‌سازی و رمزشناسی قانون و آیین‌نامه، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ اول، پاییز ۱۳۸۷.
۱۴. عابدیان، حسین و اسدزاده، مجتبی، در تکاپوی عدالت، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۱۵. فرانسیس هامون، سلین واینر، ترجمه: محمد جلالی، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوق اساسی، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۳.
۱۶. فاطمی، ثریا، جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، بهمن ماه ۱۳۹۱.



نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۲۵۴ - ۲۳۵

## بررسی چالش‌های اخلاقی حق سکوت متهم در نظام حقوقی ایران

<sup>۱</sup> سید علیرضا موسوی<sup>۲</sup> مسعود قاسمی<sup>۳</sup> محمد جواد جعفری

### چکیده

یکی از بارزترین حقوق متهم که در اسناد بین الملل و نظام‌های حقوقی و همچنین در نظام حقوقی ایران مورد توجه قرار گرفته است، حق سکوت متهم در مراحل مختلف دادرسی است. اما نظر و توجه اندیشمندان و حقوقدانان به بعد اجرایی آن و رعایت این حق در دادرسی‌ها همواره مورد مناقشه بوده است. برخی رعایت حق سکوت را موجب اطاله دادرسی، فرار متهمین و مجرمین حرفه‌ای از چنگال عدالت و... می‌دانند. برخی از بعد اخلاقی و در راستای حفظ کرامت انسانی متهم و در پرتوی اصل برائت از وجود حق سکوت متهم دفاع نموده اند و برای عدم رعایت حق سکوت متهم ضمانت اجرایی پیش‌بینی نموده‌اند. مساله این است از منظر اخلاق در اجرای رعایت حق سکوت متهم در مراحل مختلف دادرسی در نظام حقوقی ایران موانع و مشکلاتی وجود دارد که به عنوان چالش آن را باید مورد بررسی قرار دهیم. تنها راه رسیدن به مقصود قانون و اخلاق که همانا رعایت، حق سکوت متهم در دادرسی‌ها است عبور از این موانع و چالش‌هاست. دغدغه محقق این است که چالش‌های پیش‌رو را باید شناسایی و در جهت رفع این گونه چالش‌ها باید به دنبال سازوکارهای اخلاقی، حقوقی، قضایی و اداری، انتظامی باشیم تا ضمن حفظ کلیت نظام حقوقی، به حقوق مسلم متهم نیز بی‌توجهی نشده باشد. در تحقیق پیش‌رو از روش توصیفی و کتابخانه‌ای استفاده شده است و نتایجی که از این تحقیق به دست می‌آید پیش‌بینی سازوکارهای اخلاقی و تقنینی، قضایی، اداری و انتظامی برای تسهیل در اجرای رعایت حق سکوت در مراحل مختلف دادرسی است، شناخت راهکارها جهت رفع چالش‌های موجود، موجب برداشتن گام بسیار مفید و موثری در راستای عادلانه نمودن سامانه دادگستری جنایی می‌شود.

### واژگان کلیدی

اخلاق، حق سکوت متهم، چالش‌ها، سازوکارها، نظام حقوقی ایران، دادرسی عادلانه.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

Email: Ater1354@gmail.com

۲. دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی، عضو هیات علمی (استادیار) دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه، ایران.

Email: md.ghasemi@yahoo.com

(نویسنده مسئول)

۳. دکترای حقوق عمومی، رئیس پژوهشکده حقوق و علوم سیاسی، هیات علمی (استادیار) دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه، ایران.

Email: Dr.jafari14@gmail.com

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۰/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۱۹

## طرح مسأله

دانشمندان اخلاق این واژه را در معانی پرشماری به کار برده اند، رایج ترین معنای اصطلاحی آن عبارت اس از صفات و ویژگی های پایدار در نفس که موجب می شود کارهای متناسب با آن صفات، بهطور خود جوش ووبدون نیاز به تفکر وتامل از انسان صادر شود (شریفی، ۲۵: ۱۳۹۳)

در نظام حقوقی ایران حق سکوت از طرف قانونگذار اساسی به صورت ضمنی پذیرفته شده است و قانونگذار عادی نیز صراحتاً به آن اشاره نموده است. در قانون اساسی مبنای حق سکوت را در اصول سی وهفت وسی وهشت میتوان یافت ودر قانون آیین دادرسی کیفری ماده ۱۹۷ به آن اشاره نموده است. توجه به حقوق متهم بخصوص حق سکوت بسیار حایز اهمیت است چون سرنوشت متهمان پرونده تا حدود زیادی در گروه رعایت کردن یا رعایت نکردن حق سکوت متهم در جریان دادرسی و مرحله تحقیقات مقدماتی است. پیچیده شدن جرایم وعدم کشف آنها به سهولت، اطلاعات بالای حقوقی متهمان ومجرمان حرفه ای، عدم تناسب بین منابع وامکانات دستگاه قضا ودستگاه پلیس به لحاظ مقایسه با تراکم پرونده ها، فشار روانی کارکنان دستگاه عدالت ودستگاه پلیس در به نتیجه رساندن ومختومه نمودن پرونده ها، آمار گرایی واقرار محوری باعث می شود که در برخی موارد حق سکوت متهم رعایت نشود واصول بنیادین حقوق کیفری نادیده گرفته شود.

مساله این است که در نظام حقوقی ایران با وجود موانع وچالش های که وجود دارد چگونه می توانیم در راستای تضمین حقوق متهمین (حق سکوت) بارعایت اخلاق گام برداریم. پلیس وقضات که مجریان عدالت هستند گاهی نمی توانند از این مساله وموانع عبور کنند به لحاظ رسیدن به هدف سازمانی خود حق سکوت را نادیده می گیرند وقتی در مسیر دادرسی عادلانه به چالش ها بر می خوریم، بر آنها انتقاداتی است، که برای حل آنها نیاز به ارایه راهکارها می شویم. سوالی که به ذهن متبادر می شود این است که در رعایت حق سکوت متهم در مراحل دادرسی با چه چالش های روبه رو هستیم؟ جهت گذر از این چالش ها چه باید کرد؟

مقاله پیش رودر دو گفتار ۱- چالش های اخلاقی رعایت حق سکوت ۲- سازوکارهای اجرایی شدن حق سکوت تنظیم شده است. گفتار اول به دوقسمت الف: چالش های حقوقی وب: چالش های غیر حقوقی حق سکوت پرداخته است ودر گفتار دوم سه مبحث ۱- سازوکارهای تقنینی ۲- سازوکارهای قضایی ۳- سازوکارهای اخلاقی و اداری وانتظامی مورد بررسی قرار داده شده است، امید است با نتایج به دست آمده تا حدودی بسترهای لازم جهت رعایت حق سکوت در قوانین کیفری فراهم شده باشد.

### گفتار اول: چالش‌های اخلاقی رعایت حق سکوت متهم

قانون گذاری در ایران، حاکی از آن است که قانون گذار بدون در نظر گرفتن اخلاق هیچ‌گاه نتوانسته است تمامی ابعاد مورد نیاز در همه قوانین را در تقنین مد نظر قرار دهد، هر چند اندیشمندان و صاحب نظران در راستای تدوین قانون جامع و بدون نقص تلاش کرده‌اند و هزینه‌های هنگفت برای تهیه طرح‌ها و لوایح قانونی برای موضوعات مختلف صرف نموده‌اند ولی به دلایل متعددی همچون پیشرفت تکنولوژی و ناتوانی فکر انسان برای حرکت به موازات آن، نقایص و تعارضاتی در آن ملاحظه می‌شود که موجب به وجود آمدن چالش‌ها و موانعی می‌شود که در اجرای صحیح قوانین تعلل به وجود می‌آورند. موضوع حق سکوت متهم نیز از این امر مستثناء نیست، چالش‌های که در این زمینه وجود دارد به آنها اشاره می‌شود.

#### ۱-۱. چالش‌های اخلاقی حقوقی رعایت حق سکوت متهم

قواعد اخلاقی موجب تعادل حقوق کیفری می‌شود چنانچه توجه به اخلاق کم رنگ شود می‌توان گفت حقوق کیفری قابلیت پذیرش خود را از دست می‌دهد، (فرنام، ۱۳۹۴) برخی از مواد قانونی به خودی خود مانعی جهت اجرای حق سکوت در جریان دادرسی‌ها می‌شود که به طور اختصار به آنها می‌پردازیم.

#### ۱-۱-۱. موضوعیت داشتن اقرار در برخی جرایم

یکی از چالش‌های برخورداری از حق سکوت متهم، موضوعیت داشتن اقرار در قوانین است. رویه قضایی ایران طریقت اقرار در جنایات را پسندیده است، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مواد ۱۶۱ (ادله ای مانند اقرار و شهادت موضوعیت دارند و قاضی به استناد آنها رای صادر می‌کند، مگر اینکه علم به خلاف آن داشته باشیم) و در ماده ۱۶۲ (هر گاه ادله ای که موضوعیت دارد فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد می‌تواند به عنوان اماره قضایی مورد استناد قرار گیرد مشروط بر اینکه همراه با قرائن و امارات دیگر، موجب علم قاضی شود.) سخن از موضوعیت برخی ادله اثبات شرعی از قبیل اقرار و شهادت به میان آورده است. همچنین صدر ماده ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به روشنی این مطلب را تایید می‌کند: هر گاه متهم اقرار به ارتکاب جرم کند، اقرار وی معتبر است و نوبت به ادله دیگر نمی‌رسد. تاثیر گذاری این دلیل به اندازه ای است که ماموران باز جو پس از رجوع متهم از اقرار و دلالت امارات و قرائن بر غیر واقعی بودن پذیرش اتهام، تحقیقات را با ذهنیت مجرم بودن متهم پیش می‌برند، به باور آنان کسی که جرمی انجام نداده باشد هرگز به ارتکاب جرم اقرار نمی‌کند. (فرجیه‌ها و غلاملو، ۱۳۹۵: ۲)

در جرم قتل، اقرار متهم موضوعیت دارد چرا که در ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مقرر

داشته)) هرگاه یکی از دو شاهد گواهی دهند که متهم اقرار به قتل عمد نمود و دیگری گواهی دهد متهم اقرار به قتل کرد و به قید عمد گواهی ندهند اصل قتل ثابت می‌شود...)) در بیشتر جرایم کیفری یک بار اقرار موجب اثبات جرم خواهد بود ولی جرایمی که مجازات آنها حدی است تعداد اقرار برای اثبات جرم متفاوت است من حیث المجموع قانونگذار به اقرار متهم موضوعیت داده است و اقرار متهم را برای اثبات جرم کافی دانسته است. همین امر باعث می‌شود که قبل از هر چیزی بازجویان به دنبال اقرار گرفتن از متهم باشند بدون اینکه متوجه شوند که این کار حقوق متهم را از حیث داشتن حق سکوت، دارد تضییع می‌کند.

### ۱-۱-۲. عدم تفهیم حق سکوت متهم در قوانین موجود

حق سکوت متهم به صراحت در قانون اساسی مطرح نشده است اما اصولی از قانون اساسی به طور ضمنی اشاره به این حق نموده اند، اصل عدم تفتیش عقیده، اصل برائت و اصل منع شکنجه در ارتباط با حق سکوت و توجیه کننده حقوق دفاعی متهم هستند. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۰۷)

از جمله اصول و قواعدی که مبنای حقوق کیفری بوده و یکی از معیارهای دادرسی عادلانه محسوب می‌شود رعایت اصل برائت است. بر پایه این اصل برائت، متهم ملزم به ارائه دلیل نیست و در نتیجه می‌تواند سکوت کند. با استدلال از اصل سی و هشتم قانون اساسی می‌توان مبنای حق سکوت را در آن پی جویی کرد وقتی نمی‌توان سکوت را همیشه بر پایه منفی حمل کرد (ممکن است پاسخ متهم مثبت باشد) و شکنجه برای گرفتن اقرار یعنی گرفتن پاسخ مثبت، صورت می‌گیرد. بنابراین شکنجه برای گرفتن اقرار نوعی نقض حق سکوت متهم است و قانون اساسی به اعتبار احترامی که برای حق سکوت قائل بوده، نقض آن را از راه شکنجه ممنوع اعلام کرده است. البته باید توجه داشت که شکنجه همیشه برای گرفتن اقرار نیست، بلکه ممکن است برای جلوگیری از اقرار هم باشد. (رحمدل، ۱۳۸۵: ۱۹۹)

در قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۹۰ هجری شمسی که اولین قانون مدون نظام حقوقی ایران به شمار می‌آید در ماده ۱۲۵ آن به حق سکوت متهم پرداخته است. از یک سو بازپرس را از به کار بردن سوالات تلقینی و اجبار و اکراه و اغفال متهم منع کرده است و از سوی دیگر بازپرس را مکلف به هشدار دادن به متهم در خصوص اینکه هر اظهاری کند دارای اثر است و متعاقباً علیه او به کار برده می‌شوند، نموده است. در واقع نتیجه عدم استفاده از حق سکوت متهم را مورد توجه قرار داده است و در صورت سکوت متهم تنها امتناع متهم از پاسخ گویی به سوالات در صورت مجلس منعکس می‌شود.

پس از انقلاب اسلامی در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری

ماده ۱۲۹ چنین آمده بود: قاضی ابتدا هویت و مشخصات متهم و همچنین آدرس او را دقیقاً سوال کرده به نحوی که ابلاغ احضاریه و سایر اوراق قضایی به آسانی مقدور باشد و متذکر می شود که مواظب اظهارات خود باشد و سپس موضوع اتهام و دلایل آن را به صورت صریح به متهم تفهیم می کند، آنگاه شروع به تحقیق می نماید. سوالات باید مفید و روشن باشند، سوالات تلقینی یا القاء کننده ممنوع است، چنانچه متهم از دادن پاسخ امتناع کند، امتناع او در صورت مجلس قید می شود. (قاسمی و مقدمی فر، ۱۳۹۶: ۸۳)

پس از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲ ماده ۱۹۷ قانون فوق الذکر نیز چنین اشعار می دارد ((متهم می تواند سکوت اختیار کند در این صورت مراتب امتناع وی از دادن پاسخ یا امضای اظهارات در صورت مجلس قید می شود)) حق سکوت متهم یکی از ویژگی های برجسته قانون آیین دادرسی کیفری است به موجب این قانون متهم می تواند سکوت اختیار کند و تقاضای حضور و کلیش را داشته باشد این موضوع در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به صراحت آمده است .

در بند ۱۱ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی نیز به حق سکوت متهم اشاره دارد ((هر متهمی حق دارد از پاسخ دادن به پرسش هایی راجع به کشف جرم و تعقیب که ارتباطی به جرم و تعقیب ندارد و مربوط به امور شخصی و خانوادگی است خودداری کند)) البته این ماده حق سکوت را محدود به سوالات غیر مشروع و نادرست کرده در حالی که حق سکوت همانطوری که بیان شد اعم از اینگونه سوالات و در مقابل سوالات مشروع و در جهت حفظ حقوق متهم، جاری است. (شریفی، ۱۳۹۰: ۱۰۱)

با توجه به ادوار گذشته و حال در نظام حقوقی ایران قضات، ماموران تحقیق، تکلیفی برای آگاه کردن متهم به داشتن چنین حقی نکرده است، باید اذعان داشت قوانین فعلی این موضوع را به سکوت و برگزار کرده اند و ظاهراً تکلیفی به تفهیم حق سکوت متهم در قوانین جزایی ایران وجود ندارد.

## ۱-۲. چالش های غیر حقوقی حق سکوت متهم

علاوه بر چالش های که در قانون وجود داشت و به آنها اشاره شد چالش های دیگری وجود دارند که عواملی خارج از قوانین مدون باعث به وجود آمدن آنها می شود که به طور اختصار به آنها اشاره می شود.

### ۱-۲-۱. عدم تناسب منابع و امکانات دستگاه قضا و دستگاه پلیس با توجه به حجم پرونده

بحث کمبود نیروی انسانی و همچنین کمبود امکانات مالی مشکل و چالشی است که هم دستگاه قضا و هم پلیس با آن مواجه اند. با توجه به گستردگی کار و حجم پرونده های ورودی به دادرها، بسیاری از آنها به کلاتری ها و ضابطان جهت انجام تحقیقات و سایر امور محوله

،ارجاع می شوند. کمبود نیروی انسانی در کلانتری ها (ضابطین) باعث می شود فشار روحی مضاعفی به آنها وارد آید و گاهی این فشار روحی باعث می شود روحیه ضابطان شکننده شود و در مقابل متهمان واکنش های شدیدی انجام دهند. آقای فوکس وهمکارانش در این زمینه تحقیقی انجام داده بودند ، به این نتیجه رسیدند که محدودیتهای سازمانی وفشارهای شغلی موجب خشونت پلیس می شود.(فوکس، ۲۰۰۱)

حجم بالای پرونده ها در کلانتری ها ودستورات مقید به وقت مقام قضایی باعث می شود ضابطان جهت تصریح در کار وجلوگیری از اطاله دادرسی به اقرار گرفتن از متهم روی بیاورند واز طرف دیگر کمبود نیروی انسانی باعث شده که ساعات بیشتری از آنچه که در یک روز کار می کنند صرف پرونده ها نمایند ، توان ونیروی آنها تحلیل می رود ونتیجه اش انجام تحقیقات نامنظم وناقص است چه بسا بسیاری از پرونده های خاص کنار گذاشته می شوند وبه آنها توجه ای نمی شود ،با توجه به نظارت دادستان ومقام قضایی (که آن هم گاهی به طور تصادفی است )ممکن است به خاطر سهل انگاری، ضابطین مورد توییح قرار بگیرند که این موضوع باز در نحوه برخورد شدید ضابطین با متهمین بدون تاثیر نیست.

اجرای دستورات قضایی توسط ضابطان منوط است به داشتن تخصص ، که بعضا ضابطان فاقد تخصص و اطلاعات کافی هستند وتغییر دادن متعدد ماموردر هر پرونده باعث سر در گمی واخلال در انجام تحقیقات می شود که نارضایتی طرفین ومقام قضایی را به دنبال خواهد داشت ، توجه به امکانات ، منابع انسانی ، تخصص گرایی از مواردی هستند که در تحقق رعایت حق سکوت وحفظ حقوق متهمین ضرورت دارند.

### ۱-۲-۲. ضعف وناکارآمدی راه های کشف علمی جرم

گسترش جرایم سازمان یافته وفرا ملی در کنار استفاده بزهکاران از وسایل پیشرفته موجب شده توسل به روش های سنتی برای جمع آوری ادله ، باعث شود بسیاری از مجرمان با توجه به محدودیت ماموران در جمع آوری دلایل از چنگال عدالت بگریزند ،از این رو در پاره ای موارد برای مقابله با این بزهکاران ،اقداماتی صورت می گیرد که برخی از اصول بنیادی حقوق کیفری ، نظیر اصل برائت وجمع آوری ادله از راه های مشروع ،تساوی سلاح ها، رعایت حریم خصوصی -را به چالش می کشند.(مقیمي وقورچی بیگی، ۱۳۸۶:۷۷)

بنابراین یکی از اسباب عدم رعایت حق سکوت متهمان در فرایند بازجویی ،عدم تجهیز به روش های علمی کشف جرم است .با وجود روش های علمی جدید کشف جرم ،دلیلی برای فشار روحی وروانی وجسمی متهم به منظور اقرار ونیز چگونگی تشریح جرم وجود ندارد. بلکه این متهم است که مغلوب قدرت اثباتی دلایل علمی مکشوفه از جانب ماموران پلیس می شود وبدون هیچ برخورد قهر آمیزی از جانب ضابطان زبان به بیان واقعیت می گشاید.(قویدل، ۱۳۸۶:۱۶۶)



اما آنچه که واقعیت دارد امکانات و تجهیزات پیشرفته فنی مورد نیاز برای کشف علمی جرم بخصوص در جرایم سنگین و پیچیده مانند قتل و... در بیشتر استانها وجود ندارد از این رو اکثر جنایات به موقع کشف نمی شوند و استفاده از ادله سنتی بعضا قابل استناد در جهت کشف جرم نیستند و هر چه از زمان وقوع جرم دور شویم شانس کمتری جهت کشف جرم و اجرای عدالت داریم و این امر موجب می شود جهت کوتاه کردن فاصله بین وقوع جرم و کشف جرم از خیلی از حقوق متهمین من جمله حق سکوت صرف نظر کنیم، نادیده گرفتن حقوق متهمین در فرایند دادرسی خلاف اصول بنیادین حقوق کیفری است. رعایت حق سکوت متهمان در فرآیند بازجویی ضابطان دادگستری در شرایطی جنبه واقعی و علمی به خود می گیرد که جمع آوری ادله و کسب اطلاعات مورد نیاز و برای کشف حقیقت با تکیه بر تجربه و تخصص ضابطان دادگستری و ظرفیت ها و امکانات فنی و تکنیکی آنان امکان پذیر باشد. ناتوانی نظام تحقیقات جنایی در زمینه کشف علمی جرایم و نبود زیرساخت های اطلاعاتی و فنی لازم برای دستیابی به اطلاعات لازم جهت کشف حقیقت ماموران بازجو را به سوی استفاده از روش های مغایر قانون برای به نتیجه رسانیدن پرونده های کیفری سوق می دهد. برای نمونه رعایت حق سکوت متهم مستلزم برخورداری از یک نظام تحقیقات پلیسی کار آمد و دسترسی به دیگر منابع اطلاعاتی جهت احراز بی گناهی یا مجرمیت متهم است. از این رو عدم استفاده از روش های علمی کشف جرم و در دسترس نبودن این امکانات برای ضابطان دادگستری زمینه عدم رعایت ضوابط و معیارها بازجویی را فراهم می کند چرا که در صورت فقدان روش های علمی ضابطان دادگستری مجبور به استفاده از روش های سنتی تحصیل دلیل برای کشف جرائم می شوند و از آنجا که کشف جرایم از طریق ادله سنتی همیشه امکان پذیر نمی باشد ضابطان به استفاده از روش های غیر قانونی برای کشف جرم روی می آورند. بدین سان ضعف و ناکارآمدی نظام کشف جرم - تعقیب - شناسایی و دستگیری متهمان نادیده انگاشتن معیارهای قانونی به وسیله ی پلیس و نهاد های مسئول تعقیب کیفری اجتناب ناپذیر ساخته است. (تاج امیر، ۱۳۹۶: ۱۰۶)

### ۱-۲-۳. فقدان وسایل و تجهیزات نوین سخت افزاری کشف جرم

با استفاده روزافزون مجرمان از وسایل و امکانات پیشرفته و برخلاف این روند استفاده ماموران از روش های سنتی کشف جرم دستگاه عدالت کیفری با چالش های اساسی در خصوص کشف جرایم نوین و سازمان یافته مواجه شده است. در حال حاضر در اکثر کشور های پیشرفته ی دنیا انگشت نگاری از متهمان و دسترسی به سوابق کیفری ایشان از طریق دستگاه های بسیار مجهز و به وسیله ی اسکن نمودن آثار سرانگشتان و به صورت الکترونیکی انجام می شود. لیکن در کشور ما هنوز رویه عملی پلیس به طریق سنتی انگشت نگاری ده انگشتی با استفاده از جوهر صورت می پذیرد. این در حالی است که علاوه بر بی کیفیتی و منقضی شدن تاریخ بعضی از

جوهرها که در عمل باعث عدم دسترسی به نتیجه مورد نظر یعنی کشف علمی جرم است. موجهی برای طولانی شدن زمان دسترسی به سوابق کیفری متهم نیز می باشد. به عبارتی دیگر از آنجا که حجم بالایی از این اوراق برای تعیین سوابق به مرکز تشخیص هویت پلیس ارسال می گردد و با توجه به کمبود پرسنل متخصص به جای بررسی سوابق از روی کلاسمان آثار انگشت او (چون کلاسه بندی کردن آثار انگشت زمان زیادی می برد) این بررسی فقط از روی نام و شهرت او صورت می پذیرد که چنانچه متهم مشخصات خود را اشتباه یا ناقص اعلان کرده باشد دسترسی به سوابق وی امکان پذیر نخواهد بود. فقدان وسایل و تجهیزات نوین سخت افزاری کشف جرم باعث می شود ضابطان دادگستری برای کشف جرم به راه های غیر علمی از قبیل: اخذ اقرار به اجبار و ... دست بزنند که این رویه باعث نقض حق سکوت متهم می شود. با توجه به ضعف سیستم های علمی کشف جرم و نبود امکانات فنی و ضعف زیرساخت های اطلاعاتی برای دستیابی به کشف حقیقت توسط ضابطان دادگستری در نقاط مختلف کشور پیش بینی بودجه ی لازم جهت تجهیز ضابطان دادگستری به وسایل و امکانات نوین و پیشرفته ی جرم یابی ضرورتی غیر قابل انکار است.

#### ۱-۲-۴. مختومه محوری دستگاه قضایی

معضل دیگری که در دستگاه قضایی وجود دارد، مختومه محوری پرونده های قضایی است. توجه ویژه به آمار گرایي در پایان هر ماه، قضات را بر آن می دارد که تعداد پرونده های ارجاعی به ضابطان بیشتر شود تا شاید در انجام تحقیقات و آماده شدن پرونده برای صدور رای و یا قرار تصریح به عمل آید به عبارتی به تعداد پرونده های ورودی، پرونده های خروجی نیز داشته باشند این موضوع در انجام اقدامات ماموران به عنوان ضابط در انجام تحقیقات نیز اثر گذار است، چون باعث می شود با توجه به فشار روانی که دستگاه قضا بر آنها دارد اقدام به اخذ اقرار و نقض حق سکوت متهم بنمایند تا در روند رسیدگی به پرونده ها تصریح به عمل آمده باشد.

تاکید بر سرعت در انجام تحقیقات بدون در نظر گرفتن دقت و کیفیت می تواند زمینه عدم رعایت تشریفات مربوط به دادرسی عادلانه که انجام بازجویی های صحیح و اصولی نیز یکی از این موارد می باشد را فراهم کند. از طرفی، اطلاع تحقیقات مقدماتی و نبود برنامه ریزی برای ارسال پرونده ها و ارسال آنها در حجم بسیار بالا به دادرها نیز باعث عودت آن ها می شود از این رو تعیین محدودیت زمانی معقول برای اجرای سریع و صحیح دستورها توسط ضابطان دادگستری یکی از سازوکارهای رفع این چالش می باشد، که در نتیجه آن حق سکوت متهم تضمین می گردد. (تاج امیر، ۱۳۹۶: ۱۴۱)

### ۱-۲-۵. اتهام محوری و فرهنگ اقرار محوری حاکم بر دستگاه قضا و دستگاه پلیس

اقرار از دو جهت از اهمیت بالایی برخوردار است اول اینکه قاطع دعوی است و دوم تحصیل آن آسان تر از سایر ادله به دست می آید. اقرار دلیل سنتی و رایج اثبات مجرمیت است و به عنوان شاه دلیل از آن یاد می شود ضابطین بخصوص به لحاظ اینکه اولین کنش گران مباحث کیفری در جرایم مشهود و غیر مشهود تلقی می شوند در صورتی نتوانند دلایل را جمع آوری کنند به دنبال آسانترین راه ممکن که همانا اقرار متهم است می روند. اتهام محوری و اقرار محوری در نظام حقوقی ایران به عنوان رویه ای معمول است در بسیاری از موارد اقرار متهم در بازجویی های پلیس مستند صدور قرار مجرمیت در دادسرا است اکثر دادستانها و قضات به شیوه های غیر قانونی که ضابط برای اخذ اقرار به کار می برد آگاهی دارند و برخوردی انجام نمی گیرد چرا که اتهام محوری و اقرار محوری بر دستگاه قضا نیز حاکم است و سازوکاری که در پلیس برای رعایت حق سکوت وجود داشته باشد هنوز ایجاد نشده است فلذا چون امکانش نیست قضات هم ماموران را باز خواست نمی کنند.

### ۱-۲-۶. سکوت اختیار کردن مجرمان حرفه ای

رعایت حق سکوت متهم در پاره ای از موارد مقام قضایی و یا ضابطان را با چالش های اساسی مواجه می کند زیرا در برخی موارد تنها اقرار صریح متهم است که منجر به کشف جرم می شود. بسیاری از جرایم مانند محل اختفای جسد مقتول یا محل نگهداری اموال مسروقه در صورت عدم همکاری متهم کشف آنها از روش علمی امکانپذیر نیست، فلذا مجرمان حرفه ای از حق رعایت حق سکوت سوء استفاده می نمایند بویژه وقتی که جرایم سنگینی یا سازمان یافته ای ارتکاب داده باشند، به جرایم ارتكابی اعتراف نمی کنند. (قربانی، ۱۳۸۴: ۳۴) در نتیجه عدم دسترسی به ادله دیگر و سکوت اختیار کردن متهم باعث فاصله بین زمان ارتکاب جرم و کشف جرم می شود. بنابراین پذیرش حق سکوت موجب فرار مجرمان حرفه ای از چنگال عدالت خواهند شد. پلیس که بنا به دستور مقام قضایی به دنبال کشف حقیقت است جهت جلوگیری از صرف هزینه و صرف وقت، متوسل به روش های غیر قانونی و غیر اصولی می شوند که احتمالا بدون افتراق بین جرایم و متهمین، باعث تضییع حق برخی از متهمین نیز میشود.

### گفتار دوم: سازوکارهای اخلاقی اجرایی شدن حق سکوت متهم

بعد از اینکه چالش‌ها مورد بررسی قرار گرفتند حال باید راه کارها و سازوکارهای را برای رفع این چالش‌ها بیان کنیم این سازوکارها در سه قسمت اخلاقی تقنینی و قضایی و انتظامی مورد کنکاش قرار گرفتند.

#### ۲-۱. سازوکارهای اخلاقی تقنینی رعایت حق سکوت متهم

سازوکار تقنینی سازوکاری است که در قانون پیش بینی شده است برای رسیدن به نتیجه مطلوب از آنها بهره مند می شویم. رعایت این سازوکارها باعث می شود که دستگاه قضا و دستگاه پلیس نسبت به رعایت حق سکوت متهم توجه بیشتری نمایند برای پیشگیری از هرگونه سوء استفاده احتمالی استفاده از سازوکارهای فوق، هم برای دستگاه قضا و هم برای دستگاه پلیس ضروری و الزام آور است.

#### ۲-۱-۱. توجه به بعد اخلاقی حق سکوت

در برخورد با متهمین هنگام بازجویی‌ها، رعایت حقوق آزادی‌های فرد، خوش برخوردی، احترام به شخصیت و الای انسانی در عین حال پایبندی به قوانین و مقررات، فضایی را فراهم می نماید که متهمین در کمال آرامش نسبت به دادرسی عادلانه توسط مقام قضایی و ضابط تحت امر در انجام تحقیقات مقدماتی آسوده خاطر به سوالات پاسخ دهند.

#### ۲-۱-۲. طریقی بودن اقرار و لزوم مشروع بودن تحصیل دلیل

طریقت داشتن اقرار در دعای کیفری از دوجهت می تواند کاربرد داشته باشد؛ از یک سو از تحمیل مجازات و کیفر بر متهم بی گناه در مقابل دستگاه عدالت کیفری جلوگیری می کند. و از سوی دیگر از پذیرفتن اقراری که به صورت غیر واقعی به هر دلیلی اخذ شده است جلوگیری به عمل می آورد. (آقا بابایی، ۱۳۹۳: ۱۲۲)

ادله جمع آوری شده بایستی مورد ارزیابی و سنجش قرار گیرد تا چنانچه معتبر ناشناختن آن احراز گردد از آن صرف نظر نمود. به موجب ماده ۷۶ قانون ۱۹۸۴ انگلستان، محاکم متعهدند اقراری که تحت فشار و یا در نتیجه گفتار و رفتاری که از سوی پلیس که احتمالاً آن را غیر قابل اعتماد می سازد، تحصیل گردیده است نامعتبر بشناسد. (تاج امیر، ۱۳۹۶: ۹۲)

در حقوق کیفری ایران، اصل مشروعیت دلیل را به صورت محدود پذیرفته است، مثلاً در ماده ۱۶۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و اصل ۳۸ قانون اساسی، بند ۹ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، ایگونه اقرار و نقض حق سکوت را فاقد حجیت شرعی و قانونی خوانده است.

دیوان عالی کشور در مورد اعتبار اقرار از حیث کاشف بودن آن از واقع اعلام داشته است ((در امور جزایی تنها اقرار متهم موضوعیت ندارد و فقط ممکن است طریق علم و استنباط

دادگاه در تشخیص تقصیر متهم واقع شود، نه اینکه به طور کلی و قطع نظر طریقت آن، بر ضرر متهم دلیل وحجت قانونی به شمار رود، بلکه در مقام حکم ارتکاب، فقط دلایل و شواهد اقناع کننده حکم، مناط اعتبار خواهد بود، جزء در مواردی که قانون صراحتاً امر دیگری قرار داده باشد.<sup>۱</sup>

میزان و درجه اعتبار اقرار را قاضی تعیین می کند اداره حقوقی قوه قضاییه در این خصوص نظریه مشورتی دارد به شرح ذیل ((میزان و درجه اعتبار اقرار افراد در جرایم تعزیری به نظر قاضی رسیدگی کننده است، به اعتبار دیگر، برای اثبات جرایم مستوجب تعزیر، اقرار موضوعیت ندارد. از این رو چنانچه قاضی با یک بار اقرار متهم، علم به ارتکاب جرم حاصل نماید، کافی است. و اگر به نظر دادگاه، آن اقرار مطابق واقع نباشد، به آن ترتیب اثر نمی دهد.))<sup>۲</sup>

رعایت حقوق متهم ایجاب می کند تا ادله معتبر و مشروع از سوی قانونگذار معلوم گردد تا دستگاه عدالت از تحصیل واریه ادله فاقد ارزش قضایی امتناع کند تا بدین ترتیب حق سکوت متهم نقض نگردد.

### ۲-۱-۳. اعلام و تفهیم حق سکوت

عدم اطلاع متهم نسبت به حق و حقوق خود مفروض است. آنچه که رعایت حقوق متهم را تکمیل می کند بر خورداری از این حق است. حق سکوت یکی از موازین مهمی است که باید به متهم اعلام شود، تفهیم حق سکوت به متهم مانع تحریک متهم به خود متهم سازی می شود. استفاده از جهل متهم نسبت به حقوق خود موجب اخذ اظهارات بر ضد خود یا اقرار علیه خود می شود. (قاسمی مقدم، ۱۳۴: ۱۳۹۴)

مرکز مطالعات حقوق بشر سازمان ملل متحد در سال ۱۹۳۶ در رابطه با حق سکوت چنین گفته است (حق سکوت متهم موافق اصول حقوق بشر بوده و پلیس بایستی آن را محترم شمرده و قبل از بازجویی این مطلب را به متهم تفهیم کند).

بر اساس اسناد بین الملل همچون اساسنامه داگاه کیفری بین الملل که مقرر می دارد قبل از بازجویی باید حق سکوت به متهم تفهیم شود برخی از کشورها رعایت حق سکوت و تفهیم آن را در قوانین داخلی خود جاری ساختند، مثلاً در قانون آیین داری کیفری آلمان بر رعایت حق سکوت و الزام پلیس به آگاه کردن متهم از داشتن این حق تاکید شده است. (ترجمه توحید خانه و بهره مند، ۲۳۸: ۱۳۸۲) در حقوق فرانسه نیز به طور مطلق و در همه موارد رعایت و تفهیم حق سکوت اعمال می شود. (آشوری و سپهری، ۲۷: ۱۳۹۴)

۱. حکم شماره ۱۲/۴-۱۳۲۴/۷/۲۶ شعبه دوم و حکم شماره ۲۸۵۵-۲۸/۱۲/۱۳۳۵ شعبه پنجم دیوانعالی کشور

۲. نظریه شماره ۱۸۹۶ مورخ ۱۳۸۲/۲/۳۱ اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه

استاندارد سازی رویه های عملی حق سکوت متهم، مطابق با اسناد بین الملل وقوانین برخی از کشورها در کشور ما نیز ساز و کارهای همچون نمونه فرم (اعلان حق سکوت) با الگو گیری از هشدار میراندا و نیز فرم (اعراض از حق) طراحی و همراه آموزش چگونگی اعلان وتفهم این حق به متهم، در اختیار بازجویان قرار گیرد تا مشکلات رویه عملی آنه بر طرف شود.

## ۲-۲. سازوکارهای قضایی حق سکوت متهم

برخی اعمال و واکنش ها و روش های وجود دارند که توسط مقام قضایی یا دستگاه عدالت اعمال می شوند که می تواند در رعایت حق سکوت متهم نقش بسزایی داشته باشند که به شرح زیر توضیح داده می شوند.

### ۲-۲-۱. لزوم ثبت وضبط دقیق بازجویی ها در تحقیقات مقدماتی

بازجویی عبارت است از هنر و فن طرح یک رشته سوالات ماهرانه وقانونی از مظنون به ارتکاب جرم، به منظور اخذ اطلاعات صحیح درباره حادثه کیفری که اتفاق افتاده است. بازجویی یکی از مهمترین وظیفترین مراحل تحقیقات کیفری است زیرا تمام اطلاعات جمع آوری شده در غیاب شخص، اعم از دلایل مربوط به صحنه جرم، گزارش ها، صورت مجلس ها، شکایات و... در اختیار مامور بازجو قرار می گیرد. (انصاری، ۱۳۸۰: ۳۹۰)

بازجویی استاندارد مستلزم رعایت مولفه های است که توانایی علمی بازجو را نشان دهد. علاوه بر آن ثبت وضبط دقیق بازجویی ها می تواند بازجو را مکلف به رعایت اصول اخلاقی کند و تاثیر زیادی در کاهش شکنجه و دیگر رفتارهای غیر انسانی داشته باشد. البته ضبط تصویری، بهترین روش برای بهبود بازجویی، و جلوگیری از نادیده گرفتن اصول بنیادین بازجویی است. در کشورهای همچون فرانسه وانگلستان، افسر بازجو موظف است که قبل از بازجویی شرایط وامکانات لازم را برای بازجویی از جمله ضبط صوت فراهم نماید. آگاه سازی متهم از ضبط بازجویی باعث می شود جامعه ومحاکم قضایی نسبت به بی طرفی پلیس اطمینان خاطر پیدا کند. (محمد نسل، ۱۳۸۶: ۸۳)

در قوانین داخلی ایران نیز به ثبت اظهارات متهمین تصریح شده است. بند ۱۲ قانون احترام به آزادی های مشروع وحفظ حقوق شهروندی، بر لزوم اجتناب از هر گونه تغییر وتحریف در نوشتن پاسخ ها وقرائت مطالب نوشته شده پس از بازجویی توسط ضابطان دادگستری تاکید شده است، همچنین ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در راستای تضمین حق سکوت متهم مقرر داشته ضابطان دادگستری مکلفند اظهارات شخص تحت نظر، علت تحت نظر، تاریخ وساعت آغاز آن، مدت بازجویی، مدت استراحت بین دو بازجویی وتاریخ وساعتی که شخص را به نزد قاضی می برند در صورت جلسه قید نمایند. و آن را به امضاء ویا اثر انگشت وی برسانند.

بعضا ثبت وضبط اظهارات به طور ناقص انجام می‌گیرد، یا تاریخ بازجویی را صوری قید می‌کنند یا برگ بازجویی توسط ضابطان تکمیل و سپس به امضاء متهم می‌رسد، جهت جلوگیری از سوء استفاده احتمالی از موارد مذکور بهتر آن است که از ضبط ویدیویی در بازجویی‌ها استفاده شود تا ضمن دقت در نحوه برخورد با متهمین تمام عکس العمل‌های دوطرف ضبط شوند و این عامل جنبه مثبت و منفی را به دنبال خواهد داشت از یک طرف اجبار واکراه متهم و از برخورد غیر انسانی نسبت به متهم کاسته می‌شود و از طرف دیگر چنانچه متهم اظهاراتی را اعلام کرده باشد یا اقرا نماید بعداً نمی‌تواند آنها را انکار نماید. باید به این نکته توجه شود که قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ چنین سازوکاری پیش‌بینی نکرده است.

### ۲-۲-۲. منع شکنجه، اکراه، اجبار متهم به سخن گفتن

ممنوعیت شکنجه یکی از مهمترین ارزش‌های اساسی جوامع دمکراتیک به شمار می‌آید. حق آزادی از شکنجه، آنچنانکه در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای تعریف شده است مشتمل بر ممنوعیت هفت شکل متمایز از رفتار می‌باشد، ((شکنجه، رفتار ظالمانه، رفتار غیر انسانی، رفتار تحقیر آمیز، مجازات ظالمانه، مجازات غیر انسانی، مجازات تحقیر آمیز)) در ارتباط با هر شکلی از رفتارهای ذکر شده حتی در وضعیت‌های اضطراری و تحت هر شرایطی این ممنوعیت برقرار است و هیچ امری نمی‌تواند موجب مجاز شدن این اعمال گردد. (رولی، ۱۹۹۹: ۷۹)

اسناد حقوق بشر حتی در بحرانی‌ترین شرایط مانند درگیری‌های سازماندهی شده تروریست‌ها و جرایم بسیار مهم نیز استفاده از شکنجه یا دیگر رفتارها و... به طور مطلق منع می‌نمایند. (ابراهیمی، ۱۳۸۹: ۱۲۶)

چون مهمترین هدف بازجویی کسب اطلاعات مربوط به جرم است، کسب اطلاعات مربوط به جرم پرسه‌ای طولانی مدت است معمولاً ضابطین برای رسیدن به این هدف، کوتاهترین راه را که همانا شکنجه برای اخذ اقرار است، انتخاب می‌کنند. در برخی موارد متهم به خاطر فشارهای روانی و جسمی از جمله بی‌خوابی، قرار گرفتن در سلول‌های تنگ، ماندن شبانه در بازداشت‌گاهها، کمبود آب، غذا، می‌خواهند هرچه سریعتر از این وضعیت خلاص شوند فلذا به جرم اتهامی اعتراف می‌کنند در حالی که اگر این شرایط بر متهم حاکم نبود به جرم اتهامی به دروغ اعتراف نمی‌کرد.

در قوانین داخلی نیز بر منع شکنجه تأکید شده است و ضمانت اجرایی برای آن در نظر گرفته شده است. در اصل ۳۸ قانون اساسی اعمال هر گونه شکنجه و اذیت و آزار برای کسب خبر و اطلاع و حتی اقرار متهم را ممنوع دانسته و ادله تحصیلی از این طریق را فاقد ارزش و اعتبار می‌دانند.

## ۲-۲-۳. منع پرسش تلقینی و اغفال متهم

پرسش‌های تلقینی از جمله مواردی هستند که باعث می‌شود متهمین تحت تاثیر قرار گیرند و مطابق با خواسته بازجو به پرسش‌ها پاسخ دهند و ممکن است این پاسخ بر خلاف واقع باشد و چنین تحصیل دلیلی غیر صادقانه و غیر شفاف است. و حقوق دفاعی تضمین شده متهمین را به مخاطره می‌اندازد. نمونه‌ای از پرسش‌های تلقینی که از متهمین پرسیده می‌شوند این است که مال مسروقه را به چه کسی فروخته‌اید؟

سوالاتی که به قصد فریب و اغفال متهم پرسیده می‌شود مثل اینکه به متهم بگوید اگر اتهام را بپذیری یا پاسخ سوالات را بدهی در مجازات تخفیف داده می‌شود در غیر اینصورت آزارت می‌دهیم. متأسفانه این موارد در رسانه‌های جمعی نیز به اشتباه مطرح می‌شوند در اکثر فیلم‌های پلیسی شاهد این جملات از سوی پلیس هستیم. تذکر این نکته ضروری است اگر یکی از شرایط تخفیف مجازات، می‌تواند همکاری مجرم با مقام قضایی و پلیس باشد، اما مطرح کردن این جملات توسط بازجو ممکن است متهم را وادار به اقرار کاری میکند که انجام نداده است. بنابراین این طور سوالات مسیر حقیقت را منحرف کرده و باعث نقض حق سکوت متهم می‌شود.

اغفال و سوالهای تلقینی بر سلامت قوه تصمیم‌گیری فرد تاثیر می‌گذارد با این حال برخی کشورها از این روش‌ها در سطح وسیعی استفاده می‌کنند چنانچه در نیم قرن اخیر در برخی کشورها در کنار شکنجه روحی، از روش‌های اغوا و فریب نیز استفاده می‌کنند. (لیو، ۱۹۹۲: ۳۸)

از این رو اغفال و فریب متهم می‌تواند از مصادیق نقض اصل قانونی بودن دادرسی، اصل برائت و اصل ممنوعیت اجبار متهم به اقرار علیه خود با دیگری قلمداد گردد. (یوسفیان و اسماعیلی، ۱۳۹۱: ۵۴۱)

## ۲-۳-۳. سازوکارهای اداری و انتظامی حق سکوت متهم

جلوه‌های دیگری از سازوکارها هستند که می‌تواند در رعایت حق سکوت موثر باشند، این سازوکارها می‌تواند توسط دستگاه پلیس رعایت شود البته نظارت دادستان به عنوان ریس ضابطان در انجام اقداماتی که برای حصول رعایت حق سکوت متهم در روند بازجویی‌ها توسط بازجویان انجام می‌گیرد بسیار تاثیر گذار است.

## ۲-۳-۱. به کارگیری بازجویان مجرب و آموزش دیده

اگر کلیه ماموران از رهگذر آزمون‌های روانشناسی و اخلاقی و سلامت جسمانی بگذرند در اجرای نقش خود بهتر ظاهر می‌شوند و سهم بسزایی در رعایت موازین حقوق متهم در اجرای بازجویی خواهد داشت. بی تردید نادیده انگاشتن و بی توجهی در هنگام استخدام نسبت به آزمون و سنجش معیارهای شخصیتی و روانشناختی که پلیس را در معرض نقض حقوق و آزادی‌های



عمومی قرار می‌دهد موجب افزایش شکایت و پرونده‌های مربوط به نقض حقوق بشر خواهد شد. (اندرسون، ۲۴: ۱۹۹۹)

علاوه بر معیارهای شخصیتی و روانشناختی، پلیس همواره باید در کلاس‌های آموزشی و کارگاه‌های عملی جهت اخذ مهارت‌های لازم شرکت نماید، فراگرفتن آموزش‌های شغلی باعث می‌شود نیروی متخصص پرورش دهیم، گذراندن دوره‌های آموزشی، شرکت در همایش‌ها و کارگروه‌های علمی، انتقال تجربیات افسران با سابقه در زمینه ایجاد تعادل و توازن میان ملاحظات مربوط به بازجویی و دغدغه‌های رعایت حقوق متهم، موجب مجرب شدن ماموران بازجو می‌شود. بنابراین هر چه ماموران بازجو آموزش بیشتری داشته باشند در تفسیر سر نخ‌های کلامی و غیر کلامی، در تشخیص راست گفتن و یا دروغ گفتن متهم بهتر می‌توانند عمل نمایند، در نهایت قانون دقیق‌تر اجرا می‌شود و با حسن اجرای قانون، حقوق متهم و منافع جامعه بهتر تامین می‌شود.

### ۲-۳-۲. نظارت نهادهای مسئول بر چگونگی بازجویی

ضابطان نقش مهم و قابل توجهی در دستیابی به عدالت کیفری دارند، به لحاظ شرایط خاصی که بازجویان دارند چه بسا رفتار و برخوردهای آنها با متهمین تحت تاثیر فشارهای روانی قرار گیرند و برخوردهای خارج از ضوابط قانونی از آنها سرزند، این مستلزم نظارت مستمر دادستان و یا سایر مقام‌های قضایی مسئول می‌باشد که در صورت تخلف ماموران، مورد تعقیب انتظامی و محکومیت قرار گیرند. استفاده از سازوکار تعقیب ماموران پلیس در صورت تخلف از قوانین، موجب کاهش سوء استفاده ماموران از جایگاه خود در هنگام بازجویی از متهم می‌شود. از نظر تقنینی دو نهاد سازمان بازرسی کل کشور و کمیسیون اصل نود قانون اساسی، نهاد‌های هستند که بر طبق قانون می‌توانند بر عملکرد ضابطان نظارت داشته باشند، البته سازمان بازرسی کل کشور می‌تواند راسا و یا بنا به درخواست شهروندان نسبت به نقض حقوق شهروندی، توسط ضابطان رسیدگی و تحقیق کند و کمیسیون اصل نود گرچه راسا نمی‌تواند وارد عمل شود ولی در صورت ارجاع گزارش یا شکایت شهروندان از ضابطان، می‌تواند نسبت به تعقیب و پیگیری این گزارش‌ها اقدام کرده و گزارش تحقیقات خود را به مقام قضایی ارجاع دهد و نیز در مجلس قرائت کند. استفاده از تدابیر انضباطی یکی از سازوکارهای جلوگیری از رفتارهای غیر قانونی ضابطان نسبت به متهم و در نتیجه جلوگیری از تضییع حقوق متهمین است.

### ۲-۳-۳. تخصصی شدن ضابطان

تورم قوانین کیفری و ورود این گرایش از حقوق به بسیاری از حوزه‌های تخصصی همانند حقوق اقتصادی، سایبری، محیط زیست، خانواده و...، لزوم تخصصی شدن پلیس را برای برآورده نمودن توقعات مقنن در حوزه‌های یاد شده می‌طلبد، زیرا غالب مجرمان فعال در این حوزه‌ها

حرفه ای هستند و برای تعقیب و دستگیری آنها نیازی به دانش خاص است. دوم اینکه دغدغه مقنن برای مقابله با تهدیدات این گونه مجرمان در سایه ضابطان توانمند و متخصص جامعه عمل می‌پوشد، بی توجهی پلیس به این مهم نتیجه ای جز تحدید آزادی های مشروع شهروندان و برچسب زنی به شهروندان ندارد. هر اندازه حوزه کار یک ضابط کوچکتر و تخصصی تر باشد به وی این امکان داده می شود که سطح معلومات و اطلاعات خود را افزایش دهد. تخصص ضابط عاملی موثر و تعیین کننده در پیشگیری و اعمال قدرت دستگاه عدالت کیفری است. حاصل کار این است که تمام وقت و حواس خود را صرف وظیفه محوله می کند و در آن کار ورزیده می شود و کیفیت بهتری عاید می شود. فلسفه و ضرورت تخصص گرایی از ابعاد مختلف قابل بررسی است که مهمترین آنها ارتقای کیفیت رسیدگی و امنیت خاطر شهروندان است، زیرا به هر اندازه که ضابطان و دست اندر کاران امور کیفری بر موضوع خاصی تمرکز کنند مسلما خروجی آنان مطلوبیت بیشتری به دنبال خواهد داشت، با این وجود دستیابی به تخصص مستلزم یک سری پیش نیاز هاست. (رجبی تاج امیر، ۱۳۹۶: ۱۸)

## نتیجه‌گیری

اگر در کنار قوانین کیفری قاعده‌های اخلاقی در نظر گرفته نشود تبعیت از قوانین برای افراد، دشوار بود و همین امر باعث می‌شد برخی قوانین متروک شوند، در بطن برخی مواد قانونی توجه ویژه‌ای به بعد اخلاقی آن شده است، با وجود پذیرش حق سکوت متهم در اسناد بین المللی و قوانین داخلی، بخصوص در مرحله تحقیقات دادرسی، همواره مورد مناقشه و نزاع بین حقوقدانان بوده است. در مورد رعایت حق سکوت متهم در فرایند دادرسی، آنطوری که در قوانین داخلی و اسناد بین المللی آمده است به سادگی و سهولت قابلیت اجرایی در محاکم و در مرحله تحقیقات را ندارد چون در رعایت حق سکوت، چالش‌های گاه‌ها اخلاقی را به دنبال خواهد داشت که گاه‌ها مانع اجرایی شدن آن در تحقیقات، بازجویی‌ها... می‌شود. وجود زیر ساخت‌های لازم برای رعایت این حق در نظام حقوقی ایران ضرورتی انکارناپذیر است، در رعایت حق سکوت متهم، چالش‌های اخلاقی حقوقی و غیر حقوقی در نظام کیفری ایران وجود دارد که عبارتند از: ۱- موضوعیت داشتن اقرار در برخی جرایم، در قوانین موضوعه به اقرار متهم توجه ویژه‌ای شده است چه بسا برای رسیدن به این هدف برخی از حقوق متهم در فرایند کیفری نادیده گرفته می‌شود و این موضوع از بعد اخلاقی مورد مزمت قرار گرفته می‌شود، با وجود تراکم پرونده‌ها در دادسرا و در کلانتری‌ها و عدم امکانات مکفی، انتظار فشار روحی بر کارکنان و در نتیجه برخوردهای قهرآمیز بامتهمین و نقض حق سکوت را باید داشته باشیم. ۲- عدم تفهیم، دارا بودن حق سکوت به متهم توسط بازجو یا مقام قضایی قبل از شروع به تحقیقات، چنانچه بازجو یا ضابط قبل از شروع تحقیقات و پرسش‌سوالات مرتبط با جرم انتسابی، داشتن حق سکوت را به متهم متذکر شود این امر باعث می‌شود متهم در پرتوی اصل برائت همچنان بی‌گناه بماند. ۳- عدم امکانات و تجهیزات مدرن سخت‌افزاری و نا کارآمدی راه‌های علمی کشف جرم باعث می‌شود که ضابطان در کشف جرم احساس ناتوانی نمایند و به روش‌های غیر قانونی جهت کشف جرم روی آورند. ۴- مختومه محوری و اتهام محوری دستگاه عدالت و دستگاه پلیس است، توجه دستگاه قضا به آمار و عملکرد ماهانه (آمار گرای) و با این توقع که به تعداد پرونده‌های که وارد دستگاه می‌شوند به همان اندازه باید مختومه داشته باشیم گاه‌ها باعث می‌شود که بسیاری از تحقیقات ناقص و در تعجیل در این امر بسیاری از حقوق متهمین من جمله حق سکوت را نادیده بگیرند. حقیقتاً وجود چالش‌ها مانعی جهت اجرایی نمودن حق سکوت متهم در مراحل مختلف دادرسی است. باید به دنبال راه‌کارها و سازوکارهای برآییم تا بتوانیم حقوق متهم را رعایت کرده باشیم. رعایت سازوکارهای تقنینی (طریقی بودن اقرار تلزوم مشروع بودن تحصیل دلیل - اعلام و تفهیم حق سکوت) و سازوکارهای قضایی (لزوم ثبت و ضبط دقیق بازجویی‌ها - منع شکنجه جهت به سخن در آوردن متهم - منع پرسش‌های تلقینی و اغفال‌کننده) و سازوکارهای

اداری، انتظامی (به کارگیری بازجویان مجرب و آموزش دیده - نظارت نهادی های مسئول بر چگونگی بازجویی - تخصصی شدن ضابطان) ، وجود چالش ها در اجرای رعایت نمودن حق سکوت بر هیچ کس پوشیده نیست به کارگیری سازوکارهای تقنینی، قضایی، اداری و انتظامی که در متن به آن اشاره شد راهی است که می توانیم بر موانع و چالش ها فائق آییم و الزام به استفاده از سازوکارها هم برای تضمین دادرسی عادلانه و هم برای تضمین حقوق دفاعی متهم در روبه قضایی ایران بسیار مفید و اثر گذار است. استفاده از راه کارها رعایت حق سکوت را در مراحل مختلف دادرسی تضمین می کند.

### پیشنهادهای

- ۱- احیای دوباره پلیس قضایی در نظام حقوق ایران با نگرش اخلاق مداری
- ۲- ارائه آموزش های خاص و ویژه به ضابطان دادگستری و استمرار این گونه آموزش ها بخصوص توجه به بعد اخلاقی نحوه برخورد با مظنونین
- ۳- الزام ضابطان به قرار دادن بروشور حقوق متهم در جایی که روئیت آن به سهولت برای متهمین امکان پذیر باشد
- ۴- اجرای ضمانت اجرایی برای بی توجهی به حقوق متهمین توسط ضابطان و مقام قضایی
- ۵- الزام کردن بازجویان به استفاده از ضبط صوت تصویری در تحقیقات

## فهرست منابع

- ۱- انصاری، ولی اله. (حقوق تحقیقات جنایی) (مطالعه تطبیقی)) انتشارات سمت، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰
- ۲- آقا بابایی، حسن (ارزش اثباتی اقرار در جنایات: از الزامات نظری تا تحولات قانونی) مجله آموزه های حقوق کیفری، شماره ۸، زمستان، ۱۳۹۳
- ۳- آشوری، محمد و روح اله سپهری (بررسی تطبیقی مرحله تحت نظر در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه) مجله آموزه های حقوق کیفری، شماره ۶، پاییز و زمستان، ۱۳۹۴
- ۴- آنکه فرکمان و گریش توماس (داگستری در آلمان) ترجمه محمد صدری توحید خانه و حمید بهره مند بک نظر، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۲
- ۵- ابراهیمی، محمد. (تبیین موضوعی ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیر انسانی در نظام بین الملل حقوق بشر، انتشارات خسروی، چاپ اول، ۱۳۸۹)
- ۶- تاج امیر، ابراهیم. (سازوکارهای رعایت حق سکوت و دسترسی به وکیل در جریان بازجویی ضابطان دادگستری) رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۶
- ۷- شریفی، محسن. (ژرف نگری پیرامون مکانیسم های تضمین کننده حقوق آزادی های متهم در حقوق ایران با اهتمام به اعلامیه های حقوق بشر) مجله حقوقی و قضایی دادگستری، تهران، ۱۳۹۰
- ۸- شریفی، احمد حسین. (آیین زندگی اخلاق کاربردی) دفتر نشر معارف قم، ۱۳۹۳
- ۹- رحمدل، منصور. (حق سکوت) مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷، پاییز و زمستان، ۱۳۸۵
- ۱۰- قاسمی، محمد علی و محمد مقدم فر. (بررسی حق سکوت متهم در قانون آیین دادرسی کیفری از منظر بزه دیده شناسی) مجله مطالعات علوم سیاسی حقوق و فقه، دوره ۳، شماره ۳، ۱۳۹۶
- ۱۱- قاسمی مقدم، حسن (تفهیم حقوق متهمان از سوی ضابطان دادگستری با تاکید بر قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲) پژوهش نامه حقوق کیفری، شماره ۲، پاییز و زمستان، ۱۳۹۴
- ۱۲- قویدل، ملیحه. (موانع رعایت حقوق دفاعی متهم در فرایند کیفری ایران) پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد، مشهد، ۱۳۸۶
- ۱۳- قربانی، علی. (بررسی رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر در زمینه حق آزادی و امنیت و حق بر دادرسی عادلانه) پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴
- ۱۴- فرجیها، محمد و جمشید غلاملو. (تحلیل فرایند های تحصیل اقرار نادرست در مرحله تحقیقات پلیسی، پژوهش نامه حقوق کیفری، پلی کپی، ۱۳۹۵)

- ۱۵- فرنام، حکیمه (رابطه حقوق کیفری و اخلاق) دومین همایش ملی عدالت، اخلاق، فقه و حقوق، ۱۳۹۴
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر. (اثبات و دلیل اثبات) نشر میزان، تهران، ۱۳۹۲
- ۱۷- گیتی شباندردی و ساک کریانگ (حقوق بین الملل کیفری) ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، چاپ دوم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۱
- ۱۸- محمدنسل، غلامرضا. (بررسی اجمالی ضوابط قانونی انگلستان در مورد ضبط بازجویی از متهمان در مرحله تحقیقات پلیس، مجله علوم جنایی، تهران، ۱۳۸۶
- ۱۹- هانس یوریک آلبرت. (تروریسم، خطر و قانونگذاری) ترجمه مهدی مقیمی و مجید قورچی بیگی، فصلنامه فقه و حقوق، شماره ۳، ۱۳۸۵
- 20- Nigeh.s.Rodly, the treatment of prisoners under international law, second edition, ciarendon press, oxford. 1999. p.79
- 21- leo, R.A. from coercion to deception: the changing nature of police interrogation in America, crime, law and social change (1992).

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۲۷۴ - ۲۵۵

## بررسی فقهی خیار غبن و حسن نیت در مذاهب خمس و رابطه آن با اخلاق تجاری

عبداله نارویی<sup>۱</sup>جواد پنجه پور<sup>۲</sup>سیامک بهارلویی<sup>۳</sup>احمد عابدینی<sup>۴</sup>

### چکیده

شریعت اسلامی به کمال و علو خود معروف شده، زیرا در قوانین برجسته‌ی خویش، مسایل دینی و دنیوی را جمع نموده است. هرچند شریعت براساس عقیده و عبادت استوار است اما این بدان معنا نیست که امور دنیوی را مهمل گذاشته و می‌توان گفت که بخش بزرگی از فقه اسلامی را معاملات مالی تشکیل می‌دهند. بیشتر اختلافات مردم، در داد و ستد، پیرامون بالا و پایین بودن ثمن مبیع است به ویژه وقتی که توأم با جهالت یا فریب باشد و فقها آن را به «غبن» تعبیر می‌کنند. نوشتار حاضر از یک سو، به بررسی تحقق مباحث غبن، اعم از پیشینه، مشروعیت، شرایط، مصادیق و موارد سقوط خیار غبن در مذاهب خمس و از سوی دیگر، به نقد و بررسی دلایل و صورت‌های تحقق آن در معامله و جایگاه شرعی آن پرداخته است. غالباً خیار غبن مشروع است اما غبنی موجب خیار می‌گردد که دارای برخی از شرایط اثبات باشد که یکی از آنها غبن فاحش می‌باشد. هر چند توأم با تفریر نبوده و یا یکی از متعاقبین در موضع استرسال قرار نگیرد. در برخی از موارد غبن وجود دارد اما خیار ثابت نمی‌گردد، مانند صورت‌هایی که موارد سقوط خیار وجود داشته باشد.

### واژگان کلیدی

اخلاق تجاری، خیار، غبن، مذاهب خمس، خیار غبن.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

Email: abdollah.naroyi@yahoo.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. (نویسنده مسئول).

Email: j.panjepoor@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

Email: S.baharloo@gmail.com

۴. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

Email: A.abedini@gmail.com

## طرح مسأله

قوانین مدنی یکی از مباحث پذیرفته شده فراملیتی هستند که جوامع بر اساس پشتوانه‌های متفاوت آن را تدوین می‌کنند. بی‌تردید، فقه و مباحث پیرامون آن از جمله قوانین دقیقی هستند که پشتوانه‌ای چون قرآن و کلام معصوم دارند. در این راستا علمای متقدم فریقین در تدوین احکام فقهی سهم بسزایی داشته‌اند. ناگفته نماند مباحث دادوستد از جمله مسائلی هستند که بیشترین اختلافات را به خود اختصاص داده‌اند. می‌تواند بر مباحث فقهی مطالعاتی عمیق‌تر گردد تا زوایای مطالب روشن گردند بویژه بحث غبن که جایگاه محوری در اختلافات خرید و فروش را دارا می‌باشد. نوشتار پیش روی، ابتدا به تبیین واژه ی خیار غبن پرداخته؛ سپس به واکاوی ادله و نظرهای فقیهان مذاهب خمس و نقد ادله آنها پرداخته است. پرواضح است در مباحث مطرح شده، تبیین پیشینه و ماهیت غبن، مشروعیت، شرائط، مصادیق و موارد مشروعیت خیار غبن به عنوان بحث اصلی مطرح شده و مباحث دیگری چون غش، غبن مسترسل، تبیین قاعده لاضرر، تلقی الرکبان و بیوع امانت به صورت مختصر و مفید مورد بررسی قرار گرفته و دلایل اثبات و انکار مورد نقد قرار گرفته‌اند.

مشخص گردید حکم حرمت غبن یک امر اتفاقی بین مذاهب خمس می‌باشد، اما در مورد مصداق آن اندکی اختلاف وجود دارد که با نقد دلایل بعضی از نظرها ترجیح داده شده‌اند.

## ۱. تبیین واژگان

یکی از راه‌های فهم درست کلمات تبیین واژگان در مفردات می‌باشد.

### ۱-۱. خیار

#### معنای لغوی خیار

خیار اسم مصدر برای «اختیار» مصدر باب افتعال به معنای گزینه برتر و خروجی اختیار، خیار است. (لسان‌العرب، ۲، ۲۹۶؛ القاموس المحيط، ۴۹۷). «جواد فخار طوسی، در محضر شیخ انصاری شرح خیارات، ۱، ۱۰» قرآن «و اختار موسی قومه سبعین رجلاً لمیقانتنا» (اعراف/۱۵۵) «و موسی از قومش هفتاد تن (بهترین افراد قومش) را برای میعاد ما برگزید»

#### معنای اصطلاحی خیار

«طلب خیر الأمرین من الإمضاء أو الفسخ» (غایة المتتهی، ۲، ۲۷؛ الفقه الاسلامی و ادلته، ۴، ۵۱۹)

«ملاک فسخ عقد». عاقد بین امضاء و فسخ عقد اختیار دارد. (مصباح الفقاهه فی المعاملات المکاسب المحرمه، ۶، ۱۵)



## ۱-۲. غبن

### معنای لغوی غبن:

به سکون؛ با مصدر «غَبَنَ» به معنای: کاستی، خدعه و نیرنگ.

### معنای اصطلاحی غبن:

«کون احد العوضین فی عقد المعاوضه غیر متعادل مع الآخر بأن یکون اقل من قیمته أو اکثر منها» (المدخل فی التعریف فی الفقه الاسلامی، ۵۸۷) «یکی از دو عوض در عقد معاوضه با دیگری همخوانی نداشته باشد؛ به این معنا که از قیمت آن بیشتر یا کمتر باشد.»

**فقه‌های امامیه:** «تملیک ما له بما یزید علی قیمه مع جهل الآخر». (کسی مال خود را به دیگری بدهد اما به قیمتی بیشتر از قیمت واقعی مال، با جهل طرف مقابل. «در محضر شیخ انصاری شرح خیارات، جواد فخار طوسی. «غبن» در یکی از دو طرف معامله پدید می‌آید. ثبوت حق خیار برای یکی از دو طرف معامله که بخواهد عقد را الزام یا آن را به سبب غبن فاحش، فسخ نماید.»

## ۲. پیشینه غبن

ریشه غبن به «تلقی رکبان» بر می‌گردد، در ایام گذشته فروشندگان دوره‌گرد به صورت کاروانی یا به تنهایی اموالی را به روستاها می‌بردند تا اموال خود را به فروش برساند تعدادی به عنوان دلال به استقبال می‌رفتند و در مسیر راه با فریب اموال روستائیان را به قیمت بسیار ارزان خریداری می‌نمودند لذا به تعبیر پیامبر اسلام (ص) به دوره‌گردها «رکبان» به دلالت «تلقی» اطلاق می‌شد. «جواد مختار طوسی، در محضر شیخ انصاری شرح خیارات، ۱، ۵۶)

## ۲-۱. ماهیت غبن

غبنی که به موجب آن «مغبون» از «خیار غبن» برخوردار می‌گردد غبن فاحش است. غبن اندک هیچ تاثیری در عقد نداشته و با آن خیاری ثابت نمی‌شود. اصولاً غبن یسیر در عرف به شیوع آن قابل اغماض است. (فقه السنه، ۲، ۱۴۸؛ المدخل فی التعریف فی الفقه الإسلامی، ۵۸۷؛ والغبن والاستغلال بین الشریعه الإسلامیه والقوانین الوضعیه، ۱۳۸) زیادی قیمت باید بیش از مقداری باشد که در عرف نسبت به آن مقدار تسامح می‌شود این امر به عنوان شرط خارج از تعریف غبن است و خیار غبن محقق می‌یابد. (مسلم، قلی پور گیلانی، چکیده کتاب الخیارات، ۹۷ و ۹۸) غبن فاحش موجب ثبوت خیار می‌گردد و مغبون می‌تواند عقد را الزام یا فسخ نماید.

## ۲-۲. معیار شناخت «غبن فاحش»

علما در خصوص معیاری که به وسیله‌ی آن غبن فاحش شناخته و فرد می‌تواند بعنوان حق خیار استفاده نماید و چگونه می‌توان غبن فاحش را از غبن یسیر متمایز نمود اختلاف نظر دارند.

بیشتر فقها بر آن اند که غبن یسیر آن است که مشمول قیمت مقومین (کارشناسان) قرار می‌گیرد.

اگر قیمت کارشناسان پایین‌تر از قیمت مورد توافق باشد مشتری مغبون و اگر قیمت کارشناسان بالاتر از قیمت مورد توافق طرفین باشد فروشنده مغبون شناخته می‌شود. ناگفته نماند کسانی که عرف را معیار قرار داده‌اند، نظرشان تفاوت چندانی با نظر فوق ندارد؛ زیرا که غبن فاحش آن است که خارج و فراتر از عرف باشد. لذا آن چه را، عرف غبن بداند، ما آن را غبن دانسته و آن چه را، غبن نداند ما نیز آن را غبن نمی‌دانیم. (المقنع، ۱۱، ۳۳۵؛ الشرح الکبیر، ۱۱، ۳۳۷؛ الشرح الممتع علی زاد المستقنع، ۸، ۲۹۸؛ المغنی، ۶، ۳۱۴. مسلم قلی پور گیلانی، چکیده خیارات، ۱۰۲) و نیز فرقی نمی‌کند که جهل مرکب داشته است و یا جهل بسیط، این جهل ممکن است با ظن و شک مغبون به زیادی و یا نقصان ثمن از قیمت و یا عدم زیادی و نقصان آن همراه باشد یا نباشد. مالکی‌ها و حنبلی‌ها در یک قول بر آن اند که یک سوم، معیار قرار می‌گیرد. (شرح الزرقانی علی مختصر خلیل، ۵، ۱۵۴) دلیل سنت نبوی الثلث و الثلث کثیر» (البخاری، کتاب الجنائز، حدیث ۱۲۹۵، و مسلم حدیث ۱۶۲۸) «به یک سوم وصیت کن و یک سوم زیاد است» بنابراین اگر کسی به قدر یک سوم غبن ببیند مشمول «غبن فاحش» قرار می‌گیرد و مغبون است. بعضی‌ها ربع (الانصاف، ۱۱، ۳۳۸) و بعضی‌ها سدس (الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف، ۱۱، ۳۳۸) را معیار قرار داده‌اند. برخی از شوافع عشر را ملاک دانسته‌اند؛ زیرا که برای تأمین نیازهای بی‌نویان عشر مقرر گردیده است. (الوجیز للغزالی، ۱، ۱۴۹) برخی از علما به اعتبار تنوع اموال، مقدار معین و در صد خاصی را ملاک دانسته‌اند. (درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام، ۱، ۱۳۱) به نظر می‌رسد: قول راجح «قول جمهور» بوده؛ یعنی عرف و قیمت کارشناسان ملاک می‌باشد. چون شارع در این خصوص چیزی ابراز نداشته است، اولی آن است که به عرف رجوع شود. در تأیید نظریه جمهور علما می‌توان گفت که در صد سود و زیان به اعتبار زمان و به اعتبار نوع کالا متفاوت است گاهی در صد خاصی در یک نوع از کالا به عنوان ربح معتاد پذیرفته شده و همین در صد از سود (نفع) در نوعی دیگر از کالا غبن فاحش به حساب می‌آید؛ کما این که قیمتی که در یک فصل طبیعی به نظر می‌رسد در فصلی دیگر غبن فاحش به شمار می‌آید.

### ۳. مشروعیت خیار غبن

فقیهان در مورد مشروعیت خیار غبن اختلاف نظر دارند.

**احناف:** به موجب غبن برای مغبون خیار ثابت نمی‌شود. (الهدایة، ۴، ۵۰، رسائل ابن عابدین، ۲، ۷۸، حاشیة ابن عابدین، ۴، ۱۴۲) مغبون نمی‌تواند معامله را فسخ نماید.

**مالکی‌ها:** مغبون، خیار غبن دارد. (مواهب الجلیل، ۴، ۴۶۸-۴۶۹، البهجة شرح التحفة، ۲،

۱۰۶) ابن قصار مالکی از مالک گفته است که خیار غبن زمانی ثابت می‌شود که غبن، بیش از یک سوم باشد. (رجوع شود به مراجع بالا)

**شافعی‌ها:** مغبون به خاطر غبن، خیاری نخواهد داشت. «وقال أصحابنا لا يثبت الخیار بالغبن سواء تفاحش أم لا، وإن اشترى زجاجة بثمان كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر إلى ما يلحقه الغبن، لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة» (تكملة المجموع، ۱۲، ۳۲۶؛ شرح صحیح مسلم للنووی، ۱۰، ۱۷۷) «اصحاب ما گفته‌اند که به سبب غبن، خیار ثابت نمی‌شود خواه فاحش باشد یا نه. اگر مشتری شیشه‌ای را به زعم آن که جوهر است با قیمتی گزاف خریداری نماید هیچ گونه خیاری نخواهد داشت و غبنی که به او رسیده است قابل التفات نیست؛ زیرا که خود مقصر است که چرا آن را به جوهرشناسان نشان نداده است.» «تلقى الركبان» مستثنی است و خیار غبن را برای مغبون ثابت است و در یک قول برای کسی که به سبب «نجش» مغبون قرار گیرد خیار غبن را ثابت نموده‌اند.

**حنبل‌ها و ظاهری‌ها:** حنبلی‌ها (المقنع، ۱۱، ۳۳۵؛ کشاف القناع، ۳، ۲۱۱) و ظاهری‌ها (المحل، ج ۸، ۴۳۹) «خیار غبن در صورت عدم آگاهی مغبون، چه غابن قصد فریب داشته یا نداشته، ثابت می‌شود و غبن یسیر و غیر فاحش وی را باطل می‌کند.»

**دلایل آن دسته از احناف، شوافع و مالکی‌هایی که معتقد به عدم ثبوت خیار غبن‌اند:** حدیث نبوی: «لا یبیع حاضر لباد، دعوا الناس یرزق الله بعضهم من بعض». (مسلم، کتاب البیوع، (حدیث ۱۵۲۲)، و أبو داود، (حدیث ۳۴۴۲)، و ترمذی، (حدیث ۱۲۲۴) «هیچ کس از اهالی شهر برای یک فرد روستایی معامله نکند. بگذارید مردم را، خداوند به بعض مردم از بعضی دیگر روزی می‌رساند.» روستایی از قیمت واقعی آگاه نیست شهری در معامله او دخالت نکند چون به ضرر روستایی و به نفع شهری‌ها است. حدیث نبوی «غبن المسترسل ظلم» (بیهقی حدیث ۶۶۷) «غبن مسترسل ظلم به حساب می‌آید» معتقدند: غبن غیرمسترسل موردی ندارد و غبن مسترسل ممنوع است، لذا چیزی که حرام نباشد یک حق بوده و می‌توان برآن عمل نمود. یکی از استدلال‌های این‌ها قیاس است. در این باره اظهار می‌دارند: عقود معاوضاتی که محل غبن قرار می‌گیرند معاملاتی هستند که فی نفسه لازم و غیر قابل فسخ باشند. لذا اگر به «مغبون» خیار غبن داده شود این کار سبب می‌گردد که لزوم و غیر قابل فسخ بودن این معاملات دستخوش تغییر گردد. (المدخل فی التعریف بالفقه الإسلامی، ۵۹۰).

**دلایل کسانی که معتقد به ثبوت خیار غبن‌اند:** ولا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منکم (بقره/۱۸۵) «و اموال تان را در بین خود به ناحق مخورید مگر این که تجارتی باشد با خشنودی تان» ابن حزم می‌گوید: «تراضی محقق نمی‌شود مگر این که مقدار مشخص باشد و کسی که از مقدار مطلع نمی‌شود، مسلماً بدان راضی نخواهد بود لذا بیعی

که با این شیوه انجام گیرد مشمول خوردن مال به نا حق است.» (المحلی، ۸، ۴۴۰) شیخ انصاری: اگر مغبون حقیقت حال را می‌دانست راضی نمی‌شد که شی را به گرانتر خریداری کند.» (جواد، فخار طوسی، شرح خیارات، ۳، ۱۴)

به نظر می‌رسد: ظاهراستدلال به بطلان بیع ارتباط پیدا می‌کند نه ثبوت خیار، چون شخصی راضی به بیع نباشد؛ بیع باطل می‌شود. این بزرگواران ابتدا عدم رضایت مغبون را ثابت و در مرحله بعد عدم بطلان بیع غبنی را و در آخر خیار را ثابت می‌کنند. یخادعون الله والذین آمنوا وما یخدعون إلا أنفسهم [به گمان خویش] با خدا و مؤمنان نیرنگ می‌ورزند و جز خودشان را نمی‌فریبند». ابن حزم می‌گوید: «خداوند فریب و نیرنگ را حرام قرار داده است. اگر یک نفر چیزی را بیش از قیمت آن به کسی بفروشد که از این قضیه آگاه نیست مشتری را فریب داده است و اگر شخصی چیزی را نازل از قیمت واقعی آن از یک نفر خریداری نماید و فروشنده از این امر مطلع نباشد پس او را فریب داده است و فریب دادن حرام است. (المحلی، ۸، ۴۴۰) باری رسول خدا از کنار مردی گذشتند که گندم می‌فروخت. پیامبر از او پرسید که گندم‌هایش را چگونه می‌فروشد. آن شخص ایشان را آگاه نمود. ایشان دستش را داخل گندم‌ها برد و متوجه رطوبت گندم‌ها شد پیامبر فرمود: «لیس منا من غش» (مسلم، حدیث ۱۶۴) مسند أحمد (حدیث ۴۶۶/۳، وابن ماجه، (حدیث ۲۲۲۴)

**۳-۲. غبن نوعی «غش» است و جایز نیست:** «الدين النصيحة الدين النصيحة الدين النصيحة، قلنا لمن يا رسول الله؟ قال: لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم» (مسلم، حدیث: ۹۵؛ ترمذی، حدیث: ۱۹۲۶؛ مسند أحمد ۱۰۲/۴) «دین عبارت است از خیر خواهی (حسن نیت)، دین عبارت است از خیر خواهی (حسن نیت)، دین عبارت است از خیر خواهی (حسن نیت)، ما عرض کردیم: برای چه کسی ای رسول خدا؟ ایشان فرمودند: در حق الله و رسول او و در حق کتاب او و در حق رهبران مسلمانان و عموم مردم». ابن حزم می‌گوید: «هر کس چیزی را به دیگری به بیشتر از آن چه به فروش می‌رود بفروشد بدون آن که مشتری از آن آگاه باشد یا چیزی را از کسی به کمتر از آن چه به فروش می‌رود خریداری نماید بدون آن که فروشنده از آن آگاه باشد به درستی که او را فریب داده است و هرگز در حق او خیر خواهی (حسن نیت) ننموده است.» (المحلی ۸، ۴۴۰) داستان «حبان بن منقذ» که همواره در معامله فریب می‌خورد، پیامبر به او گفت: «إذا بايعت فقل لا خلافة، ولك الخيار ثلاثة أيام» (صحيح البخاری، حدیث ۲۱۱۷؛ مسلم، حدیث ۱۵۳۳) «هرگاه معامله کردی بگو: فریب در کار نیست و سه روز خیار خواهی داشت.» رسول خدا از «تلقی ركبان» نهی نمود و فرمود: (لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيدة السوق فهو بالخيار) (مسلم، حدیث ۱۵۱۹) «با کاروان بیرون از شهر دیدار نکنید و هر که با کاروان بیرون از شهر دیداری داشته باشد و چیزی از کاروانیان خرید نماید هرگاه سید او

(صاحب کالایا) به بازار بیاید [ و دریابد که کالایش را ارزان فروخته است ] خیارج خواهد داشت. حدیث: «لا ضرر و لا ضرار» (کتاب الاحکام. حدیث: ۲۳۴۰، مسند احمد، ۵، ۲۲۷)

### ۳-۳. قرآن و قاعده لاضرر

در قرآن آیات بسیاری وجود دارد که با تصریح به واژه ضرر و مشتقاتش در موارد خاص، به صورت یک قاعده درآمده است. لاتضار والده بولدها ولا مولود له بولده (بقره/۲۳۳) «نباید مادری به ولدش ضرر برساند و نیز نباید پدری به فرزندش زیان بزند. در این آیه مادران نهی شده‌اند که با قطع شیر موجب زیان و ضرر فرزند شوند.» ولا تمسکوهن ضراراً لتعدو (بقره/۲۳۱) ضرر رساندن به زنان تعدی و تجاوز از حدود الهی است. «من بعد وصیة یوصی بها او دین غیر مضار» (نساء/۱۲) «پس از انجام دادن وصیتی که کرده است و نیز پس از ادای دینش بی آنکه برای وارثان زیانمند باشد.» ولا یضار کاتب ولا شهید (بقره/۲۸۴) «کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند.»

### خیارجین و قاعده لاضرر

علامه در تذکره می‌فرماید: حدیث نبوی «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» یعنی در اسلام حکمی تشریح نشده است که عامل ضرر باشد و حکم به لزوم بیع غبن و عدم خیارجین، حکم ضرری است زیرا موجب وارد آمدن ضرر بر مغبون است. (چکیده خیارات، ۱۰۰)

### اثبات خیارجین در کلام ائمه امامیه

«غبن المسترسل سحت» فریب کسی که اعتماد به شخص می‌کند حرام است. «غبن المومن حرام» می‌توان گفت منظور حدیث این است که «غابن بخاطر عمل خدعه و فریب در معامله مستحق عقاب است و از این جهت شبیه آکل سحت است و یا منظور این است که مقدار زیادی که اخذ شده حرام است. (چکیده کتاب خیارات، ۱۰۱)

### نقد و بررسی

**نقد و بررسی ادله‌ی گروهی که خیارجین را نمی‌پذیرند:** «لا بیع حاضر لباد دعوا الناس یرزق الله بعضهم من بعض» خالی از اشکال نیست. زیرا در این حدیث دلیلی مبنی بر عدم ثبوت خیارجین برای مغبون وجود ندارد، بلکه منفعت و مصلحت عموم بر مصلحت شخص و فردی مقدم شده است. اما قصد شارع در این جا آن است که دهاتی نرخ اجناس را افزایش ندهد و شهروندان او را به حالش بگذارند تا خود او اجناسش را با قیمت عادی یا پایین تر به فروش برساند تا توده مردم بهره مند گردند. «غبن المسترسل ظلم». یکی از صورت‌های غبن ذکر شده است و غبن منحصر بر همین یک صورت نیست، بلکه احادیث بیانگر صورت‌های متفاوتی از غبن بوده و در نتیجه به صورت اولی این حدیث حجتی برای آنان نمی‌باشد این که خیارجین؛ قوت عقود را که فی نفسه لازم و غیر قابل فسخ‌اند متزلزل می‌سازد قولی نیست که در برابر

آن تسلیم شد. بلکه عقود لازم بنفسه عقودی هستند که با رضایت طرفین به پایان می‌رسند و عقودی که در آن یکی از دو طرف معامله مغبون واقع شود مسلماً از طرف، رضایتی وجود ندارد لذا چنین عقودی به ذات خود لازم و غیر قابل فسخ قرار نمی‌گیرند. (المحلی، ۸، ۴۳۹) علاوه بر این مشروعیت خیار غبن منجر به ضعف قوت عقود نمی‌گردد بلکه بر عکس؛ بر قوت و شرف آن می‌افزاید و سبب می‌گردد تا مردم برای عقود حرمتی قایل شوند. این‌که گفته می‌شود غبن عموماً ناشی از سهل انگاری مغبون است قابل پذیرش نیست بلکه اصولاً از فریبکاری طرف مقابل نشأت می‌گیرد و به فرض آن که ناشی از سهل انگاری و کوتاه بینی مغبون باشد پس مصلحت و امانت و خیر خواهی (حسن نیت) و تحریم فریب و غش همگی مقتضی مشروعیت خیار برای مغبون هستند تا عدالت بین طرفین تحقق یابد و خیر خواهی (حسن نیت) بین مسلمانان معنا شود.

**نقد ادله‌ی کسانی که معتقد به ثبوت خیار غبن اند:** هیچ دلیلی بر اثبات خیار غبن در حدیث (حبان بن منقذ) وجود ندارد؛ زیرا اگر خیار ثابت می‌شد حتماً رسول الله آن را بیان می‌کرد و لزومی نبود که حبان شرط (لا خلافة) را عنوان نماید. و از این جهت است که هر گاه حبان مغبون واقع می‌شد و می‌خواست معامله را فسخ نماید طرف مقابل حاضر به فسخ معامله نمی‌شد مگر این‌که برخی از صحابه شهادت می‌دادند که رسول خدا به او خیار داده است. لذا اگر خیار غبن در شریعت می‌بود حتماً همه مردم از آن اطلاع می‌یافتند و لزومی نبود که صحابه به نفع حبان شهادت بدهند (شرح النووی لصحیح مسلم، ۱۰، ۱۷۷. نیل الاوطار، ۳، ۲۰۷) بقیه احادیث و ادله دال بر تحریم این کار است نه اثبات خیار برای مغبون. (تکملة المجموع، ۱۲، ۳۲۶) به نظر می‌رسد: از مجموعه دلایل موافقین و مخالفین و نقد دلایل آن‌ها روشن می‌گردد که قول راجح این است: که می‌گوید: کسی که غبن فاحش دیده باشد خیار برای او ثابت است. زیرا دلایلی که بدان بر ثبوت خیار استدلال شده است واضح و صریح و فراوان اند به گونه‌ای که امکان ردّ و توجیه آن‌ها وجود ندارد.

#### ۴. شرایط خیار غبن

ثبوت خیار غبن مطلق نیست بلکه دارای شرایط ذیل می‌باشد: (درر الحکام فی شرح مجله الأحکام ج ۱، ۳۶۷)

۴-۱ «غبن»: فاحش باشد همه فقها اجماع دارند که غبن فاحش مشمول قیمت کارشناسان قرار نمی‌گیرد. اما غبن یسیر هیچ تاثیری در عقد [ مبنی بر ثبوت خیار و فسخ] ندارد؛ زیرا که عقود؛ خالی از غبن یسیر نخواهند بود. شیخ انصاری ملاک فاحش بودن غبن در یک سوم و یک چهارم قیمت را قبول دارد و یک پنجم را به صورت مشکوک آورده ولی قبول آن را بعید ندانسته است «الشرط کون التفاوت فاحشاً فالواحد بل الاثنان فی العشرین لایوجب الغبن

وحده عندنا... و الظاهر انه لا اشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشاً نعم الاشكال في الخمس ولا يبعد دعوى عدم مسامحه الناس فيه كما سيبيح التصريح». (المكاسب، ۳، ۲۶۷)

#### ۴-۲. مغبون هیچ گونه اطلاعی از غبن نداشته باشد

در صورتی که از غبن مطلع باشد هیچ گونه اختیاری نخواهد داشت؛ چون با این وصف عقد را انجام داده است و این گویای آن است که وی بدان راضی بوده و حق فسخ مبنی بر غبن را نخواهد داشت. در این باره اتفاق نظر وجود دارد جز آن چه برای ظاهری‌ها ابراز کرده‌اند که در صورتی که چیزی بیش از آن چه قیمت دارد فروخته شود موجب بطلان بیع می‌گردد هر چند طرفین بدان علم و رضایت داشته باشند. استدلال ظاهری‌ها حدیث: «نهی عن اضاعه المال». (بخاری، حدیث ۶۴۷۳). کسی که چیزی را به بیشتر از قیمت آن خریداری یا با قیمتی کمتر از آن بفروشد در هر دو صورت مشمول تضییع مال می‌گردند. (المحلی، ۸، ۴۴۶)

این نظریه رد است؛ زیرا تجارتی که همراه با رضایت باشد خداوند آن را مباح قرار داده و هرگز آن را تحریم نکرده است.

#### ۴-۳. غبن ناشی از فریبکاری طرف مقابل باشد.

نظر جمهور آن است که ثبوت خیار برای مغبون مشروط به فریب می‌باشد و مجرد غبن موجب ثبوت خیار برای مغبون نمی‌گردد (رسائل ابن عابدین، ۲، ۷۸)

#### نزد امامیه

**جهل:** ممکن است با ظن مغبون به زیادی ثمن از قیمت یا نقصان و یا با ظن به عدم زیادی و نقصان و یا شک در آن همراه باشد یا نباشد. (چکیده خیارات، ۱۰۲) محقق حلی می‌فرماید: «که اگر خرید و فروش بدون آگاهی به قیمت واقعی کالا صورت گیرد فرد دچار غبن شده است». (شرایع الاسلام، ۱، ۵۵)

#### اثبات جهل مغبون به قیمت با اعتراف غابن به جهل مغبون به قیمت

**پینه:** ادعای مغبون همراه با سوگند: زیرا ادعای او موافق با اصل عدم علم است که بر اصالة اللزوم بیع حکومت دارد. (چکیده کتاب خیارات، ۱۰۴) به نظر می‌رسد که راجح نیز همین نظر می‌باشد؛ زیرا که شریعت اسلامی آمده است تا عدل و مساوات را در همه شئون زندگی محقق گرداند. مقتضای خیر خواهی (حسن نیت) برای توده‌ی مسلمانان آن است که با اثبات نمودن خیار برای مغبون، غبن فاحش از آن‌ها دفع شود. ثبوت خیار برای مغبون به نفع مردم است و منافع شان را بهتر تأمین می‌کند ضمن این که هیچ زیانی برای آن‌ها ندارد و قوت عقود و رونق معامله را متزلزل نمی‌سازد بلکه بر عکس بر قوت و شرف آن می‌افزاید و سبب می‌گردد تا مردم برای عقود احترام قایل شوند.

## ۵. مصادیق غبن

### ۵-۱. تلقی الرکبان

«رکبان» جمع راکب است، یعنی سواران و «تلقى» یعنی به استقبال رفتن. (عبدالنبی قییم، فرهنگ معاصر عربی به فارسی، ۳۱۳ و ۵۱۶) در تلقی رکبان که عملی مغایر حسن نیت است هم مطابق فقه امامیه و هم فقه اهل سنت نهی و ممنوع شده است. (جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۲، ۳۳۰ و ۳۳۱؛ طوسی الخلاف، ۳، ۱۷۲) لذا، پیامبر اسلام (ص) از انجام چنین عملی نهی فرموده‌اند، علت نهی از تلقی خدعه‌ای است که در عمل خریدار وجود دارد.

**حنفی‌ها:** برای کسی که باری به شهر می‌برد، خیار غبن ثابت نمی‌شود البته کسی که سر راه او قرار می‌گیرد و بارش را می‌خرد و بدین ترتیب به شهروندان ضرر می‌رساند گنهکار می‌شود. خرید کالا [پیش از رسیدن آن به شهر] جایز ولی مکروه است؛ زیرا که این فرد کاروانیان را فریب داده است، خواه شهروندان متضرر شوند یا نه. (فتح القدر، ۶، ۴۷۷؛ حاشیة ابن عابدین ج ۴، ۱۰۲)

مالکی‌ها: خرید کالا پیش از آن که به بازار برسد جایز نیست؛ زیرا که این کار سبب می‌گردد تا فقط همان یک نفر از ارزانی کالاها بهره‌مند گردد و بقیه شهروندان از آن محروم می‌شوند. ناگفته نماند که عدم جواز در صورتی است که کاروان فاصله چندانی با شهر نداشته باشد، البته اگر به قدر کافی فاصله داشته باشد خرید کالا هیچ مانعی ندارد. و اگر معامله انجام گرفت، عقد جایز می‌شود ولی بر مشتری لازم است که اهل سوق را در این اجناس سهیم بگرداند. (۲، ۱۶۶؛ والدسوقی علی الشرح الکبیر علی مختصر خلیل، ۳، ۷۰)

**شافعی‌ها، حنبلی‌ها، ظاهری‌ها:** شافعی‌ها (المنهاج علی مغنی المحتاج، ۲، ۳۶) و حنبلی‌ها (المغنی، ۶، ۳۱۲؛ وکشاف القناع، ۳، ۲۱۱) بر آن‌اند که هر که با کاروانیان پیش از ورودشان به شهر ملاقات کند و اجناس شان را با نرخی که کمتر از نرخ بازار است خریداری نماید و کاروانیان از نرخ بازار بی اطلاع و بعد از غبن خود آگاه شوند خیار خواهند داشت و مذهب ابن حزم نیز همین است اما ایشان در مدت خیار خیلی توسعه نموده تا جایی که گفته است: جالب [کسی که باری به قصد فروش آن به بازار می‌آورد] اختیار خواهد داشت که بیع را نافذ یا فسخ کند هرچند بعد از چند سال از غبن خویش مطلع شود. (المحلی، ۸، ۴۴۹) شافعی‌ها و حنبلی‌ها معتقدند: همانند خیار عیب، خیار غبن بالفور است نه به تراخی. (الشرح الکبیر، ۱۱، ۳۳۶) «نهی رسول الله عن التلقى وأن یتاع المهاجر للأعرابی» (بخاری، حدیث ۲۷۲۷) «پیامبر از دیدار نمودن با کاروان در خارج از شهر و از این که یک مهاجر برای یک بدوی معامله بکنند نهی کرده است». «لا بیع بعضکم علی بیع بعض ولا تلقوا السلع حتی یهبط بها إلی السوق» (بخاری، حدیث ۲۱۶۵) هیچ کس بر بیع دیگری پیشی نگیرد و کالاها را پیش از این که به بازار فرود آیند



خریداری نکند». «لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشتری منه فإذا أتى سیده السوق فهو بالخيار» (مسلم، ۳، ۱۱۵۷) «تلقی جلب نکنید [یعنی با کاروانیان پیش از ورودشان به شهر ملاقات نکنید] و هر که با آنان ملاقات کند و از آن‌ها خریداری نماید پس هر گاه سید او [طرف او] به بازار بیاید او خیار دارد.» این‌ها اظهار می‌دارند که این حدیث حجت است مبنی بر صحت بیع و این‌که کاروانیان وقتی به بازار بیایند و از این‌که مغبون قرار گرفته‌اند آگاه شوند خیار خواهند داشت کما این‌که این حدیث دلالت دارد بر این‌که نهی وارد در این حدیث به خاطر آن است تا از ناحیه ملتقی فریب نخورد و به همین سبب است که به فروشنده خیار داده می‌شود.

**فقه امامیه:** فقها در حکم تکلیفی تلقی رکبان اختلاف نظر دارند. (انصاری، المکاسب، ۱۹۸) نظر مشهور بر کراهت بیع تلقی رکبان است (نجفی، جواهر الکلام، ۲۲، ۴۷۱؛ حلی، نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه والنظائر، ۷۹) آنهايي که قائل به حرمت چنین عملی هستند به روایاتی استناد می‌کنند که در این زمینه وارد شده است من جمله لا تلقی و لا تشتري مما يتلقى ولا تاکل منه (جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۲، ۳۳۰) پرواضح است که این مباحث ناظر به فرضی است که راکب به قصد تجارت به استقبال آنها رود و الا اگر غرض دیگری داشته باشد یا به صورت اتفاقی بر آنها عبور کرده باشد معامله وی نه از جهت تکلیفی و نه وضعی ایرادی ندارد. برخی از فقها به فساد چنین عقدی معتقدند زیرا نهی در اخبار به نفس مسأله تعلق گرفته است و نه به امور خارج از آن. (شرح خیارات اللمعه ۱۲۵) به نظر می‌رسد که در تلقی رکبان معامله فاسد یا خیار وجود دارد. راجح در این مسئله قول شافعی‌ها و حنبلی‌ها و امامیه است؛ زیرا که این قول موافق با نصوص شرعی است که از تلقی نهی و خیار را برای فروشنده اثبات می‌کنند و بعد از قول رسول الله قولی وجود ندارد.

## ۵-۲. نجش

**تعریف لغوی نجش:** نجش در لغت به معنی زیاده است. (ابن منظور، لسان العرب، ۶، ۳۵۱؛ جزری، بی‌تا، ۵، ۲۱؛ مغینه، فقه الامام صادق علیه السلام، ۲، ۱۳۹)

**تعریف اصطلاحی نجش:** (أن یزید فی الثمن للسلعة المعروضة للبیع لا لرغبة فی شرائها بل لیخدع غیره فیشتريها بثمان زائد) «این‌که شخص بر قیمت کالایی که برای فروش عرضه شده است بیفزاید نه به قصد خرید، بلکه به قصد آن که فرد دیگری را فریب دهد تا با قیمتی بیشتر آن را خریداری نماید.» و در اصطلاح معاملاتی نجش آنجایی استعمال می‌شود که شخص ثالثی قصد خرید کالایی را ندارد، اما خویش را داخل در معامله می‌سازد و به شکلی دروغین و غیرواقعی، قیمت کالا را افزایش می‌دهد؛ با این هدف که خریدار واقعی فریب‌خورده و کالای مزبور را با قیمتی بالاتر خریداری کند. (جعفر لنگرودی، ۱۳۸۶، ۳۶۱۸؛ عبدالرحمن، بی‌تا، ۳، ۴۰۰) «نهی النبی عن النجش» (بخاری، حدیث ۲۱۴۲؛ مسلم، حدیث ۱۵۱۶) علما بر تحریم

نجش و این که ناجش و فروشنده به سبب این تبانی گنهکار هستند اتفاق نظر دارند، البته درباره حکم بیعی که در آن نجش تحقق یابد و در مورد ثبوت خیار برای مغبون اختلاف نظر دارند.

### مصدق بارز نجش معامله از طریق حراج است

**احناف:** بر آن رفته‌اند که «بیع» صحیح است و ناجش در این معامله گنهکار می‌باشد و فروشنده در صورت تبانی نیز گنهکار است اما خیار را برای مشتری مغبون ثابت نمی‌کنند. (فتح القدیر، ج ۶، ۴۷۹؛ حاشیه ابن عابدین، ۵، ۱۰۱) دلیل این‌ها روایاتی است که در آن از نجش نهی شده ولی در روایات؛ خیاری برای مغبون ثابت نشده است. قول مشهور احمد، مالک و شافعی و ظاهریه آن است که بیع، صحیح است؛ زیرا که نهی متوجه «ناجش» می‌گردد نه به خود عقد، پس تاثیری در عقد ندارد. نهی وارده در این حدیث برای حمایت از حق انسان است لذا عقد فاسد نمی‌شود همانند بیع «مدلس» و حق انسان با حق الله متفاوت است. آیا برای چنین فردی «خیار» ثابت می‌شود یا نه، احمد (کشاف القناع، ۲، ۲۱۲)، و مالک (بدایة المجتهد، ۲، ۱۶۷) و ظاهریه (المحلی، ۸، ۴۴۸) معتقد به ثبوت خیار برای مشتری مغبون هستند، البته مالک این خیار را از نوع «خیار غبن» بر می‌شمارد.

**شوافع:** معتقدند مغبون هیچ نوع خیاری ندارد؛ زیرا که خود مشتری در حق خویش کوتاهی نموده و دقت و تدبیر ننموده است پس خود او باید خسارتی را که از کوتاهی خود او نشأت گرفته است متحمل شود. (معنی المحتاج، ۲، ۳۷)

**در فقه امامیه:** برخی از فقها به تبانی فروشنده و کسی که پیشنهاد قیمت بالا می‌دهد اشاره می‌کنند، حال آنکه برخی صرف اقدام پیشنهاد دهنده را صرف نظر از تبانی یا عدم تبانی با فروشنده کافی بر تحقق نجش میدانند. بسیاری از فقها بر این باورند که نجش عبارت از افزودن به قیمت در اثر افزایش قیمت توسط کسی که با بایع تبانی کرده است. (محقق حلی، ۱۳۸۳، ۲، ۱۵؛ انصاری، المکاسب، ۲، ۲۰۰؛ مغینه، فقه تطبیقی، ۱۳۹) در مقابل، برخی از فقها نیز بر این نظرند که در تعریف نجش بهتر است گفته شود: افزودن بر قیمت کالا از طرف کسی است که قصد خریدش را ندارد برای اینکه دیگری را به خرید آن برانگیزاند. (شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللعنة الدمشقیة، ۳، ۱۹۰) به نظر می‌رسد نجش در صورت تبانی بایع یکی از جلوه‌های رفتار با سوء نیت است که به قصد فریب دادن خریدار و پنهان ساختن واقعیت از دید وی صورت می‌گیرد، لذا، ممنوعیت چنین عملی اقدامی در راستای تقویت حسن نیت در روابط حقوقی است. از نظر حکم تکلیفی فقها نجش را از مصادیق نیرنگ و فریب در معامله دانسته و آن را حرام شمرده‌اند حتی برخی از فقها حرمت آن را اجماعی دانسته‌اند. (نجفی، کاشف الغطاء، وجیز الاحکام، ۳، ۸۶؛ طوسی، الخلاف، ۱، ۱۵۹) به امری خارج از معامله تعلق گرفته است. (نجفی، وجیز الاحکام، ۳، ۴۷۷؛ میرزای قمی، جامع الشتات فی اجوبة السوالات، ۲، ۱۵)

به نظر می‌رسد قول راجح قول کسانی است که خیار را برای مغبون ثابت می‌کنند؛ زیرا که فریب و نیرنگ حرام است، گویا شکلی از رفتار با سوءنیت است، پس بهتر است ضرر و فریبی را که متوجه مغبون شده است با خیار دادن به ایشان جبران نمود همان گونه که شارع در بیع مصرات خیار داده است در اینجا نیز خیار وجود دارد تا بیع را نافذ یا فسخ نماید؛ زیرا که در تمام این صورت‌ها غبن دیده می‌شود.

### ۳-۵. مسترسل

**تعریف لغوی:** مسترسل در لغت عبارت است از انس گرفتن با چیزی و مطمئن شدن به آن. «استرسل الیه» یعنی به آن انس گرفت (لسان العرب، ۱۱، ۲۸۳)

**تعریف اصطلاحی:** «هو الذی یجهل القیمه ولا یحسن المماکسه» (الدسوقی علی الشرح الکبیر، ۳، ۱۴۱؛ الشرح الکبیر لابن قدامه، ۱۱، ۳۴۳) «مسترسل کسی است که اطلاعی از قیمت بازار ندارد و چک و چانه زدن را هم بلد نیست». مسترسل کسی است که امرش را به دیگری واگذار کرده و اعتماد نماید. (شرح خيارات اللمعه، ۱۲۶)

**احناف:** مسترسل مغبون هیچ گونه خیاری ندارد. (فتح‌القدیر ۶، ۴۷۷؛ حاشیه ابن عابدین ۴، ۱۰۳) **شوافع:** مسترسل مغبون خیاری ندارد. (تکمله المجموع ۱۲، ۳۲۶) **احمد** (کشاف القناع ۳، ۲۱۲) **مالک** (مواهب الجلیل ۴، ۴۶۹) بر آن اند که مسترسل اختیار دارد خواه عقد مورد اشاره را نافذ بگرداند یا آن را فسخ نماید به شرطی که غبن او به حد فاحش برسد. دلیل: «غبن المسترسل ظلم». و چون اطلاعی از نرخهای بازار ندارد، خیار دارد.

**فقه امامیه:** در شرع و عرف تفحص از نرخ و رعایت نفع خریدار بر عهده فروشنده نیست و مراعات نفع فروشنده بر عهده خریدار نیست مگر اینکه یکی بر عهده دیگری گذارد و او قبول کند، پس اگر مشتری تعیین قیمت عادلانه را بر عهده فروشنده گذارد و او خیانت کرده و بیش از نرخ بها بستاند بر او حرام است. (تبصره المتعلمین فی احکام الدین، ۱، ۲۵۵). «لایغبن المسترسل فان غبنه لایحل» و «غبن المسترسل سحت» این روایات دال بر تحریم خیانت می‌کنند نه ثبوت خیار غبن و اگر هر دو جاهل به قیمت باشند جایی برای تحریم باقی نمی‌ماند. (مغینه، فقه تطبیقی، ۱۸۹) «غبن المومن حرام» به نظر می‌رسد این روایات ظاهر در خیانت از جهت مشاوره است که آن معنی استرسل است و محتمل است که فتح الباب تحریم و فساد باشد نه خیار. (حر عاملی، ۲۸۵) به نظر می‌رسد قول راجح نظر کسانی است که معتقد به خیار هستند؛ زیرا که این کار غبنی است که از ندانستن قیمت‌ها و از عدم توانایی در چانه زنی نشأت می‌گیرد پس باید با دادن خیار به وی آن را جبران نمود همانگونه که در تلقی الرکبان و بیع مصرات به مغبون خیار داده می‌شود.

#### ۵-۴. بیوع امانت

بیوع امانات به چهار دسته تقسیم می‌شوند. ۱- مباحه، ۲- وضعیه (مواضعه)، ۳- تولیه، ۴- اشراک

#### ۵-۴-۱. مباحه:

**معنای لغوی:** «مباحه» در لغت مصدر ربح و به معنای زیاده می‌باشد. معامله‌ای است که با راس المال همراه با مقدار مشخصی چنان که گفته می‌شود: «أعطاء مالمأ مباحة أی علی الربح بینهما» «مالی به طور مباحه به او داد» (جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۲، ۳۳۲)

**معنای اصطلاحی:**

«بیع بینی ثمنه علی ثمن سابق له أو بما قومه به البائع أو بما قام علیه مع زیاده ربح معلوم» (الغبین و الاستغلال، ۱۸۱) از قرارداد بازفروش کالا به قیمت اولیه پرداختی فروشنده، به علاوه سود توافق شده.

معامله‌ای است بر اساس ثمن قبلی، یا با قیمتی که فروشنده بر آن نهاده است یا با قیمت تمام شده همراه با ربح مشخصی. (الغبین و الاستغلال، ۱۸۱)

#### ۵-۴-۲. وضعیه

**معنای لغوی:** (مواضعه) از (وضع) (یضع) (وضعا) و به معنای کم کردن و کاستن است. در محاوره گفته می‌شود: (وضع عن غریمه) «چیزی از بدهکار خود کم کرد.» (لسان العرب، سابق)

**معنای اصطلاحی:**

«هی بیع بنقیصه عن الثمن الأول» (التعریفات للجرجانی، ۲۶۴) «فروختن کالا به کمتر از نرخ اول آن» برخلاف مباحه، نسبت به قیمت خرید متضرر هم می‌شود و با کم کردن بخشی از رأس المال کالا را می‌فروشد.

#### ۵-۴-۳. تولیه

**معنای لغوی:** (اولی فلانا الامر) «فلانی را به فلان سمت گذاشت». مصدر باب تفعیل است. (لسان العرب، ۱۵، ۴۰۸)

**معنای اصطلاحی:** «بیع مشتری بثمره الاول بلا فضل و لا نقص» (التعریفات، ۸۴) «این که جنس خریداری شده را با ثمن قبلی آن بدون افزایش یا کاهش قیمت بفروشد»

۵-۴-۴. اشراک (تشریک)

**معنای لغوی:** (اشرک فی الأمر) «او را در آن کار شریک نمود»

**معنای اصطلاحی:** «هو نوع من التولیه إلا أنه تولیه بعض المبیع بثمره المقابل» (الغبین و الاستغلال، ۱۸۱) «اشراک نوعی تولیه است با این تفاوت که اشراک، تولیه نمودن بخشی از کالا است در ازای ثمنی که در مقابل آن قرار می‌گیرد.» برخی از فقها نوعی از بیع را با لحاظ ضابطه

اخبار از ثمن ذکر کرده‌اند که در آن فروشنده بخشی از مبیع را به نسبت به رأس المال به مشتری می‌فروشد (شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ۱، ۳۱۹) به نظر می‌رسد خلاصه‌ی گفتار در تعریف بیوع امانت این است که این نوع بیوع از قبیل بیع امانت‌اند و بیع مساومه به شمار نمی‌آیند.

#### ۴. غبن مجرد

مشتری یا بائع مغبون واقع می‌شود بدون آن که به اعتبار قول یا فعل فریب و خدیعه‌ای وجود داشته باشد، کما این که هیچ یک از فروشنده یا خریدار در مقام استرسال قرار نمی‌گیرد و بیع انجام شده از نوع بیوع امانت هم نیست. به طور مثال، مشتری در چانه زنی مهارت دارد اما به دلایلی از قیمت کالا مطلع نیست از قبیل این که سبکسر یا بی‌خرد است یا این که عجله دارد و اگر دقت می‌کرد مغبون واقع نمی‌شد. بنابراین، اگر یک نفر به مغازه‌ای بیاید و از صاحب آن کالایی در مقابل وجهی که فکر می‌کند قیمت آن در بازار می‌باشد خریداری می‌کند اما بعداً پی می‌برد که آن را با غبن فاحش خریداری نموده است، آیا خیار خواهد داشت یا نه؟ این، صورت غبن مجرد یا صورت غبنی است که از یک تصور غلط در مورد نرخ بازار نشأت می‌گیرد بدون آن که فریب و یا استرسالی وجود داشته باشد.

#### اقوال فقها در مورد غبن مجرد:

دیدگاه حنفی‌ها (الهدایه ۴، ۵۰ و حاشیه ابن عابدین ۴، ۱۴۲)، و شافعی‌ها (تکملة المجموع ۱۲، ۳۲۶-۲۷) و اکثر مالکی‌ها (البهجة شرح التحفة ۲، ۱۰۶) و اکثر حنبلی‌ها (کشاف القناع، ۳، ۲۱۲ والمغنی ج ۶، ۳۶) آن است چنین غبنی موجب ثبوت خیار نمی‌گردد. «دعوا الناس یرزق الله بعضهم من بعض» (صحیح مسلم ۳، ۱۱۵۷) خیار دادن به معاملات اینها سبب می‌گردد تا داد و ستد مردم و معاملاتشان بی ثبات و متزلزل شود. مسلک ظاهریها آن است که فردی که با چنین معامله‌ای مغبون واقع شود خیار تنفیذ یا فسخ عقد را خواهد داشت.

دلیل آنست که غابن از قیمت واقعی اطلاع داشته و با این وصف او را آگاه نساخته است. پس مغبون خیار خواهد داشت. به نظر می‌رسد که مغبون خیار خواهد داشت، تا غبنی که متوجه او شده است جبران شود و عدالت میان فروشنده و خریدار محقق گردد همانطور که (تلقی الرکبان) و (بیع مصرات) به مغبون خیار داده می‌شد.

#### ۷. مواردی که موجب سقوط خیار می‌شود

مغبون پس از اطلاع یافتن از غبن هیچ اقدامی جهت فسخ معامله انجام ندهد و مدت زمانی بگذرد. پس عقد لازم می‌گردد و مغبون مبنی بر تنفیذ عقد، راضی تلقی می‌شود. (در الاحکام فی شرح مجله الاحکام، ۱، ۳۱۵) مغبون بعد از علم به غبن مبنی بر تنفیذ بیع اعلام نماید. در چنین صورتی خیار او ساقط می‌شود و عقد، لازم می‌گردد و فسخ معامله بعد از آن صحیح نیست. همین اگر بعد از

علم به غبن سکوت اختیار کرد، حق او ساقط می‌شود. (المجله العدلیه، المواد: ۳۵۸-۳۶۰؛ المکاسب، ۲۳۹؛ الروضه شرح للمعه، ۱، ۳۲۵)

اگر مغبون بعد از علم و اطلاع از غبن در مبيع تصرفی مالکانه داشته باشد یا در آن تصرفی که لازمه‌ی تملک است انجام دهد حق فسخ او ساقط می‌شود زیرا که انجام دادن اینگونه تصرفات بعد از علم به غبن بر رضایت او دلالت دارد. البته اگر همانند امین تصرفاتی در مبيع داشته باشد حق خیار او ساقط نمی‌گردد. (المجله العدلیه، المواد: ۳۵۸ - ۳۶۰؛ درر الحکام فی شرح مجله الاحکام، ۱، ۳۷۰؛ المکاسب، ۲۳۹) هرگاه مغبون، غابن را از دعوی غبن فاحش بری کند بعد از آن هیچ گونه خیاری در مورد فسخ عقد ندارد. (رجوع به منابع، ۲۳۹) هرگاه مبيع بعد از عقد هلاک شود یا استهلاک گردد یا این که تغییر عیبی در آن پدید آید، مغبون خیاری مبنی بر فسخ عقد نخواهد داشت. (رجوع شود به منابع بالا)

اگر در مبيع زیادت متصلی ایجاد گردد که از خود آن پدید نیامده است مغبون از حق فسخ بر خور دار نمی‌گردد. (به منابع فوق رجوع کنید)

### ۸. رابطه بین غبن و اخلاق

بی تردید طبیعت سودجوی انسان دنبال سود حداکثری در تجارت است که این امر باعث می‌گردد مرتب مورد هجوم فریب شیطان قرار گیرد. اخلاق دینی و اسلامی نه تنها در اقتصاد، که در تمام امور زندگی مورد کاربرد می‌باشد چون که فلسفه بعثت پیامبر اسلام (ص) برای اتمام محاسن اخلاقی بوده است (طبرسی، ۱۴۱۲ق، ص ۸) در این بین نمی‌توان رابطه نیت را در معاملات نادیده گرفت چرا که مدار نیکی و بدی اعمال را نیت تعیین می‌کند (بخاری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۱) حسن و قبح (خوبی و بدی) بدون نیت فرد، بستگی به تأثیری دارد که در جامعه می‌گذارد و براساس آن محاسبه می‌گردد. (مطهری، ۱۳۷۷ش، ص ۸۰) شخصی از انصار مرتب مورد غبن واقع می‌شد، خدمت پیامبر (ص) رسید و شکایت کرد که همواره مورد فریب در خرید و فروش واقع می‌گردم. پیامبر (ص) فرمودند وقتی خرید و فروش می‌کنید بگوئید (لاخلابه) یعنی فریبی نباشد این عمر نقل می‌کند همیشه این کلمه را تکرار می‌کرد. (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۸، ص ۹۶۹) فریب که متضاد با روح اخلاقی تجارت می‌باشد همواره در متون دینی مورد نکوهش قرار گرفته است. واژگانی چون (لاخلابه) یعنی فریبی نباشد (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۷) یا (لاتناجشوا) یعنی قیمت افزائی دروغین انجام نگیرد (ابن بابویه، ۱۴۰۳ق، النص، ص ۲۸۴) نشانه آن است که تجارت همراه صداقت و راست گوئی معیار قرار گرفته است. لاخلابه یعنی فریبی در بین نباشد و یک فروشنده مسلمان و متدین نباید فریب بدهد چون دین نصیحت و اخلاق است (عظیم آبادی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۳۱۳) یکی از نیازهای اقتصاد اخلاقی عدالت است و عدالت به معنای (اعطاء کل ذی حق حقه) است (ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه،

۵۸۳۰) بنابر این عدالت یعنی رعایت حقوق مشتری و این حاصل نمی‌گردد مگر با اخلاق اسلامی در معیت خرید و فروش. یکی دیگر از مواردی که از اخلاق تجاری محسوب می‌گردد. انصاف است خداوند می‌فرماید "نباید دشمنی گروهی شما را بر آن دارد که عدالت و انصاف نکنید. عدالت کنید که ان به تقوی نزدیک تر است" {مائده ۸} و امام صادق (ع) انصاف را یکی از هفت مورد تعامل با مردم نام برده است. (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۱۴۴) یکی از مولفه‌های اخلاق تجاری انصاف و عدالت است که از یک سو باعث می‌شود که فروشنده از ربا، تدلیس، غش، غبن، کتمان عیب و نجش پرهیز کند. و از سوی دیگر به آسان گرفتن در معاملات که همانا دستور شریعت می‌باشد (بقره ۱۸۵) و خوش خلقی که فلسفه بعثت بود و ایثار در گذشت از قیمت و عطا کردن منجر می‌گردد.

## نتیجه گیری

در خلال این بحث و تحقیق به نتایجی دست یافتیم که مهم ترین آن‌ها به مراتب زیر می‌باشند.

\* غبنی که موجب ثبوت خیار می‌گردد غبنی است که فاحش باشد. \* اصولاً خیار غبن مشروع است و زمانی ثابت می‌گردد که ادعا و خصومتی وجود داشته باشد. \* غبنی که موجب خیار می‌گردد بر اطلاق خودش نیست، بلکه مقید به تحقق برخی از شروط می‌باشد. \* ملاقات نمودن [ و خرید اجناس ] از تاجران پیش از ورود به شهر موجب ثبوت خیار برای تاجران می‌گردد به شرطی که به بازار بیایند و از این‌که مغبون واقع شده‌اند علم حاصل نمایند. \* نجش موقع مساومه [ گفتگو و چانه زنی به منظور خرید ] موجب ثبوت خیار برای مغبون می‌گردد. \* کسی که چانه زنی و مساومه را نمی‌کند و از نرخ کالاها اطلاعی ندارد در صورتی که از ناحیه‌ی طرف مقابل مغبون واقع شود، خیار برای او ثابت است. \* اگر در مباحه، ضمیمه، تولیه و اشراک عدم صحت ثمن به اثبات برسد، برای فردی که مغبون واقع شده است خیار ثابت می‌شود. \* زیادت در ثمن به شرطی که زیادت فاحشه باشد موجب خیار می‌گردد هر چند توأم با تغیر نباشد و هر چند یکی از متعاقبین در موضع استرسال قرار نگیرد و هر چند از بیوع امانت نباشد. [ ناگفته نماند که چنین غبنی به نام غبن مجرد یاد می‌شود ] \* ممکن است غبن وجود داشته باشد ولی خیار ثابت نگردد. و این در صورتی خواهد بود که یکی از موارد که موجب سقوط خیار می‌گردند وجود داشته باشد.



## فهرست منابع

- قرآن کریم
١. ابن ابی الحدید، ابو حامد، عزالدین هبة الله بن محمد بن محمد المدائنی، شرح نهج البلاغة، دارالکتب العلمیة بیروت، لبنان، ١٤١٨ق، ١٩٩٨م
  ٢. ابن عابدین، حاشیة رد المحتار، چاپ سوم ١٧٨٦، دار الفکر.
  ٣. ابن الهمام، فتح القدر، دار الفکر، بیروت، چاپ اول ١٣٨٩هـ
  ٤. افریقی، ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بیروت، بیتا
  ٥. امام ابن حزم، المحلی، دار الفکر، بیروت، بیتا
  ٦. ابن قدامه، المغنی، أبو محمد عبد الله، تحقیق، عبدالله محسن، التركي چاپ اول ١٤٠٨هـ چاپخانه هجر.
  ٧. ابن اثیر جزیری، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب الحدیث والاثر، جلد ٥، چاپ اول، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
  ٨. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد ١٤، چاپ سوم، دارالفکر مطبوعه والنشر والتوزیع، بیتا
  ٩. انصاری، المرتضی، الکاسب، جلد های ١ و ٣، چاپ سوم، انتشارات آرموس، بیتا
  ١٠. جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ٢، چاپ اول، بیروت، دارالثقلین، بیتا
  ١١. جرجانی، علی التعریفات، مکتبه لبنان، بیروت، بیتا
  ١٢. حلی، یحیی بن سعید، نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه و النظائر، چاپ اول، قم، منشورات رضی، بیتا
  ١٣. علی حیدر، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، انتشارات الجیل بیروت، ١٤١١هـ
  ١٤. عظیم آبادی، شمس الحق، شرح سنن ابوداود، با شرح حافظ شمس الدین ابن قیم جوزیه، دارالکتب العلمیة، بیروت لبنان، ١٤١٥ق، ١٩٩٥م
  ١٥. سجستانی، امام أبو داود، سلیمان، سنن أبي داود، تحقیق: دعاس، عزت عبید، چاپ نخست ١٣٩٣هـ دار الحدیث سوریه
  ١٦. بخاری، محمد بن اسماعیل، الجامع الصحیح المختصر، با تحقیق: مصطفی دیب البغا، دار ابن کثیر، یمامة، بیروت، چاپ سوم، ١٤٠٧ق، ١٩٨٧م
  ١٧. بخاری، امام أبو عبدالله محمد بن إسماعیل، صحیح البخاری مع فتح الباری. المطبعة السلفية، بیتا.
  ١٨. ترمذی، امام أبي عیسی، سنن ترمذی، تحقیق: إبراهيم عطوة عوض، بیتا
  ١٩. بهوتی، شیخ منصور، کشف القناع، عالم الکتب، ١٤٠٣هـ
  ٢٠. زحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی وأدلته، دار الفکر، بیروت، چاپ سوم، بیتا
  ٢١. سرخسی، شمس الدین، المبسوط، دار الفکر بیروت ١٤٠٩هـ

۲۲. شبلی، محمد مصطفی، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة، بیروت ۱۳۸۸هـ
۲۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، جلد ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، جلد ۳، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، بیتا
۲۵. شعرانی، ابوالحسن، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، جلد ۱، چاپ ۵، تهران، منشورات اسلامیة
۲۶. طبرسی، حسن بن الفضل، (۱۴۱۲ق) مکارم الاخلاق، الشریف رضی، قم
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۱، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، بیتا
۲۸. فیروزبادی، محمد، القاموس المحيط، مؤسسه الرسالة چاپ اول ۱۴۰۶هـ
۲۹. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، الوافی، کتابخانه امیر المومنین علی (ع) اصفهان، ۱۴۰۶ق
۳۰. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، دارالکتب الاسلامیة، تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق
۳۱. مراغه ای، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی، العناوین، جلد ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، بیتا
۳۲. محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ سوم، قم، دارالتفسیر، بیتا
۳۳. مرغینانی، علی، الهدایة شرح بداية المبتدی، نشر المكتبة الإسلامية، بیتا
۳۴. مغینه، محمدجواد، فقه الامام صادق علیه السلام، جلد ۲، چاپ دوم، قم، موسسه انصاریان، بیتا
۳۵. مغینه، محمدجواد، فقه تطبیعی، ترجمه کاظم پور جوادی، چاپ ۴، موسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، بیتا
۳۶. مواق، ابو عبدالله، محمد بن یوسف، التاج والإکلیل علی مختصر خلیل در ذیل: مواهب الجلیل، چاپ سوم ۱۳۹۸هـ دار الفکر، بیروت
۳۷. نجفی کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، شرح خيارات اللمعه، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بیتا
۳۸. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، جلد ۲۲ و ۲۳، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، بیتا.

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۲۹۳ - ۲۷۵

## تقویت مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی از منظر حقوق موضوعه و الزامات اخلاقی

امیر وطنی<sup>۱</sup>

حسین اقایبی جنت مکان<sup>۲</sup>

محمد امین درویش<sup>۳</sup>

### چکیده

در فرایند رسیدگی کیفری، مرحله تحقیقات مقدماتی با توجه به اوصاف و ویژگی های این مرحله، از اهمیت ویژه ای در روند دادرسی های بعدی، بالاخص حقوق اتهامی متهم، و تأثیر گذاری قانونی وکیل در تضمین و صیانت از این حقوق دارد. حضور وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی از دو جهت الزامات قانونی و الزامات اخلاقی، موجبات رعایت حقوق افراد و تساوی امکانات دفاعی و حق ترافعی آنها را فراهم می نماید. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، از نوآوری ها ی موثری در مورد حق برخورداری متهم از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی برخوردار بوده، و حضور وکیل در مرحله تحت نظر، حضور بدون محدودیت، حق مطالعه و دسترسی به پرونده و الزام به تعیین وکیل تسخیری، از منظر حقوق موضوعه دارای ضمانت اجرا، و اخذ آخرین دفاع از وکیل، تذکر وکیل به بازپرس، حفظ کرامت و حیثیت افراد و تفکیک مقام تحقیق از تعقیب به جهت سهولت دخالت وکیل از منظر الزامات اخلاقی، از جمله بارزترین نشانه های تقویت مداخله وکیل محسوب می شود. در این نوشتار، در مورد حق برخورداری متهم از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی با تاکید بر نوآوری های این قانون پرداخته، ضوابط و احکام خاص آن تحلیل و تشریح می گردد.

### واژگان کلیدی

الزامات اخلاقی، تحت نظر، تحقیقات مقدماتی، حقوق متهم، وکیل مدافع.

۱. استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول).

Email: vatani@khu.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، ایران.

Email: housein\_ghaei@yahoo.com

۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، دانشگاه خوارزمی، پردیس دانشگاهی، تهران، ایران.

Email: amindarvish@yahoo.com

پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۵/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۲/۱۱

## طرح مسأله

علی‌رغم اینکه برقراری امنیت و آرامش در جامعه، از تعقیب، تحقیق و کشف جرم و مجازات بزهکاران، تا اعمال تدابیر تأمینی و تربیتی، همواره بر عهده مقام رسمی به نام دادستان و بازپرس نهاده شده است، با این حال، در دنیای کنونی، واکنش جامعه به بزه و بزهکار، خودسرانه و غیر سنجیده نمی‌باشد. اعمال مجازات بر بزهکار می‌بایست از طریق اقامه دعوی کیفری علیه او و رعایت قواعد و ضوابط ویژه‌ای با هدف رعایت اصل برائت متهم صورت پذیرد. (آشوری، ۱۳۸۸: ۱۰)

الزام به اِعمال قواعد و ضوابط قانونی در دادرسی کیفری، و هم‌چنین رعایت اصل برائت متهم، ریشه در خاستگاه‌های اخلاقی و انسانی دارد. توجه به کرامت و حیثیت افراد، اعطا فرصت کافی در دفاع از خود با دخالت وکیل مدافع، قبل از این که تحت قواعد قانونی تدوین شود، ناشی از توجه به حقوق بشر و پای بندی به ملازمات اخلاقی بوده است. قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ جهت تحقق عدالت کیفری، راهکارهایی همچون: «دادرسی ترافیکی»، «حق اطلاع سریع متهم از موضوع و دلایل اتهام»، «توسعه حقوق شهروندی و حفظ حقوق متهم در همه مراحل رسیدگی» و «حق دسترسی به وکیل» را در فرآیند «دادرسی کیفری» پیش‌بینی نموده است، در این راستا، اعلام اصول کلی در قانون آیین دادرسی کیفری (مواد ۷ تا ۷۲) و تکیه بر قواعد عدالت دادرسی کیفری، بزرگترین نوآوریها در زمینه‌ی حقوق اصحاب دعوی مخصوصاً در مرحله‌ی تحقیقات مقدماتی است که این اصول را در غالب مواد قانونی برجسته نموده است. با بررسی و مذاقه در مواد مذکور، مشخص می‌گردد که این اصول و چشم‌انداز رسیدن به عدالت کیفری در زمینه‌ی حقوق دفاعی افراد مخصوصاً حق بهره‌مندی از خدمات وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی در قانون آیین دادرسی کیفری تا چه میزان رعایت شده است. از آثار حق دفاع، الزام به دادن فرصت کافی و تسهیلات لازم، جهت تدارک وسایل دفاعی در تمامی مراحل فرآیند دادرسی است (کرامت و حبیب زاده، ۱۳۹۱: ۱۱۲). ارتقا جایگاه وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی و تسهیل و توسعه دسترسی متهم به وی، صرف نظر از ارتقا الزامات اخلاقی، ناشی از گرایش قانون‌گذار ایرانی از نظام نفتیشی به نظام ترافیکی می‌باشد. قانون جدید با الگوپذیری از قانون فرانسه، و توجه به نظام مدرن دادرسی کیفری ترافیکی، امکان حضور وکیل در مرحله کشف جرم و تحت نظر قرار گرفتن متهم را فراهم نموده است. این قانون، در اعمال مقررات ناظر به مرحله تحقیقات مقدماتی که احتمال نقض حقوق دفاعی متهم در آن بیشتر است، در بردارنده تحولات مهمی بوده، و با فراهم کردن امکان برابر به طرف‌های دعوی کیفری، در صدد فراهم کردن تحقیقات مقدماتی مبتنی بر اصول و شاخصه‌های نظام ترافیکی بوده است. (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۱۵) مداخله وکیل در قانون جدید، در مقایسه با قانون قدیم، هر چند از منظر الزامات و ضوابط قانونی

واجد ضمانت اجرا، تقویت شده است، اما این برجستگی، در لحاظ و اعمال اصول و قواعد اخلاقی هم به چشم می خورد. هر چند که ماهیت الزامات اخلاقی، علی القاعده فاقد ضمانت اجرای قانونی می باشد. و به طور کلی نمی توان منکر تأثیر اخلاق در تدوین و سیاست گذاری قواعد کیفری پنداشت. از دقت و مطالعه مباحث حقوقی، این نکته به ذهن متبادر می شود که بیشتر مناقشات ارائه شده در خصوص بر هم کنش اخلاق و حقوق کیفری، حول مباحث مربوط به حقوق کیفری ماهوی متمرکز بوده است. (غلامی و موذن زادگان، ۱۳۹۶: ۳۴) با این وصف، در قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ در بسیاری از موارد مقامات قضایی و ضابطان دادگستری، ملزم به رعایت الزامات اخلاقی در تصمیمات و اقدامات خود و هم چنین رفتار با دفاع و کیل هستند.

در این مقاله سعی بر این است که ضمن توضیح اهمیت نقش و جایگاه و کیل در فرایند دادرسی کیفری در مرحله تحقیقات مقدماتی، تبیین مفاهیم، چارچوب و مصادیق مرحله تحقیقات مقدماتی و مرحله تحت نظر، الزامات و ضوابط قانونی حاکم بر حق دفاع متهم در مرحله تحقیقات پلیسی (تحت نظر) و مرحله تحقیقات نزد مقام قضایی (بازپرس) و هم چنین الزامات اخلاقی به منظور کشف مراد قانونگذار در گرایش از نظام تفتیشی به نظام ترفعی و ارتقا جایگاه و کیل مدافع، از مواد قانونی استخراج، تا در نهایت نیل به اهداف این پژوهش در سنجش و ارزیابی جایگاه و کیل فراهم گردد.

### ۱. مفاهیم و مصادیق تحقیقات مقدماتی

تحقیقات مقدماتی، چهارچوب و محدوده آن، با توجه به نوع نظام کیفری ممکن است متفاوت و در معانی مختلفی به کار رود. در معنای وسیع، تحقیقات مقدماتی به کلیه اقدامات قبل از محاکمه اطلاق می شود. در این معنا، تمامی اقداماتی که از لحظه وقوع جرم تا ارسال پرونده به دادگاه انجام می شود و به عبارتی جست و جو و جمع آوری عناصر مؤثری که به منظور امکان اتخاذ تصمیم برای قاضی صادر کننده رأی تهیه می شود مشمول همین مفهوم است. (باقر پور، ۱۳۸۴: ۱۰۱) در معنایی مضیق تر، این مرحله صرفاً به مجموعه اقدامات ضابطین دادگستری به منظور کشف جرم، ممانعت از امحای آثار جرم، جلوگیری از فرار متهم و یا هر گونه اقدام تحقیقی دیگر محدود می گردد. در ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ با تفکیک وظایف، اختیارات و اقدامات ضابطین دادگستری (مرحله کشف جرم) از اقدامات بازپرس (مرحله تحقیق) ممکن است چنین استنباط گردد که قانون گذار، اقدامات مربوط به کشف جرم را جزو مرحله تحقیقات مقدماتی لحاظ نکرده است. موید این معنا، ماده ۹۰ این قانون است که چنین مقرر داشته است: «تحقیقات مقدماتی، مجموعه اقدامات قانونی است که از سوی بازپرس یا دیگر مقامات قضائی، برای حفظ آثار و علائم و جمع آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم انجام می شود.» مشابه اقدام و اختیار بازپرس در این ماده، عیناً در ماده ۲۸

قانون، برای ضابطین دادگستری در نظر گرفته شده است. اما یادآوری این ضابطه قانونی ضروری است که کلیه اختیارات و اقدامات ضابطین در حفظ آلات، ادوات، آثار، علائم و ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم، مطابق ماده ۴۴ همان قانون، محدود به وقوع جرائم مشهود بوده، و در جرائم غیر مشهود چنین اختیاری از آنان سلب شده است.

بنابر این، چون کلیه اقدامات مربوط به حفظ آثار و علائم و جمع آوری ادله وقوع جرم و یا شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار یا مخفی شده متهم، در جرائم غیر مشهود به عهده بازپرس، و در جرائم مشهود، تحت نظارت یا دستور مقام قضایی اعم از دادستان یا بازپرس قرار دارد، نمی توان مرحله کشف جرم را از مرحله تحقیقات مقدماتی جدا و تفکیک نموده، تحقیقات مقدماتی باید در مفهوم وسیع آن لحاظ، و به کلیه اقدامات و تحقیقات مقدم بر رسیدگی نهایی دادگاه اعم از اینکه از سوی بازپرس، دادستان یا ضابط دادگستری به عمل آمده باشد اطلاق شود.

تحقیقات مقدماتی، با وقوع جرم آغاز، ولی ضابطه ای در مورد مدت و شیوه پایان آن در قانون وجود ندارد. به طور کلی در نظام های تفتیشی از جمله ایران، مدت تحقیقات مقدماتی به شیوه ای اغلب نامعقول بسیار طولانی است و پایان بخشیدن به آن به میل و اراده بازپرس بستگی دارد. (آشوری، ۱۳۸۸: ۱۱) در مدل های دادرسی کیفری بدون بازپرس، از جمله ایالات متحده آمریکا، انگلستان، ایتالیا و غیره که دادستان هر دو اقدام تعقیب و تحقیق را به عهده دارد، پس از پایان مرحله تحقیقات مقدماتی، وجود یک دلیل معقول برای صدور کیفرخواست و ارسال پرونده به دادگاه کافی است. تأکید عمده در چنین مدل هایی بر مرحله رسیدگی در دادگاه است، نه مرحله تحقیقات مقدماتی. (یوسفی، ۱۳۹۰: ۲۲۶) در مدل های دارای بازپرس، چون هر دو وظیفه جمع آوری ادله و تحقیق و همچنین اتخاذ تصمیم قضایی بر عهده بازپرس است، معیار «دلیل معقول» در مدل های بدون بازپرس، به معیار «فراتر از هر شک معقول» تبدیل و نزدیک می شود. به عبارتی، بازپرس موقعی پایان تحقیقات را اعلام می نماید که به اقناع کامل وجدان در انتساب اتهام به متهم برسد. اقناعی که قاضی دادگاه هم می بایست به آن برسد. و این از جمله ضعف های این مدل است که رسیدگی علنی و ترافعی در دادگاه، در واقع امر، جز تکرار و یا بررسی دلایلی که قبلاً در طول تحقیقات مقدماتی تحصیل و تمهید شده اند، نیست و اقناع وجدانی قاضی، و بی طرفی او در برخورد و ارزیابی دلایلی که همیشه بی طرفانه تحصیل و ارائه نمی شوند، مخدوش می گردد. و این امر تحدیدی جدی برای دفاع متهم به حساب می آید. (آشوری، ۱۳۷۶: ۱۷۵)

## ۲. مرحله تحت نظر، ضوابط و چارچوب

تحت نظر که از نظام فرانسه وارد ادبیات کیفری ما شده است، یک اقدام سالب آزادی است که به موجب آن یک صاحب منصب پلیس (ضابط دادگستری) دستور می دهد که شخصی

برای مدت کاملاً محدود و مشخص، تحت نظارت مقامات قضایی، و به اشکال مذکور در قانون، تحت نظر و در اختیار او قرار گیرد. (کوشکی و سهیل مقدم، ۱۳۹۵: ۱۹۵) تحت نظر به عبارتی مرحله ای از فرایند دادرسی کیفری است که مظنون به ارتکاب جرم، تحت شرایطی در بازداشت نیروهای پلیس قرار می‌گیرد. تحت نظر، اختیار و نه حقی است که به ضابطان دادگستری اجازه می‌دهد تا در شرایطی خاص، افراد مظنون به ارتکاب جرم را برای مدتی که امروزه در بسیاری از کشورها با لحاظ شدت مجازات جرم یا نوع جرم ارتكابی تعیین می‌شود (در کشور ما حداکثر ۲۴ ساعت) به منظور حصول نتایج مورد نظر قانون گذار در اماکن پلیس نگهداری کنند. (آشوری و سپهری، ۱۳۹۲: ۴)

مسئله ضرورت‌هایی همچون سرعت در جمع‌آوری دلایل جرم و ممانعت از نابودی و امحاء آنها، پیشگیری از تبانی متهم با شهود، شرکا یا معاونین به خصوص در مراحل اولیه رسیدگی، محدودیت در حقوق اعطایی به متهم تحت نظر را اقتضاء می‌کند (حیدری، ۱۳۹۴: ۲۷) چون در مرحله تحت نظر و مراقبت پلیسی، حقوق مظنون و یا متهم نسبت به مراحل دیگر فرایند کیفری، در معرض تهدید و تحدید بیشتری قرار دارد، مقررات مربوط به این مرحله با دگرگونی و تحولات مهمی همراه بوده است. تحولاتی همچون رعایت حقوق دفاعی متهم شامل حق برخورداری از وکیل به عنوان برجسته‌ترین حق دفاعی و سایر حقوق مانند مطالعه پرونده کیفری در این مرحله (کشف جرم) بیش از پیش مورد توجه قانون‌گذاران کشورها قرار گرفته است. در واقع تحت نظر که مدت‌ها به عنوان یک مرحله در فرایند کیفری پذیرفته نشده بود، اکنون با تعمیم حقوق متهم به این مرحله، جزء جدائی‌ناپذیر فرایند کیفری محسوب می‌شود. (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۰۴) تحت نظر می‌تواند در جرائم مشهود رأساً توسط ضابط دادگستری صورت گرفته، و یا متعاقب صدور دستور جلب متهم توسط مقام قضایی، اقدام به تحت نظر گرفت.

برخی از حقوقدانان، مفهوم جلب را مترادف با دستگیری در نظر گرفته‌اند. (خالقی، ۱۳۹۴: ۱۹۷) و برخی دیگر، مقدمه قرار گرفتن فرد در وضعیت تحت نظر (حداکثر تا ۲۴ ساعت) دستگیری وی در جریان یک جرم مشهود دانسته‌اند. (آشوری و سپهری، ۱۳۹۲: ۶) گرچه تحت نظر نیز همچون بازداشت موقت به سلب آزادی از متهم می‌انجامد، اما به معنای بازداشت آنها در بازداشتگاه نیست. بدین ترتیب منظور قانون‌گذار از تحت نظر، صرفاً نگهداری متهم در مقر نیروهای انتظامی یا دفاتر کلانتری‌ها یا قرارگاه‌های پلیس برای تحقیق و تکمیل تحقیقات است. (اردبیلی، ۱۳۸۳: ۲۰۸)

### ۳. الزامات قانونی حاکم بر مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی

مداخله وکیل برای دفاع از حقوق اصحای دعوا نه تنها در راستای دفاع از حقوق فردی اصحاب دعوا تلقی می‌شود، بلکه گامی در راستای دفاع از منافع جامعه از طریق فرایند دادرسی

مبتنی بر نظم و انضباط است. (رستمی غازانی، ۱۳۹۲: ۶۵)

ماده ۵ ق.آ.د.ک ۹۲ به عنوان تبیین یکی از اصول اساسی دادرسی کیفری چنین مقرر نموده است: «متهم باید در اسرع وقت، از موضوع و ادله اتهام انتسابی آگاه و از حق دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی مذکور در این قانون بهره مند شود.»

حق برخورداری از وکیل در همان ابتدای مرحله تحت نظر به عنوان مهم ترین حق دفاعی متهم، گام مهمی در جهت تطبیق مقررات دادرسی کیفری ایران با میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و هماهنگ ساختن قوانین با الگوی جدید آیین دادرسی کیفری دارد. (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۱۷)

### ۳ - ۱. مداخله وکیل در مرحله تحت نظر

حق استفاده از وکیل از نظر زمانی از اولین تماس شخص با پلیس شروع می شود و کل فرایند دادرسی منصفانه نیز مشمول این اصل تلقی می گردد. (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۶: ۲۱۰)

ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ برای نخستین بار در ماده ۴۸ به حق مداخله وکیل در مرحله تحت نظر تصریح و مقرر می دارد: «با شروع تحت نظر قرار گرفتن، متهم می تواند تقاضای حضور وکیل نماید. وکیل باید با رعایت و توجه به محرمانه بودن تحقیقات و مذاکرات، با شخص تحت نظر ملاقات نماید و وکیل می تواند در پایان ملاقات با متهم که نباید بیش از یک ساعت باشد ملاحظات کتبی خود را برای درج در پرونده ارائه دهد.»

جهت گیری و هدف مقنن ایرانی در تصویب ق.آ.د.ک، گام مهمی در تطبیق مقررات دادرسی کیفری با میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده که به گسترش حقوق دفاعی به تمامی مراحل مختلف دادرسی کیفری منتهی شده است. از بارزترین این تحولات حضور وکیل در مرحله تحت نظر در دفاع از حقوق متهم است. این اقدام گام مهمی در جهت فاصله گرفتن تحقیقات مرحله پلیسی از نظام تفتیشی است. (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۶: ۲۱۴) مرحله تحت نظر (کشف جرم) در حقوق فرانسه از سال ۲۰۰۰ میلادی به این طرف مورد توجه قرار گرفته است. (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۱۶)

حضور وکیل در مرحله تحت نظر با ملاحظه مفاد ماده ۴۸ از دو جهت قابل بررسی می باشد: زمان مداخله وکیل، کیفیت مداخله.

حضور وکیل بلافاصله با شروع تحت نظر قرار گرفتن متهم آغاز می شود. از عبارت «متهم می تواند تقاضای حضور وکیل نماید» ضرورت تکلیف ضابطان در فراهم نمودن این مقرر قانونی بدون درخواست متهم استنباط می گردد.

حق دسترسی متهم به وکیل در مرحله تحت نظر و بهره مندی وی از سایر حقوق دفاعی در مواد ۵ و ۶ ق.آ.د.ک ۹۲ بدین شرح تصریح و تضمین شده است: ماده ۵: «متهم باید



در اسرع وقت، از موضوع و ادله اتهام انتسابی آگاه و از حق دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی مذکور در این قانون بهره مند شود.»

عبارت «در اسرع وقت» در ماده فوق الذکر نه تنها شامل کلیه مراحل از جمله مرحله تحت نظر است، بلکه بنحو آشکار مبین این ضابطه است که هر گونه اقدام تحقیقی و بازجویی از متهم می بایست موخر بر تفهیم این حق باشد. بنابر این ضابطه مکلف است ابتدا حق دسترسی متهم به وکیل را تفهیم، سپس اقدامات عملی و اجرایی حضور وکیل را فراهم نموده، بعد از آن به وظایف خود به عنوان ضابطه مبادرت نماید.

علی رغم اینکه متهم به استثنا موارد خاص، (از جمله تبصره ۲ ماده ۱۹۰) اختیار دسترسی به وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی را دارد، ولی بدیهی است که خطاب تکلیفی قانون گذار در ماده ۶، متوجه عوامل و مسئولین تحقیق از جمله قضات و ضابطان می باشد، و این افراد مکلفند رعایت این حقوق را تضمین نمایند. بی تردید مرحله کشف جرم (پلیس) با توجه به پیش بینی حقوق قابل توجه برای متهم، جزء جدایی ناپذیر فرایند کیفری محسوب شده و ضابطان دادگستری را مکلف به رعایت این حقوق می کند. (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۰۷)

لازم به توضیح است که شروع مرحله تحت نظر در جرایم مشهود از اختیارات ضابطان دادگستری، ولی ادامه آن تا حداکثر ۲۴ ساعت از عهده آنان خارج است.

در یک استنباط ابتدایی از مفاد ماده ۴۸ چنین برداشت می شود که مداخله وکیل در این مرحله، به ملاقات ساده با متهم تحت نظر و ارائه ملاحظات کتبی جهت درج در پرونده محدود می گردد. برخی همین استنباط را از ماده به عمل آورده اند و چنین توضیح داده اند: «این حضور محدود به ملاقات با متهم و ذکر نکاتی کتبی (از جمله: جرم نبودن عمل، مشهود نبودن آن، عدم ضرورت دستگیری متهم، ایراد به عدم اعلام تحت نظر قرار دادن او به دادستان و خانواده متهم و ...) در پایان این ملاقات است، نه دفاع از متهم.» (خالقی، ۱۳۹۵: ۷۵)

این استنباط نمی تواند با قواعد و ضوابط حاکم بر فرایند تحقیقات مقدماتی و الزامات قانونی ناشی از آن منطبق باشد. با توجه به مقررات ماده ۶۱ و اینکه حق دخالت وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی (ماده ۱۹۰) و مطالعه پرونده کیفری توسط وی (ماده ۱۹۱) پیش بینی شده است، مداخله وکیل در مرحله تحت نظر صرفاً محدود به ملاقات با متهم نبوده، و وی می تواند در بازجویی ها شرکت و از حقوق متهم دفاع نماید. از طرفی دیگر ارائه ملاحظات کتبی وکیل پس از پایان ملاقات با متهم، با اطلاع از اتهام و مطالعه پرونده ملازمه دارد. و نمی توان تصور کرد که وکیل با صرف استماع اظهارات متهم که غالباً ناقص و مبهم می باشد قادر باشد ملاحظات خود را که لزوماً در چارچوب صیانت و دفاع از حقوق قانونی متهم می باشد ارائه نماید. آن چه در ماده ۴۸ موضوعیت دارد حضور «وکیل مدافع» و ملاقات وی با شخص تحت

نظر است نه حضور و ملاقات « وکیل متهم ». (خالقی، ۱۳۹۵: ۷۶) پس وکیلی که صرفاً برای ملاقات متهم تحت نظر فراخوانده می‌شود ضرورتاً لازم نیست که وکیل متهم باشد، بنابراین، صرفاً اعلام شفاهی متهم برای معرفی شخصی به عنوان وکیل، با احراز اینکه وی وکیل رسمی دادگستری است کافی به نظر می‌رسد و ضرورتی برای رعایت سایر تشریفات وجود ندارد. (طهماسبی، ۱۳۹۴: ۹۳)

عبارت «ملاقات» در این ماده به معنی دیدار نیست، چرا که برای صرف دیدار اثر قانونی مترتب نیست. از سویی دیگر استماع اظهارات متهم، بخش کوچکی از اطلاعات پرونده را تشکیل می‌دهد. بنابر این مفهوم ملاقات، مشتمل بر گفتگو با متهم و آموزش حقوق وی به صورت توأم می‌باشد.

### ۳ - ۲ . مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی

ضرورت برخورداری متهم از مساعدت وکیل مدافع در مرحله تحقیقات مقدماتی بدان معناست که متهم در برابر مقام تعقیب که دارای قدرت، امکانات و اطلاعات حقوقی بوده و در صورت نبود وکیل تنها می‌ماند و دادستان نسبت به متهم در وضعیت اساسی نابرابری قرار می‌گیرد و در چنین شرایطی لازم است که وکیل به معنای واقعی بتواند به صورت آزادانه از موکل خود در برابر دادستان دفاع نماید. (جعفری همکاران، ۱۳۹۶: ۱۵۱) حق بهره‌مندی از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی هم چنین یکی از مهم‌ترین ابزارها و شرایط فنی بوده که تضمین آن در جهت متوازن کردن طرف‌های دعوا ضروری است. برخورداری طرفین دعوی کیفری از وکیل، نتیجه مستقیم اصل برابری سلاح‌ها بوده، که این اصل در حقوق برخی کشورها نخست با ایجاد توازن در حق بهره‌مندی طرف‌های درگیر از وکیل مدافع تحقق پیدا کرده است. (توسلی نائینی و همکاران، ۱۳۹۵: ۷۸)

در ادامه به موارد قانونی که مداخله وکیل در دفاع از حقوق متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی را تقویت نموده اشاره می‌شود:

### ۳ - ۲ - ۱ . حضور وکیل بدون محدودیت

در فرایند تقنینی بهره‌مندی متهم از وکیل مدافع در ادوار گذشته ایران، هماهنگی قابل توجهی با اسناد بین‌المللی صورت نگرفته بود. قانون‌گذار با اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۳۵ و افزودن یک تبصره به ماده ۱۱۲ ضمن پذیرش حضور وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی با قید منع مداخله او در امر تحقیق، ارائه مطالب توسط وی پس از خاتمه بازجویی را پیش‌بینی نموده بود. در ق.آ.د دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ اقدامی در جهت رفع محدودیت‌های حضور وکیل به عمل نیامد. در تبصره ماده ۱۲۸ با افزایش قیود و محدودیت‌ها، اصل برخورداری متهم از وکیل مخدوش، و تا حدود زیادی این حق منتفی

گردید.

ق.آ.د.ک ۹۲، تمامی محدودیت های حضور وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی را برطرف کرده است. هر چند در برخی از مواد قانون، کما کان محدودیت هایی برای وکیل از قبیل مقررات ماده ۱۹۱ مبنی بر عدم دسترسی وی به پرونده های علیه امنیت و یا مفاد تبصره ماده ۴۸ وجود دارد، ولی حضور وکیل در این مرحله مطلقاً فاقد ممنوعیت است. ماده ۳۴۶ ق.آ.د.ک ۹۲ در این زمینه چنین مقرر می دارد: «در تمام امور کیفری، طرفین می توانند وکیل یا وکلای مدافع خود را معرفی کنند ...»

ماده ۱۹۰ این قانون در راستای تحقق اصل بهره مندی متهم از وکیل، و حضور بدون قید وکیل مدافع، مقرر می دارد: «متهم می تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی، یک نفر وکیل دادگستری همراه خود داشته باشد. این حق باید پیش از شروع تحقیق توسط بازپرس به متهم ابلاغ و تفهیم شود ...»

البته باید توجه داشت که هر چند وکیل متهم می تواند به همراه او در جلسه بازجویی حضور داشته باشد، اما مداخله وکیل محدود به حضور در جلسه بازجویی نبوده و به دلالت کلمات «مرحله تحقیقات مقدماتی» در صدر ماده فوق، وکیل متهم از زمان ارجاع پرونده به بازپرس و شروع به تحقیقات مقدماتی، حق دفاع از متهم در برابر اتهام را دارد. در عین حال، کلمات «یک نفر» قبل از وکیل دادگستری در این ماده نیز در مقام بیان اصل این حق بوده، نه حصر عدد وکلای متهم. (خالقی، ۱۳۹۴: ۱۷۶) از طرفی دیگر، با توجه به تبصره ماده ۴۸ مبنی بر اینکه متهم می تواند وکیل یا وکلای خود را انتخاب نماید و با توجه به این که قوانین دادرسی کیفری و به ویژه مقررات مربوط به دادرسی عادلانه و منصفانه تابع تفسیر موسع می باشند و نیز محدودیت در اجرای حقوق دادرسی منصفانه نیازمند نص صریح قانونی است، در نتیجه متهم می تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی بیش از یک وکیل را همراه خود داشته باشد. (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۶: ۲۱۸) در قانون جدید، محدودیت های سابق از جمله منع ورود وکیل در پرونده هایی که جنبه محرمانه دارد یا به تشخیص قاضی موجب فساد می شوند و هم چنین جرایم علیه امنیت (به استثناء محدودیت مقرر در تبصره ماده ۴۸) به طور کلی حذف، و متهم می تواند به شکل مطلق در تحقیقات مقدماتی نزد بازپرس، یک نفر وکیل دادگستری همراه خود داشته باشد. (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۲۱) بنابر این در راستای تحقق مقررات میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، می توان نتیجه گرفت که قضات دادسرا و محاکم مکلف به پذیرش وکیل مدافع در کلیه اتهامات هستند. (آشوری، ۱۳۸۸: ۱۴۳)

### ۳ - ۲ - ۲ . حق مطالعه و دسترسی به پرونده

ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ برای اولین بار و به جهت رعایت تساوی بین طرف‌های پرونده کیفری، حق دسترسی و مطالعه پرونده توسط وکیل را به رسمیت شناخته است. به موجب ماده ۱۹۱ این قانون: «چنانچه بازپرس، مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق، اسناد یا مدارک پرونده را با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند، یا موضوع از جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور باشد با ذکر دلیل، قرار عدم دسترسی به آنها را صادر می‌کند. این قرار، به متهم یا وکیل وی ابلاغ می‌شود و ظرف سه روز قابل اعتراض در دادگاه صالح است. دادگاه مکلف است در وقت فوق‌العاده به اعتراض رسیدگی و تصمیم‌گیری کند.»

حق دسترسی وکیل در این ماده به صراحت اعلام نشده، ولی با توجه به اینکه در این ماده «قرار عدم دسترسی به پرونده» توسط متهم و وکیل او قابل اعتراض شناخته شده، پس به دلالت التزامی معلوم می‌شود که متهم و وکیل او از حق دسترسی به پرونده برخوردارند که بازپرس می‌تواند با صدور یک قرار، آن را ممنوع نماید. (خالقی، ۱۳۹۵: ۲۱۲) حق دسترسی به پرونده و مطالعه آن توسط وکیل، به عنوان یک اصل پذیرفته شده قانونی در تمامی موضوعات کیفری به استثناء سه مورد مجازمی باشد. استثنائات مورد نظر عبارتند از: ۱ - چنانچه اتهام مطرح مربوط به منافی عفت باشد. موضوع تبصره ۳ ماده ۱۹۰، ۲ - در جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، ۳ - در سایر پرونده‌ها چنانچه بازپرس، مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق، اسناد یا مدارک پرونده را با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند.

قرار عدم دسترسی، و ممنوعیت مربوطه، فقط مختص مرحله تحقیقات مقدماتی بوده و با ارسال پرونده به دادگاه مرتفع خواهد شد. قرار عدم دسترسی به پرونده، لزوماً تا پایان تحقیقات مقدماتی باقی نمی‌ماند. چنانچه بازپرس، دلیلی را که موجب عدم دسترسی به پرونده بودند را منتفی بداند می‌تواند در حین تحقیقات مقدماتی، قرار مربوطه را لغو کند. به موجب ماده ۱۱۴ ق.آ.د.ک فرانسه، پرونده مورد رسیدگی حداکثر چهار روز کاری پیش از هر بازجویی از شخص تحت بررسی (متهم) یا هر شهادت مدعی خصوصی، در اختیار وکلا قرار می‌گیرد. (تدین، ۱۳۹۱: ۱۱۹) در حقوق فرانسه، وکلای اصحاب دعوا امکان دسترسی بدون محدودیت به کل پرونده و همه اوراق آن را دارند. و نمی‌توان آن‌ها را از مطالعه برخی از اوراق پرونده منع کرد. (ساقیان، ۱۳۹۳: ۱۲۵)

### ۳ - ۲ - ۳ . تکلیف تفهیم حق داشتن وکیل به متهم و ضمانت اجرای آن

به موجب ماده ۱۹۰ ق.آ.د.ک: «متهم می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی یک نفر وکیل دادگستری همراه خود داشته باشد. (این حق باید پیش از شروع تحقیق توسط بازپرس به متهم ابلاغ و تفهیم شود. چنانچه متهم احضار شود این حق در برگه احضاریه قید و به او ابلاغ می‌شود.)

شود.»

تفهم حق داشتن وکیل به متهم توسط بازپرس پیش از شروع تحقیق، از نوآوری های قابل توجه قانون آیین دادرسی کیفری، در جهت انطباق فرایند تحقیقات مقدماتی با موازین بین المللی و برخی کشورها مانند فرانسه به شمار می رود. این ماده علی رغم دارا بودن نواقص و ابهامات، گامی رو به جلو به منظور نیل به دادرسی عادلانه و منصفانه و تحقق اوصاف و ویژگی های نظام ترافعی و هم چنین تقویت حضور وکیل محسوب می شود.

همراه داشتن وکیل، از اختیارات متهم بوده و به استثنای تکلیف مندرج در تبصره ۲ ماده ۱۹۰، الزام قانونی به حضور وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی وجود ندارد. ولی تفهم این حق به متهم و عدم ممانعت از حضور وکیل الزامی است. ماده، در انتظار به حضور وکیل قبل از بازجویی و پس از تفهم این حق ساکت است. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب سال ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، به منظور تضمین حقوق متهم، در بند ۳ ماده ۱۴ خود مقرر نموده: «هر کس متهم به ارتکاب جرمی بشود، با تساوی کامل لاقبل حق تضمین های ذیل را خواهد داشت: . . . ب) وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد.» (باقر پور، ۱۳۸۴: ۱۰۸) در قوانین کشورهای نظیر سوریه، آلمان و بلژیک، قاضی تحقیق مکلف گردیده که قبل از شروع به تحقیق، متهم را از حق داشتن وکیل مطلع نموده و اعلام این مطلب را در صورت جلسه بازپرسی درج کند، و فقط در صورت انصراف صریح متهم از استفاده از چنین حقی است که بازپرس می تواند شروع به تحقیق کند. (آشوری، ۱۳۷۶: ۱۵۵)

سلب حق همراه داشتن وکیل و عدم تفهم این حق به متهم به موجب تبصره ۱ ماده ۱۹۰ به ترتیب موجب مجازات انتظامی درجه هشت و سه است. این تبصره در اصلاحات مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۴ تغییر کرد. تبصره ۱ سابق مصوب سال ۹۲ چنین مقرر می داشت: «سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهم این حق به متهم موجب بی اعتباری تحقیقات می شود.» لازم به یادآوری است که سلب همراه داشتن وکیل کماکان موجب بی اعتباری حکم صادره می باشد.

### ۳ - ۲ - ۴. الزام به تعیین وکیل تسخیری

به موجب تبصره ۲ ماده ۱۹۰ ق.آ.د.ک: «در جرائمی که مجازات آن سلب حیات یا حبس ابد است، چنان چه متهم اقدام به معرفی وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی ننماید، بازپرس برای وی وکیل تسخیری انتخاب می کند.»

یکی دیگر از اقدامات مناسب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ پیش بینی انتخاب وکیل تسخیری برای نخستین بار در مرحله پیشادادرسی است. این اقدام از این جهت اهمیت دارد که متهمان جرم های مهم بتوانند از همان مراحل اولیه از حق دسترسی به وکیل برخوردار باشند.)

آقای جنت مکان، ۱۳۹۶: ۲۱۷)

الزام به تعیین وکیل تسخیری در مرحله تحقیقات مقدماتی، در نظام دادرسی کیفری ایران سابقه تقنینی نداشته، و تا پیش از این محدود به مرحله دادرسی و بر عهده دادگاه بوده است. ضابطه تعیین وکیل تسخیری، چه در مرحله تحقیقات مقدماتی و چه در مرحله دادرسی دادگاه، منحصر به جرایم مهم بوده، و در مورد سایر جرایم، تکلیفی از این جهت بر عهده مراجع قضایی تفویض نشده است.

تعیین وکیل تسخیری در دادگاه کیفری یک، در جرایم موضوع بند های ( الف )، ( ب )، ( پ ) و ( ت ) ماده ۳۰۲ ق.آ.د.ک به موجب ماده ۳۴۸ الزامی است. این که مطابق این تبصره، بازپرس تا زمان حضور و مداخله وکیل، تحقیقات را می بایست متوقف، و یا تکلیفی به توقف تحقیق ندارد، چون تحقیق از متهم در جرایم مستلزم مجازات سلب حیات یا حبس ابد، با مداخله و حضور وکیل ملازمه قانونی دارد، بنابر این، ضوابط و مقرراتی که حضور وکیل تسخیری در دادگاه کیفری یک را الزامی، و بدون تعیین و حضور وکیل، امکان محاکمه متهم قانوناً وجود ندارد، عیناً در مورد وکالت تسخیری در مرحله تحقیقات جاری و معتبر است. و قانون گذار تفکیکی بین وکالت تسخیری در نزد بازپرس و در دادگاه فرض نکرده است. ذات و ماهیت حضور وکیل تسخیری در دادگاه، که با مداخله وی قبل از محاکمه ملازمه دارد، عیناً در نزد بازپرس معتبر و مجری می باشد.

#### ۴. الزامات اخلاقی حاکم بر مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی

اخلاق و ارتباط آن با حقوق، اصلی ترین و شایع ترین موضوعی است که در فلسفه حقوق مورد بررسی قرار می گیرد. پس از شناخت نظریه های اخلاقی، و نوع تعامل موجود میان اخلاق و حقوق، بایستی حوزه هایی از علم حقوق را که متأثر از رویکردهای اخلاقی هستند مورد شناسایی قرار داد. (برهانی، ۱۳۸۸: ۱) تعامل و تأثیر اخلاق بر حقوق کیفری ماهوی، از گستردگی فراوانی برخوردار بوده، و نتایج مطالعاتی فراوانی را به خود اختصاص داده است. با این حال تأثیر الزامات اخلاقی بر حقوق کیفری شکلی، بر کسی پوشیده نیست. بسیاری از الزامات و قواعد کنونی دادرسی کیفری، منشأ اخلاقی دارند. پای بندی انسان ها به حفظ حقوق دفاعی طرفین دعوای کیفری و صیانت از کرامت و حیثیت افراد، ممانعت از اتهام سازی و سایر اصول دادرسی کیفری که ریشه در اخلاق دارند، مبنای تدوین ضوابط قانونی شده اند. هر چند که الزامات اخلاقی، ذاتاً، فاقد ضمانت اجرای قانونی می باشند، ولی بسیاری از آن ها در چارچوب قانونی استوار شده اند. قواعد اخلاقی مذکور، چون به مرور، با نظم عمومی مرتبط شدند، دارای ضمانت اجرای قانونی هم هستند. مانند شهادت دروغ در دادگاه. (آزمایش، ۱۳۸۶: ۴۶)

اخذ آخرین دفاع از وکیل متهم، تذکر وکیل به بازپرس، حفظ کرامت و حیثیت افراد و

تفکیک مقام تعقیب از تحقیق، به جهت تقویت و سهولت مداخله وکیل، از مهم ترین الزامات اخلاقی مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ به شمار می روند.

#### ۴-۱. اخذ آخرین دفاع از وکیل متهم

قانون آیین دادرسی کیفری، از جهت صیانت و رعایت حقوق و آزادی های فردی و کیفیت تضمین حقوق دفاعی طرفین دعوا قابل ارزیابی می باشد. حق دفاع متهم، از مهم ترین حقوقی است که در قانون، ضوابط آن پیش بینی شده است. حق دفاع متهم، یک حق طبیعی و ناشی از اصول و عناصر انسانی و اخلاقی است. در واقع این حق، از مقدس ترین حقوق انسانی است که موجب تضمین آزادی های فردی است. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۲: ۲۳) اخذ آخرین دفاع، آخرین مرحله تحقیق در دادسرا و آخرین مرحله رسیدگی در دادگاه است. این مرحله شامل تمام دفاعیات متهم است که پس از تکمیل تحقیقات و مراحل مختلف دادرسی برای اخذ براءت یا کم کردن مسئولیت خود به عمل می آورد. (گلدوست جویباری و عبداللهی، ۱۳۸۸: ۲۵۹) از حدیث معروف نبوی: «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» می توان استفاده کرد که مدعی علیه (متهم) سخن پایانی را می گوید. (شاکری و نریمانی کناری، ۱۳۹۲: ۱۰۶) اخذ آخرین دفاع توسط مرجع قضایی الزامی بوده، و محکومیت متهم بدون استفاده وی از این حق، فاقد اعتبار قانونی می باشد. در ماده ۲۶۲ ق.آ.د.ک ۹۲ به عنوان یک اقدام تقنینی جدید، اخذ آخرین دفاع از وکیل متهم پیش بینی شده است. به موجب این ماده: «بازپرس پس از پایان تحقیقات و در صورت وجود دلایل کافی بر وقوع جرم، به متهم یا وکیل وی اعلام می کند که برای براءت یا کشف حقیقت هر اظهاری دارد به عنوان آخرین دفاع بیان کند. هر گاه متهم یا وکیل وی در آخرین دفاع، مطلبی اظهار کند یا مدرکی ابراز نماید که در کشف حقیقت یا براءت مؤثر باشد، بازپرس مکلف به رسیدگی است.» تکلیف بازپرس به اخذ آخرین دفاع از متهم به تصریح ماده فوق الذکر، وقتی انجام می شود که بازپرس دلایل وقوع جرم و انتساب آن به متهم را کافی بداند. به عبارت دیگر، اگر بازپرس دلایل انتساب وقوع جرم به متهم را کافی نداند و قصد صدور قرار منع تعقیب داشته باشد، نیازی به احضار و اخذ آخرین دفاع از متهم یا وکیل وی وجود ندارد.

به موجب ماده ۲۶۳ قانون مذکور، در صورت احضار متهم یا وکیل وی برای اخذ آخرین دفاع، و عدم حضور آنان، بازپرس بدون استماع آخرین دفاع، اتخاذ تصمیم می نماید. از این ماده معلوم می شود که آخرین دفاع حق متهم است نه تکلیف او، حقی قابل اسقاط. (خالقی، ۱۳۹۵: ۲۹۹) هم چنین مشخص می گردد که بازپرس نمی تواند متهم را مکلف نماید که شخصا جهت ارائه آخرین دفاع حاضر گردد. حضور وکیل جهت ابراز آخرین دفاع بدون ضرورت حضور متهم، از ابداعات قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ به جهت تقویت مداخله وکیل و ارتقا حق دفاع متهم محسوب می گردد.

#### ۴-۲. تذکر وکیل به بازپرس

گسترش جایگاه وکیل در قانون فقط به صیانت از حقوق متهم محدود نبوده، بلکه قانون گذار در حضور وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی، نظارت بر عملکرد مقام قضایی را دنبال کرده است. تبصره ماده ۱۹۵ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ در این خصوص چنین مقرر می‌دارد: «وکیل متهم می‌تواند در صورت طرح سوالات تلقینی یا سایر موارد خلاف قانون به بازپرس تذکر دهد.» این تبصره، علاوه بر این که خاستگاه دینی و اخلاقی دارد، حضور فعال و تأثیر گذار وکیل در روند رسیدگی به پرونده توسط بازپرس را برجسته نموده، و تذکر وی به بازپرس در تمامی موارد خلاف قانون، به منظور جلب نظر مقنن در ارتقا کیفیت و سلامت تحقیق پیش بینی شده است. تذکر از نظر اخلاقی، نوعی هشدار در جلوگیری از به خطا رفتن فرد و یا ممانعت از عدم تکرار و یا استمرار خطای ارتكابی است. اما وقتی در قالب قانون گذاری قرار می‌گیرد مانند تذکر در این تبصره، فقط به معنای یادآوری نیست، بلکه در برخی موارد می‌تواند به صورت هشدار بوده و یا بازپرس را در معرض شکایت انتظامی قرار دهد. در ضمن، تذکر وکیل متهم به بازپرس، محدود به جلسه یا زمان خاصی نبوده و می‌تواند ناظر به تخلفات صورت گرفته قبل از دخالت وکیل در آن پرونده هم باشد. (خالقی، ۱۳۹۵: ۲۱۹) مهم تر آن که، وکیل با بیان دیدگاه‌ها و نقطه نظرات قانونی خود به بازپرس، موجبات اتخاذ تصمیمات صائب تری را فراهم می‌نماید. تذکر وکیل به بازپرس، در اصل می‌تواند از سلامت فرایند رسیدگی صیانت نماید. ضمن این که قانون گذار نوعی نظارت بر عملکرد بازپرس را به وکیل محول نموده است.

#### ۴-۳. حفظ کرامت و حیثیت افراد

توجه به اصول کلی حقوق کیفری، نظیر اصل برائت و حاکمیت آن و همچنین توجه به شأن و کرامت انسان‌ها و حیثیت اشخاص، حرمت و حریم خصوصی آن‌ها، از جمله عوامل و علل اصلی تدوین چارچوب آیین دادرسی کیفری می‌باشد. در واقع اصول مورد نظر، مواردی هستند که باید به عنوان مبانی حاکم در تدوین تمام مواد قانونی رعایت و تحت نظر قرار گیرند. یکی از اصول حاکم بر حقوق کیفری اعم از ماهوی یا شکلی رعایت کرامت انسانی<sup>۱</sup> و حیثیت ذاتی اشخاص و افراد می‌باشد. این اصل در تمامی مراحل دادرسی کیفری باید سرلوحه دست اندکاران عدالت کیفری باشد. (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۶: ۱۶۴) اصل رعایت کرامت انسانی، نقشی ارزنده و قابل توجه را در رعایت حقوق انسانی شهروندان دنیای امروزی ایفا می‌کند. به همین دلیل بررسی ارتباط اصل رعایت کرامت انسانی و اصل رعایت حقوق دفاعی افراد در برابر تصمیمات مقامات قضایی، حائز اهمیت است.



اصل رعایت کرامت انسانی مفهومی است عمیقاً متافیزیکی، اخلاقی و همچنین فلسفی و مذهبی. این موضوع از آن جهت حائز اهمیت است که خود، پایه و اساس بسیاری از حقوق و امتیازات و تکالیف انسانی شناخته می‌شود. با توجه به اینکه حقوق متهم و کرامت انسانی یکی از اساسی‌ترین موضوعات و مسایل جامعه جهانی می‌باشد، در اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز بر آن تاکید شده است. متهم نیز یک انسان است و همه انسان‌ها دارای کرامت، ارزش، حیثیت و اعتبار می‌باشند و هیچ شخص حقیقی یا حقوقی نمی‌تواند آن را از انسان‌ها سلب یا محدود نماید.

قانون گذار در ماده ۴ ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ در خصوص نحوه اعمال اقدامات سالب آزادی و محدود کننده آن یا ورود به حریم خصوصی افراد، دو ضابطه مهم را در نظر گرفته است، اول اینکه این اقدامات هر چند بر اساس مستندات قانونی با دلایل کافی و به دستور مقام صالح قضایی صورت گیرد، نباید در اعمال آن‌ها کرامت انسانی خدشه دار شود. هر گونه اقدام که موجب تحقیر و توهین به افراد گردد و جنبه پست کردن یا رنج دادن فرد را داشته باشد مخالف کرامت انسانی است. کرامت انسانی صرف نظر از نژاد، جنس، دین و اعتقادات شخص و صرف نظر از اتهامی که به فرد منتسب شده، در خصوص کلیه افراد، فقط به سبب انسان بودن آن‌ها باید رعایت گردد. دوم، این اقدامات نمی‌بایست به حیثیت آنان لطمه‌ای وارد کند. حیثیت به معنی آبرو، جایگاه و شأن اجتماعی افراد است. تمام افراد بدون استثنا با هر موقعیت و منزلت اجتماعی دارای حیثیت و کرامت هستند و مصادیق و اقدامات این ماده مشمول همه افراد می‌باشد.

عدم رعایت کرامت و حیثیت اشخاص خصوصاً متهم، در فرایند تحقیقات مقدماتی و کشف جرم، به حقوق دفاعی وی لطمه جدی وارد می‌سازد. مکلف نمودن مقامات تعقیب و تحقیق در رعایت کرامت متهم، از جهتی تقویت مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی و از جهت دیگر امکان دفاع مناسب و آزاد وکیل را به دنبال دارد.

#### ۴-۴. تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق

مطابق ضوابط و اصول کلی حاکم بر نظام دادرسی کیفری، تصدی هم‌زمان دو مقام تحقیق و تعقیب در یک شخص، اصل بی‌طرفی قاضی را با چالش جدی روبرو می‌کند. به همین جهت در اکثر نظام‌های حقوقی به اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق پای بندی کامل وجود دارد. و نمی‌توان درک حقوقی مناسبی داشت که مقامی که تعقیب متهمان را به عهده دارد خود امر تحقیق را در اختیار داشته باشد. ویژگی ذاتی بازپرس اتخاذ رویه و روش بی‌طرفی بین مقامی که به پیروی از منافع جامعه اقدام به تعقیب می‌نماید و شخصی است که به ادعای دادستان نظم جامعه را مخدوش و در مقام متهم قرار دارد می‌باشد. مقام تحقیق در ایران یا خود به طور هم‌زمان عهده دار تعقیب هم هست (جمع مقام تعقیب و تحقیق در یک نفر) و یا تحت

نظارت و دستور مقام تعقیب قرار دارد. علی‌رغم این که در مقررات قانونی، به بی‌طرفی بازپرس تصریح شده، ولی این ضابطه در مواد تکلیفی دیگر قانون مخدوش شده است. براین اساس تعقیب متهم باید به عهده دادستان به عنوان نماینده جامعه، و تحقیق و اظهار نظر درباره دلایل اتهام متهم بر عهده مقامی به نام بازپرس قرار داشته باشد. (خالقی، ۱۳۹۴: ۱۸۴) برطبق اصل تفکیک مقاطع مختلف دادرسی کیفری، (کشف، تعقیب، تحقیق، صدور حکم و اجرای آن) به منظور تضمین و حفظ حقوق و آزادی‌های فردی و جلوگیری از استبداد قضایی و رعایت اصل بی‌طرفی و تحقق دادرسی عادلانه، هریک از این مقاطع، به مقامات قضایی مستقل سپرده شده است. از مهم‌ترین نتایج اصل تفکیک مقاطع مختلف دادرسی این است که یک قاضی نمی‌تواند در یک پرونده دو نقش ایفا کند. دادستان مسئول اقامه دعوی عمومی و مقام تعقیب و بازپرس مقام تحقیق است. بنابراین با توجه به استقلال مقامات قضایی فعالیت‌های آنها باید کاملاً مجزا از هم باشد و در اتخاذ تصمیمات دارای استقلال لازم و کافی باشند. تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، از آثار مهم رعایت بی‌طرفی مقام قضایی در انجام تحقیقات به شمار می‌رود.

عدم رعایت بی‌طرفی و آثار مستقیم آن یعنی عدم تفکیک مقام تعقیب از تحقیق، روند رسیدگی و دفاع وکیل را تضعیف می‌نماید. به همین مناسبت بوده که قانون‌گذار در مواد ۳ و ۹۳ ق.آ.د.ک ۹۲ به بی‌طرفی مراجع قضایی و بی‌طرفی بازپرس تصریح نموده است. عدم رعایت بی‌طرفی در جریان تحقیقات، مخصوصاً در مواردی که تنها ضمانت اجرای آن اخلاق است، می‌تواند تأثیر بسیاری در حسن جریان رسیدگی و نیل به یک دادرسی عادلانه داشته باشد. (غلامی و موذن زادگان، ۱۳۹۶: ۳۸)

### نتیجه‌گیری

از اهداف مهمی که از مفاهیم، ضوابط و الزامات آیین دادرسی کیفری به شمار می‌رود حفظ حقوق جامعه و صیانت از نظم، آرامش و آسایش آن در برابر قانون شکنی و ارتکاب جرایم و هم‌زمان رعایت حقوق متهم در فرایند رسیدگی کیفری است. سالها به جهت تبعیت نظام دادرسی کیفری ایران از نظام تفتیشی، دفاع از حقوق جامعه در اولویت، و حقوق قابل توجهی برای متهم در نظر گرفته نشده بود. با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ این موازنه هر چند به طور ناقص در حال شکل‌گیری است.

تقویت حقوق و آزادی‌های متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی با تقویت مداخله و حضور وکیل ملازمه داشته، و فرد اعلائی تضمین این حقوق به شمار می‌رود. قانون آیین دادرسی کیفری جدید، گام بلندی در رعایت و تضمین حقوق طرف‌های کیفری بالاخص متهم برداشته است. قانون‌گذار ایرانی در گذار از این مرحله از الگوی فرانسوی تبعیت نموده، ولی تمامی

اوصاف و ویژگی های نظام ترافیکی که در نظام فرانسوی تثبیت شده را به کار بسته، و نواقص و ابهاماتی در نوآوری های قانونی مشاهده می شود.

از طرفی دیگر مکانیسم های تقویت مداخله وکیل در مرحله کشف جرم و مرحله تحقیقات مقدماتی را تعریف ننموده، و از جهت حضور مؤثر وکیل در دفاع از حقوق متهم تحت نظر، و تکلیف و الزام مقام قضایی در عدم تحقیق از متهم تا حضور وکیل، ابهاماتی وجود داشته و تصریح قانونی در این زمینه وجود ندارد. از بارزترین تحولات الزامات قانونی و الزامات اخلاقی در جهت تقویت مداخله وکیل در قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ می توان به موارد ذیل اشاره نمود: در الزامات قانونی، وکیل، از اولین برخورد متهم با پلیس در مرحله تحت نظر حق حضور و ملاقات با متهم را دارد. دفاع وکیل منحصر به جلسه بازجویی نبوده، بلکه حضور وی تا پایان مرحله تحقیقات مقدماتی بدون محدودیت تضمین شده است. در جرائمی که مجازات قانونی آن ها سلب حیات یا حبس ابد است، در صورتی که متهم وکیل انتخاب نکرده باشد، بازپرس الزام به تعیین وکیل تسخیری برای متهم داشته، در صورت ادامه تحقیقات بدون حضور وکیل، از موجبات بی اعتباری تحقیقات مقدماتی محسوب می گردد. بازپرس مکلف است حق داشتن وکیل به متهم را تفهیم نماید. سلب حق همراه داشتن وکیل و عدم تفهیم این حق به متهم به موجب تبصره ۱ ماده ۱۹۰ به ترتیب موجب مجازات انتظامی درجه هشت و سه است. حق مطالعه و دسترسی به پرونده توسط وکیل به عنوان یک اصل پذیرفته قانونی در تمامی موضوعات کیفری به استثنا موارد سه گانه مجاز می باشد.

و در الزامات اخلاقی، وکیل حق تذکر به بازپرس در صورت طرح سوالات تلقینی و تخلف از اصول قانونی و اخلاقی را دارد. اخذ آخرین دفاع از متهم، به عنوان یک اصل اخلاقی به وکیل هم واگذار شده است. رعایت کرامت و حیثیت متهم در جهت تقویت و سهولت مداخله وکیل تصریح شده است. و بالاخره تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق به عنوان یکی از آثار مستقیم اصل اخلاقی بی طرفی مقام قضایی علی رغم کاستی های موجود، به رسمیت شناخته شده است.

به هر حال، تحولات اخیر را می توان مقدمه ای در رسیدن به تقویت کامل حقوق متهم و مداخله وکیل بر اساس ویژگی های نظام ترافیکی تلقی، و در آینده ای نزدیک این مسیر محقق و تثبیت خواهد شد.

## فهرست منابع

۱. آزمایش، سید علی. (۱۳۸۶). «رابطه اخلاق و حقوق کیفری»، ماهنامه قضاوت، شماره ۴۹.
۲. آشوری، محمد. (۱۳۸۸). *آیین دادرسی کیفری*، تهران، انتشارات سمت، چاپ یازدهم، جلد دوم.
۳. آشوری، محمد. (۱۳۷۶). *عدالت کیفری*. مجموعه مقالات، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
۴. آشوری، محمد و سپهری، روح اله. (۱۳۹۲). «بررسی تطبیقی مرحله تحت نظر در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه»، مجله آموزه های حقوق کیفری، شماره ۶.
۵. آقایی جنت مکان، حسین. (۱۳۹۶). *حقوق دادرسی عادلانه و منصفانه (دادگرانه)*، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، چاپ اول.
۶. اردبیلی، محمد علی. (۱۳۸۳) «نگهداری تحت نظر». علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول).
۷. باقر پور، یوسف علی. (۱۳۸۴). «تضمینات قانونی و اساسی در دادرسی و تحقیقات مقدماتی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)»، فصلنامه بصیرت، سال دوازدهم، شماره ۳۴.
۸. برهانی، محسن. (۱۳۸۸). «تأثیر نظریه های اخلاقی بر حقوق کیفری (با تأکید بر حقوق ایران)»، رساله دکتری، گرایش حقوق کیفریو جرم شناسی، تهران، دانشگاه تربیت مدرس.
۹. تدین، عباس. (۱۳۹۴). *قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه*، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ دوم.
۱۰. توسلی نائینی، منوچهر و خسرو شاهی، قدرت اله و نصراللهی، زهره. (۱۳۹۵). «اصل برابری سلاح ها در مرحله تحقیقات مقدماتی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اسناد بین المللی حقوق بشر»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادم، شماره ۹۴.
۱۱. جعفری، جلال و کرامتی معز، هادی و محمود سلطانی، طاهره. (۱۳۹۶). «تساوی سلاح در فرآیند عدالت کیفری ایران و کامن لا با نگرشی به اسناد بین المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق، شماره پانزدهم.
۱۲. حیدری، الهام. (۱۳۹۴). «حقوق دفاعی متهم در دوران تحت نظر در قانون آیین دادرسی کیفری و بررسی تطبیقی آن با حقوق انگلستان»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۷۱.
۱۳. خالقی، علی. (۱۳۹۴). *آیین دادرسی کیفری*، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ بیست و هفتم، جلد اول.

۱۴. خالقی، علی. (۱۳۹۵). نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ ششم.
۱۵. رستمی غازانی، امید. (۱۳۹۲). «حق برخورداری از وکیل در محاکمات کیفری بین المللی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳.
۱۶. ساقیان، محمد مهدی. (۱۳۹۳). «تحولات حق متهم بر داشتن وکیل در مرحله تحت نظر در حقوق فرانسه و ایران»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۱، شماره ۱.
۱۷. ساقیان، محمد مهدی. (۱۳۹۳). «تقویت حقوق و آزادی‌های متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی دادرسی مصوب ۹۲»، مجله پژوهش‌های حقوق کیفری، سال دوم، شماره ششم.
۱۸. شاکری، ابوالحسن و نریمانی کناری، یاسر. (۱۳۹۲). «اخذ آخرین دفاع از متهم در حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره پنجم، شماره دوم.
۱۹. صابر، محمود. (۱۳۸۸). «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی»، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۶۳.
۲۰. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر. (۱۳۷۲). آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
۲۱. طهماسبی، جواد. (۱۳۹۴). آیین دادرسی کیفری، تهران، نشر میزان، چاپ اول، جلد دوم.
۲۲. غلامی، نبی‌اله و موذن زادگان، حسنعلی. (۱۳۹۶). «جایگاه الزامات اخلاقی در فرایند تحقیقات مقدماتی در قانون آیین دادرسی کیفری ایران»، فصلنامه اخلاق زیستی، شماره ۲۵.
۲۳. کرامت، قاسم و حبیب زاده، محمد جعفر. (۱۳۹۱). «الزامات نظام قضایی در زمینه حقوق و آزادی‌های متهمان در مرحله دادرسی»، فصلنامه پژوهش‌های حفاظتی - امنیتی دانشگاه جامع امام حسین (ع)، سال اول، شماره ۳.
۲۴. کوشکی، غلامحسن و سهیل مقدم، سحر. (۱۳۹۵). «مطالعه تطبیقی حقوق شخص تحت نظر در نظام دادرسی کیفری ایران و آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۴.
۲۵. گلدوست جویباری، رجب و عبداللهی، افشین. (۱۳۸۸). «اخذ آخرین دفاع از متهم در حقوق کیفری ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰.
۲۶. نیاز پور، امیر حسین. (۱۳۸۶). «حق متهمان مبنی بر داشتن وکیل در فرایند کیفری، جلوه‌ای از حقوق شهروندی»، مجله حقوق دادگستری، شماره ۵۸.
۲۷. یوسفی، ایمان. (۱۳۹۰). «بررسی تمایل جهانی به حذف بازپرس»، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، شماره دوم.



# Abstracts





## **Strengthen lawyer intervention in the preliminary investigation phase From the point of view of subject matter rights and ethical requirements**

*Amir Vatani*

*Hossein Aghaei Jannat Makan*

*Mohammad Amin Darvish*

### **Abstract**

In the criminal proceedings, the preliminary investigative phase, considering the features and features of this phase, is of particular importance in the subsequent proceedings, in particular the rights of the accused, and the legal influence of the lawyer in guaranteeing and protecting these rights. The presence of a lawyer in the preliminary investigation phase provides both legal and ethical requirements, respecting the rights of individuals, and equipping them with the opportunity to defend and to exercise their rights. The Criminal Procedure Code adopted in 2013 has effective innovations on the right of the accused to have a lawyer in the preliminary investigation stage, and the presence of a lawyer in the supervised phase, unlimited attendance, the right to study and access to the case, and the need to appoint a lawyer. , From the point of view of guaranteed subject matter rights, and obtaining the latest defense of the lawyer, admonition of the lawyer to the interrogator, maintaining the dignity and dignity of the individual, and segregation from the prosecution to facilitate the intervention of the lawyer in the light of ethical requirements, including the most obvious signs of strengthening the intervention of the lawyer. is considered. In this article, about the right of the accused to have a lawyer during the preliminary investigation phase, with emphasis on the drafting of this law, its specific rules and provisions are analyzed and described.

### **Keywords**

Supervised, preliminary investigations, defendants' rights, ethical requirements, defense counsel.

## **Jurisprudential Study of Cucumber and Goodwill in Khamseh Religions and Its Relation to Business Ethics**

*Abdullah Naroie  
Javad Panjehpour  
Siamak Baharloui  
Ahmad Abedini*

### **Abstract**

The Islamic Shari'a is known for its perfection because it has raised religious and secular issues in its prominent laws. Although the Shari'ah is based on belief and worship, this does not mean that they are worldly affairs and that a large part of Islamic jurisprudence constitutes financial transactions. Most people's disagreements over trade are about the highs and lows of the term, especially when it is combined with ignorance or deception, and the jurists interpret it as "groaning". On the one hand, the present article examines the realization of the subject of the Qur'an, including the background, legitimacy, circumstances, instances and cases of fall of the cucumber in the Khamseh religions, and on the other hand, reviews the reasons and forms of its realization in the transaction and its religious status. Paid. Often cucumber is a legitimate cabbage, but cabbage causes a cucumber that has some proof requirements, one of which is gross cabbage. However, not with change or one of the successors in the position of stress. There are some cases of cucumber but cucumbers do not prove to be stable, such as in cases of cucumber fall.

### **Keywords**

Ghoban, Khamseh Religions, Business Ethics.

## **Investigating the Moral Challenges of the Right to Silence of the Accused in the Iranian Legal System**

*Seyed Alireza Mousavi  
Masoud Ghasemi  
Mohammad Javad Jafari*

### **Abstract**

One of the most obvious rights of the accused, which is considered in international documents and legal systems, as well as in the Iranian legal system, is the right of the accused to remain silent at various stages of the proceedings. It has been disputed that some consider the observance of the right to silence to cause delays in the trial, the escape of the accused and professional perpetrators from the grip of justice, etc. Failure to comply with the defendant's right to remain silent has provided for an executive guarantee. There are obstacles and problems in the implementation of the right of silence of the accused in the various stages of the proceedings in the Iranian legal system, which should be considered as a challenge. Obstacles and Challenges It should not be overlooked. In the following study, descriptive and library methods have been used. The truth is that predicting ethical and legislative mechanisms, judicial, administrative and disciplinary to facilitate the implementation of the right to remain silent at various stages of the proceedings, recognizing solutions to address existing challenges, takes a very useful and effective step to make the criminal justice system fair. Be..

### **Keywords**

Defendant's Right to Silence - Challenges - Mechanisms - Iran's Legal System - Fair Trial - Ethics

## **Protecting the constitution in the case of bureaucratic justice based on personal dignity and prohibition of dignity**

*Mohammad Javad Rezaeizadeh  
Vahid Maleki*

### **Abstract**

The constitution is the supreme norm of the legal system, and the coherence of this system requires compliance with the rules below the supreme rules. Defending the constitution is certainly one of the great achievements of public law in the last century. The value and validity of a constitution is maintained when all elements of the legal system are in harmony with it and the constitution is the dominant element in that system.

The Administrative Justice Tribunal, which, under Article 173 of the Constitution, is the authority to deal with administrative disputes and to monitor the compliance of administrative regulations with Islamic law and the law; It opposes ordinary law and primarily the constitution and, by issuing judicial opinions as constitutional norms, has provided a valuable resource, namely judicial practice in the field.

In the present article, while examining the aspects of judicial oversight over the administrative functions of the Court in the substantive jurisdiction of state law, the role of this judicial authority will be examined with a view to respect for persons and prohibition of dignity in the Constitution.

### **Keywords**

Protection of the Constitution, Defamation, Reputation, Government Regulation, Administrative Justice Court.

## **A Fair Moral Assessment of Arbitration before Judicial Quasi-Judicial Processes in the Iranian Legal System with Emphasis on the Principles of Fair Procedure**

*Jamshid Abbaszadeh*

*Bijan Abbasi*

*Vali Rostami*

*Ebrahim Musazadeh*

### **Abstract**

The arbitration body, as a method of dispute settlement based on the agreement and contention of the parties to the dispute, has long been favored by the public. This popular system of arbitration has privileges that make it superior to other methods of dispute resolution. Diversification and diversification of references as well as their functioning make it difficult to formulate a single administrative code of law that is based on fair trial principles, But the quasi-judicial nature and their differentiation from judicial and rule of law principles and administrative practices can be common ground for investigating the conduct of investigations that may create a single trial and non-compliance with legal requirements.

In judgment, arbitration, administrative hearings, and in general, any type of legal action based on fairness is a moral conscience that recognizes the issue. In general, the principle of fairness can be characterized as impartiality, rejection of bias, rejection of bias, listening to the other party's (fair hearing), performance of duty without regard for personal and group tendencies, with due diligence, reinforcement and trustworthiness, and ... enumerated. We therefore seek to examine the ethical assessment of fair arbitration prior to quasi-judicial hearings in the Iranian legal system with an emphasis on the principles of fair trial.

### **Keywords**

Ethics, Administrative Procedure, Quasi-Judicial Authorities, Fair Trial.

## **Value–Legal Analysis of Iran’s Governance Approach to Privatization**

*Aminallah Samadi  
Abolfazl Jafar Gholikhani  
Mohammad Reza Yousefi*

### **Abstract**

The term “privatization” has not been defined in our laws. Privatization is a complicated and vague concept featuring various political, social, economic and legal aspects and outcomes. Before and after the Islamic Revolution, our legislator’s approach has been towards the domination of public and state ownership. But, a larger deal of attention was gradually paid to privatization due to numerous reasons such as domestic and foreign factors including the prevention of public and state sectors’ monopoly, stagnation of the society, downsizing of the government, valuing the private sector and entry to global trade and markets. The objective and distinct examples of such an approach is the Act 44 of the constitution and Islamic Republic of Iran’s first to sixth economic, social and cultural development plans. The most important objective of privatization has been enhancement of the entities’ efficiency and optimization of resource allocation in the majority of the countries. Valuing the privatization is in fact supplementing the state and public proprietorship. Such an overlap can remove the gaps and impediments and concomitantly put into effect all the national talents and competencies. The present study aims at elaboration of the adopted by value – legal analysis of Islamic Republic of Iran’s governance approach towards the process and concept of privatization.

### **Keywords**

Governance, ownership, privatization, Value , act 44 of the constitution, quasi-governmental.

## **Violation of author's rights in cyberspace and its moral implications**

*Mohammad Shakoori Gorkani  
Najad Ali Almasi*

### **Abstract**

In Islamic mysticism, one of the most important rights of individuals is the trusteeship and protection of the rights of the parties. One of the most important rights of authors is their moral rights. Nonetheless, law-enforcement works worldwide have become increasingly cyberspace. Works such as films, recording and display of music and scientific texts, can be sent to all over the world, and in today's world, more mystical study is required. Duplication of works in databases located in foreign countries and publicly available intellectual works by online service providers is one of the greatest legal challenges. The violations of moral rights of the author, regardless of their mystical levels, can be carried out continuously in different countries. Because digital access to the digital universe is possible and makes it possible for recipients and traffickers of intellectual works to do so, it is very difficult to locate the works of art and art there where they are produced, reproduced or violated. In international documents, the determination of the competent court has been made to determine where the violation of moral rights has been committed. But it seems that this criterion is ineffective due to the crampiness of the cyber space, and also needs to be further explored in Islamic mysticism. Therefore, in this paper, using a library research methodology based on the place of activity of Internet service providers, a new criterion for determining the competent court and its explanation in Islamic mysticism is presented.

### **Keywords**

Jurisdiction, moral rights, copywriting, violation.

## **The place of ethics in property with a focus on the rule of domination and public sovereignty**

*Zahra Sarhadi*

*Seyed Mohammad Mehdi Ghamami*

*Tavakol Habibzadeh*

### **Abstract**

The special place of property in the daily life of human beings is of special importance and prominence among other issues, so much so that in the divine schools and even non-divine systems, it is a fundamental and certain principle for regulating the social and economic relations of society. It is the most famous jurisprudential rule and has long been one of the most basic rules of Islamic jurisprudence due to its extensive economic and social application. This rule establishes the pillars of ownership in conflict with the subject of ownership and the rule of domination with the public interest. Most believe that the principle of preference for public rights and collective interests It restricts the scope of domination and is in conflict with these two public interests. However, some views in the rule of domination refer to the collective and do not infer conflict with the public interest. The present study focuses on ownership based on the rule of domination and the rule of public interest The growing complexity of people's lives and social relationships, which limit the rule of domination in conflict with the public interest and even deprivation of property, has been processed so that no one has entered as above.

### **Keywords**

ethics, domination, sovereignty, ownership, public interest.



## **An Analysis of the Ethical and Legal Nature of International Rules in International Commercial Arbitration**

*Amin Rostami*

*Masoud Zamani*

*Manouchehr Tavassoli Naeini*

### **Abstract**

International law books on arbitration have discussed, and in a brief and transient way, the nature and nature of the rules of international trade arbitration, and most of the books and articles on this subject have been published abroad. Since arbitration is one of the most important and common ways of resolving disputes in international business litigation, this research can help to identify its substantive dimensions and thus be effective in responding to existing uncertainties. And in this research, the nature of the rules of ethics in international commercial arbitration has been examined ethically and legally. And the researcher concludes that although the rules of international commercial arbitration imply a modality of ethics, but because ethics is a matter of credit and ultimately abstraction, the rules of international law in international business arbitration cannot be ethically. In the conventional sense, it is examined and made clear because the relation between ethics and interest in international relations is of the contradiction. And these rules should be seen as a purely legal tool, derived from the rules of public order whose ethics are one of the constituent elements of its legal approach.

### **Keywords**

Rules of Procedure - International Business Arbitration - Ethical Nature - Legal Nature.

## **Themes of Love and Determinism in the Naturalistic Stories by Sadegh Chubak**

*Nasrin Hallajan*

*Parvin Dokht Mashhur*

*Mehdi Norouz*

*Mahboubeh Zia Khodadadian*

### **Abstract**

Love and determinism are the most prominent themes of Persian literature. Determinism is opposite to the highly frequent term Free will. Love in its spiritual aspect is reminiscent of the mysticism of the Divine Atonement, both physically and according to its instinctual origin, and is known as earthly love. The current paper aims at examining, describing, and analyzing Sadegh Chubak Naturalist fictional works to study his view of Earthly and Physical Love and Human Fate.

The animal nature of human in these stories as an overbearing, lustful creature is portrayed in a naturalistic view, and love is presented as a legitimate experience in the form of physical and gendered desire and determinism, that is, human beings - has to comply with biological requirements, and fails to exercise the will of man to submit since destiny is inevitable. In his stories, Chubak relies on the influence of modernism on fate, ambiguity and inheritance on characters.

### **Keyword**

Sadegh Chubak, Physical Love, Determinism , Naturalism, Story.

## **Investigating the Position of Women's Rights in the Citizenship Bill with an Emphasis on Women's Political Rights**

*Arezoo Hosseinieh  
Ali Hajipour Kanderud*

### **Abstract**

Citizenship Charter Reflects Government Concern Over Public Awareness on Citizenship and Proposes Respect for Human Rights. In this regard, one of the most important pillars of the civil rights charter is the issue of women's rights. The purpose of the present study is to investigate and analyze the level of attention to women's citizenship rights in the context of the Citizenship Charter. The above study shows that women's citizenship rights are accepted in the Charter of Citizenship to an acceptable extent, but there is no guarantee of proper implementation on the one hand and some practical challenges and on the other hand desirable and realistic research of women's rights in Iran with serious obstacles. Is facing.

### **Keywords**

Citizenship Charter, Women's Rights, Iranian Legal System, Limitations and Challenges.

## **Explanation and application of the principle of non-discrimination in B-group contracts**

*Saeid Johar  
Shokrollah Nikvand*

### **Abstract**

One of the requirements of the era in which we are living is the growing trend of trade and economic exchanges and the resulting contracts, in which trade disputes are inevitable. Commercial disputes are settled with the court or lead to a settlement. The complexity of the litigation and the importance of their speedy settlement justify the necessity of these trials. Thus, not only judges who are well versed in business traditions and expectations are involved in these trials, but they must also be in line with the requirements of the business community. There is peace and reconciliation, but the lawsuit has not only negative external consequences but also positive external consequences, including deterrence that companies need to exercise caution.

### **Keywords**

litigation, commercial litigation, conciliation.

## **Moral advice and the need to prioritize public rights in the field of permissions and public mines**

*Seyed Hashem Bathaie  
Seyed Ali Akbar Taghavian*

### **Abstract**

Morality is a category that has always been present and everywhere, and its flow is a non-mentioned condition in all human activities; Similarly, in the field of contracts and the right to property and the exercise of private rights, morality has a colorful presence and has serious advice. Therefore, in the field of legal behaviors that are related to the public sphere, law and the right of sovereignty and the general public. Naturally, ethics has presence and advice. The present study examines the exploitation of people's rights and privileges, as well as public mines, which naturally have a lot to do with public law, and moral advice will impose restrictions. It discusses the right of individuals to own property in the private sphere, describes it in a descriptive way, and discusses the library's methods and tools, and achieves innovative and good results in this regard, and answers several questions and ambiguities in this regard. It has been found that individuals are exploited in the realm of permissiveness and reed The public mines are not absolutely free and open, but have a number of limitations, including in the area of ethical advice.

### **Keywords**

Ethical advice, public rights, permissibility, private rights.

## **Protecting privacy in cyberspace by emphasizing ethical and legal principles**

*Hassan Badini  
Ghafoor Khoeini  
Hamzeh Karami*

### **Abstract**

Educating privacy and adhering to code of ethics in cyberspace is an important and challenging issue because it is a global, high-speed, accessible, transcendent, transcendental, fluid, augmented and dense reality; Ethical rules and order become more important. At the lower level, at least in the national cyberspace, binding ethical codes need to be approved by the Majlis to become binding law. However, in the cyber space, the issue of disseminating information that is the nature of this environment seems to conflict with the right to privacy. The principles, rules and softwares of the cyber environment have been formulated primarily to facilitate and expedite communication. Whereas in the real environment, the core of morality is the provision of material and spiritual well-being. Thus, in cyber-space privacy violations, especially where the breach is merely cyber-infringement and not real-life cyberbullying, there appears to be an inherent philosophy of cyberspace that facilitates the enforcement of law, which facilitates Is the diffusion and exchange of information, Deterrence should be considered ethical as far as possible, but assumed that breach of privacy in cyberspace will result in material and intellectual damages to individuals; It used civil and criminal bail guarantees in response to them.

### **Keywords**

privacy, cyberspace, codes of ethics, cyber ethics.

## **Moral and jurisprudential analysis of the punishment of innate apostate**

*Adel Asgharpour Tolouie  
Rahim Vakilzadeh*

### **Abstract**

Innate apostasy is one of the crimes that, if proven, is punishable by particular punishments in the criminal system of Islam. The question arises as to whether in the true sense of innate apostasy, being Muslim parents of an apostate is enough. Or, in addition to it, is it necessary to fully describe Islam for the person after puberty and the revelation of disbelief later on?

In this article, we describe the role of defining and describing Islam for an apostate and the role of repentance in it with a descriptive-analytical approach. The results show that in addition to being Muslim parents of an apostate, the continuity of their being Muslim and the description of Islam and its provisions for a person during puberty are among the conditions for the realization of innate apostasy. Also, with regard to the question of whether the punishment of an apostate is in conflict with freedom of thought and the freedom of accepting religion, we have come to the conclusion that what is described as an apostate's punishment is in cases that the enemy and disagreeing apostate seeks to destroy society and its scientific environment and violate the rights of others, instead of using logical reasoning and scientific methods.

### **Keywords**

Freedom of Thought, Repentance, Punishment, Apostate, Innate.

# The ethical obligations of the parties in oil bunk contracts in Iran

*Farzam Ardalan  
Nejat Ali Almasi  
Mansour Atashaneh*

## **Abstract**

The article attempts to examine the contractual principles governing the Baikon contracts in Iran, which is frequently used by the National Iranian Oil Company, which serves as the Ministry of Oil.

Iran, with its significant reserves of oil and natural gas, is ranked as the world's second largest oil producer and exporter, as well as the world's second-largest gas reserves holder in the world, in terms of two highly desirable areas for investment. Investors (foreign) in Iran can mention the development of oil and natural gas, which still requires a drastic investment.

## **Keywords**

Contract. Mutual agreement. Obligations of the parties. Employer. Contractor.



## **Ethical Research**

*The Quarterly Journal*

*Vol. 10, No. 4, Summer 2020/ No: 40/ ISSN: 2383-3279*

**Proprietor:** *Iranian Association for Islamic Thought. (ISSN: 2383-3279)*

**Chief Director:** *Reza Haji Ebrahim Ph. D*

**Chief Editor:** *Mahmoud ghayyomzade Ph. D*

---

### **Board of Writers**

*Hojatoleslam Alireza Amini; Mohsen Javadi, Ph. D; Ahmad Deilami, Ph. D; Amir Divani, Ph. D; Jafar Shahnazari, Ph. D; Jafar Sadri, Ph. D; Amir Abbas Alizamani, Ph. D; Mahmoud ghayyomzade, Ph. D; Abdollah Nasri, Ph. D.*

---

**Internal director and Editorial- board director:** *Alireza Moazami*

**Translator:** *Ehsani*

**Page Design:** *Ehsan Computer*

**Editor:** *Hamidreza alizadeh*

---

### **Note**

*The Journal Ethical Research accepts papers on the Ethics ‘Islamic Ethics ‘applied ethics ‘comparative ethics ‘and ethical challenges of Modernism and moral training. The papers received will be published provided that they are written according to the house style of the journal. The authors will bear responsibilities for their own papers.*

---

**Address:** *Bolward Al-Ghadir ‘University of Qom ‘Central Library ‘office of the journal.*

**Tel:** *0098-25-32103360*

**Fax:** *0098-25-32103360*

**Email:** *Akhlagh\_1393@yahoo.com*

---

*This journal is cooperatively being published by Iranian Association for Islamic Thought.*



فرم اشتراک مجله علمی " پژوهش‌های اخلاقی " انجمن معارف اسلامی

لطفا در این قسمت چیزی ننویسید کد اشتراک:			
نام و نام خانوادگی			
نام سازمان (مخصوص سازمان‌ها)			
شغل، محل کار، سمت			
میزان تحصیلات و رشته تحصیلی			
آدرس پستی			
پست الکترونیک			
شماره فیش بانکی	تاریخ فیش بانکی	تعداد نسخه دریافتی	شروع اشتراک از شماره
امضای متقاضی		تاریخ	

هزینه اشتراک (با احتساب هزینه پست)

اشتراک یک ساله برای اشخاص (افراد حقیقی): ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

اشتراک دو ساله برای اشخاص (افراد حقیقی): ۱/۵۰۰/۰۰۰ ریال

اشتراک یک ساله برای دانشجویان با ارائه کپی کارت دانشجویی: ۷۰۰/۰۰۰ ریال

اشتراک یک ساله برای سازمان‌ها (افراد حقوقی): ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

اشتراک دو ساله برای سازمان‌ها (افراد حقوقی): ۱/۵۰۰/۰۰۰ ریال

خواهشمند است مبلغ اشتراک یا خرید شماره‌های قبلی را به حساب ۱۵۳۱۰۷۱ بانک تجارت

شعبه صفائیه قم واریز و اصل فیش را به همراه فرم تکمیل شده اشتراک به نشانی

قم، بلوار الغدیر، دانشگاه قم، کتابخانه مرکزی،

دفتر فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی

ارسال فرمایید:

جهت اطلاع بیشتر با تلفن ۰۲۵ - ۳۲۱۰۳۳۶۰ تماس حاصل فرمایید.