

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

# مَجْلِهُ حُوَدَّةِ دَادَتِرِي

سال هشتادم / شماره نود و سوم / بهار ۱۳۹۵

به موجب مجوز شماره ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سردیبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ریبیعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدمجود جاوید

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسمزاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروف چینی، صفحه‌بندی 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 در که، پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۳۵۱۵ - ۱۱۱۵۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۲۲۰۹۱۸۶۹

وب سایت: [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)

نشانی پست الکترونیک: [Majaleh\\_hoghooghi@jpri.ir](mailto:Majaleh_hoghooghi@jpri.ir)

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



## راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از بیست و پنج یا کمتر از ده صفحه باشد.
- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:
  - ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
  - ❖ کلید واژگان.
  - ❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کد پستی، شماره تلفن و نامبر و نشانی پست الکترونیک.
  - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسمی خارجی در پانویس هر صفحه.
  - 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 بلا فاصله پس از ذکر اولیه 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 نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
  - ❖ در منابع لاتین، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
  - ❖ در صورت تکرار بلا فاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
  - ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op. cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.
- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی شود.
- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی شود.



## سخن سردبیر

### در آستانه هشتاد سالگی

مجله حقوقی دادگستری، به عنوان باسابقه ترین نشریه تخصصی حقوقی و یکی از قدیمی ترین نشریات علمی کشور، در سال ۱۳۱۶ و با عنوان «مجموعه حقوقی» آغاز به کار کرده است و اکنون در آغاز سال ۱۳۹۵ در آستانه هشتاد سالگی خود قرار دارد. استمرار عملکرد در این دوره طولانی، که با وقایع مهمی همچون جنگ جهانی دوم و اشغال ایران توسط متفقین، کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲ و انقلاب اسلامی همراه بوده، جز با همت و تلاش دست اندکاران مجله و سایر اعضای جامعه حقوقی کشور میسر نبوده است. از این منظر، مجله حقوقی دادگستری وام دار خدمات تمامی استادان، نویسندها، برنامه ریزان، مدیران و کارکنانی است که هر یک در مقطعی از عملکرد این نشریه، به آن کمک رسانده و تداوم عملکرد مجله در اطلاع رسانی علمی به جامعه حقوقی و ارتقای سطح دانش دست‌اندرکاران قضایی را تضمین کرده‌اند.

به منظور پاسداشت زحمات این اشخاص و فراهم کردن دسترسی علاقهمندان به سوابق مجله حقوقی دادگستری، که هم دارای ارزش علمی است و هم می‌تواند در پژوهش پیرامون تاریخ حقوق ایران در دوره معاصر بسیار مفید و راهگشا باشد، دو اقدام در دستور کار مجله قرار گرفته است. نخستین اقدام، تهیه بایگانی الکترونیک شماره‌های پیشین مجله، از آغاز انتشار، و فراهم کردن دسترسی آنلاین پژوهشگران و علاقهمندان به این آرشیو ارزشمند است. مقدمات این نیز فراهم شده و نسخه الکترونیک شماره‌های پیشین تهیه گردیده است و اکنون در حال تهیه زیرساخت‌های فنی لازم برای بارگذاری این سوابق بر روی شبکه اینترنت هستیم.

دومین اقدام موردنظر آن است که از این پس در هر یک از شماره‌های جدید مجله، قسمت اندکی از پیشینه مطالب مجله نیز درج گردد تا ضمن بازنمایی گوشه‌هایی از تاریخچه مجله، رویکرد حاکم بر نوشهای حقوقی آن دوران نیز مشخص گردد. در این راستا، در آغاز این شماره از مجله حقوقی دادگستری، بخشی از مطالب شماره شانزدهم ( منتشره در مردادماه ۱۳۱۶) که در واقع تغیر درس جرم شناسی آقای دکتر ملک اسماعیلی در دانشکده حقوق دانشگاه تهران است، بازنشر می‌گردد.

امید است که این اقدامات بتواند گام مؤثری در شناخت بهتر ادبیات غنی حقوقی کشور، از آغاز انتشار مجله حقوقی دادگستری تا امروز، باشد.

مجله حقوقی دادگستری، همچون گذشته، آماده دریافت و بررسی پیشنهادات اعضای جامعه حقوقی کشور در راستای بهبود عملکرد مجله و خدمت رسانی بهتر به مخاطبان پرشمار خود است.

حسین میرمحمد صادقی

سردبیر مجله حقوقی دادگستری

# مجموعه حقوقی

از نشریات  
اداره فنی وزارت عدالت

دروس آموزشگاه های وزارت عدالت

مواد اتحانات سنجین قضائی  
بحث در موضوعات حقوقی

اصیمات محکم      تنقیح و تعلیمات رسی      حقوق بیمه

هفته یکبار منتشر می شود

مخصوص مستخدمین عدله و داوطلبان خدمت قضائی

چهار شنبه ۶ مرداد ماه ۱۳۹۶

چاپخانه « ایران » طهران

## فهرست مدرجات

### شماره شانزدهم مجموعه حقوقی

| <u>صفحه</u>                         | <u>نویسنده</u>   | <u>موضوع</u>  |
|-------------------------------------|--|---|
| <u>دروس آموزشگاههای وزارت عدیله</u> |  |   |
| <u>آموزشگاه قضایی</u>               |  |   |
| ۱                                   | آقای دکتر شاپیگان  | قانون مدنی  |
| ۳                                   | » دکتر اخوی  | قانون مجازات عمومی  |
| ۵                                   | » حسن امامی  | نیت استاد و املاک   |
| ۷                                   | » دکتر ملک اسماعیلی  | جرائم شناسی<br>آموزشگاه نیت   |
| ۹                                   | آقای نقوی  | قانون اصول محاکمات حقوقی  |
| ۱۱                                  | » سیدهدی میرز  | قانون تجارت   |
| ۱۳                                  | » آبیت‌الله زاده   | قانون و نظام امامه نیت  |
| ۱۵                                  | » بصیری  | درس علی قانون و نظام امامه نیت<br><u>مواد امتحانات مستخدمین قضائی</u> |
| ۱۷                                  | آقای محمد بروجردی  | اسویل محاکمات حقوقی   |
| ۱۹                                  | » عامری  | حقوق بین‌الملل خصوصی  |
| ۲۱                                  | » مظاہر  | حقوق بین‌الملل عمومی  |
| <u>بحث در موضوعات حقوقی</u>         |  |   |
| ۲۳                                  | » محمد بروجردی   | راجح به معاملات (داد و ستد)   |
| ۲۷                                  | » «  | اصول جزائی - مسقطات تعقیب   |
| <u>تصمیمات محاکم</u>                |  |   |
| ۳۰                                  | تصمیم دیوان عالی تمیز نسبت به تصریه ماده ۱۹ قانون نیت و ذکر اشتباہی ماده (۱۷)          | ۱۴  |
| ۳۱                                  | تصمیم دیوان عالی تمیز نسبت بتشمول مورد ماده (۱۵) قانون ورود و اقامه اتباع خارجه        | ۱۵  |
| ۳۱                                  | تصمیم دیوان عالی تمیز راجح بقصد و نعند در مورد ماده ۱۷۲ قانون مجازات                   | ۱۶  |
| ۳۲                                  | تصمیم دیوان عالی تمیز راجح باعماق نظر خبر ویت از طرف محاکم در امور جزائی               | ۱۷  |
| ۳۴                                  | تصمیم هیئت عمومی دیوان عالی تمیز نسبت باطنی مورد دعوی جمل با ماده ۹۸ و ۹۷ قانون مجازات | ۱۸  |
| ۳۴                                  | تصمیم هیئت عمومی دیوان عالی تمیز نسبت به آلت قتاله در مورد ماده ۱۷۱ قانون مجازات       | ۱۹  |
| ۳۵                                  | تصمیم دیوان تمیز راجح به شهادت شهود در مورد اعسار                                      | ۲۰  |
| <u>متن قوانین و تعلیمات رسمی</u>    |  |   |
| ۳۶                                  | بخشنامه راجح بماده ۷۴ قانون تسریع محاکمات مصوبه ۳۰۹ تیر ماه ۱۳۹۰                       | ۲۱  |
| ۳۶                                  | بخشنامه راجح به تسریع در ابلاغ اوراق احضار و اخطار                                     | ۲۲  |
| <u>حقوق تطبیقی</u>                  |  |   |
| ۳۷                                  | ترتب اجرائیات حقوقی درسونیس آقای دکتر جلال عده   | ۲۳  |
| ۳۹                                  | دیوان عالی جنایی در حقوق جزائی فرانسه دامیر علائی                                      | ۲۴  |

## جرائم‌شناسی

میکن است ایراد شود که در توجهه انتشار دستورات راجح بحفظ علام و آثار جرم مجرمین خبردار شده و جدیت گشته که در موقع ارتکاب اثرا نی از خود نگذارند ولی تجربه تئان میدهد که با تمام احتیاط و پیش‌بینی های لازمه از طرف مجرمین خواهی نخواهی از آنها اثرات باقی خواهد ماند و منفعتی که از اطلاع مردم در حفظ آثار جرم می‌بریم بیش از شرر اطلاع مجرمین است برای مخفو گردن آن آثار در حوزه هایی که لا برآتوار از دیرزمانی مشغول عملیات خبرگشی است عادت برای جاواری شده که اشخاص در موقع وقوع برومی رأساً و مستقیماً برای مقابله مجل جرم از این لا برآتوار مراججه گرده یعنی قبل از اینکه اشخاص ذی نفع دیگر در محل جرم حاضر شوند .

قبل از بحث در عملیات خبرگشی برای جمع آوری دلیل از روی امارات و علامات لازم است نظری بعملیات و تحقیقات اولیه که در محل جرم می‌شود بینکنیم .

ب - حفظ امارات و علام - قوای عمده بواسطه مجنی عليه یا شاهدی خبر از وقوع جرمی پیدا گردد اند یا اینکه جرم مشهود بوده و پلیس و امنیت در موقع بازدید بستهها و گردش در شهر آنرا کشف گرده یا اضافی تحقیق شخصاً واقعه را دیده و یا با خبر داده اند قوای شهومی در تمام این حالات باید فوراً :

- ۱ - لا برآتور پلیس را به سیله تلفون یا تلگرام از واقعه خبردار کرده .
- ۲ - معلمین بتود کشیخ خار جی در محل جرم داخل اخواهند .

بخود شاکری نیز باید سفارش گردد که به چیز دست نزد و هیچ چیز را تنبیه رجای ندهد و ورود تاشاجی

|  |  |
|--|--|
| <p>و غالباً این راه ها توسعه شهود و شاکر نشان داده شده</p> <p>ذران مختلطه و تارهای عنکبوت را بدقت امتحان و ملاحظه نمود و قنی شاکر یا شهود اظهار میدارند که دری قطعاً برای ورود جانی بکار نرفته چون سالم است که بسته است باز نشده بیایستی و ضمیت گرد و خالک را در اولای در و محل ورود زبانه نقل در چهار چوب در یا جای دریگر</p> <p>با دقت ملاحظه کرد و دری که مدت‌هاست به بوده موقیان گفت پایی از خالک بین قفل و محل ورود زبانه تشکیل شده و غالباً هم حشرات خشک شده در قسمتی که در ما بجهه‌ساز چوب ماضی میشوند بافت میشود که از آن رو میتوان گفت دری باز شده یا خبر و برای تهییں تاریخ انرات جای باوضیعت جوی را نیز باید در نظر گرفت.</p> <p><b>Goddefroy</b> بد از ملاحظات و دقت های بسیار نشان داده ( ملاحظات عالم مزبور بوسیله تجزیه های لابراوار پلیس شور لیون تکمیل گردید ) کوتفی طنای را شخصی برای پائین آمدن از آن بکار برد نخ های کوچک بر جسته طناب مدت چند ساعت حالت تمايل را پیشود نگاه میدارد و نشان میدهد که جسمی در طول آن طناب عبور کرده مثلاً وقی دزدی یا جانی از طول طنای برای اجرای خیالات فاسد خود یا فرار پائین آمد و همچنین تجربه کرده که رنده و صیقلی نشده قبع یا پیش های کوچکی در سطح آن است که خواهد گشته آن در پاک شده است از تجربه فشار پا یاد است یا هر قسمی از بدن را نشان دهد .</p> <p>در موقع تحقیقات محل اشیاء مختلفه که دارای علامات و انرات و رد پا هستند باید کاملاً در نظر گرفت یعنی اینست که عکس آنها فوراً در محل و باوضیعت حاصل که دارند قبل ازستن و حمل آنها برداشته شود اگر از پایی متعدد در محل کشف شد چند تای از آنها که از یک نوع هستند عکس برداشته و بهترین آنها را بعداً برای نقش برداری و قالب گیری انتخاب گردند .</p> | <p>اسباب عکاسی متربیک را بکار برد و عکس های مختلف که مناظر متعدد محل را نشان دهد برداشته شود اگر بخواهیم از محاجی که در هوای آزاد است عکس برداریم باید دقت شود که راه هایی که به آن محل ستم میشود در عکس نشان داده شود اگر جرم در عمارتی واقع شده باشد عکس اطاقها باین نحو برداشته میشود که نقشه دیوارها خواهید و چسبیده بنقشه کف اطاق در عکس باشد و با دقت جهت باز شدن و بسته شدن در وینجرهای همچنین سالت و وضعیت آنها در موقع مشاهدات خبره تعیین شود و نیز ابعاد اطاق و جای میانها و وضعیت نفت را در محل نباید فراموش کرد و در این ضمن محلی را که ایجاد عکسی گذاشته شده برای برداشتن عکس و گرفتن کاشهای مختلف باید در نظر داشته باشید .</p> <p>چنانکه گفته شد عکاسی و عکس متربیک برای نیز باین مقصود یعنی نقشه برداری از وضعیت محل کمک زیاد می کند و در بعضی اوقات سینماتوگرافی مخصوصاً در موقع بلوا و شورش با تظاهرات جماعت مدرن مهمی برای کشف مجرم کوین شورشی هاست فضای و بطور کای قوای عمومی فیلم هارا در تجربه دقت و مطالعه در آورد و تا خطایکاران و مبلغین بلوار از روی آنها کشف کنند در موقع اختشاشات شهر شاموانی در فرانسه راجع به قسمتی از زراعتی و همچنین در موقع مرکز <b>Président Mac Kinley</b> در Buffalo برای روشنی ذهن فضای و مأمورین تحقیق از فیلم هایی که اشخاص برداشته بودند استفاده شد در موقعی که پلیس مأمور مواطن دسته های مختلفه و همچنین قنیکه قبلاً اطلاع پیدا کرده که در فلان محل بذای این خواهد شد فیلم برداری قبلی و از راه پیش یافته بی فایده نیست .</p> <p>در جستجوی امارات و کشف آنها - بس از تهییں وضعیت محل بوسیله نقشه و عکس برداری خبره در صدد جستجوی انرات و امارات بر می آید قبل از راه های ورود به محل را در نظر گرفته و دائمآً تحقیق کرد</p> |
|--|--|



## فهرست مطالب

| عنوان   | صفحه |
|---|------|
| چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نامخانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.   |      |
| ❖ صدور و مندرجات بارنامه دریابی در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی.....<br>یوسف برای چناری / مجتبی جهانیان ۱۳                         |      |
| ❖ مطالعه تطبیقی جرم شکنجه در حقوق ایران و کنوانسیون منع شکنجه.....<br>حسن پوربافرانی / رئوف رحیمی ۳۷                                  |      |
| ❖ مصونیت قضایی دولت با تأکید بر رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه آلمان علیه ایتالیا.....<br>مهدی حاتمی / فرشته سادات حسینی ۶۱    |      |
| ❖ تحلیل اقتصادی کپی‌رایت: سنجش کارآمدی و توازن در نظام کپی‌رایت.....<br>یدالله دادگر / میرقاسم جعفرزاده / محمدعلی باقرصاد ۸۷          |      |
| ❖ بررسی جرم سرقت مقرون به تهدید و آزار (مطالعه موردی: زندان‌های تهران).....<br>شهلا معظمی / سامان سیاوشی ۱۱۱                          |      |
| ❖ تکلیف زیان‌دیده به کاهش خسارت ناشی از نقض قرارداد و تأثیر آن در میزان مسئولیت ناقض قرارداد.....<br>محمد عبدالصالح شاهنوش فروشنی ۱۳۷ |      |
| ❖ پیشگیری وضعی از قاچاق کالا در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲.....<br>مهری صبوری‌پور / حامد صفائی آتشگاه ۱۶۳             |      |
| ❖ ماهیت تعهدات طبیعی و ارتباط آنها با تعهدات اخلاقی.....<br>راضیه عبدالصمدی / احمد هنردوست / صدیقه جوان ۱۹۱                           |      |
| ❖ رعایت مصالح بزه‌دیده در جرم انگاری.....<br>رحیم نوبهار / فاطمه صفاری ۲۱۷  |      |



## صدور و مندرجات بارنامه دریایی در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی

یوسف براری چناری\*

مجتبی جهانیان\*\*

### چکیده

بارنامه دریایی از جمله اسناد تجاری است که در حمل و نقل دریایی به کار رفته و اهمیت روزافزونی یافته است و مانند سایر اسناد تجاری از جمله چک، برات، سفته و قبض انبار دارای خصوصیاتی می‌باشد. با توجه به اهمیتی که بارنامه دریایی در توسعه تجارت بین‌الملل دارد، چگونگی صدور و مندرجات و محتویات آن با توجه به قانون دریایی ایران و کنوانسیون‌های مختلف بین‌المللی و تأثیری که در میزان تعهدات بعدی طرفین دارد، حائز اهمیت است. از آن جمله می‌توان به تعداد نسخ بارنامه و به ویژه اشکال مختلف آن یعنی بارنامه‌های در وجه شخص معین، به‌حواله کرد شخص معین و در وجه حامل اشاره کرد. در خصوص مندرجات بارنامه نیز، برخی از شروط و عبارات صریحاً ذکر می‌شود و برخی دیگر به شکل ضمنی.

در این مقاله در پی آن هستیم تا به برخی از سوالات در خصوص قابل‌انتقال بودن بارنامه دریایی، وصف تجریدی و تنجزی آن و تعهدات متقدیان حمل و نقل و فرستنده کالا در تنظیم سند مذبور پاسخ دهیم.

**کلیدواژه‌ها:** بارنامه دریایی، قرارداد برابری، رسید موقت کشتی، بارنامه در وجه شخص معین، بارنامه در وجه حامل.

\*دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)  
barariy@yahoo.com

\*\*دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران  
jahanian.mojtaba@yahoo.com

## مقدمه

امروزه حمل و نقل و در رأس آن حمل و نقل دریایی، از ارکان مهم و تعیین‌کننده تجارت محسوب می‌شود که این امر در تجارت بین‌الملل نمود بیشتری پیدا می‌کند. از جمله دلایل آن قیمت ارزان حمل و نقل کالا، قابلیت حمل حجم و وزن زیاد کالا و انتقال سریع و بی‌خطر می‌باشد. در دنیای امروز، بخش اعظم کالاهای تجاری به وسیله راه‌های آبی حمل می‌شود. لذا ناوگانهای دریایی حمل تجاری از جایگاه ویژه‌ای در سرعت بخشیدن به تجارت بین‌المللی برخوردار می‌باشند. توجه به امنیت و سرعت در مبادلات بین‌المللی کالا موجب گردیده استاد تنظیم‌کننده رابطه طرفین حمل مورد توجه بیشتری قرار بگیرد. این استاد هم‌زمان با گذشت زمان متحول گردیده و با نیازهای تجاری جهان سازگاری یافته‌اند؛ از جمله این استاد می‌توان به برنامه دریایی اشاره کرد که در طول حیات چندین ساله خود موجب امنیت و سرعت یافتن معاملات کالا گردیده و از طرفی منشأ آثار حقوقی فراوانی شده است. قبل از وضع قانون دریایی ایران که در سال ۱۳۴۳ به تصویب رسید، چون قانون مدونی وجود نداشت، قانون تجارت اعمال می‌شد. بر اساس بند ۲ ماده ۲ این قانون، حمل و نقل از راه خشکی، دریا و هوا جزو معاملات تجاری محسوب می‌شد. در بند دهم ماده ۲ کشتی‌سازی و خرید و فروش کشتی و کشتی‌رانی داخلی و خارجی و معاملات آهها، جزء معاملات تجاری به حساب می‌آمد. اوایل قرن ۱۶ میلادی آغاز استفاده از برنامه دریایی مشابه شکل امروزی می‌باشد. در این زمان برنامه سندی بود که از طرف فرمانده کشتی با ذکر مقدار و کیفیت محموله تهیه و طبق آن بارگیری انجام می‌شد و در سه نسخه صادر می‌گردید و به منزله یک سند غیرقابل دادوستد بود. ولی با رشد بازارگانی دریایی، ضرورت انتقال مالکیت کالا با عمل ظهرنویسی برنامه به نام خریدار احساس گردید و بدین ترتیب برنامه عنوان سند قابل انتقال و واگذاری در دنیای تجارت جای خود را یافت. از سال ۱۹۱۹ این سند به شکل جهانی مورد استفاده قرار گرفت. اگر چه دادگاه‌ها به سختی آن را به عنوان یک سند قانونی پذیرفتند.

به لحاظ ماهیت قوانین و مقررات مربوط به حمل و نقل دریایی کالا که خصیصه بین‌المللی دارد و اجرای احکام و مقررات آن که محدود به قلمرو یک کشور معین نمی‌گردد و به لحاظ توسعه بازارگانی و روابط بین‌الملل، اغلب کشورها در صدد متحداً‌الشكل نمودن قوانین مربوط به حمل و نقل دریایی درصد برآمدند و کنوانسیون‌های چندی را تصویب نمودند. بدین ترتیب قوانین لاهه در ۲۵ اوت سال ۱۹۲۴ توسط نمایندگان کشورهای بسیاری به امضا رسید. گرچه متن قرارداد مذکور در ماه اوت ۱۹۲۴ به تصویب دول شرکت‌کننده در کنفرانس بروکسل رسید، نظر به اینکه در ابتدای امر

قرارداد در کنفرانس لاهه مطرح و مورد مذاکره قرار گرفت، در عرف تجاری و در اسناد و قراردادهای بیمه و حمل و نقل از این مقررات به عنوان مقررات لاهه نام برده می‌شود.<sup>۱</sup> قانون‌گذار ایران نیز در بهمن ماه سال ۱۳۴۴ با الحاق به هفت کنوانسیون بین المللی دریابی به کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل راجع به یکنواخت کردن برخی قوانین بارنامه‌های دریابی ملحق گردید. هر چند یک سال قبل از آن کلیه مقررات ماهوی کنوانسیون مذکور را در فصل چهارم قانون دریابی مصوب ۱۳۴۳ داخل نموده بود. با گذشت زمان نیازمندی‌ها و مشکلات جدید موجب اصلاح کنوانسیون مذکور در فوریه سال ۱۹۶۸ معروف به قوانین لاهه - ویژی شد. نهایتاً از طریق کنوانسیون تجارت و توسعه سازمان ملل متحده،<sup>۲</sup> در سال ۱۹۷۸ به منظور جایگزین کردن کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل، کنوانسیون هامبورگ تهیه و تصویب و در سال ۱۹۹۲ لازم الإجرا گردید.<sup>۳</sup> ایران به مقررات لاهه - ویژی و هامبورگ ملحق نشده است.

## ۱. تعاریف

### ۱-۱. تعریف قرارداد حمل و نقل دریابی

قانون دریابی ایران با اقتباس از بند ط - ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل قرارداد حمل و نقل دریابی را چنین تعریف می‌کند: «قرارداد باربری فقط قراردادی است که براساس بارنامه دریابی یا اسناد مشابه دیگری که برای حمل و نقل کالا از طریق دریا است منعقد شود و نیز هر بارنامه دریابی یا اسناد مشابه دیگر که به استناد قرارداد اجاره کشتی رابطه بین متصدی باربری و دارنده بارنامه یا سند مذکور را از زمان صدور تعیین نماید، قرارداد باربری تلقی می‌گردد».<sup>۴</sup>

ایرادهایی که به تعریف فوق می‌توان گرفت چنین است:

تعریف مذکور موارد و مصادیق قرارداد حمل و نقلی که مقررات فصل چهارم قانون دریابی بر آن حاکم است را بیان می‌کند نه تعریف خود قرارداد حمل و نقل، نکته‌ای که باید توجه کرد اینکه قانون‌گذار هدف از انعقاد قرارداد باربری را حمل و نقل «کالا» دانسته است. ظاهرآ نقش اساسی حمل کالا در کشتی رانی بازرگانی و توسعه نیافتن حمل و نقل مسافر و ناچیز بودن فعالیت‌های شرکت‌های مسافربری دریابی در مقابل

۱. امید، هوشیگ، حقوق دریابی، جلد ۱، تهران، انتشارات مدرسه عالی بیمه، ۱۳۵۳، ص. ۱۸۷.

2. UNCTAD.

۳. محمدزاده وادقانی، علیرضا، «کنوانسیون ۱۹۷۸ در مورد حمل و نقل دریابی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۲، ۱۳۷۳، ص. ۲۵۳.

۴. بند ۲ ماده ۵۲ قانون دریابی.

شرکت‌های باربری دریایی، قانون گذار را از پرداختن به حمل مسافر غافل کرده و در نتیجه حمل و نقل دریایی را به باربری منحصر کرده است.

بند ۶ ماده یک کنوانسیون ۱۹۷۸ هامبورگ، قرارداد حمل و نقل دریایی را چنین تعریف می‌کند: «قرارداد حمل و نقل دریایی عبارت است از هر قراردادی که براساس آن حمل و نقل کننده در ازای دریافت کرایه، حمل دریایی کالا را از بندری به بندر دیگر تعهد کند. با وجود این قراردادی که علاوه بر حمل و نقل دریایی، حمل و نقل نوع دیگری را نیز شامل گردد، فقط تا حدی که مربوط به حمل و نقل دریایی باشد، از نظر این کنوانسیون، حمل و نقل دریایی تلقی می‌شود».

ماده ۱۸ کنوانسیون هامبورگ مقرر می‌دارد:

«چنانچه حمل و نقل کننده سند دیگری غیر از بارنامه به عنوان مدرک دریافت کالا جهت حمل صادر کند، سند مجبور، در صورت عدم وجود دلیل مخالف، مثبت انعقاد قرارداد حمل و نقل دریایی و دریافت کالای مشروح در آن توسط حمل و نقل کننده می‌باشد».

## ۲-۱. تعریف بارنامه دریایی

از بارنامه دریایی تعاریف گوناگونی ارائه شده است. یکی از اساتید حقوق بیان می‌دارد: «اصولاً بارنامه کشتی اقرارنامه‌ای است که از طرف ناخدا یا متصدی حمل و نقل تحويل فرستنده کالا می‌شود و به همین جهت در فرانسه *connaissance* خوانده می‌شود». <sup>۱</sup> یکی دیگر از مؤلفان چنین تعریف می‌کند: «آن عبارت است از سندی که به وسیله یا از جانب حمل کننده واقعی کالا برای کسی که با او قرارداد حمل و نقل را بسته است صادر می‌شود. یک بارنامه دریایی سند حمل و نقل کالا از طریق دریاست».<sup>۲</sup> در مصوبات ۱۱۳ تا ۱۱۷ شورای عالی هماهنگی ترابری کشور (ماههای شهریور تا آبان سال ۱۳۷۰) پیرامون مجموعه ضوابط حاکم بر حمل و نقل بین‌المللی، بارنامه این‌گونه تعریف شده است: «بارنامه سندی است قابل انتقال و مبین مالکیت کالا که حمل کننده یا نماینده وی پس از وصول کالا صادر می‌نماید و حاکی از حمل کالای معینی از یک نقطه (مبدأ حمل) موردن توافق (کشتی، کامیون، راه‌آهن، هواییما و یا ترکیبی از آنها) در مقابل کرایه حمل معین می‌باشد». در قانون بارنامه انگلستان مصوب سال ۱۸۵۵ بارنامه دریایی چنین تعریف شده است: «بارنامه دریایی رسید باری است که با کشتی

۱. ستوده تهرانی، حسن، حقوق دریایی و هوایی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۴، ص. ۵۹.

۲. سماواتی، حشمت‌الله، حقوق معاملات بین‌المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۷.

حمل و از طرف شخصی که قرارداد باربری را برای حمل کالا منعقد می‌سازد یا نماینده او امضا می‌شود و به منزله دلیل کتبی شرایطی است که به موجب آن کالا در قبال پرداخت کرایه معینی حمل گردد.<sup>۱</sup> بنده ۷ ماده ۵۲ قانون دریایی ایران که ترجمه‌ای از تعریف برنامه در کتاب دوم قانون تجارت فرانسه مصوب سال ۱۸۰۷ می‌باشد، در مقام تعریف برنامه دریایی بیان می‌دارد: «بارنامه دریایی سندي است که مشخصات کامل بار در آن قید و توسط فرمانده کشته یا کسی که از طرف او برای این منظور تعیین شده است امضا گردد و به موجب آن تعهد شود بار توسط کشته به مقصد حمل و به تحويل گیرنده داده شود. بارنامه دریایی یا اسناد مشابه آن به منزله رسید دریافت بار است». در کنوانسیون ۱۹۷۸ هامبورگ در بنده ۷ ماده ۱ آن بارنامه دریایی چنین تعریف شده است: «اصطلاح بارنامه به سندي اطلاق می‌شود که دلالت بر قرارداد حمل و نقل دریایی کالا، تحويل کالا و یا بارگیری آن در کشته توسط حمل و نقل کننده دارد. همچنین حاکی از تعهد حمل و نقل کننده به تحويل کالا در ازای تسلیم آن می‌باشد. این تعهد ناشی از قید عبارتی در سنده است که مقرر می‌دارد کالا باید به شخص معین یا به حواله کرد یا به حامل سنده تحويل گردد». می‌توان گفت تعریف کنوانسیون هامبورگ از بارنامه دریایی تعریف نسبتاً جامعی است و خصوصیات اساسی بارنامه‌های دریایی را که امروزه مورد استفاده قرار می‌گیرند را دربردارد. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، بارنامه تأثیره و گواهی است مبنی بر وجود قرارداد حمل، ولی خود قرارداد حمل نیست. بنابراین پس از انعقاد قرارداد حمل صادر می‌شود.<sup>۱</sup>

### ۱-۳. تعریف رسید موقت کشته

هنگامی که مالک کالا محموله خود را جهت حمل در اسکله تحويل مالک کشته یا نماینده وی می‌دهد، در قبال آن رسیدی دریافت می‌نماید که آن را رسید موقت کشته می‌نامند. پس از اینکه محموله در کشته بارگیری شد، نماینده مالک کشته در قبال دریافت رسید مذکور، بارنامه امضا شده به فرستنده کالا ارائه می‌دهد. به موجب ماده ۶۳ قانون دریایی ایران، بارنامه دریایی باید ظرف بیست و چهار ساعت پس از بارگیری تنظیم شده و به امضا برسد. چنانچه فرمانده کشته به علت به طول انجامیدن بارگیری در مقابل دریافت هر قسمت از بار، قبض رسید و یا رسید موقت صادر نماید، صاحب کالا یا فرستنده بار موظف است پس از دریافت بارنامه دریایی، قبض و یا رسید موقت را به فرمانده مسترد دارد.

تا زمانی که رسید موقت با بارنامه معاوضه نشده، این رسید به منزله سند در روابط فی مابین فرستنده کالا و متصرف حمل تلقی می‌شود. سند مذکور کاملاً مشابه بارنامه دریایی نمی‌باشد و علت آن، عدم قابلیت انتقال و توانایی معرفی کالای بارگیری شده می‌باشد و تنها مزیت آن، اعطای توانایی به دارنده آن جهت تقاضای صدور بارنامه دریایی می‌باشد.<sup>۱</sup>

#### ۴-۱. بار در قانون دریایی

بند ۳ ماده ۵۲ قانون دریایی ایران تعریف خاصی از بار یا کالا نموده که نسبت به معنی عرفی آن محدودتر می‌باشد. بدین شکل: «بار شامل هرگونه محموله اعم از اموال و اشیاء و هر کالای دیگر می‌باشد به استثناء حیوانات زنده و بارهایی که بر طبق مفاد فرادراد باربری باید روی عرشه کشته حمل شود و عملاً هم بدین ترتیب حمل شده باشد». این تعریف عیناً ترجمه متن کنوانسیون بروکسل می‌باشد<sup>۲</sup> که بدون هیچگونه تغییری در پروتکل ۱۹۶۸ بروکسل نیز پذیرفته شده است. همانطور که از تعریف فوق مستفاد می‌گردد اصطلاح بار در فصل چهارم قانون دریایی ایران که اختصاص به باربری دریایی دارد شامل: ۱- حیوانات زنده و ۲- کالاهای عرشه ای (کالاهایی که باید روی عرشه کشته حمل شود و عملاً هم بدین ترتیب حمل شده باشد) نمی‌شود.

اما کنوانسیون ۱۹۷۸ تعریف عام‌تری از کالا ارائه می‌دهد و در بند ۵ ماده ۱

بیان می‌دارد:

«کالا شامل کلیه اقلام قابل حمل یا بسته‌هایی است که توسط فرستنده کالا تهیه شده و نیز شامل حیوانات زنده و کالاهایی که به صورت کانتینر یا پالت یا سایر وسایل مشابه دیگر قابل حمل یا بسته‌بندی می‌باشد». همان‌گونه که از تعریف مشاهده می‌شود کنوانسیون هامبورگ «حیوانات زنده» را نیز مشمول تعریف اصطلاح کالا قرار می‌دهد و به علاوه در بند ۵ ماده ۵ مسئولیت متصرفی حمل را در مواختی و نگهداری حیوانات زنده عیناً مانند مسئولیت وی در مورد سایر کالاهای ذکر می‌کند. به بیان ساده‌تر مقررات هامبورگ، حیوانات زنده را در زمرة سایر کالاهای دانسته است. اما در تعریف فوق از اصطلاح کالا، ذکری از کالای عرشه ای به میان نیامده است. یعنی کنوانسیون مذکور همانند کنوانسیون بروکسل و قانون دریایی ایران کالاهای عرشه‌ای را مشمول تعریف اصطلاح کالا نمی‌داند؛ بلکه در ماده ۹ کنوانسیون مذکور در رابطه با کالای عرشه‌ای مقررات خاصی راجع به مسئولیت‌های متصرفی حمل و موارد عدم مسئولیت وی بیان شده است. علت این منع قانونی جلوگیری از ایجاد سوانح دریایی، حفظ جان کارکنان

1. Dobson, Paul, Bussiness Law, London, Sweet Maxwell, 1991, p. 610.

۲. بند ۵ ماده ۱ کنوانسیون بروکسل.

کشتی و عدم ایجاد مانع برای جابجا کردن کالا در کشتی و احتراز از ایجاد خسارت و لطمہ به کالا می‌باشد.

## ۲. صدور بارنامه دریایی

### ۱-۲. نحوه صدور بارنامه دریایی

با صدور بارنامه دریایی، در واقع مهمترین و معتبرترین سند در تجارت بین‌المللی صادر می‌شود. لذا صدور بارنامه دریایی باید با کمال دقت و با رعایت کلیه شرایط و ترتیبات قانونی انجام شود. هنگامی که متصدی حمل، کالا را در اختیار می‌گیرد به درخواست فرستنده کالا، موظف است بارنامه دریایی صادر و تحويل فرستنده کالا نماید (بند ۳ ماده ۵۴ قانون دریایی ایران). در کشورهایی که کنوانسیون هامبورگ لازم‌الاجرا است، با توجه به اینکه این مقررات حداقل حمایت را از فرستنده می‌کند، مشارالیه درخواست صدور بارنامه دریایی نمی‌کند. البته او ممکن است بارنامه دریایی را به دلیل مقاصد دیگر مانند فروش کالاهای در حال حمل نیاز داشته باشد.<sup>۱</sup> به موجب ماده ۶۳ قانون دریایی: «بارنامه دریایی باید ظرف ۲۴ ساعت پس از بارگیری تنظیم شده و به امضا برسد. چنانچه فرمانده کشتی به علت به طول انجامیدن بارگیری در مقابل دریافت هر قسمی از بار قبض رسید و یا رسید وقت صادر نماید صاحب کالا یا فرستنده بار موظف است پس از دریافت بارنامه دریایی (با رعایت مفاد این ماده از حیث مدت) قبض رسید و یا رسید وقت بار را به فرمانده مسترد دارد.» بند ۳ ماده ۳ مقررات لاهه و بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون هامبورگ نیز به الزامی بودن صدور بارنامه دریایی پس از دریافت کالا توسط متصدی حمل یا نماینده او و درخواست فرستنده کالا اشاره دارد و برای اینکه چنین بارنامه‌ای منشأ ایجاد حقوق و تکالیف مشخص شود می‌بایستی نکات خاصی که در مقررات لاهه معین شده در آن رعایت شود. این مقررات عیناً به وسیله قوانین لاهه - ویزی نیز تکرار شده است. اگرچه کنوانسیون فوق مهلت صدور بارنامه دریایی را تعیین نکرده است اما باید گفت صدور بارنامه باید بالاصله و طی یک مهلت معقول که برای بررسی صحت مندرجات درخواست نامه و اظهارات فرستنده لازم است، صادر شود. البته صدور با عدم صدور بارنامه براساس کنوانسیون هامبورگ تأثیری در آغاز دوره مسئولیت متصدی حمل ندارد. اگرچه براساس مقررات لاهه گاه صدور بارنامه دریایی کالای بارگیری شده در واقع به منزله اعلام آغاز دوره مسئولیت متصدی حمل به حساب می‌آمد، لذا عدم تعیین مهلت برای صدور بارنامه دریایی را نباید

1. Ramberg, Jan, "The Vanishing Bill of Lading & the Hamburg Rules Carrier", The American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, p. 391.



اشکال عمدہ ای به حساب آورد؛ مخصوصاً اگر قبلاً به وسیله صدور استناد دیگری مثل رسید موقت یا رسید انبار تحویل کالا به متصدی حمل روشن و مسلم شده باشد. از طرفی دیگر مسئولیت متصدی حمل با رسیدن کالا به مقصد و تحویل آن پایان می‌پذیرد. فرم بارنامه که به شکل خاص و متحددالشكل می‌باشد و توسط سازمان کشتی رانی تهیه و مورد استفاده قرار می‌گیرد، ابتدا به وسیله فرستنده کالا تکمیل می‌شود؛ اما امضای او لازم نیست و علی‌الاصول خود متصدی حمل باید زیر بارنامه را امضا کند. اما عملاً کمتر پیش می‌آید که بارنامه به امضای خود متصدی حمل برسد. عموماً اشخاص مجاز دیگری و گاه فرمانده کشتی بارنامه را امضا می‌کنند. بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون هامبورگ بیان می‌دارد: «شخص مجاز از طرف حمل و نقل کننده می‌تواند بارنامه را امضا کند. امضای ناخدای کشتی حامل کالا در بارنامه به مثابه آن است که به حساب حمل و نقل کننده امضا شده است». امضای بارنامه می‌تواند به شکل‌های مختلف انجام شود، اعم از دست‌نوشته، چاپ گراور، مهر کردن، منگنه کردن، نشان یا علامت یا هر وسیله مکانیکی یا الکترونیکی که منافاتی با قوانین کشور صادر کننده بارنامه دریایی نداشته باشد، می‌تواند انجام گیرد (بند ۳ ماده ۱۴ کنوانسیون هامبورگ).

قانون ما، در خصوص صدور بارنامه الکترونیکی پیش‌بینی خاصی نکرده است. اما آیا این عمل از منظر مقررات بین‌المللی قانونی محسوب می‌شود؟ هم قواعد هامبورگ (بند ۱ ماده ۱۴) و هم کنوانسیون لاهه - ویزی (بند ۳ ماده ۳) متصدی حمل و نقل را موظف به صدور بارنامه دریایی براساس درخواست فرستنده کالا نموده‌اند، اما مسئله این است که آیا بارنامه حتماً باید به شکل کاغذی و سنتی خود باشد؟ نظر غالب این است که لزومی به فیزیکی بودن بارنامه نیست، مگر اینکه فرستنده کالا درخواست کند که بارنامه به شکل مذکور صادر گردد که این امر بعید به نظر می‌رسد. از یک طرف، زمانی که مقررات فوق وضع شدند، تکنولوژی به اندازه امروز پیشرفته نبود و بعید است که بگوییم واضعین، بارنامه الکترونیکی را نیز در نظر داشته‌اند. از طرف دیگر، نه بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون لاهه - ویزی و نه بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون هامبورگ صراحتاً مقرر نکرده‌اند که حتی بارنامه باید به صورت کاغذ و فیزیکی باشد. بر عکس، مقررات فوق شرایطی که برای صدور بارنامه مکتوب و فیزیکی لازم است را بیان داشته‌اند که درخواست فرستنده کالا می‌باشد. بر این اساس، واژه «صدر» باید به صورت معمول و عرفی ترجمه شود و به نظر می‌رسد که متصدی حمل بتواند بارنامه الکترونیکی صادر کند. علاوه بر این باید گفت کنوانسیون هامبورگ این بارنامه را به دلایل زیر به رسمیت شناخته است: ۱- بند ۸ ماده ۱ مقرر مذکور در تعریف «نوشته» بیان می‌دارد: شامل «از جمله» تلگرام و تلکس می‌شود. اگرچه بند ۳ ماده ۱۴ صراحتاً نامی از بارنامه

الکترونیکی نبرده است اما باید گفت تعریف فوق استفاده از تکنولوژی را به عنوان نوشته پذیرفته است. ۲- بند ۳ ماده ۱۴ مقرر می‌دارد که امضای بارنامه ممکن است به صورت الکترونیکی باشد، به شرط اینکه مغایرتی با قانون کشوری که بارنامه در آنجا صادر شده است نداشته باشد. گرچه این مطلب مربوط به «امضای الکترونیکی» می‌باشد، بدون اینکه در مورد سایر شرایط لازم برای صدور بارنامه الکترونیکی چیزی گفته باشد اما بند مذکور ماده ۱۴ به صورت ضمنی صدور بارنامه الکترونیکی را پذیرفته است. در واقع انجام امضای الکترونیکی روی کاغذ و به صورت فیزیکی غیرممکن است. هر چند قید «قانون کشوری که بارنامه در آنجا صادر شده» به این دلیل که بسیاری از کشورها هنوز امضا و سند الکترونیکی را به رسمیت نشناخته‌اند، نامعلوم می‌باشد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. صور صدور بارنامه دریایی

بارنامه سندی حاکی از وجود بار یا اجتناس معین و قابل انتقال می‌باشد. ماده ۶۱ قانون دریایی مقرر می‌دارد: «بارنامه دریایی ممکن است مانند چک به نام شخص معین یا حامل یا حواله کرد صادر گردد. در صورتی که صادرکننده بارنامه هنگام تنظیم بارنامه تاریخ آن را مقدم بر تاریخ صدور بگذارد در مقابل تحويل گیرنده کالا مسئول کلیه خسارات واردہ به علت این تغییر تاریخ خواهد بود.»

باتوجه به ماده مذکور، بارنامه دریایی ممکن است به یکی از اشکال زیر صادر گردد:

۱- بارنامه دریایی در وجه حامل: گاهی ممکن است فرستنده کالا بنا به دلایلی تمایلی به درج نام گیرنده در بارنامه دریایی نداشته باشد و از متصدی حمل درخواست صدور بارنامه در وجه حامل کند. در این بارنامه نام شخص واقعی که کالا باید به او واگذار شود ذکر نشده است، بلکه فقط دستور می‌دهد که به طور ساده کالا به حامل، یعنی شخصی که دارنده بارنامه است تحويل شود. بارنامه در وجه حامل به صرف قبض و اقراض، مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرد. اما خطرات مفقود شدن و سرقت چنین بارنامه‌هایی یکی از مشکلاتی است که موجب می‌شود در عمل کمتر تقاضای صدور چنین بارنامه‌ای شود، به ویژه که قانون‌گذار در مورد این مشکلات برخلاف استناد تجاری از قبیل برات (مواد ۲۶۱ به بعد قانون تجارت) راه حل‌هایی ارائه ننموده و سکوت اختیار کرده است. لازم به ذکر است که قانون‌گذار در بند ۵ ماده ۶۰ قانون دریایی، قید مشخصات تحويل گیرنده بار را در بارنامه الزامی داشته است و با توجه به جنبه آمره

آن، صادرکننده بارنامه مکلف به قید نام گیرنده بار میباشد و در واقع با این قید نباید بارنامه در وجه حامل و یا حتی به حواله کرد صادر شود چرا که در بارنامه در وجه حامل، نام گیرنده مشخص نیست و فقط در لحظه تحويل کالا گیرنده آن قابل شناسایی میباشد و در بارنامه با قید حواله کرد گرچه در ابتدای صدور، نام شخص در آن قید میشود اما در صورت انتقال شخص اخیر، دیگر مشخصات گیرنده آن قید نخواهد شد. بنابراین بند ۵ ماده ۶۰ که قید مشخصات تحويل گیرنده را در بارنامه الزامی داشته، با ماده ۶۱ که صدور بارنامه در وجه حامل و حواله کرد را تجویز کرده متعارض به نظر میرسد که حمل بر مسامحه قانون گذار میشود؛ چنان که یکی از حقوق دانان هم به طور ضمنی این عقیده را مورد تأیید قرار داده است.<sup>۱</sup>

۲- بارنامه دریایی به نام شخص معین: در این حالت بارنامه به نام شخص خاص و معین صادر میگردد و او گیرنده کالا محسوب میگردد که این شخص میتواند خود فرستنده یا شخص ثالثی باشد. در این حالت شخص مذکور میتواند با ارائه نسخ اصلی بارنامه از فرمانده کشتی تحويل کالا را خواستار گردد و فرمانده کشتی موظف است با احراز هویت کامل او، کالا را به وی تحويل دهد.

۳- بارنامه دریایی به حواله کرد شخص معین: این مورد هم قسم دیگری از اشکال صدور بارنامه میباشد که به حواله کرد شخص معین صادر میگردد. این شخص معین همانند بند قبل، ممکن است خود فرستنده یا شخص ثالثی باشد که میتواند با ظهر نویسی و امضاء، مالکیت کالای موضوع بارنامه را به شخص دیگری انتقال دهد. صدور بارنامه به یکی از سه شکل فوق، در حقوق آمریکا نیز مورد تأیید قرار گرفته است.

### ۳-۲. نسخ بارنامه دریایی

به موجب ماده ۶۲ قانون دریایی ایران، بارنامه دریایی لااقل باید در چهار نسخه صادر گردد. از لفظ «لاقل» میتوان فهمید که صدور بارنامه در بیش از چهار نسخه ممکن است. ماده مذکور در ادامه بیان میدارد: «نسخه اول که اصلی است برای فرستنده بار، نسخه دوم برای شخصی که بارنامه به نام او صادر شده است، نسخه سوم برای فرمانده کشتی، نسخه چهارم برای مالک کشتی و یا نماینده قانونی او، کلیه نسخ بارنامه توسط فرمانده کشتی و یا کسی که از طرف او برای این منظور تعیین شده امضا میگردد ...». روی هر نسخه از بارنامه عبارت نسخه اول، دوم و ... ذکر شده است. معمولاً نسخه اصلی بارنامه به وسیله فرستنده کالا به همراه سایر اسناد حمل کالا برای

۱. نجفی اسفاد، مرتضی، حقوق دریایی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۸.

گیرنده ارسال می‌گردد تا به محض وصول کالا گیرنده بتواند با ارائه نسخه اصلی بارنامه و سایر مدارک نسبت به تحويل کالا اقدام نماید. تعداد نسخ اصلی بارنامه دریایی می‌باشد در آن قید شود. معمولاً نسخ اصلی بارنامه قابل انتقال و نسخه‌های رونوشت غیرقابل انتقال و واگذاری می‌باشد.<sup>۱</sup>

### ۳. مندرجات بارنامه دریایی

در بارنامه دریایی شرایط حمل کالا، از جمله حقوق و تعهدات متصدی باربری و فرستنده کالا با جزئیات آن با حروف چاپی کاملاً ریز ذکر شده است. معمولاً شرکت‌های کشتی رانی برای حمل کالا نمونه‌هایی از بارنامه دریایی را که جوابگوی نیازهای تجاری و اقتصادی خاص آنهاست انتخاب نموده و در دسترس فرستندگان کالا قرار می‌دهند. ولی باید تذکر داد که اصول و شرایط عمومی آنها به طور کلی یکنواخت است زیرا در صورت حمل کالا طبق بارنامه دریایی، احکام ناظر به حمل از جمله مقررات آمره بوده و طرفین قرارداد نمی‌توانند از آن انحراف و اجتناب نمایند و یا برخلاف آن توافق نمایند. روی بارنامه دریایی مشخصات متصدی حمل، فرستنده کالا، گیرنده کالا و آدرس وی، اطلاعات مربوط به وزن و علائم شناسایی کالا، نرخ کرایه، نام بندر بارگیری و تخلیه، نام کشتی و ... ذکر می‌شود. در پشت یا ظهر بارنامه دریایی، حقوق و تعهدات متصدی حمل و فرستنده کالا با جزئیات ذکر می‌شود. همچنین شرایطی که براساس آنها حمل بار صورت می‌گیرد در ظهر بارنامه منعکس می‌گردد و به «مقررات ظهر بارنامه» معروف است. این مقررات ممکن است موضوعاتی از قبیل انحراف مسیر، مبلغ کرایه حمل، مخاطرات استثناء شده، تحويل محموله در بندر مقصد، قانون حاکم بر روابط بین طرفین قرارداد و غیره را مورد بحث قرار دهد.<sup>۲</sup> به موجب ماده ۶۰ قانون دریایی ایران، نکات زیر باید در بارنامه دریایی درج گردد:

- ۱- نام کشتی.
- ۲- نام بندر مبدأ و تاریخ بارگیری و نام بندر مقصد.
- ۳- علامت و مشخصات و نوع بار و تعداد بسته و جمع آنها.
- ۴- وزن خالص و غیرخالص و اندازه بار.
- ۵- نام و نشانی فرستنده بار، متصدی باربری و تحويل گیرنده.
- ۶- شرایط بارگیری و حمل بار و واحد نرخ.
- ۷- تعداد نسخ بارنامه.

این ماده با اقتباس از ماده ۲۸۱ قانون تجارت سابق فرانسه که اینک نسخ گردیده وضع شده است. همچنین می‌توان به بند ۳ ماده ۵۴ قانون دریایی ایران که همانند

1. Ramberg, Jan, "The Vanishing Bill of Lading & the Hamburg Rules Carrier", the American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, p. 213.

2. امید، پیشین، ص. ۱۹۴.



ماده ۳۵ تصویب نامه ۳۱ دسامبر ۱۹۶۶ فرانسه ترجمه بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۲۴ است، اشاره نمود.<sup>۱</sup> با مطالعه بند ۳ ماده ۵۴ قانون دریایی ایران مشخص می‌شود در قسمتی، موضوعاتی را که در ماده ۶۰ همان قانون ذکر می‌گردد را مجدداً بیان نموده است. همان‌گونه که گفته شد علت تکرار مطالب در بند ۳ ماده ۵۴ این است که مقررات ماده ۶۰ از قانون تجارت فرانسه مصوب ۱۸۰۷ که در حال حاضر منسخ گردیده اقتباس و ترجمه شده است، در حالی که مقررات بند ۳ ماده ۵۴ قانون دریایی ترجمه کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل می‌باشد. بنابراین متعدد بودن منابع موجب عدم هماهنگی بین مندرجات لازم برای بارنامه، شده است. اصولاً اظهارات فرستنده کالا در خصوص بیان خصوصیات کالا حمل بر صحت می‌گردد. لکن در صورتی که خلاف این امر بعداً ثابت شود فرستنده کالا در مقابل متصدی حمل مسئول است و چنانچه در اثر اظهارات نادرست او خسارتی به متصدی حمل وارد شده باشد، مسئول جبران خسارات وارد خواهد بود. به موجب بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل، پس از دریافت کالا، متصدی حمل یا نماینده او موظف است بر حسب تقاضای فرستنده کالا، بارنامه دریایی که در آن نکات زیر درج شده است را صادر نماید:

۱- علائم مشخصه‌ای که جهت شناسایی کالا ضروری است، آن علایمی است که توسط فرستنده کالا قبل از بارگیری کالا کتبأً تهیه شده است. در صورتی که کالا بدون روپوش است باید علائم مذکور بر روی کالا مهر شده و یا به طور واضح نشان داده شود و اگر کالا با روپوش است و یا در صندوق قرار گرفته است علائم باید طوری نقش شود که تا پایان سفر خوانا باقی بماند. ۲- تعداد بسته‌ها و یا قطعات، مقدار یا وزن بر حسب مورد همان طوری که به وسیله فرستنده کالا کتبأً تهیه شده است. ۳- وضعیت ظاهری کالا: در صورتی که متصدی حمل یا فرمانده کشتی و یا نماینده متصدی حمل به جهات معقول در مورد مطابقت کالای معرفی شده با آنچه که در بارنامه بیان شده است مشکوک باشد و یا وسیله مناسب برای بررسی آن نداشته باشد، ملزم نیست در بارنامه دریایی علائم، تعداد، مقدار یا وزن را تصریح نماید.

همچنین در این زمینه باید به ماده ۱۵ قواعد هامبورگ اشاره کرد. نکته‌ای که باید گفت این است که نه در قانون دریایی ایران و نه در مقررات کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل، روی نکات مندرج در بارنامه دریایی ضمانت اجرا پیش‌بینی نشده است. بند ۳ ماده ۱۵ کنوانسیون هامبورگ هم به صراحة بیان می‌دارد: «فقدان یک یا چند مورد از موارد مذکور در این ماده در بارنامه، به اعتبار سند به عنوان بارنامه خلی وارد نمی‌سازد، مشروط بر اینکه در هر حال شرایط بند ۷ ماده ۱ رعایت شده باشد». بند ۷

ماده ۱ این کنوانسیون بیان می‌دارد: «اصطلاح بارنامه به سندی اطلاق می‌شود که دلالت بر قرارداد حمل و نقل دریایی کالا، تحویل کالا و یا بارگیری آن در کشتی توسط حمل و نقل کننده دارد. همچنین حاکی از تعهد حمل و نقل کننده به تحویل کالا در ازای تسليم آن سند می‌باشد. این تعهد ناشی از قید ناشی از عبارتی در سند است که مقرر می‌دارد کالا باید به شخص معینی یا به حواله کرد یا به حامل سند تحویل گردد.»

در این قسمت ابتدا نکاتی که صریحاً در بارنامه دریایی قید می‌گردد و معمولاً مواردی است که همه شرکت‌های کشتی رانی آن را درج می‌کنند را بیان می‌کنیم. با این توضیح که محتویات بارنامه دریایی از یک شرکت به شرکت دیگر متفاوت است اما معمولاً موارد عمومی زیر در آنها وجود دارد. سپس به تعهدات ضمنی در بارنامه دریایی می‌پردازیم.

### ۳-۱. نکاتی که صریحاً در بارنامه دریایی قید می‌گردد

#### ۳-۱-۱. درج علائم لازم جهت شناسایی کالا

بند ۳ ماده ۵۴ قانون دریایی بعد از بیان اینکه متصدی حمل باید در بارنامه صادره موارد زیر را درج کند در قسمت الف خود بیان می‌دارد: «الف: علائم مشخصه‌ای که جهت شناسایی بار ضروری است همان علامی است که توسط فرستنده بار قبل از شروع بارگیری کتابی تسليم شده است، مشروط بر اینکه در مورد بار بدون روپوش علائم مذکور بر روی بار نقش شده و یا به طور وضوح نشان داده شده باشد اگر بار در صندوق قرار گرفته و یا دارای پوشش باشد علائم باید به طوری نقش شود که تا پایان سفر خوانا بماند». ماده ۶۰ قانون دریایی نیز که مندرجات بارنامه دریایی را بر می‌شمارد در مورد قید علائم مشخصه بار مبادرت به تکرار مطالبی نموده که ماده ۵۴ پیش‌بینی کرده است. ذکر این نکته لازم است که در قانون دریایی در خصوص کالای بسته بندی نشده (مثل کالای فله یا مایعات که از طریق دستگاه‌های مکنده و غیره بارگیری و تخلیه می‌شوند) سکوت اختیار شده است و این نقش مربوط می‌شود به اشتباہی که در ترجمه قانون دریایی ایران بوده است.<sup>۱</sup>

واضح است که وجود علائم مشخصه روی کالاهای از این جهت دارای اهمیت است که نماینده متصدی حمل بتواند در مقصد آنها را به آسانی تشخیص داده و برای گیرندگان کالا که نام آنها در بارنامه‌های دریایی قید گردیده است ارسال نماید. کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل و ۱۹۷۸ هامبورگ نیز درج علائم لازم جهت شناسایی کالا را لازم دانستند. بند ۳ قسمت a ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل بیان می‌کند که

۱. فخاری، امیرحسین، جزو حقوق دریایی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸، ص. ۳۷.



علائم لازم جهت شناسایی کالا، علائمی هستند که به صورت مهر یا به طرقی دیگر روی کالا (در صورتی که کالا بدون پوشش باشد) یا روی جعبه یا پاکت (در صورتی که کالا درون جعبه یا پاکت باشد) به نحوی که تا پایان سفر واضح و خوانا باقی بماند منقوش می‌گردد. این علائم به وسیله فرستنده کالا قبل از بارگیری تهیه می‌گردد. قسمت a بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون هامبورگ نیز بیان می‌دارد: «بارنامه باید حاوی نکاتی چند از جمله نکات ذیل باشد: الف - کیفیت عمومی کالا، علائم اساسی لازم جهت شناسایی کالا، در صورت اقتضا اعلام صريح کیفیت خطرناک کالا، تعداد بسته‌ها یا قطعات، وزن کالا یا مقدار آن که به نحو دیگری اظهار گردیده است. اطلاعات مزبور طبق اظهارات فرستنده می‌باشد». همان‌گونه که گفته شد عدم درج علائم مشخصه کالا موجب بی‌اعتباری بارنامه نخواهد شد (بند ۳ ماده ۱۵ کنوانسیون هامبورگ). بند ۵ ماده ۵۴ قانون دریایی ایران و مواد ۱۹ و ۳۱ تصویب نامه مورخ دسامبر ۱۹۶۶ فرانسه بیان می‌دارد: فرستنده بار صحت علائم را به نحوی که هنگام حمل در بارنامه دریایی اظهار شده است در قبال متصدی باربری تضمین می‌نماید و در صورتی که بر اثر اظهارات نادرست او خسارتی به متصدی باربری وارد شود مسئول جبران زیان وارد خواهد بود. با این ترتیب چنانچه کالا قابل اشتعال بوده و فرستنده بار از ذکر این مطلب خودداری نماید و نتیجتاً متصدی باربری به علت عدم اطلاع از ماهیت کالا آن را در قسمتی از انبارهای کشته که از لحاظ اینمی مناسب برای حمل این نوع کالاها نیست قرار دهد و از این بابت ضرری متوجه متصدی باربری گردد، فرستنده کالا مسئول خواهد بود. علاوه بر اینکه در صورتی که بر اثر اطلاعات نادرست به دارنده بارنامه دریایی از جمله شخصی که به وسیله ظهرنویسی کالا به او انتقال یافته است ضرر و زیانی وارد شود و از این بابت متصدی باربری مجبور گردد خسارات او را جبران نماید، متصدی باربری می‌تواند برای دریافت خسارت به فرستنده کالا مراجعه کند؛ چه آنکه علت وقوع خسارت اطلاعات نادرستی بوده که فرستنده بار داده است و با این ترتیب بارنامه دریایی از لحاظ تجاری از جمله وثایق مطمئن تلقی می‌گردد.<sup>۱</sup> بنابراین بارنامه به نفع دارنده، فرستنده و حمل کننده همچنین علیه هر یک از آنها مورد استفاده قرار می‌گیرد.

### ۳-۱-۲. قید تعداد بسته‌ها یا قطعات یا مقدار یا وزن بر حسب مورد

قسمت ب بند ۳ ماده ۵۴ قانون دریایی از جمله موارد لازم برای درج در بارنامه را «تعداد بسته‌ها یا قطعات یا مقدار یا وزن بر حسب مورد به نحوی که کتاباً از طرف

فرستنده بار تعیین و تسلیم شده است» بیان می‌کند. بدیهی است که با توجه به صراحت ماده، قید تعداد یا قطعات یا مقدار یا وزن بر حسب کالای مورد حمل متفاوت است. به هر حال باید توجه داشت که فرمانده یا عامل منتصدی باربری، در صورتی که درباره مقدار، تعداد بسته‌ها و یا کیفیت کالا به نحوی که از طرف فرستنده بار اظهار شده است مشکوک باشد و یا وسیله مناسبی برای رسیدگی به صحت اظهارات فرستنده کالا در این باره نداشته باشد می‌تواند از ذکر مقدار، وزن و یا تعداد بسته‌ها خودداری کند و روی بارنامه فقط به ذکر عبارت «نامعلوم» (unknown) اکتفا نماید. این مطلب در حقوق آمریکا نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

به موجب بند ۳ قسمت b ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل، پس از اینکه متصدی حمل یا نماینده وی کالا را دریافت کرد حسب تقاضای فرستنده کالا موظف است بر حسب مورد در بارنامه دریایی تعداد بسته‌ها یا قطعات یا مقدار یا وزن کالا را قید نماید. البته چنانچه متصدی حمل یا نماینده وی به جهات معقول درخصوص تعداد، مقدار یا وزن کالا تردید نمایند یا اینکه امکان لازم جهت بررسی کالا برای ایشان فراهم نباشد، در این صورت موظف به درج تعداد بسته‌ها یا قطعات یا مقدار یا وزن کالا در بارنامه نخواهد بود.

پروتکل ۱۹۶۸ بروکسل در خصوص قید تعداد بسته‌ها، قطعه‌ها یا مقدار یا وزن کالا در بارنامه دریایی عیناً مقررات کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل را بدون اصلاح و تغییری پذیرفته است (بند ۴ ماده ۳ مقررات لاهه - ویزبی). قسمت a بند ۱ ماده ۱۵ و بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون هامبورگ نیز به این مطلب اشاره داشته است.

در انتهای باید گفت چنانچه در موقع تحویل کالا، وزن و یا مقدار محموله کمتر از آنچه از طرف فرستنده کالا در بارنامه دریابی اظهار گردیده باشد، بر عهده فرستنده کالا است که ثابت کند در موقع بارگیری، کالای تحویلی به مقداری بوده که در بارنامه درج شده است. چنان که ماده ۶۷ قانون دریابی به عدم سندیت وزنی که اظهار کننده در بارنامه ذکر و قید کرده علیه متصدی حمل اشاره دارد. به عبارت دیگر مسئولیت اثبات از متصدی برابری به فرستنده کالا منتقل می‌گردد. همین حکم در بند اخیر ماده ۶۴ قانون دریابی ایران به این شرح بیان شده است: «اگر در بارنامه وزن و مقدار و جنس کالا غیرقابل تشخیص ذکر گردد اثبات ارقام ادعایی به عهده فرستنده پار خواهد بود».

### ۳-۱-۳. ذکر وضع ظاهری کالا در بارنامه دریابی

منظور از وضعیت ظاهری کالا، وضع خارجی کالا یعنی با روپوش بودن یا نبودن، سالم یا شکسته بودن، تمیز یا کشیف بودن صندوق های کالا و ... می باشد. وضعیت

ظاهری کالا ناظر به ماهیت کالا و محتوای داخلی صندوق‌ها نمی‌باشد. بارنامه که رسید مالک کشتی برای کالاهاست در بخش خالی خود که به حاشیه معروف است متنضم تووصیف کالاهاست. این تووصیف شاید حیاتی ترین بخش از کل بارنامه باشد، زیرا گیرنده کالاها یا ذینفع ظهernoیسی بارنامه که خواهان خرید کالاها از طریق انتقال بارنامه با ظهernoیسی به نام او است، به طور معمول فرستی برای رسیدگی به صحت و سقم اظهارات خریدار در مورد کمیت و کیفیت کالاها از طریق بررسی آنها ندارد و قیمت خرید را به اتكای تووصیفی که مالک کشتی در بارنامه از کالاها به عمل آورده، تسلیم می‌کند. در موارد بسیار، خریداران مأیوس، اغلب با موقفیت تلاش کرده‌اند مالک کشتی را به واسطه تووصیف نادرست کالاها در بارنامه مسئول قرار دهند. وقتی مالک کشتی تأیید می‌کند که کالاها در «ترتیب و وضعیت ظاهری خوب» دریافت شده‌اند، یک بارنامه «بی‌قیدوشتر» صادر می‌کند و وقتی این عبارت مقید به قیدی شده باشد، بارنامه مزبور بارنامه‌ای مشروط است. به موجب قسمت ۵ بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل، از جمله مطالبی که قید آن در بارنامه دریایی ضرورت دارد وضعیت ظاهری کالا می‌باشد. متأسفانه در قانون دریایی در خصوص درج وضعیت ظاهری کالا در بارنامه دریایی ذکری به میان نیامده است و به نظر می‌رسد که این امر در اثر اغماض و تسامح مقتن بوده است. به موجب قسمت ۶ بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون هامبورگ یکی از نکاتی که می‌بایستی در بارنامه دریایی درج شود وضع ظاهری کالا است.

#### ۳-۱-۴. ذکر کیفیت کالا در بارنامه دریایی

در خصوص ذکر کیفیت کالا در بارنامه در قانون دریایی ایران و کنوانسیون ۱۹۲۴ تصریحی وجود ندارد اما شاید بتوان از کلمه «نوع» مذکور در شق ۳ ماده ۶۰ این را دریافت که منظور قانون‌گذار همان ذکر کیفیت کالا در بارنامه دریایی می‌باشد اما در قسمت ۵ بند ۱ کنوانسیون هامبورگ پیش‌بینی شده که ماهیت کلی کالا در بارنامه دریایی باید ذکر گردد. تشخیص کیفیت کالا در اصل، یک امر مربوط به کارشناسی است و نیاز به تخصص دارد لذا افراد معمولی نمی‌توانند نسبت به کیفیت کالا اظهارنظر نمایند بنابراین مقصود از کیفیت در اینجا بررسی سطحی کالا در حدی است که برای افراد متعارف قابل درک می‌باشد و حالت داخلی کالا مثل فساد و عدم فساد آن نمی‌باشد. بنابراین در موقعی که در بارنامه دریایی راجع به کیفیت کالا عبارت «نامعلوم» بکار می‌رود و یا قید می‌شود که کیفیت کالا ظاهرآ خوب و بدون نقص به نظر می‌آید، مراد این است که کیفیت کالا به نحوی که ملاحظه می‌شود و یا با بازررسی سطحی قابل تشخیص است خوب به نظر می‌آید و آن منظور

این نیست که ماهیت و کیفیت واقعی کالا بدون عیب و نقص است. در کامن لا نیز اصولاً فرمانده کشتی با توصیف کیفیت کالا در بارنامه دریایی، مالک کشتی را متعهد نمی‌کند. دلیل عدم مسئولیت متصدی باربری در این خصوص این است که فرض قانون بر این است که متصدی حمل کالایی را که جهت حمل تحویل گرفته عیناً همان کالا را تحویل داده است و اثبات خلاف این اصل به عهده صاحب کالا یا مدعی می‌باشد.<sup>۱</sup>

### ۳-۱-۵. مشخص کردن کالاهای خطرناک با برچسب و علامت لازم

بند ۶ ماده ۵۵ قانون دریایی بیان می‌دارد: «هرگاه متصدی باربری، فرمانده و یا عامل متصدی باربری اجناس قابل اشتعال و انفجار و یا خطرناک را بدون علم و اطلاع از کیفیت و نوع آن بارگیری نماید و بعداً از نوع و کیفیت آنها به علی‌آگاه شوند، می‌توانند در هر موقع و قبل از تخلیه در مقصد در هر محلی که صلاح بدانند بدون پرداخت هیچ‌گونه غرامت و یا هزینه‌ای که ممکن است به طور مستقیم یا غیرمستقیم از حمل چنین موادی ایجاد شود آنها را تخلیه و یا نابود و یا بلااثر کنند...»

بنابراین، همان گونه که کنوانسیون هامبورگ نیز اشاره دارد، در مورد کالاهای خطرناک فرستنده کالا بایستی با علامت یا برچسب مناسب آن را مشخص نماید و وقتی آنها را جهت بارگیری و حمل به متصدی حمل تحویل می‌دهد باید او را از ماهیت خطرناک کالا آگاه نماید. علت این امر نیز روشن است. به دلیل اینکه این کالاهای تهدید جدی علیه جان خدمه و کشتی و محموله‌های آن به حساب می‌آید. از جمله این کالاهای می‌توان نفت و بنزین و مواد منفجره را نام برد. از آنجا که بند مذکور ماده ۵۵ قانون دریایی ترجمه بند ۶ ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۲۴ می‌باشد، عین عبارت فوق در کنوانسیون مذکور بیان شده است اما به موجب قسمت a بند ۱ ماده ۱۵ مقررات هامبورگ در صورتی که کیفیت کالا خطرناک باشد باید صریحاً در بارنامه ذکر شود. بند ۱ ماده ۱۳ کنوانسیون مذکور از ضرورت علامت‌گذاری توسط فرستنده روی کالاهای خطرناک اشاره دارد و بند ۲ این کنوانسیون به لزوم دادن اطلاعات توسط فرستنده به متصدی حمل و نقل در مورد کیفیت خطرناک کالا و در صورت لزوم اقدامات احتیاطی که باید به عمل آید اشاره دارد و در ادامه ضمانت اجرای این تکلیف فرستنده را این‌گونه بیان می‌کند.

۱. فرمانفرماییان، ابوالبشر، حقوق دریایی، تهران، انتشارات خرمی، ۱۳۴۹، ص. ۱۴۵.



### ۶-۱-۳. قيد تاریخ در بارنامه دریایی

از جمله نکات مهم مندرج در بارنامه، تاریخ است که باید توسط متصدی حمل یا نماینده وی درج گردد. لازم به ذکر است که تاریخ گذاری باید توسط متصدی حمل یا نماینده وی به طور واقعی و صحیح انجام گیرد. در غیر این صورت شخص مذکور مسئول می باشد. قسمت اخیر ماده ۶۱ قانون دریایی در همین راستا بیان می دارد: «در صورتی که صادرکننده بارنامه هنگام تنظیم بارنامه تاریخ آن را مقدم بر تاریخ صدور بگذارد در مقابل تحويل گیرنده کالا مسئول کلیه خسارات واردہ به علت این تغییر خواهد بود.».

قسمت f بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون هامبورگ به درج تاریخ تحويل کالا در بندر بارگیری و قسمت n بند مذکور به درج «تاریخ یا مهلت تحويل کالا در بندر تخلیه، چنانچه تاریخ یا مهلت تحويل، موضوع توافق صریح طرفین واقع شده باشد» اشاره دارد. ماده ۶۱ قانون دریایی هم به طور تلویحی به ضرورت قيد تاریخ صدور بارنامه اشاره دارد.

### ۷-۱-۳. امضا بارنامه دریایی

امضا اینگونه تعریف شده است: «نوشتن نام یا نام خانوادگی یا هر دو یا رسم علامت به عنوان بیان هویت صاحب علامت در ذیل اوراق و اسناد برای تأیید متن سند که نوشته شده است و یا بعد از امضا نوشته خواهد شد.»<sup>۱</sup>

به موجب ماده ۶۲ قانون دریایی: «... کلیه نسخ بارنامه توسط فرمانده کشتی و یا کسی که از طرف او برای این منظور تعیین شده امضا می گردد ...» ماده ۶۳ قانون مذکور نیز بیان می دارد: «بارنامه دریایی باید ظرف ۲۴ ساعت پس از بارگیری تنظیم شده و به امضا برسد ...». در عمل کمپانی های بزرگ حمل و نقل دریایی معمولاً کارمندی را در کشتی ها برای این کار استخدام می نمایند که به امضا و صدور بارنامه دریایی مبادرت می ورزد.<sup>۲</sup>

سؤالی که مطرح می شود این است که امضا به چه صورت باید انجام گیرد. آیا لزوماً با دست صورت گیرد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که در این خصوص قانون دریایی و کنوانسیون ۱۹۲۴ سکوت کرده اند اما بند ۳ ماده ۱۴ کنوانسیون هامبورگ با تأیید عدم ضرورت امضای بارنامه بیان می دارد: «امضای بارنامه می تواند به صورت دستنویس، فکس، انگ یا به وسیله مهر، به شکل سمبول یا به هر وسیله مکانیکی یا الکترونیکی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶، ص. ۶۳۶.

۲. کارکن، پیشین، ص. ۳۳.

---

دیگری صورت گیرد؛ مشروط به اینکه طریقه مورد استفاده، با قانون محل صدور بارنامه در تعارض نباشد».

هر چند در حقوق ایران به لحاظ نبودن نص قانونی، اعتبار بارنامه دریایی فاقد امضای فرستنده بار نمی‌تواند مورد بحث و بررسی قرار گیرد اما فرستنده بار یکی از طرفین قرارداد حمل می‌باشد. بنابراین لازم است که بارنامه به امضای او نیز برسد. شرط امضای او به این جهت است که باعث اعتبار بارنامه می‌شود.

#### ۱-۳-۸. نکات دیگری که در بارنامه دریایی درج می‌گردند:

علاوه بر مواردی که ذکر شد به موجب بند ۱ ماده ۶۰ قانون دریایی قید نام کشته در بارنامه الزامی است. بند ۴ ماده ۵۲ قانون دریایی در مقام تعریف کشته بیان می‌دارد: «کشته به هر وسیله‌ای اطلاق می‌شود که برای حمل بار در دریا به کار می‌رود». هر چند بند ۱ ماده ۶۰ قانون دریایی درج نام کشته را لازم دانسته و قاعده‌ای فرستنده کالا حق دارد که از متصدی حمل بخواهد نام کشته را در بارنامه قید کند اما در عمل ضمانت اجرایی برای آن وجود ندارد و معمولاً اگرچه در بارنامه‌ها برای تعیین نام کشته جایی اختصاص داده شده است، ولی همواره شرطی وجود دارد که براساس آن متصدی حمل و نقل مجاز است که کالاهای را در کشته دیگری بارگیری کند؛ قطع نظر از کمپانی که عملیات بارگیری و حمل را به عهده دارد، خواه در مرحله بارگیری و خواه در هنگام سفر.<sup>۱</sup> به موجب بند ۲ ماده ۶۰ قانون مذکور و بند f و g ماده ۱۵ کنوانسیون هامبورگ درج نام بندر مبدأ و بندر مقصد در بارنامه الزامی است. همچنین بند ۵ ماده قانون دریایی به درج نام و نشانی فرستنده بار، متصدی باربری، تحويل گیرنده در بارنامه اشاره دارد. بند ۱ و ۵ و ۶ ماده ۵۲ قانون دریایی اصطلاحات مزبور را تعریف نموده است.

طبق بند ۶ ماده ۶۰ نیز درج «شرايط بارگیری و حمل بار و واحد نرخ» در بارنامه الزامی است. در خصوص اصطلاح بار قبل از اندازه کافی توضیح داده شده و لذا در این قسمت از تفصیل بیشتر آن در می‌گذریم. اصطلاح شرايط بارگیری و حمل بسیار گسترده و میهم است و تمامی شرايط مربوط به حمل و نقل را از زمان تحويل کالا توسط متصدی حمل و نقل تا زمان تسليم آن به گیرنده کالا را دربر می‌گیرد. بند ۷ ماده ۶۰ هم قید تعداد نسخ بارنامه را لازم می‌داند که ماده ۶۲ قانون دریایی با تفصیل بیشتری به نسخ بارنامه پرداخته است. همچنین در بارنامه دریایی معمولاً

تکلیف متصدی حمل بر مطلع کردن گیرنده مبنی بر وصول محموله به مقصد و طریق آن نیز پیش‌بینی شده است.<sup>۱</sup>

### ۲-۳. تعهدات و شروط ضمنی در بارنامه دریایی

علاوه بر مواردی که به طور صریح در بارنامه قید می‌شود و در بالا توضیح داده شد، شروط ضمنی چندی نیز در بارنامه دریایی وجود دارد. به عبارتی همان‌طور که در سایر قراردادها شرایط و اوضاع و احوال و شروط ضمنی اعتباری همانند مندرجات صریح دارد، در بارنامه نیز چنین است. شرط ضمنی که بر طبق آن مال مورد معامله باید آزاد باشد یعنی شخص ثالث هیچ‌گونه حقی بر آن نداشته باشد و یا اینکه خریدار باید قادر به تصرف مورد معامله باشد. از جمله مثال‌های این مطلب می‌باشد. در این قسمت ابتدا تعهدات ضمنی متصدی حمل و نقل و سپس تعهدات ضمنی فرستنده را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۲-۱. تعهدات ضمنی متصدی حمل و نقل

##### ۲-۱-۱. فراهم نمودن قابلیت دریانوردی

بند ۱ ماده ۵۴ قانون دریایی که ترجمه بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۲۴ می‌باشد مقرر می‌دارد: «متصدی باربری مکلف است قبل از هر سفر و در شروع آن مراقبت‌های لازم را به شرح ذیل به عمل آورد: الف - کشتی را برای دریانوردی آماده کند. ب - کارکنان و تجهیزات و تدارکات کشتی را به طور شایسته تهیه و فراهم آورد. ج - ابزارها و سردانه‌ها و کلیه قسمت‌های دیگر کشتی را که برای حمل کالا مورد استفاده قرار می‌گیرد، مرتب و آماده کند». بنابراین متصدی باید از مدت زمان شروع بارگیری تا آغاز سفر مراقبت‌های لازم را به عمل آورد. مشابه همین حکم در کامن لا وجود دارد.

##### ۲-۱-۲. سرعت معقول

یکی دیگر از شروطی که به طور ضمنی در بارنامه‌های دریایی وجود دارد این است که سفر دریایی بایستی با سرعت معقول و مناسب انجام شود. در کلیه قراردادهای حمل و نقل و قراردادهای اجاره کشتی هرگاه طرفین قرارداد در این خصوص صریحاً توافقی نکرده باشند این شرط ضمنی وجود دارد که نباید تأخیر نامعقولی در شروع و انجام سفر صورت گیرد.

1. Williston, Samuel, Ownership of Goods Shipped Under a Bill of Lading to the Seller Order, the University of Pennsylvania Law Review, Vol. 32, 1993, p. 12.

### ۳-۲-۱. عدم انحراف مسیر

به طور کلی هیچ‌گونه انحراف مسیری برای متصدی حمل مجاز نیست مگر اینکه چنین تغییر مسیری موجه باشد. بند ۴ ماده ۵۵ قانون دریایی ایران که ترجمه بند ۴ ماده ۴ کنوانسیون لاهه می‌باشد بیان می‌دارد: «هرگونه تغییر مسیر کشتی در دریا برای نجات و مجاہدت در حفظ جان آدمی و اموال و یا هرگونه انحراف معقول کشته نقض و تخلف از مقررات این فصل و قرارداد باربری نیست و متصدی باربری مسئول فقدان و یا خسارت وارد ناشی از آن نخواهد بود.» بنابراین تغییر مسیر کشتی اگر به دلایل بالا باشد مجاز است. در کامن‌لا، بارنامه دریایی متضمن تعهدی است مبنی بر اینکه انحراف از مسیر قرارداد مجاز نیست مگراینکه قابل توجیه باشد مثلاً انحراف برای نجات جان، اینمی سفر و یا مقاصد ضروری برای انجام سفر دریایی باشد. در قانون ۱۹۷۱ انگلیس تغییرات اساسی در رابطه با مقررات انحراف از مسیر به عمل آمد. بدین توضیح که در مواردی که این قانون حاکم است انحراف از مسیر برای حفظ اموال در دریا قابل توجیه است و این انحراف از مسیر نقض قرارداد حمل تلقی نمی‌گردد. این قانون همچنین مقرر می‌دارد که هر انحراف معقول از مسیر، تخلف از قرارداد نمی‌باشد. موضوع اینکه یک انحراف از مسیر معقول است یا نه بستگی به واقعیات هر مورد دارد.<sup>۱</sup>

### ۲-۲-۲. تعهدات ضمنی فرستنده کالا در بارنامه دریایی

طبق بند ۶ ماده ۵۵ قانون دریایی ایران و همچنین ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل همانطور که قبلًا توضیح داده شد، متصدی حمل و یا فرمانده کشتی اختیار دارد اجناس قابل اشتعال و انفجار و یا خطرناک را که بدون علم و اطلاع آنان از کیفیت و نوع آن بارگیری گردیده است بدون اینکه هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه آنان باشد نسبت به انهدام و یا تخلیه و یا خنثی کردن کالاهای خطرناک اقدام نمایند. تصور می‌شود که ماهیت واقعی این تعهد ضمنی به معنای ضمانت برای بی‌ضرر بودن مطلق کالا نیست بلکه تنها این مسئله ضمانت می‌شود که طبق اطلاع فرستنده، کالا خطرناک نیست و وی دقت معقولی برای کسب اطمینان در این مورد به عمل آورده است.<sup>۲</sup>

۱. آیومی، هارדי، حقوق حمل و نقل دریایی کالا، ترجمه دکتر منصور پورنوری، تهران، انتشارات ماجد، ۱۳۷۵.

.۹۰ ص.

۲. همان، ص. ۹۱.



## نتیجه‌گیری

میان اسناد متعددی که در حمل دریایی کالا مورد استفاده قرار می‌گیرد، بارنامه دریایی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و روابط فی مابین فرستنده کالا، گیرنده کالا و ظهرنویسان و انتقال گیرنده‌گان را با متصدیان حمل تنظیم می‌کند. بارنامه سندی است که نوع و میزان و خصوصیات و کرایه کالای مورد حمل و نیز مشخصات طرفین قرارداد حمل، مبدأ و مقصد حرکت کشته و مواردی از این قبیل از طرف متصدی حمل و نقل یا نماینده وی درج و به امضای آنان صادر می‌گردد و در واقع براساس نوع قانون مورد انتخاب حاکم بر بارنامه دریایی موردنظر، تکالیف و مسئولیت‌های متصدی حمل و نقل و فرستنده کالا و نیز اشخاص ثالث درگیر با بارنامه و کالای مورد حمل معلوم و تعیین می‌شود. بارنامه دریایی مدرکی است که ثابت می‌کند کالا با اوصافی که در آن قید شده به وسیله فرستنده کالا به متصدی حمل و یا نماینده وی تحويل شده است. اوصاف کالا شامل تعداد، مقدار یا وزن کالا، وضعیت ظاهری کالا، علائم شناسایی کالا و کیفیت کالا است و بر حسب آن بارنامه دریایی رسید کمیت کالا، رسید وضعیت ظاهری کالا، رسید راجع به علائم شناسایی کالا و رسید کیفیت کالا محسوب می‌گردد. خصیصه دیگر بارنامه دریایی آن است که سند مالکیت کالا محسوب می‌شود و از میان ۳ نوع بارنامه مذکور در ماده ۶۱ قانون دریایی، جز بارنامه در وجه شخص معین، دو نوع دیگر قابل انتقال از طریق ظهرنویسی است. البته بارنامه در وجه حامل با قبض و اقباض نیز قابل انتقال است. در کشور ما قانون حاکم بر سند مذکور، علاوه بر مواد قانونی پراکنده که در قانون مدنی و قانون تجارت در زمینه حمل و نقل به تصویب رسیده است، قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ نیز می‌باشد و علاوه بر آن، ایران به کنوانسیون ۱۹۲۴ بروکسل از بند b ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۲۴ می‌باشد، اشاره کرد. در این ماده قانون گذار نیز ملحق شده است. از جمله نقاط ضعف قانون ایران می‌توان به بند ۲ ماده ۵۲ که اقتباسی از بند ۱ کنوانسیون هامبورگ تعریفی ارائه نموده است. به عقیده ما تعریفی که بند ۶ ماده ۱ کنوانسیون هامبورگ تعریفی ارائه نموده است. به عقیده ما تعریفی که می‌توان از این اصطلاح نمود این است که قرارداد مزبور قراردادی است مشمول قواعد خاص دریایی، که در آن متصدی حمل تعهد می‌کند که در مقابل مبلغی معین، شیء (یا شخص معین) را از یک نقطه به نقطه دیگر حمل نماید.

یکی از نقاط ضعف مهم قانون دریایی ایران این است که روی نکات مندرج در بارنامه دریایی ضمانت اجرا پیش‌بینی نکرده است. این ضعف بر مقررات کنوانسیون

---

بروکسل نیز وارد است. در حالی که کنوانسیون هامبورگ در بند ۳ ماده ۱۵ خود، ضمانت اجرای نکات مزبور را بیان داشته است. برای رفع این مشکل قانون‌گذار می‌تواند با تصویب ماده واحدهای یا اصلاح قانون فعلی و یا افزودن تبصره‌ای به این قانون این اشکال را برطرف سازد.

نکته دیگری که باید گفت اینکه متأسفانه در قانون دریایی برخلاف کنوانسیون بروکسل (قسمت C بند ۳ ماده ۳) و کنوانسیون هامبورگ (قسمت b بند ۱ ماده ۱۵)، در خصوص درج وضعیت ظاهری کالا در بارنامه دریایی ذکری به میان نیامده است و به نظر می‌رسد که این امر در اثر اغماض و تسامح مقنن بوده است. زیرا علاوه بر اهمیت این امر، اینکه موضوعی در کنوانسیون بروکسل ذکر شده باشد اما قانون‌گذار ما آن را مقرر نداشته باشد، مورد مشابه دیگری به چشم نمی‌خورد. در این خصوص می‌توان با ارائه نظر تفسیری و مشورتی و یا حتی اصلاح قانون نسبت به رفع این نقیصه اقدام نمود. هر چند با توجه به الحق ایران به کنوانسیون بروکسل نیازی به این امر نمی‌باشد زیرا معاهده‌هایی که ایران به آنها ملحق شده است، طبق اصول قانون اساسی، در حکم قانون است (ماده ۹ قانون مدنی) و می‌توان همانند قانون داخلی کشورمان به آنها استناد نمود.

## منابع

- آیامی، هاردی، حقوق حمل و نقل دریایی کالا، ترجمه دکتر منصور پورنوری، تهران، انتشارات ماجد، ۱۳۷۵.
- امید، هوشنگ، حقوق دریایی، جلد ۱، تهران، انتشارات مدرسه عالی بیمه، ۱۳۵۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق دریایی و هوایی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۴.
- سماواتی، حشمت‌الله، حقوق معاملات بین‌المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۹.
- فخاری، امیرحسین، جزو حقوق دریایی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸.
- فرمانفرما میلان، ابوالبیasher، حقوق دریایی، تهران، انتشارات خرمی، ۱۳۴۹.
- کارکن، محمدرضا، تحلیل مفاد کوانسیون هامبورگ، تهران، صنعت حمل و نقل، ۱۳۷۳.
- \_\_\_\_\_، برنامه دریایی، تهران، صنعت حمل و نقل، ۱۳۶۳.
- محمدزاده وادقانی، علیرضا، «کوانسیون ۱۹۷۸ در مورد حمل و نقل دریایی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۲، ۱۳۷۳.
- نجفی اسفاد، مرتضی، حقوق دریایی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.

- Dobson, Paul, Bussiness Law, London, Sweet Maxwell, 1991.
- Laughlin, Chester, "The Evolution of the Ocean Bill of Lading", The Yale Law Journal, Vol. 35, 2000.
- Ma, Winnie, "Lading without Bills: How Good is the Bolero Bill of Lading in Australia", Bond Law Review, Vol. 12, Issue 2, 2000.
- Ramberg, Jan, "The Vanishing Bill of Lading & the Hamburg Rules Carrier", The American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979.
- Williston, Samuel, Ownership of Goods Shipped Under a Bill of Lading to the Seller Order, the University of Pennsylvania Law Review, Vol. 32, 1993.

## مطالعه تطبیقی جرم شکنجه در حقوق ایران و کنوانسیون منع شکنجه

حسن پورباfrانی\*

رئوف رحیمی\*\*

### چکیده

هم کنوانسیون منع شکنجه و هم مقررات ناظر بر شکنجه در حقوق ایران، شکنجه را عملی غیر انسانی و مغایر با کرامت و حیثیت انسان می دانند و ارتکاب آن را منع می کنند؛ در عین حال تفاوت های زیادی، هم در تعریف و هم در مصاديق شکنجه بین حقوق ایران و کنوانسیون منع شکنجه وجود دارد. هرچند در قانون اساسی ایران مطلق شکنجه اعم از جسمی و روانی منع شده، اما در قانون مجازات اسلامی صرفاً برای شکنجه بدنی مجازات تعیین شده است. علاوه بر این، در تعیین مصاديق شکنجه و مرز آن با مجازات های قابل اعمال نیز تفاوت هایی بین نظام حقوقی ایران و کنوانسیون منع شکنجه وجود دارد. اما وجود این تفاوت ها به معنای فقدان وجود اشتراک بین مفاد کنوانسیون و قوانین ایران نیست. مقایسه الزامات کنوانسیون و قواعد نظام حقوقی داخلی این امکان را فراهم می سازد که ضمن شناسایی موانع حقوقی الحق ایران به کنوانسیون مذکور، راهکارهای رفع این موانع نیز شناسایی شود.

**کلیدواژه ها:** شکنجه، مجازات بدنی، کنوانسیون منع شکنجه، قانون اساسی،  
قانون مجازات اسلامی.

## مقدمه

شکنجه که یکی از ابزارهای مورد استفاده حکومت‌های خودکامه و استبدادی بوده است، از دیرباز وجود داشته و به‌تبع آن احساسات همه افراد بشر را در هر کجا که بوده‌اند، جریحه‌دار می‌کرده است. امروزه میانی جرم‌انگاری شکنجه، کنوانسیون‌های بین‌المللی از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ و کنوانسیون منع شکنجه و دیگر مشقات یا رفتارهای خشن، غیرانسانی یا موهنه مصوب ۱۹۸۴ است.<sup>۱</sup> علاوه بر آن شکنجه شدیداً مورد نهی شارع نیز قرار گرفته است و روایات فراوانی در مورد منع از شکنجه و ایراد ضرب وجود دارد. از جمله در صحیحه حلبی از امام صادق (ع) نقل شده که پیامبر فرمودند: «سرکش ترین بندۀ بر خدا کسی است که به قتل کسی که قاتل او نیست کمر بندد و کسی را بزند که او را نزدۀ است».<sup>۲</sup> مسلم است که به مجرد شک و اتهام، حقی ثابت نشده است تا بتوان انسانی را مورد ایراد ضرب و جرح قرار داد.<sup>۳</sup> با توجه به همین جهات است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان مبنایی ترین قانون که هیچ قانون عادی نمی‌تواند مغایر با آن به تصویب برسد، در اصل ۳۸ خود اعمال هرگونه شکنجه را ممنوع دانسته و اقرار به دست آمده از طریق آن را واجد اثر نمی‌داند. از آنجا که کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های بی‌رحمانه، غیرانسانی یا ترذیلی ۱۹۸۴ کراراً در مقام استرداد یا عدم استرداد مجرمین به کشورهای ناقض کنوانسیون مورد استناد مجتمع حقوق بشری از جمله شورای حقوق بشر سازمان ملل متحده و حتی دولت‌های عضو قرار می‌گیرد<sup>۴</sup> و از طرفی در این کنوانسیون پیش بینی شده است که کمیته ضدشکنجه نظارت جامعه بین‌المللی را بر کشورهای عضو کنوانسیون عملیاتی سازد، در این مقاله به مقایسه شکنجه در حقوق ایران و کنوانسیون منع شکنجه می‌پردازیم. با توجه

۱. اردبیلی، محمدعلی، «شکنجه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹، ۱۳۷۰، ص. ۱۷۹ - ۲۱۵.

۲. عاملی، محمد بن حسن (حر عاملی)، وسائل الشیعه، جلد ۱۹، بیروت، داراییه التراث العربي، بی‌تا، ص. ۱۱.

۳. در حدیثی دیگر از امام صادق (ع) نقل شده است که اگر فردی، دیگری را تنها با یک ضربه تازیانه بزند، خداوند با تازیانه‌ای آتشین او را خواهد زد. ر.ک. همان، ص. ۱۲. نیز برای مطالعه مفصل دیدگاه شارع در خصوص جرم شکنجه، ر.ک. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه‌الفقیه و فقه الدوله‌الاسلامیه، جلد دوم، مرکز العالی للدراسات الاسلامیه، الطبعه الاولی، قم، ۱۴۰۸ ه. ق، ص. ۳۷۸-۳۷۵.

۴. ماده ۳ کنوانسیون احتمال اعمال شکنجه را مانع استرداد متهمن می‌داند. طبق این ماده «چنانچه دلایل متقنی وجود داشته باشد که شخص تحت شکنجه قرار می‌گیرد، هیچ کشور عضوی نباید به اخراج، بازگرداندن یا مستردد کردن وی اقدام کند».

به وجود وجود اشتراک فراوان بین کنوانسیون منع شکنجه و قانون اساسی ایران، هدف مقاله حاضر مقایسه نظام حقوقی ایران در مورد شکنجه با کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ سازمان ملل است تا از این طریق میزان انطباق یا عدم انطباق نظام حقوقی ایران در مورد شکنجه با نظام حقوق بین الملل مشخص شود. فرضیه اصلی مقاله این است که وجود اشتراک فراوانی بین کنوانسیون منع شکنجه با قوانین جمهوری اسلامی ایران در مورد شکنجه وجود دارد. این وجود اشتراک در قلمرو مقایسه قانون اساسی با کنوانسیون مذکور کاملاً محسوس است؛ به نحوی که می‌توان گفت چندان فاصله‌ای بین آن دو نیست. فاصله‌ها بیشتر در قلمرو قوانین عادی مشاهده می‌شود که به نظر ما با تأملی بیشتر می‌توان این فاصله‌ها را نیز کم کرد. در اصل ممنوعیت شکنجه، جرم بودن آن، عدم قابلیت اعتبار اقرار حاصل از شکنجه و جبران خسارت وارد به مجني عليه، قوانین ایران با کنوانسیون منع شکنجه تفاوتی ندارند. عمدۀ ترین تفاوت مربوط به برخی از مجازات‌های بدنه است که از دید کمیته ضدشکنجه، مغایر با کنوانسیون منع شکنجه است ولی دیدگاهی دیگر با استناد به ماده ۱ خود کنوانسیون، «مجازات‌ها» را از قلمرو این کنوانسیون خارج می‌داند. به هر حال در ادامه طی دو قسمت ابتدا به بررسی مفهوم شکنجه در حقوق ایران و سپس به بررسی شکنجه در کنوانسیون منع شکنجه و همزمان مقایسه آن با قوانین ایران می‌پردازیم.

## ۱. شکنجه در حقوق ایران

شکنجه در لغت به معنی «رنج، آزار، عذاب و اذیت» آمده است.<sup>۱</sup> معادل انگلیسی این کلمه نیز torture است که به معنای «شکنجه، شکنجه کردن و زجر دادن» آمده است.<sup>۲</sup> همانطور که ملاحظه می‌شود شکنجه با معادل انگلیسی آن در لغت به صورت مطلق شامل هر رنج و عذابی می‌شود که به دیگری وارد می‌آید و از این حیث هیچ قیدی هم که آن را محدود به شکنجه جسمی یا روحی کند، وجود ندارد. هیچ انگیزه‌ای هم شرط تحقق آن نیست؛ به این صورت که گفته شود که شکنجه زمانی محقق می‌شود که مأمور دولت به قصد یا انگیزه اینکه متهمی اقرار کند، او را بزنند. با این حال در ادبیات حقوق کیفری ایران به تبعیت از اصل ۳۸ قانون اساسی، شکنجه عمدتاً به رفتارهایی غیرانسانی اعم از اذیت و آزار روحی و جسمی متهم و مظنون اطلاق می‌گردد که برای کسب اقرار یا اطلاع از آنها صورت می‌گیرد. در ذیل به ترتیب به بررسی جایگاه

۱. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ سوم، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۹، ص. ۸۵۲.

۲. حییم، سلیمان، فرهنگ کوچک حییم (انگلیسی-فارسی)، چاپ یازدهم، تهران، نشر فرهنگ معاصر، ۱۳۶۸، ص. ۵۹۷.

شکنجه در قانون اساسی، قوانین عادی لازم‌الاجرا و تلاش‌های انجام شده برای نزدیک‌تر کردن فاصله بین قانون اساسی و قوانین عادی می‌پردازیم.

### ۱- نفی شکنجه در قانون اساسی

اصل ۳۸ قانون اساسی ایران مهم‌ترین منبع حقوق ایران در زمینه منع شکنجه است. طبق این اصل «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متفاوت از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود». همانگونه که ملاحظه می‌شود این اصل در بردازندۀ چند نکته مهم در مورد شکنجه است: الف - ممنوعیت مطلق و بدون استثنای شکنجه. لفظ «هرگونه» تمامی اشکال و انواع شکنجه را اعم از شکنجه جسمی و روحی و اعم از مستقیم و غیرمستقیم شامل می‌شود. ب - هرچند در این اصل به سمت مرتكبان شکنجه اشاره‌ای نشده است، اما با توجه به اینکه اقرار توسط مقامات انتظامی و قضایی اخذ می‌شود و کسب اطلاع هم اصولاً توسط مقامات امنیتی و اطلاعاتی به عمل می‌آید و از طرفی ذیل این اصل هم چنین اقراری را فاقد اعتبار می‌داند، باید قلمرو این اصل را از حیث سمت مرتكب محدود به کارمندان مربوطه دولت مانند مقامات انتظامی، قضایی و امنیتی دانست. ج - در این اصل در کنار عبارت «هرگونه شکنجه برای اقرار» از عبارت هرگونه شکنجه برای «کسب اطلاع» هم استفاده شده است. اگر اقرار در مورد متهم کاربرد دارد، کسب اطلاع ناظر به غیرمتهم نیز می‌شود، مانند حالتی که با شکنجه و تحت فشار قرار دادن اقوام یا دوستان متهم از آنها نسبت به متهم یا کارهای او کسب اطلاع می‌شود. د - در جمله دوم این اصل برای تأکید بیشتر و در عین حال توسعه قلمرو ممنوعیت شکنجه «اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند» را هم در حکم شکنجه به شمار آورده و انجام آن را مجاز ندانسته است. ه - در این اصل با صراحة تمام تأکید شده است که «شهادت، اقرار و سوگند» به دست آمده در اثر شکنجه یا اجبار «فاقد ارزش و اعتبار» است و بنابراین نمی‌توان بر اساس آن حکم به محکومیت متهم صادر کرد. و - در ذیل این اصل از قانون گذار عادی (مجلس شورای اسلامی) خواسته شده است که متخلفین از این اصل را مجرم دانسته و برای آنها تعیین مجازات کند. به عبارت دیگر قانون اساسی به عنوان قانون مادر و به صورت امری این تکلیف را بر دوش قانون گذاران عادی قرار داده است تا ضمانت اجرای کیفری، یعنی شدیدترین ضمانت اجراهای، را برای شکنجه‌گران تعیین کند. از توجه به این موارد ملاحظه می‌شود که اصل ۳۸ قانون اساسی جامعیت کامل دارد و این اصل ضمن اعلام ممنوعیت «هرگونه» شکنجه به نحو

مطلق، نه تنها چنین اقراری را فاقد اثر و اعتبار قضایی دانسته است، بلکه مرتكب را هم قابل سرزنش کیفری می‌داند. از اطلاع این اصل قابل استنباط است که اصولاً هیچ عذری اعم از مسائل امنیتی، وضعیت جنگی، وضعیت فوق العاده و غیره نمی‌تواند توجیه کننده شکنجه باشد.<sup>۱</sup>

با این وصف به نظر می‌رسد که فاصله قانون اساسی با مقررات بین‌المللی در خصوص شکنجه از جمله کنوانسیون منع شکنجه چندان نیست.<sup>۲</sup> با این حال مقتن ایران در تصویب قوانین عادی خود را چندان پایبند قانون اساسی ندانسته یا حداقل به آن توجه نداشته است که به شرح ذیل ابتدا به بررسی قوانین لازم‌الاجرا و سپس به بررسی تلاش‌های ناقص صورت گرفته در این راستا می‌پردازیم.

## ۱-۲. شکنجه در قوانین عادی

همان گونه که ملاحظه گردید، قانون اساسی با یک حکم آمره قوه مقننه را مکلف به جرم انگاری و تعیین کیفر برای متخلفین از اصل ۳۸ کرده است. در این قسمت می‌خواهیم بدانیم که مقتن عادی تا چه میزان به این تکلیف خود عمل کرده است. در مقررات قانونی فعلی ایران و مجموعه قانون مجازات اسلامی، صریح‌ترین ماده ناظر به شکنجه، ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی است.

این ماده را می‌توان ضمانت اجرای اصل ۳۸ قانون اساسی و به عبارت دیگر عمل به تکلیف تعیین شده در اصل مذکور برای قوه قانون‌گذاری دانست. به موجب این ماده: «هر یک از مستخدمین و مأموران قضایی یا غیرقضایی دولتی برای اینکه متهمی را مجبور به اقرار کند او را اذیت و آزار بدنی نماید، علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می‌گردد و چنانچه کسی در این خصوص دستور داده باشد فقط دستوردهنده به مجازات حبس مذکور محکوم خواهد شد و اگر متهم به‌واسطه اذیت و آزار فوت کند مباشر، مجازات قاتل و آمر، مجازات آمر قتل را خواهد داشت.»

۱. لازم به ذکر است که اصل ۳۹ قانون اساسی هم در هماهنگی با مقررات کنوانسیون منع شکنجه هنگام حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیری، بازداشت، زندانی یا تبعید شده، به هر صورت که باشد را منع و موجب مجازات می‌داند.

۲. ماده ۲۰ اعلامیه حقوق بشر اسلامی هم در این راستا بیان می‌دارد: «دستگیری یا محدود ساختن آزادی یا مجازات هر انسانی جایز نیست، مگر به مقتضای شرع و نباید او را شکنجه بدنی یا روحی کرد یا با به گونه‌ای حقارت آمیز یا سخت یا منافی حیثیت انسانی رفتار کرد. همچنین اجبار هر فردی برای آزمایش‌های پزشکی یا علمی جایز نیست مگر با رضایت وی و مشروط بر اینکه سلامتی و زندگی او به مخاطره نیفتد. همچنین تدوین قوانین استثنایی که به قوه اجرائیه چنین اجازه‌ای را بدهد نیز جایز نمی‌باشد.»

از دقت در این ماده ملاحظه می شود که مفتن عادی چندان به تکالیفی که قانون اساسی بر عهده او گذاشته، عمل نکرده است. زیرا اولاً، این ماده صرفاً «اذیت و آزار بدنی متهم» به منظور کسب «اقرار» را جرم انگاری کرده است. بدین ترتیب موارد شکنجه های روحی مانند تهدید، بی خوابی دادن، سرپا نگهداشتن بیش از حد، حبس انفرادی طولانی مدت، ایجاد صدای ناخوش و مخرب روحی بر اساس این ماده، جرم به شمار نمی آیند.<sup>۱</sup> در حالی که قانون اساسی شکنجه، اعم از جسمی و روحی را به صورت مطلق ممنوع کرده و برای عامل آن خواستار تعیین مجازات توسط قانون عادی شده است. ثانیاً، طبق این ماده از حیث مجنی عليه هم لازم است که فرد مورد آزار و اذیت بدنی «متهم» باشد، یعنی کسی که شکایتی علیه او توسط مقامات عمومی یا شاکی خصوصی مطرح گردیده است و مقامات تعقیب یا تحقیق در جهت کشف اتهام وارد به او به تحقیق از او می پردازند.<sup>۲</sup> در حالی که همان طور که ملاحظه گردید، قانون اساسی شکنجه یا اجبار هر کس اعم از متهم یا دوستان و اقوام او یا دیگران را جهت کسب اقرار یا کسب اطلاع یا اخذ شهادت در برمی گیرد. ثالثاً، این ماده صرفاً شکنجه بدنی برای اخذ «اقرار» را جرم انگاری کرده است، در حالی که اصل ۳۸ قانون اساسی شکنجه برای «کسب اطلاع» و نیز اجبار یا شکنجه برای اخذ «شهادت» و «سوگند» را هم ممنوع دانسته و خواستار مجازات عاملان آن شده بود. با این وصف باید گفت بین آنچه قانون اساسی در مورد شکنجه بیان کرده و آنچه قانون مجازات اسلامی در ماده مذکور به آن پرداخته، فاصله زیادی است.

البته در مواد دیگر قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و موادی از قوانین دیگر هم مواردی مرتبط با شکنجه یافت می شود. مانند ماده ۵۷۹<sup>۳</sup> و ۵۸۷<sup>۴</sup> کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ که البته ماده ۵۷۹ در مورد محکومان و نه متهمان است و لذا نمی توان آن را در راستای عمل به تکلیف مقرر در اصل ۳۸ قانون اساسی دانست. این

۱. پوریافرانی، حسن، جرایم علیه اشخاص، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۲۳۱.

۲. همان.

۳. مطابق این ماده «چنانچه هریک از مأمورین دولتی محکومی را سخت تر از مجازاتی که مورد حکم است، مجازات کند یا مجازاتی کند که مورد حکم نبوده است به حبس از شش ماه تا سال محکوم خواهد شد و چنانچه این عمل به دستور فرد دیگری انجام شود فقط امر به مجازات مذکور محکوم می شود و چنانچه این عمل موجب قصاص یا دیه باشد مباشر به مجازات آن نیز محکوم می گردد و اگر اقدام مزبور متضمن جرم دیگری نیز باشد مجازات همان جرم حسب مورد نسبت به مباشر یا امر اجرا خواهد شد».

۴. این ماده مقرر می دارد: «چنانچه مرتکب جرایم مواد قبل توقيف شده یا محبوس شده یا مخفی شده را تهدید به قتل نموده یا شکنجه و آزار بدنی وارد آورده باشد، علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به یک تا پنج سال حبس و محرومیت از خدمات دولتی محکوم خواهد شد».

ماده در واقع ضمانت اجرای کیفری اصل ۳۹ قانون اساسی است، نه اصل ۳۸. مضافاً که در هر سه این ماده صرفاً اشاره به اذیت و آزار بدنی شده است و به آزار و اذیت روحی هیچ اشاره‌ای نشده است. با این حال مواد ۶۶۸ و ۶۶۹ این قانون را می‌توان تا حدودی ناظر به شکنجه‌های روحی دانست. به موجب ماده ۶۶۸: «هرکس با جبر و قهر یا با اکراه و تهدید دیگری را ملزم به دادن نوشته یا سند یا امضاء و یا مهر نماید، به حبس از سه ماه تا دو سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.» همچنین به موجب ماده ۶۶۹: «هرگاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی و یا به افشاء سری نسبت به خود یا بستگان او نماید، اعم از اینکه به این واسطه تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام امر یا ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد، به مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد.»

ماده ۳۵ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ که صرفاً ناظر به جرم‌انگاری رفتار نظامیان (اعضای ارتش، سپاه، نیروی انتظامی و ...) است، در بند الف خود هم به شکنجه بدنی و هم به شکنجه روحی اشاره کرده است. بر طبق این ماده «هر نظامی که حین انجام وظیفه مرتكب جرایم ذیل گردد، در هر مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می‌شود: الف- چنانچه نسبت به مجروح یا بیمار آزار روحی یا صدمه بدنی وارد کند.»

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، دامنه مصاديق این ماده هم از حیث مجنی‌علیه محدود است و صرفاً شامل آزار روحی یا صدمه بدنی شخص مجروح یا بیمار می‌شود و هم از حیث مرتكب جرم که صرفاً شامل نظامیان می‌گردد.

در قوانین شکلی هم می‌توان مواردی را یافت که ناظر به منع شکنجه است که از جمله می‌توان به مواد ۶۰ و ۱۹۵ و ۱۳۹۲ آیین دادرسی کیفری اشاره کرد. برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی هم که دولت ایران به آنها ملحق شده است، نسبت به ممنوعیت شکنجه مقرراتی دارند؛ از جمله کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو که دولت ایران به موجب قانون اجازه الحق ایران به قراردادهای معروف به قرارداد ژنو مصوب ۱۳۳۴ به آن ملحق شده است. این کنوانسیون‌ها شکنجه، رفتار خلاف انسانیت و انجام آزمایش‌های بیولوژی بر روی شرکت‌کنندگان در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و داخلی را از زمرة جنایات جنگی به شمار آورده‌اند.<sup>۱</sup> کنوانسیون دیگر میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. به ترتیب در مواد ۵۰، ۵۱، ۱۳۰ و ۱۴۷ کنوانسیون اول تا چهارم ژنو موارد ذیل که برخی از آنها شکنجه محسوب می‌شود به عنوان نقض‌های فاحش یا شدید کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو بیان شده است: «قتل عمدی، شکنجه یا رفتار خلاف انسانیت به انضمام آزمایش‌های بیولوژیکی، ایجاد درد شدید عمدی یا لطمہ شدید به تمامیت جسمی یا به سلامتی، و ادار ساختن اسیر جنگی به خدمت در نیروهای دولت

است که دولت ایران به موجب قانون اجازه الحق ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۳۵۴ به آن ملحق شده و در ماده ۷ آن تصریح شده که شکنجه و رفتار غیرانسانی و انجام آزمایش‌های پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه ممنوع است.<sup>۱</sup> با توجه به الحق ایران به این کنوانسیون‌ها، مفاد آنها به موجب ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون و لازم‌الاتباع است. در عین حال واضح است که کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو صرفاً در بستر خاص مخاصمات مسلحانه قابل اعمال است و یک قانون کلی و فراگیر نیست. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی هم چندان مورد توجه مقنن و دادگاه‌ها نیست.

در مجموع هرچند در موادی از قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح ۱۳۸۲ مصادیقی از شکنجه جسمی و روحی بیان شده است، لیکن این مقررات فاقد جامعیت لازم است و با آرمان‌های اصل ۳۸ قانون اساسی که آن هم مبتنی بر آموزه‌های دینی است، منطبق نمی‌باشد. به خصوص این مقررات شکنجه‌های روحی را تحت پوشش قرار نمی‌دهد، لذا نیاز به جرم‌انگاری‌های صریح به نحوی که همه موارد تخلف از قانون اساسی را پوشش دهد، مورد نیاز است. بهویژه که اصل ۳۸ قانون اساسی در این زمینه چراغ راهنمای خوبی است و همه اشکال شکنجه را جرم و قابل مجازات دانسته است. مثلاً در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی «عمل مرتكب» جرم را محدود به اذیت و آزار بدنی کرده است. حال آنکه در اصل ۳۸ قانون اساسی و مطابق کنوانسیون منع شکنجه «عمل مرتكب» شامل انواع شکنجه‌های جسمی و روحی است. همینطور در ماده ۵۷۸ انگیزه شکنجه‌گر صرفاً اخذ اقرار دانسته شده است، در حالی که مطابق اصل ۳۸ قانون اساسی و کنوانسیون منع شکنجه، شکنجه با هر انگیزه‌ای باید جرم شناخته شود. بر طبق اصل ۳۸ شکنجه علاوه بر گرفتن اقرار برای «کسب اطلاع» هم ممنوع است. همچنین «اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند» هم مجاز نیست. همین طور تنها به صورت پراکنده در برخی مواد قانونی به پاره‌ای از شکنجه‌های روحی اشاره شده است که قابل توجه نیست. مثلاً در ماده ۵۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ آزار روحی نسبت به مجروح یا بیمار توسط نظامیان جرم‌انگاری شده است که دامنه بسیار محدودی هم از حیث مرتكب جرم (فرد نظامی) و هم از حیث مجنی عليه (مجروح یا بیمار) دارد. با این حال جای خالی

← خصم یا محرومیت از حق دادرسی منظم، تبعید یا کوچ غیرقانونی، توقيف غیرقانونی، گروگان گرفتن، تخریب یا تصرف اموال بدون ضرورت جنگی و به صورت کاملاً غیرقانونی و افراطی».

۱. هیچ کس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازات‌ها یا رفتارهای ظالمانه یا خلاف انسانی یا تردیدی قرار داد. مخصوصاً قرار دادن یک شخص تحت آزمایش‌های پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه او ممنوع است.

---

نص قانونی که بتواند بهوضوح تمامی انواع شکنجه‌های روحی را ممنوع سازد، در مقررات کیفری کشورمان احساس می‌شود.

وجود محدودیت‌های مورد اشاره و فاصله بین قوانین عادی با قانون اساسی در قلمرو جرم انگاری شکنجه، برخی از نمایندگان مجلس ششم را بر آن داشت تا برای تقویت ضمانت‌اجرای اصل ۳۸ قانون اساسی طرحی را به نام طرح اجرای اصل ۳۸ قانون اساسی که به طرح منع شکنجه هم موسوم شد، ارائه دهنده هرچند لباس قانونی به تن نکرد، اما ذکر آن حاوی نکات مثبت است. جالب آنکه دو کمیسیون «امنیت ملی» و «حقوقی و قضائی» مجلس قبل از مطرح ساختن این طرح در صحنه مجلس از دو تن از مراجع تقليد در مورد مغایرت این طرح با موازین شرعی کسب‌نظر نمودند که در پاسخ، عدم مغایرت طرح با موازین شرع تأیید شد. بنایان این طرح که ۱۷۵ نماینده مجلس بودند، معتقد بودند که تصویب آن خلاً قانونی موجود در زمینه منع شکنجه را پر می‌کند. اما به عقیده برخی حقوق‌دانان با وجود کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی که دولت ایران به آن ملحق شده است و مقررات موجود در زمینه منع شکنجه نیازی به این طرح احساس نمی‌شود. از نظر آنها مشکل فقدان قانون نیست، بلکه اجرای همین قوانین موجود است و تا زمانی که تفکر استفاده از شکنجه برای کامل کردن پرونده‌ها وجود داشته باشد، شیوه‌های شکنجه را نمی‌توان محدود کرد.<sup>۱</sup> به هر حال در ادامه به بیان ماده ۱ این طرح و نقد نظریه شورای نگهبان در خصوص آن می‌پردازیم.

ماده ۱ طرح بدون اینکه تعریفی از شکنجه ارائه دهد، مصادیق آن را در ۱۸ بند بیان می‌کند. طبق این ماده: «موارد مذکور در این قانون در حکم شکنجه بوده و اعمال آن ممنوع است: ۱- هر گونه اذیت و آزار بدنی برای گرفتن اقرار و نظایر آن. ۲- نگهداری زندانی به صورت انفرادی یا نگهداری بیش از یک نفر در سلول انفرادی. ۳- چشم‌بند زدن به زندانی در محیط زندان یا بازداشتگاه. ۴- بازجویی در شب. ۵- بی‌خوابی دادن به زندانی. ۶- انجام اقداماتی که عرفًا اعمال فشار روانی بر زندانی تلقی می‌شود. ۷- فحاشی، به کار بردن کلمات رکیک، توهین و تحقیر زندانی هنگام بازجویی یا غیر آن. ۸- استفاده از داروهای روان‌گردان و کم و زیاد کردن داروهای زندانیان بیمار. ۹- محروم کردن بیماران زندانی از خدمات ضروری. ۱۰- نگهداری زندانی در محل‌هایی با سروصدای آزاردهنده. ۱۱- نگهداری در حالت تشنجی و گرسنگی، رعایت نکردن استانداردهای بهداشتی و محروم کردن زندانی از امکانات مناسب بهداشتی. ۱۲- طبقه‌بندی نشدن زندانیان و نگهداری جوانان و زندانیان عادی در

کنار زندانیان خطرناک. ۱۳- جلوگیری از هواخوری عادی زندانیان. ۱۴- ممانعت از دسترسی به نشریات و کتابهای مجاز کشور. ۱۵- ممانعت از ملاقات هفتگی یا تماس زندانی با خانواده‌اش. ۱۶- فشار روانی به زندانی از طریق اعمال فشار به اعضای خانواده‌ی وی. ۱۷- ممانعت از ملاقات متهم با وکیل وی. ۱۸- ممانعت از انجام فرایض مذهبی.»

طرح مذبور که حاوی ۱۳ ماده و ۲ تبصره می‌باشد، در ۱۸ اردیبهشت ماه ۱۳۸۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. لیکن شورای نگهبان این طرح را مغایر با شرع و قانون اساسی تشخیص داد و از تصویب آن خودداری کرد. حتی پس از بازنگری مجلس باز هم شورای نگهبان آن را رد کرد. شورای نگهبان در یکی از دلایل رد طرح، اطلاق برخی از بندهای ماده یک را مغایر موازین شرع دانست، زیرا که شامل مواردی هم می‌شد که قاضی لازم دانسته و حکم داده است تا چنین اعمالی نسبت به متهم انجام شود. در یکی دیگر از دلایل طرح منوط کردن حکم قاضی به تقاضای وزارت اطلاعات خلاف موازین شرع و قانون اساسی دانسته شد. در یکی دیگر از ایرادات شورای نگهبان آمده است: «در تراحم اهم و مهم و دوران امر بین افسد و فاسد ترجیح اهم و دفع افسد به فاسد حکم عقلی و شرعی است و لذا در مواردی مثل آدمربایی یا بمبگذاری یا مواردی از بندهای ذیل تبصره ماده یک، قاضی ممکن است با توجه به ادله و استناد و مدارک و قرائن لازم در خصوص اخذ اطلاعات برای حفظ جان جمع کشیری از مردم بدون رعایت برخی از بندهای مذکور در ماده یک اقدام به صدور حکم نماید.»<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد که این ایرادات از قوت چندانی برخوردار نیست. در واقع شورای محترم نگهبان با تصور موارد بسیار استثنایی، حکم کلی صادر کرده است. نمی‌شود به جهت یک مصدق محدود، شهروندان را از مزایای تصویب چنین قانونی محروم نمود و افزون بر آن شایبه مخالفت اسلام با موازین پذیرفته شده عرفی و بین‌المللی را به وجود آورد. موارد استثنایی اشاره شده در نظریه شورای نگهبان خاص ایران نیست و در جوامع دیگر هم وجود دارد و این شرایط استثنایی مانع جرمانگاری شکنجه در آن جوامع نشده است.<sup>۲</sup> می‌توان برای این موارد و با ذکر مصاديق، استثناء قائل شد و نباید به بهانه این

۱. به نقل از: صادقی، محمدهادی، گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، رساله دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۳، ص. ۱۵.

۲. به عنوان مثال ماده ۲۲۲-۱ قانون مجازات فرانسه مصوب ۱۹۹۲، «قرار دادن کسی در معرض شکنجه و رفتار غیرانسانی» را دارای مجازات ۱۵ سال حبس می‌داند. ماده ۲۲۲-۲ قانون مجازات فرانسه مصوب ۱۹۹۲ فرضی که قبل یا در ضمن یا پس از شکنجه هتک ناموس رخ داده باشد را قابل مجازات حبس ابد می‌داند. در چهار ماده پس از آن نیز مجازات‌های مشدد نسبت به حالات خطرناک دیگر وضع گردیده است. مثلاً به موجب بند ۷ ماده ۲۲۲-۳ اگر شکنجه «به وسیله مقامی دولتی یا در اجرای مأموریت دولتی یا به مناسبت انجام وظیفه یا مأموریت» انجام شود را قابل مجازات با ۲۰ سال حبس می‌داند.

حالات نادر و استثنایی، صورت مسأله را پاک کرد. مضافاً اگر استثنایی هم ایجاد نشود و قانون به صورت مطلق تصویب شود، به فرض که مأموری هم در این حالات استثنایی مبادرت به شکنجه کند، می توان اقدام او را با نهادهایی چون حالت اضطرار، معاذیر قانونی و حتی در مواردی دفاع مشروع وغیره تحت پوشش قرار داد. به نظر می رسد تحت پوشش قرار دادن مأموران توسط این نهادها بیشتر قابل توجیه است تا ایجاد استثنای در خود قانون؛ چون با توجه به اطلاق اصل ۳۸ قانون اساسی و صرف نظر از حکومت اصل چهار بر همه اصول از جمله اصل ۳۸، شکنجه به صورت مطلق در اصل ۳۸ منوع گردیده است و تا حد ممکن نباید جلوی این اطلاق را با تمسک به اصل چهار یا عذرهای دیگر گرفت. البته طرح ارائه شده فوق فاقد ایراد هم نبود. اولین ایراد مهم طرح منع شکنجه که بیشتر به طراحان آن وارد است تا خود طرح، آن بود که به هنگام تدوین آن مطالعه کارشناسی به حد کافی صورت نگرفت و از مشورت های حقوق دانان و صاحب نظران استفاده لازم نشد. از ایرادات دیگر این طرح، عدم تعریف شکنجه بود. تدوین کنندگان طرح باید به جای پرداختن به مصاديق، همچون همه جرایم دیگر حکم کلی را بیان کرده و تشخیص مصاديق را بر عهده دادگاه می گذاشتند.<sup>۱</sup> در عین حال علیرغم ایرادات فوق، طرح مذکور خالی از نکات مثبت هم نبود. از جمله به برخی از مصاديق مهم شکنجه روحی اشاره داشت و خلاً قانونی موجود در این خصوص را مرتفع می کرد. مضافاً که این رویکرد نوعی هماهنگی با مقررات بین المللی از جمله کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ هم به شمار می آمد و در نتیجه باعث تعالی جایگاه سیاسی و حقوقی کشورمان در مجتمع بین المللی و حقوق بشری می گشت.

## ۲. شکنجه در کنوانسیون منع شکنجه و مقایسه آن با حقوق ایران

امروزه شکنجه چنان قبھی دارد که اگر در حقوق داخلی کشورها جرمی عادی است، در عرصه جهانی و فراملی، جرمی بین المللی به شمار می آید. جالب آنکه هر چند شکنجه به استناد مواد ۶ و ۷ کنوانسیون منع شکنجه از جرایم بین المللی قراردادی است<sup>۲</sup>، یعنی از جرایمی است که دادگاه های داخلی کشورهای عضو به صرف حضور مجرم در کشور آنها مکلف به محکمه یا مسترد کردن او هستند، از زمرة جرایم بین المللی مهم یا ذاتی<sup>۳</sup> که مورد اهتمام جامعه بین المللی است نیز محسوب می شود. اگر

۱. موسوی، سیدعباس، شکنجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل متحد و شورای اروپا، انتشارات خط سوم،

.۲۳۰-۲۳۲، صص.

2. Treaty International Crime  
3. Core International Crime

شکنجه به صورت گستردہ و سازمان یافته و در صورت وجود شرایط مقرر در ماده هفت اساسنامه دیوان بین المللی کیفری واقع شود، از زمرة جنایات علیه بشریت<sup>۱</sup> و اگر در زمان مخاصمات مسلحانه اعم از داخلی و بین المللی و در ارتباط با این مخاصمات واقع شود می تواند از جمله جنایات جنگی باشد.<sup>۲</sup> با این وصف شکنجه به اندازه کافی مورد تقبیح و نفرت خردمندان قرار گرفته و تمامی عناوین جرم عادی تا جرایم بین المللی قراردادی و ذاتی را از آن خود کرده است. بر این اساس است که دادگاه یوگسلاوی سابق در قسمتی از رأی خود در پرونده فوروندزیا<sup>۳</sup> مقرر داشت: «وجود مجموعه ای از قواعد عمومی و قراردادی در خصوص منوعیت شکنجه نشانگر آن است که جامعه بین المللی با آگاهی از اهمیت منوعیت این پدیده نفرت انگیز، عزم خود را جرم کرده است که هرگونه نشانه شکنجه را، چه در سطح بین المللی و چه در سطح فردی، در نطفه خفه کند و هیچ مفرّقانوئی باقی نگذارد.»<sup>۴</sup> در ادامه طی دو بخش ابتدا به موارد وجوده اشتراک کنوانسیون منع شکنجه با قانون اساسی و سپس به موارد مغایرت کنوانسیون منع شکنجه با حقوق ایران می پردازیم.

## ۱-۲. وجوده اشتراک کنوانسیون و حقوق ایران

در این قسمت به بررسی نکات مهم موجود در کنوانسیون منع شکنجه می پردازیم که با حقوق ایران مغایرتی ندارد.

۱. ر.ک. کیتی شیایزری، کریانگساک، حقوق بین المللی کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۲۰۸؛ میرمحمدصادقی، حسین، دادگاه کیفری بین المللی، نشر دادگستر، ۱۳۸۳، ص. ۱۱۶.
۲. البته در اساسنامه دیوان بین المللی کیفری که شکنجه را هم در زمرة جرایم علیه بشریت (بند ۶ ماده ۷) و هم در موارد متعددی به عنوان مصاديق جنایت جنگی (ماده ۸) ذکر کرده است، شکنجه به طور مطلق و بدون هرگونه قیدی تعریف شده است. بر اساس این تعریف شکنجه به معنای تحمیل عمدی درد یا رنج شدید جسمی یا روحی بر شخص در حال توقف یا تحت کنترل است. ر.ک: Evans, Malcom, Preventing Torture, New York, Oxford University Press, 1998, pp. 5-9.
- همان طور که ملاحظه می شود در این تعریف انگیزه اخذ اقرار و امثال آن مطرح نشده است، کما اینکه قید مأمور رسمی و دولتی بودن شکنجه گر نیز در این تعریف نیامده است و در نتیجه ارتکاب جرم شکنجه اعم از این که از سوی شخص مأمور دولتی صورت گیرد یا هر شخص حقیقی دیگر، مشمول تعریف مذکور در اساسنامه دیوان خواهد بود. علت این امر آن است که در اساسنامه دیوان، جرایم علیه بشریت که شکنجه یکی از مصاديق آن است، به جرایمی اطلاق می شود که در چارچوب یک حمله گسترده و سازمان یافته بر ضد هر جمعیت غیرنظمی در تعقیب یا پیشبرد سیاست یک دولت یا یک سازمان انجام گرفته باشد. بنابراین عامل شکنجه را فقط مأمور دولتی نمی داند. ر.ک. شمس ناتری، محمد ابراهیم، «جایگاه منع شکنجه در حقوق کیفری ایران و استاد بین المللی» مجله حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۲، پائیز ۱۳۸۴، ص. ۷۰-۷۱.
3. Furundzjia
4. Cassese, Antonio, International Criminal Law, 2nd Edition, Oxford, 2008, pp. 149-150.

## ۱-۱-۲. تعریف شکنجه

طبق ماده ۱ کنوانسیون منع شکنجه «واژه شکنجه به هر عملی اطلاق می شود که عمدآ درد یا رنج های شدید بدنی یا روحی به شخص وارد آورد، بهویژه به قصد اینکه از این شخص یا شخص ثالث اطلاعات یا اقرارهایی گرفته شود، یا به اتهام عملی که این شخص یا شخص ثالث مرتکب شده یا مظنون به ارتکاب آن است مجازات گردد، یا این شخص یا شخص ثالث مرعوب یا مجبور شود یا به هر دلیل دیگری که مبتنی بر شکلی از اشکال تبعیض باشد؛ منوط بر اینکه چنین درد و رنج هایی از جانب مأمور رسمی دولت و یا کسی که در سمتی رسمی عمل می کند یا به تحریک و یا اجازه و یا سکوت او تحمیل شده باشد. درد و یا رنجی که از مجازات های قانونی ناشی می شود و یا جزء لاینفک و یا لازمه آنهاست، از شمول این تعریف خارج است.»<sup>۱</sup> در مقام مقایسه این ماده با اصل ۳۸ قانون اساسی ملاحظه می شود که بین این ماده و اصل ۳۸ مغایرتی نیست. اولاً، این ماده به شکنجه روحی اشاره دارد و همان طور که ملاحظه گردید، اطلاق اصل ۳۸ قانون اساسی هم شامل شکنجه روحی نیز می شود. ثانیاً، این ماده سمت شکنجه گر را یک سمت دولتی و رسمی می داند که فحوای اصل ۳۸ قانون اساسی هم به همین شکل بود. ثالثاً، از حیث مجنی علیه این ماده فقط به متهم اشاره ندارد بلکه دیگرانی مثل اقوام و دوستان متهم و غیره را هم شامل می شود که قانون اساسی هم همین رویکرد را دارد. رابعاً، این ماده شکنجه را صرفاً به قصد تحصیل «قرار» نمی داند که قانون اساسی هم به همین شکل است. در عین حال همان مغایرت هایی که بین ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ با اصل ۳۸ قانون اساسی وجود داشت، بین ماده ۵۷۸ و ماده ۱ کنوانسیون منع شکنجه هم وجود دارد که از تکرار آن خودداری می شود. این مقایسه نشان می دهد که ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی نیاز به اصلاح در راستای تحقق منویات اصل ۳۸ دارد.

## ۱-۲-۲. بی اعتباری اقرار حاصل از شکنجه

بر اساس مقررات کنوانسیون منع شکنجه اظهارات حاصل از شکنجه فاقد اعتبار قضایی است. ماده ۱۵ در این خصوص می گوید: «هر یک از کشورهای عضو مراقبت خواهد کرد تا اظهاراتی که قطعاً حاصل از شکنجه اند در هیچ رسیدگی قانونی به عنوان دلیل مورد استناد قرار نگیرد، مگر علیه شخص متهم به ارتکاب شکنجه به عنوان دلیل

۱. به نقل از اردبیلی، پیشین، ص. ۱۸۸؛ همچنین ر.ک. مهریور، حسین، نظام بین المللی حقوق بشر، چاپ دوم، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۳، صص. ۵۰۳-۵۲۲.



بر بیان چنین اظهاراتی تحت شکنجه». از لحاظ موازین شرعی هم شکنجه نه تنها گناه است، بلکه در صورتی که اقرار یا شهادتی از طریق شکنجه اخذ شده باشد، این اقرار یا شهادت ارزش اثباتی هم ندارد. بر این اساس اصل ۳۸ قانون اساسی هم صراحتاً پذیرفته است که شهادت، اقرار و سوگندی که در اثر شکنجه یا اجبار به دست آمده است، فاقد ارزش و اعتبار است. با این وصف ملاحظه می شود که در این خصوص هم مغایرتی بین حقوق ایران و کنوانسیون منع شکنجه وجود ندارد.

### ۳-۱-۲. حق شکایت بزهديه و جبران خسارات ناشی از شکنجه

بر طبق ماده ۱۳ این کنوانسیون هر کشور عضو مراقبت به عمل خواهد آورد تا هر شخصی که مدعی شکنجه شدن است، بتواند شکایت خود را به مراجع صلاحیت دار اعلام نماید و به این شکایت فوراً و بی طرفانه توسط مراجع مزبور رسیدگی شود. همچنین ترتیبات حمایتی باید اتخاذ شود تا شاکی و شهود به دلیل طرح شکایت و یا ادای شهادت مورد بدرفتاری یا تهدید قرار نگیرند.<sup>۱</sup> در ماده ۱۴ نیز به جبران خسارت فرد شکنجه شده تأکید شده است. به نظر می رسد در این خصوص هم که فرد شکنجه شده حق شکایت دارد و زبان های وارده بر او باید جبران شود، مغایرتی بین حقوق ایران و کنوانسیون منع شکنجه نیست. در عین حال لازم به ذکر است که جبران خسارت ناشی از شکنجه روحی در قوانین عادی ایران پشتونه ای ندارد، چرا که اساساً شکنجه روحی در حقوق ایران جرم انگاری نشده است. در عین حال با توجه به منوعیت شکنجه به شکل مطلق در اصل ۳۸ قانون اساسی، همان طور که جرم انگاری شکنجه روانی مغایرتی با این اصل ندارد، تعیین جبران خسارت ناشی از آن هم در قوانین عادی مغایرتی با قانون اساسی نخواهد داشت. همین طور تدوین مقرراتی در خصوص وظیفه دولت به جبران خسارت در حالت عدم امکان دستیابی به شکنجه گر یا ناتوانی او در جبران خسارات هم مغایرتی با موازین شرعی و قانون اساسی نخواهد داشت. زیرا در اینگونه موارد دولت به دلیل عملکرد مأمور تحت نظرات خود، مسئولیت دارد.

### ۴-۱-۲. آموزش مأموران و پیشگیری از جرم در کنوانسیون منع شکنجه

از آنجا که یکی از زمینه های وجود شکنجه، عدم آگاهی مأموران از قوانین و مقررات و حقوق متهم بوده و این امر موجب پایمال شدن حقوق و آزادی های افراد

1. Fattah, Ezzat, Understanding Criminal Victimization, Canada, Prentice-Hall, 1991,  
pp. 3-6.

می شود، کنوانسیون منع شکنجه مقرراتی مفیدی را در خصوص آموزش مأموران ذی ربط و به طور کلی پیشگیری از شکنجه تدوین کرده است. ماده ۱۰ کنوانسیون منع شکنجه به آموزش نیروهای مجری قانون، اعم از نظامی، انتظامی و غیر آنها که دست‌اندرکار بازداشت، بازجویی یا برخورد با فرد دستگیر و بازداشت شده می‌باشد، تأکید دارد. یکی از موارد دیگر تعهد دولت ها برای بازبینی مستمر مقررات مربوط به بازداشت زندانیان است که در ماده ۱۱ کنوانسیون به آن اشاره شده است. مطابق این ماده «به منظور پیشگیری از وقوع هرگونه شکنجه هر کشور عضو کنوانسیون مقررات بازجویی، دستورالعمل ها، شیوه ها و عملکردها و همچنین آیین بازداشت و رفتار با اشخاص را که به نحوی در یکی از حوزه های تحت صلاحیت قضایی آن دستگیر، بازداشت یا زندانی شده‌اند مورد بازبینی منظم قرار خواهد داد.» تعهد دولت ایران به این موارد هم نه تنها مغایرتی با اصول قانون اساسی ندارد، بلکه از آموزه های مهم اسلام و قانون اساسی هم به شمار می‌آید. از لحاظ عملی هم در ایران آموزش مأموران اجرای قانون توسط سازمان های ذی ربط انجام می‌شود؛ هرچند این آموزش ها دوره‌ای و ناقص بوده و به صورت منظم انجام نمی‌شود.<sup>۱</sup>

در پایان این قسمت از بحث اشاره می‌شود که تعهدات دیگری را کنوانسیون مزبور بر عهده دولت ها گذاشته است؛ از جمله جرم انگاری کلیه اشکال شکنجه<sup>۲</sup> که تعهد دولت ایران به آنها هیچ مغایرتی با موازین شرعی و قانون اساسی ندارد که از ذکر آنها خودداری می‌شود و در زمینه وجود اشتراک به همین مقدار بسته می‌شود.

## ۲-۲. موارد مغایرت حقوق ایران با کنوانسیون شکنجه

از مقایسه دقیق مفاد کنوانسیون منع شکنجه با حقوق ایران به خصوص قانون اساسی و قانون مجازات اسلامی این نتیجه حاصل می‌شود که فقط در یک مورد می‌توان بین این دو مغایرتی را ملاحظه کرد و آن هم مربوط به مجازات های بدین مقرر در قوانین مجازات اسلامی است. با این وصف در ادامه این نوشتار ابتدا به بررسی احتساب یا عدم احتساب مجازات های قانونی به عنوان شکنجه و دیدگاه موافقان و مخالفان

۱. موسوی، پیشین، ص. ۳۲.

۲. این تعهدات در مواد ۲ تا ۱۶ کنوانسیون وجود دارد. ر.ک. ابراهیمی، محمد، تبیین موضوعی ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیرانسانی در نظام بین‌المللی پسر، انتشارات خرسندي، ۱۳۸۹، صص. ۱۲۶-۱۳۳.

۳. طبق ماده ۴ کنوانسیون منع شکنجه «۱- هر کشور عضو مراقبت به عمل خواهد آورد تا کلیه اشکال شکنجه در قانون جزای آن کشور عنوان مجرمانه داشته باشد. شروع به ارتکاب شکنجه و معاونت یا مشارکت در آن نیز تابع همین حکم است. ۲- هر کشور عضو با تعیین مجازات های متناسب با طبع سنگین این جرایم، ارتکاب این گونه بزه ها را قابل مجازات اعلام خواهد کرد.»

می پردازیم و سپس به بررسی راه حل های فائق آمدن بر این مشکل خواهیم پرداخت. در نظام حقوق کیفری ایران برخی مجازات های بدنی وجود دارد. این مجازات ها در بخش تعزیرات صرفاً شامل شلاق می شود اما در جرایم مستوجب حدود، علاوه بر شلاق، سنگسار و قطع عضو را هم در بر می گیرد. در بحث قصاص هم، قصاص عضو در این زمرة قرار می گیرد. توضیح اینکه قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مورد برخی از جرایم، مجازات های بدنی مثل شلاق، قطع دست و پا و سنگسار را وضع کرده است. به عنوان مثال طبق ماده ۲۳۰ این قانون، مجازات حد زنای زن یا مردی که واجد شرایط احصان نباشند، صد تازیانه است و طبق ماده ۲۲۵ زنای مرد محسن با زن محسنه موجب سنگسار است. طبق ماده ۲۸۲ یکی از مجازات های محاربه قطع دست راست و پای چپ است. به موجب ماده ۲۷۸ این قانون حد سرقت در مرتبه اول قطع انگشتان دست راست و در مرتبه دوم قطع پای چپ است. در مواد ۳۸۶ تا ۴۱۶، احکام مربوط به قصاص عضو جانی بیان شده است و ماده ۳۸۶ مقرر می دارد: «مجازات جنایت عمدى بر عضو در صورت تقاضای مجنى عليه یا ولی او و وجود سایر شرایط مقرر در قانون، قصاص و در غیر این صورت مطابق قانون از جهت ديه و تعزير عمل مى گردد». این در حالی است که به رغم آنکه ذیل ماده یک کنوانسیون منع شکنجه، مجازات های قانونی و رنج و درد ناشی از آن را از قلمرو شکنجه خارج کرده، اما کمیته ضدشکنجه و نیز کمیته حقوق بشر مجازات سنگسار، شلاق و قطع عضو را مصدق شکنجه می دانند. با این وصف آیا می توان مدعی شد که این مجازات ها خلاف کنوانسیون منع شکنجه نیست. اگر عنوان مجازات های خشن و تحقیر کننده مذکور در ماده پنج اعلامیه جهانی حقوق بشر<sup>۱</sup> و ماده ۷ می شاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی شامل این نوع مجازات ها شود، از این حیث مقررات جزایی جمهوری اسلامی ایران با موازین مندرج در استناد بین المللی حقوق بشر هماهنگ نیست.

به هر حال نکته مهم و پرچالشی که مدت هاست محل بحث و گفتگوست، همین مطلب است که آیا مجازات های بدنی نیز مصدق شکنجه مقرر در این کنوانسیون است یا اینکه مجازات های مقرر به حکم قانون از شمول این کنوانسیون خروج موضوعی دارد. از یک طرف عنوان کنوانسیون «منع شکنجه و هر نوع مجازات یا رفتار خشن، غیرانسانی و تحقیر کننده» است. بنابراین علاوه بر کلمه «شکنجه» کلمه «مجازات» نیز به کار رفته است. در ماده ۱۶ نیز لحن بیان و عبارت به گونه ای است که هر نوع مجازات خشن و تحقیر کننده نیز حکم شکنجه را داشته و ممنوع است. ماده ۱۶ مقرر می دارد:

۱. مطابق این ماده «احدى را نمی توان تحت شکنجه یا مجازات یا رفتاری قرار داد که ظالمانه و یا بر خلاف انسانیت بشری یا موهن باشد».

«دولت‌های عضو کنوانسیون متعهدند در قلمرو خود اعمال دیگر از رفتارها یا مجازات‌های خشن، غیرانسانی یا تحقیرکننده دیگر که مشمول تعریف شکنجه موضوع ماده یک نیست نیز جلوگیری نمایند و مقررات مربوط به شکنجه را در مورد آنها اعمال کنند». ولی از طرف دیگر چنان که در تعریف شکنجه دیدیم، در ذیل ماده یک تصریح شده که تعریف شکنجه شامل درد و رنج اعمال شده‌ای که به طور ذاتی و یا به طور تبعی لازمه مجازات قانونی است، نمی‌شود. بنابراین وقتی به حکم قانون، مجازات جرمی به عنوان مثال قطع عضو یا سنگسار باشد و این مجازات، مجازاتی خشن به نظر برسد، مشمول تعریف شکنجه و ممنوعیت آن نیست. همان‌گونه که نفس مجازات اعدام نیز با این که مشتمل بر درد و رنج محکوم عليه است، مشمول ممنوعیت منع شکنجه نمی‌باشد. با این دید باید کلمه punishment مندرج در عنوان و ماده ۱۶ را نیز به معنای تنبیه‌ی که خارج از رویه قانونی و حکم دادگاه در مورد کسی اجرا می‌شود، تعبیر کرد.<sup>۱</sup> بر مبنای این نظر می‌توان گفت که آنچه تحت عنوان شکنجه ممنوع است، همان‌گونه که در قسمت اول ماده یک بیان شده، عبارت است از «اعمال رنج آور و درد آور جسمی یا روحی به منظور کسب اطلاعات یا گرفتن اقرار» و نیز شامل انواع دیگر تنبیهات یا رفتارهایی است که در دوران گذراندن محکومیت محکوم یا خارج از روند قضایی بدون قصد کسب اطلاع و گرفتن اقرار از سوی مقامات دولتی اعمال می‌گردد و این شکنجه به ترغیب و یا رضایت آنها می‌باشد، بدون آنکه مبنای قانونی و حکم دادگاه بر اساس قانون داشته باشد. با توجه به استثنای ذیل ماده یک از شمول عنوان شکنجه مبنی بر خروج رنج‌آوری که لازمه ذاتی یا عارضی مجازات قانونی است، شاید این نظر قابل توجیه باشد. ولی اشکال در مفهوم کلمه punishment است که در لغت به معنای مجازات بدنه است و به مجازات‌های بدنه که طبق قانون اعلام شده و به حکم دادگاه اجرا می‌شود نیز اطلاق می‌گردد.<sup>۲</sup>

گزارشگران ویژه حقوق بشر که مأموریت گزارش حقوق بشر ایران را به عهده داشته‌اند، بر مصدق شکنجه بودن مجازات بدنه به ویژه مجازات سنگسار تصریح داشته‌اند. از جمله آقای کوپتیورن در گزارش خود به اجلاس ۵۲ مجمع عمومی سازمان ملل با اشاره به مجازات سنگسار در ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی آن را یک مجازات خشن، غیرانسانی و تحقیرکننده دانسته است. آقای احمد شهید گزارشگر جدید شورای حقوق بشر هم با همین رویکرد در بند ۱۹ گزارش مورخ ۱۳۹۰ اسفند خود به نشست ۱۶ شورای حقوق بشر از حذف مجازات سنگسار در لایحه جدید مجازات

۱. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۷۷، ص. ۵۵.

2. Evans, Op. cit., pp. 15-20.

### ۳. راهکارهای حل مشکل

آنچه واضح است اینکه جمهوری اسلامی ایران تصمیم بر حذف برخی از مجازات‌های بدنی موجود در نظام کیفری خود به‌ویژه در قلمرو جرایم مستوجب حد و قصاص ندارد. با این وصف راه حلی که برای فائق آمدن بر مشکل به نظر می‌رسد آن است که جمهوری اسلامی ایران بدون دست برداشتن از عقیده خود مبنی بر اینکه مطابق ذیل بند یک کنوانسیون، مجازات‌های مقرر قانونی از شمول شکنجه خارج است، سعی و تلاش مجدانه خود را برای تعدیل مجازات‌های مذکور انجام دهد. ضمن اینکه به نظر می‌رسد الحق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون منع شکنجه با توجه به حق شرط پذیرفته شده در مواد ۲۸ و ۳۰ این کنوانسیون مشکلی را برای جمهوری اسلامی ایران در پی نخواهد داشت؛ زیرا با پذیرش شرط مندرج در ماده ۲۸ خود را از نظارت کمیته ضدشکنجه مندرج در ماده ۲۰ رهایی خواهد داد و با شرط مذکور در ماده ۳۰ هم ارجاع به داوری در هنگام اختلاف در مفاد کنوانسیون را نخواهد پذیرفت. به هر حال در ادامه به بررسی مواردی خواهیم پرداخت که مقدن با در نظر گرفتن آنها می‌تواند به تعدیل مجازات‌های بدنی موجود در قوانین کیفری بپردازد. با توجه به اینکه در قلمرو مجازات‌های تعزیری تنها مجازات بدنی موجود شلاق تعزیری است که با عنایت به ماهیت تعزیرات تعدیل یا حتی حذف مجازات تعزیری شلاق با مشکل شرعی مواجه نیست، صرفاً بحث خود را محدود به مجازات حدود و قصاص عضو می‌کنیم.

1. Meron, Thodor, Human Rights Law Making in the United Nations, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 12-13.
2. Ruthven, Malis, Torture: the Grand Conspiracy, London, Weidenfeld and Nicolson, 1978, pp. 20-25.

### ۱-۳. در حدود

در بحث حدود چند نکته باید مورد توجه قرار گیرد.

نکته اول: همان‌گونه که ملاحظه گردید، بیشترین مجازات‌های بدنی در حقوق کیفری ایران از لحاظ تنوع، مربوط به جرایم مستوجب حد است و در میان این مجازات‌ها هم بیشترین واکنش‌ها نسبت به مجازات سنگسار است و اگر بتوان برای فائق آمدن بر جایگزینی مجازات حد راه حلی یافت، عمدۀ مشکل خودبخود قابل حل است.

نکته دوم: برخی از فقهای امامیه اجرای حد در زمان غیبت را جایز نمی‌دانند و حتی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند.<sup>۱</sup> به اعتقاد ایشان اجرای حد از وظایف امام معصوم (ع) است. اگر این نظریه ملاک عمل قرار گیرد، مشکل به کلی حل خواهد شد. لیکن اصل ۱۵۶ قانون اساسی که در بند ۴ خود «اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام» را از وظایف قوه قضائیه می‌داند، امید به اعمال این نظریه را کمرنگ می‌کند.

نکته سوم: بحث دیگری که به عنوان راه حل، قاطع تر به نظر می‌رسد، تمسک به قاعده حرمت تنفیر از دین در مرحله وضع مجازات است. اگر اصل وجود برخی حدود مانند سنگسار در قانون مجازات اسلامی و نیز اجرای آن باعث گریزان شدن مردم دنیا و شهروندان خود ایران از دین می‌شود، می‌توان از مجازات مذکور صرف‌نظر کرد و به جای آن مجازات‌های دیگری را جایگزین کرد. این مطلب در فتوای از رهبر فقید انقلاب هم در مورد مجازات رجم منعکس گردیده است، جایی که گفته اند اگر اجرای رجم باعث وهن اسلام می‌شود می‌توان به جای رجم به طرق متداول اعدام کرد.<sup>۲</sup>

نکته چهارم: با در نظر گرفتن دو مطلب فوق حادق می‌توان شرایط سخت اثبات جرایم مستوجب حد را سخت‌تر کرده و اعمال عملی آنها را محدودتر کرد.

### ۲-۳. در قصاص عضو

در مورد قصاص عضو باید به این نکته توجه کرد که این مجازات اولاً حق الناس است و اعمال آن در دست محنتی علیه است که می‌تواند آن را اعمال کرده یا مصالحه به دیه و غیر آن کند یا اساساً از آن بگذرد. ثانیاً به دلیل وجود محدودیت‌های فقهی و

۱. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، جلد ۵، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۴، ص. ۴۱۱؛ گیلایی، میرزا ابوالقاسم (میرزای قمی)، جامع الشتات، جلد دوم، منشورات شرکت رضوان، ۱۳۹۶، ص. ۷۱۲-۷۱۳. ۲. ر.ک. نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹، ص. ۳۳۸.

قانونی در باب رعایت مماثلت اصولاً امکان قصاص عضو در این جرایم وجود ندارد<sup>۱</sup> و در موارد استثنایی هم با توجه به جنبه حق الناسی آن و مقابله به مثل عمل مجرم، چندان با واکنش منفی جامعه مواجهه نمی شود. لذا لزومی ندارد برای موارد استثنایی از الحق به کنوانسیون سر باز زد. مضافاً که نفس وجود اختلاف نظر هم در مواد کنوانسیون پذیرفته شده و می توان با اعمال حق شرط از سازوکارهای اجرایی نظارت کمیته ضدشکنجه هم رهایی یافت، ضمن آنکه از مزایای الحق به کنوانسیون هم بهره مند شد.

۱. برای ملاحظه این محدودیت، کافی است ماده ۴۰۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ملاحظه گردد. طبق این ماده: «در جنایت مأموره، دامنه، جانفه، هاشمه، منقله، شکستگی استخوان و صدماتی که موجب تغییر رنگ پوست یا ورم بدن می شود، قصاص ساقط است و مرتكب علاوه بر پرداخت دیه به تعزیر مقرر در کتاب پنجم نیز محکوم می شود. حکم مذکور در هر مورد دیگری که خطر تجاوز در قصاص عضو یا منافع وجود داشته باشد نیز جاری است.» علاوه بر این، شرایط محدود کننده دیگری نیز در مواد دیگر این قانون از جمله ماده ۳۹۳ بیان شده است.

## نتیجه‌گیری

امروزه در جرم به شمار آمدن شکنجه هیچ تردیدی نیست. قوانین ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی ارتکاب آن را جرم شناخته و قوانین متعددی در مورد آن تصویب شده است.<sup>۱</sup> شکنجه دیگر فقط یک جرم عادی نیست، بلکه مستند به کنوانسیون منع شکنجه یک جرم قراردادی یا معاهده‌ای بین‌المللی و مستند به مواد ۷ و ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در شرایط خاصی یک جرم بین‌المللی مهم یا ذاتی است. در حقوق کیفری ایران هم به موجب قانون اساسی و قوانین عادی شکنجه جرم شناخته شده است. اما در ارتباط با الحقایق ایران به کنوانسیون منع شکنجه، هرچند گام‌هایی در این راستا برداشته شده ولی موفق نبوده است و علاوه بر آن طرح منوعیت شکنجه (طرح اجرای اصل ۳۸ قانون اساسی) هم به تأیید شورای نگهبان نرسیده است. اما به نظر می‌رسد که بین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مفاد کنوانسیون منع شکنجه فاصله زیادی وجود ندارد و تفاوت‌ها عمدتاً در حیطه قوانین عادی به ویژه ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی با مفاد کنوانسیون است. اتفاقاً این مغایرت‌ها بین ماده ۵۷۸ و اصل ۳۸ قانون اساسی هم وجود دارد که نیاز به اصلاح این ماده را بر اساس اصل ۳۸ قانون اساسی نشان می‌دهد. تنها موردی که می‌توان نام مغایرت بر آن نهاد وجود مجازات‌های بدنی مثل سنگسار، قطع عضو و شلاق است که آن هم صرف نظر از اختلاف دیدگاه‌ها متکی بر ذیل ماده یک کنوانسیون منع شکنجه که رنج‌های ذاتی مجازات و ناشی از آن را مصدق شکنجه ندانسته، با پذیرفتن حق شرط مقرر در کنوانسیون قبل حل است. توضیح اینکه جمهوری اسلامی ایران می‌تواند با استفاده از مفاد بند یک ماده ۲۸ و بند یک ماده ۳۰ کنوانسیون ضمن الحقایق به آن و بهره مندی از مزایای آن، خود را از تیررس نظارت کمیته ضدشکنجه و نیز مسائل مربوط به داوری ناشی از اختلاف در تفسیر یا اجرای کنوانسیون دور نگه دارد. افزون بر آن جمهوری اسلامی ایران می‌تواند با تمسمک به قواعد فقهی همچون قاعده حرمت تنفیر از دین مجازاتی چون سنگسار را که بیشترین واکنش‌های حقوق بشری نسبت به آن وجود دارد حذف کرده و مجازات‌های مناسب دیگری را جایگزین کند. اگر حفظ نظام از اهم واجبات است، چرا آبروی اسلام چنین نباشد. درست است که جمهوری اسلامی، یک نظام نوپا و نوظهور است و از ابتدا تا به حال با مشکلات و تهدیداتی روی رو بوده است و برای حفظ نظام بعضاً محدودیت‌هایی اعمال کرده است اما هم اکنون نظام جمهوری اسلامی ایران، مرحله استقرار و ثبات را طی کرده و حتی وارد مرحله توسعه شده است. لذا بایستی

1. Peters, Edward, Torture, 2nd Edition, University of Pennsylvania, 1996, pp. 11-15.

در همه عرصه‌ها از جمله عرصه رعایت حقوق و آزادی‌های مردم و تحقق آنها، نهایت تلاش خود را به عمل آورد؛ زیرا جمهوری اسلامی ایران دارای نظام سیاسی خاصی (نظام مبتنی بر موازین اسلام) در دنیا است که کوتاهی و نقص در این نظام باعث خرد گرفتن مخالفان از اسلام می‌شود و اصل اسلام زیر سئوال می‌رود. بنابراین برای حفظ آبرو و حیثیت اسلام و کشور ضروری است که تلاش همه‌جانبه‌ای برای شناسایی و رفع مشکلات و کمبودها و تسريع روند رشد و توسعه در عرصه‌های مختلف از جمله در عرصه حفظ حقوق و آزادی‌های شهروندان صورت گیرد. از سوی دیگر شکنجه نه تنها جرمی عادی که جرمی بین‌المللی است و اوضاع و احوال خاص یا هیچ دلیل دیگری نمی‌تواند توجیه‌کننده آن باشد و مورد تنفر همگان است. این در حالی است که نپیوستن ایران به چنین کنوانسیون‌هایی چهره‌ای خلاف موازین حقوق بشری را از ایران ترسیم می‌کند، آن‌هم در حالی که، همچنان که ملاحظه گردید، تفاوتی مبنایی بین مفاد کنوانسیون و مقررات قانون اساسی ایران نیست. به هر حال صرف نظر از واقعیت‌های مذکور این فرضیه مقاله تأیید می‌شود که همان طور که در اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون منع شکنجه، تمامی اشکال شکنجه نهی شده در قانون اساسی ایران که مبتنی بر موازین اسلامی است هم این نهی وجود دارد و تفاوتی بنیادی و اساسی بین آنها نیست. هر چند بدسلیقگی مقتن عادی در عدم متابعت از تکالیف محوله اصل ۳۸ قانون اساسی در جرم انگاری همه اشکال شکنجه و همین طور عدم استفاده مجلس، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام از ظرفیت‌های فقهی موجود برای حل مشکلات هم قابل انکار نیست.

## منابع

- آخوندی، حمید، سیاست جنایی سازمان ملل متعدد در زمینه بزهیدگان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۷۵.
- آشوری، محمد، «نگاهی به حقوق متهم در حقوق اساسی و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره سوم، ۱۳۷۸.
- ابراهیمی، محمد، تبیین موضوعی ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیرانسانی در نظام بین‌المللی بشر، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
- اردبیلی، محمدعلی، «شکنجه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹، ۱۳۷۰.
- \_\_\_\_\_، «گفتاری درباره شکنجه و پیشگیری از آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱-۲۲، ۱۳۷۷.
- پوربافرانی، حسن، جرایم علیه اشخاص، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- \_\_\_\_\_، حقوق جزای بین‌الملل، چاپ هفتم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
- حییم، سلیمان، فرهنگ کوچک حییم (انگلیسی - فارسی)، چاپ یازدهم، تهران، نشر فرهنگ معاصر، ۱۳۶۸.
- خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، جلد ۵، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۴.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم، «جایگاه منع شکنجه در حقوق کیفری ایران و استناد بین‌المللی»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۲، پاییز ۱۳۸۴.
- صادقی، محمد‌هادی، گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۳.
- عاملی، محمد بن حسن (حر عاملی)، وسائل الشیعه، جلد ۱۹، بیروت، دارالحیاء التراث العربي، بی‌تا.
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ سوم، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۹.
- کاسسه، آنتونیو، حکومت‌های غیرانسانی و نقض حقوق بشر در اروپای مرکزی، ترجمه کیا طباطبایی، انتشارات بعثت، ۱۳۷۷.
- کیتی شیایزری، کریانگ ساک، حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- گیلانی، میرزا ابوالقاسم (میرزای قمی)، جامع الشتات، جلد دوم، منشورات شرکت رضوان، ۱۳۹۶ ه. ق.
- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش جزایی)، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۹.
- منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه‌الفقیه و فقه الدوله‌الاسلامیه، جلد دوم، المرکز العالمي للدراسات الاسلامية، الطبعه الاولى، قم، ۱۴۰۸ ه. ق.

- 
- مبانی فقهی حکومت اسلامی، جلد سوم، ترجمه محمود صلواتی، نشر تفکر، ۱۳۷۰.
- موسوی، سیدعباس، شکنجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل متحد و شورای اروپا، انتشارات خط سوم، ۱۳۸۲.
- مهرپور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، چاپ دوم، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۳.
- میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۷۷.
- ———، حسین، دادگاه کیفری بین‌المللی، نشر دادگستر، ۱۳۸۳.
- نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- 
- Cassese, Antonio, International Criminal Law, 2nd Edition, Oxford, 2008.
  - Evans, Malcom, Preventing Torture, New York, Oxford University Press, 1998.
  - Fattah, Ezzat, Understanding Criminal Victimization, Canada, Prentice-Hall, 1991.
  - Maran, Rita, Torture: the Role of Ideology in the French Algerian War, New York, Prager, 1989.
  - Meron, Thodor, Human Rights Law Making in the United Nations, Oxford, Clarendon Press, 1986.
  - Peters, Edward, Torture, 2nd Edition, University of Pennsylvania, 1996.
  - Ruthven, Malis, Torture: the Grand Conspiracy, London, Weidenfeld and Nicolson, 1978.

## مصنونیت قضایی دولت با تأکید بر رأی دیوان بینالمللی دادگستری در قضیه آلمان علیه ایتالیا

مهرداد حاتمی\*

فرشته سادات حسینی\*\*

### چکیده

چنان که از تاریخچه مصنونیت دولت‌ها پدیدار است، مصنونیت قضایی دولت‌ها با چالش‌ها و تحولات زیادی مواجه شده است. با وجود این تحولات در حقوق بینالملل عرفی، قاعده‌های وجود ندارد که بر اساس آن در صورتی که دولت‌ها مرتکب نقض قواعد حقوق بشر با خصلت آمرانه شدند، امکان استناد به مصنونیت قضایی در برابر محکم ملی سایر دولت‌ها را از دست بدهند. علیرغم این ایتالیا در محکم داخلی خود خرق قاعده کرده و پیشگام در ایجاد استثنایی جدید در حقوق بینالملل عرفی شده است. آلمان در اواخر دسامبر ۲۰۰۸ یک دعوای حقوقی علیه ایتالیا در دیوان بینالمللی دادگستری به ثبت رسانید و مدعی شد که ایتالیا مصنونیت قضایی آن را به طور مکرر در دادگاه‌های داخلی خود نقض کرده است. قضیه آلمان علیه ایتالیا برای دیوان بینالمللی دادگستری مجالی فراهم کرد که در رابطه با تعامل میان حقوق بشر، قاعده آمره و مصنونیت دولت، اظهارنظر کند. در این پژوهش تلاش شده است تا با بررسی نظر و رأی دیوان بینالمللی دادگستری به این پرسش پاسخ داده شود که آیا دیوان بینالمللی دادگستری در جهت تثبیت حقوق بینالملل عرفی در باب مصنونیت قضایی دولت‌ها گام برداشته یا زمینه را برای ورود استثنایی جدید در این باب مهیا کرده است؟

**کلیدواژه‌ها:** حقوق بینالملل عرفی، مصنونیت قضایی دولت، دیوان بینالمللی دادگستری، حقوق بشر.

\* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه کردستان (نویسنده مسئول)

hatamilaw@gmail.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق بینالملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری

hosseiny2012@yahoo.com

## مقدمه

مصنونیت قضایی دولت‌ها در حقوق بین‌الملل از موضوعاتی است که برای دولتها حائز اهمیت است. دلیل این اهمیت آن است که با توجه به اصل تساوی حاکمیت دولت‌ها هیچ دولتی نمی‌پذیرد که در محاکم داخلی دولت دیگر مورد تعقیب و محاکمه قرار گیرد. مصنونیت قضایی دولت پتانسیل زیادی برای توسعه داشته و از پویایی خاصی برخوردار است چرا که پس از تحولاتی که در این زمینه به وقوع پیوسته و موجب گردیده که مفهوم مصنونیت دولت از مصنونیت مطلق به مصنونیت محدود تغییر یابد و مباحث تازه‌ای در مورد محدودیت‌ها و استثنایات وارد بر قاعده مصنونیت دولت مطرح شود. این تحولات آثار متعددی در پی داشته است؛ از جمله سبب طرح دعاوی مختلف در دادگاه‌های داخلی کشورهای متعدد به استناد نقض تعهدات حقوق بشر گردیده است. دیوان بین‌المللی دادگستری تاکنون نقش غیرقابل انکاری در توسعه حقوق بین‌الملل ایفا نموده است. درواقع یکی از وظایف دیوان همانا شناسایی قواعد عرفی بین‌الملل و اعمال آنها نسبت به پرونده خاص نزد دیوان است. این وظیفه باعث می‌شود تا دیوان در وهله اول، مبادرت به شناسایی یک قاعده عرفی کرده و آن را معرفی نماید و با این اقدام خویش مبادرت به توسعه حقوق بین‌الملل نماید. در این پژوهش تلاش شده است تا با بررسی نظر و رأی دیوان در قضیه آلمان علیه ایتالیا به این پرسش پاسخ داده شود که آیا دیوان در جهت تثبیت حقوق بین‌الملل عرفی در باب مصنونیت قضایی دولت‌ها گام برداشته یا زمینه را برای ورود استثنایی جدید در این باب مهیا کرده است؟ بدین منظور در ابتدا به بیان مفهوم و تاریخچه مصنونیت قضایی دولت و پس از آن به موضوع اختلاف و رأی دیوان در قضیه آلمان علیه ایتالیا پرداخته شده و در نهایت موضع دیوان در باب مصنونیت قضایی دولت مشخص شده است.

### ۱. مصنونیت قضایی دولت

#### ۱-۱. مفهوم مصنونیت قضایی دولت

مصنونیت قضایی دولت که از آن به عنوان عدم امکان اعمال صلاحیت قضایی دادگاه‌های داخلی بر دولت‌های خارجی یاد می‌کنند یا به گفته پروفسور یان براون لی «مصنونیت از صلاحیت محلی...»<sup>۱</sup>، از اصل برابری حاکمیت دولت‌ها نشأت گرفته و عامل حفظ صلاحیت سرزمینی دولت‌ها است. مبنای مصنونیت دولت، نمود بیرونی حاکمیت

۱. عبدالهی، محسن؛ و میرشهیز شافع، مصنونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، اداره چاپ و انتشار ریاست جمهوری، ۱۳۸۶، ص. ۲۲.

یعنی استقلال دولت‌ها است که محدودیتی بر جنبه درونی حاکمیت یعنی اصل صلاحیت انحصاری ایجاد نماید.<sup>۱</sup> مصونیت قضایی دولت مبتنی است بر معافیت دولت‌ها از اجرای قوانین که در یک کشور در مورد صلاحیت دادگاه‌ها اعمال می‌شود. هیچ کشوری را نمی‌توان بر خلاف اراده واقعی اش تابع قضاؤت کشور دیگر قرار داد.<sup>۲</sup> بنابراین اثر مصونیت، حمایت از یک دولت در قبال اعمال صلاحیت دادگاه‌ها و سایر مقامات داخلی دولت‌های دیگر است.<sup>۳</sup> اینها یم در کتاب خود راجع به حقوق بین‌الملل درباره اصل مصونیت دولت می‌نویسد: «با اصل مصونیت حاکمیت دولت‌ها از صلاحیت محاکم کشورهای دیگر به گونه‌ای رفتار شده که دادگاه‌های اکثربت کشورها آن را به عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل به کار می‌برند.»<sup>۴</sup> کنوانسیون ملل متحده راجع به مصونیت دولتها و اموال آنها، مصونیت دولت را اینگونه تعریف کرده است: «یک دولت، در ارتباط با خود و اموالش از صلاحیت محاکم دولت دیگر با رعایت مفاد این کنوانسیون از مصونیت برخوردار می‌باشد.»<sup>۵</sup> به طور کلی، مصونیت دولت یکی از اصول حقوق بین‌الملل عرفی است، که بر اساس آن نمایندگان دولت از دفاع در مورد اقدامات و اعمال حاکمیت آن دولت معاف می‌شوند.<sup>۶</sup> اگرچه مفهوم مصونیت دولت در حقوق بین‌الملل، در برگیرنده مصونیت از هرگونه اعمال صلاحیت یک دولت بر دولت دیگر در ابعاد مختلف قانون‌گذاری، اجرایی و قضایی است، اما آنچه بیش از سایر ابعاد مصونیت در دکترین و رویه مورد ابتلا و توجه قرار گرفته است، بعد قضایی مصونیت دولت می‌باشد و این مفهوم غالباً در اسناد و اظهارنظرهایی ملاحظه می‌شود که در آنها، مصونیت به عنوان مانع بر صلاحیت دولت مقر دادگاه مطرح شده است.<sup>۷</sup> در این پژوهش نیز مصونیت از بعد قضایی مورد بحث قرار گرفته است.

۱. امینی، اعظم، «مفهوم مصونیت قضایی دولتها و استثنای نقض حقوق بشر»، مجله نامه مفید، شماره ۷۹، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۵.

۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، «مصطفی کشورها و مقامات حکومتی از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۴، ۱۳۸۰، ص. ۹۹.

۳. Reece Thomas, Katherine; and Joan Small, "Human Right and State Immunity : Is there Immunity from Civil Liability for Torture?", Netherlands International Law Review, Vol. 50, Issue 1, 2003, p. 20.

۴. کمایستانی، کرم علی، «مطالعه‌ای در اصول حقوق بین‌الملل (بررسی دو اصل تعیین سرنوشت ملل و اصل مصونیت دولتها)»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳، ۱۳۷۱، ص. ۱۴۴.

۵. انصاری معین، پرویز، مصونیت قضایی دولتها و اموال آنها، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۳.

6. Fox, Hazel; and Philippa Webb, The Law of State Immunity, Oxford University Press, 2002, p. 11.

7. Brownlie, Ian, "Principles of Public International Law", 7th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 324.

## ۲-۱. سیر تاریخی مصونیت دولت

مصطفیت دولت در گذر زمان دارای دو نظریه بوده است که از آنها با عنوان نظریه مصونیت مطلق و نظریه مصونیت محدود دولت‌ها نام برده می‌شود. در قدیم‌الایام حاکمان و علمای حقوقی به اصل مصونیت مطلق حکام و اموالشان از اعمال صلاحیت پادشاهان دیگر تأکید داشتند. ریشه نظریه مصونیت مطلق را می‌توان در اصل سنتی حقوق رم که مطابق آن «برابرها بر یکدیگر صلاحیت (برتری) ندارند»، یافت.<sup>۱</sup> از اوایل قرن بیستم مهم‌ترین وظیفه و بیشترین تلاش دولت‌ها و حقوق‌دانان بین‌الملل در جهت ممنوع کردن جنگ یا منع توسل به زور در روابط بین‌الملل بود. بدیهی است در چنین شرایطی رویکرد حقوق بین‌الملل در خصوص مصونیت قضایی دولت نیز رویکردی حاکمیت‌گرا بوده است که صیانت دولت‌ها از صلاحیت قضایی محاکم یکدیگر از مظاهر چنین گرایشی به شمار می‌آید. لذا در این دوران به مانند گذشته از نظریه یا دکترین مصونیت مطلق دولت‌ها سخن به میان می‌آید؛ امری که تقریباً استثنایاً نبوده است.<sup>۲</sup> جنگ جهانی اول و دوم و توسعه سریع و ناگهانی علم در کشورهای اروپای غربی و آمریکا، کشورهای در حال توسعه را بر آن داشت تا به اقتصاد خود سر و سامانی بدهند. چنین توسعه‌ای نیاز به سرمایه‌گذاری وسیعی داشت که از عهده بخش خصوصی خارج بود و یا اینکه دولت مایل نبود سرمایه‌گذاری در این‌گونه صنایع اصلی و مادر را به بخش خصوصی واگذار کند. در این راستا دولت‌ها خود به عنوان تاجر وارد کارهای تجاری شده و انحصار صنایع بزرگ نظری نفت، پتروشیمی، راه آهن و ... را بر عهده گرفتند. چرخش این صنایع بزرگ نیاز به دادوستد مداوم دولت داشته و در این خصوص چندان به نفع کشورهای اروپای غربی نبود که مصونیت دولت را به فعالیت‌های تجاری و خصوصی وی نیز سرایت دهند. لذا از این تاریخ اصل مصونیت نسبی دولت‌ها جایگزین اصل مصونیت مطلق گردید و در عمل کشورهای اروپایی با انعقاد معاهدات و کنوانسیون‌های دوجانبه و چند جانبه از اصل مصونیت نسبی پیروی نمودند.<sup>۳</sup> طرفداران دکترین مصونیت محدود، مصونیت را صرفاً به فعالیت‌های عمومی اختصاص می‌دهند. مفهومی که تقریباً به اعمال قدرت عمومی یا اعمال مورد قبول در چارچوب مأموریت خدمات عمومی ارتباط دارد. دکترین مصونیت محدود، مراجع قضایی داخلی را به برقراری تفکیک میان فعالیت‌های کشورهای خارجی در سرزمین ملی، یعنی تفکیک میان اعمال حاکمیت و

1. Steinberger, Helmut, "State Immunity" Encyclopedia of Public International Law", vol. 10, Amsterdam, North-Holland, 1989, p. 429.

۲. عبداللهی و شافع، پیشین، ص. ۱۵.

۳. کمایستانی، پیشین، ص. ۱۴۵-۱۴۶.

اعمال تصدی رهمنمون ساخته و تنها فعالیت‌های دسته اول را از مصونیت برخوردار دانسته است.<sup>۱</sup> وسعت پذیرش کلیت نظریه مصونیت محدود در حدی است که آنتونیو کاسسیه در سال ۲۰۰۵ اعلام می‌کند که در حال حاضر تقریباً تمام دولتها دکترین مصونیت محدود را پذیرفته‌اند.<sup>۲</sup> برخی حقوق‌دانان از مصونیت قضایی دولت به عنوان سیک اصل حقوق بین‌الملل نام می‌برند. برخی نیز آن را استثنایی بر اصل صلاحیت سرزمینی دولت می‌دانند.<sup>۳</sup> قاعده مصونیت قضایی دولت در پی تحولات نظام حقوق بین‌الملل، استثنائاتی را پذیرفته است؛ از جمله استثنای اعمال تصدی‌گری و پذیرش دکترین مصونیت محدود در اسناد داخلی و بین‌المللی و رویه قضایی. بدیهی است که استثنای اصولاً بر قاعده وارد می‌شود نه بر اصل.<sup>۴</sup> قاعده مصونیت دولت در حال حاضر از وضعیت عرفی در حقوق بین‌الملل برخوردار است، اما در مورد استثناهای این قاعده چنین اتفاق نظری وجود ندارد و دولت‌ها در این موارد استثنا متفق‌القول نیستند. می‌توان گفت «مصطفی دولت معمولاً موضوع رویه قضایی دولت‌ها است».<sup>۵</sup> به تدریج این زمزمه به گوش می‌رسد که حقوق بین‌الملل باید به دنبال صیانت هر چه بیشتر از بشریت در برابر فزون‌طلبی‌های حاکمیت باشد. درست به همین دلیل گفتمان کیفری کردن نقض‌های فاحش حقوق بشر همگانی شد و در واقع دیدگاهی که حاکمیت دولت‌ها را محور حقوق بین‌الملل می‌دانست، به تدریج جای خود را به دیدگاهی داده است که در آن بشریت محوریت دارد.<sup>۶</sup> کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت معروف به کنوانسیون بازل در سطح منطقه‌ای با در نظر گرفتن نظریه مصونیت محدود دولت‌ها از سوی کشورهای عضو شورای اروپا تدوین گردیده است.<sup>۷</sup> در مواد یک تا چهارده این کنوانسیون فهرست مواردی تدوین شده است که در آنها دول عضو کنوانسیون

۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ سی‌وهشتم، گنج دانش، ۱۳۸۸، صص. ۱۰۲-۱۰۱.

2. Cassese, Antonio, International Law, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 101.

۳. از جمله نظرات مشترک قاضی هیگینز، قاضی کوئیجمانز و قاضی بورگنتال در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه قرار بازداشت (کنگو علیه بله‌زیک). (۲۰۰۲).

۴. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین؛ خلیل‌زاده، رحمت‌الله؛ و شریف جوادی شریفی، «مصطفی قضایی دولت خارجی در دادگاه‌های ملی با عنایت به رأی دیوان در قضیه مصونیت صلاحیتی دولت»، مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال سی‌ام، شماره ۴۸، ۱۳۹۲، ص. ۶۸.

۵. عبدالهی و شافع، ۱۳۸۶، ص. ۳۷.

۶. عبدالهی، محسن؛ و حسین خلف رضایی، «معادله تعارض اصل مصونیت دولت با قواعد آمره حقوق بشر»، حقوق تطبیقی (نامه مفید)، شماره ۷۹، ۱۳۸۹، صص. ۱۰۳-۱۰۴.

۷. موسوی، سیدعلی، «کنوانسیون ملل متحد درباره مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آنها»، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیستم، شماره ۴، ۱۳۸۵، ص. ۸۷۷.

در میان منابع مکتوب حقوق بین الملل افزون بر قانون مصونیت حکام خارجی

آمریکا قوانین مصونیت انگلستان، استرالیا و کانادا نیز با در نظر گرفتن استثناهای مصونیت دولت های خارجی به طور اصولی مصونیت را پذیرفته‌اند.<sup>۲</sup> در ادامه به اهم دعاوی در رابطه با مصونیت دولت می‌پردازیم. رأی دیوان عالی فدرال ایالات متحده

۱. همان.

۲. عبدالهی، محسن، «پیامدهای رأی دیوان در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی دولت بر نقض مصونیت ایران در محاکم آمریکا»، در: زمانی، سیدقاسم، جامعه بین‌الملل و حقوق بین‌الملل در قرن بیست و یکم، چاپ دوم، شهر دانش، ۱۳۹۳، ص. ۶۴۴.

۳. عبدالهی و خلف‌رضایی، پیشین، ص. ۱۰۹.

۴. عبدالهی و شافع، پیشین، ص. ۵۴.

نمی‌توانند به مصونیت خود در برابر دادگاه‌های اعضای دیگر استناد کنند و ادعایی داشته باشند. فقط ماده پانزده این کنوانسیون اشعار می‌دارد که کشورهای عضو می‌توانند از مصونیت قضایی، غیر از موارد تصریح شده در مواد یک تا چهارده کنوانسیون برخوردار شوند.<sup>۱</sup> در سطح بین‌المللی نیز می‌توان از کنوانسیون ملل متحد راجع به مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آنان نام برد. این کنوانسیون، نخستین سند جدید چند جانبه‌ای است که حاوی رویکردی جامع و فراگیر در باب مسئله مصونیت دولت‌ها از اعمال صلاحیت دادگاه‌های خارجی است. شایان ذکر است که هیچ محدودیتی برای مصونیت دولت‌ها با استناد به نقض حقوق بشر در کنوانسیون اروپایی و همچنین کنوانسیون ملل متحد وجود ندارد. در کنار این کنوانسیون‌ها در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی قوانین داخلی دولت‌ها نیز در ایجاد رویه نقش مؤثری داشته‌اند. قانون مصونیت حکام خارجی آمریکا نخستین قانون داخلی بود که در سال ۱۹۷۶ به تدوین حقوق بین‌الملل عرفی مصونیت دولت در عرصه ملی پرداخت.<sup>۲</sup> این طرز قانون‌نویسی بعدها مورد استقبال دیگر دولت‌ها قرار گرفته است. این قانون، مصونیت قضایی دولت‌های خارجی در محاکم ایالات متحده را، به جز چند استثنای مانند دعاوی ناشی از فعالیت‌های تجاری در قلمرو آمریکا و یا شبیه جرایم ارتکابی توسط عوامل دولتی منجر به صدمه یا مرگ در خاک آمریکا، مورد شناسایی قرار داده است. در اصلاحیه سال ۱۹۹۶ که از رهگذر تصویب قانون ضد تروریسم و مجازات مؤثر اعدام صورت پذیرفت، استثنای جدیدی بر مصونیت دولت‌های خارجی که از سوی وزارت خارجه ایالات متحده به عنوان دولت حامی تروریسم شناخته شده‌اند، وارد گردید. به موجب این اصلاحیه، به محاکم فدرال برای رسیدگی به دعاوی اتباع آمریکایی برای جبران خسارات مالی ناشی از شبه جرم‌های فراسرزمینی شامل شکنجه، خرابکاری درهواپیما، گروگانگیری و قتل فرائضایی، صلاحیت اعطای شده است.<sup>۳</sup>

آمریکا در قضیه شونر اکسچنج،<sup>۱</sup> به عنوان اولین بیان قضایی مصونیت دولتها، مبنای حقوقی آن را این گونه بیان می‌دارد: «جهان از حاکمیت‌های متمایزی تشکیل شده است که از استقلال و حقوق برابر برخوردارند. منافع متقابل، آنها را به مراوده و برقراری روابط با یکدیگر سوق می‌دهد و به همین خاطر رفتار متقابل تأمباً با حسن نیت که مقتضی اخلاق انسانی است حکم می‌کند که حاکمیت‌ها تحت شرایط خاصی، از اعمال صلاحیت انحصاری سرزمینی خود علیه دولت‌های دیگر انصراف دهند».<sup>۲</sup> در قضیه بوذری علیه ایران، دیوان عالی کانادا در رأی خود مقرر کرد که هیچ اصل عرفی حقوق بین‌الملل بر وجود چنین استثنایی بر مصونیت دولت هرگاه که این فعل (ولو مستند به قاعده آمره) خارج از صلاحیت دادگاه رخ داده باشد، دلالت ندارد. در نتیجه، شمول اصل مصونیت را در اینجا محقق دانست. در دعوای جونز علیه عربستان سعودی، مجلس اعیان انگلیس نیز با استناد به استدلال دیوان مبنی بر اینکه نقض قاعده آمره حقوق بین‌الملل شرط کافی برای ایجاد و احراز صلاحیت نیست و اینکه قواعد آمره قواعدی ماهوی بوده و نمی‌توانند بر مصونیت که قاعده شکلی است، تأثیر داشته باشد، حکم به مصونیت پادشاهی عربستان در قبال اتهام شکنجه داد و اعلام نمود چنین قواعدی به خودی خود باعث نادیده‌گرفتن سایر قواعد حقوق بین‌الملل نیست.<sup>۳</sup> دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در دعوای الادسانی علیه بریتانیا مقرر کرد که اعطای مصونیت فارغ از توصیف حق ماهوی، مانع شکلی بر صلاحیت و اختیار دادگاه داخلی در بررسی اختلاف می‌باشد.<sup>۴</sup> مصونیت دولت‌ها در گذر زمان در حال تغییر و تحول است و تا به امروز با چالش‌های متفاوتی مواجه شده است. یکی از این چالش‌ها نظر دیوان در قضیه آلمان علیه ایتالیا است که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم.

## ۲. قضیه آلمان علیه ایتالیا

آلمان در اواخر دسامبر ۲۰۰۸ یک دعوای حقوقی علیه ایتالیا در دیوان ثبت کرد و مدعی شد که ایتالیا تعهدات بین‌المللی خود در قبال آلمان را نقض کرده است. آلمان در درخواست خود بیان کرد: «در سال‌های اخیر، مراجع قضایی ایتالیا به طور مکرر مصونیت قضایی آلمان را به عنوان یک دولت دارای حاکمیت نادیده گرفته‌اند. نقطه اوج

1. Schoner exchange v. Mcfadden

2. Harris, David, "Cases and Material on International Law", 6th edition, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 308.

3. عبدالهی و خلف رضایی، پیشین، ص ۱۱۱

4. Al-Adsani v. United Kingdom, European Court of Human Rights, (no.2) (35763/97), 2001, para. 48.

این اقدامات، در رأی دادگاه عالی تجدیدنظر<sup>۱</sup> ایتالیا در پرونده فرینی<sup>۲</sup> است که در آن دادگاه اعلام کرد که ایتالیا صلاحیت رسیدگی به دعوای فردی که در جریان جنگ جهانی دوم به آلمان تبعید شده است تا در صنایع اسلحه‌سازی به عنوان نیروی کار اجباری به کار گرفته شود را دارد.<sup>۳</sup> به طور کلی، دادگاه تجدیدنظر فلورانس اعلام کرد که مصونیت قضایی مطلق نیست و کشوری که مرتكب جنایات بین‌المللی شده است، نمی‌تواند به آن استناد کند.<sup>۴</sup> پس از این رأی، دعاوی متعددی علیه آلمان توسط اشخاصی که در اثر مخاصمات مسلحانه دچار آسیب شده بودند، در محاکم ایتالیایی مطرح گردید. در سال ۱۹۹۵ قربانیان این قتل عام با هدف جبران خسارت جانی و مالی، علیه آلمان شکایت کردند. دادگاه یونان در اولین پرونده مربوط به لیوادیا<sup>۵</sup> آلمان را به جبران خسارت برای وارثان قربانیان قتل عام محکوم کرد. شاکیان پرونده دیستومو مجوز اجرای حکم را درخواست کردند ولی وزیر دادگستری آن را نپذیرفت. در نتیجه احکام بر علیه آلمان در یونان اجرایی نشد.<sup>۶</sup> محاکم‌له‌های پرونده، شناسایی و اجرای رأی مزبور را از دادگاه فلورانس ایتالیا درخواست کردند و دادگاه تجدید نظر فلورانس در ۱۳ ژوئن سال ۲۰۰۶ توقيف یک مال غیر منقول متعلق به آلمان در ایتالیا یعنی ویلای وگونی<sup>۷</sup> را مورد پذیرش قرار داد.

## ۱-۲. استدلال‌های آلمان و ایتالیا

### ۱-۱-۲. استدلال‌های آلمان

آلمان در درخواست خود از دیوان تقاضا نمود تا رأی دهد که ایتالیا به واسطه مجاز شمردن طرح دعاوی مدنی علیه آلمان در دادگاه‌هایش به نفع صدمه‌دیدگان جنگ جهانی دوم که به واسطه نقض حقوق بشر دوستانه توسط آلمان نازی آسیب دیده‌اند، قواعد حقوق بین‌الملل مربوط به مصونیت آلمان را نقض کرده است؛ همچنین ایتالیا از طریق اعمال محدودیت بر علیه ویلایی در وگونی ایتالیا که جزء اموال دولتی آلمان بوده و نیز از طریق اجرا نمودن تضمیمات دادگاه‌های یونان علیه آلمان در ایتالیا، مصونیت

1. corte di Cassazione
2. Ferrini
3. Bianchi, Andrea, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", American Journal of International Law, Vol. 107, 2005, p. 244.
4. Livadia
5. Finke, Jasper, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?" European Journal of International Law, Vol. 21, No. 4, 2010, p. 855.
6. Villa Vigoni
7. Pittrof, Sabine, "Compensation Claims for Human Rights Breaches Committed by German Armed Forces Abroad During the Second World War: Federal Court of Justice Hands Down Decision in the Distomo Case", German Law Journal, Vol. 15, 2004, p.18.

آلمان را نادیده گرفته است. ایتالیا در این خصوص دارای مسئولیت بین‌المللی بوده و باید هرگونه تدبیر لازم را اتخاذ نماید تا حصول اطمینان شود که تصمیمات محاکم ایتالیایی و سایر محاکم قضایی که مستلزم نقض مصونیت آلمان هستند، قابلیت اجرایی خود را از دست بدهند. ایتالیا باید هرگونه تدبیر لازم را اتخاذ نماید تا اطمینان حاصل شود که در آینده، محاکم ایتالیایی از ورود به دعوای علیه آلمان خودداری خواهد نمود.<sup>۱</sup>

## ۲-۱. استدلال‌های ایتالیا، پاسخ آلمان و دعوای مقابله ایتالیا

در پاسخ به دعوای آلمان، ایتالیا در تاریخ ۲۳ دسامبر ۲۰۰۹ اقدام به طرح دعوای مقابله کرد. ایتالیا ادعا کرد که آلمان با خودداری از پرداخت غرامت به اتباع ایتالیایی که قربانی جرایم جنگی و جنایات علیه بشریت توسط آلمان نازی بوده‌اند، تعهدات خود را نقض کرده و دارای مسئولیت بین‌المللی است. همچنین آلمان باید اقدام متخلفانه خود را متوقف کند (ایتالیا ادعا کرد که خودداری از پرداخت خسارت توسط آلمان نوعی اقدام متخلفانه محسوب می‌شود و باید این ترک فعل متوقف شود) و به انتخاب خود غرامت مناسب و مؤثر به قربانیان بپردازد.<sup>۲</sup> آلمان در رد دعوای مقابله، به قاعده محدودیت زمانی استناد جست و بیان داشت که مقررات کنوانسیون اروپایی نسبت به اختلافات ناشی از حقایق و وضعیت‌های مقدم بر زمان لازمالاجرا شدنش (یعنی ۱۸ آوریل ۱۹۶۱) قابلیت اجرایی ندارد.<sup>۳</sup> دیوان بیان کرد که هر چند در درخواست‌های ارسال شده از طرفین پرونده اشاره‌ای به حقایق ریشه‌ای و تاریخی اختلاف نشده است ولی برای روشن‌تر شدن موضوع بهتر است این مسأله مورد بررسی اجمالی قرار بگیرد. بین سال‌های ۱۹۴۳ تا ۱۹۴۵ نیروهای آلمان نازی مرتکب جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت علیه شهروندان ایتالیا شدند. در ۱۰ فوریه ۱۹۴۷، نیروهای متفقین یک قرارداد صلح با ایتالیا امضا کردند که از لحاظ قانونی و اقتصادی عاقب جنگ برای ایتالیا را قانون مند می‌کرد. در سال‌های بعد ایتالیا و آلمان توافقنامه‌های دیگری برای جبران خسارت صدمه‌دیدگان جنگ امضا کردند که همان توافقنامه‌ها مبنای رسیدگی‌ها در

1. Germany. v. Italy. 2011, I.C.J. 143, Greece requests permission to intervene in the proceedings, summery, press release, unofficial, [online], available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16294.pdf>, pp. 2-3.
2. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Jurisdictional Immunities of The State (Germany V. Italy: Greece Intervening) Judgment Of 3 February 2012, [online], (last visited: 7/9/2013), Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>
3. Reports of judgments, advisory opinions and orders, jurisdictional immunities of the state (Germany v. Italy: Greece intervening), summary of the Judgment of 3 February 2012, p.1, [online], (last visited: 7/9/2013),Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16899.pdf>

## ۲-۲. رویکرد قضایی دیوان

این پرونده در اصل حاوی رفتارهای غیرانسانی و شنیعی است که نیروهای نظامی آلمان و نازی در طی سال‌های ۱۹۴۳ - ۱۹۴۵ علیه مردم ایتالیا مرتکب شده بودند. در خصوص غیرقانونی بودن این اعمال هیچ شکی وجود نداشت و در طی مراحل رسیدگی هیچ اعتراضی نسبت به این مسأله نشد. در واقع آلمان مسئولیت خود را در این زمینه پذیرفت. دیوان بیان داشت که مصونیت برگرفته از حقوق بین الملل عرفی<sup>۳</sup> است و نمی‌توان بر اساس معاهدات بین المللی آن را نقض نمود. طرفین دعوا در مورد اعتبار و اهمیت مصونیت دولت به عنوان بخشی از حقوق بین الملل عرفی اتفاق نظر دارند.

۱. ایتالیا معتقد بود ادعای متقابلش در مورد موضوع آرای دادگاه‌های ایتالیایی است که در چند سال اخیر حکم داده‌اند. در حالی که آلمان معتقد بود ادعای متقابل ایتالیا مربوط به وقایع و جرایم جنگی سال‌های ۱۹۴۳ - ۱۹۴۵ است.
2. Reports of judgments, advisory opinions and orders, order 6 July 2010, jurisdictional immunities of the state(Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 21/11/2014), available at:  
<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16027.pdf>
3. Customary International Law

اختلاف نظر آنها درخصوص چگونگی اعمال قاعده و تعیین قلمرو مصونیت دولت است. برطبق اصول بیان شده در تفسیر ماده ۳ طرح کمیسیون حقوق بین الملل در مورد مسئولیت دولتها، براساس قاعده‌ای قانونی بودن عمل را سنجید که در زمان ارتکاب عمل، قابلیت اجرایی داشته است. در این حالت باید بین اعمال آلمان و ایتالیا تفاوت گذاشت. به همین دلیل دیوان صرفاً به عمل ایتالیا که نقض مصونیت بود، پرداخت و بیان داشت که مهم نیست که در زمان ارتکاب عمل در رابطه با مصونیت چه عرف بین المللی وجود داشته باشد. مهم این است که در هنگام نقض مصونیت در مراحل رسیدگی دادگاه‌های ملی قاعده عرفی مصونیت موجود باشد. هر دو طرف قبول دارند که در رابطه با اعمال حاکمیتی، دولت ها به طور کلی دارای مصونیت هستند ولی ایتالیا نسبت به این مصونیت اعتراض دارد و آلمان را مستحق آن ندانسته است.<sup>۱</sup> در واقع دیوان طی یک جمع‌بندی مختصر استدلال‌های ایتالیا را جهت نقض مصونیت آلمان این‌گونه بیان نمود: «علیرغم اینکه مصونیت برای اعمال حاکمیتی دولت در نظر گرفته می‌شود ولی شامل شکنجه، فوت، صدمه به شخص و یا آسیب به اموال در قلمرو سرزمین دادگاه نمی‌شود. بدون توجه به محل ارتکاب عمل، باز هم آلمان را نمی‌توان مستحق مصونیت دانست.»<sup>۲</sup> آلمان ابراز کرد که غیر از پرونده‌های ایتالیایی و پرونده دیستومو در یونان هیچ دادگاه ملی دیگری حکم به عدم مصونیت دولتی در رابطه با اعمال نیروهای مسلح نداده است. در مقابل، دادگاه‌های چندین کشور مختلف صراحتاً صلاحیت خود را در رابطه با چنین پرونده‌هایی رد کرده و حکم داده‌اند که کشور مذبور دارای مصونیت است.<sup>۳</sup> دیوان با تعمق در رویه‌های بین الملل سه حوزه مختلف را مورد بررسی قرار داد.<sup>۴</sup> در ابتدا به بررسی کنوانسیون‌ها و معاهدات بین المللی از جمله کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت و کنوانسیون سازمان ملل پرداخت. دیوان این سؤال را مطرح کرد که آیا ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت یا ماده ۱۲ کنوانسیون ملل متحده، دیدگاه ایتالیا را مبنی بر اینکه «آلمان به خاطر نوع عملی که مرتكب شده مستحق مصونیت نیست»، تأیید می‌کند یا خیر. در پاسخ دیوان اذعلن داشت که به دلیل آنکه در ماده ۱۲ کنوانسیون مذبور قید «رخداد جرم در سرزمین محل دادگاه» وجود دارد، این ماده قابل استناد نیست. ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی نیز به دلیل وجود

1. Germany v. Italy, 2012, I.C.J., para. 61.
2. Ibid.
3. Ibid. para. 62.
4. Ibid. para. 63.

ماده ۳۱<sup>۱</sup> و تفسیر آن (که خود ناقض ماده ۱۱ می باشد) قابل استناد نیست. شایان ذکر است که نه آلمان و نه ایتالیا این کنوانسیون را امضا نکرده‌اند.<sup>۲</sup> حوزه دوم رویه دولت‌ها در شکل‌دهی قانون ملی آنها می‌باشد. دیوان قوانین ۱۰ دولتی<sup>۳</sup> که طرفین پرونده از آنها نام برده‌اند را مورد بررسی قرار داد و در حوزه سوم دیوان دادگاه‌های کشورهای ایرلند، اسلوونی، ایالات متحده آمریکا و یونان را بررسی و بیان داشت که تنها کشور غیر از ایتالیا که چنین احکامی دارد فقط رأی دادگاه عالی یونان در قضیه دیستومو است. دیوان به این نتیجه رسید که عرف بین‌الملل شامل استثنای شبه جرم نسبت به مصونیت دولت برای اعمال حکومتی نمی‌شود و علیرغم آنچه که ایتالیا در رسیدگی مورد بحث قرار داده است، تصمیم دادگاه‌های ایتالیایی برای نادیده‌گرفتن مصونیت آلمان براساس اصل شبه جرم سرزمهینی قابل توجیه نیست.<sup>۴</sup> ایتالیا، نادیده گرفتن مصونیت در رابطه با ماهیت ویژه اعمالی که شکل‌دهنده موضوع دعاوی در دادگاه‌های ایتالیایی می‌باشند و شرایطی که در آن دعاوی مطرح شده است را توجیه‌پذیر می‌دانست و سه دسته استدلال را در این راستا مطرح نمود: اولین استدلال این بود که اعمال موضوع شکایت در حکم نقض فاحش حقوق بین‌الملل در مورد جنگ‌های مسلحه، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت بوده‌اند. دومین استدلال این بود که قواعد حقوق بین‌الملل که نقض شده‌اند از هنجارهای تخطی‌ناپذیر حقوق بین‌الملل (یعنی قواعد آمره) بوده‌اند. سومین استدلال نیز این بود که شاکیان از انواع دیگر جبران خسارت محروم شده‌اند و قضاوت دادگاه‌های ایتالیا آخرین نقطه امید آنها بوده است.<sup>۵</sup> در رابطه با استدلال اول ایتالیا، دیوان در ابتدا به تبیین این موضوع پرداخت که آیا نقض فاحش حقوق بشردوستانه و حقوق حاکم بر جنگ‌های مسلحه، مصونیت دولت را محدود می‌کند یا خیر. دیوان مصونیت را در دو نقطه شروع به رسیدگی و مراحل رسیدگی تبیین کرد و بیان داشت که دولت مستحق مصونیت و در هر دو عرصه از مصونیت برخوردار است. دیوان اذعان داشت که حقوق بین‌الملل عرفی با مصونیت

۱. ماده ۳۱- کنوانسیون اروپایی: «کنوانسیون تعابیل به اعمال نسبت به شرایطی که ممکن است در زمینه جنگ نظامی به وجود آمده باشد، ندارد. همچنین نمی‌خواهد در حل مشکلاتی که ممکن است بین دولتهای دوست و در نتیجه وضع نیروها به وجود بیاید، دخالت کند. این مشکلات اغلب با توارفات ویژه حل و فصل می‌شوند.»

2. Germany v. Italy, 2012, I.C.J., para. 70.

۳. ایالات متحده آمریکا، بریتانیای کبیر، کانادا، استرالیا، سنگاپور، آرژانتین، اسرائیل، ژاپن، آفریقای جنوبی، و پاکستان (برگرفته از پاراگراف ۷۰ رأی دیوان).

4. Germany v. Italy, 2012, I.C.J., para. 79.

5. Ibid. para. 80.

دولت به عنوان قاعده‌ای که به شدت نقض قاعده وابسته باشد، نمی‌نگرد و این مسأله را از رویه دولت‌ها در دیگر کشورها استنباط می‌کند.<sup>۱</sup> دیوان قضایایی را از کانادا، فرانسه، اسلوونی، زلاندنو، لهستان و انگلستان ذکر می‌کند که دادگاه‌های این کشورها، محرومیت کشوری را از مصونیت به علت نقض فاحش حقوق بشر، جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت نپذیرفته‌اند.<sup>۲</sup> در ادامه ایتالیا به اصلاحیه ایالات متحده در مورد قانون مصونیت دولت که برای اولین بار در ۱۹۹۶ تصویب شد، استناد می‌کند. این اصلاحیه مصونیت را در صورتی که آن دولت توسط ایالات متحده به عنوان کشور حامی تروریسم شناخته شود، در خصوص اعمال مشخص مانند شکنجه و قتل‌های فراقضایی<sup>۳</sup> نادیده می‌گیرد. دیوان مقرر نمود که این اصلاحیه بر قانون دیگر کشورها تأثیری نداشته و هیچ کشور دیگری چنین قانونی وضع نکرده است. بعد از بررسی رویه‌های دولتی و بین‌المللی، دیوان به این نتیجه رسید که در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی موجود، یک دولت به علت متهم شدن به نقض آشکار حقوق بشر یا حقوق بین‌الملل حاکم بر جنگ‌های مسلحانه، از حق مصونیت خود محروم نمی‌شود. در رابطه با شاخه دوم استدلال ایتالیا دیوان بیان کرد که حتی به فرض اینکه حقوق حاکم بر جنگ‌های مسلحانه از قواعد آمره حقوق بین‌الملل باشند، هیچ تعارضی بین آن قوانین و قواعد مصونیت دولت‌ها وجود ندارد. دیوان بیان کرد که این دو مجموعه قوانین موضوع‌های متفاوتی را مطرح می‌کنند. قوانین مصونیت دولت‌ها تعریف شده‌اند تا معین کنند که آیا دادگاه‌های یک دولت می‌توانند صلاحیت‌شان را در رابطه با دولت دیگر اعمال کنند یا خیر؛ و نمی‌توانند قانونی بودن یا نبودن یک موضوع را مورد کنکاش قرار دهند. دیوان اضافه کرد که این استدلال که بر پایه مقدم بودن قواعد آمره حقوق بین‌الملل نسبت به مصونیت دولت‌ها توسط دادگاه‌های ملی استوار است، مردود است.<sup>۴</sup> دیوان بخش سوم و پایانی استدلال ایتالیایی‌ها را نیز بدون اعتبار دانست. دیوان نتوانست هیچ مبنایی در رابطه با رویه‌های ملی و بین‌المللی پیدا کند که حقوق بین‌الملل، حق یک دولت نسبت به مصونیت را معطوف به وجود روش‌های جایگزین مؤثری برای تضمین پرداخت غرامت کرده باشد.<sup>۵</sup> دیوان بر این واقعیت اصرار دارد که استحقاق یک دولت جهت برخورداری از مصونیت

1. Ibid. para. 84.

2. Ibid. para. 85.

3. Extra-judicial killings

4. Ibid. paras. 94-97.

5. Ibid. paras. 98-99.

نزد محاکم کشور دیگر، موضوعی کاملاً متمایز از این حقیقت است که آن دولت دارای مسئولیت بین المللی و متعهد به پرداخت خسارت است.<sup>۱</sup> در واقع دیوان مسئله مصونیت را موضوعی شکلی می داند که از دادگاههای داخلی سایر کشورها نفی صلاحیت می نماید و این بدین معنا نیست که نقض قاعدهای توسط دولت دارای مصونیت صورت نپذیرفته است؛ زیرا صرفاً دادگاههای داخلی صلاحیت رسیدگی به عمل خلاف حقوق بین الملل دولت ذی ربط را ندارند. این احتمال وجود دارد که محاکم بین المللی در صورت وجود مبانی صلاحیتی شان وارد رسیدگی به آن اعمال شوند. دیوان، رأی خود را در تاریخ سوم فوریه ۲۰۱۲ صادر کرد. طبق این رأی، ایتالیا با تجویز طرح دعوای مدنی علیه آلمان در خصوص نقض حقوق بشردوستانه بین المللی توسط آلمان نازی، اتخاذ اقدامات اجرایی در رابطه با اموال آلمان در ایتالیا (ویلای ویگونی) و همچنین با لازم الاجرا دانستن آرای دادگاههای یونان در رابطه با نقض حقوق بشردوستانه در یونان توسط آلمان نازی در دادگاههای ایتالیا، تعهد خود را در خصوص احترام به مصونیتی که آلمان طبق حقوق بین الملل از آن برخوردار می باشد را نقض کرده است. دیوان به ایتالیا توصیه کرد که دعاوی قربانیان ایتالیایی طی مذاکراتی با حضور دو دولت مربوطه با رویکرد حل مسئله مورد حل و فصل قرار گیرد.<sup>۲</sup> طبق رأی دیوان، ایتالیا متعهد است که آثار نقضهای گذشته و مستمر مصونیت آلمان را با قانون گذاری یا اتخاذ اقدامات قانونی مناسب یا با توصل به شیوه‌های دیگر به انتخاب خود و اعاده وضع به حال سابق از بین ببرد.<sup>۳</sup>

### ۳. نظر دیوان: چالش‌ها و راهبردها

#### ۱-۳. نقض فاحش حقوق بشر در قالب قاعده آمره در مواجهه با مصونیت دولت

در تبیین مفهوم قاعده آمره، دیوان در قضیه بارسلونا ترکشن اظهار داشته است که «بهویژه باید بین تعهدات دولت‌ها نسبت به دولت‌های دیگر تفکیک اساسی قائل شد. ماهیت تعهدات دسته اول به گونه‌ای است که به تمامی دولتها ارتباط دارد... این دسته از تعهدات، تعهدات عالم‌الشمول می‌باشند.<sup>۴</sup> مطابق تعریف مندرج در ماده ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹، «معاهده‌ای که در زمان انعقاد با یک قاعده آمره حقوق بین الملل عام در تعارض باشد، باطل است. با ورود قاعده آمره به کنوانسیون حقوق

1. Ibid. para. 100.

2. Ibid. para. 104.

3. Ibid. para. 137.

4. عبدالپهی و خلف رضایی، پیشین، ص. ۱۰۵.

معاهدات (ماده ۵۳) و اعلام بطلان معاهدات معارض، ایده برتری آن قواعد آمره بر قواعد عادی در تمامی حوزه‌ها از مقبولیتی گستردۀ در نظام حقوق بین الملل برخوردار گشت. در حوزه حقوق مصونیت دولت‌ها نیز این سؤال مطرح شد که چه رابطه‌ای میان قواعد آمره با قواعد رعایت مصونیت دولت‌ها برقرار است. در پاسخ به این سؤال، دکترین حقوقی پاسخ متفاوتی ارائه داده است. گروهی به برتری قواعد آمره بر قواعد عادی حقوق بین الملل، از جمله مصونیت دولت‌ها، حکم داده اند. عده‌ای نیز رعایت مصونیت دولت‌ها را حتی در موارد نقض قواعد آمره لازم می‌دانند (البته با رعایت دیگر محدودیت‌ها بر مصونیت).<sup>۱</sup> گروه اول حقوق دانان قائل به برتری قواعد آمره بر قواعد عادی حقوق بین الملل، از جمله مصونیت دولت‌ها می‌باشند. اصولاً این حقوق دانان تفکیک میان قواعد شکلی و ماهوی در نظام حقوق داخلی را به همان شکل قابل تعمیم به نظام حقوق بین الملل نمی‌دانند.<sup>۲</sup> گروه دوم از حقوق دانان رعایت مصونیت دولت‌ها را حتی در موارد نقض قواعد آمره لازم می‌دانند، البته با رعایت دیگر محدودیت‌ها بر مصونیت، از جمله فقدان مصونیت در مورد اعمال تصدی‌گری.<sup>۳</sup> حامیان این رهیافت، بر این باورند که میان قواعد آمره و قواعد مصونیت دولت‌ها تعارضی وجود ندارد، زیرا قاعده مصونیت دولت‌ها به حوزه اجرای قواعد ماهوی مربوط می‌شود و به محتوای قواعد آمره نمی‌پردازد و به آن ارتباطی ندارد. درواقع در این رهیافت، میان حوزه قواعد ماهوی و عرصه قواعد شکلی تفاوت و تمایز وجود دارد و این دو مجموعه، ارتباط و تعاملی با یکدیگر ندارند.<sup>۴</sup> حقوق دانان گروه دوم معتقدند که رعایت مصونیت دولت خارجی به معنی رها کردن قربانی بدون حمایت در عرصه بین‌المللی نیست.<sup>۵</sup> مصونیت دولت‌ها هرچند صرفاً قاعده‌ای تکنیکی است؛ اما مبتنی بر یک اصل اساسی حقوق بین الملل یعنی اصل تساوی حاکمیت دولتها است. لذا محاکم داخلی نیز متعهد به رعایت آن هستند.<sup>۶</sup> اهداف مصونیت دارای ارزش ذاتی است. حقوق بین‌الملل به دنبال تطابق این ارزش‌ها برای مقابله با بی‌کیفری است نه برتری یک هنجار بر هنجار دیگر. هنوز رویه

۱. عزیزی، ستار، «تعامل مصونیت دولت‌ها و قواعد آمره در پرتو رأی مصونیت صلاحیتی ۲۰۱۲»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۳، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۲، ص. ۱۴۹.

2. Orakhelashvili, Alexander, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, no. 5, 2008, p. 968.

3. Akande, Dapo, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 98, No.3, 2004, p. 407.

۴. عزیزی، پیشین، ص. ۱۴۹.

5. Zimmermann, Andreas, "Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens: Some Critical Remarks", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 16, 1995, p. 438.

6. Ibid, p. 440.

منسجمی وجود ندارد که قائل به رد مصونیت دولت‌ها در موارد نقض قواعد آمره بهویژه در موارد شکنجه باشد.<sup>۱</sup> دیوان در رأی خود در قضیه آلمان علیه ایتالیا ابراز داشت که در حقوق بین‌الملل عرفی در حال حاضر یک دولت به علت متهمشدن به نقض آشکار حقوق بشر یا حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه، از حق مصونیت خود محروم نمی‌شود.<sup>۲</sup> ویژگی قاعده مصونیت دولت که دارای طبیعت شکلی است بدون داشتن محتوای ماهوی «که بر اساس آن بتوان حکم آمرانه‌ای را اجرا نمود» توسط صاحب‌نظران سرآمد حقوق بین‌الملل مورد پذیرش قرار گرفته که به تفکیک اساسی بین قاعده آمره و مصونیت دولت اعتقاد دارند. دیوان در خصوص مصونیت قضایی دولت این دیدگاه را پذیرفت و نظر دیگر حقوق دانان را که قائل به صوری بودن افتراق این دو قاعده بوده‌اند و این افتراق را باعث فاصله گرفتن از واقعیت‌های حمایت از حقوق بشر می‌دانند، نادیده می‌انگارد.<sup>۳</sup>

### ۲-۳. ابعاد شکلی قاعده مصونیت دولت

قواعد شکلی قاعده حاکم بر تفسیر، ایفا و اجرای قضایی و غیرقضایی قواعد ماهوی است که مربوط به صلاحیت دادگاه‌ها و محاکم از قبیل قاعده مربوط به مصونیت قضایی، قواعد مربوط به قابلیت پذیرش یک دعوا یا درخواست، قواعد آیین دادرسی و قواعد مربوط به ایفای مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است. اگر چه این قواعد با قواعد مربوط به جبران خسارت رابطه تنگاتنگی دارد اما این قواعد با قواعد ثانویه یکسان نیستند.<sup>۴</sup> قواعد ماهوی حقوق و تعهدات و معیارهای یک رفتار و وضعیت حقوقی، حق یا ادعا و شرایط را مشخص می‌کند، مفاهیم حقوقی را تبیین کرده و مسئولیت بین‌المللی دولت و مسئولیت کیفری بین‌المللی را بنیان می‌نهند.<sup>۵</sup> بین قواعد ماهوی و قواعد شکلی تفاوت‌های مهمی وجود دارد. نخست اینکه ممکن است قواعد شکلی از دادگاهی به دادگاه دیگر متفاوت باشد اما قواعد ماهوی در کلیه محاکم یکسان هستند. دوم اینکه در اغلب موارد، قواعد شکلی به منظور جلوگیری از آغاز جریان رسیدگی در یک دادرسی، مورد استناد قرار می‌گیرند، در حالی که قواعد ماهوی در مورد آنچه که نقض شده است مورد استناد واقع می‌شود. سوم اینکه، قواعد شکلی تابع اصل عطف به ما سبق نشدن نمی‌باشند؛ در حالی که اصل مذکور در مورد قواعد ماهوی،

1. Cassese, Op. cit., p. 106-107.

2. Germany v. Italy, 2012, I.C.J. Op. cit., para. 91.

3. Talmon, Stefan, “Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished”, Leiden Journal of International Law, Vol. 25, 2012, p. 11.

4. Talmon, Op. cit., p. 982.

5. Ibid, p. 981.

اعمال می شود.<sup>۱</sup> اگر چه ممکن است بین قواعد شکلی و ماهوی در حقوق بین الملل، ارتباطی وجود داشته باشد، اما این امر لزوماً به معنای تعارض بین این دو نوع قواعد نیست.<sup>۲</sup> دیوان ابراز داشت که قواعد آمره از لحاظ سلسله مراتبی نمی تواند به خودی خود جایگزین قواعد مصونیت دولت گردد. تصمیم دیوان بر این منطق استوار است که هیچ تعارضی بین این دو دسته از قواعد وجود ندارد.<sup>۳</sup> قاضی ترینیداد در نظر مخالف خود بیان کرده است که بسیار مهم است که به تمامی جرایم بزرگ از منظر شروع به تمایل ارتکاب آن نگریسته شود، بدون در نظر گرفتن اینکه چه کسی آن را مرتکب شده است. سیاست کیفری دولت و غرامت حاصل از ارتکاب جرایم چیزهایی نیستند که بتوانند تحت عنوان مصونیت دولت منتفی شود.<sup>۴</sup> هنگامی که دولتی اقدام به کشتار بخشی از جمعیت خود می نماید نمی توان پنهان شدن آن پشت عنوان مصونیت قضایی را پذیرفت.<sup>۵</sup> نقض فاحش حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه بین المللی در قالب جرایم بین المللی بر خلاف عدالت و قاعده آمره است و نمی توان آن را به راحتی، با تکیه بر مصونیت دولت از بین برد و به فراموشی سپرد.<sup>۶</sup> قاضی گاجا معتقد است که بازبینی رویه دولت ها توسط دیوان به طور کافی انجام نگرفته است، چرا که غنای آرای وحدت رویه دادگاه های ایتالیایی و اهمیت این آراء را به عنوان شواهدی دال بر ظهور استثنایی جدید بر قاعده مصونیت قضایی دولت به حساب نیاورده است. به نظر می رسد که دیوان خود به محدود ساختن طیف تحقیقات خود پرداخته و رویکردي مضيق را نسبت به امکان وجود استثناهای جدید در مورد مصونیت قضایی اتخاذ نموده است.<sup>۷</sup> دکترین مصونیت، با این دیدگاه دیوان هیچ گاه پیشرفت نخواهد کرد. قضاط از تحقیق در مورد ماهیت و هدف عملی که انجام شده است، به واسطه اینکه مصونیت موضوعی شکلی است که باید

۱. نواری، علی، «رأی دیوان در قضیه اختلاف بین آلمان و ایتالیا: موازنۀ بین حقوق بین الملل کلاسیک و مدرن»، در: زمانی، سیدقاسم، جامعه بین الملل و حقوق بین الملل در قرن بیست و یکم، چاپ دوم، شهر دانش، ۱۳۹۳، ص. ۶۷۶.

2. Bastin, Lucas, “International Law and the International Court of Justice’s Decision in Jurisdictional”, Melbourne Journal of International Law, Vol. 13, 2012, p. 16.
3. Ibid, paras. 94-97.
4. Dissenting opinion of Judge CançadoTrindade, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (2012), [online], (last visited: 7/9/2013), para.303, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16891.pdf>
5. Ibid, para. 305.
6. Ibid, para. 306.
7. Dissenting opinion of judge ad hoc Gaja, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (2012), [online], (last visited: 7/9/2013), Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16895.pdf>, paras. 11-12.

جداگانه مورد بررسی قرار گیرد، منع می‌شوند. تفاوت مفهومی در ارزیابی مصونیت به عنوان عملی که ماهیت حاکمیتی دارد با موضوعی که مربوط به قواعد آمره است، وجود ندارد. در هر دو مورد نیاز به تحقیق در ماهیت موضوع است تا تعیین گردد که دولت شرایط حفظ مصونیت را دارد یا خیر. به نظر دنیای بین‌المللی مشکل از دو سیستم کاملاً متفاوت از قواعد، که یکی ماهوی و دیگری شکلی باشد وجود ندارد. ما با عناصر مادی مانند نفت و گاز سر و کار نداریم. قواعد شکلی وحی منزل نیستند؛ چرا که توسط دیگر قواعد به دست می‌آیند و به آن قواعد و ارزش‌ها خدمت‌رسانی می‌کنند.<sup>۱</sup> در واقع دیوان، می‌توانست موضعی ماهوی برای قاعده آمره اتخاذ کرده و تلاش کند آثار آن را تشریح نماید. این مسأله می‌توانست با تحلیلی کامل از قضیه فرینی و دیگر پرونده‌های ایتالیایی و عاقب تصمیم دیوان که جرایم مشخصی در حیطه بین‌المللی توسط نیروهای نظامی آلمان و دیگر ارگان‌های آلمان نازی به وقوع پیوسته است، انجام شود و نیز سئوالاتی را در مورد سلسله مراتب قواعد آمره در برابر مصونیت‌های قضایی به صورتی نسبتاً مجرزا مطرح نماید.<sup>۲</sup>

### ۳-۳. حق افراد برای دسترسی به عدالت و جبران خسارت

ایتالیا در شاخه سوم استدلال خود بیان کرد که شاکیان از انواع جبران خسارت محروم شدن و قضاوت دادگاه‌های ایتالیا آخرین امید آنها بوده است.<sup>۳</sup> دیوان در رأی خود ابراز می‌دارد که برخورداری از مصونیت قانوناً مستلزم پیش‌بینی تمهدات و راهکارهای لازم برای جبران خسارت نیست و دولت مکلف به ایجاد سازوکار و راهکارهای لازم برای جبران خسارت قربانیان به عنوان مابه ازای مصونیت خود نمی‌باشد. قاضی یوسف در نظر مخالف خود معتقد است زمانی که مصونیت قضایی با حقوق بنیادین بشردوستانه تعارض پیدا کند، دولت مقر دادگاه متعهد است که ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی را تضمین و اجرا نماید. در دنیای امروز اعمال مصونیت دولت برای ممانعت از حق دسترسی به عدالت و حق جبران خسارت مؤثر، ممکن است سوءاستفاده از مصونیت تلقی شود.<sup>۴</sup> وی معتقد است که بالغ مصونیت دولت در موارد استثنایی فوق، حقوق بین‌الملل بشردوستانه بهتر اجرا می‌شود و ارزش‌های مبتنی بر حقوق بشر جامعه

1. Espósito, Carlos, Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist. *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 21, 2012, p. 11.
2. Ibid, p. 4.
3. ICJ, Op. cit., para. 45.
4. Dissenting Opinion of Judge Yusuf, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 1/12/2014), 2012, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16893.pdf>.

بین‌المللی در کل بهتر مورد حمایت قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> قاضی بنونا در رأی جداگانه خود معتقد است که اصولاً دولت‌ها در برابر محاکم داخلی دیگر کشورها مصونیت دارند، اما در اوضاع و احوال خاص و استثنایی ممکن است دولتی از این مصونیت محروم گردد. این وضعیت خاص در صورتی پدید خواهد آمد که دولت مตلاف از پذیرش هر نوع مسئولیت در مورد عمل غیرقانونی خود سر باز زند.<sup>۲</sup> قاضی بنونا با نظر دیوان که استدلال «آخرین راه حل جبرانی» را به بهانه فقدان حمایت از این نظریه در رویه دولت‌ها و آراء قضایی رد کرده بود، مخالف است. او از نحوه استدلال دیوان متأسف بود زیرا مبتنی بر خصایص و ویژگی‌های حقوق بین‌الملل معاصر نبود. بنابراین مصونیت در مفهوم مضيق خود، حقی مطلق در اختیار دولت نیست؛ بلکه بسته به شرایط اوضاع و احوال خاص هر قضیه، امکانی در اختیار یک دولت است تا در پیشگاه دادگاهی خارجی محاکمه نشود.<sup>۳</sup> قاضی کروما در رأی جداگانه خود نوشت که وی می‌پذیرد که «أشخاص» در دریافت غرامات ناشی از نقض مقررات حقوق بشر، ذینفع هستند اما برای «أشخاص» حقی قانونی برای طرح دعوای دریافت غرامت به صورت مستقیم علیه دولتی خارجی وجود ندارد و کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ و پروتکل اول الحاقی از چنین فرضیه‌ای حمایت نمی‌کند.<sup>۴</sup> این حسرت‌بار است که دیوان تعهدات سازنده جبران خسارت برای نقض حقوق بشر دوستانه بین‌المللی در حقوق بین‌الملل را برسی نکرده است. این تعهدی است که در ماده ۳ کنوانسیون ۴ لاهه (۱۹۰۷) و ماده ۹۱ پروتکل الحاقی ۱ از ۱۹۷۷ کنوانسیون ژنو (۱۹۹۹) تأکید شده است، در حالی که جبران خسارت برای چنین نقض‌هایی در سطح دولت‌ها مدیریت شده است. این به معنای آن نیست که افراد منافع نهایی چنین سازوکارهایی را دریافت نکرده یا نمی‌کنند و یا آنها دارای حق طرح شکایت برای جبران خسارت نیستند.<sup>۵</sup>

#### ۴-۳. مصونیت دولت‌ها در افق دور دست

این نظریه که دادگاه‌های ملی در مقابل حقوق بین‌الملل بی‌طرف هستند، آن هم در زمانه‌ای که این نظام به صورت گسترده‌ای بر روابط حقوقی داخلی سایه افکنده است،

1. Ibid, paras. 56-57.
2. Separate Opinion Of Judge Bennouna, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 1/12/2014), 2012, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16889.pdf>.
3. Ibid, para. 31.
4. Ibid, para. 304.
5. Summary of the Judgment of 3 February 2012, annex to summery, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 1/12/2014), available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16899.pdf>.

نظریه‌ای غیرقابل قبول است. با نفی این نظریه و اعتقاد به حساسیت حقوق بین‌الملل در قبال واقعیات بیرونی به راحتی می‌توان رویه قضایی مربوط به مصونیت قضایی دولت‌های خارجی را ارزیابی کرد. دیوان عالی ایتالیا ضمن استناد به «قاعده آمره» که همان حقوق بین‌الملل برتر می‌باشد، فقط خواسته است در ساخت و پرداخت قاعده عرفی جدید مشارکت کند. در حال حاضر چنین قاعده‌های وجود ندارد. اما دیوان عالی ایتالیا، نخستین سنگ بنای این «قاعده» را گذاشته است.<sup>۱</sup> در قضیه اختلاف بین آلمان و ایتالیا بررسی حقوق بین‌الملل عرفی پیرامون استحقاق دولت از مصونیت قضایی در موارد نقض قواعد آمره حقوق بشر و حقوق بین‌الملل بشروطی، از سوی دیوان، نمی‌توانند بدون تأثیر بر توسعه حقوق مصونیت دولت باشد. دیوان با اعلام این نظر که در حقوق بین‌الملل عرفی مستقر در حال حاضر، دلایل کافی مبنی بر اینکه دولت‌ها در موارد نقض قواعد آمره حقوق بشر و حقوق بین‌الملل بشروطی در خلال مخاصمات مسلحانه از مصونت قضایی محروم نمی‌شوند، اگر چه جریان حقوق بین‌الملل عرفی را برای معرفی استثنایی جدید در زمینه مصونیت قضایی دولت متوقف نمی‌کند، اما آن را کند خواهد نمود. آن دسته از محاکم ملی‌ای که پس از صدور رأی دیوان بخواهد رویه قضایی محاکم ایتالیا و یونان را تعقیب نمایند، باید سایه سنجین مخالفت با تصمیم دیوان را تحمل نمایند.<sup>۲</sup>

اگر تا دیروز تحولات جامعه بین‌المللی به گونه‌ای بود که از برخی استثنایات کمی بر مصونیت دولت‌ها سخن می‌رفت، امروزه سیر تحولات به سمتی است که استثنایات کیفی از جمله نقض شدید حقوق بشر مطرح می‌شوند و فرایند فعل و انفعالات پیچیده‌تر از گذشته جلوه‌گر می‌شود. حقوق بین‌الملل همان‌گونه که پاسدار نظم حقوق بین‌المللی و راهنمای تابعین خود در تعاملات طرفین می‌باشد، نمی‌تواند واقعیات جدید حیات بین‌الملل را به نظم درنیاورد و نسبت به آن بی‌توجه باشد. از این رو ارائه راهکار جدید و انداختن طرحی نو برای آینده‌ای بهتر برای جامعه بشری بهویژه تضمین حقوق بشر یک ضروری است و این فرایند در جریان است. اینکه آثار تثبیت شده آن در آینده چه خواهد بود را باید به نظاره نشست اما این اتفاق فرخنده است و از منظر انسانی امیدهایی را در ذهن همه ملت‌ها ایجاد می‌نماید.<sup>۳</sup>

۱. فلسفی، هدایت‌الله، صلح جاوید و حکومت قانون: دیالکتیک همانندی و تفاوت، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰، ص. ۵۹۷.

۲. نواری، پیشین، ص. ۶۷۹.

۳. امینی، پیشین، ص. ۱۳۶.

## نتیجه‌گیری

در حقوق بین الملل عرفی، قاعده‌ای وجود ندارد که بر اساس آن در صورتی که دولت‌ها مرتکب نقض قواعد حقوق بشر شدن، امکان استناد به مصونیت قضایی در برابر محاکم ملی سایر دولت‌ها را از دست بدنهند. استثنای صریحی بر مصونیت دولت برای نقض قواعد حقوق بشری نه در کنوانسیون مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آنها در سال ۲۰۰۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحده و نه در قوانین داخلی کشورها در زمینه مصونیت، وجود ندارد. علیرغم این ایتالیا در محاکم داخلی خود خرق قاعده کرده و پیشگام در ایجاد استثنایی جدید در حقوق بین الملل عرفی بوده است. ایتالیا تصریح می‌کند که هیچ یک از دو قاعده رد مصونیت در مواجهه با نقض قواعد حقوق بشری و جواز مصونیت در این رابطه موجودیتی «یقینی» ندارد؛ به این صورت که در حوزه رد مصونیت، قاعده‌ای در حال شکل‌گیری است؛ اما هنوز موجودیت نیافته است. و در حوزه جواز مصونیت نیز شاهد قاعده‌ای هستیم که در حال زوال است ولی هنوز از میان نرفته است. قضیه آلمان علیه ایتالیا مجازی برای دیوان فراهم کرد که در رابطه با تعامل میان حقوق بشر، قاعده آمره و مصونیت دولت، اظهارنظر کند. از نظر دیوان نقض قاعده حقوق بین الملل مبنای موجهی برای کنار زدن مصونیت نیست و شدت نقض حقوق بین الملل هیچ مدخلیتی در رفع مصونیت ندارد. دیوان تصریح می‌کند که تعارضی میان مصونیت و قواعد آمره حقوق بین الملل احراز نمی‌کند و سلسله مراتب هنجاری که میان قواعد حقوق بین الملل پدید آمده، امری ماهوی است. اما مصونیت مسئله شکلی است. ویژگی قاعده مصونیت دولت که دارای طبیعت شکلی است، بدون داشتن محتوای ماهوی «که براساس آن بتوان حکم آمرانه‌ای را اجرا نمود» توسط صاحب نظران سرآمد حقوق بین الملل مورد پذیرش قرار گرفته است که به تفکیک اساسی بین قاعده آمره و مصونیت دولت اعتقاد دارند. دیوان در خصوص مصونیت قضایی دولت این دیدگاه را پذیرفت و نظر دیگر حقوق‌دانان که نظریه برتری قاعده آمره بر مصونیت دولت‌ها در سلسله مراتب هنجاری میان قواعد حقوق بین الملل را بیان کرده و قائل به صوری بودن افتراق این دو قاعده بوده‌اند و این افتراق را باعث فاصله گرفتن از واقعیت‌های حمایت از حقوق بشر می‌دانند، نادیده می‌انگارد. نظریه سلسله مراتب هنجاری باید برای اثبات برخورد قواعد حقوق بین الملل، وجود قاعده آمره‌ای را اثبات نماید که اعطای مصونیت به دولت‌های خارجی را نسبت به نقض‌های حقوق بشر منع نماید؛ اما این نظریه هیچ دلیلی برای چنین قاعده آمره‌ای ارائه نکرده است. از سوی دیگر، دیوان در تعارض میان احترام به حاکمیت دولت‌ها و یا ترجیح حمایت از حقوق بشری افراد، از جمله حق

---

دسترسی به عدالت و جبران خسارت، به سود حاکمیت رأی داده است. در واقع دیوان رعایت مصونیت دولت‌ها در برابر محاکم داخلی دیگر کشورها را ضامن حفظ حاکمیت دولت‌ها دانست. عدم امکان دسترسی قربانیان به مراجع قضایی داخلی برای مطالبه حقوق خود از دولت ناقض قواعد های حقوق بشری با خصلت آمرانه، حفره‌ها و شکاف‌هایی را در بطن حقوق بین الملل ایجاد می‌نماید. در چنین وضعیتی، اشخاص در یافتن مرجعی که بتوانند با توصل به آن خسارات خود را جبران نمایند، دچار مشکل هستند. این امر خود سبب می‌شود که درک متداول از حقوق بین الملل به عنوان یکی از منابع حمایت از حقوق بشری تضعیف شود. دیوان در راستای تثبیت حقوق بین الملل عرفی گام برداشته ولی محتمل است که هر نقض کنونی حقوق بین الملل در آینده در صورتی که مورد اقبال رویه دولت‌ها قرار گیرد، به قاعده آتی حقوق بین الملل عرفی تبدیل شود و مجوز نقض مصونیت را به محاکم داخلی سایر کشورها بدهد.

## منابع

- امینی، اعظم، «مفهوم مصونیت قضایی دولت‌ها و استثنای نقض حقوق بشر»، مجله نامه مفید، شماره ۷۹، ۱۳۸۹.
- انصاری معین، پرویز، مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آنها، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین؛ فرخی، رحمت‌الله؛ و شریف جوادی شریفی، «مفهوم قضایی دولت خارجی در دادگاه‌های ملی با عنایت به رأی دیوان در قضیه مصونیت صلاحیتی دولت»، مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال سی‌ام، شماره ۴۸، ۱۳۹۲.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، «مفهوم کشورها و مقامات حکومتی از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۴، ۱۳۸۰.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ سی و هشتم، گنج دانش، ۱۳۸۸.
- ظاهری، علیرضا، «تحولات قاعده مصونیت دولت: تأثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده آمریکا»، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، ۱۳۸۳.
- عبدالهی، محسن؛ و حسین خلف رضایی، «معادله تعارض اصل مصونیت دولت با قواعد آمره حقوق بشر»، حقوق تطبیقی (نامه مفید)، شماره ۷۹، ۱۳۸۹.
- عبدالهی، محسن، «پیامدهای رأی دیوان در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی دولت بر نقض مصونیت ایران در محاکم آمریکا»، در: زمانی، سیدقاسم، جامعه بین‌الملل و حقوق بین‌الملل در قرن بیست‌ویکم، چاپ دوم، شهر دانش، ۱۳۹۳.
- عبدالهی، محسن؛ و میرشهبیز شافع، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، اداره چاپ و انتشار ریاست جمهوری، ۱۳۸۶.
- عزیزی، ستار، «معامل مصونیت دولتها و قواعد آمره در پرتو رأی مصونیت صلاحیتی ۲۰۱۲»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۳، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۲.
- فلسفی، هدایت‌الله، صلح جاوید و حکومت قانون: دیالکتیک همانندی و تفاوت، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰.
- کمایستانی، کرم علی، «مطالعه‌ای در اصول حقوق بین‌الملل (بررسی دو اصل تعیین سرنوشت ملل و اصل مصونیت دولتها)»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳، ۱۳۷۱.
- موسوی، سیدعلی، «کنوانسیون ملل متعدد درباره مصونیت قضایی دولتها و اموال آنها»، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیستم، شماره ۴، ۱۳۸۵.
- نواری، علی، «رأی دیوان در قضیه اختلاف بین آلمان و ایتالیا: موازنۀ بین حقوق بین‌الملل کلاسیک و مدرن»، در: زمانی، سیدقاسم، جامعه بین‌الملل و حقوق بین‌الملل در قرن بیست‌ویکم، چاپ دوم، شهر دانش، ۱۳۹۳.

- 
- Akande, Dapo, "International Law Immunities and the International Criminal Court", American Journal of International Law, Vol. 98, No.3, 2004.
  - Al-Adsani v. United Kingdom, European Court of Human Rights, (no.2) (35763/97), 2001.
  - Bastin, Lucas, "International Law and the International Court of Justice's Decision in Jurisdictional", Melbourne Journal of International Law, Vol. 13, 2012.
  - Bianchi, Andrea, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", American Journal of International Law, Vol. 107, 2005.
  - Brownlie, Ian, "Principles of Public International Law", 7th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.
  - Cassese, Antonio, International Law, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2005.
  - De Sena, Pasquale; and Francesca De Vittor, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", European Journal of International Law, Vol. 16, No. 1, 2005.
  - Dissenting opinion of judge ad hoc Gaja, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (2012), [online], (last visited: 7/9/2013), Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16895.pdf>.
  - Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (2012), [online], (last visited: 7/9/2013), available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16891.pdf>.
  - Dissenting Opinion of Judge Yusuf, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 1/12/2014), 2012, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16893.pdf>
  - Espósito, Carlos, Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist. Italian Yearbook of International Law, Vol. 21, 2012.
  - Finke, Jasper, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?" European Journal of International Law, Vol. 21, No. 4, 2010.
  - Fox, Hazel; and Philippa Webb, The Law of State Immunity, Oxford University Press, 2002.
  - Germany. v. Italy. 2011, I.C.J. 143, Greece requests permission to intervene in the proceedings, summary, press release, unofficial, [online], available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16294.pdf>

- 
- Harris, David, "Cases and Material on International Law", 6th edition, London, Sweet & Maxwell, 2005.
  - Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), summary of the Judgment of 3 February 2012, [online], (last visited: 7/9/2013), Available at:  
<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16899.pdf>
  - Karagiannakis Magda, "State Immunity and Fundamental Human Rights", Leiden Journal of International Law, Vol. 11, Issue 1, 1998.
  - Orakhelashvili, Alexander, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong", The European Journal of International Law, Vol. 18, no. 5, 2008.
  - Pittrof, Sabine, "Compensation Claims for Human Rights Breaches Committed by German Armed Forces Abroad During the Second World War: Federal Court of Justice Hands Down Decision in the Distomo Case", German Law Journal, Vol. 15, 2004.
  - Reece Thomas, Katherine; and Joan Small, "Human Right and State Immunity : Is there Immunity from Civil Liability for Torture?", Netherlands International Law Review, Vol. 50, Issue 1, 2003.
  - Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Jurisdictional Immunities of The State (Germany V. Italy: Greece Intervening) Judgment Of 3 February 2012, [online], (last visited: 7/9/2013), Available at:  
<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>.
  - Reports of judgments, advisory opinions and orders, order 6 July 2010, jurisdictional immunitiesof the state(Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 21/11/2014), available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16027.pdf>
  - Separate Opinion Of Judge Bennouna, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 1/12/2014), 2012, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16889.pdf>
  - Separate Opinion Of Judge Koroma, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 1/12/2014), 2012, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16885.pdf>
  - Steinberger, Helmut, "State Immunity" Encyclopedia of Public International Law", vol. 10, Amsterdam, North-Holland, 1989.
  - Summary of the Judgment of 3 February 2012, annex to summery, in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State

---

(Germany v. Italy: Greece intervening), (online), (last visited: 1/12/2014), available at:  
<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16899.pdf>

- Talmon, Stefan, "Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished", Leiden Journal of International Law, Vol. 25, 2012.
- Zimmermann, Andreas, "Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens: Some Critical Remarks", Michigan Journal of International Law, Vol. 16, 1995.

## تحلیل اقتصادی کپیرایت: سنجش کارآمدی و توازن در نظام کپیرایت

یدالله دادگر\*

میرقاسم جعفرزاده\*\*

محمدعلی باقرصاد\*\*\*

### چکیده

در تحلیل اقتصادی حقوق، تحلیل هزینه - فایده و دیگر ابزارها و دیگر عناصر روش اقتصاد به کمک اقتصاددانان و حقوقدانان می‌آید. این مهم در تحلیل نظام کپیرایت نیز به صورت معنی داری مطرح است. در این مقاله تلاش شده است تا از یک طرف مهم‌ترین آسیب‌های توسعه کپیرایت مانند رانت جویی، محدود کردن حوزه عمومی و هزینه مبادله در معرض ارزیابی قرار گیرد و از طرف دیگر فواید توسعه کپیرایت همچون بهره‌وری، تجاری سازی، تأثیر بر رقابت بررسی شود. یک یافته این مقاله چنین بیان می‌شود که در یک ارزیابی کلی نظام کنوی کپیرایت در ایران و آمریکا دارای توازن و کارآمدی است و منافع کپیرایت بر مضرات آن پیشی می‌گیرد. البته روند افزایش مدت حمایت و حوزه کپیرایت به ویژه در سال‌های اخیر سریع بوده است؛ به گونه‌ای که به سختی می‌توان در مورد «آنده» توازن در عرصه کپیرایت بحث کرد. به نظر ما رعایت توازن می‌تواند بهره‌وری کپیرایت را افزایش دهد.

**کلیدواژه‌ها:** تحلیل اقتصادی، توازن، کارآمدی، کپیرایت، هزینه - فایده.

y\_dadgar@sbu.ac.ir

\* عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

m-jafarzadeh@sbu.ac.ir

\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

baghersad\_ali@yahoo.com

\*\*\* کارشناس ارشد حقوق مالکیت فکری دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه

امروزه بیشتر تحلیل‌ها در کپی‌رایت متوجه رویکرد توازنی است و بحث از وجود یا نبود حمایت نیست بلکه بحث از درجه حمایت است. نه می‌توان نقش انگیزه را نادیده گرفت و نه می‌توان از محدودیت‌های کپی‌رایت چشم‌پوشی کرد؛ هدف در کپی‌رایت باید رسیدن به یک توازن دقیق و مناسب میان انگیزه و دسترسی به آثار مورد حمایت باشد. یکی از مهم‌ترین ابزارها برای تحلیل این توازن در تحلیل اقتصادی جهت سنجش کارایی نظام، تحلیل هزینه – فایده است.<sup>۱</sup> مفسران ممکن است فهم متفاوتی از نحوه سنجش منافع و مزايا داشته باشند اما در این ایده که تحلیل هزینه – فایده یک آزمون خوب برای سیاست‌گذاری و تحلیل در این شاخه است، به ندرت خدشه وارد کرده‌اند؛ برنده و بازنشده در هر تصمیمی وجود دارد.

نکته مهم این است که سیاست‌گذاران و قانون‌گذاران با فهم درست شرایط در هر قضیه بهترین تصمیم را اتخاذ نمایند، لذا لازم است فرصتی برای تحلیل – با طرح فواید و آسیب‌ها – پدید آید. در قسمت اول در ابتدا به مهم‌ترین آسیب‌های مورد ادعای مخالفان کپی‌رایت اشاره خواهیم کرد و به ارزیابی هر یک می‌پردازیم (بند یک). در قسمت بعد فواید نظام کپی‌رایت به قضاوت گذاشته خواهد شد (بند دو) و در تحلیل نهایی خواهیم دید که آیا در یک ارزیابی کلی، نظام کپی‌رایت دارای کارآمدی است یا خیر (بند سه). قبل از ورود به بحث لازم است اشاره شود منظور از کپی‌رایت معنای عام آن یعنی حق ادبی و هنری است.

هرچند از آنجایی که تحلیل اقتصادی عمدتاً متمرکز بر نظام کپی‌رایت به معنای خاص آن در برابر نظام حق مؤلف است و در نتیجه تکیه و توجه آن بر حقوق اقتصادی است، حقوق اخلاقی در حاشیه بررسی ما قرار می‌گیرد.

نکته دیگر این است که در این پژوهش تلاش می‌کنیم تا تحلیل اقتصادی کپی‌رایت را با مطالعه‌ای تطبیقی با نظام کپی‌رایت آمریکا به عنوان مهد ظهور و توسعه تحلیل اقتصادی حقوق و نیز بهره‌مند از رژیم قدرتمند کپی‌رایت به پیش ببریم. به علاوه، می‌کوشیم نظام کپی‌رایت ایران را فراموش نکرده و در سراسر بحث مستندات قانونی در حقوق ایران را یادآور شویم و البته به طور خاص در مبحث سوم راجع به کپی‌رایت ایران و آمریکا اظهارنظر خواهیم کرد.

۱. تجزیه و تحلیل هزینه – فایده یک تکنیک ارزیابی است که می‌تواند موجب تحلیل رفتار کارگزاران دیگر رشته‌ها نیز گردد. منظور از این تکنیک، این است که اشخاص حقیقی یا حقوقی، از جمله با توجه به برآورده هزینه‌ها و منافع امور مختلف تصمیم خاصی را اتخاذ می‌نمایند که دارای بیشترین بازدهی و کمترین هزینه‌های ممکن باشد (دادگر، یدالله، اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان، نشر آماره، ۱۳۹۱، ص. ۲۹).

## ۱. مضرات و آسیب‌ها

در این قسمت انحصارزایی، ایجاد محدودیت بر خلاقیت‌های آتی، رانت جویی، هزینه مبادله، جنبش‌های آزاد فرهنگی، محدود کردن حوزه عمومی و ذکر عوامل محدودکننده کپی با نبود کپیرایت، به عنوان آسیب‌های کپیرایت بررسی خواهد شد.

### ۱-۱. انحصار<sup>۱</sup>

انحصار در بازار اغلب آثار منفی بر رفاه اجتماعی دارد. به طور عمدۀ به دو دلیل به هم مرتبط، با انحصار در کپیرایت مخالفت می‌شود. نخست، ایجاد مانع رقابتی است و دیگر ایجاد «زیان ناشی از عدم کارایی». این مسئله به محدودیت در دسترسی و انتشار اطلاعات کمتر از سطح مطلوب منجر می‌شود؛ درست است که اگر به شخص بر نوعی از کالاها کترل بدهیم، قیمت آن را بالا برده و نسبت به بازار رقابتی پول بیشتری به جیب می‌زند، اما جامعه به عنوان یک کل بدتر می‌شود؛ چون خریدارانی که می‌توانستند پول بدهند اما نمی‌توانند و یا مایل نیستند پول بیشتری بپردازنند دیگر نمی‌توانند اطلاعات را به دست بیاورند. این به معنای مطلوبیت از دست رفته (زیان ناشی از عدم کارایی) است؛ این مصرف کنندگان ممکن است ارزش کالا را بالا نگذارند یا منابع کافی برای پرداخت قیمت بالاتر نداشته باشند. در هر حال این مطلوبیت از دست می‌رود. زیان ناشی از عدم کارایی به خاطر انحراف بازار از شکل رقابتی است. اگر بازار رقابتی بود، هزینه نهایی با قیمت بازار برابر بود و همه می‌توانستند به محصولات دسترسی داشته باشند. اما با انحصار و با وضع قیمتی فراتر از هزینه نهایی کسانی که پول کمتری دارند دسترسی کمتری خواهند داشت. از این گذشته وجود چند ویژگی به ویژه در قیاس با اختراعات سبب شده که تصور شود کپیرایت موجود انحصار است:<sup>۲</sup>

- برخلاف اختراع، اگر اثر کپیرایتی تولید نشده یا وارد بازار نشود، علی‌الاصول، در معرض لیسانس اجباری یا ابطال قرار نمی‌گیرد؛ چون کپیرایت وابسته به «ضرورت

۱. اولین منبع نارسایی بازار، وجود انحصار (monopoly) در بنگاه‌های گوناگون است. نقطه مقابل آن رقابت است. اگر رقابت در بازار باشد هزینه نهایی و قیمت برابر می‌شود. سیاست عمومی برای تصحیح انحصار جایگزینی آن با رقابت (در صورت امکان) یا قانون‌گذاری برای وضع قیمت به خصوصی برای تصحیح انحصار است (کوتیر و یولن، حقوق و اقتصاد، ترجمه یدالله دادگر و حامد اخوان هزاوه، انتشارات پژوهشکده اقتصاد، ۱۳۸۸، ص. ۶۲). برای دیدن انواع بازارهای رقابتی و غیررقابتی رک. دادگر یدالله، اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان، منبع پیشین، صص. ۷۳ به بعد.

2. Deadweight loss

3. Ghidini, Gustavo, Intellectual Property and Competition Law: the Innovation Nexus, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 55-56.

کار کرد»<sup>۱</sup> نیست. در حقوق آمریکا، رایج ترین مورد استفاده لیسانس اجباری در صنعت موسیقی است؛ زمانی که یک آهنگ ضبط و برای «عموم» توزیع شد، هر شخص یا گروهی حق دارد آن را بدون رضایت صاحب کپی رایت و مشروط بر پرداخت حق الزحمه و رعایت دیگر شرایط، ضبط و توزیع کند و البته تنها در مورد آثار موسیقی «غیردراماتیک» به کار می‌رود.<sup>۲</sup> در حقوق کپی رایت ایران ردی از پذیرش لیسانس اجباری در قوانین دیده نمی‌شود و برخی آن را با توجه به خلاف اصل (رضایی بودن) بودن، قابل پذیرش نمی‌دانند.<sup>۳</sup> در پیش‌نویس اما به نظر ما می‌توان نمونه‌ای از پذیرش نظام لیسانس اجباری را مشاهده کرد.<sup>۴</sup> پس این مسأله یا اصولاً پذیرفته نشده یا بسیار محدود و با شرایط خاصی تجویز شده است.

- دارنده کپی رایت هیچ تعهدی ندارد که به خالق «اثر اشتقادی»<sup>۵</sup> مجوز بدهد، حتی اگر دومی دارای اهمیت بالای فرهنگی باشد مانند ترجمه یک اثر بُرْنَدِه دارای جایزه نوبل.

- در آمریکا «اصل زوال» یا «دکترین اولین فروش»<sup>۶</sup> در کپی رایت باقدرت اعمال نمی‌شود و دارای محدودیت‌هایی است؛ صاحب کپی رایت می‌تواند در مواردی اثر را از استفاده بعدی مانند کرایه دادن یا قرض دادن منع کند. اما در اختراع این حق به کلی پس از فروش زایل می‌شود. چنین مجوزی (وضع محدودیت برای خریدار) در قوانین کپی رایت ایران داده نشده و پذیرش آن مشکل است. در اختراع بهوضوح به لیسانس اجباری اشاره شده است (نک. بند ج از ماده ۱۵ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶).

چنان که گفته شد، ناکارآمدی مرتبط با انحصار، ایجاد زیان ناشی از عدم کارایی است. به چند دلیل ممکن است این ناکارآمدی آن چیزی نباشد که در عمل در نظر

۱. برای نمونه ماده ۳۷ قانون سابق علائم و اختراعات ۱۳۱۰ یکی از جهات «ابطال» برگه اختراع را زمانی می‌دانست که با وجود گذشت پنج سال از تاریخ صدور برگه اختراع از آن «استفاده عملی» نشده باشد. این ماده در قانون جدید ثبت اختراعات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ به چشم نمی‌خورد، اما شاید بتوان آن را در زمرة موارد صدور لیسانس اجباری مذکور در ماده ۱۷ دانست.

۲. نک. ماده ۱۱۵ قانون کپی رایت آمریکا.

۳. محمودی، پژمان، حقوق قراردادهای مؤلف، نشر دادگستر، ۱۳۸۶، صص. ۶۱-۶۲.

۴. نک. ماده ۴۳ پیش‌نویس لایحه قانون جامع حقوق مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط (۱۳۸۹) که «ترجمه و انتشار اثر» بدون اجازه دارنده آن را با شرایطی از جمله در صورت پرداخت مبلغی عادلانه به مترجم مجاز می‌داند.

۵. اثربار است برگرفته از یک یا چند اثر موجود از جمله اثر ترجمه‌ای، اثر موسیقایی اقتباسی، فیلم‌نامه اقتباسی، تلخیص، چکیده و ... (بند ۳ از ماده یک پیش‌نویس لایحه جامع حقوق مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط).

گرفته می شود: اولاً انحصار، اصطلاح مرتبط با بازار است نه یک کالا یا خدمات. آنهایی که کنترل مؤثر بر بازار داشته باشند، می توانند ناکارآمدی مرتبط با انحصار را داشته باشند. درواقع، انحصار قانونی لزوماً قدرت بازار اعطانی کند. اگر محصولات فکری در بازار موفق نشود، انحصاری به دنبال نخواهد داشت؛ مانند سی دی یا رمانی که هیچ کس علاقه‌ای به خرید آن ندارد. نتیجه این که انحصار تنها زمانی پدید می آید که مصرف کنندگان، کالای اطلاعاتی مورد حمایت را به سختی قابل جایگزینی با کالای اطلاعاتی نزدیک تر بیابند. ۲. ناکارآمدی مرتبط با انحصار اجتناب ناپذیر نیست؛ اگر انحصار بتواند در یک تعییض کامل قیمت باشد و سپس میزانی که تولیدشده همانی باشد که اگر رقابت بود تولید می شد هیچ زیان ناشی از عدم کارایی نخواهد بود. هرچند تعییض کامل قیمت<sup>۱</sup> ممکن نیست، اما به میزانی که انحصارگر درگیر آن شود می تواند ناکارآمدی ایستای مرتبط با مطلوبیت از دست رفته را کاهش دهد. ۳. در هر حال چشم‌انداز سودهای اضافی است که انگیزه‌بخش است زیرا بازار رقابتی، سود اضافی نمی‌بخشد و انگیزه هم پایین است. به همین دلیل، انحصار برای نامحسوسات مولد است، چون بدون حق انحصاری راهی برای مؤلف، مبتکر و سرمایه‌گذار برای به دست آوردن بازده سرمایه‌گذاری وجود ندارد. در واقع ممکن است انحصار از نظر ایستا و یا گذشته نگر یک ضرر اجتماعی باشد اما از منظر پویا و آینده‌نگر برای تشویق اثر جدید لازم است. اما چنان که گفتیم، کپی رایت صرف‌نظر از ایجاد ضرر ناشی از عدم کارایی ممکن است به دلیل ایجاد مانع رقابتی نیز در مظان اتهام قرار گیرد. این به آن دلیل است که سیاست رقابتی و سیاست مالکیت فکری اغلب در تنش هستند: یکی به دنبال دادن قدرت بازار است و دیگری به دنبال محدود کردن آن. اما باید توجه داشت که: نخست، این تنش کوتاه مدت است و در بلندمدت مالکیت فکری نیز موجب نوآوری می‌شود و رفاه مصرف‌کننده را فراهم می‌کند که نگرانی حقوق رقابت نیز هست. بنابراین، این ناسازگاری اساسی نیست. دوم، حقوق فکری خود حقوق انحصاری نیست بلکه به معنای واقعی یک حق استثنای<sup>۲</sup> است برای یک فعالیت خاص. با این حال، این قابلیت را دارد که تا اگر به نحو گستردگ طولانی تر یا وسیع تر شد، قدرت بازار بدهد.<sup>۳</sup> سوم، قانون، هیچ گاه خود انحصار را غیرقانونی اعلام نکرده است بلکه فراتر به هزینه‌های رفتار ضرقابتی برای تحصیل قدرت بازار نظر دارد و آن انحصار بدون درگیر شدن در

1. Price Discrimination

2. Exclusive right

3. Veljanovski, Cento, Economic Principle of Law, Cambridge University Press, 2007, p. 72.

رفتار ضدرقابتی مانع ندارد. چهارم، اگر بخواهیم کمی دقیق‌تر صحبت کنیم، کپی‌رایت از ایده حمایت نمی‌کند و تنها بیان ایده مورد حمایت است و این مسأله در قیاس با دیگر اشکال مالکیت فکری مانند اختراع که از ایده حمایت می‌کند بسیار مهم است.<sup>۱</sup> پنجم اینکه حتی اگر نپذیریم که کپی‌رایت انحصار ایجاد نمی‌کند، قواعد حقوق رقابت یا نهاد رقابت غیرمنصفانه مانع از رفتارهای تهدیدکننده رقابت می‌شوند. به علاوه، دادگاه‌ها در حال حاضر چه در اروپا و چه در آمریکا در زمینه حقوق رقابت به مالکیت فکری دوستانه‌تر می‌نگردند و معتقدند اگرچه ممکن است حقوق فکری به تخطی از اصول رقابت بیانجامد، اما به طور کلی نمی‌تواند بیش از مالکیت فیزیکی مقصراً دانسته شود.

## ۲-۱. محدود کردن خلاقیت‌ها و نوآوری‌های آینده

بعد از ایجاد انحصار، مهم‌ترین اتهام، ایجاد محدودیت توسط کپی‌رایت برای نوآوری‌های بعدی است. امری که از آن به عنوان ناکارآمدی پویایی<sup>۲</sup> کپی‌رایت یاد می‌شود (در برابر انحصار که ناکارآمدی ایستای کپی‌رایت است). بر این اساس، دانش یا ایده ماهیت تراکمی یا تجمعی<sup>۳</sup> دارد: مؤلفان و مخترعان اثر خود را بر مبنای آثار پیشین می‌سازند. اگر این کار را نکنند، هزینه نوآوری مجدد بسیار زیاد خواهد بود؛ درواقع ایجاد کارآمد آثار جدید نیازمند دسترسی و استفاده از آثار پیشین است، اما مالکیت فکری دسترسی و استفاده اثر قبلی را محدود می‌کند.

حتی اگر صاحبان کپی‌رایت بخواهند اثر خود را با شرایط معقول واگذار کنند، یافتن آنها و مذاکره با آنها خطر شکست در شناسایی مالک و نقض نااگاهانه اثر پیشین را در پی دارد. در این رابطه، استثناپذیری کامل آثار کپی‌رایت، افشاء پدیده‌های جدید را با مسدود کردن پیشرفت علمی و فرهنگی در حال نمود آن کاهش داده و به تأخیر می‌اندازد. بنابراین نظر را این گونه توضیح داده که با در نظر گرفتن این که اطلاعات دارای کپی‌رایت هم یک درون داد (برای کسی که از آن استفاده می‌کند) است و هم یک برون داد (توسط تولیدکننده اثر فکری)، فرآیند ایجاد محصول فکری تضادی بین اولین نسل و دومین نسل پدیدآورندگان به وجود می‌آورد: «هرچه حقوق اولین نسل بیشتر باشد انگیزه بیشتر است اما هزینه نسل دوم بیشتر می‌شود و انگیزه آنها کمتر» ... این مسأله به نحو قابل ملاحظه‌ای استفاده از کالای اطلاعاتی به عنوان آورده خلاقیت بعدی

1. Ghidini,Gustavo(2010) Innovation Competition and Consumer Welfare in intellectual property law, Edward Elgar Pub, p.224.
2. Dynamic Inefficiency
3. Cumulative

را محدود می کند؛<sup>۱</sup> هرچه حمایت کمتر باشد نویسنده، مصنف، نقاش یا دیگر پدیدآورندگان بدون نیاز به مجوز و بدون نقض بیش از آثار قبلی وام می گیرند و هزینه ایجاد اثر جدید هم پایین تر است؛ اما هرچه حمایت قوی تر باشد، هزینه ایجاد آثار جدید بالاتر می رود و در نتیجه تعداد آثار ایجاد شده کاهش می یابد.<sup>۲</sup>

قیاس با اختراع در این زمینه مشکل را بهتر نشان می دهد. در اختراع هر شخص می تواند برای بهبودهای ایجاد شده توسط خود گواهی اختراع بگیرد.<sup>۳</sup> اما در کپی رایت، صاحب کپی رایت، حق انحصاری بر آثار اشتراقی دارد. در این زمینه ماده ۱۰۶ قانون کپی رایت آمریکا اجازه هرگونه کپی، اقتباس یا تغییر اثر اصلی را به مالک آن می سپارد و در حقوق ایران نیز به همین ترتیب است.<sup>۴</sup> بنابراین، بهبوددهندگان هیچ قدرتی برای چانهزنی با صاحب اثر برای تقسیم ارزش اثر بهبودیافته ندارند.

با این اوصاف، صرف نظر از این که مشخص نیست دیدگاهی که خواسته یا ناخواسته سواری مجانية را تجویز می کند، چه پاسخی برای مشکل فقدان انگیزه و نارسانی بازار دارد، پاسخهای دیگری نیز می توان ارائه داد. برای نمونه می توان گفت که توازن در کپی رایت از نوع خاصی است. درست است که مدت حمایت آن بیش از اختراع است اما در عوض به پدیدآورندگان بعدی اجازه استفاده از ایده «پیشگام» داده می شود و تنها حق انحصاری بر «بیان ایده» وجود دارد.<sup>۵</sup> به علاوه، «افشای اثر» که کپی رایت مشوق آن است، خود در جهت ارتقای نوآوری است. همچنین، مجموعه ای از دفاعیات، تأمین کننده منافع استفاده کنندگان بعدی است: دفاع «استفاده آزاد» و یا مکانیزم «لیسانس اجباری»<sup>۶</sup> همه برای دسترسی مناسب نوآوران بعدی است که در جای خود به آنها اشاره خواهیم کرد.

### ۱-۳. رانت جویی

برخلاف اموال که ارزشمند را بر مبنای استفاده اشخاص و مبالغه می سنجند، حقوق فکری ابتدا ارزشمند را از انحصارهای قانونی می گیرند که امکان رانت جویی از

1. Mazzotti, Giuseppe, EU Digital Copyright Law and End User, Berlin, Springer, 2008, pp.19-20.
2. Landes, William, And Richard Posner, Economic Structure of Intellectual Property, Harvard University Press, 2003, pp. 68-69.

۳. برای نمونه نک. ماده ۲۵ آین نامه اجرای قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۷ که اشاره کرده است که توسعه یا بهبود اختراع می تواند موضوع اظهارنامه قرار بگیرد.

۴. مواد ۱ تا ۳ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات ۱۳۵۲

۵. اصل عدم حمایت از ایده ها و حمایت از بیان ایده، اصل مسلم نظام کپی رایت است.

6. Compulsory License

دیگر استفاده کنندگان، لیسانس گیرندگان و مبتکران را فراهم می‌کند. به این رویداد، هزینه استراتژیک کپی رایت لقب داده‌اند. این رفتار سودجویانه – یعنی نگاه به سودهای بادآورده از سود انحصار یا دیگر انحرافات بازار آزاد- چیزی است که به آن رانت جویی می‌گویند. رانت، غیراخلاقی یا غیرقانونی نیست اما از نظر اجتماعی مضر است، به ناکارآمدی اقتصادی منجر می‌شود و سطح کلی ثروت یک جامعه را تنزل می‌دهد.

در این میان، وضع کپی رایت وضع خاصی است: برخلاف اختراعات و علائم تجاری، طرح قانونی و مبنایی کپی رایت از چانهزنی «انتخاب عمومی»<sup>۱</sup> میان گروه‌های عمومی با منافع بزرگ بیرون می‌آید و این به هزینه انتخاب عمومی بیشتر برای یک رژیم کپی رایت در مقایسه با دیگر نظام‌ها انجامیده است. تجربه و نظریه انتخاب عمومی به ما می‌آموزد که گروه‌های سازمان یافته در تعیین دقیق اهداف برای داشتن تأثیر سیاسی بیش از سایرین منفعت بسیاری دارند و این مسئله دقیقاً در کپی رایت هم دیده می‌شود؛ زیرا صنایع کپی رایت و انجمن‌های تجاری به ویژه در آمریکا درگیر لابی‌های گسترده هستند، به نحوی که می‌توان گفت که امروز در کپی رایت، رانت‌جویی قانون‌گذاری یک معطل شده و کنگره هر زمان صاحبان کپی رایت درخواست کرده‌اند با کپی رایت موافقت کرده است.

مشکل دیگر در ارتباط با رانت، چیزی است که از آن با عنوان اتلاف رانت یا رانت پراکنی<sup>۲</sup> یاد می‌شود. توضیح این که ممکن است رانت عمومی و رانت خصوصی با یکدیگر متفاوت باشند. مثلاً آن چیزی که مبتکر به دست می‌آورد (خصوصی) کمتر از آن چیزی است که عاید جامعه می‌شود (عمومی). این مسئله ممکن است منجر به آن شود که اشخاص برای شرکت در رانت خصوصی درگیر شوند اما رانت‌های اجتماعی را تلف کنند. این مسئله معمولاً به دو نحوی می‌دهد: ۱. سرمایه‌گذاری هنگفت در رقابت برای کسب رانت و ۲. سرمایه‌گذاری در تکنیک‌های جایگزین و نامطلوب اجتماعی برای بردن رقابت.

واقعیت این است که رانت‌جویی امری مشهود و مسلم در کپی رایت است و به همین دلیل در این زمینه در ادبیات تحلیل اقتصادی کمتر تردید شده است. این مسئله در آمریکا به ویژه در جریان تصویب قانون توسعه مدت کپی رایت مشاهده شد. تا جایی که برخی اعتقاد دارند این قانون در روندی غیردموکراتیک و شتاب زده به تصویب رسید. در دیگر زمینه‌های توسعه کپی رایت چه در زمینه مصادیق تحت پوشش و چه در گستره حقوق تحت شمول ردپای صنایع کپی رایت بزرگ و گروه‌های ذی‌نفع در تصویب قانون

1. Public Choice  
2. Rent Dissipation

به چشم می خورد و در مجموع لابی گری و چانه زنی یکی از عوامل توسعه کپی رایت دانسته می شود. البته این امر خود می تواند به دلیل ساختار تصویب قانون گذاری در آمریکا و یا افزایش ارزش اقتصادی آثار کپی رایت در آن کشور باشد و به همین خاطر به نظر ما طرح این موضوع در کشوری مانند ایران در حال حاضر به عنوان یک معضل پژیرفتی نیست.

با این وجود درسی که می توان از رانت جوبی و رانت پراکنی گرفت این است که باید هنگام شکل دادن به نهادهایی مانند مالکیت فکری آنها را از نظر دور نداشت و نادیده نگرفت و تلاش کرد تا آن را با استحکام بخشیدن به حقوق فکری به کمترین حد ممکن رساند.

#### ۴-۱. هزینه مبادله

هزینه مبادله در برگیرنده تمامی هزینه هایی است که برای انتقال بسته های حقوق مالکیت از یک عامل به عامل دیگر مورد نیاز است. این هزینه ها شامل هزینه های ایجاد مبادله (اکتشاف فرصت های مبادله، کسب اطلاعات، انجام مذاکره و ...) و هزینه های حفظ و حمایت از ساختار نهادی (پلیس و قوه قضائیه) می شود. برقراری ترتیبات حقوقی مناسب می تواند از طریق تسهیل همکاری و کاهش منازعات هزینه مبادله را کاهش دهد و بر عکس، ترتیبات ناکارآمد حقوق هزینه مبادله را افزایش دهد. اگر هزینه مبادله صفر باشد ترتیبات متفاوت حقوق مالکیت به نتایج کارا می انجامد و اگر صفر نباشد به نتایج با کارایی متفاوت منجر خواهد شد. در اینجاست که تصریح حقوق مالکیت اهمیت پیدا می کند. بنابراین، وجود هزینه مبادله در بسیاری موارد از رسیدن به راه حل کارای منابع جلوگیری می کند.<sup>۱</sup>

به تعبیری خلاصه می توان هزینه قراردادی را به دو دسته تقسیم کرد: ۱. هزینه برای استقرار و حفظ حقوق مالکیت و ۲. هزینه قراردادی بر مبنای رویکرد نئوکلاسیک که از انتقال ناشی می شود.<sup>۲</sup> به تعبیر منتقدان، هزینه در کپی رایت در هر دو زمینه بالاست؛ حتی زمانی که مبادله کنندگان اندک باشند. دلیل آن، دشوار بودن تعریف این نوع مالکیت است چون مرز فیزیکی منحصر به فردی ندارد. البته هزینه مبادله در فروش نسخه اصلی خیلی بالا نیست. زمانی که بحث انتقال حق برای نسخه برداری مطرح می شود، تعریف این حقوق دشوار می شود، مثلاً نقاشی یا قطعه موسیقی روشن است اما

معلوم نیست که چیزی که بسیار شبیه آن است نسخه ناقض آن است یا خلاقيت مستقلی است که تنها شبیه آن است.<sup>۱</sup> همچنین در زمینه هزینه حمایت، گفته شده که در مالکیت فکری به دلیل طبیعت رقابت ناپذیر کالای اطلاعاتی و گستره نقض، هزینه حمایت بالاست.<sup>۲</sup>

بر اساس برخی مطالعات، هزینه مبادله هم جنبه مثبت دارد و هم جنبه منفی. زمانی که به دید هزینه نگاه کنیم مضر جلوه می کنند. اما زمانی که به دید هزینه مرتبط با تخصصی سازی و تقسیم کار به آن نگاه کنیم (یعنی از آن جهت که مرتبط با خود قرارداد هستند) مفید است. گذشته از جنبه های مثبت احتمالی در هزینه قراردادی، روشن است که یکی از استدلالات رایج علیه مالکیت خصوصی در مالکیت فکری هزینه های مبادله است. به همین منظور، مالکیت این کالاهای نیازمند استقرار روشن است. همین طور حقوق ویژه مالک نیز باید روشن شود، برای اینکه در وهله اول انگیزه برای ایجاد آن به وجود آید و زمانی هم که به وجود آمد به راحتی در مبادله بازار وارد شود. طرح حقوق فکری برای تسهیل تجارت کافی نیست، بلکه تعریف دقیق از این حقوق ضروری است زیرا زمانی که مالکیت یک کالا به درستی تعیین نشود، تجارت دشوار می شود.<sup>۳</sup> هزینه مبادله قراردادی بالا هرچند یک آسیب است اما راه حل نیز دارد. تعریف شفاف این حقوق یک راه حل اساسی است. دادن کپی رایت به شکل جمعی نیز وسیله خوبی برای غلبه بر هزینه های بالای لیسانس دادن است. به علاوه، هزینه های اداره و اجرا در کپی رایت اصولاً به دلیل نبود تشریفات برخلاف آنچه ادعا می شود چندان بالا نیست.

#### ۱-۵. محدود کردن حوزه عمومی

حوزه عمومی، حوزه ای است که در آن اثر یا ذاتاً از تحت حمایت قانونی خارج بوده یا مدت حمایت قانونی آن منقضی شده است. در واقع حوزه عمومی حوزه ای است که افراد می توانند بدون هیچ گونه مسئولیتی به آثار دیگر دسترسی داشته باشند. بسیاری استدلال می کنند که حوزه عمومی برای جریان ایده ها ضروری است، اما با مشخصه اصلی مالکیت فکری که انحصار را به دنبال می آورد، نوآوری خارج از حوزه عمومی می ماند و عموم را از دسترسی کامل محروم می کند. اگر حقوق انحصاری بیش از استاندارد باشد دسترسی به نوآوری کاهش می یابد؛<sup>۴</sup> خلاقيت عمیقاً نیازمند دسترسی

1. Landes and Posner, Op. cit., p.16.

2. Ibid, pp.18-19.

3. Leveque, Froncois; and Yann Meniere, Economics of Patent and Copyright, Berkley University Press, 2004, p.13.

4. Gollin, Michael, Driving Innovation Intellectual Property Strategies for a Dynamic World, Cambridge University Press, 2008, p. 40.

به آثار دیگران و آزادی استفاده مجدد و تغییر شکل است و هنرمندان فراتر از زمان و مکان با هم همکاری می کنند، اما توسعه های اخیر خلاقيت را از بين برد است.<sup>۱</sup> برای نمونه قانون توسعه مدت کپی رایت در آمریکا مدت حمایت را ۲۰ سال افزایش داد و با این افزایش، قانون مانع ورود آثار کپی رایت به حوزه عمومی در آینده نزدیک تر شد. در ایران نیز در سال ۸۹ قانون اصلاح ماده ۱۲ قانون پیشین مؤلفین، مصنفین و هنرمندان ۴۸ مدت حمایت را از ۳۰ به ۵۰ سال افزون کرد.

رویکردهایی همچون توسعه مدت، حوزه عمومی را کوچکتر می کند و منابع دسترسی به نوآوری را کاهش می دهد.<sup>۲</sup>

در عبارتی موجز اما رسماً این طور گفته شده است که «استفاده از اطلاعات در نبود حقوق اموال است که میل به سوی حد مطلوب دارد.»<sup>۳</sup> در این زمینه، طبعاً دسترسی بیشتر به نفع جامعه است. اما مالکیت فکری همیشه و به ویژه در طولانی مدت آن را محدود نمی کند. در کپی رایت نیز آثاری که ایجاد می شود به آرامی وارد حوزه عمومی می شوند.<sup>۴</sup> بنابراین مفهومی که حوزه عمومی را به عنوان حوزه کامل نبود حقوق فکری می داند، گمراه کننده است. لیسانس آزاد هم نمونه ای دارای کپی رایت است، اما با دسترسی آزاد.

به علاوه، اغلب حقوق مالکیت فکری برای استثنای عموم به طور کامل به کار نرفته است، بلکه برای محدودیت دسترسی است. به همین دلیل عده ای پیشنهاد اصطلاح «حوزه دسترسی به دانش» را به جای حوزه عمومی داده اند.<sup>۵</sup>

پس، نخست، با تعریفی وسیع مالکیت حوزه عمومی می تواند با مالکیت خصوصی گسترش یابد. دوم، حقوق فکری تنها برای محدودیت دسترسی است نه ممنوعیت. سوم، «مدت موقت» و نه دائم حمایت، «استفاده منصفانه»، یا «اصل عدم حمایت از ایده ها» همگی در جهت حفظ حوزه عمومی است.

با این حال نمی توان نادیده گرفت که فقدان هسته نظری و حمایت محدود از مفهوم حوزه عمومی موجب شده که در پاره ای موارد مانند توسعه مدت به راحتی نادیده گرفته شود و این مسئله نیاز به بازنگری مفهومی برای توازن مالکیت فکری و دسترسی دارد.

1. Vaidhyanathan, Siva, Copyrights and Copywrsongs, New York University Press, 2001, pp.186-188.

2. Halbert, Debora, Resisting Intellectual Property, Routledge, 2005, pp.13-15.

۳. شاول، استیون، مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، ترجمه محسن اسماعیلی، انتشارات مرکز پژوهش های مجلس، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۶.

4. Landes and Posner, Op. cit., p. 69.

5. Gollin, Op. cit., pp. 46-47.

## ۱-۶. عواملی که حتی در نبود کپیرایت، کپی را کاهش می‌دهد

یکی از مواردی که مخالفان کپیرایت به آن اشاره می‌کنند، فهرست کردن مواردی است که در غیاب کپیرایت موجب محدود شدن کپی از آثار می‌شود و در نتیجه از دید آنها می‌توان به همان نتیجه کپیرایت رسید. موارد یادشده بیشتر در «اقتصاد نسخه‌برداری» مطرح می‌شود. این ادعاهای بسیار است که به برخی از مهم‌ترین‌ها اشاره می‌کنیم: ۱. کپی ممکن است کیفیت پایین‌تری نسبت به نسخه اصلی داشته باشد و بنابراین جایگزین کاملی نیست. ۲. کپی زمان بر است. بنابراین نوعی وقفه زمانی بین ورود نسخه اصلی و کپی وجود دارد که فرست کافی برای مؤلف برای جیران تولید به وجود می‌آورد. ۳. ترتیبات فنی مانند رمزدار کردن فایل‌ها بیش از کپیرایت می‌تواند مفید واقع شود. ۴. دانش به ندرت کامل است و برای کارآفرین، یادگیری و تصمیم در مورد این که کپی کردن و ورود به بازار ارزش دارد، زمان بر است. ۵. صرف آگاهی از محصول جدید دلیل کافی برای تقلید نیست. برای موفقیت مالی، کپی کننده باید کمک فنی مبتکر و دانش خاص آن را داشته باشد. ۶. برخی موانع طبیعی برای کپی آثار جدید وجود دارد.

علاوه‌بر اینها راهکارهایی هم برای کاهش کپی وجود دارد. مانند اینکه قیمت نسخه اصلی پایین آورده شود چون با قیمت برابر، نسخه اصلی ترجیح داده می‌شود. همچنین می‌توان با همراه کردن چیزی که غیرقابل کپی است مانند امضای هنرمند با آثار، کپی را کاهش داد. از نظر برخی هم راهکار مناسب در این زمینه حرکت به سمتی است که کپی برای صاحب کپیرایت سودآور باشد؛ مانند وضع مالیات بر سی‌دی. در این زمینه نخست باید خاطرنشان کرد که روشی است که با وجود فناوری‌های پیشرفته به سختی می‌توان صحبت از موانعی کرد که بتواند مانع جدی بر سر نسخه‌برداری باشد. امروزه تفاوتی نمی‌کند که موضوع کپیرایت فیلم است یا موسیقی یا نرم‌افزار یا یک کتاب. همه به راحتی و با صرف هزینه اندک نسبت به هزینه ایجاد آثار که هزینه بالایی است و به سرعت کپی می‌شوند و به راحتی نیز توزیع و در دسترس عموم قرار می‌گیرند. بنابراین نباید انتظار داشت که مزیت اولین بودن یا همراه کردن اثر با امضای هنرمند بتواند راه حل موثر و جایگزین کپیرایت باشد. دوم، هدف کپیرایت تنها جلوگیری از نسخه‌برداری نیست؛ بلکه این مهم برای دادن انگیزه مناسب جهت تولید آثار است و به همین خاطر تنها جنبه سلبی اهمیت ندارد و مؤلف باید بتواند در فضای بازار آثار خود را به دیگران انتقال بدهد. بنابراین حتی اگر موارد فهرست شده در عالم واقع محقق شود برای ایجاد انگیزه کافی نیست.

## ۲. منافع و فواید کپی رایت

برای این که تحلیل هزینه - فایده درستی داشته باشیم لازم است علاوه بر آشنایی با مضرات احتمالی با منافع نظام کپی رایت نیز آشنا بشویم. در این قسمت به اختصار به مهم‌ترین منافع اشاره می‌کنیم.

### ۱-۲. کمک به توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی

در مقدمه کتابچه واپس اشاره شده است که مالکیت فکری به دنبال ارتقا خلاقیت و ترویج و کاربرد نتایج آن است و نیز برای تشویق تجارت منصفانه که به توسعه اقتصادی و اجتماعی کمک می‌کند. در مورد کپی رایت، ذکر شده که یکی از ابزارهای ارتقا غنی‌سازی و ترویج میراث ملی فرهنگی است.

توسعه یک کشور بسیار به خلاقیت افراد وابسته است و تشویق خلاقیت فردی و ترویج آن، جزء لاینفک پیشرفت است. کپی رایت یک فرآیند اساسی در توسعه است؛ مطالعات نشان داده که غنی‌سازی میراث ملی و فرهنگی مستقیماً به سطح حمایت اعطاشده به آثار ادبی و هنری بستگی دارد و تشویق پدیده فکری یکی از پیش‌نیازهای مبنایی همه پیشرفت‌های فرهنگی و اجتماعی است.<sup>۱</sup>

### ۲-۲. انگیزه‌بخشی

این عبارت که هدف کپی رایت ایجاد انگیزه برای مؤلفین است به یک بیان تکراری تبدیل شده است. مؤثرترین دیدگاه در جهان و به ویژه در آمریکا همین نظر بوده و نیروی محرکه پشت تلاش‌های جهانی‌سازی مالکیت فکری است. بیانگر این حقیقت، شعار سازمان جهانی مالکیت فکری است که «تشویق خلاقیت و نوآوری» را هدف مالکیت فکری می‌داند. انگیزه، موتور سیاست مالکیت فکری و کپی رایت است و شناخت آن بسیار اهمیت دارد.

در واقع، توجیه اقتصادی برای دادن کپی رایت به مؤلفان (پدیدآورندگان) کارایی است؛ کپی رایت با قادر ساختن مؤلفان و ناشران به جبران هزینه‌های زمانی و تلاش برای ایجاد اثر از طرف مؤلف و هزینه ناشر برای ساختن نسخه‌های اصلی که مجموع اینها هزینه ثابت بیان یا اولین تثبیت آن را تشکیل می‌دهد انگیزه به وجود می‌آورد.<sup>۲</sup>

1. Ibid, p. 41.

2. Towse, Ruth, "What We Know What We Do Not Know and What Policy-Makers Would Like Us to Know about the Economics of Copyright?", Review of Economic Research on Copyright Issues, Vol. 8, 2011, pp.1 and 11.

---

به نظریه انگیزه انتقاداتی واردشده که مجال آن در این نوشتار نیست. اگر بپذیریم که انگیزه نقشی در ایجاد آثار ندارد اما برای ادامه راه مشوق است و به طور کلی نقش انگیزه علاوه بر افشاری اثر می‌تواند در سرمایه‌گذاری در اثر و عامل اصلاح و بهبود در اثر بر جسته باشد.

### ۳-۲. افشاری اثر

اولین و مهم‌ترین هدف کپی‌رایت تشویق ایجاد آثار جدید است.<sup>۱</sup> با نبود کپی‌رایت با نوعی محرومگی روبرو می‌شویم؛ انتخاب این که اثر چگونه منتشر شود و نبود ترس از کپی غیرمجاز، پدیدآورندگان را مشتاق به اشتراک گذاشتن نوآوری‌ها می‌کند.<sup>۲</sup> به زبان دیگر، تولید اطلاعات با حقوق اموال میل به کفایت دارد؛ در نبود حقوق اموال در اطلاعات، پاداش تولیدکننده اطلاعات کمتر از ارزش اجتماعی اطلاعات خواهد بود. در واقع تولیدکننده بالقوه انتظار هیچ سودی ندارد و هیچ انگیزه‌ای برای گسترش اطلاعات نخواهد داشت.

### ۴-۲. تجاری‌سازی

در مالکیت فکری فرآیند آوردن یک نوآوری جدید به بازار بعد از ساخت آن – موسوم به تجاری‌سازی – نیازمند هماهنگی مخترعان، تأمین کنندگان مالی، تبلیغ کنندگان مدیریت و بازاریابی است. برای این هماهنگی، هریک از اشخاص می‌بایست هم خود را معرفی کند و هم به‌طور مستقیم یا حداقل غیرمستقیم در تعامل با دیگران باشد. در نبود هماهنگی هر شخصی می‌بایست همزمان هم مدیر باشد، هم تبلیغ کننده، هم بازاریاب و هم پشتیبان مالی. در واقع حقوق فکری گزینه مهمی برای تسهیل هماهنگی است، هرچند در این زمینه کپی‌رایت کمتر از اخترات موفق بوده است.

### ۵-۲. تأثیر در رقابت در ابداع

بعضی نویسندهای این اثر مهم را منوط به ثبت اثر دانسته‌اند.<sup>۳</sup> به نظر ما این دیدگاه با توجه به تشریفاتی نبودن حمایت در کپی‌رایت نقش کپی‌رایت در رقابت را نادیده می‌گیرد. آنچه باعث رقابت در ابداع می‌شود انتشار آثار ادبی و هنری و ورود آنها به بازار است نه ثبت آن.

1. Towse, Op. cit., p. 104.

2. Gollin, Op. cit., p. 39.

3. حکمت‌نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، چاپ دوم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷، ص. ۲۶۶.

## ۶-۲. تسهیل انتقال فرهنگ

با شناسایی انواع حقوق ادبی و هنری و با به رسمیت شناختن قالب‌های متنوع قراردادی مانند قرارداد بهره برداری و واگذاری و قراردادهای خاص مانند قرارداد نشر و قرارداد نرم‌افزار و نیز طراحی و حمایت از سازمان‌های مدیریت جمعی، کپی‌رایت کمک بزرگی به شکل‌گیری بازار انتقال آثار ادبی و هنری به‌ویژه در مقیاس وسیع نموده است.

## ۷-۲. الگوی بهینه‌سازی بهره‌وری

با نگاه اقتصادی به مالکیت فکری، پدیدآورنده در صنف تولیدکننده قرار می‌گیرد و کسانی که از آثار فکری استفاده می‌کنند در طبقه مصرف کننده دسته‌بندی می‌شوند. حال اگر نظام مالکیت فکری را بپذیریم، میزان فایده یک پدیده فکری به میزان مصرف آن بستگی دارد؛ هر اندازه مقدار مصرف کالا افزایش یابد، فایده حاصل برای تولیدکننده بیشتر می‌شود. حال با توجه به این نکته افراد صاحب فکر و توانایی ایجاد خلاقیت توجه خود را به خواست مصرف کنندگان معطوف می‌دارند و تلاش می‌کنند موجبات رفاه بیشتر مصرف کننده را فراهم آورند. خلاصه اینکه با به رسمیت شناختن مالکیت فکری، مصرف کننده به ابزار اعلان نیاز خود به صورت عینی مجهز می‌شود و ما از طریق رغبت او به خرید و مصرف به خواست او پی می‌بریم و تولیدکننده نیز تلاش می‌کند تا در راستای خواست او سرمایه‌گذاری و تولید نماید. اما اگر از مالکیت فکری حمایت نشود، پدیدآورنده‌گان بیشتر به خواسته‌های درونی خود توجه می‌کنند و چه بسا حاصل کار آنان برای عموم نتیجه‌های در بر نداشته باشد.<sup>۱</sup>

## ۳. تحلیل نهایی

حال که با مضرات و منافع کپی‌رایت به اختصار آشنا شدیم، به نظر ما در یک نگاه کلی نظام کپی‌رایت چه در ایران و چه در آمریکا دارای کارآمدی است و منافع کپی‌رایت بر مضرات آن می‌چرخد. آسیب‌های ذکر شده را نمی‌توان انکار کرد اما برخی از آنها چندان جدی نیست و بسیاری نیز در کپی‌رایت مدنظر قانون گذار قرار گرفته است. برای مثال در مورد انحصار دیدیم که در کپی‌رایت واقعاً وغلب حق استثنای اعطای می‌شود نه یک انحصار کامل. یا در مورد خلاقیت‌های بعدی «مدت محدود» و «استفاده آزاد» برای همین منظور تعییه شده است. با این وجود چند مشکل کپی‌رایت کماکان بدون توجه است. اول، هزینه قراردادی در مالکیت فکری بالاست و این به خاطر طبیعت موضوع

مورد حمایت است. دوم، رانت جویی به ویژه در آمریکا یک معضل اساسی کپی‌رایت است. البته می‌توان با تعریف شفاف حقوق مالکیت از هزینه‌های قراردادی کاست اما رانت جویی تا حدودی به ساختار قانون‌گذاری کشور برمی‌گردد. سوم، حوزه عمومی نیز تعریف مشخصی نداشته و از ضعف تعریف عینی و دقیق رنج می‌برد.

### ۱-۳. مفهومی به نام توازن

کارایی نظام کپی‌رایت باعث نشده است که مدافعان و منتقدان مالکیت فکری به دنبال توازن نباشند. شایسته است بگوییم که وجود توازن یکی از شرایط کارآمدی کپی‌رایت است. در بین اقتصاددان‌ها رایج ترین ایده، توازن بین نیروهای مختلف است: بین انگیزه و دسترسی یا بین هزینه‌ها و منافع به طور کلی.

واقعیت این است که نبود داده‌های تجربی و آماری پاسخ به این پرسش‌ها را دشوار کرده است و به همین دلیل در هر دو طرف معادله استدللات سرسختی بر وجود یا نبود توازن وجود دارد، بدون اینکه بتوان با قدرت همه آنها را رد یا اثبات کرد. در همین زمینه یکی از نویسندهای می‌گوید: «ما هنوز پاسخ این پرسش بزرگ را نمی‌دانیم که چرا سیاست‌گذاران و اقتصاددانان تمایلی به سنجش اثر کپی‌رایت بر مصرف‌کننده و رفاه تولیدکننده و بر ایجاد و توزیع استفاده از آثار اصیل در بازارهای مختلف ندارند. یکی از علل این دشواری نبود داده تجربی و این نکته است که تقریباً هیچ موقعیت قابل مقایسه‌ای که در آن کپی‌رایت وجود نداشته باشد، نیست.<sup>1</sup> با این همه می‌توان با ارزیابی داده‌های نظری و با مشاهده ساختار کنونی کپی‌رایت و با نگاهی کلی به منافع و آسیب‌ها به نتیجه رسید. تلاش ما این بود که نشان دهیم کپی‌رایت کنونی در یک نگاه کلی دارای توازن و کارآمدی است و به فراخور بحث به برخی سازوکارهای درونی کپی‌رایت برای رسیدن به این هدف اشاره کردیم. در اینجا به برخی از مهم‌ترین سازوکارها به اختصار اشاره می‌کنیم. دکترین‌های گوناگون کپی‌رایت همگی جهت کاهش ضرر ناشی از عدم کارایی و دیگر هزینه‌های مبادله هستند:

- آفرینش مستقل: تقریباً می‌توان گفت که در آمریکا برخلاف اختراع، هر بیان مجددی در کپی‌رایت از مسئولیت می‌گریزد. خوانده دعوای نقض اگر بتواند ثابت کند که اثر او کاملاً مستقل از اثر اصیل است، حتی با وجود مشابهت مسئول شناخته نمی‌شود. اما در ایران به این مسئله پرداخته نشده است. با این حال دادن فرصت به خوانده دعوای نقض برای اثبات استقلال اثرش هم مطابق حسن نیت است هم مانع گسترش خلاقيت‌های نو نمی‌گردد. وانگهی آثار بسیاری امروز دیده

1. Towse, Op. cit., pp. 9-10.

- می شود که بدون دسترسی به اثر قبلی دارای مشابهت هایی با آنهاست و ناقص دانستن آنها هدف کپیرایت را برآورده نمی کند.
- دکترین اولین فروش: بر اساس این دکترین، صاحب فکری با فروش محصول به عموم، انحصار قانونی خود را از دست می دهد و به خریدار اجازه می دهد از آن استفاده کند و دوباره بفروشد، بدون اینکه مرتکب نقض شود. مانع برای پذیرش دکترین زوال حق در حقوق ایران وجود ندارد.
  - لیسانس اجباری: به طور طبیعی اگر کسی بخواهد اثر دیگری را باز تولید یا اجرا یا توزیع کند باید اجازه بگیرد اما در شرایط خاص - که به آن لیسانس اجباری می گویند - اجازه صاحب کپیرایت لازم نیست. رایج ترین استفاده از لیسانس اجباری (در آمریکا) در صنعت موسیقی است.<sup>1</sup> اما در حقوق کپیرایت ایران به آن اشاره نشده است و برخی آن را خلاف اصل رضایی بودن دانسته اند.
  - دفاع استفاده منصفانه: برخی استفاده ها نیازمند مجوز صاحب کپیرایت نیست، به ویژه آنها که با مقاصد غیرتجاری انجام می شود، مانند نقد و شرح یک اثر. در آمریکا این مسئله با عنوان استفاده منصفانه شناخته شده است و ماده ۱۰۷ قانون کپیرایت آمریکا به این مسئله پرداخته است. در حقوق ایران نیز این مسئله به وضوح دیده می شود. برای نمونه ماده ۷ قانون مؤلفین، مصنفین و هنرمندان نقل از آثار منتشره و استناد به آنها به مقاصد علمی، ادبی و به صورت انتقاد و تقریظ را با ذکر مأخذ بلامانع دانسته است (همچنین بنگرید به ماده ۵ قانون تکثیر کتب و نشریات و ماده ۷ قانون نرم افزارهای رایانه ای).
  - سایر محدودیت ها بر استفاده از حقوق انصاری: علاوه بر استفاده منصفانه در آمریکا محدودیت های بی شماری بر حقوق انصاری وضع شده مانند انتقال ثانویه برنامه های کابلی، محدودیت بر برنامه های رایانه ای، معافیت برای باز تولید جهت نابینایان و دیگر ناتوانان، معافیت باز تولید توسط کتابخانه ها و مراکز بایگانی. در پیش نویس لایحه جدید مالکیت ادبی و هنری کشورمان در فصل سوم به «استثنایات» مشابهی اشاره شده است؛ مانند تصویربرداری توسط کتابخانه ها، استفاده اشخاص ناتوان، نمایش عمومی اثر.
  - دفاع سوءاستفاده<sup>2</sup>: تلاش های صاحب کپیرایت برای کنترل بر شاخه ای که جز «آثار اشتقاچی» نیست، ممکن است به سوءاستفاده از اثر بیانجامد. در این زمینه در

1. See for more information: Elias, Estephan; and Richard Stim, Patent, Copyright and Trademark, Delta Printing Solution, 2004, p. 96.  
 2. Misuse (defence).



دادگاه‌های آمریکا آرایی علیه صاحب کپی رایت صادر شده است.<sup>۱</sup> این دفاعی است که می‌تواند مؤثرتر از استفاده منصفانه باشد، چرا که استفاده منصفانه بسیار قابل انعطاف و نامعین است. در حقوق ایران نمونه مشابهی دیده نمی‌شود. با این حال، شاید بتوان این مسئله را تحت نهاد سوءاستفاده از حق تعبیر کرد و جلوی کنترل بی‌رویه بر استفاده‌های غیر اشتقاقی آثار را گرفت، چون کنترل همه جانبه مانع نوآوری‌های آتی است.

- دفاع عدم رعایت تشریفات: حمایت از کپی رایت تشریفاتی نیست، اما اگر خواهان نیاز باشد که تشریفاتی را طی کند و از این کار سرباز زند، این مسئله دفاع خوانده را در پی خواهد داشت. در حقوق آمریکا تا سال ۱۹۸۹ اعلام کپی رایت به صورت نماد ۵ همراه با نام پدیدآورنده و تاریخ انتشار، شرط حمایت از اثر محسوب می‌شد ولی بعد از سال ۱۹۸۹ حمایت از آثار ادبی و هنری مشروط به اعلان نیست. با این حال ثبت اثر به منظور بهره‌مندی از حمایت‌های قانونی به‌ویژه طرح دعاوی ناشی از نقض کپی رایت ضرورت دارد؛ ثبت اثر به پدیدآورنده اجازه می‌دهد خسارت‌های ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری را از متخلفان مطالبه کند. بنابراین در آمریکا صاحب کپی رایت باید قبل از دعوا نقض اثر را ثبت کند. در حقوق ایران ظاهراً نظام ثبت اختیاری است. ماده ۲۱ قانون مؤلفین، مصنفین و هنرمندان ظاهرًا به همین معنا اشاره دارد. همین طور است ماده ۴ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی. اما ماده ۹ قانون نرمافزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ اقامه دعوا را منوط به اخذ تأییدیه فنی کرده است و همین مسئله باعث شده که عده‌ای معتقد باشند که در این زمینه رویه هماهنگی در ایران وجود ندارد<sup>۲</sup> و از آن انتقاد کرده‌اند.

- موقتی بودن حمایت: حمایت در کپی رایت به هر میزان که باشد دائمی نیست و پس از مدتی اثر وارد حوزه عمومی می‌شود.

- اصالت داشتن اثر: تعریف مفهوم «اصالت» دشوار است و تقریباً می‌توان گفت هیچ تعریف قانونی از آن وجود ندارد. اما یک آستانه جهانی است که باید برای اینکه اثر مورد حمایت قرار بگیرد، دارای آن باشد. اصالت در اغلب کشورها نیازمند مقداری از شخصیت مؤلف است و باید نشان بدهد که اثر کپی نشده بلکه «نشأت گرفته» از مؤلف است. اما هیچ استاندارد پذیرفته شده‌ای برای اینکه چه چیزی شخصیت

1. Pasqual, Frank, "Copyright in an Era of information Overload, Toward Privileging of Categorizing", Vanderbilt Law Review, Vol. 60, No. 1, 2007, p.18.

2. زرکلام، پیشین، ص. ۳۵.

مؤلف را می سازد، وجود ندارد و معیارهای مختلفی در نقاط مختلف اعمال می شود. استاندارد «عرق جبین»<sup>۱</sup> در آمریکا بیانگر این است که «کپی رایت برای این که اصالت داشته باشد باید مقداری خلاقیت از خود نشان بدهد». در حقوق ایران در هیچیک از قوانین به اصالت اشاره نشده و تعریفی نیز ارائه نشده است. اما اصطلاحی با مفهوم مشابه به جای آن به کار رفته است که مفید همان معناست. برای نمونه در قانون مؤلفین، مصنفین و هنرمندان سال ۱۳۴۸ آمده که اثر چیزی است که از راه «دانش و یا هنر و یا ابتکار» پدیدآورنده پدید می آید. در پیش‌نویس لایحه جدید البته اثر «اصیل» تعریف شده است.<sup>۲</sup>

- دوگانگی ایده و بیان: ایده‌ها همواره از حمایت کپی رایت خارج‌اند و تنها از بیان ایده حمایت می شود. در واقع، یکی از معیارهای حمایت از آثار ادبی و هنری این است که تلاش‌های فکری تجسم خارجی پیدا کند، چه اینکه اثر با احساس و هوش انسان سروکار داشته و ضرورتاً در یک شکل قابل احساس باید ارائه شود. در این زمینه زبان و شکل بیان اهمیتی ندارد.<sup>۳</sup> در واقع، فکر و ایده از شمول حمایت خارج است و می بایست در قالبی بیرونی بیاید. در حقوق ایران، به این اصل به طور ضمنی اشاره شده،<sup>۴</sup> هرچند در پیش‌نویس لایحه جدید صراحتاً در ذیل آثار غیرقابل حمایت «فکر» از شمول حمایت خارج شده است. در حقوق آمریکا، دوگانه ایده - بیان از زمان قانون ۱۹۷۶ جزیی از قانون فدرال شده است. در ماده ۱۰۲ قانون کپی رایت آمریکا آمده که «تحت هیچ شرایطی حمایت کپی رایت به هیچ ایده، فرآیند، روش اجرا، مفهوم، اصل یا کشف، صرف نظر از شکل توصیف، توضیح یا بیان تسری نمی یابد». قانون ۱۹۷۶ اصلی را قانونی کرده که از طریق رویه بیش از یک قرن توسعه پیدا کرده است و با وجود اینکه مرزهای ایده و بیان فرسوده شده هنوز هم به آن استناد می شود.<sup>۵</sup>

آنچه به اجمال اشاره شد تنها بخشی از پاسخ‌های نظام کپی رایت به نگرانی‌های منفعت عمومی و دسترسی است. بنابراین به نظر ما نظام کنونی کپی رایت چه در آمریکا

#### 1. Sweat of brow

۱. ماده یک (بند ۲۰): «اصیل» عبارت است از هر آنچه که بدون تقلید از دیگری، از خلاقیت خود پدیدآورنده ناشی شده باشد، هرچند از لحاظ محتوا یا موضوع جدید نباشد.

۲. زرکلام، پیشین، ص. ۲۹.

۳. برای مثال در ماده یک قانون مؤلفین، مصنفین و هنرمندان اثر آن چیزی دانسته شده که از راه دانش یا هنر، ابتکار و بدون در نظر گرفتن شیوه یا طریقی که «بیان» و یا «ظهور» و یا «ایجاد» آن به کار رفته است. ایجاد می شود.

۴. Veljanovski, Op. cit., p.29.

و چه ایران دارای توازن مناسب هست و این مسأله در حقوق کشور ما نیز قابل مشاهده است. هرچند سازوکارهایی مانند استفاده منصفانه یا سوءاستفاده یا آفرینش مستقل مانند آمریکا و بهطور مدون وجود ندارد، اما در عوض حوزه و مدت و نیز ضمانت اجرها در کپیرایت در ایران بسیار محدودتر است و نوعی توازن نسبی دیده می‌شود.

## ۲-۳. چشم‌انداز توازن

در این قسمت سوال این است که آیا روند «آینده» توسعه کپیرایت نیز به سمت توازن می‌رود یا خیر. واقعیت این است که دو امر همگان را به نگرانی واداشته است. یکی توسعه حوزه کپیرایت است و دیگری توسعه مدت کپیرایت. در طی سال‌های اخیر «حوزه کپیرایت» به معنای مصاديق تحت پوشش کپیرایت و نیز حقوق دربرگیرنده آنها به نحو چشمگیری افزایش پیدا کرده است و به نظر می‌آید نوعی فقدان تناسب میان منفعت عمومی و خصوصی در حال رخداد است. حداقل عقیده بسیاری این‌چنین است؛ حوزه عملی کپیرایت بسیار از حوزه نظری (قانونی) فاصله گرفته و مدام تغیر می‌کند. در زمینه افزایش مدت نیز همین نگرانی و بلکه بیشتر وجود دارد؛ درست است که موقتی بودن کپیرایت یک امتیاز است اما مشخص نیست که منطق افزایش مدت حمایت چیست. اولین قانون کپیرایت در آمریکا در سال ۱۷۹۰ به تصویب رسیده است که تا کنون چهار بار اصلاح شده و هر بار با گسترش حوزه و مدت مواجه شده است. برای مثال در اولین قانون، مدت حمایت تنها ۱۴ سال بود و به کتاب‌ها، نقشه‌ها، جداول و نشریات و تنها به شهروندان آمریکایی اعطای حمایت می‌کرد، اما در حال حاضر مدت حمایت تا ۱۲۰ سال نیز افزایش پیدا کرده و مصاديق تحت پوشش نیز به هیچ وجه حصری نیست. چنین توسعه حمایتی در کشور ما با سرعتی کمتر در سال‌های اخیر به راه افتاده و با تصویب لایحه جدید هم در حوزه و هم در مدت کپیرایت شاهد تحول خواهیم بود. این توسعه با روند جهانی سازی مالکیت فکری همراه شده که به دنبال حداکثرسازی حمایت‌هاست و در این راه تفاوت‌های میان کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه‌ای مانند کشورمان را نادیده می‌گیرد. طبیعی است که کشورهای توسعه‌یافته‌ای مانند آمریکا که عمدتاً صادرکننده محصولات فکری هستند، خواستار حمایت حداکثری از محصولات فکری باشند؛ اما کشورهایی نظیر کشورمان که عمدتاً واردکننده این محصولات فرهنگی هستند نمی‌توانند و نمی‌بایست سبک و سیاق کشورهای دیگر را پیمایند. البته این بدین معنی نیست که الزامات حداقلی برای حمایت از توسعه کپیرایت نادیده گرفته شود اما مسأله این است که در افزایش حمایت می‌بایست به شرایط اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جامعه توجه کرد.

---

مشکل اساسی همه کشورها و از جمله کشور ما در این ارتباط، تعیین میزان مناسب حمایت است. اگر «کپی رایت استاندارد»، به معنای کپی رایت دارای مدت مطلوب و حوزه مناسب است تا حدی که موحد انگیزه باشد و نه بیشتر، تعیین آن بسیار دشوار است. اهمیت قضیه اینجاست که اگر حمایت ناکافی باشد، محرومگی پدید می‌آید و اگر بیش از حد قوی باشد، بدین معنی که ملاحظات دسترسی در آن مدنظر قرار نگیرد، خلاقیت فردی با محدودیت دسترسی نایود می‌شود. متأسفانه در این زمینه پاسخ کاملی نداریم. تئوری اقتصادی به درستی پاسخ نمی‌دهد که چقدر کنترل مطلوب است و یا مدت مطلوب چقدر است. این به نوعی همان ایراد نظریه غالب در مالکیت فکری یعنی نظریه انگیزه محور است.

کوتاه سخن اینکه علی‌رغم اینکه ما معتقدیم نظام کپی رایت کنونی دارای نوعی توازن است، اما صحبت از این که روند آتی توسعه کپی رایت نیز به سوی توازن است دشوار است و به مطالعات بیشتری در این زمینه نیاز است.

## نتیجه‌گیری

اگر نظام کارآمد به معنای نظام با حداکثر بازدهی و کمترین اتلاف منابع دانسته شود، می‌توان گفت که نظام کپی‌رایت دارای کارآمدی نسبی است. هرگر نمی‌توان گفت که توسعه کپی‌رایت بی‌آسیب است، اما می‌توان گفت بعضی از این مضرات مانند انحصار چندان جدی نیست. همچنان، بسیاری از آسیب‌های دیگر در نظام کپی‌رایت مورد توجه قرار گرفته است. دکترین‌های متعدد کپی‌رایت همگی در جهت کاهش مطلوبیت از دسترفته و ایجاد توازن در کپی‌رایت وضع شده‌اند. با این وجود رانت‌جویی (در آمریکا)، هزینه مبادله بالا و نبود تعریف مشخص از حوزه عمومی به توسعه آسیب‌های کپی‌رایت کمک کرده است.

در تحلیل هزینه - فایده، فواید کپی‌رایت قابل چشم‌پوشی نیست. مجموعه این فواید و چربیش آن بر مضرات موجب شده است تا نظام کپی‌رایت در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا به عنوان نظامی قابل قبول و بی‌بدیل پذیرفته شود و اختلافات نه در پذیرش نظام کپی‌رایت که تنها به جزئیات آن محدود شود. با این وجود باید اشاره کرد که روند پرنفوذ توسعه مالکیت فکری و کبی رایت که روند غالب در عرصه جهانی است، به توسعه بی‌رویه مدت و حوزه کبی رایت انجامیده است تا جایی که به سختی می‌توان در مورد آینده نظام کپی‌رایت قضاوت کرد. بخشی از این مسئله نیز به این موضوع بازمی‌گردد که تعیین میزان مناسب حمایت یعنی مدت مطلوب و حوزه مناسب، عملأً بسیار مشکل بوده و نظریه‌های اقتصادی نیز پاسخ درستی به آن نداده‌اند.

## منابع

- حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، چاپ دوم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.
- دادگر، یدالله، اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان، نشر آماره، چاپ اول، ۱۳۹۱.
- \_\_\_\_\_، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده اقتصاد و نور علم، ۱۳۹۱.
- زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
- شاول، استیون، مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، ترجمه محسن اسماعیلی، انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۸.
- محمودی، پژمان، حقوق قراردادهای مؤلف، نشر دادگستر، ۱۳۸۶.

- De Geest, Gerrit, Civil Law and Economics, in: Encyclopedia of Law and Economics, Edward Elgar Pub, 2000.
- Dutfield, Graham; and Uma Suthersanan, Global Intellectual Property Law, Edward Elgar Publishing Inc, 2008.
- Elias, Estephan; and Richard Stim, Patent, Copyright and Trademark, Delta Printing Solution, 2004.
- Ghidini, Gustavo, Intellectual Property and Competition Law: the Innovation Nexus, Edward Elgar Publishing, 2006.
- Gollin, Michael, Driving Innovation Intellectual Property Strategies for a Dynamic World, Cambridge University Press, 2008.
- Hahn, Robert, In Defence of the Economic Analysis of Regulation, American Enterprise Institute, 2005.
- Halbert, Debora, Resisting Intellectual Property, Routledge, 2005.
- Landes, William, And Richard Posner, Economic Structure of Intellectual Property, Harvard University Press, 2003.
- Leveque, Froncois; and Yann Meniere, Economics of Patent and Copyright, Berkley University Press, 2004.
- Mazzotti, Giuseppe, EU Digital Copyright Law and End User, Berlin, Springer, 2008.
- Pasqual, Frank, "Copyright in an Era of Information Overload, Toward Privileging of Categorizing", Vanderbilt Law Review, Vol. 60, No. 1, 2007.
- Scotchmer, Suzanne, Innovation and Incentives, MIT Press, 2004.
- Spinello, Richard; and Maria Bottis, A Defence Of IP Rights, Edward Elgar Publishing, 2009.

- 
- Towse, Ruth, "What We Know What We Do Not Know and What Policy-Makers Would Like Us to Know about the Economics of Copyright?", *Review of Economic Research on Copyright Issues*, Vol. 8, 2011.
  - Towse, Ruth, *Creativity, Incentive and Reward*, Edward Elgar Publishing, 2001.
  - Towse, Ruth; Handake, Christian; and Paul Stepan, "The Economics of Copyright Law: A Stockage of the Literature", *Review of Economic Research on Copyright Issues*, Vol. 5, 2008.
  - Vaidhyanathan, Siva, *Copyrights and Copywrsongs*, New York University Press, 2001.
  - Veljanovski, Cento, *Economic Principle of Law*, Cambridge University Press, 2007.

## بررسی جرم سرقت مقرون به تهدید و آزار (مطالعه موردی: زندان‌های تهران)

شهلا معظمی\*

سامان سیاوشی\*\*

چکیده

سرقت یکی از جرایمی است که در تمامی جوامع و همواره وجود داشته است. گذشت زمان بر این پدیده تأثیر داشته و تغییراتی در شیوه و نحوه انجام آن اتفاق افتاده است. یکی از انواع سرقت‌ها، سرقت‌های مقرون به تهدید و آزار است که نه تنها به مال افراد لطمہ می‌زند، بلکه جان افراد را هم مورد هدف قرار می‌دهد. اهمیت بررسی این جرایم ما را بر آن داشت که به دنبال ریشه‌یابی این جرایم در شهر تهران باشیم. نمونه آماری این پژوهش از ۱۸۰ نفر سارق تشکیل شده است که ۹۰ نفر آنها سارق خشن و ۹۰ نفر از آنها سارق غیرخشن می‌باشند. ابزار به دست آوردن اطلاعات پرسش‌نامه و مصاحبه است و نتایج تحقیق نشان می‌دهد که بین ارتکاب سرقت‌های خشن و هم نشینی با دوستان کجره، از هم‌گسیختگی خانواده، محیط مستعد جرم، تجربه خشونت و تحقیر در دوران کودکی، اعتقادات مذهبی و باورهای اخلاقی رابطه وجود دارد و در مقابل رابطه‌ای بین ارتکاب سرقت‌های خشن و وضعیت اقتصادی وجود ندارد.

**کلیدواژه‌ها:** خشونت، جرایم خشونت‌آمیز، سرقت، سرقت مقرون به تهدید و آزار.

smoazami@ut.ac.ir

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه تهران

\*\* کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

## مقدمه

جرائم یکی از مشکلات اساسی جوامع بشری است و هزینه‌های زیادی برای افراد جامعه دارد و تهدیدی برای حیات و تمامیت فردی و دارایی انسان‌ها است. وقوع بیشتر این جرایم در محیط‌های شهری همراه با ضایعات سنگین، سختی و رنج انسان‌ها و به هدر رفتن منابع اقتصادی و ایجاد اختلال در کیفیت زندگی انسان‌هاست. این امر با ازدیاد جمعیت و تراکم شهرها و صنعتی شدن جوامع شتاب فرایندهای یافته است. از این میان می‌توان به جرأت گفت که ترس از بزهديگی بيشترین تهدید را به همراه دارد. کشورهای پيشرفته تلاش زيادي برای كنترل اين تهديدات كرده‌اند و گرچه تواسته‌اند بسياري از تهديدات طببيعی را كنترل کنند، ولی مشكلات كنترل تهديدات انساني در اين كشورها همچنان رو به افزايش است.<sup>۱</sup> بيشترین جرایمی که باعث به وجود آوردن اين احساس در جامعه می‌شود، جرایمی هستند که همراه خشونت اتفاق می‌افتد، جرایمی از قبيل سرقت، تجاوز و قتل بيشترین دلهره و ترس را در زندگی افراد ایجاد می‌کنند. سرقت یکی از این جرایم است که در طول تاريخ به عنوان يك پدیده اجتماعی مورد تنفس عموم جهانیان قرار گرفته است. گذشت زمان بر پدیده سرقت اثر گذاشته و بهويژه تحولاتی در شيوهها، وسایل و ابزار مورد استفاده، نوع مال و اشياء مسروقه و نظایر اينها به وجود آورده است. در ميان انواع سرقت، سرقات‌های مفرون به تهدید و آزار (зорگيري) نه تنها مال افراد را آماج خود قرار داده‌اند، بلکه روان و حتی جسم افراد را هم جريجه‌دار می‌کند. سرقت و بهويژه سرقات‌های خشن، انجيزه افراد جامعه را برای تلاش و كسب دارايی و ثروت تعريف می‌کند و تسهيل‌كennده هرج و مرج در مناسبات و روابط اجتماعی است و به دنبال آن در بنیادهای نظام عمومی و اجتماعی تزلزل به وجود می‌آورد. آر نظر آماری، ضرورت بررسی جرم سرقت و اشکال آن در تمام كشورها كاملاً روشن است، برای مثال در انگلستان، ميانگين مجازات تعين شده برای اين جرم در پروندهای مطروحه در محکم، از هر جرم ديگری، غير از قتل عمد و تجاوز جنسی بيشتر است. تعداد ثبت شده سرقت مفرون به آزار ارتکاب يافته در انگلستان در سال ۱۹۹۷ عبارت از ۶۳۰۰۰ فقره بوده که در سال ۲۰۰۱ به ۱۲۱۰۰۰ فقره افزایش یافته است.<sup>۲</sup> گزارش‌های ثبت شده در دفتر تحقیقات فدرال

۱. مدیری، آتوسا، «جرائم و خشونت و احساس امنیت در فضاهای عمومی شهر»، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۱۲، ص. ۲۲، ۱۳۸۵.

۲. شيرزاد، جلال؛ فقيه‌فرد، پیمان؛ و محمد سلاجقه، عوامل مؤثر بر سرقات‌های مسلحه کشف شده در استان کرمان، فصلنامه دانش انتظامی، دوره سیزدهم، شماره سه، ۱۳۹۰، ص. ۶۵.

۳. ميرمحمدصادقی، حسين، جرایم عليه اموال و مالکیت، چاپ سی و پنجم، نشر ميزان، ۱۳۹۲، ص. ۳۵۳.

آمریکا<sup>۱</sup> هم مؤید این مطلب است این سازمان سالانه ۴۰۰۰۰ گزارش سرقت‌های همراه با تهدید و آزار دارد.<sup>۲</sup> در همین راستا پژوهشی با جامعه آماری ۳۰۲۲۸ نفر از مسئولان و مردم عادی، توسط معاونت اجتماعی نیروی انتظامی انجام شد و نتایج این پژوهش نشان داد که ترس از سرقت در تهران بیشترین احساس نامنی را برای این افراد ایجاد می‌کند.<sup>۳</sup> با توجه به مسائل پیش‌گفته، ضرورت تحقیق در مورد چنین جرایمی تحقیقات بیشتری را در این زمینه ایجاد می‌کند. در این پژوهش هدف نشان دادن وزن علل و عوامل فردی و اجتماعی سرقت‌های مقرن به تهدید و آزار که در عرف به زورگیری معروف هستند، می‌باشد. این کسب دانش به منظور زمینه‌سازی علمی برای انجام مطالعات پیش‌گیرانه، و تقنین نظام واکنشی کارآمد می‌باشد. بی‌گمان تشخیص همیشه مقدم بر درمان است و بدون شناسایی کامل این پدیده، امکان پیش‌گیری از آن وجود ندارد. لازم به توضیح است که سرقت‌های مسلحانه موضوع ماده ۲۸۱ قانون مجازات اسلامی از بحث ما خارج است. در ارتباط با موضوع حاضر، مقاله‌ای که مشخصاً به سرقت‌های مقرن به تهدید و آزار در شهر تهران بپردازد، یافت نشد. اما در برخی از شهرستان‌ها تحقیقاتی در همین حوزه انجام شده است که به چند نمونه از آنها اشاره می‌شود. همچنین پژوهش‌هایی در ارتباط با سرقت به طور کلی در تهران و سایر شهرستان‌ها انجام شده است که به دلیل مشابهت با بحث حاضر به چند نمونه از آنها اشاره خواهد شد. در تحقیقی که توسط عبدالحسین خلعتبری در سال ۱۳۸۰ با موضوع مهاجرت و سرقت‌های مسلحانه انجام شد، دو جرم سرقت مسلحانه و کلاهبرداری که از نظر استفاده از ابزارهای خشن و غیرخشون با هم متفاوت هستند، با هم مقایسه شد.<sup>۴</sup> پژوهش دیگری با موضوع ارتباط بین بیکاری و سرقت در ایران توسط سعید گرشاسبی فخر در سال ۱۳۸۹ انجام شد.<sup>۵</sup> در تحقیقی دیگر که حسینی‌نژاد در سال ۱۳۸۴ انجام داد، علل اقتصادی وقوع انواع سرقت در ایران را بررسی شد.<sup>۶</sup> صادقی و همکارانش در سال ۱۳۸۴ با استفاده از داده‌های پنل مربوط به ۲۶ استان در طی

1. Federal Bureau of investigation (FBI)

2. Sigel, Larry, Criminology, 11th Edition, West Wadsworth Publishing Company, 2012, p. 357.

۳. حسینی، سیدمحمد؛ رجی، امین؛ و زهرا قرائولو، گزیده برآورد اجتماعی با تأکید بر اولویت جرایم و مسائل اجتماعی، اداره کل مطالعات و تحقیقات اجتماعی، ۱۳۹۱، ص. ۳۵.

۴. خلعتبری، عبدالحسین، «مهاجران و سرقت‌های مسلحانه»، فصلنامه دانش انتظامی، دوره نهم، شماره اول، ۱۳۸۷، ص. ۶۵.

۵. گرشاسبی فخر، سعید، «ارتباط بین بیکاری و سرقت»، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۴۰، ۱۳۹۰، ص. ۴۰۱-۴۲۳.

۶. حسینی‌نژاد، مرتضی، «بررسی علل اقتصادی جرم در ایران با استفاده از یک مدل داده‌های تلفیقی»، مجله برنامه و بودجه، شماره ۹۵، ۱۳۸۴، ص. ۳۵-۸۱.

سال های ۷۶ تا ۸۰ به بررسی علل اقتصادی وقوع جرایم قتل و سرقت پرداخت.<sup>۱</sup> مطالعه دیگری نیز توسط اکبر وروایی و همکارانش در سال ۱۳۸۹ تحت عنوان «بررسی عوامل مؤثر بر وقوع سرقت های مقرنون به تهدید و آزار در شهر بندر عباس» انجام شد.<sup>۲</sup> تحقیقات خارجی متعددی نیز در ارتباط با این جرایم صورت گرفته است که به چند نمونه از آنها اشاره می کنیم. این تحقیق ها به ماهیت جرم توجه کرده اند و از آنها که توجه ما به ماهیت سرقت های خشن و چرا ب ارتکاب این سرقت ها است، نتایج آنها با مطالعات ما قابل مقایسه می باشد. تحقیقی توسط فاجن زیبلر و همکارانش در سال ۲۰۰۰ تحت عنوان «چه چیز باعث جرم خشن می شود» انجام شد که در آن به نرخ سرقت های مقرنون به تهدید و آزار به عنوان متغیر وابسته در ۳۴ کشور جهان توجه شد.<sup>۳</sup> آندرسون در سال ۱۹۹۹ تحقیقاتی در مورد انواع متغیرها و تاثیر آنها بر ماهیت جرم انجام داد.<sup>۴</sup> در تحقیقی دیگر که به نحوه سرقت اشاره می کرد، تأثیرات محله بر نحوه سرقت مورد بررسی قرار گرفت.<sup>۵</sup>

## ۱. سؤال تحقیق

سؤال این تحقیق آن بود که «مهمترین علل و عوامل ارتکاب سرقت های خشن در سال های اخیر و در استان تهران چه بوده است؟» در مورد این سؤال اشاره به این نکته را لازم می دانیم که غرض اصلی ما رسیدن به این مطلب است که چرا سارقان از خشونت استفاده می کنند در واقع توجه ما بر عنصر خشونت در این جرایم است. به همین جهت است که گروه کنترل از میان سارقان معمولی انتخاب شده است.

## ۲. فرضیه تحقیق

به منظور یافتن پاسخ این سؤال، با توجه به نظریه ها جرم شناسی مطرح شده در مورد ارتکاب جرایم خشن، سعی شده است که اکثر زوایای فردی مورد مطالعه و بررسی قرار بگیرد. با توجه به این نظریه ها شش فرضیه برای این جرایم طراحی شد:

۱. صادقی، حسین؛ شفاقی شهری، وحید؛ و حسین اصغرپور، «تحلیل عوامل اقتصادی اثرگذار بر روی جرم در ایران»، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۶۸ بهار ۱۳۸۴، ص. ۲۵.
۲. مقیمی، مهدی؛ و دیگران، «بررسی عوامل مؤثر بر وقوع سرقت های مقرنون به تهدید و آزار در شهر بندر عباس»، فصلنامه دانش انتظامی، دوره سیزدهم، شماره سه، ۱۳۹۰، صص. ۱۶۸-۱۳۶.
3. Fajnzylber, Pablo; Lederman, Daniel; and Norman Loayza, "What Cause Violent Crime", European Economic Review, Vol. 46, 2012, pp. 1323-1357.
4. Warner, Barbara, "Robberies with Gun: Neighborhood Factors and the Nature of Crime", Journal of Criminal Justice, Vol. 35, issue 1, 2007, pp. 39-50.
5. Baumer, Eric; et al, "Neighborhood Disadvantage and the Nature of Violence", Criminology, Vol. 41, issue 1, 2003, pp. 39-71.

- 
- بین ارتکاب سرقت‌های خشن و همنشینی با افراد کجرو رابطه مثبت وجود دارد.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و از هم‌گسیختگی خانواده رابطه مثبت وجود دارد.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و وضعیت اقتصادی رابطه معکوس وجود دارد.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و محیط مستعد جرم رابطه مثبت وجود دارد.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و تجربه خشونت و تحقیر در دوران کودکی رابطه مثبت وجود دارد.
- بین ارتکاب سرقت‌های خشن و اعتقادات مذهبی و باورهای اخلاقی فرد رابطه معکوس وجود دارد.

### ۳. روش تحقیق

تحقیق پیش‌رو به روش کمی می‌باشد. جامعه آماری این پژوهش کلیه محکومان به سرقت‌های به عنف هستند. نمونه مورد مطالعه متشکل از ۱۸۰ نفر می‌باشد که ۹۰ نفر از این تعداد، سارقان به عنف محبوس در «زندان رجائی شهر» کرج بودند و ۹۰ نفر سارقان معمولی (بدون خشونت) به عنوان گروه کنترل، که محبوس در «زندان تهران بزرگ» بودند. نمونه مورد مطالعه در شهریور، مهر و آبان سال ۱۳۹۲ جمع‌آوری گردید. ابزار جمع‌آوری اطلاعات، مصاحبه و پرسش‌نامه محقق ساخته می‌باشد. در تکمیل پرسش نامه سعی شده است که تقریباً با تمامی محکومان مصاحبه انجام شود؛ و در انتها تحلیل داده‌ها با استفاده از نرم افزار spss صورت گرفت. در مسیر اتمام این پژوهش با مشکلات و موانع بسیاری روبرو بودیم. ورود به زندان فرآیندی بس دشوار است. سازمان زندان‌ها به منظور دادن مجوز ورود به زندان جلساتی با فاصله‌های طولانی مدت برگزار می‌کند. به همین دلیل روند ورود به زندان چند ماه طول کشید و مشکل دیگر پیش‌بینی نکردن محیطی مجزا به منظور پژوهش در زندان بود. در واقع علی‌رغم اینکه در اکثر موارد مأموران محترم زندان کاملاً همکاری لازم را به عمل می‌آورند، اما محیط مناسبی برای انجام مصاحبه فراهم نمی‌شود. در واقع هیچ‌کدام از زندان‌ها اتاقی مجزا به منظور پژوهش نداشتند. از این رو باید وارد بندهای زندان می‌شیم و با سارقان مصاحبه می‌کردیم. ایراد دیگر ذهنیت منفی سارقان و عدم اعتماد به کارهای پژوهشی بود. در واقع تصور غالب سارقان این بود که پژوهشگر وابسته به سازمان زندان‌ها و ارگان‌های مربوطه است. از این رو وقت زیادی را صرف اعتمادسازی می‌کردیم.

### ۴. روش نمونه‌گیری و حجم نمونه پژوهش

در این پژوهش از آنجا که با دو جمعیت آماری مواجه هستیم، بنابراین با دو حجم نمونه نیز مواجه خواهیم بود. با توجه به آزمون‌های آماری تعداد سارقان خشن

۹۰ نفر مشخص شد و به دلیل ماهیت مقایسه‌ای بودن پژوهش حاضر، جهت مهیا نمودن شرایط مقایسه بهتر و عملی‌تر، اقدام به همگن‌سازی دو نمونه کردیم. بنابراین نمونه گروه کنترل به لحاظ چند ویژگی (جرائم سرقت، سن و جنس مرتكب) با نمونه گروه سارق خشن همانند و همگن شده‌اند؛ حجم گروه کنترل به منظور مقایسه علمی‌تر برابر با حجم نمونه موردنظر تعیین شد و در واقع هر دو گروه ۹۰ نفر انتخاب شدند. روش نمونه‌گیری در پژوهش حاضر به روش تصادفی ساده می‌باشد. شیوه سامان‌دهی مقاله پیش‌رو بدین صورت است که در ابتدا پس از بیان اجمالی ضرورت تحقیق به نظریه‌های شاخصی که در ارتباط با سرقت‌های خشن ارائه شده است، اشاره می‌کنیم. سپس به سؤال اصلی و فرضیات و روش نمونه‌گیری و روش تحقیق اشاره می‌شود و در قسمت یافته‌های تحقیق نیز با استفاده از پرسش‌نامه‌ای که با بهره‌گیری از نظریه‌ها پیش‌گفته تهیه شده است، سعی در به آزمون کشیدن فرضیات تحقیق داریم. نهایتاً با توجه به جدول‌ها و نمودارهای به دست آمده مشخص می‌کنیم که کدام فرضیات رد و کدام اثبات شده است.

## ۵. چهارچوب نظری

در این قسمت به برخی نظریه‌های جرم‌شناختی اشاره می‌شود که به نظر می‌رسد ارتباط نزدیکی با سرقت‌های مقرن به تهدید و آزار و به طور کلی جرایم مالی دارد؛ لازم به توضیح است که ترتیب حاضر مورد اتفاق نظر نیست و نگارنده با توجه به ارتباط نظریه‌ها با موضوع تحقیق و شاخص بودن برخی از این نظریه‌ها از آنها استفاده کرده است. در ضمن پرسش‌نامه حاضر هم با توجه به نظریه‌های این بخش تهیه شده است.

### ۱-۱. نظریه‌های یادگیری

بر اساس نظریه‌های یادگیری اجتماعی، رفتار انحرافی آموختنی است و در فرآیند روابط با دیگران، به خصوص در گروه‌های کوچک آموخته می‌شود. فرآیند مدل‌سازی<sup>۱</sup> در کانون توجه نظریه یادگیری اجتماعی قرار دارد که در آن شخص رفتار اجتماعی دیگران را به وسیله مشاهده و تقویت یاد می‌گیرد و آموختنی‌ها را از طریق پاداش و تنبیه تقویت می‌شود. یک از مهم‌ترین نظریه‌هایی یادگیری، نظریه همنشینی افتراقی ادوین ساترنلند است. او بر این باور بود که رفتار انحرافی موروثی و ذاتی نیست و به همان روشی آموخته می‌شود که هر رفتار دیگری آموخته می‌شود. در فرآیند یادگیری، معاشران فرد قواعد حقوقی را به عنوان امور مناسب و نامتناسب، تعریف می‌کنند و فرد

این تعاریف را از آنها فرامیگیرد. شخص به دلیل اینکه در معرض تعاریفی قرار میگیرد که قانون شکنی را بر احترام به قانون ترجیح می‌دهد، بزهکار می‌شود. ساترلند به معاشرت با بزهکاران توجه ندارد، بلکه تأکید وی در معرض تعریف‌های مناسب یا نامتناسب قرار گرفتن قواعد حقوقی است؛ برای مثال ممکن است در شبکه روابط فردی، که فرد با بزهکاران دارد برخی از رفتارهای بزهکارانه مورد تحسین و برخی دیگر مورد بی‌اعتنایی بوده و حتی زشت شمرده شود؛ برای مثال دزدهای حرفة‌ای ممکن است نسبت به تجاوز به عنف، آدمکشی و اعتیاد به مواد مخدر به همان اندازه مردم درستکار نفرت داشته باشند.<sup>۱</sup> او معتقد بود که در فرآیند همنشینی با افراد کجرو، فرآگیری رفتار مجرمانه در ابعاد زیر اتفاق می‌افتد:

- فنون ارتکاب جرم
- انگیزه‌ها و رهیافت‌ها و توجیه‌هایی که با جرم همراه است.
- تعریف مجموعه‌ای از قوانین به عنوان امری مطلوب یا نامطلوب (برای نمونه نامطلوب دانستن قوانین مربوط به سرقت خودرو با این استدلال که به هر حال مردم امکان استفاده از تسهیلات بیمه خودرو را دارند).<sup>۲</sup> از همین چند جمله می‌توان دریافت که نظریه ساترلند از نظر به رسمیت شناختن قدرت نیروهای اجتماعی در تعریف جرم، نظریه‌ای جامعه‌شناختی و از منظر توجه به فرد، نظریه‌ای روان‌شناختی است.

## ۲-۵. نظریه‌های فشار

نظریه فشار دیگر نظریه‌ای است که به نظر می‌رسد تا حد زیادی با سرقت‌های خشن مرتبط باشد. این نظریه به جای پرداختن به روان‌شناسی فردی یا خصیصه‌های زیستی، مدعی است که موجبات شکل‌گیری جرم را باید در درون جامعه جست. بدین ترتیب در نگاه این نظریه یک مجرم محصول نوعی نظم خاص اجتماعی است. یکی از مهم‌ترین نظریه‌ها از میان نظریه‌های فشار، نظریه مرتون است. مرتون بر این باور است که ریشه‌های جرم و انحراف را باید در ساختار جامعه دید. به نظر مرتون در اغلب اوقات امکانات برای دستیابی به موفقیت بر اساس طبقه‌بندی اجتماعی - اقتصادی قشربندی می‌شود. احساس فشار در افراد طبقه متوسط محدود است که به امکانات آموزشی و مشاغل معتبر دسترسی دارند. در حالی که در مناطق فقرنشین به این علت احساس فشار ایجاد می‌شود که راههای مشروع برای کسب موفقیت عمده‌ای بر روی افراد جوان

۱. احمدی، حبیب، جامعه‌شناسی انحرافات، چاپ چهارم، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص. ۹۶.

۲. وايت، راب؛ و فيونا هينز، جرم و جرم‌شناسی، ترجمه على سليمي، چاپ چهارم، پژوهشگاه حقوق و دانشگاه،

.۱۳۹۲، ص. ۵۸

۳. همان، ص. ۱۴۳.



بسته می شود. به عبارت دیگر نظریه فشار می گوید، افراد ناتوان همان چیزهای را می خواهند که افراد توان مند، ولی آنها هنگامی که در می یابند از طریق ابزارهای مشروع نمی توانند آن چیزها را به دست آورند، بعضًا تلاش می کنند تا از طریق فعالیت های غیرقانونی به خواسته خود دست یابند.<sup>۱</sup> برای اینکه فرد بتواند به معضل بی هنجاری پاسخ بدهد، بسته به نگرش وی در مورد هدف های فرهنگی و ابزارهای نهادین، راه های متفاوتی وجود دارد. مرتون این گزینش ها را با عنوان های همنوایی، نوآوری، آینین باوری، انزواجاوری و تحول گرایی مشخص کرد. تا جایی که جامعه پایدار است، اغلب اشخاص آن جامعه همنوایی را که مستلزم پذیرش هدف های فرهنگی و ابزارهای نهادین است انتخاب خواهند کرد. ولی اغلب جرم هایی که در جامعه وجود دارد، احتمالاً به شکل نوآوری اند. اشخاصی که به نوآوری دست می زنند، وفاداری خود را نسبت به هدف فرهنگی به دست آوردن ثروت حفظ می کنند (زیرا بر این هدف به شدت تأکید می شود)، ولی در می یابند که از طریق ابزارهای نهادین نمی توانند در رسیدن به این هدف موفق شوند؛ بنابراین به شیوه های نوینی برای به دست آوردن ثروت دست می زنند؛ سومین امکان سازش پذیری عبارت است از رد امکان پذیری هرگونه امکان دست یابی به ثروت، ولی حفظ پاییندی به هنجارهای کار زیاد، درست کاری و غیره. چهارمین سازش پذیری، انزواجاوری است که کنار گذاشتن بی چون و چرا کل ماجرا است. چنین شخصی نه بر اساس هدف های فرهنگی است و نه بر اساس ابزارهای نهادین عمل می کند. آخرین امکان سازش پذیری در مورد معضل بی هنجاری، تحول گرایی است. در اینجا شخص با جایگزینی ارزش های نوین به جای ارزش های جامعه، نسبت به ناکامی هایش واکنش نشان می دهد.<sup>۲</sup>

### ۵-۳. نظریه های خرد ه فرهنگ

نظریه های خرد ه فرهنگی به موضوع رفتارهای بزهکارانه در میان جوانان طبقات پایین جامعه بر حسب ویژگی های خرد ه فرهنگی آنان نظیر ارزش ها، زبان و اسلوب های زندگی پرداخته اند. به علاوه، این نظریه ها بزهکاری جوانان را از جرم متمایز دانسته است و بر این باورند که رفتار بزهکارانه به وسیله افرادی رخ می دهد که هنوز به سن قانونی نرسیده اند. به اعتقاد نظریه پردازان خرد ه فرهنگی، رفتار بزهکارانه به وسیله گروه های بزهکار معمولاً در اجتماعات خرد ه فرهنگی طبقات پایین جامعه شکل گرفته و به اجرا در می آید.<sup>۳</sup> یکی از شاخص ترین نظریه پردازان کنترل، آلبرت کوهن است؛ آلبرت

۱. معظمی، شهلا، بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ ششم، نشر دادگستر، ۱۳۹۱، ص. ۱۷۱.

۲. وايت و هیتز، پیشین، ص. ۲۲۴.

۳. احمدی، پیشین، ص. ۱۳۸.

کوهن<sup>۱</sup> در اثری با نام «پسран بزهکار» که در سال ۱۹۵۵ منتشر شد، معتقد بود که ارزش‌ها و هنجارهای طبقه متوسط که در خلاً نظام آموزشی و رسانه‌های جمعی عمل می‌کنند، بر جامعه آمریکایی مسلط می‌باشند. نگاه او به نظام آموزشی، به طور خاص به دلیل تعریف او از بزهکاری است. مدارس، در حالی که در بردارنده ارزش‌های طبقه متوسط هستند، بر آن نیز تأکید دارند و بدین ترتیب، پسран طبقه کارگر از ابزارهای لازم برای رقابت با پسран متوسط یا «پسران کالج» و دستیابی به موقعیت‌های تحصیلی، شغلی و اجتماعی را ندارند. این پسран طبقه کارگر یا «پسران گنج» که نام انتخابی کوهن برای آنهاست، از مسئله محرومیت از موقعیت در مدرسه رنج می‌برند و تلاش می‌کنند که نظام ارزشی طبقه متوسط را سرنگون کنند. پسran کنج از طبقه کارگر هستند، ارزش‌های مدرسه را نمی‌پذیرند و خردۀ فرهنگ‌هایی را تشکیل می‌دهند که بر روی ارزش‌های خاص متفاوت بهویژه انحراف، تأکید دارند.<sup>۲</sup>

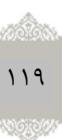
#### ۴-۵. نظریه کنترل

بر طبق دیدگاه‌های پیش‌گفته، انسان‌ها مُخلق به اخلاق‌اند و همنوایی مدل معمولی و طبیعی رفتار بشر است و آنچه باید بررسی شود، رفتار انحرافی و کجری و است، اما نظریه‌های کنترل، ذات بشر را نه متکی بر اخلاق و نه غیر آن می‌دانستند و تکیه اصلی آنها بر این سؤوال است که مردم چرا همنوایی می‌کنند. بنابراین در اینجا امکان کجری قطعی است و این همنوایی است که باید ریشه‌یابی شود. مهم‌ترین صاحب‌نظر رویکرد کنترل اجتماعی، تراویس هیرشی است. او علت همنوایی افراد با هنجارهای اجتماعی را پیوندهای اجتماعی آنها دانسته است. وی مدعی است که پیوند میان فرد و جامعه مهم‌ترین علت همنوایی و عامل اصلی کنترل رفتارهای فرد است و ضعف این پیوند یا نبود آن موجب اصلی کج‌رفتاری است. هیرشی چهار جزء اصلی پیوند شخص با جامعه که مانع ارتکاب جرایم می‌شود را به این شرح توضیح داد:

- وابستگی: داشتن «تعلق خاطر» نسبت به افراد و نهادها در جامعه، یکی از شیوه‌هایی است که فرد خود را از طریق آن با جامعه پیوند می‌زند. ضعف چنین پیوندهایی موجب می‌شود که فرد خود را در ارتکاب جرم و کج‌رفتاری آزاد بداند.
- تعهد: افراد در هر جامعه وقت و انرژی خود را صرف دستیابی به اهداف و کسب منزلت و حُسن شهرت می‌کنند و به فعالیت‌های متدالوی زندگی روزمره

1. Albert Cohen

۲. ویلیامز، فرانک، نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، چاپ سوم، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۰.



- «متعهد» بوده، از کج رفتاری می‌پرهیزند تا موقعیت‌هایی را که به دست آورده‌اند حفظ کنند.
- مشارکت: افراد چنان خود را مشغول همنوایی می‌کنند که وقتی برای ارتکاب جرم یا حتی فکر کردن در مورد آن برایشان باقی نمی‌ماند. «درگیر شدن» در فعالیت‌های مربوط به زندگی روزمره، همه وقت و انرژی آنها را به خود اختصاص می‌دهد و این خود موجب تقویت تعهد می‌شود.
  - اعتقاد: افراد به اعتبار اخلاقی نظام هنجارهای اجتماعی و رعایت قوانین و مقررات نیز موجب احساس وظیفه اخلاقی نسبت به دیگران می‌شوند و ضعف چنین اعتقادی راه را برای جرم هموار می‌کند.<sup>۱</sup>

## ۶. یافته‌های تحقیق

در این قسمت به توصیف متغیرهای مستقل بر اساس دو گروه انتخاب شده پرداخته می‌شود. بدین معنی که تأثیر هر یک از متغیرهای تعریف شده به لحاظ نمره به دست آمده در پرسشنامه‌ها بر متغیرهای موردنظر چگونه بوده است. در قسمت دوم هر یک از متغیرها به روایی و پایایی آنها پرداخته شده است. روایی بیانگر آن است که آیا ابزار ما قادر به سنجش و اندازه‌گیری متغیر یا سازه‌ای که برای آن ساخته شده است، می‌باشد یا خیر؟ در واقع روایی با این مسئله سر و کار دارد که یک ابزار اندازه‌گیری تا چه حد چیزی را اندازه می‌کند که ما فکر می‌کنیم. از بین دو نوع تحلیل عاملی که تأییدی و اکتشافی است، ما در این کار برای سنجش روایی گویه‌ها از تحلیل عاملی تأییدی استفاده کردی‌ایم. این آزمون که با علامت اختصاری  $kmo^*$  مشخص شده است، اولین هدف تحلیل عاملی را برآورده می‌سازد. یعنی این آزمون مشخص می‌کند که آیا وردایی<sup>۳</sup> متغیرهای تحقیق تحت تاثیر وردایی مشترک برخی عامل‌های پنهان و اساسی هست یا خیر. به عبارتی می‌توان گفت که وردایی مجموعه متغیرها ناشی از یک سری عوامل پنهانی و بنیادی است نه تمامی این متغیرها<sup>۴</sup> پایایی نیز به معنای آن است که آیا روش انتخاب شده، موضوع موردنظر را به طور دقیق می‌سنجد یا خیر. در واقع ابزار اندازه‌گیری تا چه حد پایایی (قابلیت تکرار) دارد

۱. صدیق سروستانی، رحمت‌الله، آسیب‌شناسی اجتماعی؛ جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی، چاپ دوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۵، ص. ۵۳.

2. Kaiser-meyer-olkin measure of sampling adequacy

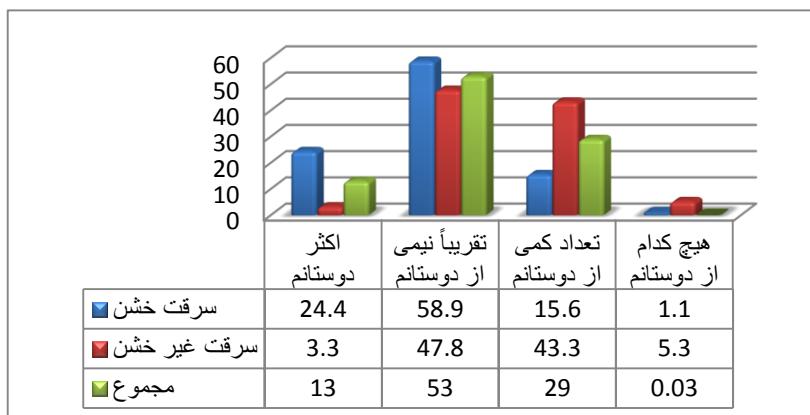
۳. فرهنگستان زبان فارسی معادل فارسی واژه واریانس را واژه وردایی از ریشه ورت (ورتیدن) برگزیده است.

۴. حبیب‌پور، کرم؛ و رضا صفری شالی، راهنمای جامع کاربرد spss در تحقیقات پیمایشی، انتشارات متفکران، ۱۳۸۸، ص. ۳۲۱.

و اگر همان واحد تحلیل مکرر به کار رود، نتایج یکسانی به دست می‌آید یا خیر؟ روش آلفا کرونباخ مهم‌ترین و پرکاربردترین روش محاسبه میزان پایایی ابزار اندازه‌گیری در نرم‌افزار SPSS است. بار عاملی بیانگر میزان همبستگی بین متغیرهای مشاهده شده و عامل‌ها است. به عبارتی بار عاملی ترکیب وزن یافته متغیرها است که به بهترین صورت واریانس را تبیین می‌کنند. هر چه قدر بار عاملی یک متغیر در خصوص یک عامل بیشتر باشد، همبستگی آن متغیر با عامل موردنظر در مقایسه با سایر عامل‌ها بیشتر است.<sup>۱</sup> پس از به آزمون گذاشتن فرضیات نتایج زیر به دست آمد؛ در این قسمت به تفکیک در مورد هریک از فرضیات پژوهش حاضر بحث خواهیم کرد.

#### ۶-۱. همنشینی با افراد کجو

فرضیه اول این پژوهش در ارتباط با همنشینی با افراد کجو است در واقع فرض ما بر این بود که بین ارتکاب سرفت‌های خشن و همنشینی با افراد کجو رابطه مثبت وجود دارد. متغیر همنشینی با افراد کجو بدین صورت است که جمع گوییه‌های تشکیل‌دهنده این متغیر، سوء سابقه و میزان انحراف و کجروی و تمایل به اعمال غیرقانونی را نشان می‌دهد. نتیجه حاصل شده در جدول زیر آمده است. این جدول نشان می‌دهد که افراد نمونه انتخاب شده برای هریک از گروه‌ها تا چه حد با دوستان کجو همنشینی دارند و بیشتر وقت خود را با آنان می‌گذرانند.



جدول توزیع فراوانی بر حسب همنشینی با افراد کجو

۱. منصورفر، کریم، روش‌های پیشرفته آماری همراه با برنامه‌های کامپیوتر، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص. ۲۶۶.

همان طور که مشاهده می شود با نگاهی اجمالی می توان متوجه شد که سارقان خشن از دوستان کجر و بیشتری برخوردار هستند. جدول زیر بیان کننده گویه هایی است که ما برای اثبات فرضیات خود از آنها بهره برده ایم.

| بار عاملی | گویه‌ها                          |
|-----------|----------------------------------|
| .۶۸۵      | معتاد هستند                      |
| .۷۵۷      | مشروبات الكلی مصرف می کنند       |
| .۸۱۵      | معتقد به اصول مذهبی هستند        |
| .۶۴۴      | اهل درگیری هستند                 |
| .۶۳۷      | سابقه کیفری دارند                |
| .۷۴۹      | رابطه نامشروع دارند              |
| .۷۰۵      | برای بانوان مزاحمت ایجاد می کنند |
| .۷۷۹      | متتجاوز جنسی هستند               |
| .۷۱۷      | رعب و وحشت ایجاد می کنند         |
| .۸۰۵      | از خانه فرار کرده‌اند            |
| .۸۱۷      | سارق هستند                       |
| .۸۳۹      | зорگیر هستند                     |
| .۸۶۵      | بی سواد هستند                    |
| .۷۹۹      | الفا کرونویاخ: .۸۷۴:Kmo          |

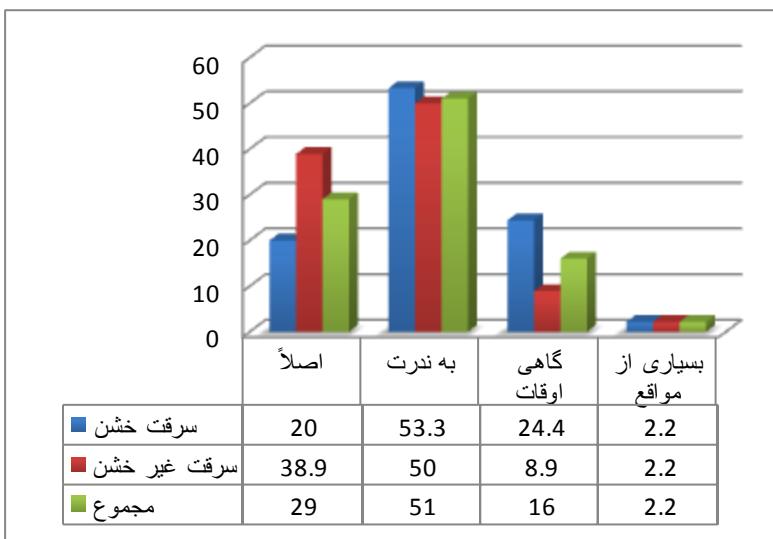
برای تأیید روایی و پایایی گوییه‌های این متغیر ما از دو آزمون استفاده کردیم. برای تعیین پایایی از آزمون آلفا کرونباخ استفاده شد که نتیجه این آزمون ۰.۷۹۹ بوده است. به عبارتی مجموع این گوییه‌ها دارای پایایی مناسب برای متغیر هم نشیانی با افراد کجرو را نشان می‌دهند و در صورت تکرار این پژوهش، نتایج تفاوتی معناداری با یکدیگر نخواهند داشت. برای آزمون روایی گوییه‌ها، از آزمون kmo استفاده گردید که با توجه به نمره به دست آمده برای این آزمون که برابر با ۰.۸۷۴ است، نشان‌دهنده حد کافیت نمونه‌گیری گوییه‌ها برای ساخت متغیر مورد نظر است. نمره بار عاملی هر گوییه در متغیر مورد نظر به صورت جداگانه در جدول بالا آمده است. هر چه بار عاملی گوییه‌ای بیشتر باشد، نشان از اهمیت و بالا بودن وزن این عامل در تعیین نهایی واریانس متغیر مورد بررسی است.

| تفاوت میانگین | درجه آزادی | T     | Sig  | میانگین |                     |
|---------------|------------|-------|------|---------|---------------------|
| ۸.۸۷۷۷۸       | ۱۷۷.۹۹۸    | ۷.۱۳۲ | .۰۰۰ | ۴۰.۹۳۳  | سرقت همراه با خشونت |
|               |            |       |      | ۴۹.۸۱۱  | سرقت بدون خشونت     |

با توجه به نتایج آزمون که در جدول بالا به دست آمده است، مشخص می‌گردد که میانگین نمره در متغیر هم نشینی با افراد کجر و برای گروه سرقت همراه با خشونت ۴۰.۹۳۳ بوده و نمره گروه سرقت بدون خشونت نیز ۴۹.۸۱۱ است. با توجه به نحوه چینش گوییهای این متغیر، هر چه نمره کمتر باشد هم نشینی با افراد کجر و در گروهها افزایش می‌باید، و این نمره به دست آمده نشان می‌دهد که هم نشینی با افراد کجر و در بین گروه سرقت همراه با خشونت بیشتر از گروه دیگر است. نمره *Sig* نشان می‌دهد که این اختلاف ناشی از اشتباہ آماری نیست و اختلاف واقعی در جامعه آماری وجود دارد و چون نمره آن کمتر از ۰.۰ است؛ تأیید فرضیه را به احتمال ۹۹ درصد می‌رساند. در نتیجه به احتمال ۹۹ درصد این فرضیه که هم نشینی با افراد کجر و در بین سارقان خشن بیشتر از سارقان غیرخشن است تأیید می‌گردد.

## ۶-۲. از هم‌گسیختگی خانواده

فرضیه دوم پژوهش حاضر در ارتباط با از هم‌گسیختگی خانواده می‌باشد. فرض ما بر این بود که بین ارتکاب سرقت خشن و از هم‌گسیختگی خانوادگی رابطه مثبت وجود دارد. با جمع و تقسیم‌بندی گوییهای متغیر از هم‌گسیختگی خانواده، نتایج جدول زیر حاصل شده است که در دو گروه سرقت همراه با خشونت و سرقت بدون خشونت آورده شده است. لازم به توضیح است که منظور ما از گسیختگی در خانواده نداشتن ارتباطات قوی بین اعضای خانواده است. در واقع فرضیه ما این است که سنت بودن این روابط و نداشتن تقييد اعضای خانواده به يكديگر می‌تواند علت سرقت‌های خشن باشد.



جدول توزیع فراوانی بر حسب از هم‌گسیختگی خانواده

| بار عاملی          | گویه‌ها  |
|--------------------|--|
| .۶۸۱               | تا چه اندازه نظر اعضای خانواده برای شما اهمیت دارد |
| .۷۸۰               | تا چه حد مشکلاتتان را با خانواده مطرح می کنید      |
| .۸۷۵               | چقدر شما مطابق انتظار خانواده عمل می کنید          |
| .۸۶۷               | در صورت متأهل بودن رابطه شما با همسرتان چگونه است. |
| .۹۷۴               | در خانه رابطه پدر و مادرتان با هم چگونه بود.       |
| .۸۷۶ آلفا کرونباخ: | .۸۰۳ Kmo   |

برای آزمون روایی و پایایی نیز همانند متغیر قبلی از آزمون آلفا کرونباخ برای پایایی و kmo برای روایی استفاده کرده ایم. نتیجه به دست آمده برای آزمون کرونباخ ۸۰۳ هزارم است که گویه ها از پایایی مناسب برخوردار هستند. نتیجه آزمون kmo نیز .۸۷۶ است و به حد کفایت رسیدن نمونه گیری گویه ها را در تشکیل این متغیر نمایان است.

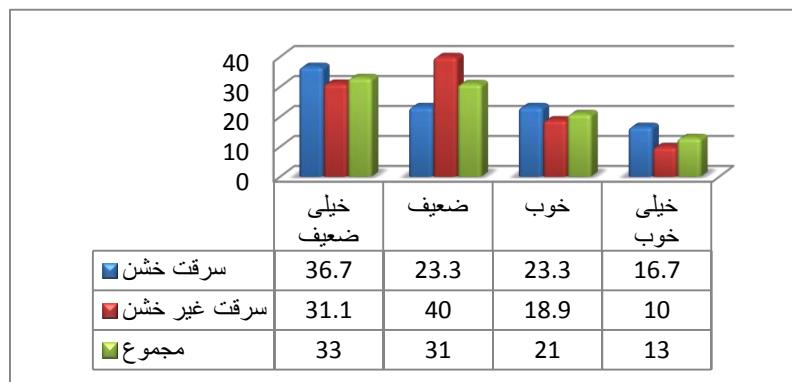
| تفاوت میانگین | درجه آزادی | T     | Sig  | میانگین |                     |
|---------------|------------|-------|------|---------|---------------------|
| ۶             | ۱۷۷.۹۰۳    | ۳.۹۸۰ | .۰۰۰ | ۴۵.۸۸۸۹ | سرقت همراه با خشونت |
|               |            |       |      | ۳۹.۸۸۸۹ | سرقت بدون خشونت     |

با توجه به نمره گویه ها در این متغیر، هرچه نمره به دست آمده بیشتر باشد، نشان از بیشتر شدن از هم گسیختگی خانوادگی است. نتایج آزمون نشان می دهد که در بین سارقان خشن نمره به دست آمده ۴۵.۸۸۸۹ است و در بین سارقان غیرخشون ۳۹.۸۸۸۹ که اختلاف ۶ نمره بین این دو گروه نشان دهنده بیشتر بودن از هم گسیختگی خانوادگی در بین سارقان خشن است. نمره sig به دست آمده نیز تأیید فرضیه را به احتمال ۹۹ درصد نشان می دهد. در مجموع فرضیه رابطه مثبت از هم گسیختگی خانوادگی با سرقت خشن مورد تأیید قرار می گیرد. به عبارتی هر چه از هم گسیختگی خانوادگی بیشتر باشد، احتمال به کار گیری خشونت در سرقت افزایش می یابد.

### ۳-۶. وضعیت اقتصادی

فرضیه سوم پژوهش حاضر در ارتباط با از وضعیت اقتصادی می باشد. در واقع فرض ما بر این بود بین وضعیت اقتصادی و ارتکاب سرقت خشن رابطه معکوس وجود دارد.

متغیر وضعیت اقتصادی بر اساس میزان درآمد و همچنین توصیف خود افراد از وضعیت اقتصادی خود ساخته شده است. بر همین اساس با توجه به تعداد و همچنین ثابت بودن گویه‌ها برای سنجش این متغیر، نیازی به آزمون روایی و پایابی این گویه‌ها نیست و در این قسمت در حد توصیف صرف به آن می‌پردازیم.



جدول توزیع فراوانی بر حسب وضعیت اقتصادی

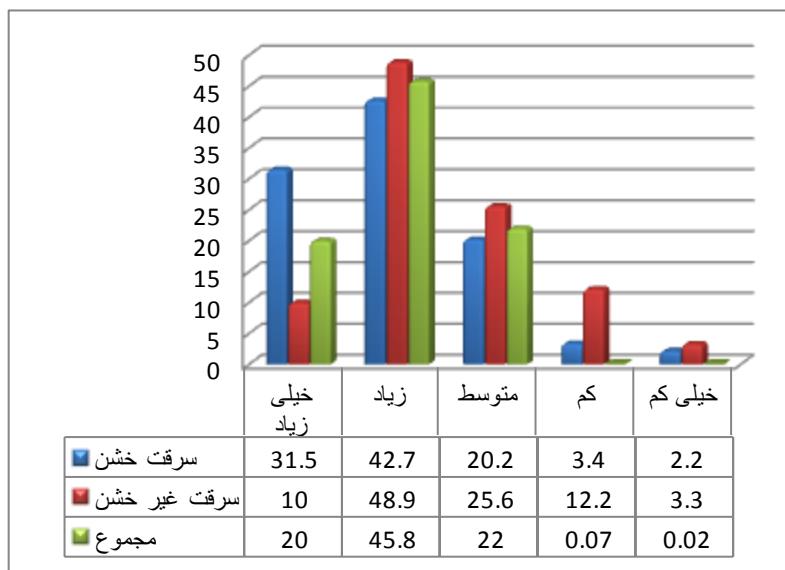
| تفاوت میانگین | درجه آزادی | T    | Sig  | میانگین |                     |
|---------------|------------|------|------|---------|---------------------|
| ۰.۲۶۷         | ۰.۳۱.۱۷۰   | .۸۶۲ | .۳۹۰ | ۸۰۰.۴   | سرقت همراه با خشونت |
|               |            |      |      | ۵۳۳.۴   | سرقت بدون خشونت     |

در آزمون این فرضیه با توجه به سطح سنجش این دو متغیر از آزمون T استفاده گردید که نتیجه میانگین به دست آمده برای دو گروه سرقت خشن و غیرخشونت بدین صورت است که در گروه سارقان خشن ۴.۸ و سارقان غیرخشونت ۴.۵۳۳ است. متغیر وضعیت اقتصادی به گونه‌ای بوده است که هر چه مقدار عدد به دست آمده بالاتر باشد، وضعیت اقتصادی افراد نیز بهتر خواهد بود. با توجه به نمره Sig تفاوت معناداری از نظر وضعیت اقتصادی در بین دو گروه دیده نمی‌شود؛ چرا که بالاتر از ۰.۵ است و احتمال خطای آن بیشتر از ۵ درصد است. تفاوت میانگین این دو گروه نیز بسیار ناچیز بوده و حتی کمتر از یک است.

در نتیجه این فرضیه که بین وضعیت اقتصادی افراد و ارتکاب سرقت خشن رابطه معکوس وجود دارد، در بین نمونه انتخاب شده مورد تأیید قرار نمی‌گیرد و این فرضیه رد می‌شود.

#### ۴-۶. محیط مستعد جرم

فرضیه چهارم پژوهش حاضر در ارتباط با محیط مستعد جرم می‌باشد. در این زمینه، فرض ما بر این بود بین ارتکاب سرقت‌های خشن و محیط مستعد جرم رابطه مثبت وجود دارد. شاخص محیط مستعد جرم برای سنجش میزان جرم‌زایی منطقه زندگی نمونه انتخاب شده در دو گروه است. این شاخص متشکل از ۱۵ گویه است که با جمع نمرات به دست آمده در ۵ دسته جدول زیر قابل مشاهده است.



جدول توزیع فراوانی بر حسب محیط مستعد جرم

| بار عاملی | گویه‌ها                   |
|-----------|---------------------------|
| .۵۳۸      | درگیری قومی               |
| .۸۴۷      | خرید و فروش مشروبات الکلی |
| .۸۲۸      | خرید و فروش مواد مخدر     |
| .۶۰۰      | سرقت از منازل و مغازه‌ها  |
| .۷۶۵      | باندهای خلافکار           |
| .۷۶۶      | مزاحمت برای بانوان        |
| .۸۰۲      | دعوا و درگیری             |
| .۶۷۹      | зорگیری                   |
| .۶۴۲      | آدمربایی                  |
| .۶۴۴      | قتل                       |

|                    |                      |
|--------------------|----------------------|
| .۶۲۰               | اعتیاد               |
| .۶۲۱               | فحشا                 |
| .۶۹۵               | جایه‌جایی و اثاث‌کشی |
| .۷۶۹               | شلوغی و تراکم جمعیت  |
| .۶۲۵               | مهاجر                |
| .۹۲۰ آلفا کرونباخ: | .۹۰۶ Kmo             |

در آزمون روایی و پایابی نیز نمرات به دست آمده ۰.۹۲۰ برای آزمون آلفا کرونباخ و ۰.۹۰۶ برای آزمون kmo است که روایی و پایابی بالای این گویه‌ها برای تشکیل این شاخص نشان می‌دهند.

| تفاوت میانگین | درجه آزادی | T     | Sig  | میانگین |                     |
|---------------|------------|-------|------|---------|---------------------|
| ۵.۴۶۲         | ۱۷۳.۰۹۹    | ۳.۰۷۰ | .۰۰۲ | ۳۴.۳۴۸  | سرقت همراه با خشونت |
|               |            |       |      | ۳۹.۸۱۱  | سرقت بدون خشونت     |

نمره گذاری برای متغیر محیط مستعد جرم به صورت منفی است و هر چه نمره کمتر باشد محیط زندگی آنها بیشتر مستعد جرم است.

میانگین نمره به دست آمده برای دو گروه سارقان خشن و غیرخشن بدین صورت است که برای سارقان خشن ۳۴.۳۴۸ و برای سارقان غیرخشن ۳۹.۸۱۱ است.

تفاوت معنادار آماری بین این دو گروه با توجه به نمره Sig که کمتر از ۰.۱ است و تأیید رابطه را در سطح ۰.۹۹ درصد اطمینان نشان می‌دهد.

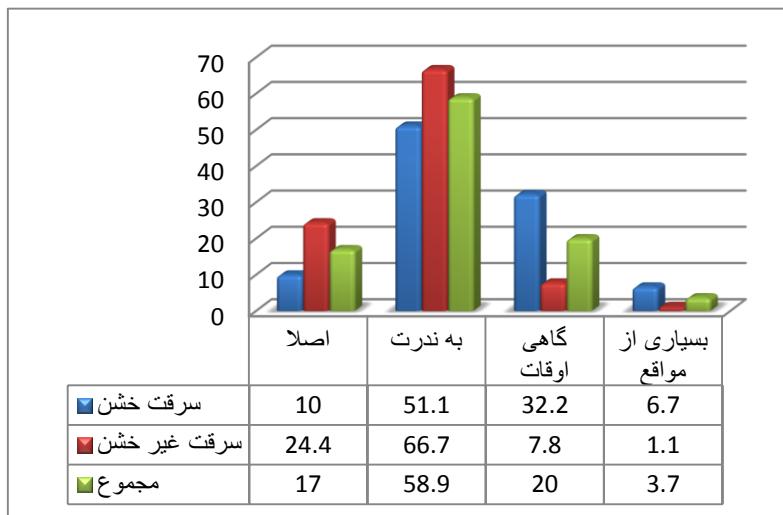
به عبارتی سارقان خشن در محیط مستعد جرم بیشتری نسبت به سارقان غیرخشن زندگی می‌کنند و این فرضیه نیز مورد تأیید قرار می‌گیرد که بین محیط مستعد جرم و ارتکاب سرقت خشن رابطه معنادار آماری در نمونه انتخاب شده وجود دارد.

## ۶-۵. تجربه خشونت و تحقیر در دوران کودکی

فرضیه پنجم پژوهش حاضر در ارتباط با تجربه خشونت و تحقیر در دوران کودکی می‌باشد. در این قسمت، فرض ما بر این بود بین ارتکاب سرقات‌های خشونت و تجربه خشونت و تحقیر در دوران کودکی رابطه مثبت وجود دارد.

برای ساخت متغیر تجربه خشونت و تحقیر در دوران کودکی از دو دسته گویه‌ها استفاده گردید.

در دسته اول تجربه خشونت و تحقیر در درون خانواده مدنظر بوده است و دسته دوم مربوط به تجربه خشونت و تحقیر در مدرسه می‌باشد که در یک طیف چهارشنبه نمره‌گذاری شده است.



جدول توزیع فراوانی بر حسب تجربه خشونت و تحقیر در کودکی

این جدول بیان‌کننده بار اعمالی گویه‌های موردنظر خشونت و تحقیر در دوران کودکی است.

| بار اعمالی         | گویه‌ها                     |
|--------------------|-----------------------------|
| .۸۶۱               | تسخیر                       |
| .۸۹۶               | فحاشی                       |
| .۹۰۲               | کتک زدن                     |
| .۸۱۸               | بیرون کردن از خانه یا مدرسه |
| .۸۶۷               | کنترل شدید                  |
| .۹۳۱               | حبس در منزل                 |
| .۹۰۹               | تبییض بین دانش آموزان       |
| .۸۳۹ : Kmo         |                             |
| آلفا کرونباخ: .۹۱۸ |                             |

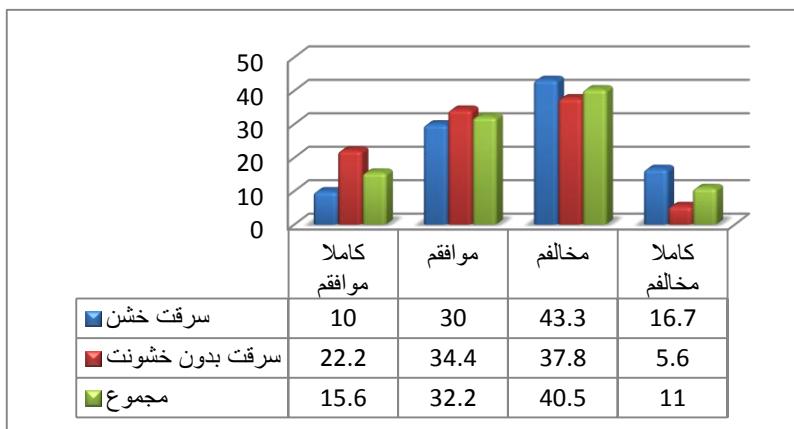
آزمون‌های روایی و پایابی برای گویه‌های این متغیر نیز نشان از روایی و پایابی بالای آنها را دارد؛ به طوری که نمره به دست آمده برای روایی .۸۳۹ و برای پایابی گویه‌ها .۹۱۸ است.

| تفاوت میانگین | درجه آزادی | t     | Sig  | میانگین |                     |
|---------------|------------|-------|------|---------|---------------------|
| ۹.۴۸۸         | ۱۷۶.۴۲۱    | ۶.۲۴۸ | .... | ۵۶.۶۳۳  | سرقت همراه با خشونت |
|               |            |       |      | ۴۶.۱۴۴  | سرقت بدون خشونت     |

نمره‌گذاری در متغیر تجربه خشونت در دوران کودکی نیز به صورتی بوده است که با افزایش نمره این متغیر تجربه خشونت در دوران کودکی افزایش می‌یابد. با توجه به میانگین به دست آمده برای دو گروه سارقان بدین صورت است که در بین سارقان خشن ۵۶.۶۳۳ است و در بین سارقان غیرخشن ۴۶.۱۴۴ به دست آمده است. نتیجه حاصل از میانگین‌ها بیانگر این مطلب است که اختلاف این دو گروه ۹.۴۸۸ است و گروه سارقان خشن، خشونت در دوران کودکی بیشتری را نسبت به سارقان غیرخشن داشته‌اند. این اختلاف به لحاظ آماری نیز با توجه به نمره  $\text{sig}$  نیز قابل تأیید است و می‌توان گفت که به احتمال ۹۹ درصد رابطه معناداری بین سرقت خشن و تجربه خشونت در دوران کودکی وجود دارد. لذا این فرضیه تأیید می‌شود.

## ۶-۶. باورهای اخلاقی و اعتقادات مذهبی

فرضیه ششم پژوهش حاضر در ارتباط با باورهای اخلاقی و اعتقادات مذهبی می‌باشد. فرض ما بر این بود که بین ارتکاب سرقات‌های خشن و باورهای اخلاقی و اعتقادات مذهبی رابطه معکوس وجود دارد.



جدول توزیع فراوانی بر حسب باورهای سارقان

| بار عاملی | گویه‌ها   |
|-----------|---|
| .۶۳۲      | از هر دست بدی از همان دست هم می‌گیری                    |
| .۵۶۶      | بول دارها به اندازه سرمایه اشان زحمت می‌کشند            |
| .۵۳۸      | зор بازو بهتر می‌تواند حق را بگیره تا سخن گفتن          |
| .۷۵۲      | اگر در مسیر درست قدم بر دارم بالاخره روزی ام را می‌گیرم |
| .۷۱۸      | در حل مشکلاتم راز و نیاز با خدا را موثر می‌دانم         |
| .۶۹۹      | بعد از انجام کار خلاف احساس گناه می‌کنم                 |

|     |  |
|-----|--|
| ۷۶۹ | معتقدم برای حل مشکل همیشه راهی هست که نیاز به خشونت<br>نیاشد |
| ۶۵۳ | آلفا کرونباخ: .۷۲۵ Kmo                                       |

در آزمون روایی نمره به دست آمده نشان از روایی مناسب گوییه‌ها است ولی آزمون پایابی دقت بیشتری را برای پایابی گوییه‌های این متغیر می‌طلبد.

همان‌طور که در جدول زیر مشاهده می‌شود؛ بر اساس این فرضیه هر قدر نمره باورهای اخلاقی و اعتقادات مذهبی افراد کمتر باشد، احتمال ارتکاب سرقت خشن کمتر می‌شود و رابطه مثبتی بین این دو وجود دارد. کدگذاری نمرات گوییه‌ها نیز به صورت منفی بوده است. نتایج حاصل از میانگین نمرات متغیر اعتقادات مذهبی و باورهای دینی نشان می‌دهد که میانگین نمره برای گروه سرقت خشن ۱۴.۲۱۱ بوده و برای گروه سرقت غیرخشن ۱۲.۶۷۷ است. نمره به دست آمده برای گروه سرقت غیرخشن به گونه‌ای است که اعتقادات مذهبی و باورهای دینی بالایی را نشان می‌دهد. این تفاوت به لحاظ معناداری آماری نیز با توجه به نمره  $\text{sig}$  که کمتر از ۰.۵ است مورد تأیید قرار می‌گیرد. تفاوت میانگین نمره این متغیر بین دو گروه ۱.۵۳۳ بوده است که به علت پایین بودن دامنه نمرات قابل تأیید می‌باشد. در نتیجه این فرضیه که بین اعتقادات مذهبی و باورهای دینی افراد با سرقت خشن رابطه معکوس وجود دارد مورد تأیید قرار می‌گیرد.

| تفاوت میانگین | درجه آزادی | T     | Sig  | میانگین |                     |
|---------------|------------|-------|------|---------|---------------------|
| ۱.۵۳۳         | ۱۷۷.۷۸۱    | ۲.۸۸۵ | .۰۰۴ | ۱۴.۲۱۱  | سرقت همراه با خشونت |
|               |            |       |      | ۱۲۶۷۷   | سرقت بدون خشونت     |

## نتیجه‌گیری

این پژوهش به منظور ریشه‌یابی علت سرقت‌های خشن صورت گرفته است. به منظور رسیدن به این مهم با ۱۸۰ سارق که ۹۰ نفر از آنها سارقان خشن و ۹۰ نفر سارق غیرخشن بودند، مصاحبه صورت گرفت و داده‌های به دست آمده در بین هر دو گروه با استفاده از نرم افزار spss مورد تحلیل قرار گرفت. در این پژوهش غرض اصلی ما رسیدن به این مهم است که چرا سارقان خشن در هنگام ارتکاب سرقت‌های خود از خشونت استفاده می‌کنند؟ نتایج به دست آمده به شرح زیر است:

- بین ارتکاب سرقت‌های خشن و همنشینی با افراد کجرو رابطه مستقیم وجود دارد.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و از هم‌گسیختگی خانواده رابطه مستقیم وجود دارد.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و وضعیت اقتصادی رابطه‌ای وجود ندارد. در واقع سارقان خشن از نظر مالی در شرایط بهتری نسبت به سارقان غیرخشن قرار گرفته‌اند.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و محیط مستعد جرم رابطه مثبت وجود دارد.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و قربانی خشونت شدن در دوران کودکی رابطه مثبت وجود دارد.
  - بین ارتکاب سرقت‌های خشن و اعتقادات مذهبی و باورهای اخلاقی رابطه معکوس وجود دارد.
- با توجه به نتایج به دست آمده تمامی فرضیات پژوهش حاضر به استثنای فرضیه مربوط به وضعیت مالی به اثبات رسید. در واقع برخلاف تصور رایج، سارقان خشن وضعیت مالی بهتری نسبت به سارقان غیرخشن داشتند.

## پیشنهادها

همان‌طور که در مقدمه گفته شد، سرقت‌های مقرن به تهدید و آزار تبعات منفی بسیاری در جامعه دارند که نه تنها مال افراد را مورد لطمہ قرار می‌دهد، بلکه روح و روان بزه‌دیده را هم جریحه‌دار می‌کند و علاوه بر اینها، بزه‌دیدگان ثانویه را نیز به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهند. لذا رسیدگی به این معضل بسیار حائز اهمیت است. بدون شک برای کاهش این جرایم ابتدا باید به فکر پیشگیری بود که این مقوله باید هم در حوزه بزه‌دیده و هم مرتكبین احتمالی رعایت شود. پیشگیری در حوزه بزه‌دیده با رعایت اصولی مهم از جمله روی‌آوری هر چه بیشتر به سیستم انتقال پول کارتی، استفاده از تاکسی‌های مورد تأیید سازمان تاکسی‌رانی، ممانعت از نمایش ثروت به وسیله

جواهرات و سایر وسایل مادی در فضای عمومی شهر، ممانعت از حضور در فضای عمومی شهر در ساعات پایانی شب و مکان‌های خلوت امکان‌پذیر است. اما نقش اصلی در کاهش این جرایم را جامعه بازی می‌کند. در واقع سارقان قربانی ناکارآمدی نهادهای اجتماعی هستند. متأسفانه در کشور ما اندیشه بازدارندگی در زندان تنها راه مبارزه با این جرایم شده است، در حالی که مشاهدات در زندان گویای این مطلب بود که اثرات مُخرب زندان به مراتب بیشتر از اثرات مثبت آن است. در واقع بارِ اصلی کاهش این جرایم به دوش جامعه و دولت است که به چند نمونه از این اقدامات اشاره می‌کنیم:

- رسیدگی به وضعیت اقتصادی جامعه، کاهش فقر و محرومیت و از بین بردن فاصله طبقاتی، ایجاد یک نهاد قوی جهت پشتیبانی از افسار کم درآمد، ایجاد یک نظام بیمه درمانی قوی و کارآمد جهت تحت پوشش قرار دادن کلیه افراد جامعه خصوصاً افسار کم درآمد.
- افزایش توان نیروی انتظامی در ارتباط با دستگیری و رسیدگی به این جرایم؛ و فعل سازی هر چه قوی‌تر طرح نگهبان محله؛ بدون شک احتمال منصرف شدن یک فرد از عمل مجرمانه زمانی بالا می‌رود که اطمینان داشته باشد که در صورت ارتکاب جرم دستگیر خواهد شد.
- جمع‌آوری اسلحه گرم و سرد و مبارزه با قاچاق سلاح.
- ایجاد مجموعه‌ها و امکانات تفریحی سالم با هزینه حداقلی.
- فرهنگ‌سازی در میان مردم؛ بدون شک اگر در جامعه‌ای رسیدن به ثروت و مال‌اندوختی ارزشی غالب باشد، باید انتظار آن را داشت که عده‌ای که توان رسیدن به این ارزش از راه‌های قانونی را ندارند، طغیان کنند. رسانه‌ها و سینما فیلم‌هایی را به نمایش می‌گذارند که می‌تواند این فرهنگ ثروت‌اندوختی را به مردم تزریق کند و زمانی که هدف فرد ثروت‌اندوختی باشد و در عین حال توان رسیدن به این هدف را نداشته باشد، ممکن است برای رسیدن به هدف غالب، هرگونه راهی را انتخاب کند.
- جلوگیری از افزایش مهاجرت؛ در واقع اکثر مهاجرت‌ها به دلیل رسیدن به موقعیت بهتر است و می‌تواند اثرات مُخرب زیادی داشته باشد؛ نرسیدن به مدینه فاصله و نامیدی و در عین حال نداشتن حس دوستی با ساکنین شهر پذیرنده و همچنین غریب و ناشناس بودن می‌تواند فرد را وارد میدان این سرقت‌ها کند.

- 
- تمرکز فعالیت‌ها در محله‌هایی با درصد نابسامانی بالا؛ تلاش برای تغییر در ادبیات غالب یک منطقه نابسامان بدون فعالیت‌های فرهنگی حاصل نمی‌شود.
  - استعدادیابی در مدرسه و دیگر نهادها در دروان کودکی و نوجوانی.
  - تمرکز فعالیت‌های فرهنگی و کمک‌های مالی و غیر مالی بر خانواده‌های محکومان.
  - برنامه‌های هدفمند برای کاهش اعتیاد و قاچاق مواد مخدر.
  - آزمون‌های روان‌شناسی در سنین کودکی؛ با توجه به این که اکثر اختلال‌های شخصیتی در دوران کودکی پایه‌ریزی می‌شود، وجود نهادی برای آزمون‌های روان‌شناسی در مدرسه و سایر مکان‌هایی که کودکان و نوجوانان فعالیت دارند، ضرورت دارد.

## منابع

- احمدی، حبیب، جامعه‌شناسی انحرافات، چاپ چهارم، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- حبیب‌پور، کرم؛ و رضا صفری شالی، راهنمای جامع کاربرد spss در تحقیقات پیمایشی، انتشارات متفکران، ۱۳۸۸.
- حسینی، سیدمحمد؛ رجبی، امین؛ و زهرا قراگوزلو، گزیده برآورد اجتماعی با تأکید بر اولویت جرایم و مسائل اجتماعی، اداره کل مطالعات و تحقیقات اجتماعی، ۱۳۹۱.
- حسینی‌نژاد، مرتضی، «بررسی علل اقتصادی جرم در ایران با استفاده از یک مدل داده‌های تلفیقی»، مجله برنامه و بودجه، شماره ۹۵، ۱۳۸۴.
- خلعتبری، عبدالحسین، «مهاجران و سرقت‌های مسلحانه»، فصلنامه دانش انتظامی، دوره نهم، شماره اول، ۱۳۸۷.
- شیرزاد، جلال؛ فقیه‌فرد، پیمان؛ و محمد سلاجقه، عوامل مؤثر بر سرقت‌های مسلحانه کشفنشده در استان کرمان، فصلنامه دانش انتظامی، دوره سیزدهم، شماره سه، ۱۳۹۰.
- صادقی، حسین؛ شفاقی شهری، وحید؛ و حسین اصغرپور، «تحلیل عوامل اقتصادی اثرگذار بر روی جرم در ایران»، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۶۸، بهار ۱۳۸۴.
- صدیق سروستانی، رحمت‌الله، آسیب‌شناسی اجتماعی: جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی، چاپ دوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
- گرشاسبی فخر، سعید، «ارتباط بین بیکاری و سرقت»، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۴۰، ۱۳۹۰.
- مدیری، آتوسا، «جرائم و خشونت و احساس امنیت در فضاهای عمومی شهر»، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۲۲، ۱۳۸۵.
- معظمی، شهلا، بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ ششم، نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
- مقیمی، مهدی؛ و دیگران، «بررسی عوامل مؤثر بر وقوع سرقت‌های مقرنون به تهدید و آزار در شهر بندرعباس»، فصلنامه دانش انتظامی، دوره سیزدهم، شماره سه، ۱۳۹۰.
- منصورفر، کریم، روش‌های پیشرفته آماری همراه با برنامه‌های کامپیوتر، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- میرمحمدصادقی، حسین، جرایم علیه اموال و مالکیت، چاپ سی و پنجم، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- وايت، راب؛ و فيونا هینز، جرم و جرم‌شناسی، ترجمه على سليمي، چاپ چهارم، پژوهشگاه حقوق و دانشگاه، ۱۳۹۲.
- ویلیامز، فرانک، نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، چاپ سوم، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۹.

- 
- Baumer, Eric; et al, "Neighborhood Disadvantage and the Nature of Violence", Criminology, Vol. 41, issue 1, 2003.
  - Fajnzylber, Pablo; Lederman, Daniel; and Norman Loayza, "What Cause Violent Crime", European Economic Review, Vol. 46, 2012.
  - Sigel, Larry, Criminology, 11th Edition, West Wadsworth Publishing Company, 2012.
  - Warner, Barbara, "Robberies with Gun: Neighborhood Factors and the Nature of Crime", Journal of Criminal Justice, Vol. 35, issue 1, 2007.



## تکلیف زیان‌دیده به کاهش خسارت ناشی از نقض قرارداد و تأثیر آن در میزان مسئولیت ناقض قرارداد

محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی\*

چکیده

تکلیف زیان‌دیده به کاهش خسارات ناشی از نقض قرارداد در نظام کامن لا پذیرفته شده است. بر اساس همین تکلیف عدم رعایت آن برای زیان‌دیده این نتیجه را به همراه دارد که او حق مطالبه خسارات افزوده شده و گاه عمدۀ خسارت را از دست می‌دهد. اما تصویر این تکلیف در فقه امامیه براساس قواعد مرسوم و شناخته شده ضمان (جبران خسارت) مشکل می‌نماید. در این مقاله کوشش شده است پس از توضیح معنا و مبانی این قاعده و شرایط اجرای آن در نظام کامن لا، بر اساس استقراء برخی موارد و با استفاده از قواعد فقهی یا نظریات عمومی در فقه امامیه، نقش زیان‌دیده از نقض قرارداد در محاسبه میزان خسارات بررسی گردد. در این زمینه به ویژه از قاعده لاضرر (با تفسیر آن به نهی از ایجاد ضرر به دیگری یا در معنایی که در اصل چهلم قانون اساسی آمده است) استفاده شده است. این تکلیف، به صورت شرط بنایی از میان ذهنیات و توافقات طرفین نیز قابل استنباط است.

**کلیدواژه‌ها:** تکلیف، زیان‌دیده، نقض قرارداد، قاعده لاضرر، شرط ضمنی بنایی.

## مقدمه

هنگامی که دو نفر یک قرارداد را انشاء می‌کنند، علاوه بر الزام طرف مقابل، ملتزم به مفاد عقد نیز هستند. این الزام و التزام دو جانبه به مفاد عقد، منافعی را برای طرفین قرارداد به همراه دارد که نقض قرارداد آن منافع را در معرض خطر و زوال و عدم حصول قرار می‌دهد. صرف نظر از اینکه مبنای مسئولیت واردکننده زیان (ناقض قرارداد) قراردادی دانسته شود یا همان قواعد مسئولیت قهری برای لزوم جبران خسارت از جانب او کافی باشد، این سؤال می‌تواند مطرح شود که آیا فعل یا ترک فعل زیان دیده نیز در محاسبه میزان خسارت باید در نظر گرفته شود یا خیر. اگر فعل یا ترک فعل زیان دیده در ورود خسارت مؤثر باشد، جواب روشن است؛ زیرا به راحتی می‌توان از باب اتلاف یا سببیت او را مقصراً دانسته و مسئول همان میزان از خسارت که متناظر با آن فعل است، دانست. اما سؤال آنجا چالش برانگیز است که فعل یا ترک فعل او، متصرف به تفسیر (قراردادی یا غیر قراردادی) نباشد، اما او با اقدام یا عدم اقدام بر کاری توانایی کاهش میزان خسارت را داشته است؛ ولی از این فعل یا ترک فعل خودداری نموده است. به عبارت صریح‌تر آیا صرف عدم تلاش زیان دیده از نقض قرارداد برای کاهش میزان خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد، می‌تواند او را در برابر خسارات افزوده شده مسئول نماید. در کامن لا قاعده‌ای تحت عنوان mitigation جواهی روشن به این پرسش دارد. در این مقاله کوشش شده است تا با توضیح معنا، مبانی و شرایط اجرای این قاعده در کامن لا نشان داده شود که آیا بر اساس روش فقه امامیه نیز می‌توان همان پاسخ در کامن لا را پذیرفت یا خیر.

در این مقدمه مناسب به نظر می‌رسد دو نکته توضیح داده شود:

نخست آنکه اگر چه قاعده mitigation در کامن لا در حوزه مسئولیت قهری<sup>۱</sup> نیز ساری و جاری است؛ اما به دلیل اینکه به نظر می‌رسد حوزه مسئولیت قراردادی به دلیل ارتباط با قرارداد و اراده طرفین (زیان‌زننده و زیان دیده) می‌تواند تفاوت‌های جدی با حوزه مسئولیت قهری داشته باشد؛ و همچنین به دلیل اینکه در قرارداد از راهکارهای قراردادی و تفسیر نیات طرفین نیز برای اثبات قاعده (خصوصاً مبتنی بر روش فقهی) می‌توان یا محتمل است که بتوان بهره برد، و با توجه به گستردگی بحث در هر دو حوزه، در این مقاله تنها به این قاعده در حوزه نقض قراردادها پرداخته شده است. دوم آنکه عنوان قاعده کامن لا یی مذکور در معانی متعدد استفاده شده است و چنانچه بعدتر اشاره خواهد شد، حتی گاه در معنای قاعده تغصیر مشترک<sup>۲</sup> نیز استعمال شده است.

1. tort law  
2. Contributory negligence

اما در این مقاله به تکلیف زیان‌دیده از نقض قرارداد به کاهش زیان و آثار عدم رعایت آن پرداخته می‌شود که پذیرش آن بر اساس روش فقه امامیه با چالش و شباهات بیشتری رو به‌روست.

## ۱. مفهوم تکلیف زیان‌دیده به کاهش خسارت و اثر آن

### ۱-۱. طرح موضوع

در هنگام نقض قرارداد، خسارتی که مستقیماً ناشی از نقض قرارداد باشد، قابل مطالبه است. اما گاهی متضرر می‌تواند با اقدامات خود، از ورود بخشی از خسارت جلوگیری کند. مسلماً خسارتی که مستند به فعل و تقصیر زیان‌دیده باشد، قابل مطالبه نیست. بنابراین، آنچه در اینجا موردنظر است، خسارتی است که ناشی از نقض قرارداد است و مستند به فعل طرف نقض کننده آن.

اگر زیان‌دیده می‌تواند از ورود این خسارت جلوگیری کند، آیا مکلف است تا از ورود بخشی یا تمام این خسارت نیز جلوگیری کند؟ آیا صرف عدم اقدام پیشگیرانه او از ورود خسارت موجب می‌شود تا خسارت به او مستند باشد و او از جبران آن محروم گردد؟ به تعبیر سوم آیا «ترک فعل» زیان‌دیده (عدم تلاش برای کاهش میزان خسارت و افزوده نشدن آن) می‌تواند میزان مسئولیت واردکننده زیان را از باب تقصیر مشترک زیان‌دیده کاهش دهد؟

### ۱-۲. بررسی تطبیقی کامن لا و فقه امامیه

در کامن لا، mitigation عنوان قاعده‌ای است که طبق آن زیان‌دیده مکلف است تا از ورود خسارات اضافی جلوگیری کند. البته این اصطلاح به سه قاعده و سه معنی مرتبط با هم اشاره دارد:<sup>۱</sup>

قاعده اول این است که خساراتی را که زیان‌دیده قادر به اجتناب از آنها بوده است ولی از آنها اجتناب نکرده است، قابل مطالبه و جبران نیستند.<sup>۲</sup> قاعده دوم آن است که اگر در واقع زیان‌دیده خسارات را کاهش دهد، اگر چه مکلف به کاهش آن نبوده باشد، باید آن را در محاسبه میزان خسارت لحاظ کند.<sup>۳</sup> به تعبیر دیگر تنها خسارتی که واقعاً

1. Treitel, Guenter, "Remedies for Breach of Contract", in: International Encyclopedia of Comparative Law (Contract in General), by René David et al (eds), Vol. 7, Tubingen Publication, 1976, p. 75.
2. Chitty, Joseph; and Hugh Bale, Chitty on Contracts, Vol. 1, 29th Edition, Sweet & Maxwell, 2004, p. 1478.
3. Ibid.

وارد شده است قابل مطالبه است و نه خسارات فرضی.<sup>۱</sup> اما از قاعده سوم در کتاب‌ها، نوشهای حقوقی دو تعبیر مختلف وجود دارد.<sup>۲</sup> در این مقاله منظور بررسی قاعده اول است.

قاعده اول زیان‌دیده را مکلف می‌کند تا تمام اقدامات متعارف و معقول را برای کاهش خسارتی که به تبع نقض قرارداد می‌تواند وارد شود، انجام دهد و او را از مطالبه آن بخش از خسارات که مکلف به کاهش آن بوده است، محروم می‌سازد.<sup>۳</sup> توجه به این نکته لازم است که اگر این تکلیف وجود نداشت، خسارت ناشی از نقض قرارداد می‌بود و در نتیجه نقض کننده قرارداد باید مسئول شناخته می‌شد. بنابراین نباید این قاعده را با مسئله تقصیر زیان‌دیده یا تسبیب او در ایجاد خسارت یا ائتلاف او اشتباه کرد. در کامن لا از این مسئله تحت عنوان مستقلی<sup>۴</sup> بحث می‌شود<sup>۵</sup> و این نشان می‌دهد که مراد از خسارات قابل اجتناب<sup>۶</sup> در قاعده mitigation غیر از موردی است که خسارت مستند به زیان‌دیده است. بنابراین می‌توان در وجود چنین قاعده‌ای در حقوق ایران و فقه امامیه تردید کرد زیرا با توجه به اصول و قواعد متعارف و شناخته شده در نظام حقوقی ما چگونه می‌توان زیان‌دیده را از زیانی که به او وارد شده است و مستند به او نیست، محروم کرد؟ در حقوق فرانسه نیز این تکلیف پذیرفته نشده است.<sup>۷</sup>

با این حال، به نظر می‌رسد همان قواعد مرسوم و شناخته شده در فقه امامیه توانسته است در مواردی نتیجه مشابه یا همسان در بر داشته باشد. در «خیار ما یفسد من یومه» و مسائلهای تحت عنوان «لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة»، نقش زیان‌دیده در کاهش خسارات به واسطه دخالت در بقاء عقد در تعیین مسئول خسارات مورد لحاظ واقع شده است.

### ۱-۳. معنای تکلیف به کاهش زیان در کامن لا

اگرچه واژه تکلیف این انتظار را ایجاد می‌کند که ضمانت اجرایی برای آن تکلیف وجود داشته باشد، زیرا وجود تکلیف در عالم حقوق بدون وجود ضمانت اجرا با عدم آن مساوی است، ولی تکلیف زیان‌دیده به کاهش زیان در کامن لا، صرفاً یک تکلیف است و

1. Stone, Richard, *The Modern Law Of Contract*, 8th Edition, Routledge-Cavendish, 2009, p. 625.

2. Treitel, Op. cit., p. 75.

3. Chitty, Op. cit., p. 1479.

4. Contributory negligence

5. Stone, Op. cit., p. 627.

6. Avoidable loss

7. صفائی، سید حسین، حقوق بیع بین‌المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص. ۳۶۴.

برای اجرای خود تکلیف ضمانت اجرایی وجود ندارد و زیان دیده در صورت عدم اجرای آن مورد مُواخذه و مجازات واقع نمی‌شود.<sup>۱</sup> اما عدم وجود ضمانت اجرا برای تکلیف مذکور را نباید به معنای بی‌اثر بودن آن دانست. عدم اجرای این تکلیف، محرومیت زیان دیده را از جبران خسارات وارده در پی دارد. با این وجود تعبیری که در عبارات احکام قضایی انگلیس به کار رفته است، همان تعبیر از قاعده به شکل حکم تکلیفی (duty) است.<sup>۲</sup>

## ۲. اهداف تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت در کامن لا

در نظام کامن لا، سه هدف برای تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت گفته شده است:<sup>۳</sup>

(الف) جلوگیری از به هدر رفتن منابع مالی و اقتصادی جامعه؛ زیرا اگر او موظف به کاهش خسارت نباشد، از آنجا که بنابر فرض مسئله، خسارت مستند به او نیست و او می‌تواند آن را از طرف مقابل مطالبه کند، به طور معمول تمایلی برای جلوگیری از خسارت اضافی در او وجود نخواهد داشت. این در حالی است که هر مال علاوه بر اینکه در جامعه به کسی اختصاص یافته است، در عین حال مجموعه اموال جامعه است که وضعیت اقتصادی آن جامعه را رقم می‌زند. به هدر رفتن بخشی از آن اگر چه ممکن است برای فرد قابل جبران باشد اما از مجموعه اموال جامعه کاسته خواهد شد.

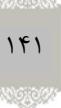
همین نگاه در متون اسلامی نیز مورد تأکید واقع شده است. اگر چه در چگونگی اعمال نیاز به پژوهشی مستقل است، اما اجمالاً می‌توان گفت که این نگاه با برخی تفسیرها از قاعده لاضر، همسو به نظر می‌سد. در معنای قاعده لاضر نظرات متفاوتی در فقه ابراز شده است.<sup>۴</sup> یکی از این نظرات آن است که مفاد جمله نقل شده از پیامبر اسلام که فرمودند: «لاضر و لا ضرار» در مقام بیان حکم پیامبر در مقام اجرای قانون است (حکم حکومتی) و مدلول آن این است که در حکومت اسلامی کسی حق ایراد

1. Treitel, *ibid*

2. British Westinghouse Electric co Ltd v. Underground Electric Rys [1912]: "... imposes on a plaintiff the **duty** of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps."

3. Chitty, *Op. cit.*, p. 1479.

۴. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، جلد دوم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۴، ۵. ق، صص. ۴۶۰ به بعد؛ موسوی خمینی، روح الله (امام)، بداع الدور فی قاعده نفی الضرر، بی ج، ۱۴۱۵، ۵. ق، صص. ۷۳ به بعد؛ محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، جلد اول، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲، ۱۴۱-۱۵۱.



خسارت و ضرر (ایراد نقص در جان، مال) را ندارد، اگرچه به جهت قانونی از حق یا امتیازی برخوردار باشد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر مفاد آن همان است که در اصل چهلم قانون اساسی آمده است: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». با توجه به این معنا می‌توان در مقام اجرای احکام و قوانین، این نهی از ضرر و اضرار را مورد لحاظ قرار داد و از آن جا که عدم اعتنای زیان دیده به افزایش خسارت نوعی اضرار به منافع جامعه است، او را مکلف به انجام اقدامات کاهنده نمود.

(ب) دادن امکان فسخ عملی به زیان دیده تا اگر امکان اجرا و انعقاد قرارداد جدیدی که او را در موقعیت بهتری از قرارداد نقض شده قرار می‌دهد، بتواند از آن موقعیت استفاده کند. در مباحث پیش رو خواهیم دید که در خیار ما یفسد من یومه مصلحت جلوگیری از ورود ضرر به فرد و اجتماع، حق فسخ قرارداد را برای بایع موجب می‌شود و در عقد مزارعه، بنابر یک نظریه، برای جلوگیری از ضرر مالک زمین (یا منفعت آن) در صورت علم مالک به عدم کشت، فسخ قرارداد است که به او اجازه می‌دهد بقیه زیان‌ها را از زارع مطالبه کند.

(ج) دادن امکان فسخ عملی به ناقض قرارداد برای اینکه اگر موقعیتی بهتر از قرارداد فعلی یافت، به طوری که با احتساب خسارت ناشی از نقض قرارداد، موقعیت جدید همچنان سودآورتر بود، بتواند از این قرارداد رهایی یابد بدون اینکه متحمل خسارتی بیشتر از آنچه پیش‌بینی می‌کرده است بشود.

قبول این مبدأ یا هدف برای تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت از طرفی با مصلحت عام لزوم ثبات و استقرار قراردادها برای حفظ نظم و جلوگیری از هرج و مرج نظام معاملی در تعارض است و از طرف دیگر معنای آن این است که طرفین قرارداد مکلف به اجرای تعهد خود نباشند و این تناقض است.

### ۳. مصادیق تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت در کامن لا

تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت از دو جنبه قابل ملاحظه است؛ می‌توان او را مکلف به اقدامی مثبت دانست؛ اما در عین حال می‌توان او را از اقداماتی که خسارت را افزایش دهد منع کرد. این جنبه منفی مسئله است. به عبارت دیگر تکلیف بر تقلیل خسارت دو جنبه دارد: ۱. زیان دیده مکلف است تا اقدامی مثبت برای کاهش خسارت وارد که تنها مسبب آن طرف دیگر (نقض کننده قرارداد) بوده است، انجام دهد. ۲. زیان دیده باید از

۱. موسوی خمینی، روح الله (امام)، پیشین، صص. ۱۱۳-۱۲۱.

هر اقدامی، که سوای تقصیر رخ داده، به موجب قرارداد باید به طور کامل انجام می‌شد، ولی اکنون در اثر نقض آن، ممکن است به طور ناموجه خسارت وارد را افزایش دهد، خودداری کند.<sup>۱</sup> جنبه منفی را در مسئله منفعت قانونی در اجرای قرارداد مورد بررسی قرار می‌دهیم. در بررسی اقدامات مثبت نیز دو مسئله قابل توجه است: اول مسئله اقدامات غیرمتعارف؛ دوم مصادیق اقدامات متعارض.

### ۳-۱. اقدام غیرمتعارف زیان‌دیده در کاهش خسارت

زیان‌دیده مکلف نیست تا هر کاری را برای کاهش خسارت انجام دهد. او تنها موظف است اقدامات تجاری عادی و معمولی را برای کاهش خسارت انجام دهد.<sup>۲</sup> برای آنکه اقدامات متعارض برای کاهش زیان در نظام کامن‌لا فهمیده شود لازم است تا مواردی که اقدام، متعارض شناخته نشده است، بیان گردد.

در این بخش ابتدا این موارد را مورد بررسی قرار می‌دهیم. سپس اقداماتی که زیان‌دیده می‌تواند یا باید انجام دهد را مورد بررسی قرار می‌دهیم. از جمله مواردی که در آن اقدام زیان‌دیده برای کاهش خسارت - به دلیل نامتعارف بودن آن - لازم دانسته نشده است، عبارت‌اند از:

- اقدام مورد نظر، پول و سرمایه زیان‌دیده را در معرض خطر قرار می‌دهد;
  - به واسطه اجرای قرارداد جایگزین (اقدام برای کاهش خسارت)، اعتبار یا شهرت تجاری زیان‌دیده به مخاطره می‌افتد؛
  - اقدام برای کاهش خسارت، زیان‌دیده را در یک دعوای غامض و پیچیده حقوقی با شخص ثالث وارد می‌کند؛
  - یک اقدام فدایکارانه برای صرفنظر از حق یا مال برای تقلیل خسارت متعارض محسوب نمی‌شود؛
  - زیان‌دیده لازم نیست از تورم پولی خسارت پرهیز کند.
- چنانچه با بررسی موارد فوق ملاحظه می‌شود، متعارض یا نامتعارف بودن اقدام در نظام کامن‌لا به شرایط و وضعیت خاص دعوا وابسته است. به همین دلیل قاعده مشخصی برای تمییز اقدام متعارض از غیرمتعارض بیان نشده و تنها به لزوم متعارض بودن اقدام و مواردی از دعوای که در آنها اقدام نامتعارف تشخیص داده شده، اشاره شده است.

1. Treitel, Op. cit., p. 76.  
2. Chitty, Op. cit., p. 1480.

## ۲-۳. مصاديق اقدام متعارف

چنانچه مشاهده شد، در عین حال که زيانديده مکلف است اقدامات متعارف و معقول برای کاهش خسارت را انجام دهد، اما معیار روش و دقیقی برای متعارف بودن اقدام وجود ندارد. برخی از آرای قضایی کامن لا، زيانديده را تنها موظف به اقدامات تجاری عادی و معمولی برای کاهش خسارت دانسته‌اند. گذشته از مشکل تعیین و تمییز متعارف بودن اقدامات که با واکذاری آن به یک درک عرفی قابل حل به نظر می‌رسد، این اقدامات باید مناسب برای کاهش خسارت ناشی از نقض قرارداد باشند. در مواد ۵۰ و ۵۱ قانون فروش کالای انگلیس<sup>۱</sup> راه حل‌های تجاری و معاملی تجویز شده است. البته این راه حل‌ها برگرفته از رویه‌ی قضایی نظام کامن لا می‌باشد. به تعییری می‌توان گفت که رویه قضایی در این نظام، در مواجهه با نقض قرارداد و خسارات ناشی از آن، لزوم قرارداد از جانب زيانديده را هدف می‌گیرد و او را نه تنها مجاز به فسخ قرارداد و انعقاد قرارداد جدید می‌داند، بلکه در صورتی که او اقدام به فسخ نکند، از جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد محروم خواهد شد. این همان شیوه‌ای است که در خیار مایفسد من یومه و در عقد مزارعه در جایی که زارع کشت را ترک کرده باشد، به آن اشاره شد. با این وجود اقدامات لازم برای کاهش خسارت منحصر به فسخ قرارداد و یافتن قرارداد جایگزین نیست، بلکه موارد دیگری نیز در رویه قضایی کامن لا به عنوان اقدام معقول پذیرفته شده است.

اگر ناقض قرارداد، قرارداد جدیدی را به زيانديده پیشنهاد دهد، زيانديده باید به طور نامعقول و غیرمعارف از پذیرش آن سرباز زند.<sup>۲</sup>

بعنوان نمونه اگر فروشنده در یک قرارداد بیع کالا که با شرایط اعتبار به توافق رسیده است، از تسلیم مبیع سرباز زند ولی قرارداد بیعی را با شرط وصول وجه در حین تحويل کالا ایحاب کند، و زيانديده در شرایطی نامتعارف و نامعقول آن را رد کند، این رد می‌تواند در محاسبه میزان خسارات واردہ بر او مورد لحاظ قرار گیرد و از میزان آن بکاهد.<sup>۳</sup>

همچنین در قرارداد خرید یک کشتی که در آن فروشنده قادر به تسلیم کشتی (مبیع) در زمان مقرر نبوده است، پذیرش مبیع در زمانی دیرتر با همان قیمت تعیین شده در قرارداد، به عنوان اقدامی معقول و متعارف برای کاهش خسارت شناخته

1. Sale of Goods Act 1979
2. Chitty, Op. cit., p .1482.
3. Payzu v. Saunders, [1919] 2 K.B. 581

---

شده است.<sup>۱</sup> البته در این صورت زیان‌دیده می‌تواند خسارات ناشی از تأخیر در تسليیم مبیع را مطالبه کند.

لزوم پذیرش ایجاد ناقص قرارداد به عنوان یک اقدام متعارف در کاهش خسارات، به شرایط خاص قرارداد وابسته است و در همه موارد پذیرفته نشده است. به عنوان نمونه در دعوایی، خانه‌ای با وصف خالی از تصرف بودن فروخته شده بود. ولی بعد از انعقاد قرارداد معلوم شد که خانه هنوز در تصرف مستأجر پیشین است.

در این هنگام فروشنده پیشنهاد یک قرارداد جدید با شرایط جدید را ارائه می‌کند. پذیرش این ایجاد جدید به عنوان اقدام متعارف برای کاهش خسارت شناخته نشده است و حکم شده است که خریدار می‌تواند خانه را برای خود طبق قرارداد موجود نگه دارد و خسارات ناشی از تأخیر در تسليیم را مطالبه کند.<sup>۲</sup>

با توجه به مواردی که گفته شده است، معلوم می‌شود هر اقدام تجاری که بتواند خسارات ناشی از نقض قرارداد را کاهش دهد و انجام آن توسط زیان‌دیده معقول و متعارف تلقی گردد، مصادقی از وظایف زیان‌دیده برای کاهش خسارت است.

### ۳-۳. منفعت قانونی در اجرا

اگر قرارداد از جانب یکی از طرفین آن در معرض نقض شدن باشد یا عملاً نقض شده باشد، آیا طرف دیگر می‌تواند همچنان مستند به حق خود ناشی از قرارداد نقض شده اصرار بر اجرای قرارداد داشته باشد و از طرف خود و به طور یکجانبه به اجرای آن و عمل به مفاد آن از جانب خود ادامه دهد، به طوری که مبلغ معین شده در قرارداد که بیشتر از میزان خسارت ناشی از نقض قرارداد است را مطالبه کند؟

در یک پرونده<sup>۳</sup> پذیرفته شد که زیان‌دیده تنها در صورتی می‌تواند اصرار بر اجرای قرارداد داشته باشد که منافع قانونی یا تجاری یا به هر شکل دیگری که از اجرای قرارداد می‌برد، بیش از میزان خسارات ناشی از نقض قرارداد نباشد.<sup>۴</sup>

به تعبیر دیگر اگر اجرای قرارداد میزان دین واردکننده زیان را بیشتر از میزان خسارتی نماید که او به واسطه نقض قرارداد متحمل می‌شود، طرف زیان‌دیده نمی‌تواند قرارداد را اجرا کند.

1. Ibid, p. 1483.

2. Strutt v. Whitnell [1975] 1 W.L.R. 870.

3. White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor (1961) HL.

4. Ibid, p. 1488.

به نظر می‌رسد با تعبیر مناسب با حقوق ایران می‌توان گفت عقد در چنین مواردی منفسخ است. با این وجود، در پرونده مذکور، خواهان محق برای انتخاب ادامه اجرای قرارداد و مطالبه مبلغ تعیین شده در قرارداد شناخته شد، ولنکه میزان این مبلغ بیشتر از میزان خسارت ناشی از نقض قرارداد باشد.<sup>۲</sup>

صدور چنین حکمی و پذیرفته شدن آن در برخی پروندها خلاف مقتضای لزوم قراردادهای نشان می‌دهد در نظام کامن لا لزوم قرارداد آنچنان که در فقه امامیه بر اساس حکم شارع به وجوب وفای به عقود پذیرفته شده است، مورد تأکید نیست و در حقیقت ناقص قرارداد از حق انتخاب میان نقض قرارداد و پرداخت خسارت، و اجرای قرارداد و پرداخت مبلغ تعیین شده در قرارداد برخوردار است. در فقه امامیه علاوه بر لزوم وضعی قرارداد - به معنای عدم فسخ و انحلال یک طرفه قرارداد - لزوم تکلیفی و وجوب اجرای عقد (با توجه به آیه فوق) نیز پذیرفته شده است و عدم اجرای آن یک گناه به حساب می‌آید.<sup>۳</sup> بنابراین نمی‌توان طرفین قرارداد را مخیر میان اجرای عقد و پرداخت خسارت دانست.

#### ۴. زمان اجرای تکلیف زیان دیده

از زمانی که مدعی از نقض تعهدات قرارداد توسط طرف مقابل آگاه بوده باشد آگاه می‌بوده، او مکلف به کاهش خسارت است.<sup>۴</sup> به نظر می‌رسد قید «باید آگاه می‌بوده» به این خاطر است که در برخی موارد که زیان دیده جاهل به نقض قرارداد بوده است، جهل او ناشی از سهل‌انگاری و تقصیر او از اطلاع از امر مربوط به قرارداد و تکالیف و تعهدات ناشی از آن است. بنابراین در این موارد نیز او باید مسئول شناخته شود.<sup>۵</sup> به علاوه اثبات علم یا جهل فرد به مطلبی از آنجا که امری درونی است، بسیار مشکل به نظر می‌رسد. در نتیجه همین که از اوضاع و احوال روشن گردد که او قاعده‌تاً باید آگاه از نقض قرارداد می‌بوده، قاعده تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت دامن او را می‌گیرد.

1. Salzedo, Simon; and Peter Brunner, *Briefcase on Contract Law*, 3rd Edition, Cavendish Publishing, 1999, p. 238.

۲. طباطبائی، سید محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، جلد پنجم، چاپ پنجم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه.ق، ص. ۱۵۹.

3. Chitty, Op. cit., p. 1481.

۴. شاید بتوان این مسأله را با موضوع جاهل مقصراً در فقه مقایسه کرد که اگرچه فرد جاهل به تکلیف است ولی چون در علم به تکلیف مقصراً است در حالی که می‌توانسته است آگاه باشد، در نتیجه مسئول شناخته می‌شود و چنین جهی رافع تکلیف شناخته نشده است.

بنابراین، اگر او از اقدام طرف مقابل که می‌تواند قرارداد را در معرض نقض شدن قرار دهد، آگاه گردد، دیگر نباید خطر را بر عهده طرف مقابل بداند و باید خود در پی جلوگیری از آن باشد.<sup>۱</sup>

بعد از اینکه زیان دیده از نقض قرارداد آگاه شد یا از زمانی که باید آگاه می‌شد، به مدت زمان معقول و متعارف برای اینکه تصمیم بگیرد چگونه این تکلیف را اجرا کند فرصت دارد. این زمان کاملاً به اوضاع و احوال وابسته است.

در عین حال، در خسارت هزینه مربوط به اصلاح یا بازگرداندن به وضعیت سابق معقول و متعارف دانسته شده است که زیان دیده تعمیر یا اقدام جبرانی را به تأخیر بیندازد، به شرط آنکه احتمال اینکه طرف دیگر به اصلاح و جبران اقدام کند یا اجرای ناقص و معیوب را کامل نماید، وجود داشته باشد یا تا زمانی که طرف مقابل مسئولیت آن را بپذیرد یا محکوم به پذیرفتن آن شود.

در فقه امامیه، خیار ما یفسد من یومه، که از مصاديق تکلیف زیان دیده (یا طرف در معرض زیان) به کاهش خسارت است و در مباحث بعدی به آن خواهیم پرداخت، از مصاديق خیار تأخیر دانسته شده است و خیار تأخیر به یکی از دو دلیل فوری دانسته نشده است زیرا دلیل خیار تأخیر (یا خیار ما یفسد من یومه) ماهیت بیع (قرارداد) نفی می‌کند که لازمه آن بطلان بیع است.

اما از دلیل دیگر (مثل اجماع) می‌دانیم که این معنا اراده نشده است؛ بنابراین باید آن را در معنای مجازی استعمال کرده باشند. از آنجا که در تعیین معنای مجازی باید به اقرب معانی به معنای حقیقی تمسک کرد، مراد از نفی بیع باید نفی لزوم بیع به طور کلی باشد زیرا نفی بیع که معنای حقیقی آن نفی صحت است، دوام دارد؛ وقتی صحت مراد نباشد باید جانشین آن (لزوم) هم از همین وصف دائمی برخوردار باشد تا به معنای حقیقی نزدیک‌تر شود.

در صورت شک در فوریت و تراخی هم استصحاب مقتضی است که حق فسخ همچنان پس از گذشت مقتضای فوریت، ادامه دارد.<sup>۲</sup> اما با این حال مناط در خیار مایفسد من من یومه مقتضی اقدام بایع به فسخ در مدت زمان معقول و متعارفی است که منجر به ایراد خسارت به مبیع نشود. زیرا در غیر این صورت فلسفه این حق فسخ که جلوگیری از ورود خسارت است، حاصل نخواهد شد. پس در اینجا نیز باید مدت زمان متعارف را در نظر گرفت.

1. Ibid.

2. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، جلد‌های سوم و پنجم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ء. ق، ص. ۲۳۸.



۱. همان، ص. ۲۴۱.

۲. اصفهانی، سید محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، جلد چهارم، منشورات پایه دانش، ۱۴۲۵. ق، ص.

۳۸۸: شهیدی تبریزی، میرزا فتح، هدایه الطالب، جلد چهارم، دار الفقه للطبعه و النشر، ۱۴۲۸. ه. ق، ص.

.۳۵۲: ایروانی، میرزا علی، حاشیه کتاب المکاسب، جلد سوم، منشورات دار ذوی القربی، ۱۴۲۶. ه. ق، ص. ۲۰۳.

## ۵. تکلیف به کاهش زیان و تأثیر آن در لزوم و صحت قرارداد در فقه امامیه

دیدیم که در نظام کامن لا تکلیف به کاهش خسارت در برخی موارد لزوم قرارداد را نشانه می‌گرفت. در این بخش به بررسی تأثیر لزوم کاهش زیان در فقه امامیه می‌پردازیم. استقرا در فقه امامیه دو مورد را در اختیار می‌گذارد که ظاهر آنها اجرای نوعی تکلیف به کاهش زیان است. در هر دو مورد، لزوم قرارداد هدف قرار می‌گیرد و به زیان دیده حق فسخ قرارداد داده می‌شود؛ به طوری که در صورت عدم اعمال این حق، عمدۀ خسارات یا همه آنها متوجه خود او خواهد شد.

ابتدا هر کدام را با تحلیل ادلۀ و مبانی آنها بررسی می‌کنیم. سپس به قواعدی می‌پردازیم که لزوم عقد را در هنگام مواجه با ضرر نفی می‌کنند و بررسی خواهیم نمود که کدام از آنها می‌تواند جنبه تکلیف به کاهش خسارت داشته باشد.

### ۱-۵. خیار ما یفسد من یومه

شیخ انصاری این خیار را در ذیل خیار تأخیر ثمن مورد بحث قرار می‌دهد و آن را از موارد آن خیار می‌داند. برای فهم دقیق مسأله و موارد آن باید ادلۀ ای را که فقهاء مستند آن دانسته‌اند، مورد بررسی قرار دهیم. دو دلیل در این مسأله ذکر شده است: قاعده لا ضرر و روایت محمد ابن ابی حمزه از امام صادق و امام کاظم علیهمما السلام است: «فِي الرَّجُلِ يَسْتَرِي الشَّيْءَ الَّذِي يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ وَ يَتُرْكُهُ حَتَّىٰ يَأْتِيهِ بِالشَّمْنِ؛ قَالَ: إِنْ جَاءَ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الْلَّيْلِ بِالشَّمْنِ وَ إِلَّا فَلَا بَيْعَ لَهُ». <sup>۱</sup>

در رابطه با استناد به قاعده لا ضرر گفته‌اند که فروشنده از طرفی نمی‌تواند در مبيع تصرف کند زیرا مبيع به محض انعقاد قرارداد بیع از آن خریدار است و از طرف دیگر قبل از قبض، ضامن تلف مبيع است (قاعده تلف مبيع قبل از قبض)؛ و در عین حال فرض بر این است که مبيع از اموری است که مرور زمان به سرعت آن را در معرض تلف قرار می‌دهد. بنابراین باید خیار فسخ معامله برای او در نظر گرفته شود تا این ضرر (احتساب تلف مال از دارایی بایع در صورت تلف قبل از قبض) رفع گردد.<sup>۲</sup>

استناد به قاعده مذکور مورد نقد قرار گرفته است.<sup>۳</sup> این نقد (که توضیح آن خواهد آمد) نشان می‌دهد که مبنای خیار مذکور را باید به گونه‌ای دیگر تفسیر کرد. در نقد مذکور گفته‌اند که ضرر ناشی از چنین معامله‌ای، یا ضرر فساد (تلف یا حدوث نقصان)

۱. همان، ص. ۲۴۱.

۲. اصفهانی، سید محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، جلد چهارم، منشورات پایه دانش، ۱۴۲۵. ه. ق، ص.

۳۸۸: شهیدی تبریزی، میرزا فتح، هدایه الطالب، جلد چهارم، دار الفقه للطبعه و النشر، ۱۴۲۸. ه. ق، ص.

.۳۵۲: ایروانی، میرزا علی، حاشیه کتاب المکاسب، جلد سوم، منشورات دار ذوی القربی، ۱۴۲۶. ه. ق، ص. ۲۰۳.

مبيع است و یا ضرر ناشی از تأخیر در تسليم ثمن. اما تأخیر در تسليم ثمن (در مدت کوتاه مفروض در این خیار) یا در نزد عرف ضرر نیست و یا قانونگذار - با توجه به شرایط خیار تأخیر ثمن - آن را تا سه روز (برای مصلحت حفظ نظام معاملی و استواری قراردادها) به منزله عدم ضرر قرار داده است. بنابراین ضرر ناشی از تأخیر ثمن نمی‌تواند مبنای چنین حق فسخی قرار گیرد. از طرف دیگر، ضمان فروشنده نسبت به تلف مبيع قبل از قبض دو معنا می‌تواند داشته باشد: اول، تلف مبيع بر عهده فروشنده است، اگرچه تلف آن در ملک مشتری صورت گرفته است. در این صورت این حکم - با توجه به شرایط موجود در این مسأله، یعنی فسادپذیری مبيع و اینکه مشتری بدون پرداخت ثمن غایب شده است - یک حکم ضرری علیه فروشنده است که قاعده لاضرر آن را نفی می‌کند؛ زیرا بنابر تفسیر مشهور مفاد قاعده لاضرر، نفی حکم ضرری از جانب شارع است یعنی شارع حکمی که لازمه آن ایراد ضرر به مکلف باشد وضع نمی‌کند. بنا بر این تفسیر از قاعده «تلف مبيع قبل از قبض»، ضرر مذکور تنها مستلزم نفی حکم تلف مبيع قبل از قبض در این موارد خواهد بود؛ به عبارت دیگر قاعده لاضرر موجب تخصیص آن قاعده می‌شود ولی نمی‌تواند متعرض لزوم قرارداد شود؛ زیرا آنچه موجب ضرر بایع است لزوم قرارداد نیست بلکه این است که خسارت ناشی از تلف قبل از قبض بر عهده او باشد.

دوم، اگر قاعده تلف مبيع قبل از قبض به معنای انفساخ عقد بیع و تلف مبيع در ملک فروشنده باشد، آنگاه صرف حکم شارع به انفساخ عقد، خود ضرری علیه فروشنده نیست تا قاعده لاضرر آن را نفی کند و رابطه علیت نیز میان این حکم و تلف مبيع (ضرر) در خارج وجود ندارد - چنان که به عنوان مثال در مورد وضوی ضرری این رابطه میان حکم به وجوب وضو و ضرر خارجی در بدن وضوگیرنده وجود دارد - تا قاعده بخواهد آن را نفی کند. در این صورت «قاعده لاضرر» نمی‌تواند تأثیری در ایجاد حق فسخ برای فروشنده داشته باشد. البته ممکن است گفته شود حکم به انفساخ عقد - از آنجا که در واقع بعد از تلف صورت می‌گیرد اگرچه حکم به انفساخ نسبت به قبل از تلف اجرا می‌شود - است که موجب می‌شود تلف مبيع در ملک فروشنده صورت گیرد. پس همین حکم است که ضرر را بر فروشنده وارد می‌سازد. در جواب می‌توان گفت که تلف مبيع همچنان نتیجه حکم شارع به انفساخ نیست بلکه مورد آن است؛ یعنی شارع فقط حکم به انفساخ می‌کند و البته بعد از انفساخ مورد معامله که به واسطه انفساخ عقد به ملکیت فروشنده بازگشته است، تلف می‌شود. به هر حال با وجود آنکه در صورت

تلف مبیع قبل از قبض، حکم شارع به انفساخ قبل از تلف صورت گرفته است و تلف بعد از آن رخ داده است، ولی صرف ترتیب زمانی میان دو واقعه اثبات‌کننده رابطه علیت میان آنها نیست و در نتیجه نمی‌توان ضرر را به حکم شارع نسبت داد تا قاعده لاضرر آن حکم را نفی کند. راه سومی نیز وجود دارد تا حکم به انفساخ عقد ضرری شود: لزوم عقد، اگرچه از مبادی ضرری که قابل انتساب به قانون گذار باشد نیست، ولی همین حکم است که به ضمیمه قاعده تلف مبیع قبل از قبض باعث می‌شود تلف در ملک فروشنده رخ دهد و در نتیجه به دلیل لزوم عقد، او عاجز از تصرف در مبیع و دفع آن از خود باشد و همین اندازه از ارتباط میان ضرر و لزوم عقد، برای انتساب ضرر به لزوم عقد و در نتیجه نفی آن به واسطه قاعده لاضرر کافی است. ولی این شیوه برای اثبات خیار مذکور نیز مورد پذیرش واقع نشده است زیرا گفته شده است که لازمه این شیوه از استدلال به قاعده لاضرر تأسیس یک فقه جدید و در حقیقت عدم رعایت روش استدلال فقهی است. به نظر می‌رسد مشکل بتوان با استناد به قاعده لاضرر (با استناد به تفسیر مشهور از آن یعنی نفی حکم ضرری) خیار مورد نظر را اثبات کرد و دلیل این خیار را باید همان روایت محمد ابن ابی حمزه از امام صادق و امام کاظم علیه السلام و به عبارت دیگر حکم قانون گذار دانست. اما قاعده لاضرر می‌تواند بیان کننده حکمت حکم باشد.<sup>۱</sup> در تحلیل و بررسی این حکم قانونی در نظام فقهی امامیه گفته شده است که چنین خیاری میان حق فروشنده و خریدار جمع می‌کند؛ چرا که با اعمال آن و فسخ قرارداد هر دو از ضرر مصون می‌مانند ولی اگر فروشنده - که صاحب حق فسخ است - از اعمال آن خودداری کند، اقدام علیه خود نموده و ضرر را متوجه خود کرده است و البته لازمه این توجیه جعل خیار در همه موارد ضمان فروشنده نسبت به مبیع (قاعده تلف مبیع قبل از قبض) نیست؛ زیرا در اینجا بحث از مبیعی است که به سرعت فسادپذیر است. بنابراین از ابتدای انعقاد قرارداد مبیع در معرض تلف است و طرفین آگاه به این مطلب هستند؛ برخلاف موارد دیگر که تلف مبیع اتفاقی و غیرمنتظره است. به عبارت دیگر تحلیل موضوع چنین است: خریدار به محض انعقاد قرارداد - در صورت اطلاع قرارداد - مکلف به تأديه ثمن و اقباض مورد معامله است. خصوصاً در اینجا که مبیع به دلیل فسادپذیر بودن در معرض تلف و نقصان است و او با تأخیر در انجام این وظیفه نوعی نقض قرارداد می‌کند. حکم قانون به حق فسخ برای بایع برای این است که او بتواند از ضمان تلف قبل از قبض رها شود. با فسخ معامله ضرری که متوجه بایع است دفع می‌شود. با عدم فسخ، بایع خود اقدام علیه خود نموده است و

مستحق چیزی نخواهد بود زیرا از طرف دیگر مشتری نیز (قبل از قبض) در واقع از مبیع بهره‌مند نشده است و قرارداد با هدف دستیابی او به مورد معامله بوده، که البته با تلف مبیع، حقوق نشده است؛ پس عادلانه نیست که در این صورت که بایع می‌توانسته بیع را فسخ کند و از مبیع بهره‌مند شود و در نتیجه از تلف بی‌جهت آن جلوگیری کند و بنابر فرض، عالمانه و عامدانه چنین نکرده است، خسارت متوجه مشتری باشد که قادر به دفع آن نبوده است.

بنابر قواعد و اصول، چنانچه در تحلیل و نقد نحوه استناد به قاعده لاضر در اثبات خیار مورد بحث گفته شد، لاضر می‌باید ضمان تلف قبل از قبض را رفع می‌کرد. اما در این صورت چیزی هست که مغفول خواهد ماند. صرف رفع ضرر از بایع به واسطه رفع «ضمان تلف قبل از قبض» از او، کافی نیست تا تمام جوانب مسأله حل شده باشد؛ با تلف مبیع به هر حال ضرر و خسارتی وارد شده است، اگر چه این ضرر به خریدار که مالک مورد تلف است وارد می‌شود و اگر چه ناشی از اقدام خود او به ضرر و تقصیر او یعنی تأخیر او در تادیه ثمن و تسلیم مبیع است. در حقیقت مسأله مهم‌تر این است که آیا قانون‌گذار باید به طرفین معامله اجازه تلف شدن مورد معامله که بخشی از منابع اقتصادی جامعه است را بدهد یا خیر. به نظر می‌رسد وظیفه و هدف اصلی خیار مورد بحث ایجاد شرایطی است که حفاظت و بهره‌برداری صحیح و عقلایی از مال مورد معامله را فراهم می‌کند.<sup>۱</sup> البته در مقایسه میان خیار ما یفسد من یومه با مسأله mitigation در اینجا با حق فسخ معامله، با این وجود در مسأله مذکور در نظام کامن لا نیز تعبیر gjdt؛ ز چندان واقعی نبوده و اثر آن بیشتر از اثر جعل حق فسخ و امثال آن نیست.

۱. در آیه پنجم از سوره نساء آمده است: «وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءِ أَموَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَ ارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَ أَكْسُوهُمْ وَ قُوْلُوا لَهُمْ قُوْلًا مَمْرُوفًا». در این آیه بحث بر سر اموال سفیه است اما این اموال به مخاطبین (غیر سفها) که در واقع مالک مال نیستند نسبت داده شده و اضافه گردیده است. در توضیح جرایی این اضافه گفته‌اند: «... مراد از جمله: "اموالکم..." خصوص اموال ایتمام خواهد بود و از اینکه اموال ایتمام را به اولیای ایتمام (که مخاطب این آیه می‌باشند) نسبت داده، به این عنایت بوده است که مجموع اموال و ثروتی که در روی کره زمین و زیر آن و بالآخره در دنیا وجود دارد، متعلق به عموم ساکنان این کره است. و اگر بعضی از این اموال مختص به بعضی از ساکنان زمین و بعضی دیگر متعلق به بعضی دیگر می‌باشد، از باب اصلاح وضع عمومی بشر است که مبتنی است بر اصل مالکیت و اختصاص، و چون چنین است لازم است مردم این حقیقت را تحقق دهند و بدانند که تمامی اموال دنیا متعلق به این جامعه است و بر تک تک افراد بشر واجب است این مال را حفظ نموده و از هدر رفتن آن جلوگیری کنند. پس نباید به افراد سفیه اجازه دهند که مال را اسراف و ریخت و باش نمایند، خود افراد عاقل اداره امور سفیهان را مانند اطفال صغیر و دیوانه به عهده بگیرند». موسوی همدانی، سید محمدباقر، ترجمه تفسیر المیران، جلد چهارم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴، ص. ۲۷۱.

## ۲-۵. ترک زراعت در عقد مزارعه

در عقد مزارعه، یک طرف تعهد می کند تا زمین مناسب برای کشت را در اختیار طرف دیگر قرار دهد و طرف دیگر متعهد می شود تا در آن زمین کشت نماید و توافق می نمایند که به نسبت معین در محصول زمین شریک باشند.

در کتاب مزارعه این مسئله نیز مطرح می گردد که اگر بعد از عقد و تسلیم زمین به زارع، او اقدام به زراعت نکند تا زمانی که فصل کشت منقضی گردد، آیا او ضامن چیزی خواهد بود و آیا مالک زمین می تواند مطالبه خسارت نماید یا خیر. در جواب این سؤال شش نظریه و احتمال بیان شده است.<sup>۱</sup> یکی از این شش قول چنین است:<sup>۲</sup> تفاوت است میان صورتی که مالک زمین (واگذار کننده زمین) از ترک کشت توسط زارع آگاه بوده است و در عین حال عقد را برای جلوگیری از تحقق ضرر فسخ نکرده است، که در این صورت زارع ضامن نیست، و صورتی که او آگاه نبوده و در نتیجه عقد را فسخ نکرده است که در این صورت زارع ضامن است. برخی این قول را با قیدی پذیرفته‌اند؛ یعنی گفته‌اند اگر زمین تحت استیلا و تصرف زارع در آمده باشد، به صورتی که برای مالک امکان تصرف در زمین نباشد، از آنجا که در صورت عدم انجام کشت تصرف او عدوانی خواهد بود، زارع ضامن منفعت زمین است. اما اگر زمین در اختیار زارع قرار گرفته است ولی همچنان در استیلاه مالک است و او می تواند در آن تصرف کند، در این صورت باید میان علم مالک به عدم کشت و جهل او به وضعیت مذکور تفصیل قایل شد. در صورت اول اگر او اقدامی نکرده است، یعنی عقد را فسخ نکرده و به این واسطه از ورود ضرر جلوگیری ننموده است، زارع ضامن چیزی نخواهد بود. زیرا قاعده ید در اینجا حاری نیست و اتفاق منافع هم منتنسب به زارع نیست زیرا با وجود علم مالک به عدم کشت زارع، او می توانسته با فسخ عقد و استفاده دیگر از زمین جلوی تفویت منفعت را بگیرد و با این حال چنین نکرده است. ولی در صورت جهل مالک،

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوقعی، جلد پنجم، دفتر انتشارات اسلامی ۱۴۱۹ ه.ق، ص. ۳۰۵.

۲. اقوال دیگر چنین است: اول - زارع ضامن اجرت المثل زمین است؛ دوم - زارع ضامن نیست، اگرچه به دلیل عدم انجام تعهد و تکلیف ناشی از عقد گاهه‌کار است؛ سوم - تفصیل میان صورتی که با اختیار خود به تعهد عمل نکرده است، که در این صورت ضامن خواهد بود، و صورتی که عدم انجام تعهد خارج از اراده او و بدون تقصیر او بوده است، که در این صورت ضامن نخواهد بود؛ چهارم - ضامن است ولی نه به میزان اجرت المثل، بلکه ابتدا تخمين زده می شود که اگر زمین کشت می شد چه میزان محصول برداشت می شد؛ آنگاه معادل میزان نسبتی که در قرارداد برای مالک (یا به تعبیر دقیق‌تر کسی که زمین را در اختیار گذاشته است زیرا ممکن است او فقط مالک منافع زمین باشد) تعیین شده بود، به او پرداخت می شود؛ پنجم - همان قول چهارم است با این تفاوت که به جای تخمين محصول به دست نیامده، منفعت زمین و ارزش کار زارع از هم کم می شود و از باقیمانده، به نسبت مذکور در قرارداد، ضامن زارع محاسبه می شود.

زارع ضامن است زیرا او با عدم کشت، تقویت منفعت کرده است و چون مالک جا هل بوده است، نمی‌توان تقویت منفعت را به او (مالک) مستند کرد.<sup>۱</sup>

آنچه در اینجا کاملاً روشن است اینکه نقض قرارداد توسط زارع در این قول، حق فسخ قرارداد را برای دهنده زمین به همراه دارد. اما چرا نقض قرارداد توسط زارع موجب حق فسخ برای زارع شود و چرا لزوم قرارداد در چنین موردی از بین می‌رود؟ این مسئله در کلام برخی شارحان عروه مفروغ عنه تلقی شده است.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد برای اثبات حق فسخ در هنگام ترک زراعت توسط زارع در مدت تعیین شده در عقد، باید به قاعده «لاضر و لا ضرار» تمسک کرد که این قاعده با توجه به ضرری که متوجه مالک زمین است، لزوم عقد را نفي خواهد کرد.<sup>۴</sup>

استناد به قاعده لاضرر در اینجا بر اساس تفسیر آن به نفی حکم ضرری است زیرا آنچه موجب ضرر مالک زمین می‌شود حکم شارع به لزوم عقد مزارعه است و شارع تشریع چنین حکمی را به مقتضای قاعده لاضرر نفی نموده است.<sup>۴</sup>

وقتی عقد لازم نبود، عدم اعمال حق فسخ در صورت مذکور، خسارت را متوجه دهنده زمین (مالک) می‌کند زیرا این عدم اقدام بر جلوگیری از ورود ضرر اقدام علیه خدمش است.

٥-٣. قواعد فقه

برای توجیه تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت، می‌توان به مواردی از قواعد فقهی توجه نمود؛ ولی به جز یکی از آنها، مفهوم تکلیف از باقی موارد قابل استنباط نیست و تنها نتیجه این تکلیف که عدم استحقاق جبران خسارت در صورت عدم تلاش برای کاهش خسارت است، قابل استفاده می‌باشد.

١. خویی، سید ابوالقاسم، موسوعه الامام الخوئی (المبانی فی شرح العروه الوثقی)، جلد سی و یکم، موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۶ هـ. ق، ص. ۲۵۷.
  ۲. حکیم، سید محسن، مستمسک البروهالوثقی، جلد سیزدهم، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص. ۸۲.
  ۳. نجفی، محمدحسن بن باقر (صاحب الجواهر)، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیست و هفتم، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ. ق، ص. ۲۰.
  ۴. همچنین بر اساس تفسیر لاضر به نهی از اضار به غیر (جه نهی الهی و چه نهی سلطانی) زارع نمی‌تواند در برایر مالک زمین به لزوم عقد مزارعه استناد کند، زیرا نهی از اضار به غیر زمانی معقول است که شارع ضمانت اجرای لازم برای حمایت از اجرایی شدن این نهی را در اختیار حاکم به عنوان مجری احکام گذاشته باشد. ر.ک. سیستانی، سید علی حسینی، قاعده لاضر و لاضرار، دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۴ هـ. ق، صص.
  ۵. به نظر می‌رسد ضمانت اجرای حمایت از این نهی در قدم اول الزمام زارع به اجرای تعهد و در صورتی که امکان پذیر نباشد، اجرای تعهد به حساب او و در صورتی که این راه نیز امکان پذیر نباشد، فسخ قرارداد و رها کردن مالک زمین از تعهدات متقابل است.

### ۳-۱. قاعده اقدام

این قاعده در دو معنا به کار می‌رود: اقدام به زیان و اقدام به ضمان. «هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، وارد کننده زیان که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود».<sup>۱</sup> در این صورت، قواعد و مقررات ضمان و مسئولیت و از جمله قاعده «احترام» که برای حمایت از صاحبان اموال وضع شده است، دیگر به کار نمی‌آید زیرا او با آگاهی از عواقب عمل خود، اقدام به آن کار نموده و در نتیجه خودش حرمت مال خود را ضایع ساخته است و بنابراین مورد حمایت شرع قرار نخواهد گرفت. شاید گمان شود که می‌توان از همین معنا برای اثبات تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت استفاده نمود. وقتی زیان دیده خود اقدام به کاهش زیان نمی‌کند، اقدام به زیان علیه خود نموده است و بنابراین خود او باید مسئول شناخته شود.

البته روشن است که با این معنا مفهوم تکلیف در معنای دقیق آن قابل اثبات نیست اما شاید بتوان نتیجه عدم اجرای آن یعنی محرومیت زیان دیده از جبران خسارت را اثبات نمود. ولی با دقت در شرایطی که برای قاعده تکلیف زیان دیده گفته شد باید از چنین تصوری روی گرداند زیرا فرض مسأله تکلیف به کاهش زیان، در جایی مطرح است که نتوان ورود زیان را به زیان دیده مستند کرد و او را شریک در تقصیر نمود و تنها با یک عدم اقدام به کاهش مواجه باشیم.

در چنین موردی آیا به راستی صرف عدم اقدام به کاهش خسارتی که دیگری مسبب آن است، می‌تواند موجب استناد زیان به او (زیان دیده) گردد و او را از شمول قواعد حمایتی خارج نماید؟ اگر دلیل دیگری غیر از اقدام به زیان، تکلیف مذکور را اثبات می‌نمود، آنگاه عدم عمل به تکلیف، با علم به آن، تقصیر و اقدام به زیان محسوب می‌شد و می‌توانست زیان را بر عهده خود او بگذارد.

اقدام نمی‌تواند هم تکلیف را اثبات کند و هم تقصیر و خروج از قواعد حمایتی. به عبارت دیگر قاعده اقدام در مقام تشریع و ایجاد تکلیف نیست بلکه مخصوص یا دلیل حاکم بر ادلہ اولیه احترام مال دیگری است.

اما معنای دومی که برای قاعده اقدام بیان شده مسأله اقدام بر ضمان است که مربوط به مسأله ضمان مثل یا قیمت به جای عوض المسمی در عقود فاسد است<sup>۲</sup> که ربطی به مسأله مورد بحث ما ندارد.

۱. محقق داماد، پیشین، ص. ۲۲۱.

۲. همان، صص. ۲۲۴-۲۲۳.

### ۵-۳-۲. قاعده من له الغنم فعلیه الغرم

معنای این قاعده تلازم میان فایده و خسارت دانسته شده است؛ یعنی هر کس فایده مال به طور شرعی (قانونی) از آن اوست خسارت مال هم باید بر عهده او دانسته شود. مثلاً اگر ولی با مال یتیم به تجارت بپردازد و در این تجارت خسارتی بر مال یتیم وارد شود، به استناد همین معنا گفته‌اند که چون اگر تجارت مذکور منفعت و سودی داشت از آن یتیم بود پس خسارت نیز بر او خواهد بود.<sup>۱</sup> با استناد به این قاعده ممکن است توهمند که چون نتیجه کاهش زیان به نفع زیان دیده است پس اگر او اقدام به کاهش زیان ننمود، خسارت باید بر عهده او دانسته شود. این توهمند به هیچ عنوان قابل پذیرش نیست زیرا به فرض اجرای این قاعده در چنین مواردی و عام بودن آن، در اینجا خسارت ناشی از نقض قرارداد است و بنابراین مطابق با قواعد عمومی باب مسئولیت، باید بر عهده زیان‌زننده (ناقض قرارداد) باشد؛ خروج از این عموم نیازمند مخصوصی است که قاعده مذکور نمی‌تواند آن مخصوص باشد زیرا خسارت پس از تحقق آن بنابر فرض مسأله مستند به نقض قرارداد از جانب طرف مقابل است و قبل از تحقق نیز تکلیف متوجه متعهد (ناقض قرارداد) است که قرارداد را اجرا کند و قاعده در مقام تشریع و قانون‌گذاری نیست تا بتوان از آن تکلیفی بر متعهدله اثبات کرد و در نتیجه عدم اجرای آن تقصیری برای او اثبات نمود و از این طریق مسئولیت را متوجه او کرد. بنابراین این قاعده نیز نمی‌تواند تکلیف به کاهش خسارت یا آثار این تکلیف را اثبات کند.

### ۵-۳-۳. قاعده لاضرر و لا ضرار

چنان که قبلاً نیز اشاره شد، این قاعده به چندگونه تفسیر شده است.<sup>۲</sup> اما همه این تفاسیر را در سه دیدگاه کلی می‌توان تقسیم‌بندی نمود. گروهی این قاعده را در مقام بیان نفی حکم ضرری می‌دانند و در نتیجه قاعده تنها می‌تواند احکامی را که مستلزم ضرر است نفی کند.<sup>۳</sup> البته این گروه در نحوه جزئیات نظریه با هم اختلاف دارند که چون تأثیری در کلیت بحث حاضر ندارد به آن نمی‌پردازیم. اگر قاعده لاضرر را به این شکل معنا کنیم، آنگاه نمی‌توان از آن تکلیف اثبات نمود زیرا قاعده در مقام نفی است و بنابراین در اثبات حکم کارایی ندارد. وقتی نتوان تکلیفی اثبات نمود، چنانچه در دو قاعده گذشته نیز اشاره شد، آنگاه تقصیری

۱. مصطفوی، سید محمد‌کاظم، القواعد، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱هـ، ق، ص. ۲۸۴.

۲. محقق‌داماد، پیشین، صص. ۱۴۱-۱۵۱.

۳. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، جلد دوم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۴هـ، ق، صص. ۴۶۰ به بعد.



## متوجه زیان دیده در ورود خسارت خواهد بود و همه مسئولیت نقض قرارداد را ناقض آن متحمل خواهد شد.

اما برخی دیگر این قاعده را در مقام نهی از ضرر و اضرار به غیر معنا کرده‌اند.<sup>۱</sup> اگر بتوان عدم اقدام به کاهش ضرر و خسارت را در منهی عنه این قاعده قرار داد، آنگاه آثار عدم التزام به این نهی دامن‌گیر زیان دیده خواهد شد. اما چگونه می‌توان امری عدمی را مصدقی از منهی عنه (موضوع) قاعده لاضرر دانست، در حالی که متبدار از نهی از ایراد ضرر این است که ایراد ضرر امری ایجادی وجودی است و نه عدمی، زیرا اصولاً نهی از کاری نکردن معنی ندارد، بلکه از انجام عمل مثبت می‌توان نهی و ردع نمود. شاید بتوان چنین گفت که عدم اقدام به کاهش ضرر اگرچه مفهومی عدمی است، ولی عدمی اضافی است که مآل آن مفهومی وجودی است و به اعتبار مضافقالیه، حظی از وجود در آن خواهد بود؛ ایراد ضرر عنوان کلی است که می‌توان آن را معادل و مساوی «عدم اقدام ...» دانست و همین مفهوم می‌تواند مورد نهی واقع شود، زیرا امری وجودی و ایجادی است. پس صدق این عنوان برای منهی عنه بودن کافی است. وقتی زیان دیده به طور متعارف و معقول، قادر به کاهش زیان است و از این کار خودداری می‌کند، در حقیقت موجب ایراد خسارت شده است، و عقلاً او را مسئول در ورود زیان به خود تلقی می‌کنند. برای مثال اگر کسی ببیند که دیگری می‌خواهد خانه او را آتش بزند ولی از او جلوگیری نکند، در حالی که قادر به جلوگیری بوده است، قطعاً عقلاً او را در واردکننده ضرر به خود می‌دانند. بنابراین در شرایط مفروض در مسئله، عدم اقدام زیان دیده می‌تواند نوعی ایراد ضرر تلقی شود. آنگاه نهی متوجه عدم اقدام برای کاهش خسارت می‌شود و لازمه این نهی تکلیف به کاهش خسارت خواهد بود<sup>۲</sup> و مسئولیت را متوجه زیان دیده می‌نماید. بنابراین اگر لاضرر را به نهی شارع از ایراد ضرر و اضرار به غیر تفسیر کنیم، آنگاه ممکن است بتوان به نوعی تکلیف زیان دیده به کاهش خسارات و آثار آن، یعنی محرومیت او از جبران خسارت را توجیه نمود.

تفسیر سوم از قاعده لاضرر، نفی ضرر غیرمتدارک است یعنی اگر ضرری در جایی رخ داد، باید جبران شود. به عبارت دیگر آنچه نفی شده، ضرر جبران نشده از جانب شارع است، پس اگر ضرری در خارج رخ داد باید مقرون به حکم شارع به لزوم جبران

۱. موسوی خمینی، روح الله (امام)، پیشین، صص. ۷۳ به بعد.

۲. در اینکه نهی از شیء مستلزم امر به ضد هست یا نه، به مبحث امر در اصول فقه، مسئله ضد مراجعته شود. برای مثال، ر.ک: خراسانی، محمد کاظم (آخوند خراسانی)، کفاية الاصول، جلد اول، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۷ق، ص. ۲۲۶. اگرچه در آنجا از مقتضای امر به شیء بحث می‌شود ولی شیوه و نتیجه استدلال در دو مسئله یکی است به همین جهت در باب نهی این مورد دوباره مورد ارزیابی قرار نگرفته است.

آن باشد.<sup>۱</sup> بنابراین اگر قراردادی در معرض نقض شدن قرار گرفت و ضرری متوجه ذینفع از اجرای آن گردید، این ضرر باید به صورت جبران شدنی و متدارک لحاظ گردد؛ بنابراین در این قرارداد برای جبران ضرری که متوجه ذینفع است باید قائل به حق فسخ شویم که خسارت ناشی از نقض قرارداد را جبران می‌کند. حال اگر ذینفع از این حق استفاده ننمود و عقد را فسخ نکرد و از ورود خسارت به خود جلوگیری ننمود، عمل او اقدام علیه خود محسوب می‌شود و در نتیجه خود او باید مسئول خسارت شناخته شود. به این واسطه، اگر چه تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت اثبات نمی‌شود ولی به ضمیمه قاعده اقدام، نتیجه آن (یعنی مسئول نبودن واردکننده زیان) اثبات می‌گردد.

اما در نقد این شیوه از استدلال برای اثبات تأثیر عدم اقدام زیان دیده به کاهش خسارت در میزان مسئولیت واردکننده زیان باید گفت که – صرف نظر از عدم صحت این تفسیر از قاعده لاضر، زیرا عبارت «لاضرر و لا ضرار» ضرر را نفی می‌کند حقیقتاً در حالی که ضرر وارده در خارج به صرف حکم به لزوم جبران آن، حقیقتاً لاضر نمی‌شود و جبران نمی‌گردد بلکه با جبران واقعی آن است که جبران می‌شود – قبل از نقض قرارداد ضرری وجود ندارد که بخواهد با جعل حق فسخ قرارداد جبران گردد بلکه بعد از نقض قرارداد است که ضرر محقق می‌گردد و لازمه نفی آن حکم به جبران آن توسط واردکننده زیان خواهد بود. بنابراین با این تفسیر از قاعده لاضر نه می‌توان تکلیف مورد بحث را اثبات نمود و نه نتیجه آن.

#### ۵-۴. شرط ضمنی و تکلیف زیان دیده به کاهش میزان خسارت

اصل در یک قرارداد این است که اراده طرفین تعیین کننده مفاد و آثار آن باشد. احکام قانون‌گذار در مقام تکمیل و فیصله خصوصت و نزاع است. از طرف دیگر قبل از انعقاد قرارداد معمولاً طرفین سعی می‌کنند تمام جوانب و ضرر و زیان‌های احتمالی را پیش‌بینی و ارزیابی کنند و در صورتی که به این جمع‌بندی برسند که قرارداد برای آنها نفع یا سود (ولو معنوی و فکری) دارد اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند.

قابل تصور است که کسی که برای انعقاد قرارداد و ورود به یک معامله اقدام می‌کند، احتمال نقض قرارداد توسط خود را نیز ارزیابی می‌کند و می‌اندیشد که نتایج نقض قرارداد توسط او چه خواهد بود تا در آن ارزیابی کلی معین گردد که خسارات ناشی از نقض قرارداد توسط او آیا برای او قابل تحمل است یا خیر. در این ارزیابی او خسارات را به طور متعارف و معقول در نظر می‌گیرد و با قبول قرارداد همین میزان از

خسارات را می‌پذیرد. لازمه چنین تحلیلی این است که طرف مقابل نیز متعهد باشد، تنها او را به اندازه همان میزان قابل پیش‌بینی متعارف و معقول مسئول نقض قرارداد بشناسد. در نتیجه ملزم است در صورت نقض قرارداد از افزایش میزان خسارتی که بیش از مقدار متعارف و معقول در هنگام انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی بوده است، جلوگیری کند، در غیر این صورت نمی‌تواند ناقض قرارداد را به بیش از میزان توافق شده، میزان قابل پیش‌بینی در هنگام انعقاد، مسئول بداند. چنین ذهنیتی از بررسی اوضاع و احوال عقد، مذاکرات مقدماتی و گفتگوهای انجام‌شده میان طرفین قرارداد قبل احراز است و به همین دلیل به نظر می‌رسد که باید آن را از جمله شروط بنایی دانست.<sup>۱</sup>

اگر چه چنین تحلیلی از اراده طرفین، خصوصاً در عرف امروز معاملی که در بسیار از موارد وجه التزام (یا خسارت توافقی) در قرارداد پیش‌بینی می‌شود، دور از ذهن نیست ولی احراز آن نیازمند بررسی مذاکرات و گفتگوها و تمام اوضاع و احوال حاکم بر انعقاد قرارداد است و به نظر می‌رسد اثبات آن بر عهده مدعی آن است. اصل بر عدم وجود چنین توافقی است. به همین دلیل نمی‌توان با این نظریه به نحو قاعده تکلیف زیان‌دیده را اثبات نمود.

۱. برای بررسی تعریف شروط بنایی و مبانی صحت و اعتبار آن در فقه امامیه، ر.ک: محقق داماد، سیدمصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸، ۲۷۸، ص.

## نتیجه‌گیری

تکلیف زیان دیده، با دید حفاظت از اموال جامعه و جلوگیری از هدر رفتن سرمایه آن، در کامن لا پذیرفته شده است که همین نگاه با توجه به قاعده ضرر (با تفسیر آن به نهی از ایجاد ضرر به دیگری یا در معنایی که در اصل چهلم قانون اساسی آمده است) در فقه امامیه قابل پذیرش است. بر اساس این نظریه نهی از اضرار به غیر زمانی معقول است که ضمانت اجرای آن نیز تشریع شده باشد. ضمانت اجرای نهی از اضرار به غیر در مورد بحث، در وهله اول الزام زیان دیده به انجام اقدامات پیشگیرانه برای جلوگیری از افزایش ضرر است. در صورتی که این الزام امکان پذیر نشود، می‌توان ضمانت اجرای نهی فوق الذکر را در غالب نفی مشروعيت مطالبه ضرر افزوده‌ای که ناشی از ترک جلوگیری از افزایش ضرر است در نظر گرفت. به نظر می‌رسد که لاقل در دو مسأله در فقه نیز نتیجه این تکلیف، یعنی محرومیت زیان دیده از حق مطالبه خسارت در صورت عدم اقدام برای کاهش میزان خسارت، پذیرفته شده است. این دو مورد عبارت‌اند از خیار مایفسد لیومه و مسأله ترک زراعت در عقد مزارعه. به علاوه می‌توان این تکلیف و نتایج حاصل از عدم اجرای آن را به صورت شرط بنایی از میان ذهنیات و توافقات طرفین استنباط نمود و بر این اساس آن را در قالب تعهدات ضمن عقد تفسیر نمود.

## منابع

- اسدی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، قواعد الأحكام فی معرفة الحال و الحرام، جلد دوم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳. ه. ق.
- اصفهانی، سید محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، جلد چهارم، منشورات پایه دانش، ۱۴۲۵. ه. ق.
- انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۲۴. ه. ق.
- \_\_\_\_\_، فرائد الاصول، جلد دوم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۴. ه. ق.
- \_\_\_\_\_، کتاب المکاسب، جلدہای سوم و پنجم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵. ه. ق.
- ایروانی، میرزا علی، حاشیه کتاب المکاسب، جلد سوم، منشورات دار ذوی القربی، ۱۴۲۶. ه. ق.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد سیزدهم، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶. ه. ق.
- حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی)، شرائع الإسلام فی مسائل الحال و الحرام، جلد دوم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸. ه. ق.
- خراسانی، محمدکاظم (آخوند خراسانی)، کفایه الاصول، جلد اول، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۷. ه. ق.
- خوبی، سید ابوالقاسم، موسوعه الامام الخوئی (المبانی فی شرح العروه الوثقی)، جلد سی و یکم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۶. ه. ق.
- سیستانی، سید علی حسینی، قاعده لاضرر و لاضرار، دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۴. ه. ق.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، هدایه الطالب، جلد چهارم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۸. ه. ق.
- صفائی، سید حسین، حقوق بیع بین الملّی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، العروه الوثقی، جلد پنجم، دفتر انتشارات اسلامی ۱۴۱۹. ه. ق.
- طباطبایی، سید محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد پنجم، چاپ پنجم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷. ه. ق.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، دار التراث الإسلامية، ۱۴۱۰. ه. ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، جلد اول، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
- \_\_\_\_\_، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- مصطفوی، سید محمدکاظم، القواعد، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱. ه. ق.

- 
- مغنيه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق عليه السلام، جلد چهارم، مؤسسه انصاريان، ۱۴۲۱ هـ. ق.
  - موسوی خمیني، روح الله (امام)، بدائع الدرر في قاعده نفي الضرر، بي جا، ۱۴۱۵ هـ. ق.
  - موسوی همداني، سيد محمدباقر، ترجمه تفسير الميزان، جلد چهارم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۳۷۴.
  - نجفي، محمدحسن بن باقر (صاحب الجوادر)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، جلد بيست و هفتم، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ. ق.
- 
- Chitty, Joseph; and Hugh Bale, Chitty on Contracts, Vol. 1, 29th Edition, Sweet & Maxwell, 2004.
  - Salzedo, Simon; and Peter Brunner, Briefcase on Contract Law, 3rd Edition, Cavendish Publishing, 1999.
  - Stone, Richard, The Modern Law Of Contract, 8th Edition, Routledge-Cavendish, 2009.
  - Treitel, Guenter, "Remedies for Breach of Contract", in: International Encyclopedia of Comparative Law (Contract in General), by René David et al (eds), Vol. 7, Tübingen Publication, 1976.



## پیشگیری وضعی از قاچاق کالا در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲

\* مهدی صبوری پور  
\*\* حامد صفائی آتشگاه

### چکیده

قاچاق کالا و ارز به عنوان یکی از دغدغه‌های اصلی دولتمردان، پدیده‌ای چندبعدی است که موجب اخلال در نظام اقتصادی، اجتماعی و امنیت کشور می‌شود. مقابله با این پدیده از دیرباز دارای جایگاه ویژه‌ای در سیاست کیفری تقنینی ایران بوده است. ناکافی و زیان‌بار بودن سرکوبی مرتكبان قاچاق کالا و ارز، مQNEN را به سوی به کارگیری تدبیر پیشگیرانه سوق داد. در همین راستا، فصل دوم قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به پیشگیری از وقوع جرم اختصاص یافت. مطابق یافته‌های تحقیق، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز عمدتاً با توصل به فناوری‌های نوین در صدد دشوارسازی ارتکاب و افزایش خطر بزهکاری می‌باشد. قانون فوق در پرتو تدبیری نظیر یکپارچه‌سازی و نظارت بر فرآیند تجارت در پی شفافسازی زنجیره تأمین بوده است. از آنجا که امروزه پیشگیری موقعیت مدار از حالت سنتی به حالت فناورانه ارتقا یافته، موفقیت این برنامه‌ها درگرو به کارگیری ابزارهای فناورانه‌ای است که در اختیار کنش‌گران پیشگیری از وقوع جرم قرار می‌گیرد. البته کاربست این تدبیر با چالش‌های مختلفی همراه است که در این پژوهش بدان‌ها اشاره شده است.

**کلیدواژه‌ها:** پیشگیری وضعی، قاچاق کالا، پیشگیری از قاچاق، پیشگیری فناورانه، یکپارچه‌سازی.

m\_sabooripour@sbu.ac.ir  
safaei@live.com

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

\*\* دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

## مقدمه

حفظ نظم و امنیت جامعه از منظر اقتصادی همواره یکی از دغدغه‌های اصلی دولت‌ها است. اخلال در نظام اقتصادی هر کشوری می‌تواند اسباب نارضایتی مردم را فراهم ساخته و منجر به سستی و ضعف پایه‌های غیراقتصادی جامعه همچون پایه‌های سیاسی و اجتماعی جامعه گردد. با گذشت زمان و ظهور دشواری و تنگناهای جدید در عرصه حفظ ثبات اقتصادی، تفکر لزوم مداخله تدبیر پیشگیرانه برای نیل به هدف فوق قوت بیشتری گرفت و به مرور زمان به سیاست رایج و عملی بسیاری از کشورها تبدیل شد. در سطح بین‌المللی نیز، کنوانسیون‌های متعددی به پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و ارز پرداخته‌اند. کنوانسیون بین‌المللی کمک‌های متقابل اداری به‌منظور پیشگیری، تجسس و جلوگیری از تخلفات گمرکی، کنوانسیون بین‌المللی هماهنگی کنترل‌های مرزی کالاهای، کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، کنوانسیون تجدیدنظرشده کیوتو در مورد ساده و هماهنگ سازی تشریفات گمرکی از جمله منابع بین‌المللی هستند که تدبیری در زمینه پیشگیری از قاچاق کالا اندیشیده‌اند. البته در دو کنوانسیون اخیرالذکر از جرم قاچاق یاد نشده است، اما تدبیر پیش‌بینی شده در راستای پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و ارز هستند.

مقابله با قاچاق کالا و ارز از دیرباز در سیاست جنایی ایران و در گفتمان مقامات حکومتی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده است. به‌گونه‌ای که قانون مجازات مرتكبان قاچاق مصوب ۱۳۱۲ جامع ترین قانون مبارزه با قاچاق در بازه زمانی پیش از انقلاب اسلامی بود؛ هرچند اقدامات آن عمدتاً جنبه کیفری داشتند. در این قانون، مقتن بدون ارائه تعریفی از قاچاق، اقدام به جرم انگلاری و سزاده نسبت به مرتكبان می‌کرد. تحلیل این قانون نشان می‌دهد که مقتن تمایلی نسبت به پیشگیری از جرم در معنای خاص آن ندارد؛ بلکه از گذر اعمال مجازات، قصد داشته که به بازدارندگی لازم دست یابد. شاید دلیل این امر، عدم پیشرفت علم جرم‌شناسی در ایران و جهان بود. به طور مثال، نظریه‌های پیشگیری موقعیت‌مدار عمدتاً طی حدود ۴۰ سال اخیر بازتاب داشته‌اند. از این رو نمی‌توان در چنین عصری از مقتن انتظار اتخاذ تدبیری مبتنی بر علم جرم‌شناسی را داشت.

پس از انقلاب اسلامی نیز، به رغم اقدامات متعدد صورت‌گرفته از سوی نهادهایی چون «ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز» فرآیند پیشگیری از این پدیده و معضل چندبعدی از نظر تدبیر و زیرساخت‌های قانونی با خلاهایی مواجه بود. افزون بر اهتمام به اجرای فرمایش مقام معظم رهبری در پیشگیری از قاچاق کالا، تحولات علوم جنایی

و فناوری‌های نوین از یک سو و الحق به کنوانسیون‌های بین‌المللی از سوی دیگر بسترهای لازم برای تحول در مقررات این حوزه را فراهم ساخته بود. بدین سان مجلس شورای اسلامی بر آن شد تا نظام مبارزه با قاچاق کالا و ارز را از حالت آیین نامه‌ای خارج کند و به آن اعتبار قانون بدهد. لذا لایحه «مبارزه با قاچاق کالا، ارز، ریال و اوراق بهادر» در مجلس شورای اسلامی مطرح گردید. پس از اصلاحات متعدد لایحه، در تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۳ «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» مشتمل بر ۷۷ ماده و ۷۹ تبصره طی ۱۰ فصل با اتخاذ تدبیری کیفری (ماهی و شکلی<sup>۱</sup>) و غیرکیفری به تصویب رسید.

به این ترتیب، مقتن با اعتقاد به اینکه صرف استفاده از ابزارهای زرادخانه کیفری راهکار صحیحی برای پیشگیری از قاچاق کالا و ارز نیست، در اقدامی نوین و بی‌بدیل در قوانین داخلی ایران، فصل دوم را - که طولانی‌ترین فصل قانون نیز هست - به پیشگیری از قاچاق اختصاص داده است.

مدیریت پیشگیری از قاچاق کالا تا قبل از ابلاغ قانون مذکور بر عهده «ستاد مرکزی قاچاق کالا و ارز» بود. با لازم الاجرا شدن قانون، مدیریت مبارزه با جرم، از مدیریت پیشگیری از جرم تفکیک شد و در ماده ۴ قانون مقرر گردید که «به منظور هماهنگی و نظارت بر اجرای وظایف مندرج در این فصل، ستاد می‌تواند حسب مورد کارگروه‌های کارشناسی از قبیل کارگروه پیشگیری از قاچاق کالا و ارز مشکل از نمایندگان دستگاه‌های عضو ستاد تشکیل دهد.» همچنین مطابق تبصره یک ماده ۴، «معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه» مسئولیت کارگروه پیشگیری از قاچاق کالا و ارز را بر عهده دارد. در سطح استان‌ها نیز مسئولیت کارگروه مذکور به معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم دادگستری‌ها سپرده شده است.

در فصل دوم قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مقتن با تدبیری نظیر شناسایی و رهگیری کالا در زنجیره تأمین، نظارت بر انبارها و مراکز نگهداری کالا، تجهیز شناورها و وسائل حمل و نقل، نظارت بر فعالیت صرافی‌ها، یکپارچه‌سازی فرآیند تجارت و الکترونیکی نمودن اسناد در صدد پیشگیری موقعیت مدار از وقوع جرم است. لذا در

۱. در خصوص تحولات مراجع صالح رسیدگی به جرم قاچاق، پس از تصویب قانون مورد بحث، توجه خوانندگان محترم را به فصل هشتم قانون جلب می‌کنیم. همچنین با توجه به اینکه در مورد تعیین صلاحیت مرجع رسیدگی‌کننده به جرایم مرتكبین قاچاق کالاهای ممنوع آراء مختلفی صادر شده بود، رأی وحدت رویه شماره ۷۳۶ در تاریخ ۱۳۹۳/۹/۴ توسط هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر شد. مطابق این رأی «... رسیدگی به بزه قاچاق کالاهای ممنوع همانند رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز سازمان یافته و حرفه‌ای و بزه قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس و یا انفال از خدمات دولتی مطلقًا در صلاحیت دادسرآ و دادگاه انقلاب است.»

بخشی از این فصل، مقتن با به کارگیری ابزارهای فناورانه در صدد است تا زمینه‌های سلب فرصت‌های بزهکاری را فراهم ساخته و در نهایت به فعالیت بخشی از اقتصاد پنهان پایان دهد. این تدابیر را می‌توان «پیشگیری موقعیت‌مدار فناورانه» نام‌گذاری کرد.

پژوهش حاضر که از نوع مطالعات توصیفی – تحلیلی است، در صدد بررسی راهکارهای فصل دوم<sup>۱</sup> قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در پرتو پیشگیری موقعیت‌مدار فناورانه است. بر همین اساس، ابتدا (بند اول) محتوای این تدابیر از منظر جرم‌شناسی پیشگیری تحلیل و در ادامه (بند دوم) چالش‌های به کارگیری فناوری در تدابیر موقعیت‌مدار پیشگیری از وقوع جرم مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۱. محتوای تدابیر پیشگیرانه

تحولات ناشی از پیشرفت‌هه شدن بزهکاران و بزهکاری منجر به پیشرفت‌هه شدن بزه‌دیدگان، تدابیر و کنش‌گران پیشگیری از وقوع جرم شده است. لذا دولت‌ها و مردم برای کنترل جرایم و پیشگیری از بزه‌دیدگی، از طریق به کارگیری فناوری‌های نوین سعی در افزایش خطر ارتکاب جرم، کاهش برانگیختگی مجرم، افزایش تلاش مجرم و ... دارند.<sup>۲</sup>

در زمینه قاچاق نیز پاسخ دولت‌ها به تحرکات کنترل‌نشده در مرزها ادامه داشته تا به امری بسیار پیچیده و گستردگی، همراه با به کارگیری فناوری‌های زیاد، مجازات‌های روبه افزایش و روش‌های ابتکاری در کنترل مرزها تبدیل شد.<sup>۳</sup> مقتن کشور ما نیز برای پیشگیری از جرایم قاچاق کالا و ارز تدابیر فناورانه (می‌تنی بر به کارگیری فناوری) پیش‌بینی کرده است. در همین راستا، در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز از طریق استفاده از فناوری‌های ناظر بر کنترل ورود و خروج، سامانه‌های الکترونیکی و هوشمند جدید از قبیل سامانه شناسایی و مبارزه با کالای قاچاق و سامانه اطلاعات مالی صرافی‌ها و سایر فناوری‌ها به امر پیشگیری از وقوع جرم توجه شده است.

پیش از ورود به این بحث باید مبنای اصلی جرم‌شناختی اتخاذ این تدابیر را بیان نمود. به نظر می‌رسد قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز عمدتاً بر پایه تدابیر کنترلی و

۱. شایان ذکر است که در اصلاحات نهایی لایحه مبارزه با قاچاق کالا و ارز به این امر توجه نشده است که فصل دوم، بایستی لااقل از ماده ۵ شروع می‌شد؛ چرا که عبارت «دولت مکلف است به منظور پیشگیری از ارتکاب قاچاق...» نشان‌گر این است که تدابیر پیشگیرانه از این ماده شروع شده‌اند.
2. Tilley, Nick, Crime Prevention and System Design, Handbook Of Crime Prevention and Community Safety, Willan, 2005, pp. 286-7.
3. Pickering, Sharon; and Leanne Weber, "Borders, Mobility and Technologies of Control", In: Pickering, Sharon; and Leanne Weber (eds), Borders, Mobility and Technologies of Control, Dordrecht, Springer Netherlands, 2006, p. 9.

نظرارتی سعی در سخت کردن دسترسی به آماج، افزایش خطر ارتکاب و در نهایت فرصت زدایی از بزهکاران بالقوه دارد. در واقع، اگر کاهش بیکاری امری مشکل باشد، در عوض تأثیرگذاری بر اوضاع و احوال مادی تشکیلدهنده فرصت های بزهکاری امکان پذیر است.<sup>۱</sup> پس می توان از گذر اقدامات موقعیت مدار از وقوع جرایم پیشگیری نمود. این برنامه ها تا همین اواخر بر پایه تدبیر سنتری اجرایی می شد. اما در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و بهویژه در تبصره ۳ ماده ۵ و همچنین ماده ۶ این قانون تدبیر موقعیت مدار مبتنی بر به کار گیری فناوری های مختلف تبلور پیدا کرده است. این تدبیر ایجاد کننده سامانه جامع شناسایی و مبارزه با کالای قاچاق هستند. جهت طراحی برنامه عملی برای فرآیند پیشگیری از وقوع جرم ابتدا باید خطر و تهدیدات آن جرم شناسایی شود.<sup>۲</sup> شناسایی پدیده قاچاق کالا نیز از این امر مستثنی نبوده و با توجه به گستردگی و پیچیدگی آن در سطح کشور نیازمند ایجاد سامانه های مختلفی جهت پیشگیری و مبارزه با این پدیده هستیم. از این رو باید سامانه ای با همکاری دستگاه های مختلف با قدرت شناسایی بالا ایجاد گردد. این سامانه بر کلیه فرآیندهای تجارت کشور نظارت خواهد داشت. کلیه آمار و اطلاعات نظام پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا از قبیل اسامی بزهکاران، تجار، کالاهای و انبارها در این سامانه تجمعی می شود. با توجه به بررسی های نگارندها، به نظر می رسد چنین سامانه ای تاکنون جهت پیشگیری از هیچ یک از جرایم کشور تهیه نشده بود. لذا با توجه به آثار مخرب قاچاق کالا که پیش از این بدان اشاره شد و همچنین به دلیل اینکه از گذشته این بیم وجود داشته که بسیاری از اطلاعات به دلیل عدم تجمعی و یکپارچه بودن آنها به کار گرفته نمی شوند، راه اندازی این سامانه در تبصره ۳ ماده ۵ پیش بینی شده است. در ماده ۶ نیز به منظور تجمعی داده ها و یکپارچه سازی اطلاعات مربوط به سامانه مذکور در تبصره ۳ ماده ۵ تدبیری اندیشیده است. هر چند عنوان اتخاذی برای این سامانه، عنوانی تهاجمی است، اما تدبیر آن عمدهاً مبتنی بر پیشگیری موقعیت مدار است. البته انتخاب این عنوان شاید به این دلیل باشد که، در زمان ارائه لایحه، ادبیات پیشگیرانه بر آن حاکم نبود و پس از اتخاذ تصمیم درخصوص قرار دادن فصل جداگانه جهت پیشگیری از وقوع جرم، ادبیات قانون تغییر پیدا نکرده است.

از آنجا که میزان شناسایی سامانه، نشانگر دقت و صحت آن است، بایستی جهت بررسی تحقق اهداف طرح و بهویژه میزان کارآیی آن، آمار شناسایی در یک مرکز

۱. بچر، ڙان لوک؛ و نیکلا کلوز، «جرائم اقتصادي و كنترل آن»، ترجمه شهرام ابراهيمى، مجله حقوقى دادگستری، شماره ۱۳۸۶/۶۱، صص. ۱۴۰-۱۴۱.

۲. خانعلی پور و اجارگاه، سکينه، پیشگیری فني از جرم، نشر ميزان، ۱۳۹۰، ص. ۱۹.

گرداوری شود. توضیح اینکه، اطلاعات سامانه‌های جزئی پیش‌بینی شده در قانون، به سامانه جامع تری با عنوان «سامانه شناسایی و مبارزه با کالای قاچاق» انتقال داده خواهد شد. سپس در این سامانه، اطلاعات اخذشده از دیگر واحدها تجمیع و یکپارچه می‌شود. از این طریق نقاط آسیب پذیر و دارای نرخ بالای وقوع جرم، مجرمین پرخطر و ... با سهولت بیشتری شناسایی شده و افرون بر تسهیل روابط تجاری، رقم سیاه جرایم نیز پایین می‌آید. به نظر می‌رسد که سامانه‌های مورد نیاز برای پیشگیری از قاچاق کالا و ارز محدود به سامانه‌های معرفی شده در قانون و متن این اثر نمی‌باشد. لذا می‌توان با استنباط از ماده ۵ قانون مورد بحث، سامانه‌های دیگری را نیز جهت سلب فرصت‌های بزهکاری راهاندازی نمود. در ادامه با الهام از طبقه‌بندی‌های مختلف پیشگیری موقعیت‌مدار،<sup>۱</sup> به بررسی آن دسته از تدبیر ماده ۶ که در راستای اهداف سامانه فوق پیش‌بینی شده‌اند در دو گفتار تدبیر دشوارکننده ارتکاب جرم<sup>۲</sup> و تدبیر خطرافزا<sup>۳</sup> می‌پردازیم.

## ۱-۱. تدبیر دشوارکننده

### ۱-۱-۱. پیشگیری وضعی از طریق یکپارچه‌سازی و نظارت بر فرآیند تجارت

عملکرد جزیره‌ای در حوزه‌های مختلف تجاری موجب ایجاد شکاف‌هایی در نظارت بر فرآیند تجاری می‌شود. یکپارچه‌سازی فرآیند تجاری<sup>۴</sup> با ایجاد نوعی پیوند میان اطلاعات حوزه‌های مختلف از گذر گرداوری آنها این شکاف‌ها را برطرف کند. این امر به ما اطمینان می‌دهد که همه فعالیت‌های تجارت الکترونیکی با فرآیند تجاری یکپارچه خواهند شد، چرا که با اطلاعات موجود در سایر پایگاه‌های داده ما به روزرسانی می‌شوند.<sup>۵</sup> بدین‌سان از گذر یکپارچه شدن اطلاعات می‌توان به داده‌های سایر بخش‌ها دسترسی داشت و بر آنها نظارت نمود؛ زیرا رؤیت پذیری تخلفات حوزه تجارت با توجه به ماهیت آنها عمده‌ای پایین است، از این رو نظارت الکترونیکی بر فرآیند تجاری جهت

۱. در این خصوص؛ ر.ک. ابراهیمی، شهرام، جرم‌شناسی پیشگیری، نشر میزان، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۱.

ایرادی که به این طبقه‌بندی‌ها وارد است، بحث همپوشانی برخی از این دسته‌ها با دسته‌های دیگر است. به طور مثال، ممکن است راهکاری از پک سو موجب افزایش خطر ارتکاب جرم شود و از سوی دیگر هزینه‌های ارتکاب را بالا برده یا موجب دشوارسازی ارتکاب جرم شود. لذا به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از طبقه‌بندی‌ها بینقص نباشد.

2. Commitment hardening
3. Increase the risk
4. Business process integration
5. O'Brien, James, Management Information Systems, 10th edition, New York, McGraw-Hill/Irwin, 2011, p. 373.

پیشگیری از تخلفات این حوزه ضروری است. افزون بر این، از طریق این سامانه می‌توان در پیشبرد اهداف تجاری نیز از اطلاعات یکپارچه شده بهره‌مند شد.

هرچند امروزه یکپارچه‌سازی اطلاعات از ملزومات اصلی در روابط سازمان‌هاست اما نباید مشکلات عملی تحقق یکپارچه‌سازی فرآیند تجاری را نادیده گرفت. حتی عده‌ای در تحقق این هدف تردید داشته‌اند. به‌طور مثال در سال ۲۰۰۶ جیل کریبت و همکارش در مقاله «آیا یکپارچه شدن فرآیند تجاری امکان پذیر است؟» به امکان عملیاتی شدن این راهکار پرداخته‌اند. البته آنها در نهایت به این باور رسیدند که مطالعه موردي صورت گرفته نشانگر امکان تحقق یکپارچه شدن فرآیند تجاری را با کمک سایر عوامل تأیید می‌کند.<sup>۱</sup> البته تردیدهایی نیز داشتند. امروزه یکپارچه‌سازی در کشورهای دیگر نیز اجرا می‌شود. به‌طور مثال، در کشور اسلوونی، با توجه به مشکلات عملی در پیشگیری جرم، از جمله پیش‌بینی اقدامات پیشگیرانه مبتنی بر شفاف‌سازی، برای محدود کردن فرست فساد، قانونی<sup>۲</sup> در سال ۲۰۱۰ به تصویب رسیده است.<sup>۳</sup>

رقم سیاه بالای تخلفات حوزه تجارت نشان می‌دهد که فرآیند تجاری سنتی ایران و نظارت بر آن دارای شکاف‌هایی است که بروز تخلفات تجاری را می‌سوز می‌سازد. از این رو مطابق بند الف ماده ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، وزارت صنعت، معدن و تجارت موظف شد با همکاری ستاد و گمرک جمهوری اسلامی ایران و سایر دستگاه‌های ذی‌ربط سامانه نرم‌افزاری جامع یکپارچه‌سازی و نظارت بر فرآیند تجارت را راه‌اندازی نماید. البته در گمرک ایران، پیش از این توسط سامانه آسیکودا<sup>۴</sup> به فرآیندهای تجاری گمرک نظارت می‌شد. با وجود تلاش‌های انجام‌شده، ضعف و ناپایداری در زیرساخت‌های ارتباطی از یک طرف و پیاده‌سازی سیستم‌های نرم‌افزاری جزیره‌ای و غیریکپارچه در گمرک ایران از سوی دیگر موجب شده است که این سازمان در این زمینه با وضع مطلوب فاصله نسبتاً زیادی داشته باشد.<sup>۵</sup> افزون بر این، فرآیند تجاری کشور در گمرک خلاصه نمی‌شود و بر سایر بخش‌های تجاری نیز باید نظارت

1. Themistocleous, Marinos; and Gail Corbitt, "Is Business Process Integration Feasible?", Journal Of Enterprise Information Management, Vol. 19, Issue 4, 2006, pp. 434-49.

2. Integrity and Prevention of Corruption Act

3. Mesko, Gorazd; Dobovsek, Bojan; and Branko Azman, "Prevention of Corruption: Slovenian Perspective", In: Caneppele, Stefano; and Francesco Calderoni, Organized Crime, Corruption and Crime Prevention, Springer International Publishing, 2014, p. 147.

4. Automated System for Customs Data

5. سلاجمه، سعادت، بررسی رویکرد پیشگیری از جرم در قوانین امور گمرکی با تأکید بر قانون جدید امور گمرکی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز ( واحد بین‌الملل)، ۱۳۹۱، صص. ۲۴-۲۵.

شود. زیرا در غیر این صورت سلب فرصت های بزهکاری در یک منطقه از کشور بیم جابجایی بزهکاری را در پی خواهد داشت. از این رو نیازمند طراحی سامانه جامعی هستیم که بر کلیه فرآیندهای تجاری - داخل و خارج از گمرک- نظارت داشته باشد. به همین دلیل متولی اصلی طراحی این سامانه وزارت صنعت، معدن و تجارت به عنوان رهبر اصلی امور تجاری کشور تعیین شده است. این در حالی است که ترکیه در راستای تحول ساختار اداری گمرک، طرح نوین سازی موسوم به گامسیس<sup>۱</sup> را با حمایت مالی بانک جهانی آغاز کرده است. هدف از این طرح جلوگیری از ورود غیرقانونی کالا به ترکیه و پیشگیری از تقلب در بیان ارزش و مقدار کالاهای قیدشده در اظهارنامه گمرکی می باشد؛ با استقرار این سامانه در گمرک تعداد کشفیات کالای قاچاق به شدت افزایش پیدا کرده است.<sup>۲</sup> بدین سان در ایران نیز می توان انتظار داشت که از گذر تدابیری نظیر یکپارچه سازی و مدیریت صحیح آنها، فرصت های موجود در حفره های فرآیند تجارت پوشش داده شده و با دشوارسازی فعالیت بزهکاران بالقوه، از وقوع جرایم پیشگیری کرد.

## ۲-۱-۱. پیشگیری موقعیت مدار از گذر الکترونیکی نمودن اسناد

در عصر حاضر با گسترش استفاده از رایانه و اینترنت، حذف اسناد کاغذی و قدم نهادن در راه ایجاد روابط اداری عاری از کاغذ<sup>۳</sup> در دستگاههای مختلفی چون بیمارستان ها، ادارات مالیات، گمرک و ... که با کاغذ سر و کار بیشتری دارند از اقبال بیشتری برخوردار شده است. هنگامی که کاغذ را با فناوری های نوین مقایسه می کنیم، مشاهده می کنیم که گاهی اوقات پرهزینه تر و با کارآیی کمتر نسبت به آنهاست.<sup>۴</sup> افزون بر این، مقایسه روابط مبتنی بر کاغذ با فناوری های نوین نشانگر بالاتر بودن هزینه های سیستم کاغذی است. با این توضیح که هزینه های تحويل اسناد کاغذی، ذخیره سازی، بازیابی و سایر هزینه های مستقیم استفاده از کاغذ، در مقابل سامانه های الکترونیکی بیشتر است. نگرانی نسبت به جعل اسناد کاغذی نیز از سایر معضلات به کارگیری این ابزار است. جعل اسناد کاغذی از دسته جرایمی است که به راحتی قابل کشف نیست. این رفتار که دارای رقم سیاه کشف بالایی است، بستر ساز جرایم متعددی از قبیل رشا،

### 1. GUMSIS

۲. فصیحی، حبیب‌الله؛ و چمشید منصور قناعی، بررسی وضعیت قاچاق کالا در ایران و چند کشور متناظر، جلد دوم؛ ترکیه، ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، معاونت پژوهش و آمار و اطلاعات، ۱۳۸۸، ص. ۱۶.

### 3. Paperless

4. Sellen, Abigail, The Myth of the Paperless Office, Massachusetts, MIT Press, 2002, p. 25.

ارتشا و اختلاس و در پی آنها قاچاق کالا می باشد. نگرانی دولت ها نسبت به امور فوق موجب روى آوردن به استفاده از استناد الکترونیکی شده است؛ لذا حذف روابط مبتنی بر کاغذ و اشاعه دولت الکترونیک امروزه حالت فراگیری در دنیا به خود گرفته است. شاید در ابتدا این امر به ذهن خطور کند که الکترونیکی نمودن استناد از طریق اسکن آنها صورت می گیرد، اما این اقدام بدینهی از سوی مقنن بسیار بعيد است. بلکه منظور مقنن از الکترونیکی نمودن استناد این است که استناد دست نویس دیگر ایجاد نشود. به طور مثال، سند در رایانه تایپ شود و سپس به صورت برخط به سامانه مرکزی ارسال گردد و سامانه، در پاسخ به این درخواست، شناسهای را به آن سند اختصاص دهد.

در مورد ارائه راهکارهای الکترونیک کردن اسناد گمرکی تلاش های زیادی شده است. در سال های اخیر محققان یک شرکت بین المللی حمل و نقل و پست محموله<sup>۱</sup> به یافته جدیدی در این زمینه دست پیدا کرده اند. دنیس مک و همکارانش معتقدند، اختراعی داشته اند که هزینه و زمان حمل و نقل را کاهش خواهد داد. البته آنها پیش شرطی را جهت موفقیت طرح خود مطرح کرده اند. به نظر آنها باید توجه داشت که کشور موردنظر، اسناد گمرکی غیر کاغذی را قبول کند. اگر چنین شد، انواع مأموریت ها و اقداماتی که فرآیند حمل و نقل بین المللی را به سوی ساده سازی سوق می دهد، فراهم نماید<sup>۲</sup> تا بتوان به اهداف طرح دست یافت. از این رو می توان به اسناد و مدارک گمرکی از طریق انتقال داده بر روی شبکه یا الصاق برچسب RFID و ذخیره اطلاعات در آن به راحتی دسترسی پیدا کرد. البته این طرح محدود به اسناد گمرکی نمی شود. بلکه اسنادی از قبیل حمل و نقل کالا در داخل کشور نیز باید الکترونیکی شوند. بنابراین از طریق الکترونیکی نمودن اسناد شاهد شفافیت فعالیت ها و سلب فرست از بزهکاران خواهیم بود. در همین راستا، مؤسسه ملی آمار بلغارستان، یک پایگاه ثبت اداری فرآگیر ایجاد کرده که شماره شناسایی منحصر به فرد این پایگاه<sup>۳</sup> در سایر پایگاه های ثبتی نظیر پایگاه ثبت مالیات و پایگاه ثبت سفارش، نیز مود استفاده قرار می گردد.<sup>۴</sup>

در ایران نیز گام‌هایی به سویی الکترونیک‌شدن روابط اداری برداشته شده است. این اقدام پیش از این در بند ۴ از فصل هفتم پیوست کلی قانون الحق دلت جمهوری

- United Parcel Service Of America, Inc.
  - Mack, Dennis; Johnson, Joe; and Paul Reithmeier, Method and Computer Program Product for Providing Paperless Customs Documentation, US Patent 20080255863 A1, 2008.
  - BULSTAT

استانوف، جی، «تشکیل و توسعه پایگاه ثبت اداری بلغارستان»، ترجمه مهندز دردیمنش، بررسی‌های آمار سهم ابان، شماره ۱۴، ۱۳۸۳، ص ۴۳-۴۷.

اسلامی ایران به کنوانسیون تجدیدنظرشده کیوتو در مورد ساده و هماهنگ سازی تشریفات گمرکی، مصوب ۱۳۸۹، برای ایران پیش بینی شده است. مطابق این بند، موادر زیر در متون جدید یا تجدیدنظرشده قوانین ملی پیش بینی خواهد شد:

«- روش‌های تجارت الکترونیک به عنوان جایگزینی برای الزامات اسنادی مبتنی بر کاغذ؛ - روش‌های تأیید مبتنی بر مکاتبات کاغذی و نیز الکترونیکی؛ - محق بودن گمرک بهأخذ اطلاعات جهت استفاده درون‌سازمانی و، در صورت اقتضاء، مبالغه اینگونه اطلاعات با دیگر گمرکات و تمامی دیگر طرف‌های قانونی مجاز شده از طریق فنون تجارت الکترونیکی.».

الزامات فوق عمده‌تاً با هدف پیشگیری از استفاده مکرر از اسناد خلاف واقع وضع شده‌اند. استفاده از این اسناد از جمله مولدهای فرصت‌هایی است که بر تن کالای قاچاق، لباس کالای مجاز می‌پوشاند. به‌طور مثال از طریق اسناد اصلی، کالا وارد کشور می‌شود، اما شواهد استفاده از این سند یا به وجود نمی‌آید و یا از بین می‌رود. سپس این اسناد در رابطه با امر دیگری مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد.

با توجه به این مراتب، در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تدبیر مختلفی برای مقابله با استفاده از اسناد خلاف واقع، هم در بعد کیفری و هم در بعد غیرکیفری، اتخاذ شده است. مطابق بند پ ماده ۲، اظهار کالا به گمرک با ارائه اسناد و یا مجوزهای جعلی قاچاق محسوب شده است. افزون بر این، افزایش نرخ ارتکاب جعل، استفاده از اسناد گمرکی مجعل از یکسو و میزان بازدارندگی پایین ابزارهای پیشین زرادخانه کیفری از سوی دیگر، منجر به افزایش مجازات مرتكبان در ماده ۳۳ قانون پیش گفته گردید. لذا مطابق این ماده، مرتکب جعل و استفاده از اسناد مجعل اشاره شده، حسب مورد علاوه‌بر مجازات حبس مذکور در قانون مجازات اسلامی به جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر ارزش کالای موضوع اسناد مجعل محکوم می‌شود.

یکی از رفتارهایی که طی چندسال اخیر با خلاً ابزار کیفری لازم، رواج دارد، خرید و فروش و استفاده مکرر از اسناد اصلی گمرکی می‌باشد. جهت برخورد با این مرتكبان، مفنن در تبصره ماده ۳۳ مقرر داشته است: «خرید و فروش اسناد اصلی گمرکی که قبلًا در ترخیص کالا استفاده شده است و همچنین استفاده مکرر از آن اسناد، جرم محسوب و مرتکب به مجازات فوق محکوم می‌شود.» عبارت اخیر این تبصره در خصوص میزان مجازات مرتکب ابهام دارد. به نظر می‌رسد منظور مفنن، «محکومیت به جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر ارزش کالای موضوع اسناد» می‌باشد. همچنین در خصوص ویژگی مرتكبان، شایان ذکر است، با توجه به استفاده واژه عام

«هرکس» در ابتدای ماده، کلیه اشخاص، اعم از کارمندان و افراد عادی مشمول ماده و تبصره آن قرار می‌گیرند.<sup>۱</sup>

در کنار تدابیر کیفری فوق، مقتن به الکترونیک کردن روابط اداری، بهخصوص اسناد، توجه ویژه‌ای مبدول داشته است؛ چرا که راهکار خرمدانه، اتخاذ پیشگیری غیرکیفری، قبل از پیشگیری کیفری است. با سلب فرصت ارتکاب جرم از بزهکار بالقوه، نیازی به توسل به ابزارهای زرادخانه کیفری نیست. مطابق بند ب ماده ۶ قانون، وزارت‌خانه‌های امور اقتصادی و دارایی و راه و شهرسازی موظف شده‌اند کلیه اسناد ورود، صدور، عبور، حمل و نقل و نظایر آن را الکترونیک نمایند. عبارت «کلیه» در قسمت اخیر بند فوق، نشانگر این است که موارد اشاره شده به صورت حصری نبوده و سایر اسناد نیز بایستی الکترونیک شوند. این اقدام با افزایش تلاش بزهکار و کاهش دسترسی به آماج‌های جرم می‌تواند کاهش نرخ وقوع جعل در اسناد مذکور را در پی داشته باشد.<sup>۲</sup> البته پیش‌تر، گمرک در ماده ۹ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۹۰، موظف به فراهم‌ساختن امکانات به کارگیری فناوری اطلاعات و ارتباطات و همچنین، وزارت امور اقتصادی و دارایی در تبصره ماده ۹، موظف به تصویب آیین‌نامه گمرک الکترونیک (ظرف شش ماه از تاریخ تصویب این قانون) شده بود. این درحالی است که پس از گذشت چند سال از تصویب قانون امور گمرکی، هنوز آیین‌نامه فوق، تصویب و انتشار نیافته است.

## ۱-۲. تدابیر خطرافزا

### ۱-۲-۱. پیشگیری وضعی از طریق تجهیز مبادی ورودی و خروجی و مسیرها

ایران به دلیل گستردگی مرزهای خود، همواره با تهدیدات مرزی مواجه بوده است.<sup>۳</sup> موقعیت جغرافیایی کشور که هزاران کیلومتر مرزهای آبی و زمینی مشترک و همچوar با کشورهای قاچاق خیز نظیر امارات، عراق و ترکیه را در پی دارد از یک سو و

۱. گفتنی است، در مواد ۷۰ و ۱۴۳ قانون امور گمرکی نیز با هدف مقابله با استفاده از این اسناد تدابیری اندیشه شده است.

۲. در همین راستا ر.ک. شیخ‌الاسلامی، عباس، تعامل سازوکارهای اداری و قضایی در زمینه پیشگیری از جرم جعل اسناد دولتی، مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیشگیری از جرم (رویکرد چندنهادی به پیشگیری از وقوع جرم)، معاونت آموزش ناجا، ۱۳۸۸، صص. ۲۵۳-۲۳۷.

۳. این درحالی که کشورهای آمریکا و کانادا با وجود ۴۰۰۰ مایل طول مرزی، بیشترین مرز بدون محافظ را در جهان دارند. ر.ک.

- Prokop, Darren, "Smart and Safe Borders: The Logistics of Inbound Cargo Security", The International Journal of Logistics Management, Vol. 15, Issue 2, 2004, p. 65.

تضاد منافع بیشتر کشورهای همسایه در برخورد با قاچاق کالا، از سوی دیگر، فعالیت قاچاق را در کشور را گسترش داده است.<sup>۱</sup> لذا جرایم مرزی نظیر قاچاق مواد مخدر و قاچاق انسان نیز می‌تواند موضوع آن قرار گیرد.<sup>۲</sup> از جمله این اقدامات، نظارت و کنترل می‌باشد.<sup>۳</sup> مطابق بند ۳ ماده ۳ قانون امور گمرکی، مصوب ۱۳۹۰، بارسی از واحدهای اجرایی گمرکی و نظارت بر عملکرد آنها و ساماندهی کمی و کیفی مبادی ورودی و خروجی از جمله وظایف و اختیارات گمرک می‌باشد.

ناکافی بودن نظارت بر مرزها از جمله علل وقوع قاچاق است<sup>۴</sup> زیرا ناکافی بودن نظارت، سهولت دسترسی به آماج جرم را افزایش می‌دهد. بنابراین بایستی تدبیری اندیشید که بتوان از گذر آنها نظارت بیشتری بر مبادی داشت. افزایش قابل توجه عبور و مرور مرزی در طول پنجاه سال گذشته، و اخیراً ترس از تروریسم، دولت‌ها را وادار کرده است تا روش‌های کنترل مرزی نوینی را طراحی کنند و زمان انتظار و توقف را کاهش دهند<sup>۵</sup>

تا از گذر تدبیر پیشگیری موقعیت مدار و با افزایش خطر، فرصت ارتکاب جرم از بزهکار بالقوه سلب گردد. این اقدامات افزون بر پیشگیری از قاچاق کالا، بر پیشگیری از انواع دیگر قاچاق (قاچاق انسان، قاچاق مواد مخدر و ...) نیز می‌تواند تأثیرگذار باشد.

البته در ایران طی سال‌های اخیر تدبیر مختلفی اتخاذ شده است. بخشی از این اقدامات تحت آیین‌نامه و بخشی دیگر تحت قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی تدوین شده است. به طور مثال، پیش از تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مطابق ماده ۶ آیین‌نامه روان‌سازی و سلامت ترانزیت خارجی کالا از کشور، مصوب ۱۳۸۸، مقرر گردیده بود که سازمان راهداری و حمل و نقل جاده‌ای مسیرهای ترانزیتی را به نیروی انتظامی اعلام کند تا در مسیرهای مذکور نظارت لازم را بر کامیون‌های حامل کالاهای ترانزیتی به عمل آورده و در صورت انحراف کامیون‌ها از مسیر، ضمن هدایت آنها به مسیرهای تعیین شده، مراتب را به سازمان راهداری و حمل و نقل جاده‌ای اعلام نماید. همچنین مقتن در ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۹۰، کالایی که از مسیر غیرمجاز یا بدون انجام تشریفات گمرکی به قلمرو گمرکی وارد یا از آن خارج

۱. سیف، الهماد، قاچاق کالا در ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۷، ص. ۵۶.  
2. Lab, Steven, Crime Prevention: Approaches, Practices and Evaluations, 8th edition, Massachusetts, Waltham, 2014, p. 234.

۳. کنترل مرزها از طریق سه راهبرد اساسی صورت می‌گیرد: راهبرد تهدیدمحور، راهبرد فرصت محور و راهبرد تلقیقی.  
4. Unal, Mehmet, Application of Situational Crime Prevention to Cross-Border Heroin Trafficking in Turkey, University of Cincinnati Ph. D. Thesis, 2009, p. 82.  
5. McLinden, et al (Eds.), Border Management Modernization, Washington, D.C., World Bank, 2011, p. 43.

گردد و کالایی که بدون انجام تشریفات گمرکی یا از مسیرهای غیرمجاز وارد کشور شود و در داخل کشور کشف گردد را قاچاق محسوب کرده است.

ناکافی بودن اقدامات پیشین، نظیر جرم انگاری رفتارهای پیش گفته و نیز قانون مند بودن برنامه های پیشگیری غیرکیفری، منجر به تصویب تدبیر قانونی جدید شد. از سوی دیگر، توصل به فناوری های نوین در کنترل مرزها امر اجتناب ناپذیر می باشد. تحقیقات صورت گرفته در مرز ایران و افغانستان نشانگر این است که استفاده از روش های الکترونیک عامل تأثیرگذاری در کنترل مرزها خواهد بود.<sup>۱</sup>

بدین سان مطابق بند ب ماده ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، با هدف کاهش توقف ها و افزایش دقت در کنترل و بازرگانی کالا، وزارت خانه های امور اقتصادی و دارایی و راه و شهرسازی موظف شدند مبادی و خروجی و مسیرهای حمل و نقل را به امکانات فنی مناسب تجهیز نمایند. از جمله امکانات فنی لازم جهت کنترل کالا در مبادی، دروازه های ورود، سیستم های پویشگری<sup>۲</sup> نظیر اشعه ایکس و اشعه گاما می باشد. این ابزارها با افزایش رؤیت پذیری کالا در راستای پیشگیری از وقوع جرم به کار گرفته می شوند. افزون بر این، اثر دیگر استفاده از این فناوری ها، کاهش زمان توقف از گذر تسريع در امور ورود و خروج می باشد.

در همین راستا، مطابق قسمتی از ماده ۱۰ قانون پیش گفته، دستگاه های عضو ستاد علاوه بر وظایف ذاتی محله، موظف شدند که حسب مورد با هماهنگی ستاد در امر مبارزه با قاچاق کالا و ارز، نسبت به شناسایی و کاهش نقاط آسیب پذیر و نظارت های لازم بر مسیرهای ورود و حمل و نقل و مراکز نگهداری کالای قاچاق اقدام نمایند. البته این امر مشروط به عدم ممانعت از روند تجارت قانونی شده است.

نظارت بر مرزها در همه کشورها حائز اهمیت است. لذا با هدف مطالعه تطبیقی در مورد نظارت و کنترل مرزها به تدبیر کشور نیوزلند اشاره می شود. در نیوزلند، سامانه مدیریت مرزی مشترک جهت مدیریت مرزها<sup>۳</sup> راه اندازی شده است. این سامانه توسط گمرک و یکی از وزارت خانه های نیوزلند توسعه داده شده است. این سیستم مراحل مختلفی دارد که به مرور زمان فعال می گردد. مرحله اول آن شامل پنجره تجارت واحد است. گفته شده است که از این طریق فرآیند ورود و خروج کالا به کشور سریع تر و هوشمندتر انجام می شود. از این رو می توان بر مرزهای کشور به خوبی نظارت

۱. محمدی، حمیدرضا؛ و محمد غنجی، «چالش های ژئوپلیتیکی مواد مخدر در جنوب غرب آسیا (با تأکید بر ایران، پاکستان و افغانستان)»، فصلنامه ژئوپلیتیک، دوره ۲، شماره ۱، ۳۸۵، ص. ۱۷۶.

2. Scanning  
3. Joint Border Management System

کرد. این سیستم برای فعالان تجاری نیز سودمند است. از این طریق، فعالیت آنها تسربیع می‌شود که این امر می‌تواند کارآیی زنجیره تأمین را نیز افزایش دهد. با استفاده از فناوری‌های نظارت بر مبادی و مسیرها، به مرور زمان انتظار کاهش نرخ جرم می‌رود. البته در خصوص کارآمدی این ابزارها، برخی معتقدند که کشف نشدن تهدیدات و یا شناسایی نادر تهدیدات نشانگر ضعف این ابزارها است. ابزارهای نظارت بر مبادی و مسیرها، مانند نظارت ویدیویی ممکن است منجر به کاهش نرخ جرم شوند، ولی این نتایج، تنها درباره جرایم مشهود و رؤیت‌پذیر می‌ستر است. از سوی دیگر، برخی معتقدند این امر میزان بازدارندگی ابزارها را نشان می‌دهد و نه ضعف ابزارها را. لذا مدیران گمرک با اتکا بر اثر بازدارندگی، میزان کنترل فرائیگر پایگاه‌های مرزی را توجیه می‌کنند. اما غافل از اینکه راه‌های دیگری، غیر از راه‌های رسمی که تحت نظارت هستند، برای قاچاق کالا وجود دارد.<sup>۱</sup> پس این امکان وجود دارد که به هر نحو، کالای قاچاق از مبادی رسمی و غیر رسمی وارد کشور شود. بنابراین بایستی اقداماتی جهت نظارت بر مسیرها اعمال نمود. به عنوان مثال از طریق نصب دوربین در جاده‌ها، کنترل وسایل حمل و نقل از طریق ردیاب ماهواره‌ای و ... می‌توان از بروز اندیشه مجرمانه پیشگیری نمود.

بدین‌سان کنترل مبادی ورودی و خروجی و مسیرهای حمل و نقل به عنوان تدبیری مبتنی بر پیشگیری موقعیت مدار و از گذر افزایش میزان شناسایی و خطر ارتکاب جرم می‌تواند راهکار مناسبی در پیشگیری از تهدیدات مرزی، اعم از قاچاق کالا و جرایم مشابه آن باشد. هرچند همچنان فساد اداری می‌تواند کارآیی این تدبیر را کاهش دهد.

## ۲-۲-۱. پیشگیری موقعیت‌مدار از طریق نظام سنجش اعتبار

امروزه فراهم نمودن ابزارهایی جهت شناسایی و معرفی بازرگانان از لوازم اصلی تسهیل تجارت است. یکی از مهم‌ترین این ابزارها، رتبه‌بندی بازرگانان می‌باشد. البته رتبه‌بندی اعتباری در حوزه‌های مختلفی چون بورس، بیمه، بانک و سایر حوزه‌های مرتبط با تجارت در سطح داخلی و بین‌المللی نیز کاربرد دارد.

پیش از تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، اعتبارسنجی<sup>۲</sup> در نظام بانکی راه اندازی شده بود. آثار مثبت اعتبارسنجی در نظام بانکی و همچنین سامانه اتاق ایران موجب شد تا تلاش شود که از این امکان در سایر مراجع اقتصادی نیز بهره گرفته شود.

1. McLinden, et al, Op. cit., p. 71.  
2. Credit scoring

اما در این خصوص محدودیت هایی در زمینه مجوزهای قانونی برای گردآوری این اطلاعات وجود داشت؛ زیرا مطابق ماده ۵ قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی مصوب ۱۳۸۶، دولت مکلف بود تا این سامانه را در نظام بانکی راه اندازی نماید. بنابراین راه اندازی چنین امکانی در سایر مراجع ضروری نبود. لذا در بند ت ماده ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا، با هدف پیشگیری از بروز تخلفات و قاچاق کالا و ارز از طریق مدیریت صدور، تمدید و ابطال کارت بازارگانی، ایجاد سامانه یکپارچه اعتبارستجوی و رتبه بندی اعتباری برای تجارت داخلی و خارجی مقرر گردید. با توجه به وصف تجارتی این طرح، وزارت صنعت، معدن و تجارت موظف است با همکاری ستاد و اتاق بازارگانی و صنایع و معادن و کشاورزی ایران و اتاق تعاون مرکزی اقدام به ایجاد این سامانه نماید.

سئوالی که در این زمینه به ذهن متبادر می‌شود، این است که سامانه فوق چه کارکرد پیشگیرانه‌ای دارد. رتبه‌بندی اعتباری موجب شفافسازی اطلاعات بازارگانان خواهد بود. این سامانه کارکردهای مختلفی را در بر دارد. در زمینه پیشگیری، افزون بر پیشگیری از تخلفات و جرایم پولی و بانکی همچون پولشویی، در پیشگیری از قاچاق کالا نیز از گذر نظرات بر بازارگانان تأثیرگذار خواهد بود. لذا با پایش صورت گرفته از گذر سنجش اعتبار، فعالان بازارگانی فاقد اعتبار، نظیر بزهکاران نمی‌توانند از امکان صدور و تمدید کارت بازارگانی خود بهره بگیرند. همچنین در صورتی که اعتبار یک شخص به دلایلی مورد تأیید سامانه نباشد، امکان ابطال کارت وی وجود دارد. به طور مثال در صورتی که بازارگانی به موجب بند الف ماده ۶۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، با تعلیق موقت یا ابطال دائم کارت بازارگانی خویش مواجه شود، اعتبار وی در سامانه مورد تأیید قرار نخواهد گرفت. در حالی که پیش از این، فرق چندانی میان بازارگان متخلف و بزهکار با بازارگان مقید به قوانین و مقررات وجود نداشت. به عبارت دیگر، این سامانه اشخاص دارای اعتبار را به جامعه معرفی می‌کند تا فضای برای فعالیت بزهکاران و متخلفین بسته باشد. این امر موجب می‌شود که اولاً متخلفان و بزهکاران بالقوه در مقابل منفعت حاصله، یعنی معرفی ایشان به عنوان فردی معتبر، از ارتکاب رفتارهای نامشروع پرهیز کنند. ثانیاً افراد پاییند به قوانین و مقررات، جهت افزایش میزان اعتبار خویش، سعی در افزایش پاییندی خود به قوانین و مقررات داشته باشند.

شایان ذکر است که برای شناسایی این افراد می‌بایست ابزارهای فناورانه مورد استفاده قرار گیرد. امروزه ابزارهای متعددی برای شناسایی افراد طراحی گردیده است. انواع مختلف کارت‌های بازرگانی مبتنی بر ابزارهای زیست‌سنگی مورد استفاده قرار می‌گیرد. لذا پیشنهاد می‌شود از فناوری‌های نوین نظریه فناوری‌های مبتنی بر

زیست سنجی<sup>۱</sup> (شناسایی چهره و ...) در کنترل کارت بازرگانی استفاده شود تا امکان سوءاستفاده سایرین از کارت بازرگانی به حداقل ممکن برسد.

## ۲. چالش‌ها

برای اجرای برنامه‌های پیشگیری از جرم نیازمند ابزارهایی هستیم. این ابزارها پیش از این عمدتاً سنتی و فنی بودند. اما تدبیر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نشان می‌دهد که باید از فناوری‌ها در پیشگیری از جرایم بهره‌برداری نمود.<sup>۲</sup> البته این فناوری‌ها با چالش‌هایی مواجه‌اند که شناخت آنها در اجرایی شدن تدبیر مؤثر خواهد بود.

### ۱-۲. چالش‌های مدیریتی - اجرایی

یکی از چالش‌های اصلی در اجرای تدبیر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، بحث تصویب آیین‌نامه‌ها و تخصیص بودجه می‌باشد. با وجود مشکلات ساختاری موجود، تا زمان نگارش این سطور، هیچ یک از آیین‌نامه‌های تدبیر پیشگیرانه قانون تصویب نشده‌اند.<sup>۳</sup> این مشکل تنها برای قانون فوق نیست. بلکه اجرای تدبیر قانون امور گمرکی، مصوب ۱۳۹۰ نیز با مشکلاتی همراه است. مطابق ماده ۹ قانون امور گمرکی:

«گمرک موظف است امکانات به کارگیری فناوری اطلاعات و ارتباطات را با رعایت قوانین تجارت الکترونیک و مدیریت خدمات کشوری در اجرای وظایف خود فراهم آورد.

تبصره - وزارت امور اقتصادی و دارایی موظف است ظرف شش ماه از تاریخ تصویب این قانون آیین‌نامه گمرک الکترونیکی را با همکاری وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات تهیه کند و به تصویب هیأت وزیران برساند.»

پس از گذشت دو سال از تصویب این قانون، آیین‌نامه گمرک الکترونیک به تصویب هیأت وزیران نرسیده است.

#### 1. Biometric

۲. مطابق بند ۹ از فصل ششم پیوست کلی قانون الحق دلت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو در مورد ساده و هماهنگ‌سازی تشریفات گمرکی، مصوب ۱۳۸۹، گمرک به منظور گسترش اعمال کنترل‌های گمرکی باید از فناوری اطلاعات و تجارت الکترونیکی حداکثر بهره‌برداری را نماید.

۳. گفتنی است که به جز «آیین‌نامه جذب، انتصاب و پرداخت فوق العاده ویژه رؤسا و اعضای شعب سازمان تعزیرات حکومتی» هیچ یک از آیین‌نامه‌های قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مورد تصویب قرار نگرفته‌اند. این آیین‌نامه به استناد بند ب و تبصره ۱ مواد ۱۱ و ۷۶ قانون پیش‌گفته در آذرماه ۱۳۹۳ ابلاغ شده است.

در سال ۱۳۸۹ خرید هر دستگاه اشعه ایکس هزینه ای بالغ بر ۵ میلیارد تومان در پی داشته است.<sup>۱</sup> از این رو باید ردیف مستقلی در بودجه کشور برای خریداری تجهیزات در نظر گرفت. البته برای کاهش هزینه ها، در روابط میان مرزهای کشورهای همچو ایران و کم هزینه تری را اتخاذ نمود. بدین صورت که ضمن توافق با کشورهایی نظیر عراق، ترکیه، پاکستان و افغانستان از امکانات گمرکی هر کدام از کشورها، دیگری نیز بتواند استفاده کند. از آنجا که تهیه این امکانات نیازمند صرف بودجه هنگفتی است، پیشنهاد می شود به جای خرید دو دستگاه، یک دستگاه در بین مرز هر دو کشور نصب شود، به گونه ای که از هر دو طرف امکان نظارت بر بازرگانی وجود داشته باشد. در همین راستا، دو کشور لیبی و تونس توافق کرده اند تا یک دستگاه پوینده اشعه ایکس با امکان مشاهده هر دو طرف در محل اتصال مرز دو کشور نصب کنند؛ بنابراین هنگامی که کارمندان یکی از طرفین در حال بازرگانی است، طرف مقابل نیز تصویر را مشاهده می نماید.<sup>۲</sup> البته بایستی تدبیری جهت مقابله با سوءاستفاده احتمالی کارکنان طرف مقابل اندیشید. هر چند در کارآیی این روش نیز تردیدهایی وجود دارد.

در کنار مشکل زیرساخت ها، یکی دیگر از مشکلات موجود پس از تهیه طرح هایی در سطح ملی، امتناع دستگاه های دیگر در خصوص استفاده از آن سامانه است. لذا بایستی به مدیریت پیشگیری از جرم توجه داشت. از این رو جهت جلوگیری از بروز اختلافاتی از این قبیل، مطابق تبصره بند الف ماده ۶ کلیه دستگاه های مرتبط با تجارت خارجی موظف شدند با اجرا و بهره برداری از این سامانه به ارائه و تبادل اطلاعات از طریق آن اقدام نمایند. با توجه به عبارات تبصره به نظر می رسد که نهادهایی چون اتاق بازرگانی و اتاق تعاون نیز فعالیت هایی چون واردات، صادرات، توزیع کالاهای وارداتی و تبادل اطلاعات مالی فعالیت تجاری خود را باید از طریق این سامانه انجام دهند.

نکته دیگر اینکه، هر چه میزان تعامل و هماهنگی نهادها و کنش گران با یکدیگر عمیق تر و گسترده تر باشد، انتظار می رود که احتمال دستیابی به موفقیت در مدیریت آن نهاد نیز بیشتر شود. رسیدن به چنین تعاملی در پروژه هایی در سطح ملی، به دلیل مشارکت چندنهادی در پیشگیری از جرم می تواند کمی دشوار و چالش برانگیز باشد. از آنجا که در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، هر یک از قوای سه گانه نماینده ای دارد، مدیریت عملکرد ستاد امری ضروری می نماید. لذا به منظور هماهنگی و نظارت بر اجرای وظایف مربوط به پیشگیری از جرم، مطابق ماده ۴ قانون پیش گفته، ستاد می تواند

۱. گمرک ایران، «تأکید معاون پارلمانی رییس جمهور بر اصل هشتاد و پنجمی شدن لایحه امور گمرکی»، نشریه گمرک ایران، شماره ۵۳۷، ۱۳۸۹، ص. ۶

2. Ibid, p. 59.



حسب مورد کارگروه های کارشناسی از قبیل کارگروه پیشگیری از قاچاق کالا و ارز متشكل از نمایندگان دستگاه های عضو ستاد تشکیل دهد. مقتن در تبصره ۱ ماده ۴ قانون، به رویکرد بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی در زمینه واگذاری مسئولیت پیشگیری از جرم به قوه قضائیه توجه داشته است. چرا که نگاه ویژه قانون به تدابیر پیشگیری از جرم نیازمند اختصاص یک رهبر متخصص در پیشگیری از جرم به آن بود؛ تا این تدابیر، جنبه عملیاتی بهتری بپیدا کند. برای نیل به این هدف، معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه، در ستاد مرکزی صاحب کرسی ویژه ای شد. بدین ترتیب مطابق تبصره ۱ ماده ۴ قانون، معاونت مذکور مسئولیت کارگروه پیشگیری از قاچاق کالا و ارز را عهدهدار شد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. چالش حقوق بشری

افزون بر چالش های فوق، با چالش حقوق بشری نیز مواجه هستیم. پیشگیری از قاچاق کالا به عنوان یک جرم اقتصادی مبانی متعددی دارد. مطابق مبنای حقوق بشری این تدبیر، هر اندازه فساد و جرم اقتصادی کمتر ارتكاب یابد، گامی به سوی توسعه و برابری افراد و در نهایت نیل به حقوق بشر برداشته خواهد شد.<sup>۲</sup> حال آنکه برخی از اقدامات پیشگیرانه می تواند منجر به نقض حقوق بشر شود. در این صورت، برای حفظ حقوق بشر اقدام به نقض این حقوق کرده ایم.

استیون لب در چاپ ۲۰۱۴ کتاب خود بعد از بازشناسی پاسخ های رونالد کلارک به انتقادات مطرح شده نسبت به پیشگیری موقعیت مدار، یکی دیگر از ایرادات را از زبان وُن هیرش و دیگران مطرح می کند. ایشان معتقدند که برخی از شیوه های پیشگیری موقعیت مدار بیش از حد کنجدکارانه بوده و عملاً با ایفای نقش «برادر بزرگ» فعالیت سایرین را تحت نظر دارند.<sup>۳</sup> هرچند مردم حاضر به تسليم برخی آزادی های خود و نیز تحمل دردسرهایی برای خود (در زمینه های خاص) در برابر حفاظت از بزهده دیده شدن هستند؛ اما سوءظن نسبت به فناوری های نوین در خصوص رعایت آزادی های افراد، موجب سخت شدن افزایش پوشش نظارت دولتی می شود.<sup>۴</sup>

۱. مطابق ماده ۱۲ قانون امور گمرکی، مصوب ۱۳۹۰ «به منظور تسهیل و تسريع در انجام تشریفات گمرکی در مبادی ورودی و خروجی، نمایندگان وزارت خانه ها و سازمان های مسئول سایر کنترل ها موظفند تحت نظارت گمرک اقدام نمایند».

۲. توسیلیزاده، توران، پیشگیری از جرایم اقتصادی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۸۵

3. Lab, Op. cit., p. 227.

4. Clarke, Ronald, Seven Misconceptions of Situational Crime Prevention, In: Tilley, Nick (ed), Handbook of Crime Prevention and Community Safety, Cullompton, Devon, Willan Pub, 2005, p. 61.

تدابیری از قبیل بازرگانی در مبادی ورودی و خروجی، نصب ردیاب در خودرو و شناور و نصب برچسب شناسایی خودکار بر کالا اطلاعات اشخاص زیادی را گردآوری می‌کنند. بنابراین نیازمند اتخاذ تدابیری هستیم که با تعریف به حریم خصوصی افراد و افشای اطلاعات آنها مقابله کند؛ و گزنه ابزارهای پیشگیری از وقوع جرم در عمل به پوششی برای کنترل افراد تبدیل خواهد شد و نتیجه طبیعی این عمل تعریف به حریم خصوصی<sup>۱</sup> افراد، انتقال احساس نامنی مصنوعی به شهروندان و کاهش مشارکت آنان در برنامه‌های پیشگیرانه خواهد بود.<sup>۲</sup> نگرانی‌های فوق از جمله دلایلی بود که موجب شد تبصره ۱ ماده ۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تصویب گردد. مطابق این تبصره «هرگونه دسترسی غیرمجاز به اطلاعات سامانه‌های راه اندازی شده به موجب این قانون و افشای اطلاعات آنها جرم است و مرتكب به مجازات از شش ماه تا دو سال حبس محکوم می‌شود» این تبصره دو عمل را جرم دانسته است. اول، دسترسی غیرمجاز به اطلاعات سامانه‌های راه اندازی شده و دوم، افشای اطلاعات آنها. بنابراین حتی اشخاصی که دارای حق دسترسی به سامانه هستند نیز مشمول قسمت اخیر تبصره قرار می‌گیرند.

### ۳-۲. چالش‌های فنی - کاربردی

علاوه بر چالش‌های اداری، بودجه‌ای و حقوق بشري، خود این ابزارها دارای محدودیت‌های کارکردی هستند. به طور مثال، دستگاه اشعه ایکس و گاما ایرادهایی در شناسایی دارند. افزون بر هزینه بالای این دستگاه‌ها، نداشتن توانایی کشف همه تهدیدات و نداشتن توانایی تفکیک بین محموله‌های انبوه و متراکم از جمله ایرادات این دستگاه‌هاست. حتی گفته شده است که همه این دستگاه‌ها در شناسایی تهدیدات زیستی با مشکلاتی مواجه هستند.<sup>۳</sup> لذا کارآیی لازم جهت پیشگیری از قاچاق این نوع تهدیدات را نخواهند داشت.

۱. پژوهشگران متعددی حریم خصوصی را از یک بعد تعریف کرده‌اند. مطابق یکی از این تعاریف، حریم خصوصی «قلمروی از اطلاعات و متعلقات هر فرد است که آن فرد نوعاً یا با اعلام قبلی به نحو معقولی انتظار عدم دسترسی دیگران به اطلاعات مربوط به آن و مصنوبیت از ورود، نگاه و نظارت دیگران و یا هرگونه تعرض نسبت به آن قلمرو را دارد». ر. ک. محسنی، فرید، حریم خصوصی اطلاعات؛ مطالعه کیفری در حقوق ایران، ایالات متحده آمریکا و فقه امامیه، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۸۹، ص. ۳۵.

۲. ابراهیمی، شهرام؛ و ابراهیم رجبی، «پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی و گستره محدودیت‌های آن»، آموزه‌های حقوق کیفری، شهرام ۱۳۸۹، ۱۰، ص. ۳۲.

3. Wulf, Luc de; and José Sokol (eds.), Customs Modernization Handbook, Washington D.C, World Bank, 2005, p. 277.

یکی از مشکلات موجود در رדיابی و سایل نقلیه، از کار انداختن دستگاه‌ها به صورت عمده است. اخیراً تصمیم گرفته شده است که به شرکت‌هایی که رانندگان آنها رדיاب را خراب می‌کنند، تسهیلات بیمه‌ای تعلق نگیرد. همچنین مقرر شده است بانک اطلاعات جی‌پی‌اس جهت استفاده در گمرکات سراسر کشور ایجاد شود و جی‌پی‌اس بروی کامیون‌های ورود موقت در گمرکات ورودی نصب شود تا از این اطلاعات در برنامه مدیریت ریسک مدیران گمرکات سراسر کشور بهره‌برداری شود.<sup>۱</sup>

نکته مهمی که بایستی در استفاده از ابزارهای رדיابی در نظر داشت، استفاده از رדיاب‌های نااشکار است. در آمریکا، کارکنان برخی از کشتی‌ها موقعیت یاب را غیرفعال می‌کردند؛ از این رو صاحبان کشتی‌های بالرزش از موقعیت یاب نااشکار استفاده کردند.<sup>۲</sup> در ایران نیز عده‌ای رדיاب‌ها از کار می‌اندازند. بنابراین باید به آشکار نبودن این امکانات و اتخاذ تدابیری در راستای از جلوگیری از غیرفعال‌سازی آنها توجه نمود.

محدودیت تبادل اطلاعات با ماهواره در مکان‌های بسته و تونل‌ها و ... از جمله ایرادات ابزارهای رדיابی است. همچنین ایرادات اساسی هم نسبت به ابزارهای شناسایی مطرح می‌شود. این که نمی‌توان از آنها انتظار زیادی داشت؛ چرا که صرفاً آن دسته از محتویاتی را شناسایی می‌کنند که یا وارد محل بازرگانی می‌شود و یا از آن خارج می‌شود.<sup>۳</sup> بنابراین در مکان‌هایی که به طور مثال با دستگاه خوانش‌گر رادیویی تجهیز نشده‌اند، استفاده از این برچسب فایده عملی نخواهد داشت.<sup>۴</sup>

#### ۴-۲. جایه‌جایی بزهکاری؛ چالشی پس از اجرای برنامه‌های پیشگیری از وقوع جرم

جایه‌جایی یکی از مشکلات پیشگیری موقعیت‌مدار جرم عنوان شده است. عده‌ای معتقدند که برخی از برنامه‌های پیشگیری از وقوع جرم بر روی مکان‌های خاصی متوجه می‌شوند. از این مکان‌ها عمدتاً با عنوان نقاط جرم خیز/پرتلاطم یاد می‌شود. اما

1. جهت مشاهده خبر ر.ک. <http://www.farsnews.com/newstext.php?nn=13930515001442>
2. Coughlin, John, Cargo Crime Security and Theft Prevention, Boca Raton, Taylor & Francis, 2013, p. 39.
3. Zhang, Sheldon, Smuggling and Trafficking in Human Beings: All Roads Lead to America. Westport, Praeger Publishers, 2007, p. 151.
4. به رغم امنیت بالای سامانه بازشناسی با امواج رادیویی (RFID)، ایرادات دیگری در بحث تصدیق اعتبار دارد. بررسی این بحث خارج از حوصله این نوشتار است. لذا جهت مطالعه بیشتر در خصوص مشکلات امنیتی این سامانه به ر.ک. عسگری رکن آبادی، زهرا، رویکردی جهت اعمال امنیت در دسترسی فیزیکی به مراکز داده مبتنی بر فناوری RFID، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده فنی دانشگاه پیام نور استان تهران، ۱۳۹۱.

شواهد متقنی مبنی بر جابه‌جایی فضایی جرم به مکان‌های دیگر دیده نشده است.<sup>۱</sup> مخالفان معتقدند اگر فرصت ارتکاب جرم در یک مکان از بین برود، مطابق فرآیند «جابه‌جایی»، مواردی چون زمان یا مکان ارتکاب جرم و یا حتی بزه‌دیده تغییر خواهد یافت. جابه‌جایی را در دسته‌های مختلفی تقسیم‌بندی کرده‌اند. مطابق یکی از این طبقه‌بندی‌ها، جرم در پنج طریق اصلی زیر در حال حرکت است:

الف- جابه‌جایی جغرافیایی: جرم می‌تواند از یک موقعیت به موقعیت دیگری منتقال یابد؛ ب- جابه‌جایی زمانی: جرم می‌تواند از یک زمان به زمان دیگری منتقال یابد؛ پ- جابه‌جایی آماج: جرم می‌تواند از یک آماج به آماج دیگری منتقال یابد؛ ت- جابه‌جایی راهبردی (تاتکتیکی): یک روش ارتکاب جرم می‌تواند جایگزین دیگر روش ارتکاب جرم شود؛ ث- جابه‌جایی نوع جرم: یک نوع از جرم می‌تواند جایگزین نوع دیگری شود.<sup>۲</sup> به طور مثال فردی که از طریق مبادی رسمی قصد قاچاق کالا داشته، از طریق مبادی کنترل نشده اقدام به قاچاق می‌کند؛ فردی که مبادرت به قاچاق تلویزیون می‌کرد، به قاچاق تلفن همراه دست خواهد زد و فردی که با استفاده از خودرو اقدام به قاچاق می‌نمود، با استفاده از حیواناتی نظیر شتر<sup>۳</sup> قاچاق خواهد کرد. تدبیر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز عمدتاً ناظر بر مبادی رسمی و گمرکی می‌باشد. در حالی که بزهکاران، بهویژه بزهکاران یقه سفید از راه‌هایی غیر از این مبادی جهت ارتکاب قاچاق کالا استفاده می‌کنند. البته هر چند ترس از جابه‌جایی نتیجه اجتناب‌ناپذیر پیشگیری موقعیت‌مدار است<sup>۴</sup> اما به نظر می‌رسد که در عمل، یافته‌های متقنی در خصوص تأیید این فرضیه در همه فروض یادشده وجود نداشته باشد. به اعتقاد برخی از جرم‌شناسان، این پدیده بیشتر در نظریه‌ها جای دارد تا در پژوهش‌هایی بر پایه شواهد عینی؛ مگر در موارد خاص و جابه‌جایی به صورت اندک. حتی در مواردی که جابه‌جایی واقع می‌شود، ممکن است جرم اصلاً واقع نشود.<sup>۵</sup>

1. Weisburd, David; Bernasco, Wim; and Gerben Bruinsma (eds), *Putting Crime in its Place: Units of Analysis in Geographic Criminology*, New York, Springer, 2009, p. 17.
2. فلسون، مارکوس؛ و رونالد وی کلارک، فرصت و بزهکاری: نگرشی کاربردی برای پیشگیری از بزهکاری، ترجمه محسن کلانتری و سمیه قلباش، زنجان، آذر کلک، ۱۳۸۹، ص. ۶۴.
3. گفتنی است که یکی از روش‌های قاچاق کالا، آموزش طی مسیر مشخص به حیواناتی نظیر شتر و استفاده از آن برای جابه‌جایی کالا می‌باشد.
4. Bullock, Karen; Clarke, Ronald; and Nick Tilley, *Situational Prevention of Organised Crimes*, Willan Pub, 2010, p. 5.
5. محمدنسل، غلامرضا، «أصول و مبانی نظریه فرصت جرم»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۷، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص. ۳۱۷.

## نتیجه‌گیری

امروزه گسترش گفتمان جرم‌شناسی و شاخه‌های کاربردی آن در تلفیق با پیشرفت فناوری موجب پیشرفت متقابل این دو علم شده است. فناوری برای پیشبرد پیشگیری از وقوع جرم توسعه می‌یابد و جرم‌شناسی پیشگیری با استفاده از ابزارهای مبتنی بر فناوری، در بی‌کاهش نرخ وقوع جرایم در سطح وسیع تری است. لذا باید از این پس ابزارهای پیشگیری موقعیت مدار را به ابزارهای سنتی، ابزارهای فنی و ابزارهای فناورانه دسته‌بندی نمود.

البته طرفداران پیشگیری اجتماعی معتقدند که انواع مختلف پیشگیری موقعیت‌مدار، مسکنی بیش نیست و لذا قادر به کنترل کامل جرم نمی‌باشد. از این رو پیشگیری موقعیت‌مدار نمی‌تواند مشکلات زیربنایی بزه و بزهکاری را حل کند؛ در حالی که باید به تدبیری نظیر آموزش، بهداشت، اشتغال توجه داشت که بتواند مشکلات ریشه‌ای بزه و بزهکاری و علل وقوع آن را از میان ببرد. بدین‌سان استفاده از ابزارهای فرست زدای پیشگیری از وقوع جرم صرفاً موجب جلوگیری از گذار از اندیشه به فعل خواهد شد. اما همچنان اندیشه‌های ارتکاب جرم در ذهن بزهکار بالقوه باقی خواهد ماند. از این رو وی به دنبال فرست‌هایی خواهد بود تا اندیشه نامشروع خویش را بروز دهد.

در سویی دیگر، شاهد پیشرفت تدبیر پیشگیری موقعیت‌مدار از جرم نیز هستیم. در مورد قاچاق کالا، پیش از این سخن از پیشگیری از قاچاق کالا با استفاده از تدبیر سنتی نظیر حفر خندق، نصب سیم خاردار، ایجاد حائل‌های مرزی، کنترل انسانی و کشیدن دیوار می‌شد. با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲، فصل دوم قانون، به پیشگیری از جرم اختصاص یافت. در این فصل مقتن با اتخاذ تدبیری که عمدتاً رویکردی موقعیت‌مدار دارند، در صدد پیشگیری از قاچاق کالا و ارز برآمده است. امروزه با اینکه لزوم اتخاذ تدبیر سنتی زیر سئوال نرفته، اما غلبه استفاده از ابزارهای فرست زدای مبتنی بر فناوری بیشتر شده است. لذا در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصوب ۱۳۹۲ نیز مشاهده می‌کنیم «پیشگیری وضعی فناورانه» بر سایر تدبیر پیشگیرانه وضعی به نحو محسوسی غلبه دارد. لذا مقتن از گذر برنامه‌هایی با کارکرد یکپارچه سازی اطلاعات، الکترونیکی کردن اسناد و نظارت فناورانه بر مبادی ورودی و خروجی و مسیرها در صدد پیشگیری از قاچاق کالا می‌باشد. بررسی تدبیر پیشگیرانه فوق نشان می‌دهد که این تدبیر عمدتاً بر پایه افزایش تلاش و افزایش خطر ارتکاب جرم قابل تحلیل هستند. هرچند این روش‌ها در برخی موارد هم پوشانی دارند و لذا امکان خلط هریک از تدبیر با دیگری وجود دارد.

---

تدابیر پیشگیرانه قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز عمدتاً ناظر بر پیشگیری از جرایم بزهکاران یقه‌آبی و بزهکاری‌های غیرسازمان یافته در منطقه خاصی از کشور می‌باشد؛ در حالی که، با وجود گستردگی قاچاق سازمان یافته کالا و همچنین فرصت‌های موجود برای یقه‌سفیدان، ایجاد تدابیر بیشتری ضروری می‌نماید. افزون بر این، تنوع تدابیر پیشگیرانه، وجود متولیان و کنش گران متعدد از یک سو و گستردگی شبکه قاچاق و طول مرز جغرافیایی کشور از سویی دیگر ایجاد نهاد مدیریتی یکپارچه‌ای را جهت پیشگیری از این جرم توجیه می‌نماید. در غیر این صورت، وجود تعارض در اقدامات کنش گران موجب ضعف یا شکست برنامه‌های پیشگیرانه خواهد شد و در نهایت، اقدامات صورت‌گرفته صرفاً منجر به تحمیل بار مالی، نتایج نامطلوب، اتلاف وقت و شکست سیاست‌هایی خواهد شد که چه بسا می‌توانست با مدیریت کارآمد و مبتنی بر اصول مدیریتی، نتایج پرثمری داشته باشد. از این رو جهت اجرای برنامه‌های پیشگیری از قاچاق کالا و ارز، با توجه به تجارب کسب شده، جهت عملیاتی شدن و فراتر از آن، جهت اثربخشی و کارآیی اقدامات، ضرورت وجود نهاد مدیریتی جامع و هدفمند با قدرت اجرایی بالا احساس می‌شود. هرچند ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز در حال حاضر این وظیفه را بر عهده دارد، اما گذشت بیش از یک سال از تصویب قانون و اجرایی نشدن بسیاری از تدابیر پیشگیرانه آن نشانگر این است که افزون بر اینکه عزم ملی در این زمینه وجود ندارد، ستاد نیز از قدرت بالایی برخوردار نیست.

## منابع

- ابراهیمی، شهرام، جرم‌شناسی پیشگیری، نشر میزان، ۱۳۹۳.
- —————، و ابراهیم رجبی، «پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی و گستره محدودیت‌های آن»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۳، ۱۳۸۹.
- احمدی، عبدالله، جرم قاچاق یا آنومی اقتصادی، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- استانوف، جی، «تشکیل و توسعه پایگاه ثبت اداری بلغارستان»، ترجمه مهندس دردیمنش، بررسی‌های آمار رسمی ایران، شماره ۶۱، ۱۳۸۳.
- بچر، ژان لوک؛ و نیکلا کلوز، «جرائم اقتصادی و کنترل آن»، ترجمه شهرام ابراهیمی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱، ۱۳۸۶.
- توسلی‌زاده، توران، پیشگیری از جرایم اقتصادی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- خانعلی‌پور و اجارگاه، سکینه، پیشگیری فنی از جرم، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- روحانی، والاعلی، «بررسی روش‌های یکپارچه‌سازی سیستم‌های جامع و ارائه راهکار ترکیبی»، چهارمین همایش ملی تجارت الکترونیکی، تهران، ۱۳۸۶.
- سلاجمه، سعادت، بررسی رویکرد پیشگیری از جرم در قوانین امور گمرکی با تأکید بر قانون جدید امور گمرکی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز (واحد بین‌الملل)، ۱۳۹۱.
- سیف، الهمراد، قاچاق کالا در ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۷.
- شیخ‌الاسلامی، عباس، تعامل سازوکارهای اداری و قضایی در زمینه پیشگیری از جرم جعل اسناد دولتی، مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیشگیری از جرم (رویکرد چندنهادی به پیشگیری از وقوع جرم)، معاونت آموزش ناجا، ۱۳۸۸.
- صفاری، علی، «مبانی نظری پیشگیری از وقوع جرم»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۴-۳۳، ۱۳۸۰.
- عسگری رکن‌آبادی، زهرا، رویکردی جهت اعمال امنیت در دسترسی فیزیکی به مراکز داده مبتنی بر فناوری RFID، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده فنی دانشگاه پیام نور استان تهران، ۱۳۹۱.
- فصیحی، حبیب‌الله؛ و جمشید منصور قناعی، بررسی وضعیت قاچاق کالا در ایران و چند کشور متناظر، جلد دوم؛ ترکیه، ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، معاونت پژوهش و آمار و اطلاعات، ۱۳۸۸.
- فلسون، مارکوس؛ و رونالد کلارک، فرصت و بزهکاری: نگرشی کاربردی برای پیشگیری از بزهکاری، ترجمه محسن کلانتری و سمیه قزلباش، زنجان، آذر کلک، ۱۳۸۹.

- 
- گل پرور، حسن، سیاست جنایی ایران در قبال جرایم قاچاق و جرایم گمرکی، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
  - گمرک ایران، «تأکید معاون پارلمانی رییس جمهور بر اصل هشتادوپنجی شدن لایحه امور گمرکی»، نشریه گمرک ایران، شماره ۵۳۷، ۱۳۸۹.
  - محسنی، فرید، حریم خصوصی اطلاعات؛ مطالعه کیفری در حقوق ایران، ایالات متحده آمریکا و فقه امامیه، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
  - محمدنسل، غلامرضا، «اصول و مبانی نظریه فرصت جرم»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۷، شماره ۳، ۱۳۸۶.
  - محمدی، حمیدرضا؛ و محمد غنجی، «چالش‌های ژئوپلیتیکی مواد مخدر در جنوب غرب آسیا (با تأکید بر ایران، پاکستان و افغانستان)» فصلنامه ژئوپلیتیک، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۸۵.

- Bullock, Karen; Clarke, Ronald; and Nick Tilley, Situational Prevention of Organised Crimes, Willan Pub, 2010.
- Clarke, Ronald, Seven Misconceptions of Situational Crime Prevention, In: Tilley, Nick (ed), Handbook of Crime Prevention and Community Safety, Cullompton, Devon, Willan Pub, 2005.
- Coughlin, John, Cargo Crime Security and Theft Prevention, Boca Raton, Taylor & Francis, 2013.
- Felson, Marcus; and Ronald Clarke, Opportunity Makes the Thief: Practical Theory for Crime Prevention, Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, Research, Development and Statistics Directorate, London, 1998.
- Gascó, Mila, Proceedings of the 12th European Conference on e-Government, UK, Academic Conferences Limited, 2012.
- Kelepouris, Thomas; Pramatari, Katerina; and Georgios Doukidis, "RFID-Enabled Traceability in the Food Supply Chain", Industrial Management & Data Systems, Vol. 107, 2007.
- Lab, Steven, Crime Prevention: Approaches, Practices and Evaluations, 8th edition, Massachusetts, Waltham, 2014.
- Mack, Dennis; Johnson, Joe; and Paul Reithmeier, Method and Computer Program Product for Providing Paperless Customs Documentation, US Patent 20080255863 A1, 2008.

- 
- McLinden, et al (Eds.), Border Management Modernization, Washington, D.C, World Bank, 2011.
  - Mesko, Gorazd; Dobovsek, Bojan; and Branko Azman, "Prevention of Corruption: Slovenian Perspective", In: Caneppele, Stefano; and Francesco Calderoni, Organized Crime, Corruption and Crime Prevention, Springer International Publishing, 2014.
  - O'Brien, James, Management Information Systems, 10th edition, New York, McGraw-Hill/Irwin, 2011.
  - Pickering, Sharon; and Leanne Weber, "Borders, Mobility and Technologies of Control", In: Pickering, Sharon; and Leanne Weber (eds), Borders, Mobility and Technologies of Control, Dordrecht, Springer Netherlands, 2006.
  - Prokop, Darren, "Smart and Safe Borders: The Logistics of Inbound Cargo Security", The International Journal Of Logistics Management, Vol. 15, Issue 2, 2004.
  - Sellen, Abigail, The Myth of the Paperless Office, Massachusetts, MIT Press, 2002.
  - Telep, Cody; et al, "Displacement of Crime and Diffusion of Crime Control Benefits in Large-Scale Geographic Areas: A Systematic Review", Journal of Experimental Criminology, Vol. 10, Issue 4, 2014.
  - Themistocleous, Marinos; and Gail Corbitt, "Is Business Process Integration Feasible?", Journal Of Enterprise Information Management, Vol. 19, Issue 4, 2006.
  - Tilley, Nick, Crime Prevention, Cullompton, Portland, Willan, 2009.
  - \_\_\_\_\_, Crime Prevention and System Design, Handbook of Crime Prevention and Community Safety, Willan, 2005.
  - Unal, Mehmet, Application of Situational Crime Prevention to Cross-Border Heroin Trafficking in Turkey, University of Cincinnati Ph. D. Thesis, 2009.
  - Weisburd, David; Bernasco, Wim; and Gerben Bruinsma (eds), Putting Crime in its Place: Units of Analysis in Geographic Criminology. New York, Springer, 2009.
  - Wulf, Luc de; and José Sokol (eds.), Customs Modernization Handbook, Washington D.C, World Bank, 2005.

- 
- Zhang, Sheldon, Smuggling and Trafficking in Human Beings: All Roads Lead to America. Westport, Praeger Publishers, 2007.



## ماهیت تعهدات طبیعی و ارتباط آنها با تعهدات اخلاقی

راضیه عبدالصمدی\*

احمد هنردوست\*\*

صدیقه جوان\*\*\*

### چکیده

مفهوم تعهدات طبیعی مفهومی است بینابین تعهدات اخلاقی و تعهدات مدنی. تاکنون تعریف جامعی از تعهدات طبیعی در هیچ یک از متون قانونی به عمل نیامده و در فقه و دکترین حقوقی نیز درخصوص ماهیت و قلمرو آن اجتماعی صورت نگرفته است. بحث و گفتگو بر سر ماهیت و مبنای تعهدات طبیعی بسیار است و در خصوص اینکه آیا این تعهدات وفاً به عهد هستند یا ایقاع، نظرات مختلفی ارائه شده است. در مقاله حاضر ضمن پاسخگویی به پرسش فوق، به تحلیل تعهدات اخلاقی پرداخته شده و ارتباط و وجوده تشابه و تمایز آن با تعهدات طبیعی بررسی شده و تلاش شده است که برخی سوالات در این خصوص پاسخ داده شود. سؤالاتی از قبیل اینکه آیا تعهدات طبیعی مصدق بارز تعهدات اخلاقی هستند؛ آیا بین این دو مفهوم از لحاظ حقوقی مرز مشخصی وجود دارد؛ و آیا هر تعهد طبیعی متنضم‌یک نوع تعهد اخلاقی نیز هست و بالعکس؛ از جمله پرسش‌هایی هستند که ذهن فعال حقوق دانان را درگیر خود ساخته و این مقاله در صدد پاسخگویی به آنها است.

**کلیدواژه‌ها:** تعهد طبیعی، تعهد مدنی، تعهد اخلاقی، ضمانت اجرای قانونی.

\* عضو هیأت علمی دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی (نویسنده مسئول)  
rsamadi.ir@gmail.com

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی  
ahmad\_honardoust@yahoo.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس  
sedighe.javan@modares.ac.ir

## مقدمه

پیشنه و خاستگاه اولیه تعهدات طبیعی را همان‌طور که برخی از صاحب‌نظران اشاره کرده‌اند بایستی در حقوق روم باستان و بقایای آن را از عقاید و تفکرات علمای قرن ۱۴ و ۱۵ میلادی جستجو کرد. متفکرانی که بر این باور بودند که «جدا از قواعدی که در زمان معین حکومت می‌کند و اجرای آنها از طرف دولت تضمین می‌شود، قواعد ثابت و لایتعیری نیز وجود دارد که برتر از اراده حکومت و غایت مطلوب انسان‌ها است و قانون‌گذار باید بکوشد تا آنها را بیابد و سرمشک خود قرار دهد.»<sup>۱</sup> مفهوم تعهدات طبیعی نیز برگرفته از همین خطمشی و طرز تفکر بوده و به تدریج و همگام با تحولاتی که در عرصه اخلاق و اصل انصاف و عدالت صورت گرفت پا به عرصه وجود نهاد. برخی معتقد‌نند مفهوم تعهدات طبیعی مفهومی است که بین قلمرو حقوق موضوعه از یک سو و حقوق فطری و طبیعی از سوی دیگر سرگردان است. نهادی که با توجه به دکترین حقوق فطری بایستی به مفاد آن که پاگرفته از فطرت و وجود انسان‌هاست، احترام گذاشت و از سوی دیگر فاقد یکی از بنیادی‌ترین ارکان حقوق موضوعه که همان حمایت حکومت و ضمانت اجرای حقوقی برای به فعلیت رساندن تعهد مذکور می‌باشد اشاره کرد.<sup>۲</sup> البته باید خاطرنشان کرد که اگرچه تعهدات طبیعی فاقد چنین ضمانت‌اجرایی هستند ولی در مقابل، واجد پاره‌ای آثار حقوقی نیز می‌باشند. در واقع این قانون است که برای آنها چنین آثاری را به رسمیت شناخته و آن را از تعهدات اخلاقی که فاقد چنین آثاری هستند متمایز ساخته است.

تعهدات طبیعی ارتباط نزدیکی با تعهدات اخلاقی دارند ولی هیچ‌گاه مفهوم واحدی را تشکیل نمی‌دهند. بررسی تعهدات طبیعی از منظر تعهدات اخلاقی و نحوه ارتباط میان این دو نیازمند شناسایی و تبیین جدایانه هر کدام از مفاهیم مذکور می‌باشد. البته اشاره‌ای اجمالی به نظرات ارائه شده در این خصوص خالی از لطف نیست. لذا این مقاله به دنبال پاسخ به دو پرسش اساسی است: اولاً خاستگاه تعهدات طبیعی کجاست؟ اخلاق یا ماورای اخلاق که همان عالم حقوق باشد؟ ثانیاً شالوده و درون‌ماهی تعهدات طبیعی چیست؟ آیا تعهدات طبیعی ظرفیت تبدیل شدن به یک تعهد مدنی کامل را دارند؟ اگر پاسخ مثبت است چه عاملی باعث تحرک بخشیدن به آنها می‌شود. نقش عوامل وجودی و اخلاقی در این چرخه حقوقی چیست و چه ارتباطی میان این عوامل با تعهدات طبیعی وجود دارد؟ ابتدا لازم است جایگاه و موضع

آنچه اینجا می‌بینید را باید با توجه به مفهوم تعهدات اخلاقی بازخوانی کنید.

۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ سی‌وسوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲، ص. ۲۰.  
2. Snyder, David, "The Case of Natural Obligations", Louisiana Law Review, Vol. 56, 1996, p.423.

---

حقوق دانان را در خصوص تعهدات طبیعی در حقوق ایران بررسی نموده و در ادامه مفهوم و قلمرو تعهدات طبیعی و ماهیت آنها، تعهدات اخلاقی و ارتباط آن با تعهدات طبیعی و در نهایت رویکرد حقوق برخی از کشورها در خصوص تعهدات طبیعی را مورد مطالعه قرار دهیم تا ابعاد و زوایای این تعهدات روشن گردد.

## ۱. مفهوم و قلمرو تعهدات طبیعی

جهت آشنایی بیشتر با تعهدات طبیعی لازم است که مفهوم آن مورد شناسایی قرار گیرد تا در ادامه بتوان از قلمرو آن سخن گفت. لذا در این بخش به مفهوم تعهدات طبیعی در حقوق کشورمان می‌پردازیم.

### ۱-۱. مفهوم تعهدات طبیعی

به طور کلی تعهد طبیعی به تعهدی گفته می‌شود که قانوناً امکان مطالبه آن برای متعهدّله وجود نداشته باشد. منشأ عدم مطالبه نیز می‌تواند بستگی به عواملی همچون مرور زمان، سوگند قاطع دعوا، اعتبار امر مختوم و بسیاری از عوامل دیگر که باعث می‌شود دائن نتواند حق خود را مطالبه نماید، داشته باشد. در ابتدا لازم است تعهدات طبیعی را از تعهدات نامشروع جدا دانسته و آنها را منصرف از تعهدات نامشروع بدانیم زیرا تعهد طبیعی تعهدی است که با منشأ مشروع بر ذمه شخص مدیون سنگینی می‌کند نه با یک منشأ نامشروع. در این خصوص نیز آرای مرتبطی از دیوان عالی کشور صادر شده است. برای مثال در رأی شماره ۲۵۹۷ مورخ ۱۳۱۸/۱۰/۱۹ آمده است: «ماده ۲۶۶ قانون مدنی منصرف از تعهد نامشروع است. اگر مبنای تعهدی که ایفا شده قمار و گروندی باشد پرداخت اثری در نفوذ آن ندارد و پولی که پرداخت شده قابل استرداد است و سفته یا چکی که از این بابت داده شده اعتبار ندارد.»<sup>۱</sup> با این حال عدهای از نویسندهای با تأثیرپذیری از حقوق خارجی تعهدات نامشروع را نیز در ردیف تعهد طبیعی آورده و اظهار داشته‌اند که «تعهدی که وفای به آن لازم باشد تعهد قانونی است که به موجب قانون الزام‌آور است، اما تعهدی که فاقد پشتوانه قانونی باشد و به موجب قانون وفای به آن لازم نباشد مثل تعهد ناشی از قمار (وجه قمار) لازم نیست که متعهد آن را تأديه کند ولی اگر کسی این قبیل تعهدات را انجام داد حق مطالبه و استرداد ندارد.»<sup>۲</sup> در مقابل برخی از نویسندهای پرداخت دین در نتیجه اشتباہ، اکراه یا تعهد نامشروع مانند قمار را منصرف از ماده ۲۶۶ قانون مدنی دانسته و هرگونه پرداختی

۱. حسینی، محمدرضا، قانون مدنی در رویه قضایی، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳، ص. ۹۴.

۲. بروجردی عبد، محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰، ص. ۱۷۱.

تحت این عناوین را قابل استرداد می‌دانند.<sup>۱</sup> از سوی دیگر عده‌ای در تعریف تعهد طبیعی آورده‌اند: «تعهد مرکب از دو رابطه حقوقی دین و ضمانت اجرا است و تعهدات طبیعی فاقد رکن دوم و بنابراین ناقص هستند».«<sup>۲</sup> عده‌ای دیگر نیز برای تعهد طبیعی عناصری را بر می‌شمارند که این عناصر عبارتند از: الف) سببی از اسباب بروز تعهد، وجود پیدا کرده باشد. ب) حق مطالبه متعهدلله به جهتی از جهات، ساقط شده باشد مانند شمول مروع زمان و یا صدور حکم نادرست دادگاه به ضرر متعهدلله. هرگاه تعهد فاقد یکی از این عناصر باشد تعهد وصف طبیعی بودن را از دست می‌دهد.<sup>۳</sup> از مجموع تعاریف فوق می‌توان به تعریف جامعی از تعهد طبیعی دست یافت و آن اینکه «تعهدات طبیعی به تعهدات مشروعی گفته می‌شود که فاقد ضمانت اجرای حقوقی بوده و متعهدلله قانوناً از حق اقامه دعوا جهت مطالبه آنها محروم است؛ لیکن ایفای اختیاری مدیون، سبب سقوط آنها از ذمه متعدد خواهد شد.» به نظر می‌رسد علت «عدم استرداد» که در ماده ۲۶۶ قانون مدنی آمده است در واقع ناشی از همین سقوط تعهد باشد. به عبارت دیگر تعهد طبیعی، تعهد مدنی است که از بد پیدایش واجد ضمانت اجرای قانونی بوده لیکن در ادامه حیات خود با مانع قانونی همراه می‌شود؛ دین مدنی همچنان بر ذمه مدیون سنگینی می‌کند تا زمانی که مدیون آن را به اختیار بپردازد. از لحظه پرداخت است که مانع برطرف شده و دین از ذمه مدیون ساقط می‌شود و به این خاطر دیگر قابل استرداد نمی‌باشد.

## ۱-۲. قلمرو تعهدات طبیعی

در خصوص قلمرو تعهدات طبیعی و اینکه چه مصادیقی را در بر می‌گیرد بین حقوق دانان اختلاف نظر است. دسته‌ای از نویسندگان دایره وسیعی را برای تعهدات طبیعی قائل‌اند به گونه‌ای که معتقد‌ند «دایره تعهدات طبیعی را نمی‌توان به چند مورد خاص محدود کرد. پس هر کجا که شخص دینی اخلاقی را احساس می‌کند و جامعه نیز آن را شایسته حمایت و در زمرة واجبات و جدانی می‌بیند، پرداخت آن را باید ادای دین شمرد نه بخشش. مانند تکلیف به انفاق خواهر درمانده، نگاهداری از فرزند طبیعی و احترام به قول و پیمان.»<sup>۴</sup> در پاسخ به این ادعا برخی از نویسندگان در این خصوص

۱. نوین، پرویز، حقوق مدنی (۳) - انحلال و انعقاد قراردادها، چاپ اول، تهران، انتشارات تدریس، ۱۳۸۴، ص. ۳۸۱.

۲. قائم‌مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸، صص. ۱۱۹ - ۱۲۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱، ص. ۱۳۳.

۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظام حقوق کنونی، چاپ دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، ص. ۲۴۱.

موضعی تند اتخاذ کرده و ادعای اخیر را مردود دانسته‌اند. با این استدلال که این ادعا نه تنها مرز میان حقوق و اخلاق را نادیده گرفته و موجب تبدیل هر تعهد اخلاقی به تعهد طبیعی می‌گردد، بلکه از سوی دیگر با توجه به ماده ۲۶۶ به نظر می‌رسد چنین تفسیر موسوعی از قانون بر خلاف منظور مقتن باشد. به عقیده این نویسنده ظاهر ماده مزبور ناظر به مواردی است که یک تعهد حقوقی که ضمانت اجرای قضایی و قانونی داشته، به علتی مانند مرور زمان و امثال آن، این ضمانت اجرا را از دست داده است دیگر قابل مطالبه از طریق قانونی نباشد. لذا به نظر این نویسنده تعهدات اخلاقی محض از شمول این ماده خارج‌اند.<sup>۱</sup> ما نیز در این مقاله به پیروی از نظر اخیر بر این باوریم که مرز میان تعهدات طبیعی با تعهدات اخلاقی محض غیرقابل انکار بوده و نمی‌توان آن را نادیده گرفت، زیرا اگر بخواهیم هر تعهد اخلاقی را به منزله یک تعهد طبیعی قلمداد نماییم، در واقع مرزبندی موجود بین اخلاقیات و حقوق را زیرپا گذاشتمایم. رویکرد قانون گذار نیز بر همین مبنای تقسیم‌بندی استوار است زیرا از سیاق ماده به روشنی این نکته قابل برداشت است که قانون گذار نیز تنها تعهداتی را که غیرقابل مطالبه است، خطاب قرار داده و از لحن ماده پیداست که تعهدات اخلاقی محض از شمول ماده خروج موضوعی داشته و اصلاً مدنظر قانون گذار نمی‌باشد. پس شایسته نیست که قلمرو این دو تعهد را یکی پنداشته و در مقام اتحاد آنها با یکدیگر برآییم.

## ۲. تعهدات طبیعی و جایگاه آن در حقوق ایران

این نهاد به تقلید از قانون گذار فرانسه وارد سیستم حقوقی ما شده و بدون آنکه ماهیت<sup>۲</sup> به شرح و تفصیل آن پرداخته شود تنها در یک ماده (ماده ۲۶۶ قانون مدنی) به آن اشاره‌ای گذرا شده است. در واقع ماده ۲۶۶ قانون مدنی انکاسی از ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه است. در این ماده آمده است: «در مورد تعهداتی که برای معهده‌له قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد، اگر معهده به میل خود آن را ایفا نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود.» در حال حاضر مهمترین مصداق تعهدات طبیعی به عقیده اکثر حقوق‌دانان دیونی است که مشمول مرور زمان شده است و دعواهی مطالبه آن از سوی طلبکار مسموع نیست. مهمترین نکته در ماده فوق الذکر میل و اراده مدیون در ادای دین اخلاقی خود می‌باشد. از مفهوم مخالف این ماده این چنین برداشت می‌شود که اگر ایفای تعهد برخلاف میل و اراده مدیون باشد، دعوی استرداد او قابل پذیرش می‌باشد. به عقیده یکی از نویسنده‌گان، معهده در ایفای تعهد نباید نه مستقیماً و نه به طور

۱. صفائی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۸.

غیرمستقیم مجبور به ایفا شده باشد،<sup>۱</sup> مثل اینکه مديون به اشتباه و به تصور اينکه هنوز دين او از ناحيه طلبکار قابل مطالبه و واجد ضمانت اجرای حقوقی است آن را پرداخت نماید و بعداً متوجه شود دين مزبور مشمول مرور زمان شده است. پرسشی که در اينجا باقی می‌ماند اين است که آيا چنین پرداختی معتبر است یا خير. به عبارت دیگر آيا متعهد می‌تواند بر اساس ماده ۳۰۲ قانون مدنی دعوای استرداد مطرح نموده و مدعی شود که آنچه پرداخت نموده به ناحق بوده است و متعهدل را مجبور به بازپرداخت موضوع تعهد نماید؟ در پاسخ به اين سؤال اين نكته را بایستی يادآور شد که مطابق قاعده کلي اگر کسی چيزی را که مديون آن نبوده است به اشتباه پردازد، حق دارد آنچه را پرداخته است از گيرنده پس بگيرد (ماده ۳۰۲ به بعد قانون مدنی). اما فرض ماده مزبور ناظر به جايي است که هيج گونه رابطه حقوقی بين طرفين موجود نباشد و شخص تأديه کننده به اشتباه خود را مديون پندارد در حالی که تصور او با واقع منطبق نيست. در مقابل فرض ماده ۲۶۶ قانون مدنی اولاً ناظر به تعهدات طبيعی است و در تعهدات طبيعی قاعdetan وجود يك رابطه حقوقی بين طرفين مفروض است. ثانياً اگر مديون پرداختی می‌نماید در واقع دين خود را می‌پردازد و تصوری که او از پرداخت دين دارد با واقع منطبق است. اما تنها تفاوت بارزی که بين دو ماده مزبور مشاهده می‌شود اين است که در فرض ماده ۲۶۶ شک در وجود مانع قانونی است، در حالی که در ماده ۳۰۲ قانون مدنی شک در وجود دين است. به عبارت دیگر فرض ماده ۲۶۶ قانون مدنی يك مرحله از فرض مذکور در ماده ۳۰۲ جلوتر است. بنابراین، نباید اشتباه ناشی از پرداخت دين طبيعی را با اشتباه مذکور در ماده ۳۰۲ قانون مدنی يكی انگشت و آن گاه در مقام ترتیب آثار در مورد اشتباه در پرداخت تعهد طبيعی نیز به ماده ۳۰۲ استناد کرد. در اينکه آيا مديون در فرض مرور زمان می‌تواند آنچه را پرداخته است به ادعای اشتباه استرداد نماید، حقوق دانان به دو دسته تقسيم شده‌اند. دسته اول اشتباه ناشی از پرداخت دين مشمول مرور زمان را در پرداخت دين مؤثر ندانسته و ادعای استرداد را غير قابل استماع می‌دانند. زيرا معتقدند قواعد مرور زمان بر مبنای نظم عمومی پايه‌ريزي شده و «نظم عمومی ايجاب می‌کند که هرگاه صاحب حقی در طول يك مدت معين به اختيار، حق خود را در تصرف ديگري رها کرده و اقدام به مطالبه آن نکند، نتواند پس از آن مدت دستگاه قضائي را وادر به رسيدگي به دعوای خود در مورد آن حق و اجبار ديگري به استرداد آن کند.»<sup>۲</sup> بنابراین بر مبنای اين نظر، مديونی که دينی را که مشمول مرور زمان شده است را با عدم آگاه به شمول مرور زمان پرداخته،

۱. عدل، مصطفى، حقوق مدنی، چاپ اول، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۷۸، ص. ۱۳۲.  
۲. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجده، ۱۳۸۱، ص. ۲۲۵.

نمی‌تواند آنچه را که پرداخته است استرداد نماید؛ زیرا مرور زمان تنها مانع استماع دعوا است و نه موجب سقوط حق. در این فرض دین و تعهد همچنان پا بر جا است و اگر مدیون پس از انقضای مدت دین خود را ادا کرد در واقع به تعهد قبلی خود عمل کرده است و نمی‌تواند با طرح ادعای اشتباہ یا عدم آگاهی از مرور زمان در صدد استرداد آنچه که پرداخته است برآید.<sup>۱</sup> دسته دوم، ادعای اشتباہ در پرداخت دین طبیعی را در پرداخت دین مؤثر و ادعای استرداد را مسموع می‌دانند. لکن این گروه در مبانی استدلالی خود به دو دسته تقسیم شده‌اند. دسته نخست بر این باورند که قواعد مرور زمان بر مبنای اماره اعراض از حق استوار شده و اعراض دائن از حق خود باعث سقوط حق می‌شود و با انقضای مدت مرور زمان حق اصلی از بین می‌رود و به تبع آن دیگر دینی باقی نمی‌ماند، تا اینکه مدیون بخواهد در مقام ایفای آن برآید. اینان ادعای اشتباہ مدیون در پرداخت دین را بر مبنای ماده ۳۰۲ قانون مدنی توجیه می‌کنند و برای چنین مدیونی حق استرداد قائل می‌شوند. زیرا فرد طلبکار به‌واسطه اعراضی که از حق خود در طول مدت می‌کند، در واقع باعث سقوط حق خود می‌گردد. به عبارت دیگر مرور زمان اماره اعراض از حق و به تبع آن سقوط دین تلقی می‌شود و ایفای دین از ناحیه مدیون پس از انقضای مدت در حقیقت ایفای ناروا بوده و ادعای عدم آگاه از سوی مدیون در چنین فرضی از سوی دادگاه پذیرفته شده و نتیجتاً مدیون می‌تواند آنچه را که به‌اشتباه و به تصور وجود دین پرداخته است را مطالبه و مسترد نماید. مگر آنکه دائن ادعا نماید که هنوز از حق خود نگذشته است که در این صورت ادعای مدیون قابل پذیرش نیست، زیرا اماره تاب مقاومت در برابر دلیل را ندارد.<sup>۲</sup> دسته دوم بر این باورند «برای اینکه تأییده دین طبیعی بتواند تعهد رو به کمال را صورت خارجی بخشد باید به میل انجام شود. بنابراین پرداخت ناشی از اکراه و آنچه در نتیجه اشتباہ یا حیله طرف ایفا می‌شود در تحقق دین مؤثر نیست.»<sup>۳</sup> آنچه از فحوای کلام این نویسنده برداشت می‌شود آن است که ایشان تعهد طبیعی را یک تعهد رو به کمال می‌پندارد که جهت تبدیل شدن به یک تعهد کامل نیازمند شرایطی است که یکی از این شرایط آن است که ایفای تعهد توسط مدیون با میل و اراده آزادانه او انجام شود. نتیجه آنکه پرداختی که برخلاف میل مدیون و ناشی از اشتباہ و اکراه باشد را نامعتبر می‌شمارند.

البته قانون‌گذار ما در ماده ۷۳۱ ق.آ.د.م سابق از نظر اول پیروی کرده بود. در این ماده قانون‌گذار مقرر کرده بود: «مرور زمان عبارت از گذشتن مدتی است که به موجب

۱. همان، ص. ۲۲۷.

۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۴۷، ص. ۳۱۵؛ عدل، پیشین.

۳. کاتوزیان، پیشین.

### ۳. ماهیت و مبنای تعهدات طبیعی

در این بخش تلاش ما بر این است که ببینیم تعهدات طبیعی ماهیتاً چه ساختاری دارند. آیا مبنای شکل‌گیری آنها تعهدات مدنی ناقص است؟ یا استحاله همین تعهدات مدنی است که در اثر فرایند حقوقی به تعهدات طبیعی تبدیل شده‌اند؟ یا اینکه مبنا و ماهیت آنها فارغ از تعهدات مدنی تنها تعهدات اخلاقی و وجودانی است؟ نهایتاً اینکه در این چرخه تکاملی چه عواملی نقش اصلی و اساسی ایفا می‌کنند؟ ابتدا لازم است نظریاتی که در این رابطه مطرح شده است را بیان نموده و در ادامه از مجموع آنها به یک جمع‌بندی کلی پیرامون ماهیت تعهدات طبیعی بررسیم.

قانون پس از انقضاء آن مدت، دعوى شنيده نمى‌شود.» همچنان اطلاق ماده ۷۳۵ اين قانون نيز به روشنى گواه بر اين مطلب بود که پرداخت دين از سوى مديون پس از انقضاي مدت موجبي برای استرداد آنچه که توسيط مديون پرداخت شده است را فراهم نخواهد كرد. اين در حالى است که در حال حاضر با توجه به نسخ مواد ۷۳۱ و ۷۳۵ قانون آيین دادرسي سابق و حکومت ماده ۲۶۶ قانون مدنی قانون‌گذار به نظر دوم متمایل است. بنابراین با توجه به مطالب گذشته به نظر مى رسد اولاً پذيرفته نشدن دعوى استرداد در برخى موارد از جمله ماده ۲۶۶ قانون مدنی نشانه آن است که قانون‌گذار، با وجود از دست رفتن حق اجبار مديون آنچه را باقى مانده بى‌اثر نمى‌شandas و تأديه حق را نامشروع نمى‌داند. ثانياً فرض اشتباه مذكور در ماده ۳۰۲ نمى‌تواند به تعبيير برخى حقوق دانان مأخذ و مستندی برای اشتباه ناشی از پرداخت تعهد طبیعی باشد. ثالثاً در تعهدات طبیعی قانون‌گذار با سلب حق مطالبه طلبکار زمينه اعطای امتيازى را برای مديون فراهم کرده که نادیده گرفتن چنان امتيازى در صورت پرداخت از روی اشتباه به هيچ‌وجه منظور قانون‌گذار نبوده است و ظلمى است آشكار در حق مديون. رابعاً صراحت ماده ۲۶۶ قانون مدنی که در آن آمده است: «...اگر متعهد به ميل خود آن را ايفا نماید ...» ما را از استناد به ماده ۳۰۲ بى‌نياز کرده و استناد به ماده مذكور را بى‌مورد نموده است. از خلاصه مباحث به اين نتيجه مى‌رسيم که تعهدات طبیعی در حقوق ايران جايگاه مستقل وتعريف‌شده‌اي نداشته است. حتى در فقه نيز فقهاء امامي به طور مستقيم متعرض آن نشده‌اند و اين عدم تعرض، خود حکایت از چهره عاري اين نهاد حقوقی دارد که از حقوق اروپائي به حقوق ما راه يافته است و آنچه که هست، مولود و مرهون تلاش حقوق دانان معاصر در اين عرصه بوده است.

### ۳-۱. نظریه تعهد مدنی ناقص

در رابطه با نظریه تعهد مدنی ناقص دو نظریه در حقوق فرانسه مطرح است که به ترتیب به آنها اشاره می‌شود.

#### ۳-۱-۱. نظریه کلاسیک

این نظریه که ریشه در حقوق روم داشته و بر مبنای جدایی کامل حقوق از اخلاق پایه‌ریزی شده است و در فرانسه نیز طرفدارانی دارد که از آن جمله می‌توان به پوتیه اشاره نمود، اساس تعهدات طبیعی را تعهدات مدنی و نه تعهدات اخلاقی دانسته که یا به تکامل حقوقی نائل نشده‌اند و یا اینکه در اثنای حیات حقوقی خود تغییر ماهیت داده‌اند.<sup>۱</sup> عده‌ای از متفکران و نویسنده‌گان حقوقی بر این باورند که خاستگاه و منشأ اصلی تعهدات طبیعی را بایستی در تعهدات مدنی ناقص جستجو نمود. منظور این دسته از نویسنده‌گان از تعهدات مدنی ناقص<sup>۲</sup> تعهداتی است که فی‌نفسه و در بدو پیدایش خود از ضمانت اجرای قانونی برخوردار بوده لیکن به دلیل بروز مانع بر سر راه آنها چرخه و یا حیات حقوقی این دسته از تعهدات دستخوش تغییر و تحول گردیده است. تنها تفاوت این‌گونه تعهدات با تعهدات مدنی تکامل‌یافته در ضمانت اجرای آن است. علت نامگذاری آنها به تعهدات مدنی ناقص نیز در همین فقدان ضمانت اجرای قانونی آنها خلاصه می‌شود. بر مبنای این تفکر به دلیل آنکه تعهدات طبیعی نیز همچون تعهدات مدنی ناقص از فقدان ضمانت اجرای قانونی رنج می‌برند، لذا ناچار بایستی منشأ تعهد طبیعی را در این دسته از تعهدات جستجو کرد. به تعبیر عده‌ای از اساتید «تعهد طبیعی یک رابطه حقوقی میان طلبکار و بدھکار است، با این تفاوت که از اجراء همراه با تعهدات مدنی بی‌بهره مانده است و برای الزام مدیون آن نمی‌توان طرح دعوا کرد.

حقوق چنین تعهدی را حتی پیش از شناسایی و اجرای مدیون معتبر می‌شناسد و ضمانت اجرای آن را بنا به دلایلی ناقص معین کرده است. به همین جهت، باید تعهد طبیعی را تعهد مدنی ناقص نامید. این نقص با تصمیم مدیون در اجرای تعهد بطرف می‌شود و رابطه حقوقی به کمال می‌رسد، چنان‌که پس از پرداخت همانند تعهد مدنی است و به همین دلیل نیز مدیون آن نمی‌تواند آنچه را به رغبت پرداخته است باز ستابند. از طرف دیگر اراده مدیون چهره انشایی نداشته و کاشف از وجود رابطه پیشین

۱. اکبرپور، مجید؛ محبی، ابوالفضل؛ و خدیجه نظری، «بررسی تعهدات طبیعی در حقوق ایران با رویکرد حقوقی و تحلیل اقتصادی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶، ۱۳۹۰، ص. ۱۹۴.

2. Imperfect Civil Obligations

۴. همان  
به نقل از همان، ص. ۷۸.

است و به آن نفوذ حقوقی می‌بخشد.»<sup>۱</sup> از سوی دیگر، نظریه پردازان این مکتب، مرز قواعد اخلاقی با قواعد حقوقی را کاملاً متمایز و جدا دانسته و بر این باورند که «منشاء تمامی تعهدات، قانون است و تعهد طبیعی نیز نوعی تعهد حقوقی و کاملاً شبیه به آن است و نباید آن را با وظیفه اخلاقی اشتباه نمود.»<sup>۲</sup>

تعهدات طبیعی در این مکتب به دو دسته تعهدات عقیم و تعهدات تغییرماهیت یافته تقسیم می‌شوند، گروه اول تعهداتی هستند که در لحظه ایجاد به واسطه فقدان شرایط قانونی، کمال نیافته و محقق نمی‌شوند. در نتیجه، آنچه باقی می‌ماند رابطه حقوقی ناقصی تحت عنوان تعهد طبیعی است و از مصادیق آن می‌توان به همه ثبت‌نشده اشاره نمود.<sup>۳</sup> گروه دوم تعهداتی هستند که به طور کامل به وجود آمده و دارای همه ارکان یک تعهد معمولی هستند اما به دلایلی (نظیر مرور زمان) ماهیت حقوقی خود را از دست داده و فلنج شده‌اند که در این صورت نیز، آنچه به جا می‌ماند تنها یک دین طبیعی است.<sup>۴</sup>

بدین ترتیب مطابق با این نظریه تعهد طبیعی یک تعهد مدنی ناقص است که بنا به دلایلی از قدرت اجبار‌کننده قانون بی‌بهره است و آنچه که پس از پرداخت مديون به تعهدی کامل تبدیل می‌شود، تعهد اخلاقی نیست که به قلمرو حقوق می‌رود؛ بلکه تعهد مدنی ناقص است که کمال می‌یابد.

### ۱-۳-۱. نظریه نئوکلاسیک

اساس این نظریه بر پایه تحلیل تعهد به دو رکن «دین» و «التزام به تأديه» شکل گرفته است. در واقع طرفداران این نظریه برای رهایی از تنگناها و تن دادن به اسارت موجود در نظریه کلاسیک و در پاسخ به انتقاداتی که به مکتب کلاسیک از سوی طرفداران مکتب اخلاقی وارد شد، تعهد را به دو رکن تجزیه کرده و از آن چنین نتیجه می‌گیرند که هر تعهدی از یک سو از یک رابطه اصلی که میان مديون و طلبکار برقرار

۱. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر یلدای، ۱۳۷۴، ص. ۴۸۶.

۲. جوانمرادی، ناهید، تعهدات طبیعی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، ص. ۹۷.

3. Mazeaud, Henri; et Jean Leon, Lecons de Droit Civil: Introduction Sur l'etude de Droit, T.1, 6 edition, Paris, Francois Chabas, 1983, p. 361; Colin, Ambroise; et Henri Capitant, par Julliot de la Morandiere, Droit Civil, Introduction General, Personnes, Famille, T.1, Dalloz, Paris, 1957, p. 275; Ghastin, Jacques; et Gille Goubeaux, Traite de Droit Civil, Sous la Direction de Ghastin, Introduction General, T., 1, 4 ed, Paris, Dalloz, 1994, p. 970.

گردیده، شکل گرفته است و از سوی دیگر از یک ضمانت اجرای حقوقی که ناشی از سلطه طلبکار بر دارایی مديون و یا شخص ثالث است بهره می‌برد. تعهد مدنی کامل واجد هر دو خصیصه است، در حالی که تعهد طبیعی از نبود ویژگی دوم رنج می‌برد. آنان از این گفته خود چنین نتیجه می‌گیرند که فقدان رکن دوم باعث سقوط و از بین رفتن دین نمی‌گردد. لذا پرداخت مديون در چهارچوب اتفاقی دین سابق بوده است نه در راستای تکلیف و تعهد اخلاقی که مديون را وادار به انجام آن نموده است.<sup>۱</sup>

### ۲-۳. نظریه تعهد اخلاقی

مطابق با این نظریه که در فرانسه نیز طرفدارانی برای خود پیدا کرده است و از جمله آنها می‌توان به استاد بنام حقوق فرانسه آقای ژرژ ریپر اشاره کرد، خاستگاه تعهدات طبیعی را بایستی در الزامات و تعهدات اخلاقی جستجو کرد. این اندیشمند فرانسوی که نظریه تعهد مدنی ناقص را به باد انتقاد گرفته است، در اثر معروف خود به نام «آیین اخلاق در تعهدات مدنی» بین تعهد طبیعی و تکلیف اخلاقی ماهیتاً تفاوتی قائل نبوده و حتی تعهد طبیعی را تکلیف اخلاقی دانسته که به مقام تعهد مدنی صعود کرده است.<sup>۲</sup>

ریپر معتقد است زمانی که تعهد مدنی از مسیر طبیعی خود خارج می‌شود، خواه به واسطه فقدان شرایط قانونی (مثل وصیت شفاهی) و خواه به واسطه تغییر ماهیت (مثل دین مشمول مرور زمان) آنچه که باقی می‌ماند چیزی جز رسوبی از یک تکلیف یا الزام اخلاقی نمی‌تواند باشد. ایشان این نکته را خاطرنشان می‌کند که اساساً بین حق و دعوا تفاوتی وجود ندارد و زمانی که قانون‌گذار حق طرح دعوى را از متعهده‌له می‌گیرد، این امر نتیجه‌ای جز سقوط تعهد در بر نخواهد داشت. زیرا دعوا همان حق تحرک یافته است. بنابراین پرداخت مديون تنها در چهارچوب یک تکلیف یا الزام اخلاقی قابل توجیه است.<sup>۳</sup> «او همچنین اخلاق را نیروی پرتوان و زنده‌ای می‌داند که کار ساختن و تهیه قواعد حقوق را رهبری می‌کند و حتی صلاحیت بی‌اثر ساختن آن را نیز داردست.»<sup>۴</sup> بدین ترتیب «نه تنها ریپر به جدایی کامل اخلاق و حقوق به شیوه کانت اعتقاد ندارد، حقوق را نتیجه نفوذ اخلاق در اراده دولت می‌بیند. در نتیجه همین فلسفه

۱. کاتوزیان، پیشین، ص. ۴۹۰؛ جوانمردی، پیشین، ص. ۱۰۱؛ جوانمرادی، ناهید، «مبانی نظری تعهدات طبیعی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۱.

۲. نصیری، محمد، «بحث در اطراف تعهدات طبیعی»، مجموعه حقوقی، شماره ۱۳۱۸، ۱۳۱، ص. ۱۲۲۰.

۳. کاتوزیان، پیشین، ص. ۳۳۱.

۴. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، پیشین، ص. ۱۴۶.

است که تعهد مدنی نیز تکلیف اخلاقی است که در قلمرو حقوق رخنه کرده و ضمانت اجرای بیرونی یافته است. تعهد طبیعی در جریان تحول تکلیف اخلاقی و ورود آن به جهان حقوق شکل می‌گیرد، موجودی که میانه این دو قلمرو است و عامل نفوذ آن اراده مدييون بر اجرای دینی است که بر دوش خود احساس می‌کند.<sup>۱</sup>

### ۳-۳. نظریه تعهد ناشی از اراده مدييون

این مکتب که شاخه فرعی مکتب اخلاقی است، ضمن تعقیب مواضع مکتب مادر، با تکیه بر نفوذ اراده یکطرفه مدييون، عامل اصلی و سازنده تعهدات طبیعی را اراده متهد آن می‌داند. این نظریه که خود مبتنی بر فلسفه اگزیستانسیالیسم یا اصالت وجود است، از مفهوم سنتی و مرسوم اخلاق فاصله گرفته و مفهوم جدیدی از اخلاق ارائه می‌دهد.

در واقع طرفداران این نظریه خود دنباله‌روی نظریه پیشین یعنی تعهد اخلاقی هستند. این دیدگاه که خود بازتابی از نظریه تعهد اخلاقی است، بیشترین اتکای خود را بر اراده شخص مدييون استوار ساخته است، لکن تنها تفاوت آن با نظریات قبلی در این نکته است که به اراده مدييون چهره انشایی بخشیده است و برخلاف نظریات تعهد مدنی ناقص و تعهد اخلاقی که به ترتیب اراده مدييون را تنها کاشف از تعهد مدنی سابق و عامل ورود تعهد اخلاقی به جهان حقوق قلمداد می‌کرد، اراده مدييون را کارگزار اصلی در ایجاد تعهد اخلاقی معرفی می‌کند. منشأ این نظریه را می‌توان در «اصل حاکمیت اراده» و نظریه «اعتبار ایقاع در ایجاد تعهد» جستجو کرد.<sup>۲</sup>

این نظریه که بازگشتی است به اصل حکومت اراده، مهم‌ترین رکن تحقق تعهد طبیعی را اراده مدييون می‌داند و امکان ایجاد تعهد توسط یک اراده، بدون نیاز به توافق با اراده دیگر (ایقاع) را دوباره مطرح می‌سازد. در تأیید نظر خود، پذیرفتن تعهدات طبیعی توسط رویه قضائی را اماره‌ای می‌داند مبنی بر قبول ضمنی «ایقاع» به عنوان یکی از منابع تعهد. در این نظریه، تعهد طبیعی از «اعلام اراده» مدييون به وجود می‌آید و «سبب» آن قصد انجام یک وظیفه اخلاقی است.<sup>۳</sup> البته یکی از نویسنده‌گان حقوقی پذیرش این نظریه را به شرط ابتناء آن بر تکلیفی اخلاقی، موجه‌ترین تعبییر شناخته است. ایشان معتقد است آنچه تعهد طبیعی را به یک تعهد حقوقی تبدیل می‌کند، یقیناً

۱. کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص. ۴۹۲.

۲. جوانمردی، تعهدات طبیعی، پیشین، ص. ۱۲۵.

3. Thomas, Claude, Essaie sur Les Obligations Naturelles en Droit Francais, These, Montpolier, 1932, p.144.

---

اراده‌ای است که دارای یک پس‌زمینه اخلاقی باشد.<sup>۱</sup> فایده واقعی این مکتب، در مواردی است که مدیون، «وعده به اجرای» تعهد طبیعی می‌دهد و این پرسش را مطرح می‌سازد که نیروی اراده متعهد، چگونه و تا چه اندازه قادر است به تنها بی‌وی را از نظر حقوقی ملتمم نماید.

#### ۴-۳. نظریه انتخابی

با توجه به نظریات ارائه شده و اهمیت رکن اخلاقی در تکوین تعهدات طبیعی اکنون با این پرسش حقوقی مواجه هستیم که نهایتاً شالوده و ارکان سازنده تعهدات طبیعی چیست. آیا با توجه به نظریه حاکمیت اراده بایستی گفت که تعهد طبیعی به کلی با رکن اخلاقی بیگانه است و آنچه که در تکوین تعهد طبیعی نقش اصلی را بازی می‌کند چیزی جز اراده مدیون نیست؟ آیا در این چرخه حقوقی می‌توان جایگاهی برای قانون قائل بود یا خیر؟ تعهد طبیعی چه ارتباطی با تعهدات وجودی و اخلاقی دارد؟

با عنایت به نظریات پیش‌گفته در خصوص ماهیت تعهدات طبیعی و با جمع‌بندی آنها به نظر می‌رسد بتوان به یک نظریه بینابین دست یافت. اولین نکته‌ای که نباید از آن غفلت کرد نقش انکارناپذیر عناصر اخلاقی در تکوین تعهدات طبیعی است. تعهداتی که با تأثیرپذیری از اخلاق و وجود شخص مدیون پا به عرصه وجود می‌گذارند و نهایتاً با چنین منشئی در اراده مدیون متجلی می‌شوند. البته در این مسیر نباید راه افراط پیش‌گرفته و قلمروی وسیعی برای عناصر اخلاقی درنظر گرفت. چرا که درست است که سرنوشت هر تعهد طبیعی با اخلاق و وجود انسان‌ها گره خورده است اما هر تعهد اخلاقی که بر ذمه افراد سنگینی می‌کند را نمی‌توان الزاماً یک تعهد طبیعی دانست. چه بسا تعهداتی وجود دارند که صرفاً پایه و اساس اخلاقی داشته و بی‌آنکه مسبوق به تعهد مدنی باشند، تنها در قلمرو اخلاقیات قرار دارند. مثلاً تکلیف شخص به تأمین معاش نزدیکان خود (مانند خواهر و برادر)، نگهداری از فرزندی که محصول گناه است و پایبندی به عهد و قول و پیمان همگی تعهدات اخلاقی محض هستند که تنها با اراده شخصی که آنها را مورد شناسایی قرار می‌دهد پا به عرصه حقوق می‌نهند، بی‌آنکه قانون در این بین نقشی داشته باشد. درست است که این تعهدات نیز از حیث فقدان ضمانت اجرا شبیه به تعهدات طبیعی هستند لکن تنها تفاوت آنها در این است که فقدان ضمانت اجرای تعهدات اخلاقی محض امری است ذاتی، در حالی که فقدان ضمانت اجرای تعهدات طبیعی امری است عارضی. به عبارت ساده‌تر می‌توان گفت که



هر تعهد طبیعی یک تعهد اخلاقی است. در حالی که هر تعهد اخلاقی الزاماً یک تعهد طبیعی نیست و رابطه این دو عmom و خصوص مطلق است. تعهد طبیعی خود داخل در حوزه و قلمرو اخلاق است اما دارای محدوده‌ای تعریف شده است که مانع ورود سایر تعهدات اخلاقی به قلمرو آن می‌شود. بنابراین تعهدات اخلاقی محض را بایستی جدا از تعهدات طبیعی دانست. نکته دوم فقدان ضمانت اجرای قانونی است. این قانون است که مانع از تکامل تعهد مدنی گردیده و باعث شده است تعهد مدنی از عالم حقوق به عالم اخلاق و وجودنیات نزول پیدا کند. پس نمی‌توان نقش قانون را نیز در این فرایند تکاملی نادیده انگاشت. رکن بعدی اراده مدیون است که به قالب پیش‌ساخته رنگ و بوی حقوقی می‌بخشد و موجب اتصال رکن قانونی مفقوده با تعهد اخلاقی پیشین می‌گردد. به عبارت دیگر تعهد مدنی سابق همچون زنجیره‌ای است که تنها حلقه گمشده آن رکن قانونی است و اراده مدیون شرط کمال و تحقق این تعهد می‌باشد و باعث می‌شود تعهد طبیعی به تعهد مدنی کامل ارتقاء یابد. رکن آخر نیز تأیید وجودن اجتماعی و افکار عمومی است. «هر تعهد طبیعی نمی‌تواند تبدیل به تعهد مدنی شود. بنابراین، اراده مدیون به تنها یکی برای پذیرفته شدن تکلیف اخلاقی در میان قواعد حقوقی نیست بلکه این اراده باید با مصالح و منافع عمومی موافق بوده و وجودن اجتماعی نیز وظیفه اخلاقی را پذیرا باشد. در هر حال، وظیفه انطباق اراده مدیون با مصالح عمومی، به عهده دادرس است.

بنابراین در یک نگاه کلی، تعهد طبیعی تعهدی است با یک پیش‌زمینه حقوقی که مبتنی بر اخلاق بوده ولی فاقد ضمانت اجرای قانونی است و این فقدان ضمانت اجرای نیز در اثر عارضه‌ای است که در اثنای حیات حقوقی خود به آن مبتلا گردیده است. این بیمار نیاز به دارویی دارد که با تجویز قانون به بیماری او پایان دهد و سلامت حقوقی او را دوباره به او بازگرداند و این داروی اشربخت، غیر از اراده مدیون چیزی دیگری نمی‌تواند باشد. این اراده زمانی می‌تواند مفید باشد که از سلامت کامل بهره‌مند باشد. در نتیجه چنانچه مدیون به اکراه یا در اثر اشتباہ دین طبیعی خود را بپردازد این پرداخت معتبر نبوده و او می‌تواند آنچه پرداخته است را استرداد نماید. نکته پایانی آنکه نباید نقش اراده مدیون را در تکوین تعهد طبیعی یک نقش مستحیل‌کننده در یک تعهد مدنی دانست بلکه باید از آن به عنوان یک عامل ترقی‌دهنده به یک تعهد مدنی کامل یاد کرد. به عبارت دیگر تعهدات طبیعی ماهیتاً تعهدات حقوقی - اخلاقی هستند که چهره اخلاقی آنها حدوثاً بر چهره حقوقی آن غلبه دارد. چهره حقوقی زمانی متجلی می‌گردد که در مفهوم اراده مدیون خودنمایی کند. مقام اعطای‌کننده چهره حقوقی به تعهدات طبیعی قانون است، زیرا از زمان تجلی اراده مدیون است که دین طبیعی

غیرقابل مطالبه می‌باشد. به تعبیر دیگر تعهدات طبیعی تعهدات بالقوه‌ای هستند که با اراده مدييون به فعليت مى‌رسند و به يك تعهد كامل ارتقا پيدا كرده و كامل مى‌شوند.<sup>۱</sup>

#### ۴. تعهد طبیعی و ارتباط آن با تعهد اخلاقی

منشاً ارتباط بین تعهدات طبیعی با تکالیف اخلاقی برگرفته از برداشت نوینی است که در دکترین فرانسه از مفهوم تعهد طبیعی به عمل آمده است. طبق این دکترین تعهد طبیعی تنها یک تکلیف وجدانی دانسته می‌شود که دادرس به هنگام ارزیابی وصف و ارزش عمل انجام شده بهوسیله یک شخص، بر آن صحه می‌گذارد. تعهدات طبیعی همان‌گونه که اشاره شد دو روی یک سکه‌اند. یک طرف آن تکلیف وجدانی است که بر دوش مدييون سنگینی می‌کند و روی دیگر آن نیز رابطه‌ای حقوقی است که حقوق وجود آن را شناسایی کرده لکن به دلیل فقدان ضمانت اجرای قانونی دست حمایت خود را از آن برداشته است و طلبکار را از مطالبه طلب خود محروم کرده است. بحث از ارتباط بین تعهدات طبیعی با تعهدات اخلاقی مستلزم بررسی نقاط اشتراك و افتراق بین اين دو تعهد می‌باشد. لذا ابتدا به بررسی اين وجهه مى‌پردازيم و در ادامه بيشتر از ارتباط بین اين‌گونه تعهدات بحث مى‌كنيم.

##### ۴-۱. وجود اشتراك

###### ۴-۱-۱. فقدان ضمانت اجرای قانونی

اولین نقطه مشترک بین اين دو تعهد، فقدان ضمانت اجرای قانونی است. با اين تفاوت که تعهدات اخلاقی محض فی‌نفسه فاقد اين خصیصه هستند و عامل خارجی ثانویه باعث اين محرومیت نگردیده است، در حالی که تعهدات طبیعی فی‌نفسه از اين ویژگی محروم نیستند بلکه اين محرومیت به نوعی عارضی است. به تعبیر دیگر تعهدات طبیعی ثانیاً و بالعرض فاقد ضمانت اجرای قانونی هستند. اين تعهدات در پاره‌ای از مصاديق از جمله دین مشمول مرور زمان، دین مشمول قرارداد ارفاقی و دینی که با سوگند مدعی عليه انکار شده است، همگی از ابتدا فاقد ضمانت اجرای قانونی نیستند. در دین مشمول مرور زمان تا قبل از انقضای مدت و در دین مشمول قرارداد ارفاقی تا قبل از انعقاد قرارداد ارفاقی و در دین انکارشده توسط مدعی عليه تا قبل از ادای سوگند همگی از ابتدا واجد ضمانت اجرای قانونی هستند و از ابتدا از اين وصف قانونی محروم نیستند لکن به واسطه عارضه بعدی است که اين ديون از اين ویژگی قانوناً محروم مى‌گردد.

۱. کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص. ۳۴۴.



## ۲-۱-۴. مبنای شکل‌گیری

تعهدات اخلاقی وظایفی هستند که از وجودان و درستکاری ناشی می‌گردند و نتیجه نفوذ و اعمال قوانین فطری و طبیعی هستند. با توجه به اینکه تعهد طبیعی نیز (همانند نظریه اخلاقی) از قواعد اخلاقی سرچشمه می‌گیرد، بنابراین می‌توان گفت که این دو تعهد از جهت مبنا با یکدیگر مشترک هستند.<sup>۱</sup>

## ۲-۴. وجوه افتراق

### ۱-۲-۴. سبب حقوقی

در تعهدات اخلاقی سبب حقوقی و به تبع آن طلبکار و بدھکاری وجود ندارد. اگر هم طلبکار و بدھکاری وجود دارد هر دو در نهاد وجودان یک شخص عینیت دارد و این‌گونه نیست که در عالم خارج فردی به عنوان طلبکار و فردی به عنوان بدھکار به طور مستقل و مجزا وجود داشته باشد. در تعهدات اخلاقی این شخص است که در ضمیر و وجودان خود احساس دین کرده و خود را مديون می‌داند و در مقابل دیگری را طلبکار می‌شناسد. این در حالی است که تعهدات طبیعی همگی مسبوق به یک رابطه حقوقی هستند و به تبع آن طلبکار و بدھکار آنها در عالم خارج مشخص بوده و برخلاف تعهدات اخلاقی، هر کدام از بدھکار و طلبکار به‌واسطه رابطه حقوقی پیشین متقابلاً و به‌طور مستقل خود را از یک سو مديون و از سوی دیگر طلبکار می‌شناسند.

### ۲-۲-۴. ماهیت پرداخت

در تعهدات اخلاقی چون هنوز دینی در عالم اعتبار ایجاد نشده است و پرداخت شخص پاسخگوی دینی در عالم حقوق و اعتبار نبوده و صرفاً در جهت پاسخگویی به دینی است که در عالم اخلاق و وجودانیات شخص محصور مانده است، لذا پرداخت مزبور را ماهیتاً بايستی نوعی احسان و بخشش قلمداد کرد. این در حالی است که در تعهدات طبیعی وضع به گونه‌ای دیگر است. اگر تعهد طبیعی از نوع تعهد ناقص یا عقیم باشد، چون در این گونه تعهدات، در وجود رابطه حقوقی و دین سابق جای هیچ شک و تردیدی نیست، لذا اگر پرداختی صورت می‌گیرد صرفاً در پاسخ به ندای وجودان شخص نبوده، بلکه در راستای وفای به عهد سابق است و چنین پرداختی ایفای ناروا نیست تا امكان باز ستاندن آن مطرح باشد. اما اگر تعهد طبیعی از نوع تعهدی باشد که تنها زاده اراده مديون است، در این صورت پاسخ به ندای وجودان شخص است که موجب پرداخت

۱. جوانمردی، «مبانی نظری تعهدات طبیعی»، پیشین، ص. ۱۶۵.

(ایفا) می‌گردد و پس از پرداخت هم مانند تعهدات دسته اول، آنچه داده شده قابل استرداد نیست. بنابراین ماهیت پرداخت در تعهدات طبیعی از مبنایی دوگانه برخوردار است. در تعهدات ناقص و عقیم ماهیت پرداخت، وفای به عهد یا ایفای دین سابق است. در حالی که در تعهدات دسته اخیر، ماهیت پرداخت ایفای دین وجودانی است. هرچند عدهای به این نظر ایراد گرفته‌اند و ماهیت پرداخت در تعهدات اخلاقی را نیز همچون تعهدات طبیعی وفای به عهد می‌دانند و معتقدند همین که شخص در وجودان و ضمیر خود احساس دین کرده و دیگری را مستحق دریافت بداند، همین اندازه برای صدق عنوان مديونیت کافی است. برای دفع این ایراد بایستی این نکته را خاطر نشان کرد که اولاً اگرچه مهم‌ترین منبع حقوق اخلاق است لیکن جدایی قلمرو حقوق از اخلاق امری است حتمی و انکارناپذیر و کسی در این زمینه کوچک‌ترین تردیدی به ذهن خود راه نمی‌دهد. ثانیاً زمانی می‌توان گفت که دینی وجود داشته و پرداخت در پاسخ به آن بوده است، که آن دین در قلمرو حقوق با تمامی شرایط و ارکان خود نفوذ پیدا کرده باشد و گرنه چگونه می‌توان ادعا کرد که پرداخت در جهت ایفای دینی بوده که هنوز در عالم اعتبار ایجاد نشده است.

#### ۴-۲-۳. قابلیت رجوع

با توجه به تحلیلی که از تعهدات اخلاقی به عمل آمد، این واقعیت بر ما محرز شد که پرداخت در تعهدات اخلاقی به دلیل فقدان سبب حقوقی و به تبع آن نبود چهره بدھکاری و بستانکاری، ماهیتاً به نوعی بخشش یا احسان ساده نزدیک‌تر است تا وفای به عهد. لذا شخص مطابق با قواعد کلی عقد هبه به جز موارد استثنایی می‌تواند نسبت به آنچه داده است در صورت حصول سایر شرایط رجوع نماید. این در صورتی است که در تعهدات طبیعی به حکم ماده ۲۶۶ قانون مدنی شخص پس از پرداخت توأم با میل و اراده دیگر حق رجوع ندارد؛ زیرا پرداخت مزبور ایفای دین تلقی شده و دعوای استرداد پس از آن مسموع نیست. البته این امر بستگی به تشخیص دادگاه دارد زیرا «اگر دادگاه تمیز دهد که آنچه رخ داده وفای به عهد بوده است، مدعی استرداد محکوم می‌شود؛ ولی در صورتی که تسليم مال در مقام قبض مال هبه انجام شده باشد، جز در موارد استثنایی، حکم به سود مدعی صادر می‌شود.»<sup>۱</sup>

پس از شناسایی وجود اشتراک و افتراء تعهدات طبیعی با تعهدات اخلاقی نوبت آن است که از ارتباط میان این دو تعهد سخن به میان آورد. در بخش وجود اشتراک گفته شد که یکی از وجوده اشتراک بین تعهدات اخلاقی و تعهدات طبیعی فقدان

۱. کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص. ۵۰۸.

ضمانت اجرای قانونی است. شاید به خاطر این وجه اشتراک است که سرنوشت این دو تعهد به نوعی در یکدیگر گره خورده و باعث گردیده این دو تعهد به گونه‌ای با یکدیگر ارتباط پیدا کنند. به عبارت دیگر، تعهد طبیعی از بدو موجودیت خود و از لحظه قطع حمایت قانون از آن به نوعی در وجودان شخص نهادینه شده و استقرار می‌یابد. این در حالی است که تا قبل از حدوث مانع قانونی دین به صورت قانونی و همراه با ضمانت اجرا بر ذمه مدیون سنگینی کرده و طلبکار قانوناً می‌تواند اجبار او را از دادگاه در صورت امتناع مدیون بخواهد. حقوق دانان فرانسوی دایره تکالیف اخلاقی و ارتباط آنها با تعهدات طبیعی را بسیار وسیع می‌پنداشد. دادگاه‌های این کشور هر بار که احراز کنند که شخصی مبلغی پول را بدان سبب که تکلیف اخلاقی نسبت به پرداخت آن داشته تأديه کرده است، استرداد آن را منع می‌شمارند. آنها به این پرداخت به عنوان اجرای تعهدی می‌نگرند که از آنجا که دارای قدرت اجبار کننده مدنی نیست یا اینکه هیچ گاه دارای چنین قدرتی نبوده است، تنها می‌تواند به عنوان یک تعهد طبیعی مطرح باشد.<sup>۱</sup>

به عبارت دیگر رویه قضایی در فرانسه بر این واقعیت متمایل است که هر تکلیف اخلاقی را که بر دوش مدیون سنگینی می‌کند به عنوان یک تعهد طبیعی قلمداد می‌نماید؛ خواه این تکلیف اخلاقی ناشی از تکلیف حق‌شناصی باشد و خواه ناشی از تکلیف جبران خسارت وارد بر دیگری و یا ناشی از تکلیف همیاری باشد و یا تکلیف دارا نشدن به هزینه دیگری که موارد آن در رویه قضایی فرانسه فراوان است. این در حالی است که رویه قضایی کشور ما در رابطه با شناسایی تکالیف اخلاقی به عنوان تعهد طبیعی به ابتکاری دست نزده است. مع‌الوصف، دامنه تعهدات طبیعی را نباید آنقدر وسیع دانست که هر تعهد اخلاقی را به منزله تعهد طبیعی پنداشت. درست است که عوامل اخلاقی و وجودانی در شکل‌گیری تعهدات طبیعی نقش بسزایی دارند لیکن در این مورد نیز نباید زیاده روی کرده و پا را از مسلمات فراتر گذاشت. به نظر می‌رسد تعهدات طبیعی با تعهدات اخلاقی بی‌ارتباط نیستند. هر تعهد طبیعی یقیناً با یک تعهد اخلاقی همراه است اما این به معنای آن نیست که هر تعهد اخلاقی هم یک تعهد طبیعی قلمداد شود. البته این نظر برخلاف آن چیزی است که هم اکنون در رویه قضایی فرانسه وجود دارد و حتی مبنای نظر عده‌ای از حقوق دانان ایرانی نیز قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

۱. بو، رُّه، «تعهد طبیعی»، ترجمه دکتر محسن ایزانلو، ارج نامه دکتر الماسی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص. ۲۹۲.

۲. کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص. ۵۲۲.

بنابراین شایسته است ابتدا جهت پرهیز از هرگونه اختلال حقوقی، تعریف جامعی از تعهد طبیعی دست داد تا با ارائه آن راه را به روی ورود سایر تکالیف اخلاقی به قلمرو تعهد طبیعی بیندیم. بنابراین با توجه به شناختی که از تعهدات طبیعی به دست آورده‌یم این تعهدات گونه‌ای از تعهد مدنی هستند که قانون وصف حمایتی خود را از آنها گرفته است، دستیابی دوباره این تعهدات به وصف از دست رفته خویش در گروی التزامی است که مدیون در وجдан خود احساس می‌کند. پس از شناسایی دین اخلاقی توسط مدیون است که تعهد مدنی سابق دوباره وصف حقوقی می‌یابد و واجد اثر حقوقی می‌گردد. اراده مدیون در قالب پرداخت دین چون در پاسخ به دین مدنی سابق بوده است ماهیتاً وفای به عهد قلمداد می‌شود. بر عکس اگر کسی به ندای وجدان خویش گوش فرا دهد و دین صرفاً اخلاقی خود را بدون هچ پیش‌زمینه حقوقی پردازد، عمل انجام‌شده چیزی جز یک بخشش و هبہ ساده نخواهد بود و عرف نیز چنین پرداختی را ایفای دین طبیعی نمی‌داند. بنابراین تکالیفی نظیر دادن پاداش در مقام حق‌شناسی، دادن نفقة نزدیکان نظیر خواهر و برادر، انفاق به فرزند طبیعی و نامشروع و نگهداری از او و غیره را باید در زمرة تکالیف اخلاقی محض دانست نه در زمرة تعهدات طبیعی.

## ۵. مطالعه تطبیقی

### ۱-۱. حقوق فرانسه

تعهد طبیعی به مفهوم امروزی نتیجه برخورد اندیشه‌ها و رویکردهای متفاوتی است که در حقوق فرانسه پرورده شد و تکامل یافت. دکترین فرانسه در خصوص ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی این کشور دو برداشت متفاوت از موضوع ارائه می‌دهد. این دو برداشت و رویکرد به ترتیب به برداشت کلاسیک و برداشت نوین در حقوق فرانسه شهرت یافته است، که در مطالب گذشته در خصوص مبانی تعهدات طبیعی به آن اشاره شد.

#### ۱-۱-۱. برداشت کلاسیک از تعهد طبیعی

این نظریه که برگرفته از سنت رومی است و پیشتر به آن اشاره گردید، از طریق دوماً به حقوق معاصر انتقال یافته و بر دکترین قرن ۱۹ حکومت می‌کرد. «این نظریه یک مفهوم نوعی و مضيق از تعهد طبیعی را می‌پذیرد و از آنجا که در اندیشه حفظ مرز دقیق میان حقوق و اخلاق است یک مبنای صرفاً حقوقی را به تعهد طبیعی منتسب می‌کند. به موجب این برداشت، تعهد طبیعی که از اساس متمایز از تکلیف اخلاقی است، تا حد بسیار زیادی به تعهد مدنی نزدیک است و فقط به واسطه یک عامل از آن

متمايز است و آن اينکه مجهر به حق اقامه دعوا نیست. بدین ترتیب میان این دو جز یک اختلاف در درجه و نه در ماهیت، اختلاف دیگری موجود نیست. طبق این نظریه تعهد طبیعی اگرچه ناقص است، اما همانند یک تعهد حقوقی جلوه می‌کند که از پیش، مشروط به اجرا، در دارایی طلبکار وجود دارد. از این‌رو نمی‌توان به جا آوردن این تعهد یا شناسایی ارادی آن را، طبق این دیدگاه یک عمل حقوقی رایگان به شمار آورد. ابری و رو که تعهد طبیعی را به تعهد مدنی گاه قلب شده و گاه عقیم‌مانده تحلیل می‌کردند، با بیان این اصطلاحات مشهور، مفهوم کلاسیک را به نقطه اوج خود رسانده‌اند.<sup>۱</sup>

#### الف – تعهدات مدنی قلب‌شده

به باور آنها برخی تعهدات، در مرحله تکوین هم طبیعی‌اند و هم مدنی‌اند اما در ادامه قانون‌گذار به دلایل مبتنی بر مصلحت اجتماعی، حق اقامه دعوا را از آنها گرفته است. برای مثال تعهد مدیون پس از حصول مرور زمان، چنان تعهدی است. در این فرض، تعهد طبیعی از تعهد مدنی محروم شده و از بارزترین ویژگی‌اش، که همان ضمانت اجرای قانونی می‌باشد، بر جای مانده است. چنان تعهدی، تعهد مدنی قلب‌شده نام دارد.

#### ب – تعهدات مدنی عقیم‌مانده

اما در مورد بعضی دیگر از تعهدات، مبنی چنان حق اقامه دعوایی را که این تعهدات منطقاً قابلیت دارا بودن آن را داشته‌اند، نشناخته است. همانند تعهداتی که در مرحله تکوین خود دچار عیب شکلی شده‌اند یا همراه با عدم اهلیت بوده‌اند؛ مثل وصیتی که به طور شفاهی تنظیم شده یا هبه‌نامه‌ای که به طور رسمی تنظیم نشده است. در این موارد عدم نفوذ آنها به حدی نیست که نتوان در آنها ریزنفتشی از تعهد مدنی را ملاحظه کرد. چنان تعهدی را تعهد مدنی عقیم‌مانده می‌گویند.

این نظریه به واسطه سنتی بودنش، از حد یک نظریه کلاسیک فراتر نرفته است. ژرژ دوپیرو با کمک چند تن از نویسنده‌گان این نظریه را به طور درخشانی متحول کرده است. این نویسنده پس از نشان دادن اختلافاتی که تعهد طبیعی را در برابر تکلیف اخلاقی قرار می‌دهد و با توجیه تجزیه‌ای که جدایی همه تعهدات از عنصر ضمانت اجرا را ممکن می‌سازد، مبانی نظریه نئوکلاسیک تعهد طبیعی را پی‌ریزی کرد.<sup>۲</sup> لیکن برداشت کلاسیک که به تقلیل شمار تعهدات طبیعی گرایش دارد، پذیرش وسیع این تعهدات از

۱. بو، پیشین، ص. ۲۸۵.

۲. کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص. ۳۳۱.

---

سوی رویه قضایی را به دشواری توجیه می‌کند، زیرا رویه قضایی وجود چنین تعهداتی را در فرضی که هیچ‌گاه دارای پیشینه تعهد مدنی نبوده‌اند و از سوی دیگر تعهد عقیم‌مانده نیز محسوب نمی‌شده‌اند، به رسمیت شناخته است. وانگهی «ابری و رو» خودشان با قرار دادن جایگاه برای تعهدات ایجاد شده به منظور تبعیت از یک احساس برخاسته از انصاف، وجود و شرافت چنین مشکلی را برای نظریه کلاسیک پدید آورده‌اند. بدین‌سان این نویسنده‌گان با گشودن دریچه تعهداتی طبیعی بر روی تکالیف اخلاقی، ظهور نظریه نوین را تسهیل کرده‌اند.

### ۲-۱-۵. برداشت نوین از تعهد طبیعی

بسیاری از نویسنده‌گان با تصدیق یک تشابه فزاینده میان تکلیف اخلاقی و تعهد طبیعی در رویه قضایی، تعهد طبیعی را تنها یک تکلیف وجودی دانسته‌اند که دادرس به هنگام ارزیابی وصف و ارزش عمل انجام‌شده به‌وسیله یک شخص بر آن صحه می‌گذارد. استاد ژرژ ریپر این برداشت موسع از تعهد طبیعی را از جنبه اساساً شخصی به اعلاه درجه خود رسانده است. او با رد هرگونه نظریه عمومی تعهد طبیعی، این تعهد را تنها در قلمروی وجود قرار می‌دهد. بنابراین ارائه فهرست محدودی از تعهداتی طبیعی امری واهی خواهد بود؛ به باور او تنها می‌توان این تعهدات را با توجه به اصول عده اخلاقی حاکم بر جامعه که عموماً دارای ضمانت اجراء‌های حقوقی هستند، دسته‌بندی کرد. در فقدان ضمانت اجراء مدنی این اصول اخلاقی می‌تواند در قالب تعهد طبیعی ظهور کنند. اما ریپر اذعان دارد که: «تا زمانی که مديون وجود تعهد طبیعی را با اجرای آن تصدیق نکرده است، تعهد طبیعی وجود ندارد. این تعهد از به رسمیت شناختن تکلیف اخلاقی از سوی مديون پدید می‌آید.» به این ترتیب مديون به واسطه همین عمل خویش، یعنی انجام تعهد بدون آنکه اجباری در کار بوده باشد، یا به‌وسیله وعده اجرای آن، به تعهدی که به گونه‌ای طبیعی خلق شده است، وصف حقوقی می‌بخشد. انتقاد وارد بر این دیدگاه این است که اگر تعهد طبیعی تنها از تصدیق تکلیف اخلاقی از سوی مديون پدید می‌آید، از این امر منطقاً چنین نتیجه می‌شود که دیگر نمی‌باشد از تعهد طبیعی، بلکه از تعهد مدنی سخن راند؛ چراکه این تصدیق، تکلیف اخلاقی را به شکل یک رابطه الزام‌آور تغییر داده است. در این صورت تعهد طبیعی چیزی جز «تعهد مدنی کامل» که جهتش «قصد به جا آوردن تکلیف اخلاقی» است نخواهد بود. بدین‌سان یکی دانستن کامل تعهد طبیعی با تکلیف اخلاقی ظاهرأً به نفی آن منجر می‌شود. از طرف دیگر نفوذ قاعده اخلاقی در تعهدات باعث می‌گردد این قاعده اخلاقی به ابزاری در دست دادگاه‌ها برای استیلای اخلاق بر حقوق تبدیل شود.

## ۲-۵. حقوق مصر

در حقوق مدنی مصر نیز قانون‌گذار در رابطه با آثار پرداخت تعهدات طبیعی مثل حقوق ایران که برگرفته از حقوق فرانسه است عمل نموده است. در بند اول ماده ۱۸۱

رویه قضایی فرانسه از مبنای هر دو دیدگاه در تعیین مصاديق تعهدات طبیعی بهره جسته است. به این گونه که مصاديق تعهدات طبیعی را به دو دسته تقسیم بنده نموده است. دسته نخست تعهدات مدنی ناقص که به تعهدات مدنی خاموش (ساقط شده) و تعهدات مدنی باطل تقسیم می‌شوند. در تعهدات مدنی خاموش مصاديقی همچون دین مشمول مرور زمان، دین مشمول قرارداد ارفاقی و انکار دین به سبب سوگند قرار می‌گیرند. در تعهدات مدنی باطل مواردی نظر تعهد ناشی از هبه‌نامه که در سند عادی تنظیم شده است، یا تعهد ناشی از وصیت شفاهی و یا قراردادی که به واسطه فقدان اهلیت باطل است. اینها مواردی است که اگرچه با مانع شکلی و تشریفاتی رو برو هستند لکن به صورت یک تعهد طبیعی باقی می‌مانند. البته هرگونه دعواهی راجع به پرداخت دیون ناشی از قمار و گروبندی طبق مواد ۱۹۶۵ و ۱۹۶۷ قانون مدنی فرانسه به واسطه جهت نامشروع و یا غیر اخلاقی، غیرقابل استماع شناخته شده است. اما رویه قضایی فرانسه در مورد بازی شرط‌بندی بر روی اسب بردنه در مسابقه و همچنین در مورد قمارهای معمول در کازینو از اعمال قاعده مذکور در مواد فوق صرف‌نظر نموده است. دسته دوم تکالیف اخلاقی هستند، که شامل تکلیف جبران خسارت وارد به دیگری، تکلیف دارا نشدن به هزینه دیگری، تکلیف حق‌شناسی و تکلیف همیاری تقسیم می‌شود. در خصوص آثار تعهدات طبیعی در حال حاضر در فرانسه این اتفاق نظر وجود دارد که تعهد طبیعی نمی‌تواند ایجاد کننده آثاری باشد که نویسنده کلاسیک ادعا می‌کردد. یعنی آثاری که تعهد طبیعی می‌توانست در حقوق رم داشته باشد از جمله اینکه تعهد طبیعی نمی‌تواند مبنای حق حبس قرار گیرد. همچنین نمی‌تواند موضوع تهاهر قانونی با یک تعهد حقوقی واقع شود زیرا تهاهر شیوه‌ای برای اجرای تعهد است و اجرای اجباری تعهد طبیعی منتفی است. به علاوه ضمانت نمودن از تعهد طبیعی در دکترین فرانسه مورد تردید قرار گرفته است. مهم‌ترین اثری که به صراحة در قانون فرانسه آمده است، اعتبار پرداخت آن است. به این معنا که وقتی مدیون اجرایش کرد دیگر استرداد مبلغ پرداخت شده غیرممکن است؛ منتها پرداختی که به حکم بند ۲ ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه در اثر میل و اختیار صورت گرفته باشد. یکی دیگر از آثار مهم تعهدات طبیعی این است که این تعهدات می‌توانند به وسیله وعده اجرا به یک تعهد معتبر حقوقی تبدیل گرددند.

قانون مدنی مصر آمده است: «چنانچه مالی به کسی تأديه شود که مستحق دریافت آن نبوده مکلف است آن را مسترد نماید.» در رابطه با ادعای اشتباہ و ناآگاهی در پرداخت تعهدات طبیعی در بند دوم این ماده آمده است: «مع هذا وقتي تأديه كننده علم داشته كه تعهدی به تأديه نداشته است تكليفی به استرداد وجود ندارد، مگر اينكه تأديه كننده فاقد اهلیت بوده یا به اکراه تأديه کرده باشد.» همان‌گونه که از ماده آشکار است ادعای اشتباہ و اکراه و عدم اهلیت از سوی پرداخت‌کننده دین طبیعی قابل استیماع است. همچنین در خصوص ضمانت‌اجرای قانونی تعهدات، ماده ۱۹۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «۱) تعهد، به طور اجباری علیه متعهد اجرا می‌شود. ۲) معهذا هرگاه تعهد، طبیعی باشد اجرای آن اجباری نخواهد بود.» این ماده نیز بیانگر آن است که تعهدات طبیعی اصولاً فاقد رکن ضمانت اجرای قانونی هستند. در ماده ۲۰۰ قانون مدنی مصر مکانیزم شناسایی دیون طبیعی به قاضی دادگاه سپرده شده است و ابزاری که قاضی را در به رسمیت شناختن چنین دیونی باری می‌کند، عدم مخالفت دین طبیعی با نظم عمومی است. به نظر می‌رسد این ماده دست قضاط را برای شناسایی دیون اخلاقی محض به عنوان یک دین طبیعی باز گذاشته است. در ماده ۲۰۲ قانون مدنی آمده است: «تعهد طبیعی می‌تواند متضمن سبب معتبر برای تعهد مدنی باشد.» و نهایتاً ماده ۳۸۶ قانون مدنی در رابطه با تأثیر مرور زمان بر تعهدات مقرر می‌نماید: «مرور زمان، تعهد را ساقط می‌کند اما تعهدی طبیعی بر ذمه مدیون باقی می‌گذارد ...» آنچه از این ماده برداشت می‌شود این است که اگرچه در بدو امر به نظر می‌رسد، قانون گذار مصری مرور زمان مسقط حق را پذیرفته لیکن در قسمت دوم ماده به روشنی این نکته دریافت می‌شود که چنین تعهدی در صورت پرداخت از اثر حقوقی لازم برخوردار است.

## نتیجه‌گیری

مرز میان تعهدات طبیعی با تعهدات اخلاقی محض غیرقابل انکار بوده و نمی‌توان آن را نادیده گرفت، زیرا اگر هر تعهد اخلاقی را به منزله یک تعهد طبیعی قلمداد کنیم، مرزبندی موجود بین اخلاقیات و حقوق را زیرپا گذاشته‌ایم. رویکرد قانون‌گذار نیز بر همین مبنای استوار است؛ زیرا از سیاق ماده ۲۶۶ قانون مدنی به‌روشنی برداشت می‌شود که قانون‌گذار تنها تعهداتی را که غیرقابل مطالبه است خطاب قرار داده و تعهدات اخلاقی محض از شمول ماده خروج موضوعی دارند و مدنظر قانون‌گذار نمی‌باشند. پس شایسته نیست که قلمرو این دو تعهد را یکی پنداشته و در مقام اتحاد آنها با یکدیگر برآییم. تعهد طبیعی یک تعهد رو به کمال است که جهت تبدیل شدن به یک تعهد کامل نیازمند شرایطی است که یکی از این شرایط آن است که ایفای تعهد توسط مديون با ميل و اراده آزادانه او انجام شود. نتیجه آنکه پرداختی که برخلاف ميل مديون و ناشی از اشتباه و اکراه باشد را باید نامعتبر دانست. فقدان ضمانت اجرای تعهدات اخلاقی محض امری است ذاتی، درحالی که فقدان ضمانت اجرای تعهدات طبیعی امری است عارضی. تعهد طبیعی خود داخل در حوزه و قلمرو اخلاقی به قلمرو آن می‌شود. بنابراین تعهدات اخلاقی محض را بایستی جدای از تعهدات طبیعی دانست. تعهدات طبیعی ماهیتاً تعهدات حقوقی اخلاقی هستند که چهره اخلاقی آنها بر چهره حقوقی آن غلبه دارد. چهره حقوقی زمانی متجلی می‌گردد که در مفهوم اراده مديون خودنمایی کند. مقام اعطائکننده چهره حقوقی به تعهدات طبیعی قانون است؛ زیرا از زمان تجلی اراده مديون است که دین طبیعی غیرقابل مطالبه می‌باشد. به عبارت دیگر تعهدات طبیعی تعهدات بالقوه‌ای هستند که با اراده مديون به فعلیت می‌رسند و به یک تعهد کامل ارتقاء پیدا کرده و کامل می‌شوند. در حقوق روم باستان تعهدات طبیعی در قالب تعهد بردگان در زمان بردگی و تعهد اعضای خانواده بین یکدیگر و تعهد اطفال متجلی می‌گشت. در حقوق فرانسه مفهوم و ماهیت تعهدات طبیعی در قالب نظریات گوناگون از جمله نظریات کلاسیک، نئوکلاسیک و نظریه اخلاقی و نظریه اراده مديون بسط و توسعه یافت. از جمله مصاديق تعهدات طبیعی در حقوق آلمان می‌توان به قمار و شرط‌بندی و قراردادهای دلالی یا حق العمل کاری برای امر ازدواج اشاره کرد. تعهدات طبیعی در حقوق سایر کشورها از جمله مصر همانند حقوق ایران مورد پذیرش و تأیید قانون‌گذاران قرار گرفته است.

## منابع

- اکبرپور، مجید؛ محبی، ابوالفضل؛ و خدیجه نظری، «بررسی تعهدات طبیعی در حقوق ایران با رویکرد حقوقی و تحلیل اقتصادی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶، ۱۳۹۰.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۴۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.
- جوانمرادی، ناهید، تعهدات طبیعی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- —————، «مبانی نظری تعهدات طبیعی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲، ۱۳۸۲.
- حسینی، محمدرضا، قانون مدنی در رویه قضایی، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.
- بو، رژه، «تعهد طبیعی»، ترجمه دکتر محسن ایزانلو، ارج نامه دکتر الماسی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
- شفایی، علی احسان، ماهیت، قلمرو و نظام تعهد طبیعی در حقوق ایران و فرانسه، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۶.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۱.
- صفائی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی- قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ اول، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۷۸.
- قائممقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- —————، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
- —————، مقدمه علم حقوق، چاپ سی و سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- نصیری، محمد، «بحث در اطراف تعهدات طبیعی»، مجموعه حقوقی، شماره ۱۳۱، ۱۳۱۸.
- نوین، پرویز، حقوق مدنی (۳) - انحلال و انعقاد قراردادها، چاپ اول، تهران، انتشارات تدریس، ۱۳۸۴.

- Colin, Ambroise; et Henri Capitant, par Julliot de la Morandiere, Droit Civil, Introduction General, Personnes, Famille, T.1, Dalloz, Paris, 1957.

- 
- Ghestin, Jacques; et Gilles Goubeaux, Traite de Droit Civil, Sous la Direction de Ghestin, Introduction General, T., 1, 4 ed, Paris, Dalloz, 1994.
  - Krebs, Thomas, Restitution at the Crossroads: a Comparative Study, London, Cavendish Publishing Limited, 2001.
  - Mazeaud, Henri; et Jean Leon, Lecons de Droit Civil: Introduction Sur L'etude de Droit, T.1, 6 edition, Paris, Francois Chabas, 1983.
  - Nady Tyan, Mohamed, "Business Laws of Lebanon", Hague, Kluwer Law International, 2001.
  - Snyder, David, "The Case of Natural Obligations", Louisiana Law Review, Vol. 56, 1996.
  - Thomas, Claude, Essaie sur Les Obligations Naturelles en Droit Francais, These, Montpolier, 1932.

## رعایت مصالح بزه‌دیده در جرم‌انگاری

\* رحیم نوبهار

\*\* فاطمه صفاری

### چکیده

با آنکه جرم‌انگاری اغلب به لحاظ رعایت مصالح بزه‌دیدگان صورت می‌گیرد، عدم مراعات برخی کیفیات در جرم‌انگاری ممکن است در عمل به زیان بزه‌دیده باشد. این مقاله توضیح می‌دهد که مصالح بزه‌دیده باید در مرحله جرم‌انگاری مورد توجه قرار گیرد و پس از عبور جرم‌انگاری از صافی مصالح بزه‌دیده در مقام تعیین چند و چون جرم‌انگاری نیز انواع مصالح بزه‌دیده مورد توجه قرار گیرد. مصالح بزه‌دیده در مواردی ایجاد می‌نماید که سرنوشت دعوای کیفری به لحاظ شروع تعقیب و یا گذشت به دست خود بزه‌دیده باشد تا او با ملاحظه مصلحت خود در این باره تصمیم بگیرد. کیفیات جرم‌انگاری همچنین باید با توجه به صیانت از حریم خصوصی بزه‌دیده و حفظ اسرار او باشد. مصالح و حریم خصوصی دسته‌های گوناگون بزه‌دیدگان مانند کودکان و ناتوانیان ذهنی به لحاظ نوع حمایتی که باید از آنها به عمل بباید یکسان نیست. این نوشتاب با اشاره به پاره‌ای از این تفاوت‌ها توضیح می‌دهد که مصالح گروه‌های مختلف بزه‌دیدگان را باید به طور خاص مورد توجه قرار داد. همچنین با اشاره به برخی کاستی‌های نظری درباره نظام قانونی ایران، پیشنهادهایی برای بهبود وضعیت موجود ارائه شده است.

**کلیدواژه‌ها:** جرم‌انگاری، کیفیات جرم‌انگاری، مصالح بزه‌دیده، جرایم قابل گذشت.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

\*\* کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

rnobahar@gmail.com

f.saffari@mail.sbu.ac.ir

## مقدمه

جرائم غالباً محل نظم عمومی هستند. جرمانگاری نیز با هدف تأمین مصالح عمومی و دفاع از نظم عمومی در معنای عام آن صورت می‌گیرد. با این حال دسته‌ای از جرائم که شمار آنها کم نیست، دارای بزهديده حقیقی هستند. در این جرائم بزهديده، زیان‌دیده اصلی است که از ارتکاب جرم آسیب می‌بیند. در نتیجه، ضرورت دارد که قانون‌گذار در مقام جرمانگاری ضمن توجه به مصالح جامعه به مصالح فردی نیز توجه کرده و با توجه به نیازهای بزهديگان کیفیاتی را در جهت تأمین منافع آنها پیش‌بینی نماید. در چند دهه اخیر با توسعه اندیشه عدالت ترمیمی، مصالح بزهديده بیشتر مورد توجه قرار گرفته است؛ اما بسیاری بر این عقیده هستند که هنوز بزهديده جایگاه شایسته خود را در نظام عدالت کیفری باز نیافته است؛ حتی برخی اصرار دارند که حمایت از بزهديده باید در شمار اصول قانون اساسی کشورها قرار گیرد.<sup>۱</sup> بسیاری از پژوهش‌های حمایت‌گرایانه از بزهديگان بر حمایت‌های ناظر به فرایندهای دادرسی تأکید کرده‌اند؛<sup>۲</sup> اما این که در مقام جرمانگاری و تعیین کیفیات جرم هم باید توانزن میان مصالح عمومی و منافع خصوصی بزهديده را در نظر داشت کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

بی‌توجهی به نیازهای بزهديگان و عدم پیش‌بینی کیفیات ویژه بهمنظور تأمین منافع آنان، چه‌بسا جرمانگاری را بی‌اثر سازد. مثلاً در جرم تجاوز به عنف، با وجود جرمانگاری و وضع مجازات شدید برای مرتكبان، گاه به دلیل عدم پیش‌بینی کیفیاتی در جهت حفظ آبرو و اسرار بزهديگان، تمایل اندکی برای اعلام بزهديگی وجود دارد. این مسئله می‌تواند زمینه‌ساز عدم رسیدگی به برخی از جرائم شود و به پدیده تکرار جرم دامن بزند. اعتقاد عمومی بر این است که کناره‌گیری بزهديده از فرایند عدالت کیفری به این احساس همگانی دامن می‌زند که نظام عدالت کیفری ناکارآمد و غیرپاسخگو است؛ امری که به‌نوبه‌خود سبب می‌شود تا شمار بیشتری از بزهديگان از گزارش دادن جرم خودداری کنند.<sup>۳</sup>

در مقام توجه به مصالح بزهديگان باید به یاد داشت که بزهديگان دارای طیف گسترده‌ای هستند. گروه‌هایی مانند زنان، کودکان، سالمندان، ناتوانان ذهنی و جسمی

1. Gegan, Susan; and Nicholas Rodriguez, "Victims' Role in the Criminal Justice System: A Fallacy of Victim Empowerment?" *Journal of Civil Rights and Economic Development*, Vol. 8, Issue 1, Fall 1992, pp. 225- 250.

2. برای نمونه نک: توجهی، عبدالعلی، «اندیشه حمایت از بزهديگان و جایگاه آن در گستره جهانی و سیاست جنایی تقنیونی ایران»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، سمت، ۱۳۸۳، صص ۶۱۴- ۶۴۶؛ شیری، عباس، رفتار کرامت‌مدار با بزهديده، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۴، پاییز ۱۳۸۶، صص. ۱۷- ۵۸.

3. Kennard, Karen, *The Victims Veto: A way to Increase Victim Impact on Criminal Case Dispositions*, California Law Review, vol. 77, No. 2, 1989, p. 417.

---

هر کدام با توجه به نوع جرمی که علیه آنها ارتکاب می‌یابد باید به گونه خاصی حمایت شوند.

این مقاله به طور تحلیلی به پاسخ به این پرسش می‌پردازد که پس از تصمیم نهایی به جرم‌انگاری رفتار معین، رعایت کدام کیفیات، منافع بزه‌دیدگان را بهتر تأمین خواهد کرد. منافع و مصالح گروههای گوناگون چگونه با یکدیگر تفاوت دارد و قانون‌گذار چگونه می‌تواند آنها را مورد توجه قرار دهد؟

## ۱. جرم‌انگاری و صافی مصالح بزه‌دیده

در دیدگاه رایج غرض از جرم‌انگاری و مجازات بیش از هر چیز حفظ نظم و دفاع از منافع عمومی جامعه است,<sup>۱</sup> نه دفاع از منافع و مصالح بزه‌دیده. با این حال در بسیاری از جرایم بزه‌دیده حقیقی یک شخص انسانی است که قربانی جرم نامیده می‌شود و باید به مصالح او به خوبی توجه کرد. البته نظریه‌های گوناگون جرم‌انگاری در میزان اهتمامی که به مصالح جامعه یا فرد دارند، یکسان نیستند.<sup>۲</sup> برخی از نظریه‌ها بیشتر فردگرا هستند و برخی تمایلات جامعه‌گرایانه دارند. بر این پایه میزان اهتمامی که در نظریه‌های گوناگون به اصول جرم‌انگاری می‌شود متفاوت است. با این حال در زمانه ما سه رویکرد: لیبرال، اخلاق‌گرا و پدرسالار رقبیان اصلی یکدیگرند. این سه رویکرد به طبع خود در میزان اهتمام و حساسیتی که به منافع و مصالح بزه‌دیده دارند، یکسان نیستند.

در جرم‌انگاری بر پایه رویکرد پدرسالار، تأکید بر اقداماتی است که توسط خود فرد علیه خود او و مصالحش صورت می‌گیرد. در این نگاه به سختی می‌توان بزه‌دیده‌ای متفاوت با بزه‌کار تصور کرد تا نوبت به سخن از رعایت مصالح او به میان بیاید. به همین ترتیب، اخلاق‌گرایی نیز حمایت از اخلاقیات را هدف قرار می‌دهد و ارتکاب اعمال غیراخلاقی را قابل مجازات می‌داند؛ جرم‌انگاری بر مبنای اخلاق‌گرایی بر این اندیشه مبتنی است که اخلاق به منزله ملاتی است که اجزای مختلف یک جامعه را به هم پیوند می‌دهد.<sup>۳</sup> مناقشات درباره اینکه آیا اخلاق‌گرایی مبنایی مناسب برای جرم‌انگاری است، فراوان است. به هر روی در این اصل یا رویکرد، تأکید اصلی بر زبانی است که فرد می‌تواند در قالب رفتاری معین به خود وارد آورد. تأکید اصلی در این رویکرد بر بزه‌دیده نیست.

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد های اول و دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۸.

2. Duff, Antony, "Theories of Criminal Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, p. 3. Available at: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/criminal-law>.

۳. محمودی جانکی، فیروز، «حمایت کیفری از اخلاق»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تحلیل از دکتر محمد آشوری)، تهران، سمت، ۱۳۸۸، ص. ۷۷۶.

اما اصل ضرر به بزهديده و مصالح وی توجه شاياني می نماید. جوهر اصل ضرر به مثابه قاعده جرم‌انگار، حمایت از افراد در برابر آسيب‌های ناشی از افعال و ترك فعل‌های ديگران است. اصل ضرر‌الهام‌بخش اين انديشه است که تعرض به منافع بزهديده مجوز مناسبی برای جرم‌انگاری است.

با اين حال برخلاف تصور رايچ گاه با آنکه کسی زيان‌ديده است، جرم‌انگاري رفتار مفروض عليه او ضرورتاً به صلاح وی نیست. اگر خدمات را به دو دسته عمومی و خصوصی تقسيم کنيم، خدمات خصوصی اغلب دليل مناسي برای جرم‌انگاري نیستند.<sup>۱</sup> بسياري از بزهديده‌گان تمالي به مداخله دولت برای حمایت از آنها در قالب جرم‌انگاري ندارند. همچنان که برخی از نويسنده‌گان يادآور شده‌اند، زيان‌اور بودن رفتار يكی از دلائل جرم‌انگاري است، ولی نه دليلی لازم است و نه دليلی كافي برای آن.<sup>۲</sup> برای مثال، در جريامي که بزهديده و بزهكار ارتباط تنگاتنگی با هم دارند، مانند اعضاي يك خانواده، گاه ضرر در معنائي که نظريه پردازان اصل ضرر مدنظر دارند، وجود دارد، اما مداخله كيفري ممکن است وضعیت را وخيم‌تر کند. در اين صورت، پرهیز از تأثير احتمالي بدنامی تعقیب کيفري می‌تواند سودهایی برای بزهديده داشته باشد.<sup>۳</sup>

تحقیقات صورت‌گرفته در برخی کشورها درباره علت گزارش ندادن بزهديده‌گی، نشان می‌دهد که در موارد زيادي، بزهديده‌گان با آن که متتحمل زيان شده‌اند، با اين اعتقاد که موضوع خصوصي است و ارتباطی به قانون نداشته یا حداقل مسئله‌ای نیست که پليis به آن رسيدگی کند، از گزارش دادن آن اجتناب می‌کنند.<sup>۴</sup> آنها عمولاً واقعه‌ی زيان‌باری را که رخ داده، دردناك و اضطراب‌آور و - نه مجرمانه - می‌دانند و معتقدند مرتكب باید به يك مددکار اجتماعي يا پژشك مراجعه کند.<sup>۵</sup> برخی نويسنده‌گان بزهديده‌گي‌هاي حاصل از نزاع‌هاي خانوادگي، ارتکاب جرم توسط دوستان يا مهمانان و بسياري از آزارهاي جنسی را از مهم‌ترین مواردي دانسته که بزهديده‌گان با اعتقاد به خصوصي بودن قضایا، آن را گزارش نداده‌اند.<sup>۶</sup>

۱. نوبهار، رحيم، حمایت حقوق کيفري از حوزه‌های عمومي و خصوصي، تهران، جنگل، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۸.

۲. استوارت، هيميش، «محدوه اصل زيان»، ترجمه على شجاعي، در: دائره‌المعارف علوم جنابي (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنابي)، كتاب دوم، زير نظر على حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، ميزان، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۶۴.

۳. اداره کنترل مواد مخدرا و پيشگيري از جرم سازمان ملل متحده (مرکز بين المللی پيشگيري از جرم)، عدالت برای بزهديده‌گان، ترجمه على شابان، تهران، سلسبيل، ۱۳۸۴، صص. ۷۶ و ۸۹.

۴. نجفی ابرندآبادی، على حسین؛ و عبدالعالی توجهی، «بزهديده‌شناسی و مشکلات بزهديده‌گي‌هاي گزارش نشده»، مدرس علوم انساني، شماره ۱۳، ۱۳۷۸، ص. ۸۰-۷۱.

۵. گزارش جرم‌ذايي اروپا، معاونت حقوقی و توسعه قضایي فوه قضایيه مرکز مطالعات توسعه قضایي، تهران، سلسبيل، ۱۳۸۴، ص. ۱۴۲.

۶. همان، ص. ۷۵.

در چنین شرایطی، برای جبران ضرر نمی‌توان به مداخله کیفری متولّ شد؛ این تلقی که با سلاح جرم‌انگاری می‌توان همه نابهنجاری‌های اجتماعی را متوقف کرد، یا جرم‌انگاری همیشه بهترین سلاح برای حمایت از بزه‌دیده است، نادرست است. در بسیاری موارد می‌توان دیگر بدیل‌های حقوقی همچون ضمانت اجرای مدنی و میانجی‌گری را به کار گرفت. ضرر به دیگران می‌تواند مشمول واکنش دولتی باشد، اما این واکنش می‌تواند هم در قالب پیش‌بینی مسئولیت کیفری باشد و هم مسئولیت ناشی از شبه‌جرائم؛<sup>۱</sup> اگر جرم‌انگاری یک رفتار زیان‌آور، سبب ورود ضرر به بزه‌دیده می‌گردد، می‌توان مسئولیت ناشی از شبه‌جرائم برای مرتکب قائل شد.

برخی از نویسنده‌گان حقوق کیفری برای تصمیم‌گیری در باره جرم‌انگاری، روش تصفیه (در برابر روش موازن) را پیشنهاد داده‌اند. به نظر شنشك برای اینکه جرم‌انگاری یک رفتار، موجه باشد، آن رفتار باید با موفقیت از سه صافی بگذرد:<sup>۲</sup> صافی اصول؛<sup>۳</sup> صافی پیش‌فرضها<sup>۴</sup> و صافی کارکردها.<sup>۵</sup> در صافی اصول، بررسی می‌شود که آیا رفتار مورد نظر اصولاً در حیطه دخالت دولت قرار می‌گیرد یا نه<sup>۶</sup> در صافی پیش‌فرضها، بررسی می‌شود که آیا راه دیگری جز جرم‌انگاری برای مقابله با رفتار مورد نظر وجود دارد؟<sup>۷</sup> اگر از راه‌های دیگر بتوان از ورود ضرر جلوگیری کرد، نوبت به جرم‌انگاری نمی‌رسد. در صافی سوم، جنبه‌های عملی جرم‌انگاری با منطق هزینه – فایده بررسی می‌شود.<sup>۸</sup> در جرم‌انگاری بر مبنای اصل ضرر با چنین رویکردی پس از آن که رفتار مورد بحث با موفقیت از صافی اول گذشت، می‌توان در دو صافی دوم و سوم به خوبی به بزه‌کار و مصالح او توجه نمود. در صافی دوم می‌توان بررسی کرد که آیا به راستی جرم‌انگاری بهترین راه برای دفاع از بزه‌دیده است. در صافی سوم نیز جنبه‌های عملی جرم‌انگاری با لحاظ مصالح بزه‌دیده مورد توجه قرار می‌گیرد.

نمی‌توان تنها با این استدلال که قربانی دارای وضعیت جنسی یا سنی خاصی است و به حمایت دولت نیاز دارد، اقدام به جرم‌انگاری کرد؛ زیرا نیازها و منافع قربانیان جرم نمی‌تواند صرفاً براساس وضعیت جنسی یا سنی آنان تعیین شود، بلکه باید دید مصلحت بزه‌دیده دقیقاً چه چیزی را اقتضا می‌کند.<sup>۹</sup> گاه برخی جرم‌انگاری‌ها مقبولیت

۱. نوبهار، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، پیشین، ص. ۳۰۸.

2. Schonsheck, Jonathan, On Criminalization, Netherland, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 64.

3. Principles Filter

4. Presumptions Filter

5. Ibid., p. 64.

6. Ibid., p. 67.

7. Ibid., p. 68.

8. Ibid.

9. Kohn, Nina, "A Critique of the Criminalization of Elder Abuse", American Criminal Law Review, Vol. 49, No 1, 2012, p. 21.

اجتماعی دارند؛ ممکن است عموم مردم رفتاری را به شدت آزاردهنده تلقی کنند و خواهان حمایت ویژه قانون‌گذار از قربانیان آن رفتار در قالب جرم‌انگاری باشند. اما قانون‌گذار نباید در جرم‌انگاری هر رفتاری تابع مقبولیت جامعه باشد؛ زیرا ممکن است جرم‌انگاری به رغم برخورداری از مقبولیت عمومی نتایج نامطلوبی برای بزهديده در پی داشته باشد.<sup>۱</sup> بهویژه اينکه گاه ذهنیت جامعه شدیداً کیفرگراست و به استباهم جرم‌انگاری را درمان همه دردها و بهترین راه دفاع از بزهديده می‌داند. حال آن‌که باید تمامی ملاحظات را در نظر گرفت و تنها در صورتی که جرم‌انگاری آسیب مهم‌تری را برای بزهديده به دنبال نداشت، اقدام به جرم‌انگاری نمود. در غیر این صورت، ترک جرم‌انگاری و استفاده از سایر جایگزین‌ها مقدم است. در جرم‌انگاری بر مبنای اصل ضرر که توجه به بزهديده و حمایت از او در برابر آسیب‌ها همواره مورد نظر است لزوم توجه به منافع و مصالح بزهديده بدین معنا بسیار روشن و معنادار است.

به نظر می‌رسد که حتی در روش موازنه<sup>۲</sup> که شنشک آن را در مقایسه با روش تصفیه به دلایلی ناکارآمد دانسته است<sup>۳</sup> نیز زمینه برای توجه به مصالح بزهديده فراهم است؛ زیرا در این روش هم به تزاحم ارزش‌ها و مصالح گوناگون توجه می‌شود و دلایل له و علیه جرم‌انگاری با یکدیگر سنجیده می‌شوند.<sup>۴</sup> حتی پیامدهای جانی جرم‌انگاری نیز در روش موازنه به حساب می‌آید. پیداست که گاه جرم‌انگاری یک رفتار بدون توجه به مصالح و منافع بزهديده با ارزش‌هایی مانند حرمت و آبرو و حفظ حریم خصوصی او ناسازگار است؛ چنان که جرم‌انگاری گاه می‌تواند پیامدهایی منفی برای او داشته باشد.

## ۲. جلوه‌های مصالح بزهديده

پس از آنکه جرم‌انگاری رفتار مورد بحث از صافی منافع بزهديده عبور کرد، در چند و چون جرم‌انگاری نیز باید به انواع مصالح و منافع او توجه کرد. شناسایی نقش فعال و اثرگذار برای بزهديده در همه مراحل و فرایندهای کیفری از جمله این کیفیات است.

### ۲-۱. نقش فعال بزهديده در شروع دعواه کیفری

در جوامع گذشته، مفهوم «نظم عمومی» به اندازه جوامع امروزی مهم نبود؛ جرایم فاقد جنبه عمومی بودند و در نتیجه آنها را خطاهای عمومی که بر کل جامعه اثر

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ حبیب‌زاده، محمدمجعفر؛ و محمدعلی بابایی، «جرائم مانع (جرائم بازدارنده)»، مدرس علوم انسانی، شماره ۳۷، ۱۳۸۳، ص. ۴۸-۲۳.

2. Balancing

3. Schonsheck, Op. cit, p. 29.

4. Ibid, p. 29.

می‌گذارند، محسوب نمی‌کردند،<sup>۱</sup> اما به تدریج مفهوم «نظم عمومی» در کانون توجه قرار گرفت و جنبه عمومی جرایم اهمیت یافت. تا جایی که حتی به نام «نظم عمومی»، منافع زیان‌دیده جنبه ثانوی به خود گرفت.<sup>۲</sup>

تحت تأثیر این نگاه بیشتر نویسنده‌گان حقوقی، جرم را رفتاری می‌دانند که از نظر خارجی به نظم و صلح لطمه می‌زند. اعتقاد عمومی در زمانه ما بر این است که مجازات علی الاصول، برای دفاع از منافع خصوصی پیش‌بینی نشده، بلکه در جهت استقرار نظم عمومی و بقای جامعه در نظر گرفته شده است.<sup>۳</sup> از پیامدهای این رویکرد کمرنگ شدن نقش بزه‌دیدگان در شروع فرآیند کیفری است. غالب جرایم، ماهیت عمومی یافته‌اند و دادستان در تمامی مراحل کشف و تعقیب جرم، صاحب اختیار معرفی شده است. دستگاه عدالت کیفری که دولت را جایگزین بزه‌دیده می‌کند و جرم را به عنوان اقدامی علیه دولت معرفی می‌کند، با تغافل از بزه‌دیده، متضرر حقیقی از جرم را دولت و نهایتاً جامعه می‌داند که در اولی، اقتدار و در دومی، وجود جمعی اش مورد تخطی قرار گرفته است.<sup>۴</sup> این درحالی است که دست‌کم در جرایم علیه بزه‌دیدگان حقیقی، ارتکاب جرم ابتدا به منافع بزه‌دیده آسیب می‌رساند. بنابراین، توجه به حقوق و منافع بزه‌دیدگان ضروری است. برخورداری بزه‌دیده از اختیار در فرایند کیفری از جلوه‌های توجه به کرامت بزه‌دیده قلمداد شده است.<sup>۵</sup>

البته با مطرح شدن مفهوم عدالت ترمیمی، توجه به بزه دیدگان افزایش یافته است. عدالت ترمیمی بیش از آنکه به اصلاح مجرم یا صیانت از جامعه بیندیشد، مطالبات شاکی را که از وقوع جرم متتحمل خسارت شده بود، مدنظر قرار داده و مبتنی بر توافق بزه کار و بزه دیده بر سرنوشت واقعه مجرمانه است.<sup>۶</sup> اما همچنان تأکید اصلی بر لزوم تعقیب متهمن به ارتکاب جرم است و دادستان نباید در انتظار تسلیم شکایت شاکی بماند. این در حالی است که در برخی جرائم، علاوه بر نظم عمومی به حقوق شخص یا اشخاص معینی هم صدمه وارد شده است. در این موارد، جنبه خصوصی جرم در مقایسه با جنبه عمومی آن از شدت و اهمیت بیشتری برخوردار است، به گونه‌ای که عرف، ذی نفع اصلی در تعقیب این جرم را شخص یا اشخاصی می‌داند که از ارتکاب آن متضرر شده‌اند. از این‌روی، دخالت دادستان و تعقیب این جرائم به نمایندگ، از طرف

<sup>۱</sup> میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه اموال و مالکیت، تهران، میزان، ۱۳۸۹، ص. ۴۵.

۲. آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۱۹۷.

<sup>3</sup>. نوریها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴، صص. ۱۳۶ و ۲۸۳.

<sup>۴</sup> اسدی، لیلاسادات، حقوق، بزه‌دیده در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی، تهران، سمت، ۱۳۹۱، ص. ۱۶.

<sup>۵</sup>. نک: شری، رفتار کامتمدار یا بزهده، بیشتر، صص. ۱۷-۵۸.

۶-۷۱ همان صفحه

جامعه به درخواست زیان دیده منوط می شود تا چنان چه وی به دلایلی، مثلاً ارتباط جرم با مصالح شخصی یا خانوادگی، طرح موضوع در دادگستری را صلاح نداند، متهم تحت تعقیب قرار نگیرد.<sup>۱</sup> گاه بزه دیدگی با حیثیت و آبروی قربانیان ارتباط دارد و آنها حفظ حرمت، کرامت و خلوت خویش را در بزه پوشی می بینند. در چنین شرایطی معقول نیست که هر گناه و تخلفی بدون رعایت این نکته، از سوی مقامات عمومی قابل تعقیب و مجازات تلقی شود.<sup>۲</sup>

## ۲-۲. اعتبار تصمیم بزه دیده درباره توقف فرایند کیفری

مبانی اخلاقی تلاش برای اعتبار شناسایی جرایم قابل گذشت را می توان صیانت از بزه دیده جرم ارزیابی کرد. در جرایم قابل گذشت، بزه دیده، نقش بسزایی در فرایند کیفری دارد و با گذشت او تعقیب کیفری موقوف می گردد. اما، در جرایم غیرقابل گذشت، گذشت شاکی بی تأثیر است.<sup>۳</sup> با این حال تقسیم جرایم به قابل گذشت و غیرقابل گذشت پیوسته اشکالات و ابهام های خاص خود را دارد. برای این تفکیک و تمایز به معیارهای کلی نباید بسته کرد.

در صورت تراحم مصالح عمومی با مصالح شخصی، ابتدا باید تلاش کرد تا میان منافع مختلف جمع کرد و در صورتی که امکان جمع وجود نداشت، ضمن عدم انکار مصالح عمومی، مصالح شخصی را مرجح دانست و به منظور دفاع از افراد و رعایت مصالح اجتماعی و منافع خانوادگی و جلوگیری از لکه دار شدن حیثیت و شئون افراد، برای جرم جنبه خصوصی قائل شد.<sup>۴</sup>

به همین ترتیب در جرایمی که ارتباط تنگاتنگی با حیثیت و آبروی بزه دیده دارد، توجه به حقوق بزه دیده و حفظ اعتبار و حیثیت وی ایجاب می کند که جرم جنبه خصوصی داشته باشد و قابل گذشت باشد تا بزه دیده این اختیار را داشته باشد که با سنجش اوضاع و احوال، در زمینه پیگیری جرم یا عدم پیگیری آن تصمیم گیری نماید. توجه به بزه دیده و مصالح خصوصی افراد لزوماً به معنای آن نیست که کلیه جرایم باید جنبه خصوصی داشته باشند، بلکه لازم است در هر مورد، با توجه به اوضاع و احوال موجود، راه صحیح انتخاب شود. در نظر گرفتن حق تصمیم گیری برای بزه دیده در خصوص تعقیب یا عدم تعقیب و ادامه رسیدگی یا ختم آن، دارای مزایایی است و

۱. خالقی، علی، آینین دادرسی کیفری، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر داش، ۱۳۹۰، ص. ۷۳.

۲. نوبهار، رحیم، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، آموزه های حقوق کیفری، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص. ۱۱۴-۹۱.

۳. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴، صص. ۲۵۷ و ۲۵۹.

۴. آخوندی، محمود، آینین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص. ۱۱۵.

البته ممکن است کاستی‌هایی نیز در پی داشته باشد. در نتیجه، هریک از جرایم دارای بزه‌دیده، باید به صورت موردی بررسی شود و نمی‌توان حکم کلی برای همه موارد صادر نمود. همچنان که یکی از معیارها و ویژگی‌های جرم‌انگاری، اصل موردی بودن<sup>۱</sup> جرم‌انگاری است. این به دلیل پیچیدگی ارزیابی جنبه‌های شخصی و عمومی رفتارهای زیان‌بار است.

با این حال باید به هوش بود که قابل‌گذشت بودن برخی جرایم، گاه بزه‌دیده را در موقعیت پایین‌تری قرار می‌دهد؛ زیرا مجرم ممکن است به دلیل قدرت و نفوذ بر روی قربانی یا به دلیل آسیب‌پذیر بودن قربانی، وی را مجبور به عدم پیگیری نماید. برای مثال در جایی که اقوام یا مراقبان سالم‌نند، از وی سوءاستفاده مالی می‌کنند، می‌توانند با استفاده از ضعف و وابستگی فرد سالم‌نند به دیگران، وی را در شرایطی قرار دهند که از شکایت یا ادامه رسیدگی صرف‌نظر کنند. در چنین مواردی شاید نفع بزه‌دیده در این باشد که جرم جنبه عمومی داشته باشد و نیازی به شکایت بزه‌دیده برای تعقیب و پیگیری نباشد.

مثال دیگر، خشونت خانگی است. در خشونت خانگی معمولاً بزه‌دیده تشویق به پس‌گرفتن شکایت می‌شود و تقاضای مداخله پلیس از سوی زن، شوهر را عصبی می‌کند. از این رو، شوهر شرایطی را فراهم می‌کند که بزه‌دیده ترک تعقیب را ترجیح دهد. احتمالاً برای حل چنین مشکلاتی است که در کالیفرنیا چنین جرمی دارای جنبه عمومی است.<sup>۲</sup> البته اتخاذ چنین رویکردی در حقوق یک کشور معین به معنای آن نیست که این رویکرد در همه جا کارساز است. شرایط و اوضاع و احوال فرهنگی متفاوت اقتضایات گوناگونی دارند.

به هر روی تصمیم‌گیری در خصوص قابل‌گذشت‌بودن با غیرقابل‌گذشت‌بودن جرایم و تعیین حکم قطعی، آسان نیست. در هر مورد خاص، لازم است کلیه جوانب و اوضاع و احوال بررسی و سپس تصمیم مناسب اتخاذ شود.

### ۲-۳. حفظ حریم خصوصی بزه‌دیده

یکی دیگر از حقوق اساسی بزه‌دیدگان، حفظ آبرو و عدم افشاء اسرار آنها است. این مسئله، به‌ویژه در جرایم جنسی اهمیت دارد. به طور کلی، بزه‌دیدگان جرایم

۱. طبق معیار موردی بودن جرم‌انگاری، درباره استفاده از حقوق کیفری نمی‌توان حکم کلی داد؛ زیرا قاعده واحد و مورد اعتمادی که به ما بگوید دولت در کجا باید آزادی شهروندان را محدود کند، وجود ندارد بلکه معیارهای جرم‌انگاری را باید در مورد تک‌تک مصادیق به کار بسته و به صورت جداگانه بررسی کرد. نک: نوبهار، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، پیشین، ص. ۱۳۵.

2. White, Michael; Goldkamp, John; and Suzanne Campbell, "Beyond Mandatory Arrest: Developing a Comprehensive Response to Domestic Violence", Police Practice and Research: An International Journal, Vol. 6, Issue 3, 2007, p. 266.

جنسی، در بسیاری از موارد از بیم از دست دادن حیثیت و آبروی خود، از افشاری جرم رخداده خودداری می‌نمایند و از تعقیب مجرم صرف نظر می‌کنند.<sup>۱</sup> این به دلیل آن است که حیثیت و آبروی آدمی تجلی حیات معنوی افراد در روابط اجتماعی است. انسان خردمند نسبت به حیات معنوی خود چندان حساس است که برای حفظ و مراقبت از آن حتی ممکن است جان و مال خود را به مخاطره بیندازد.<sup>۲</sup> کیفیات جرم‌انگاری باید به گونه‌ای باشد که قربانی بدون آنکه نگران ریخته شدن آبروی خود باشد، جرم را تعقیب نماید. اگر فرآیند کشف و تعقیب جرم چنان باشد که به حیثیت بزه‌دیده آسیب کمتری برسد، شمار بزه‌دیدگانی که به خاطر حفظ آبرو، مراتب بزه‌دیدگی خود را گزارش نمی‌دهند، کاهش می‌یابد.<sup>۳</sup> به این دلیل و دلایل دیگر، بند ۶ اعلامیه اصول بنیادین عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت، به کارگیری تدبیری برای حفاظت از زندگی خصوصی قربانیان را از وظایف دستگاه قضایی قلمداد کرده است.<sup>۴</sup>

از چشم‌اندازی دیگر، برخی جرایم برای رسانه‌ها داری جذابیت است. گاه گزارش‌های رسانه‌های گروهی در مورد جرم ارتکابی و نیز شخص بزه‌دیده، عواقبی منفی برای بزه‌دیده به همراه دارد و موجب افسای اسرار وی می‌گردد؛ امری که به نوبه خود می‌تواند سبب بزه‌دیدگی ثانوی زیان دیده گردد. لازم است تدبیری اتخاذ گردد که اظهارات بزه‌دیده و حریم خصوصی او محترمانه بماند و دسترسی رسانه‌ها به پرونده‌های کیفری مقید به شرایطی باشد. هم از این روی برخی از نظامهای حقوقی با محدود کردن این گونه گزارشگری به دنبال حمایت از حق خلوت بزه‌دیده بوده‌اند.<sup>۵</sup>

نهادهایی چون بیمارستان و کلانتری که در تماس مستقیم با بزه‌دیده هستند نیز باید از افشاری مسائل خصوصی قربانیان اجتناب نمایند و در حفظ اسرار قربانیان بکوشند.

در جرایمی که بزه‌دیدگان برای حفظ حیثیت و آبروی خود ترجیح می‌دهند، ناشناخته باقی بمانند، برای تامین منافع بزه‌دیده و ترغیب وی به اعلام جرم، باید رسیدگی به صورت غیرعلنی صورت پذیرد. علی‌بودن دادگاه‌ها از موارد نظرات همگانی

۱. در ایران ۸۳/۳۲ درصد از جرایم جنسی گزارش نشده است. مهم‌ترین دلیل برای عدم گزارش در بزه‌دیدگی‌های مربوط به جرایم جنسی، حفظ آبرو و شخصیت بزه‌دیده است. نک: نجفی ابرندآبادی و توجهی، پیشین، صص. ۸۰-۷۱.

۲. آشوری، محمد؛ دیگران، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، نشر گرایش، ۱۳۸۳، ص. ۱۵۱.

۳. همان، ص. ۸۰.

۴. رایجیان اصلی، مهرداد، «سه گفتار تطبیقی در بزه‌دیده‌شناسی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۶، بهار ۱۳۸۳، صص. ۱۹۲-۱۷۳.

۵. اداره کنترل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد (مرکز بین‌المللی پیشگیری از جرم)، پیشین، ص. ۷۷.

و مربوط به حقوق عمومی است<sup>۱</sup> و مردم با حضور در جلسات دادرسی می‌توانند صحت و سقم آن را ارزیابی کرده و از این طریق امنیت قضایی<sup>۲</sup> تضمین می‌شود<sup>۳</sup>، با این حال در برخی جرایم مانند جرایم جنسی، علني بودن رسیدگی، به حریم خصوصی افراد آسیب می‌رساند. با این حال، علني بودن رسیدگی هم، حقوق دفاعی متهم را تضمین می‌نماید. در نتیجه، زمانی که مصلحت بزهديده غیرعلني بودن جرم را ایجاب می‌کند، باید تلاش کرد تا میان حقوق هر دو طرف توازن برقرار شود.

برای تشویق بزهديدگان به اعلام بزهديدگی، علاوه بر پیش‌بینی نمودن کیفیات خاصی برای جرم، پاره‌ای اقدامات فرهنگی نیز سودمند است. گاه فرهنگ غالب، بزهديدگان را به سمت عدم اعلام جرم سوق می‌دهد. در این صورت، الزامي به تبعیت از آن نیست و قانون‌گذار باید در جهت تغییر فرهنگ جاری، گام‌هایی بردارد. اگرچه، حقوق باید تا حد امکان ایده‌ها، نگرش‌های اکثریت مردم را در قاعده‌سازی مورد ملاحظه قرار دهد تا هم اعتبار و مشروعیت کافی و هم کارآمدی لازم را داشته باشد، اما این گزاره فلسفی الزاماً بدین معنا نیست که نظام حقوقی باید منفصله و مطابق با آداب و رسوم و نگرش رایج شکل بگیرد. بر عکس، این امر عموماً مورد پذیرش است که یکی از کارکردهای اساسی حقوق و نظام حقوقی، شکل دادن به آداب و رسوم و نگرش رایج است.<sup>۴</sup>

### ۳. نقش بزهديده در فرایند کیفری در نظام حقوقی ایران

با ملاحظه قوانین قبل از انقلاب در می‌باییم که در هنگام تدوین قانون مجازات عمومی، قانون‌گذار بر حیثیت‌های دوگانه جرم یعنی حیثیت عمومی و خصوصی آن تأکید ورزیده است. این قانون، ضمن قبول این امر که اصل بر غیرقابل گذشت بودن جرم است، جرایمی را که حیثیت خصوصی آنها واحد اهمیت خاص بود، احصا و تعقیب دعوای عمومی را موكول به شکایت متضرر از جرم نموده بود. تحولات بعدی در حقوق موضوعه ایران طی نیم قرن گذشته حکایت از گرایش مقتن به افزایش موارد جرایم قابل گذشت، بهویژه در سال‌های نزدیک به پیروزی انقلاب اسلامی دارد.<sup>۵</sup>

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۲، تهران، میزان، ۱۳۸۱، ص. ۴۰۹.

۲. امنیت قضایی به معنای مصنون بودن افراد جامعه از هرگونه تعرض و تهدید نسبت به جان، مال، ناموس، آزادی، شرف، شغل و به طور کلی تمام حقوق قانونی و مشروع اöst. نک: طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص. ۵۰.

۳. آشوری و دیگران، پیشین، ص. ۱۹۵.

۴. محمودی جانکی، «جرائم زدایی به منزله یک تغییر»، پیشین، صص. ۳۲۱-۳۵۰.

۵. آشوری، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، پیشین، ص. ۲۰۲.

۱. همان، صص. ۲۰۵-۲۰۴.
۲. همان، صص. ۲۱۱-۲۱۲.
۳. آشوری، عدالت کیفری، پیشین، ص. ۱۴۵.

از جمله جرایم قابل گذشت در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴، جرایم عفافی است. در این قانون گذار عنوان جرم زنا را به کار برده و برای آن در کنار لواط به عنوان جرایمی که در رأس جرایم عفافی قرار می‌گرفتند، حسب مورد مجازات‌های شرعی یا عرفی منظور نموده بود. در اصلاحاتی که در ۱۳۱۲/۶/۲۹ در مواد ۷ تا ۲۱۴ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ به عمل آمد، عنوان زنا از قوانین موضوعه حذف و عنوان‌های دیگری از قبیل هتك ناموس به عنف، رابطه نامشروع و ازاله بکارت جانشین آن شد. در همین سال جرایم عفافی، قابل گذشت اعلام شد، مگر در مواردی که متهم دارای سابقه ارتکاب جنحه یا جنایت بود. در سال ۱۳۵۲ تنها اعمال منافعی عفت علنی و قوادی از زمرة جرایم قابل گذشت اخراج گردیدند. این روند تا انقلاب اسلامی و تدوین قوانین بر مبنای مقررات شرعی ادامه یافت.<sup>۱</sup>

در نظام گذشته قانون گذار در زمینه جرایم علیه اموال، به دو شیوه مختلف برخورد کرده بود: در مورد جرایمی از قبیل سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری، اخاذی و امثال آن، با هدف ایجاد امنیت اقتصادی، آنها را غیرقابل گذشت دانسته بود. بر عکس در بسیاری از جرایم علیه اموال که از اهمیت کمتری برخوردار بودند مانند صدور چک بلا محل و کم فروشی و تخریب باغ و ورود به قهر به ملکی که در تصرف دیگران است، مقتن به منظور تشویق اصحاب دعوا به مصالحه، آنها را قابل گذشت اعلام کرد. در سال ۱۳۵۲ بر دامنه جرایم قابل گذشت در زمینه اموال باز هم افروده شد.<sup>۲</sup>

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، به دلیل تأثیر دیدگاه‌های فقهی ضابطه تشخیص جرایم قابل گذشت از جرایم غیرقابل گذشت، در دو مفهوم حق الله و حق الناس متجلی گردید.<sup>۳</sup> با تصویب قانون «حدود و قصاص و مقررات آن» در ۱۳۶۱/۶/۳، مفهوم زنا مجدداً وارد قوانین موضوعه شد. علاوه بر آن، اعمال دیگری مانند مساحقه نیز موضوع حکم کیفری قرار گرفت. جنبه حق الله‌ای این جرایم سبب غیرقابل گذشت شدن همه آنها شده و قانون گذار با عنایت به موازین شرعی و به منظور ارتعاب عمومی، شکایت متضرر از جرم را شرط تعقیب ندانست و نیز گذشت شاکی خصوصی، حتی در مواردی که مصالح خانوادگی آن را ایجاب کند، از موارد سقوط دعوای عمومی به حساب نیاورد. در مقابل، برخلاف قانون مجازات عمومی، کلیه جرایم علیه تمامیت جسمانی قابل گذشت اعلام شد. نه تنها جنبه خصوصی این جرایم بر جنبه عمومی آنها تغییب داده شد، بلکه قانون گذار جز در مورد قتل غیرعمد ناشی از تخلفات رانندگی، برای

جنبه عمومی این جرایم مجازات تعزیری منظور نکرده و به اعمال قصاص و یا اخذ دیه از سوی اولیای دم بستنده کرده بود.<sup>۱</sup>

با توجه به اینکه قانون‌گذار در قانون راجع به مجازات اسلامی هیچ تعریفی از حق‌الله و حق‌الناس ارائه ننموده بود، موارد زیادی وجود داشت که نسبت به تغییب جنبه حق‌الناسی یا حق‌اللهی آنها اختلاف عقیده وجود داشت و این امر سبب اختلاف آرا شده بود.<sup>۲</sup> به علاوه قانون فوق نه تنها بر اصل غیرقابل‌گذشت بودن جرایم تعزیری تأکیدی نداشت، بلکه این شبهه را ایجاد می‌کرد که در جرایم تعزیری اصل بر قابل‌گذشت بودن است.<sup>۳</sup> کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۳/۵/۱۷، برای حل اختلافات موجود، در مورد تشخیص حق‌الله و حق‌الناس چنین نظر داده است:

«هر جرمی که موجب تضرر شخص یا اشخاص خاص بشود حق‌الناس و هر جرمی که باعث اخلال در نظام گردد و موجب لطمہ بر مصالح اجتماع و حقوق عمومی باشد حق‌الله محسوب می‌شود. امکان دارد در مواردی جرم دارای هر دو جنبه فوق الذکر باشد که در این صورت ظاهراً جنبه حق‌اللهی آن جرم تغییب داده می‌شود، مگر در مواردی که قانون یا شرع مقررات دیگری داشته باشد که در این صورت آن مقررات خاص متبع خواهد بود.»<sup>۴</sup>

آثار ابهام و اجمال در این نظریه کاملاً هویداست و بعيد به نظر می‌رسد بتواند به‌ویژه برای دادرسان در مقام عمل راهگشا باشد و وحدت رویه‌ای پدید آورد. با توجه به ریشه‌های فرهنگی - اجتماعی چنین سیاستی، کاملاً طبیعی می‌نمود که پس از پیروزی انقلاب اسلامی موارد جرایم قابل‌گذشت و نقش زیان‌دیده، با توجه به مفهوم گسترده حق‌الناس در تقسیمات حقوق اسلامی، رو به افزایش نهد. در حقیقت، قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸ در ماده ۱۵۹ خود با عبارت «در حقوق‌الناس تعقیب و مجازات مجرم متوقف بر مطالبه صاحب حق یا قائم مقام اوست.» اهمیت جرایم حق‌الناسی و نقش بزه‌دیده در تعقیب بزهکار و سایر آثار مترتب بر این تفکیک را تسجیل کرده بود. با وجود این، نیازهای عملی و ضرورت تأمین هرچه بیشتر امنیت اجتماعی و اقتصادی و رعایت مصالح جمهوری اسلامی ایران سبب شده است که در طول یک دهه گذشته، به تدریج در برخی موضع قوانین مذکور دگرگونی‌هایی در زمینه جرایم قابل‌گذشت

۱. همان، صص. ۲۰۶ و ۲۱۱.

۲. آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، سمت، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۱.

۳. همان، ص. ۱۶۹.

۴. آخوندی، محمود، شناسای آیین دادرسی کیفری، جلد اول (کلیات و دعاوی ناشی از جرم)، تهران، دوراندیشان، ۱۳۹۴، صص. ۲۸۴-۲۸۳.



حاصل شود. این موضع جدید را می‌توان هم در رهیافت‌های رویه قضایی و هم در تدوین و اتخاذ راه حل‌های نوین از سوی قانون‌گذار (در تدوین قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵) جستجو کرد.<sup>۱</sup>

قانون‌گذار در هنگام تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، گام‌هایی در جهت تغییب جنبه عمومی برخی از جرایم و یا لاقل لحاظ جنبه عمومی برای برخی از آنها برداشته است.<sup>۲</sup>

سرانجام قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ به روش احصای قانونی بازگشت و در ماده ۷۲۷ به احصای جرایم قابل‌گذشت پرداخت.<sup>۳</sup> با آنکه در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، جرایم قابل‌گذشت حکم ویژه‌ای دارد و آثار حقوقی و قضایی خاصی بر آن مترتب است، در قانون فوق ضابطه‌ای برای تعیین این نوع جرایم ارائه نشده است.<sup>۴</sup>

در بسیاری موارد، قانون‌گذار به ضرورتِ مصلحت جامعه و حفظ نظم عمومی، به تغییب جنبه عمومی جرایم و غیرقابل‌گذشت تلقی کردن آنها اقدام نمود. در مقابل، برخی جرایم، علاوه‌بر نظم عمومی به حقوق شخص یا اشخاص معین هم صدمه می‌زنند و موجب خسارت به اموال یا لطمہ به حیثیت آنها می‌شود و جنبه خصوصی جرم در مقایسه با جنبه عمومی آن از شدت و اهمیت بیشتری برخوردار است، به گونه‌ای که عرف، ذی نفع اصلی در تعقیب این جرم را شخص یا اشخاص می‌داند که از ارتکاب آن متضرر شده‌اند. از این روی، قانون‌گذار نیز دخالت دادستان و تعقیب این جرایم به نمایندگی از طرف جامعه را منوط به درخواست زیان‌دیده نموده است.<sup>۵</sup> برای مثال، جرایمی چون کلاهبرداری و سرقت و خیانت در امانت که در مورد حق‌الله یا حق‌الناس بودن آنها اختلاف نظر وجود داشت، به ضرورتِ مصلحت جامعه و حفظ نظم عمومی، با تغییب جنبه عمومی آنها، غیرقابل‌گذشت تلقی شدند.<sup>۶</sup> اما برخی از جرایم علیه اموال که از اهمیت کمتری برخوردار است (مواد ۶۷۹ تا ۶۷۵ درخصوص احراق و تخریب و اتلاف اموال و حیوانات)، قابل‌گذشت تلقی شده‌اند.

روش احصای قانونی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز ادامه یافت، با این تفاوت که ماده ۱۰۳ قانون مذکور مجددًا مفهوم حق‌الناس را مطرح می‌نماید و آن را معیار تفکیک جرایم قابل‌گذشت از غیرقابل‌گذشت تلقی نموده است. با این حال

۱. آشوری، عدالت کیفری، پیشین، صص. ۲۰۲-۲۰۳.

۲. همان، ص. ۲۲۵.

۳. آشوری، عدالت کیفری، جلد دوم، پیشین، ص. ۱۴۶.

۴. آخوندی، شناسای آین دادرسی کیفری، پیشین، ص. ۲۷۹.

۵. خالقی، آین دادرسی کیفری، پیشین، ص. ۷۳.

۶. آخوندی، آین دادرسی کیفری، جلد اول، پیشین، ص. ۱۷۶.

در کنار این معیار، به قابلیت گذشت جرم به لحاظ شرعی نیز اشاره کرده و مقرر می‌دارد در فرض وجود هر دو ضابطه، می‌توان جرم را قابل گذشت دانست. (در این قانون مانند قانون ۱۳۷۵ روش احصای قانونی وجود دارد. در عین حال مانند قانون ۱۳۶۲ قانون گذار ضابطه تشخیص جرایم قابل گذشت را نیز بیان کرده است).

به علاوه تخریب آثار فرهنگی که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ در زمرة جرایم قابل گذشت بود، به درستی در قانون ۱۳۹۲ از فهرست جرایم قابل گذشت حذف گردید. اما جرایم عفافی همچنان غیرقابل گذشت هستند. درحالی که در جرایم منافی عفت، مصلحت بزهديده‌گان ایجاب می‌نماید که جرم قابل گذشت باشند و بزهديده بتوانند در خصوص تعقیب یا عدم تعقیب جرم رخداده تصمیم بگیرد؛ زیرا اگر دستگاه کیفری بدون رضایت بزهديده وارد عمل شود، چه بسا موجب بزهديده‌گی ثانوی یا عواقبی شود که به زیان بزهديده است. البته قانون گذار با منوط کردن تعقیب مجرم به شکایت شاکی در جرایم غیرمشهود، مشکل مزبور را مرتفع نموده اما همچنان یک مشکل باقی است؛ اگر قربانی شکایت نماید و تعقیب مجرم آغاز گردد، گذشت شاکی تأثیری ندارد. درحالی که گاه مصالح اجتماعی و خانوادگی بزهديده توقف تعقیب را ایجاب می‌کند. این مسأله برای بزهديده زیان‌بار است.

در حال حاضر تنها برخی از جرایمی که با آبروی افراد ارتباط دارد و جنبه عمومی آن بسیار ناچیز است (مواد ۶۹۷ تا ۷۰۰ درخصوص توهین و ماده ۶۴۸ درخصوص افشای اسرار) قابل گذشت تلقی شده است که این امر لزوم بازنگری قانون گذار را ایجاب می‌نماید. گاه لازم است بهعلت رعایت مصالح خانوادگی و جلوگیری از لکه‌دار شدن حیثیت و شئون افراد، تعقیب دعوای عمومی ناشی از جرم به مطالبه‌ی متضرر از جرم منوط باشد.<sup>۱</sup>

با آن که در متون فقهی، قتل عمد صرفاً دارای جنبه خصوصی است، قانون گذار جنبه عمومی نیز برای آن جرم درنظر گرفته است.<sup>۲</sup> اگر در قتل عمد می‌پذیریم که در مواردی اقتضائات زمان و اوضاع و احوال موجود، لزوم درنظر گرفتن جنبه عمومی برای این جرم را ایجاب می‌نماید، در سایر موارد نیز باید پذیرفت که ممکن است اقتضائاتی باشد که لزوم قابل گذشت بودن جرمی را ایجاب نماید. در واقع تحولات عمومی - خصوصی و تبدیل امر عمومی به خصوصی یا عکس آن ممکن است بر احکام فقهی تأثیر بگذارد.

به هر حال در نظام حقوقی ایران باید از این ایده که عبارت‌های کلی حق الله - حق الناس می‌تواند کاملاً تکلیف جرایم را تعیین نماید فاصله گرفت. بسیاری از جرایم

۱. آخوندی، شناسای آین دادرسی کیفری، پیشین، صص. ۲۷۷ - ۲۷۸.

۲. آشوری، آین دادرسی کیفری، پیشین، ص. ۱۷۴.



دارای ماهیت دوگانه‌اند و قانون‌گذار باید به طور موردنی درباره جنبه‌های گوناگون آن تعیین تکلیف نماید.

#### ۴. بزه‌دیدگان خاص و مصالح ویژه

برخی از گروه‌ها به‌دلیل داشتن ویژگی، آسیب‌پذیرتر بوده و به همین دلیل، بیش از دیگران در معرض سوءاستفاده قرار دارند. توجه به حقوق کلیه بزه‌دیدگان ضرورت دارد، اما هرگاه بزه‌دیده به دلایلی مانند سن، جنس، ناتوانی و مانند آن در آستانه آسیب‌پذیری باشد، رعایت احترام و توجه به او اهمیت بیشتری دارد.<sup>۱</sup> در این بخش، تنها برای نمونه و تبیین این که مصالح بزه‌دیدگان مختلف اقتصادی گوناگونی دارد به مطالعه وضعیت دو گروه آسیب‌پذیر (سالمندان و معلولان) می‌پردازیم.

##### ۱-۱. کیفیات جرم‌انگاری در جرایم علیه سالمندان

آزار و اذیت سالمندان و سوءاستفاده مالی از آنها امری شایع است؛ در نتیجه مداخله قانونی در این موارد ضرورت بیشتری دارد. آزار سالمندان با عنایوینی مانند سرقت، کلاهبرداری و تحصیل مال به طریق نامشروع و ضرب و جرح قابل تعقیب است، اما جرم‌انگاری سوءاستفاده از سالمندان به صورت خاص می‌تواند بیانگر اعتراض عمومی نسبت به چنین سوءاستفاده‌هایی باشد.<sup>۲</sup>

در ایالات متحده، تا اواخر دهه ۱۹۷۰، مسئله سالمندآزاری دغدغه نظام عدالت کیفری نبود؛ اما پس از آن، قوانینی در این رابطه تصویب شد. اکنون تلاش‌های زیادی در جهت پیش‌بینی مسئولیت کیفری برای مرتكبان سالمندآزاری صورت پذیرفته است. در موارد زیادی، ایالات آمریکا رفتارهایی را جرم‌انگاری کرده‌اند که تا پیش از آن، از نظر قانونی مجاز بوده‌اند. ویژگی غالب چنین قوانینی آن است که رفتارهای سوء را ممنوع می‌سازد. حتی در شرایطی که قربانی، آن رفتار را متجلو زانه نمی‌داند و یا نسبت به آن رضایت دارد. برای مثال، بسیاری از ایالات‌ها برای جلوگیری از سوءاستفاده مالی از سالمندان، «نفوذ ناروا»<sup>۳</sup> را جرم‌انگاری کرده‌اند. این مقررات، مجوز تعقیب افراد سوءاستفاده‌گر را صادر می‌نماید، بی‌آنکه تعقیب مذکور به تحقق

۱. رایجیان اصلی، «بزه‌دیدگان؛ حقوق و حمایت‌های بایسته»، پیشین، صص. ۱۱۷-۱۳۸.

2. Kohn, Op. cit., p. 19.

۳. نفوذ ناروا هنگامی رخ می‌دهد که فردی قدرتش را در جهت سوءاستفاده از اعتماد و وابستگی فردی دیگر استفاده می‌نماید تا بر تصمیمات وی اعمال نفوذ نماید که اغلب با فریب و اجبار و تهدید همراه است. نک:

Quinn, Mary, "Undoing Undue Influence", Journal of Elder Abuse & Neglect, Undoing Undue Influence", Journal of Elder Abuse and Neglect, Vol. 12, Issue 2, 2000, pp. 9-10.

---

سرقت یا اجبار یا کلاهبرداری یا ارائه سایر ادله معمول جهت اثبات اجباری بودن قرارداد منوط باشد.<sup>۱</sup>

قوانينی که نفوذ ناروا را جرم‌انگاری می‌کنند، معاملات سالمدان در مواردی که اموالشان برخلاف ارزش‌ها و انتظارات نظام عدالت کیفری و جامعه تقسیم شده باشد را باطل قلمداد می‌کنند، حتی اگر فرد سالمدن رضایت خود را نسبت به این معاملات اعلام نموده باشد. تصمیم‌گیری درباره اینکه آیا تقسیم اموال به صورت طبیعی بوده یا نه و مخالف انتظارات بوده یا نه و در نتیجه آیا باید تعقیب صورت گیرد یا نه، ممکن است به اعتقاد مقام تعقیب درباره اینکه قربانی باید چگونه اقدام می‌کرده، بستگی داشته باشد. برای مثال، به دلیل اینکه کلیشهای وجود دارد مبنی بر اینکه سالمدان به عنوان افراد ناتوان فاقد رشد تلقی می‌شوند، مقام تعقیب، تغییر در رفتار قربانی را نشانه نفوذ ناروا می‌داند و دست به تعقیب می‌زنند؛ در حالی که شاید قربانی از روی میل و اختیار اقدام به چنین کاری کرده باشد. در نتیجه، چنین قوانینی ممکن است به جای حمایت از سالمدان، حقوق آنان را محدود نماید.<sup>۲</sup> هدف از وضع چنین قوانینی، حمایت از سالخوردگان است؛ اما چنین قوانینی قربانی را از فرآیند تصمیم‌گیری درباره خود دور می‌کند و سبب می‌شود سالمدان به عنوان افراد غیرمسقل، بی‌اراده و ناتوان از تصمیم‌گیری آزاد تلقی شوند. این مشکل زمانی حادر می‌شود که سن یا ویژگی‌های مربوط به سن، جرایم قانونی جدیدی را ایجاد کند. برای مثال تلقی کردن سن به عنوان علامت و نشانه «نفوذ ناروا»، این پیام را دارد که افراد مسن نسبت به دیگران ناتوان تر هستند و بیشتر دچار کاستی می‌باشند. این مسئله نه تنها بر نگرش عمومی به طور کلی، که بر تمایل افراد در زمینه وارد شدن به معاملات با سالمدان خاصی نیز اثر می‌گذارد<sup>۳</sup> و اسباب بزهديدگی ثانوی آنان را فراهم می‌نماید.

به این ترتیب، تصویب قوانین جرم‌انگار برای حمایت از سالمدان، از ظرفات‌های خاصی برخوردار است؛ ضعف جسمانی و روانی سالمدان لزوم برخورد همه‌جانبه و شدید با سوءاستفاده‌گران و جلوگیری از اعمال نفوذ در سالمدان را می‌طلبد. برای مثال، زمانی که سالمدان توسط مراقبان خود مورد ضرب و شتم قرار می‌گیرند، ولی به دلیل وابستگی شدید به پرستار هیچ اعتراضی نمی‌کنند؛ یا در مواردی که دیگران با حیله و فریب و با استفاده از آسیب‌پذیری سالمدن، از وی سوءاستفاده مالی می‌کنند، اتخاذ رویکرد پدرسالارانه و ورود نظام عدالت کیفری بدون شکایت قربانی، منطقی

به نظر می‌رسد. همچنین، برخی شواهد بیانگر آن است که برخی سالمندان که قربانی بدرفتاری شده‌اند، از اقدام قانونی علیه مرتکب خودداری می‌کنند، زیرا از انتقام احتمالی می‌ترسند.<sup>۱</sup> گاه نیز نفوذ مرتکب بر قربانی، مانع از اعلام شکایت توسط بزه‌دیده می‌گردد. چنین تجربی احتمالاً قانون گذار را مایل می‌سازد تا از طریق جنبه عمومی دادن به جرایم علیه سالمندان، این امکان را برای دادستان فراهم کند تا به محض اطلاع از سالمندآزاری وارد عمل شود و از حقوق قربانی دفاع نماید.

با این حال نباید با سالمندان بهمثابه کودکان و ناتوانان ذهنی و افراد از کارافتاده رفتار کرد؛ چنین برخوردي با سالمندان می‌تواند موجبات بزه‌دیدگی ثانوی آنان را فراهم کند.<sup>۲</sup> درست آن است که در کنار ارائه حمایت‌های لازم از سالمندان و جرم‌انگاری رفتارهای مضر، کیفیات جرم‌انگاری به گونه‌های پیش‌بینی شود که فرد سالمند احساس ناتوانی و از کارافتادگی نکند و رضایت‌وی در تعقیب یا عدم تعقیب مجرمان اهمیت داشته باشد؛ به این صورت که اگر فرد سالمند ادعا می‌کند وقایع رخداده با جلب رضایت‌وی بوده و این رضایت نیز آگاهانه اعلام شده و عمل ارتکاب یافته را مجرمانه تلقی نمی‌کند، مداخله کیفری و اثبات اینکه سالمند تحت نفوذ قرار گرفته، منتفی گردد.

## ۲-۴. جرم‌انگاری و مصالح ناتوانیايان ذهنی

ناتوانیايان ذهنی معمولاً سیبل‌های مناسبی برای ارتکاب جرم می‌باشند؛ برابر آمارها احتمال بزه‌دیده واقع شدن آنها بسیار بیشتر از افراد فاقد معلولیت است.<sup>۳</sup> وضع قوانین در جهت حمایت از حقوق آنها لازم است.<sup>۴</sup> با این حال در تصویب قوانین حمایتگر از این گروه نیز می‌بایست به نیازها و مصالح آنان به خوبی توجه نمود. در غیر این صورت نتیجه مطلوب به دست نمی‌آید. برای نمونه ماده ۵ قانون جزای ایرلند (۱۹۹۳) افراد را از برقراری رابطه جنسی با ناتوانیايان ذهنی (یعنی افرادی که دچار اختلال ذهنی هستند؛ خواه به‌واسطه نقصان ذهنی و خواه به‌واسطه بیماری ذهنی) جز

۱. گریفیتس، ال؛ گوینت، رایتس؛ و جان ویلیامز، «بررسی جنبه‌های حقوقی سالمندآزاری در انگلستان»، ترجمه مهدی صبوری‌پور، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۲ و ۵۳، پاییز و زمستان، ۱۳۸۴، صص. ۳۷۵-۳۹۸.

2. Kohn, Op. cit., p. 26.
3. Baladerian, Nora; Coleman, Thomas; and Jim Stream, "Abuse of People with Disabilities", A Report on the 2012 National Survey on Abuse of People with Disabilities, Spectrum Institute, 2013, p.5.
4. Saraceno, Benedetto; and Michelle Funk, "Mental Health Legislation & Human Rights", Switzerland, Mental Health Policy and Service Guidance Package, 2003, p.12.

در قالب عقد ازدواج منع کرده است. در این قانون، فرض بر آن است که معلولان ذهنی قدرتِ تصمیم‌گیری درخصوص برقراری یا عدم برقراری رابطه جنسی نداشته و ناتوان از اعلام رضایت در این باره می‌باشند.<sup>۱</sup> ماده ۵ قانون جزای ایرلند (۲۰۰۳) نیز افراد ناتوان را فاقد قدرت تصمیم‌گیری در زمینه‌ی خصوصی‌ترین مسائل زندگی‌شان دانسته و قانون‌گذار را مکلف ساخته تا از آنان در برابر اینکه به دلیل آسیب‌پذیری علیه خود مرتكب خطای شوند حمایت کند.<sup>۲</sup>

تأکید قوانین کیفری فوق بر آسیب‌پذیری این گروه و ناتوان تلقی کردن معلولان و شناسایی آنها براساس ضعف‌ها و اختلالاتشان سبب می‌شود تا اعلام بزه‌دیدگی توسط ناتوانی‌ایان متراffد با انتساب ویژگی‌هایی چون غیرمستقل و بی‌اراده به آنها باشد. این امر به نوبه خود در تعارض با حق بر خودمختاری، استقلال و عدم تبعیض است که معلولان برای دستیابی به آن می‌کوشند. بنابراین، قانون ایرلند با وجود تلاش برای حمایت از گروه‌های خاصی از معلولان، به دلیل به رسمیت نشناختن حقوق و خودمختاری آنها، به نوعی در بزه‌دیدگی معلولان و ورود ضرر به آنها مشارکت نموده است.<sup>۳</sup>

به علاوه، ناتوان تلقی کردن این بزه‌دیدگان، سبب بی‌اعتباری اظهارات و شهادتشان می‌شود. همچنان که قانون مصوب ۱۸۷۱ ایرلند که تنها نظام رسمی موجود، برای اداره‌ی امور جاری افراد فاقد قدرت تصمیم‌گیری است نیز تعریفی از اهلیت ارائه داده است که این قابلیت را دارد که وقتی معلولان ذهنی به عنوان شاهد درنظر گرفته می‌شوند، به ضرر آنها عمل نماید. برای مثال، در پرونده‌ای یک زن جوان با سندروم داون ادعا کرد که مورد تجاوز جنسی قرار گرفته است. در دادگاه طبق قانون فوق، فرض بر عدم صلاحیت شاکی برای اقامه شهادت گذاشته شد و پرونده مختومه شد.<sup>۴</sup>

این موضوع سبب می‌شود تا در عمل شکاف قابل ملاحظه‌ای میان گزارش و قوع جرم و تعقیب واقعه ایجاد شود. همچنان که تحقیقات صورت گرفته درخصوص ارتکاب تجاوز به عنف علیه معلولان ذهنی، چنین شکافی را آشکار کرده‌اند. نتیجه چنین رویکردی، بی‌تمایلی بزه‌دیدگان به اعلام جرم خواهد بود، همچنان که در تحقیقی که درباره موائع افشاء خشونت جنسی در بین معلولان صورت گرفته، روشن شده است که ترس از باورنکردن بزه‌دیدگی از موائع اعلام بزه‌دیدگی بوده است.<sup>۵</sup>

1. Edwards, Claire, "Pathologising the Victim: Law And The Construction Of People with Disabilities as Victims Of Crime In Ireland", *Disability & Society*, Vol. 29, Issue 5, 2013, pp. 692 - 693.

2. Ibid, p. 695.

3. Ibid, pp. 692-695.

4. Ibid, p. 690.

5. Ibid, p. 690.

تجربه وضع قانون در زمینه معلولان در کشور ایران، آشکار می‌سازد که لازم است در هنگام جرم‌انگاری و تعیین کیفیات جرم به خواسته‌های معلولان توجه شود و در صورتی که منافع آنان ترک جرم‌انگاری را ایجاب می‌نماید، بر جرم‌انگاری اصرار نشود. از کیفیاتی که لازم است مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد، جنبه عمومی دادن به جرایم علیه ناتوانیان است. ناتوانیان بزه‌دیده در بسیاری از موارد به دلیل محدودیت‌های ادراکی، شرایط زندگی و شرایط اجتماعی آنها، عدم آگاهی از حقوقشان، ناتوانی در دفاع از حقوق خود و وابستگی شدید به دیگران برای نیازهای روزانه آسیب‌پذیرتر بوده و قادر به طرح شکایت نیستند.<sup>۱</sup> این موضوع سبب افزایش رقم سیاه چنین جرایمی می‌گردد. برای جلوگیری از چنین پیامد فاسدی، حقوق کیفری نباید تعقیب و رسیدگی به جرایم ارتکابی علیه ناتوانان بزه‌دیده را موقول به اعلام شکایت از سوی آنان کند، بلکه باید صرف نظر از شیوه اعلام جرم، دادستان به محض اطلاع از ارتکاب جرم اقدام به تعقیب مرتكبان نماید.

گاه پزشکان یا پرستاران یا معلمان یا سایر افرادی که خدماتی را به افراد معلول ارائه می‌دهند، اطلاعاتی را درخصوص سوءاستفاده از یک فرد معلول کسب می‌کنند، آنها باید ملزم شوند که این اطلاعات را به نهادهای حمایت از معلولان یا پلیس گزارش دهند.<sup>۲</sup> همچنین، تأمین امنیت ناتوانان بزه‌دیده مهم است؛ زیرا مظنون یا کسانی که از جانب وی اقدام می‌کنند، ممکن است در صدد تهدید بزه‌دیده برای بازداشت وی از توسل به نظام عدالت باشند؛ یا در اقدامی تلافی‌جویانه بزه‌دیده را به دلیل گزارش موضوع به مقام‌های قانونی، مورد آزار و اذیت قرار دهند؛ امری که به نوبه خود سبب امتناع بزه‌دیدگان از ارائه دلایل در دادگاه می‌گردد.

1. Hepner, Ilana; Woodward, Mary; and Jeanette Stewart, "Giving the Vulnerable a Voice in the Criminal Justice System: The Use of Intermediaries with Individuals with Intellectual Disability", *Psychiatry, Psychology and Law*, Vol. 22, Issue 3, 2014, p. 2.
2. Baladerian and Coleman, Op. cit., p. 7.

## نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه در جرایم دارای بزه‌دیده، ارتکاب جرم بیش از هر چیزی منافع قربانیان را نشانه می‌رود، «توجه به مصالح بزه‌دیده» یکی از معیارها و اصول مهم جرم‌انگاری است. هر انگاره‌ای از جرم‌انگاری نمی‌تواند بدون توجه شایسته به مصالح و منافع بزه‌دیده، کامل و کارآمد قلمداد شود. توجه به بزه‌دیده در جرم‌انگاری گاه قانون‌گذار را به این سو هدایت می‌کند که دست از جرم‌انگاری بردارد؛ زیرا گاه نه تنها جرم‌انگاری منافع بزه‌دیدگان را تأمین نمی‌کند، که موجب ایجاد ضرر به آنها می‌شود. در مواردی که پس از بررسی کلیه جوانب، کفه ترازو به نفع جرم‌انگاری سنگین‌تر باشد، لازم است در هنگام پیش‌بینی کیفیات جرم به بزه‌دیدگان و نیازهای آنها نیز توجه شود و تهمیدات لازم برای حمایت از آنان پیش‌بینی شود.

توجه به نقش بزه‌دیده در فرآیند دادرسی بسیار مهم است. گاه مصلحت بزه‌دیده ایجاب می‌نماید تا اختیار شروع فرآیند دادرسی، در اختیار وی باشد تا بتواند با ارزیابی شرایط و موقعیت خود، درخصوص طرح یا عدم طرح شکایت تصمیم‌گیری نماید. بعلاوه، در شناسایی تصمیم بزه‌دیده برای توقف فرآیند رسیدگی و تفکیک جرایم به قابل گذشت و غیرقابل گذشت نیز باید منافع زیان‌دیدگان را مدنظر قرار داد و صرفاً نفع عمومی و مصالح جامعه را مبنای تفکیک جرایم به قابل گذشت و غیرقابل گذشت قرار نداد.

برخی از جرایم افزون بر صدمات جسمی و روحی، زیان‌های سنگینی به آبرو و حیثیت قربانی وارد می‌کنند. در چنین جرایمی به طور معمول قربانی برای حفظ اعتبار و آبروی خویش ترجیح می‌دهد تا به جرم رسیدگی نشود. اما عدم تعقیب مجرم می‌تواند پیامدهای نامناسبی را در پی داشته باشد. در نتیجه لازم است اقداماتی در جهت کاهش رقم سیاه این جرایم صورت بگیرد.

در فرآیندهای دادرسی نیز باید تا جای امکان به نقش مناسب بزه‌دیده توجه نمود تا قربانی بتواند در صورتی که به صلاح خود بداند، اقدام به طرح شکایت نماید و هر گاه ادامه رسیدگی را در تعارض با حیثیت و اعتبار خود و مخل به آرامش روحی و روانی خود دانست، رسیدگی را متوقف نماید. به علاوه در چنین جرایمی باید تهمیدات لازم اندیشیده شود تا بزه‌دیدگان بتوانند بدون آنکه نگران افسای اسرار خویش و از دست رفتن آبرویشان باشند، طرح شکایت کنند. فرآیند دادرسی باید به گونه‌ای باشد که حریم خصوصی زیان‌دیده از جرم مصون از تعرض باقی بماند، برای مثال لازم است جلسات رسیدگی به صورت غیرعلنی صورت بگیرد و پرونده مستقیماً در دادگاه تشکیل

شود و کلیه تحقیقات توسط قاضی دادگاه بوده و دسترسی کلیه افراد (همچون کارمندان دادگستری و کارآموزان) به چنین پروندهای محدود گردد.

در نظام حقوقی ایران اتحاد سیاستی مناسب در باره تعیین نقش بزهديده در فرایند کیفری تا اندازه زیادی به تبیین دیدگاههای اسلامی در باره مصالح بزهديده و تأمل ژرفتر درباره تقسیم‌بندی حق‌الله - حق‌الناس دارد. منابع اسلامی از دیرباز به شناسایی جنبه حق‌الناسی برای بسیاری از جرایم و تفکیک آن از جنبه عمومی و الهی جرم تأکید کرده‌اند و به متوقف بودن پیگیری جرم حق‌الناسی به شکایت شاکی خصوصی اذعان نموده‌اند. می‌توان ادعا کرد تقدیم حق‌الناس بر حق‌الله همچون قاعده‌ای مسلم در فقه اسلامی است که فقیهان در همه باب‌ها و مسائل فقهی بدان پایبند بوده‌اند. حتی گاه تأکید بی‌اندازه فقیهان بر جنبه‌های خصوصی جرم در قتل عمد مورد نقد قرار گرفته است. همزمان در برخی حوزه‌ها مانند جرایم جنسی که به آبرو و حیثیت افراد ارتباط زیادی پیدا می‌کند، بر راهبرد بزه‌پوشی تأکید شده است. این اصول و مبانی دست‌مایه‌های مناسبی هستند تا قانون‌گذار وفادار به مبانی اسلامی بتواند با تکیه بر آنها هم در اصل جرم‌انگاری و هم در کیفیات آن و قابل‌گذشت بودن یا غیرقابل‌گذشت بودن جرایم، حداکثر مصالح بزه‌دیده را مورد توجه قرار دهد. قانون‌گذار وفادار به مبانی اسلامی باید به هوش باشد که عبارات کلی حق‌الله و حق‌الناس یا شرعاً قابل‌گذشت، مبنا و معیار مناسبی برای تمییز جرایم قابل‌گذشت از جرایم غیرقابل‌گذشت در سطح قانون‌گذاری نیستند. در این باره باید به طور موردي و البته به نحو نظاممند تکلیف جرایم را تعیین نمود. آنچه در عمل بیشتر با آن مواجهیم جدال دو جنبه از جرم است تا این که برخی جرایم را کاملاً حق‌الله یا حق‌الناس قلمداد کنیم. به محض برخورداری جرم از جنبه حق‌الناسی لوازم و آثار این حق را باید به رسمیت شناخت؛ این امر البته به معنای انکار جنبه عمومی یا الهی جرم نیست. گاه البته با چالش تقدیم حق‌عمومی بر حق فرد یا عکس آن روپرموی شویم که به دلیل پیچیده بودن جرم همچون پدیده‌ای اجتماعی گزینی از آن نیست. مهم این است که هر مورد را به طور خاص مورد توجه قرار دهیم؛ جنبه‌های عمومی و خصوصی جرم را به دقت بسنجهیم و میان مصالح شخص و عموم موازنی برقرار نماییم و البته در موارد تراحم حق‌الناس بر حق‌الله، در تقدیم حق‌الناس بر حق‌الله محض تردید و درنگ ننماییم. نیز به یاد داشته باشیم که تلقی‌های عقلایی از امر عمومی و خصوصی گاه از زمانی به زمان دیگر و از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است. برخی از تغییر و تحولات عقلانی این حوزه می‌توانند از بنها و رویه‌های عقلایی مقبول نزد شارع مقدس قلمداد شود. بدین‌سان جرمی که در گذشته خصوصی قلمداد شده است ممکن است امروزه عمومی

---

قلمداد شود؛ چنان که عکس آن نیز ممکن است. این دست تحولات تا گاهی که مشمول نهی ضمنی یا سریع شارع مقدس قرار نگرفته باشد، می‌تواند مقبول قلمداد شود. بی‌توجهی به این تحولات در تعیین چند و چون جرم‌انگاری و موازنۀ میان مصالح عموم و فرد ممکن است سبب وضع قوانین نامناسب شود.

## منابع

- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
- ———، شناسای آیین دادرسی کیفری، جلد اول (کلیات و دعاوی ناشی از جرم)، تهران، دوراندیشان، ۱۳۹۴.
- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، سمت، ۱۳۸۸.
- ———، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- ———، عدالت کیفری، جلد دوم، تهران، نشر دادگستری، ۱۳۹۰.
- آشوری، محمد؛ و دیگران، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، نشر گرایش، ۱۳۸۳.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد های اول و دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- اسدی، لیلاSadat، حقوق بزه دیده در دادرسی های کیفری بین المللی، تهران، سمت، ۱۳۹۱.
- استوارت، هیمیش، «محدووه اصل زیان»، ترجمه علی شجاعی، در: دائرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله های تازه های علوم جنایی)، کتاب دوم، زیر نظر علی حسین نجفی ابراندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۲.
- گریفیتس، الد؛ گوینت، رابرتس؛ و جان ویلیامز، «بررسی جنبه های حقوقی سالمند آزاری در انگلستان»، ترجمه مهدی صبوری پور، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۲ و ۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.
- توجهی، عبدالعلی، «اندیشه حمایت از بزه دیدگان و جایگاه آن در گستره جهانی و سیاست جنایی تقنیتی ایران»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، سمت، ۱۳۸۳.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰.
- رایجیان اصلی، مهرداد، «بزه دیدگان؛ حقوق و حمایت های بایسته»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۱۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- ———، «سه گفتار تطبیقی در بزه دیده شناسی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۶، بهار ۱۳۸۳.
- شیری، عباس، رفتار کرامت مدار با بزه دیده، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۴، پاییز ۱۳۸۶.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.

- اداره کنترل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد (مرکز بین‌المللی پیشگیری از جرم)، عدالت برای بزهديگان، ترجمه على شایان، تهران، سلسیل، ۱۳۸۴.
- گزارش جرم‌زدایی اروپا، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه مرکز مطالعات توسعه قضایی، تهران، سلسیل، ۱۳۸۴.
- محمودی جانکی، فیروز، «جرائم‌زدایی به منزله یک تغییر»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷.
- ———، «حمایت کیفری از اخلاق»، در: *علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری)*، تهران، سمت، ۱۳۸۸.
- میرمحمدصادقی، حسین، *جرائم‌زدایی اموال و مالکیت*، تهران، میزان، ۱۳۸۹.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ و عبدالعلی توجهی، «بزهديگه‌شناسی و مشکلات بزهديگی‌های گزارش نشده»، *مدرس علوم انسانی*، شماره ۱۳، زمستان ۱۳۷۸.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ و محمدعلی بابایی، «جرایم مانع (جرایم بازدارنده)»، *مدرس علوم انسانی*، شماره ۳۷، ۱۳۸۳.
- نوبهار، رحیم، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- ———، *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*، تهران، جنگل، ۱۳۸۷.
- نوریها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.
- هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، جلد ۲، تهران، میزان، ۱۳۸۱.

- Kohn, Nina, “A Critique of the Criminalization of Elder Abuse”, *American Criminal Law Review*, Vol. 49, No 1, 2012.
- Baladerian, Nora; Coleman, Thomas; and Jim Stream, “Abuse of People with Disabilities”, A Report on the 2012 National Survey on Abuse of People with Disabilities, Spectrum Institute, 2013.
- White, Michael; Goldkamp, John; and Suzanne Campbell, “Beyond Mandatory Arrest: Developing a Comprehensive Response to Domestic Violence”, *Police Practice and Research: An International Journal*, Vol. 6, Issue 3, 2007.
- Duff, Antony, “Theories of Criminal Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013. Available at: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/criminal-law>.

- 
- Edwards, Claire, "Pathologising the Victim: Law And The Construction Of People with Disabilities as Victims Of Crime In Ireland", *Disability & Society*, Vol. 29, Issue 5, 2013.
  - Gegan, Susan; and Nicholas Rodriguez, "Victims' Role in the Criminal Justice System: A Fallacy of Victim Empowerment?" *Journal of Civil Rights and Economic Development*, Vol. 8, Issue 1, Fall 1992.
  - Hepner, Ilana; Woodward, Mary; and Jeanette Stewart, "Giving the Vulnerable a Voice in the Criminal Justice System: The Use of Intermediaries with Individuals with Intellectual Disability", *Psychiatry, Psychology and Law*, Vol. 22, Issue 3, 2014.
  - Quinn, Mary, "Undoing Undue Influence", *Journal of Elder Abuse & Neglect, Undoing Undue Influence*, *Journal of Elder Abuse and Neglect*, Vol. 12, Issue 2, 2000.
  - Kennard, Karen, The Victims Veto: A way to Increase Victim Impact on Criminal Case Dispositions, *California Law Review*, vol. 77, No. 2, 1989.
  - Saraceno, Benedetto; and Michelle Funk, "Mental Health Legislation & Human Rights", Switzerland, Mental Health Policy and Service Guidance Package, 2003.
  - Schonsheck, Jonathan, On Criminalization, Netherland, Kluwer Academic Publishers, 1994.



## **Observing Victim's Interests in Criminalization**

Rahim Nobahar

Fatemeh Saffari

### **Abstract**

In many cases the main aim of criminalization is to protect the interests of the victims. Ignoring some qualifications in criminalization, however, may result in harm to the victims. This article argues that every single case of criminalization should pass through the filter of the victim's interest and expediency. Moreover, in the qualifications of criminalization the victim's interest should be observed. The victim's best interest in some cases requires that the lodging of a complaint and its remission to be the victim's decision and in his/her hand. The qualification of criminalization should also protect the privacy of the victim and his/her confidentiality. The benefits of different kinds of victims, like children and the mentally ill, are not necessarily identical and therefore they may need different types of protection. Referring to some kinds of these differences and diversities, the article suggests that the benefits of different classes of victims should be observed in detail and precisely. The article also mentions some defects of the Iranian criminal law system along with some suggestions for improvement of the situation.

**Keywords:** Criminalization, Qualification of Criminalization, Benefits of the Victim, Crimes Indictable upon a Complaint.

## **Concept of Natural Obligations and their Relationship to Moral Obligations**

Razye Abdolsamadi

Ahamd Honardoost

Sedigheh Javan

### **Abstract**

Natural obligations are the concept between the moral obligations and civil obligations. There is still no precise and comprehensive definition of natural obligation in any legal text. However it could be considered as a concept which is between moral and civil obligations. Furthermore Jurisprudence and legal doctrine still haven't reached to an agreement on the nature and scope of natural obligations. There are a lot of discussions and dialogues on the nature and basis of the natural obligation and all of them endeavour to specify it as a payment of obligation. Investigating the concept of natural obligation from this view could be helpful and worthwhile. In this essay, while trying to answer critical questions about natural obligation, we analized the concept of moral obligation more precisely and investigated different aspects of it and its similarities to and differences with natural obligations. The main concern of this article is to answer some fundamental questions about the concept of natural obligation including: can we assume natural obligation as a classic example of moral obligations? Is there any legal boundery between them? Does every natural obligation ensure a moral obligation with it and vice versa?

**Keywords:** Natural Obligation, Civil Obligation, Moral Obligation, Legal Sanction.

## **Situational Prevention of Smuggling of Goods in Anti-Smuggling of Goods and Currency Act 2014**

Mehdi Saboori Pour

Hamed Safaei Atashgah

### **Abstract**

Smuggling of goods and currency, as one of the main concerns in Iran, is a multifaceted phenomenon that causes disruption in the economic and social system and security of the country. Dealing with this problem in the criminal policy of Iran merits due attention. Inadequacy and inefficiency of criminal repression leads governmental officials to pay attention to preventative measures. Similarly, the second season of Anti-smuggling of goods and currency Act 2014 in Iran has been dedicated to preventing crimes. Based on the findings of the present study, measures of the Act are about to minimize delinquency through increasing the risks of crime and increasing efforts needed to commit it. As much as Situational Crime Prevention is developed from the traditional to the technological opportunities, the success of these strategies depends on the application of technological tools. The strategy of these measures, of course, faces challenges which are discussed in this article.

**Keywords:** Situational Crime Prevention, Smuggling of Goods, Prevention of Smuggling, Technological Prevention, Integration.

**Duty of the aggrieved party to mitigate the losses resulting  
from the breach of contract and its effect  
on the liability of the breaching party**

Mohammad Abdolsaleh Shahnoosh Forooshani

**Abstract**

Once the defendant's breach of contract has been established, it is often said that the claimant comes under a duty to mitigate his loss. The consequence of the failure to mitigate is that the part of the loss suffered by the claimant which is attributable to the unreasonable action or inaction of the claimant becomes irrecoverable. The so called duty to mitigate loss comprises two separate functions. First, the claimant must not take any step which unreasonably increases the loss suffered in consequence of the defendant's breach of contract. This rule only applies to expenses incurred after breach. Other unreasonable acts will be treated as an intervening cause of the harm suffered. Secondly, the claimant must take such reasonable and positive steps as are necessary to minimize the loss he or she suffers. For example, a wrongfully dismissed employee must attempt to find a comparable job, and where a seller fails to deliver goods, the buyer must go into the market to obtain substitute goods. This rule is a rule of common law but it seems that this rule is accepted in Imamieh-feqh. Also its effects may be accepted in Iranian law.

**Keywords:** Duty, Aggrieved Party, Breach Of Contract, The Rule Of "*La Dharar*", Implied Term.

## **An Analysis of Robbery (Case Study: Tehran Prisons)**

Shahla Moazemi

Saman Siyavashi

### **Abstract**

In this research we tried to find the most important reasons of committing robbery. In fact in this research we were about to find which variables have more effect on this crime. The study sample of this study was selected from robbers of in Tehran prisons. A sample of 180 robbers was selected which consisted of two groups including 90 persons. The first group was the robbers and the second one, as the control group, consisted of 90 nonviolent thieves. Assessment instrument was Interview and questionnaire. In one hand, the results show that there is correlation between robberies and family disorganization, deviant environment, childhood experiences of violence and humiliation and religious and moral beliefs of the individual. On the other hand, there is no proven relationship between robbery and economic situation.

**Keywords:** Violence, Violent Crime, Theft, Robbery.

## **Economic Analysis of Copyright: Evaluation of Efficiency and Balance in Copyright System**

Yadollah Dadgar

Mirghasem Jafarzadeh

Mohammad Ali Bagher Sad

### **Abstract**

This paper is about to analyze the framework and the shortcomings of copyright system. Rent seeking, limiting the public area, and transaction cost are some debatable issues in this regard. Another topic of this paper is to investigate the advantages of developing copyrights. This includes improving productivity, commercialization and improving competition. One finding of this article is that generally speaking, the advantages of copyrights would outweigh the disadvantages. The trend of this research is balancing and moderating one in copyrights so it disagrees with both extremist approached. We think that balancing approach is workable and much more efficient in this area.

**Keywords:** Economic Analysis, Balance, Efficiency, Copyright, Cost-Benefit Analysis.

**Jurisdictional Immunity of State with Emphasis  
on the Judgment of International Court of Justice  
in Germany v. Italy Case**

Mahdi Hatami

Fereshteh Sadat Hoseini

**Abstract**

As the jurisdictional immunity of state's history shows, the immunity faced to many challenges and changes. With regard to such changes in international customary law, there is no rule based on may waver the jurisdictional immunity of state before other state's courts, if they committed a breach of human right as jus cogens. Italian courts, however, did something unusual and became a frontier in making a new exception on international law. Germany, on 23 December 2008, instituted proceedings against the Italy before the International Court of Justice. Germany stated that Italian judicial bodies have repeatedly disregarded the jurisdictional immunity of Germany as a sovereign State.

Germany *v.* Italy case was a chance for the International Court of Justice to state its point of view about interaction among human rights, Jus cogens, and state immunity. We're going to study the opinion and Judgment of the International Court of Justice to know whether the court is going to make international customary law about state immunity stable or help developing it by new exceptions.

**Keywords:** International Customary Law, Jurisdictional Immunity of State, International Court Of Justice, Human Right.

## **A Comparative Study about Torture in Iranian Laws and the United Nations Convention against Torture**

Hasan Pour Baferani

Raouf Rahimi

### **Abstract**

This article compares Iranian laws about torture with the contents of United Nations Convention against Torture. The common basis for comparison is that both laws of Iran and Convention against Torture identify torture as inhumane practice and contrary to human dignity. But must be acknowledged that Iranian laws about torture are narrower than Convention and only have discussed physical and mental torture of direct and did not mention indirect physical and mental torture. On the other hand there are some punishments like retaliation and stoning in Iranian laws that anti-torture committee has described them as torture. But these differences do not mean that there is no similarity between Convention and Iranian Laws. This comparison not only helps recognizing legal obstacles toward the accession of Iran to the United Nation Convention against Torture but also has suggestions to remove these obstacles too.

**Keywords:** Torture, Corporal Punishment, Convention against Torture, Constitution, Islamic Penal Code.

## **Issuance and the Contents of the Bill of Lading in Iranian Laws and International Instruments**

Yousef Barari Chenari

Mojtaba Jahaniyan

### **Abstract**

Bill of lading is one of the commercial documents that is used in marine transportation and has gained increasing importance and like other commercial documents such as check, bill of exchange, demand (promissory) note and warehouse receipt enjoys independent legal nature. Considering the importance of the marine bill of lading in international trade development, its setting, issuing and contents according to Iran Marine Law and different international conventions and its impact on the level of forthcoming commitments of the sides, is critical. We can point out that including the number of copies of bill of lading and its particular forms in any given person, to remit a certain person and the bearer that the transfer capability of each is different. Contents of bill of lading, terms and phrases, some explicit and some implicit form, also will be mentioned. Explicit and implicit terms of bill of lading are another topic to be discussed in this article.

**Keywords:** Bill of Lading, Cargo Contract, Mate's Receipt, Bill of Lading in Given Person, the Bearer Bill of Lading.



## **Contents**

---

|  |          |
|--|----------|
| <b>Issuance and the Contents of the Bill of Lading in Iranian Laws and International Instruments .....</b>   | <b>a</b> |
| Yousef Barari Chenari / Mojtaba Jahaniyan  |          |
| <b>A Comparative Study about Torture in Iranian Laws and the United Nations Convention against Torture .....</b>   | <b>b</b> |
| Hasan Pour Baferani / Raouf Rahimi   |          |
| <b>Jurisdictional Immunity of State with Emphasis on the Judgment of International Court of Justice in Germany v. Italy Case .....</b>                       | <b>c</b> |
| Mahdi Hatami / Fereshteh Sadat Hoseini   |          |
| <b>Economic Analysis of Copyright: Evaluation of Efficiency and Balance in Copyright System.....</b>   | <b>d</b> |
| Yadollah Dadgar / Mirghasem Jafarzadeh / Mohammad Ali Bagher Sad   |          |
| <b>An Analysis of Robbery (Case Study: Tehran Prisons) .....</b>   | <b>e</b> |
| Shahla Moazemi / Saman Siyavashi   |          |
| <b>Duty of the aggrieved party to mitigate the losses resulting from the breach of contract and its effect on the liability of the breaching party .....</b> | <b>f</b> |
| Mohammad Abdolsaleh Shahnoosh Forooshani   |          |
| <b>Situational Prevention of Smuggling of Goods in Anti-Smuggling of Goods and Currency Act 2014 .....</b>   | <b>g</b> |
| Mehdi Saboori Pour / Hamed Safaei Atashgah   |          |
| <b>Concept of Natural Obligations and their Relationship to Moral Obligations.....</b>   | <b>h</b> |
| Razye Abdolsamadi / Ahadm Honardoost / Sedigheh Javan  |          |
| <b>Observing Victim's Interests in Criminalization .....</b>   | <b>i</b> |
| Rahim Nobahar / Fatemeh Saffari  |          |



The Judiciary's  
**Law  
Journal**

---

**The 80<sup>th</sup> Year of Publication/ No.93/ 2016 Spring**

---

**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 Eskinini, 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](http://www.jlj.ir)

**E-mail:** [majaleh\\_hoghooghi@jpri.ir](mailto:majaleh_hoghooghi@jpri.ir)

---