بسم الله الرحمن الرحیم

مجله حقوقی دادگستری

سال هفتاد و نهم / شماره نود و دوم / زمستان ۱۳۹۴

به موجب مجوز شمارهٔ ۳/۱۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲٤ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن‌آوری، مجلهٔ حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می‌باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سردبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری‌پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ربیعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدجواد جاوید

سام سوادکوهی‌فر، سیدمرتضی قاسم‌زاده، علی‌حسین نجفی ابرندآبادی

حرف‌چینی ،صفحه بندی و چاپ : مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه قوه‌قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری.

صندوق پستی: ۳۵۱۵-۱۱۱۵۵

تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ ـ ۰۲۱

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسندگان آنها است.

راهنمای تدوین مقالات

ـ مقاله نباید بیش از بیست‌وپنج یا کمتر از ده صفحه باشد.

ـ مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:

- ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
- ❖ کلید واژگان.
- ❖ نام و نام‌خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک.

ـ ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه.

ـ ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.

- ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر اولیهٔ آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام‌خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در منابع لاتین، ذکر نام‌خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام‌خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op .cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

ـ ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.

ـ مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.

ـ مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی‌شود.

ـ مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.

- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

عنوان **صفحه**

چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام‌خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.

◈ **حق کسب وپیشه و تجارت در فرض تخریب واحد تجاری (تحلیل و نقد رویه قضایی)** **۷**
محمدمهدی الشریف

◈ **استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر حق غنی‌سازی ایران** **۳۳**
مجتبی بابایی

◈ **فراز و فرود حاکمیت در مقابله با شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی در پرتو حقوق بین‌الملل** **۵۳**
حیدر پیری

◈ **چالش‌های فقهی - حقوقی حضور گردشگران غیرمسلمان در کشورهای اسلامی** **۷۹**
سید علیرضا میرکمالی / محمدمهدی حسنی / سحر رجبی‌فرد

◈ **تحولات تاریخی کیفر در پرتو صنعتی شدن** **۹۹**
هادی رستمی / فرهاد میرزایی

◈ **عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در قانون آیین‌دادرسی کیفری ۱۳۹۲** **۱۲۵**
رجب گلدوست جویباری / فرامرز قلی‌پور جمنانی

◈ **جایگاه شورای حل اختلاف و طرق فوق‌العاده شکایت از آرای آن** **۱۴۵**
حسن محسنی

◈ **پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران** **۱۶۹**
فردین مرادخانی

◈ **بررسی تأثیر مکانیزه شدن نظام قضایی بر رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع در دادگستری کل استان کرمانشاه** **۱۹۳**
سیدرضا هاشمی / یحیی یوسفی

حق کسب‌وپیشه و تجارت در فرض تخریب واحد تجاری
(تحلیل و نقد رویه قضایی)

محمدمهدی الشریف*

چکیده

با توجه به پایان نداشتن اجاره‌های مشمول قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و امکان ادامه تصرف مستأجر حتی پس از اتمام مدت اجاره، این احتمال که واحد تجاری در طول زمان تلف یا اتلاف شود، احتمال نادری نیست. با وجود این، قانون‌گذار در این گونه موارد تکلیف حق کسب‌وپیشه را روشن ننموده است. رویه قضایی نیز در این خصوص مضطرب و مختلف است. برخی حکم به انتفای حق نموده و برخی به بقای حق مایل‌اند. به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش در گرو تعیین تکلیف وضعیت رابطهٔ استیجاری پس از نابودی عین است، زیرا اگر حق کسب‌وپیشه را یک حق عینی و به معنای حق بقای «مستأجر» در«عین مستأجره» بدانیم، این حق فرع بر وجود عین و رابطهٔ استیجاری است. البته در فرض اتلاف که موجر یا ثالث عامل تخریب واحد تجاری است، هر چند حق کسب‌وپیشه به تبع تلف عین از بین می‌رود اما موجر یا ثالث از باب مسئولیت مدنی و اتلاف حق غیر، در قبال مستأجر مسئول جبران آن است. در هر صورت فرض بقای رابطه استیجاری و الزام موجر یا ثالث به بازسازی عین برای حفظ حق مستأجر منتفی است.

کلیدواژه‌ها: حق کسب‌وپیشه و تجارت، عقد اجاره، اتلاف، تلف، عین مستأجره.

* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان alsharif46@yahoo.com

مقدمه

حق کسب‌وپیشه و تجارت مفهومی است که قانون‌گذار ایران نخست در قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ مطرح کرد و سپس با نسخ این قانون در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶[۱] به‌طور رسمی و صریح وجود آن را به رسمیت شناخته است.حق کسب‌وپیشه و تجارت از معدود مسائلی است که ماهیت و احکام آن همواره در دکترین حقوقی و رویه قضایی معرکه آراء و انظار بوده است. یکی از عوامل مؤثر در شدت و گستردگی اختلاف در باب حق کسب‌وپیشه، انحصار منبع استخراج احکام آن به قانون نه چندان مفصّل روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ است. این نهاد برخلاف اکثر مفاهیم و تأسیس‌های حقوقی نه پیشینه‌ای در فقه دارد تا بتوان از این منبع برای رفع ابهامات یا تکمیل کاستی‌های قانون از آن بهره جست و نه کاملاً با مدل اروپایی خود تطبیق می‌کند تا با مراجعه به قانون مادر بتوان به کشف مراد قانون‌گذار ایران در موارد ابهام و اجمال نائل گردید.

اغلب نویسندگان حقوقی ایران حق کسب‌وپیشه و تجارت را قابل مقایسه با مفهوم مایه تجارتی یا کارمایه بازرگانی[۲] در حقوق فرانسه دانسته‌اند.[۳] اما در عین حال تأکید کرده‌اند که تفاوت‌های اساسی بین این دو مفهوم وجود دارد و حق کسب‌وپیشه و تجارت تنها جزئی از مایه تجارتی فرانسه را تشکیل می‌دهد.[۴] مایه تجارتی در حقوق فرانسه در بردارنده مجموع عناصر مادی و غیرمادی سرمایهٔ بازرگان است و شامل موقعیت محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، نقوش و ترسیمات تجاری، حق اختراع، حق تقدم و تمدید اجارهٔ محل تجارت، مواد اولیهٔ صنعتی و اثاثیهٔ تجاری و کالاهای تجاری است.[۵] در حالی که حق کسب‌وپیشه و تجارت تنها بیان‌گر یکی از این اجزاء یعنی «حق تقدم و تمدید اجاره» است.[۶] در حقوق فرانسه مایه

۱. از این پس در این مقاله با عبارت اختصاری «ق.ر.م.م» از این قانون یاد خواهد شد.

2. Fonds de Commerce

۳. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۱، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۴، ص. ۸۷؛ کاتبی، حسینقلی، حقوق تجارت، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۷، ص. ۲۸؛ سیفی زیناب، غلامعلی، سرقفلی در حقوق ایران، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۰، ۱۳۶۹، ص. ۱۹۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، عقود معین: معاملات معوض و عقود تملیکی، چاپ ششم، شرکت انتشار، ۱۳۷۴، ص. ۵۱۷؛ کاتبی، پیشین.

۵. عبدی‌پور، ابراهیم، رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، مجله فقه و حقوق، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۶، ص. ۹۰؛ عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد ۱، نشر دانشگاهی، ۱۳۶۵، ص. ۷۸.

۶. کاتبی، پیشین.

تجارتی یک حق منقول به حساب آمده و صاحب آن مـی‌توانـد آن را بفروشـد یـا رهـن گذارد یا حتی اجاره دهد.[1] در حالی‌که اغلب ایـن احکـام و بـه‌ویـژه امکـان اجـاره حـق کسب‌وپیشه و تجارت در حقـوق مـا مفهـوم روشـنی نـدارد. در حقـوق فرانسـه، وجـود مشتری از ضوابط ثابت و تغییرناپذیر مایه تجارتی است.[2] در حالی‌که بـر اسـاس ق.ر.م.م ۱۳۵۶ و بر خلاف تلقی رایج[3]، وجود مشتری یا حسن شهرت تجاری از عناصر ضروری و مقوّمات ذاتی حق کسب‌وپیشه و تجارت محسوب نشـده و حـداکثر در میـزان آن مـؤثر است. اگر در مثال‌های زیر دقت کنید، مدعای فوق را تصدیق خواهید کرد. فرض کنیـد شخصی مغازه‌ای را بر اساس قانون مصوب ۵۶ اجاره کند، ولی حتی بـرای یـک‌بـار نیـز درب مغازه را باز نکند، آیا موجر می‌تواند به صرف انقضاء مهلت اجاره، تخلیه او را تقاضا کند یا خیر. پاسخ بی‌گمان منفی است. حال فرض کنید مالک بـه دلیـل نیـاز شخصـی بتواند مجوز تخلیه را بدست آورد.

آیا می‌تواند به این بهانه که این مغازه هیچ‌گاه روی مشتری به خود ندیده و هـیچ پیشه و تجارتی در آن صورت نگرفته است، توقع تخلیه بدون پرداختن حق کسب‌وپیشه را داشته باشد؟ باز مسلماً پاسخ منفی است. صرف‌نظـر از تفـاوت فـراوان اصـل مفـاهیم «مایه تجارتی» و «حق کسب‌وپیشه و تجارت»، مقررات و مواد قـانون ر.م.م نیـز نمونـه مشابهی در حقوق فرانسه ندارد تا بتوان برای رفع ابهام از مواد این قانون به قانون منبـع اقتباس آن مراجعه نمود. از همین رو است که نه‌تنها هیچ‌گـاه و در هـیچ مـوردی رویـه قضایی ایران برای رفع ابهامات و کاستی‌های فراوان ق.ر.م.م از حقـوق خـارجی اسـتفاده ننموده، بلکه حتی نویسندگان حقـوقی نیـز بـرخلاف سـایر مباحـث حقـوقی همچـون تعهدات و مسئولیت مدنی یا تجارت، هیچ‌گاه از دکترین یا مقررات حقوق فرانسـه بـرای تفسیر یا تکمیل کاستی‌های ق.ر.م.م استفاده ننموده‌اند. به عنوان نمونـه مرحـوم اسـتاد کاتوزیان در کتاب «حقوق مدنی؛ معاملات معوض و عقود تملیکی» که بـه تفصـیل بـه شرح این قانون پرداخته، برخلاف شیوه مرسوم خود، حتی در یک مورد نیز برای شرح و تفسیر مواد این قـانون، بـه منـابع فرانسـوی ارجـاع نـداده اسـت.وانگهی، صـرف‌نظـر از ناشناخته بودن مفهومی به عنوان حق کسب‌وپیشه و تجارت در قانون مدنی، بـه لحـاظ وجود پاره‌ای تفاوت‌های جدی بین اجاره مشمول قانون مدنی با اجـاره مشـمول قـانون

۱. صدرزاده افشار، سیدمحسن، حق کسب یا پیشه یا تجارت و ضوابط آن در حقوق فرانسه، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره ۲، ۱۳۵۷، ص. ۵۸.

۲. همان، ص. ۶۰.

۳. سیفی زیناب، پیشین، ص. ۲۰۵.

ر.م.م ۱۳۵۶ و به طور خاص تفاوت آن‌ها از حیث انحلال در فرض انقضای مدت و وجود حقی به نام حق کسب‌وپیشه و تجارت، اعتماد کامل به قانون مدنی برای رفع کاستی‌ها و ابهام‌های قانون ر.م.م نیز در تمامی موارد مشکل‌گشا نبوده و به‌سادگی میسور نیست و بعضاً به نتایجی آن‌چنان نامعقول و غیرقابل‌قبول می‌انجامد که هیچ ذوق حقوقی نمی‌تواند آن را تأیید کند.حق کسب‌وپیشه و تجارت با حقی که تحت عنوان سرقفلی در حقوق سنتی ایران شناخته شده بود و قانون‌گذار آن را به‌طور رسمی در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ وارد نموده است، مشابهت فراوان دارد. اما این قرابت چندان نیست که بتوان آن دو را یک مفهوم تلقی نمود و دقیقاً به دلیل همین تفاوت‌هاست که دیدگاه فقهی رایج هیچ‌گاه به حق کسب‌وپیشه و تجارت روی خوش نشان نداده و برعکس، در قبول سرقفلی سنتی هیچ‌گاه تردید روا نداشته است.[1]

ناگفته نماند که علی‌رغم تفاوت این دو مفهوم، ادبیات حقوقی ما و حتی آرای دادگاه‌های عالی مشحون از کاربرد مسامحه‌آمیز اصطلاح سرقفلی به جای اصطلاح طولانی و ناخوش‌آهنگ «حق کسب‌وپیشه و تجارت» است و از قضا در یکی از آراء که در این نوشتار به تحلیل آن‌ها پرداخته شده نیز مراد دادگاه از سرقفلی، همان حق کسب‌وپیشه و تجارت است.

بر خلاف قانون مدنی که در ماده ۴۸۳ صراحتاً از انفساخ و انحلال رابطه استیجاری در فرض تلف عین مستأجره سخن گفته است، مسأله وضعیت عقد اجاره در فرض نابودی عین مستأجره و به تبع آن، وضعیت حق کسب‌وپیشه و تجارت، در قانون ر.م.م ۵۶ به سکوت یا دست‌کم به اجمال برگزار شده است.

آیا با نابودی عین مستأجره، عقد اجاره منحل می‌شود یا نه؟ در هر صورت، تکلیف حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر چه می‌شود؟ آیا بین صورت اتلاف و صورت تلف قهری عین مستأجره تفاوت وجود دارد؟ آیا می‌توان در فرض اتلاف یا در هر دو فرض تلف و اتلاف از تکلیف موجر به بازسازی واحد تجاری سخن گفت؟ از یاد نبریم که از ظاهر ق.ر.م.م ۵۶ نیز بر می‌آید که موارد امکان مطالبه تمام یا نیمی از حق کسب‌وپیشه و تجارت منحصر به موارد پیش‌بینی شده در قانون است و البته فرض مورد بحث از آن موارد نیست. در هر حال با توجه به حادثه‌خیز بودن ایران از حیث حوادث طبیعی همچون سیل و زلزله از یک سو، و بافت قدیمی و فرسوده بازارهای ایران از دیگر سو، فرض نابودی عین مستأجره به هیچ روی فرض نادر و بعیدی نیست و بی‌گمان هرچه زمان به پیش رود، بر حجم این‌گونه دعاوی افزوده خواهد شد. اگر بر این مجموعه،

۱. خمینی (امام)، سیدروح الله، تحریرالوسیله، چاپ اول، موسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی‌تا، ص. ۶۱۴.

ویرانی‌های فراوان واحدهای تجاری در اثر بمباران‌ها و موشک‌باران‌های ایام جنگ را نیز بیفزاییم، اهمیت موضوع روشن‌تر می‌شود. متأسفانه سرانگشت تدبیر رویه قضایی نیز نتوانسته به نحو قاطع گره فروبسته این خلأ قانونی را گشوده و نقص قانون را ترمیم نماید. البته نمی‌توان انکار نمود که دکترین حقوقی ما نیز در این زمینه کار درخوری انجام نداده و چراغی فرا راه رویه قضایی نیاویخته است. تا آنجا که نگارنده جستجو و تتبع نموده جز یکی از نویسندگان که به‌اختصار به موضوع اختلاف دیدگاه دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران در خصوص وضعیت حق کسب‌وپیشه و تجارت در فرض نابودی مورد اجاره اشاره نموده،[1] هیچ‌یک از مؤلفان حقوقی به این موضوع نپرداخته‌اند. سکوت قانون و فقر ادبیات حقوقی در این زمینه، نتیجه‌ای جز تشتّت آراء محاکم دادگستری نداشته است. قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران در مواجهه با این پرسش، سه نظر مختلف ابراز کرده‌اند.[2] مروری بر مذاکرات رأی اصراری شماره ۶-۱۳۷۷ دیوان عالی کشور که ناظر به فرضی نزدیک به موضوع این مقاله است نیز از اختلاف عمیق قضات دیوان در تحلیل این مسأله حکایت دارد. به طور خلاصه می‌توان رویه محاکم و قضات را در این مسأله به دو گروه تقسیم نمود: برخی از محاکم بقای اجاره و بقای حق را در چنین فروضی ترجیح داده و در مقابل برخی دیگر انحلال عقد اجاره و مسئولیت مدنی عامل نابودی عین مستأجره نسبت به جبران حق کسب‌وپیشه را مرجّح شمرده‌اند. ما در این نوشتار به جای بحث انتزاعی و نظری محض بهتر آن دیدیم که بحث از این دو دیدگاه و نقاط ضعف و قوت هر یک را در قالب نقد و بررسی دو رأی که یکی از دادگاه بدوی و دیگری از دادگاه تجدیدنظر در خصوص ویرانی یک باب مغازه در اثر گودبرداری غیراصولی صادر گردیده و یکی معتقد به دیدگاه اول و دیگری معتقد به دیدگاه دوم است، سامان دهیم و گمان می‌کنیم این شیوه از بحث، به درک بهتر و ملموس‌تر مباحث نظری کمک خواهد کرد. البته یادآور می‌شود به دلیل اینکه آنچه در این مورد واقعی رخ داده، اتلاف عین مستأجره از سوی ثالث بوده است، بحث عمدتاً بر این فرض متمرکز شده اما این امر به معنای نپرداختن به فرض تلف قهری عین مستأجره نیست، زیرا افزون بر اشتراک بسیاری از مباحث در این دو فرض، مسائل خاص تلف قهری نیز به‌صورت ضمنی مورد بررسی قرار گرفته است.

کوتاه سخن اینکه در این مکتوب کوشش شده است که در قالب نقد و بررسی دو رأی از محاکم دادگستری، ابعاد این موضوع و راهکارهای منتخب محاکم و اشکالات و

۱. کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، چاپ دوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱، ص. ۱۹۶.
۲. نوبخت، یوسف، اندیشهٔ قضایی، چاپ سوم، انتشارات کیهان،۱۳۷۰، ص. ۲۸۳.

موانع موجود در راه‌حل‌های ارائه شده روشن شده و در نهایت راهکاری که بیشترین قرابت را با اصول و مقررات قانونی دارد، پیشنهاد گردد.

۱. شرح ماوقع و آراء صادره

۱-۱. موضوع دعوا

خلاصه ماجرا از این قرار بوده که یکی از بانک‌های کشور برای احداث شعبه جدید، ساختمانی قدیمی را خریداری و تخریب می‌نماید. به دنبال گودبرداری در زمین متعلق به بانک، مغازه مجاور که ساختمانی قدیمی داشته فرو ریخته و به‌طور کامل ویران می‌شود. مستأجر مغازه اقدام به طرح دعوی به طرفیت بانک می‌کند. دادگاه بدوی با این استدلال که با نابودی مغازه، تنها عین مغازه که متعلق به مالک است نابود شده، نه حق کسب‌وپیشه و تجارت حکم به رد دعوی مستأجر داده چه اینکه آنچه نابود شده و بانک ملزم به جبران آن است، عین مغازه است که مستأجر نسبت به آن حقی ندارد و آنچه به مستأجر تعلق دارد یعنی حق کسب‌وپیشه و تجارت، از میان نرفته تا بتوان بانک را به جبران آن محکوم نمود.

۱-۲. رأی دادگاه بدوی

«در خصوص دعوای آقای (ص) به وکالت از سوی آقای (ن) به طرفیت سرپرستی بانک صادرات ... به خواسته مطالبه مبلغ ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت ضرر و زیان وارده با احتساب کلیه خسارات دادرسی بدین نحو که وکیل محترم مذکور اعلام نموده خوانده جهت بازسازی احد از شعبات خود واقع در ....، ساختمان کلنگی را تخریب و به‌منظور احداث بنای جدید در کنار گاراژ عطارها شروع به گودبرداری می‌نماید و پس از خاک‌برداری بدون طرح ایمن‌سازی، محل را به صورت گودالی رها نموده و به واسطه بارندگی شدید و جاری شدن آب در محل و ورود به گودال احداثی، موجب تخریب صددرصد مورد اجاره موکل گردیده و از بین رفته است. اولاً در مورد خسارات وارده بر عین مستأجره چون خواهان مالک عین نیست و مستأجر می‌باشد و مستأجر مالک منافع است به فرض ثبوت، مالک عین باید تقاضا نماید به استناد بند ۱۰ ماده ۸۴ ق.آ.د.د.ع.ا و قسمت اخیر ماده ۸۹ قانون مذکور قرار رد دعوا صادر و اعلام می‌نماید. ثانیاً در مورد مطالبه سرقفلی و حق کسب‌وپیشه و تجارت با توجه به این که چنانچه اعیانی ملکی که دارای حق سرقفلی و حق کسب‌وپیشه و تجارت است به عللی از بین برود حق سرقفلی و حق کسب‌وپیشه و تجارت از بین نمی‌رود، زیرا در غیر این صورت مالک ملک بلاجهت دارای حق مذکور شده، بدون اینکه وجهی در این مورد به مستأجر

پرداخت کرده باشد. لذا به استناد ماده۱۹۷ قانون فوق‌الذکر حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌گردد. ... رأی صادره ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل رسیدگی تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر مرکز استان می‌باشد.»

۱-۳. رأی دادگاه تجدید نظر

«تجدیدنظرخواهی آقای (ص) به وکالت از سوی آقای (ن) که بعد از فوت تجدیدنظرخواه توسط وراث وی شخصاً پیگیری شده است از دادنامه شماره ۱۰۲۳-۸۰/۱۲/۵ شعبه ۵ دادگاه عمومی کاشان وارد به نظر می‌رسد زیرا با توجه به رأی شماره ۸۳۷-۷۵/۱۱/۴ شعبه اول محاکم تجدیدنظر استان اصفهان، تجدیدنظرخوانده مسئول ورود خسارت به تجدیدنظرخواه است و با استناد مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی باید این خسارت جبران شود.

مدافعات تجدیدنظرخوانده مبنی بر این که مالک (موجر) مسئول جبران این خسارت (حق کسب‌وپیشه) است وارد به نظر نمی‌رسد، زیرا پرداخت حق کسب‌وپیشه از ناحیه موجر تکلیفی است که قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ در مقابل درخواست تخلیه ملک بر عهده موجر گذارده است که در مانحن‌فیه چنین درخواستی از ناحیه موجر به عمل نیامده است.

بنابراین چون کارشناس میزان حق کسب‌وپیشه و تجارت را چهل و پنج میلیون ریال ارزیابی نموده است که اعتراض مؤثری در مرحله بدوی به آن وارد نشده است و اعتراض تجدیدنظرخواه نیز در این مرحله به اساس رأی بوده است و نه به میزان تقویمی حق کسب‌وپیشه و چون لاجرم باید خسارت وارده به متضرر جبران شود و چون با توجه به محتویات پرونده و نظرات کارشناسی در خصوص علت وقوع حادثه که منجر به تخریب صددرصد سه باب مغازه از جمله مغازه‌ای که مرحوم (ن) در آن مستأجر بوده، فعل تجدیدنظرخوانده (کندن گودال برای تأسیس بنا در مجاورت مغازه‌های تخریب‌شده بدون رعایت ضوابط ایمنی) سبب از بین رفتن مغازه‌ای که تجدیدنظرخواه در آن حق کسب‌وپیشه داشته، گردیده است مستنداً به ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته در خصوص رد دعوای مطالبه حق کسب‌وپیشه با قبول دعوی خواهان بدوی در این خصوص، حکم به محکومیت بانک صادرات ... به پرداخت چهل و پنج میلیون ریال بابت خسارت وارده در اثر تخریب مغازه استیجاری مرحوم (ن) در حق ورثه مشارالیه صادر و اعلام می‌گردد. حکم صادره قطعی است.»

۲. نقد و تحلیل آرا

۲-۱. نقد و بررسی رأی دادگاه بدوی

همان‌گونه که دیدیم موضوع نزاع، تخریب عین مستأجره‌ای است که هم دادگاه بدوی و هم دادگاه تجدیدنظر در انتساب ویرانی آن به عملیات تقصیرآمیز بانک اتفاق‌نظر دارند. با این وجود می‌بینیم که دادگاه بدوی بانک را به پرداخت حق کسب‌وپیشه و تجارت محکوم نمی‌نماید و برعکس دادگاه تجدیدنظر با قاطعیت تمام حکم به محکومیت بانک به پرداخت حق کسب‌وپیشه در حق مستأجر می‌دهد. با اندک تأملی روشن می‌شود که این اختلاف نظر ریشه در تفاوت بسیار جالب دیدگاه دو دادگاه در مقام تحلیل موضوع و احراز صغرای قیاس قضایی دارد. دادگاه بدوی معتقد است در اثر عملیات بانک تنها یک چیز از بین رفته و آن عین مستأجره است و حق کسب‌وپیشه مستأجر از بین نرفته تا به دنبال مسئول جبران خسارت ناشی از نابودی آن باشیم. به بیان دیگر از دیدگاه دادگاه بدوی موضوع این پرونده از مقوله اتلاف اعیان است و سایر انواع اتلاف یعنی اتلاف منفعت و اتلاف حق در این پرونده مصداق ندارد. در مقابل، دادگاه تجدیدنظر بدون این که به اختلاف مبنایی خود با دادگاه بدوی اشاره کند، فرض مسأله را بر این قرار داده که در اثر عملیات بانک علاوه بر عین مستأجره، حق کسب‌وپیشه مستأجر نیز نابود شده و از آن جا که «خسارت وارده به متضرر باید جبران شود» بالطبع باید علاوه‌بر حکم به جبران خسارت ناشی از عین در حق مالک (در فرض مطالبه مالک)، باید خسارات ناشی از نابودی حق کسب‌وپیشه نیز مورد حکم قرار گیرد.

ممکن است گفته شود که در رأی دادگاه تجدید نظر اشاره به نابودی حق کسب‌وپیشه نشده و نمی‌توان چنین چیزی را به دادگاه تجدیدنظر نسبت داد. در این‌باره باید گفت هرچند در رأی دادگاه تجدیدنظر صراحتاً از نابودی حق کسب‌وپیشه سخن به میان نیامده اما لازمه قطعی رأی، اعتقاد به نابودی حق کسب‌وپیشه است. زیرا وقتی سخن از جبران خسارت و استناد به قانون مسئولیت مدنی مطرح است، بدون شک ما در مقام «جبران خسارت» و زیان هستیم و تنها زیانی که می‌توان برای مستأجر در چنین فروضی در نظر گرفت، از دست دادن حق کسب‌وپیشه و تجارت اوست. مسلماً در مواردی که مستأجر به استناد ق.ر.م.م ۵۶ مجاز در مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت است، خواسته وی مطالبه «خسارت» نیست و از همین رو استناد به قانون مسئولیت مدنی نیز توجیه ندارد، بلکه خواسته وی مطالبه حق کسب‌وپیشه یا به عبارت دقیق‌تر مطالبه قیمت حق کسب‌وپیشه و تجارت خود است. به عبارت دیگر وقتی سخن از تسبیب یا مسئولیت مدنی است ما با لطمه و خسارت به یک حق مشروع

روبرو هستیم و فرض بقای حق و مطالبه خسارت با یکدیگر غیرقابل جمع است. ممکن است گفته شود مبنای رأی دادگاه تجدیدنظر نه نابودی حق بلکه عدم امکان استفاده از حق بوده است. این توجیه نیز کافی به نظر نمی‌رسد، زیرا اگر مراد از خسارتِ ناشی از عدم امکان استفاده از حق، خسارت ناشی از عدم اشتغال در واحد تجاری تا زمان رفع عیب یا بازسازی باشد، این خسارات ربطی به حق کسب‌وپیشه نداشته و معادل حق کسب‌وپیشه و تجارت نیز نمی‌باشد؛ در حالی که دادگاه بانک را به پرداخت حق کسب‌وپیشه محکوم کرده است و اگر مراد از عدم امکان استیفاء از حق، عدم امکان استیفاء از حق کسب‌وپیشه و تجارت برای همیشه باشد، که این امر معنایی جز نابودی حق کسب‌وپیشه ندارد. درضمن نمی‌توان از یک‌سو حق کسب‌وپیشه و تجارت را به مستأجر داد و از سوی دیگر قائل به بقای رابطه استیجاری بود. به دیگر سخن اگر رابطه استیجاری مستأجر باقی است، ولو اینکه برای مدتی به دلیل تخریب ملک نمی‌تواند از آن استفاده کند، دیگر دریافت کامل حق کسب‌وپیشه و تجارت فاقد توجیه است. وانگهی تردیدی نیست که دادگاه تجدیدنظر با محکومیت بانک به پرداخت حق کسب‌وپیشه به مستأجر مغازه ویران‌شده، حق مستأجر را استیفاء نموده و دیگر برای وی حق مراجعه به موجر برای ادامه رابطه استیجاری یا الزام موجر به بازسازی قائل نیست. کما اینکه از سوی مقابل برای موجر نیز حق مطالبه اجاره‌بها از مستأجر را قائل نیست و این امر معنایی جز این ندارد که از نظر دادگاه تجدیدنظر، رابطه استیجاری خاتمه یافته است.

به هر تقدیر هرچند اختلاف نظر در آراء دادگاه‌ها امر نادر و عجیبی نیست اما این اختلاف را نباید کوچک شمرد. این اختلاف هرچند در بادی نظر به مرحله احراز صغرا و تشخیص موضوع و اصطلاحاً به امور موضوعی مربوط است اما با کمی دقت می‌توان دریافت که ریشه اختلاف در امور حکمی و حقوقی است. برای روشن شدن مطلب رأی دادگاه تجدیدنظر را در قالب یک قیاس قضایی می‌ریزیم:

- خوانده حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر را به واسطه تقصیر خود نابود کرده است (صغری).

- هرکس حق مشروع دیگری را از بین ببرد باید آن جبران کند (م ۱ ق. مسئولیت مدنی) (کبری).

- خوانده باید خسارت ناشی از تلف حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر را جبران کند (نتیجه).

بی‌گمان دادگاه بدوی از حیث کبرا که حکم کلی قانونی است با دادگاه تجدیدنظر اختلاف ندارد. آنچه محل اختلاف است، مرحله تشخیص موضوع یا صغرای قیاس

قضایی است. دادگاه بدوی صغرای قیاس فوق را محقق و ثابت نمی‌داند. به‌زعم وی هرچند مغازه نابود شده اما این نابودی ملازمه‌ای با نابودی حق کسب‌وپیشه مستأجر ندارد و این حق کماکان باقی است. اکنون می‌توان عمق اختلاف را دریافت. درخصوص امر واحد، دادگاهی آن را موجود و دادگاه دیگر معدوم می‌شمارد. این اختلاف به‌خوبی نشان از منقح و روشن نبودن ماهیت و احکام حق کسب‌وپیشه در حقوق ما دارد. در مسأله تخریب خود عین مستأجره، چون مسأله‌ای مربوط به عالم واقع و خارج است، اختلاف توجیهی ندارد. صدق و کذب گزاره حاکی از وجود یا نابودی عین مستأجره (مغازه) در گرو مطابقت آن با عالم خارج است و اختلاف مشرب و مذاق هیچ تأثیری در آن ندارد. اما حق کسب‌وپیشه و تجارت امری است اعتباری و نمی‌توان با نگاه به خارج حکم به بقای یا عدم بقای آن نمود. آنچه موجود یا معدوم بودن یک حق اعتباری را رقم می‌زند شرایط و موانعی است که مُعتبِر برای وجود آن اعتبار کرده است. دقیقاً به همین لحاظ مسأله نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت هرچند ظاهراً امری موضوعی و مربوط به صغرای قیاس قضایی است اما در واقع به دلیل ماهیت اعتباری خود، کاملاً به مسائل حکمی و قانونی وابسته است.

به هر روی، دادگاه بدوی حق کسب‌وپیشه را باقی می‌داند و در مقام استدلال به قاعده دارا شدن غیرعادلانه اشاره می‌کند. دادگاه بدوی معتقد است اگر قرار باشد حق کسب‌وپیشه را ازبین‌رفته بدانیم مالک عین (موجر) بدون اینکه وجهی پرداخته باشد، از حق کسب‌وپیشه برخوردار می‌گردد و مالک ملکی می‌گردد که نه‌تنها مزاحمی به نام مستأجر را بر خود ندارد بلکه برخوردار از سابقه فعالیت طولانی مستأجر در آن محل نیز می‌باشد. منتهی دادگاه بدوی به لوازم و توالی رأی خود بر بقای حق کسب‌وپیشه و تجارت توجه ننموده و مکانیسم استفاده مستأجر از این حق را معلوم نکرده است. آیا بقای حق به این معنی است که مستأجر می‌تواند فوراً از مالک مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت نماید؟ این احتمال کاملاً بعید است زیرا اولاً موارد تکلیف مالک به پرداخت حق کسب‌وپیشه در قانون احصاء شده و این مورد از آن موارد نیست. ثانیاً بقای حق ملازمه‌ای با امکان مطالبه فوری از مالک ندارد. ثالثاً با این احتمال، نقش عملیات تقصیرآمیز بانک فراموش می‌شود و مالک عین به واسطه تقصیر دیگری مجبور به پرداخت حق کسب‌وپیشه و تجارت می‌گردد.

احتمال دیگر این است که مراد دادگاه بدوی از بقای حق این است که مالک باید مغازه را مجدداً بنا نماید و مستأجر به فعالیت خود در محل بازسازی‌شده به استناد حق کسب‌وپیشه و تجارت ادامه دهد. این احتمال نیز قابل قبول نیست، زیرا اولاً تکلیف مالک به بازسازی فرع بر بقای رابطه استیجاری است که بنا بر آنچه به تفصیل خواهیم

گفت به‌شدت محل تردید است. ثانیاً به فرض بقای رابطه استیجاری تکلیف مالک به احداث بنای جدید برای استفاده مستأجر نه‌تنها مستند به هیچ قانون و قاعده‌ای نیست، بلکه با قیاس اولویت نسبت به مسأله نیاز عین مستأجره به تعمیر اساسی، در فقدان چنین تکلیفی تردید چندانی نمی‌توان کرد، زیرا ق.ر.م.م مصوب ۵۶ در جایی که رابطه استیجاری مسلماً برقرار است و مالک به حکم قانون مکلف به تعمیرات اساسی است، با ضمانت اجرایی که برای عدم انجام این تکلیف در ماده ۲۱ ذکر می‌کند، عملاً این تکلیف را نفی می‌کند. توضیح اینکه قانون‌گذار پس از این که در صدر ماده ۲۱ موجر را به تعمیرات اساسی تکلیف می‌کند، نهایتاً مقرر می‌دارد که چنانچه موجر اقدام ننماید، ضمانت اجرای آن، تجویز دادگاه به انجام تعمیر اساسی توسط خود مستأجر است و مستأجر صرفاً می‌تواند تا شش ماه اجاره‌بها را بابت تعمیرات اساسی محاسبه نماید و نسبت به مازاد بر آن، ولو مبالغ گزافی باشد، حقی بر موجر ندارد. از این حکم به قیاس اولویت قطعی می‌توان برداشت نمود که در فرض تخریب کامل ملک، موجر تکلیفی به بازسازی آن ندارد. ثالثاً تحلیل روابط حقوقی موجر و مستأجر در این فرض با اشکالات جدی روبه‌رو خواهد بود. از یک سو به لحاظ بقای رابطه استیجاری، مستأجر کماکان ملزم به تأدیه اجاره مغازه ویران است و موجر نیز در رأس سه سال می‌تواند به استناد ترقی قیمت‌ها و افزایش هزینه زندگی از حق قانونی خود مبنی بر تعدیل اجاره‌بها استفاده کند. از سوی دیگر بنابر فرضِ الزام مالک به تجدید بنا، مسأله تأخیر یا عدم اقدام به ساخت، موجب مسئولیت مدنی موجر در قبال مستأجر خواهد بود و طبعاً بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی عدم قدرت مالی موجر بر تجدیدبنا موجب سقوط مسئولیت او به جبران خسارت ناشی از تأخیر نخواهد بود زیرا عدم توان مالی موجر عذر عام و نوعی به حساب نمی‌آید و مربوط به شخص اوست، و همچنین احکام دیگری که همگی برای ذهنیت حقوق ایران ناآشنا و غیرقابل هضم است.

اما اگر مراد دادگاه از بقای حق این باشد که خود مستأجر می‌تواند رأساً اقدام به احداث بنای جدید نماید تا حق کسب‌وپیشه‌اش محفوظ بماند، باز مسأله خالی از اشکال نیست. زیرا اولاً همان‌گونه که گفتیم چنین اختیاری فرع بر بقای رابطه استیجاری است که به‌شدت محل تردید است؛ ثانیاً چنانچه مستأجر از این اختیار استفاده نکرده و تعلل و تأخیر نماید، تعیین تکلیف موجر در چنین اوضاعی بسیار دشوار است و تحلیل روابط آن دو با پیچیدگی‌های فراوان و خلاء قانونی کامل روبه‌رو است. ثالثاً الزام مستأجر به تأدیه اجاره‌بها و حق تعدیل موجر نیز همانند احتمال سابق از احکامی است که علی‌رغم نامعقول بودن از لوازم این فرض است. رابعاً نگاهی اجمالی به قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ نشان می‌دهد که مقنن برای اجاره‌های بدون پایان

و علی‌القاعده طولانی مشمول قانون ۵۶ فقط تا مرز «تکلیف موجر به تعمیرات اساسی» در فرض نیاز عین مستأجره به تعمیر اساسی، پیش رفته و حتی در این فرض نیز که قطعاً رابطه استیجاری باقی است، تنها پس از الزام موجر از سوی دادگاه و تخلف وی از انجام حکم دادگاه، به مستأجر اجازه تعمیر اساسی و محاسبه هزینه‌ها فقط تا سقف ۶ ماه اجاره‌بها را اعطا کرده است. پس به طریق اولی در جایی که اساساً تکلیفی متوجه موجر نیست، نمی‌توان مستقیماً برای مستأجر اجازه تصرف و احداث بنا در ملک غیر قائل شد. به بیان دیگر قانون‌گذار در قانون مصوب ۵۶، علی‌رغم قواعد مسلم اجاره مدنی، به مستأجر اجازه بقای در عین مستأجره را برای مدت نامحدود داده و برای تکمیل و تتمیم فایده، موجر را به تعمیرات اساسی نیز ملزم نموده و در صورت تخلف، مستأجر را مجاز شمرده تا برای محافظت از حق کسب‌وپیشه‌اش عین مستأجره را تعمیر نموده و همچنان سرپا نگه دارد، اما این حکم خلاف قاعده و اصول اولیه تا زمان بقای عین مستأجره امکان دارد و دیگر فرض خرابی عین را در بر نمی‌گیرد و یا دست‌کم شمول آن نسبت به این فرض به‌شدت مشکوک است. همین امر که قانون‌گذار در قانون ۵۶ از تعمیرات اساسی و حقوق و تکالیف طرفین در این وضعیت سخن گفته ولی از ویرانی عین مستأجره و تکلیف روابط طرفین در صورت حدوث چنین وضعیتی سخن نگفته، خود قرینه مهمی است بر این که از دید نویسندگان قانون ر.م.م در چنین فرضی دیگر رابطه استیجاری از بین رفته و لذا نیازی به ذکر مسائل پس از ویرانی همچون مسئول بازسازی، نحوه مطالبه هزینه‌ها و مالکیت عین احداث شده و ده‌ها مسأله دیگر نبوده است. سکوت قانون‌گذار در زمینه ویرانی کلی مورد اجاره در حالی که با توجه به بی‌پایان بودن اجاره‌های مشمول قانون ۵۶، فرض ویرانی واحد تجاری فرض نادری نبوده و کاملاً قابل پیش‌بینی بوده است، نشان از تعمد قانون‌گذار در این سکوت دارد.

وانگهی موضع‌گیری قانون‌گذار ۵۶ در دو مسأله تقریباً مشابه و بلکه با اولویت کمتر دلالت روشنی بر این دارد که عدم تعرض قانون‌گذار به مسأله تخریب عین مستأجره اتفاقی و مبتنی بر مسامحه نبوده و تمامی احکام و امتیازاتی که قانون‌گذار برخلاف قواعد قانون مدنی برای مستأجر در نظر گرفته ناظر به فرض بقای عین است و پس از نابودی عین، دیگر سخن از رابطه استیجاری و احکام متفرع برآن فاقد موضوع است. توضیح این که قانون موجر و مستأجر ۵۶ در بندهای ۲ و ۵ ماده ۱۲ هرچند به دو مسأله «حدوث عیب غیرقابل رفع و مانع از انتفاع در عین مستأجره» و مسأله «در معرض خرابی قرار گرفتن عین مستأجره و غیرقابل‌تعمیر بودن آن» توجه نموده، لکن از این دو مسأله فقط در بحث موارد «حق فسخ» مستأجر یاد کرده و این دو مورد را صرفاً از موارد جواز فسخ عقد اجاره از سوی مستأجر قلمداد نموده است. نکته قابل توجه در

این زمینه این است که حق فسخ یادشده صرفاً مربوط به مقطعی است که مدت مقرر در عقد اجاره منقضی نشده باشد و عقد لازمی چون اجاره بر روابط آن‌ها حکومت می‌کند و لذا قانون‌گذار با جعل حق فسخ برای مستأجر در این دو فرض امکان رهایی از این وضع را با امکان فسخ عقد برای وی فراهم نموده است والّا پس از انقضاء مدت اجاره، طبق مقررات قانون ر.م.م ۵۶ مستأجر محدودیتی برای برهم زدن رابطه استیجاری و تخلیه عین ندارد و بر این اساس قانون‌گذار نیازی به مداخله و حمایت از مستأجر احساس نکرده است. از یاد نبریم که قانون‌گذار در این دو فرض حق کسب‌وپیشه و تجارت را برای مستأجر پیش‌بینی نکرده و این امر نشان می‌دهد که خاتمه رابطه استیجاری لزوماً با استحقاق دریافت حق کسب‌وپیشه همراه نیست.

به هر تقدیر همان‌گونه که از ماده ۱۲ برمی‌آید چنانچه مستأجر در ایام اجاره و به طریق اولی پس از انقضاء مدت با حدوث عیب غیرقابل رفع و مانع از انتفاع یا در شرف ویرانی قرارگرفتن واحد تجاری خود روبرو شود، می‌تواند حسب مورد عقد را «فسخ» یا محل را «تخلیه» نماید و از تعهد خود مبنی بر تأدیه اجاره‌بها خلاصی یابد و یا به بقای رابطه استیجاری در این عین معیوب یا در شرف خرابی رضا دهد و به امید فرجی بنشیند؛ اما به هر حال در فرض عدم انتخاب فسخ یا تخلیه، برای مستأجر حقی مبنی بر الزام موجر به تجدید بنا و یا تخریب بنای موجود و احداث بنای جدید در قانون پیش‌بینی نشده است. پس به طریق اولی وقتی عین کاملاً ویران گردیده، دیگر جایی برای الزام موجر یا اجازه مستأجر مبنی بر تجدید بنا وجود ندارد.

و بالاخره اگر به‌فرض، مستأجر را مجاز در احداث بنای جدید بشماریم یا باید عین را از مالک بدانیم که باز با محظور دارا شدن غیرعادلانه روبرو خواهیم بود و به اصطلاح «کَرٌ علی ما فَرّ»؛ و اگر اعیانی جدید را متعلق به مستأجر بشماریم اولاً با لحن ماده ۲۰ ق.ر.م.م که در فرض تعمیر اساسی که تکلیف مالک بود، مستأجر را در فرض اقدام به تعمیر صرفاً مستحق محاسبه هزینه‌ها تا حداکثر ۶ ماه اجاره‌بها دانسته بود و نه تنها برای مستأجر حقی نسبت به عین قائل نبود بلکه مطالبه کل هزینه‌ها را نیز اجازه نمی‌داد، ناسازگاری کامل دارد و ثانیاً چنین حکمی مستلزم تجویز احداث بنای متعلق به مستأجر در عرصه متعلّق به مالک است بدون این که مستند به دلیل روشن قانونی باشد و یا در حقوق ما چنین چیزی سابقه داشته باشد. وانگهی با حکم به جواز ساخت توسط مستأجر و تعلّق آن به خود مستأجر، مسأله خاتمه نمی‌یابد بلکه باب پرسش‌های دشوار در زمینه وضعیت جدید گشوده می‌شود که پاسخ به آن‌ها با توجه به سکوت کامل قانون ۵۶ و ناسازگاری آن با قواعد مسلّم حاکم بر قانون مدنی کار بسیار دشواری است. مثلاً اگر عین به مستأجر متعلّق باشد آیا او باید کماکان اجاره مغازه را که شامل

عرصه و اعیان است به مالک بپردازد؟ آیا می‌تواند بابت سهم مالکانه‌اش از اجاره‌بها کسر کند؟ آیا می‌تواند عین را بابت اجاره‌بهای ایام آینده محاسبه و تدریجاً عین را به مالک، علی‌رغم رضای او، تملیک کند؟ اگر مستأجر زمانی به دلیل تغییر شغل مجبور به تخلیه محل شد، رابطه او با صاحب عرصه چه می‌شود؟ آیا پس از تخلیه مغازه، موجر باید اجرت‌المثل استفاده از اعیانی را به مستأجر بدهد؟ یا برعکس آیا پس از تخلیه، مالک می‌تواند قلع بنا را که علت احداث آن، حفظ حقّ مستأجر بر استمرار رابطه استیجاری بود، تقاضا نماید؟ آیا مسأله تعدی و تفریط در عین مستأجره، در این فرض دیگر قابل استناد نیست؟ اینها و ده‌ها مسأله بغرنج و بی‌پاسخ دیگر حکم می‌کند که عطای این راه‌حل را به لقایش ببخشیم و برای دست‌یابی به مصلحتی جزئی نظام حقوقی خود را در هم نریزیم.

۲-۲. بررسی و تحلیل رأی دادگاه تجدیدنظر

همان‌گونه که دیدیم دادگاه تجدیدنظر برخلاف دادگاه بدوی، به استناد مواد ۱و۲ قانون مسئولیت مدنی و نه به استناد موارد جواز مطالبه حق کسب‌وپیشه که در ق.ر.م.م پیش‌بینی شده است، بانک را به پرداخت حق کسب‌وپیشه و تجارت به مستأجر محکوم نموده بود که این امر حکایت از آن دارد که از دیدگاه دادگاه تجدیدنظر حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر در اثر تقصیر بانک، از بین رفته است و بانک باید آن را جبران نماید و نکته دیگری که از این رأی استفاده می‌شود این است که به نظر دادگاه تجدیدنظر با اتلاف عین مستأجره از سوی بانک، عقد اجاره یا رابطه استیجاری مستأجر خاتمه یافته است و دیگر مستأجر حقی بر بقا در عین مستأجره ندارد تا مسائلی چون مسئول بازسازی و تکلیف به پرداخت اجاره‌بها و امثال آن‌ها مطرح گردد.

به تعبیر دقیق‌تر، اساساً علت اینکه دادگاه تجدیدنظر حکم به محکومیت بانک به جبران حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر نموده است، چیزی جز این نبوده که از نظر این دادگاه، عملیات بانک باعث برهم خوردن و ختم رابطه استیجاری گردیده و دیگر مستأجر نمی‌توانسته به استناد حق کسب‌وپیشه و تجارت به تصرف خود در عین مستأجره ادامه دهد. بدین ترتیب روشن است که قضاوت درباره درستی رأی دادگاه تجدیدنظر در خصوص محکومیت بانک به جبران زیان ناشی از تلف حق کسب‌وپیشه و تجارت، متوقف بر تأیید مبنای ناگفته رأی یعنی انحلال رابطه استیجاری در فرض اتلاف عین مستأجره است. برای داوری در خصوص رأی دادگاه تجدیدنظر باید این مسأله مبنایی را روشن نماییم که آیا اتلاف عین مستأجره از موجبات انحلال عقد اجاره یا رابطه استیجاری است یا نه؟

متأسفانه قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶، در مسأله تلف یـا اتـلاف عـین مستأجره، و به تبع آن در مسأله وضعیت حق کسب‌وپیشـه و تجـارت مسـتأجر در ایـن فروض ساکت است. شاید بتوان گفت سـکوت قـانون ر.م.م، بـه معنـای پـذیرش احکـام قانون مدنی در زمینه بقای یا عدم بقای اجاره است. آنچه این احتمال را تقویت می‌کنـد این است که قانون ر.م.م در مقام تقویت و تثبیت وضعیت مستأجر برآمـده و بـر همـین اساس اولاً در طرق فسخ (خیارات) مستقیماً تصرف نموده و مثلاً خیـار شـرط یـا خیـار تخلف از شرط فعل را برای موجر نشناخته است و بدین تمهید از انحلال اجـاره در ایـن موارد جلوگیری کرده است و از سوی دیگر همان‌گونه که دیـدیم بـه دو مـورد از مـوارد بطلان اجاره در قانون مدنی اشاره نموده و برخلاف قانون مـدنی ایـن مـوارد را از مـوارد جواز فسخ عقد اجاره شمرده است (بند ۲ و ۵ ماده ۱۲ ق.ر.م.م). از ایـن نحـوه عملکـرد شاید بتوان برداشت نمود که قانون‌گذار تا جایی که برایش ممکن بـوده از قـانون مـدنی منحرف شده و از موارد انحلال عقد اجاره کاسته، اما در سایر موارد کـه سـکوت کـرده، قصد انحراف از قواعد مدنی را نداشته است والّا باید آن‌ها را هم ذکر مـی‌نمـود. بـر ایـن اساس بد نیست نگاهی به قانون مدنی در این زمینه داشته باشیم. در قانون مدنی حکـم تلف مورد اجاره در مواد ۴۸۳ و ۴۹۶ بیان شده است. بر اساس مواد یادشده با تلف مورد اجاره عقد اجاره باطل یا منفسخ می‌گردد. هرچند قانون مـدنی بـه‌روشـنی بـه تفکیـک مسأله تلف و اتلاف نپرداخته است اما با عنایت به پیشـینه روشـن فقهـی و لحـن مـواد یادشده تردیدی باقی نمی‌ماند که قانون مدنی نیز همچون قول رایج در فقه[1] بین اتلاف و تلف تفاوت نهاده و تنها در فرض تلف قهری حکم به بطلان یا انفسـاخ عقـد نمـوده و مورد اتلاف را از موارد انحلال عقد اجاره نشمرده است.[2] قـانون مـدنی در مـاده ۴۸۳ بـا استفاده از تعبیر «تلف در اثر حادثه» قرینه روشنی بر مقصود خود یعنی اختصاص حکم ماده به تلف قهری به دست داده است.[3]

عین عبارت ماده ۴۸۳ ق.م چنین است: «اگر در مدت اجـاره عـین مسـتأجره بـه واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلـف نسـبت بـه مقـدار تلـف‌شـده منفسـخ می‌شود...». هرچند لحن این ماده، به‌ویژه با توجه به تقابل و تفاوت روشن اصطلاح تلف و اتلاف در حقوق ما و پیشینه مسلم فقهی موضوع، تردیدی در اختصاص حکم انفسـاخ

۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، جلد ۲۷، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بی‌تـا، ص. ۲۷۶؛ طباطبـائی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروه‌الوثقی، جلد ۲، چاپ دوم، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹، ص. ۵۹۴.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۲، چاپ دهم، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۰، ص. ۵۵.
۳. کاتوزیان، پیشین، ص‌ص. ۱۹۵ و ۴۳۵؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، چـاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹، ص. ۳۰۱.

به تلف باقی نمی‌گذارد اما بر فرض آن که برای ماده یادشده مفهوم قائل نباشیم و آن را نسبت به مورد اتلاف ساکت فرض کنیم، باز هم با توجه به این که اسباب انحلال عقد را قانون مشخص می‌کند و مادام که قانون‌گذار امری را به‌عنوان عامل انحلال عقد در نظر نگرفته، چاره‌ای نداریم جز این که در صورت تحقّق آن عامل، عقد را باقی بدانیم و به فرض وقوع شک، با اصل استصحاب حکم به بقای عقد نماییم و بر همین اساس چون قانون‌گذار اتلاف مورد اجاره را از اسباب انحلال عقد نشمرده است، باز چاره‌ای جز حکم به بقای عقد در فرض اتلاف نداریم. البته چنانکه برخی از اساتید اشاره نموده‌اند، قانون مدنی در ماده ۴۸۸ به موضوع اتلاف عین مستأجره پرداخته[1] و با حکم به مسئولیت مُتلف بر جبران اجرت‌المثل منافع، به‌نحوی نه‌چندان روشن، بر بقای عقد اجاره در فرض اتلاف عین مستأجره صحه گذارده است. به موجب این ماده: «اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت‌المثل به خود مزاحم مراجعه کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند». هر چند این ماده ناظر به اتلاف منفعت است که در اثر مزاحمت ثالث واقع شده است، اما منشأ اتلاف منفعت خصوصیتی نداشته و اگر اتلاف منافع ناشی از اتلاف عین نیز باشد، تنها از فسخ یا رجوع به ثالث برای جبران اجرت‌المثل منافع می‌توان سخن گفت.

به هر تقدیر با توجه به بقای عقد اجاره در فرض اتلاف، تحلیل روابط طرفین دشوار نیست.

از یک طرف ثالثی که عین مستأجره را تلف کرده، در مقابل مالک عین، ضامن مثل یا قیمت عین است و از طرف دیگر در مقابل مستأجر، ضامن اجرت‌المثل منافع تالفه یعنی منافع باقی‌مانده تا انتهای مدت اجاره است و بالاخره به دلیل بقای عقد اجاره، مستأجر نیز کماکان باید اجرت‌المسمّی را تا انقضای مدّت اجاره به موجر بپردازد.

اما آیا این احکام معقول و قابل‌اجرا را می‌توان در اجاره‌های مشمول قانون ر.م.م نیز اعمال نمود؟ برای پاسخ منفی تأمل چندانی لازم نیست. زیرا اگر در اجاره‌های مشمول قانون ۵۶ بخواهیم احکام قانون مدنی را اجرا کنیم، با نتایج کاملاً نامعقول و غیرقابل قبولی روبه‌رو می‌شویم که نه منطق عرف و نه منطق حقوق آن را تأیید نمی‌کند. همان‌گونه که می‌دانیم، بر اساس قانون ۵۶ رابطه استیجاری با انقضاء مدت اجاره پایان نمی‌پذیرد و برای آن فرجام و سرانجام مشخصی نمی‌توان معین نمود و

۱. همان.

چنانچه با مانع خاصی روبه‌رو نشود، این رابطه علی‌الدوام به حیات خود ادامه می‌دهد. حال تصور کنید که ثالثی مغازه استیجاری را تخریب نموده است. حکم به محکومیت ثالث به جبران خسارت عین در حق مالک با مشکلی روبه‌رو نیست اما از جهت منافع، ثالث باید اجرت‌المثل را از زمان تخریب به بعد به مستأجر بپردازد و از طرف دیگر مستأجر نیز به لحاظ بقای رابطه استیجاری کماکان باید حسب مورد اجرت‌المسمی یا معادل آن را به موجر پرداخت نماید و این وضعیت ناهنجار و مضحک می‌تواند بدون پایان مشخصی برای همیشه ادامه پیدا کند و این وضعیتی است که قطعاً نمی‌تواند مقصود قانون‌گذار بوده باشد.

روشن است که علت عدم امکان اجرای حکم قانون مدنی در اینجا، تغییراتی است که قانون‌گذار ۵۶ در عقد اجاره سنّتی داده است و بر اساس آن عقد اجاره را از قالب یک عقد موقّت خارج نموده و آن را به رابطه‌ای مستمر که انجام و فرجام مشخصی ندارد تبدیل نموده است و طبیعی است که با این تفاوت مهم، قیاس این دو اجاره به یکدیگر و تحمیل و سرایت احکام یکی بر دیگری قیاس مع‌الفارق بوده و در برخی موارد نتایج نادرست و غیرقابل پذیرشی را موجب خواهد شد.

بنابراین اگر حق کسب‌وپیشه و تجارت به حق بقای مستأجر در عین مستأجره یا به تعبیر برخی اساتید به حق تقدم و تمدید اجاره توسط مستأجر تحلیل شود،[1] تردیدی در ملازمه آن با وجود عین و وجود رابطه استیجاری باقی نمی‌ماند و خاتمه رابطه استیجاری معنایی جز عدم حق کسب‌وپیشه و تجارت نخواهد داشت. ممکن است گفته شود حق کسب‌وپیشه یک امر اعتباری است و تلف خارجی عین مستأجره نمی‌تواند این موجود اعتباری را از میان ببرد. در پاسخ به این شبهه باید گفت درست است که تلف خارجی تنها در خصوص اموال خارجی امکان تصور دارد اما مراد ما از تلف حق کسب‌وپیشه در اثر تلف عین مستأجره، انتفای این حق به تبع انتفای موضوع است نه تلف مستقیم نفس حق. برای تقریب به ذهن می‌توان مالکیت یا حق انتفاع نسبت به یک عین خارجی را مثال زد. چنانچه اتومبیلی که موضوع مالکیت یا حق انتفاع است در اثر حادثه‌ای تلف شود، هر چند تلف، مستقیما مالکیت یا حق انتفاع را از میان نمی‌برد اما بی‌گمان با تلف مال خارجی، حق بلاموضوع شده و از باب فقدان موضوع بالتبع از بین می‌رود. به دیگر سخن هرچند مالکیت و حق انتفاع از امور اعتباری‌اند و با حوادث عالم خارج نسبت مستقیمی ندارند اما به‌هرحال اگر موضوع آن‌ها که یک موجود واقعی و خارجی است از میان برود، ناگزیر این حقوق اعتباری که به این مال

۱. کاتبی، پیشین.

تعلق گرفته بود نیز از میان می‌رود و حسب مورد موجب مسئولیت مدنی و ضمان یا انتفای تعهد یا عقد و امثال آن می‌گردد.

آخرین نکته‌ای که در خصوص رأی دادگاه تجدیدنظر ممکن است به ذهن خطور نماید این است که با توجه به معیّن بودن موارد تعلّق حقّ کسب‌وپیشه و تجارت در ق.ر.م.م، حکم به پرداخت این حق به مستأجر در خارج از موارد مذکور چگونه توجیه می‌شود. پاسخ این شبهه دشوار نیست، زیرا هرچند موارد مذکور در قانون ۵۶ جنبه حصری دارد و نمی‌توان با وحدت ملاک و امثال آن بر تعداد آن‌ها افزود و این امر به صراحت در رأی اصراری دیوان عالی کشور به شماره ۱۹-۷۴/۴/۲۰ به اتفاق آراء مورد تأیید قرارگرفته است، اما نباید از یاد برد که آنچه در قانون آمده مواردی است که مالک در قبال تقاضای تخلیه ملک مکلف به تأدیه حق کسب‌وپیشه و تجارت به مستأجر است در حالی که مسأله ما مسأله اتلاف حق کسب‌وپیشه و تجارت و جبران خسارت ناشی از نابودی آن است. به بیان دیگر در اینگونه موارد موضوع خواسته به معنای دقیق کلمه نه «مطالبه حق کسب‌وپیشه» بلکه «مطالبه خسارت ناشی از اتلاف حق کسب‌وپیشه» است. در موارد مذکور در قانون، حقّ از بین نرفته بلکه با پرداخت قیمت آن از سوی مالک، به اقلام دارایی مالک افزوده و منتقل می‌شود و در مالکیت عین مضمحل می‌گردد، در حالی که در مسأله ما این حق از بین رفته و ما در مقام جبران زیان ناشی از اتلاف آن هستیم. بدین ترتیب ما در این جا با مقوله اتلاف حق روبه‌رو هستیم و از این رو ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به روشنی آن را در بر می‌گیرد و لذا استناد دادگاه تجدیدنظر به ماده ۱ و ۳ قانون مسئولیت مدنی کاملاً موجّه و قابل‌قبول است. رأی اصراری شماره ۶-۱۳۷۷ دیوان عالی کشور نیز این تحلیل را تأیید می‌کند. این رأی در خصوص حق کسب‌وپیشه و تجارت بوفه یک سینما که در اثر حریق از بین رفته و مالک (بنیاد مستضعفان)، محل سینما را تبدیل به یک باشگاه ورزشی نموده بود صادر شده است. دادگاه بدوی به استناد مواد ۱و۲ ق. مسئولیت مدنی، مالک را محکوم به پرداخت حق کسب‌وپیشه به مستأجر نموده بود و شعبه سوم دیوان در مقام رسیدگی تجدیدنظر، به این دلیل که اولاً خواسته مطالبه حق کسب‌وپیشه بوده نه مطالبه خسارت و لذا استناد به ق. مسئولیت مدنی وجاهت ندارد و ثانیاً به دلیل حصری بودن موارد تعلق حق کسب‌وپیشه رأی دادگاه بدوی را نقض کرده بود. با اصرار شعبه بدوی و طرح موضوع در هیأت عمومی نهایتاً اکثریت اعضاء رأی شعبه بدوی را که به استناد به مواد ۱و۲ ق. مسئولیت مدنی حکم به پرداخت حق کسب‌وپیشه برای مستأجر داده بود، تأیید کرده و به طور ضمنی اولاً بر انحلال عقد در اثر اتلاف عین مستأجره و ثانیاً بر

نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت و لزوم جبران خسارت ناشی از تلف آن از باب مسئولیت مدنی صحه گذاشته‌اند.

۳. دشواری‌های خاص فرض تلف قهری

چنان‌که دیدیم در فرض اتلاف مورد اجاره، هرچند مستأجر از ادامه رابطه استیجاری محروم می‌گردید اما با امکان مطالبه خسارت ناشی از نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت، ماجرا به سرانجام قابل قبولی می‌انجامید اما این فرجام نسبتاً شیرین در فرض تلف قهری قابل دسترس نیست. زیرا از یک سو حکم به بقای رابطه استیجاری با همه اشکالاتی که در نقد رأی دادگاه بدوی از حیث بازسازی عین و مسائل پیرامون آن مطرح نمودیم روبرو خواهد بود و از سوی دیگر حکم به انحلال اجاره و ختم رابطه استیجاری اگر چه موجب هماهنگی ق.ر.م.م با قانون مدنی می‌گردد اما نه تنها مستأجر را از بقای در عین محروم می‌سازد بلکه از حیث مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت در وضعیت وخیم‌تری قرار می‌دهد. زیرا در فرض تلف قهری و حکم به انحلال رابطه استیجاری، مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت نه در قالب موارد مندرج در ق.ر.م.م می‌گنجد و نه پای عامل اتلاف در میان است تا بتوان از باب قواعد مسئولیت مدنی، دست‌کم خسارت ناشی از فقدان حق کسب‌وپیشه و تجارت را جبران نمود. این نکته را نیز بیفزاییم که برخلاف مورد اتلاف، قانون مدنی در فرض تلف، حکم به انحلال اجاره نموده و از این جهت احتمال پذیرش حکم قانون مدنی از سوی قانون‌گذار ۵۶ و تفسیر سکوت ق.ر.م.م در همین راستا احتمال بعیدی نیست.

با توجه به فراوانی فرض تلف قهری ناشی از زلزله، سیل، بمباران و یا فرسودگی مغازه، نسبت به فرض اتلاف، رویه قضایی به کرّات با این مسأله مواجه شده و هر بار به طریقی کوشیده است از نابودی حقوق مستأجر جلوگیری نماید.

برخی از قضات به منظور جلوگیری از محرومیت مستأجر از حق کسب‌وپیشه و تجارت، حکم قانون مدنی مبنی بر انحلال در فرض تلف قهری را از اجاره‌های مشمول قانون ۵۶ منصرف دانسته‌اند.[1] برخی از نویسندگان به این تحلیل اعتراض نموده و معتقدند این قضات دامنه شمول و قدرت قاهره ق.ر.م.م ۵۶ را بیش از حد قابل‌قبول توسعه داده‌اند، زیرا وجود رابطه استیجاری با بقای عین ملازمه دارد.[2] این راه‌حل صرف‌نظر از فقدان پشتوانه قانونی، از حیث قواعد حاکم بر روابط طرفین پس از تلف با مشکلات فراوان روبرو است که در بخش نخست این نوشتار به آن‌ها اشاره نمودیم.

۱. نوبخت، پیشین، ص. ۲۸۲ .
۲. کشاورز، پیشین، ص. ۱۹۷.

برخی دیگر از قضات با تمهیدی کوشیده‌اند خروج از شمول حکم قانون مدنی را بر دلیلی استوار سازند. اینان مدعی شده‌اند چون عین مستأجره در قانون ر.م.م عبارت از مغازه است و با حوادثی که ذکر شد، صرفاً اعیانی تخریب می‌گردد و عرصه برجای خود باقی است، پس این موارد اساساً مصداق تلف به حساب نمی‌آیند.[1] این تمهید مصلحت‌جویانه نیز گره‌گشا نیست، زیرا اولاً مانند مورد قبل، از حیث وضعیت پس از تلف اعیان با خلأ کامل قانونی و پیچیدگی‌های فراوان روبرو است و ثانیاً انهدام مغازه یا خانه همواره در متون فقهی و حقوقی به‌عنوان نمونه‌های تلف ذکر شده‌اند و سلب عنوان تلف از مغازه‌ای که در اثر زلزله کاملاً ویران شده، با ادبیات حقوقی ما و منطق عرف ناسازگار است. ثالثاً برای حکم به انحلال اجاره، تلف کامل ضرورت ندارد و همین‌قدر که عین از قابلیت انتفاع موردنظر در عقد اجاره خارج شود، اجاره منحل می‌گردد. رابعاً در فروض مورد بحث اگر تلف کلی صدق نکند، قطعاً تلف بعض صادق است و طبق ماده ۴۸۳ ق.م تلف جزئی نیز موجب بطلان جزئی اجاره می‌گردد. نتیجه‌ای که از سوی این گروه قابل قبول نیست.

پاره‌ای دیگر از قضات بین موردی که مستأجر بتواند از عرصه استفاده کند یا نتواند تفکیک نموده و در فرض امکان انتفاع از عرصه، رابطه استیجاری را برقرار می‌دانند و در فرض عدم امکان انتفاع، حکم قانون مدنی را جاری می‌دانند. منتهی با این تکمله که پس از انحلال اجاره، مالک باید حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر را جبران نماید.[2]

این دیدگاه نیز قابل انتقاد است، زیرا به فرض که مستأجر بتواند از عرصه نیز استفاده کند، اما این مقدار برای تصحیح رابطه استیجاری و حفظ آن کافی نیست. زیرا مراد از انتفاع در مبحث اجاره، انتفاع مقصود بالاجاره است نه مطلق انتفاع و لذا اگر مستأجر مغازه را برای پیتزافروشی اجاره نموده و اکنون با ویرانی آن می‌تواند برای دست‌فروشی و پهن کردن بساط از آن استفاده کند، نمی‌توان گفت عین مستأجره از قابلیت انتفاع خارج نشده است. انتقاد مهم‌تری که به این دیدگاه وارد است این است که بدون توجیه و استناد روشن، حق مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت را به مستأجر عطا نموده است و این در حالی است که پیش‌تر گفتیم موارد امکان مطالبه حق کسب‌وپیشه مستأجر از مالک در قانون احصاء شده و قابل سرایت و تعمیم به موارد دیگر نیست.

۱. نوبخت، پیشین.
۲. همان.

برخی از نویسندگان برای اثبات امکان مطالبه حق کسب‌وپیشه از سوی مستأجر به رغم عدم تصریح قانون‌گذار، چنین استدلال کرده‌اند که هر وجود حق کسب‌وپیشه در فرض تلف عین مستأجره از موارد مصرح در قانون نیست اما تلف عین مستأجره از موارد سقوط حق کسب‌وپیشه نیز به شمار نیامده است و بنابراین موجبی برای سقوط این حق وجود ندارد.[1] این نحو استدلال قابل انتقاد به نظر می‌رسد، زیرا حق کسب‌وپیشه و تجارت حقی است که ق.ر.م.م آن را اعتبار و ایجاد نموده و عدم نفی آن توسط قانون‌گذار برای اثبات وجود آن کافی نیست بلکه وجود این حق است که محتاج تصریح است. همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۱۹ مورخ ۱۳۷۴/۴/۲۰ که به اتفاق آراء تصویب گردیده تصریح می‌نماید: «صدور حکم به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت فقط در موارد مذکور در ذیل ماده ۱۵ وتبصره ذیل ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ تجویز گردیده و حکم به پرداخت آن در غیر موارد منصوص فاقد توجیه قانونی است».

وانگهی چنانکه اشاره شد قانون‌گذار ۵۶ در مورد عیب غیرقابل رفع یا در شرف خرابی بودن مورد اجاره که از قضا به موضوع تلف عین مستأجره شباهت بسیار دارد، تنها برای مستأجر حق فسخ یا تخلیه عین مستأجره را در نظر گرفته است، بدون اینکه برای مستأجر در این موارد حق مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت در نظر گیرد. به دیگر سخن در نظر گرفته نشدن حق کسب‌وپیشه و تجارت برای مستأجر حتی در مواردی که هیچ تقصیری متوجه مستأجر نبوده است، در ق.ر.م.م امری بی‌سابقه نیست و انتفای رابطه استیجاری بدون حق کسب‌وپیشه و تجارت را نباید امری ناممکن و خلاف قانون ر.م.م تلقی نمود.

در این میانه، اداره حقوقی قوه قضاییه نیز بیکار ننشسته و در دو نظریه به شماره‌های ۷/۳۴۳۷ مورخ ۶۹/۸/۲۹ و نظریه ۷/۶۵۶۴ مورخ ۷۲/۹/۲۵ گرچه به طور ضمنی انحلال اجاره در فرض تلف را پذیرفته اما ویرانی در اثر بمباران و موشک‌باران را مصداق اتلاف قلمداد نموده نه مصداق تلف. روشن است که این نظریه‌ها اولاً برای ویرانی ناشی از حوادث طبیعی چاره‌ای نیندیشیده و صرفاً به کار مستأجران مغازه‌های ویران‌شده در اثر حوادث جنگی می‌آید. ثانیاً براساس آنچه گفتیم در فرض اتلاف اگر رابطه را باقی بدانیم طریق روشنی برای بازسازی مجدد نداریم و بالاخره با توجه به بقای رابطه استیجاری، علاوه بر تکلیف مستأجر به پرداخت اجاره‌بها، دلیلی بر مطالبه حق کسب‌وپیشه و

۱. کشاورز، پیشین، ص. ۱۹۷.

تجـارت از سـوی مسـتأجر وجـود نـدارد، زیـرا بـه حسـب فـرض رابطـه اسـتیجاری باقی است و حق کسـب‌وپیشـه و تجـارت نیـز بـر جـای خـود اسـت و از بـین نرفتـه و یا به مالک منتقل نشده تا مطالبه آن وجهی داشته باشد.

آخرین اشکالی که بر این نظریه‌ها وارد است این است که هرچند در حوادثی همچون بمباران، عامل انسانی دخالت دارد اما در حقوق ما موارد این‌گونه در حکم تلف تلقی می‌شوند. به عنوان مثال در باب قاعده تلف مبیع قبل از قبض بسیاری از فقها[1] و حقوق‌دانان[2] تصریح نموده‌اند که سرقت و نهب نیز در حکم تلف است و موجب انفساخ عقد می‌شود و هیچ کس به این ادعا که در سرقت و نهب پای عامل انسانی در میان است، حکم به صحت بیع و رجوع مشتری به سارق یا راهزن ننموده است.

با این‌همه اگر از تمامی این اشکالات با مسامحه بگذریم و بخواهیم برای حفظ حق مستأجر نسبت به حق کسب‌وپیشه و تجارت تمهید و تدبیری بیاندیشیم شاید یکی از راه‌ها این باشد که بگوییم با برقراری عقد اجاره مشمول قانون ۵۶ حقی برای مستأجر نسبت به بقای در عین مستأجره به وجود آمده و هرچند با تلف عین مستأجره مغازه به معنای دقیق کلمه وجود ندارد اما چون قانون‌گذار صراحتاً تلف مورد اجاره را از اسباب ختم رابطه استیجاری نشمرده و از سوی دیگر در فروض مورد بحث، عرصه کماکان باقی است، مادام که مستأجر محل را تخلیه ننموده و از حق خود اعراض نکرده است، حق کسب‌وپیشه وتجارت او باقی است. لکن باید توجه داشت که چون این راه‌حل بر فرض بقای رابطه استیجاری استوار شده است، مستأجر هرچند نمی‌تواند از عین بهره سابق را ببرد و یا آن را مجدداً احداث نماید، اما به هرحال باید کماکان اجاره‌بها را به موجر پرداخت نماید و به امید روزی بنشیند که مالک از این وضع خسته شده و تقاضای تخلیه ملک را بنماید و مستأجر نیز تخلیه را منوط به دریافت حق کسب‌وپیشه و تجارت نماید.

۱. انصاری، مرتضی، المکاسب، جلد ۶، چاپ اول، نشر کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص. ۲۷۳.
۲. کاتوزیان، پیشین، ص. ۱۹۸.

نتیجه‌گیری

گفتیم که بر خلاف قانون مدنی که حکم تلف و اتلاف عین مستأجره را بیان نموده، در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ این موضوعات به سکوت برگزار شده است. این سکوت، موجب ابهام در وضعیت حق کسب‌وپیشه و تجارت در چنین فروضی گردیده است. محاکم در برخورد با موضوع اتلاف عین مستأجره، دو رویکرد مختلف اتخاذ کرده‌اند: برخی بر بقای حق کسب‌وپیشه حتی در فرض اتلاف عین پای فشرده و برخی دیگر حق را به تبع نابودی عین، تلف شده تلقی و عامل تلف را به جبران آن محکوم کرده‌اند. به نظر می‌رسد مادام که ماهیت حق کسب‌وپیشه و تجارت روشن نشود، بحث‌ها سودی نخواهد بخشید. به نظر می‌رسد عنصر اساسی و مقوم ذاتی حق کسب‌وپیشه و تجارت، «حق بقای مستأجر در عین حتی پس از انقضاء مدت اجاره» و به تعبیر دیگر «عدم امکان تخلیه مستأجر پس از انقضای مدت اجاره» است. بر خلاف آنچه مرسوم است، «حق بر مشتریان» و تعابیری از این دست، نمی‌تواند نشانگر ماهیت حق کسب‌وپیشه و تجارت باشد و از مقومات ماهوی این حق به حساب نمی‌آید و حد اکثر در تعیین میزان حق کسب‌وپیشه مؤثر است نه در اصل تحقق آن.

بر اساس این تحلیل حق کسب‌وپیشه و تجارت و حق سرقفلی از حیث ماهیت به یکدیگر نزدیک می‌شوند و تفاوت عمده آن‌ها در منشأ حق خلاصه می‌شود. به این معنا که حق کسب‌وپیشه و حق سرقفلی، هر دو حق بقای در عین پس از انقضای مدت اجاره‌اند، با این تفاوت که مبنای حق نخست، حکم آمره قانون‌گذار ۱۳۵۶ و مبنای حق بقای در سرقفلی، تراضی اولیه طرفین و انتقال این حق از سوی موجر به مستأجر است و دقیقاً به دلیل همین اختلاف مبناست که در فقه، باقی ماندن مستأجر به استناد حق کسب‌وپیشه و تجارت را نامشروع می‌شمارند و در مقابل در جواز بقای مستأجر به استناد حق سرقفلی تردید روا نمی‌دارند.

اکنون با این مقدمه پرسش اصلی را مجدداً مطرح می‌کنیم: آیا پس از اتلاف واحد تجاری، حق و کسب‌وپیشه و تجارت به معنای حق بقای مستأجر در عین مستأجره، باقی است یا از میان می‌رود؟ پاسخ به این پرسش در گرو پاسخ به پرسش مبنایی‌تری است که کانون اصلی بحث در آن نهفته است و آن پرسش این است که آیا بین انحلال رابطه استیجاری و نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت و یا برعکس بین بقای حق کسب‌وپیشه و استمرار رابطه استیجاری تلازم وجود دارد یا خیر؟ به دیگر سخن نمی‌توان حکم به انحلال رابطه استیجاری داد و در عین حال مستأجر را واجد حق کسب‌وپیشه و تجارت به معنای حق بقای در عین مستأجره یا حق تمدید یا اولویت در

اجاره دانست و از سوی مقابل نمی‌توان در عین حکم به بقای حق کسب‌وپیشه و تجارت به معنای استحقاق بقای در عین، رابطه استیجاری را خاتمه یافته تلقی نمود. به عبارت بهتر حق کسب‌وپیشه و تجارت، حقی عینی است که به تبع یک رابطه استیجاری برای مستأجر قابل تصور است و نمی‌توان فرض حالتی را نمود که رابطه استیجاری گسیخته شده ولی مستأجر پیشین کماکان حق بقای در عین را داشته باشد و باز به بیان دیگر حق کسب‌وپیشه و تجارت حقی است که از استحکام و قابلیت تداوم رابطه استیجاری انتزاع می‌شود و نوعی ویژگی و امتیاز برای یک رابطه استیجاری محسوب می‌شود.

گفته شد که قانون مدنی به تبع قول رایج در فقه، بین اتلاف و تلف تفاوت نهاده و بر خلاف فرض تلف، در فرض اتلاف عقد را پا برجا می‌داند. توجیه حکم قانون مدنی به این صورت است که با توجه به تملیکی بودن عقد اجاره، مستأجر به محض عقد مالک کل منافع شده و اکنون با اتلاف عین مستأجره توسط ثالث، افزون بر عین، منافع باقیمانده که متعلق به مستأجر بوده نیز از میان رفته و از این رو ثالث باید افزون بر جبران خسارت عین، اجرت‌المثل منافع فائته را نیز بپردازد و البته مستأجر نیز به دلیل بقای عقد، همچنان باید اجرت‌المسمی را تا انقضای مهلت اجاره به مالک پرداخت کند. دیدیم که اجرای این حکم معقول یعنی حکم به بقای اجاره، در اجاره‌های مشمول قانون ۵۶ که رابطه استیجاری پایان مشخصی ندارد به چنان نتایج نامعقولی می‌انجامید که در کنار نهادن آن نباید تردید نمود و چاره‌ای جز حکم به انحلال اجاره در فرض اتلاف مورد اجاره وجود ندارد. به عنوان مثال، اتلاف کننده (ثالث) باید برای همیشه به مستأجر اجرت‌المثل بدهد و مستأجر نیز برای همیشه به مالک اجرت‌المسمی بپردازد!

اکنون اگر مبنای انحلال اجاره در صورت اتلاف را بپذیریم با توجه به فرض تلازم بین انحلال رابطه استیجاری و نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت، ناگزیر باید دیدگاه کسانی را ترجیح دهیم که معتقدند با اتلاف مورد اجاره، حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر نیز نابود شده و در نتیجه شرایط مسئولیت مدنی ثالث برای جبران این حق فراهم می‌گردد. پس بطور خلاصه چون در فرض اتلاف، رابطه استیجاری منحل می‌شود و در نتیجه انحلال اجاره، حق بقای مستأجر در عین مستأجره، از میان می‌رود و مالک نیز تکلیفی به پرداخت آن به مستأجر ندارد، باید پذیرفت که مستأجر این حق را از دست داده است و از سوی دیگر چون فعل ثالث موجب ویرانی عین و به تبع موجب نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت گردیده، شرایط استناد به ضمان ناشی از اتلاف و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی فراهم است و ثالث باید هزینه فعل زیان‌بار خود را که از جمله آن جبران خسارت ناشی از نابودی حق کسب‌وپیشه مستأجر است، تحمل نماید.

مسأله تلف قهری عین مستأجره، بغرنج‌تر از فـرض اتـلاف اسـت. چـه در فـرض اتلاف، مستأجر خسارت ناشی از ازدست دادن حق کسب‌وپیشه خود را از ثالث دریافـت می‌کرد اما در این فرض نه ثالثی در کار است و نه می‌توان مالک را مجبور بـه پرداخـت حق کسب‌وپیشه به مستأجر نمود. زیرا اولا از ناحیه موجر خطایی سـر نـزده و از سـوی دیگر موارد الزام موجر به پرداخت حق کسب‌وپیشه به مسـتأجر بـه صـورت حصـری در قانون پیش‌بینی شده و این مورد از جمله آنان نیست. بنابراین دو راه بیشتر قابل تصـور نیست: یا اینکه اجاره را همچون اجاره‌های مشمول قانون مدنی منحل و منفسخ بـدانیم که نتیجه آن محرومیت مستأجر از حق کسب‌وپیشه است و گناه آن را بایـد بـه گـردن سرنوشت و حوادث طبیعی انداخت؛ چنانکه مالک نیز برای تلف مغـازه خـود بـه کسـی نمی‌تواند مراجعه کرده و تنها باید از بخت بـد خـویش بنالـد. راهکـار دوم کـه خـالی از تکلّف نیست این است که در فرض تلف قهری، همانند مـورد عیـب غیرقابـل رفـع و در شرف خرابی بودن مورد اجاره، عقد را منحل شده تلقی نکرده و تنها برای مستأجر حـق فسخ قائل باشیم و معتقد باشیم هـر چنـد مـوجر تکلیفـی بـه بازسـازی عـین نـدارد و مستأجر نیز چنین حقی ندارد اما با وجود این، به دلیل عدم فسخ و انحلال عقد، وجـود و بقای حق مستأجر بر عین، مزاحم و مانعی برای تصرفات آتی موجر است و موجر اگـر بخواهد روزی در ملک خود تصرفی نماید باید رضایت مستأجر را که بـه حسـب فـرض حق بقای او در عین همچنان باقی است، تحصیل نماید. روشن اسـت کـه لازمـه فـرض بقای رابطه استیجاری، استحقاق موجر نسبت به اجـاره‌بهـا اسـت و البتـه مسـتأجر نیـز می‌تواند بجای اجاره پرداختن و انتظار زمانی که موجر بـه تنـگ آمـده و بـه سـراغ وی می‌آید، برای معاف شدن از پرداخت اجاره‌بها، به اختیار خود ملـک را در اختیـار مـوجر قرارداده و رابطه استیجاری را یک‌طرفه خاتمه بخشد. همچنان که در سـایر مـوارد نیـز قانون‌گذار ۵۶ این حق را برای مستأجر شناخته که پس از مدت اجاره، هر زمان بخواهد ملک را تخلیه کرده و بصورت یک‌طرفه رابطه استیجاری را خاتمه بخشد.

منابع

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۲، چاپ دهم، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۰.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، چاپ اول، نشر کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹.
- خمینی (امام)، سیدروح الله، تحریرالوسیله، چاپ اول، موسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی‌تا.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۱، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۴.
- سیفی زیناب، غلامعلی، سرقفلی در حقوق ایران، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۰، ۱۳۶۹.
- صدرزاده افشار، سیدمحسن، حق کسب یا پیشه یا تجارت و ضوابط آن در حقوق فرانسه، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره ۲، ۱۳۵۷.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، چاپ دوم، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
- عبدی‌پور، ابراهیم، رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، مجله فقه و حقوق، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۶.
- عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد ۱، نشردانشگاهی، ۱۳۶۵.
- کاتبی، حسینقلی، حقوق تجارت، جاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۷.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین: معاملات معوض و عقود تملیکی، چاپ ششم، شرکت انتشار، ۱۳۷۴.
- کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب‌وپیشه و تجارت، چاپ دوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- نوبخت، یوسف، اندیشهٔ قضایی، چاپ سوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰.

استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر حق غنی‌سازی ایران

مجتبی بابایی*

چکیده

گرایش روزافزون به استفاده صلح‌آمیز از انرژی اتمی در کنار ترس از گسترش تسلیحات هسته‌ای و وقوع جنگی هسته‌ای، جامعه بین‌المللی را به انعقاد معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۶۸) سوق داد. منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، حق استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای برای همه اعضا و خلع سلاح هسته‌ای، سه ستون اصلی این معاهده را شکل می‌دهند. با وجود این، مفهوم، دامنه شمول و حدود حقوق و تعهدات دولت‌های عضو در رابطه با این ستون‌ها، همواره از مسائل مورد اختلاف گروه‌های مختلف دولت‌ها، به‌ویژه کشورهای دارنده سلاح هسته‌ای و کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای بوده است. مناقشه بر سر فعالیت‌های هسته‌ای ایران، از جمله موضوع حق غنی‌سازی اورانیوم، نمونه بارزی از این اختلافات است. بر پایه یافته‌های تحقیق حاضر، استفاده از انرژی هسته‌ای حقی عام و ذاتی است که کلیه دولت‌ها به موجب حقوق بین‌الملل عام از آن برخوردارند. اما این حق عام، در معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای با تعهد به عدم گسترش و ساخت سلاح هسته‌ای محدود شده است. به این ترتیب، هر دولت، تا زمانی که چنین تعهدی را نقض ننموده از کلیه حقوق خود، شامل غنی‌سازی اورانیوم برخوردار است.

کلیدواژه‌ها: حق استفاده مسالمت‌آمیز از انرژی هسته‌ای، حقوق بین‌الملل عام، غنی‌سازی اورانیوم، معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای (ان.پی.تی).

* عضو هیات علمی دانشگاه پیام نور Mojtaba.babaee@gmail.com

مقدمه

بدون تردید کشف انرژی اتم یکی از مهم‌ترین و در عین حال چالش‌برانگیزترین دستاوردهای بشر در طول تاریخ بوده است. انرژی هسته‌ای با کاربردهای بسیار مفیدی که در زمینه تولید برق، پزشکی، کشاورزی و ... دارد، منشأ تحولات شگرفی در زندگی بشر بوده است. در عین حال تشعشعات رادیواکتیو ناشی از مواد هسته‌ای و به‌ویژه استفاده از اتم برای ساخت سلاح‌های هسته‌ای مخاطرات بسیار ناگواری برای سلامت بشر و حیات کل موجودات کره زمین پدید آورده است. قدرت ویرانگری سلاح‌های هسته‌ای در حدی است که می‌تواند کلیه دستاوردهای تمدن بشری را در مدت زمان کوتاهی از میان بردارد. جامعه بین‌المللی از همان سال‌های اولیه استفاده از انرژی هسته‌ای به ماهیت دوگانه مفید و مخرب این کشف و تکنولوژی جدید پی برد و دریافت که استفاده و توسعه دانش و فناوری اتمی نیازمند همکاری بین‌المللی در چارچوب یک نظم حقوقی بین‌المللی است. در نتیجه تلاش‌هایی که در این زمینه به عمل آمد، نظام حقوقی عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای با محوریت معاهده ۱۹۶۸ عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای (ان.پی.تی) شکل گرفت.

هدف اولیه تدوین‌کنندگان این نظام حقوقی جدید از یک سو تضمین برخورداری ایمن از فناوری صلح‌آمیز هسته‌ای برای همگان، و از سوی دیگر، منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و خلع سلاح هسته‌ای بیان گردید. اما تأکید قدرت‌های بزرگ بر هدف عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای و بی‌توجهی نسبت به دیگر اهداف نظم حقوقی حاکم بر فعالیت‌های هسته‌ای، از جمله حقوق هسته‌ای دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای، موجب مواضع و دیدگاه‌های مختلف و گاهاً متضادی در خصوص ماهیت نظام حاکم بر عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای گردید.

در حالی‌که دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای برخورداری از هرگونه فناوری مربوط به تحقیق، توسعه و استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای را حق مسلم خود به موجب ان.پی.تی می‌دانند، برخی دولت‌های دارنده سلاح هسته‌ای تلاش می‌کنند تا با ادعای پیشگیری از گسترش بالقوه سلاح هسته‌ای دامنه حق مذکور را محدودتر سازند. اختلاف نظرها و تنش‌های راجع به برنامه‌های هسته‌ای ایران به‌ویژه موضوع حق غنی‌سازی اورانیوم، نمونه بارزی از این دیدگاه‌های مختلف در مورد حقوق و تعهدات دولت‌ها طبق نظام عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای است. در نوشتار حاضر تلاش کرده‌ایم تا با تحلیل مواضع و تفاسیر مختلف، مفهوم، ماهیت و حدود حقوق هسته‌ای دولت‌ها با توجه به نظام حقوق بین‌الملل معاصر مورد بررسی قرار گیرد (بند نخست) و

در ادامه، موضوع فعالیت‌های هسته‌ای ایران به‌ویژه حق غنی‌سازی اورانیوم را تحلیل و ارزیابی نماییم (بند دوم).

۱. ماهیت و حدود حقوق و تعهدات هسته‌ای دولت‌ها از نظر حقوق بین‌الملل

یکی از مسائل مهم در حقوق بین‌الملل هسته‌ای این است که دولت‌ها به موجب حقوق بین‌الملل از چه حقوق و تعهداتی در زمینه استفاده از انرژی هسته‌ای برخوردارند؟ آیا این حقوق غنی‌سازی اورانیوم را نیز در بر می‌گیرد؟ و در صورت پاسخ مثبت به سئوال اخیر آیا غنی‌سازی محدود و یا مشروط به درجه، میزان و یا رعایت شروط خاصی شده است یا خیر؟ برای پاسخ به این سئوالات، ابتدا حق استفاده از انرژی هسته‌ای و محدودیت‌های احتمالی آن را از منظر حقوق بین‌الملل عام و سپس در پرتو حقوق بین‌الملل هسته‌ای بررسی و تحلیل خواهیم کرد.

۱-۱. ماهیت حق استفاده از انرژی هسته‌ای

۱-۱. از دیدگاه حقوق بین‌الملل عام

سئوال قابل طرح در این خصوص این است که آیا اصل یا قاعده عامی در حقوق بین‌الملل وجود دارد که با استناد به آن یک دولت بتواند بدون توجه به اینکه در معاهده‌ای خاص عضویت دارد یا نه، به حق خود در زمینه استفاده از انرژی هسته‌ای استناد کند. در نگاه اول به نظر می‌رسد پاسخ به این سئوال منفی باشد، چرا که هیچ اصل یا قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل عام وجود ندارد که مستقیماً به دولت‌ها حق استفاده از انرژی هسته‌ای از جمله غنی‌سازی اورانیوم اعطا کند و تاکنون چنین حقی در هیچ نهاد قضایی بین‌المللی نیز به رسمیت شناخته نشده است. همین موضوع مستمسکی شده تا برخی حق غنی‌سازی را به عنوان یک حق عام انکار نمایند. اما با کمی تأمل در ساختار جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل به عنوان نظم حقوقی حاکم بر آن می‌توان بی‌اساس بودن چنین ادعایی را اثبات نمود و از غنی‌سازی به عنوان یک حق عام برای کلیه دولت‌ها، صرف‌نظر از وجود یا عدم وجود چنین حقی در معاهدات بین‌المللی، یاد کرد. مهم‌ترین شاهد این موضوع اصل مشهور لوتوس است که از آن به عنوان یکی از مبانی حقوق بین‌الملل یاد می‌شود. طبق این اصل که در قضیه‌ای به همین نام در سال ۱۹۲۷ توسط دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری به رسمیت شناخته شده است، اصولاً، دولت‌های دارای حاکمیت آزادند هر عملی انجام دهند مگر اینکه به‌طور ارادی محدودیتی برای خود پذیرفته یا به رسمیت شناخته باشند. از نظر دیوان «حقوق بین‌الملل حاکم بر روابط میان دولت‌های مستقل است. بنابراین قواعد

الزام‌آور آن برای دولت‌ها از اراده آزاد آن‌ها به نحوی که در کنوانسیون‌ها و رویه‌های مبین حقوق [عرف] پذیرفته و تثبیت شده است ... نشأت می‌گیرد. بنابراین نمی‌توان محدودیت بر دولت‌ها را فرض نمود.»

این دیدگاه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری ناشی از ساختار غیرمتمرکز جامعه بین‌المللی و ماهیت اساساً رضایت‌محور حقوق بین‌الملل به عنوان نظم حقوقی حاکم بر این جامعه است. در این نظام دولت‌ها با حفظ حاکمیتشان عضو جامعه بین‌المللی می‌شوند و اصولاً مجازند هر اقدامی در حوزه حاکمیتشان انجام دهند، مگر اینکه به‌طور صریح (معاهده) یا تلویحی (عرف) به محدودیتی برای خود رضایت داده باشند. اگرچه اصل حاکمیت دولت‌ها از زمان رأی فوق (۱۹۲۷) تا به امروز دستخوش تحولات زیادی شده، به طوری که با وجود شمار زیادی قواعد آمره عرفی بین‌المللی و عضویت دولت‌ها در معاهدات متعدد، دیگر سخن از حاکمیت مطلق دولت‌ها روا نیست، اما همچنان ساختار رضایت‌محور حقوق و جامعه بین‌المللی حفظ شده و این دیدگاه در آراء اخیر دیوان بین‌المللی دادگستری نیز تثبیت شده است.[۱]

از این رو می‌توان گفت با توجه به اینکه که هیچ قاعده عامی در حقوق بین‌الملل وجود ندارد که اقدام دولت‌ها را در زمینه استفاده صلح‌آمیز از دانش هسته‌ای از جمله غنی‌سازی اورانیوم، منع کند. بنابراین اقدامات دولت‌ها در این زمینه از منظر حقوق بین‌الملل عام اصولاً مجاز و مشروع تلقی می‌گردد و هر نهاد یا مقامی که مانع دست‌یابی دولت‌ها به استفاده صلح‌آمیز دولت‌ها از دانش یا فناوری هسته‌ای گردد، عملی مغایر با حقوق بین‌الملل عام انجام داده است. همچنین، با توجه به اصل لوتوس می‌توان به مجاز بودن غنی‌سازی اورانیوم در حقوق بین‌الملل حکم داد و این عمل را یک حق عام برای دولت‌ها تلقی نمود.

۱-۱-۲. از نگاه حقوق بین‌الملل هسته‌ای

پس از کشف اتم و توسعه روزافزون استفاده‌های صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای و در عین حال آگاهی و وحشت جامعه جهانی از پیامدهای بسیار ناگوار به‌کارگیری این کاوش جدید برای مقاصد نظامی، تلاش‌های گسترده‌ای در سطح جامعه بین‌المللی آغاز

۱ . برای مثال دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود راجع به قانونی بودن کاربرد سلاح‌های هسته‌ای با این استدلال که هیچ قاعده عرفی یا معاهده‌ای دولت‌ها را از استفاده از سلاح هسته‌ای منع ننموده، کاربرد این گونه سلاح‌ها را در دفاع مشروع رد نمی‌کند. همچنین دیوان در نظر مشورتی دیگری در زمینه اعلامیه استقلال کوزوو مجدداً مجاز بودن هر عملی که در حقوق بین‌الملل منع نشده است را تأیید می‌کند.

گردید تا ضمن تضمین استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای مانع از انحراف استفاده از آن به سمت تولید سلاح هسته‌ای شود. مجموعه این تلاش‌ها منجر به شکل‌گیری مجموعه‌ای از اسناد، معاهدات، قواعد عرفی و رویه‌هایی گردیده که ما از آن‌ها به عنوان حقوق بین‌الملل هسته‌ای یاد می‌کنیم و قصد داریم موضوع استفاده از انرژی هسته‌ای و به‌ویژه غنی‌سازی اورانیوم را از این منظر مورد بررسی قرار دهیم. اساسنامه آژانس بین‌المللی انرژی اتمی، معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای (ان.پی.تی) و رویه دولت‌های عضو مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل هسته‌ای به شمار می‌آیند.

۱-۱-۲-۱. اساسنامه آژانس بین‌المللی انرژی اتمی

به دنبال پیشنهاد آیزنهاور رییس جمهور ایالات متحده امریکا در سال ۱۹۵۳ در طرح «اتم برای صلح»[1] خطاب به مجمع عمومی، تأسیس یک سازمان بین‌المللی در زمینه انرژی اتمی در دستور کار سازمان ملل متحد قرار گرفت. در نتیجه تلاش‌های سازمان ملل متحد، سرانجام اساسنامه آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در سال ۱۹۵۷ مورد تصویب هشتاد کشور، قرارگرفت.

اهداف و وظایف آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را می‌توان در سه حوزه دسته‌بندی نمود:

- کمک به دولت‌های عضو در زمینه توسعه، تحقیق و استفاده از انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای
- کمک به دولت‌های عضو در زمینه حفاظت و ایمنی تأسیسات هسته‌ای
- نظارت بر عدم انحراف استفاده از انرژی اتمی برای مقاصد نظامی و تولید سلاح هسته‌ای[2]

بند الف ماده ۳ اساسنامه صراحتاً وظیفه تشویق و مساعدت به دولت‌ها در زمینه «تحقیق درباره انرژی اتمی و توسعه آن و استفاده عملی از آن برای مقاصد غیرنظامی در سراسر جهان» را به این آژانس محول می‌کند. با توجه به اهداف و مقاصدی که برای آژانس پیش‌بینی شده است می‌توان به‌خوبی به این مطلب پی برد که اقدام دولت‌ها در زمینه تحقیق، توسعه، تولید و استفاده از انرژی هسته‌ای برای همه کشورها، نه‌تنها عملی مجاز، بلکه یک نیاز و ضرورت از سوی جامعه بین‌المللی تلقی شده است و آژانس بین‌المللی

1. Atom for peace

۲. رای مطالعه بیشتر در این زمینه نگاه کنید به: رضایی، صالح، «نقش آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در توسعه و اجرای حقوق بین‌الملل»، فصلنامه راهبرد، سال هجده، شماره ۵۰، ۱۳۸۸.

انرژی اتمی نیز برای همکاری دولت‌ها در جهت پاسخ به چنین نیازها و ضرورتی‌هایی تأسیس شده است.

۱-۱-۲-۲. معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای

معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای مهم‌ترین سند بین‌المللی است که مستقیماً و توأمان هم تعهد به عدم تکثیر سلح هسته‌ای و هم حق استفاده از انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای را مورد توجه قرارداده است. اگرچه این معاهده با دسته‌بندی دولت‌های عضو به «دولت‌های دارنده سلاح هسته‌ای» و «دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای» و نابرابری حقوق و تعهدات این دو دسته، سندی ناعادلانه به نظر می‌آید،[1] اما پیداست که عضویت تقریباً جهانی این معاهده ناشی از واقعیات جامعه بین‌المللی بوده که گاه ترس از جنگ و یا حفظ صلح بر عدالت و برابری اعضای جامعه بین‌المللی به عنوان آرمان جامعه بشری سایه افکنده است.

گذشته از این، به رسمیت شناختن صریح حق مسلم دولت‌های عضو نسبت به برخورداری از انرژی هسته‌ای در متن معاهده عامل اساسی الحاق کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای به این معاهده بوده است. به موجب ماده ۴ «هیچ یک از مقررات این معاهده نباید به نحوی تفسیر گردد که مانع از حق مسلم کشورهای عضو برای برخورداری از انرژی هسته‌ای گردد.» به اعتقاد بسیاری از کشورهای درحال توسعه انگیزه اساسی آن‌ها برای الحاق به این معاهده حفظ حق مندرج در ماده ۴ معاهده بوده است. به رسمیت شناختن حق بر انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای در معاهده‌ای بین‌المللی که ۱۹۰ دولت عضو آن هستند باعث گردیده تا برخی این حق را به عنوان یکی از حقوق بنیادین دولت‌ها تلقی کنند و بر این باور باشند که هیچ نهادی صلاحیت محرومیت یا ایجاد مانع از اعمال چنین حقی را نداشته باشد.

۱-۱-۲-۳. رویه دولت‌های عضو ان.پی.تی

رویه دولت‌های عضو معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای به‌ویژه کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای حکایت از آن دارد که حق دست‌یابی به انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای از حقوق مسلم همه دولت‌های عضو معاهده بوده و از این حیث تفاوتی میان هیچ یک از آن‌ها وجود ندارد. اگرچه در حال حاضر سهم انرژی هسته‌ای در تولید انرژی در جهان نسبت به سایر منابع انرژی به‌ویژه منابع فسیلی قابل توجه نیست، اما روند استفاده از فناوری هسته‌ای در زمینه تولید انرژی در جهان روزبه‌روز در حال افزایش است.

۱. نگاه کنید به: فلسفی، هدایت‌الله، « نابرابری دولت‌ها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره هجدهم و نوزدهم، ۷۴-۱۳۷۳.

با توجه به موارد فوق می‌توان نتیجه گرفت که در وضعیت کنونی، استفاده از انرژی هسته‌ای حقی است بنیادین برای همه دولت‌ها که هم در حقوق بین‌الملل معاهده‌ای و هم در حقوق بین‌الملل عرفی جایگاه خود را تثبیت نموده است. اما این حق نیز همچون سایر حقوق دولت‌ها، ممکن است با تعهدات و محدودیت‌هایی همراه باشد. بنابراین به منظور شناخت واقع‌بینانه حق استفاده از انرژی هسته‌ای می‌بایست محتوا و محدودیت‌های احتمالی آن را نیز مورد بررسی قرارداد.

۱-۲. محدودیت‌های حق برخورداری انرژی هسته‌ای

تقریباً همه دولت‌ها در اصل حق برخورداری از انرژی هسته‌ای متفق القول بوده و هیچ دولت یا نهادی منکر چنین حقی نیست. اما سئوالی که مطرح می‌گردد این است که حوزه شمول یا حدود استفاده از انرژی هسته تا چه میزانی مجاز است. پاسخ به این سئوال نیز مستلزم بررسی و تحلیل قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل مرتبط است.

۱-۲-۱. حقوق بین‌الملل عام

همان‌گونه که پیش از این ذکر شد به موجب حقوق بین‌الملل عام تحقیق، توسعه، تولید و بهره‌برداری از انرژی هسته‌ای برای همه دولت‌ها مجاز و در واقع از حقوق ذاتی آن‌ها است. اما استفاده از انرژی هسته‌ای همچون سایر اعمال دولت‌ها می‌بایست در چارچوب سایر اصول و قواعد حقوق بین‌الملل عام باشد. در حقوق بین‌الملل عام دو محدودیت عمده در زمینه فعالیت‌های مجاز دولت‌ها، از جمله فعالیت‌های هسته‌ای، وجود دارد: یکی ممنوعیت به‌کارگیری فعالیت‌های مجاز به منظور ارتکاب جنایات بین‌المللی و دیگری جبران خسارت ناشی از فعالیت مجاز دولت‌ها. بنابراین هیچ دولتی نمی‌تواند انرژی هسته‌ای را برای ارتکاب جنایات بین‌المللی مانند تجاوز به دیگر دولت‌ها جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت مورد استفاده قرار دهد. همچنین، چنانچه دولتی در اثر فعالیت‌های مجاز هسته‌ای خود موجب خسارت به دیگر دولت‌ها و یا آسیب‌های جدی به محیط‌زیست گردد ملزم به جبران خسارت خواهد بود.[1] این محدودیت‌ها ناشی از اصول و قواعد حقوق بین‌الملل عام بوده و فارغ از این موضوع است که یک دولت عضو یک معاهده خاص می‌باشد یا خیر. این نکته را نیز باید اضافه نمود که هیچ محدودیتی در زمینه نوع و میزان فعالیت هسته‌ای کشورها به موجب حقوق بین‌الملل عام وجود ندارد و هر دولت می‌تواند از کلیه مراحل چرخه سوخت هسته‌ای شامل

1. Kiss, Alexander, "State Responsibility and Liability for Nuclear Damage", Denver Journal of International Law & Policy, Vol. 35, 2006, p. 68.

تحقیق، توسعه، تولید و بهره‌برداری و حتی تولید سلاح هسته‌ای بهره‌مند گردد. با این همه این حق عام ممکن است در حقوق بین‌الملل خاص (حقوق بین‌الملل هسته‌ای) با محدودیت‌هایی مواجه شود.

۱-۲-۲. حقوق بین‌الملل هسته‌ای

حقوق بین‌الملل هسته‌ای در واقع فعالیت‌های هسته‌ای کشورها را در چارچوب قواعد و مقررات خاص نظم می‌بخشد و حدود آن را تعیین می‌کند. پیش از این یادآور شدیم که در چارچوب حقوق بین‌الملل هسته‌ای استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای اقدامی مجاز و به عنوان حق ذاتی دولت‌ها به رسمیت شناخته شده است. اکنون باید دید آیا برای برخورداری از چنین حقی در چارچوب مقررات بین‌المللی هسته‌ای محدودیت یا ممنوعیتی نیز پیش‌بینی شده است یا خیر.

۱-۲-۲-۱. اساسنامه آژانس بین‌المللی انرژی اتمی

همان‌گونه که ذکر شد آژانس بین‌المللی انرژی اتمی با هدف همکاری و مساعدت به دولت‌ها در زمینه توسعه استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای و جلوگیری از انحراف فعالیت‌های هسته‌ای به سمت اهداف نظامی تأسیس گردید. تدوین‌کنندگان اساسنامه آژانس میان فعالیت‌های هسته‌ای با اهداف مسالمت‌آمیز و اهداف نظامی تفکیک قائل گردیده و در حالی‌که به صراحت «تشویق و کمک به دولت‌های عضو در زمینه تحقیق، توسعه و استفاده از انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای» را به عنوان وظیفه و هدف آژانس بیان نموده‌اند، نظارت بر عدم انحراف این فعالیت‌ها به سمت اهداف نظامی را در حیطه اختیارات و وظایف آژانس قلمداد می‌نمایند. با این همه، در اساسنامه هیچ تعریفی از «هدف صلح‌آمیز» و «هدف نظامی» به عمل نیامده است. این موضوع ممکن است موجب اختلافاتی راجع به تفسیر این عبارت‌ها گردد. اما آنچه از معنای عادی و متداول عبارات «تحقیق»، «توسعه» و «استفاده» بر می‌آید این است که همه فعالیت‌های مربوط به چرخه سوخت هسته‌ای از جمله غنی‌سازی اورانیوم و بازفرآوری را در بر می‌گیرد و هیچ نوع محدودیتی در زمینه نوع و سطح فعالیت تا زمانی که صلح‌آمیز باشد را شامل نمی‌شود. به‌کارگیری انرژی هسته‌ای در راستای اهداف نظامی که مانع کمک‌های هسته‌ای تلقی شده نیز زمانی محقق می‌گردد که بازرسان آژانس به صراحت تأیید نمایند که کشوری از انرژی هسته‌ای به منظور آزمایش یا تولید سلاح هسته‌ای استفاده کرده است. نکته دیگری که در مورد اساسنامه آژانس می‌توان ذکر نمود این است که اساسنامه به‌صراحت تولید سلاح هسته‌ای را برای دولت‌های عضو منع نمی‌کند

بلکه تنها ارائه کمک‌ها و مساعدت‌های خود به کشورهای عضو را به عدم انحراف به سمت اهداف نظامی مشروط نموده است و در همین زمینه از اعضا اخذ تعهد می‌نماید. بنابراین به نظر می‌رسد چنانچه یک کشور عضو به اتکای دانش و تلاش خود و بدون استفاده از مساعدت آژانس اقدام به تحقیق و توسعه انرژی هسته‌ای حتی در جهت اهداف نظامی نماید، نقض تعهدی نسبت به مقررات آژانس انجام نداده است. شاید همین نقیصه در کنار سایر عوامل، موجب ایجاد معاهده ۱۹۶۸ منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای گردید.

۱-۲-۲-۲. معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای

بیان شد که ماده ۴ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای به‌صراحت از حق ذاتی همه دولت‌های عضو برای تحقیق و توسعه و استفاده از انرژی هسته‌ای سخن به میان می‌آورد و در وجود چنین حقی برای دولت‌ها تردیدی باقی نمی‌گذارد. اما سئوالی که باقی است این است که آیا این معاهده حق دولت‌ها در زمینه انرژی هسته‌ای را به‌عنوان حقی مطلق می‌پذیرد یا محدود و مشروط. به عبارت دیگر آیا طبق معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای می‌توان یک دولت را از حق برخورداری از انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای منع یا محدود نمود؟ پاسخ به این سئوالات مستلزم مراجعه به متن و تفسیر دقیق و درک صحیح از مقررات معاهده فوق با توجه به اصول و مقررات تفسیر معاهدات می‌باشد.

طبق بند یک ماده چهار معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای: *هیچ چیزی در این معاهده نباید به گونه‌ای تفسیر شود که حق مسلم هم‌پیمانان در انجام تحقیقات، تولید و استفاده از انرژی هسته‌ای برای مقاصد صلح‌آمیز را تحت تأثیر قرار دهد. این امر باید بدون اعمال تبعیض و در مطابقت با مواد ۱ و ۲ این پیمان باشد.*

با تحلیل محتوای مقرره فوق می‌توان تا حد زیادی دامنه و حدود حق برخورداری از انرژی هسته‌ای برای دولت‌های عضو را مشخص نمود. ویژگی‌های این حق عبارتند از:

- «مسلم» بودن حق
- شمول حق به همه مراحل چرخه سوخت هسته‌ای شامل تحقیق، تولید و استفاده
- محدودیت حق به مقاصد صلح‌آمیز
- عدم پذیرش تبعیض در اعمال حق
- مشروط شدن حق به مواد یک و دو معاهده.

در مورد ویژگی «مسلم بودن» حق دولت‌های طرف معاهده نسبت به انرژی هسته‌ای ذکر چند نکته ضروری می‌نماید: نخست اینکه نه در این معاهده و نیز در هیچ

سند مرتبط با آن عبارت «حق مسلم» تعریف نشده است. طبق اصول و قواعد تفسیر معاهدات، به نحو مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات، برای تفسیر معاهده می‌بایست به معنای عادی و متداول عبارات با توجه به سیاق عبارت و موضوع و هدف معاهده مراجعه نمود. از این رو برای درک صحیح عبارت «حق مسلم» که ترجمه فارسی عبارت انگلیسی Inalienable Right است، ابتدا می‌بایست به مفهوم عادی و متداول این عبارت مراجعه نمود. عبارت Inalienable صفتی است که به فارسی به «مسلم»، «ذاتی» و «لاینفک» نیز ترجمه شده است، زمانی که با اسم حق Right همراه شود به معنی حقی جدایی‌ناپذیر که قابل واگذاری یا معامله از طرف دارنده آن نیست به کار می‌رود. بنابراین «مسلم بودن» حق دولت‌ها در برخورداری از انرژی هسته‌ای به این معنی است که این حق از قبل موجود بوده و درج در بند یک ماده ۴ صرفاً تأیید مجدد آن در یک سند بین‌المللی است.[1]

ویژگی دیگر حق برخورداری از انرژی هسته‌ای این است که این حق شامل کلیه مراحل چرخه سوخت هسته‌ای است. بند یک ماده ۴ به صراحت این حق را شامل «توسعه تحقیق، تولید و استفاده» از انرژی هسته‌ای می‌داند. بنابراین هر دولت عضو معاهده حق برخورداری از کلیه دانش و فناوری چرخه سوخت هسته‌ای از جمله غنی‌سازی اورانیوم برخوردار خواهد بود.

مفهوم عبارت «مقاصد صلح‌آمیز» را نیز می‌توان با توجه به مفهوم مخالف آن که در معاهده نیز ذکر شده است تعریف نمود؛ بدین معنی که هر فعالیتی که جنبه نظامی آن اثبات نشده است، فعالیتی صلح‌آمیز تلقی می‌گردد. طبق سایر مقررات معاهده فعالیت‌های ممنوعه نظامی برای کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای عبارتند از ممنوعیت ساخت، کسب و تملک سلاح‌های هسته‌ای.

در مورد ویژگی بدون تبعیض بودن حق دولت‌ها در زمینه انرژی هسته‌ای باید اشاره نمود که دولت‌های طرف این معاهده به‌ویژه دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای، بر این امر تأکید داشته‌اند که برخلاف نابرابری و تبعیضی که در زمینه برخورداری از سلاح هسته‌ای پذیرفته‌اند، چنین تبعیضی در مورد جنبه‌های صلح‌آمیز انرژی هسته‌ای قابل‌قبول نیست و در این زمینه هیچ‌گونه تفاوتی میان دولت‌های دارنده سلاح هسته‌ای و دولت‌های فاقد آن از یک سو، و در روابط دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای با یکدیگر از سوی دیگر، وجود ندارد. بنابراین هر نوع تکنولوژی که در اختیار دولت‌های دارنده سلاح هسته‌ای است و در زمینه تحقیق، توسعه، تولید و استفاده صلح‌آمیز انرژی هسته‌ای

1. See: Joyner, Daniel, "Iran's Nuclear Program and International Law", Penn State Journal of Law & International Affairs, Vol. 2, 2013, pp. 82- 88.

کاربرد دارد، می‌تواند در اختیار کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای قرارگیرد. از این‌رو می‌توان گفت ویژگی بدون تبعیض بودن حق دولت‌ها در زمینه انرژی هسته‌ای در واقع تقویت کننده حق مندرج در شق اول خواهد بود و محدودیتی برای آن محسوب نمی‌شود.

یکی دیگر از ویژگی‌های حق مندرج در بند یک ماده ۴ این است که حق مسلم استفاده از انرژی هسته‌ای مشروط به رعایت مواد یک و دو معاهده شده است. در واقع حق دولت‌ها در زمینه انرژی هسته‌ای که برگرفته از حقوق بین‌الملل عام است، در معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای منوط به رعایت تعهد دولت‌های دارای سلاح هسته‌ای به عدم انتقال این سلاح به کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای (ماده یک) و تعهد دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای به عدم تولید سلاح هسته‌ای (ماده دو) می‌گردد. در نتیجه، چنانچه هریک از این کشورها به تعهد خود طبق ماده یک یا دو عمل نکند، دیگر نمی‌تواند به حق مندرج در ماده ۴ استناد نماید. بنابراین با توجه به موضوع و هدف معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای آشکار است که حق مندرج در ماده ۴ از این نظر برای کلیه طرف‌های آن به رعایت تعهدات اصلی آن‌ها طبق معاهده محدود و مشروط شده است. با این همه، مسلم است که تا زمانی که اثبات نشده که دولتی مواد یک یا دو معاهده را نقض نموده است، هیچ مقامی نمی‌تواند در حق مسلم آن کشور در زمینه انرژی هسته‌ای خللی وارد کند. تشخیص اینکه دولت‌ها تعهدات خود طبق مواد یک یا دو معاهده را رعایت نموده‌اند یا خیر، به موجب ماده ۳ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای به سازمان بین‌المللی انرژی اتمی واگذار شده است. اما به هر حال فعالیت‌های هسته‌ای صلح‌آمیز، همچنان بدون محدودیت ماهوی نسبت به نوع و میزان آن مشروع و قانونی می‌باشند. طبق مقررات ماده ۳ معاهده، دولت‌های عضو که فاقد سلاح هسته‌ای هستند متعهد شده‌اند که از طریق انعقاد موافقت‌نامه پادمان، نظارت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی بر فعالیت‌های خود را بپذیرند تا این سازمان صلح‌آمیز بودن فعالیت‌های هسته‌ای آن‌ها و عدم انحراف به سمت مقاصد نظامی را راستی آزمایی کند.

۱-۲-۲-۳. رویه دولت‌ها

رویه دولت‌ها در مورد حق دولت‌ها در زمینه انرژی هسته‌ای را می‌توان از دو جنبه بررسی نمود، نخست ماهیت تعهدات دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای به موجب معاهده ان.پی.تی، و دیگری حدود حقوق هسته‌ای دولت‌های عضو این معاهده. در مورد جنبه نخست، از رویه دولت‌ها چنین بر می‌آید که تعهدات دولت‌های عضو ان.پی.تی در خصوص موضوع و هدف اصلی آن یعنی عدم گسترش تعداد دولت‌های دارنده سلاح هسته‌ای صرفاً جنبه قراردادی داشته و مربوط به اعضای آن است. عملکرد واقعی

دولت‌ها به خوبی مؤید این موضوع است؛ چرا که دولت‌هایی که بعد از شکل‌گیری معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای قصد دست‌یابی یا تولید سلاح هسته‌ای داشته‌اند، آگاهانه از عضویت در این معاهده امتناع ورزیده‌اند. و حتی پس از دست‌یابی این دولت‌ها به سلاح هسته‌ای هیچ دولت یا نهاد بین‌المللی مدعی این موضوع نشده که چنین دولت‌هایی تعهدات بین‌المللی خود را نقض نموده‌اند. بنابراین اگرچه امروزه ۱۹۰ دولت عضو معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای شده‌اند، اما محدودیت‌های مندرج در این معاهده حتی در زمینه جنبه‌های نظامی انرژی هسته‌ای صرفاً جنبه معاهده‌ای دارند و نمی‌توان از وجود یک تعهد عرفی به عدم گسترش و تولید سلاح هسته‌ای سخن به میان آورد.

اثبات این ادعا را می‌توان به طور تلویحی از رأی مشورتی ۱۹۹۶ دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای استنباط نمود. دیوان در این رأی در پاسخ به سئوال مجمع عمومی سازمان ملل متحد که آیا «حقوق بین‌الملل، تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای را تحت هر شرایطی مجاز می‌داند؟» اعلام کرد: «نه حقوق بین‌الملل عرفی و نه حقوق بین‌الملل معاهده‌ای، حاوی ممنوعیت کامل و جهانی تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای نیستند ... .» بدین ترتیب اگر استفاده از سلاح هسته‌ای به موجب حقوق بین‌الملل عرفی منع نشده است، تحصیل یا تولید این سلاح نیز نمی‌تواند ممنوعیت عرفی داشته باشد.[۱]

در مورد جنبه دوم یا حدود حق دولت‌ها در زمینه برخورداری از انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای نیز رویه دولت‌ها در خور تأمل است. آنچه مسلم است معاهده ان.پی.تی به‌صراحت حق دولت‌های عضو در زمینه توسعه، تحقیق و توسعه و استفاده از انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای را به رسمیت شناخته و استفاده از این انرژی صرفاً برای مقاصد نظامی منع شده است. با این همه، همان‌گونه که ذکر شد، نه مقاصد صلح‌آمیز و نه مقاصد نظامی در معاهده و اسناد مرتبط تعریف نشده‌اند.

بنابراین تعریف و تفکیک این دو نوع استفاده از انرژی هسته‌ای را می‌توان در رویه دولت‌ها بررسی نمود. در واقع فناوری هسته‌ای در مراحل مختلف، از تحقیق و توسعه گرفته تا غنی‌سازی اورانیوم، به میزان و درجات مختلف تفاوتی میان اهداف صلح‌آمیز و نظامی وجود ندارد و فراورده نهایی یعنی اورانیوم غنی‌شده حاصل از تحقیق، توسعه و تولید تجاری می‌تواند مورد استفاده در نیروگاه‌های تولید برق و یا تولید سلاح هسته‌ای

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص نظر مشورتی دیوان رجوع کنید به: شافع، میرشهبیز، «رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تهدید به استفاده یا استفاده از سلاح هسته‌ای»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۱، ۱۳۷۷، صص. ۱۵۶-۱۲۹.

به کار رود.[1] به این ترتیب کشوری که دارای دانش و فناوری غنی‌سازی و بازفرآوری چرخه سوخت هسته‌ای است، به‌طور بالقوه توان تولید سلاح هسته‌ای نظامی را نیز دارد. همین موضوع باعث گردیده تا برخی دولت‌های غربی بر این باور باشند که هدف نظام عدم گسترش سلاح هسته‌ای وقتی به‌طور واقعی محقق می‌شود که دست‌یابی به تکنولوژی‌های حساس مانند غنی‌سازی و بازفرآوری که امکان دست‌یابی به سلاح هسته‌ای را فراهم می‌کند را محدود یا ممنوع کنند. به باور اینان، نظام عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای باید تلاش کند تا پیش از دست‌یابی یک دولت به سلاح هسته‌ای از آن ممانعت به عمل آورد؛ در غیر این صورت زمانی که دولتی به سلاح هسته‌ای دست یابد دیگر امکان برچیدن چنین سلاحی غیرممکن و یا بسیار سخت خواهد بود. در نتیجه این کشورها معتقدند نباید امکان دست‌یابی همه کشورها به تکنولوژی حساس هسته‌ای در چارچوب ان.پی.تی داده شود، زیرا ممکن است برنامه صلح‌آمیز هسته‌ای را پوششی برای اهداف نظامی قرار دهند.

اینان کره شمالی و عراق را نمونه بارز دیدگاه خود می‌پندارند که با عضویت در ان.پی.تی و تحت لوای دست‌یابی به انرژی صلح‌آمیز به سمت تولید و آزمایش سلاح هسته‌ای پیش رفتند.

در مقابل این دیدگاه، موضع دولت‌های فاقد سلاح هسته‌ای به‌ویژه کشورهای جنبش غیرمتعهد قراردارد که همواره با چنین برداشتی از معاهده ان.پی.تی مخالف بوده‌اند. کشورهای در حال توسعه در مناسبت‌های مختلف بر حق دست‌یابی خود به انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای بدون محدودیت دفاع کرده و آن را یکی از اهداف اساسی معاهده قلمداد می‌کنند، و اقدام کشورهای هسته‌ای در عدم کمک به توسعه انرژی هسته‌ای در این کشورها را که جز تعهدات آن‌ها است را به باد انتقاد گرفته‌اند. در عمل نیز تعداد نسبتاً قابل توجهی از کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای به تکنولوژی چرخه کامل سوخت هسته‌ای دست یافته‌اند و هیچ‌گاه از طرف سازمان بین‌المللی انرژی یا حتی دولت‌های دارنده سلاح هسته‌ای به نقض تعهد متهم نشده‌اند.

بنابراین حق دست‌یابی به انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای در رویه دولت‌ها شامل کلیه مراحل تحقیق، توسعه، تولید و استفاده از انرژی هسته‌ای و شامل غنی‌سازی و بازفرآوری می‌شود و از رویه دولت‌ها نمی‌توان اعتقاد حقوقی مبنی بر محدودیت‌های نسبت به نوع، میزان و سطح معینی از انرژی هسته‌ای را متصور گردید.

1. Elbaredei, Mohamed; Nwogugu, Edwin; and John Rames, "International Law and Nuclear Energy: Overview of Legal Framework", IAEA Bulletin, Vol. 3, 199, p. 16.

۲. وضعیت فعالیت‌ها و حقوق هسته‌ای ایران

۲-۱. تاریخچه فعالیت‌های هسته‌ای ایران

تاریخچه فعالیت‌های هسته‌ای ایران را می‌توان در دو دوره متفاوت از هم بررسی نمود: دوران پیش از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ و دوره پس از انقلاب تاکنون. آغاز فعالیت‌های هسته‌ای ایران به سال ۱۳۲۹ و با همکاری ایالات متحده امریکا بر می‌گردد. پیش از انقلاب اسلامی ایران برنامه‌های زیادی برای توسعه و گسترش استفاده از انرژی هسته‌ای داشت و به همین منظور موافقت‌نامه‌های زیادی با کشورهایی مانند ایالات متحده امریکا، کانادا، فرانسه و.... در زمینه تحقیق، تولید و استفاده از انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای منعقد نمود. ایران در سال ۱۳۳۷ شمسی (۱۹۵۷میلادی) عضویت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را پذیرفت و در سال ۱۹۶۸ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای را امضا کرد که در سال ۱۹۷۰ به تصویب مجلس شورای ملی رسید. در راستای توسعه فعالیت‌های هسته‌ای اولین نیروگاه هسته‌ای تحقیقاتی کشور توسط امریکا در تهران دایر گردید.

در سال ۱۳۵۳ سازمان انرژی اتمی تاسیس و در همین سال قرارداد ساخت نیروگاه بوشهر با شرکت آلمانی کرافت‌ورک یونیون[1] آلمان منعقد گردید.

فعالیت‌های هسته‌ای ایران در دوران پیش از انقلاب عمدتاً با همکاری دولت‌های خارجی و به‌ویژه شرکت‌های اروپایی پایه‌ریزی شده بود.[2] پس از پیروزی انقلاب شرکای خارجی ایران مشارکت و همکاری خود در زمینه فعالیت‌های هسته‌ای ایران را متوقف و از ادامه تعهدات خود امتناع نمودند.

به همین دلیل بسیاری از پروژه‌های هسته‌ای ایران به مدت چندین سال عملاً متوقف و ناتمام ماند. پس از جنگ تحمیلی بار دیگر فعالیت‌های هسته‌ای کشور با هدف خودکفایی در زمینه چرخه کامل سوخت و تکمیل پروژه‌های ناتمام از سرگرفته شد. به همین منظور در دی‌ماه ۱۳۷۳ قرارداد تکمیل نیروگاه بوشهر با روس‌ها امضا شد.

علاوه براین، پروژه‌های دیگری از جمله تأسیسات هسته‌ای نطنز و رآکتور آب سنگین اراک و فوردو به صورت مستقل و بدون مشارکت سایر کشورها به دست متخصصان و دانشمندان داخلی شروع به فعالیت نمود؛ به‌طوریکه در حال حاضر ایران از جمله کشورهایی است که از دانش و فناوری کامل چرخه سوخت هسته‌ای برخوردار می‌باشد.

1. Kraftwerk Union

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص تاریخچه فعالیت‌های هسته‌ای ایران، ر. ک: غریب‌آبادی، کاظم، برنامه هسته‌ای ایران: واقعیت‌های اساسی، تهران، مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۷.

۲-۲. بروز مناقشه فعالیت‌های اتمی ایران تا برنامه اقدام مشترک موقت ژنو

در حالی‌که ایران طبق مقررات موافقت‌نامه پادمان با آژانس وظیفه‌ای برای افشای این تأسیسات نداشت و به دلیل جلوگیری از مانع‌تراشی‌های مخالفین برنامه‌های خود را به‌صورت غیرعلنی پیش می‌برد، اما در سال ۲۰۰۲ افشای این فعالیت‌ها توسط منابع غیررسمی منجر به باز شدن موضوع فعالیت‌های هسته‌ای ایران در شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و سپس شورای امنیت و بروز مناقشه‌ای هسته‌ای میان ایران و غرب گردید. به‌دنبال این وقایع مدیرکل آژانس بین‌المللی انرژی در گزارش خود اعلام نمود که ایران به تعهدات خود طبق موافقت‌نامه پادمان پایبند نبوده است. سپس شورای حکام آژانس از ایران می‌خواهد تا زمان راستی‌آزمایی و اثبات صلح‌آمیز بودن فعالیت‌های هسته‌ای خود و عدم انحراف به سمت اهداف نظامی، همکاری‌های بیشتری با آژانس داشته باشد. برای حل این بحران، ایران علاوه بر همکاری با آژانس و اجرای پروتکل الحاقی به موافقت‌نامه پادمان، گفتگوها و مذاکراتی را با کشورهای اروپایی آغاز نمود و حتی به‌طور داوطلبانه پذیرفت که غنی‌سازی اورانیوم خود را به حالت تعلیق درآورد. اما به دلیل عدم توافق طرفین بر ادامه این روند، ایران تعلیق غنی‌سازی را پایان داد. به دنبال این وقایع در سال ۲۰۰۶ شورای حکام آژانس موضوع فعالیت‌های ایران را به شورای امنیت سازمان ملل متحد ارجاع داد. از آن پس موضوع فعالیت‌های هسته‌ای ایران در دستور کار شورای امنیت قرار گرفت. شورای امنیت در قطعنامه ۱۶۹۶ ضمن اعلام این موضوع که فعالیت‌های هسته‌ای ایران تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی است، از ایران می‌خواهد کلیه فعالیت‌های مرتبط با غنی‌سازی اورانیوم را به حالت تعلیق درآورد. اما ایران این درخواست را غیرقانونی اعلام و از اجرای آن اجتناب کرد. به دنبال آن، چندین قطعنامه طبق فصل هفتم تصویب و تحریم‌هایی علیه ایران وضع شد.علاوه بر این، ایالات متحده امریکا و اتحادیه اروپا به‌طور یک‌جانبه اقدام به تشدید این تحریم‌ها نمودند و شرکت‌ها و کشورهای خارجی را نیز وادار به همراهی با این تحریم‌ها نمودند. همزمان و در خلال این مدت چندین دور مذاکره میان ایران و گروه موسوم به ۱+۵ در جریان بود که این مذاکرات در نهایت منجر به توافق‌نامه‌ای موقت موسوم به برنامه موقت اقدام مشترک یا توافق‌نامه موقت ژنو گردید.

۲-۳. حق ایران برای غنی‌سازی اورانیوم

یکی از مسائل مهم و مورد ادعای غرب در مورد برنامه هسته‌ای ایران این بوده است که ایران به دلیل عدم پایبندی به تعهدات خود به‌موجب معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای دیگر از حق غنی‌سازی برخوردار نیست. علاوه براین، با وجود

قطعنامه‌های شورای امنیت که طبق فصل هفتم منشور صادر شده و ایران را مکلف به توقف غنی‌سازی اورانیوم نموده است دیگر نمی‌توان از حق غنی‌سازی برای ایران مانند سایر اعضای معاهده سخن به میان آورد.

برای این موضوع و پاسخ ادعاهای فوق لازم است ابتدا مفهوم عدم پایبندی ایران از نظر آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و سپس تاثیر آن و همچنین قطعنامه‌های شورای امنیت بر حق غنی‌سازی ایران را مورد بررسی و تحلیل قرار دهیم.

در خصوص آنچه که از سوی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی به عنوان به «عدم پایبندی» ایران به تعهدات خود به موجب موافقت‌نامه پادمان از آن یاد شده باید اشاره نمود که آژانس در هیچ یک از گزارش‌های خود به انحراف برنامه‌های هسته‌ای ایران به سمت سلاح هسته‌ای به عنوان تعهد اساسی ایران طبق معاهده اشاره‌ای نکرده است. آنچه در گزارش‌های آژانس از آن به‌عنوان عدم پایبندی ایران یاد شده، تعهد به اعلام گزارش به‌موقع فعالیت‌های هسته‌ای به‌موجب ماده ۳ ان.پی.تی و موافقت‌نامه پادمان میان ایران و آژانس بوده است.

در این خصوص، حتی اگر بپذیریم ایران در اعلام به‌موقع فعالیت‌های هسته‌ای خود قصور ورزیده و به ماده ۳ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای پایبند نبوده است، این امر تأثیری بر ماهیت صلح‌آمیز فعالیت‌های هسته‌ای آن نخواهد داشت؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر اثبات نمودیم، ماده ۴ ان.پی.تی به‌صراحت حق دست‌یابی به انرژی صلح‌آمیز هسته‌ای را تنها به رعایت مواد ۱و ۲ مشروط نموده است.

از این‌رو از آنجا که ایران به تعهدات خود در زمینه عدم دست‌یابی به سلاح هسته‌ای پایبند بوده است، اعلام عدم پایبندی و قصور ایران از سوی آژانس تأثیری بر حق دست‌یابی ایران به فعالیت‌های صلح‌آمیز از جمله حق غنی‌سازی ایران نخواهد داشت.

در مورد قطعنامه‌های شورای امنیت شورای امنیت و حق غنی‌سازی ایران نیز استدلال غرب این است که شورای امنیت طبق این قطعنامه خواستار توقف فعالیت‌های غنی‌سازی ایران شده و از آنجا که این قطعنامه‌ها طبق فصل هفتم منشور صادر شده و از نظر حقوقی برای همه دولت‌های عضو الزام‌آور است، لذا ایران دیگر نمی‌تواند به غنی‌سازی به عنوان حق پذیرفته شده در ماده ۴ ان.پی.تی برای خود استناد جوید، زیرا تعلیق غنی‌سازی تعهدی است که از منشور ملل متحد نشأت گرفته و به موجب ماده ۱۰۳ منشور تعهدات دولت‌ها طبق منشور بر تعهدات آن‌ها بر اساس سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی اولویت دارد. از این‌رو تا زمانی که قطعنامه‌های شورای

امنیت اعتبار دارد، دیگر نمی‌توان از حق غنی‌سازی به عنوان جزئی از ماده ۴ ان.پی.تی سخن به میان آورد.[1]

در رد این ادعا می‌توان چنین استدلال نمود که قطعنامه‌های شورای امنیت صرفاً خواستار «تعلیق» غنی‌سازی اورانیوم از سوی ایران شده‌اند و واژه «تعلیق» به معنی توقف امری به‌طور موقت است و نمی‌توان از آن محرومیت ایران از حق غنی‌سازی اورانیوم را استنباط نمود. علاوه‌براین در مورد تقدم و برتری منشور بر سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی که در ماده ۱۰۳ منشور پیش‌بینی شده است باید به این نکته توجه نمود که آنچه در این ماده اولویت داده شده «تعهدات» دولت‌ها بر اساس منشور نسبت به تعهدات آن‌ها بر اساس دیگر موافقت‌نامه‌ها است نه «حقوق» آن‌ها.[2] بنابراین ماده ۱۰۳ منشور و قطعنامه‌های شورای امنیت تأثیری بر حقوق دولت‌ها به موجب ماده ۴ ان.پی.تی نخواهد داشت.

۲-۴. توافق‌نامه موقت ژنو

«توافق‌نامه موقت ژنو راجع به برنامه هسته‌ای ایران»[3] با نام رسمی «برنامه اقدام مشترک»[4] عنوان توافقی است میان ایران و گروه موسوم به ۱+۵ که در سوم آذرماه ۱۳۹۲ (برابر با ۲۴ نوامبر ۲۰۱۳) پس از حدود ده سال مناقشه بر سر برنامه هسته‌ای ایران برای یک مدت شش‌ماهه قابل تمدید به امضاء طرفین رسید. بر اساس این توافق که ماهیتاً یک موافقت‌نامه سیاسی و نه حقوقی است، طرفین توافق نمودند که برای رسیدن به یک راه‌حل جامع بلندمدت و مورد توافق طرفین و با هدف تضمین صلح‌آمیز بودن برنامه هسته‌ای ایران اقدامات متقابلی را به صورت داوطلبانه به عنوان گام اول یک راه‌حل جامع انجام دهند. موضوع حق غنی‌سازی اورانیوم از سوی ایران یکی از موضوعات مورد مناقشه در خلال مذاکرات تدوین این موافقت‌نامه میان طرفین بود. در حالی که طرف ایرانی بر به رسمیت شناخته شدن حق غنی‌سازی برای ایران در متن این توافق‌نامه اصرار داشت، طرف مقابل از پذیرش چنین حقی امتناع می‌کرد. سرانجام

1. See: Persbo, Andreas, "Some legal aspect of Iran's nuclear programme", Presentation to the International Law Association Roundtable on 'Nuclear Weapons, Nuclear Energy and Non-Proliferation under International Law: Current Challenges and Evolving Norms' The Oxford and Cambridge Club, London, United Kingdom, 30 May 2012.

۲. ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد مقرر می‌دارد: در صورت تعارض بین تعهدات اعضاء ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آن‌ها بر طبق هر موافقت‌نامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آن‌ها به موجب این منشور مقدم خواهد بود.

3. Geneva Interim Agreement on the Iranian Nuclear Program.

4. Joint Plan of Action.

این موضوع در متن توافق‌نامه مسکوت ماند. این وضعیت موجب شد تا بلافاصله پس از توافق هر یک برداشت و تفسیر موردنظرخود را از متن توافق‌نامه ابراز دارد؛ به‌طوری‌که از یک سو مقامات ایرانی از تثبیت حق غنی‌سازی ایران در توافق‌نامه ژنو سخن به میان می‌آوردند و در سوی دیگر وزیرخارجه ایالات متحده امریکا منکر وجود هرگونه حق غنی‌سازی به موجب توافق‌نامه ژنو شد.[1]

بر اساس آنچه از متن این توافق منتشر شده،[2] اگرچه این توافق‌نامه به‌صراحت غنی‌سازی به عنوان یک «حق» برای ایران اشاره مستقیمی ندارد اما با توجه به اینکه طبق تصریح متن توافق‌نامه ایران در دوره توافق‌نامه و پس از آن در توافق نهایی همچنان برنامه غنی‌سازی اورانیوم خواهد داشت، می‌توان نتیجه گرفت که توافق‌نامه ژنو نه‌تنها خدشه‌ای به حق غنی‌سازی ایران وارد نمی‌کند، بلکه عملاً قطعنامه‌های شورای امنیت را که طبق آن‌ها ایران می‌بایست کلیه فعالیت‌های غنی‌سازی اورانیوم را به حالت تعلیق در می‌آورد را کنار می‌گذارد و از این منظر، توافق‌نامه ژنو دستاوردی مهمی جهت تثبیت حق غنی‌سازی ایران به شمار می‌آید.

1. Blake, Aaron, "Kerry on Iran: We do Not Recognize a Right to Enrich", The Washington Post, 24 November 2013.

۲. به نقل از ترجمه فارسی برنامه موقت اقدام مشترک توسط وزارت امور خارجه:
http://www.farsnews.com/newstext.php?nn=13920903001384

نتیجه‌گیری

برخورداری از انرژی هسته‌ای حقی است که از حقوق بین‌الملل عام نشأت گرفته و کلیه دولت‌ها از این حق برخوردارند. با وجود این، تهدیدات ناشی از انحراف انرژی هسته‌ای از خدمت به بشریت به سمت تولید و استفاده از سلاح مرگبار هسته‌ای جامعه جهانی را بر آن داشت تا سازوکارهایی فراهم کند تا استفاده از انرژی هسته‌ای را محدود به اهداف صلح‌آمیز و منع گسترش سلاح هسته‌ای نماید. معاهده ۱۹۶۸منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای نیز با چنین هدف رویکردی تدوین شد و به اجرا درآمد. اگرچه این معاهده با قرار دادن دولت‌ها در دوگروه دارنده و فاقد سلاح هسته‌ای تعهدات نابرابری بر آن‌ها تحمیل کرده است، اما کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای با هدف دست‌یابی به ارزشی والاتر یعنی برقراری صلح و امنیت بین‌المللی به چنین تعهداتی تن دادند. گذشته از این، کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای از همان ابتدا بیم آن داشتند تا از رهگذر مقررات معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای از دست‌یابی به مصارف صلح‌آمیز هسته‌ای نیز محروم شوند و مقررات آن معاهده دستاویزی شود برای انحصار فناوری هسته‌ای در اختیار کشورهایی خاص. به همین دلیل به‌صراحت حق دستبابی به انرژی صلح‌آمیز را به عنوان حق مسلم خود در ماده چهار معاهده و با شرط عدم گسترش سلاح هسته‌ای (مواد یک و دو معاهده) درج نمودند. در نتیجه، تا زمانی که نقض ماده یک یا دو معاهده اثبات نشده است، دولت‌ها از حقوق صلح‌آمیز هسته‌ای از جمله غنی‌سازی اورانیوم به‌طور کامل برخوردارند. ایران نیز به عنوان یکی از اعضای معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای از این قاعده مستثنا نیست. اگرچه به‌دلیل اختلافات با آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در خصوص زمان اعلام گزارش برخی فعالیت‌های هسته‌ای، ایران به قصور در اجرای تعهدات خود طبق مقررات موافقت‌نامه پادمان متهم و بر همین اساس پرونده هسته‌ای ایران به شورای امنیت ارجاع شد، اما با توجه به اینکه در گزارش‌های آژانس هیچ‌گاه انحراف برنامه هسته‌ای به سمت سلاح هسته‌ای اثبات نشده است، ایران نیز مانند سایر اعضای معاهده از همه حقوق هسته‌ای خود از جمله غنی‌سازی اورانیوم برخوردار می‌باشد. به این ترتیب حق غنی‌سازی اورانیوم به عنوان یکی از ابعاد حقوق هسته‌ای صلح‌آمیز ایران همچنان باقی بوده و نیاز به تصدیق در هیچ سند جدید یا شناسایی آن از سوی دیگر کشورها نخواهد داشت.

منابع

- رضایی، صالح، «نقش آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در توسعه و اجرای حقوق بین‌الملل»، فصلنامه راهبرد، سال هجده، شماره ۵۰، ۱۳۸۸.
- شافع، میرشهبیز، «رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تهدید به استفاده یا استفاده از سلاح هسته‌ای»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۱، ۱۳۷۷.
- غریب‌آبادی، کاظم، برنامه هسته‌ای ایران: واقعیت‌های اساسی، تهران، موسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۷.
- فلسفی، هدایت‌الله، «نابرابری دولت‌ها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره هجدهم و نوزدهم، ۷۴-۱۳۷۳.

- Blake, Aaron, "Kerry on Iran: We do Not Recognize a Right to Enrich", The Washington Post, 24 November 2013.
- Elbaredei, Mohammed; Nwogugu, Edwin; and John Rames, "International Law and Nuclear Energy: Overview of Legal Framework", IAEA Bulletin , Vol. 3, 1995.
- Joyner, Daniel, Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty, Oxford University Press, 2011.
- Joynor, Daniel, "Iran's Nuclear Program and International Law", Penn State Journal of Law & International Affairs, Vol. 2, 2013.
- Kiss, Alexander, "State Responsibility and Liability for Nuclear Damage", Denver Journal of International Law & Policy, Vol. 35, 2006.
- Persbo, Andreas, "Some legal aspect of Iran's nuclear programme", Presentation to the International Law Association Roundtable on 'Nuclear Weapons, Nuclear Energy and Non-Proliferation under International Law: Current Challenges and Evolving Norms' The Oxford and Cambridge Club, London, United Kingdom, 30 May 2012.

فراز و فرود حاکمیت در مقابله با شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی در پرتو حقوق بین‌الملل

حیدر پیری*

چکیده

افزایش شمار شورش‌ها و اغتشاشات داخلی به‌ویژه در چند دهه گذشته، به عنوان یکی از دغدغه‌های اصلی جامعه بین‌المللی، سبب شده است که دولت‌ها با توجه به اینکه امنیت و حاکمیتشان را در خطر می‌بینند، به بهانه و با استناد به منافع ملی حیاتی خود برای مقابله با این وضعیت‌ها به گونه‌های مختلف، حقوق بنیادین این انسان‌ها را نقض و در عین حال اقدامات خود را قانونی جلوه داده و مدعی رعایت حقوق بین‌الملل می‌شوند. امروزه در پرتو نظم حقوقی بین‌المللی جدید، جامعه بین‌المللی نسبت به نظام حقوقی حاکم بر این وضعیت‌ها بی‌تفاوت نیست. اسناد و نهادهای بین‌المللی حاکم بر رفتار دولت‌ها این اعمال ناقض حقوق را منع و نقض شایانی در توسعه و تدوین حداقل‌های بنیادین قابل اعمال در این وضعیت‌ها دانسته و اعلام نموده‌اند که شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی، دیگر در انحصار حاکمیت ملی دولت‌ها قلمداد نمی‌شوند و برای جلوگیری از خشونت‌های داخلی باید اقدامات شایسته‌ای در سطح ملی و بین‌المللی صورت گیرد. بنابراین، رویکرد جدید جامعه بین‌المللی نشان از تسری حداقل معیارهای حقوق بنیادین بشردوستانه بدون در نظر گرفتن زمان و مکان و در هر شرایطی در چنین وضعیت‌های اضطراری است. در این مقاله سعی شده است تا قواعد بین‌المللی حاکم بر رفتار دولت‌ها در این زمینه مورد بررسی قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: منافع ملی حیاتی، ناآرامی داخلی، حقوق بشردوستانه، حقوق بشر، وضعیت اضطرار.

* دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل و مدرس دانشگاه H_piri@sbu.ac.ir

مقدمه

امروزه شورش‌ها و خشونت‌های داخلی یکی از معضل‌ها و دغدغه‌های اصلی جوامع بشری می‌باشد و بسیاری از دولت‌ها در طول تاریخ خود همواره با شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی روبرو بوده‌اند. در بسیاری از موارد، این وضعیت‌ها آنچنان جدی بوده که از رهگذر آن، حاکمیت و منافع ملی حیاتی آن دولت‌ها در معرض خطر و تهدید قرار گرفته است. دولت‌ها نیز با توجه به در خطر افتادن منافع ملی حیاتی و حیات و موجودیت خود برای مقابله با چنین وضعیت‌هایی از الگوی امنیتی کردن استفاده می‌کنند. از این‌رو با گستراندن ابعاد امنیت این خطر وجود خواهد داشت که در شرایط اضطراری موضوعات و اهداف امنیتی خود را به‌طور گسترده تعریف و از آن بهره‌برداری نمایند. آن‌ها عموماً در سطحی گسترده به طرق خشونت‌آمیز با توسل به زور و سایر تدابیر سرکوب‌کننده (نیروهای پلیس و نیروهای مسلح) برای حفظ یا اعاده نظم و امنیت عمومی به مقابله و سرکوب شورشیان و اغتشاش‌گران می‌پردازند. این امر به اقتضای ضرورت‌های اجتماعی و سیاسی برای بازگرداندن نظم و امنیت عمومی و در چارچوب حاکمیت دولت‌ها صورت می‌گیرد. در حین مقابله و مبارزه با این وضعیت‌ها، بسیاری از دولت‌ها مرتکب نقض حقوق بنیادین بشر و بشردوستانه این انسان‌ها می‌گردند. زمانی که شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی رخ می‌دهند، متأسفانه تنها مقامات حکومتی نیستند که به خشونت متوسل و حقوق بنیادی انسانی را نادیده می‌انگارند، گروه‌های مخالف مقامات یا مخالف یکدیگر، همیشه از چنین رفتاری مبرا نیستند و موجب می‌شوند که اشخاص بی‌گناه آسیب ببینند.

از این گروه‌ها نیز باید خواسته شود اقداماتشان را تعدیل کنند و به حداقل معیارهای حقوق بشردوستانه احترام بگذارند.[1]

مقاومت و حساسیت دولت‌ها در زمینه پذیرش قواعد لازم‌الاجرا برای حمایت از شورشیان در اسناد مختلف بین‌المللی نشان‌دهنده این وضعیت است که دولت‌ها می‌خواهند خود را از قید بار تعهدات مذکور در موقع شورش‌ها و آشوب‌های داخلی خلاص نمایند. بنابراین شایسته است که در دکترین جدید به آشوب‌ها و شورش‌های داخلی به‌مثابه مشکلات جامعه بین‌المللی نگریسته شود و با اعمال و رعایت حداقل استانداردهای بنیادین بشری در چنین وضعیت‌هایی جان تازه‌ای به موازین حقوق بشر و بشردوستانه بخشیده شود. از این‌رو در پرتو تحولات نسبتاً سریع حقوق بین‌الملل و

1. Momtaz, Jamshid, "The Minimum Humanitarian Rules Applicable in Periods of Internal Tension and Strife", International Review of the Red Cross, No. 32, 1998, p. 1.

انسانی‌شدن حقوق بین‌الملل، جامعه بین‌المللی برای مقابله با نقض‌های بنیادین حقـوق انسان‌ها در وضعیت‌های اضطراری حیات و موجودیت ملت (شـورش‌هـا و نـاآرامی‌هـای داخلی)[1] بی‌تفاوت نبوده و اعلام نموده‌اند که برای جلوگیری از نقض هنجارهای بنیادین بشریت در شورش‌ها و خشونت‌های داخلی باید اقدامات گسترده و شایسته‌ای در سـطح ملی و بین‌المللی صورت گیرد.

بنابراین، در اینجا سعی بر آن شده است تا به سئوالات زیر که اهمیت فراوانـی در وضعیت‌های شورش‌ها و اغتشاشات داخلی دارد، پرداخته شود: آیا حقوق بین‌الملل ایـن حق را برای دولت‌ها قائل است که در پرتـو ضـرورت ناشـی از حفـظ نظـم، حاکمیـت و امنیت ملی به مقابله با شورش‌ها و اغتشاشات داخلـی بپردازنـد؛ بـه طـوری کـه نـاقض اصول بنیادین حقوق بشر و بشردوستانه موجود در نظام حقوق بین‌الملل شـوند؟ حـدود صلاحیت دولت‌ها و حیطه قدرت و اختیار آن‌ها در اعمال محدودیت و سلب آزادی‌هـای بنیادین در مواجهه با چنین وضعیت‌هایی از منظر حقوق بین‌الملل تا چه انـدازه اسـت؟ دفاع از حاکمیت و امنیت ملی و مقابله با شورشیان به چه شیوه‌هایی میسر اسـت تـا بـا اصول بنیادین بشریت و کرامت ذاتـی انسـانی و نظـم حقـوقی و اجتمـاعی بـین‌المللـی سازگار باشد؟ نقش و تأثیر نهادهای بین‌المللی در اعمال حداقل استانداردهای بنیـادین حقوق بشری در این وضعیت‌ها چگونه رقم خورده است؟

پاسخ به سئوالات فوق‌الذکر به عنوان موضوعی چالشی در حقوق بین‌الملل، تبیین رویکردی جدید در نظم نوین حقوق بین‌الملل جدید تلقی مـی‌گـردد. مقولـه‌ای کـه در پرتو چالش‌های جدید بر اصول ساختار دولت‌محور و ارائه اولویت‌ها و ترجیحات فراتـر از خط‌مشی سنتی محصور در صلاحیت‌های ملی، محمل‌های قوی‌ای را از آن خـود کـرده است. این امر مستلزم تحلیل مفهوم حاکمیت و منافع ملی در پرتو انسانی شدن موازین حقوق بشر و بشردوستانه در این وضعیت‌ها می‌باشد.

۱. شورش و ناآرامی‌ها به‌مثابه چالشی امنیتی برای حاکمیت دولت‌ها

امروزه در پرتو گسترش ارتباطات و به‌تبع آن آگاهی روزافزون افراد به حقوق خود و نیز به وجود آمدن نیازهای جدید که از قبل آن افراد و گروه‌ها سطح رفـاه بـالاتری را مطالبه می‌کنند، فضای جدیدی به وجود آمده که فشارهای روزافزونی را از طرف افراد و گروه‌ها و سازمان‌های مردمی مختلف بر دولت‌ها باعث شده است. از طرف دیگـر تـراکم

۱. لازم به ذکر است که به لحاظ حقوقی، شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی در یک سطح نیستند. آستانهٔ شورش، حداکثری (حرکتی سازمان‌یافته برای سرنگونی و تغییر حکومت) است. درحالی‌که ناآرامی، حرکتی نامنسجم، اعتراضی، با عدهٔ محدودی از مردم، و دارای انگیزه‌ای سطح پایین است.

فزاینده جمعیت کشورها، افزایش پیچیدگی بخش‌های سازمان‌یافته جامعه، جهانی‌شدن اقتصادها، فشار بی‌امان نوآوری‌های فن‌آورانه و معارضه‌جویی خرده‌گروه‌هایی که خواهان خودمختاری بیشتری هستند، روشن می‌سازد که توانایی دولت‌ها کمتر از گذشته است و دستور کار دولت‌ها در حال افزایش؛ ولی آن‌ها فاقد صلاحیت، اراده و منابعی هستند که توانایی‌های خود را به همان میزان گسترش دهند.

این امر منجر به ضعف دولت‌ها در مدیریت اثربخش آن‌ها شده است. این وضعیت با این خصوصیات باعث می‌شود تا افراد، گروه‌ها وخرده‌گروه‌ها برای مطالبه حقوق مختلف خود، به‌خصوص در کشورهایی که هنوز این حقوق شناسایی نشده‌اند و یا از حمایت‌های لازم برخوردار نیستند از راه‌های دیگری از جمله شورش که منجر به ناآرامی‌های داخلی می‌شوند، اقدام کنند.

شورش[1] از جمله پدیده‌هایی است که بیشتر جوامع بشری همواره با آن مواجه بوده‌اند. به عبارت دقیق‌تر از دوران برده‌داری تاکنون، شورش و مقابله با آن از دغدغه‌های عمده حاکمان بوده است. این نوع از درگیری‌ها که در قلمرو یک و یا چند کشور واقع می‌شود نسبت به درگیری‌های مسلحانه از آستانه و شدت کمتری برخوردار می‌باشند و از آنجایی‌که دولت‌ها نحوه برخورد با چنین وضعیت‌هایی را در حوزه صلاحیت انحصاری خود می‌دانند در حقوق بین‌الملل مقررات بسیار اندکی در این خصوص یافت می‌شود.

شورش و اغتشاشات شیوه‌ای برای تحرکات و جنبش‌های اجتماعی است. این امر، ابزاری اصلاح‌طلبانه و محدودکننده قدرت بی‌حد و حصر ماشین حکومتی به منظور عادلانه‌تر کردن آن است.[2] می‌توان گفت شورش، ناامنی، ناآرامی، اغتشاش و مانند آن به‌مثابه رویکردی برای تاکتیک‌ها و اشکال پیکار سیاسی، جهت برون‌رفت از وضعیت نامساعد موجود، وسیله‌ای برای جبران نارضایتی‌ها و عاملی برای تسریع در اصلاحات را فراهم می‌سازد. به دلیل چنین نافرمانی‌ای دولت ناگزیر از بازبینی سیاست‌های خود

۱. از شورش تعاریف مختلفی ارائه شده است، با بهره‌گیری از مهم‌ترین عناصر مشترک این تعاریف، مناسب‌ترین تعریفی که می‌توان ارائه داد چنین است: شورش تلاش قهرآمیز و سازمان‌یافته عناصر ناراضی برای کسب امتیاز یا تغییر حکومت موجود با استفاده از منابع سیاسی و بهره‌برداری از جمعیت بومی است. با توجه به این تعریف پدیده شورش قبل از هر چیز تلاش برای تغییر حکومت و نظام سیاسی موجود است، ولی مواردی را نیز می‌توان یافت که هدف آن‌ها حفظ حکومت موجود است. مانند شورش طرفداران حکومت اندونزی در تیمور شرقی. در این مورد ر. ک:

روحی، نبی‌اله، «شکل‌گیری بحران کردستان و سازمان پیشمرگان مسلمان کرد»، فصلنامه مطالعات بسیج، شماره ۳۴، ۱۳۸۶، ص. ۱۶.

۲. ثورو، هانری دیوید، نافرمانی مدنی، ترجمه غلامعلی کشانی، ۱۳۷۸، ص. ۱۱.

می‌شود و برای همیشه در موقعیت‌هایی که فعالیت‌های دولتی بی‌عدالتی را در پی می‌آورد، گوش‌به‌زنگ و آگاه خواهد بود.[1]

نباید این موضوع را از نظر دور داشت که امروزه حتی یک شورش ناموفق موجبات تضعیف حکومت را فراهم نموده، مانع دستیابی به سرمایه‌های بین‌المللی شده، باعث به خطر افتادن حاکمیت، منافع ملی و امنیتی دولت‌ها می‌شود. پرواضح است این وضعیت در مورد شورش‌های موفق تشدید خواهد شد. از این رو، حداقل پیامد شورش‌ها، اعمال فشار و تضعیف حکومت، ایجاد چالش‌های امنیتی و به خطر افتادن منافع حیاتی دولت‌ها و حداکثر نیز سرنگونی حکومت موجود و تغییر رژیم می‌باشد.[2] چرا که نشأت‌گرفته از نارضایتی مردم، عدم مشارکت در تعیین سرنوشت خود، بی‌توجهی به مسائل رفاهی مردم بوده و حکومت مستقر پاسخ مناسبی به تقاضای گروه‌های مخالف ندارد. شورش‌ها و اغتشاشات پیش‌آمده در تونس، مصر، یمن، لیبی، بحرین، سوریه و موج‌هاو تقلیدهای مقطعی در انگلیس، اسپانیا و ... نشان می‌دهد که این امر می‌تواند ناشی از حکمرانی نامطلوب دولت‌ها باشد. به‌نوعی می‌توان گفت که با حکمرانی مطلوب و حاکمیت قانون و تضمین حقوق بنیادین بشر از بروز بسیاری از این وضعیت‌ها جلوگیری نمود.

شایان ذکر است شورش داخلی نه‌تنها صلح و امنیت داخلی را به هم می‌ریزد، بلکه می‌تواند صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر بیاندازد، زیرا موضوعی نیست که بتوانیم آن را در قلمرو یک کشور محصور بدانیم چرا که اثرات آن به دلیل نظم نوین جامعه بین‌المللی به تمام بشریت سرایت می‌نماید، همچنین یک شورش و آشوب بصورت بالقوه می‌تواند به یک درگیری مسلحانه غیربین‌المللی و حتی فراتر از آن درگیری مسلحانه بین‌المللی بدل گردد. از این‌رو، خشونتی که دولت‌ها در داخل در طول دهه‌های گذشته شاهد آن هستند نبایستی به عنوان یک واقعیت غیرقابل حل مورد توجه قرار گیرند بلکه بایستی به عنوان مشکل سیستماتیک در نظر گرفته شود.

امروزه دیگر رهیافت دولت‌محور در پارادایم واقع‌گرایی پذیرفتنی نیست و نمی‌توان قدرت مطلق‌العنان برای دولت‌ها قایل شد، از این‌رو آزادی عمل دولت‌ها محدودتر، مضبوط و روشمندتر شده است. دولت با اختیارات مشخص موسوم به دولت قانونمند مبتنی بر حقوق و با کار ویژه‌های دقیق موسوم به دولت حداقل مطلوب تلقی

1. Bowie, Norman; and Robert Simon, The Individual and the Political Order: An Introduction to Social and Political Philosophy, Third Edition, Rowman & Littlefield Publishers, 1998, p. 196.
2. Batdorf, John, The End of Strife: Nature's Laws Applies to Incomes, Broadway Publishing Company, New York, 2005, p.105.

می‌شود. در این فضا شهروند می‌تواند حقوق تضمین‌شده ملت مانند مالکیت، امنیت و مقاومت در برابر ستم به‌منظور قیام علیه حکومت جبار و خودکامه را از قدرت حاکم بخواهد و حکومت نیز باید به آن‌ها احترام بگذارد.[1] بر خلاف رهیافت دولت‌محور که بر پایه اصول محوری حاکمیت و مشروعیت مبتنی بر قدرت استوار است و هرگونه اقدامی را که مخالف نظم عمومی، منافع ملی و استقرار و استمرار حکومت می‌داند سرکوب می‌کند. در پرتو تحولات بنیادین بین‌المللی و تأکید و تصریح بر ارزش‌های اخلاقی‌انسانی، رهیافت حقوق بشر جهانی و پارادایم جامعه مدنی جهانی به منصه ظهور می‌رسد که به موازات ظهور نیازهای جدید حیات بین‌المللی نظم، امنیت و ثبات را جایگزین قدرت عنان‌گسیخته حاکمیت‌های مستقل یکجانبه‌گرا می‌کند. در نتیجه به طور قابل‌ملاحظه‌ای در خصوص مسائلی که جامعه جهانی را احاطه کرده است، یک برداشت دولت‌محوری به‌تدریج به برداشت بشریت‌محوری تبدیل شده است.

مسئولیت دولت برای حفاظت از مردم چه اتباع کشور و چه دیگران به‌ویژه در وضعیت‌های اضطراری، به هنجار تثبیت‌شده بین‌المللی گام مهمی در راستای محدود شدن حاکمیت دولتی به نفع حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. پیشگیری و پاسخگویی مقامات دولتی در قبال جرائم نسل‌کشی، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت یا تحریک موارد فوق در مخاصمات و آشوب‌های داخلی را می‌توان مهم‌ترین نکته مسئولیت حمایت دانست.[2] برای نیل به پیشگیری از جرائم فوق‌الذکر می‌بایست حاکمیتی مسئول ایجاد شده و بر این مسأله تأکید شود که تعهدات حقوقی (عرفی و معاهده‌ای) دولت‌ها آن‌ها را به پیشگیری و مجازات این جرایم موظف می‌کند و مسئولیت دولت، از همین تعهدات ناشی می‌شود.

از این‌رو حاکمیت مسئول پتانسیل شمول مسائلی نظیر احترام و رعایت موازین حقوق بنیادین بشردوستانه را در بر می‌گیرد.[3] مقامات و مأموران دولتی که شورش‌ها و اغتشاشات داخلی را کنترل می‌نمایند، مسئولیت بزرگی در احترام به حق حیات، تمامیت و شأن و منزلت اشخاص درگیر دارند. در عملیات‌ها برای حفظ یا اعاده نظم عمومی مشکلات زمانی به وجود می‌آیند که نیروهای مأمور یک چارچوب قانونی و اعتقادی برای اطمینان و تضمین بخشیدن به اینکه خطرات به حداقل برسند، ندارند و دولت مسئول کنترل اعمال آنهاست.

۱. پیری، حیدر، منافع ملی حیاتی و حقوق بین‌الملل، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۲، ص. ۲۳۳.

2. Report of the Secretary-General. (2009), Implementing the Responsibility to Protect, A/63/677. Retrieved November 18, 2009, p. 8.

3. Ibid, p.11.

بیزاری و تنفر عمومی از خشونت و نفی و طرد دلایل و بهانه‌های مختلف تخلف از موازین حقوقی ناظر بر صیانت و کرامت بشری همچون حفظ نظم و امنیت و تأمین منافع ملی باعث توجه و پذیرش تعهدات و تکالیف قاطع‌تر برای دولت‌ها شده است. دولت‌ها دیگر برای کنترل اجتماع و حفظ امنیت و نظم عمومی خود در مقابله با شورشیان نباید صرفاً به اصول نظام‌های ملی سیاسی تکیه کنند؛ بلکه قواعدی حقوقی وجود دارند که مستقل و فراتر از اراده دولت‌ها همچون اصولی قهری و لایتغیر که عام و فراگیر بوده و مشمول مرور زمان نشده و لازمه حفظ حیات فردی و اجتماعی انسان‌ها هستند و در یک نظام سلسله مراتبی از قواعد حقوقی برای حفظ نظم حقوقی بین‌المللی، اعمال می‌شوند.

۲. صف‌آرایی حاکمیت و منافع ملی حیاتی در برابر اعمال موازین حقوق بین‌الملل در شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی

در حقوق بین‌الملل کلاسیک، دولت‌ها جنگ‌های داخلی را شورش و نافرمانی گروه‌های مسلح می‌خواندند. بر این اساس، دولت‌ها خود را موظف به حفاظت از اصل مقدس حاکمیت دانسته و نگران در امان ماندن حریم آن بودند. این رویکرد (دایره وسیع دخالت دولت در مجازات شورشیان) مبتنی بر اصل صلاحیت ملی در مقابله با شورش و مهار شورشیان که دشمنان داخلی قلمداد می‌شوند، بود. حاکمیت به مفهوم سنتی آن، یکی از عمده‌ترین موانع در راه تدوین، توسعه و نیز به اجرا گذاشتن حداقل‌های بنیادین بشردوستانه قابل اعمال در شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی بوده است.

پیامد اجتناب‌ناپذیر آشوب‌ها و شورش‌های داخلی تضعیف حاکمیت قانون است که با تخلفات گسترده حقوق بشر، زمینه‌ساز آسیب زیاد به مردم می‌شود؛ چرا که در چنین اوضاعی، مقوله توأم با احساسات حفظ نظم و امنیت، قدرت نامحدود و فوق قانون را افاده می‌کند و با اقتدار مطلق دولت‌ها، یکسان تلقی می‌شود.[1] در این مفهوم، اوضاع به گونه‌ای تصویر می‌شود که در آن صدمه زدن به آزادی‌های فردی قابلیت دفاع منطقی پیدا می‌کند. به تعبیر دیگر، محدودیت‌های وارد بر حقوق و آزادی‌های فردی و گروهی در مواردی که فرض بر تهدید موجودیت دولت و نظم عمومی قرار می‌گیرد، امری مشروع تلقی می‌شود و تعیین حدّ شمول آن با خود دولت‌هاست که تحت عنوان حفظ مصالح و منافع عمومی کشور یا تأمین امنیّت ملی آن را تفسیر، و بر اساس آن

1. Delbrueck, Jost, "International Protection of Human Rights and State Sovereignty", Indiana Law Journal, Vol. 57, Issue 4, 1982, p. 570.

عمل می‌کنند.[1] به رغم اینکه به طور کلی پذیرفته شده است که دولت‌ها حائز چنین صلاحیت‌هایی هستند، تا آن حدّ که می‌توانند به تشخیص خود حالت اضطراری اعلام کنند و بنابراین برخی از حقوق اساسی را معلق و تصمیماتی به منظور اعاده نظم و امنیت عمومی اتخاذ و اجرا نمایند، اما این امر مشروط بر آن است که وضعیت مزبور، اقتضا کند و تنها پس از آن است که صرف‌نظر از قواعد بین‌المللی حقوق بشر می‌توان برخی از آن‌ها را به حالت تعلیق درآورد و تصمیماتی را به منظور اعاده نظم اتخاذ کرد و به اجرا گذاشت.[2] ارتباط بین موازین حقوق بشر و بشردوستانه قابل اعمال در این وضعیت‌ها و منافع ملی حیاتی و امنیتی به گونه‌ای است که، به نوعی هر اندازه روند تدریجی مبحث بشریت و انسانی گسترده‌تر شود، روند و دامنه منافع ملی حیاتی و حاکمیت کمتر می‌شود. منافع ملی حیاتی تبلور و تابعی از قدرت دولت‌ها و نمادی از حاکمیت آنهاست. توسل به منافع ملی حیاتی و حفظ و حمایت از موجودیت ملت یک خلاء حقوقی را موجب شده و تا حدی به رعایت و حتی اجرای قواعد حقوق بین‌الملل لطمه وارد می‌کند. از این‌رو فقدان مکانیسم اجرایی کافی برای نظارت بر دولت‌ها (در توسل به منافع ملی حیاتی برای فرار از تعهداتشان) بر هنجاری بودن حقوق بین‌الملل سایه می‌افکند.[3] کشورها ترجیح می‌دهند به منظور حفظ حاکمیت خویش وضعیت درگیری مسلحانه را که آزادی عمل ایشان را محدود می‌سازد شناسایی ننماید و در مقابل وضع پیش‌آمده را موضوع امنیت داخلی خویش قلمداد کنند. به حساب نیاوردن شورش‌های داخلی به عنوان یک مخاصمه غیربین‌المللی می‌تواند مستمسکی برای نادیده گرفتن حقوق اساسی بشردوستانه و کاربرد حداقل معیارهای استاندارد گردد. بعضی از دولت‌ها در چارچوب ماده ۴ میثاق قوانین داخلی خود را در طول شورش‌های داخلی تعلیق می‌کنند. به‌ویژه آن‌ها به کرات ممنوعیت شکنجه (ماده۷)، حق آزادی و امنیت شخصی (ماده ۹)، آزادی رفت و آمد (ماده ۱۲)، آزادی بیان و اظهار عقیده (ماده ۱۹) و آزادی گردهمایی (ماده ۲۱) را مورد تخطی قرار می‌دهند.[4]

1. Werner, Levi, "The Vital National Interests and International Law", The International Review, No.1, January-April 1997, p. 85.

۲. ممتاز، جمشید؛ و حسین شریفی، «حداقل قواعد بشردوستانه قابل‌اجرا در آشوب‌ها و شورش‌های داخلی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۵، ۱۳۷۸، ص. ۹۵.

۳. زمانی، سیدقاسم؛ و حیدر پیری، «کارکرد منافع ملی حیاتی در حوزه‌های انسانی حقوق بین‌الملل: حقوق بشردوستانه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۹، ۱۳۹۱، ص. ۵۵.

4. Dennis, Michael, "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation", American Journal of International Law, Vol. 99, No.1, January 2005, p. 135.

بروز شورش‌ها و ناآرامی‌ها می‌تواند بهانه لازم برای سرکوب و استفاده از روش‌های سنگین نظامی به منظور حفظ نظم و قانون را فراهم کند. از آنجا که دولت‌ها این اقدامات را تهدید علیه نظم و امنیت عمومی تلقی می‌کنند، تحت عنوان حفظ منافع و مصالح عمومی کشور اقدام به سرکوب گسترده و خشونت‌بار گروه‌های مخالف و معترض می‌کنند. مسلماً چنین اتفاقی با اصول و موازین حقوق بین‌الملل در تضاد قرار خواهد گرفت. از آنجا که برای توسل به زور در چنین وضعیت‌هایی مقررات صریح و روشنی وجود ندارد، دولت‌ها همواره به استفاده مفرط و سوء استفاده‌آمیز از توسل به زور برای سرکوب و توقف شورشیان و اغتشاشگران، اجرای منع رفت و آمد در ساعات معین و یا حتی ارعاب جمعیت روی می‌آورند. دولت‌ها با توجه به قدرت نامحدود و فوق قانونی که برای خود متصورند عطف به منافع اجتماع اقدام به اعمال محدودیت و سلب آزادی‌های افراد خارج از حد متعارف و معقول و بدون در نظر گرفتن اصول ضرورت و تناسب می‌نمایند. نیروهای نظامی کشورها تمایل دارند از شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی به عنوان عملیات‌های امنیتی داخلی نام ببرند. آن‌ها معتقدند که حقوق بین‌الملل بشردوستانه در این وضعیت‌ها قابل اعمال نیست و تنها حقوق داخلی دولت‌ها قابل اعمال است.[1]

بازداشت‌های بدون طی مراحل قانونی، استفاده از زور و سلاح‌های گرم نشان‌دهنده یکی از بزرگ‌ترین خطرات برای افراد در موقع شورش‌های داخلی است. متأسفانه دولت‌ها اغلب از سلاح‌های گرم به طور خودسرانه برای سرکوب شورشیان و اغتشاشگران استفاده می‌نمایند که به طور اجتناب‌ناپذیری به نتایج فاجعه‌بار و افزایش خشونت منجر می‌شود. جدا کردن حفاظت‌ها و حمایت‌هایی از قبیل حق حیات از محدودیت‌های اعمال‌شده بر استفاده از زور به‌ویژه در موقع استفاده از سلاح‌های گرم در وضعیت‌هایی که به عنوان منازعه مسلحانه طبقه‌بندی نشده است، کار ساده‌ای نیست. در این حین چنانچه فرد یا افرادی (شورشیان) قواعد و مقررات حاکم در قلمرو سرزمینی را زیرپا بگذارند، بدیهی است در چارچوب نظم عمومی و همچنین امنیت نظام حاکم بر جامعه این چنین اشخاص بایستی مورد تعقیب و پیگرد قانون قرار بگیرند و تاوان نقض قوانین ارتکابی را پس بدهند. اما این تعقیب‌ها بایستی در پرتو اصول حقوق بنیادین بشردوستانه و بشر صورت گیرد؛ یا به نوعی، در چنین وضعیتی صلاحیت دولت بایستی محدود به رعایت حداقل‌های بنیادین بشری گردد. حقوقی که آن را به

1. Lloyd Roberts, David, Staying Alive: Safety and Security Guidelines for Humanitarian Volunteers in Conflict Areas, ICRC, 2005, p. 25.

عنوان استانـدارهای بنیادیـن بـشریت لـحاظ نـموده‌انـد و هیـچ عـذر و تـوجـیهـی را بر نمی‌تابند.

۳. حق دولت به ادامه حیات و دفاع از خود در وضعیت‌های اضطراری

حقوق بشر همیشه در همه وضعیت‌ها قابل اعمال است؛ اما هنجارهای قابل تعلیق و تخطی تحت شرایط خاصی تا اندازه‌ای وسیع امروزه وجود دارند. حقوق بین‌الملـل، بـا شناسایی وضعیت‌های اضطراری که در آن حیات و موجودیت یک ملت در معرض خطر و تهدید واقع می‌شود به دولت‌ها اجازه تعلیق برخی از قواعد حقوق بشر را داده اسـت،[۱] ماده ۴ میثاق بیانگر سازوکار فوق است.[۲] دولت‌ها در مقام ماده ۴ میثاق انواع اقدامات را به عمل می‌آورند و به روش‌های مختلف دست خود را بـاز مـی‌بیننـد. بـرای مشـروعیت اعلام وضعیت اضطراری باید همـواره شـروط ضـرورت، تناسـب، عـدم تبعـیض و عـدم مغایرت تعلیق با دیگر تعهدات بین‌المللی رعایت گردد.

پیش‌بینی این اصول و تأکید بر آن‌ها در رویه بین‌المللـی، در حقیقـت بـه منظـور تضمین نفی سوءاستفاده از سازوکار تعلیق حقوق بشر در مـورد دولـت‌هـایی اسـت کـه بدون ضرورت چنین تعلیقی، تعهدات حقوق بشری خود را معلق می‌کنند. مطـابق ایـن اصول هر وضعیت اضطراری تهدیدکننده حیات ملت، تعلیق کلیه تعهدات قابل تعلیق را توجیه نمی‌کند.[۳]

۱. منبع وضعیت اضطراری در حقوق بین‌الملل امروز افزون بر ماده ۴ میثاق، ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۲۷ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و ماده ۴ منشور عرب است. مرجع وضعیت اضطراری (جنگ یا اضطرار عمومی در موقع به خطر افتادن حیات ملت) هم می‌تواند در منازعات مسلحانه داخلی باشد هم منازعات بین‌المللی:

- Orakhelashvili, Alexander, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation?", International Law and Justice Colloquium, New York University, February 2007, p.15.

۲. به موجب این ماده: "در دوران اضطرار و خطر عمومی فوق‌العاده که حیات ملت را تهدید کرده و وجود این وضعیت رسماً اعلام می‌شود، دولت‌های عضو این میثاق می‌توانند دقیقاً به میزانی که وضعیت ایجاب می‌کند، تدابیری خارج از الزامات مقرر در میثاق برای تعلیق تعهداتی که برعهده دارند، اتخاذ نمایند. مشروط بر این‌که تدابیر مذکور با سایر تعهدات آن‌ها که به موجب حقوق بین‌الملل برعهده دارند، مغایر نباشد و به تبعیضی منحصراً بر اساس نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، منشأ مذهبی یا اجتماعی منجر نشود".

حکم ماده ۴ هیچ‌گونه انحراف از مواد ۶ (حق حیات)، ۷ (آزار، شکنجه و مجازات یا رفتارهای ظالمانه یا ترذیلی)، بندهای اول و دوم ماده ۸ (بردگی و خرید و فروش برده) ،۱۱ (زندانی نمودن به خاطر عدم توانایی در اجرای یک تعهد قراردادی)، ۱۵ (اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها و اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین) ،۱۶ (اصل شناسایی و احترام به شخصیت حقوقی) را تجویز نمی‌کند.

۳. به عنوان مثال عدم رعایت اصل عدم تبعیض (رفتار متفاوت نسبت به اتباع و غیراتباع) مهم‌ترین استدلال مجلس اعیان انگلستان در رد وضعیت اضطراری سال ۱۹۹۸ و قانون ضدتروریسم ۲۰۰۱، که ماده ۲۳ این

پیدایش رویه‌های قضایی ارگـان‌هـای حقـوق بشـری، همچنـین تفاسـیر عمـومی کمیته حقوق بشر مشخص نموده‌اند که کدام‌یک از مـوازین غیرقابـل تخطـی هسـتند و کدام‌یک تحت شرایطی خاص قابل فسخ و تخطـی‌انـد. فهرسـت و طبقـه‌بنـدی حقـوق غیرقابل نقض به طور گسترده‌ای به‌وسیله تفاسیر اسـناد حقـوق بشـری و بـا ارجـاع بـه قواعد آمره حقوق بین‌الملل توسعه پیـدا کـرده اسـت. برخـی از مـوازین (حـق حیـات، ممنوعیت شکنجه، برده‌داری و به بردگی کشاندن، ممنوعیت مجـازات غیرقـانونی و ...) به عنوان حقوق برتـر در کلیـه اسـناد جهـانی و منطقـه‌ای آنچنـان بـا شـأن و کرامـت انسانی و به عبارت بهتر با انسانیت انسان بـه هـم آمیختـه هسـتند کـه در هـیچ حـال حتی در زمان اضطرار عمومی که حیات ملت مورد تهدید قرار مـی‌گیـرد قابـل تعلیـق، تخطی و تعطیلی موقت نمی‌باشند.[1] حقوقی که بر کرامت و منزلت انسانی اسـتوار بـوده و زمان و مکان و قیدی را بر نمی‌تابد. ایـن قواعـد امـری در حقیقـت هسـته سـخت یـا حقوق بنیادین بشری موسوم به حقوق غیرقابل تخطی هستند که حتـی بـا اسـتناد بـه تهدید حیات و منافع امنیتی دولت و تحت هیچ شرایطی حتی جنگ، نمـی‌تـوان آن‌هـا را موضوع رزرو یا تعطیل موقت قرار داد، زیرا خلاف مقتضای میثاق اسـت. مهـم نیسـت وضعیت‌های اضطراری تهدیدکننده حیات و موجودیت ملت که باعـث مـی‌شـود دولـت به اقداماتی متوسل شود، چقدر جدی و حیاتی باشد، چرا که در هیچ صـورتی قصـور از موازین و اسـتانداردهای بنیـادین بشـری را توجیـه نمـی‌کنـد.[2] حمـایتی بـودن ذات و ماهیت این هنجارها، دلیل غیرقابل تعلیق بودن آن‌ها حتی در وضـعیت‌هـای بـه خطـر افتادن حیات و موجودیت ملت است.

گرچه دولت‌ها مجازند در وضعیت‌های اضطراری برای نظم و امنیت عمومی تحـت حقوق بشر بین‌المللی بعضی از موازین را محدود یا به حال تعلیق درآورند. امـا بـه طـور کلی تحدید و محدودسازی قواعد حقـوق بشـر در میثـاق بـین‌المللـی حقـوق مـدنی و

← قانون با تعلیق مواد ۵ و ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اجازه بازداشت نامحدود اتباع غیرانگلیسی را به دولت انگلستان می‌داد، در آن کشور بوده است. همچنین، کمیسر شورای اروپا با توجه به ریسک بالای فعالیت‌های تروریستی پس از ۱۱ سپتامبر برای دولت‌های اروپایی، اگر دولتی اعمال تروریستی را تهدید واقعی علیه حیات ملت خود بداند نباید میان اعمال تروریستی اتباع و بیگانگان، قائل به تفکیک شود، چنین تبعیضی نشان‌دهنده عدم وجود ضرورت لازم برای اثبات وضعیت اضطراری است.

A (FC) and others (FC) Appellants v. Secretary of State for the Home Department, House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause, UKHL 56, 16 Dec 2004, paras. 76-78.

1. Orakhelashvili, op.cit., p. 15.
2. Momtaz, op. cit., p. 2.

سیاسی در موقع به خطر افتادن منافع ملی و امنیتی دولت‌ها تنها تا حدی مجاز هستند که اولاً به‌وسیله قانون تجویز شده باشند، ثانیاً برای دستیابی به اهداف مشروع ضروری و در حد متعارف و معقول و در پرتو اصل تناسب و ضرورت باشند.

تعلیق برخی موازین حقوق بشر در وضعیت‌های اضطراری، اگر چه نشانه تحکیم وضع اخیر نسبت به هنجارهای حقوق بشری است، اما این بدان معنی نیست که دست دولت‌ها در توسل به زور در تعلیق و نقض موازین حقوق بشر برای حمایت از امنیت و منافع ملی خود به طور نامحدود باز است. دولت‌ها نمی‌توانند برای وصول به اهدافشان به هر وسیله‌ای متوسل شوند. نقطه قوت حصول اتفاق نظر میان دولت‌ها در ضرورت اقدام برای حمایت از افراد انسانی، از یک‌سو به خاطر تحول مفهومی امنیت بوده که با این تحول، این فکر پدید آمده که دولت نباید تنها موضوع یا موضوع اصلی امنیت باشد بلکه نفع شهروندان و منافع کل بشریت باید موضوع اصلی امنیت قلمداد شود. تقابل منافع ملی حیاتی با موازین بنیادین بشردوستانه بین‌المللی تقابل امنیت بشری با امنیت ملی دولت‌های حاکم است و به تعبیری دیگر، اصطکاک ضروریات بشردوستانه (انسان یا بشر) با ضروریات امنیتی و نظامی (دولت‌ها) را به تصویر می‌کشد.

امروزه نفوذ و تأثیر بشریت غالب است و بر سایر ضروریات امنیتی و نظامی برتری دارد.[1] این امر بقای انسان و حمایت از هسته حیاتی زندگی همه انسان‌ها، زندگی و شخصیت وی، حفاظت از مردم از خطرات جدی، امنیت غذایی، برخورداری از حمایت کافی، رهایی از فقر و رهایی از تهدید نسبت به شأن و کرامت انسانی را شامل می‌شود.

کنار گذاشتن محذورات ناشی از رعایت محدودیت‌های ناظر بر ابزارها و روش‌های جنگی و رعایت حقوق بنیادین بشردوستانه در هنگام دفاع از منافع و امنیت ملی به این بهانه که حاکمیت، منافع ملی و بشردوستی کاملاً با هم ناسازگارند، نمی‌تواند قابل قبول باشد. تعدیل و التزام دولت‌ها در رعایت حداقل استانداردهای بنیادین بشری در این وضعیت‌ها نشانه التزام دولت‌ها به جنگ انسانی و صورت‌بندی متوازن و متعادل ملاحظات نظامی و امنیتی و ضرورت‌های بشردوستانه است.

دفاع از حیات و امنیت کشور نباید به قیمت تهدید جدی علیه امنیت بین‌المللی و در تعارض با قواعد و مقررات بین‌المللی باشد. بقای دولت ارزش نهایی نیست که ضرورتاً و الزاماً کلیه ارزش‌های دیگر به‌ویژه ارزش‌های نهفته در حقوق بشردوستانه را کنار

1. Greenwood, Christopher, "Historical Development and Legal Basis", in: Fleck, Dieter (ed), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 129.

گذارد. هیچ دولتی نمی‌تواند به بهانه حق مشروع دفاع از خود، اصول بنیادین حقوق بشردوستانه را کنار بگذارد.[1]

آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و سلفش[2] حق دولت‌ها در حمایت و دفاع از موجودیت ملت و منافع ملی امنیتی خود را منکر نشده، بلکه به عکس، دیوان به صورت تلویحی وجود چنین حقی را به رسمیت شناخته و تنها کیفیت استیفای حق را در پرتو حقوق بین‌الملل مدنظر قرار داده است. بدین‌ترتیب، همان‌طور که دیوان در قضیه کورفو از سوءاستفاده دولت‌ها از حق خودیاری در مفهوم مسلحانه آن ابراز نگرانی کرد و برهمین اساس آن را محکوم نمود،[3] می‌توان گفت حق دولت به ادامه حیات و دفاع از خود در وضعیت‌های اضطراری حتی آنگاه که در یک معاهده پیش‌بینی می‌شود، به منزله توجیهی برای توسل به زور بر خلاف اصول حقوق بین الملل نمی‌تواند قابل قبول باشد.

۴. تضمینات بین‌المللی در تسری حداقل استانداردهای بنیادین بشری در شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی

رویکرد جدید جامعه بین‌المللی نشان از این دارد که استانداردهای بنیادین بشری در این وضعیت‌ها (چه بین گروه‌های شورشی و چه نیروهای حکومتی) قابل اعمال است. همان ملاحظات انسان‌دوستانه اولیه برای انسانی کردن مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی، به میزان کمتری در شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی نیز مطرح بوده است. به عبارتی همان‌گونه که رأی تادیچ مقرر می‌دارد: «تعهد دولت‌ها در احترام به حقوق انسانی اتباع خود در مخاصمات داخلی، کمتر از تعهد آن‌ها و احترام به حقوق انسانی اتباع بیگانه در مخاصمات بین‌المللی نیست.

ملاحظات ابتدایی انسانیت و عقل سلیم نامعقول می‌نماید که استفاده از سلاح‌هایی که در منازعات مسلحانه بین دولت‌ها ممنوع شده‌اند، بین دولت و شورشیان در قلمرو حاکمیتی دولت برای سرکوب آنان مجاز باشند.» آنچه در منازعات مسلحانه غیرانسانی و ممنوع است، نمی‌تواند در شورش‌های داخلی مشروع و حقانی باشند.[4]

1. Greenwood,Christopher, "The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law", IRRC, No. 316, 1997, p. 74.
2. Permanent Court of International Justice (PCIJ).
3. ICJ Reports, The Corfu Channel Case (the United Kingdom v. Albania), Judgment of 9 April 1949, p. 35.
4. Sandesh, Sivakumaran, Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict, The European Journal of International Law, Vol. 22, No.1, 2011, p. 230.

مفهوم حداقل استانداردهای بشردوستانه و استانداردهای بنیادین بشری خارج از ضرورت به وجود نیامده بلکه به عنوان نیاز ضروری اشخاص گرفتار در وضعیت‌های اضطراری (در اینجا شورش‌ها و ناآرامی‌ها) ایجاد شده است.[1] افزایش شمار شورش‌ها و و ناآرامی‌های داخلی که عموماً خشونت و درنده‌خویی آدم‌های آدمیت را به همراه دارد موجب تحول حقوق بین‌الملل مربوط به این وضعیت‌ها شده است و جامعه بین‌المللی برای مهار خشونت‌ها و تحکیم و تقویت حقوق بین‌الملل بشردوستانه در این وضعیت‌ها چاره‌ای اندیشید. با این حال ابتکارات پراکنده برخی طرف‌های درگیر در این مخاصمات و فعالیت‌های کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در سال‌های پس از تشکیل به‌ویژه در طول چند دهه گذشته، سبب شده است تا مبنای اولیه حقوق حاکم بر این وضعیت‌ها به نوعی شکل بگیرد.در سال ۱۹۲۱، نخستین گام برای شناسایی نیازهای قربانیان در این درگیری‌ها برداشته شد. در این سال بود که دهمین کنفرانس صلیب سرخ در ژنو، قطعنامه مربوط به جنگ داخلی را مورد پذیرش قرار داد.

در این قطعنامه حق همه قربانیان جنگ‌های داخلی یا درگیری‌های انقلابی یا اجتماعی در دریافت کمک، مطابق با اصول کلی صلیب سرخ پایه‌گذاری شد و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ مأموریت دخالت در مسائل داخلی را در قالب نقش حمایت‌گری به دست آورد.

اما دستاوردهای مهم دیگری در اعمال حداقل استانداردهای بنیادین تهیه شد که از جمله می‌توان به ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو[2] اشاره کرد که مطابق

۱. برای دیدن نظر مخالف ر.ک:

Schuller, Andreas, "Fundamental Standards of Humanity– Still a Useful Attempt or an Expired Concept?", The International Journal of Human Rights, Vol. 14, No. 5, September 2012, p. 764.

۲. ماده ۳ مشترک که عیناً در ۴ کنوانسیون تکرار گردیده است، چنین مقرر می‌دارد:

چنانچه نزاع مسلحانه جنبه بین‌المللی نداشته باشد و در خاک یکی از دول معظمه متعاهد روی دهد هریک از دول داخل در جنگ مکلفند لااقل مقررات زیر را اجرا نمایند:

۱- با کسانی‌که مستقیماً در جنگ شرکت ندارند به انضمام افراد نیروهای مسلحی که اسلحه به زمین گذاشته باشند یا کسانی‌که به علت بیماری یا زخم یا بازداشت و یا به هر علت دیگری قادر به جنگ نباشد باید در همه احوال بدون هیچ‌گونه تبعیضی با اصول انسانیت رفتار شود. اعمال ذیل در مورد اشخاص بالا در هر زمان و در هر مکان ممنوع است و خواهد بود:

الف- لطمه به حیات و تمامیت بدنی از جمله قتل به تمام اشکال آن ، زخم‌زدن بی‌رحمانه، شکنجه و آزار؛ ب- اخذ گروگان؛ ج- لطمه به حیثیت اشخاص از جمله تحقیر و خوار شمردن؛ د- محکومیت و اعدام بدون حکم قبلی دادگاهی که بطور مستقل تشکیل شده و جامع تضمینات قضایی که ملل متمدن ضروری می‌دانند، باشد.

آن برخی تضمینات حداقلی باید رعایت شود[1] و پذیرفته شد که مخاصمه داخلی موضوعی نیست که به صورت کاملاً انحصاری در صلاحیت داخلی آن‌ها قرار داشته باشد؛[2] ماده ۴ میثاق در مورد حقوق غیر قابل تخطی در وضعیت‌های اضطراری؛ کنفرانس دیپلماتیک دهه ۱۹۷۰ در مورد تجدیدنظر قواعد حقوق بشردوستانه؛[3] ماده ۷۵ پروتکل اول الحاقی به عهدنامه‌های چهارگانه ژنو و نهایتاً تصویب پروتکل الحاقی دوم که به دلیل ترس دولت‌ها از اینکه هر درگیری داخلی ممکن است آن‌ها را زیر چتر حمایت بین‌المللی قرار دهد، به افزایش قابل ملاحظه نقطه آستانه قابلیت اعمال ارزش‌های مربوطه منجر گردید. بعد از پروتکل الحاقی دوم، چند طرح به صورت پیشنهادهای شخصی به عنوان مبنای قواعد مندرج در ماده ۳ مشترک و مقررات ماده ۷۵ پروتکل اول،[4] ارائه شده است تا حمایت از افرادی که در خشونت‌های داخلی آسیب می‌پذیرند، از رهگذر برخورداری آن‌ها از تضمین‌های اضافی در زمان بازداشت و محاکمه، تقویت شود. اما آنچه که مسلم بود این بود که در وضعیت شورش‌ها و تنش‌های داخلی، حفاظت از غیرنظامیان به طور کامل تضمین نشده و هیچ هنجار و موازین دقیق و روشنی برای حفاظت از غیرنظامیان موجود نمی‌باشد، به‌ویژه در وضعیت‌هایی که دولت‌ها وجود مخاصمه مسلحانه را مورد انکار قرار می‌دهند. از این‌رو اشخاص، متخصصان، سازمان‌ها و انجمن‌های غیردولتی تلاش عظیمی در سال‌های بعد

۱. می‌توان گفت تا قبل از سال ۱۹۷۷ به جز ماده ۳ مشترک و شرط مارتنس هیچ مقرره حقوقی بین‌المللی جهت هدایت وضعیت‌های شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی وجود نداشت، همچنان که هیچ روند قانونی برای برخورد با بی‌رحمی‌ها در چنین وضعیت‌هایی نبود. البته لازم به ذکر است که مخاصمه مسلحانه شرط ضروری کاربرد حداقل استانداردهای ماده ۳ مشترک است. لذا، ماده ۳ مشترک به طور مستقیم بر حمایت از جمعیت غیرنظامی در شرایط اضطرار عمومی و شورش‌ها و ناآرامی‌ها قابل اعمال نیست.

2. Lindsay, Moir, "The Historical Development of the Application of Humanitarian Law in Non-International ArmedConflicts to 1949", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, Issue 2, April 1998, p. 359.

۳. در کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۷۴ تا ۱۹۷۷ در ژنو، نتیجه ثمربخشی از هنجارهای قابل اعمال در وضعیت شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی به دست نیامد. بعد از کنفرانس، سریعاً روشن شد که هنوز هم وضعیت‌هایی وجود دارند که حفاظت از غیرنظامیان به طور کامل تضمین نشده است. به‌ویژه در وضعیت‌هایی که دولت‌ها وجود مخاصمه مسلحانه را مورد انکار قرار می‌دهند.

۴. ماده ۷۵ پروتکل اول به عنوان تضمین‌های بنیادین به‌طور خلاصه اعلام می‌دارد: با اشخاص در همه وضعیت‌ها به صورت انسانی و آنچه شایسته انسان است رفتار شود. حمایت‌ها بایستی بدون هرگونه تبعیض بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب یا عقیده، و دیگر معیارهای مشابه صورت گیرد. اهانت به کرامت و حیثیت انسانی، به‌ویژه رفتار تحقیرآمیز و خوارکننده، شکنجه از هر نوعی (هم جسمانی و هم روحی)، قطع عضو، گروگان‌گیری، دادرسی غیرعادلانه، زنای به عنف، فحشای اجباری و هرگونه تعرض بی‌شرمانه توسط هر کس و در هر زمان و مکانی را ممنوع شمرده‌اند.

برای تعیین یک مجموعه از قوانین حاکم بر وضعیت‌هایی که بـه حـد آسـتانه مخاصـمه مسلحانه نرسیده باشـند انجـام دادنـد. آن‌هـا خلاءهـا و شـکاف‌هـای قـوانین موجـود و همچنین شک و تردیدهای قانونی در حقوق قابـل اعمـال را شناسـایی نمودنـد، و ایـن موضوعات و مسائل مشـکل‌آفـرین و بغـرنج را در اعلامیـه پـاریس یـا اعلامیـه حـداقل استانداردهای موازین حقوق بشر در وضعیت اضطراری،[1] اعلامیـه تئـودور مـرون اسـتاد دانشگاه نیویورک تحت عنوان«استانداردهای بشردوستانه در شورش‌هـای داخلـی»[2]، کـد رفتاری«مجموعه اقدامات بشردوستی در شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی» که بـه‌وسـیله افراد متخصص (گاسر) و کمیته بین‌المللی صـلیب سـرخ توسـعه پیـدا کـرد[3] و اعلامیـه حداقل استانداردهای بشردوستانه یا اعلامیه تورکو با همکاری کمیته بین‌المللی صـلیب سرخ بیان نمودند.

با توجه به این اعلامیه‌ها و بسیاری از نتـایج مشـابه سـئوالات مربـوط بـه توسـعه حقوق بین‌الملل بشردوستانه در حـوزه‌هـای مـبهم از جملـه در وضـعیت شـورش‌هـا و ناآرامی‌ها نشان می‌دهد که هنجارهای قابل اعمال در این زمینـه شناسـایی و مشـخص شده است. استانداردهای بنیادین بشردوستانه مقرر در اسناد فوق‌الذکر، مـوازین ذیـل را به عنوان هسته سخت موازین حقوق بین‌الملل بیان می‌نماید: حـق حیـات؛ مصـونیت از شکنجه؛ آزادی از بردگی؛ حق داشـتن شخصـیت حقـوقی، احتـرام بـه کرامـت ذاتـی و احترام به تمامیت جسمانی و فکری؛ آزادی از تبعیض؛ برخورداری از دادرسـی عادلانـه؛ آزادی اندیشه، وجدان و مذهب؛ حق مشارکت در حکومت؛ حـق دریافـت غرامـت و ... . همچنین اعلام می‌نمایند که در همه وضعیت‌ها و شرایط قابـل اعمـال، نادیـده گـرفتن آن‌ها در هیچ شرایطی مجاز نیست. سازمان ملل متحـد نسـبت بـه ایـن درگیـری‌هـا و فجایع انسانی که در آن اتفاق افتـاده بـی‌تفـاوت نبـوده و اعـلام مـی‌نمایـد کـه جامعـه بین‌المللی در اکثر این شورش‌ها دارای منافع در معرض خطر می‌باشد و همـین مسـأله انگیزه لازم را جهت اقدام فراهم آورده است. در این میان شـورای امنیـت بـا توسـل بـه

۱. این اعلامیه توسط انجمن حقوق بین‌الملل در ارتباط با حداقل استانداردهای حقوق بشر در وضعیت‌های خاص اضطراری دولت‌ها تصویب شد. این اعلامیه تلاش می‌نماید تا دامنه و محتوای حقوق غیرقابل نقض در وضعیت‌های اضطراری برای دولت‌ها را بیان نماید. اعلامیه مشخص می‌نماید که کدام‌یک از موازین در هر وضعیتی محفوظ می‌ماند. نتیجه این بررسی حمایت ارزشمندی را به توسعه بیشتر فهرست حداقل استانداردهای حقوق بشردوستانه داد.

2. Meron, Theodor, "Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife", American Journal of International Law, Vol. 87, 1984, pp. 858-868.

3. Gasser, Hans-Peter, "A Measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions:Proposal for a Code of Conduct", International Review of the Red Cross, No. 262, 1988, pp. 38- 58.

ابتکار خویش مبنی بر تفسیر موسع از فصل هفتم منشور و اختیارات خویش در چارچوب آن (حفظ صلح و امنیت بین‌المللی) واکنش‌های بدیعی را در مواجهه با درگیری‌ها و ناآرامی‌های داخلی و غیربین‌المللی اخیر از خود نشان داده است. شورای امنیت اعلام می‌نماید که شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی اغلب منجر به بی‌ثباتی در کشورهای همسایه می‌شود و برای صلح و امنیت بین‌المللی در مناطق مختلف جهان مشکلات زیادی به بار می‌آورند. از این‌رو، نقض جدی موازین حقوق بشر توسط یک دولت در قلمرو سرزمینی خود بر علیه شهروندان خود تهدیدی جدی علیه صلح می‌باشد.[1] همچنین، دولتی که با اصول دموکراتیک در قلمرو سرزمین خود آشتی‌ناپذیر است خود نشان از تهدید جدی بر علیه صلح و امنیت تحت ماده ۳۹ منشور سازمان ملل است.[2] از این‌رو شورای امنیت در بسیار از قطعنامه‌های خود از جمله (در قطعنامه شماره ۱۵۴۶ در مورد عراق، قطعنامه ۱۹۷۰و ۱۹۷۳در مورد لیبی، قطعنامه ۲۰۱۴ در مورد یمن) بر ضرورت رعایت حقوق بنیادین بشر دوستانه در تمام موارد و در همه حال تأکید نموده است.[3]

محاکم بین‌المللی نیز نقش شایانی در توسعه و تدوین قواعد بین‌المللی در این وضعیت‌ها داشته‌اند. دیوان بین‌المللی دادگستری در آرای ترافعی و مشورتی خود موازین حقوق بنیادین بشردوستانه بین‌المللی را در نظر گرفته است. دیوان در چندین مورد، اهمیت این قواعد را برای جامعه بین‌المللی یادآور شده است. از این‌رو با توجه به آرای دیوان می‌توان اظهار داشت این گونه تعهدات عام‌الشمول به علت ریشه‌های استواری که در نظم عمومی بین‌المللی یافته‌اند در زمره قواعد آمره بین‌المللی هستند و در واقع یک سلسله حقوق غیر قابل انحراف و غیرقابل نقض در عرصه بین‌المللی محسوب می‌شوند چرا که حقوقی هستند که هیچ‌گاه نمی‌توان نسبت به آن‌ها حق شرط یا رزرو قائل شد و حتی در شرایط اضطراری و فورس ماژور نیز غیرقابل نقض می‌باشند.

دیوان بین‌الملل کیفری به طور مستقیم تعهدات دولت‌ها را مورد مخاطب قرار نمی‌دهد، بلکه مسئولیت کیفری اشخاص برای رفتارهای انفرادی را در بر می‌گیرد. این امر این امکان را فراهم می‌نماید که این افراد تحت مسئولیت کیفری شخصی تحت تعقیب قرار گیرند. حقوق بین‌الملل کیفری با موازین عرفی و رویه‌های قضایی‌اش (به‌ویژه آرای دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق ۱۹۹۳ و دیوان کیفری

1. UN Security Council, Resolution 688, 1991.
2. UN Security Council, Resolution 841, 16 June 1993.
3. UN Security Council, Resolutions 1970-1973 & 2014, 2011.

بین‌المللی برای رواندا ۱۹۹۴) نقش عمده و گسترده‌ای در پرکردن شکاف‌ها به‌ویژه شناسایی رفتارهای ممنوع‌شده در شرایط و وضعیت‌های اضطراری به‌ویژه شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی داشته است.[1] همه جنایات بین‌المللی به نوعی این الزام را ندارند که بایستی مربوط به مخاصمات مسلحانه باشند. بنابراین، رفتار در وضعیت‌های شورش‌های داخلی یا حتی در زمان‌های صلح می‌تواند باعث به وجود آمدن جنایات بین‌المللی (ژنوساید و جنایات علیه بشریت) باشند.

ناپدید شدن اشخاص در طول شورش‌ها و ناآرامی‌ها تا قبل از این که به عنوان یک جنایت ممکن علیه بشریت شناخته شود، به طور آشکار ممنوع نشده است. این امر نه در معاهدات حقوق بشری و نه در مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه مورد اشاره قرار نگرفته، اما به طور مکرر در وضعیت‌های شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی اتفاق افتاده است. ناپدید شدن اجباری اکنون به طور عینی به عنوان یک جنایت علیه بشریت در ماده ۷ اساسنامه رم شناخته شده است، از این‌رو، ممنوعیت ناپدیدشدن اجباری در حال حاضر به طور مستقیم از جمله در حقوق بین‌الملل و به عنوان یک جنایت علیه بشریت قابل اعمال در همه وضعیت‌ها و بر همه بازیگران شناخته شده است. از این رو، حقوق بین‌الملل کیفری تأثیر مهمی بر تعیین استانداردهای بنیادین بشری و هنجارها و موازین قابل اعمال در این وضعیت‌ها داشته است.

اقدامات کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در شورش‌های داخلی بر مبنای ماده ۵، پاراگراف ۲ (د) اساسنامه در قالب قطعنامه‌های کنفرانس‌های بین‌المللی، بازدید و ملاقات بازداشت‌شدگان و زندانیان شورش‌های داخلی برای بهبود شرایط حبس و بازداشت، ابتکار در زمینه تهیه اعلامیه‌ها برای اعمال در این وضعیت‌ها، مداخله به عنوان یک نهاد بی‌طرف برای کمک به قربانیان، نظارت بر تضمین‌های دادرسی، انتشار موازین بشردوستانه در این زمینه، جستجوی افراد مفقودشده و ارائه کمک‌های پزشکی و غذا بوده است. همچنین این نهاد با مطالعات حقوق عرفی، تضمین‌های بنیادین حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اعمال در همه وضعیت‌ها را شناسایی و از این‌رو نقش چشمگیری بر تعیین موازین و نرم‌های قابل اعمال در وضعیت شورش‌ها و ناآرامی‌ها داشته است. بر اساس موارد فوق‌الذکر، نقض حقوق بنیادین بشر و بشردوستانه در قرن

۱. دادگاه یوگسلاوی سابق به این نتیجه می‌رسد که آنچه که غیرانسانی است و در نتیجه انجام آن در مخاصمات بین‌المللی ممنوع می‌شود، ممکن نیست در مخاصمات داخلی، عملی انسانی و پذیرفتنی به حساب آید. این رهیافت جدید امری بود که در زمان تدوین ماده ۳ مشترک مورد لحاظ قرار نگرفته بود:
ICTY, Prosecutor v. Tadic´ , Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, A. Ch., 2 October 1995, para. 119.

حاضر برابر با نقض اصول آمره حقوق بین‌الملل است و نقض قواعد آمره مترادف با تهدید صلح و امنیت بین‌المللی. بنابراین تدبیر و خرد چنین حکم می‌کند تا واحدهای سیاسی نظام بین‌الملل، سیاست‌ها و رفتارهای خود را همگام با اصول حقوقی حاکم بر نظام بین‌المللی تنظیم نمایند. از این‌رو، دولت‌ها موظف به رعایت پاره‌ای نرم‌های حقوقی (استانداردهای بنیادین حقوق بشر و بشردوستانه) و همچنین قواعد عرفی بین‌المللی در رفتار خصمانه علیه اتباع خود طی شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی می‌باشند. حداقل استاندارهای بینادین بشری، موجد تعهدات بنیادی و الزام آور نسبت به همه دولت‌هاست؛[1] تعهدات قطعی و مطلقی که از ویژگی آمره برخوردارند و باید از سوی دولت‌ها در قبال جامعه بین‌المللی رعایت گردند. قائل شدن به چنین ویژگی‌هایی، با توجه به این مطلب تأیید می‌شود که کمیسیون حقوق بین‌الملل در پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نتیجه گرفت که: "اگر تعهدی بین‌المللی که اقدام دولت با آن مغایرت دارد، مبتنی بر یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل عمومی باشد، هیچ دولتی نمی‌تواند تحت هیچ شرایطی به بهانه وضعیت اضطراری، خود را فوق قانون تلقی کند"،[2] چرا که خاستگاه و اتکای منطقی این قواعد و وصف بین‌المللی و جهانی آن‌ها، از مفهومی از امنیت بشری الهام گرفته که بالمآل موجد تعهدات و مسئولیت‌های غیرقابل عدول و منحصر به فرد است، لذا هیچ دولتی نمی‌تواند با استناد به زمینه‌ها و دلایل مبتنی بر حاکمیت و منافع ملی حیاتی و امنیتی، از شمول تعهدات برگرفته از چنین قواعدی خارج گردد؛ منافع مضیق و محدودی که به عنوان مفهومی منسوخ، مورد انتقاد نیز قرار گرفته، محمل مناسبی برای استناد نیست. موقعیت‌های استثنایی نظیر حالت جنگ یا تهدید به جنگ، تهاجم خارجی، تروریسم، تهدید امنیت ملی و یا مصلحت نظام، بی‌ثباتی سیاست داخلی، شورش‌ها و اغتشاشات با هر وضع استثنایی دیگر دلایلی نیستند که بتوان با توسل به آن‌ها تخطی از هنجارهای بنیادین بشر و بشردوستانه را توجیه کرد. اساساً این موازین مبنی بر قاعدهٔ عرفی بین‌المللی‌اند، لذا تبعیت از آن‌ها برای همه دولت‌ها، حتی دولت‌هایی که طرف هیچ‌یک از معاهدات یا

۱. تاکنون، سند الزام‌آوری که در وضعیت شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی قابل اعمال باشد، پذیرفته نشده است. اگرچه وجود چنین سند الزام‌آوری به طور کلی ضروری است اما با توجه به توسعه در حقوق بین‌الملل به‌ویژه حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوق بین‌الملل کیفری، همچنین حقوق بشر این ضرورت محدود و خلاء تا حدودی پر شده است.

Schuler, Andreas, "Fundamental Standards of Humanity– Still a Useful Attempt or an Expired Concept?", The International Journal of Human Rights, Vol. 14, No. 5, September 2012, p. 744.

2. Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eigth Session, UN document A/51/10, 6 May-26 July 1996, p. 137.

قراردادهای حقوق بشر قرار نگرفته باشند، الزامی است. از این‌رو، مفهوم استانداردهای بنیادین بشری باید در همه وضعیت‌ها قابل اعمال باشد.[1] فقدان معیارهای هنجاری نیست که امروزه مسأله مهم و حیاتی حقوق بشردوستانه در وضعیت‌های شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی تلقی می‌شود. چالش بزرگ تکمیل نواقص حقوق لازم‌الاجرا نیست بلکه ارائه راه‌ها و شیوه‌های مناسب برای تضمین افزایش سطح رعایت است. مداخله جامعه بین‌المللی با رعایت اصول و قواعد مورد قبول جامعه جهانی در مواردی که امنیت انسانی به صورت آشکار و به شکل گسترده نقض شده است، مورد پذیرش اکثریت کشورها و سازمان‌های بین‌المللی دولتی و غیردولتی قرار گرفته است چرا که اولاً وقتی حکومتی حقوق انسانی شهروندان تحت قیمومیت خود را به نحو گسترده و سازمان‌یافته نقض می‌کند، مشروعیت خود را در مقام حکمرانی از دست می‌دهد. ثانیاً، حکومتی که فاقد مشروعیت ملی باشد، مشروعیت بین‌المللی خود را نیز از دست می‌دهد. بنابراین، در چنین شرایطی، دخالت بشردوستانه جامعه بین‌المللی با رعایت شرایط معین مجاز خواهد بود.[2]

1. UN Commission on Human Rights, Report of the Secretary-General, Fundamental Standards of Humanity, UN Doc. E /CN.4 /2006/87, 2006, p. 4.
2. Jackson, Robert, Classical and Modern Thought on International Relations from Anarchy to Cosmopolis, New York, Palgrave Macmillan, March 2005, p. 1.

نتیجه‌گیری

با توسعه موازین حقوق بشر و بشردوستانه بین‌المللی و دورنمای انسانی کردن شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی می‌توان گفت رهیافتی جدید (بشرمحور) در این حوزه شکل گرفته که تردیدهایی جدی بر حق دولت در نادیده انگاشتن اصول و قواعد بنیادین حقوق بشردوستانه در وضعیت‌های اضطراری به‌ویژه شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی ایجاد کرده است. اگر چه حساسیت دولت‌ها نسبت به حفظ منافع ملی حیاتی، امنیت و حاکمیت خود در چنین وضعیت‌هایی قابل حمایت به نظر می‌رسد لیکن روند تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل و اقتضای زیست جمعی بین‌المللی نشان می‌دهد که منطق حاکمیت و منافع ملی حیاتی مطلق دولت‌ها نمی‌تواند محمل و جایگاهی در سیاست بین‌المللی جدید داشته باشد و تنها در سایه رعایت موازین حقوق بین‌الملل است که وجاهت حقوقی دارد و می‌تواند مبنایی برای مشروعیت عملکرد دولت باشد.

اگر چه می‌پذیریم که در سطح بین‌المللی دولت‌ها هنوز هم کنشگران مهم تلقی شده، اما تکیه صرف بر روی این ملاحظات و غفلت از مسائل دیگر که زمینه‌ساز آسیب‌پذیری جهان در سطح کلان است، قابل‌قبول نمی‌نماید. میهن‌پرستی و استناد به حاکمیت هرگز بهانه‌ای صحیح برای ناقضین حقوق بنیادین بشردوستانه نبوده و رافع مسئولیت آن‌ها نمی‌باشد. بنابراین تردیدی نیست که در جهان فعلی، دولت‌ها نمی‌توانند خودسرانه و بی‌توجه به موازین بین‌المللی اقدام نمایند. از این‌رو، رویکرد جدید جامعه بین‌المللی همراه با تأکید نهادهای بین‌المللی، نشان از تسری حداقل معیارهای حقوق بنیادین بشردوستانه بدون در نظرگرفتن زمان و مکان و در هر شرایطی در شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی است. برای دولت‌ها، حداقل استانداردهای بنیادین بشردوستانه بایستی بالاترین ارزش باشد چرا که در سایه آن افراد در آزادی، صلح و آسایش زندگی می‌کنند. این موازین که به منظور احترام به شأن و منزلت اشخاص و جلوگیری از درد و رنج بیهوده در نظر گرفته شده‌اند، هیچ استثنایی (حاکمیت، منافع ملی حیاتی، نظم و امنیت عمومی و سایر وضعیت‌های تهدیده‌کننده حیات دولت) را بر نمی‌تابد و فارغ از زمان و مکان بایستی مورد توجه قرار گیرند.

بنابراین دلیل منطقی و معقولی وجود ندارد انسانی که درگیر مخاصمه مسلحانه است را موضوع حمایت موازین بشردوستانه قرار دهیم و تعدی و تجاوز به حقوق وی را جنایت بنامیم و همان انسان را در شورش‌های داخلی مورد حمایت قرار ندهیم و تجاوز

به حقوق اولیه انسانی او را جنایت ندانیم. در واقـع ایـن نـوع تبعیضـی در حقـوق اولیـه انسانی می‌باشد. بنابراین دولت‌ها ملزم هستند اهتمام بیشتری در ارتباط بـا اتبـاع خـود در شورش‌ها و اغتشاشات داخلی مدنظر قرار دهند.

دولت‌ها در رویارویی با تهدیدات امنیتی، هیچ مرزی برای اقدامات و عملیات‌هـای خود نمی‌شناسند. اما دولت‌ها مجاز نیستند با اتکاء بر اصل حاکمیت و مقـررات داخلـی خود، حقوق بنیادین بشردوستانه اعم از عرفی و معاهده‌ای را در وضعیت‌های اضـطراری داخلی نادیده بگیرند. حاکمیت و منافع ملی حیاتی دولت‌ها محدودیت‌هایی را بر اعمـال موازین حقوق بشر و بشردوستانه در این وضعیت‌ها به دنبال خواهد داشت. با ایـن حـال نمی‌توان اعمال این موازین را بر اساس دلایـل امنیتـی غیرمنطقـی محـدود نمـود. ایـن ملاحظـات همچنـین نمـی‌توانـد دور شـدن از قواعـد حقـوق بنیـادین بشردوسـتانه در شورش‌ها و اغتشاشات داخلی، برای کسب برتری نظامی با استفاده از روش‌های ممنوعه را توجیه کنند. یقیناً هیچ منطقی اقداماتی را که برای حفظ حیـات و امنیـت کشـور یـا دفاع از منافع ملی، موقعیت حیاتی مردم و کرامت انسان‌ها و اصول بشریت را بـه خطـر بیندازد، تأیید نمی‌کند حتی آنجا که دولت‌ها درگیر منازعه با شورشیان و اغتشاشـگران داخلی‌اند، عمل آن‌ها بدون تردید مشمول موازین حقوق بین‌الملل است و باید اصـول و موازین بنیادین حقوق بشردوستانه را رعایت نماینـد. بنـابراین نمـی‌تـوان گفـت کـه در چنین حالتی با خلاء حقوقی مواجه هستیم.

منابع

- ابراهیمی، نبی‌الله، «تاملی بر مبانی و فرهنگ مکتب کپنهاگ»، مجله سیاست خارجی، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۸۶.
- بوزان، باری، مردم، دولت‌ها و هراس، ترجمه پژوهشکده مطالعات راهبردی، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۷۸.
- پیری، حیدر، «نقص موازین حقوق بشر به بهانه مبارزه با تروریسم»، در: تروریسم و مقابله با آن، جمعی از نویسندگان، تهران، مجمع جهانی صلح اسلامی و کنفرانس بین‌المللی ائتلاف جهانی علیه تروریسم برای صلح عادلانه، ۱۳۹۰.
- پیری، حیدر، منافع ملی حیاتی و حقوق بین‌الملل، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۲.
- ثورو، هانری دیوید، نافرمانی مدنی، ترجمه غلامعلی کشانی، ۱۳۷۸.
- روحی، نبی‌اله، «شکل‌گیری بحران کردستان و سازمان پیشمرگان مسلمان کرد»، فصلنامه مطالعات بسیج، شماره ۳۴، ۱۳۸۶.
- زمانی، سیدقاسم؛ و حیدر پیری، «کاردکرد منافع ملی حیاتی در حوزه‌های انسانی حقوق بین‌الملل: حقوق بشردوستانه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۹، ۱۳۹۱.
- عنان، کوفی، با آزادی بیشتر: به سوی توسعه، امنیت و حقوق بشری برای همه، ترجمه مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد در تهران، تهران: انتشارات ایثاری، ۱۳۹۴.
- ممتاز، جمشید؛ و حسین شریفی، «حداقل قواعد بشردوستانه قابل‌اجرا در آشوب‌ها و شورش‌های داخلی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۵، ۱۳۷۸.

- Barile, Giuseppe, "The Protection of Human Rights in Article 60 Paragraph 5 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", in: International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago, Volume II, Milan, Giuffre, 1987.
- Batdorf, John, The End of Strife: Nature’s Laws Applies to Incomes, Broadway Publishing Company, New York, 2005.
- Bowie, Norman; and Robert Simon, The Individual and the Political Order: An Introduction to Social and Political Philosophy, Third Edition, Rowman & Littlefield Publishers, 1998.
- Delbrueck, Jost, "International Protection of Human Rights and State Sovereignty", Indiana Law Journal, Vol. 57, Issue 4, 1982.

- Dennis, Michael, "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation", American Journal of International Law, Vol. 99, No.1, January 2005.
- Freeman, Mark, "International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay between Human Rights and Humanitarian Protections", Journal of Humanitarian Assistance, Feinstein International Center, July 2000.
- Gasser, Hans-Peter, "A Measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions:Proposal for a Code of Conduct", International Review of the Red Cross, No. 262, 1988.
- Greenwood, Christopher, "Historical Development and Legal Basis", in: Fleck, Dieter (ed), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- _____, "The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law", IRRC, No. 316, 1997.
- Jackson, Robert, Classical and Modern Thought on International Relations from Anarchy to Cosmopolis, New York, Palgrave Macmillan, March 2005.
- Joakim, Kreutz, "The Nexus of Democracy, Conflict and the Targeting of Civilians", in: Harbom, Lotta (ed), States in Armed Conflicts, Uppsala, Department of Peace and Conflict Research, 2005.
- Lindsay, Moir, "The Historical Development of the Application of Humanitarian Law in Non-International ArmedConflicts to 1949", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, Issue 2, April 1998.
- Lloyd Roberts, David, Staying Alive: Safety and Security Guidelines for Humanitarian Volunteers in Conflict Areas, ICRC, 2005.
- Meron, Theodor, "Towards a Humanitarian declaration on Internal Strife", American Journal of International Law, Vol. 87, 1984.
- Momtaz, Jamshid, "The Minimum Humanitarian Rules Applicable in Periods of Internal Tension and Strife", International Review of the Red Cross, No. 32, 1998.

- Orakhelashvili, Alexander, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation?", International Law and Justice Colloquium, New York University, February 2007.
- Rüdiger, Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. 10, Oxford University Press, 2012.
- Sandesh, Sivakumaran, Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict, The European Journal of International Law, Vol. 22, No.1, 2011.
- Schuler, Andreas, "Fundamental Standards of Humanity– Still a Useful Attempt or an Expired Concept?", The International Journal of Human Rights, Vol. 14, No. 5, September 2012.
- Werner, Levi, "The Vital National Interests and International Law", The International Review, No.1, January-April 1997.

- اسناد

- A (FC) and others (FC) Appellants v. Secretary of State for the Home Department, House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause, UKHL 56, 16 Dec 2004.
- Human Rights Commission, Resolution 7991/12, 11 April 1998.
- ICJ Reports, The Corfu Channel Case (the United Kingdom v. Albania), Judgment of 9 April 1949.
- ICJ Reports, Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, -Limited, (Belgium v. Spain) Judgment of 5 February 1970.
- ICJ Rep, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. US), Merits, Judgment of 27 June 1986.
- ICJ Reports, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon, Advisory Opinion, 1996.
- ICJ Reports, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004.

- ICJ Reports, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 December, 2005.
- ICTY, Prosecutor v. Tadic´ , Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, A. Ch., 2 October 1995.
- ICRC Action in Connection with Internal Disturbances, Extract from an Article Published in: The International Review of the Red Cross, May-June, No 294, 1993.
- Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eigth Session, UN document A/51/10, 6 May-26 July 1996.
- The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency, American Journal of International Law, Vol. 97, 1985.
- UN Commission on Human Rights, Report of the Secretary-General, Fundamental Standards of Humanity, UN Doc. E /CN.4 /2006/87, 2006.
- UN Security Council, Resolution 688 of 5 April 1991.
- UN Security Council, Resolution 841 of 16 June 1993.
- UN Security Council, Resolution, 1970 of February 2011.

چالش‌های فقهی ـ حقوقی حضور گردشگران غیرمسلمان در کشورهای اسلامی

سید علیرضا میرکمالی*
محمدمهدی حسنی**
سحر رجبی‌فرد***

چکیده

رفت‌وآمد شهروندان کشورهای مختلف از ضرورت‌های اجتناب‌ناپذیر است و عدم توجه به این مسأله پیامدهای نامطلوبی خواهد داشت. دین اسلام گردشگری و آثار مثبت آن را مدنظر داشته است و از این‌رو آیات مختلفی از قرآن کریم و روایات مأثوره از ائمه معصومین علیهم‌السلام با امر و تشویق به «سیر» و «سیاحت» و «سفر» ابعاد مادی و معنوی گردشگری را مورد توجه قرار داده‌اند. فقه اسلامی نیز با بهره‌گیری از قرآن و سنّت و با امعان‌نظر به ضرورت و اهمیت مسأله گردشگری و جهانگردی برای ورود و حضور غیرمسلمانان در کشور اسلامی ضوابطی را متناسب با وضعیت آنان تعیین نموده است. در مورد چالش‌های فقهی حضور گردشگران غیرمسلمان در کشور اسلامی مباحث متعددی قابل طرح است. ابتدا پاسخ به این سئوال ضروری می‌نماید که آیا ورود اولیّه غیرمسلمانان به کشور اسلامی و اقامت آنان در آنجا امکان‌پذیر است یا خیر؛ و وضعیت رفت‌وآمد آنان در گستره کشور اسلامی چگونه می‌باشد؟ پس از پاسخ به این سئوالات باید بازدید گردشگران غیرمسلمان از اماکن مقدّس مورد بررسی قرار بگیرد. در ادبیات فقهی ما این موضوعات تحت سه عنوان «ورود کفّار به مسجدالحرام»، «سکنی‌گزینی کفّار در سرزمین حجاز» و «ورود کفّار به مساجد» مورد بحث قرار گرفته‌اند. بحث تفصیلی در دو مورد نخست به‌دلیل مبتلابه نبودن در کشور ما بی‌فایده خواهد بود اما بررسی ورود غیرمسلمانان به مساجد و سایر اماکن مذهبی دارای اهمیت است.

کلیدواژه‌ها: گردشگری، غیرمسلمان، کشور اسلامی، مکان مذهبی.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی sarmirkamali@yahoo.com
** دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (نویسنده مسئول) m.hassani@isu.ac.ir
*** دانشجوی دکتری فقه و حقوق دانشگاه تهران sahar.rajabifard@ut.ac.ir

مقدمه

در روابط بین‌المللی رفت‌وآمد شهروندان هر کشور بـه سـایر کشـورها از ضـرورت‌هـای اجتناب‌ناپذیر است و عدم توجه به این مسأله پیامدی جز انزوای بین‌المللـی، کـاهش رشـد و پیشرفت و ارائه تصویری مبهم و بعضاً ناصحیح از فرهنگ بومی به جامعه بین‌المللـی نخواهـد داشت. در مقابل مـی‌تـوان بـه آثـار مهـم آن همچـون تبـادلات میـان‌فرهنگـی و در نتیجـه دست‌یابی به دانش‌های بومی، شناسایی و معرفی ظرفیت‌های بالفعـل و بـالقوه هـر کشـور در زمینه‌های مختلف و الگوبرداری از روش‌ها و سیسـتم‌هـای اجراشـده موفـق اشـاره نمـود. در جهان امروز، کشورها با تأکید بر ابعاد سیاسی و فرهنگی جهانگردی، از ظرفیـت ایـن صـنعت به منظور معرفی بهینه‌ای و بهبود وجهه کشور خود بهره می‌برنـد.[1] وجهـه یـا تصـویر، محـور مهمی در تحقیقات مربوط به جهانگردی از دهه ۱۹۶۰ بوده است و این بـاور وجـود دارد کـه یکی از عوامل کلیدی در انتخاب مقصد در جهانگردی است. گردشگری از مهم‌ترین ابزارهـای تبادلات میان‌فرهنگی محسوب می‌شود. گسـتره وسـیع گردشـگری کـه هـم مسـافرت‌هـای برون‌شهری را شامل می‌گردد و هم مسافرت‌های برون‌مرزی را در برمی‌گیرد، زمینـه مناسـبی را برای رفت‌وآمدهای فرهنگی ایجاد می‌نماید که در اثـر آن فوایـد اقتصـادی، اجتـماعی و حتی سیاسی هم در پی خواهد داشت که بیشترین منافع عائد کشور میزبان مـی‌گـردد. دیـن مبین اسلام به‌عنوان دینی جامع و کامل، گردشگری و آثار مثبت آن را مـدنظر داشـته اسـت. در آیات مختلفی از قرآن کریم با امر به «سیر» و «سیاحت» در زمین به ایـن موضـوع اشـاره شده است.[2] ائمه معصومین علیهم‌السلام نیز، هم با تشویق به سـفر و گردشـگری، فوایـد مـادی و معنوی آن را هم متذکر شده‌اند و هم سیره عملی ایشان مؤید ایـن مطلـب اسـت.[3] تأمـل در آیات و روایات مربوط به موضوع ما را به این نکته رهنمون می‌سازد که نگـاه اسـلامی در ایـن مسأله علاوه بر فواید مادی سفر، بر آثار معنوی آن هم معطوف می‌باشد و از همین‌روست کـه می‌بینیم بیش از تفریح و «تنزّه» و کسب مال و تجارت، عبرت‌پذیری، درس‌آمـوزی و «افـاده

1. Anholt, Simon, Brand New Justice: The Upside of Global Branding, Butterworth Heinemann, Oxford, 2003, p. 59.

۲. از جمله: «أَ فَلَمْ یَسیرُوا فِی الْأَرْضِ فَیَنْظُرُوا کَیْفَ کانَ عاقِبَه الَّذینَ مِنْ قَبْلِهِم» «آیا در زمـین سـیر نکردنـد تـا ببینند عاقبت کسانی که پیشاپیش از آن‌ها بوده‌اند، چه شد؟!» (سوره یوسف، آیـه ۱۰۹) و همچنـین «قُـلْ سیرُوا فِی الْأَرْضِ فَانْظُرُوا کَیْفَ بَدَأَ الْخَلْق» «بگو در زمین بگردید و بنگرید خداونـد چگونـه آفـرینش را آغـاز کرده است.» (سوره عنکبوت، آیه ۲۰) یا «فَسیحُوا فِی الْأَرْض» «در زمین سیاحت کنید» (سوره توبه، آیه ۲)

۳. قَالَ رَسُولُ‌اللَّهِ (ص): «سَافِرُوا تَصِحُّوا وَ جَاهِدُوا تَغْنَمُوا وَ حُجُّوا تَسْتَغْنُوا» «مسافرت کنید تا سلامت باشید، جهاد کنید تا سود برید، حج کنید تا غنی شوید.»؛ و همچنین َ قَالَ النَّبِیّ (ص): «سَافِرُوا فَإِنَّکُمْ إِنْ لَمْ تَغْنَمُـوا مَالًـا أَفَدْتُمْ عَقْلًا» «مسافرت کنید که اگر مالی بدست نیارید بهره عقلانی می‌برید.» و در حدیث نبوی دیگری هم آمده است: «السَّفَرُ مِیزَانُ الْقَوْم» «سفر میزان مردم است.» (طبرسی، شـیخ حسـن، مکـارم الأخـلاق، چـاپ چهارم، قم، منشورات الشریف الرضی، ۱۳۷۰، ص. ۲۴۰.)

عقل» مورد تأکید قرار گرفته است. فقه اسلامی نیز با بهره‌گیری از قرآن و سنّت و با امعان‌نظر به ضرورت و اهمیت مسأله گردشگری و جهانگردی و آثار اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آن علی‌الخصوص در زمینه تبلیغ اسلام، برای ورود و حضور غیرمسلمانان در کشور اسلامی شرایط و ضوابطی را متناسب با وضعیت آنان تعیین نموده است. آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت تحقیق و تتبّع در این حدود و ثغور فقهی برای ورود و حضور گردشگران غیرمسلمان در کشورهای اسلامی با تأکید بر قوانین داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی است. روشن شدن مرزهای فقهی این موضوع از این جهت دارای اهمیت است که از لازمه‌های اصلی ایجاد فضای همکاری بین‌المللی در حوزه رفت‌وآمد گردشگران در جهت توسعه صنعت گردشگری، تبیین احکام و آثار فقهی ـ حقوقی آن در کشورهای اسلامی به‌ویژه جمهوری اسلامی ایران می‌باشد که عدم توجه به این نکته می‌تواند مشکلات متعددی را در حوزه‌های داخلی و خارجی به وجود آورد. ادبیات فقهی مرتبط با مسأله مورد بحث را باید در مباحث مربوط به ورود کافران به مساجد به‌طور کلی و مسجدالحرام به‌طور خاص و همچنین حضور و سکنی‌گزینی در منطقه حجاز و برخی مباحث پراکنده دیگر ـ که در خلال مباحث مورد اشاره قرار خواهیم داد ـ جستجو نمود. برای ورود به بحث ابتدائاً جغرافیای فقهی و مسائل مربوط به دارالاسلام و دارالکفر و دارالحرب را بررسی می‌نماییم و پس از آن به گونه‌شناسی غیرمسلمانان در لسان فقها خواهیم پرداخت. با بررسی اصول کلی حاکم بر رفتارهای غیرمسلمانان در کشورهای اسلامی، زمینه برای ورود به بحث اصلی که چالش‌های فقهی ـ مصداقی گردشگران غیرمسلمان در کشور اسلامی می‌باشد، فراهم می‌گردد.

۱. جغرافیای فقهی

در حوزه روابط بین‌المللی کشور اسلامی مباحث مربوط به دارالاسلام و در مقابل آن دارالکفر (و یا دارالشرک و دارالحرب) از موضوعات مهمّی است که مورد بحث و تفحص فقها در حوزه تعریف و تحدید واقع شده است. هم در بین فقهای عامّه و هم در بین فقهای امامیه تعاریف مختلفی از دارالاسلام و اصطلاحات مرتبط با آن ارائه شده است که ما در اینجا به جهت اختصار تنها به بیان نظرات فقهای امامیه بسنده می‌نماییم.[۱]

در نظر شهید اول «منظور از دارالاسلام جایی است که احکام اسلام در آن جاری و اثرگذار باشد.»[۲]

۱. علاقمندان برای اطلاع از نظرات فقهی اهل تسنّن؛ ر. ک: عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، چاپ چهارم، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۸۱، ص. ۲۱۶.

۲. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق، ص. ۷۸.

شیخ طوسی پس از تقسیم‌بندی کشورها به دارالاسلام و دارالحرب، دارالاسلام را بر سه دسته می‌داند و می‌نویسد: «دارالاسلام بر سه گونه است: اول شهری که در زمان اسلام به دست مسلمین و بدون دخالت کفّار ساخته شده است؛ مانند بغداد و بصره. ... دوم شهری که سابقاً دارالکفر بوده سپس مسلمین بر آن سلطه یافتند و با صلح و بدون جنگ از آنان گرفته‌اند و در مقابل دریافت جزیه، آن شهر را به کفّار وا گذارده‌اند ... سوم شهری که در دست مسلمانان بوده و کافران بر آن غلبه یافته و چیره شده‌اند؛ مانند طرسوس...»[1]

علامه حلی نیز پس از ارائه تقسیم‌بندی سه‌گانه شافعی، دارالاسلام را بر دو قسم می‌داند و می‌نویسد: «اقوی این است که دارالاسلام دو گونه است: الف- شهری که مسلمانان آن را بنا کرده‌اند؛ مانند بغداد و بصره و کوفه ... ب- شهری که مسلمانان در جنگ فتح نموده‌اند؛ مانند مداین و شام.»[2] و در مقابل دارالکفر را هم این‌گونه تقسیم‌بندی می‌نماید :«الف- شهری که در اختیار مسلمانان بوده و کفّار بر آن چیره شده‌اند؛ مانند شهر ساحل... ب- شهری که اصلاً در اختیار و سلطه مسلمین نبوده است؛ مانند سرزمین‌های هند و روم.»[3]

صاحب جواهر پس از بیان نظرات فقهی مختلف درباره مسأله مورد نزاع، بحث تفصیلی در این باره را به دلیل عدم تعلیق حکم بر دارالاسلام و دارالکفر در نصوص شرعی بی‌فایده دانسته و در نهایت نظر شهید اول را می‌پذیرد :«معنایی برای دارالاسلام متصور نیست مگر جایی که احکام اسلام در آن نفوذ داشته باشد هرچند که ساکنان آن کفّار باشند.»[4]

بنابراین ملاک اصلی در تشخیص دارالاسلام بودن شهرها، جاری بودن احکام در آنهاست چه حاکمیت آن منطقه به دست مسلمانان باشد چه نباشد و همچنین چه غلبه جمعیت با مسلمین باشد چه نباشد.

۲. گونه‌شناسی غیرمسلمانان

در ادبیات فقهی ما، غیرمسلمانان به دو دسته عمده تقسیم می‌گردند: غیرحربی و حربی. غیرحربی نیز شامل سه گروه ذمّی، مستأمن و معاهَد می‌شود.[5] در قوانین اسلامی

۱. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق، ص. ۳۴۳.

۲. حلّی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء (طبعه القدیمه)، بی‌جا، بی‌تا ، ص. ۲۷۵.

۳. همان، ص. ۲۷۶.

۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۳۸، چاپ هفتم، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، بی‌تا، ص. ۱۸۶.

۵. این تقسیم‌بندی در مباحث متعدد و مختلف فقهی از جمله و بیشتر در بحث حدود و دیات مورد اشاره قرار گرفته است. برای نمونه ر.ک: طوسی، الخلاف، جلد ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق، ص. ۲۶۴.

برای هر یک از این اصناف، احکام و قواعد ویژه‌ای برای حضور در سرزمین اسلامی وضع شده است که ذیلاً با تعریف هر کدام از این اقسام به بیان احکام آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۱. ذمّی

«ذمّی» به آن دسته از اهل کتاب (یهود، نصاری و مجوس) که با حکومت اسلامی قرارداد ذمّه امضاء نموده‌اند، گفته می‌شود و با پرداخت مالی تحت عنوان جزیه مورد حمایت دولت اسلامی قرار می‌گیرند. اقلیّت‌های مذهبی مذکور برای آنکه بتوانند به‌عنوان شهروند در سرزمین اسلامی زندگی کنند و از حقوق و مزایایی برخوردار شوند بایستی با حکومت اسلامی قرارداد ذمّه منعقد نمایند. با بستن قرارداد ذمّه، غیرمسلمان طرف قرارداد مورد حمایت دولت اسلامی قرار می‌گیرد و جان و مال و ناموس وی محترم شمرده می‌شود و همچنین می‌تواند احوال شخصیّه مانند ازدواج، طلاق و ارث و یا برخی اعمال دیگر مانند خوردن مشروب یا گوشت خوک را بر طبق آیین خود انجام دهد. در مقابل، اهل ذمّه هم بایستی پای‌بند به قرارداد ذمّه و شرایط آن باشند، از انجام اعمال منافی قوانین اسلامی در معرض عموم خودداری کنند و علیه دولت اسلامی اقدام به فعالیتی همچون جاسوسی ننمایند.

اصل سیزدهم قانون اساسی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی را به عنوان تنها اقلیت‌های دینی شناخته‌شده، در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزاد اعلام نموده و همچنین مجاز دانسته تا در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند. اصل بیست و ششم نیز آزادی اقلیت‌های دینی را مورد تصریح قرار داده است اما هیچ یک از اصول قانون اساسی و مواد قانونی، اقلیت‌های دینی اهل کتاب را اهل ذمّه ندانسته و احکام ذمّه را بر آنان بار ننموده است.

وفق بند ۱ ماده ۲۹ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان مصوب ۱۹۵۱م[۱] «دولت‌های متعاهد هیچ نوع حقوق و عوارض یا مالیات غیر از آن چه در موارد مشابه از اتباع خود اخذ می‌نماید - یا بیشتر از آن - به پناهندگان تحمیل نخواهد کرد.» بنابراین اخذ مبلغی مازاد بر مبالغ دریافتی از پناهندگان برخلاف کنوانسیون مذکور می‌باشد، پس به طریق اولی، اخذ مبالغ مازاد از اتباع خارجی نیز ممنوع است. امروزه عملاً اخذ جزیه صورت نمی‌گیرد و در نتیجه در عصر حاضر غیرمسلمانانی تحت عنوان ذمّی که در قبال پرداخت جزیه اجازه اقامت می‌گیرند، در کشور ما وجود ندارد. اما غیرمسلمانان حتی غیر اهل کتاب می‌توانند پس از طی مراحل قانونی، مجوز اقامت دائم و حتی تابعیت کشور اسلامی را اخذ نمایند. در مورد اخذ مجوز اقامت دائم ماده ۴ قانون راجع

۱. این کنوانسیون در تاریخ ۲۵ خرداد ۱۳۵۳ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است.

به ورود و اقامت اتباع خارجه در ایران مصوب ۱۳۱۰ اشعار می‌دارد: «اقامت دائم در صورتی است که خارجی در خاک ایران اقامتگاه قانونی اختیار نموده باشد.» در رابطه با کسب تابعیت هم طبق ماده ۳۴ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان مصوب ۱۹۵۱م «دول متعاهد تا آنجا که ممکن است در پذیرش و اعطای تابعیت به پناهندگان تسهیلاتی فراهم خواهند آورد و مخصوصاً کوشش خواهند کرد تا امر تحصیل تابعیت را تسریع کرده و تا آنجا که ممکن است از هزینه و مخارج این امر بکاهند.» بنابراین باید تلاش در رعایت حقوق و تسریع تهیه تسهیلات برای اتباع خارجی که نسبت به پناهندگان اولویت دارند، مورد توجه بیشتری قرار بگیرد. در این رابطه ماده ۴ قانون توسعه صنعت ایران‌گردی و جهانگردی مصوب ۱۳۷۰، گمرک ایران را موظف به ایجاد تسهیلات ویژه جهت جهانگردان خارجی در مبادی ورودی و خروجی می‌نماید.

۲-۲. معاهد

«معاهد» به غیرمسلمانانی اطلاق می‌شود که خارج از سرزمین اسلامی و در سرزمین خود زندگی می‌کنند اما با دولت اسلامی قرارداد صلح و ترک مخاصمه امضاء نموده‌اند و تعهد به عدم تعرّض متقابل کرده‌اند. بر اساس قرارداد منعقده جان و مال و ناموس آن‌ها مورد احترام و مصونیت قرار می‌گیرد. دولت اسلامی می‌تواند بر اساس قوانین و مصالح جامعه اجازه ورود و اقامت در کشور اسلامی را برای فعالیت‌های مختلفی همچون تجارت، گردش و تحصیل به غیرمسلمانان معاهد بدهد.

با توجه به تصریح منشور ملل متحد در بند ۱ ماده ۱ «نگاهداری صلح و امنیت بین‌المللی»، «اتخاذ اقدامات جمعی مؤثر برای جلوگیری از تهدیدات بر علیه صلح»، «از بین بردن هر اقدام تهاجمی یا هر اختلال صلح به نحو دیگر»، و «عملی کردن تنظیم و تصفیه مسالمت‌آمیز اختلافات و یا وضعیت‌هایی که جنبه بین‌المللی دارند و ممکن است صلح را بر هم زنند» مرام و مورد قبول تمامی کشورهای جهان است.[1] همچنین بند ۲ ماده مذکور «توسعه روابط دوستانه در میان ملل» را مورد تأکید قرار می‌دهد. بنابراین امروزه با تعهد کشورهای جهان مبنی بر ترک مخاصمه می‌توان اصل را معاهد بودن کشورها قرار داد و کشوری که نقض تعهد نماید بر خلاف اصل رفتار کرده و از چارچوب قرارداد معاهده خارج است.

بند ۴ ماده ۲ نیز با اشعار به همین مطلب، بیان می‌دارد: «اعضاء سازمان در روابط بین‌المللی خود، از توسل به تهدید و یا استعمال قوه، خواه بر ضد تمامیت ارضی و یا استقلال سیاسی هر مملکت، و خواه به هر نحو دیگری که با مرام‌های ملل متحد متباین

۱. این منشور در تاریخ ۱۳ شهریور ۱۳۲۴ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است.

باشد خودداری می‌نمایند.» این تعهد به معنای پذیرش صلح و خروج کشورها از عنوان دارالحرب و اطلاق دارالصلح بر آن‌ها است.

۲-۳. مستأمن

«مستأمن» غیرمسلمانی است که از دولت اسلامی درخواست پناهندگی و أمان نموده است تا برای آشنایی با دین اسلام و تحقیق در احکام و معارف آن و مطالعه فرهنگ اسلامی و یا انگیزه‌های صحیح دیگر وارد سرزمین اسلامی شود.[۱] مستأمن در پناه دولت اسلامی است تا زمانی که به فعالیت‌های صحیح خود می‌پردازد و علیه دولت اسلامی اقدام ننماید. قرارداد أمان از بهترین راهکارهای قوانین اسلامی برای تبلیغ اسلام است که زمینه را برای آشنایی غیرمسلمانان با احکام و معارف اسلامی فراهم می‌نماید. ماده ۴ قانون راجع به ورود و اقامت اتباع خارجه در ایران مصوب ۱۳۱۰ بیان می‌دارد: «اقامت اتباع خارجه در ایران بر دو قسم است: اقامت موقت و اقامت دائم. اقامت دائم در صورتی است که خارجی در خاک ایران اقامتگاه قانونی اختیار نموده باشد و در غیر این صورت اقامت خارجی در ایران موقت محسوب می‌شود.» بنابراین چه‌بسا نویسندگان قانون در حین تدوین آن به مفهوم فقهی مستأمن امعان نظر نداشته‌اند ولی می‌توان این مفهوم فقهی را بر مفهوم قانونی مقیم موقت تطبیق داد.

۲-۴. حربی

«حربی» به غیرمسلمانی گفته می‌شود که تحت هیچ‌کدام از قراردادهای ذمّه، معاهده و أمان درنیامده است. کافران حربی اگر اعلام بی‌طرفی و عدم توطئه و ستیزه‌جویی علیه مسلمانان ننمایند، از سوی دولت اسلامی هیچ‌گونه مصونیت و حرمتی ندارند. کافر حربی حقّ سکونت در سرزمین اسلامی را ندارد و در صورت ورود به کشور اسلامی تأمین جانی و مالی ندارند. نکته قابل توجه این است که کافر حربی اعم از کافرانی است که با مسلمانان اعلام جنگ کرده‌اند و کافرانی که اعلام جنگ ننموده‌اند اما قراردادی با دولت اسلامی نبسته‌اند. بنابراین واژه «حرب» نباید ما را به این اشتباه بیندازد که حربی را تنها کفّار در حال حرب و جنگ با مسلمانان بدانیم. در نتیجه کفاری هم که اعلام بی‌طرفی ننموده‌اند، داخل در عنوان حربی خواهند بود. در زمان حاضر دیگر کافر حربی در معنای اصطلاحی خود که جان و مالش مصونیت و حرمتی نداشته باشد، مصداق خارجی پیدا نمی‌کند. ماده ۳ اساسنامه سازمان جهانی جهانگردی هدف اساسی سازمان را «تشویق و گسترش جهانگردی به منظورکمک به توسعه اقتصادی و تفاهم بین ملت‌ها و

۱. جزیری، عبدالرحمن؛ غروی، سید محمد؛ و یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعه و مذهب أهل‌البیت علیهم السلام، بیروت، دارالثقلین، ۱۴۱۹ ق، ص. ۵۰۱.

صلح و آسایش و احترام جهانی و رعایت حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همه» معرفی می‌کند و قسمت اخیر ماده هرگونه «تبعیض از نظر نژاد و جنس و زبان و دین» را رد می‌نماید. البته بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان مصوب ۱۹۵۱م در مورد پناهندگانی که بر خلاف قانون در کشور پناه‌دهنده به سر می‌برند بیان می‌دارد: «دولت‌های متعاهد پناهندگانی را که مستقیماً از سرزمینی که در آنجا زندگی و آزادیشان به مفهوم ماده ۱ در معرض تهدید بوده بدون اجازه به سرزمین آن‌ها وارد شده یا در آنجا به سر می‌برند به خاطر این‌که بر خلاف قانون وارد سرزمین آن‌ها شده‌اند یا در آن سرزمین به سر می‌برند مجازات نخواهند کرد مشروط بر اینکه بلادرنگ خود را به مقامات مربوطه معرفی کرده دلائل قانع‌کننده‌ای برای ورود یا حضور غیرقانونی خود ارائه دهند.»

۳. مؤلفه‌های حاکم بر رفتارهای گردشگران غیرمسلمان در کشور اسلامی

غیرمسلمانان تحت هر عنوان اعم از ذمّی و معاهد و مستأمن و برای هر نوع فعالیت اعم از گردشگری، تحقیق، تحصیل و یا بازرگانی که به کشور اسلامی آمده باشند و چه به‌صورت موقّت و یا دائم در آنجا حضور داشته باشند ملزَم به رعایت قوانین و مقرراتی هستند و اصولی بر ورود و حضور آنان به کشور اسلامی حاکم است. اصولی که عدم رعایت آن‌ها می‌تواند اصل رابطه با غیرمسلمانان را هم زیر سوال ببرد. مهم‌ترین اصل حاکم بر روابط غیرمسلمانان با مسلمانان اصل «نفی سلطه کفّار» است که از آن به قاعده نفی سبیل تعبیر می‌کنند. دین مبین اسلام همان‌گونه که مسلمانان را از تجاوز و تعدی به دیگران بر حذر می‌دارد،[1] هرگونه رابطه و مراوده‌ای را هم که موجب سلطه یافتن کفّار بر مسلمانان شود، ممنوع اعلام کرده است. قاعده نفی سبیل از قواعد ثانویه فقهی است[2] که بر سایر عمومات و اطلاقات و قواعد اولیه‌ای همچون اصل آزادی روابط بین‌المللی و پای‌بندی به قراردادها حکومت دارد[3] و در صورت تعارض آن‌ها را از اعتبار ساقط می‌نماید: «چنانچه روابط سیاسی فیمابین دولت اسلامی و بیگانگان موجب تسلط یافتن آن‌ها بر سرزمین، نفوس و مال مسلمین شود و یا موجب سلطه سیاسی شود، این روابط و مناسبات برای رؤسای دولت‌های اسلامی حرام و قراردادها و پیمان‌های آن‌ها باطل است.»[4] اهمیت این قاعده تا حدی است که برخی از فقها، ترس از سلطه یافتن کفّار را هم از موارد اعمال قاعده دانسته‌اند.[5] به لحاظ مبانی حقوقی نیز باید به این نکته توجه داشت که صلاحیت دولت در خصوص اعطای ویزا،

۱. «وَ لا یَجْرِمَنَّکُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوکُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرامِ أَنْ تَعْتَدُوا» «و خصومت با جمع‌آوری‌کنندگان که شما را از آمدن به مسجدالحرام (در سال حدیبیه) بازداشتند، نباید شما را وادار به تعدی و تجاوز کند» (سوره مائده، آیه ۲).
۲. عمید زنجانی، پیشین، ص. ۳۰۷.
۳. بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۱، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق، ص. ۱۹۳.
۴. خمینی، سید روح‌اللّه، تحریرالوسیله، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه دار العلم، بی‌تا، ص. ۴۸۶.
۵. همان.

صلاحیتی اختیاری است. بنابراین در مواقعی که ضرری از ورود فرد بیگانه به کشور محتمل است، دولت می‌تواند از اعطای ویزا به وی خودداری نماید[1] و این ضرر اعم از ضرر امنیتی، اقتصادی و حتی فرهنگی است. طبق بند سوم ماده ۲ قانون راجع به ورود و اقامت اتباع خارجه در ایران (اصلاحی ۱۳۳۷) اگر حضور خارجی در ایران بر ضد امنیت مملکت و یا نظم عمومی و یا به جهات دیگری منافی مصالح مملکتی باشد باید از اعطای ویزا به وی خودداری گردد. از دیگر اصولی که باید در بازدید غیرمسلمانان از کشورهای اسلامی مورد توجه قرار گیرد، احترام به قوانین و مقررات جامعه اسلامی است. به‌عنوان مثال فقها مستأمنی را که در دارالاسلام تظاهر به شرب خمر نموده است، مستوجب حد می‌دانند.[2] این بدان معنی نیست که غیرمسلمانان ملزَم به رعایت کامل آداب و رسوم مسلمین گردند و یا در انجام اعمالی که از نظر اسلام ممنوع است، کاملاً محدود باشند و نتوانند کارهایی که بر طبق آیین خودشان مباح امّا در اسلام حرام است را انجام دهند، بلکه رفتار آنان در جامعه اسلامی نباید موجب تظاهر به فسق شود. در مورد حجاب زنان غیرمسلمان که برای گردشگری به کشور اسلامی آمده‌اند، اصولاً منعی وجود ندارد و با توجه به سیره مسلمین اهل ذمّه هیچ‌گاه مجبور به رعایت حجاب نبوده‌اند. این به عنوان اصل اوّلی است امّا چنانچه بنا به تشخیص حاکم مسلمین این مسأله موجب گسترش فساد و بی‌بندوباری در جامعه اسلامی گردد، به‌خاطر مصلحت و به‌عنوان حکم ثانوی می‌توان برای زنان گردشگر محدودیت حجاب قائل شد. در این رابطه ماده اول مقررات اخلاقی در صنعت گردشگری[3] به لزوم شناسایی و احترام به ارزش‌های اخلاقی متعارف در خصوص مذاهب، باورهای فلسفی و اخلاقی، سنن اجتماعی و عادات تمام مردم اشاره می‌نماید. این ماده در ادامه تأکید می‌کند که «فعالیت‌های گردشگری باید باید به صورت هماهنگ با صفات و سنن مناطق و کشورهای میزبان، ضمن احترام به قوانین، رسوم و عادات هدایت گردد.»[4]

همچنین ماده ۲ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان مصوب ۱۹۵۱ در بیان وظایف کلی بیان می‌دارد: «هر پناهنده در کشوری که به سر می‌برد دارای وظایفی است که به‌موجب آن مخصوصاً ملزم می‌باشد خود را با قوانین و مقررات آن کشور و اقداماتی که برای حفظ نظم عمومی به عمل می‌آید تطبیق دهد.» بند ۱ ماده ۳۲ کنوانسیون مذکور نیز اشعار می‌دارد: «دول متعاهد پناهنده‌ای را که به‌طور منظم در سرزمین آنان به سر می‌برند، اخراج نخواهند کرد مگر به دلائل حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی.»

۱. مؤتمنی طباطبائی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص. ۳۳.

۲. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق، ص. ۴۳۹.

3. Global Code of Ethics for Tourism.

۴. تاج‌زاده نمین، ابوالفضل، «نگرشی بر جایگاه فرهنگ و ضوابط اخلاقی در گردشگری»، فصلنامه مطالعات گردشگری، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۳ ص. ۱۶.

۴. چالش‌ها

در مورد چالش‌های فقهی حضور گردشگران غیرمسلمان در کشور اسلامی مباحث متعددی قابل طرح است. ابتدائاً پاسخ به این سوال ضروری است که آیا ورود اولیّه غیرمسلمانان به کشور اسلامی و اقامت آنان در آنجا امکان‌پذیر است یا خیر؟ و وضعیت رفت‌وآمد آنان در گستره کشور اسلامی چگونه است؟ پس از پاسخ به این سئوالات به بررسی بازدید گردشگران غیرمسلمان از اماکن مقدّس می‌پردازیم. در ادبیات فقهی ما این موضوعات تحت سه عنوان «ورود کفّار به مسجدالحرام»، «سکنی‌گزینی کفّار در سرزمین حجاز» و «ورود کفّار به مساجد» مورد بحث قرار گرفته‌اند. از بحث تفصیلی درباره دو مورد نخست به دلیل مبتلابه نبودن صرف‌نظر می‌نماییم و تنها به ذکر همین نکته اکتفا می‌کنیم که دلیل ناروایی ورود غیرمسلمانان به مسجدالحرام، وجود نصّ صریح قرآنی است[1] و بر حرام بودن سکنی‌گزینی کفّار در سرزمین حجاز هم اجماع وجود دارد.[2] اما ادلّه موافق و مخالف ورود غیرمسلمانان به مساجد را تفصیلاً مورد توجه قرار می‌دهیم و پس از آن به بررسی سایر مکان‌های مذهبی همچون امامزاده‌ها را در رابطه با موضوع مورد بحث خواهیم پرداخت.

۴-۱. ورود غیرمسلمانان به کشور اسلامی و حضور در گستره آن

بی‌گمان قبل از هرگونه بحث درباره حضور گردشگران غیرمسلمان در کشور اسلامی و رفت‌وآمد آنان در گستره کشور اسلامی و اماکن خاص لازم است تا ابتدا این مسأله مورد بررسی قرار بگیرد که اصل اولیه در مورد ورود غیرمسلمانان به کشور اسلامی چیست. همان‌گونه که در مباحث قبل اشاره شد در زمان حاضر و با توجه به قراردادهای بین‌المللی، غیرمسلمانان ساکن کشورهای اسلامی به عنوان ذمّی محسوب می‌گردند و غیرمسلمانان ساکن سایر کشورها تحت عناوینی همچون معاهد و مستأمن قرار می‌گیرند و بنابراین در دوران ما اصولاً کافر حربی به معنای دقیق فقهی کمتر مصداق خارجی می‌یابد و تنها چنان‌چه غیرمسلمانانی به ستیز و جنگ علیه حکومت اسلامی اقدام کنند و امنیت آن را مورد هجوم قرار دهند، تحت شمول عنوان کافر حربی و آثار و احکام آن قرار می‌گیرند و هیچ‌گونه منعی برای ورود آنان به کشورهای اسلامی و اقامت در آن وجود ندارد. علاوه بر این، آیات مختلفی از قرآن‌کریم با دعوت به زندگی

۱. «یا أَیُّهَا الَّذینَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِکُونَ نَجَسٌ فَلا یَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرامَ بَعْدَ عامِهِمْ هذا» «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، مشرکان ناپاکند؛ پس نباید بعد از امسال نزدیک مسجدالحرام شوند.» (سوره توبه، آیه ۲۸)

۲. نجفی، پیشین، جلد ۲۱، ص. ۲۸۸.

مسالمت‌آمیز و صلح‌محور،[1] عدم اجبار در دین[2]، سفارش بـه نیکـی بـا غیرمتجـاوزین[3] و تشویق به پناه دادن به مشرکین[4] مؤید همین نظر است که ورود غیرمسلمانان به کشـور اسلامی بلااشکال است؛ مگر آنکه به قصد اضرار بـه حکومـت اسـلامی و اقـدام علیـه آن باشد که در این‌صورت جایز نیست. صاحب جواهر در مورد جـواز ورود غیرمسـلمانان بـه کشور اسلامی ادعای اجماع نموده و می‌نویسد: «در مورد مشـروعیت ورود غیرمسـلمانان بین فقهای اسلامی اختلافی وجود ندارد ... بلکه بر دو نوعش اجماع وجود دارد.»[5]

همچنین با توجه به این مطالب واضح و روشن است که به‌طور کلی بـرای گـردش غیرمسلمانان در گستره کشورهای اسلامی به شرط رعایت اصول پیش‌گفته منعی وجود ندارد و آن‌ها می‌توانند آزادانه به سیر و سیاحت در کشور اسلامی بپردازنـد. البتـه بـرای حضور غیرمسلمانان در برخی اماکن خاص مانند مساجد احکام ویژه‌ای وضع شده اسـت که در مباحث بدان می‌پردازیم.

در زمان معاصر دیدگاه حاکم در مورد اتباع بیگانه بدین صورت است کـه اتبـاع بیگانـه در ورود به ایران و اقامت در نقاطی که تمایل داشته باشند، آزادی دارند و این آزادی مشـروط به داشتن گذرنامه و در اکثر موارد اخذ پروانه اقامت از مقامـات مربوطـه اسـت. بنـابراین یـک تبعه بیگانه در زمان ورود به ایران می‌بایست اولاً دارای گذرنامه معتبر باشد و ثانیـاً بـرای ورود به کشور از مقامات ایران مجوز لازم یعنی ویزا یا روادید را تحصـیل کنـد.[6] مـاده یـک قـانون راجع به ورود و اقامت اتباع خارجه در ایران مصوب ۱۳۱۰ نیـز بـه لـزوم کسـب اجـازه اتبـاع خارجه برای ورود و اقامت و حتی خروج از مأموران ایران اشاره می‌نماید. همچنین طبق مـاده ۱۵ این قانون (اصلاحی ۱۳۶۷) هرکس گذرنامه یا جواز اقامت یا جواز عبور جعل کند و یا بـا علم به مجعول بودن از آن‌ها اسـتفاده کنـد و یـا ایـن قبیـل اوراق مجعولـه را بـرای دیگـری تحصیل نماید به حبس تعزیری از ۱ تا ۳ سال و یا به جزای نقدی از پانصد هزار ریال تـا سـه

۱. «یا أَیُّهَا الَّذینَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِی السِّلْمِ کَافَّه» «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، همگان در صلح و آشتی در آیید.» (سوره بقره، آیه ۲۰۸) و «وَ إِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَها» «و اگر تمایل به صلح نشان دهند، تو نیز از در صلح در آی.» (سوره أنفال، آیه ۶۱).

۲. «لا إِکْراهَ فِی الدِّینِ قَدْ تَبَیَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَی» «در قبول دین، اکراهی نیست. (زیرا) راه درست از راه انحرافی، روشن شده است.» (سوره بقره، آیه ۲۵۶)

۳. «لا یَنْهاکُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذینَ لَمْ یُقاتِلُوکُمْ فِی الدِّینِ وَ لَمْ یُخْرِجُوکُمْ مِنْ دِیارِکُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَیْهِمْ إِنَّ اللَّهَ یُحِبُّ الْمُقْسِطینَ» «خدا شما را از نیکی کردن و رعایت عدالت نسبت به کسانی که در راه دین با شما پیکار نکردند و از خانه و دیارتان بیرون نراندند، نهی نمی‌کند؛ زیرا که خداوند عدالت، را دوست دارد.» (سوره ممتحنه، آیه ۸)

۴. «وَ إِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِکینَ اسْتَجارَکَ فَأَجِرْهُ حَتَّی یَسْمَعَ کَلامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذلِکَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لا یَعْلَمُون» «او اگر یکی از مشرکان از تو پناه خواست پناهش ده تا کلام خدا را بشنود؛ سپس او را به مکان امنش برسان، چرا که آنان قومی نادانند.» (سوره توبه، آیه ۶)

۵. نجفی، پیشین، ص. ۹۲.

۶. مؤتمنی طباطبائی، پیشین، ص. ۳۳.

میلیون ریال محکوم می‌شود. ماده ۸ مقررات اخلاقی در صنعت گردشگری ضمن تأکید بر آزادی حرکت و تردد جهانگردان بیان می‌دارد: «رویه‌های اداری مربوط به عبور از مرزها مانند تشریفات مربوط به ویزا، درمان و گمرک؛ خواه در صلاحیت دولت‌ها و یا ناشی از توافقات بین‌المللی، باید تا جای ممکن برای تسهیل حداکثر آزادی سفر و دسترسی گسترده گردشگران بین‌المللی، تعدیل گردد.»[1] ماده ۱۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز حق آزادی رفت‌وآمد و تردد را مورد حمایت قرار می‌دهد. ماده ۲۶ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان مصوب ۱۹۵۱ در رابطه با آزادی رفت و آمد به پناهندگانی که طبق قانون در سرزمین هریک از دول متعاهد به سر می‌برند این حق را می‌دهد که محل سکونت خود را انتخاب نمایند و آزادانه درداخل سرزمین آن دولت رفت و آمد کنند. البته مشروط به رعایت مقرراتی که عموماً در این گونه موارد درباره خارجیان اجرا می‌شود.

۴-۲. ورود غیرمسلمانان به مساجد

مشهور فقهای شیعه ورود غیرمسلمانان به مساجد را جایز نمی‌دانند و این موضوع را در مبحث احکام اهل ذمّه (کتاب الجهاد) و یا احکام مساجد مورد بحث قرار داده‌اند. فقیهان شیعه هم ورود به مسجدالحرام و هم سایر مساجد را ممنوع دانسته و می‌نویسند: «برای آن‌ها ورود به مسجدالحرام و سایر مساجد جایز نیست هرچند مسلمانی اجازه بدهد.»[2]

مهم‌ترین دلیلی که فقهای امامیه و عامّه بر عدم جواز ورود غیرمسلمانان به مساجد به آن استدلال کرده‌اند این آیه شریفه است: (یا أَیُّهَا الَّذینَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِکُونَ نَجَسٌ فَلا یَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرامَ بَعْدَ عامِهِمْ هذا) «ای کسانی که ایمان آورده‌اید مشرکان ناپاکند؛ پس نباید بعد از این سال نزدیک مسجدالحرام شوند.» (سوره توبه، آیه ۲۸) اکثر فقها در استدلال به این آیه «مشرکون» را تنها منحصر در بت‌پرستان و قائلین به شریک داشتن خدا نمی‌دانند و این آیه را به تمامی غیرمسلمانان گسترش داده و حتی اهل کتاب را هم تحت شمول آن می‌دانند.

بنابراین با گسترش معنای مشرک سایر غیرمسلمانان را هم تحت حکم آیه قرار داده و ورود آنان به مساجد را ممنوع اعلام می‌نمایند. این مسأله که آیا اهل کتاب، مشرک محسوب می‌شوند یا خیر از مسائل مطروحه و مورد اختلاف در فقه و حتی کلام و تفسیر بوده است.

برخی فقها در مشرک بودن اهل کتاب تردید نموده و می‌نویسند: «دلالت آیه بر تمامی غیرمسلمانان موقوف بر اثبات مشرک بودن همه آنان است که این نظر خالی از ایراد

۱. تاج‌زاده نمین، پیشن، ص. ۲۲.
۲. حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، جلد ۱، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیه، ۱۴۱۸ ق، ص. ۱۱۱.

نیست.»[1] امام خمینی نیز با ردّ استدلال برخی فقها از جمله صاحب جواهر[2] مبنـی بـر نجـس بودن همه کافران به دلیل فرزند خدا دانستن حضرت عیسی و یا عزیر پیامبر، می‌نویسد: «بـه هر صورت، نمی‌توانیم همه گروه‌های کفّار را مشرک بدانیم ... و فقط گفتن اینکه عزیـر فرزنـد خداست موجب شرک نمی‌گردد.»[3] بنابراین آنچه کـه از معنـای مشـرک در قـرآن بـه ذهـن متبادر می‌گردد کسانی است که برای خدا در الوهیت شریک قائل می‌شوند و این از آیاتی کـه مشرکین را در کنار اهل کتاب و کفّار بیان نموده و مشرکین را از آنان جدا ساخته کاملاً قابـل فهم است.[4] یکی دیگر از فقها در تأیید این نظر می‌گوید: «آنچه که از معنای مشرک به ذهـن متبادر می‌گردد کسی است که به معبودی به جز خدا اعتقاد دارد.

در احادیث آمده است معنای این که آن‌ها أحبار و رهبان را به جـای خـدا اربـاب خـود قرار دادند این است که اوامر و نواهی آن‌ها را پیروی می‌کردنـد. و ایـن کـه در آیـاتی از قـرآن مشرکین بر اهل کتاب و یا برعکس با واو به هم عطف شده‌انـد نشـانه دوگـانگی معناسـت.»[5] دیگر مسأله‌ای که فقها در استدلال به آیه (إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ ...) بـدان تمسـک جسـته‌انـد توجه به علتی است که آیه برای ممنوع ساختن ورود مشرکین بـه مسـجدالحرام بـدان اشـاره کرده است و آن علت هم «نجس بودن» آنـان اسـت. فقهـا بـا اسـتدلال بـه ایـن‌کـه اولاً واژه «نجس» در آیه به معنای اصطلاحی آن به کار رفته است و ثانیاً تمـام غیرمسـلمانان هماننـد مشرکان نجس می‌باشند؛ نتیجه گرفته‌اند که تمامی کفّار هـم نجـس بـوده و ورود نجـس بـه مسجد، طبق آیه ممنوع اعلام شده است. در پاسخ به این اسـتدلال بایـد گفـت کـه اولاً واژه «نجس» در آیه می‌تواند در معنای لغوی خـود بـه کـار رفتـه باشـد و معنـای اصـطلاحی آن مدّنظر نبوده است. برخی فقها در این مورد اظهارنظر نموده و نوشـته‌انـد: «ایـرادی نـدارد کـه مقصود از نجس در آیه، فساد درونی و پلیدی معنوی باشد که نتیجه و حاصل شرک اسـت.»[6] برخی فقها از خود آیه استفاده کرده و نتیجه گرفته‌اند که «نجس» در آیـه بـه معنـای لغـوی

۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق، ص. ۳۱۹.

۲. نجفی، پیشین.

۳. خمینی، سید روح‌الله، کتاب الطهاره (طبعه الحدیثه)، جلد ۳، چاپ اول تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، بی‌تا، ص. ۴۰۴.

۴. «إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَ الَّذِينَ هادُوا وَ الصَّابِئِينَ وَ النَّصارى وَ الْمَجُوسَ وَ الَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّـهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيامَه» «مسلماً کسانی که ایمان آورده‌اند و یهود و صابئان (ستاره‌پرستان) و نصاری و مجوس و مشـرکان، خداوند در میان آنان در روز قیامت داوری می‌کند» (سوره حج، آیه ۱۷) و همچنین «لَمْ يَكُنِ الَّـذِينَ كَفَـرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتابِ وَ الْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِّينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَه» «کافران از اهل کتاب و مشرکان جدا نبودند تا آن که برهان بر آن‌ها آمد» (سوره بیّنه، آیه ۱) (سایر آیات: بقره، ۱۰۵؛ آل عمران، ۱۸۶؛ مائده، ۱۸۲).

۵. عاملی محمد بن علی، مدارک‌الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام، جلد۲، بیروت، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۱ ق، ص. ۲۹۶.

۶. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، مصباح الفقیه، جلد ۷، قم، مؤسسه الجعفریه لإحیاء التراث، ۱۴۱۶ ق، ص. ۲۳۶.

می‌باشد زیرا ورود نجاست در معنای اصطلاحی به مسجدالحرام منعی ندارد: «ظاهر آن است که نجس در آیه مبارکه به معنای لغوی خود می‌باشد که همان پلیدی است و چه پلیدی بزرگ‌تر و بدتر از شرک؟! و همین معنا با منع نزدیک شدن به مسجدالحرام مناسب‌تر است؛ زیرا که نجس در معنای اصطلاحی اگر موجب بی‌احترامی نگردد مانع ورود به مسجدالحرام نیست.»[1] ثانیاً با فرض پذیرش به کار رفتن واژه «نجس» در معنای اصطلاحی خود باز هم این اشکال وجود دارد که نمی‌توان همه کافران را نجس دانست. نجاست و یا عدم نجاست اهل کتاب از مباحث مورد اختلاف فقها بوده است. هر چند که مشهور فقها قائل به نجاست آنان هستند اما فقیهان بسیاری هم عقیده به پاکی اهل کتاب دارند. حداقل آن است که آیه مورد بحث بر نجاست کفّار دلالت ندارد. برخی دیگر از فقها این آیه را برای اثبات نجس بودن ـ در معنای اصطلاحی ـ مشرکین هم قابل دلالت ندانسته و می‌نویسند: «انصاف آن است که آیه بر نجس بودن مشرکین دلالت ندارد تا چه رسد به نجس بودن اهل کتاب.»[2]

مسأله دیگری که در استدلال به این آیه مورد مناقشه است تعمیم حکم منع ورود مشرکین به مسجدالحرام به سایر مساجد است. این استدلال به دو صورت قابل طرح است. یکی آنکه با حکم به نجاست اصطلاحی کفّار و با توجه به وجوب دور نگه داشتن مساجد از نجاست این نتیجه گرفته شود که ورود کفّار به مساجد جایز نیست. در مورد نجاست کفّار در مباحث قبلی به نتیجه رسیدیم که این نظر نادرست است. حتی با پذیرش نجاست آنان باز هم ورود آنان به مساجد لزوماً به معنای نجس شدن مسجد و سرایت نجاست به آنجا نیست. صورت دوم استناد به آیه شریفه، برداشتن خصوصیت از مسجدالحرام و تعمیم آن به تمامی مساجد است. به عبارت دیگر آن چه موجب ممنوع ساختن ورود مشرکین به مسجدالحرام شده است مسجد بودن آن است در نتیجه از ورود آن‌ها به سایر مساجد هم باید جلوگیری شود. امّا در پاسخ باید گفت که اولاً الغای خصوصیت از مسجدالحرام و اینکه مسجدالحرام خصوصیتی به‌جز مسجد بودن ندارد، ادّعای نادرستی است و ویژگی‌های مسجدالحرام اعم از مستحبات، مکروهات و حرام‌ها که برای سایر مساجد وجود ندارد در کتب فقهی مضبوط است. در پایان این بحث به عنوان جمع‌بندی به نظر علامه مجلسی اشاره می‌نماییم: «بر آیه (فَلا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرامَ) بر عدم جواز وارد نمودن نجاست به مسجدالحرام استدلال شده است. این نظر بعید نیست هرچند جای مناقشه دارد. امّا استدلال به آن بر جایز نبودن ورود کافران به هر مسجدی استدلال ضعیفی است.»[3]

۱. خویی، سید ابو القاسم، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، جلد ۳، بی‌جا، بی‌تا، ص. ۴۴.
۲. همان.
۳. مجلسی، محمد باقر، بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الأئمه الأطهار علیهم السلام، جلد ۸۰، بی‌جا، بی‌تا، ص. ۳۴۳.

۴-۳. ورود غیرمسلمانان به سایر اماکن مذهبی

در مورد ورود غیرمسلمانان به سایر مکان‌های مقدّس از جمله حرم ائمه علیهم السلام، حرم امامزادگان، قبور علما و شهدا اصل بر آن است که منعی وجود ندارد زیرا اصل بر عدم حرمت می‌باشد و با توجه به آنکه دلیلی بر حرمت آن نداریم فلذا نمی‌توانیم ورود غیرمسلمانان به سایر اماکن مقدّس را ممنوع اعلام نماییم.

تنها مسأله‌ای که در این مورد بعضاً فقها بدان پرداخته‌اند بحث ورود کفّار به حرم امامان معصوم علیهم السلام است که برخی آن را ملحق به مسجدالحرام و محدوده حرم دانسته‌اند: «تنقیح مناط اقتضای ملحق نمودن حرم پیامبر صلّی اللّه علیه و آله و سایر امامان و همچنین دیگر مشاهد معظمه و حرم حضرت زهرا سلام الله علیها به حرم مکّه است.»[1]

امّا همان‌گونه که پیش‌تر اشاره نمودیم تنقیح مناط از حرم مکّه و تعمیم آن به حرم معصومین ادعای نادرستی است. حتی فقها در موضوع حرمت ورود شخص جُنب در الحاق حرم معصومین به مسجد و همانندی آن دو با هم تردید نموده‌اند[2] حال چه برسد به همانندی حرم امامان و مسجدالحرام.

۱. عراقی، ضیاءالدین، شرح تبصره المتعلمین، جلد ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق، ص. ۳۷۶.

۲. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد ۳، قم، مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق، ص. ۴۹.

نتیجه‌گیری

جغرافیای فقهی بـه عنـوان مرزبنـدی، دو حـوزه را از هـم تفکیـک نمـوده اسـت: دارالاسلام و دارالکفر. ملاک اصلی در تشخیص دارالاسـلام بـودن شـهرها، جـاری بـودن احکام در آنهاست، چه حاکمیـت آن منطقـه بـه دسـت مسـلمانان باشـد چـه نباشـد و همچنین چه غلبه جمعیت با مسلمین باشد چه نباشد.

در زمان حاضر دیگر کافر حربـی در معنـای اصـطلاحی خـود کـه جـان و مـالش مصونیت و حرمتی نداشته باشد، مصداق خارجی پیدا نمی‌کنـد. بـا توجـه بـه معاهـدات بین‌المللی و قراردادهـای فیمـابین دولـت‌هـا اکثریـت غیرمسـلمانان خـارج از سـرزمین اسلامی تحت عنوان معاهد و مستأمن قرار می‌گیرند و احکام معاهده و أمان بر آن‌ها بـار می‌شود. قوانین داخلی ما از جمله قانون اساسی و کنوانسیون‌ها و معاهـدات بـین‌المللـی که کشور ما بدان‌ها پیوسته است مؤید همین نظر هستند. بنـابراین منـع اولیـه‌ای بـرای ورود آنان به کشورهای اسلامی و اقامت در آن وجود ندارد. غیرمسـلمانان مقـیم کشـور اسلامی نیز به‌عنوان اهل ذمّه مورد حمایت دولت اسلامی هستند.

مهم‌ترین اصل حاکم بر روابط غیرمسلمانان با مسلمانان قاعده نفی سبیل است که از قواعد ثانویه فقهی است و بر قواعد اولیه‌ای همچون اصـل آزادی روابـط بـین‌المللـی و پای‌بندی به قراردادها حکومت دارد و در صورت تعارض آن‌ها را از اعتبار ساقط می‌نماید و برخی از فقها، حتی ترس از سلطه یافتن کفّار را هم از موارد اعمال قاعده دانسته‌اند.

غیرمسلمانان ملزَم به رعایت صد در صد قوانین و آداب ور سوم مسـلمین نیسـتند امّا رفتار آنان در جامعه اسلامی نباید موجب تظاهر به فسق شود. در مورد حجـاب زنـان غیرمسلمان که برای گردشگری به کشور اسلامی آمده‌اند اصولاً و به‌عنـوان حکـم اولیّـه منعی وجود ندارد امّا چنان‌چـه بنـا بـه تشـخیص حـاکم مسـلمین ایـن مسـأله موجـب گسترش فساد و بی‌بندوباری در جامعه اسلامی گردد، بخاطر مصلحت و به عنـوان حکـم ثانوی می‌توان برای زنان گردشگر محدودیت حجاب قائل شد.

اصولاً هیچ‌گونه منعی برای ورود غیرمسلمانان بـه کشـورهای اسـلامی و اقامـت و گردش در آن وجود ندارد مگر آن دسـته از غیرمسـلمانان کـه بـه سـتیز و جنـگ علیـه حکومت اسلامی اقدام می‌کنند و امنیت آن را مورد هجوم قرار می‌دهند که تحت شمول عنوان کافر حربی و قرار می‌گیرند و ورود به کشور اسلامی منع شده است.

تعمیم حکم قرآن در مورد عـدم جـواز ورود «مشـرکین» بـه «مسـجدالحرام» بـه «همه غیرمسلمانان» و «تمام مساجد» چندان صحیح نیست و به نظر می‌رسد کـه بایـد به قدر متیقّن اکتفا نمود زیرا اولاً مشرک یکی از قسیم‌های غیرمسلمان به شمار مـی‌رود

و به‌هیچ‌وجه به معنی اهل کتاب و کافر نخواهد بود. این تمایز در آیات مختلفی از قـرآن کریم هم مورد اشاره قرار گرفته است. ثانیاً الغای خصوصیت از مسجدالحرام و تعمیم آن به سایر مساجد باتوجه به ویژگی‌های مسجدالحرام، گسترش موضـوعی نادرسـتی اسـت. بنابراین برای ورود غیرمسلمانان به مساجد منعی وجود ندارد مگر مشرکین که به حکـم قرآن از ورود به مسجدالحرام منع شده‌اند.

در مورد ورود غیرمسلمانان به سایر اماکن مذهبی اعمّ از حرم ائمه علیهم السلام، حـرم امامزادگان، قبور علما و شهدا هم منع اولیّه‌ای وجود ندارد و با توجه مطالب پیش‌گفتـه، نمی‌توان حرم معصومین علیهم السلام را در حکم حرمت ورود ملحق به مسجدالحرام دانست.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
- بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، جلد۱، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- تاجزاده نمین، ابوالفضل، «نگرشی بر جایگاه فرهنگ و ضوابط اخلاقی در گردشگری»، فصلنامه مطالعات گردشگری، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۳.
- جزیری، عبدالرحمن، غروی، سید محمد؛ و یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعه و مذهب أهل‌البیت علیهم السلام، بیروت، دارالثقلین، ۱۴۱۹ ق.
- حلّی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء (طبعه القدیمه)، بی‌جا، بی‌تا.
- حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، جلد ۱، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیه، ۱۴۱۸ ق.
- خمینی، سید روح‌اللّه، تحریرالوسیله، چاپ اول، قم، مؤسسه دار العلم، بی‌تا.
- ـــــــــــــــــ ، کتاب الطهاره (طبعه الحدیثه)، جلد ۳، چاپ اول تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، بی‌تا.
- خویی، سید ابو القاسم، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، جلد ۳، بی‌جا، بی‌تا.
- طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد ۳، قم، مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق.
- طبرسی، شیخ حسن، مکارم الأخلاق، چاپ چهارم، قم، منشورات الشریف الرضی، ۱۳۷۰.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
- ـــــــــــــــــ ، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
- عاملی، محمد بن علی، مدارک‌الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام، جلد ۲، بیروت، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۱ ق.
- عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
- عراقی، ضیاءالدین، شرح تبصره المتعلمین، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، چاپ چهارم، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۸۱.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

- مجلسی، محمد باقر، بحار الأنوار الجـامعه لـدرر أخبـار الأئمه الأطهار علیهم السلام، جلد ۸۰، بی‌جا، بی‌تا.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.
- مؤتمنی طباطبائی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، مصباح الفقیه، جلد ۷، قم، مؤسسه الجعفریه لإحیاء التراث، ۱۴۱۶ ق.

- Anholt, Simon, Brand New Justice: The Upside of Global Branding, Butterworth Heinemann, Oxford, 2003.

تحولات تاریخی کیفر در پرتو صنعتی شدن

هادی رستمی*
فرهاد میرزایی**

چکیده

کیفر از جمله پدیده‌هایی است که رابطه نزدیک و تنگاتنگی با تحولات صنعتی دارد. به موازات صنعتی شدن و پیدایش فناوری‌های جدید، نظام مجازات‌ها در معرض دگرگونی‌های فراوانی قرار گرفته است. کیفرهایی چون حبس، جزای نقدی، سلب اوقات فراغت، کار اجباری و روش‌های نوین اجرای کیفر اعدام بیش یا کم متأثر از فعل و انفعالات صنعتی بوده و به اقتضای پیچیدگی و پیشرفت اجتماعات دچار قبض و بسط‌های زیادی شده‌اند. بنابراین، در مطالعه تاریخی کیفرها نمی‌توان از نقشی که صنعت و تکنولوژی در این میان ایفا می‌کنند، غافل بود و تطور آن ها را صرفاً به تحول اندیشه‌های فکری و فلسفی بشر فروکاست. مقاله حاضر بر آن است تا با کندوکاوی تاریخی در مسیر تحولات حاکم بر کیفرها، به‌ویژه برخی گونه‌های آن، تأثیر درازآهنگ صنعت بر کیفر را مورد ارزیابی قرار داده و با طرح و بررسی نمونه‌های تاریخی، فرضیه مذکور را به اثبات برساند.

کلیدواژه‌ها: کیفر، صنعتی شدن، کار اجباری، حبس، تبعید، جریمه.

* استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینای همدان (نویسنده مسئول)
rostamilaw@yahoo.com
**عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد، واحد بوئین زهرا farhadmirzaei58@gmail.com

مقدمه

مطالعهٔ جرایم و ضمانت‌اجراهای کیفری به‌تنهایی و بدون در نظر گرفتن خاستگاه و بسترهای تاریخی آن‌ها و بدون تحلیلِ واکنش اجتناب‌ناپذیرِ جامعه ممکن نیست و همواره باید به رابطه بین آن‌ها توجه شود. اگر بزهکاری در دهه‌های اخیر متحول و دگرگون شده، عدالت کیفری نیز به نوبه خود عمیقاً از تحولات اجتماعی سال‌های اخیر متأثر شده است. نگاهی هرچند گذرا به سیر تاریخی تحولات کیفری حاکی از آن است که جوامع گوناگون در برابر ارتکاب جرم به شیوه‌های متفاوتی واکنش نشان می‌دهند. طرق مقابله و نحوه برخورد جامعه با پدیدهٔ جنایی تا حدودی به روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، شرایط جغرافیایی، درجه رشد و توسعه اقتصادی، فرهنگی و سطح فکری مردمان جامعه و نیز اهدافی که هر نظام کیفری از تحمیل کیفر دنبال می‌کند، بستگی دارد. آنچه در این کنکاش تاریخی جلب توجه می‌کند، قبض و بسط این شیوه‌ها در طول زمان است؛ به‌خصوص که امروزه حقوق کیفری از حالت انتزاعی و ذهن‌گرایی صرف خارج شده و در پرتو یافته‌های علمی به سمت واقعیت‌گرایی و عینیت در برخورد با پدیده مجرمانه گرایش پیدا کرده است.

بررسی تحولات تاریخی از یک سو، نشان می‌دهد: «پاره‌ای تأسیسات کیفری، امروزه، به افسانه یا اسطوره و یا سرگرمی عمومی مردم تبدیل شده‌اند و برخی هم تنها برای افراد خبره قابل شناسایی بوده و برای عموم معنایی ندارند.»[1] و از سوی دیگر، با کندوکاوی دربارهٔ پیشینهٔ برخی گونه‌های کیفر می‌توان به نقش و تأثیر اجتناب‌ناپذیر صنعتی شدن بر تکوین و تکامل آن‌ها و استخدامشان برای منافع نظام سرمایه‌داریِ برخاسته از فرایند صنعتی شدن پی برد. مطالعات انجام‌شده، تأثیر صنعتی شدن و نظام سرمایه‌داری بر نهاد مجازات را هم در آغاز پیدایش انقلاب صنعتی و هم پس از آن نشان می‌دهد. نزدیک به پایان سدهٔ شانزدهم شیوه‌های مجازات دچار نوعی تغییرات تدریجی اما عمیق گردید. امکان بهره‌کشی از نیروی کار زندانیان توجهات زیادی را به خود جلب کرده بود و کیفرهایی مانند تبعید، بیگاری و حبس با اعمال شاقه به ظهور رسیدند. این فعل و انفعالات بیشتر در پاسخ به گذار تشنج‌آمیز به سمتِ صنعتی‌شدن صورت گرفت.

کشورهای غربی که به دنبال حل و فصل خطرناک‌ترین جنبه‌های اجتماعی اختلال اقتصادی به نفع طبقه حاکم بودند، نهادهای کیفری تازه‌ای را برای حکم‌رانی و به نظم درآوردن مستعمره‌های خود ایجاد کردند.[2]

1. Garland, David, Punishment and Modern Society, A Study in Social Theory, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 435.

۲. پیکا، جرج، جرم‌شناسی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص.۶۰.

این مقاله می‌کوشد تا نشان دهد که در پرتو تحولات پس از انقلاب صنعتی چه کیفرهایی تأسیس یا از بین رفته و یا تبدیل به قصه شده‌اند. ایدهٔ اصلی نویسندگان، این واقعیت تاریخی است که توجیه برخی اشکال کیفر و ضمانت‌اجراهای کیفری ملاحظات اقتصادی و نیازهای جامعه سرمایه‌داری بوده است. بنابراین، طی دو بند با طرح دورنمایی از مبانی نظری ارتباط صنعت و مجازات و چگونگی تحولات تاریخی کیفر در دوره طلوع صنعتی شدن و گذار به نظام سرمایه‌داری، پاره‌ای از مهم‌ترین ضمانت‌اجراهای کیفری را که به طرز فاحشی متأثر از این فرایند بوده و یا اینکه در چنین بستری تکوین و تکامل و بعضاً رو به افول نهاده‌اند، بررسی خواهیم کرد.

۱. مبانی نظری توجیه رابطه صنعت و نهاد مجازات

صنعتی‌شدن یک جریان و فرایند اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی عمیق و فراگیر است که بسیاری از بنیان‌های اجتماعی را دگرگون ساخته و همراه با آن ذهنیت و فرهنگ تازه‌ای پدید آورده است.[۱] در یک جامعه تکنولوژیک، همه اشکال و فعالیت‌های بشری، خواه رفتار شخصی و خواه فعالیت‌های اقتصادیِ سازمان‌دهی‌شده، همه به نحوی اساسی با منطق حاکم و نظام ماشینی سازگاری می‌یابد. زندگی بشر حتی از سازگار شدن هم فراتر رفته و جریان‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی با ماشین پیوند خورده و به بخش پیوسته و لاینفک آن تبدیل می‌شوند.[۲] انقلاب صنعتی که موجب پیشرفت بشر نسبت به طبیعت و تسلط بر آن شد، آغازی بود بر نگرش جدید نسبت به مسائل جامعه بشری؛ انقلاب صنعتی آن‌چنان در رقم زدن سرنوشت اقتصاد سرمایه‌داری و ایجاد دگرگونی‌های بنیادین در ساختار و سازمان‌دهی اجتماعی همراه بود که برخی آن را «تشنج زایمان سرمایه‌داری نوین» و سرنوشت‌سازترین لحظه در تاریخ اقتصادی و اجتماعی از قرون وسطی به این سو دانسته‌اند.[۳] هرچند نگرش جدید با انقلاب صنعتی شروع شد، اما پس از اتمام دوران صنعتی و ورود انسان به دوران فراصنعتی دستخوش تحولات زیادی گردید.

جرم و مجازات به عنوان دو رکن نظام‌های عدالت کیفری بیش از همه در فرایند صنعتی شدن دستخوش نوزایی و نوآوری شد. حتی شیوه اجرای برخی مجازات‌ها نیز از خشم صنعتی شدن در امان نماند و فناوری، اجرای کیفر اعدام را آشکارا متحول

۱. خلیلی، محسن، «تبیین جریان صنعتی شدن در جهان صنعتی»، ماهنامه کار و جامعه، شماره ۷۴-۷۳، تیر و مرداد ۱۳۸۵، ص. ۳۶.

۲. مانور، جری، «منطق صنعتی: علم، تکنولوژی و محیط زیست»، مجله سیاحت غرب، شماره ۳۷، ۱۳۸۵، ص. ۱۰۳.

۳. داب موریس، هربرت، مطالعاتی در زاد و ولد سرمایه‌داری، ترجمه حبیب الله تیموری، چاپ اول، تهران، نشر نی، ۱۳۷۹، ص. ۲۸.

ساخت. با آغاز صنعتی‌شدن و تکامل و گسترش صنعت و تکنولوژی و به موازات آن رشد چشمگیر فناوری‌های نوین ارتباطی و اطلاعاتی، جرم‌هایی ارتکاب یافتند که پیش از آن سابقه نداشتند. به اعتبار ظهور جرایم جدید و تحول در شیوه بزهکاری، مجازات‌ها نیز تغییر یافته و صنعت همان‌گونه که ابزار و بستری برای ارتکاب جرم فراهم آورد، به عنوان وسیله‌ای مقتدر برای برخورد کارآمد و متناسب با مجرمان مورد استفاده دستگاه عدالت کیفری قرار گرفت. ارتباط صنعت و مجازات لاجرم یک‌سویه نبود و هرکدام موجب تحولاتی در دیگری شد.

۱-۱. مجازات، پشتوانه صنعتی شدن

همان‌گونه که صنعتی شدن نقش مهمی در طلوع و غروب کیفرها ایفا کرد، کیفر نیز در تحکیم عصر صنعتی شدن تأثیر فراوانی داشت. به دنبال رشد و توسعهٔ انقلاب صنعتی و تشدید فرایند صنعتی شدن و افزایش تولید و اهمیت روزافزون سرمایه، حقوق کیفری که در طول تاریخ حامی ارزش‌ها و دستاوردهای بشری بود، این بار به نحو چشمگیرتری این نقش را ایفا نمود. شواهد تاریخی در انگلستان به هنگام انقلاب صنعتی و سایر کشورهایی که پیش‌تر تحت تأثیر این فرایند قرارگرفتند، اهمیت و نقش قوانین، به‌ویژه قوانین کیفری را در رشد و توسعهٔ صنعت به ما نشان می‌دهد.[1] از قرن شانزدهم میلادی که موضوع صنعت و تجارت دامنه وسیعی در اروپا پیدا کرد، به‌تدریج قوانین و مقرراتی برای حمایت از صنایع و اختراعات به تصویب رسید و تعرض و تجاوز به آن‌ها را ممنوع و جرم‌انگاری کرد. در انگلستان مقررات شدیدی در حوزهٔ صنعت تدوین شد و در راستای حمایت از صنایع داخلی، صدور فنون جدید و خروج متخصصان ماهر به خارج از کشور منع و مشمول قوانین جزایی گردید. بر پایهٔ فرمان‌های هفتم و هشتم ویلیام سوم، صدور بوم و دستگاه نخ‌ریسی و جوراب‌بافی ممنوع شد و علاوه بر ضبط کالا جریمه نقدی به همراه داشت. همچنین بر پایه فرمان پنجم جرج یکم، ترغیب صنعتگران به کوچ جریمه‌ای ۱۰۰ پوندی و سه ماه زندان برای بار اول در پی داشت. با فرمان جرج دوم این مجازات تشدید یافت و جریمه برای بار اول به ۵۰۰ پوند و ۱۲ ماه زندان افزایش یافت. افزون بر این، صنعتگر باید تضمین می‌داد که به خارج از کشور نرود. صنعتگری که در خارج آموزش می‌دید، پس از اخطار نمایندگان و مأموران شاه می‌بایست در ظرف شش ماه به کشور بازگشته و ماندگار شود و از آن تاریخ نمی‌توانست هیچ جایگاه و حقی به عنوان وکیل و نماینده دیگران یا مالک

۱. آشوری، محمد؛ و اسداله میرزایی، «حقوق کیفری و توسعهٔ اقتصادی- صنعتی»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ص. ۴.

به صورت خریدار یا وارث داشته باشد.[1] در درازای سده هفدهم، مراکز وسیع اقامت اجباری در سرتاسر اروپا بنیان گذاشته شد و در طی چند ماه از هر صد نفر ساکن پاریس یک نفر را در آنجا محبوس کردند. به‌تدریج، سیاه‌چال‌های قدیمی از بین رفته و بستر لازم جهت پدیدار شدن زندان‌های نوین فراهم شد. خاستگاه زندان‌های امروزی نه در زندان‌ها و سیاه‌چال‌های دوران پیش بلکه در خانه‌های کار، که به بیمارستان هم معروف بودند، نهفته بود. خانه‌های کار در بیشتر کشورهای اروپایی از قرن هفدهم پدید آمدند.

در دوره‌ای که فئودالیسم در حال فروپاشی بود و بسیاری از دهقانان نمی‌توانستند روی زمین کار نمایند و آواره و سرگردان می‌شدند، در خانه‌های کار به آن‌ها غذا داده می‌شد ولی آن‌ها مجبور بودند بیشتر وقت خود را در این مؤسسات حاضر باشند و سخت کار نمایند. طی قرن هجدهم زندان‌ها، آسایشگاه‌ها و بیمارستان‌ها به تدریج از یکدیگر جدا شدند. اصلاح‌گران با مجازات‌های قدیمی مبارزه کردند و محرومیت از آزادی را از شیوه‌های مؤثر برای مقابله با فعالیت‌های تبهکارانه دانستند.[2]

در تاریخ سرمایه‌داری نهادهای کیفری در شکل دادن نیروی کار نقش مفیدی، هرچند ناچیز، ایفا کردند. این نهادها با استفاده از ماهیت اجبارکنندگی‌شان می‌توانستند تضمین نمایند که کارگران با صداقت و تلاش تمام بهتر از همتاهای خود مسؤولیت‌پذیری دارند. زندان‌های جدید مثل کانون‌های اصلاح و تربیت قدیم[3] یک روش آموزش نیروی کار بودند؛ به همین‌سان، مجریان و طراحان رژیم‌های زندان در قرن نوزدهم تلاش می‌کردند زندانیان را نسبت به قدرت و اقتدار خود و نیز به یک زندگی آرام، باقاعده و صنعتی تسلیم نمایند. به گفته برخی نویسندگان «در مدارس

۱. رشیدی، علی، «جنایات ناپیدای نظام سرمایه‌داری: پنهان‌مانده از دید «دست ناپیدای» آدام اسمیت»، اطلاعات سیاسی- اقتصادی، سال بیست و پنجم، شماره ۲۸۲-۲۸۱، ۱۳۸۹، صص. ۱۸۹-۱۸۸.

۲. گیدنز، آنتونی، جامعه‌شناسی، ترجمه منوچهر صبوری، چاپ سیزدهم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۳، ص. ۱۵۴.

۳. کانون‌های اصلاح و تربیت (House of Correction) که در آغاز برای رهایی شهرها از وجود گدایان و بی‌خانمان‌ها ایجاد شده بودند، در دوران انقلاب صنعتی و پس از آن کارکردهای اقتصادی فراوان پیدا نمودند. قدیمی‌ترین این مؤسسات Bridewell در لندن بود که در سال ۱۵۵۵ میلادی ساخته شد. این کانون‌ها هرچند در انگلستان به وجود آمدند، اما در هلند به اوج خود رسیدند. در پایان قرن شانزدهم این کشور پیشرفته‌ترین سیستم سرمایه‌داری در اروپا را داشت و در قرن هجدهم با توجه به سودآور بودن تولید پنبه، دولت آن را در فعالیت مؤسسات اصلاح و تربیت وارد کرد. ماهیت و فلسفه وجودی این مراکز با رشد صنعتی شدن از سرپناهی برای بی‌خانمان‌ها به کسب سود تغییر جهت داد و تأسیس این مراکز اصلاحی دیگر نتیجه عشق برادرانه یا احساس تعهد در رابطه با درماندگان نبود، بلکه آن بود که اصول نوانخانه‌ها و کارخانه‌ها و کسب سود را با نهادهای کیفری در هم آمیزد. برای تفصیل بحث در این زمینه، ر. ک:
- Rusche, George; and Otto Kirchheimer, Punishment and Social Structure, Fifth Printing, New Brunswick, Transaction Publishers, 2009, pp. 41-50.

اولیه، پس از آغاز صنعتی شدن، بـه کودکـان طبقـه کـارگر مهـارت لازم بـرای کـار در کارخانه را تعلیم می‌دادند؛ به آن‌ها اطاعت و فرمانبرداری و وقت‌شناسی را یاد می‌دادنـد. به دانش‌آموزان طبقه کارگر در اوایل قرن بیستم نوعی آموزش می‌آموختند کـه در یـک اقتصاد بازار کار بتوانند مفید باشند.»[1] انضـباط کـارگری یـک مفهـوم مهـم در تحلیـل مدیریتی دوران مدرن به شمار می‌آمد. این همان انضباط بنتام بـود کـه در اواخـر سـدهٔ هجدهم به بار نشست؛ یک سیستم وحشت جدید. دیدگاه بنتام از کارخانه در شیوه‌های کیفری هم رسوخ کرد. کارخانه‌های یکنواخت و کسل‌کننده زندان بـه عنـوان شـکلی از کار برای بهبودی اخلاقی و رونق بخشیدن به تولید در حد وسیعی تأسـیس شـدند.[2] در دوران مدرن، انضباط به سبک ارتش بـر الگوهـای سـازمانی صـنایع، ادارات و بازرگـانی تأثیر عظیمی داشت. در واقع، راهکارها و راهبردهای انضـباطی از آغـاز دوران مـدرن به بعد پیدا شدند. آن‌سان که مورخان جامعه‌شناسی از مـاکس وبـر تـا میشـل فوکـو و نوربرت الیاس نشان داده‌اند، شیوه‌های قـدیمی منضـبط کـردن افـراد ماننـد رفتارهـای وحشیانه و علنی با خلافکاران، جای خود را به شیوه‌هایی دادند که بر انضـباط فـردی و خویشتن‌داری تأکید می‌کردند. اِعمال انضباط مستلزم سازوکاری اسـت کـه بـه وسـیله بازیِ نگاه ایفای نقـش مـی‌کنـد؛ نگـاه‌هـایی کـه بایـد ببیننـد، بـی‌آنکـه دیـده شـوند. رصدگاه‌هایی که بدین‌سان شکل گرفتند، بستر مناسبی برای انقیاد بشر و اسـتفاده از او فراهم کردند. موفقیت قدرت انضباطی، بی‌شک، ثمره کاربست ابزارهای ساده است: نگاه پایگان‌مند و مراقبتی.[3] الیاس نشان داد کـه چگونـه «فراینـد متمـدن شـدن» مسـتلزم اصلاح آداب غذا خوردن و مهار یا مخفی کردن عطسه یا بادگلو بوده اسـت و فوکـو هـم به‌روشنی آشکار ساخت که طرح زندان «همه‌سوبین» یا پانوپتیکنِ[4] بنتام چگونـه نـوعی

1. Kupchik, Aaron; and Torin Monahan, "Tthe New American School: Preparation for Post Industrial Dicipiline", British Journal of Sociology of Education, Vol. 27, No. 5, November 2006, pp. 617-618.
2. Mckinlay, Alan, "Managing Foucault: Genealogies of Management", Management & Organization History, Vol. 1, 2006, pp.90-91.
۳. فوکو، میشل، مراقبت و تنبیه (تولد زندان)، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهاندیده، چاپ چهارم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۲، ص. ۲۱۴.
۴. کلمه پانوپتیکن (Panopticon) از دو کلمه «همه» و «هنر دیدن» تشکیل شده است. در نظام بنتامیِ اداره زندان‌ها، زندان جایی است که رئیس در مرکز زندان در جایی پنهان قرار می‌گیرد و به نحوی دائمی تمام سلول‌هایی را که دایره‌وار در دور تا دور جایگاه وی قرار گرفته‌اند، می‌بیند. بنتام، که فوکو وی را پیش‌قراول یک جامعه پلیسی معرفی کرده، در خصوص طرح خود می‌گوید: «اگر انسان وسیله‌ای پیدا نماید تا بتواند به کمک آن از هر چیزی که برای تعدادی از آدم‌ها پیش می‌آید، باخبرشود ... از اعمال آن‌ها، از تمام اوضاع و احوال زندگی آن‌ها آگاه باشد، به‌نحوی‌که هیچ موردی از چشم او مخفی نماند و از هرگونه مخالفتی که ممکن است در سربپروراند، مطلع شود. چنین وسیله‌ای برای حکومت کردن بر آن‌ها بسیار مؤثر و سودمند خواهد بود.» ر.ک:

انضباط مدرن را به نمایش می‌گذارد. کارکرد انضباطی کیفرهای مدرن، که متأثر از صنعتی شدن بودند، دستاویزی شد برای صف‌آرایی مخالفان و سرانجام تولد جنبش مطالعات انتقادی حقوق[1] که روش آن به چالش کشیدن نظام کیفری لیبرال از ابعاد بیرونی و درونی است.[2]

از نظرگاه این جنبش، ثمرهٔ گسترش فن‌آوری‌ها و طراحی‌های محیطی ایجاد یک جامعه قفس‌گونه و تنبیهی بود که انسان به دست خود ساخته است.

۱-۲. تحول مجازات با ظهور نظام بازار آزاد

نزدیک به پایان سده شانزدهم مشخصه‌های جمعیت‌شناسی و اقتصادی چند کشور اروپایی تغییرات اساسی نمود و همین مسأله دگرگونی‌های عمیقی در شیوه‌های سیاسی آن‌ها و روش‌های به‌کاررفته در مجازات مجرمین ایجاد کرد. تجارت‌گرایی جدید، برخلاف دوره‌های پیشین، با عملکرد نیروی کار و هزینه‌های دستمزد بالا مشکلاتی در امنیت نیروی کار در سیستم تولید جدید پدید آورد. این وضعیت دولت‌ها را بر آن داشت تا با هدف گسترش دادن به صنعت و حمایت از تجارت، طیف وسیعی از سیاست‌ها، مانند تنظیم سطوح دستمزدها، ساعات کار و مهاجرت را به کار گیرند. به تعبیر برخی تاریخ‌نگاران، پیشینهٔ جرم‌انگاریِ تکدی‌گری نشان می‌دهد که قوانین علیه ولگردها و متکدیان در اروپای قرن شانزدهم بیشتر به منظور حمایت از منافع سرمایه‌دارانی که از کمبود نیروی کار ناشی از مرگ و میر فراوان و انواع بیماری‌های واگیر رنج می‌بردند، تصویب شدند. در اواخر این قرن، کمیِ نیروی کار به ناچار سبب تغییر عقیده در برخورد با گدایان شد، زیرا کمبود نیرو را با تکدی‌گری، تنبلی و گدایی مرتبط می‌دانستند.[3] پیش از انقلاب صنعتی بینوایان جز موارد استثنایی در کلبه محقر خود می‌ماندند، تبهکاران را جریمه کرده یا تازیانه می‌زدند و یا به جای دیگر تبعید می‌کردند. دیوانگان نزد خانواده‌هایشان نگهداری می‌شدند. نظام صنعتی این وضعیت را دگرگون کرد. اوایل قرن نوزدهم در واقع عصر«زندان‌های بزرگ» است. زیرا تبهکاران از اطراف جمع‌آوری و زندانی شدند، بیماران روانی در تیمارستان‌ها و کودکان نیز در

← - مالوری، فیلیپ، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، چاپ دوم، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۸۸، ص. ۲۳۴.

1. Critical Legal Studies (CLS)

۲. این جنبش با نقد فرایند شکل‌گیری انضباط مدرن، که مولود تکنولوژی بود، رویکرد ساختارشکنانه‌ای را برای معرفی دیدگاه‌های خود اتخاذ کرد. برای آشنایی بیشتر در این رابطه، ر. ک:

- جعفری، مجتبی، جامعه‌شناسی حقوق کیفری، رویکرد انتقادی به حقوق کیفری، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، صص. ۱۴۳-۱۴۱.

3. Rusche and Kirchheimer, op.cit., pp. 31-41.

مدارس متمرکز شدند؛ درست همان‌گونه که کـارگران را در کارخانـه‌هـا تجمیـع کـرده بودند.[1] ظاهراً این نگرانی‌های اقتصادی، و نه دغدغه‌های بشردوستانه، بود که بـه ظهـور مجازات‌های جدید در این دوران دامن زد. به باور برخی، بـین شـرایط مـادی و مسـائل مختلف اقتصادی جامعه و پیدایش کیفرهای گوناگون رابطه مستقیم برقرار است. وجـود بازار علت واکنش سرکوب‌کننده است. اگر کار وجود نداشته باشد، دستمزد ناچیز باعـث ناراحتی و افسردگی می‌شود و بـالطبع واکـنش کیفـری اثـر تنبیهـی خـود را از دسـت می‌دهد.[2] پیش از آنکه اصول اقتصاد کلاسیک به صورت قوانین ثابت تعمیم پیـدا کنـد، در انگلستان قرن‌ها محاکم مخصوص برحسب مقرراتـی کـه دولـت‌هـای محلـی و ملـی سوداگر برای کار وضع کرده بودند، دستمزد کارگران و حداقل آن را تعیین مـی‌کردنـد، لیکن با توسعه صنعتی در کشور و احتیاج به کارگر کم‌مزد همه ایـن مقـررات یـک‌بـاره دگرگون شد و شیوه تعیین دسـتمزد از سـوی دادگـاه‌هـا رسـماً در سـال ۱۷۶۲ ملغـی گردید و از آن به بعد، انگیزه‌های اقتصادی بـازار سرنوشـت مـزد کـارگران را بـه دسـت گرفت. مدت‌ها قبل در انگلستان دولت الیزابت چون سختگیری‌های شهرداری را در امـر اشتغال و دادوستد مانع رشد و پیشرفت تجـاری و صـنعت می‌دانست، مقـررات ملـی را به جای مقررات ناحیه‌ای معمول نمود. بر طبق قانون کارآموزی سـال ۱۵۶۳، مجموعـه قوانین پیچیده‌ای جهت نظارت دولت بر اقتصاد و کار تدوین شـد کـه تـا ۱۸۱۵ پابرجـا بود. این قوانین که به منظور جلوگـیری از تنبـلی و بـیکاری بـود، مقـرر مـی‌داشـتند: «هرجوان قوی‌بنیه باید هفت سال شاگردی نماید، زیرا تـا انسـان بـه سـن بیسـت‌وسـه سالگی نرسیده باشد، غالباً و نه همیشه خام و فاقد تجربه است. حتی این قـوانین مقـرر می‌داشتند که هر جوانی که به سن سی سـالگی برسـد و بـه میـل خـود بیکـار باشـد و سالانه ۴۰ شیلینگ عایدی نداشته باشد، طبق دستور اولیاء امور مجبور بود کـه بـه کـار بپردازد و کافرمایانی که بدون دلیل کارگران را جواب می‌کردنـد، ۴۰ شـیلینگ جریمـه می‌شدند. کارگرانی که بی‌جهت کار را ترک می‌کردند، به زندان می‌افتادنـد و هـر گونـه اعتصابی ممنوع بود و اعتصاب‌کنندگان زندانی یا جریمه می‌شدند.»[3]

با وقوع انقلاب صنعتی، قوانین سخت‌گیرانـه ایـن بـار بـه نفـع حفـظ و نگهـداری دستاوردهای انقلاب صنعتی ایجاد شدند. مهاجرت پیشه‌وران و صنعت‌گران به خـارج از

۱. تافلر، آلوین، جابه‌جایی در قدرت: دانایی و ثروت و خشونت در آستانه قرن بیست‌ویکم، ترجمه شهیندخت خوارزمی، چاپ نهم، تهران، نشر علم، ۱۳۸۴، ص. ۷۴.

۲. آشوری و میرزایی، پیشین، ص. ۲۶.

۳. دورانت، ویل، تاریخ تمدن: آغاز عصر خرد، جلد هفتم، ترجمه اسماعیل دولتشاهی، چاپ سیزدهم، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۷، ص. ۵۴.

کشور قدغن و بعضاً با کیفر مرگ و زندان همراه بود. مالکیت خصوصی به صورت یک قاعده انحصاری درآمده و طبقات پایین اجتماع، کشاورزان و کارگران آموختند که قانون‌شکنی‌های سابق را به نفع سرمایه‌داری نوین کنار بگذارند.[1] یک رشته قوانین و مقررات با هدف جلوگیری از پخش دانش فنی انگلیسی و افتادن آن به دست رقبا در اروپای قاره‌ای و آمریکا وضع گردید.[2] قوانین این کشور در این زمینه تا آنجا پیش‌روی کرد که صنعتگرانی که این دوره‌ها را سپری نمی‌کردند، از بسیاری حقوق اجتماعی مانند حق مراجعه به دادگاه محروم شده و از انجام یک سری اعمال تجاری هم ممنوع بودند.[3] در این سال‌ها، نخست‌وزیر انگلستان به منظور جلوگیری از تبلیغ و ترویج سیاسی در میان کارگران صنعتی یک رشته قوانین سرکوب‌گرانه را از تصویب پارلمان گذراند. به موجب این قوانین، هرگونه تجمع و اتحادیه کارگری برای زیر فشار گذاشتن کارفرما و کوتاه کردن ساعت‌های کار یا افزایش دستمزد ممنوع و متخلفان، مجرم اعلام شد. این قوانین تا ۱۸۲۴ باقی ماند. ترس از رقابت خارجی در انگلستان با پایان سال ۱۸۱۵ کاهش یافت، زیرا نه تنها کمبود کارگر ماهر مطرح نبود، بلکه مازاد این نیرو هم احساس می‌شد و قانون‌گذاران نیز نگران خطر این جمعیت اضافی کارگران بودند و لذا قوانین ممنوعیت مهاجرت کارگران و حتی صادرات ماشین‌آلات لغو شد.

روشه و کرچهایمر در «کتاب مجازات و ساختار اجتماعی» به سه شکل جدید مجازات معرفی شده در آغاز عصر صنعتی شدن اشاره دارند که عبارتند از: پاروزنی در کشتی، تبعید و حبس با اعمال شاقه. کیفر پاروزنی بر روی کشتی‌ها در فرانسه در سال ۱۵۶۴ آغاز شد و محکومان برای پاروزنی در نیروی دریایی پادشاهی فرستاده می‌شدند، زیرا این نیرو احتیاج بیشتری به کارگر برای گسترش ناوگان خود داشت. این کیفر در فرانسه، اسپانیا و ایتالیا از اواخر قرن پانزدهم تا قرن هجدهم به عنوان مجازاتی برای مجرمین خطرناک و ولگردان و متکدیان به کاربرده می‌شد.[4] کشورهای دریانورد چون در استخدام مردان آزاد برای کار مشکل داشتند کیفر پاروزنی را ابداع نمودند. معرفی و تنظیم کیفر پاروزنی و کیفرهای دیگر که در این دوران شکل گرفتند، صرفاً جهت به دست آوردن نیروی کار لازم و ارزان و حتی رایگان بوده است. روند دگرگونی‌های

1. Norrie, Alan Wiliam, Crime, Reaserch and History: A Critical Introduction To Criminal Law, 2nd ed, London, Cambridge University Press, 2006, pp. 20-21.

۲. اشتن، تی. اس، انقلاب صنعتی، ترجمه احمد تدین، چاپ اول، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵، ص. ۱۲۹.

3. Mokyr, Joel, "Institution and Begining of Economic Growth in Eighteenth Centry Britain", 2008, pp. 13-14, available at: http:// growthbook4.ec.unipi.it/chapter1-mokyer.pdf.

۴. مارتینژ، رنه، تاریخ حقوق کیفری اروپا، ترجمه حمیدرضا گودرزی بروجردی، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص. ۹۵.

صنعتی در سده‌های شانزدهم و هفدهم سبب شد تا مجازات‌های بدنی شدید مانند شلاق، داغ کردن و اعدام جای خود را به کیفرهایی مانند کار سخت و مولد، به ویژه کارهایی که افراد از انجام دادن آن‌ها سرباز می‌زدند، بدهد.[1]

بدین‌سان، ظهور قالب‌های جدید مجازات، که تکیه کمتری بر خشونت دارند، تحت‌تأثیر فعل و انفعالات بازار کار قرار می‌گیرد. کمبود نیروی کار موجب شد تا مقامات و نهادهای دولتی سازوکارهایی ایجاد کنند که از نیروی کار مجرمان بهره بیشتری بگیرند.[2] البته برخی با دیدگاه مزبور موافق نبوده و بر این باورند که تحقیق در مورد پیشینهٔ بعضی مجازات‌ها چیز دیگری را اثبات می‌کند. برای نمونه، «تبعید به مستعمرات در بریتانیا نشان می‌دهد که دست‌کم در تبعید به استرالیا این سیستم مجازات پاسخی به بحرانِ کیفرشناختی در این سرزمین (انگلستان) بود، نه برای مزایای اقتصادی در خارج؛ حتی هزینه‌های نقل و انتقال، نگهبانی و حفظ محکومین بار سنگینی بر عهده دولت گذاشته بود که توجیه اقتصادی نداشت. تاریخ‌نگارانِ کانون اصلاح و تربیت چنین بحث می‌کنند که گرچه انگیزه‌های تجاری ممکن است در بنیان‌گذاری این نهادها نقش داشته باشند، اما در واقع تعداد کمی از آن‌ها مزایا و منافع مالی دربرداشته‌اند. این مؤسسات توسط اشخاص خیّر احداث و با هزینه‌های گزافی اداره می‌شدند که فقط تا حد کمی با فروش کار زندانیان جبران می‌شد. در رابطه با زندان‌های اوایل قرن نوزدهم هم داستان تقریباً همین است.

ساختن ندامتگاه‌ها و زندان‌ها اغلب با هزینه‌های عظیمی همراه بود. گرچه نیروی کار زندانیان همیشه به عنوان بخشی از این رژیم تصور می‌شد، اما قابلیت سوددهی آن اغلب تابع ملاحظات دیگری چون بازدارندگی یا اصلاح بود...»[3] با این‌حال، نمی‌توان ادعای مزبوررا نادیده گرفته و تحولات حاکم بر مجازات‌ها را صرفاً در پرتو ملاحظات نظام سرمایه‌داری و صنعتی شدن توجیه کرد.

ورود به عصر روشنگری و آغاز نهضت توجیه و تبیین فلسفی مجازات و ظهور مکتب‌های حقوق کیفری و بیش از همه درخش اصلاح‌طلبان و متفکرانی همچون سزار بکاریای ایتالیایی و جان هوارد انگلیسی تأثیر زیادی بر قاعده‌مندی و عقلانی کردن نظام حاکم بر جرایم و مجازات‌ها گذاشت.[4]

۱. یان، مارشال، «جامعه‌شناسی‌مجازات»، ترجمه محمدعلی کریمی، فصلنامه دانش انتظامی، شماره ۲۴، ۱۳۸۴، ص. ۲۰۷.

2. Vaughan, Barry, "The Civilization Process and the Janus of Modern Punishment", Theoretical Criminology, Vol. 4, 2000, p. 72.

3. Garland, op. cit., pp. 106-107.

۴. برای آشنایی به تحولات تاریخی مجازات‌ها از منظر تاریخ اندیشه و نیز تأثیر این اندیشه ها بر تعدیل کیفرها، ر.ک:

۲. تأثیر صنعت بر پیدایش، زوال و شیوه اجرای مجازات‌ها

تاریخ گویای آن است که نظام نوپای صنعتی در آغاز بدون مدد گرفتن از ابزار کیفر نمی‌توانست جان بگیرد. از این رو، سیاست دولت‌های تازه بر استفاده از نظام کیفری برای استحکام و رشد صنعت قابل توجیه بود. آنچه جامعه صنعتی با قدرت صنعتی‌اش به آن نیاز داشت، نظام کیفری مقتدری بود که می‌توانست ترس را بر درون قلب‌های گرسنگان نشانده و فکر ارتکاب جرم را ذهن آنان بزداید و چنین کارکردی در طیفی از کیفرها نهفته بود. البته کیفر تنها برای نظام بخشیدن به جامعه صنعتی نبود، بلکه برخی گونه‌های کیفر که در این نظام متولد و به کار گرفته شدند به پیروی از نظام سرمایه‌داری جنبه سودآوری نیز پیدا کرده و هدف نهایی آن‌ها، کسب سود بوده است. با نگاهی گذرا به برخی ضمانت‌اجراهای کیفری، به ویژه جزای نقدی، می‌توان آشکارا نقش و جایگاه پول را در صنعتِ مجازات دنبال کرد.در ادامه، به بررسی برخی از کیفرهایی که حیات و مماتشان به شدّت تحت‌تأثیر تفکر صنعتی شدن بوده، پرداخته می‌شود.

۲-۱. کار اجباری مجرمان و زندانیان

هرچند کار اجباری امروزه به عنوان یک جرم مورد توجه اسناد بین‌المللی[1] قرار گرفته، امّا به کارگماردن مجرمین و زندانیان از قدیم‌الایام به منظور تنبیه، مجازات و یا شکنجه متهمان مرسوم بوده است. چنین اعمالی به معنی امروزی کار نبود و از زندانی مانند یک ابزار استفاده می‌شد. بسیاری از بناهای عظیم در سراسر جهان حاصل چنین رفتارهای غیرانسانی با زندانیان است. بعدها تحت تأثیر افکار مذهبی و پیشرفت‌های علمی و صنعتی به تدریج جنبه تنبیهی کار تعدیل شد و به وسیله ای برای اصلاح و تربیت و کسب سود تبدیل گردید.[2] با آغاز دوره مدرن اروپایی، برنامه‌های کار و صنعت در زندان شکل منظم و منسجم‌تری گرفت و کم‌کاری و بی‌نظمی ممنوع شد. التزام به کار، زندان‌ها را از گداخانه‌ها، دارالمساکین، آسایشگاه‌های روانی، شفاخانه‌ها و

← - پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی‌حسین نجفی ابراندآبادی، چاپ ششم، تهران، انتشارات سمت،۱۳۹۱؛ بولک، برنار، کیفرشناسی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۱.

۱. کنفرانس عمومی سازمان بین‌المللی کار در چهلمین اجلاس خود که در تاریخ ژوئن ۱۹۵۷ در ژنو منعقد گردید، مقاوله‌نامه‌ای را با عنوان «مقاوله‌نامه شماره ۱۰۵ در خصوص منع کار اجباری» به تصویب رسانید. دولت ایران نیز براساس قانون «اجازه الحاق دولت ایران به مقاوله‌نامه بین‌المللی منع کار اجباری مصوب ۱۳۳۷/۸/۱۰» این مقاوله‌نامه را امضاء نمود. ماده یک این مقاوله‌نامه ضمن موظف نمودن کلیه دولت‌ها به جلوگیری از کار اجباری، صورت‌های کار اجباری را توضیح داده است.

۲. صفاری، علی، کیفرشناسی (تحولات، مبانی و اجرای کیفر)، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، صص. ۱۷۶-۱۷۵.

کارگاه‌های کوچک و بزرگ صنعتی متمایز می‌کرد. بی‌گمان،یکی از دلایل عمده گسترش این مجازات پیشرفت‌های اقتصادی و صنعتی ناشی از کار زندانیان بود.

کار اجباری، همراه با استفاده از نیروی بدنی زندانیان و بدون پرداخت هزینه و دستمزد، از همان روزهای آغازین سدهٔ شانزدهم در کشورهای اروپایی و به‌ویژه شمال اروپا گسترش یافت و جایگزین کیفرهایی چون داغ زدن گردید. سابقه این کیفر حتی نسبت به زندان بیشتر بود، لذا تعجبی ندارد که زندان تا حدّ معینی پس از اردوگاه‌های کار اجباری به ظهور رسید.[1] شگفت آنکه زندانیان از کار گروهی اجباری استقبال می‌کردند، زیرا فرصتی را برای دیدن و شنیدن آنچه بیرون از زندان روی می‌داد برای آن‌ها فراهم می‌کرد. کارکردن برای خدمات عمومی شکلی از کار صنعتی بود که به جای مجازات‌های جنایی برقرار شده بود، اما کم از آن نداشت. این مجازات شامل سخت‌ترین و کشنده‌ترین کارها بود. کندن زمین، آوردن سنگ‌های بزرگ، ایجاد تونل‌های عمیق و خطرناک، کار در معادن ناامن، پل‌سازی روی رودهای خروشان، پاک‌کردن کوچه‌ها و شوارع از زباله‌های متعفن نمونه‌هایی از کارهای اجباری بودند. این کیفر تقریباً همزمان در لندن (۱۵۵۵)، آمستردام (۱۶۹۶)، کپنهاگ (۱۶۰۵)، آلمان (۱۶۱۳)، مادرید (۱۶۲۲) و استکهلم (۱۶۲۴) رواج یافت.

در ابتدای پیدایش این کیفر، یکی از دلایل روی‌آوردن به آن، جبران نیروی کار در اثر کاهش جمعیت بود که کشورهای اروپایی و به‌ویژه انگلستان با آن مواجه بودند. جمعیت این کشورها در اثر جنگ و طاعون و امثالهم در طی سده‌های گذشته کاهش یافته بود. کاهش جمعیت و به تبع آن کاهش نیروی کارگر به کسانی که امر تولید را در دست داشتند، لطمه بزرگی وارد آورد. در این شرایط، کارگران قدرت چانه‌زنی فراوانی پیدا کردند. دولت نیز در زمینه افزایش جمعیت اقدامات فراوانی انجام داد. از جمله به مادران ازدواج‌نکرده حق مطالبه غرامت از پدر بچه و حتی هزینه آبستنی را اعطا نمود. کلیسا و دولت با هدف جلوگیری از انجام نوزادکشی از اِعمال مجازات زنا علیه مادران ازدواج‌نکرده ممنوع شدند. سوگواری یک‌ساله زنان بیوه ممنوع شد.کاهش نیروی کار در این شرایط به حدی بود که دولت انگلستان ارتش را با نیروی مجرمان تقویت کرد و قضات با همکاری زندانبانان، مجرمینی را که بنیه قوی‌تری داشتند برای خدمت در نظام به سربازخانه‌ها گسیل می‌کردند و اگر این مجرمین در طول خدمت مرتکب جرم یا بدرفتاری می‌شدند، برخورد خاص و ملایم‌تری با آن‌ها داشتند؛ تا حدی

1. Pete, Stephen, "Falling on Stony Ground: Importing the Penal Practices of Europe into the Prisons of Colonial Natal", Fundamina, vol. 13, no. 2, 2007, p. 109.

که اعدام نمودن چنین مجرمانی ناعادلانه و غیرعقلایی دانسته می‌شد. مهاجرت و کوچ کارگران شدیداً ممنوع و با مجازات مرگ و زندان همراه بود.[1] بر همین اساس بود که در سال ۱۸۴۸ زندان‌های کار اجباری به تدریج پدیدار شدند. در پورتلند، زندانیان سنگ استخراج می‌کردند، جاده‌ها و ریل‌های قطار برای نیروی ارتش مرمت کرده و در کارخانه‌های صنعتی مشغول به کار بودند. بسیاری از کیفرهای نوین با هدف کمک به چرخه توسعه صنعتی پدیدار شدند و در ایجاد بسیاری از مظاهر تمدن جدید از نیروی کار محکومان استفاده فراوانی به عمل آمد. پروژه بزرگی چون کانال سفید (بین اقیانوس منجمد شمالی و دریای بالتیک) با نیروی کار محکومان به اعمال شاقه عملی شد.[2]

گسترش زندان‌های خصوصی نیز که خود در حال تبدیل به یک تجارت پُرسود بود، سبب می‌شد تا صاحبان آن برای افزایش سود، افزون بر به‌کارگیری نیروهای غیرمتخصص و ارزان‌قیمت، توجه ویژه‌ای به ورود زندانیان تحت کنترل به کارهای صنعتی داشته باشند. هرچند امروزه در جامعه سرمایه‌داری کار اجباری منسوخ شده، اما کار در زندان همچنان جریان داشته و بالغ بر نیم میلیون نفر در زندان‌های آمریکا مشغول کارند؛ یعنی بیش از بسیاری از صنایع بزرگ و سودآور موجود در جامعه آمریکا. کمبود دائمی نیروی کار در ایالات متحده، از گذشته تا امروز، به ندامتگاه‌ها این امکان را می‌داد که همانند یک واحد اقتصادی به گونه‌ای عمل نمایند که در جای دیگر ممکن نبود. زندانیان در این ایالات به کار گرفته می‌شدند و در قسمت‌هایی از این کشور زندان‌ها به کارخانه‌هایی برای تولید کالاهای سودآور تبدیل شدند.

از اوایل قرن نوزدهم با افزایش سود در زندان‌ها، صنایع زندان در آمریکا توسعه یافت. بزرگ‌ترین تغییر در فاصله میان جنگ اول و دوم، کاهش سریع زندانیان استخدام‌شده در صنایع زندان بود. مخالفت با کار زندانیان به دلیل رقابت غیرعادلانه ای بود که میان زندانیان و کارگران آزاد وجود داشت. در سال ۱۹۲۹، آمریکا کنگره قانون هاوس-کوپر[3] را تصویب نمود که به ایالت‌ها اجازه می‌داد تا فروش کالاهای ساخته‌شده در زندان ایالت دیگر را در محدوده خود ممنوع نماید. قانون اشورت سامرز[4] در سال ۱۹۳۵ با ممنوع نمودن شرکت‌های حمل‌ونقل از قبول نمودن محصولات ساخت زندان برای فروش در سایر ایالات و الزامی نمودن برچسب برای تمامی محصولات زندان، قانون پیشین را مستحکم‌تر کرد.[5] مرگ صنایع زندان در آمریکا، در خلال سال‌های

1. Rusche and Kirchheimer, op. cit., pp. 29-32.

۲. نویمار، آنتوان، دیکتاتورها بیمارند، ترجمه علیرضا میناگر، چاپ اول، تهران، انتشارات ارجمند، ۱۳۸۵، ص. ۴۳۸.

3. Howes-Cooper Act

4. Ashurt Summers Act

۵. روت، میچل، تاریخ عدالت کیفری، ترجمه ساناز الستی، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷، صص. ۱۵۷-۱۵۶.

۱۹۲۹ تا ۱۹۳۳، دقیقاً بدان خاطر بود که قانون‌گذاران ایالتی در قبال بیکاری کارگران آزاد واکنش نشان دادند. بیست‌ونه ایالت قوانینی تصویب نمودند که فروش محصولات زندان را به استفاده دولتی محدود می‌نمود. کارکرد تصویب این قوانین حذف «صنایع زندان» و انتقال آن به عملکردهای گذشته آن یعنی تنبیه در زندان بود.[۱] به همین دلیل می‌توان گفت که یکی از علل برگشت به سیاست‌های تنبیهی، مخالفت با تولید محصولات زندان در نظام سرمایه‌داری بود که پیامد قهری آن سکوت، خاموشی و غم‌زدگیِ فضای زندان است. همین نظام که روزی زندان را به مثابه ابزاری در خدمت اهداف سرمایه‌داری می‌دید، در تحولات خود مانع فعالیت زندان‌های کارخانه‌گون شد.

در انگلستان نیز کمیته گلدستون پیشنهاد نمود که کارهای بی‌فایده مانند چرخ‌های هندلی و رکابی باید لغو شده و اصل کار در مؤسسات که مدت زیادی در واحد مرکزی اعمال می‌شد، باید در زندان‌های محلی گسترش پیدا نماید. استدلال کمیته آن بود که در شرایط مناسب، مؤسسه‌های کار صنعتی که به دور از انزوا هستند، بهداشتی‌تر بوده و وظیفه ایجاد کار صنعتی در زندان را راحت‌تر می‌نمایند.[۲] در پی این گزارش، قانون زندان ۱۸۰۸ به طور عمده با تغییراتی در ماهیت کار زندان همراه شد.

شگفت آنکه با پیشرفت‌های تکنولوژیک در ساخت و طراحی کشتی‌های دریانوردی در اوائل قرن هجدهم، مجازات‌هایی مانند پاروزنی متروک شده و جای آن را کار اجباری گرفت.[۳] همین رویه در مورد سایر کیفرها نیز دیده می‌شود. با طلوع قرن بیستم مجازات‌های مندرج در قوانین اروپایی و تا حدودی هم آمریکا تأثیر مستقیم‌شان را، بر اینکه همانند یک واحد اقتصادی عمل نمایند، به علت پیشرفت‌های تکنولوژی و رقابت‌های بازار آزاد از دست دادند.

۲-۲. تبعید (انتقال محکومان به مستعمرات)

کیفر تبعید مدت‌ها پیش، قبل از صنعتی شدن، در تمام دنیا به عنوان کیفری رایج شناخته شده بود. در رم باستان، این کیفر فقط برای مخالفان سیاسی که اغلب از طبقه اشراف و قدرتمندان بودند، اعمال می‌شد. این رسم تا قرون وسطی خاص همین طبقه بود، ولی دادگاه‌های تفتیش عقاید و بعضی دادگاه‌های دیگر این حکم را درباره

۱. همان، ص. ۱۵۷.

۲. ادواردز، امی؛ و ریچارد هرلی، «تحولات زندان‌های انگلستان در دو سده اخیر»، ترجمه حمید بهره‌مند در: تازه‌های علوم جنائی (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۸۹۵.

۳. موریس، نورال؛ و دیوید روتمن، سرگذشت زندان: روش مجازات در جامعه غرب، ترجمه پرتو اشراق، تهران، انتشارات ناهید، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۵.

هرکسی از هر طبقه که بنای مخالفت می‌گذاشت، صادر می‌کردند. در آغاز عصر نوین اروپا، نفی‌بلد به شکل حاشیه‌نشینی درباره شهروندان اجرا می‌شد و محکومان صرفاً به خارج از دروازه‌های شهر رانده می‌شدند. در هلند مجازات جرایمی مانند زنا، چندهمسری و اختیار همسرموقت، پنجاه سال تبعید بود، هرچند به ندرت انجام می‌شد. البته این کیفر با آنچه بعدها به نام تبعید به مستعمرات ابداع گردید، از این جهت متفاوت بود که در گذشته پشتوانه فکری این کیفر اهداف اقتصادی نبود و صرفاً به عنوان راه‌حلی برای خلاصی از شر محکومان در نظر گرفته می‌شد.

کیفر تبعید یا انتقال محکومان به مناطق مستعمره برای آبادانی و بهره‌گیری از نیروی کار آن‌ها تأسیس جدیدی بود که در پرتو صنعتی شدن به بار نشست و لاجرم انگیزه‌های اقتصادی نقش مؤثری در پیدایش آن داشت. انتقال محکومان و یا تبعید به مستعمره‌ها در سال ۱۶۱۵ توسط «جیمزاول» به عنوان راهی برای نجات انگلستان از شر گروه‌های محکومان و گدایان سمج ارائه شد.البته وی این کیفر را ابتدا به عنوان مجازات مخصوص درباریان برقرار نمود. در اعلامیه جیمز اول درباره کیفر تبعید آمده بود که محکومان باید بدون چون‌وچرا خدمات شایان و سودمندی را به کشور انجام دهند. یکی از این خدمات، کاراجباری یا بیگاری در مستعمرات دوردست و بد آب‌وهوای انگلستان بود. این گروه از بزهکاران برای اینکه آزاد و رها باشند به مکان‌های ناشناخته فرستاده نشدند بلکه برای انجام خدمات پُرمنفعت اعزام شدند. بین سال‌های ۱۷۷۶ -۱۷۱۸ نزدیک به سی‌هزار محکوم بریتانیایی که به مستعمرات آمریکایی تبعید شدند، برای کاشتن درختان در مریلند و ویرجینیا به کار گرفته شدند. در جریان سده‌های شانزدهم و هفدهم میلادی زمین‌های بسیاری در مستعمره‌ها وجود داشتند که نیاز به کار بر روی آن‌ها بود؛ به همین خاطر از کیفر بارکشی و حمالی برای توسعه این نواحی استفاده می‌شد.[۱]

بنابراین، ایجاد و گسترش مجازات تبعید از یک تفکر و الگوی اقتصادی تبعیت می‌کرد و با ملاحظات فایده‌گرایانه توجیه می‌شد. زیرا، «از قرن شانزدهم میلادی تا اواسط قرن نوزدهم دسترسی به منطقه‌های بزرگی از زمین‌های دست‌نخورده در مستعمرات همراه با نیاز شدید به محصولات کشاورزی، کمبود نیروی کار را به وجود آورد و تبعید محکومین به مستعمرات یک پاسخ آشکار به آن محسوب می‌شد.»[۲] بدین‌سان، هرچند مجازات تبعید ظاهراً جایگزینی برای داغ زدن بر محکومان، به دار آویختن، قطع عضو و اعدام بوده و از این‌رو، نقطه عطفی در عملکرد عدالت کیفری

۱. یان، پیشین، ص. ۲۰۸.

2. Rusche and Kirchheimer, op. cit., p. 62.

محسوب می‌شد، اما هدف اصلی آن تأمین نیروی کار مورد نیاز برای مستعمرات در حال توسعه بود. نیاز به نیروی کار در این مستعمره‌ها جرم جدیدی را هم خلق نمود که آدم‌ربایی و بچه‌دزدی به قصد فروش و برده نمودن در مستعمرات بود. همین نیاز باعث روی‌آوردن انگلیسی‌ها در ایالات متحده به بردگان سیاه‌پوست و آغاز برده‌داری در آمریکا شد. اما طرفدارانِ مجازات تبعید در آن زمان، تبعید را فرصتی برای اصلاح مجرمین از طریق کار و سکونت در شرایط سخت مستعمرات می‌دانستند.

برخی به چنین انگیزه بشردوستان‌های مشکوک بوده و قدرت بدنی مجرمان، و نه قابلیت اصلاح‌پذیری آن‌ها، را تنها دلیل توجیه‌کنندهٔ این مجازات می‌دانستند؛ مخالفت مستعمره‌نشین‌های آمریکایی با این مجازات از سر دلسوزی یا احساسات انسان‌دوستانه نبوده، بلکه گسترش تجارت بردگان سیاه‌پوست از آفریقا، که نیروی کار ارزان‌تری را در اختیار آن‌ها قرار می‌داد، باعث مخالفت آشکار با این مجازات شد. حتی بعدها نیز لغو برده‌داری بیشتر در سایهٔ پیشرفت‌های صنعتی و تکنولوژیک صورت گرفت؛ وگرنه تا زمانی که ابزاری برای انسان ارزان‌تر از حیوانات و برده‌ها وجود نمی‌داشت، برده‌داری هم ادامه پیدا می‌کرد.[1]

با این‌حال، نمی‌توان ادعای مزبور را تمام و کمال پذیرفت و نقشِ آزادی‌خواهان و اصلاح‌طلبانی را که از همان آغاز پیدایش تبعید بنای مخالفت با آن گذاشتند، در لغو این مجازات نادیده گرفت. رونه برونژه، یکی از اصلاح‌طلبان مشهور، کیفر تبعید را «گیوتین بدون خون» نامید، زیرا چیزی که در اصل فراموش شده بود، رفتار انسانی با محکومان تبعیدی بود. بنتام نیز از مخالفین سرسخت این کیفر بود و آن را تاوان مضاعف برای ارتکاب جرم می‌دانست.[2] سرانجام انقلاب امریکا و جنگ استقلال در دهه ۱۷۷۰ به این مجازات پایان داد و زندان، که به موازات تبعید به مستعمرات ایجاد شده بود، جایگزین تبعید شد. لغو تبعید در انگلستان هم توجیه اقتصادی و هم توجیه سیاسی داشت، زیرا مقامات دولت و وزارت اقتصاد و بانک مرکزی به این نتیجه رسیده بودند که کار تبعید محکومان بی‌آنکه درآمدی داشته باشد، هزینه‌های کمرشکنی بر دولت تحمیل می‌کند و خزانه‌داری انگلستان دیگر قادر به پرداخت این نوع مخارج نیست.

از حیث سیاسی نیز پیوستن محکومان در مستعمره آمریکا به نیروهای مبارز و مخالف استعمار یکی از دلایل لغو این کیفر بود.[3]

۱. هاینبرگ، ریچارد، «فناوری در خدمت انسان یا انسان در خدمت فناوری»، مجله سیاحت غرب، شماره ۸۹، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۲.
۲. موریس و روتمن، پیشین، صص. ۴۶۸-۴۶۷.
۳. همان، صص. ۲۴۸-۲۴۶.

۲-۳. کیفرهای مالی

کیفرهای مالی که در قالب جریمه نقدی، ضبط و مصادره اموال از روزگاران دور در نظام‌های کیفری دنیا وجود داشته، در دوران پس از صنعتی شدن (و به‌ویژه در دوران معاصر) به یکی از کیفرهای مهم تبدیل شدند. یکی از دلایل مهم گرایش به این نوع کیفرها در نظام‌های مدرن، تأثیر دیدگاه‌های اقتصادی در زمینه کاهش میزان هزینه‌های نظام عدالت کیفری بوده که بار دیگر ارتباط میان اقتصاد سیاسی و حقوق کیفری را به نحو آشکاری نشان می‌دهد. پول نقش مهمی در این میان ایفا می‌کند. بی‌گمان، یکی از علل عمدهٔ گرایش نظام کیفری به مجازاتی چون جزای نقدی به ماهیت و نقش پول در جوامع مدرن بازمی‌گردد.

آنتونی گیدنز پول را یکی از نشانه‌های نمادین جوامع مدرن می‌داند. منظور وی از نشانه‌های نمادین، ابزارهای تبادلی است که بدون توجه به ویژگی‌های افراد یا گروه‌هایِ استفاده‌کننده می‌تواند آنان را به گردش درآورد. پول از این نشانه‌های نمادین است، زیرا هرکس که نشانه‌های پول را به کار می‌برد، فرض می‌کند که دیگران، که او شاید هرگز ملاقات‌شان نکند، ارزش این نشانه را به رسمیت می‌شناسند. قبل از رواج پول، به مفهوم مدرن آن در اروپا، کیفر جزای نقدی از جمله کیفرهایی بود که تنها ثروتمندان از پس آن برمی‌آمدند و چندان شایع نبود، اما بعد از انقلاب صنعتی این مجازات نفوذ و قدرت بیشتری پیدا کرده و بسیاری کیفرهای بدنی در پرتو رواج جزای نقدی از میان رفتند.

مهم‌ترین پیامد انقلاب صنعتی را شاید بتوان به نقش پول در اقتصاد اختصاص داد. در اثنای انقلاب صنعتی نخبگان جامعه از اتکای اولیه به قدرت سطح پائینی که خشونت ایجاد می‌کرد به قدرت سطح متوسطی که پول به دست می‌دهد تغییر موضع دادند. از پول هم برای تنبیه و هم برای تشویق استفاده می‌کردند، زیرا برای کسب قدرت، ابزاری روان‌تر و انعطاف‌پذیرتر است. به تعبیر آلوین تافلر، »برده‌دار یا ارباب فئودالی به‌سختی باور می‌کند و حتی متعجب می‌شود، وقتی می‌بیند که کارگران را کمتر کتک می‌زند و آن‌ها بیشتر تولید می‌نمایند. قدرت و قانون هر دو امروزه این استفاده آشکار از زور را در جهان نوین مهار کرده‌اند.»[1] البته تافلر توضیح می‌دهد که این کاهش خشونت در اقتصاد تنها از صدقه‌سر نیکوکاری مسیحی یا نوع‌دوستی نجبا به دست نیامده و خشونت اصلاً ناپدید نشده، بلکه با تبدیل شدن پول به برانگیزنده اصلی نیروی کار و ابزار اصلی کنترل اجتماعی در طول حیات سیصدساله صنعت، شکل

۱. تافلر، پیشین، ص. ۷۱.

و کارکرد خشونت تغییر یافته است. این بحث تافلر مشابه بحثی است که فوکـو دربـاره مجازات و تغییر شکل آن از مجازات‌های بدنی به حبس و مجـازات‌هـای اجتمـاعی دارد. پیدایش دولت ملی صنعتی همراه با انحصاری کردن سیستماتیک خشونت و تصـعید آن به شکل قانون و وابستگی شدید جمعیت به پول سبب شد تا جوامع صـنعتی بتواننـد از تعدیل خواسته‌های خود به جای زور از ثروت استفاده کنند.

نقش پول در جهش به دنیای مدرن به پیش‌تر باز می‌گـردد. گئـورک زیمـل، کـه فراگیرترین و پیچیده‌ترین شرح پیوندهای مدرنیت و پول را بدست داده اسـت، از میـان همه جنبه‌های مدرنیته، شیفته اهمیت نمادین پول و کالا شده بود. وی در ایـن زمینـه می‌نویسد: «اقتصاد پولی، مدام میان شخص و شیء خاص ارزش پولی را حائل مـی‌کنـد. ارزشی که کاملاً عینی و ذاتاً فاقد هرگونه کیفیت است. این اقتصاد با واسطه شدن میان شخص و دارایی، فاصله گرفتن از آن‌ها را از یکدیگر سرعت می‌بخشد و عناصـر شخصـی و محلی را که قبلاً به شدت به هم وابسته بودند، چنـان از یکـدیگر جـدا مـی‌کنـد کـه شخص بتواند درآمد حاصله از آفریقای جنوبی را در برلین دریافت نماید. این نوع دارایی از راه دور که ما امروزه بدیهی می‌انگاریم، از زمانی میسر شد کـه پـول، هـم بـه عنـوان عاملی پیونددهنده و هم به عنوان عاملی جداکننـده میـان مالـک و ملـک قـرار گرفـت. زمانی‌که در انگلیس از قرن سیزدهم به بعـد اجـازه داده شـد کـه دسـتمزد کـارگران و سربازان را با پول پرداخت کنند، گامی بزرگ به سـوی آزادی برداشـته شـد. همچنـین یکی از گام‌هایی که برای آزادی دهقانان برداشته شد، این بود که به آنان اجازه داد یا به واقع از آنان خواست که بیگاری موظف و تعهدات کالایی خود را به شـکل مالیـات پـول بپردازند. نشاندن مالیات پولی به جای ارائه خدمات، بلافاصله فرد را از سیطره بنـدگی و اسارت آزاد کرد. مالک دیگر حق استفاده از عمـل شخصـی و مسـتقیم فـرد را نداشـت، بلکه چشم به نتیجه غیرشخصی چنان عملی دوخته بود. با پرداخت پول، شـخص دیگـر خود را عرضه نمی‌کند، بلکه چیزی را می‌دهد که هـیچ رابطـه شخصـی بـا او نـدارد.»[1] برخی نیز نقش پول را در پدید آمدن رنسانس بیشتر از عوامل دیگر دانسـته و ایـن کـه پول سرچشمه همه تمدن‌هاست و این پول بانکداران، بازرگانان و حتی کلیسـا بـود کـه هزینه نسخه‌های خطی را تامین کرد و ادبیات کهن را احیاء نمود.[2]

برخلاف دوران معاصر که صرفاً جرایم خلافی و کم‌اهمیت با پرداخت پول مجازات می‌شوند، در برخی نظام‌های حقوقی قدیم مجازات ارتکـاب جنایـات سـهمگین جریمـهٔ

۱. زیمل، گئورگ، پول و فرهنگ مدرن، ترجمه یوسف اباذری، فصلنامه ارغنون، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۳، ص. ۳۳۰.
۲. پیمان، حسین، آیینه: اقتصاد و مدیریت در آیینه تاریخ مکتوب ایران، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات وثقی، ۱۳۷۹، ص. ۱۵۲.

نقدی بود. علت چنین تفکری را منتسکیو در اثر مشهور روح‌القوانین توضیح می‌دهد. وی می‌نویسد: «اجداد ما فقط جزای نقدی را مقرر می‌داشتند، زیرا این مردمان آزادمنش و سلحشور این‌طور فکر می‌کردند که خون‌شان غیر از موقع جنگ نباید ریخته شود، مگر وقتی‌که سلاح در دست دارند.»[1] از قرن هفدهم به بعد مردمان می‌توانستند مکافات معصیت دینی را با پول پرداخت نمایند، در حالی‌که نظام‌های حقوقی مدرن جرایم مالی را به خطاهای نسبتاً کم‌اهمیت محدود کرده‌اند. این امر نشان‌دهنده بی‌اهمیت شدن پول نیست، بلکه برعکس کاملاً ناشی از گسترش یافتن آن است. اگر در جوامع بدوی برای تاوان قتلِ نفس پول پرداخت می‌کردند، این امر به دو دلیل بود؛ یکی آنکه فرد و ارزش فردی هنوز شناخته نشده بود و هنوز مانند ایام بعد احساس نمی‌شد که انسان موجودی بی‌مثال و جانشین‌ناپذیر است.

دوم آن که پول هنوز آنقدرها بی‌رنگ نشده بود که بر هر نوع معنای کیفی غلبه نماید. تفکیک فزاینده آدمیان و به موازات آن بی‌رنگی فزاینده پول به هم رسیدند و مجازات قتل نفس با جریمه نقدی را غیرممکن ساخت.[2]

امروزه در غرب حتی صحبت از بیمه در پرداخت جریمه به جای زندان برای مجرمین است؛ ورشکستگی مجرم او را مجبور به زندانی کردن می‌نماید، بیمه می‌تواند این مشکل را حل نماید.

مخالفانِ بیمه جرم بیم آن دارند که بیمه سبب شود که مجرمین جرئت و جسارت بالاتری پیدا کرده و دست به ارتکاب جرایم بیشتری بزنند، به این دلیل که مجازات بر بیمه‌گر تحمیل خواهد شد و همین امر هدف بازدارندگی مجازات را به شدت تضعیف می‌کند.[3]

به نظر می‌رسد هرچند در جرایم غیرعمدی بتوان با پوشش بیمه برای ارتکاب جرم موافق بود و قانون بیمه اجباری دارندگان وسایل نقلیه و مسئولیت ناشی از فعل دیگری در حقوق عرفی و ضامن جریره در فقه را جلوه‌هایی از آن دانست، اما این ایده در جرایم عمدی به لحاظ حاکمیت اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری و جاذبه اخلاقی قانون نمی‌تواند به‌راحتی مورد پذیرش قرار گیرد. مجازات و تاوان در جرایم عمدی که شهودها و قضاوت‌های اخلاقی جامعه را برمی‌انگیزد، با پرداخت پول قابل معامله و چانه‌زنی نیست.

۱. منتسکیو، شارل، روح‌القوانین، ترجمه و نگارش علی‌اکبر مهتدی، جلد اول و دوم، چاپ دهم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۱، ص. ۳۰۷.

۲. زیمل، پیشین، ص. ۳۳۲.

۳. کوتر، رابرت؛ و تامس یولن، حقوق و اقتصاد، ترجمه یدالله دادگر و حامد اخوان هزاوه، چاپ اول، همدان، انتشارات نور علم، ۱۳۸۸، صص. ۶۲۵-۶۲۴.

۲-۴. سلب اوقات فراغت

اوقات فراغت و نحوه گذران آن از جمله مفاهیم مدرن و نوینی است که مبنای واقعی خود را پس از دوران صنعتی شدن و به ویژه به دنبال اصل همزمان‌سازی در جوامع صنعتی پیدا نمود. در واقع، با توسعه انواع تکنولوژی در زندگی مردم و جایگزینی آن به جای نیروی انسانی عملاً فرصتی فراهم شد که انسان‌ها بتوانند از اوقات خود، به آن صورتی که مورد دلخواه‌شان باشد، استفاده نمایند. رُشد صنعتی شدن برپایه نظام سرمایه‌داری نگرش به اوقات فراغت را از آنچه در دوره کهن و جامعه ماقبل سرمایه‌داری با آن مواجه بوده تغییر داد. در دوره پیشامدرن، اوقات فراغت جزئی از زندگی فرهنگی و مذهبی بوده و اساساً تفکیک کار از اوقات فراغت مفهوم نداشت و به‌سان دوران صنعتی اوقات فراغت در مقابل کار قرار نمی‌گرفت، اما در دوران جدید به تدریج اوقات فراغت در مقابل کار قرار گرفت. وانگهی، با گسترش صنعتی شدن، اوقات فراغت امری طبیعی و ضروری بود و بعدها ظهور و گسترش دولت‌های رفاه به نهادینه شدن اوقات فراغت مدد بسیار رساند. تنها زندگی شغلی در جوامع صنعتی دچار همزمان‌سازی نشد، بلکه زندگی اجتماعی هم دستخوش ساعت‌گرایی شد و خود را با شرایط ماشینی تطبیق داد. ساعات معینی برای تفریح و اوقات فراغت کنار گذاشته شد و تعطیلات یا ساعات تنفس استاندارد در زمان‌بندی کار با فواصل معین پیش‌بینی شد. حتی می‌توان گفت که پدیده‌ای به نام اوقات فراغت از دستاوردهای تمدن صنعتی است که بی‌تأثیر در ورود برخی کیفرهای مدرن نیست.[۱]

در بررسی مفهوم اوقات فراغت باید تحولاتی را دنبال کرد که در ماهیت کار و نظام‌های تولیدی اتفاق افتاده است. بی‌گمان، وقتی که از اوقات فراغت صحبت می‌شود سخن از ارزشمندی این اوقات است، زیرا این اوقات بستری مناسب برای رشد شخصیت و اعتلای وجود و یا زمینه همواری است برای بروز اختلالات رفتاری، انحرافات فکری و بزهکاری‌های اجتماعی. اهمیت اوقات فراغت و مرخصی[۲] به‌ویژه در دوران متأخر به

۱. تافلر، پیشین، صص. ۷۱-۷۰.

۲. پیشینه کاربرد واژه مرخصی به معنای تعطیلات شخصی به دهه ۱۸۷۰ می‌رسد؛ فعل در مرخصی بودن (to vacation) از اواخر دهه ۱۸۹۰ رواج یافت. به مرخصی و تعطیلات رفتن در مفهوم مدرن خود به صورت تقلیدی بورژوایی از طبقه اشراف آغاز شد که از دربار و شهر به گوشه عزلت یا کنج خلوتی در زمین‌های بیرون شهر پناه می‌بردند. از آنجا که شمار اندکی از مردان و زنان بورژوا مالک مستغلات روستایی بودند، به جای آن پاتوق‌ها و تفرج‌گاه‌ها به کنار دریا یا کوهستان می‌رفتند. گریختن از فضای شلوغ شهرها خیلی زود به رسمی محبوب و همه‌گیر تبدیل شد و اختراع راه‌آهن و اتومبیل هم به گسترش آن کمک فراوان نمود. ر.ک:

- والز، مایکل، حوزه‌های عدالت: در دفاع از کثرت‌گرایی و برابری، ترجمه صالح نجفی، چاپ اول، تهران، نشر ثالث، ۱۳۸۹، صص. ۳۲۲-۳۰۷.

حدی برای انسان صنعتی شده حایز اهمیت است که سلب این اوقات برایش بـه هزینـه گزاف تمام می‌شود و حاضر نیست، به تعبیـر عامیانـه، از تعطـیلات خـود چشـم‌پوشـی نماید. امروزه در جوامع مدرن سیاست‌گذاران جنایی با آگاهی از اهمیت اوقـات فراغـت، سلب آن را به عنوان یک ضمانت اجرای کیفری در قوانین خـود در قالـب تأسیسـاتی از جمله حبس‌های آخر هفته پیش‌بینی نموده‌اند و به خوبی به ایـن توصـیه منتسـکیو در روح‌القوانین پی برده‌اند که: «برای قانون‌گذار خوب عوامل کوچک می‌تواند وسیله وضـع کیفرهایی بشود و احتیاج به عوامل بزرگ نیست.»[1]

با نگاهی به تعریف کشورهای مختلف از اوقات فراغت، مـی‌تـوان بـه تفـاوت‌هـای عمده در نگرش به اوقات فراغت در این کشورها و نحوه گذران و برنامـه‌ریـزی بـرای آن پی برد. پیدایش این مفهوم که در بطن نظام صنعتی شکل گرفته و توسـعه پیـدا نمـود، در همین بافت فرهنگی هم معنا پیدا می‌نماید؛ بنابراین برداشتی که از اوقات فراغت در کشورهای صنعتی می‌شود با نمونه آن در کشورهای در حـال توسـعه و توسـعه نیافتـه چندان مشابهتی ندارد. برای نمونه، در کشور ایران به این دلیل که مفهوم‌سازی مُـدرنی در باب اوقات فراغت صورت نگرفته و این عنوان بیشتر نمادی از سـرگرمی و تفـریح را تداعی می‌کند، لذا از دست دادنش تأثیر فراوانی بـر زنـدگی شـهروندان نـدارد. ایرانیـان بیشتر اوقات فراغت خود را در خانه و به انجام کارهای عقب‌مانده، نظافت، مهمانی‌رفـتن و تماشای تلویزیون سپری می‌نمایند.

بنابراین، آن اهمیت و ارزشی که اوقات فراغـت در یـک جامعـه صـنعتی دارد، در ایران نمی‌تواند پیدا نماید.

پس آن دسته از کیفرها که درصدد سـلب این اوقـات به عنـوان کـیفر هسـتند، به دلیل بافت فرهنگی جامعه ایران محمل و مبنای تـوجیهی ندارنـد؛ چگـونگی گـذران اوقات فراغت افراد یک جامعـه تـا حـد زیـادی معـرف ویژگـی‌هـای فرهنگـی و میـزان توسعه‌یافتگی آن جامعه است. در جامعه کنونی ایران، هنوز مفهوم اوقات فراغت درسـت در مقابل مفهوم کار، آن‌گونه که بعد از صنعتی شدن و رشد نظام سرمایه‌داری بود، قرار نگرفته است. بنابراین نمی‌توان امیدوار بود کـه کیفرهـایی چـون مراقبـت الکترونیکـی، زندان نیمه‌باز، اقامـت اجبـاری در منـزل در سـاعات معـین، صـرف‌نظـر از هزینـه‌هـای گزاف‌شان، همچون کیفر زندان[2] در نظام کیفری ایران کارایی درست و مناسـبی داشـته

۱. منتسکیو، پیشین، ص. ۱۹۹.

۲. در ایران نیز از نخستین پیامدهای صنعتی شدن، تأسیس زندان به شیوهٔ مدرن بود. نخستین مقرراتی که درباره زندان‌ها وضع شد، نظام‌نامه محابس و توقفگاه‌ها در سال ۱۲۹۸ ه.ش است. طبق اسناد موجود، زندان‌سازی از سال ۱۳۰۴ در ایران آغاز شده و همگام با این تحول قوانین مربوط به آن نیز تدوین گردید. از آن تاریخ تاکنون صنعت به تدریج جایگاه خود را در نظام کیفری ایران باز کرده و آخرین نمود آن را در

باشند. این مشکل در زمینه مجازات‌های اجتماعی نیز وجود دارد. یکی از اهداف این کیفرها، همان‌گونه که از نام آن پیداست، اجرای مجازات در بستر جامعه بوده و طبیعی است که اِعمال آن‌ها منوط و وابسته به دو عنصر اعتماد و مشارکت اجتماعی است. ارزیابی بسترهای اجتماعی و فرهنگی این قبیل ضمانت‌اجراها موضوعی است که کمتر مورد توجه سیاست‌گذاران کیفری در ایران قرار گرفته است. در ایران به دلیل کاهش سرمایه اجتماعی، که مهم‌ترین بستر اجتماعی این کیفرهای اجتماعی است، و کاهش اعتماد و مشارکت عملاً اجرای این نوع کیفرها ناتمام مانده است؛ تحقیقات انجام‌شده در باب میزان سرمایه اجتماعی حکایت از پایین بودن شاخص‌های سرمایه اجتماعی و سطح مشارکت اجتماعی در ایران دارد.[1]

سرانجام باید خاطرنشان کرد که صنعتی شدن فقط مجازات‌ها را متحول نکرد، بلکه نظام اثبات جرم را نیز کاملاً دگرگون نمود. پیش از دهه ۱۸۸۰ میلادی، هیچ روش‌کارآمد طبقه‌بندی شده یا مرجع تشخیص بزهکاران وجود نداشت. مجموعه‌های بزرگ عکس مجرمان در بسیاری از مراکز پلیس گردآوری شده بود، ولی میزان زیاد این مجموعه‌ها مانع از کاربردی بودن آن می‌گردید. نیروهای پلیس نخستین بار از گالری‌های عکس مجرمان در نیویورک (۱۸۵۸)، مسکو (۱۸۶۷) و پاریس (۱۸۷۴) استفاده نمودند و استفاده از عکاسی در صحنه جرم نیز اولین بار در سال ۱۸۶۰ در سوئیس صورت گرفت و سپس به سرعت به دیگر کشورهای جهان راه پیدا کرد.[2] شواهد تاریخی فراوانی نشان می‌دهد که چگونه تکنولوژی ساخته دست بشر نقشِ قدرتمند، بی‌بدیل و غیرقابل‌انکاری درتحولات حقوق کیفری ایفا کرده است. ناگفته پیداست که تأثیر این صنعت به ویژه در نظام‌های کیفری عرفی به مراتب بیش از نظام‌های کیفری مبتنی بر شرع بوده است.

← قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مشاهده کرد که متأثر از تحولات صنعتی نهادهایی چون حبس الکترونیکی، مجازات‌های جایگزین حبس، جزای نقدی روزانه، نظام نیمه آزادی و ... را پیش‌بینی کرده است.

۱. زینالی، امیرحمزه، «سرمایه اجتماعی، بستری برای اعمال کیفرهای اجتماع‌محور در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۸۷، صص.۵۰-۳۴.

۲. روت، پیشین، صص. ۳۹-۳۸.

نتیجه‌گیری

دگرگونی کیفرها و افول و ظهور مجازات‌های جدید در عصر مدرن، آن‌سان که پژوهش مذکور نشان می‌دهد، بیش از آنکه معلول تفکرات فلسفیِ محض باشد، زاییدهٔ تحولات صنعتی است. تولد کیفرهایی چون حبس و جزای نقدی و تغییر شکل و بعضاً نسخ خیلی از کیفرهای قدیمی مانند شلاق کاملاً مرتبط با فرایند صنعتی شدن و از پیامدهای ناگزیز آن بوده است. شماری از کیفرهای دو قرن اخیر در بستر صنعتی شدن و نظام سرمایه‌داری به بار نشستند و بسیاری از کیفرهای قدیمی نیز با ورود تکنولوژی به افسانه تبدیل شدند.

مثلاً زمانی که نیاز شد تا افرادی بر روی کشتی‌ها و قایق پاروزنی نمایند، کیفرهای شدید بدنی و مجازات اعدام از بین رفت؛ زمانی به علت کمبود نیروی کار اردوگاه‌های کار اجباری تأسیس شد و روزگاری نیز به دلیل افزایش تقاضای کار، کیفر تبعید که در ابتدا وسیله تأمین کارگر در مستعمرات آمریکا بود، پایان پذیرفت.

جریمه نقدی هم به همین منوال به دلیل درآمدزایی‌اش در همه‌جا عمومیت پیدا کرد. وانگهی، ورود تکنولوژی در تحول ماهیتی کیفرها مانند انسانی کردن اجرای آن‌ها و کاستن از درد و رنج مجرمان نیز دخیل بوده است.

هرچند حقوق کیفری نظام‌یافته امروزی ریشه در تحولات فکری و فلسفی قرن هجدهم دارد، اما نباید از نقش انقلاب صنعتی و صنعتی شدن در رشد و توسعه آن غافل ماند. به همین دلیل در بررسی تحولات سیاست جنایی، افزون بر یافته‌های جرم‌شناسی و تأثیر آموزه‌های علمی، باید سهمی را برای صنعت و تکنولوژی در نظر گرفته و از نقش قدرتمند آن غافل نشد. صنعت و فعل و انفعالات حاکم بر آن، گونه‌های جدیدی از ضمانت‌اجراهای کیفری را عرضه کرده که مسبوق به سابقه نبودند و نسخه‌هایی از کیفر را نسخ نموده که پیشینهٔ دور و درازی داشته‌اند و افزون بر اینها، نظام اجرای کیفرهایی چون اعدام و حبس را به‌شدّت متحول ساخته است.

استفاده از جرثقیل در اجرای کیفر اعدام، کاربست حبس و دستبند الکترونیکی به عنوان بدیلی برای زندان‌های سنتی و تشکیل پلیس و دادسرای سایبری جهت مبارزه با جرایم رایان‌های و مخابراتی نمونه‌های برجسته‌ای از تأثیر صنعت بر نظام عدالت کیفری ایران است. این روند انقباضی و انبساطی همواره ادامه داشته و امروزه حتی بیش از گذشته، صنعت‌گرایی بر نظام کیفری معاصر سایه انداخته و مجازات‌هایی متناسب با فنآوری‌های نوین (به عنوان مثال، مراقبت الکترونیکی) پدید آورده است. بی‌گمان، این تحولات در کنار گذار از کیفرهای سنتی به کیفرهای مدرن چالش‌های فراوانی را از منظر حقوق بشری در پی داشته که می‌توان به شایعه تعرض و محدودسازی حقوق شهروندی، نقض حریم خصوصی و خلوت شهروندان اشاره کرد. مسائلی که پرداختن به آن‌ها مقال و مجال دیگری می‌طلبد.

منابع

- آشوری، محمد؛ و اسداله میرزایی، «حقوق کیفری و توسعهٔ اقتصادی-صنعتی»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان۱۳۹۱.
- ادواردز، امی؛ و ریچارد هرلی، «تحولات زندان‌های انگلستان در دو سده اخیر»، ترجمه حمید بهره‌مند بگ‌نظر، در: تازه‌های علوم جنائی (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- اشتن، تی. اس، انقلاب صنعتی، ترجمه احمد تدین، چاپ اول، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵.
- بولک، برنار، کیفرشناسی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۱.
- پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی‌حسین نجفی ابراندآبادی، چاپ ششم، تهران، انتشارات سمت،۱۳۹۱.
- پیکا، جرج، جرم‌شناسی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- پیمان، حسین، آیینه: اقتصاد و مدیریت در آیینه تاریخ مکتوب ایران، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات وثقی، ۱۳۷۹.
- تافلر، آلوین، جابه‌جایی در قدرت: دانایی و ثروت و خشونت در آستانه قرن بیست‌ویکم، ترجمه شهیندخت خوارزمی، چاپ نهم، تهران، نشر علم، ۱۳۸۴.
- جعفری، مجتبی، جامعه‌شناسی حقوق کیفری، رویکرد انتقادی به حقوق کیفری، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- داب موریس، هربرت، مطالعاتی در زاد و ولد سرمایه‌داری، ترجمه حبیب الله تیموری، چاپ اول، تهران، نشر نی، ۱۳۷۹.
- دورانت، ویل، تاریخ تمدن: آغاز عصر خرد، جلد هفتم، ترجمه اسماعیل دولتشاهی، چاپ سیزدهم، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۷.
- خلیلی، محسن، «تبیین جریان صنعتی شدن در جهان صنعتی»، ماهنامه کار و جامعه، شماره ۷۴-۷۳، تیر و مرداد ۱۳۸۵.
- رشیدی، علی، «جنایات ناپیدای نظام سرمایه‌داری: پنهان‌مانده از دید «دست ناپیدای» آدام اسمیت»، اطلاعات سیاسی- اقتصادی، سال بیست و پنجم، شماره ۲۸۲-۲۸۱، ۱۳۸۹.
- روت، میچل، تاریخ عدالت کیفری، ترجمه ساناز الستی، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷.
- زیمل، گئورگ، پول و فرهنگ مدرن، ترجمه یوسف اباذری، فصلنامه ارغنون، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۳.
- زینالی، امیرحمزه، «سرمایه اجتماعی، بستری برای اعمال کیفرهای اجتماع‌محور در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۸۷.

- صفاری، علی، کیفرشناسی (تحولات، مبانی و اجرای کیفر)، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
- فوکو، میشل، مراقبت و تنبیه (تولد زندان)، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهاندیده، چاپ چهارم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۲.
- کوتر، رابرت؛ و تامس یولن، حقوق و اقتصاد، ترجمه یدالله دادگر و حامد اخوان هزاوه، چاپ اول، همدان، انتشارات نور علم، ۱۳۸۸.
- گیدنز، آنتونی، جامعه‌شناسی، ترجمه منوچهر صبوری، چاپ سیزدهم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۳.
- لایون، دیوید، پسامدرنیته، ترجمه محسن حکیمی، چاپ سوم، تهران، انتشارات آشیان، ۱۳۸۷.
- مارتینژ، رنه، تاریخ حقوق کیفری اروپا، ترجمه حمیدرضا گودرزی بروجردی، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
- مالوری، فیلیپ، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، چاپ دوم، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۸۸.
- مانور، جری، «منطق صنعتی: علم، تکنولوژی و محیط زیست»، مجله سیاحت غرب، شماره ۳۷، ۱۳۸۵.
- منتسکیو، شارل، روح‌القوانین، ترجمه و نگارش علی‌اکبر مهتدی، جلد اول و دوم، چاپ دهم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۱.
- موریس، نورال؛ و دیوید روتمن، سرگذشت زندان: روش مجازات در جامعه غرب، ترجمه پرتو اشراق، تهران، انتشارات ناهید، ۱۳۹۰.
- نویمار، آنتوان، دیکتاتورها بیمارند، ترجمه علیرضا میناگر، چاپ اول، تهران، انتشارات ارجمند، ۱۳۸۵.
- والز، مایکل، حوزه‌های عدالت: در دفاع از کثرت‌گرایی و برابری، ترجمه صالح نجفی، چاپ اول، تهران، نشر ثالث، ۱۳۸۹.
- هاینبرگ، ریچارد، «فناوری در خدمت انسان یا انسان در خدمت فناوری»، مجله سیاحت غرب، شماره ۸۹، ۱۳۸۹.
- یان، مارشال، «جامعه‌شناسی‌مجازات»، ترجمه محمدعلی کریمی، فصلنامه دانش انتظامی، شماره ۲۴، ۱۳۸۴ .

- Garland, David, Punishment and Modern Society, A Study in Social Theory, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Kupchik, Aaron; and Torin Monahan, "Tthe New American School: Preparation for Post Industrial Dicipiline", British Journal of Sociology of Education, Vol. 27, No. 5, November 2006.

- Mckinlay, Alan, "Managing Foucault: Genealogies of Management", Management & Organization History, Vol. 1, 2006.
- Mokyr, Joel, "Institution and Begining of Economic Growth in Eighteenth Centry Britain", 2008. available at: http:// growthbook4.ec.unipi.it/chapter1-mokyer.pdf
- Norrie, Alan Wiliam, Crime, Reaserch and History: A Critical Introduction To Criminal Law, 2nd ed, London, Cambridge University Press, 2006.
- Pete, Stephen, "Falling on Stony Ground: Importing the Penal Practices of Europe into the Prisons of Colonial Natal", Fundamina, vol. 13, no. 2, 2007.
- Rusche, George; and Otto Kirchheimer, Punishment and Social Structure, Fifth Printing, New Brunswick, Transaction Publishers, 2009.
- Vaughan, Barry, "The Civilization Process and the Janus of Modern Punishment", Theoretical Criminology, Vol. 4, 2000.

عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در قانون آیین‌دادرسی کیفری ۱۳۹۲

رجب گلدوست جویباری*
فرامرز قلی‌پور جمنانی**

چکیده

یکی از اصول حاکم بر نظام‌های دادرسی مختلط، حاکمیت اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌باشد. بر اساس این اصل، انجام تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم بر عهده مقام مستقلی به نام قاضی تحقیق یا بازپرس بوده و تعقیب جرم نیز متعاقب انجام تحقیقات مقدماتی بر عهده مقام تعقیب یا دادستان می‌باشد. قانون‌گذار کشور ایران، هرچند در وضع و تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ با الهام از قانون کشور فرانسه، سیستم تفتیشی را در مرحله تحقیقات مقدماتی پذیرفته بود، لیکن هیچ‌گاه به انفکاک و جدایی مطلق مقام تعقیب از مقام تحقیق که شاخصه بارز نظام دادرسی مختلط است، پای‌بند نبوده و در موارد عدیده‌ای از این اصل عدول نموده بود؛ به‌نحوی که به هنگام تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و نیز در اصلاحات سال ۱۳۹۴، دامنه عدول از اصل مذکور را گسترش داده و به غیر از دادستان، مقامات قضایی دیگری را نیز واجد صلاحیت برای انجام تحقیقات مقدماتی دانسته است. سلب انجام تحقیقات مقدماتی از بازپرس در برخی از جرایم مهم و طرح مستقیم پرونده در دادگاه به‌همراه افزایش رسیدگی اختصاری به جرم، و نیز حفظ قیمومت دادستان نسبت به بازپرس قبل، حین و پس از انجام تحقیقات مقدماتی، از مهم‌ترین موارد عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: مقام تحقیق، مقام تعقیب، اصل تفکیک، تحقیقات مقدماتی.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی rajabgoldoust@yahoo.com
**دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)
egholipor@yahoo.com

مقدمه

در بیان مفهوم اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، عقیده بر این است که این اصل از دو اصل دیگر تشکیل شده است. این اصل از یک سو، به عدم مداخله مقام تعقیب در وظایف مقام تحقیق و از سوی دیگر، به عدم دخالت مقام تحقیق در اقدامات تعقیبی اشاره دارد.[1] اصل مذکور که از اصول حاکم بر نظام‌های دادرسی مختلط می‌باشد، به معنای آن است که انجام تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم بر عهده مقام مستقلی به نام قاضی تحقیق بوده و مقام تعقیب یا دادستان باید از هرگونه مداخله در امر تحقیق خودداری کند و صرفاً پس از پایان تحقیقات از سوی بازپرس و با صدور کیفرخواست، تعقیب جرم را در دادگاه بر عهده گیرد. بر اساس این اصل، بازپرس، مسئول انجام تحقیقات است که فقط بعد از ارجاع موضوع و با درخواست دادستان می‌تواند تحقیقات را به نحو مستقل انجام دهد.

قائلین به لزوم تفکیک اصل مقام تعقیب از مقام تحقیق معتقدند که مبنای این اصل لزوم بی‌طرفی قاضی تحقیق است تا میان نماینده جامعه (دادستان) و کسی که گفته می‌شود نظم عمومی را بر هم زده است (متهم)، بی‌طرفانه به داوری بپردازد.[2] ناگفته نماند، رویکرد بسیاری از نظام‌های دادرسی، به منظور رعایت تساوی سلاح‌ها، دوری جستن از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق است که خود نشأت‌گرفته از نظام تفتیشی در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌باشد؛ به نحوی که مرحله تحقیقات مقدّماتی به صورت ترافعی، غیرسرّی و با حضور مؤثّر متهم و یا وکیل مدافع وی به انجام می‌رسد. به عبارت دیگر، گرایش به سمت نظام دادرسی اتهامی در مرحله تحقیقات مقدماتی است که لازمه آن، حضور و مداخله وکیل در تمامی مراحل دادرسی از یک سو و دسترسی بی‌قید و شرط به تمامی اوراق، اسناد و مدارک پرونده از سوی دیگر می‌باشد که با حاکمیت نظام تفتیشی در مرحله تحقیقات مقدّماتی که از ویژگی‌های بارز آن «محرمانه» بودن تحقیقات می‌باشد، دسترسی به این امر مهم، تا حدود زیادی با دشواری مواجه خواهد شد.

قانون‌گذار ایران بنابر دلایل متعددی که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد، علی‌رغم پذیرش نظام دادرسی مختلط، هیچ‌گاه پای‌بند به تفکیک مطلق مقام تعقیب از تحقیق نبوده و از همان آغاز تدوین قانون آیین دادرسی کیفری، عدم پای‌بندی خود

۱. هادی‌زاده، رضا، بررسی اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در آیین دادرسی کیفری ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص. ۱۴.
۲. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران، انتشارات شهردانش، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۷.

به این اصل را نشان داده و در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴، موارد عدول از این اصل را توسعه بخشیده است. زیرا در ماده ۸ ق.ا.ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۴، با حذف کلمه «نبودن» و جایگزینی آن با کلمه «کمبود»، دادستان را مجاز به انجام تحقیقات مقدماتی در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ دانسته و با توسعه موارد استثناء و حفظ قیمومت دادستان نسبت به بازپرس در مراحل قبل، حین و پس از خاتمه تحقیقات مقدّماتی، بر مصادیق رسیدگی اختصاری به جرایم (و یا رسیدگی بدون کیفرخواست) افزوده است؛ به نحوی که طبق تبصره ماده ۹۲ قانون مورد اشاره، انجام تحقیقات مقدماتی در جرایم موضوع ماده ۳۰۲ این قانون را در صورت عدم حضور بازپرس یا معذور بودن وی از انجام وظیفه و عدم دسترسی به بازپرس دیگر در حوزه آن دادسرا، به تقاضای دادستان و تعیین رئیس حوزه قضایی، از اختیارات دادرس دادگاه دانسته[1] و سپس در ماده ۳۰۶ ق.ا.ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۴، انجام تحقیقات مقدماتی در خصوص جرایم منافی عفت را از قضات دادسرا سلب و آن را به قاضی دادگاه واگذار نموده است؛ در حالی که رسیدگی اختصاری علی‌الاصول در جرایم کم‌اهمیت که نیازی به انجام تحقیقات مقدماتی وجود ندارد، صورت می‌گیرد (مانند جرایم موضوع ماده ۳۴۰ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲) و رسیدگی دادگاه به جرایم مهم و برخوردار از مجازات شدید، بدون انجام تحقیقات مقدماتی از سوی مقام مستقل تحقیق، ممکن نخواهد بود.

۱. مبانی عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از تحقیق

اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق مقدمه رعایت بی‌طرفی است و نقض اصل مذکور، ناقض رعایت اصل بی‌طرفی در دادرسی خواهد بود. قائلین به این اصل، مهم‌ترین دلیل پیش‌بینی بازپرس را ناشی از این امر می‌دانند که وظایف خطیر تحقیق و قضاوت توسط نماینده‌ای بی‌طرف و نه فردی که مظنون به جانبداری است، انجام شود. دادستان مرجعی بی‌طرف نیست و بیم جانبداری از سوی او وجود دارد. چنانچه تحقیقات مقدماتی توسط دادستان و یا فردی که تحت نظر، کنترل و نفوذ دادستان است، انجام گیرد، دیگر نمی‌توان به رعایت بی‌طرفی امیدوار بود.

به طور کلی، اصل تفکیک وظایف قضایی که اعم از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق می‌باشد، نقش مهمی در بی‌طرفی ایفا می‌کند.[2]

۱. تبصره ماده ۹۲: «در صورت عدم حضور بازپرس یا معذور بودن وی از انجام وظیفه یا نبودن بازپرس دیگر، دادرس دادگاه به تقاضای دادستان و تعیین رئیس حوزه قضایی، وظیفه بازپرس را فقط تا زمان باقی بودن وضعیت مذکور انجام می‌دهد.»

۲. هادی‌زاده، پیشین، ص. ۶۶.

در اینکه اصل بی‌طرفی یکی از اصول حاکم بر آیین دادرسی کیفری و در تمامی مراحل دادرسی از جمله تحقیقات مقدماتی می‌باشد، هیچ‌گونه تردیدی نیست اما در این که اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، مقدمه‌ای برای رعایت اصل بی‌طرفی باشد، تردیدهایی وجود دارد؛ لذا بیان مطالب زیر در این باب ضروری است:

۱-۱. لزوم بی‌طرفانه بودن فرآیند تحقیق

در نظام‌های دادرسی مبتنی بر تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، هرچند به لحاظ نظری، بازپرس با هدف رعایت بی‌طرفی در جمع‌آوری دلایلِ له و علیه متهم پیش‌بینی شده است، لیکن از نظر عملی و با ورود وی به فرآیند تحقیقات کیفری، موضوع به گونه دیگری جلوه‌گر می‌شود. امروزه، بی‌طرفی بیش از آن که در مورد مقامات قضایی صادق باشد، می‌بایست ناظر بر فرآیند دادرسی در تمامی مراحل باشد. از آنجا که بازپرس در کنار شأن قضایی خود همانند یک پلیس، دلایل مرتبط با جرم را جمع‌آوری کرده و در تماس و ارتباط مستقیم با دلایل، بزهکار و بزه‌دیده قرار می‌گیرد، انتظار رعایت بی‌طرفی از سوی وی سخت و یا دست‌کم با شبهاتی همراه می‌شود. بررسی نظام‌های دادرسی که در آن‌ها مقام تحقیق مستقلی به نام بازپرس وجود ندارد، از قبیل انگلیس، آمریکا، ایتالیا، آلمان، پرتغال و همچنین دیوان کیفری بین‌المللی به وضوح نشان داده است که عدم وجود بازپرس در این نظام‌ها به معنای فقدان بی‌طرفی و یا عدم رعایت این اصل نبوده است.[۱]

لزوم رعایت بی‌طرفی در فرآیند رسیدگی به یک پرونده کیفری به‌هیچ‌وجه محدود به مرحله رسیدگی در دادگاه نبوده و تمام مراحل تعقیب جرم، تحقیقات مقدماتی، صدور حکم و اجرای مجازات را در بر می‌گیرد. منظور از بی‌طرفی، بی‌طرفی ناشی از شخصیت فردی بازپرس نیست؛ بلکه منظور بی‌طرفی ناشی از ویژگی ساختاری نهاد بازپرسی است. هر انسانی خلق و خوی خود را دارد. شیوه زندگی اجتماعی، تاریخی، موقعیت جغرافیایی و عوامل اقتصادی در هر قوم، اخلاق و ارزش‌هایی به وجود می‌آورد که همراه با وضع ویژه روانی دادرس، وجدان اخلاقی او را شکل می‌بخشد.[۲] بازپرس به عنوان نماد و مظهر نظام تفتیشی، علاوه بر آنکه قاضی محسوب شده و بر همین اساس در خصوص نقض حریم خصوصی افراد و آزادی ایشان و نیز کفایت و عدم کفایت ادله اثباتی علیه ایشان تصمیم می‌گیرد، مرجع درجه نخست انجام تحقیق است و

۱. یاوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، نشر میزان، شماره ۲، ۱۳۸۳، ص. ۲۵۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد سوم، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص. ۷۸.

به همین علت است که می‌توان بازپرس را مهم‌ترین نهاد ساختاری نظام‌های مبتنی بر حاکمیت اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق دانست.[1]

آنچه که موجب حدوث شبهه در رعایت بی‌طرفی از سوی بازپرس می‌شود، جمع دو شأن بازپرسی و تحقیقی به شکل همزمان در این مقام است (موضوعی که در هیچ‌یک از نهادهای موازی همانند دادستان، قاضی دادگاه و قضات ناظر دیده نمی‌شود چراکه نهادهای فوق شأنی انحصاری داشته و فقط نسبت به یک قسمت صالح‌اند). بازپرس آن‌گونه که اشاره شد در اولین برخورد با نخستین دلایل، ناخواسته جهت‌گیری خاصی به سمت مجرمیت یا برائت متهم گرفته و جمع شئون تحقیقی و قضایی در وی مزید بر علت می‌شود تا نخستین چالش پیش روی وی یعنی عدم امکان رعایت بی‌طرفی در اتخاذ تصمیماتی از قبیل بازداشت نمودن افراد و صدور قرارهای نهایی منع و موقوفی تعقیب و یا جلب به محاکمه شکل گیرد. برخی، در انتقاد به بی‌طرفی قاضی تحقیق یا بازپرس معتقدند؛ «دادرسی تفتیشی، از مزیّت واگذاری نقش فعّال به مقامات عمومی در تحقیق له و علیه متهم بهره‌مند است. مشکل زمانی ایجاد می‌شود که این نقش به قاضی تحقیق واگذار گردد.»[2]

۱-۲. امکان رعایت بی‌طرفی از سوی دادستان

یکی از انتقادات وارد بر نظام‌های دارای بازپرس، که در آن بین مراحل تعقیب و تحقیق تفکیک وجود دارد، عدم انسجام و یکپارچگی در مرحله تحقیقات مقدماتی است. ایجاد دو نهاد دادستانی و بازپرسی در کنار هم، مانع تمرکز و موجب رد و بدل شدن مداوم پرونده بین بازپرس و دادستان است؛ در حالی که در نظام‌های بدون بازپرس که دادستان به‌طور همزمان وظایف تعقیب و تحقیق را بر عهده دارد، انسجام و یکپارچگی بیشتری وجود داشته و در نتیجه، فرآیند رسیدگی به پرونده کیفری، سریع‌تر انجام می‌شود. در تفسیر بی‌طرفی، می‌بایست به هر دو ضابطه ذهنی و عینی به صورت توأم توجه گردد. در تفسیری که از سوی دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص ضابطه عینی صورت گرفته، اشاره گردید که مراجع رسیدگی از نقطه‌نظر عینی می‌بایست بی‌طرف باشند. مطابق این دیدگاه، باید مشخص شود که آیا حقایقی که بتوان در زمینه بی‌طرفی قاضی شک کرد، وجود داشته است.

1. Simpson, A dhemar, A History of Continental Criminal Procedure, Boston, Little Brown and Company, 1913, p. 467.
2. Schwartz, Virginie Laure, Comparing U.S And French Models of Criminal Pre-trial Investigation: Party Prosecutor v. Neutral Judge D'instruction, Stanford University, 2007, p. 28.

پرسشی که همواره مطرح می‌گردد این است که آیا در نظام‌های بدون بازپرس که دادستان به عنوان نماینده دولت عهده‌دار امر تحقیق و جمع‌آوری دلایل می‌شود، رعایت اصل بی‌طرفی با خدشه‌ای مواجه شده است یا خیر. به عبارت دیگر، آیا می‌توان رعایت بی‌طرفی را که از خصایص قضایی محسوب و در نظام‌های دارای بازپرس و در مرحله تحقیقات مقدماتی به بازپرس واگذار شده است، از دادستان نیز توقع داشت؟ پاسخ به این سوال از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است زیرا همان‌گونه که گفته شد، اگر مبنای شکل‌گیری بازپرس را رعایت اصل بی‌طرفی و حفظ حقوق متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی بدانیم و از طرف دیگر، رعایت بی‌طرفی توسط دادستان ممکن باشد، وجود مقام تحقیق مستقل به نام بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی ضروری نخواهد بود و مشکل ابتدایی در خصوص عدم تمرکز و انسجام، مرتفع خواهد شد. بدون تردید، پاسخ به سئوال طرح‌شده در نظام‌های بدون بازپرس مانند آمریکا، انگلستان، کانادا و دیوان کیفری بین‌المللی این خواهد بود که عدم حضور بازپرس در این نظام‌ها به معنای عدم رعایت بی‌طرفی در جمع‌آوری دلایل نیست.

دادستان نقشی اساسی در فرآیند دادرسی کیفری ایفا می‌نماید؛ نقشی که فراتر از تعقیب پرونده است. به همین خاطر، متّصف به وصف قاضی است. وظیفه اصلی مقام تعقیب، پیگیری دعوای عمومی است. با این حال وی موظف است همواره جانب انصاف را نگاه داشته و به مصالح و منافع شخص تحت‌تعقیب نیز توجه نماید.[1] از سوی دیگر، اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای متعددی وجود دارند که بر تأیید و اثبات گفته فوق دلالت می‌نمایند. چنانچه وظیفه جمع‌آوری بی‌طرفانه دلایل توسط دادستان غیرممکن بود، هیچ‌گاه در متن این اسناد به تکلیف دادستان در جمع‌آوری بی‌طرفانه دلیل، اشاره نمی‌شد. در مقدمه رهنمودهای نقش دادستان‌ها مصوب ۷ اوت تا ۷ سپتامبر ۱۹۹۰ (هشتمین کنگره سازمان ملل متحد برای پیشگیری از جرم و رفتار با مجرمان) آمده است:

«رهنمودهای ارائه شده زیر به‌منظور کمک به دول عضو در وظیفه‌شان مبنی بر تضمین و ارتقاء کارایی، بی‌طرفی و انصاف دادستان‌ها در دادرسی کیفری تنظیم شده است ... .» اصل ۱۳ این اصول و رهنمودها نیز مقرر می‌دارد: «دادستان‌ها باید وظایف خود را بی‌طرفانه انجام دهند و از هرگونه تبعیض سیاسی، اجتماعی، مذهبی، نژادی، فرهنگی، جنسی و انواع دیگر خودداری نمایند.» ممکن است این ایراد گرفته شود که از آنجا که دادستان به لحاظ اصولی، مقامی دولتی محسوب می‌شود، ممکن است تحت تأثیر انگیزه‌های سیاسی یا غیر آن موجب ایجاد فضایی خطرناک در نقض حقوق

1. Hodgson, Jacqeline, "The Police, The Prosecutor and the Judge D'instruction", British Journal of Criminology, 2001, p. 1361.

متهمان باشد. این ایراد زمانی وارد است که در کنار شأن تعقیب و تحقیق، دادستان واجد شأن قضایی نیز باشد. بدین معنا که دادستان در کنار وظایف تعقیب و تحقیق، امکان تصمیم‌گیری راجع به مسائلی از قبیل آزادی یا بازداشت متهم و نیز نقض حریم خصوصی وی را داشته باشد. در حالی‌که نظام‌های بررسی‌شده موجود، نشان می‌دهد که دادستان فاقد شأن قضایی است. تمرکز عمده دادستان بر تعقیب و پیگیری جرایم و جمع‌آوری دلایل مرتبط با آن بوده و شأن قضایی مختص نهاد قضایی ناظری است که در مرحله تحقیقات مقدماتی ایجاد شده است. دادستان در چنین نظام‌هایی صرفاً یک تقاضاکننده به حساب آمده و تقاضای وی توسط نهادهای قضایی ناظر مورد بررسی قرار می‌گیرد.[1]

۱-۳. تزلزل جایگاه بازپرس در سیاست جنایی نوین

در نظام دادرسی مختلط، که مرحله تحقیقات مقدماتی جدا از مرحله دادرسی بوده و به‌صورت تفتیشی انجام می‌شود، بازپرس به‌عنوان مقام انجام‌دهنده تحقیقات، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. قاضی تحقیق یا بازپرس عبارت از صاحب‌منصبی است که تحقیق مقدماتی جرایم و جمع‌آوری دلایل له و علیه متهم بر عهده او می‌باشد و تحت نظارت دادستان، وظایف قانونی خود را انجام می‌دهد. بازپرس در نظام دادرسی مختلط، وظایف قضایی مهم و خطیری بر عهده دارد و به همین جهت باید از مصونیت شغلی بیشتری بهره‌مند باشد؛ همچنان‌که در برخی از نظام‌های دادرسی، بازپرس قاضی نشسته به شمار می‌آید و از مصونیت شغلی بیشتری برخوردار است. مثلاً در کشور فرانسه، بازپرس از مقامات دادسرا محسوب نمی‌گردد.

در این کشور، بازپرس از بین رؤسای دادگاه‌های جنحه، پس از رعایت تشریفات قانونی و پیشنهاد لازم با فرمان ریاست‌جمهوری برای مدت سه سال انتخاب می‌شود و پس از خاتمه مدت مأموریت می‌تواند به شغل سابق خود بازگردد و یا برای دوره‌های دیگر در سمت بازپرسی بماند.[2]

بنابراین معقول نیست که قاضی تحقیق با داشتن آن همه اختیارات و صلاحیت‌های قانونی، تابع نظر دادستان باشد و یا از مصونیت کامل شغلی بهره‌مند نگردد. عدم استقلال بازپرس در برابر دادستان یا قوه مجریه، امنیت قضایی کیفری را سخت به مخاطره می‌اندازد، افراد را نسبت به دستگاه اجرای عدالت بدبین می‌کند و سبب می‌شود که نفوذ قوه مجریه در قوه قضاییه افزایش یابد.[3] با این وجود، در نظام

۱. یوسفی، ایمان، تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری، تهران، نشر جاودانه، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۲.
۲. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ ششم، قم، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰، ص. ۵۵.
۳. همان، ص. ۸۵.

دادرسی ایران، چنان که اشاره خواهد شد، بازپرس از قضات دادسرا بوده و از امنیت کامل شغلی برخوردار نیست و در بیشتر موارد تحت نظارت فائقه دادستان قرار دارد.

در نظام دادرسی فرانسه که پیشگام نظام‌های دادرسی مختلط می‌باشد، طبق ماده ۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری این کشور، قاضی تحقیق مطابق با تشریفات پیش‌بینی شده برای قضات نشسته منصوب می‌گردد؛ بدین‌ترتیب که بعد از کسب نظر موافق شورای عالی قضایی و با پیشنهاد وزیر دادگستری، توسط مصوبه رئیس جمهور استخدام می‌گردد و مانند قضات نشسته، غیرقابل‌عزل است. در دادگاه‌های کوچک، او همزمان وظایف دادرسی و تحقیق را انجام می‌دهد، اما نمی‌تواند پرونده‌هایی که خود مسئولیت تحقیق در آن‌ها را داشته است، قضاوت نماید. غالباً دادگاه‌ها چند قاضی تحقیق اختصاصی دارند؛ رئیس دادگاه مسئول پرونده را انتخاب می‌کند و جدول گردش کار و نوبت واحد تخصصی با لحاظ تخصص قضات (مثلاً پرونده‌های مالی) به وضوح تهیه میگردد.[1] در نظام دادرسی ایران، بازپرس نه‌تنها از میان قضات نشسته انتخاب نمی‌شود، بلکه نائل شدن قاضی تحقیق به این مقام، پس از تصدی امر قضا و صرفاً بر اساس کسب اندوخته‌های تجربی قضایی است؛ به این صورت که فرد پس از طی دوره کارآموزی یک‌ساله، متعاقب قبولی در آزمون کتبی تصدی امر قضا، به درجه دادیاری نائل و پس از گذشت مدت زمانی، متصدی سمت بازپرسی می‌گردد.

بازپرس یا قاضی تحقیق با رعایت موازین قانونی و در چارچوب حقوق بنیادین پیش‌بینی شده برای متهم، نسبت به هرگونه اقدام تحقیقی که برای کشف حقیقت لازم باشد، اقدام می‌کند و در این خصوص اصولاً نباید الزامی به رعایت دیدگاه‌های اصحاب دعوا داشته باشد.[2] استقلال بازپرس در نظام دادرسی ایران که برگرفته از نظام دادرسی مختلط فرانسوی می‌باشد و آزادی عمل وی در انتخاب نوع اقدام تحقیقی از همان ابتدای تأسیس دادسرا خدشه‌دار و مورد تحدیدات و تضییقات جدّی و اساسی قرار گرفته است. قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی، برای مدعی‌العموم یا دادستان نه تنها در ماده ۳۳، حق نظارت و دادن تعلیمات لازم را در اموری که به مستنطق ارجاع می‌شود، قائل شده بود؛ بلکه ماده ۳۹ قانون مذکور به‌صراحت بازپرس (و به طریق اولی دادیاران تحقیق موضوع ماده ۴۰ ق.آ.د.ک) را موظف به رعایت دیدگاه‌های دادستان در ارتباط با اقدامات تحقیقی کرده بود و مقرّر می‌داشت؛ «در صورتی که مدعی‌العموم یا معاون او تحقیقات مستنطق را ناقص ببینند،

۱. بوریکان، ژاک؛ و آن‌ماری سیمون، آیین دادرسی کیفری، ترجمه عباس تدین، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱، ص.۱۴۰.

۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۶، ص. ۱۵.

می‌توانند تکمیل آن را از مستنطق بخواهند و لو اینکه مستنطق تحقیقات خود را کامل بداند». پس از احیاء دوباره دادسراها در کشور و یک دهه فترت وجود مقام تحقیق مستقل که عهده‌دار انجام تحقیقات مقدماتی جرایم باشد و متعاقب تصویب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، مقنن همانند قوانین پیشین یعنی قانون اصول محاکمات جزایی و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰، بازپرس را در طول مدت انجام تحقیقات مقدماتی و پیش از صدور قرار نهایی و در خصوص آن چه که مربوط به قرارهای اعدادی یا تمهیدی است، مکلّف به تبعیت از نظر دادستان نموده است. استقلال بازپرس با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب۱۳۹۲ با اصلاحات مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۴، در مقابل دادستان و دیگر مقامات و مراجع دادرسی با خدشه بیشتری مواجه گشت و مقنن موارد تازه‌ای از سلب آزادی بازپرس در انجام اقدامات تحقیقی را پیش‌بینی نمود. یادآوری این نکته ضروری است که در نظام‌های مبتنی بر تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، این اصل مسلّم و بدیهی مورد پذیرش قرار گرفته است که انجام تحقیقات مقدماتی پیرامون یک رفتار مجرمانه بر عهده بازپرس و تعقیب آن نیز بر عهده دادستان قرار دارد؛ به نحوی که در چنین نظامی، تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم بر عهده قاضی تحقیق قرار گرفته است. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در موارد متعدد، انجام تحقیقات مقدماتی را از بازپرس سلب و در اختیار دادستان و یا دیگر مقامات قضایی قرار داده است. طبق ماده ۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ «دادستان در اموری که به بازپرس ارجاع می‌شود حق نظارت و ارائه تعلیمات لازم را دارد.» ماده قانونی مذکور ناظر بر نظارت بر انجام تحقیقات مقدماتی از سوی بازپرس توسط دادستان می‌باشد و چنین نظارتی قطعاً نمی‌تواند اطلاعی باشد، بلکه نظارتی استصوابی است و عدم اعمال نظارت به‌موقع دادستان نسبت به اقدامات تحقیقاتی بازپرس، ممکن است دادستان را با مسئولیت انتظامی مواجه سازد. ماده ۷۴ قانون مورد اشاره نیز حق حضور در تحقیقات مقدماتی را برای دادستان به رسمیت شناخته و طبق این ماده، دادستان می‌تواند پرونده تحقیقاتی را مطالبه کند و بازپرس نمی‌تواند با چنین درخواستی از سوی دادستان مخالفت ورزد. ماده قانونی مذکور مقرّر می‌دارد؛ «دادستان می‌تواند در تحقیقات مقدماتی حضور یابد و بر نحوه انجام آن نظارت کند اما نمی‌تواند جریان تحقیقات را متوقف سازد.» طبق ماده ۲۶۶ قانون مورد اشاره «چنانچه دادستان تحقیقات بازپرس را کامل نداند، صرفاً مواردی را که برای کشف حقیقت لازم است به‌تفصیل و بدون هرگونه ابهام در پرونده درج می‌کند و تکمیل آن را می‌خواهد. در این صورت بازپرس مکلف به انجام این تحقیقات است». تنها تغییری که این ماده نسبت به

ذیل بند هـ از ماده ۳ قانون اصلاحی مصوب ۱۳۸۱ حاصل نموده است، اضافه شدن عبارت «کشف حقیقت» به ماده ۲۶۶ می‌باشد. با توجه به ظاهر عبارت ماده قانونی مذکور و رویه قضایی حاکم، به نظر می‌رسد که حق نظارت دادستان بر تحقیقات مقدماتی صورت‌گرفته از سوی بازپرس، هم شامل نظارت و هم دخالت می‌باشد و علت پیش‌بینی این حق (یعنی حق نظارت دادستان بر تحقیقات بازپرس) آن‌گونه که بیان گردید، نه به جهت مدعی‌العموم بودن مقام دادستان که به لحاظ حفظ حق قیمومت دادستان نسبت به بازپرس از سوی مقنن می‌باشد.[1] حق نظارت و ارائه تعلیمات لازم از سوی دادستان، متضمّن حق حضور در جلسات بازجویی و حق درخواست انجام اقدام تحقیقی خاص می‌باشد. ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، شروع به انجام تحقیقات مقدماتی از سوی بازپرس را منوط به ارجاع دانسته و مقرّر می‌دارد؛ « ... چنانچه بازپرس ناظر وقوع جرم باشد، تحقیقات را شروع می‌کند، مراتب را فوراً به اطلاع دادستان می‌رساند و در صورت ارجاع دادستان، تحقیقات را ادامه می‌دهد.» این در حالی است که در راستای حفظ استقلال بازپرس در برابر دادستان، پس از اصلاحات سال ۱۹۵۸ در قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، در مواردی که بیش از یک قاضی تحقیق در حوزه قضایی دادگاه وجود داشته باشد، ارجاع پرونده به بازپرس را رئیس دادگاه بدایت یا جانشین او و نه دادستان انجام می‌دهد (ماده ۸۲ ق.آ.د.ک.ف).

۲. زمینه‌های عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از تحقیق

زمینه‌های عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، در دو قسمت جداگانه بررسی می‌گردد که در ادامه این بند به هریک از آن‌ها اشاره خواهد شد. در قسمت نخست، پیش‌بینی نهادهای تحقیقی غیر از بازپرس شامل دادستان و قضات دادگاه‌های کیفری یک، دو و اطفال از یک سو و افزایش رسیدگی‌های اختصاری از سوی دیگر و در قسمت دوم نیز، حفظ و گسترش قیمومت دادستان نسبت به بازپرس در تمامی مراحل تحقیقات مقدماتی، از مهم‌ترین زمینه‌های عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق شناخته می‌شود.

۲-۱. پیش‌بینی نهادهای تحقیقی غیر از بازپرس

یکی از زمینه‌های مهم عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق را باید اندیشه حذف بازپرس از نظام دادرسی ایران دانست. همان‌گونه که گفته شد، در

۱. در تأیید این نظر مراجعه شود به: خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳، ص. ۷۸.

نظام‌های دادرسی مبتنی بر تفکیک مطلق مقام تعقیب از مقام تحقیق، تنها مقـامی کـه صلاحیت انجام دادن تحقیقات مقدماتی را دارد، بازپرس یا قاضی تحقیق اسـت و هـیچ مرجع یا مقام دیگری به غیر از بازپرس نمی‌تواند عهده‌دار این امر مهـم گـردد. نکتـه‌ای که ذکر آن خالی از فایده نخواهد بود این است که حذف بازپرس در برخی از کشورها از جمله آلمان، ایتالیا و پرتغال و سپرده شدن انجام تحقیقات مقـدماتی بـه دادسـتان کـه این مهم را به کمک معاونان خود و نیـروی پلـیس انجـام مـی‌دهـد، بـا هـدف افـزایش اختیارات دادستان صورت نگرفته است. در این کشورها، صرف‌نظر از اینکه سـازوکارهای ضروری جهت کنترل اقدامات دادستان‌ها و رعایت تساوی سلاح‌ها بین اصـحاب دعـوی به کار گرفته شده، لیکن حذف بازپرس بـا هـدف دوری جسـتن از روش‌هـای تفتیشـی صورت گرفته است؛ زیرا قیمومت دادستان نسبت به بازپرس به گونه‌ای بوده کـه امکـان فاصله گـرفتن ضـروری از نظـام تفتیشـی و سـامان دادن بـه یـک محاکمـه عادلانـه را غیرممکن می‌کرده است. حذف بازپرس از تشکیلات قضایی ایران که بـه موجـب قـانون تشکیل دادگاه‌های عام در سال ۱۳۷۳ به عمل آمده است، همان‌گونه که بیان شد، جـدا از سپرده شدن تمام مراحل دادرسی به قاضی واحد، افزایش اختیارات نیروی انتظامی را به دنبال داشته است.[۱] قانون‌گذار ایران، هرچند در وضع و تصویب قانون آیـین دادرسـی کیفری ۱۲۹۰، با اقتباس از قانون کشور فرانسه، سیستم تفتیشی را در مرحله تحقیقات مقدماتی پذیرفته بود (که بر اساس آن، انجام تحقیقات مقدماتی تمام جـرایم بـر عهـده بازپرس و تعقیب جرایم نیز بر عهده مقام تعقیب یا دادستان می‌باشد) لیکن هیچ‌گاه بـه جدایی و تفکیک مطلق این دو مقام از یکدیگر، پای‌بنـد نبـوده و در مـوارد عدیـده‌ای از این اصل عدول نموده است. در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰، پس از پذیرش ایـن اصل که تحقیقات مقدماتی تمام جرایم بر عهده بازپرس به عنوان مقام تحقیق می‌باشد، اندک زمانی، ضمن عدول از این اصل، انجام تحقیقات در جرایم جنحه را به دادسـتان و دادیاران که ذاتاً مقامات تعقیب هستند، محول نموده اسـت. بـا حـذف دادسـرا از نظـام قضایی و تأسیس دادگاه‌هایی با صلاحیت عام، هیچ‌گونه تفکیکی بـین مراحـل تعقیـب، تحقیق و دادرسی وجود نداشته و قانون‌گذار، تمامی مراحـل مـذکور را بـه دسـت مقـام واحدی که قاضی دادگاه باشد، سپرده بود. با احیـاء دوبـاره دادسـراها در کشـور، مقـنّن ضمن عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق و پس از ذکر این نکته در صدر بند «و» از ماده ۳ قانون اصلاحی ۱۳۸۱ که «تحقیقات مقدماتی کلیه جـرایم بـر عهـده بازپرس می‌باشد.....»، بلافاصله در ادامـه مقـرّر نمـود «... در جرایمـی کـه در صـلاحیت

۱. آشوری، پیشین، ص. ۱۱.

دادگاه کیفری استان نیست دادستان نیز دارای کلیه وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس مقرر می‌باشد.» از طرفی دیگر، مقنن در تدوین قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، دامنه عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق را گسترش داده و پس از تکرار این اصل در ماده ۹۲ قانون مورد اشاره، در موارد متعددی صراحتاً انجام تحقیقات مقدماتی جرایم را که علی‌الاصول می‌بایست در صلاحیت انحصاری مقام تحقیق یا بازپرس قرار داشته باشد،گاه در اختیار مقام تعقیب یا دادستان و گاه در اختیار قضات دادگاه قرار داده است. ماده ۹۲ قانون اخیرالذکر مقرّر می‌دارد «تحقیقات مقدماتی تمام جرایم بر عهده بازپرس است ... .» ماده قانونی مورد اشاره، در حالی تحقیقات مقدماتی تمام جرایم را در صلاحیت انحصاری بازپرس به عنوان مقام تحقیق دانسته است که در ماده ۹۰ همین قانون، «دیگر مقامات قضایی» را نیز واجد صلاحیت برای این امر مهم به شمار آورده است. واقعیت امر این است که با گسترش مقامات صالح به انجام تحقیقات مقدماتی به غیر از بازپرس، از سوی قانون آ.د.ک مصوب ۹۲، تبیین جایگاه تحقیقاتی برای بازپرس تا حدود زیادی با دشواری مواجه گردیده است. نکته جالب توجه این که ماده ۸ ق.ا.ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۴، با حذف کلمه «نبودن» در ماده ۹۲ و جایگزینی آن با کلمه «کمبود»، انجام تحقیقات مقدماتی در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ را مجدداً در اختیار دادستان قرار داده است.

۲-۱-۱. پیش‌بینی نقش تحقیقی برای دادستان و دادرس دادگاه

مطابق ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲؛ «.....در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ این قانون، در صورت نبودن بازپرس، دادستان نیز دارای تمام وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس تعیین شده است. در این حالت، چنانچه دادستان انجام تحقیقات مقدماتی را به دادیار ارجاع دهد، قرارهای نهایی دادیار و همچنین قرار منتهی به بازداشت متهم، باید در همان روز صدور به نظر دادستان برسد و دادستان نیز مکلف است حداکثر ظرف بیست و چهار ساعت در این‌باره اظهارنظر کند». هرچند بر طبق ماده قانونی مذکور و همچنین ماده ۸ ق.ا.ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۴، اجازه دادستان به انجام تحقیقات مقدماتی در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ این قانون، مقیّد به «کمبود بازپرس» گردیده است، لیکن نظر به اینکه کمبود کادر قضایی در تمام حوزه‌های قضایی ملموس بوده و شروع به تحقیقات از سوی بازپرس نیز منوط به ارجاع دادستان می‌باشد و از طرفی دیگر، دادستان دارای ریاست فائقه بر مقامات قضایی دادسرا بوده که بازپرس نیز یکی از این مقامات محسوب می‌شود، دادستان به منظور اعمال مدیریت بر روند تحقیقات مقدماتی، به خصوص پرونده‌های مهم و حساس، این اختیار را خواهد

داشت که تحقیقات در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ را خود در دست گرفته و به کمک ضابطان دادگستری، اقدام به انجام تحقیق نماید.

از دیگر مقامات قضایی که بر اساس قانون جدید، عهده‌دار وظایف و اختیارات بازپرس می‌باشد، دادرس دادگاه است. تبصره ماده ۹۲ قانون مورد اشاره مقرر می‌دارد؛ «در صورت عدم حضور بازپرس یا معذور بودن وی در انجام وظیفه و عدم دسترسی به بازپرس دیگر در آن دادسرا در جرایم موضوع ماده ۳۰۲ این قانون، دادرس دادگاه به تقاضای دادستان و تعیین رئیس حوزه قضایی، وظیفه بازپرس را فقط تا زمان باقی بودن وضعیت مذکور انجام می‌دهد.»

۲-۱-۲. افزایش رسیدگی‌های اختصاری

رسیدگی اختصاری، شیوه‌ای از رسیدگی به جرایم است که در آن‌ها، پرونده بدون تنظیم کیفرخواست از سوی دادستان در دادگاه مطرح می‌گردد. این نوع رسیدگی که در نظام‌های حقوقی دیگر کشورها، بدون حضور هیأت منصفه صورت می‌گیرد، غالباً در جرایم ساده از قبیل جرایم راهنمایی و رانندگی معمول می‌باشد.

مثلاً در حقوق انگلستان، این جرایم قابل رسیدگی در دادگاه صلح و شامل مواردی از قبیل ضرب و جرح‌های عادی و کم‌اهمیت، خسارت جزایی کمتر از ۲۰۰۰ پوند و تخلفات رانندگی و رانندگی در حال ممنوعیت می‌باشند.[۱]

قانون‌گذار در تدوین قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، ضمن پیش‌بینی ماده ۸۶ که ناظر بر طرح دعوی کیفری در دادگاه بدون کیفرخواست و در غیر جرایم موضوع بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ می‌باشد، در کنار جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، رسیدگی به جرایم منافی عفت را نیز در صلاحیت مستقیم دادگاه قرار داده است؛ به نحوی که قضات دادسرا، در مواجهه با چنین جرایمی، حق مداخله و انجام تحقیقات مقدماتی را ندارند و باید پرونده را با صدور قرار عدم صلاحیت به دادگاه ارسال نمایند.

در حال حاضر، جرایم قابل رسیدگی به صورت اختصاری و یا بدون کیفرخواست در حقوق ایران عبارتند از؛ الف) جرایم منافی عفت، ب) جرایم اطفال و نوجوانان، پ) جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، ت) جرایم ارتکابی در حوزه قضایی بخش، ث) جرایم خلافی و ج) جرایم و تخلفات تعزیرات حکومتی.[۲]

۱. مهرا، نسرین، دانشنامه حقوق کیفری انگلستان، تهران، انتشارات میزان ، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۲.
۲. نوری، محدثه، رسیدگی اختصاری به جرایم در حقوق ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳، ص. ۲۸.

۲-۱-۳. سلب صلاحیّت تحقیقی بازپرس در جرایم جنسی

فرایند انجام تحقیقات مقدماتی ناظر بر جرایم جنسی، با توجه به اهمیت و حساسیت بالای این‌گونه جرایم، چنانچه در سریع‌ترین زمان ممکن و با دقّت و ظرافت بالایی صورت نگیرد، تحصیل دلیل در چنین جرایمی را در آینده با صعوبت و دشواری مواجه خواهد ساخت؛ به خصوص این که قانون‌گذار، سیستم ادله قانونی را بر این جرایم حاکم نموده است. در جرایم زنا و لواط در حالتی که از صلاحیت رسیدگی دادگاه کیفری دو خارج می‌باشد (مانند زنای به عنف و زنا با محارم)، قانون‌گذار انجام تحقیقات مقدماتی این جرایم را بر عهده قضات سه نفره این دادگاه قرار داده است. نکته حائز اهمیت این است که در حالی تحقیقات مقدماتی جرایم داخل در صلاحیت مستقیم دادگاه کیفری یک، در صلاحیت انحصاری قضات این دادگاه قرار گرفته است که متأسّفانه مقررات جداگانه‌ای پیرامون چگونگی و نحوه انجام تحقیقات از سوی قضات این دادگاه پیش‌بینی نگردیده است. اهمیت موضوع از جایی نشأت می‌گیرد که ضابطان دادگستری و حتی قضات دادسرا از مداخله در هرگونه اقدام تحقیقی در این‌گونه جرایم منع شده و تمامی فرایند تحقیقات از بدو الی ختم می‌بایست رأساً توسط قضات دادگاه صورت گیرد.

۲-۱-۴. تحدید صلاحیّت تحقیقی بازپرس در جرایم اطفال

مطابق تبصره یک ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم افراد زیر پانزده سال توسط قاضی دادگاه اطفال و نوجوانان صورت گرفته و قضات مذکور دارای کلیه وظایفی خواهند بود که طبق قانون بر عهده ضابطان دادگستری و دادسرا می‌باشد. در نظام حقوقی انگلستان هرچند رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان به‌صورت مستقیم در دادگاه‌های صلح صورت می‌گیرد، لیکن در این کشور انجام تحقیقات مقدماتی جرایم کودکان و نوجوانان و سایر جرایم بر عهده پلیس می‌باشد.[1] با توجه به توصیف قانون‌گذار سال ۱۳۹۲ از تحقیقات مقدماتی به «مجموعه اقدامات قانونی برای حفظ آثار و علایم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم»، و اطلاق تبصره مورد اشاره به انجام تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم افراد زیر پانزده‌سال توسط قاضی دادگاه اطفال و نوجوانان، تردید در ورود ضابطین و مقامات قضایی دادسرا، حتی در جرایم مشهود اطفال و نوجوانان زیر پانزده‌سال، جدی و اساسی به نظر می‌رسد.

۱. همان، ص. ۳۵.

۲-۲. قیمومت دادستان نسبت به بازپرس

نتیجه بـدیهی عـدول از اصـل تفکیـک مقـام تعقیـب از مقـام تحقیـق، قیمومـت دادستان نسبت به بازپرس می‌باشد. قیمومت دادستان نسبت به بازپرس و مـوارد آن در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، تا اندازه‌ای است که انجام تکالیف تحقیقـاتی از سوی بازپرس را با چالش و دشـواری‌هـای عمـده‌ای مواجـه سـاخته و اجـرای قاعـده مصرّحه در ماده ۹۲ قانون موصوف را خدشه‌دار می‌نماید.[۱]

در اشاره به تکالیف تحقیقـاتی بـازپرس بایـد گفتـه شـود کـه بـه‌منظـور رعایـت کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و در اجرای قـانون آیـین دادرسـی کیفـری، مـدت قابـل پیش‌بینی به عنوان مهلت معقول جهت انجام تحقیقـات مقـدماتی بایـد توسـط قاضـی تعیین شود.

مأموریت تحقیقاتی بازپرس در نظام دادرسی فرانسه بسیار وسیع و گسترده است. بر طبق ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری این کشور، قاضی تحقیق بر طبـق قـانون، به کلیه اقدامات تحقیقاتی که او بـرای کشـف حقیقـت مفیـد ارزیـابی مـی‌کنـد، اقـدام می‌نماید. این تحقیقات خواه به نفع یا ضرر شخص باشد، انجام می‌شود. قاضـی تحقیـق باید به جستجوی وضعیت خواه مساعد یا نامساعد به حال شخص تحت بررسـی، اقـدام نماید. او نباید عناصری که اجازه محکومیت را می‌دهند، دنبال کند.[۲]

بند ۶ ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، در راسـتای تـدابیر تحقیقـاتی ناظر بر تحقیق درباره شخصیت اشخاص تحت بررسی و وضـعیت مـادی، خـانوادگی یـا اجتماعی آن‌ها می‌باشد.

چنین تحقیقی در جنایات الزامی و در جنحه‌ها اختیاری است. بر طبق مـاده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ «در جرایمی که مجازات قانونی آن‌هـا سـلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایـات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن‌ها ثلث دیه کامل مجنی‌علیه یا بـیش از آن است، بازپرس مکلف است کـه در حـین انجـام تحقیقـات، دسـتور تشـکیل پرونـده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید ... .» موارد قیمومت دادستان نسبت به بازپرس، پیش از آغاز تحقیقات مقدماتی، همزمـان و یـا مقـارن بـا شـروع بـه تحقیقات، در جریان تحقیقات و پس از خاتمه تحقیقات قابل بررسی می‌باشد:

۱. ماده ۹۲ قانون آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲: «تحقیقات مقدماتی تمام جرائم بر عهده بازپرس است ... .»

۲. تدین، پیشین، ص. ۱۳.

۲-۲-۱. پیش از آغاز تحقیقات مقدماتی از سوی بازپرس

بر طبق ماده ۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری جدید «در صورت مشهود بودن جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده ۳۰۲ این قانون، تا پیش از حضور و مداخله بازپرس، دادستان برای حفظ آثار و علائم، جمع‌آوری ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم اقدامات لازم را به عمل می‌آورد.» بر طبق این ماده، تحقیقات ابتدایی جرایم مشهود موضوع بندهای چهارگانه ماده ۳۰۲، از جمله مواردی است که دادستان قبل از شروع به تحقیق از سوی بازپرس، این اختیار را دارد که تحقیقات را شروع کند و تا یک زمان متعارف تحقیقات را ادامه دهد و این زمان متعارف تا حضور بازپرس خواهد بود.

ماده ۷۸ قانون مورد اشاره مقرّر می‌دارد: «در مورد جرایم مشهود که رسیدگی به آن‌ها از صلاحیت دادگاه محل خارج است، دادستان مکلف است تمام اقدامات لازم را برای جلوگیری از امحای آثار جرم و فرار و مخفی شدن متهم انجام دهد و هر تحقیقی را که برای کشف جرم لازم بداند، به عمل آورد و نتیجه اقدامات خود را فوری به مراجع قضایی صالح ارسال کند.» این ماده که برگرفته از ماده ۲۳ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ می‌باشد،[1] انجام تحقیقات پیرامون جرایم مشهود مقامات را از صلاحیت بازپرس محل وقوع جرم سلب و تحقیقات مقدماتی این جرایم را کلاً بر عهده دادستان قرار داده است که پس از انجام تحقیقات، پرونده را با صدور قرار عدم صلاحیت در اختیار مراجع ذیصلاح قرار می‌دهدکه این مراجع به ترتیب وفق مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، دادگاه کیفری تهران و دادگاه کیفری مرکز استان محل وقوع جرم می‌باشد.

۲-۲-۲. هم‌زمان یا مقارن با شروع به انجام تحقیقات

این امر به هنگام ارجاع پرونده از سوی دادستان (به دو شکل ارجاع کلی و ارجاع موقت) اتفاق می‌افتد؛ چرا که طبق ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، شروع به تحقیقات مقدماتی از سوی بازپرس منوط به ارجاع دادستان است یعنی تا زمانی که پرونده از سوی دادستان ارجاع نشود، بازپرس اختیار انجام تحقیقات مقدماتی

۱. ماده ۲۳ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰: «در مورد جرایم مشهودی که مأمورین دولتی یا شهرداری یا مأمورین به خدمات عمومی مرتکب می‌شوند و رسیدگی به آن از صلاحیت دیوان عالی جزای عمال دولت است ... مدعیان عمومی و مستنطقین مکلفند کلیه اقدامات لازمه را برای جلوگیری از امحاء اثرات جرم و فرار متهم و هر تحقیقی را که برای کشف جرم لازم بدانند به عمل آورند و هر چه زودتر نتیجه اقدامات خود را به مدعی‌العموم دیوان جزا گزارش دهند.»

را نخواهد داشت. ارجاع موقت در قانون اصلاحی مصوب ۱۳۸۱ نیز پیش‌بینی شده بود؛ لیکن نکته حائز اهمیت این است که با توجه به این که ورود دادستان در فرایند تحقیقات مقدماتی در قانون آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲، امری استثنایی بوده و در غیر جرایمی که موضوع بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ می‌باشد، دادستان دیگر همانند گذشته اختیار انجام تحقیقات را ندارد، پیش‌بینی ارجاع موقت از سوی قانون‌گذار چندان مناسب نخواهد بود. البته با اصلاح ماده ۹۲ ق.ا.ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ و جایگزین شدن کلمه «کمبود» به جای «نبودن»، اختیار دادستان به انجام تحقیقات مقدماتی در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ گسترش یافته است.

۲-۲-۳. در جریان انجام تحقیقات مقدماتی

قیمومت دادستان نسبت به بازپرس در طول انجام تحقیقات مقدماتی توسط بازپرس نیز ادامه خواهد داشت. این قیمومت به صورت نظارت دادستان بر انجام تحقیقات صورت‌گرفته از سوی بازپرس، موضوع ماده ۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و نیز «دخالت» در تحقیقات بازپرس موضوع ماده ۷۴ این قانون جلوه‌گر می‌شود. بر اساس مواد قانونی مورد اشاره، حضور دادستان در تحقیقات به دو شکل «نظارت و دخالت»، نشان از این دارد که وی فعّال مایَشاء بوده و می‌تواند حتی پرونده تحقیقاتی را از بازپرس، بدون این که مخالفتی وجود داشته باشد، مطالبه نماید.

۲-۲-۴. پس از ختم تحقیقات و با صدور قرار نهایی

متعاقب ختم تحقیقات از سوی بازپرس و صدور قرار نهایی، پرونده نزد دادستان ارسال تا پیرامون قرارهای نهایی صادره از سوی بازپرس که ناظر بر قرارهای مجرمیت، منع و موقوفی تعقیب می‌باشد، اظهارنظر نماید. یکی از مهم‌ترین موارد اطاله دادرسی در همین جا اتفاق می‌افتد. به این صورت که بازپرس تحقیقات مقدماتی را پس از ارجاع دادستان به انجام می‌رساند و تحقیقات خاتمه می‌یابد و مجدداً دادستان، تحقیقات صورت‌گرفته از سوی بازپرس را به نظر خود کافی ندانسته و تقاضای تکمیل تحقیقات را به بازپرس می‌نماید.

نتیجه‌گیری

اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، از ویژگی‌های بارز حاکم بـر نظـام‌هـای دادرسی مختلط در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌باشد. بـر طبـق ایـن اصـل، تحقیقـات مقدماتی تمامی جرایم بر عهده مقام تحقیق مستقلی قرار داشته و تعقیـب جـرم نیـز از وظایف مقام تعقیب یا دادسـتان مـی‌باشـد. ایـن اصـل هرچنـد مـورد قبـول و پـذیرش قانون‌گذار ایران قرار گرفته، لیکن در موارد عدیده‌ای از آن عدول شده است؛ بـه نحـوی که وجود بازپرس را به عنوان مقام تحقیق، غیرضروری و زاید می‌نمایاند.

با نگرش بر مطالب مرقوم به شرح بند نخست، لزوم بی‌طرفانه بودن فرآیند حاکم بر تحقیقات مقدماتی که مبتنی بر اِعمال توأم دو ضابطه «ذهنی و عینی» می‌باشد، امکـان رعایت بی‌طرفی از سوی دادستان، زمانی که امر تحقیق پیرامون جرم را در کنار تعقیـب آن بر عهده می‌گیرد و تزلزل جایگاه بازپرس در سیاست جنایی نوین که موجب خـروج مرحله تحقیقات مقدماتی از حالت انسجام و یکپارچگی می‌گردد، از مهم‌تـرین مـواردی است که برای عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق بیان گردیده است.

لزوم ارجاع پرونده از سوی دادستان به‌منظور شروع به انجـام تحقیقـات مقـدماتی توسط بازپرس، پیش‌بینی نظارت دادستان نسبت به تحقیقات بازپرس در تمـام مراحـل تحقیقات مقدماتی و حق ارائه تعلیمات لازم و حضور در جلسات بازپرسی، سـلب انجـام تحقیقات مقدماتی جرایم مشهود مقامات موضوع مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ از بازپرس و محوّل نمودن آن به دادستان، اجازه انجـام تحقیقـات جرایم مشهود موضوع بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ توسط دادستان، اجـازه انجـام تحقیقات مقدماتی غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ توسـط دادسـتان، مجـاز بـودن دادرس دادگاه به انجام تحقیقات مقدماتی جرایم موضوع مـاده قـانونی مـورد اشـاره، قیمومـت دادستان نسبت به بازپرس پس از خاتمه تحقیقات مقدماتی و صدور قرار نهـایی، سـلب انجام تحقیقات مقدماتی از بازپرس در جرایم منافی عفت و تحدید صـلاحیّت تحقیقـی بازپرس در جرایم اطفال و نوجوانان به همراه افزایش رسیدگی اختصاری جرایم را باید از زمینه‌های بارز و عملی عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق محسوب نمود.

منابع

- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ ششم، قم، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰.
- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۶.
- بوریکان، ژاک؛ و آن‌ماری سیمون، آیین دادرسی کیفری، ترجمه عباس تدین، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران، انتشارات شهردانش، ۱۳۸۸.
- خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد سوم، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- مهرا، نسرین، دانشنامه حقوق کیفری انگلستان، تهران، انتشارات میزان ، ۱۳۹۳.
- نوری، محدثه، رسیدگی اختصاری به جرایم در حقوق ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳.
- هادی‌زاده، رضا، بررسی اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در آیین دادرسی کیفری ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
- یاوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، نشر میزان، شماره ۲، ۱۳۸۳.
- یوسفی، ایمان، تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری، تهران، نشر جاودانه، ۱۳۹۲.

- Hodgson, Jacqeline, "The Police, The Prosecutor and the Judge D'instruction", British Journal of Criminology, 2001.
- Schwartz, Virginie Laure, Comparing U.S And French Models of Criminal Pre-trial Investigation: Party Prosecutor v. Neutral Judge D'instruction, Stanford University, 2007.
- Simpson, A dhemar, A History of Continental Criminal Procedure, Boston, Little Brown and Company, 1913 .

جایگاه شورای حل اختلاف و طرق فوق‌العاده شکایت از آرای آن

حسن محسنی*

چکیده

شورای حل اختلاف برخلاف گذشته کـه بـه دنبـال افـزایش مشـارکت مـردم در حل‌وفصل اختلافات و صلح و سازش بود، امروز با هـدف صـلح و سـازش و حـل‌وفصـل اختلافات میان اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی زیر نظر قوه قضاییه فعالیت می‌کند و این امر موجب گردیده است که به‌عنوان مرجع قضایی نخستین، با صلاحیت نسـبی از حیث میزان خواسته و موضـوع آن، تحـت شـمول دادگـاه عمـومی، تبـدیل شـود. ایـن موقعیت که ایجاب می‌کرده ابهامات آیین دادرسی برطـرف شـود، بـه‌درسـتی در قـانون سال ۱۳۸۷ دیده نشده و موجب گردیده است کـه در خصـوص امکـان یـا عـدم امکـان شکایت از رأی شورا، قاضی شورا یا دادگاه عمومی که در مقـام تجدیـدنظر از رأی شـورا صادر شده است، با استفاده از طرق فوق‌العاده مانند اعـادهٔ دادرسـی و اعتـراض شـخص ثالث، پرسش‌ها و ابهاماتی مطرح شود کـه موضـوع ایـن مقالـه اسـت. ایـن وضـعیت در آخرین لایحهٔ مربوط به این شورا که منتهـی بـه قـانون شـوراهای حـل اخـتلاف ۱۳۹۴ گردید نیز تکرار شده است.

کلیدواژه‌ها: شورای حـل اخـتلاف، طـرق فـوق‌العـاده شـکایت، اعـادهٔ دادرسـی، اعتراض شخص ثالث، اصل قطعیت رأی.

* استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

hassanmohseni@hotmail.com

مقدمه

شوراهای حل اختلاف که ریشه در مادهٔ ۱۸۹ قانون برنامهٔ سوم توسعه سیاسی، اجتماعی و اقتصادی مصوب ۱۳۷۹ دارد، پیش از این با قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷ و اینک به موجب همین قانون مصوب ۱۳۹۴ فعالیت می‌کند. به موجب قانون اخیر، شورا دارای صلاحیت صلح و سازش و قاضی شورا در مواردی واجد شایستگی صدور رأی با مشورت اعضای این شورا است (مواد ۸ تا ۱۲ قانون شوراهای حل اختلاف). ممکن است محکومٌ‌علیه از رأی شورا یا قاضی آن تجدیدنظرخواهی نموده و پرونده در دادگاه عمومی همان حوزهٔ قضایی شورای حل اختلاف، مطرح و مورد رسیدگی قرار بگیرد (مادهٔ ۲۷ همان قانون). علاوه بر این از رأی قاضی شورا یا رأی دادگاه عمومی می‌توان به یکی از طرق فوق العادهٔ شکایت از آرا مانند اعتراض شخص ثالث یا اعادهٔ دادرسی تقاضای رسیدگی نمود که با عنایت به عدولی بودن این دو طریق وفق قواعد عمومی قانون آیین دادرسی مدنی، قابل رسیدگی در مرجع قضایی صادر کنندهٔ رأی قطعی است. پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر از رأی قاضی شورا تقاضای اعادهٔ دادرسی شود یا این که شخص ثالثی تقاضای اعتراض نماید و رأی قطعی صادره، از قاضی شورا در فرض عدم تجدیدنظرخواهی، یا صادره از دادگاه عمومی، در فرض انجام این کار، مورد رسیدگی واقع و منتهی به رأی، حسب مورد از هریک از این مراجع قضایی، شود آیا از این رأی جدید می‌توان تقاضای تجدیدنظرخواهی نمود؟ یعنی در مورد رأی جدید قاضی شورا به دادگاه عمومی دادخواست تجدیدنظر بدهد و برای رأی جدید دادگاه عمومی به دادگاه تجدیدنظر استان؟ همین پرسش برای رأی شورا نیز مطرح است.

بغرنجی این پرسش با توجه به دو علت بیشتر می‌شود: نخست اینکه مقنن جایگاه شورای حل اختلاف را به‌درستی تبیین ننموده که آیا این نهاد، مرجع قضایی نخستین دادگستری در حدود صلاحیت خود است یا این که این شورا مرجع غیردادگستری است که در این صورت رسیدگی نخستین حق دادگاه عمومی است. نتیجهٔ هریک از این تحلیل‌ها در نتیجهٔ امکان یا عدم امکان مراجعه به دادگاه عمومی و دادگاه تجدیدنظر استان، حسب مورد، می‌تواند مؤثر باشد. دوم اینکه قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۹۴ همچون قانون قبلی نه تنها در مورد قطعی بودن یا نبودن رأی این شورا یا قاضی آن ساکت است، در مورد طرق فوق‌العادهٔ شکایت از آرا حکمی ندارد و معلوم نیست رسیدگی به این طرق شکایت و صدور رأی، تابع چه احکامی است و اگر رأیی از شورا یا قاضی شورا یا دادگاه عمومی در خصوص این طرق صادر شود، قانون شوراهای

حل اختلاف یا قانون آیین دادرسی مدنی چه راهکاری را فراروی اصحاب دعوا و قاضی قرار می‌دهد. مقولهٔ امکان یا عدم امکان فرجام‌خواهی از آرای قاضی شورا و دادگاه عمومی در مقام دادگاه تجدیدنظر از آرای شورا نیز امر جداگانه‌ای است. پاسخ رویه قضایی به پرسش این مقاله عدم امکان دخالت دادگاه تجدیدنظر استان در تجدیدنظرخواهی از آرای صادره در پی اعتراض شخص ثالث و اعادهٔ دادرسی است اما، بررسی جوانب این بحث از جمله جایگاه شورای حل اختلاف و ماهیت آرای صادره در این نهاد و رویکرد قوانین، مقررات، نظرات ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضاییه و آرای دادگاه‌ها می‌تواند این دیدگاه را تقویت نماید که دادگاه عمومی و دادگاه تجدیدنظر استان، حسب مورد، بایسته است که در رسیدگی به تجدیدنظرخواهی آرای صادره متعاقب اعادهٔ دادرسی و اعتراض شخص ثالث دخالت نماید. بر این اساس، طی دو نوشتار کوشش می‌شود ابتدا به جایگاه شورای حل اختلاف در نظم حقوقی ایران و سپس امکان مداخلهٔ دادگاه بالاتر در تجدیدنظرخواهی از آرای صادره در نتیجهٔ طرق فوق‌العادهٔ شکایت از رأی قاضی شورا یا دادگاه عمومی بپردازیم.

۱.جایگاه شورای حل اختلاف در نظم حقوقی

۱-۱. پیشینه

اگرچه کوشش شده میان شورای حل اختلاف در حقوق کنونی و خانه‌های انصاف در پیش از انقلاب اسلامی سنخیتی یافته و ارتباطی تعرفه شود،[1] اما واقعیت این است که شوراهای حل اختلاف به موجب مادهٔ ۱۸۹ قانون برنامهٔ سوم توسعه و به منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی و در راستای توسعه مشارکت‌های مردمی، رفع اختلافات محلی و نیز حل‌وفصل اموری که ماهیت قضایی ندارد یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است، در نظام حقوقی ما ظهور کرد. در این ماده مقرر گردیده بود که حدود وظایف و اختیارات این شوراها، ترکیب و نحوهٔ انتخاب اعضای آن بر اساس آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب هیأت وزیران و به تأیید رییس قوه قضاییه می‌رسد. این آیین‌نامه با ۲۳ ماده به تاریخ ۱۳۸۱/۵/۱۹ در روزنامهٔ رسمی منتشر گردید. موقعیت این شورا در قانون برنامهٔ چهارم توسعهٔ اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ برای سال‌های ۱۳۸۴ تا ۱۳۸۸ با مادهٔ ۱۸۹ قانون برنامهٔ سوم در مادهٔ ۱۳۴ تنفیذ شد، قانون شوراهای حل اختلاف مصوب

۱. ر. ک: ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ و علی یوسفی آهنگرکلایی، «ملاحظاتی پیرامون شورای حل اختلاف»، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۶ (۳)، پائیز و زمستان ۱۳۸۳، صص. ۱۵ به بعد.

۱۳۸۷/۴/۸ حاوی تشکیلات و آیین حل اختلاف و دادرسی شورا، به تصویب رسید. آیین‌نامهٔ ۵۲ ماده‌ای این قانون نیز در تاریخ ۱۳۸۸/۱/۱۶ به تصویب رییس محترم قوهٔ قضاییه رسید. پر واضح است که با عنایت به آزمایشی بودن اجرای قانون مرقوم برای مدت ۵ سال، لایحهٔ جدیدی از سوی قوهٔ قضاییه تهیه شد که در تاریخ ۱۳۹۳/۴/۲۵ به تصویب هیأت وزیران رسیده و در تاریخ ۱۳۹۳/۶/۳ در مجلس شورای اسلامی اعلام وصول می‌شود. این لایحه در تاریخ ۱۳۹۴/۹/۱۶ به تصویب کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی رسیده و در تاریخ ۱۳۹۴/۱۰/۹ مورد تأیید شورای نگهبان قانون اساسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. اعضا و صلاحیت‌ها

به موجب دو قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۸۷ و ۱۳۹۴، هدف این شورا، حل اختلاف و صلح و سازش بین اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی است که تحت نظارت قوه قضاییه و با شرایط مقرر در این قانون تشکیل می‌گردد (مادهٔ ۱). هر شورا دارای دو نفر عضو اصلی و یک نفر عضو علی‌البدل است (مادهٔ ۳). این اعضا با پیشنهاد رییس کل دادگستری توسط رییس مرکز امور شوراها منصوب شوند (مادهٔ ۵). در هر حوزه قضایی یک یا چند نفر قاضی دادگستری که قاضی شورا نامیده می‌شوند به حکم رییس قوهٔ قضاییه فعالیت می‌کنند که ممکن است همزمان عهده‌دار امور چند شورا باشند (مادهٔ ۴). صلاحیت شورا در قانون سال ۱۳۹۴ کاهش یافت و به صلح و سازش با تراضی طرفین در کلیه امور مدنی و حقوقی، کلیه جرایم قابل‌گذشت و جنبه خصوصی جرایم غیرقابل‌گذشت محدود شد (مادهٔ ۸). شوراهای مستقر در روستاها نیز فقط صلاحیت صلح و سازش دارند (تبصرهٔ ۳ مادهٔ ۹). علاوه بر ممنوعیت صدور حکم حبس و شلاق در شورا، برخی دعاوی به هیچ وجه قابلیت طرح در شورای حل اختلاف ندارند (تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۹). صلاحیت قاضی شورا در قانون ۱۳۹۴ هم از لحاظ نصاب خواسته و هم از جهت موضوعی افزایش یافت (مادهٔ ۹). برای نمونه نصاب خواستهٔ قابل طرح یا صلاحیت نسبی به مبلغ ۲۰۰ میلیون ریال افزایش یافت و دعاوی خانواده مربوط به جهیزیه و مهریه و نفقه تا همین نصاب، تعدیل اجاره‌بها مشروط به اینکه در رابطهٔ استیجاری اختلافی نباشد، تأمین دلیل و جرایم تعزیری که صرفاً مستوجب مجازات جزای نقدی درجه هشت هستند، در صلاحیت قاضی شورای حل اختلاف قرار گرفت. این قاضی با مشورت اعضای شورا مبادرت به صدور رأی می‌نماید. همچنین، در کلیه اختلافات و دعاوی خانوادگی و سایر دعاوی مدنی دادگاه رسیدگی‌کننده می‌تواند با توجه به کیفیت دعوی یا اختلاف و امکان حل‌وفصل آن از طریق صلح و سازش فقط

یک‌بار برای مدت حداکثر تا سه ماه موضوع را به شورای حل اختلاف ارجاع نماید (مادهٔ ۱۱ این قانون).

۱-۳. تصمیمات شورا و قاضی شورا

به موجب قانون سال ۱۳۹۴ تصمیمات شورای حل اختلاف ظهور در گزارش اصلاحی داشته و این شورا قادر به صدور رأی نیست. گزارش اصلاحی در صورت حصول سازش میان طرفین با رعایت صلاحیت شورا صادر و پس از تأیید قاضی شورا به طرفین ابلاغ می‌شود و اگر سازش محقق نشود، موضوع سازش و شرایط آن به ترتیبی که واقع شده است در صورتمجلس قید و مراتب به مرجع قضایی اعلام می‌شود (مادهٔ ۲۴ قانون). برخلاف شورا، قاضی شورا حق صدور رأی دارد؛ رأیی که می‌تواند حضوری یا غیابی باشد. رأی اخیر ظرف بیست روز قابل واخواهی است اما گزارش اصلاحی قابل اعتراض نبوده و به تعبیر نه‌چندان دقیق تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۷ این قانون، قطعی است. آرای حضوری نیز ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه عمومی یا کیفری دو همان حوزهٔ قضایی نسبت است (مادهٔ ۲۷). هریک از این مراجع در صورت نقض آرای صادره، رأسا مبادرت به صدور رأی می‌نمایند. نوآوری قانون ۱۳۹۴ تأکید بر این امر است که اگر رأی شورا (که ظهور در رأی قاضی شورا با مشورت اعضای آن دارد) در نتیجهٔ تجدیدنظرخواهی به دلیل عدم صلاحیت نقض شود، مرجع تجدیدنظر (دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری دو حسب مورد) با انجام رسیدگی ماهوی مبادرت به صدور رأی می‌نماید و این رأی، رأی مرجع نخستین محسوب می‌شود که قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان است (تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۲۷). به بیان دیگر، اگر در دادگاه عمومی (حقوقی یا کیفری دو) رأی مذکور به جهت عدم صلاحیت نقض شود و موضوع در صلاحیت این محاکم باشد (فراز اخیر مادهٔ ۲۷)، به منظور جلوگیری از تهدیر وقت و هزینهٔ اصحاب دعوا، بر خلاف آیین دادرسی دادگاه تجدیدنظر (مواد ۳۴۹، ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی)، این دادگاه بنا به اصل صلاحیت مرجع عمومی به موضوع اختلاف رسیدگی ماهیتی نخستین نموده و از همین رو، رأی آن رأی دادگاه نخستین محسوب شده و مطابق اصل رسیدگی ماهیتی در دو درجه، قابل تجدیدنظرخواهی است. بر این اساس، دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری دو فقط به آنچه که مورد تجدیدنظرخواهی بوده در این مورد رسیدگی نمی‌کند و این برخلاف اصول جاافتادهٔ باب تجدیدنظرخواهی از احکام بوده و نشان‌دهندهٔ جایگاه و موقعیت فرودست شورای حل اختلاف است. به هر روی، با وجودِ تعریف نکردن مفهوم رأی قطعی در این قانون همچون قانون پیشین که موجب بروز اختلاف در خصوص جایگاه

شوراهای حل اختلاف شده، در امور مدنی به درخواست ذینفع و با دستور قاضی شورا اجرا پس از صدور برگه اجرائیه مطابق مقررات مربوط به اجرای احکام دادگاه‌ها توسط قاضی واحد اجرای احکام شورای حل اختلاف محل به عمل می‌آید (مادهٔ ۲۹). گزارش اصلاحی شورا نیز به دستور قاضی شورا توسط واحد اجرای احکام مرقوم اجرا می‌شود (تبصرهٔ مادهٔ ۲۹).

۱-۴. موقعیت شوراهای حل اختلاف در آمار

بنابر آمار و ارقام منتشرشده از سوی مرکز امور شوراهای حل اختلاف کل کشور، تا تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۵، این شورا دارای ۵۲۵۵ شعبهٔ شهری و ۴۸۷۳ شعبهٔ روستایی و مجموعا ۱۰۱۲۸ شعبه در کل کشور است. تعداد پرونده ورودی به این شورا در سال ۱۳۹۱ عبارت بوده است از ۳۴۴۳۱۵۶ پرونده به شورای حل اختلاف شهر و ۳۹۶۰۴۷ پرونده به شورای حل اختلاف روستا. از این میان ۸۲۵۳۱۸ پرونده به صلح ختم شده و در مجموع ۳۹۵۶۵۴۰ پرونده در همین سال مختومه شده است. ۵/۵ درصد پرونده‌های منجر به رأی در این سال مورد اعتراض قرار گرفته‌اند که ۸/۴ درصد آن‌ها نقض شده‌اند. ۲۵۷۸ قاضی شورا در کل کشور تا آن تاریخ فعالیت کرده‌اند که هر یک به طور میانگین به ۷۵۸ پرونده رسیدگی کرده است.[1] بدیهی است با سازمان‌دهی دوبارهٔ شورای حل اختلاف به موجب قانون ۱۳۹۴ در تعداد و ترکیب این شوراها تغییر ایجاد می‌شود.

۱-۵. موقعیت حقوقی شوراهای حل اختلاف

این که شورای حل اختلاف یک مرجع قضایی است یا غیرقضایی، به معنای اداری، در تبیین موقعیت این شوراها مؤثر است. ریشهٔ این بحث از اساس به یافتن معیاری برای تشخیص عمل قضایی از عمل اداری باز می‌گردد؛ چرا که دو قوهٔ مجریه و قضاییه هر دو قوهٔ اجرایی هستند که در مقابل قوهٔ مقننه قرار می‌گیرند. از این رو، چون هر دو اعمال اجرایی را انجام می‌دهند، باید برای جلوگیری از نقض تفکیک قوا در این دو قوه، اعمال قضایی را از اعمال اداری تشخیص داد و هر عمل را در قوهٔ مربوط متمرکز کرد. در تشخیص مرجع قضایی بررسی قضایی بودن یا نبودن عمل این مراجع مؤثر است. عملی نیز قضایی به شمار می‌آید که ترکیبی از معیارهای شکلی و ماهوی اعمال قضایی را از جمله فصل دعوا و حل مسأله حقوقی و تشریفات و شکل وقوع عمل مانند وجود آیین دادرسی سازمان‌دهی‌شده و استقلال و بی‌طرفی را در خود داشته

۱. ر.ک: رتبه‌بندی استان‌های کشور بر اساس عملکرد شوراهای حل اختلاف در سال ۹۱، در:
http://www.shoradad.ir/Default.aspx?tabid=2247

باشد.[1] به عبارت مختصر، «*مرجع قضایی نهادی است ثالث که راجع به یک اختلاف حقوقی با اعمال و اجرای قوانین ماهوی و شکلی به طور معین تصمیم‌گیری قاطع می‌کند*».[2] پس، در این که شوراهای حل اختلاف، چه در وضعیت شورا و چه در قامت قاضی شورا، در موقعیت مراجع قضایی قرار می‌گیرند و نمی‌توان اعمال آن‌ها را اداری به شمار آورد به نظر گفتگویی نیست، چه اینکه کلیهٔ اعمال این شورا یا بر اساس معیارهای صوری و خواه ماهوی در زمرهٔ اعمال قضایی قرار می‌گیرد و بر این اساس، نمی‌توان برای رأی شعبهٔ ۲۵ دیوان عالی کشور معنای دقیقی در عبارت «مرجع قضایی یا غیرقضایی» منظور نمود:

«*قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷ رسیدگی به یک سلسله دعاوی حقوقی و کیفری را تحت شرایط خاص در صلاحیت این شورا قرار داده است و مادهٔ ۸ به بعد این قانون قواعد مربوط به صلاحیت و حل اختلاف در آن را برشمرده است. با این ترتیب شورای حل اختلاف را نمی‌توان علی‌الاطلاق مرجع قضایی یا غیرقضایی تلقی نمود، لذا قرار عدم صلاحیت شمارهٔ ۰۰۳۲۱- ۱۳۹۱/۴/۱۹ شعبهٔ ۳۴ دادگاه عمومی تهران بر اساس مادهٔ ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قابلیت طرح در دیوان عالی کشور را ندارد و ارشاداً متذکر می‌شود که به نظر می‌رسد که اتخاذ تصمیم در این خصوص برعهده دادگاه باشد*».[3] امری که پیش از این در رأی شمارهٔ ۲۱/۱۶۲-۸۴/۲۰ شعبهٔ ۲۱ دیوان عالی کشور، حتی در زمان حکومت مادهٔ ۱۸۹ قانون برنامه سوم، با عبارات «[...] *شورای حل اختلاف هر چند که دادگاه به معنی اخص نمی‌باشد لکن مرجع قضایی بوده و در زیر مجموعهٔ محاکم عمومی قول قضاییه قرار می‌گیرد* [...]»[4] تبلور یافته بود. اما اینکه این مرجع قضایی عمومی است یا اختصاصی و اینکه دادگستری است یا غیردادگستری، ممکن است مجدداً بحثی قابل‌طرح باشد. برخی حقوق‌دانان، آن را در ردیف دادگاه‌های عمومی قرار داده‌اند[5] و برخی دیگر، زمانی آن را از مراجع استثنایی (اختصاصی) غیردادگستری برشمرده‌اند. بدین معنا که نصب و عزل قضات آن‌ها کلاً یا جزئاً به عهدهٔ قوهٔ مجریه بوده و از

۱. محسنی، حسن، «مفهوم مرجع قضایی»، در: ارجنامهٔ دکتر الماسی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، صص. ۵۶۲- ۵۳۹.

۲. همان، ص. ۵۵۶.

۳. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۳۰۳ به نقل از: مجموعه آرای قضایی دیوان عالی کشور (حقوقی-کیفری) در پاییز ۱۳۹۱، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضائیه، ۱۳۹۲، ص. ۹.

۴. به نقل از: بهشتی، محمدجواد؛ و نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۹.

۵. ابهری، حمید؛ و محمدرضا برزگر، آیین دادرسی مدنی (۱)، بابلسر، انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۳۹۰، صص. ۱۰۹ به بعد.

صلاحیت قوهٔ قضاییه خارج است.[1] برخی دیگر نیز مرقوم کرده‌اند که «با وجود اینکه در مادهٔ یک این قانون، هدف اصلی و اولیهٔ شورا ایجاد صلح و سازش معرفی شده است، عملاً به یک مرجع عمومی با صلاحیت محدود تبدیل شده‌اند».[2] پرواضح است که شورای حل اختلاف را با توجه به صلاحیت‌های خاص قانونی، نمی‌توان مرجع عمومی در ردیف دادگاه‌های عمومی یا حتی به عقیدهٔ برخی حقوق‌دانان به عنوان مرجع عمومی با صلاحیت محدود قرار داد و باید آن را در امور حقوقی وفق مادهٔ ۹ قانون ۱۳۹۴ مرجع قضایی نخستین با صلاحیت نسبی و موضوعی معین توصیف نمود که از لحاظ نظارت قضایی و حل اختلاف در صلاحیت، تابع دادگاه‌های عمومی هستند و در امور کیفری آن را مرجع قضایی اختصاصی دانست که استثنا در خصوص جرایم تعزیری که فقط مجازات جزای نقدی درجهٔ ۸ دارند رسیدگی می‌کند. این که اطلاق عنوان دادگاه بر آن‌ها منتفی است نیز روشن است که مانع به شمار نمی‌آید.[3] توجه به ترکیب اعضای این شورا و نحوهٔ عزل و نصب آن‌ها و قاضی شورا موضوع مواد ۳ تا ۵ قانون شوراهای حل اختلاف که مقرر داشته قاضی شورا باید از سوی رییس قوهٔ قضاییه و اعضای آن لازم است با پیشنهاد رییس کل دادگستری استان و حکم رییس مرکز امور شوراها منصوب شوند، پاسخ روشنی به مسئله‌ی دادگستری یا غیردادگستری بودن شوراهای حل اختلاف و قاضی شورا می‌دهد بدین معنا که قدر متیقن آن است که قاضی شورای حل اختلاف را نمی‌توان برخلاف نظر برخی حقوق‌دانان[4] که آن را مرجع غیردادگستری دانسته بودند، چنین دانست چرا که این شورا در مواردی که حق صدور رأی دارد اعضایش اگر چه قاضی نیستند، ولی منصوب قوهٔ قضاییه هستند که باز هم در تعریف مراجع غیردادگستری نمی‌گنجد. به بیان دیگر، شورای حل اختلاف و قاضی آن با فاصله گرفتن از هدف آغازین خود که عبارت بوده است از صلح و سازش و مشارکت مردمی در حل‌وفصل اختلافاتِ فاقد ماهیت قضایی یا با ماهیت قضایی کمتر پیچیده، امروز با هدف حل اختلاف و صلح و سازش بین اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی تحت‌نظر قوهٔ قضاییه به عنوان یک مرجع قضایی نخستین با صلاحیت نسبی و موضوعی معین در امور حقوقی و اختصاصی در امور کیفری تلقی می‌شود و نمی‌توان موقعیت آن را همچون گذشته قلمداد نمود که اعضایش مرکب بود از یک نفر به انتخاب قوه قضائیه

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، چاپ ۲۱، تهران، دراک، ۱۳۸۸، صص. ۷۶ به بعد.

۲. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین دادرسی مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص‌ص. ۷۴-۷۳.

۳. برای مطالعهٔ مفهوم دادگاه، ر.ک: شاه‌حیدری‌پور، محمدعلی، آیین دادرسی مدنی، صلاحیت دادگاه‌ها، تهران، آداک، ۱۳۹۱، ص‌ص. ۴۳-۳۴.

۴. شمس، پیشین، ص‌ص. ۷۶ به بعد.

به‌عنوان رییس شورا، و یک نفر با انتخاب شورای شهر یا بخش یا روستای مربوط حسب مورد و یک نفر معتمد محل توسط هیـأتی مرکـب از ریـیس حـوزه قضـائی، فرمانـدار، فرمانده نیروی انتظامی و امام‌جمعه و در صورت نبودن امـام جمعـه، روحـانی برجسـته محل (مادهٔ ۴ آیین نامهٔ شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۱)، به عنوان مرجعـی شـبیه مراجع قضایی یا مرجع غیردادگستری. در این موقعیت که با توجه به ورودی انبـوه ایـن شورا و نقشی که در حل‌وفصل اختلافات برای آن منظور شده قابل توجـه‌تـر مـی‌شـود، صرف‌نظر از واخواهی، آرای قاضی شورا که با مشورت اعضای شورا صادر مـی‌شـود، نـزد دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری دو قابل تجدیدنظرخواهی است و نه تنها معلوم نیسـت که دادگاه عمومی باید برای رسیدگی تجدیدنظر به مقررات باب تجدیدنظر استناد کنـد یا قواعد حاکم بر رسیدگی نخستین (جز در مـورد تبصـرهٔ ۲ مـادهٔ ۲۷ بـه شـرح فـوق) مقولهٔ طرق فوق‌العادهٔ شکایت از آرای قاضی بدان‌گونه که خـواهیم دیـد، در ابهـام قـرار دارد. در این خصوص تغییری در لایحـهٔ شـوراهای حـل اخـتلاف سـال ۱۳۹۳ و قـانون ۱۳۹۴ دیده نمی‌شود. با این حال در تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۴۷۷ قانون آیـین دادرسـی کیفـری اصلاحی سال ۱۳۹۴ رأی شورای حل اخـتلاف در کنـار آرای سـایر مراجـع قضـایی بـه عنوان رأیی معرفی شده که قابل تقاضای خلاف شرع بیّن است.[1] همچنـین، بـه موجـب مادهٔ ۳۰ قانون ۱۳۹۴ نسبت به محکومٌ‌به رأی شورا که نمود در رأی قاضی بـا مشـورت اعضای شورا دارد، می‌توان تقاضای اعمال مادهٔ ۳ قـانون نحـوهٔ اجـرای محکومیـت‌هـای مالی ۱۳۹۴ نمود.

۱-۶- رابطهٔ میان شورای حل اختلاف و دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری دو

بنا به تحلیل فوق که شورای حل اختلاف و قاضی آن را به عنـوان مرجـع قضـایی نخستین با صلاحیت نسبی و موضوعی معین معرفی نمود، پرسش این اسـت کـه میـان این دو مرجع نخستین چه ارتباطی از جهت صلاحیت وجود دارد. به موجب مواد ۱۳ تـا ۱۵ قانون شوراها، این شوراها از جهت حل اختلاف در صـلاحیت تـابع دادگـاه عمـومی می‌باشند و در صورت بروز اختلاف در صلاحیت شورا و دادگاه، نظر مرجـع اخیـر متبـع است. همچنین، آرای قاضی شورا نزد این دادگاه قابل تجدیدنظر خواهی است (مادهٔ ۲۷ این قانون). در امور کیفری نیز قاضی شورا دارای صلاحیت اختصاصـی، بـه شـرح فـوق، است. پس، در اینکه شورا و قاضی آن قادر به رسـیدگی بـه دعـاوی بـیش از صـلاحیت نسبی و موضوعی معین و اختصاصی خود، حسب مورد امور حقوقی و کیفری، نیسـتند،

۱. ر. ک: محسنی، حسن، اجرای موثر رأی و آیین اجرای محکومیت مالی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴، ص‌ص. ۱۴۱-۱۴۰.

تردیدی نمی‌توان کرد؛ آن‌چنان که اگر دعوای طاری یا مرتبط از صلاحیت شورا خارج باشد، این مرجع مکلف است رسیدگی به همهٔ دعاوی را از دادگاه عمومی بخواهد (مادهٔ ۲۱ این قانون)؛ چه، تفاوت صلاحیت به نسبت خواسته نیز، آن‌چنان که در این ماده آمده، قسمی از صلاحیت ذاتی است. وضع در حقوق فرانسه در رابطه میان دادگاه بخش (دادگاه رسیدگی) و شهرستان (دادگاه رسیدگی بزرگ) اندکی از جهت لزوم ایراد به صلاحیت و راهکار اتخاذشده متفاوت است؛ به موجب مادهٔ ۳۸ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه اگر یک دعوای طاری بیش از نصاب صلاحیت مرجع قضایی موردمراجعه باشد، در صورت ایراد به عدم صلاحیت، دادرس مختار است یا فقط در مورد دعوای ابتدایی رأی بدهد یا اینکه طرفین را نسبت به تمام دعاوی به مرجع صالح برای رسیدگی به آن دعوای طاری ارجاع دهد، مگر اینکه دعوای تقابل با خواستهٔ ضرر و زیان، منحصراً بر دعوای اصلی مبتنی باشد که در این فرض، خود می‌تواند رسیدگی کند.[1] این راه‌حل ظاهراً موجب می‌شود به منظور فرار از رسیدگی و صلاحیت شورا، اشخاص نتوانند با طرح دعاوی طاری و مرتبط به چنین مقصودی برسند؛ امری که در حقوق ما در قانون ۱۳۹۴ نیز مغفول مانده است. اما، دادگاه عمومی چه وضعیتی دارد؟ آیا این دادگاه می‌تواند به دعاوی داخل در صلاحیت شورا و قاضی آن رسیدگی کند؟ در امور کیفری با عنایت به اختصاصی بودن صلاحیت قاضی شورا پاسخ منفی به نظر می‌رسد اما، در امور حقوقی تحلیل بحث شایسته است. این بحث از گذشته در نظام حقوقی ما مطرح بوده است.[2] در حقوق فرانسه نیز این قسم اختلاف وجود دارد و منشأ آن حکم مادهٔ ۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی است که مقرر داشته «در یک اختلاف موجود طرفین همواره می‌توانند توافق کنند که تنازع آنان در یک مرجع قضایی خاص مورد رسیدگی قرار گیرد، هر چند که این مرجع از حیث نصاب خواسته صلاحیت نداشته باشد». بر این اساس، دعوایی که در صلاحیت دادگاه بخش (رسیدگی) است را طرفین می‌توانند در دادگاه شهرستان (دادگاه رسیدگی بزرگ) طرح کنند. حال آنکه مادهٔ ال ۲۱۱-۳ قانون سازمان‌دهی قضایی فرانسه[3]، دادگاه رسیدگی بزرگ را مرجع عمومی و مادهٔ ال ۲۲۱-۱ این قانون دادگاه رسیدگی را فقط صالح در دعاوی دانسته که با عنایت به موضوع و نصاب در صلاحیتش قرار گرفته است. مقنن در قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۸۷ و نیز قانون ۱۳۹۴ به این موضوع نپرداخته ولی، در مادهٔ ۱۵

۱. محسنی، حسن (مترجم)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، با دیباچهٔ پرفسور لوییک کادیه و مقدمهٔ عباس کریمی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص. ۸۷.

۲. ر.ک: متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۲، تهران، مجد، ۱۳۷۸، ص‌ص. ۲۶۴-۲۶۳.

3. Code de l'organisation judiciaire, Version consolidée au 1 octobre 2014.

آیین‌نامه قانون ۱۳۸۷، دادگاه‌ها مکلف گردیده بودند صلاحیت شورا را رعایت کرده و از پذیرش دعاوی و شکایت مربوط خودداری کنند. در اینکه آیین‌نامه نمی‌تواند حدود و طبع صلاحیت را تعریف کند، با توجه به اصل ۱۵۹ قانون اساسی که مقرر داشته «تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است» تردید هست و ممکن است از این مادهٔ آیین‌نامه نتوان ممنوعیت رسیدگی دادگاه عمومی را استنباط کرد. آن‌چنان که در ادامهٔ آن مقرر گردیده مراجع قضایی طرفین را به شورا هدایت می‌کنند و فرض صدور قرار عدم صلاحیت با عنایت به مادهٔ ۱۵ قانون شورا منتفی شده است. وانگهی، صرف‌نظر از مرجع تجدیدنظر بودن نسبت به رأی قاضی شورا، دادگاه عمومی در مواقعی باز هم می‌تواند به دعاوی داخل در صلاحیت نسبی و موضوعی شورای حل اختلاف رسیدگی نماید؛ مانند دعاوی ضرر و زیان یا مطالبه وجه به میزان نصاب صلاحیت قاضی شورا در کنار دعوای دیگری که در صلاحیت دادگاه عمومی است و تقاضای تأمین دلیل که ضمن رسیدگی به خواستهٔ اصلی که در صلاحیت شورا نیست مطرح شده‌است. با این حال باید گفت حتی موارد اخیر نیز مشمول مادهٔ ۲۱ قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۹۴ است و عمومی بودن دادگاه فوق تنها این مزیت را دارد که در محل‌های فاقد شورای حل اختلاف یا در مورد موضوعاتی که مرجع قضایی برای دادخواهی مشخص نگردیده، دادگاه عمومی قابل مراجعه است حال آن که شورای حل اختلاف چنین قابلیتی ندارد. پس اگر دادگاه عمومی به موضوعی که داخل در صلاحیت شورای حل اختلاف است رسیدگی کند، ممکن است با توجه به مادهٔ ۱۵ که از لازم‌الاتباع بودن نظر دادگاه عمومی برای شورا در صورت اختلاف در صلاحیت سخن می‌گوید، چنین نظر داد که این اقدام دادگاه عمومی موجب نقض رأی آن نخواهد بود مگر این که طرفین به این امر در دادگاه ایراد کرده باشند. چه، خصوصیتی در صلاحیت موضوع مادهٔ ۱۵ نیست و به هر حال نظر دادگاه عمومی بر شورای حل اختلاف و قاضی آن لازم‌الاتباع است و تجدیدنظرخواهی مصداق این لزوم می‌باشد. اما، عکس این وضعیت در مورد شورای حل اختلاف با توجه به عمومی نبودن آن، همان‌طور که گفته شد، قابل پذیرش نیست. با این حال، نظرات در اینجا مختلف است و ممکن است گفته شود که اختلاف این دو مرجع، اختلاف در درجه و لاجرم ذاتی است و بر این اساس، دادگاه‌های تجدیدنظر در آرای متعددی صرف‌نظر از ایراد ذینفع، رأی دادگاه عمومی را نقض و پرونده را به شورای حل اختلاف ارسال می‌نمایند. اگرچه این کار می‌تواند هم از منظر منطق حقوق و هم از جهت تحلیل اقتصادی جریان دادرسی به واسطهٔ پرهیز از دوباره‌کاری و هم از نگاه عدم ترجیح شورا و قاضی آن بر دادگاه عمومی چه از منظر آیین دادرسی و رعایت اصول دادرسی و چه از جهت نحوهٔ نصب قضات به این سمت، به

شرح فوق قابل تأمل باشد؛ امری که در مورد نقض رأی شورا در دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری دو به جهت فقدان صلاحیت وفق تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۲۷ قانون ۱۳۹۴ تا حدی مورد عنایت قرار گرفته است.

۲. طرق فوق‌العادهٔ شکایت از آرای شورای حل اختلاف

۲-۱. مفهوم و مصداق

طرق فوق‌العادهٔ شکایت از آرا در مقابل طرق عادی شکایت از آرا قرار می‌گیرند. بدان معنا که به‌طور فوق‌العاده و استثنایی و در موارد منصوص قانونی امکان استفاده از آن‌ها وجود دارد. برخلاف طرق عادی که علی‌الاصول در اختیار هر محکومٌ‌علیهی است.[۱] این طرق حتی ممکن است مورد استفادهٔ اشخاص ثالثی قرار بگیرد که رأی شورا یا قاضی آن به حقوق آنان خلل وارد کرده است. با این حال، در قانون شوراهای حل اختلاف به این طرق اشاره‌ای نشده و مقنن فقط به واخواهی و تجدیدنظرخواهی از آرای شورا یا قاضی شورا پرداخته است؛ آن‌هم بدون اینکه معلوم کند مرجع تجدیدنظر باید از چه قواعدی برای رسیدگی استفاده کند، قواعد حاکم بر رسیدگی تجدیدنظر یا آیین دادرسی دادگاه عمومی. بر این بنیاد، نه تنها مفهوم این طرق، بلکه مصداق آن تابع قانون‌های آیین دادرسی در امور مدنی و کیفری، حسب مورد، است؛ یعنی فرجام‌خواهی، اعادهٔ دادرسی و اعتراض شخص ثالث. بدیهی است در امور کیفری مقولهٔ اعتراض شخص ثالث مطرح نبوده و در این امور مسأله تجویز اعادهٔ دادرسی نسبت به رأی کیفری شورا از سوی دیوان عالی کشور مطرح است. همچنین، با توجه به مادهٔ ۱۰ قانون شوراهای حل اختلاف که عمدتاً ناظر به دعاوی قابل فرجام حقوقیِ موضوع مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی است، که قابل رسیدگی در شورای حل اختلاف یا نزد قاضی این شورا نیستند، تصور مصداق فرجام‌خواهی از آرای شورا یا قاضی شورا ممکن نیست. مگر این که گفته شود در مورد احکام قاضی شورا که با مشورت اعضا صادر می‌شود و خواستهٔ آن بیش از بیست میلیون ریال است، اگر رأی شورا به دلیل عدم تجدیدنظرخواهی ذینفع قطعی شود، باب فرجام‌خواهی برای محکومٌ‌علیه رأی قاضی شورا همچون محکومٌ‌علیه رأی دادگاه باز است. چه، قسمت اول بند الف مادهٔ ۳۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی از آرای «دادگاه‌های بدوی» سخن گفته و در حال حاضر به موجب مادهٔ ۹ قانون شوراهای حل اختلاف سال ۱۳۹۴ مرجع نخستین رسیدگی به دعاوی تا مبلغ دویست میلیون ریال شورای حل اختلاف (قاضی آن)

۱. ر. ک: متین دفتری، پیشین، ص‌ص. ۱۰۰-۹۹.

می‌باشد و اصطلاح دادگاه در آن ماده اختصاص به دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری دو ندارد. با وجود این، بررسی امکان فرجام‌خواهی از رأی قاضی شورا را به پژوهش دیگری وا می‌گذاریم. بر این اساس، در اینجا، مفهوماً به طرق شکایت فوق‌العاده از آرای حقوقی قاضی شورا و مصداقاً به اعادهٔ دادرسی و اعتراض شخص ثالث پرداخته می‌شود.

۲-۲. اعادهٔ دادرسی از رأی شورا و قاضی شورا

مقنن در قانون شوراهای حل اختلاف به امکان تقاضای اعادهٔ دادرسی از آرای شورای حل اختلاف یا قاضی شورا نپرداخته، آنچنان که اثری از این بحث در قانون ۱۳۹۴ نیز دیده نمی‌شود. اما این امکان هم از لحاظ منطق حقوقی وجود دارد و آرای این مرجع واجد خصوصیتی نیستند که آن‌ها را از آرای دادگاه‌های عمومی یا تجدیدنظر جدا کند و هم ویژگی مادر بودن قانون آیین دادرسی مدنی در اینجا توجیه‌کنندهٔ این امکان در امور حقوقی خواهد بود؛ بدان معنا که اگر مقنن حکم موضوعی را در قانونی عام مطرح کرده باشد، این حکم در مورد همان موضوع، هرچند که اختصاصاً مطرح نشده باشد، قابل تسری است. با این حال، مبنای این تجویز در اینجا را باید ویژگی امر مطرح در شورا دانست و نه مرجع آن. واقعیت این است که شورای حل اختلاف در حال رسیدگی به اموری است که در واقع در صلاحیت دادگاه عمومی بوده و به طور نسبی قانوناً در صلاحیت شورا یا قاضی شورا قرار داده شده است و این صلاحیت نسبی موجب نمی‌گردد تا آرای این مرجع از گزند امکان اعادهٔ دادرسی مصون باشد. این امر مفهوماً از مادهٔ ۱۸ قانون شوراهای حل اختلاف قابل برداشت است که مقرر نموده است: «رسیدگی قاضی شورا از حیث اصول و قواعد تابع مقررات قانون آیین دادرسی مدنی و کیفری است» و عبارات مادهٔ ۱۹ که مقرر داشته است: «رسیدگی شورا تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست» به نظر منصرف از امکان اعادهٔ دادرسی است و این طریقه را نمی‌توان به هیچ روی تشریفات آیین دادرسی دانست.[1] بر این اساس، جهات اعادهٔ دادرسی از رأی شورا و قاضی آن علی‌القاعده همان است که در قانون آیین دادرسی مدنی و به ویژه مادهٔ ۴۲۶ آمده است.

۲-۳. تجدیدنظرخواهی از رأی صادره در پی اعادهٔ دادرسی

با عطف توجه به جایگاه شورای حل اختلاف، پرسش این است که آیا این امکان وجود دارد که از رأی صادره در پی اعادهٔ دادرسی از سوی قاضی شورا (در فرض

۱. پیرامون مفهوم تشریفات دادرسی، ر.ک: محسنی، حسن، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شمارهٔ ۳۱ و ۳۲، بهار و تابستان ۱۳۸۵، ص‌ص. ۱۳۱-۹۹.

قطعیت رأی قاضی شورا) یا دادگـاه عمـومی حقـوقی (در صـورت صـدور رأی در مقـام تجدیدنظر)، محکومٌعلیه، به دادگـاه عمـومی یـا دادگـاه تجدیـدنظر اسـتان بـه منظـور تجدیدنظرخواهی از دادنامهٔ صادره مراجعه کند؟ به بیان دیگر اگر رأی مورد درخواسـت اعادهٔ دادرسی را قاضی شورا صادر نموده باشد و این رأی بـه واسـطهٔ تجدیـدنظرخواهی نکردن قطعی شده باشد، آیا محکومٌعلیه اعادهٔ دادرسی نـزد قاضـی شـورا مـی‌توانـد بـه دادگاه عمومی برای تجدیدنظر مراجعه کند؟ یا اگر رأی مورد تقاضای اعادهٔ دادرسـی از دادگاه عمومی در مقام تجدیدنظر از رأی قاضی شورا صادر شده باشد، آیا محکـومٌعلیـه می‌تواند از رأی دادگـاه عمـومی در پـی اعـادهٔ دادرسـی بـه دادگـاه تجدیـدنظر اسـتان دادخواست بدهد؟ اگرچه ممکن است گفته شود که صلاحیت دادگـاه عمـومی محـدود اسـت بـه آنچـه کـه در رأی قاضـی شـورا آمـده و اثـر انتقـالی محـدود اسـت بـه تجدیدنظرخواهی انجام‌شده اما، از آنجا که قانون شورای حـل اخـتلاف ۱۳۹۴ همچـون قانون قبلی در این‌باره حکمی ندارد باید دید پاسخ قانون آیین دادرسـی مـدنی در ایـن مورد چیست؟ پیش از ورود به این بحث باید متـذکر شـد کـه بـا توجـه بـه صـلاحیت محدود شورا در سازش و صلح و با عنایت به این کـه اعـادهٔ دادرسـی مخصـوص احکـام است، فرض اعادهٔ دادرسی از گزارش اصلاحی شورا منتفی است و ایـن گفتگـو منصـرف است به رأی قاضی شورا در چارچوب مادهٔ ۹ آن قانون که یا بـا عـدم تجدیـدنظرخواهی قطعی گردیده یا درپی این کار منتهی به رأی دادگاه عمومی شده اسـت. بـا عنایـت بـه سکوت مقنن در قانون شوراهای حل اختلاف و شـمول مقـررات قـانون آیـین دادرسـی مدنی در این مورد، توجه به مادهٔ ۴۳۸ قانون اخیر ممکن است راهگشـا باشـد: «هرگـاه پس از رسیدگی، دادگاه درخواست اعاده دادرسـی را وارد تشـخیص دهـد، حکـم مـورد اعاده دادرسی را نقض و حکم مقتضی صادر می‌نماید. در صورتی کـه درخواسـت اعـاده دادرسی راجع به قسمتی از حکم باشد، فقط همان قسمت نقض یا اصلاح می‌گردد. ایـن حکم از حیث تجدیدنظر و فرجام‌خواهی تابع مقررات مربوط خواهد بود.» عبارت اخرای این ماده که تأکید نموده حکم صـادره در پـی اعـادهٔ دادرسـی «از حیـث تجدیـدنظر و فرجام تابع مقررات مربوط» خواهد بود، منظور نظر نگارنده در اینجا اسـت، بـدین معنـا که باید در «مقررات مربوط» بررسی کرد که آیا رأی قاضی شورا قابل تجدیـدنظر اسـت یا خیر که مورد اخیر نزد دادگاه عمومی ممکن است، و اینکه آیا رأی دادگاه عمومی کـه در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی قاضی شورا صادر گردیده قابـل تجدیـدنظر دوبـاره در دادگاه استان است یا خیر، که محل گفتگوست. چرا که مقنن در این‌باره حکمـی مقـرر نکرده است. به بیان دیگر، اگر «مقررات مربوط» اجازهٔ تجدیـدنظرخواهی از رأی دادگـاه عمومی در مقام تجدیدنظرخواهی دوم از رأی قاضی شورا را بدهد، رأی ایـن دادگـاه در پی اعادهٔ دادرسی نیز از همان وضعیت تبعیت می‌کند. بر این اساس، اگر اعادهٔ دادرسـی

از رأی قاضی شورا خواسته شود که به دلیل عدم تجدیدنظرخواهی قطعی شده است، رأی قاضی شورا در نتیجهٔ اعادهٔ دادرسی، از آن جا که رأی مورد اعادهٔ دادرسی قابل تجدیدنظر در دادگاه عمومی است، در این امر نیز از آن تبعیت می‌کند. این پاسخ منطقی است؛ چرا که رأی صادره در پی اعادهٔ دادرسی نمی‌تواند امکانی بیشتر از رأی مورد اعادهٔ دادرسی برای ذینفع فراهم کند. اما وضعیت رأی دادگاه عمومی و امکان یا عدم امکان مراجعه به دادگاه تجدیدنظر استان پیچیده‌تر است. چه، رسیدگی دادگاه عمومی به اعادهٔ دادرسی فقط در یک مرحله انجام گرفته و اصل رسیدگی ماهوی در دو درجه اجرا نشده است. همچنین، نپذیرفتن این امکان موجب می‌شود رأی قاضی شورا نسبت به رأیی که بدون تجدیدنظرخواهی قطعی شده (با استناد به مادهٔ ۴۳۸) قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه عمومی باشد ولی، رأی دادگاه عمومی فاقد چنین ویژگی در دادگاه استان خواهد بود؛ امری که منطقی به نظر نمی‌رسد.پس، اگر این علل موجه باشد آیا می‌توان پذیرفت که رأی دادگاه عمومی در پی اعادهٔ دادرسی، قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان است؟

۲-۴. موقعیت بحث در رویه قضایی

از دیوان عالی کشور به عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی رأیی در خصوص خود موضوع در دسترس نیست اما، مطالعهٔ دو رأی که یکی به پیش از انقلاب و زمان حکومت قوانین دادگاه شهرستان و بخش است از دادگاه استان مرکز و دیگری رأی وحدت رویه‌ای است مربوط به زمان جریان قوانین دادگاه‌های حقوقی یک و دو ممکن است مفید باشد. شعبهٔ پنجم دادگاه استان مرکز پیرامون این که اگر رأیی از دادگاه شهرستان از باب پژوهش‌خواهی از رأی دادگاه بخش صادر شود، آیا می‌توان در دادگاه استان پژوهش‌خواهی نمود یا خیر، در رأیی چنین استدلال کرده است: «*نظر به اینکه رسیدگی دادگاه شهرستان در این مورد به عنوان پژوهش‌خواهی از دادنامهٔ صادر از دادگاه بخش بوده و دادگاه مزبور با فسخ دادنامه بخش به صدور حکم مبادرت نموده بنا براین، دادنامهٔ مزبور که در مرحلهٔ پژوهشی صادر گردیده قابل پژوهش‌خواهی در دادگاه استان نیست.*»[۱]

و نیز هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شمارهٔ ۵۵۵ مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۰ در خصوص تجدیدنظرخواهی از رأی دادگاه حقوقی یک در فرض پرسش این مقاله چنین مقرر نموده است:

۱. به نقل از : مجموعهٔ رویهٔ قضایی، آرشیو حقوقی کیهان، آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، جلد دوم – آراء مدنی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۵۳، ص‌ص. ۴۸۷-۴۸۴.

«قرار رد درخواست اعادهٔ دادرسی از حکمی که دادگاه حقوقی یک در مرحلهٔ رسیدگی تجدیدنظر صادر نماید به اعتبار قطعی بودن حکم راجع به اصل دعوی قطعی محسوب و قابل رسیدگی تجدیدنظر در دیوان عالی کشور نیست.»[1]

ممکن است مفهوم این آرا را بر رابطهٔ میان دادگاه عمومی و دادگاه تجدیدنظر استان در اعادهٔ دادرسی از رأی قاضی شورا قابل تطبیق دانست؛ بدین نحو که از آنجا که رأی صادره از دادگاه عمومی در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی قاضی شورا قطعی است و قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان نمی‌باشد. اما، واقعیت این است که نه مقنن در قانون شوراهای حل اختلاف در خصوص قطعیت رأی دادگاه عمومی حکمی مقرر کرده آن چنان که ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضاییه به دلیل این ابهام ناگزیر گردیده در نظریهٔ ۷/۹۲/۴۷۱ مورخ ۱۳۹۲/۳/۱۳ خود برای رفع ابهام نظر بدهد:

«آرای دادگاه‌های عمومی که در مقام رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای قاضی شورای حل اختلاف صادر می‌شود، قطعی و غیرقابل تجدیدنظر است».

همچنین، جایگاه این شورا به عنوان یک مرجع قضایی نخستین با صلاحیت نسبی معین در امور حقوقی که آن را زیر نظر دادگاه عمومی قرار داده، چنین نتیجه‌ای را به طور مستقیم ایجاب می‌کند. وانگهی، رعایت اصل رسیدگی ماهیتی در دو درجه نیز در اینجا ممکن است نظر عکس را تقویت کند. پس در این که موضوع دارای ابهام است گفتگویی نیست. با این حال، رویه قضایی کنونی به همان سمتی حرکت نموده که آرای فوق مقرر داشته‌اند. برای نمونه، شعبهٔ ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأیی پیرامون همین موضوع چنین حکم کرده است:

«دادگاه با عنایت به این که رأی صادره شمارهٔ ۱۴۳ به لحاظ این که در مقام پژوهش‌خواهی از دادنامهٔ شورای حل اختلاف صادر گردیده و اصل آن قابل رسیدگی در محاکم تجدیدنظر نمی‌باشد متفرعات آرای مذکور از جمله اعادهٔ دادرسی یا اعتراض به آن قابل طرح در آن مرجع نبوده، مستند به مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع تجدیدنظرخواهی را صادر و اعلام می‌نماید رأی دادگاه قطعی است.»[2]

صرف‌نظر از عدم امکان استنباط معنای مصطلح برای واژهٔ «متفرعات آرا» در این رأی و اینکه عمل دادگاه برای رد تجدیدنظرخواهی باید در شکل قرار عدم استماع متبلور شود یا غیر آن، شعبهٔ ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه‌ای دیگر

۱. به نقل از: مجموعه آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، انتشارات روزنامهٔ رسمی، ۱۳۸۸، ص. ۳۷۳.

۲. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۸۷۰-۱۳۹۱/۷/۲۲ به نقل از: مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر (حقوقی) در مهر ۱۳۹۱، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضائیه، ۱۳۹۳، ص. ۲۴.

چنین حکم کرده: «*قطع نظر از صحت و سقم موضوع، نظر به اینکه برابر مادهٔ ۳۱ قانون شوراهای حل اختلاف آرای صادره از شورای حل اختلاف قابل تجدیدنظر خواهی در محاکم عمومی می‌باشد که این محاکم در مقام تجدیدنظرخواهی مبادرت به انشای رأی می‌نماید که آرای صادره از آن قطعی می‌باشد، لذا آرای صادره از دادگاه عمومی که در مقام اعادهٔ دادرسی نسبت به آرای صادره در مقام تجدیدنظر نیز صادر می‌گردد، قطعی و قابلیت تجدیدنظرخواهی ندارد.*

لذا این دادگاه به لحاظ غیرقابل تجدیدنظرخواهی بودن رأی معترض‌عنه، قرار رد تجدیدنظرخواهی را صادر و اعلام می‌نماید.

رأی صادره قطعی است»[1].شعبهٔ ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه‌ای دیگر مجدداً بر همین رویه تأکید نموده است: «*نظر به اینکه شعبهٔ اول دادگاه عمومی فشافویه به عنوان مرجع ذیصلاح در جهت رسیدگی به اعتراض واصله به آرای شورای حل اختلاف پرونده امر را به عنوان مرجع تجدیدنظر مورد بررسی قرارداده و از آنجا که آرای صادره از مرجع یادشده قطعی بوده لذا اظهارنظر انجام‌شده راجع به درخواست اعادهٔ دادرسی تجدیدنظرخواه نیز به اعتبار رأی قطعی صادره می‌بایستی قطعی و غیرقابل اعتراض باشد [...] بر همین اساس دادگاه موجبی برای رسیدگی ماهوی ندیده، به استناد مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی مدنی نظر به عدم قابلیت استماع بودن*[2] *تجدیدنظرخواهی به عمل آمده به اعتبار قطعی بودن رأی شمارهٔ ۴۹ مورخه ۱۳۹۳/۲/۸ صادره از شعبهٔ اول دادگاه عمومی فشافویه قرار رد تجدیدنظرخواهی [...] را صادر و اعلام می‌نماید.*»[3]

در موارد فوق محاکم نخستین آرای صادره را قابل تجدیدنظر توصیف نموده بودند اما، رویهٔ دادگاه‌های تجدیدنظر حکایت از عدم امکان تجدیدنظرخواهی از رأی صادره در پی اعادهٔ دادرسی از رأی دادگاه عمومی که خود در مقام تجدیدنظر از رأی قاضی شورا صادر گردیده، بدون استناد به مادهٔ ۴۳۸ قانون آیین دادرسی مدنی، استوار است؛ امری که هم از جهت قطعیت رأی دادگاه عمومی و هم از منظر جایگاه شورای حل اختلاف و هم مقایسه با رأی قاضی شورا در مقام اعادهٔ دادرسی قابل بحث و گفتگوست.

۱. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۶۹۲-۱۳۹۱/۶/۲۶ به نقل از: مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر (حقوقی) در شهریور ۱۳۹۱، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضائیه، ۱۳۹۲، ص. ۳۳.

۲. روشن است که «بودن» در این عبارت زاید است، اما از آنجا که متن رأی عیناً همین‌گونه به نگارش در آمده است، از اصلاح آن خودداری گردید.

۳. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۰۸۰۱-۱۳۹۳/۶/۲۵ صادره از شعبهٔ ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۲-۵. تجدیدنظرخواهی از رأی صادره در پی اعتراض شخص ثالث

موقعیت بحث در خصوص اعتراض شخص ثالث از دو جهت بغرنج‌تر است. نخست اینکه در قانون آیین دادرسی مدنی حکمی مشابه مادهٔ ۴۳۸ این قانون در باب اعادهٔ دادرسی دیده نمی‌شود؛ دوم آنکه برخورد رویهٔ قضایی با این پرسش به‌روشنی آرای صادره در اعادهٔ دادرسی نیست. پس ممکن نیست در قانون برای این پرسش پاسخی بیابیم و شاهد آرای پرشمار رویه قضایی باشیم. از جهت تطبیقی مادهٔ ۵۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در این‌باره چنین مقرر داشته است: «نسبت به رأی صادره در خصوص اعتراض شخص ثالث، به همان روشی که تصمیمات مرجع قضایی صادرکننده قابل شکایت هستند، می‌توان شکایت کرد»[1] برای نمونه در رأیی شعبهٔ دوم دیوان عالی کشور فرانسه چنین حکم کرده است: «*از آنجا که رأی مورد اعتراض شخص ثالث از مرجع نخستین صادرشده زیرا حاوی خواسته‌ای غیرمالی بوده و اینکه اعتراض شخص ثالث نسبت به تمام رأی انجام شده، رأی مورد شکایت نزد دیوان عالی کشور، در مورد اعتراض شخص ثالث، قابل پژوهش‌خواهی است و در نتیجه فرجام‌خواهی مردود است*»[2]

بر این اساس، امکان یا عدم امکان شکایت از رأی صادره در پی اعتراض شخص ثالث به چگونگی شکایت از آرای مرجع صادرکنندهٔ رأی وابسته است پس، اگر رأی مرجع صادرکننده قابل تجدیدنظر باشد، رأی صادره در پی اعتراض شخص ثالث نیز چنین است و اگر این ویژگی را نداشته باشد پاسخ منفی است. در فرض پرسش ما نیز ممکن است همچون اعادهٔ دادرسی قائل به امکان تجدیدنظرخواهی از اعتراض شخص ثالث از رأی شورا نزد قاضی شورا و عدم امکان انجام این کار از رأی دادگاه عمومی درپی اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی این دادگاه که در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی قاضی شورا صادر گردیده بود.

این تحلیل، ممکن است به همان دو جهتی که موقعیت بحث اعتراض شخص ثالث را بغرنج‌تر نموده قابل ایراد باشد. وانگهی، حذف امکان تجدیدنظرخواهی نیازمند ارادهٔ صریح مقنن است. با وجود این، شعبهٔ ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأیی چنین حکم کرده است:

«*دادگاه با عنایت به این که رأی صادره در مقام رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از رأی قاضی شورای حل اختلاف قطعی بوده و بالنتیجه رأی صادره در مقام رسیدگی به*

۱. محسنی، آیین دادرسی مدنی فرانسه، پیشین، ص. ۲۵۱.

2. Cass. 2e civ. 1ère févr. 1995 : JCP 1995, IV, 786 cité par: Code de procédure civile, par: Loïc Cadiet, Paris, Litec. 2010, p. 426, Art 592, note 3.

اعتراض شخص ثالث نیز قطعی است، موجبی برای رسیدگی در این مرحله نمی‌باشد مستندا به مادهٔ ۳۳۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار رد تجدیدنظرخواهی نامبردگان را صادر و اعلام می‌دارد.»[1]

این شعبه در جستجوی استنادی برای رد تجدیدنظرخواهی مستمسکی همچون مادهٔ ۴۳۸ قانون آیین دادرسی و رویهٔ قضایی نداشته است. از این رو، مبنای اصل رسیدگی ماهوی در دو درجه را در این مورد نشانه رفته و به مادهٔ ۳۳۰ استناد کرده است که مقرر می‌دارد: «آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور حقوقی قطعی است، مگر در مواردی که طبق قانون قابل درخواست تجدیدنظر باشد» حال آنکه اصل قطعیت آرای این دادگاه‌ها با توجه به استثنائات پرشماری که به زعم عده‌ای از حقوق‌دانان «مستثنا (آرای قابل تجدیدنظر) به مراتب حوزه‌ای وسیع‌تر از اصل دارد»[2] و به بیان اصولی موجب تخصیص اکثر شده که مستهجن است و نمی‌توان در موارد مشکوک بدان استناد کرد چرا که ممکن است این موارد نیز از شمول آن خارج شده باشند. همچنین، قبول اصل قطعیت رأی «با توجه به اصول بنیادین پذیرفته‌شده در نظام‌های حقوقی متمدن دشوار می‌باشد.»[3] وانگهی، قطعیت آرای دادگاه‌های عمومی در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی قاضی شورا، با توجه به سکوت مقنن در قانون شوراهای حل اختلاف محل بحث است. پس، در فرضی که حکمی همچون مادهٔ ۴۳۸ در اینجا وجود ندارد و قطعی بودن رأی دادگاه‌های عمومی در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی شورا و اصل قطعیت آرای دادگاه‌های عمومی وفق مادهٔ ۳۳۰ محل تردید است، محروم کردن ذینفعان از حق تجدیدنظرخواهی در فرض مورد پرسش قابلیت توجیه ندارد؛ به‌ویژه آنکه اصل موضوع مورد اختلاف از رسیدگی دادگاه عمومی نیز بی‌بهره بوده است.

۱. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۱۹۱-۱۳۹۳/۲/۲۹ صادره از شعبهٔ ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، چاپ ۲۰، تهران، دراک، ۱۳۸۷، ص. ۳۱۹.
۳. کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی، تهران، مجد، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۲.

نتیجه‌گیری

آنکه موقعیت کنونی شوراهای حل اختلاف چه از نظر آماری و چه از منظر حقوقی، شناسایی این مراجع قضایی به عنوان مراجعی با صلاحیت نسبی زیر نظر دادگاه‌های عمومی را ایجاب می‌کند و این امر به نوبهٔ خود لزوم تدوین مقررات آیین دادرسی متناسب یا موقعیت شورای حل اختلاف در نظم حقوقی کنونی را واجب می‌گرداند، حال آنکه در لایحهٔ اخیر شوراهای حل اختلاف مورخ ۱۳۹۳/۶/۳۰ به این امر توجه کافی نشده است. به‌ویژه آنکه آمار سالانه حکایت از شمار زیاد ورودی‌های پرونده در این مرجع دارد.

از سوی دیگر، شورای حل اختلاف و قاضی آن تحت نظر دادگاه عمومی هستند و نسبی بودن مفهوم صلاحیت شورا در امور حقوقی نسبت به صلاحیت دادگاه عمومی موجب می‌شود رابطهٔ میان این شورا و دادگاه بدین نحو تبیین شود که شورا و قاضی آن حق ورود به دعاوی و شکایات افزون بر صلاحیت خود یا خارج از آن را ندارند. همچنین ممکن است گفته شود که دادگاه عمومی در امور حقوقی به دلیل عدم ترجیح قاضی شورا بر آن از هر جهت، نه‌تنها در فرضی که شورا در محل تشکیل نشده یا مرجع دادخواهی در موضوعی مشخص نگردیده، می‌تواند در امور حقوقی داخل در صلاحیت شورا رأی دهد و رأی آن از لحاظ منطق حقوقی صحیح است، نظری که قابل تأیید نیست و جای آن داشت مقنن در لایحهٔ کنونی شوراهای حل اختلاف در این زمینه تعیین تکلیف می‌کرد.

همچنین، در باب امکان استفاده از طرق فوق‌العادهٔ شکایت از آرا، قانون کنونی شوراهای حل اختلاف ساکت است و موضوع مشمول قانون آیین دادرسی مدنی است. اعادهٔ دادرسی و اعتراض شخص ثالث منطقاً و با تشبث به تعبیری از مواد ۱۸ و ۱۹ قانون شوراهای حل اختلاف ممکن است. با این حال، اعادهٔ دادرسی از گزارش اصلاحی شورا با توجه به حدود صلاحیتش ممتنع است ولی، رأی قاضی شورا و دادگاه عمومی در مقام تجدیدنظرخواهی باید از چنین امکانی برخوردار باشد. همچنین است اعتراض شخص ثالث از رأی قاضی شورا و دادگاه عمومی در مقام مذکور.

در اینکه می‌توان از رأی قاضی شورا در پی اعادهٔ دادرسی یا رأی دادگاه عمومی در مقام تجدیدنظر در پی این طریقه شکایت در مرجع تجدیدنظر، حسب مورد، دادگاه عمومی یا دادگاه تجدیدنظر استان، تجدیدنظرخواهی کرد نیز مقررات قانون شورای حل اختلاف ساکت است. عمومات قانون آیین دادرسی مدنی و به‌ویژه مادهٔ ۴۳۸ این قانون

موضوع را تابع قواعد مربوط به مرجع قضایی صادرکنندهٔ رأی مورد اعادهٔ دادرسی دانسته است. بر این اساس، وفق مقررات رأی قاضی شورا در مورد اعادهٔ دادرسی قابل تجدیدنظر نزد دادگاه عمومی است ولی، رأی این دادگاه بنابر رویهٔ قضایی پیش و پس از انقلاب اسلامی در مصادیق مشابه و نیز آرای کنونی دادگاه‌های تجدیدنظر فاقد این ویژگی برای مراجعه به دادگاه تجدیدنظر استان است. اگر چه در قطعی بودن رأی دادگاه عمومی در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی قاضی شورا بحث است و جایگاه شورای حل اختلاف و اصل رسیدگی ماهوی در دو درجه و کیفیت آرای شورای حل اختلاف ممکن است از این امکان حمایت کند.

وضعیت امکان تجدیدنظر از رأی صادره در پی اعتراض شخص ثالث در دادگاه عمومی که پیش از این در مقام تجدیدنظر از رأی قاضی شورا عمل کرده بغرنج‌تر است. چه، در قانون شوراهای حل اختلاف باز موضوع بررسی نشده و ماده‌ای همچون مادهٔ ۴۳۸ در قانون آیین دادرسی مدنی در باب اعتراض شخص ثالث دیده نمی‌شود و جایگاه شورای حل اختلاف مسأله را قابل تأمل می‌کند. تنها رأیی که از دادگاه‌ها در دسترس است، ممنوعیت را با مادهٔ ۳۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی که از اصل قطعیت رأی دادگاه عمومی سخن گفته توجیه نموده است؛ حال آن که اصل بحث قطعی بودن محل گفتگو است.

به نظر می‌رسد در قانون جدید شورای حل اختلاف صرفاً مقررات قانون پیشین با اندک تغییرات تکرار شده است و با توجه به جایگاه این شورا به عنوان یک مرجع قضایی نخستین با صلاحیت نسبی و موضوعی معین و نیاز آیین دادرسی آن، احکام تدوین نشده‌اند.

منابع

- ابهری، حمید؛ و محمدرضا برزگر، آیین دادرسی مدنی (۱)، بابلسر، انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۳۹۰.
- ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ و علی یوسفی آهنگرکلایی، «ملاحظاتی پیرامون شورای حل اختلاف»، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۶ (۳)، پائیز و زمستان ۱۳۸۳.
- بهشتی، محمدجواد؛ و نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- خالقی، علی، «شورای حل اختلاف، گامی بلند ولی متزلزل»، مجلهٔ تحقیقات حقوقی، پائیز ۱۳۸۲، شمارهٔ ۳۷.
- شاه‌حیدری پور، محمدعلی، آیین دادرسی مدنی: صلاحیت دادگاه‌ها، تهران، آداک، ۱۳۹۱.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، چاپ ۲۱، تهران، دراک، ۱۳۸۸.
- ـــــــــــ، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، چاپ ۲۰، تهران، دراک، ۱۳۸۷.
- کاشانی، محمود، «بررسی حقوقی لایحهٔ شورای حل اختلاف و نهاد قاضی تحکیم»، مجلهٔ کانون وکلای دادگستری مرکز، شمارهٔ ۱۹۲ و ۱۹۳، ۱۳۸۵.
- کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی، تهران، مجد، ۱۳۸۶.
- متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۲، تهران، مجد، ۱۳۷۸.
- مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر (حقوقی)، شهریور ۱۳۹۱، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضاییه، ۱۳۹۲.
- مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر (حقوقی) در مهر ۱۳۹۱، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضاییه، ۱۳۹۳.
- مجموعه آرای قضایی دیوان عالی کشور (حقوقی-کیفری) در پائیز ۱۳۹۱، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضاییه، ۱۳۹۲.
- مجموعهٔ رویهٔ قضایی، آرشیو حقوقی کیهان، آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، جلد دوم – آراء مدنی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۵۳.
- مجموعه آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، انتشارات روزنامهٔ رسمی، ۱۳۸۸.
- محسنی، حسن، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شمارهٔ ۳۱ و ۳۲، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
- ـــــــــــ، «مفهوم مرجع قضایی»، در: ارجنامهٔ الماسی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
- ـــــــــــ (مترجم)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، با دیباچهٔ پرفسور لوییک کادیه و مقدمهٔ عباس کریمی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.

- محسنی، حسن، اجرای موثر رأی و آیین اجرای محکومیت مالی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
- موسوی مقدم، محمد، «صلاحیت شورای حل اختلاف در رسیدگی به امور حقوقی»، مجلهٔ کانون وکلای دادگستری مرکز، شمارهٔ ۱۹۴ و ۱۹۵، ۱۳۸۵.
- یوسف‌زاده، مرتضی، آیین دادرسی مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.

پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران

فردین مرادخانی*

چکیده

نظریه تفکیک قوا یکی از مهم‌ترین نظریه‌ها و مفاهیم در حقوق عمومی می‌باشد که نخستین بار توسط مونتسکیو به صورت یک نظریه منسجم ارائه شد. برداشت‌ها و سنت‌های متفاوت و متعددی از این مفهوم در کشورهای مختلف به وجود آمده است. ایرانیان نیز برای نخستین‌بار از خلال انقلاب مشروطیت با این مفهوم از طریق نوشته‌های روشنفکران آشنا شدند و در قانون اساسی مشروطه به آن اشاره کردند. در این مقاله پس از نگاهی به مفهوم تفکیک قوا و سنت‌های آن، تجربه ایرانیان را در خصوص این مفهوم در نوشته‌های روشنفکران و فقها و تجربه مهم مجلس اول بررسی خواهیم نمود. یکی از بحران‌های اصلی مجلس اول بحران تفکیک قوا بود زیرا در حقیقت وظایف هیچ‌کدام از نهادها مشخص نبود. از این رو نمایندگان این مجلس، وارد بحث‌هایی شدند که بسیاری از مسائل مربوط به تفکیک قوا از جمله رابطه مجریه و مقننه، مسئولیت وزرا در برابر مجلس، تفکیک سلطنت از حکومت و موارد دیگر را روشن ساخت.

کلیدواژه‌ها: تفکیک قوا، پارلمان، نظارت و تعادل، مسئولیت.

* استادیار حقوق عمومی دانشگاه بوعلی سینا همدان moradkhani.fardin@yahoo.com

مقدمه

نظریه تفکیک قوا را بسیاری مهم‌ترین ابزار تحدید قدرت خوانده‌اند. اساس این نظریه بر این است که هریک از شاخه‌های قدرت باید وظیفه مشخصی داشته باشد.[۱] وظیفه مقننه وضع قوانین و مقررات، وظیفه مجریه انطباق آن‌ها بر موارد خاص است و قضاییه نیز اعمال مجریه را کنترل کرده و به اختلافات رسیدگی می‌کند.[۲]

این نظریه به صورت منسجم و به عنوان ابزاری برای تحدید قدرت به صورت آگاهانه توسط مونتسکیو به کار گرفته شد. پیش از مونتسکیو ریشه‌هایی تاریخی وجود داشت و کسانی دیگر در این باب سخن گفته بودند. اما این مونتسکیو بود که آن را به عنوان تفکیک نهادها به کار برد و هدف آن را تحدید قدرت اعلام کرد. برای مثال مجلس سنای روم متشکل از بزرگان و خانواده‌های معروف بود، اما در این مجلس صرفاً لوایح پیشنهادی یک کنسول بررسی می‌شد و مجلس قانون‌گذاری نبود.[۳] ارسطو نیز در کتاب چهارم از تفکیک قوا و سه قدرت یاد می‌کند،[۴] اما در اندیشه او این سه قدرت جدا نبودند و در یک فرد یا هیأت جمع می‌شدند؛ یا به نظر وبر در فئودالیسم اروپایی صورتی ابتدایی از تفکیک قوا وجود داشت که بعدها در رژیم‌های مشروطه از آن استفاده شد.[۵] در کنار نظریه تفکیک قوا، نظریه اختلاط قوا نیز از دیرباز مطرح بود که متعلق به روم است[۶] و نخست توسط پولیبیوس ارائه شد. آنچه پولیبیوس می‌گفت ربطی به تفکیک کارکردهای دولت نداشت. زیرا او می‌خواست این مسأله را نشان دهد که منافع مختلف اجتماعی در ساختار حکومت در اعمال قدرت سیاسی بازتاب یابد.[۷]

۱. ویژگی‌های نظریه تفکیک قوا

از آنجا که هیچ اندیشه‌ای از خلأ بر نمی‌خیزد، بی‌شک بسط نظریه تفکیک قوا و مطرح کردن آن با مطالعه تفکرات گذشته و رشد آن سنت فکری ممکن می‌شود. اهمیت نظریه مونتسکیو گذشته از بهره‌گیری از امکانات گذشته فراتر رفتن از تمام

۱. استار، پل، قدرت آزادی، ترجمه فریدون مجلسی، نشر ثالث، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۱.
۲. بوشهری، جعفر، حقوق اساسی، جلد اول، چاپ نهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۵، ص. ۴۶.
۳. کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۲، ص. ۸۷
۴. ارسطو، سیاست، ترجمه حمید عنایت، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، ۱۳۸۷، ص. ۱۸۷.
۵. پارکین، فرانک، ماکس وبر، ترجمه شهناز مسمی‌پرست، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص. ۱۱۸.
6. Alder John, General Principle of Constitutional and Administrative Law, Palgrave Macmillan, 2002, p. 107.
۷. بلامی، ریچارد، «شکل سیاسی قانون اساسی»، ترجمه محسن حسنوند، نشریه حقوق اساسی، شماره ۴، تابستان ۱۳۸۴، ص. ۹۵.

بحث‌های پیش از خود است. ضابطه او برای تفکیک قوا، قانون بود و این نظریه را نیز در کتابی که درباره قانون نگاشت، مطرح کرد. او میان سه قدرت مقننه، مجریه و قضاییه تفکیک قائل شد. به باور مونتسکیو در هر حکومتی «سه وجه از قدرت»[1] وجود دارد که هریک کار خود را می‌کنند و از هم تفکیک شده‌اند. اول مقننه که به‌وسیله آن پادشاه با قانون‌گذاران برای یک مدت معین یا برای همیشه قوانینی وضع می‌کنند و قوانین موجود را اصلاح یا الغا می‌کنند، دوم قوه اجراکننده که مربوط به حقوق بین‌المللی است و به‌وسیله آن دولت امنیت خارجی کشور را برقرار می‌سازد، از حمله جانب جلوگیری می‌کند، جنگ می‌کند، صلح می‌کند، سفیر می‌فرستد و ... . سوم قوه مجریه اموری که مربوط به حقوق مدنی است و به‌وسیله آن در اختلافات بین افراد قضاوت می‌کنند که آن را قوه قضاییه هم می‌نامند. به باور او وقتی قوه مقننه و مجریه در یک فرد یا نهاد جمع گردند و در اختیار شخصی یا هیأتی قرار گیرد، دیگر آزادی وجود نخواهد داشت.[2] به نظر او مجریه و مقننه را می‌توان به دست یک شخص یا هیأت داد، اما قضاییه باید در دست هیأتی از مردم باشد و چون احکام قضایی باید طبق نص قواعد و قانون باشند و قاضی فقط زبان قانون است، بنابراین قضاییه هیچ است.[3] هدف اصلی او از این تقسیم‌بندی بررسی آزادی در نظام‌های سیاسی بود.[4] تفکیک قوا را منعکس‌کننده زندگی و سمبل‌های ربع آخر قرن ۱۸ دانسته‌اند[5] و مونتسکیو که فرزند زمان خود بود توانست آن را به بهترین وجه ارائه دهد. او از لاک هم تأثیر فراوانی پذیرفت؛ اگر چه در نظریه لاک تعدیل‌هایی کرد. به باور لاک چون انسان موجودی ضعیف است، اگر افرادی که قانون‌گذاری در دست آنهاست اجرای آن را نیز در دست داشته باشند سوءاستفاده از قدرت بسیار خواهد شد.[6] لاک وظیفه مقننه را فقط تقنین می‌دانست و به نظارت آن بر مجریه اعتقادی نداشت. اما سخنان مونتسکیو متفاوت بود. زیرا او معتقد به نهادسازی و ایجاد نهادها بود و بر آن بود که باید نهادهایی تعبیه شوند که وظایف قوا از طریق آن‌ها انجام شود و قوا هم در ارتباط و تعامل با هم باشند. لاک فقط به تفکیک مقننه از مجریه اشاره کرد و هیچ اشاره‌ای به قضاییه ننمود.

۱. طباطبایی، سیدجواد، نظام‌های نوآیین در اندیشه سیاسی، انتشارات مینوی خرد، ۱۳۹۳، ص. ۳۸۰.
۲. مونتسکیو، شارل، روح‌القوانین، ترجمه علی اکبر مهتدی، چاپ ششم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۹، ص. ۲۹۷.
۳. نویمان، فرانتس، آزادی قدرت و قانون، ترجمه عزت‌الله فولادوند، انتشارات خوارزمی، ۱۳۷۳، ص. ۲۹۷.
۴. طباطبایی، پیشین، ص‌ص. ۳۷۷ و ۴۰۳.
5. Cosper, Samuel, "Considering Power in Separation of Power", Stanford Law Review, Vol. 46, June 1994, p. 20.
۶. علوی، پرویز؛ و نادعلی صادقیان، «ریشه‌های فکری اصل تفکیک قوا»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۸۹، ص. ۲۶۳.

او بر آن بود که چون کار تقنین همیشگی نیست، لزومی به دائمی بودن آن نیست. او همچنین مجریه را در فدراتیو حل می‌کرد.[1] مونتسکیو یک فیلسوف نبود و نظریه او نیز نه یک اصل کلی فلسفی که نتیجه مشاهدات او در تشکیلات سیاسی و اداری انگلستان بود که او آن را علت آسایش انگلیس دانسته بود.[2] اهمیت مونتسکیو در آن است که توانست همچون بسیاری از متفکران تمام سلسله مباحث مربوط به یک بحث را به صورت یک‌جا و منسجم ارائه دهد. نوشته‌های مونتسکیو و افکار او با نقدهایی هم مواجه شد. در فرانسه بنژامین کنستانت از منتقدان تفکیک قوای او بود. او از پنج شاخه یا قدرت سلطنتی، اجرایی، قضایی، مجموعه سلطنتی، و مجموعه نخبگان نام می‌برد.[3] از دیگر نقدهای وارد به او این است که خطرات مجریه را می‌توان از طریق نظارت پارلمانی کاهش داد نه محدود کردن مجریه.[4] برخی نیز از حرف‌های متعارض در اندیشه او سخن گفته‌اند.[5] کلسن نیز این نظریه را مغایر دموکراسی می‌دانست.[6] برخی متفکران در واکنش به انتقاد ناممکن بودن تفکیک مطلق قوا، از وجود قوهٔ مؤسِس به عنوان قوهٔ نهادساز که ماهیتاً با سه قوهٔ دیگر تفاوت دارد، دفاع کرده‌اند. برخی دیگر، نظیر بنژامن کنستان، به لزوم قوه تعدیل‌کننده اشاره کرده‌اند.[7] برخی نیز بر آن هستند که باید تفکیک‌های جدیدی انجام داد؛ مثل تفکیک اداره از سیاست، تصمیم‌گیری و اجرا، مشورتی و نظارت.[8] طبیعتاً مونتسکیو نمی‌توانست حوادث آینده را پیش‌بینی کند. به همین دلیل بسیاری از جنبه‌های نظریه او امروزه نمی‌تواند جواب بدهد.[9] اما آنچه مهم است، راهی است که او گشود.

نکته‌ای که نباید آن را از نظر دور داشت این است که نظریه تفکیک قوا در بطن دولت مدرن رخ داده است. یعنی آنکه نمی‌توان پیش از تکوین دولت مدرن از نظریه

۱. جعفری ندوشن، علی‌اکبر، تفکیک قوا در حقوق ایران، آمریکا و فرانسه، دفتر اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۳، ص. ۴۰.

۲. قاسم‌زاده، قاسم، حقوق اساسی، مقدمه تصحیح و تحشیه علی اکبرگرجی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۷.

3. Jennings, Jeremy, Conceptions of England and Its Constitution in 19th Century French Political Thought, The Historical Journal, Vol. 29, March 1986, p. 67.

۴. نویمان، پیشین، ص. ۲۹۷.

۵. وینسنت، آندره، نظریه‌های دولت، ترجمه حسین بشیریه، چاپ چهارم، نشر نی، ۱۳۸۳، ص. ۱۵۹.

۶. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری ساختاری دولت حقوقی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص. ۲۰۲.

۷. بردو، ژرژ، لیبرالیسم، ترجمه عبدالوهاب احمدی، نشر نی، ۱۳۷۸، ص. ۶۸.

۸. قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ ششم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، ص. ۳۵۴.

9. Munro, Colin, Studies in Constitutional Law, 2nd Edition, Butterworths, 1999, p. 302.

تفکیک قوا سخن گفت. غفلت از این نکته باعث شده است که برخی بپندارند تفکیک قوا در اعصار باستان نیز وجود داشته است. البته باید در توضیح این نکته افزود که هر مفهوم مدرن دارای تاریخی است، یعنی از خلأ برنخاسته و حوادثی وجود داشته که به تکوین آن مفهوم منجر شده است. این دو سطح را نباید در هم خلط نمود. یعنی از یک طرف نباید شباهت‌های نظام‌های حکومتی در یونان باستان، امپراطوری ایران و یا عصر فئودالیسم به تفکیک قوا را وجود آن نظریه در آن دوران پنداشت و از طرف دیگر باید آگاه بود که در فقدان این سوابق تاریخی نظریه تفکیک قوا نمی‌تواست به وجود آید.

نظریه تفکیک قوا، قدرت را میان چند نهاد تقسیم می‌کند. این نظریه وظایف را بین نهادهای مستقل توزیع می‌کند که هرکدام جزیی از قدرت را تشکیل می‌دهند.[1] یکی از مهم‌ترین توجیهات نظری نظریه تفکیک قوا، بحث حاکمیت مردم است. حاکمیت به مردم تعلق دارد، اما چون ملت نمی‌تواند آن را اجرا کند به دیگری نمایندگی می‌دهد. اما چون خود نمایندگی نیز خطر دارد باید این نمایندگی را به چند نهاد داد تا هیچ‌کس نتواند ادعای نمایندگی مردم را به به تنهایی داشته باشد. همچنین قدرت تمایل به سوءاستفاده دارد و باید آن را متوقف کرد زیرا به گفته مونتسکیو تنها قدرت می‌تواند قدرت را متوقف کند. یکی از سئوالات در خصوص این نظریه این است که power چه معنایی می‌تواند داشته باشد. اگر چه در ایران این واژه به قوا ترجمه شده است، اما قدرت واژه مناسبتری است. زیرا واضعین این نظریه خواستار توزیع قدرت در نهادها بودند و هدف اصلی تفکیک قوا نه تقسیم کارکردها که جلوگیری از استبداد است. مسأله مونتسکیو نیز قدرت بود و می‌خواست به گونه‌ای اعمال گردد که هم از آن سوءاستفاده نشود و هم آزادی افراد تضمین گردد.

از این‌رو بحث نهادها را پیش کشید، یعنی هم قدرت توزیع و تفکیک شود تا در دست گروهی خاص نماند و هم از طریق نهادها اعمال گردد تا از اجرای دلبخواهانه آن جلوگیری شود و قدرت بتواند قدرت را متوقف کند. بنیان‌گذاران اصل تفکیک قوا دو اصل را مدنظر داشتند: نخست آن‌ها می‌خواستند کارکردهای سه قوه از هم جدا باشد، دوم اینکه هر شاخه بتواند جلوه استبداد قوای دیگر را بگیرد و هر دوی این سخنان در عبارات مونتسکیو آمده است.[2]

۱. ارادان، فیلیپ، نهادهای سیاسی و حقوق اساسی، ترجمه رشید انصاریان، انتشارات دانشگاه شهید چمران اهواز، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص. ۵۵.

2. Cooper, Samuel, "Considering Power in Separation of Power", Stanford Law Review, Vol. 46, June 1994, p. 362.

برخی سه اصل تفکیک قوا یا سه جنبه آن را موارد زیر دانسته است: تفکیک کارکردها، تفکیک اشخاص مخصوصاً در رابطه بین قوا و تفکیک بین ارگان‌ها.[1] نویسنده دیگری گفته است که سه قرائت یا روایت از نظریه تفکیک قوا وجود دارد که عبارتند از تفکیک کارکردها، تفکیک پرسنل و چک و بالانس.[2] به طور کلی تفکیک قوا هم باعث تقسیم کار و ایجاد نظم می‌شود هم امکان رشد بیشتر جامعه را فراهم می‌آورد و هم به تأسیس و حفظ دموکراسی کمک می‌کند.

۲. تفکیک قوا نزد روشنفکران مشروطیت ایران

ایرانیان در قضیه تفکیک قوا بحثی متفاوت داشتند، زیرا همچون بسیاری دیگر از مفاهیم این مفهوم نیز ریشه‌ای قوی در دل سنت‌های آن‌ها نداشت و آن‌ها در آثاری که به رشته تحریر درآوردند بیش از هر چیز به تعریف این مفهوم نوآیین و فواید آن پرداختند و آن را همچون اصلی لازم برای ایجاد دولت مشروطه برشمردند. یکی از اولین مسائل، انتخاب واژه مناسب برای این مفهوم بود. بسیاری از بزرگان واژه «اختیار» و برخی واژه «قدرت» را به عنوان معادل power به کار برده‌اند. روزنامه حبل‌المتین به جای واژه power نه از اختیار یا قدرت که از لفظ «هیأت» استفاده می‌کند و از سه هیأت نام می‌برد.[3] همچنین محمدعلی‌خان اویسی در ترجمه اعلامیه حقوق بشر آن را "قوای مختلفه دیوانی" ترجمه کرده است.[4]

ملکم از نخستین کسانی است که درباره این مفهوم سخن گفته است. البته آنچه ملکم گفته است در حد تعریف تفکیک قوا و فواید آن است. او در شماره ۲۴ روزنامه قانون می‌نویسد که وجود قانون در هیچ مملکتی ظاهر نمی‌شود «مگر به همدستی سه قدرت، که اول وضع قانون است و دوم اجری قانون و سوم مراقبت از اجرای قانون.» او در جایی دیگری یعنی رساله دفتر قانون از واژه اختیار به جای قدرت استفاده می‌کند و می‌گوید: «اختیار قانون از اختیار اجرا باید جدا باشد»[5] که نشان می‌دهد هنوز معادلی مناسب برای آن مفهوم نیافته است. آنچه در اندیشه او مهم است قانون است و حتی تفکیک قوا را از منظر قانون می‌نگرد و آن را لازمه قانون می‌داند.مستشارالدوله نیز از

1. Salzberger, Eli; and Stefan Vigot, The Separation of Power, New Perspective and Empirical Finding, Springer Science, 2009, p. 199.
2. Alder, Op. cit. p. 108.

۳. شماره ۱۰۰، سال اول، ۲۶ رجب ۱۳۲۵.

۴. میرزا ابراهیم خان، رساله حقوق بشری اساس سیاست مملکت، مقدمه و تصحیح علی اصغر حقدار، نشر شهاب، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۲.

۵. ملکم، مجموعه آثار میرزا ملکم خان، به کوشش محیط طباطبایی، انتشارات علمی، ۱۳۲۷، ص. ۲۴.

«تفریق قدرت تشریع از قدرت تنفیذ» سخن می‌گوید و در توضیح آن می‌نویسد که وضع و تنظیم قوانین باید در اختیار یک مجلس باشد و تنفیذ و اجرای آن در اختیار مجلسی دیگر. سپس می‌نویسد که این دو مجلس نباید هیچ‌گونه ترسی از هم داشته باشند و در کمال استقلال و آزادی عمل نمایند.[1] به نظر می‌رسد که در این اشاره او به تفکیک مطلق قوا از هم اعتقاد دارد. علاوه‌بر این او تنها به دو قدرت اشاره می‌کند و از قضاییه نامی نمی‌برد. همچنین به جای دو قوه از دو مجلس نام می‌برد و این بر ابهام سخن او می‌افزاید. او به اهمیت این اصل مهم پی برده بود. چنانکه می‌نویسد اگر در فواید این اصل صد جلد کتاب نوشته شود باز نیز نمی‌تواند یک هزارم فایده‌های آن را توضیح دهد. او یک‌بار واژه قدرت و یک‌بار واژه اختیار را بر می‌گزیند و این نشان می‌دهد که او نیز هنوز واژه مناسبی را نیافته بود. همچنین او برای یافتن ریشه این اصل در اسلام به تفکیک وظایف مفتیان از والیان در اسلام اشاره می‌کند و سپس به فرق بین حکم و فتوا در اسلام اشاره می‌کند و سخنی از محقق کرکی را می‌آورد که فتوا بیان امر شخصی نیست و عمومی است اما حکم شخصی است.[2] تفکیک او محل تأمل و ایراد است، زیرا تفکیک این دو در فقه بسیار متفاوت از تفکیک نهادها در نظریه تفکیک قواست. در فتوا هر مقلّدی باید از مرجع تقلید خود پیروی کند و نمی‌تواند از فتوای مرجع دیگر تقلید نماید. ولی در حکم بحث حاکم مطرح است و احکام متفاوت وجود ندارد. در اصطلاح فقهاء اخبار از حکم‌اللّه به‌وسیله مستنبط فقیه و مفتی فقیهی است که با توجه به ادلّه شرعیه رأی و نظر خود را در احکام شرعی اظهار می‌کند. امّا حکم حاکم دستور به اجرای احکام شرعی و نیز الزام بر انجام یا ترک کاری به خاطر مصلحت از سوی حاکم اسلامی است. فقیه و مفتی ممکن است متعدد باشند اما رهبر و حاکم نمی‌تواند متعدد باشد. بنابراین فتوا غیر از حکم و مفتی غیر از حاکم است.

فروغی نیز در نخستین رساله در باب حقوق اساسی به این اصل اشاره می‌کند و می‌نویسد که اگر امر وضع قانون و اجرای آن در دست یک نفر باشد، استبداد می‌شود و آن را «اصل انفصال اختیارات دولت» می‌خواند.[3] او همچنین واژه اختیار را معادل power می‌گیرد و از سه قوه صحبتی نمی‌کند، بلکه به دو قوه اشاره می‌کند. شاه نیز در دستخطی اعتراضی بعد از امضای متمم قانون اساسی، انفصال دو قوه اجراییه و

۱. مستشارالدوله، میرزا یوسف خان، یک کلمه، به اهتمام علیرضا دولتشاهی، انتشارات بال، ۱۳۸۶، ص. ۵۷.
۲. همان، ص. ۵۸.
۳. زرگری‌نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت، جلد اول، چاپ دوم، موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص. ۷۸۱.

قانونیه را «قانون مشروطگی» دانسته و جدایی همیشگی آن دو را باعث انتظام امور می‌داند.[1] در نوشته‌های ایرانیان عموماً قوه قضاییه در تفکیک قوا نادیده گرفته شده است. فروغی می‌نویسد دولت عبارت است از «هیأتی که ملت اقتدار خود را به ایشان واگذار کرده، تا امور او را اداره کنند» و وظیفه دولت آن است که حافظ حقوق افراد ناس یعنی نگهبان عدل باشد و این کار را نمی‌تواند انجام دهد، مگر اینکه به موجب قانون اعمال کند و وجود قانون محقق نمی‌شود مگر به دو امر، «اول اختیار وضع قانون دوم اختیار اجرای آن و اگر این دو اختیار در دست یک شخص یا هیأت واحد باشند کار دولت به استبداد می‌کشد.»[2] به گفته وی دولت وقتی «بااساس» است که این دو قوه منفصل باشند. او در ادامه بحث خود به چگونگی مداخله قوا در کار هم می‌پردازد و اقسام آن را توضیح می‌دهد که در حقیقت مداخله دو قوه مقننه و مجریه در امور هم را بیان می‌کند که می‌توان گفت اشاره‌ای به اصل تعادل نیز می‌باشد.

فروغی معتقد است که اکثر علمای حقوق «اختیار محاکمه» را راجع به هیأت مجریه می‌دانند و بهتر است بگوییم دولت دارای دو اختیار است.[3] اختیار وضع قانون به پارلمان تفویض می‌شود که اعضای این هیأت نمایندگان ملت‌اند یعنی از جانب ملت وکالت دارند.

زیرا «قانون قراردادی است راجع به عموم مردم و حکم سلطنت ملی باید مطابق میل و رأی مردم باشد و وضع قانون حق ملت است.» فروغی نکته مهمی را نیز در خصوص وظایف پارلمان برجسته کرد. او سه وظیفه را برای مجلس برمی‌شمارد: نخست وضع قوانین، دوم تصویب دخل و خرج و سوم نظارت بر اجرای قوانین و دخل و خرج.[4]

این سخن فروغی نکته‌ای جدید و مهم است. او به درستی قانون‌گذاری را از دخل و خرج جدا می‌کند. زیرا بسیاری از حقوق‌دانان معتقدند که ارقام دخل و خرج دولت را نمی‌توان قانون نامید ولی جزو وظایف مقننه است. نکته دیگری که او اشاره می‌کند بحث نظارتی مجلس است. اگرچه مجالس اولیه عموماً قانون‌گذاری را وظیفه اصلی خود می‌دانند، اما فروغی به‌درستی نظارت را هم‌عرض قانون‌گذاری قرار می‌دهد.

۱. آدمیت، فریدون، مجلس اول و بحران آزادی، انتشارات روشنگران، ۱۳۷۰، ص. ۲۰۴.
۲. زرگری‌نژاد، پیشین، ص. ۷۸۶.
۳. همان، ص. ۷۹۰.
۴. همان، ص. ۷۹۸.

۲-۱. روابط قوا با یکدیگر در اندیشه روشنفکران

یکی از بحث‌های مهم در نظریه تفکیک قوا، رابطه قوا و نسبت آن‌ها با هم است. در اندیشه‌های متفکران مشروطه نیز بحث‌هایی در این میان درگرفت که در ذیل به آن‌ها اشاراتی خواهیم نمود. ملکم به عنوان یکی از روشنفکران این عصر به روابط بین قوا بی‌توجه نبود. او در رساله «لشکر و مجلس اداره» یا «انتظام لشکر» می‌نویسد: «فرنگی‌ها دو قسم اداره تشخیص دارند یکی اداره اختیاری و دیگری قانونی.» اداره اختیاری به گفته او آن است که عمال دیوان در طریق اجرای حکم دولت مختار هستند و اداره قانونی آن است که عمال دیوان اختیاری در اجرای حکم دولت ندارند. به باور او مبنای حکمرانی در ایران اختیاری است و باید آن را مبدل به اداره قانونی کرد و سپس می‌گوید برای این کار باید مجلس تنظیمات را به طریق کتابچه‌ای که خود ملکم نگاشته بود تشکیل داد.[۱] ملکم به این بسنده نمی‌کند و در رساله «ندای عدالت» در خصوص مسئولیت وزرا در برابر مجلس می‌نویسد که «وزرا باید تماماً شریک و ضامن اقوال و اعمال هم باشند و اگر یکی از آن‌ها خطا کرد همه عزل شوند.» در روزنامه قانون نیز می‌نویسد که در ممالک خارجه، شاه به میل خود یک نفر را صدراعظم می‌کند. اما این انتخاب منوط به سه شرط است : اولاً کل امور دولت را بین چند نفر تقسیم کند، ثانیاً وزرا در وزارت خود کاملاً مختار باشند، ثالثاً هر کدام مسئول خود و شریک مسئولیت دیگری باشند.[۲] اینکه کارها به هیأت دولت واگذار شود و شخص اول مملکت در آن دخالتی نداشته باشد و اینکه وزرا در عین استقلال در امور خود مسئول اعمال خود و وزرای دیگر هستند نکات مهمی است که ملکم به آن اشاره می‌کند، اما ملکم این نکته را مغفول می‌گذارد که این مسئولیت در برابر چه شخص یا نهادی است. به نظر می‌رسد که با توجه به اینکه ملکم دو مجلس را منتخبین شاه می‌دانست، این مسئولیت نیز در برابر شاه باشد. این ابهام در خصوص مسئولیت، در سخن مستشارالدوله نیز وجود دارد که می‌نویسد که هر وزیر و امیر و حاکم نسبت به انجام وظایف خود مسئول است و دلیل آن این است که هر مأمور مکلف به تبعیت از قانون است و برای استناد شرعی آن به حدیث «کلکم راع و کلکم مسئول» اشاره می‌کند.[۳] نکته مهم این سخن مستشارالدوله این است که او قانون را ضابطه‌ای برای سنجش اعمال وزرا قرار می‌دهد و از این حیث یک نکته جدید را بر مباحث قبلی افزوده است.

۱. ملکم، پیشین، ص. ۱۰۸.
۲. ملکم خان، روزنامه قانون، به کوشش هما ناطق، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۵، ص. ۲.
۳. مستشارالدوله، پیشین، ص. ۵۶.

طالبوف نیز که از دانش حقوق آگهی‌هایی داشت، در خصوص وظایف قوا و روابطشان با هم نکاتی را می‌نویسد. می‌توان سخنان طالبوف را به دو دسته تقسیم کرد: نخست نقد وضعیت ایران است. او در نقدی به نظام وزارت در ایران می‌نویسد که در سایر دول می‌دانیم وزیر چیست، اما در ایران «وزارت به شعبه‌ای موهوم از دولت تبدیل شده است» و اگر برای کسی شأن وزارت قائل شوند همان‌روز وزارت جدید اقامه می‌شود، «کدام دولت اروپ وزیر بی‌سواد دارد، کجا وزیر اسم دارد، ولی مسما ندارد. وزیر عدلیه کسی است که به وجود علم حقوق قائل نیست.»[1] بخش دوم سخنان طالبوف نگاهی به تجربه کشورهای دیگر در خصوص روابط قوا با هم می‌باشد. به گفته او سلطان حق دارد سه بار قانونی را به مجلس بدهد و اگر مجلس قبول نکرد اعضا را عزل کند. اما اگر مجلس جدید باز هم قانون پیشین را تصویب کردند، شاه باید نظراتش را پس بگیرد. همچنین پادشاه می‌تواند تا سه بار پارلمان را منحل کند و اگر مردم همان افراد را برگزیدند باید نظر مجلس را بپذیرد.[2] یعنی در اندیشه او شاه هم در صورت قبول نداشتن قانون مصوب پارلمان، هم در صورت موافق نبودن با اعضای آن، حق انحلال پارلمان را دارد. اما این حق مطلق نیست و حدودی را برای آن تعیین می‌کند. طالبوف در خصوص مسئولیت وزرا نیز سخن مهمی می‌گوید. او می‌نویسد که وزرا در برابر مبعوثان ملت مسئولند تا پادشاه نتواند بی‌قانون حکم راند. این اشاره او نیز بسیار مهم است، زیرا وزرا از جانب شاه عمل می‌کنند و در برابر مجلس مسئولند،[3] پس شاه نمی‌تواند به آن‌ها دستور غیرقانونی بدهد. چنان‌که می‌بینیم طالبوف در این عبارات نمایندگان را در برابر مجلس مسئول می‌داند و معتقد است که تمام اعمال شاه باید از طریق وزرای مسئول در برابر مجلس صورت گیرد که حاکی از دقت او در به‌کارگیری مفاهیم حقوقی است.

برخی دیگر از نویسندگان نیز به مسئولیت وزرا در برابر مجلس اشاره کرده‌اند. برای مثال صاحب نوشته مکتوب دانشمند معتقد است که گماشتگان دولت باید توسط مردم یا عدلیه در معرض مؤاخذه قرار گیرد. در دول مشروطه به گفته او وزرا در مقابل سلطان و ملت مسئول‌اند.[4] به‌گفته او مسئولیت منحصر به مجریه نیست و مقننه هم مسئول است و عدم مؤاخذه از او مسئولیتش را شدیدتر می‌کند و درخصوص مسئولیت

۱. طالبوف، عبدالرحیم، مسالک‌المحسنین، به کوشش باقر مؤمنی، چاپ دوم، بی‌جا، بی‌نا، ۱۳۵۶، ص. ۱۹۴.
۲. طالبوف، عبدالرحیم، کتاب احمد، به کوشش باقر مؤمنی، انتشارات شبگیر، ۱۳۵۶، ص. ۱۹۳.
۳. همان.
۴. زرگری‌نژاد، پیشین، ص. ۵۷۱.

نمایندگان مجلس می‌گوید در نطق‌های خود باید تأمل کنند.[1] در مجلس بحث بیشتر بر سر تفکیک وظایف مجریه و مقننه بود. این سخنان اگرچه مسائل خوبی را مطرح کرده است اما از منظر حقوق اساسی مطالبی برجسته نیستند و دارای ابهام‌اند. برای نمونه منظور از مسئولیت گماشتگان دولت در برابر عدلیه و مردم مشخص نیست. همچنین تقسیم مسئولیت وزرا به وجدانی و ظاهری در حقوق اساسی جایی ندارد.

اما دقیق‌ترین سخنان در خصوص روابط قوا را فروغی در نخستین رساله حقوق اساسی نگاشته است. در دولت مشروطه به‌خصوص مشروطه پارلمانی به‌گفته فروغی پادشاه یا رئیس‌جمهور هیچ مسئولیتی ندارد و در نکته مهمی می‌نویسد که وظایف رئیس دولت اعم از شاه یا رئیس‌جمهور به‌وسیله قانون اساسی معین است و غیر آن اختیاری ندارد.[2] ذکر این نکته، در کشوری که شاه در رأس همه امور بود، نوعی خطر کردن بود. او که طرفدار مشروطه پارلمانی بود، می‌نویسد: «دولت مشروطه چون به درجه کمال رسد دارای ترتیب پارلمانی می‌شود که اداره امور به دست چند نفر وزیر می‌افتد که مقبول پارلمان‌اند و در برابر آن مسئول‌اند.» این عبارت فروغی در مورد به درجه کمال رسیدن مشروطیت اشاره‌ای است به نیاز به تحول تدریجی در شکل‌گیری مفاهیم و نهادها که سخنی درست است. به باور او مسئولیت فقط برعهده وزراست و هر وقت مجلس ملی اعلام عدم اعتماد نمود وزرا برکنار می‌شوند و هر حکمی که از جانب شاه یا رئیس‌جمهور صادر می‌شد باید به تصدیق یکی از وزرا باشد.[3] این نکته نیز بسیار مهم است.

زیرا با این روش عملاً شاه را از دخالت مستقیم در امور کشور دور نگه می‌دارد و هر عملی از شاه توسط یک وزیر انجام می‌گیرد و وزیر مربوطه در برابر مجلس مسئول است. لذا شاه نمی‌تواند خلاف قانون عمل کند. او مسئولیت وزرا را شامل دو نوع جنایتی و سیاسی می‌داند. جنایتی یعنی وزیر عمل خلافی بکند و مرتکب خیانتی بشود و مسئولیت سیاسی این است که رفتار وزیر مخالف مسلک اکثریت پارلمان است که یا انفرادی است یا اجتماعی. اجتماعی راجع به امور پلیتیک دولت است و انفرادی راجع به امور خصوصی اوست.[4] تفکیک فروغی بین مسئولیت جمعی و فردی وزرا نیز مهم است، اما او تفاوت «امور پلیتیک» و «امور انفرادی» را مشخص نمی‌کند. این نکات فروغی در

۱. همان، ص. ۵۷۲.
۲. همان، ص. ۸۱۲.
۳. همان، ص. ۷۸۸.
۴. همان، ص. ۸۲۴.

آشنایی ایرانیان با تفکیک قوا و رابطه قوا با هم در آن زمان بسیار مهم بود، زیرا هیچکس پیش از او به این نکات به این وضوح و دقت اشاره نکرده بود.

روشنفکران برخلاف نظریه تفکیک قوا و فلسفه وجودی آن که نکات مهمی را نگفتند، در خصوص روابط قوا با هم که بخشی از نظریه تفکیک قوا و از آثار آنست نکات مهم و دقیقی گفتند، مخصوصا در خصوص مسئولیت وزرا در برابر مبعوثان ملت و آثار آن که بسیار برجسته نوشتند.

۲-۲. جدال فقیهان بر سر تفکیک قوا

فقیهان نیز در خصوص تفکیک قوا به بحث نشستند و نکاتی را یادآور شدند. آن‌ها نیز عموماً چون روشنفکران به فواید این بحث پرداختند و سخنی از مبانی و آثار آن به میان نیاوردند. صاحب رساله «بیان سلطنت مشروطه و فوائدها» نیز در مورد این اصل می‌نویسد: «ثروت به جز با معمور شدن مملکت و دایر کردن کارخانه و کشف معادن و تحصیل علم تجارت میسر نمی‌شود و معموریت به‌جز در امنیت ممکن نیست و امنیت ظاهر نمی‌شود مگر به استعمال سه قوه منفصله. قوه مقننه وظیفه وضع و حک و اصلاح قوانین را دارد و دخل و خرج مختص مجلس شورای ملی و سایر امور مشترک است. اجراییه جاری نمودن قانون و احکام است و مخصوص پادشاه است. اما قضاییه عبارت است از تمیز حقوق که در شرعیات مخصوص است به حاکم شرعیه و در عرفیات به حاکم عدلیه.»[1] عمادالعلما هر قسم بی‌نظمی و بی‌پولی، عدم قدرت و نکث را از اختلاط و امتزاج قوا می‌داند. او فایده تفکیک قوا را در امنیت می‌بیند که ایرانیان از فقدان آن رنج می‌بردند. اما در حقیقت این مسأله ربطی به فلسفه تفکیک قوا که به دنبال سرشکن کردن قدرت و اجرای آن از طریق نهادهاست، ندارد. اما اینکه او برخلاف دیگران از سه قوه و نه دو قوه نام می‌برد نکته قابل ستایشی است. صاحب رساله انصافیه نیز در عباراتی شبیه دیگران می‌نویسد: «از ارکان مشروطه این است که دولت باید دو قوه داشته باشد، بلکه سه قوه: نخست مقننه که جمعی را منتخب و وکیل کنند که آن‌ها قانون صحیح برای اهل مملکت طراز کنند.» قوه دوم مجریه است که پادشاه و وزرا هستند. او می‌نویسد که این دو قوه اگر متحد باشند سبب خرابی مملکت می‌شود و از هم جدا نباید باشند و مجریه باید تابع مقننه باشد. قوه سوم قضاییه است و فرق میان قضاییه و مقننه به باور کاشانی فرق میان حکم و فتواست. یعنی مقننه حکم کلی را بیان می‌کند و قضاییه احکام جزئیات را از آن قانون کلی استخراج می‌کند و مجریه

۱. همان، ص. ۵۶.

جاری می‌سازد و برای فهم بیشتر به رساله‌های حقوق اساسی ارجاع می‌دهد.[1] چند نکته در خصوص سخن کاشانی مهم است. اول اینکه او مقننه را بر صدر نشانده و دو قوه ر ا با او می‌سنجد. دوم تابعیت مجریه از مقننه است، یعنی به باور او مجریه تابع مقننه است و سوم تفکیک حکم و فتوا که بسیار بهتر از مستشارالدوله از آن بهره برده است. پیش‌تر گفتیم که مستشار برای توجیه نظری تفکیک قوا به تفکیک حکم و فتوا استناد کرد اما کاشانی آن را برای تفاوت بین مقننه و قضاییه به کار برد که توجیه مناسب‌تری است. ثقه‌الاسلام نیز در رساله لالان به تفکیک قوا می‌پردازد و می‌نویسد: «اساس مشروطه منع اراده شاهانه و لزوم شورا در امور عرفیه است و برای آن سه قوه است.» قوه مقننه که فقط برای وضع قانون در امورات مملکتی است از تعیین حدود شاه و جنگ و صلح و ... آنچه در اداره مملکت‌داری لازم است و قوام مملکت و سلطنت را از آن این قوه می‌داند. او نیز قضاییه را به محاکمات شرعیه و عرفیه تقسیم می‌کند و می‌نویسد: «در شرعیات حکم همان است که در شریعت مطهره آمده» است و سپس می‌نویسد که اجرا غیر از دو قوه فوق‌الذکر است و همیشه در دست اشخاص بوده که شرعا و عرفا نیز حق مداخله در امورات را نداشته‌اند و آن قوه سلطنت است.[2] او مجریه را بسیار محدود می‌کند، یعنی فقط اجرای اوامر دو قوه دیگر در حالی که در سایر کشورها قضاییه ذیل مجریه گنجانیده می‌شد که در نوع خود نکته جدیدی است. همچنین وظیفه مقننه را صرفاً قانون‌گذاری می‌داند و به سایر وظایف آن هیچ اشاره‌ای نمی‌کند که از این حیث اشاره او ناقص است. در حالی که دیگران وظیفه مقننه را وسیع‌تر می‌دیدند و به مسئولیت وزرا در برابر مجلس نیز اشاره می‌کردند. این توجیهات چنانکه می‌بینیم فقط در فواید پارلمان است و از سر توصیفاتی ناقص فراتر نمی‌رود.

علمای مخالف اما از منظری دیگر به این مسأله می‌نگریستند. نکته قابل ذکر در اندیشه علمای مخالف آن است که در مخالفت با این اصل، محل نزاع را به جای دیگری می‌بردند. یعنی در مخالفت با این اصل سخن از قانون‌گذاری و منع بشری آن می‌آوردند و عملاً سخنی در مخالفت با مبانی این مفهوم نگفته‌اند.

البته موافقان نیز توجیهی منطقی برای این اصل نیاوردند. این در حالی است که در سایر کشورها بحث بر سر فواید و ضررهای تفکیک قوا و چگونگی اعمال آن بود، یعنی مسائلی مانند اعمال قانون از طریق نهادها، حفظ آزادی‌ها و تفکیک قدرت.

۱. همان، ص. ۵۴۶.

۲. زرگری‌نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت، جلد دوم، چاپ دوم، موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص. ۳۸۷.

شیخ فضل‌الله به عنوان مخالف این اصل آن را بدعت و ضلالت محض می‌خواند، زیرا در اسلام تقنین بر احدی جایز نیست. «اسلام ناتمامی ندارد که کسی تمام کند و باید به نواب امام رجوع کرد که او نیز از کتاب و سنت استنباط کند نه تقنین و جعل.»[1] جعل.»[1] به باور نویسنده کشف‌الامراد نیز «چون ما اهل اسلام احکام شرعیه وافی و کافی داریم احتیاجی به قوه مقننه نداریم چون شاه و رعیت همه خود را تابع شرع می‌دانیم و مجریه هم عبارت است از سلطان و اعوان ایشان.»[2] او می‌نویسد که ما فقط به یک مجلس نیاز داریم که «مرکب از خانواده‌های بزرگ، متدین، عالم، متبحر، سیاسی‌دان، صلاح‌بین و بی‌غرض باشد که تمام همّ خود را مصروف این کنند که به افعال اهل مملکت نافذ باشند» و دو شرط لازم دارد «اول کمال همراهی از سلطان، دوم اطلاعات از حکم و فتوای علمای فقه» که سلطان مجمعی از علمای حقه ربانی که در علم و عدل و عمل ممتاز و دارای شرایط عامه اجتهاد هستند تشکیل می‌دهد که موافق اذن و اجازه در تصویب آن‌ها دوایر دولتی و تکالیف حکومتی و امورات مالیه و نظامیه را مرتب و منظم فرمایند.[3] یکی دیگر از مخالفان در رساله دلایل‌البراهین استدلال‌های بسیار ضعیفی در رد مجلس می‌آورد. به باور او مجلس با مقتضای طبیعت مخالف است و مثال بی‌ربط تبعیت خرها از هم را می‌آورد که به هلاکتشان منجر می‌شود. ثانیاً با حکم وجدان مخالف است، چون هر مذهبی نسبت به دیگران در اقلیت است پس همه مذاهب باطل‌اند و با عقل هم مخالف است، زیرا خدا انسان را آزاد آفریده است.[4]

مخالفان به اصل تفکیک قوا هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند و در مخالفت با آن به مجلس و قانون‌گذاری حمله کرده‌اند. البته شاید بتوان توجیهی برای این نحوه بحث آورد و آن اینکه در نوشته‌های موافقان تفکیک قوا، قوه قضاییه محاکم عرف و شرع‌اند که قبلاً هم وجود داشته‌اند و مجریه سلطنت است که مخالفان با آن مخالفتی نداشتند، اما مجلس و قوه مقننه بحث جدیدی بود که قبلاً وجود نداشت و از این‌روی آنان در مخالفت با این اصل به مخالفت با مجلس پرداختند و تمام توان خود را در مخالفت با این نهاد به کار بردند. آنچه آنان از آن غافل بودند این بود که با تفکیک قوا قدرت از طریق نهادها اعمال می‌شود و رابطه این سه نهاد کاملاً در هم تنیده است و بی‌شک قضاییه و مجریه نیز از بنیاد دگرگون می‌شوند و سامان سابق باقی نمی‌ماند.

۱. زرگری‌نژاد، جلد اول، پیشین، ص. ۲۷۲.
۲. همان، ص. ۲۲۰.
۳. همان.
۴. همان، ص. ۴۰۹.

موافقان نیز در جواب آن‌ها به توجیه مجلس پرداختند و اشاره‌ای به اهمیت این اصل نکردند. صاحب «اللئالی المربوطه فی الوجوب المشروطه» در جواب یکی از مغالطات شیخ که «رای اکثریت مخالف مذهب ماست چون در شیعه رأی جهال و عوام اعتباری ندارد» و نیز حکم به الزام به فعل مباح و ترک آن حرام و بدعت است، می‌نویسد «انعقاد مجلس برای تمییز دادن مصالح ملکیه است و این امور به اهل خبره و کسانی است که در امور سیاسیه و مصالح و مفاسد مملکت خبری و بصیر باشند چه به احکام شرعیه عالم باشد چه جاهل و چه بقال باشد یا بزاز، زیرا شرط خبرویت در سیاست است به شرط آنکه خائن نباشند و پس از این دو شرط قابلیت امین بودن از جانب ملت است.»[1] به باور او «مجلس برای نظارت امنای ملت است در اشغال حکومت و نیز در کلیات امور سیاسیه که راجع به نظام مملکت و آبادی است مثل تسویه طرق، شوارع، بستن سدها و اجرای آن‌ها ... و پرواضح است که این امور راجع است به مصالح دنیویه و دخلی به امور دینیه ندارد و علم و جهل به احکام شرعیه را در آن مدخلیتی نیست مثلاً فلان سد را به فلان میزان بستن.» چنان که می‌بینیم محلاتی تشخیص «مصالح ملکیه» را اساس مجلس می‌داند که به باور او این امری تخصصی است و افراد خبیر و بصیر در امور سیاسی به عنوان امنا ملت برای نظارت باید در آن باشند و چون وظایف این مجلس مصالح دنیاست نه آخرت، هیچ نیازی به آشنایی آن‌ها با احکام شرعی نیست. همچنین در پاسخ این سخن که در مباحات، الزام حرام و بدعت است می‌نویسد که این در صورتی است که مطلب عنوان دینی باشد و الا بدعت و تشریع نیست. همچنین اگر عقلای امت و امنای ملت صلاح مملکت را در ترک فعلی دانستند مخالفت با آن به ضرر مصالح اسلامی است.[2]

برعکسِ جدال فقیهان بر سر بسیاری از مفاهیم چون قانون، پارلمان، قانون اساسی و.. جدال فقیهان در خصوص تفکیک قوا جدالی برجسته نبود و چون فقیهان مخالف در مخالفت با این اصل سخن در مخالفت با مجلس راندند، موافقان مشروطه نیز به پاسخ‌گویی آنان برآمدند و از نظریه تفکیک قوا سخنی نگفتند.

۳. تفکیک قوا در مجلس اول

چنان‌که در مطالب فوق دیدیم هیچ‌کدام از روشنفکران و فقیهان در باب تفکیک قوا تأملی در خور نکردند و این مسأله مجلس اول را با مشکل مواجه کرد. از این‌رو یکی

۱. زرگری‌نژاد، جلد دوم، ص. ۲۶۹.
۲. همان.

از بحران‌های اصلی مجلس اول بحران تفکیک قوا بود زیرا در حقیقت وظایف هیچ‌کدام از نهادها مشخص نبود. مردم نیز از مجلس انتظار همه کاری را داشتند و این در عرایضی که تقدیم مجلس می‌کردند به‌وضوح قابل مشاهده است. استقلال قوه قضاییه نیز محل تردید جدی بود و از همان آغاز وظایف مجریه و مرزهای آن با مقننه مشخص نبود. زیرا پدران مشروطه در خصوص تفکیک قوا تأمل جدی و درخوری نکرده بودند و تنها در مجلس اول که مکان تکوین آگاهی ایرانیان و گفتگوهای عقلای قوم بود این موارد مسأله شد. شاید گزاف نباشد اگر یکی از عمده‌ترین مشکلات مجلس اول و یکی از بحران‌های اصلی مشروطیت ایران را نظریه تفکیک قوا و عدم نظریه‌پردازی در باب آن بدانیم. در قانون اساسی اشاره‌ای به تفکیک قوا نشده بود و از این حیث بر آن ایراد وارد بود. سرانجام اصل تفکیک قوا در اصل ۲۷ متمم پذیرفته و در نظام حکومتی ایران وارد شد. اصل ۲۶ قانون اساسی نیز که قوای مملکت را ناشی از ملت دانست گسستی مهم در تاریخ اندیشه سیاسی و حقوقی بود و اصل ۲۷ این قوای ثلاثه مملکت را تشریح کرد و در اصل ۲۸ آمد که این قوا از همدیگر ممتاز ومنفصل هستند. در اصل ۲۷ قانون اساسی آمده بود که مجلس هر جا در اجرای قانون اساسی نقض یا مسامحه‌ای مشاهده کرد می‌تواند از وزیر مربوطه توضیح بخواهد و اگر وزیری برخلاف قوانین کاری انجام دهد مسئول است. همچنین وزیر باید در برابر مجلس مسئول باشد.[۱] متمم قانون اساسی پادشاه را از مسئولیت مبری و وزرا را در برابر مجلسین مسئول دانسته بود.[۲] شاه نیز در دستخطی که پنج‌شنبه ۲۱ شوال در مجلس خوانده شد به صراحت به تفکیک قوا اشاره کرد: «در تمام دول مشروطه دو قوه است یکی قوه قانونیه یکی قوه اجرائیه و رفع اغتشاش را در تمام دنیا در این دیدند که این دو قوه از هم جدا باشند. آنکه قوه قانونیه است با مجلس است و آنکه قوه اجراییه است با دولت است.»[۳] نقش قوه مجریه و روابط آن با مجلس یکی از مباحث اصلی در مشروطیت ایران بود. پیش از مشروطیت متفکران مشروطه در خصوص تعریف کابینه و وزرا و مسئولیت آنان در برابر مجلس سخنانی گفته بود، اما این مباحث به علت فقدان هرگونه نمود خارجی تأملی را ایجاد نکرد و این مجلس اول بود که ایرانیان را در عمل با مباحث نظری حقوق اساسی مواجه کرد که در ذیل به آن‌ها می‌پردازیم. با تأسیس مجلس اول بود که مباحث بالا گرفت. در متمم قانون اساسی به وظایف قوا و رابطه آن‌ها با هم اشاراتی شده بود اما مفاهیم حقوق اساسی تنها در گذر زمان و در جدال‌های فکری است که آبدیده می‌شوند و شکل

۱. اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی مشروطه.
۲. اصل ۴۴ متمم قانون اساسی مشروطه.
۳. میرزاصالح، غلامحسین، مشروح مذاکرات مجلس اول، انتشارات مازیار، ۱۳۸۴، ص. ۵۱۲.

می‌گیرند و مشروطیت ایران نیز از این حیث مستثنی نبود. وضعیت کابینه‌های همزمان با مجلس اول و سقوط پیاپی آن‌ها نیز نشان از مشخص نبودن مفاهیم و آشفتگی در اوضاع سیاسی دارد که فاقد هرگونه استمراری می‌باشند.[1] دولت زیربار سخنان مجلس نمی‌رفت و خود را در برابر آن مسئول نمی‌دانست. نخستین بار که اعضای دولت به مجلس آمدند وقتی بود که مخبرالسلطنه در ۲۲ رمضان ۱۳۲۴ از طرف مشیرالدوله صدر اعظم به مجلس آمد و تقاضای اجازه استقراض کرد که با مخالفت مجلس مواجه شد. با روی کار آمدن محمدعلی‌شاه مجلس نامه‌ای به صدر اعظم نوشت که وزرا را به مجلس معرفی کند و در ۱۶ ذی‌الحجه او هشت وزیر معرفی کرد که به مجلس آمدند. این اولین کابینه ایران است. اگرچه برخی این را نمی‌پذیرند، زیرا این کابینه زیر بار مجلس نمی‌رفت.[2] با استعفای صدر اعظم در ۶ صفر ۲۵ وزیر افخم کابینه خود را معرفی کرد که بعد از ۴۰ روز سقوط کرد. اتابک کابینه بعدی را در ۲۰ ربیع‌الاول معرفی کرد که پس از چهار ماه با ترورش ساقط گردید. با مرگ او و ریاست احتشام‌السلطنه در مجلس، شاه مشیرالسلطنه را مأمور تشکیل کابینه کرد. او در ۷ شعبان وزرایش را معرفی کرد این کابینه بعد از ۳۴ روز به موجب رأی مجلس سقوط کرد و در ۱۸ رمضان ناصرالملک کابینه بعدی را تشکیل داد با ماجرای توپخانه و فرار ناصرالملک از بیم جان از کشور، نظام‌السلطنه مافی در ۱۶ ذی‌القعده کابینه بعد را تشکیل داد و تا ۲۵ محرم یعنی حادثه بمب انداختن به شاه بر سر کار ماند و در ۲۶ محرم نظام‌السلطنه کابینه جدید خود را معرفی کرد. او یک‌بار استعفا داد اما مجلس استعفایش را نپذیرفت و فقط ظفرالسلطنه برکنار شد. او سپس در ۴ ربیع‌الثانی کابینه سوم خود را معرفی کرد اما به علت اختلاف با شاه استعفا داد سپس در ۷ جمادی‌الثانی مشیرالسلطنه در حالی که شاه به باغ شاه رفته بود و جنگ در حال آغاز بود بر سر کار آمد که آخرین دولت نیز بود. می‌توان گفت مشروطیت ایران دچار بحران ناهماهنگی پایدار[3] بود؛ یعنی از یک‌طرف قوای سه گانه عملکرد متعارض داشتند و از طرف دیگر سازوکاری قانونی برای برون‌رفت از این تعارضات وجود نداشت و همین باعث اختلال در کارکرد نظام سیاسی می‌شد. اگرچه این دولت‌ها هیچ‌کدام پایدار نبودند اما در خلال مباحث این دولت‌ها با مجلس بود که مفاهیم شکل می‌گرفت. برای مثال در معرفی کابینه اتابک، تقی‌زاده برای نخستین بار از «پروگرام دولت» سخن گفت و آن را مطالبه

۱. ملکی، حسین، دولت‌های ایران در عصر مشروطیت ۱۳۵۷ - ۱۲۸۵، نشر اشاره، ۱۳۷۰؛ نوایی، عبدالحسین، دولت‌های ایران از آغاز مشروطیت تا اولتیماتوم، انتشارات بابک، ۱۳۵۵.

۲. نوایی، پیشین، ص. ۸.

۳. قریشی، فردین، بحران ناهماهنگی پایدار قوای سه‌گانه حاکمیت: مطالعه موردی ایران، فصلنامه سیاست، دوره۴۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۹، ص. ۲۹۷.

کرد که سعدالدوله وزیر خارجه گفت ما دیشب انتخاب شده‌ایم و فرصت نوشتن پروگرام نداشته‌ایم اما آن را خواهیم نوشت. یا در زمان کابینه ناصرالملک به علت اعتراض تقی‌زاده به آصف‌الدوله وزیر داخله مجلس به او رأی عدم اعتماد داد و موارد متعدد دیگر. عرف‌ها نیز در حال شکل‌گیری بودند. برای مثال همه رؤسای کابینه وزیر داخله هم بودند به جز ناصرالملک و نظام‌السلطنه مافی در کابینه اولش که وزیر مالیه بودند. یکی از مسائل اصلی مورد بحث مساله قدرت شاه و اختیارات او بود. مشروطه‌خواهان بر آن بودند که شاه مسئولیتی ندارد و قائل به تفکیک سلطنت از حکومت بودند. گفتگوی احتشام‌السلطنه با شاه از این حیث اهمیت فراوانی دارد. چنان‌که احتشام‌السلطنه در خاطراتش آورده است وقتی متمم قانون اساسی را نزد شاه برای امضا بردند شاه اعتراض می‌کند که چگونه ممکن است من مسئولیتی نداشته باشم در حالی که «من شبان این گوسفندانم» و احتشام‌السلطنه می‌گوید که پادشاه وظایف متعددی دارد و مجلس و دولت باید در همه امور «نصایح مشفقانه» او را مدنظر قرار دهند و در خصوص عدم مسئولیت شاه گفت که در رژیم‌های مشروطه پارلمانی دولت در قبال مجلس در خصوص اجرای قوانین مسئول است و هر مسئولیتی نیازمند پاسخگویی است و چون پادشاه مصون از مؤاخذه است مقامات اجرایی در برابر مجلس مسئول‌اند تا در تفکیک قوا اخلالی پدید نیاید.[۱] احتشام‌السلطنه معتقد بود سلطنت یعنی اعلی‌حضرت، ولی دولت یعنی هیأت وزرا باید قسم یاد کنند که به ملت و سلطنت خیانت نکنند.[۲] آصف‌الدوله نیز سخنان مهمی به شاه گفت که همراهی شاه با مشروطیت این است در هیچ امری دستخط صادر ننماید، زیرا پادشاه مشروطه فقط امضا می‌کند و دستخط صادر نمی‌کند. یعنی تمام امور را وزرای مسئول خودشان فیصله داده و فقط برای امضا نزد شاه می‌آورند.[۳] این سخنان نشان از پدید آمدن اندیشه‌ای نو در ایران می‌دهد. یعنی شاهی که دیگر مطلق‌العنان نیست و تمام اعمالش توسط وزرایی انجام می‌شود که در برابر مجلس مسئول هستند. مجلس نیز به این تفکیک مهم پی‌برده بود، چنانکه در جلسه شنبه ۱۴ شوال ۱۳۲۵ هجری قمری حاجی‌محمداسماعیل آقا در خصوص مسئولیت شاه و وزیران می‌گوید پادشاه مقدس است و مسئول نیست و وزراء مسئول‌اند.[۴] اما مهم‌ترین مسأله در رابطه مجریه با مقننه در مجلس اول بحث مسئولیت کابینه در برابر مجلس بود. مشکل اینجا بود که در قانون اساسی به مسئولیت وزرا

۱. آدمیت، پیشین، ص. ۳۵.
۲. حقدار، علی‌اصغر، مجلس اول: نهادهای مشروطیت، انتشارات مهر نامک، ۱۳۸۳، ص. ۱۱۱.
۳. آدمیت، پیشین، ص. ۱۹۹.
۴. میرزاصالح، پیشین، ص. ۵۰۴.

اشاره‌ای نشده بود و وزرا در میانه شاه و مجلس مانده بودند و از هر دو طرف تحت فشار بودند. مجلس انقیاد کامل وزرا را می‌خواست و شاه آن‌ها زیر دست خود می‌پنداشت. اعضای کابینه اول هیچ‌کدام به مجلس نیامدند. سعدالدوله که بیش از سایر وکلا پیگیر مسئولیت وزرا بود در جلسه یکشنبه ۲۱ ذی‌قعده ۲۴ می‌گوید چرا وزرا در مجلس حاضر نمی‌شوند، آن‌ها مسئول در برابر مجلس هستند.[۱] میرزا فضلعلی هم در جلسه ۱۷شهریور ۱۳۲۵ مسئولیت وزرا را شرطی مهم در مشروطه شدن ایران اعلام می‌کند و می‌گوید: «وزرا مسئولیت قبول نمی‌کنند و دولت ایران هنوز مشروطه نیست.»[۲] در بسیاری از جلسات هم بر سر مسئولیت وزرا بحث می‌شد. تقی‌زاده در سه‌شنبه ۶ محرم ۲۵ حرف خوبی می‌زند که باید مناقشه با صدر اعظم را تقلیل دهیم و هر وزیری مسئولیت بگیرد وگرنه استعفا دهد.[۳] چنان‌که تقی‌زاده در جلسه پنج‌شنبه ۱۷ شعبان می‌گوید وزرا را خواستن حق مجلس است ولی محاکمه آن‌ها با مجلس نیست.[۴] این سخنان تقی‌زاده آگاهانه بیان شده‌اند، زیرا در خلال مسئولیت وزرا تفکیک قوا را نیز فراموش نمی‌کند و محاکمه آن‌ها از تکالیف مجلس نمی‌داند. همو در جلسه سه‌شنبه ۴ ذی‌القعده درخصوص نظارت نمایندگان بر وزرا می‌گوید باید به وزرا اعتماد داشته باشیم و مجلس بر آن‌ها نظارت کند.[۵] در سه‌شنبه ۱۶ربیع‌الاول ۲۵ اتفاق مهمی می‌افتد و وزیر داخله به پایمردی تقی‌زاده عزل می‌شود[۶] و با این استیضاح تغییر حالتی در وزرا پیدا می‌شود که اوضاع جدید متفاوت از گذشته است. همین مسأله مسئولیت وزرا به بحث دیگری دامن زده بود و آن عدم همکاری دولت و مجلس بود. به گفته سیدمحمد طباطبایی دولت با مجلس و ملت همراه نیست و ملت با دولت اتحاد ندارد. باید اسبابی فراهم کرد که بین آن‌ها اتحاد ایجاد شود.[۷] اولین بحث و اختلاف مجلس با دولت بر سر تعداد وزرا و وزرای مسئول درگرفت و آن هنگام معرفی وزرا بود. هنگامی که محتشم‌السلطنه، نامه صدر اعظم را آورد که طی آن وزرا را معرفی کرده بود نمایندگان سه سئوال کردند: اول وزیر لشکر کیست؟ زیرا وزیر جنگ در حقیقت کامران‌میرزا پدر زن شاه بود. دوم از پاسخگویی وزیران در برابر شاه ایراد کردند که محتشم‌السلطنه گفت شما برای پاسخگویی وزیران قانونی ننوشته‌اید. سوم گفتند آیا جز اینها وزیری هست

۱. همان، ص. ۹۰.
۲. همان، ص. ۱۶۰.
۳. همان، ص. ۱۴۲.
۴. همان، ص. ۴۲۶.
۵. همان، ص. ۵۲۴.
۶. همان، ص. ۲۲۷.
۷. همان، ص. ۲۰۶.

که محتشم‌السلطنه پاسخ داد وزرا دو قسم‌اند دولتی و شغلی. نمایندگان این سخن را نپذیرفتند. پرسش سوم به خاطر قضیه «نوز»[1] مطرح شد. نمایندگان می‌گفتند خارجی نمی‌تواند وزیر باشد. در خانه مشیرالدوله هم بحث رخ داد و مشیرالدوله در اعتراض به نمایندگان گفت دولت می‌خواهد هزار وزیر داشته باشد شما چه کار دارید. سعدالدوله در جواب گفت در دول مشروطه وزرا باید مسئول باشند، که مشیرالدوله پاسخ داد ما مشروطه نیستیم فقط شاه مجلسی جهت وضع قوانین داده است که امین‌الضرب در پاسخ او گفت ما خودمان را مشروطه می‌دانیم و حقوقی را که داریم هیچ‌کس نمی‌تواند از ما بگیرد.[2] درباریان هنوز این تحول عظیم را درک نکرده بودند و این سخن صدر اعظم که دولت می‌تواند هزار وزیر داشته باشد یا آن سخن که میان وزرای دولتی و شغلی تفکیک قائل می‌شود نشان از عدم درک آن‌ها از مسئولیت پارلمانی وزرا می‌دهد که خوشبختانه مجلسیان در برابر این سخنان به سختی مقاومت کردند.وظایف مجریه و ارتباط آن با مجلس از دیگر مباحث مهم مطرح در مجلس بود. سعدالدوله در جلسه سه شنبه ۷ ذی‌القعده بین دولت و مجریه تفکیک قایل می‌شود و می‌گوید ما معنی دولت را نمی‌دانیم. دولت وجود مقدس شاه نیست، دولت یعنی هیأت وزرا که آن را کابینه دولت می‌گویند که با صدراعظم کار می‌کنند و هشت نفر مسئول‌اند[3] که عبارتی دقیق و درست است. حسام‌الاسلام نیز در جلسه سه شنبه ۲۸ ذی‌الحجه می‌گوید ما یک سلطنت داریم و یک دولت. سلطنت شخص اعلی‌حضرت است و دولت هیأت وزرا.[4] این تفکیک میان سلطنت و دولت اهمیت بسیاری دارد و چنان‌که پیش‌تر گفتیم تمام اختیارات شاه به این ترتیب توسط وزرای مسئول انجام می‌گرفت. حسنعلی‌خان نیز در جلسه سه شنبه ۲۵ صفر به اهمیت مجریه اشاره می‌کند که بدون همکاری آن‌ها با مجلس کارها پیش نمی‌رود. به گفته او قانون نوشتن تکلیف مجلس است ولی «ورق روی کاغذ با مرکب، هیچ کار نمی‌کند. قانون مجری می‌خواهد تا قوه اجراییه نباشد فایده‌ای ندارد.»[5] تقی‌زاده نیز در جلسه شنبه ۱۷جمادی‌الاول در همین راستا که باید وظیفه مجریه و مقننه تعیین شود و مجلس نباید همه کارها را خود انجام دهد گفت هرچیزی تکلیف مجلس نیست. ما نمی‌توانیم مجریه شویم.[6]

1. Joseph Naus

۲. کسروی، احمد، تاریخ مشروطه ایران، چاپ بیست وچهارم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۷.

۳. میرزاصالح، پیشین، ص. ۱۰۱.

۴. همان، ص. ۱۳۵.

۵. همان، ص. ۲۰۲.

۶. همان، ص. ۲۸۵.

نتیجه‌گیری

چنان‌که دیدیم برای نخستین‌بار از خلال مباحث روشنفکران و پدران مشروطیت از جمله ملکم، طالبوف و مستشارالدوله مفهوم تفکیک قوا وارد نظام اندیشه ایرانیان شد. آن‌ها نکاتی را در خصوص تفکیک قوا و رابطه قوا با هم بیان کردند. فقیهان نیز بعد از پیروزی آن انقلاب بزرگ، به بسط این مفهوم و گفتن نکاتی جدید همت نمودند که بیشتر این مباحث در ذیل سخنان روشنفکران پیش از مشروطیت قرار می‌گیرند. برعکس دیگر مفاهیم نوآیین در انقلاب مشروطیت که روشنفکران و فقیهان مباحث مهمی را مطرح کردند، در خصوص تفکیک قوا نکته برجسته‌ای از جانب آنان مطرح نشد و به جای آنکه به مباحث بنیادین و فلسفه تفکیک قوا بپردازند و از آثار آن و رابطه قوا با هم سخن بگویند مباحث خود را معطوف به فواید این اندیشه کردند و از آن فراتر نرفتند. با آنکه روشنفکران و فقیهان در خصوص تفکیک قوا تأملات دقیقی نکرده بودند، اما تجربه مجلس اول در خصوص تفکیک قوا تجربه‌ای درخشان بود؛ زیرا نمایندگان به خوبی بر مسئولیت دولت در برابر مجلس تأکید کردند و پیدایش هیأت وزرای مسئول نقطه‌عطفی در تاریخ مشروطه‌خواهی ایرانیان است. تفکیک میان سلطنت و هیأت دولت نیز که در همین راستا مطرح شد سخنی مهم تلقی می‌شد. مشروطه ایران، پارلمانی تک‌مجلسی بود که می‌خواست تفکیک عمودی قوا در آن برقرار باشد و سایر قوا ذیل مجلس باشند. اگرچه دخالت زیاد مجلس در همه امور و انتظارات بسیار مردم از این نهاد نوآیین از ایرادات آن بود، اما به‌عنوان نقطه آغاز گامی بزرگ تلقی می‌شود. تجربه مجلس اول که ایرانیان به نحو عملی با این مفهوم برخورد کردند بسیار حائز اهمیت است و نشان داد که از خلال مباحث در حوزه عمومی مفاهیم شکل می‌گیرند و تکامل می‌یابند. بسیاری از مسائل مربوط به تفکیک قوا از جمله رابطه مجریه و مقننه، مسئولیت وزرا در برابر مجلس، تفکیک سلطنت از حکومت و موارد دیگر در خلال مباحث این مجلس شکل گرفت.

منابع

- آدمیت، فریدون، مجلس اول و بحران آزادی، انتشارات روشنگران، ۱۳۷۰.
- ارادان، فیلیپ، نهادهای سیاسی و حقوق اساسی، ترجمه رشید انصاریان، انتشارات دانشگاه شهید چمران اهواز، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- ارسطو، سیاست، ترجمه حمید عنایت، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، ۱۳۸۷.
- استار، پل، قدرت آزادی، ترجمه فریدون مجلسی، نشر ثالث، ۱۳۸۸.
- بردو، ژرژ، لیبرالیسم، ترجمه عبدالوهاب احمدی، نشر نی، ۱۳۷۸.
- بلامی، ریچارد، «شکل سیاسی قانون اساسی»، ترجمه محسن حسنوند، نشریه حقوق اساسی، شماره ۴، تابستان ۱۳۸۴.
- بوشهری، جعفر، حقوق اساسی، جلد اول، چاپ نهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۵.
- جعفری ندوشن، علی‌اکبر، تفکیک قوا در حقوق ایران، آمریکا و فرانسه، دفتر اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۳.
- حقدار، علی‌اصغر، مجلس اول: نهادهای مشروطیت، انتشارات مهر نامک، ۱۳۸۳.
- زرگری‌نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت، جلدهای اول و دوم، چاپ دوم، موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- طالبوف، عبدالرحیم، مسالک‌المحسنین، به کوشش باقر مؤمنی، چاپ دوم، بی‌جا، بی‌نا، ۱۳۵۶.
- ـــــــــــــ کتاب احمد، به کوشش باقر مؤمنی، انتشارات شبگیر، ۱۳۵۶.
- طباطبایی، سیدجواد، نظام‌های نوآیین در اندیشه سیاسی، انتشارات مینوی خرد، ۱۳۹۳.
- علوی، پرویز؛ و نادعلی صادقیان، «ریشه‌های فکری اصل تفکیک قوا»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۸۹.
- فرانک، پارکین، ماکس وبر، ترجمه شهناز مسی‌پرست، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- قاسم‌زاده، قاسم، حقوق اساسی، مقدمه تصحیح و تحشیه علی اکبرگرجی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ ششم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
- قریشی، فردین، بحران ناهماهنگی پایدار قوای سه‌گانه حاکمیت: مطالعه موردی ایران، فصلنامه سیاست، دوره۴۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۹.
- کسروی، احمد، تاریخ مشروطه ایران، چاپ بیست وچهارم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۰.
- کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۲.
- مستشارالدوله، میرزا یوسف خان، یک کلمه، به اهتمام علیرضا دولتشاهی، انتشارات بال، ۱۳۸۶.
- ملکم، مجموعه آثار میرزا ملکم خان، به کوشش محیط طباطبایی، انتشارات علمی، ۱۳۲۷.
- ملکم خان، روزنامه قانون، به کوشش هما ناطق، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۵.
- ملکی، حسین، دولت‌های ایران در عصر مشروطیت ۱۳۵۷ - ۱۲۸۵، نشر اشاره، ۱۳۷۰.
- مونتسکیو، شارل، روح‌القوانین، ترجمه علی اکبر مهتدی، چاپ ششم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۹.

- میرزا ابراهیم‌خان، رساله حقوق بشری اساس سیاست مملکت، مقدمه و تصحیح علی اصغر حقدار، نشر شهاب، ۱۳۸۶.
- میرزا صالح، غلامحسین، مشروح مذاکرات مجلس اول، انتشارات مازیار، ۱۳۸۴.
- نوایی، عبدالحسین، دولت‌های ایران از آغاز مشروطیت تا اولتیماتوم، انتشارات بابک، ۱۳۵۵.
- نویمان، فرانتس، آزادی قدرت و قانون، ترجمه عزت‌الله فولادوند، انتشارات خوارزمی، ۱۳۷۳.
- ویژه، محمدرضا، مبانی نظری ساختاری دولت حقوقی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- وینسنت، آندره، نظریه‌های دولت، ترجمه حسین بشیریه، چاپ چهارم، نشر نی، ۱۳۸۳.

- Alder, John, General Principle of Constitutional and Administrative Law, Palgrave Macmillan, 2002.
- Cooper, Samuel, "Considering Power in Separation of Power", Stanford Law Review, Vol. 46, June 1994.
- Cosper, Gerald, "An Essay in Separation of Powers: Some Early Version and Practices", William and Mary Law Review, Vol. 30, Issue 2, 1989.
- Jennings, Jeremy, Conceptions of England and Its Constitution in 19th Century French Political Thought, The Historical Journal, Vol. 29, March 1986.
- Munro, Colin, Studies in Constitutional Law, 2nd Edition, Butterworths, 1999.
- Salzberger, Eli; and Stefan Vigot, The Separation of Power, New Perspective and Empirical Finding, Springer Science, 2009.

بررسی تأثیر مکانیزه شدن نظام قضایی بر رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع در دادگستری کل استان کرمانشاه

سیدرضا هاشمی*
یحیی یوسفی**

چکیده

هدف اساسی این تحقیق سنجش تأثیر مکانیزه شدن نظام قضایی بر رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع در مقایسه با روش سنتی است. در این تحقیق که از نظر هدف کاربردی و از نظر نوع داده‌ها توصیفی همبستگی بوده ادعا شده است که مکانیزه‌شدن نظام قضایی قابلیت ارتقای رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی مراجعان را دارا می‌باشد. به منظور راستی‌آزمایی این ادعا، داده‌ها و اطلاعات مورد نیاز با طرح دو پرسش‌نامه محقق‌ساخته که از اعتبار و اعتماد لازم نیز برخودار بوده، جمع‌آوری و با استفاده از نرم‌افزار SPSS مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. جامعه آماری این تحقیق دادگستری کل استان کرمانشاه و روش نمونه‌گیری با طبقه‌بندی و در درون طبقات تصادفی ساده بوده که با استفاده از روش تخصیص متناسب و از طریق فرمول حجم نمونه ککران، تعداد ۱۲۰ نفر از کارکنان و ۱۳۰ نفر از مراجعان به‌صورت تصادفی در این تحقیق شرکت داده شده‌اند. تجزیه و تحلیل داده‌ها و اطلاعات نیز با استفاده از آزمون t یک‌نمونه‌ای انجام و فرضیات در سطح ۰/۰۵ آزمون شده‌اند. نتایج حاصله حاکی از آن است که سیستم مکانیزه باعث افزایش رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع شده است. در خاتمه راه‌اندازی ثبت کل جامع و اطلاع‌رسانی در مورد پیگیری الکترونیکی پرونده به منظور ارتقای وضعیت موجود پیشنهاد می‌گردد.

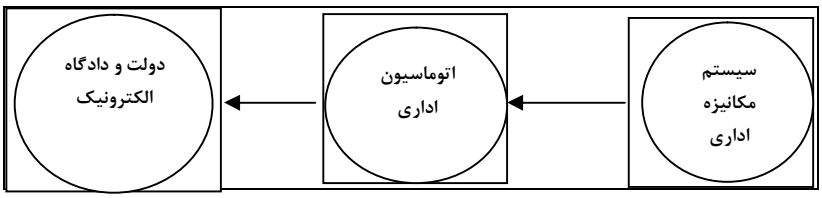
کلیدواژه‌ها: سیستم مکانیزه، اتوماسیون اداری، سیستم مدیریت پرونده قضایی (CMS)، رضایت شغلی، رضایت‌مندی ارباب‌رجوع.

*دانشیار گروه آمار دانشگاه رازی کرمانشاه rezahmi@yahoo.fr
**دانشجوی دکتری، مدرس مرکز آموزش علمی- کاربردی دادگستری استان کرمانشاه (نویسنده مسئول)
Y.Uosfi@yahoo.com

مقدمه

در سال‌های اخیر تحولات عمیقی به وقوع پیوسته که در بسیاری از جنبه‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حیات بشر را دگرگون ساخته است. یکی از این تحولات توسعه شگفت‌آور تکنولوژی و فناوری اطلاعات است. در این شرایط دیگر شیوه‌های قدیمی انجام کار و سیستم‌های سنتی کارایی ندارد و تکنولوژی در ابعاد مختلف کیفیت، سرعت، شیوه‌های انجام کار و در کل فرایندهای سازمانی را تحت تأثیر قرار داده و در نتیجه سازمان‌ها را با چالش جدیدی مواجه نموده است. به طوری که فارغ از بحث هزینه – فایده، به‌کارگیری این امر در سازمان‌ها به یک ضرورت استراتژیک تبدیل شده است. فناوری اطلاعات و ارتباطات روش‌های سریع‌تر و آسان‌تر را که مبنای توانایی‌اش در دسترسی به ژرفای وسیع و پیچیده داده‌هاست را جایگزین روش‌های سنتی در حل مسائل فنی و عملیاتی کرده است.[۱] در اهمیت و ضرورت فناوری اطلاعات در سازمان می‌توان گفت که کاربرد این پدیده در سازمان باعث ایجاد تحولات عمیقی در ابعاد مختلف شده و مهم‌ترین عامل افزایش بهره‌وری و کاهش هزینه محسوب می‌شود.[۲] فرایند تکامل فناوری اطلاعات در سازمان نیازمند طی شدن سه مرحله است که نمودار ذیل بیانگر آن است:

شکل ۱) روند به‌کارگیری فناوری اطلاعات در سازمان



همان‌گونه که در شکل فوق قابل رویت است اولین مرحله و آغاز مکانیزم به‌کارگیری فناوری اطلاعات در سازمان سیستم مکانیزه اداری[۳] است. این سیستم مکاتبات اداری را به شکل‌های گوناگون کتبی، شفاهی و یا ویدئویی ایجاد نموده و پس از ذخیره‌سازی، اصلاح و نمایش آن‌ها را انتقال می‌دهند.[۴] سیستم مکانیزه اداری که

۱. سرداری، احمد؛ و حامد عظیم‌زادگان، اصول و مبنای فناوری اطلاعات، همدان، نشر نورعلم، ۱۳۸۳، ص. ۲.

2. Kagan, Andrew, "Information Technology Seen as Key to Productivity", Chemical Week, Vol. 55, Issue 2, 1994, pp. 20-22.

3. Organization Mechanization System.

۴. صرافی‌زاده، اصغر، «سیستم‌های اطلاعاتی مدیریت»، تهران، انتشارات ترمه، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۷.

لازمه آن استفاده از رایانه و ابزارهای اداری و فناوری مخابراتی است، فعالیت‌های عادی، روزمره و تکراری را پشتیبانی نموده و با کارایی بیشتری انجام می‌دهد و دارای مزایایی از جمله استفاده بهتر از زمان برای کارایی بیشتر، کنترل و نظارت بهتر بر کار، کاهش فعالیت‌های غیرمولد مانند بایگانی و نگهداری سوابق، افزایش دقت و نظم در انجام کار، ایجاد بانک اطلاعاتی با سهولت دسترسی، دست‌یابی سریع‌تر به اهداف سازمان از طریق تحول در شیوه انجام کار و ... می‌باشد.

البته سیستم مکانیزه دارای معایبی از جمله هزینه اصلاح روش‌های سنتی و شکستن مقاومت کاربران برای پذیرش سیستم جدید، نیز می‌باشد.[1] اما در کل می‌توان گفت که مزایای آن بر معایبش غلبه دارد.

مرحله دوم از فرایند استقرار فناوری اطلاعات در سازمان که مترقی‌تر از سیستم مکانیزه بوده، اتوماسیون اداری است. اتوماسیون اداری[2] عبارت است از کاربرد وسایل الکترونیک در فعالیت‌های دفتری به منظور افزایش کارایی.[3] به‌عبارت‌دیگر اتوماسیون اداری وظیفه برقراری ارتباطات داخلی سازمان و همچنین افراد سازمان با خارج سازمان را عهده‌دار است.[4] عامل اصلی متمایزکننده اتوماسیون از سیستم مکانیزه این است که در اتوماسیون از ماشین و ابزارهای الکترونیکی خودکار جهت انجام کارها استفاده می‌شود، به‌نحوی که تعداد نیروی انسانی موردنیاز آن اندک است و فقط به منظور برنامه‌ریزی و کنترل ماشین‌ها و تجهیزات از نیروی انسانی استفاده می‌شود. همچنین اتوماسیون امکان برقراری ارتباط و هماهنگی میان واحدها و افراد سازمان را ایجاد می‌نماید، به طوری که این واحدها و افراد بتوانند به سهولت با یکدیگر تبادل اطلاعات نموده و از اطلاعات مشترک استفاده کنند. در حالی که سیستم مکانیزه شامل به‌کارگیری تجهیزات و وسائل الکترونیک در انجام امور بوده که صرفاً به‌عنوان ابزار مورد استفاده نیروی انسانی در سازمان‌ها قرار می‌گیرد. مهم‌ترین چالش در زمینه استفاده از اتوماسیون اداری در کشور قانونی نشدن امضاء الکترونیک و الزام وجود فیزیکی اسناد و مدارک برای بررسی است.[5] امروزه اتوماسیون اداری تنها به مکانیزه کردن وظایف درونی

۱. یاراحمدی‌خراسانی، مهدی، «سیستم مکاتبات بدون کاغذ و تسهیل فرآیند کسب کار در عصر دیجیتال»، مدیریت، شماره ۱۳۶-۱۳۵، ۱۳۸۷، ص. ۵۲.

2. Organization Automation.

۳. یاراحمدی خراسانی، پیشین، ص.۵۰.

۴. یزدان‌نیا، رضیه، میراث رقمی (دیجیتال): از اتوماسیون اداری تا آرشیو ملی دیجیتال، گنجینه اسناد، دفتر دوم، تابستان ۱۳۸۸، ص. ۱۰۸.

۵. همان، ص. ۱۰۹.

سازمان اطلاق نمی‌شود بلکه تبدیل داده‌ها به صورت الکترونیکی را نیز در بر می‌گیرد. ذخیره، مبادله و مدیریت اطلاعات سه فعالیت اصلی در هر سیستم اتوماسیون اداری است.

مرحله نهایی و تکامل‌یافته حاکمیت فناوری اطلاعات در سازمان، دولت الکترونیک است. دولت الکترونیک عبارت است از به‌کارگیری فناوری اطلاعات در ارائه خدمات اجتماعی، اداری و اقتصادی به‌ویژه در بخش دولتی برای بالا بردن بهره‌وری و بهبود ارائه اطلاعات و خدمات به شهروندان.[1] همچنین طبق تعریف بانک جهانی دولت الکترونیک به معنای استفاده کارگزاران دولتی از فناوری اطلاعات است که می‌تواند منجر به تغییر مناسبات میان او و شهروندان، بنگاه‌ها و سایر ارکان دولت شود. دولت الکترونیک زمانی تحقق می‌یابد که کلیه سازمان‌ها الکترونیکی شده و ارائه خدمت آن‌ها به شکل الکترونیکی امکان‌پذیر باشد.

از جمله آثار دولت الکترونیک می‌توان به این موارد اشاره نمود:

- از میان رفتن مرزهای جغرافیایی و خدمت‌رسانی شبانه‌روزی در تمام ایام سال
- حذف مرزها (مکانی – محدودیت‌های زمانی) با شرط در نظر گرفتن بهره‌مندی از فناوری اطلاعات برای آحاد مردم
- افزایش بهره‌وری و کاهش هزینه‌ها، با تغییر در شیوه ارائه خدمت
- پاسخگویی شفاف
- معماری مجدد یا مهندسی مجدد دولت (کوچک‌سازی دولت)[2]

کاربرد دولت الکترونیک در ایران در سال ۱۳۸۱ در قالب طرح *تکفا* به تصویب هیأت وزیران رسید و شورای عالی اداری نیز مصوبه دولت به‌منظور توسعه فناوری اطلاعات در نظام اداری (اتوماسیون اداری) را تصویب نمود[3] و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی با همکاری سایر دستگاه‌ها، مسئول تحقق و هدف گذاری در این زمینه شد. این هدف‌گذاری در سه سطح آرمانی، کمّی و کیفی تعریف شده است.[4]

مهم‌ترین مشکلات و نارسایی دولت الکترونیک در ایران عبارت است از:

- کامل نبودن زیربنای حقوقی

۱. نوبخت، محمدباقر؛ و حمید بختیاری، دولت الکترونیک و امکان‌سنجی استقرار آن درایران، انتشارات معاونت پژوهش دانشگاه آزاد اسلامی (دفتر گسترش و تولید علم)، تهران، ۱۳۸۷، ص. ۱۴.

۲. نوبخت و بختیاری، پیشین، ص‌ص. ۱۷-۱۶.

۳. سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، «گزارش اجرای تصویب‌نامه شماره ۱۳/۷۲۲مورخ۸۱/۴/۲۲ شورای عالی اداری موضوع تحقق دولت الکترونیک»، معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی، مرکز توسعه و نوسازی اداری، مدیریت توسعه فناوری اطلاعات، مهر ۱۳۸۲.

۴. سند مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، «سند فرابخشی (ویژه) بهینه‌سازی تشکیلات دولت و ایجاد دولت الکترونیک» دراجرای بند ز ماده ۱۵۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳، معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی، ۱۳۸۳.

- کافی نبودن امکانات و ساختار مناسب
- مشکلات امنیتی شبکه
- آماده نبودن زیرساخت امضای دیجیتال
- آشنایی ناکافی بخشی از بدنه اجرایی کشور نسبت به امر دولت الکترونیک و اتوماسیون
- کند بودن روند اجرای برنامه‌ها و عقب‌ماندگی در دست‌یابی به فناوری روز[1]

سازمان‌ها و دستگاه‌های کشور از لحاظ کاربرد دولت الکترونیک در مراحل ابتدایی قرار دارند؛ به‌نحوی که مطابق مدل پنج‌مرحله‌ای سازمان ملل در راه‌اندازی دولت الکترونیک در کشورهای مختلف، از مرحله ظهور عبور نموده و همزمان درصدد تحقق ویژگی‌های مراحل بعد هستند.[2] بنابراین هر کدام از مراحل تکامل فناوری اطلاعات به‌منزله پیش‌نیاز برای مرحله بعد عمل نموده و تکامل فناوری اطلاعات تدریجی و مستلزم طی شدن فرایند اشاره شده است.

یکی از بخش‌های مهمی که تحت‌الشعاع توسعه فناوری اطلاعات و قابلیت‌های آن قرار گرفته، نظام قضایی است. قوه قضاییه به‌عنوان یکی از قوای سه‌گانه و مستقل کشور مطابق اصل ۱۵۶ قانون اساسی با هدف پشتیبانی از حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت تشکیل شده است. تشکیلات اداری این قوه در دادگستری‌ها تا به حال به صورت سنتی که با مشکلاتی از جمله نقصان در ارائه خدمات و وظایف محوله، تراکم تشکیل پرونده، رشد جمعیت و بالا رفتن سطح آگاهی و توقع افراد جامعه، طولانی شدن روند دادرسی (اطاله دادرسی)، گم شدن برخی از اوراق پرونده، ناتوانی و ضعف در تهیه گزارش‌های مختلف، کاهش کیفیت ارائه خدمت و بهره‌وری نامطلوب اداره شده است. امروزه با گسترش و توسعه فناوری اطلاعات، قوه‌قضاییه نیز تلاش نموده که از این ظرفیت بهره‌برداری نماید. روند به‌کارگیری فناوری اطلاعات در نظام قضایی را می‌توان در دو بعد بررسی نمود. در بعد نخست اقدام به مکانیزه نمودن سیستم قضایی در دادگستری‌ها به منظور مرتفع نمودن مشکلات نظام سنتی نموده است که تحت عنوان سیستم مدیریت پرونده قضایی (CMS)[3] اجرایی شده است. این سامانه که یکی از هشت راهبردی بود که به منظور مرتفع نمودن مشکلات و توسعه نظام قضایی کشور در سال ۱۳۸۰ پیشنهاد گردید، عبارت از سیستمی است که هدف از

۱. نوبخت و بختیاری، پیشین، ص‌ص. ۱۱۱-۱۱۰.

۲. رهنورد، فرجاله؛ و داریوش محمدی، «ارزیابی مراحل تکاملی دولت الکترونیک در ایران» پژوهش‌نامه علوم انسانی واجتماعی (ویژه مدیریت)، شماره ۲۷، زمستان ۱۳۸۶، ص.۶۰.

3. Case Management System

طراحی آن ثبت و نگهداری خلاصه اطلاعات یک پرونده به صورت مکانیزه و امکان جستجو و گزارش‌گیری از آن است.[1] سامانه CMS زمینه حذف دفاتر در نظام سنتی و تعریف آن‌ها در خود را به وجود آورده است. این سیستم به هر پرونده یک شماره ۱۶رقمی اختصاص می‌دهد که در سطح کشور منحصربه‌فرد است و مراجعان می‌توانند از طریق این شماره و رمز شخصی ۵رقمی که در زمان ثبت پرونده کاربر در اختیار آن‌ها قرار می‌دهد با مراجعه به سایت قوه‌قضاییه نسبت به پیگیری و اطلاع از اقدامات انجام‌گرفته بر روی پرونده آگاهی حاصل نمایند که نتیجه این امر، کاهش مراجعات غیرضروری است.

در این سیستم کلیه عملیات کاری مانند ثبت، تعیین وقت، آمار کردن دادنامه، اندیکاتور وارده و صادره، صدور انواع اوراق قضایی، جستجوی پرونده، کپی‌برداری در زمان انتقال و گزارش‌های مختلف به‌صورت مکانیزه انجام می‌شود.

این سیستم دارای قابلیت اطلاع‌رسانی خودکار نیز می‌باشد. به این صورت که اگر در زمان ثبت پرونده کاربر شماره تلفن همراه طرفین پرونده را وارد نماید، سیستم هر اقدامی که بر روی پرونده انجام گیرد را به صورت مکانیزه و از طریق سامانه پیام کوتاه برای فرد موردنظر ارسال می‌کند.

از جمله مزایای به‌کارگیری این سیستم می‌توان به این موارد اشاره نمود:

- تسهیل زمینه ایجاد ارتباط بین شعب
- کاهش خطا و افزایش دقت در انجام کار
- تسریع در پاسخگویی به ارباب‌رجوع
- ارائه آمارهای مختلف در کمترین زمان ممکن
- ایجاد مکانیزم پیگیری و نظارت بر کار
- افزایش کیفیت ارائه خدمت
- ایجاد زمینه کپی‌برداری آسان از پرونده
- سهولت در دستیابی به اطلاعات پرونده در کمترین زمان ممکن
- فراهم ساختن بستر ایجاد پرونده دیجیتال و بایگانی الکترونیک
- فراهم ساختن بستر نظارتی عالی برای مسئولان در تمامی سطوح

بعد دوم و نهایی در زمینه تحقق فناوری اطلاعات در قوه‌قضاییه راه‌اندازی محاکم الکترونیک است. همان‌گونه که دنیای تجارت فضایی مجازی را به عنوان مکانی برای

۱. مرکز آمار و انفورمانیک دادگستری کل استان قم، «راهنمای نرم افزار سیستم مدیریت پرونده قضایی»، قم، انتشارات نینوا، ۱۳۸۶، ص. ۹.

انجام امور تجاری می‌شناسد، سیستم قضایی نیز به منظور تبادل موفقیت‌آمیز اطلاعات و انجام روندهای قضایی نیاز دارد فناوری اطلاعات را در فرایندهای کاری خود بگنجاند. نمود پیشرفته استفاده از فناوری اطلاعات و اینترنت در حیطه سیستم قضایی، راه‌اندازی دادگاه‌های الکترونیک و سامانه‌های پیگیری الکترونیک پرونده است که شایسته است در یک مقایسه تطبیقی وضعیت این موضوع در ایران را با سیستم قضایی امریکا و هند به عنوان نمونه تشریح نماییم:

در نظام قضایی امریکا یک سیستم گزارش‌دهنده دیجیتال دادگاه تدارک دیده شده است که با استفاده از آن و نرم‌افزار FTR می‌توان کلیه امور اتفاق‌افتاده در دادگاه که به صورت صوتی است را ثبت نموده و به طور نسخه ثبت‌شده و همزمان به کامپیوتر یا لپ‌تاپ قاضی انتقال داد و وی را قادر ساخت که بعداً نحوه انجام کارش (دادرسی) را تفسیر نماید. همچنین این کار وکیل، طرف دعوی، شاهد و اعضای هیأت منصفه را نیز قادر می‌سازد موارد رخ‌داده در دادگاه را به شکل یک نسخه نوشته‌شده ملاحظه نمایند. در این سیستم تمامی رخدادهای صوتی از طریق کانال مخابراتی به یک سرور مرکزی منتقل شده و امکان تکثیر آن در فرمت دیداری و شنیداری وجود دارد. در صورت راه‌اندازی این سامانه در دادگستری این قابلیت ایجاد می‌شود که گزارشگر دادگاه (منشی) بتواند همزمان چهار فرایند رسیدگی در چهار شعبه از یک مجتمع قضایی را نظارت و تفسیر نموده و در کامپیوتر خود کنترل نماید.[1]

در نظام قضایی هند نیز فعالیت‌های قضایی به شکل مکانیزه در سال ۱۹۹۰ آغاز شد و در طی سال‌های ۱۹۹۵- ۱۹۹۲ مکانیزه نمودن تمام دادگاه‌ها تحت عنوان NIC[2] ادامه یافت. پروژه تأسیس دادگاه الکترونیک به سال ۲۰۰۷ بازمی‌گردد که هدف آن پوشش تمام سیستم قضایی هند بود. سیستم قضایی هند ۱۵۰۰۰ دادگاه در ۲۵۰۰ مجتمع قضایی را شامل می‌شود. در این سیستم می‌توان از وضعیت کلیه پرونده‌های معوق به صورت برخط (آنلاین) آگاهی یافت. این سیستم به دادگاه کمک می‌کند به طور دیجیتال و همزمان کپی تأییدشده (برابر با اصل) صادر نماید و همچنین شاکیان و شاهدان می‌توانند از طریق ویدئوکنفرانس در دادگاه حضور یابند و کلیه اظهارات آنان به دادگاه ارسال می‌گردد. در این سیستم کلیه دستورها و تصمیم‌های دادگاه بر روی شبکه قابل دسترس است و وکلا می‌توانند از طریق شبکه از قاضی اجازه مطالعه پرونده را دریافت نموده و از راه دور و به‌صورت الکترونیک به مطالعه پرونده بپردازند. اجازه قاضی به وکیل در قالب یک کد الکترونیکی صورت می‌گیرد. همچنین در این سیستم

1. http// www.ninia9.org
2. National Informatics Center

برای افرادی که دسترسی به اینترنت ندارند، به‌منظور پیگیری کار قضایی و امور مربوطه به پرونده خود تلفن گویا ایجاد شده است و افراد می‌توانند جهت دریافت رونوشت تأییدشده خارج از ساعت اداری و بدون نیاز به مراجعه به دادگاه از خود سیستم رونوشت تأییدشده را دانلود نمایند.

در کشور ما تاکنون دادگاه الکترونیک به صورت سراسری و فراگیر به علت فراهم نبودن زیرساخت و بستر مناسب ایجاد نشده است. قوه‌قضاییه به منظور پیاده‌سازی دادگاه الکترونیک با چهار مشکل مواجه می‌باشد که دو مشکل مربوط به خود قوه‌قضاییه است که شامل مسائل ساختاری و متناسب‌نبودن نیروی انسانی می‌باشد و دو مشکل مربوط به سطح کشور است که شامل فراهم‌نبودن امضای الکترونیکی و پایین بودن سرعت اینترنت است. با این وصف راه‌اندازی دادگاه الکترونیک از سال ۱۳۸۰ در دستور کار قوه‌قضاییه قرار گرفته، ولی به‌علت مشکلات فوق‌الذکر و همچنین فراهم‌نبودن بستر و زیرساخت مناسب تا کنون محقق نشده است. اما در آینده با ارتقای سامانه CMS و همچنین تغییرات ساختاری و نیروی انسانی به منظور متناسب‌سازی با این امر، در کنار فراهم شدن بستر امضای دیجیتال در کشور، می‌توان شاهد راه‌اندازی دادگاه الکترونیک باشیم. بنابراین اجرای سامانه CMS بعنوان پیش‌نیاز تحقق محاکم الکترونیک بسیار حائز اهمیت است.یکی از مهم‌ترین عواملی که در علم مدیریت جایگاه خاصی را به خود اختصاص داده رضایت شغلی است. رضایت شغلی انعکاس مثبت نگرش و احساسات فرد است که نسبت به شغل خود ابراز می‌کند. *لوی گاربو*[1] *و مونت مارکت*[2] رضایت شغلی را ارزیابی فرد نسبت به تجربه گذشته و اینکه انتخاب همین شغل در آینده نیز بهترین گزینه است، تعریف می‌کنند؛ به طوری که فرد در مورد رضایت شغلی گزارش نمی‌دهد بلکه قضاوت می‌کند.[3] رابینز رضایت شغلی را تفاوت بین پاداش‌هایی که کارگر یا کارمند دریافت می‌کند و مبلغی را که به باور او باید دریافت کند، تعریف می‌کند.[4] *لوکه* نیز رضایت شغلی را حالت هیجانی خوشایند و مثبتی می‌داند که حاصل ارزیابی شغلی یا تجربه شغلی فرد است.[5]رضایت شغلی یک مقوله

1. Levy Garboua
2. Mont Marquette
3. Garboua, Levy; and Claude Montmarquette, "Reported Job Satisfition: What Does it Mean?", C.R.D.E. Workin paper, University of Montreal, 1999.
۴. رابینز، استیفن، رفتار سازمانی، جلد اول، ترجمه علی پارساییان و سید محمد اعرابی، تهران، انتشارات دفتر پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۸۷، ص. ۴۰.
5. Locke, Edwin, The Nataure and Causes of Job Satistaction: Handbook of Indsterial and Organizational Psychology, Consulting Psychological Press, 1976, p. 113.

چندبعدی و پیچیده است که از عوامل بسیاری تأثیر می‌پذیرد. *هارولد* نشان داد که با غنی ساختن شغل می‌توان وظایف کار را برای کارگر هیجان‌دار و معنادارتر کرد و این‌گونه رضایت شغلی را افزایش داد.[1] از نظر *گینزبرگ* رضایت شغلی دارای دو جنبه *است: درونی* که همان احساس لذتی است که انسان از صرف اشتغال به کار عایدش می‌شود و *بیرونی* که با نوع، شرایط و محیط کاری در ارتباط است.[2] همچنین *پرینگتون* نیز بر اساس مطالعه‌ای درسال ۱۹۹۴ نشان داد که سه عامل ویژگی‌های شغلی، ویژگی‌های سازمان و ویژگی‌های افراد شاغل رضایت شغلی را تحت تأثیر قرار می‌دهد.[3]

از جمله روش‌هایی که می‌توان با توسل به آن در جهت تحقق سطح مطلوب رضایت‌مندی کارکنان کوشید فناوری اطلاعات است. سیستم مکانیزه به عنوان یکی از قابلیت‌های فناوری اطلاعات از طریق انجام سریع‌تر و راحت‌تر کارها، کاهش حجم فعالیت کاری در مقایسه با شیوه سنتی و کاهش استرس و فشارروانی ناشی از کار، منعطف ساختن کار، ایجاد زمینه ارزیابی عملکرد صحیح‌تر و ... باعث مطلوب شدن شرایط کاری شده است و با توجه به اینکه معمولاً رضایت شغلی تابع دو عامل درونی و بیرونی می‌باشد، از طریق مطلوب نمودن شرایط کاری رضایت بیرونی را برای شخص به ارمغان آورده و چون رضایت بیرونی و درونی با هم در تعامل هستند، لذا موجبات ایجاد رضایت فرد از شغلش فراهم می‌گردد. امروزه در نظام اداری و اجرایی رضایت مردم و مراجعان از خدمات دستگاه‌های دولتی یکی از شاخص‌های اصلی کارآمدی و رشد و توسعه محسوب می‌شود. مؤلفه‌هایی از قبیل سرعت، صحت و دقت در انجام کار مراجعان، چگونگی رفتار و برخورد با خدمت‌گیرندگان و اطلاع‌رسانی صحیح و مناسب از جمله عواملی است که موجب رضایت‌مندی خدمت‌گیرندگان یا مراجعان دستگاه‌های دولتی می‌شود.[4]

در کشور ما به منظور افزایش رضایت‌مندی مراجعان از ادارات و واحدهای ارائه‌دهنده خدمت و همچنین افزایش کیفیت خدمات در بخش دولتی، طرح تکریم ارباب‌رجوع درسال ۱۳۸۱ به پیشنهاد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی به کلیه دستگاه‌های دولتی ابلاغ گردید؛ به طوری که هیأت دولت شعار سال ۱۳۸۱ را طرح

۱. بختیار نصرآبادی، پیشین، ص.۶۰.
۲. اعظم‌آزاده، پیشین، ص. ۲۲۶.
۳. سلیمان‌نژاد، حمیرا، «بررسی رابطه بین استرس حرفه‌ای و رضایت شغلی در کارکنان سازمان‌های دولتی شهر ایلام سال ۸۰»، مجله علمی دانشگاه علوم پزشکی ایلام، شماره ۴۴ و ۴۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، ص. ۳۵.
۴. عباسی، انیس؛ یزدانی، نگار؛ و محمدکریم بهادری، «بررسی نتایج طرح تکریم ارباب‌رجوع در ارائه خدمات بیمارستان‌های دانشگاه علوم پزشکی گلستان»، مجله اخلاق و تاریخ پزشکی، شماره ۴، ۱۳۸۷، ص. ۶۲.

تکریم ارباب‌رجوع قرارداد و رهبر معظم انقلاب نیز این سال را سال نهضت خدمت‌رسانی به ارباب‌رجوع و مشتری نام نهاد.[1] رضایت‌مندی از دادگستری به دو شکل رضایت خاص و رضایت عام قابل بحث است، رضایت خاص عبارت است از میزان رضایتی که صرفاً از شیوه قضاوت ناشی می‌شود که این نوع از رضایت معمولاً در جامعه پایین است؛ چون کسانی که در دادگستری محکوم می‌گردند و حدوداً نیمی از مراجعان به دستگاه قضایی را تشکیل می‌دهند طبیعتاً ناراضی هستند و نارضایتی آنان غیرقابل اجتناب است به طوری که در عادلانه‌ترین سیستم قضایی نیز این نوع نارضایتی وجود دارد. نوع دوم رضایت، رضایت‌مندی عام می‌باشد که عبارت است از میزان رضایت مراجعان از شیوه پاسخ‌گویی و شیوه انجام کار و در کل رضایت‌مندی در چارچوب مسائل اداری. در این پژوهش رضایت‌مندی عام مورد بررسی قرار گرفته است.

یکی از خواسته‌های اساسی و توقعات بحق مراجعان برای دریافت خدمت از سازمان‌ها و مراکز دولتی، پاسخ‌گویی سریع و انجام کار در کمترین زمان و بدون معطلی است که در سیستم سنتی به علت زمان‌بر بودن انجام کارها، مراجعات مکرر و ... تحقق آن با دشواری مواجه بود؛ لذا شیوه سنتی زمینه بروز نارضایتی را فراهم می‌ساخت اما امروزه با به‌کارگیری و استفاده از فناوری اطلاعات و قابلیت‌های آن از جمله سیستم مکانیزه، می‌توان از طریق تسریع در پاسخگویی، صرفه‌جویی در زمان، بهبود کیفیت ارائه خدمت، بهبود نحوه ارتباط و تعامل با مراجعان و فراهم‌شدن زمینه ارتباط غیرحضوری موجبات تأمین رضایت‌مندی مراجعان را به سادگی فراهم ساخت. همچنین با توجه به اینکه شفاف‌سازی و مستندسازی نحوه ارائه خدمات به ارباب‌رجوع یکی از محورهای طرح تکریم ارباب‌رجوع می‌باشد، می‌توان از سیستم مکانیزه اداری به عنوان راهکار پیاده‌سازی این امر در سازمان‌ها بهره جست.

فناوری اطلاعات و قابلیت‌های آن توان اثرگذاری مثبت بر رضایت شغلی و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع را دارا می‌باشد که پژوهش‌های مختلف صورت‌گرفته در این باب مؤدای این ارتباط است. به عنوان مثال در عرصه داخلی مصطفی‌نژاد و دیگران (۱۳۹۱) در پژوهشی به ارتباط معنی‌دار به‌کارگیری فناوری اطلاعات و رضایت شغلی اعضای هیأت‌علمی دانشگاه ارومیه دست یافتند. همچنین غفاری و دیگران (۱۳۹۰) در پژوهشی که در عرصه بانک‌داری انجام دادند، تأثیر مثبت خدمات الکترونیکی بر رضایت‌مندی مشتریان در مقایسه با خدمات سنتی را ارائه نمودند و افخمی و ترابی

۱. مهرابیان، فردین؛ نصیری‌پور، امیراشکان؛ و سیدجمال‌الدین طیبی، «طرح تکریم ارباب‌رجوع در بیمارستان‌های آموزشی رشت»، مجله دانشکده پزشکی دانشگاه علوم پزشکی گیلان، شماره۵۷، بهار ۱۳۸۵، ص‌ص. ۸۳ – ۸۲.

(۱۳۹۰) هم در تحقیقی بر ارتباط معنادار خدمات الکترونیک و رضایت‌مندی مشتریان بیمه اذعان نمودند. در عرصه خارجی نیز مک مرتری[1] و دیگران (۲۰۰۲) در تحقیقی نشان دادند که به‌کارگیری فناوری اطلاعات و اتوماسیون منجر به رضایت شغلی بالاتر می‌شود. میتاس[2] و همکاران (۲۰۰۵) نیز در تحقیقی وجود ارتباط بین سرمایه‌گذاری در زمینه فناوری اطلاعات و رضایت مشتری در شرکت‌های آمریکایی را تأیید نمودند، لذا تحت تأثیر قرار گرفتن رضایت شغلی و رضایت‌مندی مراجعان نظام قضایی ناشی از به‌کارگیری فناوری اطلاعات و قابلیت‌های آن دور از انتظار نمی‌باشد.با عنایت به اهمیت و جایگاه رضایت‌مندی عامل انسانی و نیز خدمت‌گیرندگان دستگاه‌قضایی و اثرپذیری این دو متغیر از فناوری اطلاعات و قابلیت‌های آن از یک سو و اقتضای اصول مدیریت در زمینه بررسی و ارزیابی هر طرحی پس از اجرایی شدن به‌منظور دریافت بازخور نتایج حاصله و شناسایی نقاط قوت و ضعف و در نهایت انجام اصلاحات لازم جهت بهبود آن طرح از سوی دیگر تاکنون بررسی و تحلیلی از تأثیرات اجرای این طرح نوپا بخصوص در بحث رضایت شغلی کارکنان به‌عنوان سرمایه‌های انسانی هر سازمان و همچنین رضایت‌مندی ارباب‌رجوع به عنوان عامل اثربخشی به‌خصوص در سازمان‌های خدماتی، از سوی سازمان مربوطه انجام نگرفته است. لذا بررسی و تجزیه و تحلیل مقایسه‌ای این طرح نوپا با شکل سنتی و همچنین به طور اخص سنجش اثر آن بر دو متغیر رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع، هدف و منظور این تحقیق را آشکار می‌سازد. در مجموع پژوهش حاضر به دنبال دست‌یابی به اهدافی از جمله بررسی تأثیرات به‌کارگیری فناوری اطلاعات در ساختار و تشکیلات دادگستری به منظور تحول و دگرگونی شکل سنتی، بررسی و تجزیه و تحلیل طرح مکانیزه به عنوان بستر و پیش‌نیاز تحقق نظام اداری الکترونیک (دولت الکترونیک)، بررسی این طرح به عنوان راهکار تحقق طرح تکریم ارباب‌رجوع در دادگستری بوده و همچنین به طور اخص به بررسی اثر این طرح بر رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع می‌پردازد.

۱. روش‌شناسی تحقیق

این تحقیق از نظر هدف کاربردی و از نظر نوع داده‌ها غیرآزمایشی همبستگی است. داده‌ها و اطلاعات لازم از طریق طرح دو پرسش‌نامه محقق‌ساخته جمع‌آوری و با استفاده از نرم افزار SPSS مورد تجزیه و تحلیل قرارگرفته است. به منظور سنجش پایایی یا اعتبار پرسش‌نامه‌ها از ضریب *آلفای کرونباخ* استفاده شده، که پس از محاسبه،

1. McMurtrey
2. Mithas

عدد ۹۳۶٪ برای پرسش‌نامه کارکنان و عدد ۸۱۵٪ برای پرسش‌نامه ارباب‌رجوع به دست آمد که نشان می‌دهد پرسش‌نامه‌ها از اعتبار بالایی برخوردار هستند. همچنین به‌منظور سنجش‌روایی نیز پرسش‌نامه‌ها در اختیار اساتید راهنما و مشاور و چند کارشناس مرتبط با موضوع قرار گرفت تا نسبت به روایی آن اظهارنظر نمایند که با توجه به اظهارنظر مثبت آنان می‌توان نتیجه گرفت که پرسش‌نامه‌ها دارای روایی و اعتماد قابل‌قبولی هستند.

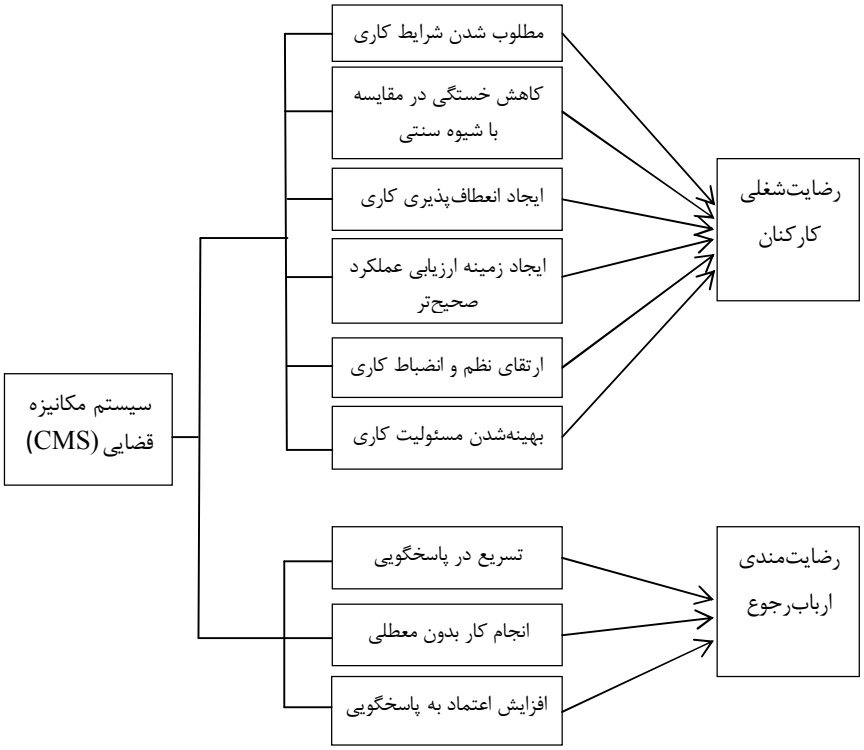
جامعه آماری این تحقیق کلیه کارکنانی که به‌صورت مستقیم با این سیستم سروکار دارند و نیز کلیه مراجعان شعب مختلف دادگستری کل استان کرمانشاه است و روش نمونه‌گیری با طبقه‌بندی و درون طبقات تصادفی ساده است. با توجه به این که در دادگستری کل استان کرمانشاه از بین تمامی پرسنل حدود ۲۲۸ نفر به طور مستقیم از سیستم مکانیزه استفاده می‌کنند و این افراد از طبقات مختلف بودند، بنابراین برای تعیین حجم نمونه از روش تصادفی طبقه‌ای و درون طبقات تصادفی ساده با تخصیص متناسب و از طریق فرمول حجم نمونه *ککران* یک نمونه ۱۱۸نفری به شرح جدول شماره ۱ به منظور شرکت در انجام این تحقیق تعیین گردید.

ضمناً در این تحقیق ۱۲۰ نفر از کارکنان و ۱۳۰ نفر از مراجعان شرکت نموده و به سئوالات پاسخ دادند.

۱) جدول تعیین حجم نمونه کارکنان از طبقات مختلف

نام طبقات	تعداد کارکنان	درصد سهم هر طبقه	حجم نمونه در هر طبقه
حقوقی	۴۱	۱۷/۹	۲۱
خانواده	۲۳	۱۰	۱۲
جزایی	۳۸	۱۶/۷	۲۰
تجدید نظر	۴۹	۲۱/۵	۲۶
اجرای احکام مدنی و کیفری	۴۳	۱۸/۸	۲۲
ماشین‌نویسی	۱۴	۶	۷
دایره ابلاغ	۱۴	۶	۷
آمار و انفورماتیک	۶	۲/۵	۳
جمع	۲۲۸	۱۰۰	۱۱۸

در این تحقیق با توجه به مبانی نظری و وضعیت جامعه آماری تحقیق مهم‌ترین مؤلفه‌های اثرگذار سیستم مکانیزه بر رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی مراجعان شناسایی و بدین شکل مدل‌سازی شده است:



شکل شماره۲) مدل مفهومی تحقیق

مطابق مدل فوق انتظار می‌رود سیستم مکانیزه قضایی CMS بر رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع تأثیر مثبت داشته باشد بدین نحو که سیستم مکانیزه از طریق کاهش خستگی، ایجاد انعطاف‌پذیری کاری، ایجاد زمینه ارزیابی عملکرد صحیح‌تر و ارتقای نظم و انضباط کاری در مقایسه با روش سنتی، باعث مطلوب شدن شرایط کاری شده که نتیجه آن تغییر در رضایت شغلی کارکنان است. همچنین سیستم مکانیزه از طریق تسریع در پاسخگویی به مراجعان در مراجعات حضوری، انجام بدون معطلی کار آن‌ها و ... باعث اثرگذاری بر رضایت‌مندی ارباب‌رجوع در مقایسه با روش سنتی شده است. بنابراین فرض‌های که در این پژوهش به آن‌ها پرداخته می‌شود عبارتند از:
نخست: سیستم مکانیزه قضایی (CMS) باعث افزایش رضایت شغلی کارکنان شده است.
دوم: سیستم مکانیزه قضایی (CMS) باعث افزایش رضایت‌مندی ارباب‌رجوع شده است.

۲. تجزیه و تحلیل داده‌ها و اطلاعات

در این تحقیق برای بررسی فرضیه‌ها از آزمون t یک‌نمونه‌ای استفاده شده است.

۲-۱. تحلیل فرضیه نخست

سیستم مکانیزه قضایی (CMS) باعث افزایش رضایت شغلی کارکنان شده است.
برای بررسی این فرضیه از آزمون t یک‌نمونه‌ای استفاده شده است. میانگین نمراتی که به سئوالات ۵گزینه‌ای این فرضیه داده شده، مطابق جدول شماره ۲ است.

۲) جدول آمار توصیفی رضایت شغلی کارکنان

متغیر مورد بررسی	تعداد پاسخگویان	میانگین	انحراف استاندارد	انحراف استاندارد میانگین	t مقدار آماره	درجه آزادی	سطح معنی‌داری
رضایت شغلی	۱۲۰	۴/۱۷	٪۶۰۸	/۰۵۵	۲۱/۱۵	۱۱۹	٪۰۰۰

در جدول شماره ۲ با توجه به سطح معنی‌داری داده‌شده که برابر با ۰/۰۰۰ می‌باشد و مقایسه آن با میزان خطای مجاز ۰/۰۵ با اطمینان ۹۵ درصد می‌توان نتیجه گرفت که فرض H_0 رد شود. لذا با توجه به میانگین داده‌شده در جدول آمار توصیفی (شماره ۲) که برابر ۴/۱۷ می‌باشد می‌توان نتیجه گرفت که از دیدگاه کارمندان سیستم مکانیزه قضایی (CMS) باعث افزایش رضایت شغلی کارکنان شده است.

۲-۱. تحلیل فرضیه دوم

سیستم مکانیزه قضایی (CMS) باعث افزایش رضایت‌مندی ارباب‌رجوع شده است.
برای بررسی این فرضیه از آزمون t یک نمونه‌ای استفاده شده است. میانگین نمراتی که به سؤالات ۵ گزینه‌ای این فرضیه داده شده مطابق جدول شماره ۳ است.

۳) جدول آمار توصیفی رضایت‌مندی ارباب‌رجوع

متغیر مورد بررسی	تعداد پاسخگویان	میانگین	انحراف استاندارد	انحراف استاندارد میانگین	t مقدار آماره	درجه آزادی	سطح معنی‌داری
رضایت‌مندی ارباب‌رجوع	۱۳۰	۴/۳۱	/۴۳۸	/۰۳۸	۳۴/۲۱	۱۲۹	٪۰۰۰

در جدول شماره ۳ با توجه به سطح معنی‌داری داده‌شده که برابر با ٪۰۰۰ می‌باشد و مقایسه آن با میزان خطای ٪۵ با اطمینان ۹۵ درصد می‌توان نتیجه گرفت که فرض H_0 رد می‌شود. لذا با توجه به میانگین داده‌شده در جدول آمار

توصیفی(شماره ۳) که برابر با ۴/۳۱ می‌باشد می‌توان نتیجه گرفت که از دیدگاه مراجعان سیستم مکانیزه‌قضایی (CMS) باعث افزایش رضایت‌مندی ارباب‌رجوع شده است.

نتیجه‌گیری

سازمان‌ها در محیطی پویا فعالیت می‌نمایند. تأثیر این مسأله بر دو بعد انتظارات کارکنان و مراجعان که به عنوان ابعادی متغیر و حائز اهمیت ایجاب می‌کند رفتار و پاسخ آن‌ها نیز متناسب و اقتضایی باشد. یکی از استراتژی‌های پاسخ‌دهی که در این وضعیت راهگشا بوده، استفاده از فناوری اطلاعات و قابلیت‌های آن است که به دلالت پژوهش‌های صورت‌گرفته در عرصه داخلی و خارجی اثرگذاری مثبت آن بر رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی مراجعان ابراز شده است. بررسی این موضوع در نظام قضایی که هدف این پژوهش بوده است نیز این رویه را تصدیق می‌نماید؛ بدین معنا که تجزیه و تحلیل داده‌ها و اطلاعات در سطح ۵٪ حکایت از این دارد که به‌کارگیری سیستم مکانیزه قضایی (CMS) باعث افزایش رضایت شغلی کارکنان و رضایت‌مندی مراجعان شده است. به‌عبارت دیگر یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که شرایط محیط کار مهم‌ترین عامل اثرگذار بر رضایت شغلی کارکنان دادگستری می‌باشد و اثر سیستم مکانیزه قضایی بر بعد بیرونی رضایت شغلی پررنگ‌تر است؛ بدین نحو که این سیستم از طریق بهبود شرایط کاری، رضایت شغلی را برای کارکنان به ارمغان می‌آورد و همچنین اثر آن بر رضایت‌مندی ارباب‌رجوع نیز در بعد رضایت عام که مربوط به مسائل اداری از جمله شیوه پاسخ‌گویی و کاهش معطلی در مراجعات حضوری است، مشهودتر می‌باشد. لذا نتایج این پژوهش با یافته‌های سایر تحقیقات صورت‌گرفته در این حوزه همسو و هم‌جهت بوده و ادعا پژوهش مورد تأیید قرار گرفته است.

در مجموع نتایج پژوهش نشان می‌دهد که در مقام مقایسه با روش سنتی وضعیت دادگستری کل استان کرمانشاه از نظر متغیر رضایت شغلی و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع در طی سال‌های که سیستم مکانیزه قضایی (CMS) اجرایی شده مساعدتر از سال‌های حاکمیت سیستم سنتی بوده است.

در خاتمه نظر به نتایج حاصله از تجزیه و تحلیل فرضیات تحقیق در جهت بهبود و ارتقای رضایت شغلی و رضایت‌مندی ارباب‌رجوع ناشی از به‌کارگیری سیستم مکانیزه قضایی (CMS) شایسته است مسئولان و تصمیم‌سازان دستگاه قضایی التفات و عنایت لازم را به راهکارهای ذیل داشته باشند:

۱- به منظور افزایش رضایت شغلی کارکنان پیشنهاد می‌گردد چون هر عمل درستی که کارکنان از طریق سامانه CMS انجام دهند امتیاز مثبت و هر عملی که اشتباه انجام دهند امتیاز منفی دریافت می‌کنند، ارزیابی عملکرد بر مبنای امتیازات اکتسابی انجام امور از طریق سیستم مکانیزه قضایی در سیستم ارزشیابی لحاظ شود.

انجام این کار باعث واقعی شدن شیوه ارزیابی عملکرد و در نتیجه افزایش رضایت شغلی کارکنان می‌شود.

۲- به منظور ارتقای سطح رضایت‌مندی مراجعان از طریق قابلیت ایجاده شده توسط سیستم مکانیزه قضایی پیشنهاد می‌شود ثبت کل جامع با هدف حذف مشکل سرگردانی مراجعان در مراجعات حضوری و پاسخ‌گویی و تعیین مسیر ارجاع پرونده ایجاد گردد. همچنین با توجه به این که سامانه CMS به هر پرونده یک شماره ۱۶رقمی منحصربه‌فرد و یک رمز شخصی ۵رقمی به هریک از طرفین پرونده اختصاص می‌دهد، می‌توان از طریق اطلاع‌رسانی و در اختیار قرار دادن این شماره‌ها افراد را تشویق نمود که از طریق سایت قوه‌قضاییه نسبت به پیگیری و کسب اطلاع از آخرین وضعیت پرونده خود اقدام نمایند. این امر موجب کاهش مراجعات حضوری و در نتیجه بهبود رضایت‌مندی مراجعان می‌شود.

منابع

- اعظم‌آزاده، منصوره، «اشتغال زنان گرایش به کار و تئوری‌های رضایت‌مندی شغلی» فصلنامه بانوان شیعه، شماره ۹، پاییز ۱۳۸۵.
- افخمی، احمد؛ و مصطفی ترابی، «تأثیر ابعاد کیفیت خدمات الکترونیکی بر رضایت مشتریان در تجارت الکترونیکی (موردکاوی: بیمه اینترنتی ایران و البرز)» فصلنامه اقتصاد و تجارت نوین، شماره ۲۵ و۲۶، تابستان و پاییز ۱۳۹۰.
- بختیار نصرآبادی، حسنعلی؛ و همکاران، «بررسی رابطه بین ماهیت شغل و رضایت شغلی» پژوهش‌نامه مدیریت اجرایی، شماره ۳۳، نیمه اول ۱۳۸۸.
- رابینز، استیفن، رفتار سازمانی، جلد اول، ترجمه علی پارساییان و سید محمد اعرابی، تهران، انتشارات دفتر پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۸۷.
- رهنورد، فرج‌اله؛ و داریوش محمدی، «ارزیابی مراحل تکاملی دولت الکترونیک در ایران» پژوهش‌نامه علوم انسانی واجتماعی (ویژه مدیریت)، شماره ۲۷، زمستان ۱۳۸۶.
- سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، «گزارش اجرای تصویب‌نامه شماره ۱۳/۷۲۲مورخ۸۱/۴/۲۲ شورای عالی اداری موضوع تحقق دولت الکترونیک»، معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی، مرکز توسعه و نوسازی اداری، مدیریت توسعه فناوری اطلاعات، مهر۱۳۸۲.
- سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، «سند فرابخشی (ویژه) بهینه‌سازی تشکیلات دولت و ایجاد دولت الکترونیک» دراجرای بند ز ماده ۱۵۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳، معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی، ۱۳۸۳.
- سرداری، احمد؛ و حامد عظیم‌زادگان، اصول و مبنای فناوری اطلاعات، همدان، نشر نورعلم، ۱۳۸۳.
- سلیمان‌نژاد، حمیرا، «بررسی رابطه بین استرس حرفه‌ای و رضایت شغلی در کارکنان سازمان‌های دولتی شهر ایلام سال۸۰»، مجله علمی دانشگاه علوم پزشکی ایلام، شماره ۴۴ و ۴۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۳.
- صرافی‌زاده، اصغر، «سیستم‌های اطلاعاتی مدیریت»، تهران، انتشارات ترمه، ۱۳۸۶.
- عباسی، انیس؛ یزدانی، نگار؛ و محمدکریم بهادری، «بررسی نتایج طرح تکریم ارباب‌رجوع در ارائه خدمات بیمارستان‌های دانشگاه علوم پزشکی گلستان»، مجله اخلاق و تاریخ پزشکی، شماره ۴، ۱۳۸۷.
- غفاری، فرهاد؛ جعفری، پژمان؛ و اشکان امیرمدحی، «بررسی رابطه کیفیت خدمات و رضایت مشتری در عرصه بانکداری: مدل مقایسه‌ای خدمات سنتی و الکترونیکی»، فصلنامه علوم و مدیریت ایران، شماره ۲۴، زمستان۱۳۹۰.
- مرکز آمار و انفورمانیک دادگستری کل استان قم، «راهنمای نرم افزار سیستم مدیریت پرونده قضایی»، قم، انتشارات نینوا، ۱۳۸۶.

- مصطفی‌نژاد، چیمن؛ حسنی، محمد؛ و ابوالفضل قاسم‌زاده، «بررسی رابطه بین به‌کارگیری فناوری اطلاعات و ارتباطات با میزان رضایت شغلی اعضای هیأت علمی دانشگاه ارومیه»، اولین کنفرانس بین‌المللی مدیریت، نوآوری و تولید ملی، ۱۳۹۱.
- مهرابیان، فردین؛ نصیری‌پور، امیراشکان؛ و سیدجمال‌الدین طیبی، «طرح تکریم ارباب‌رجوع در بیمارستان‌های آموزشی رشت»، مجله دانشکده پزشکی دانشگاه علوم پزشکی گیلان، شماره۵۷، بهار ۱۳۸۵.
- نوبخت، محمدباقر؛ و حمید بختیاری، دولت الکترونیک و امکان‌سنجی استقرار آن درایران، انتشارات معاونت پژوهش دانشگاه آزاد اسلامی (دفتر گسترش و تولید علم)، تهران، ۱۳۸۷.
- یاراحمدی‌خراسانی، مهدی، «سیستم مکاتبات بدون کاغذ و تسهیل فرآیند کسب کار در عصر دیجیتال»، مدیریت، شماره ۱۳۶-۱۳۵، ۱۳۸۷.
- یزدان‌نیا، رضیه، میراث رقمی (دیجیتال): از اتوماسیون اداری تا آرشیو ملی دیجیتال، گنجینه اسناد، دفتر دوم، تابستان ۱۳۸۸.

- Garboua, Levy; and Claude Montmarquette, "Reported Job Satisfition: What Does it Mean?", C.R.D.E. Workin paper, University of Montreal, 1999.
- Kagan, Andrew, "Information Technology Seen as Key to Productivity", Chemical Week, Vol. 55, Issue 2, 1994.
- Locke, Edwin, The Nataure and Causes of Job Satistaction: Handbook of Indsterial and Organizational Psychology, Consulting Psychological Press, 1976.
- McMurtrey, Mark; et al, "Job Satisfaction of Information Technology Workers: The Impact of Career Orientation and Task Automation in a CASE Environment", Journal of Management Information Systems, Vol. 19, No. 2, 2002.
- Mithas, Sunil; et al, "Effect of Information Technology Investments on Customer Satisfaction: Theory and Evidence", Ross School of Business Working Paper Series, Working Paper No. 971, 2005.

A Study of the Effect of Mechanization of the Judicial System on Job Satisfaction of Employees and Client Satisfaction in Kermanshah Courts

Seyed Reza Hashemi

Yahya Yousefi

Abstract

The main purpose of this paper is to study the effect of mechanization of the judicial system on job satisfaction of employees and client satisfaction in Kermanshah courts with a comparative view to the traditional system. This research can be categorized as applied, and it is based on correlational analysis of non-experimental data. The data were collected through two questionnaires and were analyzed using the SPSS software. The statistical population was Kermanshah courts and the sampling was based on Cochran's formula. The number of participant employees were 120 and that of the clients was 130. The data analysis was done descriptively as well as inferentially. The hypotheses were analyzed using the t-test at the significant level of 5%. The results indicate that mechanization increases job satisfaction of the employees and client satisfaction at a confidence level of 95%. In order to improve the present conditions, it is suggested that a computerized system be developed to register and track files.

Keywords: Mechanization System, Official Automation, Case Management System, Job Satisfaction, Client Satisfaction.

Formation of the Concept of the Separation of Power in Iran's Constitutional Revolution

Fardin Moradkhani

Abstract

The theory of separation of powers is one of the most important concepts in public law that was stated for the first time by Montesquieu. Different and various conceptions and traditions of this concept have been created in different countries. Iranians became familiar with this concept during constitutional revolution through writings of intellectuals, and referred to it in Constitution. In this essay after a short consideration of the concept of separation of powers, we will investigate Iranian's experiences with this concept in the writings of intellectuals and clergymen and important experience of the first parliament. One of the main challenges of the first parliament was regarded to the separation of powers, because there were no clear guidelines for various bodies of newly created form of government. So, members of this parliament debated different issues, like the relationship between Executive and Judiciary and responsibilities of ministers.

Keywords: Separation of Powers, Parliament, Check and Balance, Liability.

Situation of Conflict Resolution Counsel and Extraordinary Ways of Attack on its Judgments

Hasan Mohseni

Abstract

Today Conflict Resolution Counsel (CRC) which was aimed to achieve conciliation between people, pursuing conciliation and dispute settlement among private and public nongovernmental identities under supervision of Judiciary and this matter caused to become a first degree of jurisdiction by its relative competence. This situation that required to resolving the vagueness of its dispute settlement procedure has not concerned in 2008 act about CRC and caused some difficulties on the possibility or non-possibility of attack on its or public tribunal judgments which later is rendered after appeal such as revision and tired persons apposition. This is the subject of this paper.

Keywords: Conflict Resolution Counsel, Extraordinary Ways of Attack, Revision and Third Persons Apposition, Related Rule, Principle of Finality.

Deviation from the Principle of Separation of Prosecutor from Investigator in Criminal Procedure Code 1392

Rajab Goldoust Joybari

Faramarz Gholipour Jamnani

Abstract

One of the principles prevailing over the mix trial systems is dominance of principle of separation of prosecution from investigation in pre-trial stage. According to this principle, investigation of all crimes lies on independent official named judge d'instruction and prosecution of the offences, after performing the pre-trial investigation lies on prosecutor. In accusatory systems, all both of the prosecution and the investigation of the crimes is carried out by the prosecutor. In the former systems, because of the presence of the investigator, prosecutor or the other judicial ones as prosecutor, restrain from intervening in investigation and by the end of investigation, the prosecutor takes over the prosecution of crime in the court. Iranian legislator, although in recent developments in this field accepted the inquisitory system in pre-trial stage, but never has been bounded to the absolute separation prosecutor from investigator that is determination of mix hearing system and in many times, deviated from this principle so that in criminal procedure code 1392, expanded the scope of deviation from this principle and as well as prosecutor, qualified the other judicial ones for performing the pre-trial.

Keywords: Investigator, Prosecutor, Separation Principle, Pre-trial.

Historical Evolutions of Punishment in Light of Industrialization

Hadi Rostami

Farhad Mirzaei

Abstract

Punishment is of the subjects that has close relationship to industrial evolutions. Penal systems, equivalent to the industrialization of society and appearance of new technologies, are exposed to different transformations. Punishments such as imprisonment, fines, withdrawal of tranquility, forced labor and new methods of execution, more or less, is affected by industrialization and are seriously made ups and downs, as a result of complexity and evolutions of societies. So, in the historical consideration of punishments, it may not neglect the role of industry and technology therein and reduce their evolutions to merely development of philosophical and mental human thinking. The article is to assess long effect of industrialization on the punishment, by an historical review on evolutions of punishments, particularly its some kinds, and establish the theory by drawing and reviewing some historical samples.

Keywords: Punishment, Industrialization, Forced Labor, Imprisonment, Exile, Fine.

Challenges of Non-Muslim Tourists across Islamic Countries Regarding to the Domestic Laws and International Regulations

Seyed Alireza Mirkamali

Mohammad Mahdi Hasani

Sahar Rajabi Fard

Abstract

Tourism is an unavoidable necessity in the international relationship and negligence to this matter would cause undesirable results. Islam has looked after the good effects of tourism thus various verses of the Holy Quran and authentic speeches from the holy imams has focused on the physical and spiritual faces of it through encouraging and commanding about going to travels and trips. Islamic jurisprudence had also determined proper rules for entrance and presence of the people of other religions by using the Quran and "Sunnah" with a look on the importance of this phenomenon. Many arguments about the presence of tourists of other religions can be presented. Whether the citizens of the other religions permitted to enter the Islamic country and inhabit in it or not? How can they transport across the Islamic country? After answering to these questions we should study the problem of their visit from holy places. In this essay, these issues had been argued in the format of three topics: "the entrance of the heathens to the Masjid-al-Haraam", "the inhabitations of heathens in Hijaz" and "the entrance of heathens to the mosques". Studying these principles and total items of their behavior in the Islamic countries is also one of the important parts of this article.

Keywords: Tourism, Non-Muslim, Islamic Country, Religious Place.

The Ups and Downs of Sovereignty in the Face of Internal Tensions and Disturbances in the Light of International Law

Heydar Piri

Abstract

Increases in the number of internal tensions and disturbances particularly in the last few decades have caused States seeing their security and sovereignty at risk. So, they have committed severe violations of the fundamental rights of people. Nevertheless, they ligitimize their activities and claim the observance of International Law. Documents and international institutions governing the behavior of states consider these measures as the exercise of rights violations and greatly prohibit them and declare that internal tensions and disturbances are no longer considered in the exclusive sovereignty of states and to prevent domestic violence tragedies and disasters, extensive and appropriate measures should be taken at national and international level. Therefore, the new approach of the international community demonstrates the extension of the minimum standards of International Humanitarian Fundamental Law irrespective of time and place to any situation of internal tensions and disturbances and other life-threatening emergencies which lead to threat the existence of a nation. In this article, we've tried to investigate International rules (customary and conventional) governing the conduct of states during internal tensions and disturbances and their impact on the protection of International Humanitarian Fundamental Law and state authority facing such situations from the perspective of international law.

Keywords: The Vital National Interest, Internal Tension, Humanitarian Law, Human Rights, Emergency Situations.

Peaceful Use of Nuclear Energy in International Law with Emphasis on Iran's Uranium Enrichment

Mojtaba Babaei

Abstract

The increasing tendency to peaceful uses of atomic energy alongside the fear of proliferation of nuclear weapons and nuclear war led the international community to conclude the 1968 treaty on non-proliferation of nuclear weapons (NPT). The non-proliferation of nuclear weapons, the right to use peaceful nuclear energy and nuclear disarmament are three main pillars of the treaty. However, the concepts, contents and limits of rights and obligations of state parties to the treaty on the pillars, constantly have been the subject of disagreement among different groups of states, notably among Non-nuclear states and nuclear states. The recent challenge on Iranians nuclear activities including the Iran's right to enrich uranium is a clear instance of these disagreements. This article described the legal nature, its contents and limits of right to use peaceful nuclear energy as one of the main pillars of NPT and then, analyzed the Iranians right to enrich uranium. The use of nuclear energy is a general and inherent right of all states under general international law. However, this right is limited to the non-proliferation and manufacturing nuclear weapon by NPT.

Keywords: Right to Peaceful Use Of Nuclear Energy, General International Law, Inalienable Right, Uranium Enrichment, Treaty On Non-Proliferation Of Nuclear Weapons (NPT).

Good Will In Case Of Destruction of Business Unit (Judicial Procedure Analysis And Criticism)

Mohammad Mahdi Alsharif

Abstract

According to the fact that rents included in 1977 law of tenant-landlord and possibility of a tenant occupation even after the end of the lease, this probability that business unit might get damaged or destructed over time is not a rare phenomenon. Hence, in this regard, legislator has not solved the problem related to the good will. Judicial procedure is also different from this perspective. It seems that giving an answer to this question is due to determining the rental relationship status after the destruction of the substance because. If we consider the business right as a real right causing the tenant to remain in the leasehold, this right is subject to the object and rental relationship. Of course on premise the destruction in which the tenant or a third party is the agent of loss; however the good will fades away by destruction of the object, the landlord or third person is responsible for compensation from wasting the right of another and civil responsibility point of view. Anyway, assuming the rental relationship to remain and obligation of landlord or third person to reconstruct the object in order to keep the rights of tenant is no longer possible.

Keywords: Good Will, Lease Contract, Wasting, to be Wasted, Leasehold.

Contents

Good Will In Case Of Destruction of Business Unit (Judicial Procedure Analysis And Criticism) ..... a
Mohammad Mahdi Alsharif
Peaceful Use of Nuclear Energy in International Law with Emphasis on Iran's Uranium Enrichment..... b
Mojtaba Babaei
The Ups and Downs of Sovereignty in the Face of Internal Tensions and Disturbances in the Light of International Law.....c
Heydar Piri
Challenges of Non-Muslim Tourists across Islamic Countries Regarding to the Domestic Laws and International Regulations ..... d
Seyed Alireza Mirkamali / Mohammad Mahdi Hasani / Sahar Rajabi Fard
Historical Evolutions of Punishment in Light of Industrialization .....e
Hadi Rostami / Farhad Mirzaei
Deviation from the Principle of Separation of Prosecutor from Investigator in Criminal Procedure Code 1392 ..... f
Rajab Goldoust Joybari / Faramarz Gholipour Jamnani
Situation of Conflict Resolution Counsel and Extraordinary Ways of Attack on its Judgments ..... g
Hasan Mohseni
Formation of the Concept of the Separation of Power in Iran's Constitutional Revolution..... h
Fardin Moradkhani
A Study of the Effect of Mechanization of the Judicial System on Job Satisfaction of Employees and Client Satisfaction in Kermanshah Courts i
Seyed Reza Hashemi / Yahya Yousefi

The Judiciary's

Law Journal

The 79th Year of Publication/ No.92/ 2016 Winter

Scientific – Research Quarterly
Concessionary: The Judiciary

Director-in–charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

The Editorial Board (in Alphabetical Order):
Nejad Ali Almasi, Mohammad Ali Ardabili, Mohammad Ashouri, Rabiaa Eskini, Mohammad Javad Javid, Sam Savad Koohi far, Seyed Morteza Ghasem Zadeh, Ali Hossein Najafi Abrand Abadi

Circulation: 4500

Price: 50000 R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir