



پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب

دانشگاه قم - دانشکده حقوق

صاحب امتیاز: دانشگاه قم

سال اول - شماره اول - پاییز ۱۳۹۳

مدیر مسئول: دکتر سید حسن شبیری (زنجانی)

شاپا: ۴۱۹۶-۲۰۰۸

سرمدیر: دکتر عادل ساریخانی

هیأت تحریریه به ترتیب الفبا:

- دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار)
- دکتر عادل ساریخانی (دانشیار)
- دکتر سید حسن شبیری زنجانی (استادیار)
- دکتر محمود صادقی (دانشیار)
- دکتر مصطفی فضائی (استادیار)
- دکتر عباس قاسمی حامد (دانشیار)
- دکتر ناصر قربان نیا (دانشیار)
- دکتر جعفر کوشا (دانشیار)

- ویراستار فارسی: دکتر صفر بیگ زاده
- ویراستار انگلیسی: دکتر محمدرضا پیروز مفرد
- مدیر داخلی: آیه الله جلیلی
- مروفه‌پینی و صفحه آرایی: موسی امیری
- طراحی و ناظر چاپ: میثم محمد حسنی و سید مصطفی موسوی

- مسئولیت مطالب هر مقاله برعهده نویسنده آن است و لزوماً دیدگاه فصلنامه نیست.
- فصلنامه در تلخیص، ویرایش و اصلاح مقالات آزاد است.
- نقل مطالب فصلنامه با ذکر مأخذ مجاز است.

نشانی: قم، بلوار غدیر، دانشگاه قم، دانشکده حقوق

تلفن: ۰۲۵۱-۲۱۰۳۰۰۰۰ دورنگار: ۰۲۵۱-۲۸۵۰۹۵۹

رایانامه: lawmag@qom.ac.ir

راهنمای نگارش مقالات

فصلنامه، مقالات حقوقی را در چارچوب تطبیق حقوق اسلام با غرب و با رویکرد علمی - پژوهشی می‌پذیرد.

۱. ضابطه‌های نویسنده

۱. نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه علمی، [گروه آموزشی]، [نام دانشکده]، دانشگاه نویسنده (گان) کامل باشد. (به فارسی و انگلیسی).
۲. نویسنده مسئول مقاله معرفی گردد.
۳. رایانامه، دورنگار، نشانی، کد پستی و شماره تلفن نوشته شود.

۲. ضابطه‌های مقاله

۱. حجم مقاله از ۲۵ صفحه (هر صفحه ۳۰۰ کلمه) بیشتر نباشد.
۲. عنوان مقاله کوتاه و گویا باشد (به فارسی و انگلیسی).
۳. مقاله پیشتر جایی چاپ نشده یا برای چاپ به جایی فرستاده نشده باشد.
۴. مقاله در برنامه Word2003 (به بالا) با قلم یا قوت ۱۳ (برای متن فارسی) و قلم تایمز ۱۱ (برای متن لاتین) تایپ شده باشد و به نشانی رایانامه مجله ارسال شود.
۵. چکیده مقاله حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه نوشته شود (به فارسی و انگلیسی).
۶. واژگان کلیدی بین ۵ تا ۸ واژه آورده شود (به فارسی و انگلیسی).
۷. معادل انگلیسی واژگان تخصصی و نامهای اشخاص به صورت پانویس آورده شود.
۸. این مجله مقاله ترجمه شده را نمی‌پذیرد.
۹. مقالات ارسالی عودت داده نمی‌شود.

۳. ضابطه‌های استناد

۱. این مجله از روش استناد «درون متنی» پیروی می‌کند، و کافی است منابع، پس از نقل قول مستقیم یا غیر مستقیم، فقط با آوردن (۱) نام خانوادگی نویسنده اثر، (۲)

سال انتشار اثر، ۳) شماره صفحه مورد استفاده، و هر سه داخل پرانتز معرفی شوند؛
نمونه: (عنایت، ۱۳۴۹: ۲۵).

۲. در صورت تعدد منابع از یک نویسنده در یک سال، با افزودن (الف) و (ب) در کنار سال انتشار، نوشته‌ها مشخص می‌شوند؛ نمونه: (عنایت، ۱۳۴۹ (الف): ۱۴)، (عنایت، ۱۳۴۹ (ب): ۱۵۰).

۳. منابع مورد استفاده، در پایان مقاله، به ترتیب الفبایی، نام خانوادگی نویسنده، (و اگر یک اثر چند نویسنده داشته باشد، ترتیب الفبایی نویسنده اول)، تنظیم و معرفی می‌شوند.

۴. ترتیب نوشتن مشخصات کتاب در فهرست منابع آخر مقاله این چنین است:
نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، سال انتشار، عنوان کتاب، نام مترجم، محل نشر، نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد.

مثال: امامی، سیدحسن، ۱۳۶۴ش، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، چ ۵، ج ۱.

۵. ترتیب نوشتن مشخصات مقاله در فهرست منابع آخر مقاله این چنین است:
نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، سال انتشار، عنوان مقاله، نام مترجم، نام نشریه، شماره مجله.

مثال: کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵ش، حکومت قانون و جامعه مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۷۲،

۶. منابع به زبان خارجی نیز، با ترتیب بالا آورده می‌شوند.

فهرست مطالب

۱. انتقال محکومین به حبس در موافقتنامه های بین المللی بانجاهی به مبانی فقهی
حسن پوربافرانی
احسان اکبری فرد
حسن بدری
۲۷
سید مهدی دادمرزی
۴۳
مجید سربازیان
سیده فاطمه زبرجد
۷۱
محمد صالحی مازندرانی
مونا استادی
۹۳
محمد رضا ظفری
۱۲۷
سعید عطا زاده
۱۵۹
مصطفی فضائلی
۲. تعارض تعریف قانونی تعدایع بارو یکمردی به فقه و حقوق غرب
۳. تهاثر د فقه امامیه، حقوق ایران و تجارت بین الملل
۴. مستمع شدن اجزای قرار داد بانکرشی تطبیقی به فقه، حقوق ایران و کامن لا
۵. مطالعه تطبیقی بنیاد های تفسیر قوانین جزایی د فقه امامیه و حقوق غرب
۶. بررسی فقهی حقوقی مقابله با قاچاق زنان بانجاهی به اسناد بین المللی
۷. جایگاه و اصول دادرسی عادلانه در حقوق بشرو د کترین قضایی اسلام

انتقال محکومین به حبس در موافقتنامه های بین المللی بانگهای به مبانی فقهی

حسن پوربافرانی^۱

احسان اکبری فرد^۲

حسن بدری^۳

چکیده

موافقتنامه های انتقال محکومین به حبس از مفاهیم جدید حقوق جزای بین الملل است که براساس آن فردی که در یک کشور خارجی به موجب حکم قطعی به مجازات حبس محکوم گردیده است، طی شرایطی برای تحمل مجازات خود به کشور متبوعش تحویل داده می شود. دولت متبوع نیز با پذیرفتن اعتبار و اثر حکم صادره توسط دادگاه خارجی، دست به اجرای آن می زند. با این انتقال، هزینه های اصلاح محکوم کاهش یافته، اصلاح او مفیدتر انجام می شود و موازین حقوق بشر نیز رعایت می گردد. جمهوری اسلامی ایران از سال ۱۳۷۸ تاکنون تنها با تعداد کمی از کشورها این نوع موافقتنامه ها را امضا کرده است. یکی از مباحث مهم در حقوق کیفری ایران آن است که آیا این موافقتنامه ها منطبق با موازین شرعی هستند یا خیر؟ فرضیه ما در این مقاله آن است که چون این موافقتنامه ها اصولاً در مورد مجازات حبس هستند که یک مجازات تعزیری است، مغایرتی بین آن ها و موازین شرعی وجود ندارد.

واژگان کلیدی: موافقتنامه، انتقال محکومان، حبس، حقوق جزای بین الملل، موازین

شرعی

۱ - استادیار حقوق جزا گروه حقوق دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)

رایانامه: hpoorbafrani@yahoo.com

۲ - کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه اصفهان

۳ - دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان)





مقدمه

گسترش همکاری و روابط کشورها در سطح بین‌المللی سبب پیدایش عناوین و مفاهیم جدیدی در عرصه علم حقوق گردیده است. این رویکرد به ناچار در تمام عرصه‌های علم حقوق بروز پیدا کرده و تمامی زمینه‌ها را تحت تاثیر قرار داده است.

انتقال محکومین به حبس جلوه‌ای از این پیشرفت‌ها و گسترش مناسبات حقوقی است و شاید به جرأت بتوان گفت که جلوه گسترش یافته همکاری بین دولت‌ها است؛ چرا که در این نوع قراردادها موافقت می‌شود که فردی که در کشور میزبان به مجازات سالب آزادی محکوم گردیده، جهت اجرای این مجازات به کشور متبوعش منتقل گردد. به عبارت دیگر کشور متبوع مجرم می‌پذیرد که این حکم جزایی صادرشده از یک دادگاه کیفری خارجی را در کشور خود و علیه تبعه خود اعمال کند. این در حالی است که تا پیش از این تحولات، اصل حاکم بر این عرصه، عدم ارزش و اعتبار قوانین جزایی میزبان بود و هیچ کشوری هم حاضر به اجرای احکام جزایی خارجی در کشور خود نبود (محسنی، ۱۳۷۵: ۱۹؛ گارو، بی تا: ۳۳۵؛ Akehurst, 1972, PP.145-151).

بر این اساس بررسی این موافقتنامه‌ها براساس قواعد حقوق جزای بین‌الملل ضروری و مفید است. اما آنچه در حقوق کیفری ایران قبل از هر چیز در ارتباط با این موافقتنامه‌ها قابل طرح است، بحث انطباق یا مغایرت آن‌ها با موازین شرعی است؛ همچنان که شورای نگهبان بسیاری از این موافقتنامه‌ها را مغایر با موازین شرعی دانسته و آن‌ها را رد کرده است. البته همین موافقتنامه‌های رد شده توسط شورای نگهبان، توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده است. اما در هر صورت این سؤال اساسی باقی است که آیا این موافقتنامه‌ها منطبق با موازین شرعی هستند یا خیر؟

در این مقاله با نگاه به دو سند مهم یعنی کنوانسیون استراسبورگ (۱۹۸۳)^۱ و قانون نمونه سازمان ملل متحد (۱۹۸۵) و تبیین مفاد موافقتنامه‌های بین ایران و کشورهای دیگر، سعی شده است که ابتدا اهداف، شرایط و نتایج این گونه موافقتنامه‌ها بیان شود و در آخر دلایل عدم مغایرت آن‌ها با موازین شرعی تبیین گردد.



1- Convention on the Transfer of Sentenced Persons, Strasbourg, 21.11.1983, Council of Europe.



۱. سابقه تاریخی

ورود این مفهوم به قلمرو حقوق جزای بین‌الملل سابقه زیادی ندارد. صرف‌نظر از کنوانسیون‌های دو جانبه، اولین کنوانسیون‌هایی که در این باره به طور محدود به این موضوع پرداخت، کنوانسیون شورای اروپا درباره ارزش بین‌المللی احکام کیفری بود که در ۲۸ مه ۱۹۷۰ در لاهه به امضا رسید و در ۲۸ ژوئیه ۱۹۷۴ لازم‌الاجرا شد. ماده ۵ این کنوانسیون درباره انتقال محکومین بود،^۱ اما کنوانسیون‌هایی که به صورت خاص ناظر به انتقال محکومین بود در سال ۱۹۸۳ در استراسبورگ به امضای شورای اروپا رسید^۲ و از سال ۱۹۸۵ لازم‌الاجرا گردید. تا سال ۲۰۱۳، ۴۰ و شش کشور از جمله تمامی کشورهای عضو شورای اروپا به این کنوانسیون ملحق شده‌اند و امکان پیوستن کشورهای غیر اروپایی به آن نیز وجود دارد (Padfield, et al, 2013, P.22). پس از آن سازمان ملل متحد در ۱۳ دسامبر ۱۹۸۵ موافقتنامه نمونه این سازمان در مورد انتقال زندانیان خارجی را به عنوان الگویی برای تنظیم موافقتنامه‌های مورد نظر اعضا تصویب و ارائه کرد.

این مفهوم در قلمرو حقوق کیفری ایران نیز سابقه چندانی ندارد و اولین بار این نوع موافقتنامه در سال ۱۳۷۸ با انعقاد قراردادی دوجانبه بین کشور ایران و آذربایجان مطرح گردید و پس از آن شاهد گسترش این نوع قراردادهای دوجانبه با کشورهای دیگری که با ایران مناسبات مثبتی دارند هستیم. این کشورها اغلب یا کشورهای همسایه هستند (آذربایجان) و یا کشورهایی که رفت و آمد اتباع ایران و بالعکس به هر دلیلی در آن کشورها گسترده و آسان است (سوریه و اکراین).

۲. مفهوم انتقال محکومین به حبس

انتقال در لغت به معنای جابه‌جا شدن و از جایی به جای دیگر رفتن است (معین، ۱۳۷۱: ۳۶۵). اما در اصطلاح و عرف این نوع قراردادهای و حقوق جزای بین‌الملل، انتقال به معنای جابه‌جایی فرد محکوم به حبس از کشور صادرکننده حکم به کشور متبوع خود است.



۱ - این ماده به دولت صادرکننده حکم محکومیت اجازه می‌داد که پیشنهاد انتقال زندانی را به دولتی که اقامتگاه دائمی محکوم در آن بود، بدهد.

۲ - البته علاوه بر این کنوانسیون‌ها، تعداد زیادی از معاهده‌های دوجانبه هم بین دولت‌ها وجود دارد که از جمله می‌توان به معاهده‌های دوجانبه‌ای که بین فرانسه و کشورهای مختلفی از آفریقای سیاه فرانسه زبان وجود دارد اشاره کرد (پرادل و کورستنز، ۱۳۸۶: ۱۳۹).



محکوم نیز در لغت به معنای مغلوب شده و مورد حکم قرار گرفته شده است (معین، ۱۳۷۱: ۳۹۱۹). در اصطلاح حقوق جزا به کسی محکوم گفته می‌شود که طبق قانون و براساس حکم قطعی و لازم‌الاجرا به مجازات مقرر قانونی محکوم گردیده باشد.

حبس نیز در لغت به معنای زندانی کردن و بازداشتن است (معین، ۱۳۳۸: ۱۳۷۱). در اصطلاح حبس نوعی از مجازات‌های سالب آزادی است که آزادی رفت و آمد فرد محکوم با نگهداری وی به طور دائم و یا موقت در مکان‌هایی به نام زندان از وی سلب می‌گردد (اردبیلی، ۱۳۸۳: ۱۰۷). همان‌طور که ملاحظه می‌گردد معنای لغوی و اصطلاحی این مفهوم تفاوت چندانی با هم ندارد و به زبان ساده‌تر منظور از انتقال محکوم به حبس، انتقال فرد محکومیت یافته به مجازات حبس از کشوری که به جرم وی رسیدگی کرده و حکم به حبس وی داده است به کشور متبوع خود است.

در کنوانسیون اروپایی انتقال محکومین به حبس مصوب ۲۱ مارس ۱۹۸۳ «انتقال محکومین به حبس» تعریف نشده است. فقط در ماده ۱ «محکومیت» را هر مجازات یا تدبیری که شامل محرومیت از آزادی است و توسط دادگاه و برای دوره زمانی معین یا نامعین به خاطر ارتکاب جرم صادر می‌شود، دانسته است. در مدل توافقنامه زندانیان خارجی و پیشنهادها در باره رفتار با زندانیان خارجی، مصوب سومین کنگره جرم در میلان^۱ در سال ۱۹۸۵ نیز تعریفی از انتقال محکومین به حبس دیده نمی‌شود، بلکه در این قانون نمونه سازمان ملل متحد که به صورت بسیار مختصر نیز تدوین شده است، فقط اشاره شده که در جایی که جرم ارتكابی هم در کشور صادرکننده حکم و هم در کشور اجراکننده حکم، به موجب مجازات سالب آزادی قابل مجازات است، انتقال زندانی باید صورت پذیرد.^۲

از مفاد کنوانسیون انتقال محکومین به حبس ۱۹۸۳ استراسبورگ و نیز قانون نمونه سازمان ملل متحد مشخص است که فقط در خصوص مجازات حبس، انتقال محکومین انجام می‌شود و شامل سایر مجازات‌ها نخواهد شد.^۳

بدیهی است نباید نهاد «استرداد مجرمین» را که نهادی قدیمی است با این نهاد نوپا اشتباه گرفت. در قوانین استرداد مجرمین از جمله قانون راجع به استرداد مجرمین ایران مصوب ۱۳۳۹ و همین‌طور

1- Model Agreement on the Transfer of Foreign Prisoners and Recommendations on the Treatment of Foreign Prisoners, Adopted by the Seventh Crime Congress, Milan, 26 August-6 September 1985 and Endorsed by the General Assembly in Resolution 40/32.

2- Ibid, Paragraph 2.

۱ - در بند «الف» ماده ۱ کنوانسیون استراسبورگ در تعریف واژه محکومیت (sentence) گفته شده: «هر مجازات یا تدبیری است که شامل محرومیت از آزادی است و توسط دادگاه و برای یک دوره زمانی معین یا نامعین به خاطر ارتکاب جرم صادر می‌شود».



قراردادهای دوجانبه استرداد مجرمین بین دولت‌ها صحبت از استرداد متهم یا مجرم جهت تعقیب یا تحمل مجازات براساس قوانین کشور متقاضی است. در این حالت دولت متقاضی استرداد، براساس قوانین کیفری خود، متهم مسترد شده را مورد تعقیب، محاکمه و احیاناً مجازات قرار خواهد داد و در مورد مجرم مسترد شده هم حکم صادر شده از دادگاه داخلی خود را در مورد او اجرا خواهد کرد. بدیهی است در هر دو حالت، دولت متقاضی استرداد نهایتاً قوانین کیفری خود را اعمال کرده، حکم صادر شده از دادگاه خود را نیز اجرا خواهد کرد؛ در حالی که در نهاد «انتقال محکومین به حبس» صحبت از اجرای حکم مجازات صادر شده از یک دادگاه خارجی (دادگاه صادر کننده حکم) در کشور متقاضی است؛ حکمی که براساس قوانین کشور دادگاه صادر کننده حکم و توسط دادگاه آن کشور صادر شده است.

نکته دیگر این که همان‌طور که اشاره شد، موضوع قوانین و قراردادهای استرداد مجرمین برخلاف عنوان آن، هم متهم و هم مجرم است.^۱ به عبارت دیگر استرداد هم به منظور تعقیب و هم به منظور اجرای مجازات (اعم از بدنی، سالب آزادی، مالی و ...) است، در حالی که موضوع نهاد انتقال محکومین به حبس صرفاً محکومین دارای حکم قطعی یافته به حبس است که در حال تحمل حبس هستند.

۲. قلمرو قراردادهای انتقال محکومین به حبس

از حیث دامنه شمول این قراردادها این نکته را باید متذکر شد که به طور طبیعی این نوع انتقال تنها بین کشورهایی صورت می‌گیرد که یا بین آنها چنین موافقتنامه‌هایی به امضا رسیده و یا به کنوانسیون‌هایی که در این باره هستند، پیوسته باشند. از حیث افراد مورد شمول این نوع موافقتنامه‌ها نیز تنها افرادی منتقل می‌شوند که یا خود، یا خانواده آنها و یا دولت کشور متبوعشان تقاضای انتقالشان را به کشور خود داشته باشند و همین‌طور این افراد باید طی حکم قطعی و لازم‌الاجرا به مجازات سالب آزادی محکوم شده باشند.



۲- به عنوان مثال بند ۲ و ۳ ماده ۲ قانون موافقتنامه استرداد مجرمین بین ایران و امارات متحده عربی مصوب ۸۹/۱۰/۲۲ به ترتیب اشاره به استرداد متهم و مجرم دارد: «۲. استرداد به منظور تعقیب کیفری علیه شخص در مورد جرائمی انجام می‌شود که به موجب قوانین دو طرف مجازات حبس حداقل به مدت یک سال یا مجازات شدیدتری داشته باشد؛ ۳. استرداد به منظور اجرای حکم در صورتی انجام می‌شود که مدت باقیمانده از محکومیت فرد مورد استرداد حداقل شش ماه در زمان دریافت تقاضای استرداد باشد».



نکته قابل ذکر دیگری که درباره این نوع قراردادها به نظر می‌رسد این است که همان‌طور که اشاره شد دامنه شمول این نوع قراردادها تنها مجازات‌های سالب آزادی است و از آن‌جا که حبس بارزترین نوع از مجازات‌های سالب آزادی است، این نوع قراردادها تحت عنوان انتقال محکومین به حبس بیان می‌گردد.

۴. اهداف انتقال محکومین به حبس

در مقدمه کنوانسیون استراسبورگ به موارد ذیل به طور ضمنی به عنوان اهداف کنوانسیون اشاره شده است: (۱) توسعه همکاری‌های بین‌المللی در حقوق جزا، (۲) همکاری بیش‌تر در جهت اجرای عدالت، (۳) بازاجتماعی کردن محکومین به حبس که این هدف با انتقال زندانیان خارجی به کشور خودشان بهتر تأمین می‌شود.^۱

بدیهی است که توسعه روزافزون همکاری‌های بین‌المللی در موضوعات مختلف حقوقی از جمله حقوق جزا ناشی از احساس نیاز دولت‌ها به افزایش معاضدت‌های بین‌المللی در مبارزه با جرم و بزهکاری است. به دلیل گسترش ارتباطات در دنیای امروز و نیز فراوانی ارتکاب جرم توسط خارجیان و صدور حکم محکومیت علیه آن‌ها در کشور محل وقوع جرم که به موجب اصل صلاحیت سرزمینی انجام می‌شود، طبیعتاً اجرای مجازات نیز در کشور محل وقوع جرم انجام می‌شود. البته صدور حکم محکومیت فقط به موجب اصل صلاحیت سرزمینی انجام نمی‌شود، بلکه ممکن است به موجب اصول صلاحیت اعمال قوانین کیفری در خارج از قلمرو حاکمیت (صلاحیت شخصی، مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه، واقعی و جهانی) نیز انجام شود. در هر صورت کشورهای صادرکننده حکم حق اجرای حکم صادرشده را نیز خواهند داشت؛ اما با توسعه روزافزون همکاری‌های بین‌المللی و تصویب قراردادهای انتقال محکومین به حبس، خواستار انتقال محکوم علیه در مجازات‌های سالب آزادی از کشور صادرکننده حکم به کشوری که محکوم علیه تابعیت آن را دارد، جهت اجرای محکومیت هستند.

۱ - طبق این مقدمه: «کشورهای عضو شورای اروپا و سایر کشورهای امضاکننده کنوانسیون ... خواستار توسعه همکاری‌های بین‌المللی در زمینه حقوق کیفری بوده، در نظر دارند که چنین همکاری‌هایی باید عمده‌تأ در راستای اجرای عدالت و بازاجتماعی کردن محکومین به حبس باشد. همچنین متوجه هستند که چنین موضوعاتی نیازمند آن است که باید به خارجیانی که به خاطر ارتکاب جرم از آزادی محروم شده‌اند اجازه تحمل مجازات آن‌ها در کشور خودشان داده شود و در نظر دارند که با انتقال آن‌ها به کشورشان بهتر می‌توان به این هدف نائل شد».





بنابر این ملاحظه می‌شود که در مورد انتقال محکومین به حبس، کشور صادرکننده حکم از حق خود در اجرای مجازات صرف‌نظر کرده، حق اجرای مجازات را به کشور متبوع محکوم علیه می‌دهد و این عمل به دلیل فوایدی است که اجرای مجازات حبس در کشور محکوم علیه دارد و نیز به دلیل آثار نامطلوب اجرای مجازات حبس علیه اتباع بیگانه است. به هر حال انتقال فرد محکوم به حبس، به کشور متبوع، تحقق اهداف و نتایج انسانی، کیفرشناختی، اقتصادی و غیره را می‌تواند به دنبال داشته باشد. اما اهداف اصلی را که در متن موافقتنامه‌ها نیز بعضاً به طور مستقیم و غیر مستقیم به آن اشاره شده می‌توان در چند مورد بیان کرد.

۴-۱ اصلاح محکومین

از آن‌جا که یکی از اهداف مجازات‌ها اصلاح و تربیت مجرم است و از طرفی نیز اصلاح این افراد برای کشور متبوعشان - نسبت به کشور خارجی - سودمندی بیش‌تری در پی دارد و همین‌طور اصلاح این افراد در دامن کشور خود بهتر و آسان‌تر صورت می‌پذیرد، لذا با انتقال این افراد به کشورشان به اهداف حاکم بر مجازات‌ها نزدیک‌تر می‌شویم و بازگشت آن‌ها به اجتماع و جامعه‌پذیری نیز در کشور متبوعشان به واقعیت نزدیک‌تر است.

معمولاً به این هدف در موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس هم اشاره می‌شود. از جمله در مقدمه قانون معاهده انتقال محکومان بین جمهوری اسلامی ایران و اوکراین مصوب ۸۶/۳/۱۲ آمده است: «جمهوری اسلامی ایران و اوکراین ... با در نظر گرفتن سودمندی اجرای مجازات محکومان در قلمرو کشور متبوع خود و به منظور فراهم آوردن زمینه‌های اصلاح و اعاده آنان به زندگی عادی، نسبت به موارد ذیل توافق کردند...». در مقدمه اولین قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس ایران، یعنی قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری آذربایجان مصوب ۱۳۷۸/۲/۵ نیز این عبارت آمده است: «با در نظر گرفتن سودمندی اجرای مجازات اتباع محکوم در قلمرو طرفین به منظور فراهم آوردن زمینه‌های اصلاح و اعاده آنان به زندگی عادی...».

۴-۲ رعایت موازین حقوق بشر

امروزه یکی از انگیزه‌های مهمی که دولت‌ها را وادار به پذیرش موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس می‌کند، رعایت موازین حقوق بشری است (Plachta, 1993, P.206, Padfield, et al, 2013, P.22). فردی که به مجازات حبس محکوم می‌شود اگر چه مجرم است و در راستای متنبه کردن وی برخی حقوق وی را از او سلب می‌کنند، اما برخلاف انصاف است که دامنه این سلب آزادی‌ها زیاد باشد. بنابراین، کشورهای مختلف حقوق و آزادی‌هایی را برای چنین افرادی پیش‌بینی کرده‌اند که از جمله حق ملاقات، مرخصی و... است. اما فردی که در کشور دیگری مجبوس باشد نمی‌تواند از چنین





ملاحظات قانونی بهره‌مند گردد. متقابلاً خانواده چنین فردی هم از این مزایا (از جمله ملاقات و امکان تماس با محکوم) محروم می‌گردد. پس خلاف انصاف و موازین حقوق بشر است که با حبس وی در کشور دیگری این حقوق از وی و خانواده اش سلب گردد. لذا با انتقال این افراد به کشور متبوعشان از موازین انسانی و اصول حاکم بر حقوق بشر نیز پیروی می‌شود (کریر و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۳۵). بر این اساس در مقدمه قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین دولت ایران و دولت آذربایجان هم به این مطلب تصریح شده است: «دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری آذربایجان ... با احترام به حقوق بشر و مد نظر داشتن موازین حقوق انسانی، به شرح ذیل نسبت به موارد ذیل توافق کردند...». بدیهی است رعایت بهتر موازین حقوق بشری عنوانی کلی است که موارد جزئی‌تری را نیز در بطن خود دارد، از جمله این که به اجرای بهتر عدالت کیفری و اجرای دقیق‌تر اصل شخصی بودن مجازات‌ها کمک می‌کند. فرض کنید خانواده محکومی ایرانی که در کشور تایلند یا مالزی زندانی است، بخواهند که به ملاقات او بروند. اولاً چند ماه یک بار این فرصت برای آن‌ها فراهم می‌شود. ثانیاً چه سختی‌هایی که در این راه برای آن‌ها وجود خواهد داشت. در واقع در این مواقع اثر مجازات بیش از خود محکوم، خانواده او را متأثر خواهد کرد که با انتقال محکومین به حبس، این توالی فاسد از بین می‌رود.

۴-۳ صرفه اقتصادی

از آن‌جا که هزینه نگهداری افراد زندانی بسیار زیاد است برای کشوری که فرد را محکوم کرده، نگهداری این افراد مفید و صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چرا که این افراد نه تبعه این کشورند که اصلاح و هزینه در زمینه آن سودمند باشد و نه وظیفه این کشورهاست که در زمینه مجازات این افراد هزینه کنند. لذا معمولاً دولتی که جرم در کشور وی صورت پذیرفته، هزینه مضاعف را متحمل می‌شود و عاقلانه آن است که با انتقال این گونه افراد از بار هزینه‌های اقتصادی رهایی یابد.

این امر به نوبه خود صرفه اقتصادی دیگری را نیز به نفع خانواده محکوم دارد و آن این که با اجرای موفقیت‌آمیز انتقال محکوم به کشور متبوع، هزینه‌های مسافرت خانواده زندانی برای ملاقات با او در کشور دیگر و ... نیز به کلی از چرخه هزینه‌های خانواده محکوم حذف می‌گردد.

۴-۴ حمایت از اتباع

حمایت از اتباع یکی از مهم‌ترین وظایف دولت‌ها است (Cameron, 1994, P.79). خواه این افراد در داخل خاک کشور باشند یا خارج از آن و خواه این افراد مجرم باشند یا غیر مجرم، وظیفه کشور متبوعشان است که از آن‌ها در زمینه‌های مختلف حمایت کند. کشور اجراکننده حکم (کشور متبوع افراد محکوم به حبس)، با پذیرفتن این افراد و درخواست انتقال آن‌ها به کشور خود در واقع از





اتباع خود (اعم از مجرم و خانواده او) حمایت می‌کند. زمانی که یک ایرانی در کشور دیگری که به منظور زیارت یا تحصیل یا تفریح به آن جا رفته و در آن جا مرتکب جرمی شده است، به تحمل حبس محکوم شده باشد، هم خود و هم خانواده‌اش نیاز به حمایت دارند. خانواده او بیش از هر دولت دیگری، دولت متبوعشان را می‌شناسند و از او انتظار مساعدت دارند. لذا دولت‌ها با پذیرش و انعقاد چنین موافقتنامه‌هایی به حمایت از اتباع خود یعنی مجرمین محکوم شده به حبس در کشورهای دیگر و خانواده آن‌ها می‌پردازند. با پذیرش این نوع موافقتنامه‌ها علاوه بر تحولی که در پذیرش اعتبار احکام خارجی به وجود می‌آید، اصلاح و هزینه‌های اصلاح مجرمین نیز بهتر و بجا صورت می‌پذیرد. همین‌طور موازین حقوق بشر نیز در سایه این نوع موافقتنامه‌ها بیش از پیش رعایت می‌گردد.

۵. شرایط انتقال محکومین به حبس

در ابتدا باید گفت که تعیین شرایط انتقال محکومین به حبس و احکام و مقررات آن موضوعی قراردادی است که به اراده و توافق طرفین قرارداد بستگی دارد و معمولاً دولت‌ها با توجه به منافع و نیازها و مقتضیات سیاسی و اجتماعی و حقوقی خود این شرایط را تعیین می‌کنند و الزاماً در تمامی قراردادهای شرایط و احکام و مقررات مربوط، یکسان و یکنواخت نیست. البته در کنوانسیون استراسبورگ، به دلیل چند جانبه بودن، مقررات آن برای تمامی دولت‌های عضو لازم‌الاجرا است، مگر این که کشوری از کنوانسیون خارج گردد که در این صورت به استناد ماده ۲۴ کنوانسیون، این کناره‌گیری سه ماه بعد از تاریخ وصول کتبی به دبیر کل شورای اروپا مؤثر خواهد بود. در بند ۱ ماده ۳ این کنوانسیون شش شرط برای انتقال ذکر شده است: (۱) محکوم متقاضی انتقال باید تبعه دولت اجراکننده باشد، (۲) حکم قطعی در مورد او صادر شده باشد، (۳) در زمان تقاضای انتقال حداقل شش ماه از محکومیت او باقی مانده باشد یا این که مدت محکومیت او نامعین باشد، (۴) متقاضی انتقال یا نماینده او راضی به انتقال باشد، (۵) رفتاری که به خاطر آن محکوم شده در کشور اجراکننده هم جرم باشد (مجرمیت متقابل)، (۶) دولت صادرکننده حکم و دولت اجراکننده حکم موافق انتقال باشند (پوریافرانی، ۱۳۹۳: ۲۳۲).

با بررسی و مقایسه قراردادهای انتقال محکومین به حبس و نیز کنوانسیون استراسبورگ و موافقتنامه نمونه سازمان ملل متحد می‌توان قواعد و شرایط کلی و مشترک یافت که تقریباً به صورت استانداردهای انتقال محکومین به حبس محسوب می‌شوند. با کنکاش در موافقتنامه‌های دوجانبه انتقال محکومین به حبس بین ایران و سایر کشورها نیز ملاحظه می‌شود که این شرایط با الگوبرداری از کنوانسیون استراسبورگ شورای اروپا و موافقتنامه نمونه سازمان ملل متحد تعیین شده است. در ذیل به بررسی این شرایط می‌پردازیم.





۵-۱ محکوم دارای تابعیت کشور اجراکننده باشد

وجود این شرط در راستای اهداف حقوق بین الملل و نیز مبانی حاکم بر انتقال محکومین به حبس است؛ چرا که تحویل دادن فرد مجرم به کشوری غیر از کشور متبوعش فایده‌ای را به دنبال ندارد و چه بسا ممکن است با تحویل این فرد به کشور غیر متبوعش حقوق این فرد بیش از کشوری که در آن محاکمه شده است ضایع گردد. بر این اساس تحویل فرد به کشور غیر متبوع، اهداف موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس از جمله اجرای بهتر عدالت کیفری و باز اجتماعی کردن محکومان را برآورده نمی‌کند. بدین ترتیب یکی از شرایط مهم انتقال محکومین به حبس آن است که محکوم دارای تابعیت کشور اجراکننده باشد. در غیر این صورت انتقال محکومین به حبس صورت نخواهد گرفت. حتی اگر متهم خود هم چنین تقاضایی داشته باشد، به آن توجهی نخواهد شد. به عبارت دیگر، محکوم صرفاً به کشور متبوع خود قابل انتقال است و لاغیر. این شرط که در قراردادهای استرداد مجرمین نیز پیش‌بینی شده است از قدیم تا به امروز در روابط دولت‌ها وجود داشته که تبعه خود را جهت محاکمه (و به طریق اولی اجرای مجازات) به دولت دیگر مسترد نمی‌کردند (پوربافرانی، ۱۳۹۳: ۲۱۷).

بر همین اساس اصولاً قراردادهای انتقال محکومین به حبس به وجود چنین شرطی تصریح دارد. به عنوان نمونه بند ۱-۱ ماده ۳ از قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین دولت ایران و آذربایجان و نیز بند ۱ ماده ۴ قانون معاهده انتقال محکومان بین ایران و اوکراین این شرط را بیان می‌کنند: «شخص محکوم باید دارای تابعیت دولت اجراکننده باشد».^۱

۵-۲ قطعی و لازم‌الاجرا بودن حکم صادره

وجود این شرط نیز اساسی و بدیهی به نظر می‌رسد؛ چرا که فرد جهت اجرای مجازات خود به کشور متبوعش فرستاده می‌شود و برای اجرای این چنین مجازاتی باید حکمی قطعی و لازم‌الاجرا وجود داشته باشد. بند ۱-۲ ماده ۳ قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین ایران و آذربایجان و بند

۱- در متن مقاله به عنوان نمونه معمولاً به دو موافقتنامه آذربایجان و اوکراین اشاره می‌شود. اما این شرط و شرایط دیگر در تمامی موافقتنامه‌هایی که بین دولت ایران و دیگر دولت‌ها منعقد شده وجود دارد. مثلاً بند «الف» ماده ۳ قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین ایران و قطر مصوب ۸۹/۱۲/۱۸ و بند مشابه در قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری هند مصوب ۸۹/۱۲/۲۵ نیز در این خصوص تصریح دارند.





۲ ماده ۴ قانون معاهده انتقال محکومان ایران و اوکراین این شرط را بیان می کند: «حکم صادر شده باید طبق قانون دولت صادر کننده، قطعی و لازم الاجرا باشد».

۵-۳ رضایت محکوم به انتقال و درخواست او

برای انتقال افراد محکوم به حبس این افراد باید از کشوری که در آن به حبس محکوم شده اند درخواست انتقال دهند و یا این که با در نظر گرفتن وضعیت جسمانی و روانی آن ها اقارب یا نماینده قانونی آن ها، خواستار انتقالشان باشند و از کشور صادر کننده حکم درخواست انتقال او را بکنند. منظور از اقارب در این جا اشخاصی هستند که طبق قوانین داخلی یکی از طرفین با شخص محکوم، قرابت - اعم از نسبی یا سببی - داشته باشند. بند ۴-۱- ماده ۳ موافقتنامه انتقال محکومین به حبس ایران و آذربایجان و نیز بند ۴ ماده ۴ معاهده انتقال محکومان ایران و اوکراین به این مطلب تصریح دارند. در بند ۴-۱ ماده ۳ موافقتنامه ایران و آذربایجان آمده است: «شخص محکوم، به انتقال خود رضایت داده و یا با در نظر گرفتن وضعیت جسمانی و روانی او، اقوام نزدیک یا نماینده قانونی وی یا یکی از طرفین این موافقتنامه، انتقال او را در خواست کنند». در بند ۴ ماده ۴ معاهده ایران و اوکراین با عبارت «یکی از طرفین این موافقتنامه» آمده است: «محکوم یا با در نظر گرفتن وضعیت جسمانی و روانی او، نماینده قانونی وی، رضایت خود را با انتقال بیان کرده باشد». در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون استراسبورگ هم آمده است که دولت صادر کننده حکم باید اطمینان یابد که شخص مورد تقاضا به انتقال رضایت داده و این رضایت با آگاهی و علم به نتایج ناشی از آن بوده است. با این حال در پروتکل الحاقی ۱۹۹۷ به صورت استثنایی در مواردی از قبیل فرار مجرم از تحمل مجازات، رضایت او به انتقال به کشور متبوعش جهت تحمل مجازات شرط دانسته نشده است.^۱

۵-۴ مهم بودن مجازات مورد اجرا

در متن موافقتنامه ها با اشاره غیر مستقیم به این شرط، افرادی را که مقدار حبس آن ها کم تر از شش ماه باشد قابل انتقال نمی دانند. در بند «ج» ماده ۳ کنوانسیون استراسبورگ گفته شده که در زمان وصول تقاضای انتقال باید حداقل شش ماه از حبس محکوم باقی مانده یا محکومیت او نامعین باشد. بند ۳-۱ ماده ۳ موافقتنامه ایران و آذربایجان و بند ۳ ماده ۴ معاهده انتقال محکومان ایران و اوکراین نیز به این شرط اشاره دارد: «در زمان دریافت درخواست انتقال باقیمانده مجازات موضوع حکم صادر شده بیش از شش ماه حبس باشد». البته این شرط منطقی و صحیح به نظر می رسد؛ چرا که حبس فردی که کم تر از این میزان محکوم گردیده، نه آن قدر هزینه دارد که به دولت صادر کننده ضرر چندانی وارد آورد و



نه آن قدر در آن کشور می‌ماند که به حقوق وی تجاوز گردد. همین‌طور انتقال وی برای کشور متبوعش مقرون به صرفه نیست.

از طرفی نیز چنین فردی که مجازاتش سبک باشد جرمش نیز آن چنان اهمیتی ندارد که او مجرم خطرناک مورد خطاب قرار گیرد. از طرف دیگر، صرف جابه‌جایی و تشریفات انتقال محکومین به حبس مدت زمان و هزینه‌های زیادی را به دنبال دارد. بر همین اساس در موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس با گرده‌برداری از کنوانسیون استراسبورگ (۱۹۸۳) و موافقتنامه نمونه سازمان ملل متحد (۱۹۸۵) این شرط پیش‌بینی شده است.

فارغ از این احوال در شرایط استثنایی طرفین این موافقتنامه‌ها، اختیار دارند محکومی را که باقیمانده مدت مجازات وی کم‌تر از ۶ ماه است با توافق یکدیگر منتقل کنند. این اختیار در بند ۲ ماده ۳ کنوانسیون استراسبورگ پیش‌بینی شده و با گرده‌برداری از آن بند ۳ از ماده ۳ قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین دولت ایران و آذربایجان و نیز بند ۹ ماده ۴ معاهده بین ایران و اوکراین نیز به این حالت اشاره دارند: «در موارد استثنایی طرفین می‌توانند درباره انتقال شخص محکومی که باقیمانده مجازات او کم‌تر از شش ماه باشد و ضرر و زیان مادی ناشی از جرم پرداخت شده باشد، توافق کنند».

۵-۵ مجرمیت متقابل

پذیرفتن اصل مجرمیت متقابل از بدیهیات روابط پذیرفته شده در حقوق جزای بین‌الملل است، زیرا همان‌گونه که گفته‌اند از نشانه‌های احترام به حاکمیت، پذیرفتن چنین اصلی است (پوربافرانی، ۱۳۹۳: ۲۲۰).

توجه به این اصل در قراردادهای انتقال محکومین به حبس از آن جهت است که عملی که براساس آن مجازات حبس صادر شده است باید در کشور متبوع فرد محکوم - یعنی کشور اجراکننده - نیز جرم باشد؛ زیرا نمی‌توان معتقد به اجرای مجازات نسبت به رفتاری شد که آن رفتار در کشور اجراکننده حکم جرم و قابل مجازات نیست. به‌عنوان نمونه بند ۱-۵ از ماده ۳ قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین ایران و آذربایجان مصوب ۱۳۷۸/۲/۲۵ و بند ۵ معاهده ایران و اوکراین مصوب ۸۶/۳/۱۲ تصریح دارد: «عملی که درباره آن حکم صادر شده است باید طبق قوانین دولت اجراکننده، جرم محسوب شود».

البته همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد این که مجازات این عمل مجرمانه یکسان باشد یا نباشد تفاوتی نمی‌کند و تنها ملاک پیش‌بینی شده همان مجرمانه بودن عمل در کشور اجراکننده است.



۵-۶ پرداخت یا تأمین ضرر و زیان ناشی از جرم

پرداخت و یا تأمین ضرر و زیان معمولاً مربوط به حقوق الناس است و اگر پرداخت یا تأمین ضرر و زیان پیش‌بینی نگردد در واقع به حقوق دیگران لطمه وارد می‌شود و عدم توجه به وجود چنین شرطی خلاف انصاف و موازین عدالت است. بنابراین، پیش‌بینی چنین شرطی در موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس درست و ضروری به نظر می‌رسد. فرض کنید فردی عراقی در ایران به جهت ارتکاب جرم تخریب مال دیگری به مجازات حبس محکوم شده است. چنانچه دولت ایران بدون جبران ضرر شاکی اجازه انتقال او به کشور عراق را بدهد، احتمال جبران ضرر این شخص در حد صفر خواهد بود. با این وصف یکی از شرایط قابل دفاع در این موافقتنامه‌ها، پرداخت یا تأمین ضرر و زیان ناشی از جرم است. بند ۶ ماده ۵ معاهده بین و ایران و اوکراین و بند ۱-۶ ماده ۳ قانون موافقتنامه بین ایران و آذربایجان به این شرط تصریح دارند: «ضرر و زیان مادی ناشی از جرم باید تأمین یا پرداخت شده باشد». با این حال در کنوانسیون استراسبورگ به این شرط اشاره نشده است.

۵-۷ موافقت دول صادرکننده و اجراکننده به انتقال

بند ۷ ماده ۴ قانون معاهده انتقال محکومان بین ایران و اوکراین و نیز بند ۷-۱ ماده ۳ قانون موافقتنامه محکومین به حبس بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری آذربایجان به تأسی از کنوانسیون استراسبورگ و موافقتنامه نمونه سازمان ملل متحد به لزوم این شرط تصریح کرده‌اند: «دولت‌های صادرکننده و اجراکننده با انتقال محکوم موافقت کرده باشند».

به نظر می‌رسد فلسفه وجودی این شرط ملاحظات خاص ناظر بر موضوع باشد. از جمله این که مثلاً کشور صادرکننده احتمال قوی بدهد که دولت اجراکننده با این انتقال قصد رهاندن محکوم از تحمل مجازات قانونی را دارد یا این که مثلاً کشور اجراکننده، حضور مجرم را بنا به جهاتی مخالف ملاحظات امنیتی خود بداند. به هر حال این بند صرفاً ناظر بر این ملاحظات خاص بوده، دست دولت‌ها را برای در نظر گرفتن این ملاحظات باز می‌گذارد. بدیهی است دولت‌ها با توجه به این که تمایلی به محدودیت اختیارات حاکمیتی خود ندارند، دست به وضع چنین مقرره‌ای زده‌اند و از این حیث نمی‌توان خرده‌ای به آن‌ها گرفت.

هرچند در متن موافقتنامه‌هایی که در آغاز کار بین ایران و دولت‌هایی مثل آذربایجان، سوریه و اوکراین تنظیم شده به انگیزه وجود این شرایط اشاره‌ای نمی‌شد، اما در موافقتنامه‌هایی که اخیراً بین ایران و برخی کشورها مثل هند و قطر تنظیم شده، صراحتاً به این مطلب اشاره گردیده است. از جمله مطابق ماده ۴ قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین ایران و قطر «درخواست انتقال در موارد زیر رد می‌شود:» (۱) در صورتی که به اعتقاد هریک از طرف‌ها، انتقال محکوم، حاکمیت، امنیت یا نظم





عمومی آن‌ها را به خطر بیندازد یا مخالف قانون اساسی باشد؛^۲ در صورتی که کشور صادرکننده حکم بر این باور باشد که انتقال محکوم بهانه‌ای خواهد بود برای محاکمه جرائم سیاسی که کشور اجراکننده حکم در گذشته وی را به ارتکاب آن محکوم کرده است؛^۳ در صورتی که کشور صادرکننده حکم بر این باور باشد که محکوم در معرض شکنجه قرار خواهد گرفت...».

از توجه به بندهای ۲ و ۳ این موافقتنامه به نظر می‌رسد وجود این شرط (یعنی موافقت دول صادرکننده و اجراکننده به انتقال) در موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس قابل دفاع باشد. چون غرض از این موافقتنامه‌ها همان‌طور که در مقدمه آن‌ها گفته شده: «تسهیل بازپروری اجتماعی محکومین به حبس در کشور خودشان»^۱، «دادن فرصت به اتباع خارجی که در نتیجه ارتکاب جرم کیفری محکوم و زندانی شده‌اند برای گذراندن محکومیشان در درون جامعه خودشان»^۲، «احترام به حقوق بشر و در نظر داشتن موازین حقوق انسانی»^۳ و «توسعه همکاری در زمینه حقوق کیفری و رعایت موازین حقوق بین‌الملل»^۴ ذکر شده است. اگر به این اهداف متعالی از جمله احترام به حقوق بشر، رعایت موازین انسانی و موازین حقوق بین‌الملل توجه شود، ملاحظه می‌گردد که اگر قرار باشد با انتقال محکوم به حبس به کشور متبوع خودش، او مثلاً در معرض شکنجه قرار گیرد یا انتقال، پوششی برای دست یافتن به مجرم برای مجازات جرائم سیاسی گذشته او باشد، نباید با آن موافقت کرد.

تذکر نکته‌ای دیگر لازم است و آن این که در مورد حقوق ایران باید به این نکته هم توجه داشت که بنا به اعتقاد کمیته منع شکنجه موضوع کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ و کمیته حقوق بشر شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد، مجازات‌های بدنی که مصادیقی از آن هم چون قصاص عضو، رجم و شلاق در حقوق ایران وجود دارد از مصادیق شکنجه است (Cryer, et al, 2007, P.83; Evans, 1998, P.15-20) و این احتمال که در جرائم مستوجب حدود و قصاص عضو کشور مقابل با انتقال زندانی ایرانی محبوس در کشور خودش به ایران موافقت نکند، بسیار زیاد است، بخصوص اگر آن کشور به کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های بیرحمانه، غیر انسانی یا ترذیلی ۱۹۸۴ ملحق شده و ملزم به رعایت مقررات آن باشد (Ruthven, 1978, P.20-25).

۱- مقدمه موافقتنامه ایران و هند.

۲- مقدمه موافقتنامه ایران و هند.

۳- مقدمه موافقتنامه‌های ایران و آذربایجان و ایران و اوکراین.

۴- مقدمه موافقتنامه‌های ایران و آذربایجان و ایران و اوکراین.



علاوه بر شروط مذکور، شرایط اجرایی و شکلی دیگری نیز در این موافقتنامه‌ها به چشم می‌خورد، شروطی که به طرفین و افراد محکوم به حبس وظایفی را تحمیل می‌کند و چنانچه این وظایف به‌درستی انجام نگیرد انتقال صورت نمی‌پذیرد. به‌عنوان نمونه ماده ۷ قانون موافقتنامه بین دولت ایران و آذربایجان مصوب ۱۳۷۸/۱/۲۵ به شرایط و اسناد و مدارک لازم برای انتقال اشاره دارد که ماده ۴ این موافقتنامه فقدان این شرایط را سبب عدم انتقال این افراد می‌داند.

البته شروط فرعی و اجرایی دیگری نیز به چشم می‌خورد که جهت جلوگیری از اطاله کلام از بحث درباره آن‌ها خودداری می‌کنیم و مخاطبین را به مراجعه به مواد مربوط این موافقتنامه‌ها ارجاع می‌دهیم.

۶. اجرا و آثار مترتب بر انتقال محکومین به حبس

فرایند اجرایی انتقال محکوم براساس بند ۲ ماده ۳ معاهده ایران و اوکراین «می‌تواند براساس تقاضای محکومان یا اقوام نزدیک یا نمایندگان قانونی آن‌ها که به یکی از طرفین این معاهده ارسال گردیده و همچنین براساس تقاضای یکی از طرفین این معاهده مطرح شود»^۱ بدیهی است این تقاضا باید براساس بند ۱ ماده ۷ این موافقتنامه کتبی بوده، مدارک و اسناد زیر همراه آن باشد:

(الف) مشخصات محکوم: نام، نام خانوادگی، نام پدر، محل و تاریخ تولد.

(ب) اسناد تابعیت محکوم.

(پ) متن قانون مستند صدور حکم محکومیت از جمله متن مربوط به مجازات‌های تکمیلی، اگر وجود داشته باشد.

(ت) اظهاریه حاوی رضایت محکوم یا نماینده قانونی وی به انتقال مطابق بند ۴ ماده ۴ این معاهده.

(ث) رونوشت حکم محکومیت و گواهی مراجع صلاحیتدار در باره اعتبار قانونی آن.

(ج) گواهی کشور صادرکننده حکم مبنی بر میزان محکومیت تحمل شده و مدت باقیمانده آن، از جمله اطلاعاتی در مورد هرگونه بازداشت قبل از محاکمه، عفو و هرگونه عامل مربوط به اجرای محکومیت.

(چ) گواهی پزشکی راجع به وضعیت جسمانی و روانی محکوم.



۱- این ماده در موافقتنامه ایران و آذربایجان ذکر نشده، اما بدیهی است که فرایند اجرایی در این موافقتنامه هم به همین شرح خواهد بود و فرایندی جز این متصور نیست.



ج) اطلاعات راجع به زیان مادی ناشی از جرم و ترتیب پرداخت یا تأمین آن.

خ) سایر مدارکی که طرفین لازم بدانند.

بند ۲ این ماده هم می‌گوید: «اسناد مذکور در بند ۱ این ماده باید به امضای مقامات صلاحیتدار رسیده و با مهر رسمی گواهی شود».^۱

پس از موافقت دولت صادرکننده با انتقال فرد محکوم به حبس، اجرای حکم براساس قوانین دولت اجراکننده خواهد بود و تنها آن دولت صلاحیت اتخاذ تمامی تصمیمات مناسب در مورد محکوم را خواهد داشت. به علاوه دولت اجراکننده مکلف است اجرای حکم را بلافاصله به دستور مرجع ذیصلاح خود ادامه دهد و یا از طریق یک آیین قضایی یا اجرایی، محکومیت را به تصمیم صادرشده از طرف آن دولت تبدیل کند و از این طریق مجازات اعمال شده در کشور صادرکننده رأی را به مجازاتی که در قوانین کشور اجراکننده برای ارتکاب همان جرم پیش‌بینی شده است تبدیل کند. البته دولت اجراکننده مکلف است پیش از انتقال در صورت درخواست دولت صادرکننده به آن دولت اطلاع دهد که کدامیک از تصمیمات را اتخاذ خواهد کرد (این که اجرای همان حکم را یا تبدیل آن و تطابق با قوانین داخلی را انجام می‌دهد).

مهم‌ترین نتیجه قابل توجه در مورد اجرای احکام حبس توسط دولت اجراکننده قبول اعتبار احکام کیفری دولت بیگانه است. در واقع دولت اجراکننده با اعتباری که به احکام دولت صادرکننده می‌بخشد به اجرای آن احکام در مورد محکوم متبوع خود می‌پردازد.

در ایران نیز علی‌الاصول احکام کیفری دول خارجی قابلیت اجرا ندارند و مقامات قضایی و اداری ایران مجاز به اجرای احکام کیفری دادگاه‌های بیگانه نیستند؛ چرا که دادرسی و صدور حکم از مصادیق اعمال حاکمیت و در صلاحیت انحصاری دولت است و اعتبار بخشیدن به حکم دول خارجی نیازمند مجوز قانونی است، زیرا این عمل سبب تضییع حقوق حاکمیت می‌شود و بر همین اساس همان‌طور که گفته‌اند: «در کشور ما در هیچ متن قانونی اجازه آن (اجرای احکام خارجی و پیروی از قوانین خارجی) در امور کیفری به قاضی ایرانی داده نشده است» (خالقی، ۱۳۸۳: ۲۷). دلیل وجود چنین امری این است که اعمال قواعد جزایی از حقوق عمومی است و به طور مستقیم با



۱- ماده ۷ معاهده ایران و اوکراین عیناً همان ماده ۷ موافقتنامه بین ایران و آذربایجان است.



حاکمیت در ارتباط است و اجازه به دخالت دول خارجی در امور جزایی و یا پذیرش قواعد دول خارجی، قاعدتاً ضعف در حاکمیت را می‌رساند.

از آن‌جا که کشورها در مبادلات بین‌المللی به دنبال اعمال قدرت و نفوذ هر چه بیش‌تر خود هستند معمولاً از اجرای این گونه احکام سر باز می‌زنند. البته عدم پذیرش این عمل در ایران توجیه شرعی نیز دارد؛ چرا که رأیی که از جانب یک قاضی غیر منصوب و غیر واجد شرایط صادر شده است فاقد وجاهت شرعی است (خالقی، ۱۳۸۳: ۲۷). در عین حال همان‌گونه که متعاقباً ملاحظه خواهیم کرد هم از جانب رعایت مصالح و هم از جهات دیگر اصولاً پذیرش این موافقتنامه‌ها مغایرتی با موازین شرعی ندارد.

۷. ایران و موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس

با وجود تمام شرایط پیشگفته و علیرغم عدم پذیرش کلی اعتبار آرای خارجی در بین دولت‌ها، مبانی و اهدافی که در ابتدای این مقاله بدان اشاره شد سبب گردید تا کشورها در مبادلات بین‌المللی با گذشتن از حقوق خود و اعتماد به دولت طرف قرارداد با پذیرش چنین موافقتنامه‌هایی برای احکام حبس صادرشده توسط آن دولت‌ها اعتباری چون اعتبار آرای داخلی قائل شوند.

دولت ایران نیز همسو با دول دیگر در عرصه بین‌المللی از سال ۱۳۷۸ با امضای قرارداد انتقال محکومین به حبس با دولت آذربایجان به این مفهوم در حقوق ایران اعتبار بخشید.

لازم به ذکر است براساس اصل ۷۷ قانون اساسی ایران موافقتنامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مرجع قانونگذاری برسد تا اعتباری چون قانون داخلی پیدا کند.^۱ از همین رو موافقتنامه مذکور به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسید.

پس از این موافقتنامه، شاهد گسترش تصویب چنین موافقتنامه‌هایی با دولت‌های مختلف هستیم که از جمله می‌توان به موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس با دولت‌های سوریه (۱۳۸۱)، کویت (۱۳۸۴)، اوکراین (۱۳۸۶)، ترکیه^۲ (۱۳۸۹)، هند (۱۳۸۹)، قطر (۱۳۸۹)، عراق (۱۳۹۰) و تایلند (۱۳۹۰)

۱- اصل ۷۷ قانون اساسی ایران بیان می‌دارد: «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقتنامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد».

۲- به موجب قانون موافقتنامه همکاری حقوقی در امور مدنی و کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری ترکیه مصوب ۸۹/۱۰/۲۲ مواد ۵۱ تا ۶۴ این موافقتنامه راجع به انتقال محکومین به حبس است.





اشاره کرد که اکثر این موافقتنامه‌ها به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده و اعتبار قانونی یافته است.

اگرچه فرایند امضا و تصویب این موافقتنامه‌ها در ایران نیز رو به گسترش است، اما دو نکته قابل تأمل درباره آن‌ها به چشم می‌خورد. مورد اول این که اکثر این موافقتنامه‌ها توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام جلوه قانونی به خود گرفته است که حاکی از نگرش شورای نگهبان مبنی بر مغایرت این موافقتنامه‌ها با موازین شرعی است. اگرچه در اقدامی کاملاً متعارض برخی از آن‌ها مثل قانون موافقتنامه انتقال محکومین به حبس بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری آذربایجان مهر تأیید شورای نگهبان را دارد. مورد دوم این که تصویب این موافقتنامه‌ها کافی نیست؛ چرا که زمانی به اهداف این موافقتنامه‌ها دست می‌یابیم که اجرای آن‌ها نیز سیر صعودی به خود بگیرد.

۸. موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس و موازین شرعی

علیرغم همه مزایایی که برای موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس ذکر گردید، یک نکته اساسی هنوز باقی است و آن این که آیا امضای این موافقتنامه‌ها بخصوص با دول غیر مسلمان منطبق با موازین شرعی است یا خیر؟ مشکل شرعی از آن‌جا ناشی می‌شود که براساس این موافقتنامه‌ها ایران ملزم می‌شود که اتباع خارجی را که توسط دادگاه‌های ایران محاکمه و به مجازات حبس محکوم شده‌اند، برای ادامه تحمل مجازات حبس به کشور متبوع آن‌ها تحویل دهد. از طرفی به این حق هم دست می‌یابد که اگر اتباع جمهوری اسلامی ایران در کشورهای خارجی به تحمل حبس محکوم شده باشند، آن‌ها را برای ادامه تحمل مجازاتشان به ایران بیاورد. در قسمت اول کشور بیگانه که احتمالاً پایبند موازین اسلامی هم نیست، به ادامه اعمال مجازات حبس صادرشده توسط دادگاه‌های ایران می‌پردازد و در قسمت دوم هم مقامات جمهوری اسلامی ایران باید حکم صادر شده از دادگاه کیفری خارجی را که به احتمال زیاد غیر اسلامی هم هست اجرا کنند. اتفاقاً در همین قسمت بود که شورای نگهبان در یکی از نظریات خود در مورد این موافقتنامه‌ها اظهار داشت که چون اطلاق مواد آن شامل اجرای رأی صادر توسط قاضی غیر واجد شرایط و غیر منصوب می‌گردد، لذا خلاف موازین شرع است (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۰: ۲۰۰).

به هر حال برای بررسی انطباق یا عدم انطباق این موافقتنامه‌ها با موازین شرعی بدو باید به قلمرو این موافقتنامه‌ها که عبارت از مجازات حبس است و نیز جایگاه مجازات حبس در دسته‌بندی فقهی





مجازات‌ها اشاره کرد. همان‌گونه که می‌دانیم مجازات حبس فقط در قلمرو مجازات‌های تعزیری قابل طرح است و اساساً جز در مورد مجازات سارق مستوجب حد در بار سوم (حبس ابد) این مجازات هیچ جایگاهی در جرائم مستوجب حدود و قصاص ندارد. حتی برخی از فقها که بعضاً دستی هم در امور اجرایی داشته و دارند، اعمال چنین مجاراتی را منطبق با موازین شرعی ندانسته، به‌جد اعتقاد دارند که در سیاست کیفری اسلام زندان به‌عنوان یک مجازات جایگاهی ندارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۱: ۳۷-۲۱). نیز صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴: ۳۳-۳۲). صرف‌نظر از این تردید جدی در مورد مجازات حبس، واقعیت آن است که حبس شایع‌ترین مجازات در حقوق کیفری فعلی ایران به‌شمار می‌آید و جایگاه آن هم صرفاً در قلمرو مجازات‌های تعزیری است.

با این مقدمه دو فرض مورد اشاره را جهت تطبیق با موازین شرعی به‌صورت جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم. در فرض اول به‌نظر می‌رسد که چون قلمرو این موافقتنامه‌ها، صرفاً مجازات حبس است و مجازات حبس هم از زمره جرائم تعزیری است، چندان اشکال شرعی وجود نداشته باشد؛ چون فقهای مسلمان پذیرفته‌اند که اختیار وضع مجازات تعزیری بنا به تشخیص حاکم است و او به‌خاطر مصالحی می‌تواند از مجازات مجرم صرف‌نظر کند یا در مورد نحوه اجرای آن هرگونه که مصلحت باشد، تصمیم بگیرد (ماوردی، ۱۴۰۶: ۲۳۸؛ عوده، ۱۴۰۹: ۲۸۹؛ منتظری، ۱۳۷۰: ۴۸۴). برخی گفته‌اند «تعیین نوع و مقدار هر تعزیر در هر دوره زمانی به‌نظر ولی امر بستگی دارد و از مسئولیت‌های آن مقام به‌شمار می‌آید» (معرفت، ۱۳۶۸: ۵۷-۵۶). به‌گفته ایشان: در شرایطی که جامعه اسلامی از تشکیلات برخوردار است، وظیفه ولی امر یعنی مدیریت جامعه است که گروهی از فقهای صاحب‌نظر و آگاهان به‌اوضاع و احوال جامعه را بر این کار بگمارد تا جرم‌ها و جنایت‌های محتمله را با در نظر گرفتن علل وقوع آن‌ها ارزیابی کنند و عقوبت‌های متناسب را که بازدارنده و مؤثر باشند با حدود تقریبی آن وضع کنند (معرفت، ۱۳۶۸: ۵۶؛ محقق داماد، ۱۳۷۹: ۲۳۸). اگر این مبنا در مورد تعزیرات پذیرفته شود که ظاهراً در جمهوری اسلامی ایران چنین است، اشکالی ندارد که مقنن به‌عنوان بازوی تقنینی ولی امر (رهبری) بنا به مصالحی بپذیرد که حکم صادر در دادگاه‌های ایران درخصوص مجازات حبس اتباع بیگانه در صورت درخواست آن‌ها و موافقت کشورشان توسط مقامات قضایی



کشور خودشان اجرا شود؛^۱ خصوصاً که موافقت دولت ایران هم در این موارد لازم است و دولت ایران می‌تواند در موارد خاص از پذیرش درخواست مجرم و دولت متبوع او خودداری کند.

اما درخصوص قسمت دوم مطلب، یعنی فرضی که مقامات قضایی ایران براساس این موافقتنامه‌ها باید مجازات حبس صادر شده توسط دادگاه‌های کشورهای دیگر از جمله غیرمسلمان را اجرا کنند و البته حق رسیدگی مجدد به جهت ارتکاب چنین عملی را هم ندارند، قضیه به طرق دیگری قابل بررسی است و خود فروض متعددی را در بر می‌گیرد. در ساده‌ترین فرض، اتباع ایرانی موضوع مجازات حبس در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب جرائم تعزیری شده‌اند که با توجه به مطالب فوق و ماهیت تعزیری جرائم اشکالی به نظر نمی‌رسد؛ بخصوص که مصالح محکوم و خانواده او اقتضای بیرون آوردن مجرم از سلطه بیگانه احیاناً غیرمسلمان (قاعده نفی سیل) را دارد. اما در مواردی که جرم ارتكابی اتباع ایرانی در خارج از کشور از قبیل جرائم مستوجب حد یا قصاص باشد که براساس قوانین کشورهای محاکمه‌کننده مجازات حبس در مورد آن‌ها اعمال شده، ملزم شدن ایران به اجرای این مجازات چندان به مذاق شرع خوش نمی‌آید؛ چون بنا به فرض، ایرانی در خارج از ایران مرتکب زنا یا لواط یا قتل عمدی شده است که براساس این موافقتنامه‌ها، دادگاه‌های ایران نمی‌توانند آن‌ها را به جهت ارتکاب این جرائم مجدداً محاکمه کرده، مجازات حبس صادر توسط دادگاه‌های خارجی را نادیده بگیرند. در واقع شخصی را که متعاقب این موافقتنامه‌ها برای ادامه تحمل اجرای

۱ - پذیرش قاعده منع محاکمه مجدد در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم در همین راستا قابل ارزیابی است. توضیح این که مقنن در مواد ۷ (اصل صلاحیت شخصی) و ۸ این قانون (اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه)، قاعده منع محاکمه مجدد را در قلمرو مجازات‌های تعزیری پذیرفت و شورای نگهبان هم حداقل در قلمرو مجازات‌های تعزیری غیرمنصوص شرعی که گستره وسیعی از تعزیرات را در حقوق کیفری ایران تشکیل می‌دهد، آن‌ها را مخالف موازین شرعی ندانست. مجازات‌های تعزیری منصوص شرعی به مجازات‌هایی گفته می‌شود که هم موضوع تعزیر، یعنی عمل منهی‌عنه و هم نوع و میزان مجازات تعزیری آن در شرع مشخص گردیده است، مانند نزدیکی با زوجه در ماه رمضان که مجازات آن در روایات ۲۵ ضربه شلاق تعیین شده است. ملاحظه می‌شود که در این مصداق، هم عمل حرام (مقاربت با همسر در ماه رمضان)، هم نوع مجازات (شلاق) و هم میزان مجازات (۲۵ ضربه) مشخص شده است. با این اوصاف، تعداد جرائم تعزیری منصوص شرعی در موازین فقهی اندک است و قسمت عمده، بلکه قریب به اتفاق تعزیرات در قلمرو مجازات‌های تعزیری غیرمنصوص شرعی قرار می‌گیرد. در این



مجازات حبس به ایران تحویل می‌شود نمی‌توان به خاطر همان جرم محاکمه کرد. مقامات ایران فقط مکلفند در چارچوب این موافقتنامه‌ها مجازات حبس را اجرا کنند و از تشدید وصعیت مجازات محکوم خودداری ورزند؛ در حالی که از لحاظ موازین شرعی مجازات چنین شخصی پس از محاکمه در دادگاه‌های ایران باید مجازات حد یا قصاص باشد، نه حبس. نتیجه آن می‌شود که دولت ایران با تصویب این موافقتنامه‌ها دست دادگاه‌های خود را برای اعمال مجازات شرعی در مواردی حتی نادر نسبت به اتباع خود می‌بندد که این امر خلاف موازین شرعی به نظر می‌رسد. البته شاید در مقام عمل مصادیقی درخصوص مثال‌های فوق پیش نیاید؛ چون یکی از شرایط مهم انتقال محکومین به حبس رضایت مجرم است و طبیعتاً مجرم که خود ایرانی است و از قوانین ایران هم مطلع است، راضی به انتقال نخواهد بود؛ اما از لحاظ نظری مشکل کماکان باقی است.^۱ به اعتقاد ما در این مورد هم مصالح مهمی چون مصلحت مجرم، خانواده او و ضرورت رهایی یک فرد مسلمان از سلطه بیگانه، اقتضای تن دادن به چنین موافقتنامه‌هایی را دارد. در تاریخ اسلام موارد زیادی را می‌توان یافت که پیامبر (ص) و سایر بزرگان بنا به مصالحی معاهداتی حتی با دشمنان بسته و با توجه به اصل وفا به عهد به آن‌ها پایبند هم بوده‌اند (حمیدالله، ۱۳۷۳: ۲۷ و ۲۳۸-۲۳۷؛ ابراهیمی و حسینی، ۱۳۷۲: ۶۹-۴۹؛ ضیایی بیگلری، ۱۳۷۵: ۵۱-۳۹؛ رسولی محلاتی، ۱۳۷۲: ۱۴۸-۱۴۴).

نکته مهم دیگر درخصوص فرض اخیر آن است که شرط اجرای این موافقتنامه‌ها علاوه بر رضایت مجرم، رضایت هر دو دولت صادرکننده و اجراکننده حکم است و دولت ایران می‌تواند در مواردی که اتباع او در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب جرائم مستوجب حد و قصاص شده‌اند،

۱ - البته درخصوص جرائم مستوجب حد مباحث دقیق‌تری هم قابل طرح است که در حد این مقاله نمی‌گنجد و فقط به آن‌ها اشاره می‌شود؛ از جمله این که بسیاری از فقها اجرای حد در زمان غیبت را جایز نمی‌دانند (خوانساری، ۱۳۶۴: ۴۱۱؛ میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۷۱۳-۷۱۲؛ محقق داماد، ۱۳۷۹: ۲۸۵). برخی از مذاهب اسلامی همچون حنفیه معتقدند اگر یک فرد مسلمان جرمی را در خارج از سرزمین اسلامی انجام دهد حکومت اسلامی وظیفه رسیدگی به این جرم را ندارد، زیرا در محلی که تحت حاکمیت اسلام نیست واقع شده است (حمیدالله، ۱۳۷۳: ۲۲۱-۲۲۰؛ عوده، ۱۴۰۹: ۲۸۶-۲۸۰) و این که اجرای برخی از حدود مثل رجم در جامعه جهانی فعلی باعث گریزان شدن مردم از دین می‌گردد که بنا به قاعده حرمت تنفیر از دین، اجرای آن‌ها جایز نیست (نوبهار، ۱۳۸۹: ۳۰۹-۲۰۸). توجه همه جانبه به تمامی این نظریه‌ها و نظرهای دیگری که درخصوص اجرای حد وجود دارد می‌تواند به استنباط دقیق‌تر از اجرای آن در جامعه فعلی بینجامد (ر.ک: همان‌جا و نیز پوربافرانی و بیگی حسن، ۱۳۹۲: ۹۳-۷۳).





آن‌ها را از طریق ساز و کارهای اجرایی این موافقتنامه وارد ایران نکند و از طرق قانونی دیگری از جمله استرداد مجرمین و غیره به دادگاه‌های ایران بکشانند یا حتی منتظر اتمام مجازات حبس در کشور خارجی و ورود شخص به ایران بماند. به عبارت دیگر اگر قرار است با اعمال این موافقتنامه‌ها درخصوص جرائم مستوجب حد و قصاص، چنین محدودیتی برای دادگاه‌های ایران به وجود آید، بهتر است مقامات قضایی ایران در این موارد به ساز و کارهای اجرایی این موافقتنامه‌ها تن ندهند. این موافقتنامه‌ها هم دست دولت ایران را برای چنین اقدامی باز گذاشته‌اند. لذا با توجه به اختیار دولت ایران درخصوص اعمال این موافقتنامه‌ها نمی‌توان آن‌ها را مغایر با موازین شرعی شناخت. به هر حال یک فرض تقریباً نادر که شاید به ندرت مورد عملی پیدا کند و دست دولت ایران هم به شرح فوق برای تن ندادن به الزامات آن کاملاً باز است، نباید باعث شود که دولت ایران خود را از مزایای بسیار این موافقتنامه محروم کند.

نتیجه گیری

وجود تعداد زیادی از اتباع ایرانی در زندان‌های کشورهای دیگر و برعکس باعث شده تا دولت ایران در پی انعقاد موافقتنامه‌های انتقال محکومین به حبس با سایر دولت‌ها باشد. دولت ایران با پذیرش و آسان‌گیری در انتقال زندانی ایرانی به داخل کشور، حمایت خود از اتباع زندانی‌اش در سایر کشورها و همزمان حمایت خود از خانواده این زندانیان را نشان می‌دهد. همین‌طور موازین حقوق بشر نیز در سایه این نوع موافقتنامه‌ها بیش از پیش رعایت می‌گردد. با پذیرش این نوع موافقتنامه‌ها علاوه بر تحولی که در پذیرش اعتبار احکام خارجی به وجود می‌آید، اصلاح و هزینه‌های اصلاح مجرمین نیز بهتر و بجا صورت می‌پذیرد. همین‌طور دولت ایران با انتقال زندانی خارجی به کشور خودش، ضمن رعایت موازین انسانی از تحمل هزینه‌های زیاد ناشی از نگهداری او در زندان رهایی می‌یابد. به همین جهت در سال‌های اخیر شاهد گسترش این نوع موافقتنامه‌ها بین دولت ایران و سایر دولت‌ها هستیم. در سطح بین‌المللی نیز با گسترش روابط بین‌المللی تصویب این نوع موافقتنامه‌ها فرایند رو به رشدی داشته است. علیرغم مشکلات عمدتاً حاکمیتی که وجود دارد، دولت‌ها (از جمله دولت ایران) با منافع که در این گونه موافقتنامه‌ها می‌یابند در پذیرش آن‌ها دیگر سخت‌گیری گذشته را ندارند. همان‌گونه که اشاره شد، به رغم نظرهای ارائه شده توسط شورای نگهبان درخصوص بسیاری از این موافقتنامه‌ها به نظر نمی‌رسد که از لحاظ موازین شرعی نیز منعی برای پذیرش این موافقتنامه‌ها وجود داشته باشد. در جرائم تعزیری،





چه در حالتی که یک تبعه خارجی از زندان‌های ایران به زندان کشور خودش منتقل می‌شود و چه در حالتی که یک ایرانی از زندان‌های کشور خارجی به زندان ایران برای گذراندن بقیه محکومیتش منتقل می‌شود، با توجه به ماهیت جرائم تعزیری که اختیار وضع آن‌ها به دست حاکم (در حال حاضر مجلس شورای اسلامی) است و خود او می‌تواند برای موارد خاص و به خاطر مصالح برتری، در روش انجام آن تغییراتی بدهد، ایرادی وارد نیست؛ اما در خصوص جرائم مستوجب حد و قصاص، از یک طرف قضیه مشکلی مطرح نمی‌شود و آن هنگامی است که خارجیان در کشور ایران مرتکب این دو جرم (مستوجب حد و قصاص) شوند. در این حالت مجازات این افراد، مجازات حدی یا قصاص است که خروج موضوعی از بحث انتقال محکومین به حبس دارد؛ زیرا موضوع این موافقتنامه‌ها صرفاً کسانی هستند که به موجب حکم محکومیت قطعی کیفری به مجازات حبس محکوم شده‌اند. اما از بعد دیگر قضیه، یعنی در حالتی که ایرانیان در خارج از کشور به جهت ارتکاب جرائم مستوجب حد و قصاص، به موجب قوانین کشور محل وقوع جرم یا رسیدگی، به مجازات حبس محکوم شده باشند، مشکل شرعی پدیدار می‌گردد؛ چون با انتقال این اشخاص به ایران، قوه قضاییه ایران باید حکم حبس دادگاه خارجی را اجرا کند و نمی‌تواند آن‌ها را تحت عنوان جرائم مستوجب حد و قصاص، محاکمه و مجازات کند. برای فائق آمدن بر این مشکل راهکارهای بنیادی تری وجود دارد که به صورت مختصر به برخی از آن‌ها اشاره شد، ولی ساده‌ترین راهکاری که از خود این موافقتنامه‌ها که با گرت‌برداری از اسناد بین‌المللی نگاشته شده‌اند، به دست می‌آید، آن است که در هر مورد خاص رضایت هر دو دولت صادرکننده حکم و دولت اجراکننده حکم لازم است و دولت ایران می‌تواند در خصوص این دو نوع جرم، یعنی جرائم مستوجب حد و قصاص، رضایت خود را به انتقال اعلام نکند یا اساساً در خود موافقتنامه‌ها و به هنگام تنظیم آن‌ها، به صورت کلی جرائم مستوجب حد و قصاص را از زمره جرائم مشمول انتقال محکومین به حبس خارج کند و البته برای تعقیب و مجازات چنین مرتکبینی از راه‌های دیگر استفاده کند.

منابع

- ۱- آخوندی، محمود، ۱۳۷۲ش، آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۵، ج ۲.
- ۲- ابراهیمی، محمد و حسینی، علیرضا، ۱۳۷۲ش، اسلام و حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، سمت.





- ۳- اردبیلی، محمد علی، ۱۳۸۳ش، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چ ۷، ج ۲.
- ۴- پرادل، ژان و کورستز، گرت، ۱۳۸۶ش، حقوق کیفری اروپایی، ترجمه محمد آشوری، تهران، سمت، ج ۱.
- ۵- پوربافرانی، حسن، ۱۳۹۳ش، حقوق جزای بین الملل، تهران، جنگل، چ ۷.
- ۶- _____ و بیگی حسن، فاطمه، ۱۳۹۲ش، اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در جرائم مستوجب مجازات‌های شرعی، پژوهشنامه حقوق کیفری، ش ۷.
- ۷- حسینی نژاد، حسینقلی، ۱۳۷۳ش، حقوق کیفری بین الملل، تهران، میزان.
- ۸- حمیدالله، محمد، ۱۳۷۳ش، حقوق روابط بین الملل در اسلام (آیین جهاننداری اسلامی)، ترجمه و تحقیق سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر اسلامی، ج ۱.
- ۹- خالقی، علی، ۱۳۸۳ش، انتقال محکومان تحولی بزرگ در شناسایی اعتبار احکام کیفری خارجی در ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۴.
- ۱۰- خوانساری، سیداحمد، ۱۳۶۴ش، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ج ۵.
- ۱۱- رسولی محلاتی، سیدهاشم، ۱۳۷۲ش، تاریخ اسلام، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چ ۲، ج ۱.
- ۱۲- شریعت باقری، محمدجواد، ۱۳۸۴ش، حقوق کیفری بین المللی، تهران، جنگل.
- ۱۳- صافی گلپایگانی، لطف‌الله، ۱۴۰۴ق، التعزیر، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۱۴- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۷۵ش، اسلام و حقوق بین الملل عمومی، تهران، گنج دانش، چ ۴.
- ۱۵- _____، ۱۳۷۳ش حقوق بین الملل عمومی، تهران، گنج دانش، چ ۸.
- ۱۶- علی آبادی، عبدالحسین، ۱۳۷۳ش، حقوق جنایی، تهران، فردوسی، چ ۳، ج ۳.
- ۱۷- عوده، عبدالقادر، ۱۴۰۹ق، التشریع الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، مؤسسه الرساله، چ ۱۰، ج ۱.
- ۱۸- کریر، رابرت و دیگران، ۱۳۹۳ش، مقدمه‌ای بر حقوق و رویه کیفری بین المللی، ترجمه ارمغان عیری و زهرا عامری، تهران، خرسندی.





۱۹- گارو، رنه، بی‌تا، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ترجمه سیدضیاءالدین نقابت، تهران،

ابن سینا.

۲۰- ماوردی، ابوالحسن، ۱۴۰۶ق، احکام السلطانیة، انتشارات اعلام اسلامی.

۲۱- محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۷۹ش، قواعد فقه (بخش جزایی)، مرکز نشر علوم اسلامی.

۲۲- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۰ش، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات

مجلس شورای اسلامی، دوره ششم، س ۱.

۲۳- مصدق، محمد، ۱۳۹۳ش، شرح قانون مجازات اسلامی (کلیات)، تهران، جنگل، چ ۵.

۲۴- معرفت، محمدهادی، ۱۳۶۸ش، بحثی در تعزیرات، مجله کانون و کلا، ش ۱۴۷-۱۴۶.

۲۵- معین، محمد، ۱۳۷۱ش، فرهنگ فارسی، تهران، امیرکبیر، چ ۸، ج ۱ و ۳.

۲۶- منتظری، حسینعلی، ۱۳۷۰ش، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه و تقریر محمد صلواتی،

قم، نشر تفکر، ج ۳.

۲۷- میرزای قمی، ابوالقاسم، ۱۳۹۶ق، جامع الشتات، تهران، منشورات شرکت رضوان، ج ۲.

۲۸- میر محمد صادقی، حسین، ۱۳۷۷ش، حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات)، تهران، میزان.

۲۹- نوبهار، رحیم، ۱۳۸۹ش، اهداف مجازات‌ها در جرائم جنسی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ

اسلامی.

۳۰- نوربها، رضا، ۱۳۸۷ش، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، چ ۲۲.

۳۱- هاشمی شاهرودی، سید محمود، ۱۳۸۱ش، سخنرانی افتتاحیه اولین همایش بررسی راه‌های

جایگزین مجازات حبس، مجموعه مقالات و سخنرانی‌ها.

32- Akehurst, Michael (1972), Jurisdiction in International Law, The British yearbook of international law.

33- Cameron, Ian (1994), The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction, Dartmouth publishing company.

34- Cryer. Robert, Friman, Hakan, Robinson, Darryl, Wilmshurst, Elizabeth (2007), An Introduction to International Criminal Law and Procedure, New York: Cambridge University Press.

35- Evans, Malcom, D. (1998), Preventing Torture, New York, Oxford University Press,.

36- Padfield, Nicola (2013), Van Zyl Smith, drik & Dunkel, Frieder, Release from Prison, European Policy and Practice, Routledge.



37- Plachta, Michael (1993), Transfer of Prisoners under Instruments and Domestic Legislation, Freiburg.

38- Ruthven, Malis (1978), Torture: The Grand Conspiracy, London, Weidenfeld and Nicolson.

39- Additional Protocol on the Transfer of Sentenced Persons, Strasbourg, 18 December 1997.

40- Convention on the Transfer of Sentenced Persons, Strasbourg, 21.11.1983, Council of Europe.

41- Model Agreement on the Transfer of Foreign Prisoners and Recommendation on the Treatment of Foreign Prisoners (Adopted by the Seventh Crime Congress, Milan, 26 August-6 September 1985, and Endorsed by General Assembly in Resolution 40/32).



ہندوستان پر دہشت گردی کی تحققات اسلام و غرب



تعارض تعریف قانونی عهد با بیع بار و یکمردی به فقه و حقوق غرب

سید مهدی دادمرزی^۱

چکیده

مقاله حاضر به بررسی تعارض مواد ۱۸۲ با ماده ۳۳۸ ق.م. پرداخته است. سبب این تعارض نیز محور بودن تعهد در تعریف عقد در کنار تملیکی قلمداد شدن ماهیت بیع در قانون مدنی است؛ لکن از آن جا که این تعارض در سطحی وسیع تر میان تمامی عقود تملیکی مورد اشاره در قانون مدنی و تعریف عقد در قانون مدنی قابل طرح است، موادی دیگر از قانون مدنی نیز در حاشیه به چالش خوانده شده اند و حتی این تکاپو به محدوده یکی از عقود غیر تملیکی یعنی نکاح نیز کشانده شده است. چنین تعارضی اگرچه در اکثر کتب قدمای حقوقدانان مدنی، مطرح نشده است، ولی اکثر حقوقدانان برجسته معاصر و صاحب نام در زمینه حقوق مدنی با تأثر از مفهوم عقد در حقوق غربی به آن پرداخته و بعضاً با آن به عنوان یک تعارض پایدار (مستقر) برخورد کرده اند. تلاش ما در این جا معطوف آن بوده است که ضمن بررسی انتقادی نظرهای قائلین به این تعارض و معرفی راه حل های قابل ارائه در این باره، به مدد منابع قانون مدنی ایران به ویژه فقه امامیه و از طریق تبیین تفاوت مفهوم تعهد در حقوق غرب با آنچه در حقوق بومی ایران قابل معرفی است، این تعارض را موضوعاً منتفی معرفی کنیم و از این رهگذر، استواری قانون مدنی را به اثبات برسانیم.

واژگان کلیدی: عهد، عقد، عقود تملیکی، عقود عهدی، بیع، تعارض مواد، قانون مدنی ایران



۱ - استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم



مقدمه

رشته حقوق مدنی در میان سایر رشته‌های حقوق، از جهت قدمت، ریشه‌دارترین رشته و از جهت برخورداری از پشتوانه علمی، غنی‌ترین آن‌ها و از حیث تأثیرگذاری بر بسیاری از شعب حقوق، مؤثرترین است. همین ویژگی‌ها باعث شده است تا قانون مدنی به‌عنوان مهم‌ترین منبع حقوق مدنی نه تنها در ایران که در کشورهای مطرح در زمینه حقوق مدنی، همچون فرانسه که در دو قرن قبل نوشته شده و دارای ۲۲۷۹ ماده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۶۸۲) از ماندگارترین متون قانونی به شمار آید.

قانون مدنی ایران به جهت اقتباس فراگیر از فقه امامیه که ریشه در آموزه‌های پایدار دریافت شده از وحی دارد و فقه‌های عظام با مراجعه به کتاب و سنت به استخراج آن‌ها پرداخته‌اند، از ثبات متمایزی برخوردار است. این اقتباس به اندازه‌ای است که قانون مدنی ما، ترجمه عبارات فقها خوانده شده است (پاشا صالح، ۱۳۴۸: ۲۷۰ و ۲۶۱) که باعث گردیده فقه از انحصار فقها خارج شود (شایگان، ۱۳۲۴: ۳۵) و جالب است بدانیم این اتفاق در مورد قانونی رخ داده است که آن را اساس حقوق جدید ایران معرفی کرده‌اند (شایگان، ۱۳۲۴: ۳۵).

ترکیب کمیسیون تدوین جلد اول قانون مدنی (مشمول بر ۹۵۵ ماده که در دی ماه ۱۳۰۶ تهیه و در جلسه ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ به تصویب مجلس شورای ملی آن زمان رسید)، متشکل بود از آقایان حاج سید نصرالله تقوی، محسن صدر، مصطفی عدل، کاظم عصار، شیخ محمدعلی کاشانی، میرزا محمد رضا ایروانی، شیخ علی بابا و حاج میرزا سید محمد فاطمی و به ریاست علی اکبر داور. اعضای کمیسیون تهیه جلد دوم و سوم قانون مدنی در آبان ماه ۱۳۱۳ (مشمول بر ۳۸۰ ماده که به تدریج از ششم بهمن ۱۳۱۳ تا هشتم آبان ۱۳۱۴ به تصویب مجلس شورای ملی وقت رسید) عبارت بودند از: آقایان محسن صدر، متین دفتری، حاج سید نصرالله تقوی، مصطفی عدل، جواد عامری، محمد بروجردی، اسدالله ممقانی، سید محمد رضا افجه و سید محمد فاطمی (شایگان، ۱۳۲۴: ۳۷ و ۳۶). نگاهی به این ترکیب از غلبه حضور فقها در تدوین قانون مدنی حکایت می‌کند که از میان ایشان، مؤثرترین عضو که از وی به «نویسنده قانون مدنی» تعبیر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۵) مرحوم





سید محمد فاطمی از شاگردان آیت‌الله میرزا محمد حسین آشتیانی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۵۲۱).

بعد از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی ایران تنها مجموعه مدون قانونی که در برابر خطاب اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با افتخار بر هویت اسلامی خود تأکید کرد همین قانون مدنی بود. از این رو در دو بازنگری کامل مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۱ و به صورت آزمایشی و بار دیگر در سال ۱۳۷۰ و به صورت دائمی، کم‌ترین تغییرات را به خود دید و حتی شماره مواد آن دست نخورده باقی ماند؛ همچنان که برای اولین بار در سال ۱۳۳۷ نیز اصلاحات به عمل آمده در آن جزئی بود.

آنچه در این باب مهم است بذل تلاش عالمانه برای حفظ این شاهکار حقوقی در برابر ابهاماتی است که به مدد ابزارهای علمی از جمله پشتوانه فقهی قانون مدنی قابل برطرف شدن است و گرنه بیان نقدها و ذکر نواقص این قانون به گونه‌ای مستدل و روشمند زمینه اعتلای فقه و بالندگی حقوق مدنی را در عرصه‌های ثبوتی و اثباتی فراهم می‌آورد و دستمایه‌های لازم را در اختیار قانونگذار قرار می‌دهد.

۱. سیر تاریخی بحث

اولین کسی که به‌عنوان یکی از اعضای هر دو کمیسیون اول و دوم تدوین قانون مدنی - به شرحی که گذشت - به شرح قانون مدنی و انتشار آن اقدام کرد «دکتر مصطفی عدل» یا همان «میرزا سید مصطفی خان عدل» ملقب به «منصورالسلطنه» است. البته معلوم نیست چرا دکتر جعفری لنگرودی در یکی از تازه‌ترین آثار خود از شارح اول قانون مدنی با تعابیری مانند تحصیل کرده نجف و سوئیس، یاد می‌کند که بر دکتر «سید حسن امامی» منطبق می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۳۲ و ۱۱). حسب گزارش «دکتر سید علی شایگان»، چاپ دوم کتاب دکتر عدل در سال ۱۳۱۱ در طهران به چاپ رسیده است (شایگان، ۱۳۲۴: ۴۴)؛ یعنی بعد از تصویب جلد اول قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ و پیش از تصویب آخرین جلد آن در سال ۱۳۱۴. در هر حال ایشان در کتاب خود نه در ذیل ماده ۱۸۳ ق.م. و نه به هنگام شرح ماده ۳۳۸ ق.م. تعارضی را گزارش نکرده است؛ همچنان که تقسیم عقد به عهدی و تملیکی را نیز متعرض نشده است (عدل، ۱۳۳۱: ۱۰۷-۱۰۹ و ۲۵۵-۲۵۴).

دکتر شایگان از دیگر شارحان قدیمی قانون مدنی نیز در کتاب خود نه عقد را به عهدی و تملیکی تقسیم کرده و نه ماده ۱۸۳ ق.م. را معارض با ماده ۳۳۸ ق.م. معرفی کرده است (شایگان، ۱۳۲۴: ۹۲ و ۹۰). شارح پیشکسوت دیگر دکتر محمد عبده (بروجردی) که کتابش در سال ۱۳۲۹ به طبع رسید هیچ تعارضی را میان دو ماده مزبور گزارش نمی‌کند (عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۱۹۴). آخرین شارح قدیمی





قانون مدنی که از آن نام می‌بریم سید علی حائری (شاهباغ)، متولد ۱۳۰۴ است که او نیز به چنین تعارضی اشاره نمی‌کند (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۱۴۴ و ۱۴۳ و ۳۲۶).

اولین حقوقدان برجسته ایران که به هنگام بررسی تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. صریحاً به ریشه تعارض مورد نظر ما اشاره می‌کند، بدون آن که آن را بر ماده ۳۳۸ ق.م. تطبیق کند، دکتر سید حسن امامی است. ایشان در این باره می‌نویسد: «تعریف مزبور [در ماده ۱۸۳ ق.م.] ناقص است؛ زیرا فقط تعریف از عقد عهدی کرده و شامل عقد تملیکی که به وسیله آن مالی از ملکیت کسی خارج و در ملکیت دیگری داخل می‌گردد نمی‌شود، چه در این گونه عقود به نفس عقد، انتقال ملکیت حاصل می‌گردد و تعهدی مستقیماً ایجاد نمی‌شود...» (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۶۰). همچنین مؤلف یاد شده از یک سو ماده ۳۳۸ ق.م. را ناظر به بیع عین شخصی می‌داند و از سوی دیگر، بیع را در آن جا که مبیع کلی است عقدی، عهدی معرفی می‌کند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۱۹). ظاهراً از انضمام این دو مقدمه به بیانی که از وی در مورد خروج عقود تملیکی از تعریف عقد نقل کردیم است که یکی از حقوقدانان مسلم و کهنسال ایران به دکتر امامی نسبت می‌دهد که وی «... مفاد ماده ۳۳۸ ق.م. را در تعریف بیع... متناقض و مغایر با ماده ۱۸۳ دیده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱) و الا در عبارات خود ایشان تصریحی در این باره به چشم نمی‌خورد. در هر حال از این مقطع به بعد است که در کتب مؤلفین حقوق مدنی به گونه‌ای فراگیر و صریح، تعارض ماده ۱۸۳ ق.م. با ماده ۳۳۸ ق.م. و حتی با سایر موادی که عقود تملیکی را معرفی کرده‌اند مطرح می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۱: ۲۰؛ همو، ۱۳۷۴: ۳۰؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۸ و ۳۶؛ صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۱۶). ما در ادامه نوشتار و به زعم خود، سر مسکوت بودن این نکته را در آثار شارحان متقدم قانون مدنی معرفی و این احتمال را که آشنایی آن‌ها با فقه و یا حشر و نشر آن‌ها با فقها چندان بود که تعارض یاد شده را بدوی‌تر از آن می‌دیدند که متذکر گردند تقویت می‌کنیم؛ اگر چه این نکته را نیز نباید نادیده گرفت که تاریخ علم نشان می‌دهد همواره بررسی‌های عالمانه از اجمال به تفصیل در حرکت است.

۲. بیان اصل تعارض و محدوده آن

از آن جا که عنوان نوشتار حاضر تعارض میان مواد ۱۸۳ ق.م. و ۳۳۸ ق.م. است مناسب است ابتدا این دو ماده را از نظر گذارنده، با محوریت آن دو، ابتدا اصل تعارض و سپس محدوده آن را تبیین کنیم. در ماده ۱۸۳ ق.م. می‌خوانیم: «عقد، عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». ماده ۳۳۸ ق.م. نیز چنین مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». از طرفی می‌دانیم که «بیع» مهم‌ترین عقد معین است، هم





از جهت کاربرد و هم از جهت رتبه‌ای که در حقوق مدنی در بحث قراردادها دارد. نتیجه این که با وجود عدم تردید در «عقد» بودن «بیع»، آن ویژگی را که ماده ۱۸۳ ق.م. تحت عنوان «تعهد کردن بر امری» به عنوان شالوده اصلی عقد (چه در معنای مصدری و چه در معنای مفعولی عقد) معرفی کرده است در تعریف ۳۳۸ ق.م. مشاهده نمی‌کنیم؛ چرا که در این ماده شالوده اصلی بیع، «تملیک» قرار داده شده است، نه تعهد به تملیک و روشن است که این دو مدلول با هم قابل جمع نیست؛ چرا که تملیک غیر از تعهد به تملیک است. اولی به طور آنی به مجرد فراهم شدن ارکان عقد محقق می‌شود، در حالی که دومی بعد از تحقق عقد باید به انجام برسد تا تملیک محقق گردد. بلکه اگر حقوق ایران به مانند حقوق کشورهایی چون آلمان، سوئیس، اتریش، اسپانیا، هلند، آفریقای جنوبی، نروژ و روسیه، قرارداد بیع را عقدی می‌دانست که به خودی خود انتقال مالکیت را در پی ندارد (امینی، ۱۳۸۲: ۱۵۵) چنین تعارضی نیز مطرح نمی‌گشت. همچنین باید خاطر نشان کنیم که اصل تعارض یاد شده هم مطابق نظر کسانی که ماده ۳۳۸ ق.م. را منحصر به بیع عین شخصی می‌دانند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۱۹؛ صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۷۶) قابل طرح است و هم کسانی که ماده ۳۳۸ ق.م. را شامل بیع کلی نیز می‌دانند (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱).

۳. محدوده تعارض

از مطالب گذشته به دست می‌آید که تعارض دو ماده مورد بحث بر دو مقدمه مبتنی است: اول) در ماده ۱۸۳ عقد به گونه‌ای تعریف شده است که فقط عقد عهدی را که اثر آن ایجاد تعهد است شامل می‌شود.

دوم) در ماده ۳۳۸ بیع، عقدی تملیکی معرفی شده است. بنابراین، بسته به این که اقسامی از بیع مثل بیع کلی را مصداق عقد عهدی بدانیم و یا آن که بیع را چه کلی و چه عین شخصی از مصادیق عقد تملیکی به شمار آوریم (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱)، محدوده تعارض از جهت مصداق‌های مشمول تعارض در ماده ۳۳۸ ق.م. به ترتیب ضیق و سعه می‌یابد؛ همچنان که دامنه این تعارض، هر عقد دیگری غیر از بیع را که در قانون مدنی تملیکی معرفی شده است در برمی‌گیرد مانند ماده ۴۶۴ ق.م. در مورد عقد معاوضه، ماده ۴۶۶ ق.م. در مورد عقد اجاره، ماده ۶۴۸ ق.م. در مورد عقد قرض، ماده ۷۹۵ ق.م. در مورد هبه و ماده ۸۲۶ ق.م. در مورد وصیت تملیکی (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۸). البته قائلین به معقول نبودن تملیک کلی تنها در جایی که موضوع این عقود عین معین است با ما هم‌نوا می‌شوند؛ زیرا بیع از این جهت نباید نزد ایشان خصوصیتی داشته باشد. همچنین در مورد داخل شدن وصیت تملیکی، زمانی می‌توان مطلب را تمام دانست که عقد بودن آن مسلم باشد و الا اگر داخل در ايقاع شود تخصصاً از





ماده ۱۸۳ ق.م. خارج است. به این عقود می‌توان عقد صلح را اضافه کرد (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۱: ۲۲). البته مراد، صلح در مقام معاملات مملکت است (ماده ۷۵۲ ق.م. و ماده ۷۵۸ ق.م)، خواه معوض باشد خواه غیر معوض (ماده ۷۵۷ و ۷۶۸ ق.م). به نظر نگارنده، محدوده تعارض از این هم فراتر است و هر عقدی را که اثر آن به محض وقوع ایجاد می‌شود در برمی‌گیرد، حتی اگر آن اثر آتی، تملیک نبوده، بلکه امری چون زوجیت باشد. با این حال باید توجه داشت که با تحفظ بر عدم انطباق تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. بر عقد غیر عهدی و عهدی نبودن نکاح، کاری از ابهام کلمه «هر امری» در متن ماده ۱۸۳ ق.م. برای آن که عقدی چون نکاح را شامل شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۵۷) ساخته نیست.

مطلب دیگری که توجه به آن باعث توسعه تعارض میان مواد قانون مدنی در گیر در بحث حاضر می‌شود این است که در ماده ۲۱۴ ق.م. مورد معامله نیز مانند خود عقد با محوریت تعهد تعریف شده است و بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م. نیز تعهد را در کنار عقد موجب تملیک دانسته است که مدلول هر دو به نوعی بیانگر نوعی منافات میان این مواد با ماده ۱۸۳ ق.م. است که به حسب ظاهر تعهد را غیر از تملیک و جدا از آن می‌داند؛ چنان که ماده ۲۱۴ را از این جهت که قید «متعهد شدن» را در آن گنجانده است مخالف با ماده ۳۳۸ ق.م. می‌نمایاند که در آن، مورد معامله در واقع تملیک یک نوع مال است.

۴. منشأ تعارض

به نظر می‌رسد تعارض مورد بحث ما با این گستردگی که پیدا کرده است ریشه در دو باور زیر دارد:

اول) ضرورت تعریف عقد به تعهد؛

دوم) معقول بودن تعلق تملیک به موضوع کلی.

پیش از این دانستیم که باور دوم در اصل تعارض مزبور دخالت ندارد و فقط محدوده آن را دچار نوسان می‌کند و لذا بررسی معضل آن، موضوع مقاله جداگانه‌ای را تشکیل می‌دهد که امیدواریم بتوانیم به زودی آن را با عنوان «ماهیت انتقال کلی» تقدیم علاقه‌مندان کنیم. با این حال به نحو مجمل و در ادامه نوشتار به آن نیز اشاره خواهیم کرد.

اما منشأ باور اول، دخالت دادن آموزه‌های حقوق غرب در مقام تحلیل مفهوم عقد به‌ویژه به سبب اعتقاد به ترجمه ماده ۱۸۳ ق.م. از روی قانون مدنی فرانسه است. به نظر می‌رسد پیش از ارائه راه‌حل‌های رفع این تعارض، مناسب است ابتدا حقیقت این اقتباس را که در صورت تثبیت می‌تواند در ادامه بحث به منزله مانعی بر سر پذیرش راه‌حل مختار ما عرض اندام کند مورد بررسی قرار دهیم.





از شارحان قدیمی قانون مدنی که پیش از این از آن‌ها یاد شد، تنها دکتر محمد عبده بروجردی به هنگام شرح ماده ۱۸۳ ق.م. این اقتباس را مورد توجه قرار داده، می‌گوید: «قانون مدنی ایران در وضع باب مخصوص برای عقود و تعهدات به طور کلی، پیروی از قانون اروپا کرده و عقد را در ماده ۱۸۳ به این قسم تعریف کرده است... بنابراین، تعریف مذکور متخذ از تعریفی است که در قانون فرانسه از عقد شده...» (عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۱۹۴). با این حال اظهار نظر فوق دلالت ندارد که ماده ۱۸۳ ق.م. ترجمه یکی از مواد قانون مدنی فرانسه است و نهایتاً اقتباس فی الجمله و نه بالجمله را می‌رساند.

دکتر سید حسن امامی نیز در این باره می‌نویسد: «قانون مدنی، این باب (عقود و تعهدات به طور کلی) را از قانون مدنی فرانسه متابعت کرده و مواد آن را ترجمه و تغییراتی داده و اصول حقوقی خود را در آن رعایت کرده است (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۵۹). این عبارت نیز گویای اقتباس فی الجمله و فعال، نه بالجمله و منفعل از قانون مدنی فرانسه در بابی است که ماده ۱۸۳ ق.م. در آن قرار دارد و راجع به ماده ۱۸۳ ق.م. نیز ادعای اختصاصی را مطرح نکرده است.

دکتر شهیدی پا را از این مقدار فراتر گذارده، اظهار می‌دارد: «به نظر می‌رسد که ماده ۱۸۳ ق.م. از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه، بدون انجام تغییرات متناسب با سیستم حقوقی ایران، اقتباس گردیده و نقص موجود در تعریف عقد در قانون مدنی ایران، از همین جا ناشی شده است...» (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۸). معهذا روشن است که ایشان نیز ترجمه صد در صد بودن ماده ۱۸۳ ق.م. را از روی ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه ادعا نمی‌کند. دکتر لنگرودی با عنایت به چنین اظهاراتی در مقام داوری میان آن‌ها چنین مرقوم می‌دارد: «از جمیع مواد قانون مدنی فقط حدود دویست ماده از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است که یکی از این مواد اقتباس شده، ماده ۱۸۳ ق.م. است... این ماده قانون مدنی ایران از ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه گرفته شده است، ولی نویسنده قانون مدنی به رسم مألوف خود... برای مطابقت دادن آن ماده فرنگی با فقه اسلام، دخل و تصرف‌هایی در آن کرده است... شارح اول قانون مدنی [دکتر سید حسن امامی]... به علت عدم احاطه به فقه، مدلول ماده ۱۸۳ ق.م. را مطابق با ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه گرفته است و آنگاه بر اثر این اشتباه بزرگ، اشتباه دومی کرده است... به این صورت که مفاد ماده ۳۳۸ ق.م. را در تعریف بیع (که مأخوذ از فقه است) متناقض و مغایر با ماده ۱۸۳ دیده است...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱-۱۰). این نویسنده برجسته با آن که اقتباس محدود قانون مدنی و از جمله اقتباس ماده ۱۸۳ را از قانون مدنی فرانسه می‌پذیرد، ولی این اقتباس را در خصوص ماده ۱۸۳ ق.م. همراه با دخل و تصرفات متناسب با سیستم حقوقی ایران به شمار می‌آورد و حتی تعریف ماده ۱۸۳ ق.م. را برتر از تعریف عقد در قانون مدنی فرانسه معرفی می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۵۷ و ۱۵۶). البته





همان‌طور که از جملات آقای امامی که فوقاً نقل شد استفاده می‌شود ایشان نه به ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه اشاره کرده‌اند و نه قائل به ترجمه مطابقی ماده ۱۸۳ ق.م. از اصل فرانسه آن هستند؛ گرچه ما نیز در عین اذعان به احاطه دکتر امامی به فقه، تعارض مورد نظر ایشان را به شرحی که خواهد آمد قبول نداریم. اکنون نوبت آن رسیده است که با مطالعه متن ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه و مقایسه آن با ماده ۱۸۳ ق.م. ایران به ارزیابی این نظرها پردازیم.

ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه که از روی قانون مدنی فرانسه با اصلاحات ۹ ژوئیه ۱۹۹۱ گرفته شده است (نوری، ۱۳۸۰: ۳) چنین است:

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose.

یعنی عقد، توافقی است که به موجب آن یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر متعهد می‌شوند مالی را منتقل کنند، کاری انجام دهند یا فعلی را ترک کنند.

مقایسه این متن با متن ماده ۱۸۳ ق.م. نشان می‌دهد مهم‌ترین تمایز این دو متن در آن است که قانونگذار ایران به جای کلمه «تعهد به انجام کار یا تعهد به ترک فعل» از عبارت «تعهد به امر» استفاده کرده است تا بتواند هر امر انشایی را داخل در تعریف عقد کند ولو مصداق تعهد به انجام فعل یا ترک فعل نباشد. چنین تفسیری زمانی موجه است که کلمه تعهد بتواند چنین توسعه‌ای را که از ابهام کلمه «امر» ناشی می‌شود و در کتب اصولی ما کلمه‌ای است مأنوس (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۶۲-۶۱) برتابد و ما در آینده، روشن خواهیم کرد که تعهد در حقوق بومی ایران چنین قابلیت دارد.

بنابراین ترجمه بودن ماده ۱۸۳ ق.م. ایران از ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه منتفی است و نهایتاً آن است که نویسنده قانون مدنی در تنظیم آن به ماده قانون فرانسه نظر داشته است و مجرد نظر داشتن نمی‌تواند مانعی باشد بر سر راه استعمال کلمه‌ای از سوی مقنن که مشترک در هر دو متن است، در یک معنای بومی که می‌تواند معنای حقیقی آن کلمه در منبع اصلی مقنن یعنی فقه امامیه باشد. شاید سر سکوت شارحان اقدم قانون مدنی در این باره نفوذ آموزه‌های حقوق بومی و سیطره آن بر ذهنیت حقوقی غیربومی ایشان بوده است. به علاوه چگونه است که حقوقدانان ما در مورد بومی کردن احکام نهادهایی چون «نامزدی» که به طور قطع از حقوق اروپایی کپی شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۳۳) خود را متعهد می‌دانند و در این راه مجاهدت‌های علمی در خور تحسین بروز می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۵۲ و ۵۴)؛ اما در خصوص این مورد که لااقل اقتباس کامل آن از حقوق خارجی محل تردید است نتوان چنین کرد.





۵. راه‌حل‌های تعارض

برای حل این تعارض، راه‌حل‌هایی مطرح و قابل طرح است. ما در این جا به سه راه‌حل اشاره می‌کنیم. راه‌حل اول، قائلی ندارد؛ اما دو راه‌حل دیگر طرفدارانی دارد که از میان آن‌ها راه‌حل سوم با وجود طرفدار کم و روشن نبودن تفصیلی زوایای آن، بهترین راه‌حل است. بدیهی است که معتقدان به تعارض پایدار (مستقر) در موضوع بحث حاضر، راه‌حلی را ارائه نکنند؛ اگر چه این دسته به لازمه سخن خود که مترتب کردن احکام تعارض (همچون تساقط) در خصوص مورد است ملتزم نیستند.

۵-۱ نظریه تقیید و تخصیص تعریف عقد در قانون مدنی

در جای خود روشن شده است که تقیید همانند تخصیص، حکومت و ورود از موارد جمع عرفی است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ق: ۴۴۹ و ۴۳۷؛ امامی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۱۴۰ و ۱۳۹) و موارد جمع عرفی خواه موضوعاً خارج از بحث تعارض قرار بگیرد و یا حکماً، در هر حال احکام تعارض بر آن‌ها جاری نمی‌شود (صدر، ۱۹۸۰: ۱۳ و ۱۷). البته بنا بر خروج موضوعی، طرح بحث تخصیص، استطرادی و بنا بر خروج حکمی، بحث از آن به جهت صدق معنای تعارض بر آن چندان هم بی‌مناسبت نمی‌نماید.

در هر حال ممکن است گفته شود چون کلمه «عقد» در ماده ۱۸۳ ق.م. مطلق است و هر مطلقى ولو با مقیدی منفصل، قابل تقیید است، از این رو با آمدن ماده ۳۳۸ ق.م. کشف می‌کنیم که مراد از عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. عقدی است که بیع (حداقل بیع عین معین) نباشد، نه مطلق عقد؛ همچنان که می‌توانیم بگوییم ماده ۱۸۳ ق.م. ظهور در عموم دارد و مرجع آن به «هر عقدی» باز می‌گردد و با آمدن ماده ۳۳۸ ق.م. روشن می‌شود که مراد جدی مقنن در ماده ۱۸۳ ق.م. تمام عقود نبوده است و بیع با وجود آن که عقد است از دایره ماده ۱۸۳ ق.م. خارج شده است.

ایراد عمده این راه‌حل، گذشته از استهجان تخصیص اکثر به دلیل مشترک بودن تمام عقود تملیکی و بعضی از عقود غیر تملیکی غیر عهدهی همچون نکاح با عقد بیع و در نتیجه خروج تمام آن‌ها از مشمول ماده ۱۸۳ ق.م، آن است که ماده ۱۸۳ ق.م. آبی از تخصیص و تقیید است؛ چرا که ظاهر و نیز نحوه قرار گرفتن آن در صدر بحث از قواعد عمومی قراردادها می‌رساند که قانونگذار در این ماده در صدد بیان ماهیت مطلق عقد است، نه عقد مطلق؛ به گونه‌ای که می‌خواهد بگوید هر جا ذات عقد وجود داشته باشد باید تعریف مزبور بر آن قابل انطباق باشد و چون به دلیل خارجی می‌دانیم که بیع، عقد است از این رو مدالیل این دو ماده با هم قابل جمع نخواهند بود فلذا مورد داخل در بحث تعارض با احکام خاص خود است، نه موارد جمع عرفی.





۲-۵ نظریه تأویل عقود تملیکی به عقود عهدی

از میان مؤلفین باسابقه حقوق مدنی تنها یک تن را یافتیم که می‌گوید: «...چون در عقد تملیکی معمولاً تعهد، هرچند فرعی باشد، وجود دارد، لذا عقد مزبور نیز مشمول تعریف قانون مدنی خواهد بود» (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۱۷) و در جای دیگر در خصوص بیع عین معین که به زعم ایشان ماده ۳۳۸ ق.م. فقط ناظر به آن است (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۲۷۶) می‌نویسد: «...در عقد تملیکی نیز تعهد ایجاد می‌شود، ولی به محض ایجاد، ایفا و اسقاط می‌گردد. از این رو عقد مزبور نیز مشمول تعریف قانون مدنی خواهد بود» (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۹). البته ایشان در مورد شمول و عدم شمول تعریف عقد نسبت به عقدی چون نکاح اظهار نظر نکرده‌اند، ولی از ملاکی که فوقاً به دست داده‌اند می‌توان شمول تعریف نسبت به نکاح را نیز به ایشان نسبت داد.

ایراد عمده این نظریه چنان که دیگران نیز تذکر داده‌اند (امامی، ۱۳۷۱: ۱۶۰؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۶) آن است که در عقود تملیکی به حسب مفهوم، تعهدی وجود ندارد، در حالی که قانونگذار در ماده ۱۸۳ ق.م. ایجاد تعهد را در مفهوم عقد اشراب کرده است؛ به گونه‌ای که در تکوین ماهیت عقد، ایجاد مستقیم تعهد دخالت داده شده است. اما این که در مصادیق عقد، تعهداتی همچون تعهد به تسلیم موضوع معامله به چشم می‌خورد، دخلی به تعریف عقد ندارد.

البته ایراد فوق متوجه آن قسمت از ادعای نظریه مورد بحث نمی‌شود که عقد بیع معین را به عقدی تحلیل می‌کند که اثر مستقیم آن ایجاد یک تعهد آتی بر تملیک است که فوراً اجرا می‌شود. ولی از آن‌جا که بررسی تفصیلی این ادعا و ریشه غربی آن می‌تواند وظیفه نوشتار مستقلی باشد که حقیقت بیع و اقسام آن و در واقع ماهیت انتقال مالکیت را موضوع بحث قرار می‌دهد (امینی، ۱۳۸۲: ۱۶۴ و ۱۵۵) و این که این مسأله در تعیین دامنه تعارض مورد بحث دخالت دارد، نه اصل آن، لذا در این جا فقط به همین مقدار بسنده می‌کنیم که این تحلیل سخت تکلف‌آمیز است؛ زیرا در عقود تملیکی، طرفین قرارداد، تملیک می‌کنند و هرگز قصد ندارند انجام دادن کاری را ولو آتی بر عهده بگیرند. همچنین ادعای دیگر صاحب نظریه فوق را مبنی بر عهدی بودن اقسامی از بیع مثل بیع کلی و بیع صرف (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۲۷۶ و ۲۸۳) که برخلاف ادعای تأویل عقود تملیکی به عهدی در غیر بیع عین معین، مشترک میان جمهور حقوقدانان ایران است (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۱۸) در همان نوشتار یا همان طور که خاطر نشان کردیم در نوشتار مستقل خود تحت عنوان ماهیت انتقال کلی باید سراغ گرفت. در این رابطه نیز فقط به همین مقدار بسنده می‌کنیم که شارحان اقدم قانون مدنی به پذیرش نظریه تحقق مالکیت نسبت به کلی که از مختصات فقه اسلامی است تمایل نشان می‌دادند (حائری شهابی، ۱۳۷۶:





۳۶۴-۳۶۳) و یا شدیداً تحت تأثیر غلبه آن قرار داشتند (عدل، ۱۳۳۱: ۲۶۴)؛ به طوری که با وجود طرح کردن بحث تعهد و عناصر آن، تقسیم عقد به عهدی و تملیکی را متعرض نمی‌شدند (عدل، ۱۳۳۱: ۲۶۴؛ شایگان، ۱۳۲۴: ۹۱-۹۰؛ عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۱۰۵-۱۰۴).

۵-۳ نظریه توسعه در معنای تعهد

ابتدا نمونه‌هایی از تعاریف ارائه شده از عقد بر محور تعهد را از فقه امامیه، عامه، حقوق خارجی و حقوق داخلی می‌آوریم تا بتوان با دقت در آن‌ها به این سؤال پاسخ داد که آیا تعهد به کار رفته در تعریف عقد نزد فقها و حقوقدانان داخلی و خارجی به یک معنا است، یا آن‌که این کلمه مشترک لفظی می‌باشد؟ و اگر پاسخ مثبت است کدام معنا از تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م. مراد بوده است و این امر چه اثری بر سرنوشت موضوع نوشتار حاضر می‌تواند داشته باشد؟

مرحوم بجنوردی در این باره می‌نویسد: «فی الحقیقه، العقد عبارۀ عن تعهد الشخص مع آخر فی امر من الامور...» (بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۳: ۱۱۶)، یعنی عقد در حقیقت عبارت است از تعهد شخصی با شخص دیگر در امری از امور... .

در ماده ۱۰۳ المجله که ملهم از فقه عامه است چنین می‌خوانیم: «العقد، التزام المتعاقدين امرأ و تعهدهما به...» (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۱۱۸)، یعنی عقد عبارت است از التزام طرفین عقد به امری و تعهد آن دو نسبت به آن...». سلیم رستم باز با تطبیق ببع بر تعریف ماده ۱۱۰۳ المجله می‌گوید: «عقد البيع مثلاً التزام البایع و المشتري بالمبادله المالیه... به عنوان مثال، عقد ببع عبارت است از تعهد بایع و مشتری به انجام مبادله‌ای مالی...» (باز، ۱۴۰۶: ۶۵).

سنهوری قطع نظر از سیر تاریخی تعریف عقد که در جای خود به آن اشاره می‌کند (سنهوری، ۱۹۹۸، ج ۱: ۷۷) نظر خود را در مورد عقد چنین بیان می‌دارد: «نری تعریف العقد بأنه توافق ارادتين علی احداث اثر قانونی، سواء كان ذالك الاثر هو انشاء التزام او نقله او آن‌هائه» (سنهوری، الف، بی تا: ۸۱)، یعنی به نظر ما عقد عبارت از توافق دو اراده است برای ایجاد اثر قانون، خواه اثر یاد شده ایجاد تعهد باشد یا نقل تعهد یا ساقط کردن تعهد. ایشان نیز در مقام تطبیق تعریف عقد بر ببع می‌گوید: «عقد ببع، تعهداتی را در ناحیه هریک از بایع و مشتری ایجاد می‌کند» (سنهوری، ب، بی تا، ج ۴: ۲۱).

تعریف عقد به تعهد در حقوق اروپایی نیز امری مشهود است که نمونه‌ای از آن را به هنگام نقل ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه از نظر گذرانیم. جالب است بدانیم با آن که در حقوق فرانسه عقد ببع، تملیکی دانسته می‌شود، ولی قانون مدنی این کشور «... تحت تأثیر حقوق رم تعهد را اساس تشکیل عقد، حتی عقود تملیکی دانسته و...» [در] ماده ۱۵۸۲ این قانون، ببع را چنین تعریف می‌کند: ببع قراردادی است که





به وسیله آن یک طرف تعهد می کند چیزی را تسلیم کند و دیگری تعهد می کند بهای آن راپردازد» (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۷).

در حقوق انگلیس نیز محور بودن تعهد در تعریف عقد امر شناخته شده ای است. به عنوان نمونه در یکی از معتبرترین کتب حقوق انگلیس چنین می خوانیم:

A contract is a promise or set of promises, which the law enforces.
، یعنی قرارداد عبارت است از تعهد یا تعهداتی که به حکم قانون لازم الاجرا است (Chity, 1999, Vol. 1, P.1).

بسیاری از حقوقدانان ایران نیز از ابتدا تحت تأثیر تعریف عقد به تعهد در حقوق اروپا قرار داشته اند و از این رو مانند آن ها عقد بیع را تعهدی می دانند که به موجب آن بایع باید مبیع را به تصرف مشتری بدهد و خریدار در برابر وی تعهد می کند قیمت مال را به او پردازد (عدل، ۱۳۳۱: ۱۰۹؛ شایگان، ۱۳۲۴: ۹۱-۹۰).

همان طور که ملاحظه می شود تعریف عقد به تعهد، هم در فقه امری معهود است و هم در حقوق متعارف است. در این میان، سؤال اساسی این بود که مراد از عهد و تعهد در تعریف فقها و حقوقدانان یک چیز است، یا آن که کلمه مزبور، مشترک لفظی بوده، در فقه بار معنایی خاصی غیر از آنچه در حقوق مراد است افاده می کند؟

با دقت در مثالی که مرحوم بجنوردی در کتاب القواعد الفقهیه آورده اند کلام را پی می گیریم. ایشان - همان گونه که دیدیم - حقیقت عقد را تعهد برای انجام امری از امور معرفی می کنند و در ادامه می افزایند:

«امر موضوع تعهد می تواند از امور مالی باشد، آن گونه که در باب معاملات شاهدیم، یا این که امری دیگر مانند نکاح باشد؛ زیرا با عقد نکاح، زوجه متعهد می شود که زوجه باشد. از این رو وقتی زوج آن را پذیرفت، معاهده کامل شده، آن امر در ظرف اعتبار ایجاد می شود و آثار مربوط بر آن بار می گردد. بنابراین، نتیجه عقد، حاصل شدن چیزی است که طرفین نسبت به آن تعهد و عقد بسته اند تا آثارش بر آن مترتب گردد» (بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۳: ۱۱۶).

با این بیان می توان عنصر تعهد را در عقود تملیکی نیز شناسایی کرد و فی المثل گفت: در عقد بیع، طرفین متعهد می شوند و به عبارت دیگر قرار می گذارند که مبیع از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد. در واقع تعهد در این مقام، به معنای فارسی و متداول آن که عبارت است از «به عهده گرفتن انجام کار» نیست تا ایراد شود که چون در عقود تملیکی پس از انعقاد عقد، کاری برای انجام دادن باقی نمی ماند، لذا اخذ مفهوم تعهد در آن بی معنا خواهد بود، بلکه در این کاربرد فقهی، تعهد به معنای «قرار گذاردن» و «بنا گذاردن» است؛ یعنی درست همان چیزی که مرحوم محقق اصفهانی نیز به آن تصریح می کنند.





ایشان عقد را به دو قرار مرتبط با هم معنا می کنند و می فرمایند: «و العقد هو القرار المرتبط بقرار آخر» (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۷) و در حاشیه بر مکاسب می نویسند: «...اما اصطلاحاً فکُل عقد عهدٌ و لا عكس... و تَبَيَّنَ ايضاً أَنَّ حَيْثِيَّةَ الْعَهْدِيَّةِ غَيْرُ حَيْثِيَّةِ الْعَقْدِيَّةِ فِي الْعُقُودِ الْمُتَعَارِفَةِ الْاِصْطِلَاحِيَّةِ فَحَيْثِيَّةُ الْقَرَارِ مِنْ كُلِّ مِنَ الْبَائِعِ وَ الْمُشْتَرِي عَهْدٌ مِنْهَا وَ حَيْثِيَّةُ اِرْتِبَاطِ الْقَرَارِ مِنَ الْقَابِلِ عَقْدَهَا...» (غروی اصفهانی، بی تا: ۳۵).

خلاصه کلام مرحوم اصفهانی این است که عقد عبارت از دو عهد مرتبط با هم است. از این رو هر عقدی، عهد است، ولی هر عهدی عقد نیست؛ زیرا ممکن است در مواردی تنها یک عهد وجود داشته باشد، مثل نذر. به عبارت دیگر در هر عقدی دو حیث مستقل از هم وجود دارد که منشأ انتزاع هریک با دیگری تفاوت دارد. یک حیث، حیث عهدی است که جنبه قلبی و درونی دارد و منشأ انتزاع آن، قراری است که شخص با خود می گذارد. حیث دیگر، جنبه عقدی است که از ارتباط میان دو قراری که طرفین معامله با خود گذارده اند انتزاع می شود.

در مقابل این طرز برداشت از تعهد، تلقی حقوق دانان قرار دارد. تعهد در نزد حقوق دانان، وظیفه ای است برای انجام؛ خواه این وظیفه، فعل و یا ترک فعل باشد و یا انتقال ملکیت. لذا نزد ایشان حصول نفس انتقال ملکیت در یک عقد، بدون واسطه شدن تعهد در آن، غیر قابل تصور است؛ در حالی که در مصطلح فقها، تعهد دارای کششی فراتر از حد یک وظیفه است که باید آن را به انجام رسانید، به طوری که نفس انتقال ملکیت نیز در قالب تعهد به معنای قرار گذاردن و بنا نهادن، قابل تحقق است.

برای توضیح بیش تر این معنای تعهد و بیان این که چنین مفهومی از تعهد، امری غریب نیست، به مسأله شروط ضمن عقد مثال می زنیم:

می دانیم که هم در فقه و هم در حقوق، شروط ضمن عقد را به «شرط فعل»، «شرط صفت» و «شرط نتیجه» تقسیم می کنند. در فقه، دلیل اعتبار این دسته از شروط را که روایت «المؤمنون عند شروطهم» است به «المؤمنون عند عهدهم» معنا می کنند، در حالی که جز در مورد شرط فعل، تعهد به انجام دادن کار اساساً مطرح نیست؛ زیرا هم در شرط وصف و هم در شرط نتیجه، در واقع قرار بر این است که مورد معامله واجد فلان وصف «باشد»، نه آن که «بشود» و نیز فلان اثر حقوقی، همچون مالکیت یا وکالت، به محض انعقاد عقد حاصل آید، نه آن که بعداً و طی انجام تشریقاتی به وجود آید. به بیان دیگر با آن که در شرط وصف و نتیجه، میان انعقاد عقد و ایجاد موضوع شرط، فاصله ای وجود ندارد تا متعهد با طی کردن آن، مورد شرط را به انجام برساند، با این حال در این دو مورد نیز شرط به معنای عهد به کار رفته است؛ گویی در شرط وصف، متعاملین قرار می گذارند تا مورد معامله دارای فلان وصف باشد و در شرط نتیجه نیز قرار ایشان بر تحقق فلان اثر، به محض انعقاد عقد است.





با توجه به مطلب فوق، نظری دوباره به تعریف قانون مدنی از عقد در ماده ۱۸۳ می‌اندازیم. در ماده مزبور، عقد به «تعهد به امر» تعریف شده است. حال اگر ما معنای دوم عهد و در واقع مفهوم فقهی آن را در نظر آوریم که تعهد و عهد را به «بنا و قرار گذاردن» معنا می‌کند، نه «انجام دادن کاری» پر واضح است که این تعریف شامل عقود تملیکی نیز می‌شود؛ زیرا مثلاً در عقد بیع، تعهد بایع و مشتری به این معنا است که با هم قرار می‌گذارند مبیع از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد. با عنایت به مطالب یاد شده است که مشاهده می‌کنیم قانون مدنی در ماده ۳۳۸، بیع را به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف می‌کند و از تعهد به معنای به عهده گرفتن انجام کاری سخن به میان نمی‌آورد؛ در حالی که در عقد بودن بیع از دید قانون مدنی تردید نداریم.

در خاتمه لازم است یادآوری کنیم که در میان شارحان اقدم قانون مدنی ایران، آن‌ها که تحصیلات رسمی فقهی در حوزه‌ها داشته‌اند با این تحلیل آشنا بوده‌اند، به طوری که یکی از ایشان عقد را در اصطلاح فقها معاهده‌ای می‌داند که بین دو طرف واقع می‌شود (حائری شاهی، ۱۳۷۶: ۳۲۶) و در خصوص عقد بیع چنین می‌نویسد: «... وجه مناسبت بیع با معنای دوم لغوی [عقد] یعنی عهد مؤکد آن است که به واسطه تبادل الفاظ مخصوص از طرف متعاهدین، معاهده بین آنان برای ایجاد منظور خاص حاصل می‌شود؛ مثل آن که در بیع... تعهدی بین آن دو [بایع و مشتری] به وجود می‌آید به این که مبیع مال مشتری باشد به عوض ثمن و ثمن مال بایع باشد، به عوض مثن» (حائری شاهی، ۱۳۷۶: ۱۴۳).

از میان حقوقدانان برجسته معاصر نیز عباراتی دال بر توجه ایشان به پیشینه فقهی بحث به چشم می‌خورد تا جایی که یکی از این استادان به طور صریح، تملیک را نوعی تعهد معرفی می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۱: ۲۱) و در توجیه نظر خود می‌نویسد: «... در حقوق اسلام، هیچ‌گاه اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نبوده است و از دیرباز پذیرفته شده که قصد طرفین توان ایجاد حق عینی و انتقال مالکیت را به طور مستقیم دارد... اگر وارثان حقوق رومی به دلایل تاریخی و سنتی خود [به واسطه قرارداد «تعهد به انتقال» برای نقل مالکیت نیاز دارند] ما چرا باید راه هموار پیشینیان خود را رها سازیم و در تنگناهای حقوق اروپایی به سیر و سلوک بپردازیم» (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۱: ۲۲ - ۲۱).

یکی دیگر از بزرگان حقوق مدنی نیز ضمن این که اذعان می‌کند دانایان سلف، تعهد را جزء ارکان و ذاتیات عقد می‌دانند و برای اثبات این ادعا به عبارتی از مرحوم نراقی در عواید الایام (ص ۶) استناد می‌کند، خاطر نشان می‌سازد که مراد آنان، تعهد ناظر به حق دینی بخصوص نیست، بلکه اعم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۷-۸) و آنگاه اضافه می‌کند که «رد تعهد به معنای حق دینی، اصطلاحی است که پس از استقرار مشروطیت بین تحصیلکردگان فرنگ رواج پیدا کرده است»





(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۹۴). وی در این رابطه به رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۳ اشاره می‌کند که در آن آمده است «... صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می‌تواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ مالک شده مستقلاً تصرف و مداخله کند...» و آنگاه اظهار می‌دارد: «دیوان کشور عارف به اصطلاح فقه بوده و معنای سستی تعهد را از دست نداده و آن را در معنای اعم از حق دینی استعمال کرده است، به قرینه تقابل دو واژه عهدی - قهری - قهری که ارث است، عهدی مقابل ارث است و شامل تملک از راه بیع و... می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۹۴).

البته همان گونه که با دقت در تحلیل ارائه شده در راه حل سوم به دست می‌آید، این نظریه به تفصیلی که در این جا آورده‌ایم در کلام استادان یاد شده مطرح نگردیده و زوایای آن تبیین نشده است.

نتیجه گیری

دانستیم که ریشه معارض دانستن ماده ۱۸۳ ق.م. و ماده ۳۳۸ ق.م. در عبارات حقوقدانان ایران و به عبارت دقیق‌تر، تعارض ماده ۱۸۳ ق.م. با آن دسته از مواد قانون که اثر عقد را به طور آبی بر عقد مترتب می‌سازد (مانند عقود تملیکی و عقد نکاح) تأثیر از آموزه‌های حقوق غرب است که تعهد را عبارت از چیزی می‌داند که باید انجام شود؛ در حالی که توجه به کاربرد اصطلاح تعهد در منبع اصلی قانون مدنی ایران، یعنی فقه امامیه روشن می‌سازد که تعهد عبارت است از قرار و بنا که می‌تواند در هریک از عقود به اصطلاح تملیکی و عهدی متناسب با اقتضانات هریک ظاهر شود. از این رو می‌توان تعهد مذکور در ماده ۱۸۳ ق.م. را نیز ناظر به این معنای گسترده از تعهد دانست که نتیجه آن برطرف شدن تعارض ادعایی فوق خواهد بود. قطعی نبودن ترجمه کامل و بدن تصرف ماده ۱۸۳ ق.م. ایران از ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه و وجود دستمایه‌های لازم برای ارائه یک تصویر بومی از ماده ۱۸۳ ق.م. باعث می‌شود که این تفسیر از تعهد، غیر تصنعی و کاملاً قابل پذیرش به نظر آید.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹)، کفایه الاصول، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع).
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، چ ۹، تهران، کتابفروشی اسلامی، ج ۱.
۳. امینی، منصور (۱۳۸۲)، «انتقال مالکیت در قراردادهای خصوصی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۳۷.
۴. باز، سلیم رستم (۱۴۰۶)، شرح المجله، ط ۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۵. بجنوردی، حسن (۱۳۸۹)، القواعد الفقهیه، نجف، مطبعه الآداب، ج ۱.





۶. پاشا صالح، علی (۱۳۴۸)، مباحثی از تاریخ حقوق، تهران، سازمان چاپ دانشگاه تهران.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۸. _____ (۱۳۷۰)، ترمینولوژی حقوق، چ ۵، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۹. _____ (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۰. حائری شاهباغ، سیدعلی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۱. سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۹۸)، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ط ۲، بیروت، منشورات الحلبي، ج ۱.
۱۲. _____ (بی تا)، نظریه العقد، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۳. _____ (بی تا)، الوسيط فی شرح القانون المدنی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۴.
۱۴. شایگان، سیدعلی (۱۳۲۴)، حقوق مدنی ایران، چ ۳، تهران، چاپخانه مجلس.
۱۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، تهران، انتشارات مجلد، ج ۱.
۱۶. صدر، سید محمدباقر (۱۹۸۰)، تعارض الادله الشرعیه، ط ۲، بیروت، دار الکتاب اللبنانی.
۱۷. صفایی، سید حسن (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ج ۲.
۱۸. عبده (بروجردی)، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۹. عدل، مصطفی (منصور السلطنه) (۱۳۳۱)، حقوق مدنی، چ ۵، تهران مؤسسه مطبوعاتی امیر کبیر.
۲۰. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹)، بحوث فی الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی (دوره عقود معین ۱)، چ ۶، تهران، شرکت انتشار.
۲۲. _____ (۱۳۷۱)، حقوق مدنی خانواده، چ ۳، تهران، شرکت انتشار، ج ۱.
۲۳. _____ (بی تا)، حاشیه المکاسب، چاپ سنگی.
۲۴. نوری، محمدعلی (۱۳۸۰)، عقود و تعهدات قراردادی... از قانون مدنی فرانسه، تهران، کتابخانه گنج دانش.

25. H.G.Beale,(1999)(general editor), Chitty contracts,London, Sweet and Maxwell, 28 ed., Vol.1.

on



تهاتر در فقه امامیه، حقوق ایران و تجارت بین الملل

مجید سربازیان^۱

سیده فاطمه زبرجد^۲

چکیده

تهاتر از نهادهای مؤثر در جلوگیری از اطاله فرایند پرداخت‌های متقابل است. وقتی دو شخص، مبلغی پول یا اجرای تعهدی از یک نوع را به هم مدیون هستند، می‌توانند آن‌ها را در مقابل هم تهاتر کنند. برای وقوع تهاتر در حقوق تجارت بین‌الملل، مدیون بودن طرفین در مقابل یکدیگر، یک نوع بودن، قابل اجرا بودن، قطعیت و رسیدن موعد تعهد، لازم است. انواع تهاتر در حقوق تجارت بین‌الملل به اعتبار شیوه اجرا عبارت است از: تهاتر یکطرفه، تهاتر رویه‌ای و تهاتر قراردادی و به اعتبار منشأ تعهدات، عبارت است از: قراردادی و مستقل. در حقوق ایران تهاتر قانونی، قراردادی و قضایی مشاهده می‌شود. در فقه امامیه بیش‌تر از واژه تقاص استفاده شده و تقاص قهری را تهاتر می‌نامند. شرایط و آثار تهاتر در این سه نظام شباهت‌های بسیاری با هم دارند؛ گرچه تفاوت‌هایی نیز میان آن‌ها به‌ویژه در شیوه اجرا و آثار آن وجود دارد.

واژگان کلیدی: تهاتر، تقاص، تهاتر یکطرفه، تهاتر قراردادی، تهاتر رویه‌ای یا قضایی

۱ - استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول)

رایانامه: sarbazian20@gmail.com

۲ - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز





مقدمه

تهاتر در حقوق تجارت بین الملل از تشریفات غیر ضروری پرداخت بدهی‌های متقابل دو طرف به یکدیگر جلوگیری کرده، وسیله‌ای برای اجرای تعهدات متقابل دیان در مقابل یکدیگر تلقی می‌شود. با عنایت به اهمیت تهاتر در روابط تجاری بین المللی و نقش تسهیل کننده این راهکار حقوقی در سقوط تعهدات متقابل اشخاص در حقوق تجارت بین الملل، مقررات آن در سطح بین المللی مورد توجه قرار گرفته و در اصول قراردادهای تجاری بین المللی^۱ و به طور محدودتر در اصول قراردادهای اروپایی^۲ گنجانده شده است. استفاده فزاینده از تهاتر در روابط تجاری بین المللی به طور عام و در داوری تجاری بین المللی به طور خاص (Berger, 2005: 111) ضرورت وجود یک قانون یکنواخت بین المللی را در این رابطه ایجاب می‌کند.

اهمیت و نقش مؤثر تهاتر در تنظیم روابط تجاری بین المللی باعث شده تا نویسندگان در اصول قراردادهای تجاری بین المللی، فصل هشتم از این اعلامیه را به تهاتر اختصاص داده، در پنج ماده به تفصیل شرایط، آثار و نحوه اجرای آن را بیان کنند. مقررات تهاتر در اسناد معتبر بین المللی دیگری هم لحاظ شده است، کما این که اصول قراردادهای اروپایی و کنوانسیون سازمان ملل در خصوص واگذاری مطالبات در تجارت بین الملل مصوب ۲۰۰۴، بسته به مورد قواعد آن را بیان کرده‌اند. در این مقاله سعی شده است با عنایت به نقش مؤثر تهاتر در حقوق تجارت بین الملل، ابعاد این راهکار حقوقی به طور دقیق تبیین و مقررات آن با مقررات حقوق ایران و موازین فقه امامیه تطبیق داده شود.

۱. مفهوم تهاتر و اقسام آن

در این قسمت، به مفهوم تهاتر در حقوق ایران، فقه امامیه، تجارت بین الملل و تمایز آن از مصادیق مشابه پرداخته، سپس انواع تهاتر توضیح داده شده است.



1- Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010.

2- Principles of European Contract Law, 2000.



۱-۱. مفهوم تهاتر

برای بیان ابعاد مفهومی تهاتر، لازم است ابتدا مفهوم آن در فقه و سپس مفهوم حقوقی آن توضیح داده شود.

۱-۱-۱ در فقه

تهاتر مصدر باب تفاعل و از ریشه «هت.ر» است و در لغت به معنای تبادل کالا، پایاپای، همدیگر را تکذیب کردن و مساوات و برابر شدن است (مرتضی زبیدی، ۱۴۰۳: ۱۱۱؛ معین، ۱۳۵۰: ۲۲۲؛ دهخدا، ۱۳۶۶: ۱۱۱؛ انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ۷۴۵).

از عنوان تهاتر در باب‌های مختلف فقهی نظیر رهن، ضمان، نکاح، تجارت و مساقات سخن به میان آمده است و برخی از فقها تهاتر دو دین با تحقق شروط آن را امری مسلم دانسته‌اند. به نظر این گروه از فقهای امامیه، شرط صحت تهاتر این است که آنچه در ذمه‌ها است در جنس و وصف متحد باشند و با اختلاف در هر دو یا یکی، حتی در مؤجل و حال بودن، ولو به اختلاف مدت، تهاتر صورت نمی‌گیرد، ضمن این که تهاتر در مثلیات جریان دارد و نه در قیمیات (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۸۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۵۳؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۵۷؛ یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۳).

البته تهاتر در فقه امامیه بیش تر تحت عنوان «تقاص» یا «مقاصه» مطرح شده است. در تعریف تقاص گفته شده است که تقاص، تصاحب مال دیگری بدون اذن وی در ازای مال خود است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۵۶۸). تقاص ممکن است دو طرفه یا یکطرفه باشد. تقاص دو طرفه در مورد وجود دو طلب از دو طلبکار است و به عبارت دیگر، در تقاص دو طرفه، ایفای دو دین به طور متقابل صورت می‌پذیرد که در صورت وجود شرایط به آن تهاتر می‌گویند (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۵۲). تقاص مصطلح در موردی جایز است که انسان از دیگری طلبی داشته باشد و طرف مقابل با وجود اعتراف به بدهی خود از ادای آن امتناع ورزد یا به کل منکر باشد و نتواند عین مال خود را بدون فتنه بردارد یا این که طلب، دین باشد. بنابراین، اگر بدهکار اعتراف به بدهی داشته و در صدد پرداخت باشد یا این که اگر به کل منکر است یا قبول دارد و از پرداخت طفره می‌رود، طلب عینی است که قادر به برداشتن آن بدون خوف فتنه است، مقاصه جایز نیست (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۵۳). مشهور فقها معتقدند که اقدام به تقاص منوط به اذن حاکم نیست، حتی اگر قاضی در دسترس و بینة هم موجود باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۰).





در تفاوت تقاص با تهاتر ذکر این نکته ضروری است که تقاص، امری اختیاری است و بنابراین، از افعال قصدی به شمار می آید؛ در حالی که تهاتر از احکام شرعی است و نیازی به قصد ندارد. چنانچه در بسیاری موارد، فقها از واژه تقاص قهری به جای تهاتر استفاده کرده اند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۲۵؛ رشتی، بی تا: ۲۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۲) برخی نیز از آن به تهاتر عقلی یاد کرده اند و این طور عنوان داشته اند که نمی شود کسی نسبت به یک کلی مدیون باشد و نسبت به همان کلی و همان طلبکار، مستحق باشد و این محال عقلی است (رشتی، بی تا: ۲۳). البته برخی دیگر در این کلام خدشه کرده و گفته اند مبنای تهاتر اگر قهری بودن و عقلانی بودن باشد باید بتوان همین معیار را در عینیت هم اعمال کرد و هیچ کس این را قبول نکرده و اگر مبنا روایات باشد روایات ضعیف است و دلالتی ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴: ۴۲۲). عده ای دیگر در مخالفت گفته اند که چون برای هر طلبی، حق مطالبه وجود دارد و اشتغال ذمه یقینی، برائت ذمه یقینی می خواهد، لذا تساقط منتفی است. در هر حال نظر مشهور فقها این است که تهاتر صورت می پذیرد، گر چه در مبنا و شرایط اعمال آن اختلاف نظر وجود دارد.

۱-۲-۱ در حقوق ایران

تهاتر در اصطلاح حقوق ایران عبارت است از تساقط دو دین یا دو مجموع دیونی که دو شخص در برابر یکدیگر به عهده دارند تا میزان کم ترین آن دو (شهیدی، ۱۷۱: ۱۳۸۱). ماده ۲۹۴ ق.م. در این زمینه مقرر می دارد: «وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند، بین دیون آن ها به یکدیگر به طریقی که در موارد ذیل مقرر است تهاتر حاصل می شود». در تعریف تهاتر برخی گفته اند: «تهاتر یکی از اسباب سقوط تعهدات است (ماده ۲۶۴ ق.م) که به موجب آن دو تعهد متقابل که طرفین آن فرق نمی کنند و موضوع آن تعهدات، وجه نقد یا اشیای مثلی (مانند گندم) و همجنس است، به مقدار مساوی با یکدیگر به موجب قرارداد (تهاتر قراردادی) یا قانون (تهاتر قانونی) یا حکم دادگاه (تهاتر قضایی) ساقط می شوند (ماده ۲۹۵ ق.م)» (لنگرودی، ۱۳۸۴: ۱۸۲). در این تعریف، علاوه بر بیان ماهیت تهاتر که تساقط دو دین متقابل است، به بیان شرایط و انواع آن نیز پرداخته شده است. در این باره همچنین آورده اند که: «تهاتر عبارت است از تساقط دو دین بین دو کس که از سنخ ایفای تعهدات است؛ خواه قانونی باشد، خواه قراردادی و یا قضایی و اهم اقسام تهاتر، تهاتر قانونی است» (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۲۳).





البته تعاریف دیگری هم وجود دارند که کم و بیش بیان کننده یک مفهوم هستند، هرچند در تعابیر اتخاذ شده تفاوت‌هایی وجود دارد.^۱ لذا می‌توان نتیجه گرفت که به طور کلی تهاتر در حقوق ایران، یکی از اسباب سقوط تعهداتی از یک نوع است که موجب تساقط دو دین متقابل می‌شود و به تصریح ماده ۲۶۴ ق.م. مشروع و قانونی قلمداد شده است.

برای تبیین دقیق مفهوم اصطلاحی تهاتر لازم است این نهاد حقوقی با دعوای متقابل که به نوعی می‌تواند به تهاتر قضایی شبیه باشد مقایسه شده، وجوه شباهت و افتراق این دو نهاد حقوقی به صورت مجزا بیان شود. تهاتر طبق ماده ۲۹۴ ق.م. یکی از اسباب سقوط تعهدات است و براساس مواد ۱۸، ۱۷ و ۱۴۲ ق.آ.د.م. از طرق دفاعی دانسته شده است. ولی از تعریف دعوای متقابل استنباط می‌شود که دعوایی طاری است و علاوه بر جنبه دفاعی، واجد حالت تهاجمی بوده، می‌تواند حاوی مطالبه چیزی اضافه از خواهان دعوای اصلی نیز باشد. به علاوه، وقوع تهاتر در صورت اجتماع شرایط آن، قهری و بدون دخالت اراده طرفین صورت می‌گیرد؛ اما دعوای متقابل حتی در صورت اجتماع شرایط آن به اقدام قضایی نیاز دارد و محتاج تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی است (حسنی، ۱۳۸۹: ۱۸). برخی نویسندگان در دعوای تهاتر در صورتی که اصل و میزان طلب ادعایی خواننده از خواهان براساس اسناد غیر قابل انکار، مسلم یا مورد قبول وی نباشد، با اجتماع شرایط دعوای متقابل، از جمله وحدت منشأ یا ارتباط کامل دعوای خوانده با دعوای اصلی، خوانده را ناگزیر از طرح دعوای متقابل و تقدیم دادخواست می‌دانند (شمس، ۱۳۹۲: ۴۸۰-۴۶۷).

بنابراین، از حیث دادرسی و مسائل شکلی، طرح دعوای متقابل مستلزم تقدیم دادخواست است، در حالی که ادعای تهاتر، به عنوان یکی از طرق دفاعی خواننده، علی‌الاصول نیازی به دادخواست ندارد؛ مضافاً این که «اظهار دعوای تهاتر قهری به عنوان دفاع برخلاف دعوای متقابل، محدود به اولین جلسه رسیدگی نیست و در هر مرحله از دعوای بدوی باشد یا تجدیدنظر و حتی مرحله اجرای حکم قابل استناد است؛ در حالی که دعوای متقابل خاص مرحله بدوی و آن هم محدود به جلسه اول رسیدگی است» (حسنی، ۱۳۸۹: ۲۱).

۱- نویسنده دیگری در تعریف تهاتر بیان می‌دارد: «تهاتر هنگامی محقق می‌شود که دو نفر متقابلاً داین و مدیون باشند و به حکم قانون یا به موجب قرارداد یا به حکم دادگاه هر دو دین متقابلاً ساقط گردد» (صفایی، ۱۳۹۱: ۲۶۱) یا به بیان برخی دیگر: «تهاتر سقوط تعهد به سبب بدهکار بودن طرفین معامله به همدیگر است» (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ۷۴۵).





علیرغم تفاوت‌های مذکور، تهاتر و دعوای متقابل از حیث فایده با یکدیگر شباهت دارند؛ زیرا تهاتر تأدیه دین و ایفای تعهد است و مانع از پرداخت مکرر دیون و صرف وقت و هزینه ایفای تعهدات متقابل است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۷۲). در دعوای متقابل نیز بی‌نیازی خوانده از طرح دعوای مستقل موجب صرفه‌جویی در وقت است. همچنین خواهان دعوای متقابل مانند مدعی تهاتر با محکوم علیه معسر مواجه نمی‌گردد (صدرزاده افشار، ۱۳۷۲، ج ۳: ۳۷۷).

۱-۳-۱ در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

نویسندگان اصلاحیه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، فصل هشتم از این سند را به تهاتر اختصاص داده‌اند. ماده ۱-۸ از فصل هشتم ابتدا به تعریف تهاتر پرداخته، سپس شرایط آن را بیان می‌کند: «هنگامی که دو طرف یک قرارداد مبلغی پول یا اجرای تعهدی از یک نوع را به هم مدیون هستند، هریک از آن‌ها (طرف اول) می‌تواند تعهد خود را در مقابل تعهد ذینفع آن تعهد (طرف دیگر) تهاتر کند». فرهنگ حقوقی آکسفورد در بیان تعریف اصطلاح تهاتر^۱ می‌نویسد: «تهاتر یک مطالبه متقابل مالی و نیز نوعی دفاع در مقابل ادعایی است که توسط خواهان می‌شود. در دعوای مدرن، هر ادعایی که توسط خوانده به میزان مشخص یا نامشخص به‌عنوان دفاع مطرح می‌شود، می‌تواند با ادعای خواهان دعوا تهاتر شود». همچنین در فرهنگ حقوقی بلک، تهاتر عبارت است از مطالبه متقابل خوانده علیه خواهان، ناشی از معامله‌ای که ارتباطی به قرارداد مبنای مطالبه خواهان ندارد یا حق بدهکار نسبت به کاهش بدهی در مقابل میزان طلبی که از خواهان دارد (Alsop, 2010, P.2).

این عبارت بیانگر حقی است که تحت عنوان تهاتر دیون متقابل در حقوق تجارت بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است. «مطابق اصول، هرگاه دو طرف، براساس قرارداد یا علت دیگری که منشأ دعوا است به یکدیگر بدهکار باشند، هر کدام می‌تواند تعهد خود را در مقابل تعهد طرف دیگر تهاتر کند. با کاهش متقابل میزان دیون دو طرف در مقابل هم، به میزان تعهدی که مبلغ آن کم‌تر است، دو دین از بین می‌رود. تهاتر مانع لزوم اجرای جداگانه تعهد توسط هریک از طرفین می‌شود (Unidroit, 2010, p.331). بنابراین، از نظر اصول مذکور، تهاتر دو طرف دارد: متعهد که از او پرداخت مبلغی مطالبه می‌شود و به تهاتر استناد می‌کند «طرف اول» خوانده می‌شود، و ذینفع تعهد ابتدایی که حق تهاتر علیه او اجرا می‌شود (Unidroit, 2010, P.331). در اصول قراردادهای اروپایی هم بحث تهاتر مطرح شده و در دو ماده جداگانه شرایط تهاتر بیان شده است (ماده ۱۳:۱۰۲ و ۱۳:۱۰۱).





نویسندگان حقوقی هم در آثار خود در زمینه تجارت بین الملل، فصلی را تحت عنوان تهاتر مطرح ساخته، ابتدا به تعریف آن پرداخته و سپس مقررات آن را بیان کرده اند. یکی از این نویسندگان معتقد است: «اصطلاح تهاتر در محدوده تجاری از یک مفهوم وسیع و پر دامنه برخوردار است و گاه به غلط و بدون توجه به ماهیت حقوقی توافقی های طرفین، در مورد تمام انواع تجارت های متقابل به کار برده می شود» (اشمیتف، ۱۳۷۸: ۲۵۰). وی در ادامه در تعریف تهاتر بیان می دارد: «از نظر حقوقی تهاتر عبارت است از مبادله کالاها در قبال کالاها یا خدمات؛ مثل این که شکر کوبا در قبال پیچ صنعتی تولید شده در بریتانیا مبادله شود» (اشمیتف، ۱۳۷۸: ۲۵۰). به نظر می رسد این گونه تعریف از تهاتر با مفهوم لغوی آن سازگار است؛ زیرا همان طور که گذشت، تهاتر در لغت به معنای تبادل کالا است. روشن است که در این تعریف از تهاتر به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات یاد نشده، بلکه تهاتر مبادله کالا در قبال کالا یا خدمات نامیده شده است. بنابراین، در حقوق تجارت بین الملل با دو نوع تعریف و مفهوم از تهاتر مواجه هستیم: ۱) در اولین مفهوم، تهاتر به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات است، چنان که در اصول قراردادهای تجاری بین المللی بیان شد؛ ۲) در مفهوم دیگر به معنای مبادله کالا با کالا یا خدمات در نظر گرفته شده است.

۲-۱ اقسام تهاتر

در این قسمت به بیان انواع تهاتر پرداخته می شود. البته برخی از انواع تهاتر هم وجود دارد که چون خاص برخی کشورها است از بیان آنها صرف نظر می کنیم.

۱-۲-۱ در فقه و حقوق ایران

در فقه امامیه، باب خاصی به این عنوان اختصاص داده نشده و تهاتر را در اثنا بحث های دیگر باید جستجو کرد. در این خصوص، برخی به صراحت به دو نوع تهاتر قراردادی و تهاتر قهری اشاره کرده اند^۱ (حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۰). اما آنچه در میان فقها مشهور شده این است که چنانچه دو دین کلی، اما با هم متفاوت باشند، تقاص با شرایطی که گفته شد می تواند محقق گردد و تهاتر انجام نمی پذیرد. بنابراین، در فقه تهاتر تنها به حالتی اطلاق می شود که دو دین کلی و آن هم کاملاً یکسان وجود داشته باشد که در این صورت قهراً تساقط اتفاق می افتد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۶۴).

از منظر نویسندگان حقوقی، تهاتر غالباً به سه نوع قهری (قانونی)، اختیاری و قضایی تقسیم شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰۹۶؛ شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۱ و امامی، بی تا: ۳۴۷)؛ با این توضیح که به موجب ماده ۲۹۵ ق.م. تهاتر اصولاً قهری است و بدون این که طرفین در این موضوع تراضی کنند





حاصل می‌گردد. لذا توافق طرفین یا حکم قاضی فقط زمینه‌ساز وقوع تهاتر قهری است، نه این که اقسامی را در مقابل آن به وجود بیاورد. بنابراین، هر جا به طور مطلق به کار رود، مقصود همان تهاتر قهری است (حسینی، ۱۳۸۹: ۱۴). «قید» بدون این که طرفین در این موضوع تراضی کنند برای رد نظر فقیهانی است که وقوع تهاتر را منوط به تراضی دو طرف کرده‌اند. از تقابل قهری بودن با نفی لزوم تراضی این فکر نیز القا می‌شود که نویسندگان قانون مدنی، تهاتر قهری را در برابر اختیاری و قراردادی نهاده‌اند و مقصود این نبوده است که تهاتر به هر دو طرف تحمیل شود و نیاز به درخواست و استناد هیچ‌یک از دو طلبکار نداشته باشد (حسینی، ۱۳۸۹: ۱۶). ولی لحن بخش دوم ماده به گونه‌ای است که تهاتر خود به خودی و قانونی از آن به‌خوبی بر می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۴). از این رو برخی نویسندگان حقوقی در تعریف تهاتر می‌گویند: «تهاتر قهری است و از تاریخ ایجاد دو دین متقابل، به شرط درخواست یکی از دو طلبکار، به حکم قانون ایجاد می‌شود. اراده درخواست‌کننده عامل ایجاد تهاتر نیست و در ساختار درونی آن دخالت ندارد، بلکه عامل بیرونی و شرط متأخر است که به آنچه واقع شده اعتبار می‌بخشد. بدین ترتیب استناد به تهاتر نیز به حکم منطق، در زمره شرایط تهاتر قهری در می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۴). لذا می‌توان نتیجه گرفت در صورتی که این شرط متأخر ایجاد نشود، تهاتر علیرغم وقوع قهری در روابط بین طرفین نافذ نیست؛ چنان که به گفته برخی: «خودداری طلبکار از درخواست و استناد به تهاتر، مانع تحقق شرط متأخر سقوط دو تعهد می‌شود و لذا یکی از موارد شایع انصراف از تهاتر موردی است که مدیون با علم به این که معادل بدهی خود را از مطالبه‌کننده طلبکار است، آن را پردازد یا تعهد به پرداختن کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۴). بنابراین علیرغم وقوع قهری تهاتر، در صورتی که دو مدیون متقابل بخواهند جداگانه دین خویش را به دیگری تأدیه کنند، این امر مانع از تحقق شرط متأخر سقوط دو تعهد می‌شود و لذا این تهاتر نافذ نبوده، بی‌اثر است. چنان که به نظر می‌رسد در این حالت اگر مدیون پول را پرداخته باشد می‌تواند مسترد کند؛ زیرا طرفین از تهاتر انصراف داده‌اند و دیون متقابل آن‌ها همچنان باقی و لازم‌الوفاء است. در فقه امامیه نیز مشهور معتقدند که تهاتر زمانی امکانپذیر است که مدیون از پرداخت خودداری کند؛ یعنی این طور نیست که تهاتر به اجبار بر دو مدیون تحمیل شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۸۱).

در آثار نویسندگان حقوق مدنی از دو نوع تهاتر دیگر نیز نام برده شده است: نوع اول تهاتر قراردادی است که اراده طرفین سبب و موجد آن نیست و این تهاتر نیز به حکم قانون ایجاد می‌شود، متها طرفین با یکسان کردن وضعیت دو دین متقابل، شرط وقوع تهاتر را فراهم می‌سازند (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۲). در بیان سقوط دو دین در تهاتر قراردادی گفته شده که در صورت اختلاف





جنس دو دین، طرفین با توافق یکدیگر، مبادرت به تبدیل تعهد از طریق تبدیل موضوع تعهد می کنند و در نتیجه یکسان شدن جنس دو دین، تهاتر قهراً واقع می شود. همچنین در صورت اختلاف زمان تأدیه دو دین، طرفین می توانند با حذف مدت دین مؤجل و یا یکسان کردن مدت هر دو دین، شرایط وقوع تهاتر قهری را فراهم سازند. در صورت اختلاف مکان تأدیه دو دین هم می توان از طریق پرداخت هزینه حمل و تغییر محل پرداخت دین به محل واحد، زمینه تهاتر قهری را فراهم ساخت (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۳). در مقابل این نظر که تهاتر قراردادی را فی الواقع تهاتری قهری می داند که طرفین از طریق توافق تنها زمینه ایجاد آن را فراهم کرده اند، عده ای دیگر معتقدند: «تهاتر قراردادی ناشی از توافق دو ذینفع است و این در موقعی است که شرایط تهاتر قهری (م ۲۹۶ ق.م) حاصل نشده باشد و حکم دادگاه بر تهاتر صادر نشده باشد» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۳). لذا طبق این تعریف منشأ تهاتر قراردادی توافق و تراضی طرفین است، نه تهاتر قانونی. برخی نیز مبنای امکان تراضی بر تساقط دیونی را که از حیث زمان یا مکان تأدیه متفاوت هستند، اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده و تصریح ماده ۲۹۸ ق.م. دانسته اند (صفایی، ۱۳۹۱: ۲۶۸).

نوع دوم تهاتر، تهاتر قضایی است. «این نوع تهاتر در موردی است که دادگاه در معرض دو درخواست متقابل واقع شود (راجع به دو دین) که یکی از دو دین مورد انکار باشد. دادگاه پس از رسیدگی و احراز مقدار آن دین، حکم به تهاتر به مقدار مساوی از دو طرف می کند» (لنگرودی، ۱۳۸۴: ۱۸۲). به بیان برخی دیگر «تهاتر قضایی تهاتری است که حصول آن با رأی قضایی اثبات می گردد» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۵). نوع دیگری از تهاتر نیز مطرح شده که تهاتر ایقاعی^۱ نامیده می شود. «تهاتر ایقاعی عبارت است از تساقط دیون دو شخص که متقابلاً مدیون هستند به اراده یکی از ایشان» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۴). تهاتر ایقاعی تنها وقتی واقع می شود که «یکی از دو مدیون، دو یا چند دین با وثیقه های متفاوت داشته باشد و مجموع آن دیون از دینی که مدیون دیگر به او دارد بیش تر باشد. در این صورت تهاتر به اراده مدیونی که دیون متعدد دارد واقع می شود؛ چون حکم به سقوط قهری هریک از دو دین با دین طرف دیگر ترجیح بلامرجح خواهد بود» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۴).

۲-۲-۱ در حقوق تجارت بین الملل

به طور کلی در حقوق تجارت بین الملل تهاتر را از دو حیث می توان تقسیم کرد:





۱-۲-۲-۱ تقسیم تهاتر از حیث منشأ تعهدات

تهاتر از حیث منشأ تعهداتی که متقابلاً ساقط می‌شوند به دو دسته تقسیم می‌شود: تهاتر قراردادی^۱ (ناشی از یک معامله) که معمولاً برای اجرای تعهدات به وجود آمده از یک معامله به کار برده می‌شود و تهاتر مستقل^۲ که برای اجرای تعهدات ناشی از معاملات متفاوت به کار برده می‌شود (Rodner, 2011, P. 1).

۱-۲-۲-۲ تقسیم بندی تهاتر از حیث شیوه اجرا

۱. تهاتر یکطرفه^۳ (که تهاتر خودکار^۴ یا قانونی^۵ هم نامیده شده است): تهاتر یکطرفه که در کشورهای دارای حقوق موضوعه (رومی-ژرمنی) و اکنون در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی امکان‌پذیر است تهاتری است که با ارسال یک خطاریه از طرف تهاترکننده به طرف دیگر واقع می‌شود. این نوع تهاتر که با خواست یکی از طرفین و بدون رضایت طرف دیگر انجام می‌شود، در بعضی قوانین موضوعه، تهاتر خودکار نامیده می‌شود؛ اما این یک نامگذاری اشتباه است، زیرا این نوع تهاتر، خودکار نیست و نیازمند اعلام تمایل طرفی است که در پی سقوط تعهداتش در مقابل طرف دیگر است (Rodner, 2011, P. 3).

۲. تهاتر تشریفاتی^۶: تهاتر تشریفاتی نیازمند آن است که دعوا اقامه شده باشد. این نوع تهاتر بر دو قسم است:

- الف) تهاتر تشریفاتی ساده^۷ (تهاتر ماهوی^۸): تنها یک تهاتر یکطرفه است، اما در آن به جای ارسال خطاریه تهاتر، از تهاتر به عنوان نوعی دفاع ماهوی استفاده می‌شود.
- ب) تهاتر در قالب یک دعوای متقابل^۹ (تهاتر قضایی^{۱۰}): نتیجه قضاوت نهایی دادگاه یا دیوان داوری در مورد ادعای تهاتر است.

1- Transaction set off

2- independent set off

3- unilateral set off

4- automatic set off

5- legal set off

6- procedural set off

۷- simple procedural set off

۸- substantive set off

۹- set off in the form of a counter claim

۱۰- judicial set off



۳. تهاتر قراردادی^۱ (ناشی از توافق): تهاتر همواره می‌تواند در اثر توافق بین طرفین اختلاف واقع شود که در اکثر نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. اگر شرایط تهاتر از جمله نقدینگی و لزوم حال بودن تعهدات محقق نشوند، طرفین می‌توانند با توافق به آثار تهاتر دست یابند. طرفین به طور مشابهی می‌توانند توافق کنند که تعهدات متقابل آن‌ها به طور قهری و در یک تاریخ مشخص یا در طی مدت زمانی معین تهاتر شوند. این توافقنامه می‌تواند دوسویه^۲ و چندطرفه^۳ یا به صورت شبکه‌ای از تعهدات^۴ باشد.

نوع دیگری از تهاتر که در حقوق تجارت بین‌الملل و برخلاف حقوق ایران پذیرفته شده، تهاتر ارزی^۵ است. این نوع تهاتر در حقوق ایران به علت یکسان نبودن جنس دو دین قابل پذیرش نیست. اما تهاتر ارزی به صراحت در ماده ۲-۸ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مجاز دانسته شده است. طبق این ماده «هنگامی که قرار است طرفین مبالغی را به ارزهای مختلف پرداخت کنند، حق تهاتر می‌تواند اعمال شود؛ به این شرط که هر دو ارز به طور آزادانه قابل تسعیر (نرخ گذاری) باشد و طرفین توافق نکرده باشند که طرف اول باید فقط به ارز مشخصی مبلغ تعهد خود را پرداخت کند». پس لزوم امکان تسعیر آزادانه و عدم توافق در خصوص لزوم پرداخت مبلغ تعهد به ارز مشخص، دو شرطی است که در این ماده برای جواز تهاتر ارزی پیش‌بینی شده است.

«علاوه بر این، در اصول قراردادهای اروپایی هم تهاتر ارزی واقع می‌شود، اما برای امکان اجرای آن لازم نیست که ارزها به راحتی و بدون هزینه قابل تسعیر باشند. این بدان علت است که اصول قراردادهای اروپایی مرتبط با حقوق قراردادهای اروپا است و در این قاره پول واحد (یورو) حاکم است و ارزهای دیگر به راحتی و بدون هزینه، قابل تسعیر هستند؛ در حالی که اصول قراردادهای بین‌المللی بیان دوباره حقوق بین‌المللی قراردادهای است و بدین نکته توجه دارد که در سطح بین‌المللی ارزیابی یافت می‌شوند که به راحتی و بدون هزینه قابل تسعیر و نرخ گذاری نیستند» (Pavice, 2005, (P.105).

۱- contractual set off

۲- bilateral

۳- multi-party

۴- netting agreements

۵- foreign currency set off



۴. شرایط تهاتر

در این قسمت، شرایط تهاتر را ابتدا در حقوق ایران و سپس در حقوق تجارت بین الملل مورد مطالعه قرار می دهیم.

۳-۱ در حقوق ایران

در حقوق ایران با الهام از قانون مدنی، هشت شرط برای تهاتر مطرح گشته است که به طور خلاصه عبارتند از: مدیون و طلبکار بودن همزمان دو شخص نسبت به یکدیگر، کلی بودن دو دین، یکسان بودن جنس دیون، همزمان بودن، مکان یکسان برای تأدیه، آزاد بودن دو دین یا عدم وجود مانع در پرداخت دو دین، قابل استماع بودن، و بالاخره تقابل دو دین، بدین معنا که یکی از دو طرف تهاتر مردد بین دو یا چند دین نباشد. در غیر این صورت، تهاتر نسبت به هر دو مدیون قهری نخواهد بود و برای حصول آن اراده مدیونی که چندین دین دارد و تعیین دینی که مقابل دین مدیون دیگر باید قرار گیرد لازم است (تهاتر ایقاعی) (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۷۹-۱۷۳). برخی نویسندگان حقوقی بر این شروط هشتگانه شرطهایی را افزوده‌اند. برای مثال یکی دیگر از شرایط تهاتر قانونی را متعدد بودن منشأ دو دین می‌دانند. پس دو دینی که از یک عقد معوض نشأت می‌گیرند قابل تهاتر نیستند (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۲۴). البته به نظر می‌رسد منظور ایشان این است که بین عوض و معوض این گونه عقود تهاتر صورت نمی‌گیرد و الا در این که تهاتر می‌تواند بین تعهدات ناشی از یک قرارداد یا دو قرارداد متفاوت صورت بگیرد، تردیدی نیست. برای مثال می‌توان بین تعهد به پرداخت اجرت و خسارت تأخیر در انجام تعهد اجیر، در صورت اجتماع شرایط دیگر، تهاتر را جاری دانست. این گروه از حقوقدانان معتقدند: «هر دو دین باید دارای ضمانت اجرا باشد و از جمله مستثنیات دین نباشد (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۲۵-۲۲۴).

برخی در مقام بیان شرایط تهاتر معتقدند که دو دین باید محقق و ثابت باشد، اما این شرط مورد پذیرش عده‌ای دیگر قرار نگرفته، زیرا به عقیده آنها، محقق بودن دو دین، برخلاف حقوق ایران، از شرایط تهاتر در حقوق فرانسه است. همچنین بیان می‌دارند: «طبق مقررات حقوقی ایران، محقق بودن در مرحله اثبات وقوع تهاتر لازم است، نه در مرحله ثبوت. بدین جهت بین دو دینی که در واقع موجود است تهاتر حاصل می‌شود، هرچند که وجود یک یا هر دو دین پیش از رسیدگی قضایی، مشکوک و غیر مسلم باشد (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۰-۱۷۹).

۳-۲ در حقوق تجارت بین الملل

از آنجا که اصول قراردادهای تجاری بین المللی یکی از مهم‌ترین اسناد حقوق تجارت بین الملل است، شرایط تهاتر را با امعان نظر به این اصول بیان می‌داریم:





ماده ۸-۱ از فصل هشتم این سند، پس از تعریف تهاتر به بیان شرایط آن می‌پردازد که این شرایط به نحو اختصار عبارتند از:

۱. تعهدات متقابل دو طرف (مدیون بودن در مقابل یکدیگر): اصولاً شرط تقابل مطالبات در همه نظام‌های حقوقی وجود دارد (Sweigar, 2010, P.2). این موضوع به مبانی حسن‌نیت در دفاع تهاتری برمی‌گردد که هدف از آن، تسهیل اجرای تعهدات در مواردی است که دو طرف تعهد متقابلاً نسبت به یکدیگر، طلبکار و بدهکارند. در این خصوص لازم است:

الف) هر طرف در مقابل طرف دیگر به طور همزمان باید متعهد و ذینفع تعهد باشد.

ب) متعهد و ذینفع تعهد بودن یک طرف باید در سمت واحدی برای آن طرف محقق شود. ماده ۸-۱ اصول مذکور، صراحتاً بیان می‌دارد که طرفین باید طلبکار و بدهکار با صلاحیت یا سمت یکسان^۱ باشند. بنابراین، اگر یکی از طرفین، طلبکار طرف دیگر از باب امین بودن باشد، تهاتر صورت نمی‌پذیرد. برای مثال، شرکت «الف» بابت فروش ماشین‌آلات، ششصد هزارین ژاپن طلبکار شرکت «ب» است. شرکت «ب» به مناسبت فعالیت تجاری با «ج» که یکی از شرکت‌های فرعی «الف» است، پانصد هزارین ژاپن طلبکار است. شرکت «ب» نمی‌تواند در مقابل شرکت «الف» ادعای تهاتر کند، ولو این که کلیه سهام شرکت «ج» برای «الف» باشد؛ زیرا شرکت «ج» یک شخصیت حقوقی مستقل است (Unidroit, 2010, P.288).

قاعده تقابل تعهدات، همسو با بند ۲ ماده ۱۸ کنوانسیون سازمان ملل در خصوص واگذاری مطالبات در تجارت بین‌الملل است. به محض اطلاع از واگذاری مطالبات، متعهد می‌داند که دیگر نمی‌تواند از حق تهاتر، به دلیل فقدان شرط تقابل بهره‌مند شود. اصول قراردادهای اروپایی هم، مشابه این قاعده را در پاراگراف‌های «الف» و «ب» از بند ۲ ماده ۳۰۷-۱۱ گنجانده است؛ اما حمایت از بدهکار را توسعه داده است، به این صورت که به بدهکار اجازه می‌دهد علیه منتقل‌آلیه اعلام تهاتر کند، به شرط این که مطالبه وی کاملاً مرتبط با مطالبه واگذار شده باشد. به عبارت دیگر، براساس اصول قراردادهای اروپایی، حقوق تهاتری ناشی از قرارداد اصلی یا یک قرارداد مرتبط را می‌توان علیه واگذارشونده مطرح کرد؛ حتی در صورتی که حقوق مذکور بعد از اطلاعیه واگذاری در اختیار متعهد قرار گرفته باشد. بند ۱ ماده ۱۹ کنوانسیون مذکور، بیان می‌دارد که متعهد می‌تواند با واگذارنده توافق کند که حق تهاتری علیه واگذارشونده مطرح نکند. در این صورت، متعهد از حمایت مقرر به





موجب اصول حاکم بر واگذاری و تهاتر صرف نظر می‌کند؛ زیرا آزادی اشخاص، رکن اساسی اصول قراردادهای اروپایی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی است.

۲. یک نوع بودن تعهدات: این شرط نیز که مطالبات دو طرف باید در لحظه‌ای که تهاتر انجام می‌گیرد، مشابه باشد، به اصل حسن نیت برمی‌گردد. تسهیل اجرای تعهدات، از طریق جلوگیری از تبادل غیر ضروری تعهدات بین اطراف تعهد، تنها در صورتی معنا پیدا می‌کند که ماهیت تعهدات یکسان باشد و تهاتر بتواند با یک معیار عرفی استاندارد صورت پذیرد. به همین دلیل، این شرط در اکثر نظام‌های حقوق وجود دارد.

تهاتر میان مطالبات پولی، در تجارت بین‌الملل معمول است و معمولاً به‌سادگی انجام می‌پذیرد؛ مگر در مورد بدهی‌های پول رایج که در ماده ۸،۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مورد بررسی قرار گرفته است. البته تهاتر در برخی کشورها نظیر انگلیس، به دلیل ماهیت اجرای خود قرارداد در حقوق این کشور صرفاً در مورد تعهدات پولی پذیرفته می‌شود (Berger, 2005, P.3).

۳-۳ طرف اول باید حق اجرای تعهدش را داشته باشد

الف) تعهد طرف مقابل باید قطعی شده باشد. در این خصوص لازم است تعهد طرف دیگر، اولاً محقق شده باشد و ثانیاً میزان آن معلوم باشد. ادعای تحقق تعهد طرف مقابل را زمانی می‌توان قطعی تلقی کرد که مبتنی بر قرارداد معتبر و منجز یا قطعی و نهایی باشد.

ب) تعهد طرف اول باید حال باشد. به عبارت دیگر، موعد اجرای تعهد رسیده باشد. ماده ۸-۱ پس از بیان شرایط تهاتر، در بند ۲ استثنایی را در نظر می‌گیرد که بر مبنای آن، هرگاه تعهدهای دو طرف ناشی از قرارداد واحدی باشد، طرف اول مجاز است که تعهد خود را در مقابل تعهد طرف دیگر تهاتر کند؛ حتی هنگامی که تعهد طرف دیگر از جهت تحقق یافتن تعهد و میزان آن قطعی نباشد. بنابراین، در خصوص تعهدات متقابل ناشی از قرارداد واحد، شرایط وقوع تهاتر را سهل‌تر کرده است.

شرایط مذکور، علاوه بر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، در اصول قرار دادهای اروپایی هم مطرح گشته است؛ با این تفاوت که:

۱. در اصول اروپایی شرایط تهاتر در دو ماده جداگانه بیان شده (ماده ۱۳:۱۰۱ و ۱۳:۱۰۲)، اما در

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در یک ماده مطرح گشته است (ماده ۸-۱).

۲. در اصول اروپایی نیز مانند اصول تجاری بین‌المللی، لازم است تعهدات طرف دیگر از لحاظ وجود و میزان، قطعی شده باشد. البته اصول اروپایی استثنایی در این خصوص قائل شده و آن این است





که اگر وجود و میزان تعهد قطعی نباشد، اما تهاتر به منافع طرف مقابل لطمه وارد نکند، تهاتر بلامانع خواهد بود و در ماده ۱۰۲:۱۳ به این موضوع اشاره شده که اگر مطالبات دو طرف ناشی از رابطه حقوقی واحد باشد، فرض بر این است که تهاتر به منافع طرف مقابل لطمه‌ای وارد نمی‌کند.

۳. اصول یونیدروا، تعهد را از دیدگاه متعهد توصیف و از تعهدات طرفین^۱ صحبت می‌کند؛ اما اصول اروپایی از منظر متعهدله به تهاتر نگریسته، لفظ ادعا (مطالبات)^۲ را به کار می‌برد (Berger, 2005, P.5). لذا در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهاتر وسیله سقوط تعهدات متقابل طرفین دانسته شده، در حالی که در اصول اروپایی، از تهاتر به عنوان وسیله سقوط مطالبات متقابل دیان نام برده شده است.

۴. اجرای تهاتر

با توجه به وجود تفاوتهایی در نحوه اجرای تهاتر در نظامهای مختلف حقوقی، در این قسمت شیوه اجرای تهاتر در این نظامها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۴-۱ نحوه اجرای تهاتر در حقوق ایران

همان‌طور که گفته شد در نظام حقوقی ایران اصولاً تهاتر قهری است و برای اعمال آن نیازی به اعمال اراده یکطرفه متعهد نیست و خود به خود و حتی بدون اطلاع طرفین ممکن است اتفاق بیفتد. اما درخصوص این که دعوای تهاتر در حقوق ایران به چه نحوی مطرح می‌شود، باید گفت که «دعوای تهاتر را نمی‌توان نسبت به دعوای اصلی، دعوایی مستقل دانست، بلکه ماهیتاً نوعی دفاع در مقابل دعوای اصلی است و لذا به تصریح ماده ۱۴۲ ق.آ.د.م. نیازی به تقدیم دادخواست به صورت مستقل ندارد (شهیدی، ۱۳۸۱:۱۸۶). درخصوص امکان طرح دعوای تهاتر به صورت دعوای متقابل، یکی از نویسندگان می‌گوید: «چنانچه اصل و میزان طلب ادعایی خوانده از خواهان براساس اسناد غیر قابل انکار، مسلم یا مورد قبول وی بوده، سایر شرایط نیز به همین ترتیب محرز باشد، تنها در این صورت صرف اظهار تهاتر توسط خوانده در مقام دفاع کافی است و دادگاه ملزم به لحاظ آن در حکم است؛ اما در غیر این صورت با اجتماع شرایط از جمله وحدت منشأ یا ارتباط کامل دعوای خوانده با دعوای اصلی، وی راهی جز اقامه دعوای متقابل ندارد و از این رو مستلزم تقدیم دادخواست است» (شمس، ۱۳۹۲: ۴۷۰-۴۶۹).





لذا طبق مقررات مطرح شده در باب تهاتر در قانون مدنی ایران و با امعان نظر به قهری بودن تهاتر، ساز و کاری برای ارسال اختاریه و اعمال یکطرفه تهاتر در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است، مگر در مورد تهاتر ایقاعی که آن هم از دیدگاه اکثر نویسندگان حقوقی مغفول مانده است. لذا با توجه به قهری بودن تهاتر، اگر حکمی هم از جانب دادگاه صادر شود، کاشف از وقوع تهاتر از زمان حصول شرایط است و جنبه اعلامی دارد، نه تأسیسی.

۴-۲ نحوه اجرای تهاتر در سایر کشورهای دارای حقوق موضوعه (به‌ویژه فرانسه و آلمان)

در این نظام، تهاتر یک دفاع ماهوی است که می‌تواند قبل و بعد از این که فرایند دادرسی آغاز گردد به کار گرفته شود. پس لازم نیست به صورت دفاع در مقابل دعوای اول مطرح شود. در این نظام (به‌ویژه در کشورهای فرانسه و آلمان) تهاتر عطف به زمانی می‌شود که شرایط برای وقوع تهاتر مستقل فراهم بوده است (Rodner, 2011, P.20). تهاتر در کشورهای دارای حقوق موضوعه می‌تواند از طریق یک اختاریه ساده اعلام یا به‌عنوان یک دفاع در جریان دادرسی به کار برده شود. در صورت ارسال اختاریه، تهاتر خود به خود در زمان وصول اختاریه به طرف دیگر واقع می‌شود. علیرغم شباهت‌های فوق‌الذکر، تفاوت‌هایی هم بین دو سیستم فرانسه و آلمان وجود دارد. براساس تفسیر کلاسیک از قانون مدنی فرانسه، تصور بر این است که تهاتر زمانی که شرایط ایجادش فراهم شود، صرف‌نظر از این که یک نفر تقاضای تهاتر کرده باشد یا نکرده باشد، خود به خود واقع می‌شود؛ اما براساس قانون مدنی آلمان تهاتر تنها در صورتی واقع می‌شود که یک طرف با ارسال اختاریه به طرف دیگر، به صورت آشکار ادعای تهاتر را مطرح سازد. لازم به ذکر است که این تفاوت هم در حال حاضر کمرنگ شده است، زیرا دکترین معاصر فرانسه معتقد است که تهاتر در حقیقت به صورت خودکار واقع نمی‌شود و لذا در کشورهای دارای حقوق موضوعه (هر دو سیستم آلمان و فرانسه به طور خاص) تهاتر تحت قواعد یکسانی عمل می‌کند و می‌تواند به صورت یکطرفه یا یک اختاریه ساده یا به صورت دفاع تهاتر در یک فرایند دادرسی ادعا شود. در اکثر این کشورها اثر تهاتر عطف به ماسبق می‌شود، یعنی اثر تهاتر به زمانی بر می‌گردد که شرایط آن فراهم بوده است (Rodner, 2011, P.8).

۴-۳ نحوه اجرای تهاتر در کشورهای کامن‌لا

در نظام حقوقی عرفی، تهاتر معمولاً به صورت دفاع در مقابل ادعا به کار می‌رود و تنها زمانی مؤثر است که رأی یا حکم نهایی صادر شود. به عبارت دیگر، تهاتر باید به‌عنوان یک دفاع رویه‌ای از طرف متهم یا خواننده اظهار شود و نمی‌تواند در قالب یک اختاریه ساده اظهار شود. در این نظام، تهاتر





خود کار نیز همانند آنچه در کشورهای دارای حقوق موضوعه وجود دارد یافت نمی‌شود و تهاتر صورت گرفته عطف به ماسبق نمی‌گردد. لذا دفاع تهاتر تا زمانی که قضاوت نهایی صورت نگرفته و حکم و رأی نهایی صادر نشده باشد، هیچ‌گونه اثر ماهوی بر تعهد نخواهد داشت. البته گفته شده دفاع تهاتر در حقوق انگلستان تا حدی آثار ماهوی دارد؛ زیرا تأثیر تهاتر تا زمان صدور رأی قطعی به طور کامل به تعویق نمی‌افتد. در این سیستم برای ایجاد حق تهاتر، طرفی که مدعی تهاتر است باید زمینه‌های منصفانه‌اش را نشان بدهد. تهاتر منصفانه^۱ در نظام حقوقی انگلیس یک دفاع ماهوی است، نه شکلی و معادل آن در نظام حقوقی رومی-ژرمنی مشاهده نمی‌شود (European Financial Market Lawyers Group, 2004, P.25). در حقوق آمریکا به تبع نظام حقوق انگلیس، تهاتر به عنوان یک دفاع در فرایند دادرسی اقامه می‌گردد. تهاتر خارج از دادرسی حقوقی در مقابل دادگاه یا دیوان داوری، تنها با توافق بین طرفین ممکن است. در حقوق آمریکا، تهاتر ساده^۲ در قالب دفاع تهاتر، تنها برای بدهی‌هایی ممکن است که از یک قرارداد به وجود آمده است. البته در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا^۳، یک نوع تهاتر وجود دارد که می‌تواند با ارسال اخطاریه و خارج از دادرسی حقوقی کامل شود. بر اساس این قانون، خریدار با ارسال اخطاریه برای فروشنده می‌تواند تمام یا هر بخشی از خسارات را که ناشی از هر نوع نقض قرارداد است از هر بخشی از قیمت که قابل پرداخت است، تحت یک قرارداد یکسان، کسر کند (UCC, Section 2-717). برای داشتن حق کسر خسارت وارد شده، خریدار باید اخطاریه‌ای برای فروشنده صادر کند که حاکی از قصد وی برای تهاتر باشد (Official Comment 2-717, UCC). اخطاریه بر طبق این قانون نیاز به هیچ تشریفات ندارد.

۴-۴ نحوه اجرای تهاتر در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

مقررات تهاتر مندرج در این اصول، راه میانه‌ای را میان سیستم حقوق موضوعه و سیستم حقوق عرفی^۴ اتخاذ کرده است. براساس این اصول، تهاتر می‌تواند در فرایند دادرسی یا خارج از فرایند دادرسی ادعا شود. ماده ۳-۸ از فصل هشتم این مقررات بیان می‌دارد: «حق تهاتر کردن با ارسال اخطار برای طرف دیگر اعمال می‌شود». لذا این حق به طور قهری یا با اعلام دادگاه اجرا نمی‌گردد. «طرف اول باید طرف دیگر را از این مطلب آگاه کند که وی تعهد خود را با انجام تهاتر ساقط می‌کند. اخطار



۱- equitable set off

۲- recoupment

۳- uniform commercial Code

۴ common law system



به طرف دیگر نباید مشروط باشد. برای این که اخطار نافذ باشد باید آن را پس از تحقق تهاتر ارسال کرد. اخطار هنگامی نافذ می شود که توسط شخصی که اخطار برای او ارسال شده وصول شود» (Alsop, 2010, P.6). لذا برخلاف تصریح قانون مدنی ایران که تهاتر قهری را پذیرفته است، تهاتر براساس اصول قراردادهای تجاری بین المللی تنها با اعلام اراده یکی از طرفین (طرف اول) قابل اعمال است. «برای اجرای تهاتر لازم است طرفی که ادعای تهاتر می کند، اخطاریه ای که حاکی از قصد وی باشد برای طرف دیگر ارسال کند و اگر زمانی که اخطاریه ارسال می شود، شرایط تهاتر فراهم باشد، تهاتر زمانی اثر می کند که طرف دیگر اخطاریه تهاتر را دریافت کرده باشد (Rodner, 2011, 222).

درخصوص این که محتوای این اخطار چه باید باشد، ماده ۴-۸ اصول قراردادهای تجاری بین المللی دو نکته را متذکر می شود: «۱) اخطار باید تعهدهایی را که مرتبط با آن ها است مشخص کند؛ ۲) اگر اخطار تعهدی را که تهاتر نسبت به آن اعمال می شود مشخص نکند، طرف دیگر می تواند در یک مدت معقول و متعارف به طرف اول اعلام کند که تهاتر در ارتباط با کدام تعهد است. اگر چنین اعلامی انجام نشود، تهاتر نسبت به تمام تعهدات به نسبت تقسیم می گردد». این بدان معنا است که همه تعهدهای طرف دیگر با تهاتر متناسباً و تا میزان مبلغ تعهد طرف اول ساقط می شوند. اصول اروپایی در این خصوص راهکار متفاوتی را در نظر گرفته و بیان می دارد که اگر تعهداتی که قرار است با تهاتر ساقط شود در اعلامیه تهاتر توسط طرف اول مشخص نشود، تهاتر بی اثر است. در این صورت خطر ابهام و عدم وضوح تعهدات بر طرف اول که خواهان تهاتر است بار می شود (European Financial Market Lawyers Group, 2004, P.32).

اصول قراردادهای تجاری بین المللی در فرض تعهدات چندگانه طرف دیگر (برعکس فرض سابق که در مورد تعهدات چندگانه طرف اول بود) ساکت است؛ لکن اصول اروپایی در این زمینه بیان می - دارد که طرف اول در فرض تعهدات چندگانه طرف دیگر باید ابتدا مشخص کند که تهاتر نسبت به کدام یک از تعهدات صورت می گیرد. در صورت عدم تعیین تعهدات توسط طرف اول، طرف دیگر تعهدات مربوط را انتخاب می کند، به شرط این که تعهدات حال باشند و غیر قانونی و مورد تردید نباشند و در صورت عدم اعلام طرف دیگر، این تعهدات براساس شیوه ای که در بند ۳ ماده ۱۰۹: این قانون بیان شده است تهاتر می شوند (Alsop, 2010, P.10). بند ۳ ماده ۱۰۹: این قانون بیان می دارد: «تهاتر نسبت به تعهدی صورت می گیرد که یکی از معیارهای ذیل را به ترتیبی که بیان شده است تأمین

کند:

تعهدی که حال است یا اولین تعهدی که حال خواهد شد.



تعهدی که متعهدانه برای آن کم‌ترین میزان وثیقه را دارا باشد.
تعهدی که (پرداختش) برای متعهدانه دشوارتر از بقیه تعهدها است.
تعهدی که زودتر از بقیه ایجاد شده است.

در صورتی که هیچ کدام از معیارهای فوق محقق نشود، تهاتر بین تمامی تعهدات به نسبت تسهیم خواهد شد.

اثر تهاتر طبق اصول یونیدروا، برخلاف حقوق عرفی، زمان وصول اختاریه است، نه زمان صدور حکم. در فرایند داوری، تأثیر تهاتر در صورتی که اختاریه تهاتر قبل از آغاز داوری دریافت نشده باشد، زمانی است که تهاتر ادعا می‌شود. تهاتر تحت شمول مقررات این سند نیازمند تشریفات خاصی نیست و تنها با بیان رضایت طرف اول واقع خواهد شد. از آنجا که طبق اصول مذکور ارسال اختاریه ضروری است، بنابراین نهادی شبیه تهاتر خودکار در آن مشاهده نمی‌گردد. اختاریه باید برای طرف مقابل ارسال شود، دال بر این که طرف دیگر از قصد طرف اول برای تهاتر آگاهی پیدا کند. طبق این اصول اختاریه بسته به اوضاع و احوال ممکن است به هر وسیله‌ای ارسال شود. اما اختاریه تهاتر باید زمانی ارسال شود که شرایط تهاتر فراهم باشد. برای مثال اگر طرف اول، مبادرت به ارسال اختاریه کند، اما تعهدش هنوز حال و قابل پرداخت نشده باشد، تهاتر واقع نخواهد شد (Rodner, 2011, 220).

۵-۴. اجرای تهاتر در صورت واگذاری حقوق، انتقال تعهدات و واگذاری قراردادها

واگذاری حقوق، انتقال تعهدات و واگذاری قراردادها در فصل نهم اصول یونیدروا مورد بررسی قرار گرفته است. در این قسمت از مقاله، به بیان اجرای تهاتر در هریک از این موارد خواهیم پرداخت.

۴-۴-۱ اجرای تهاتر در صورت واگذاری حقوق

مطابق ماده ۹،۱،۱ اصول یونیدروا، واگذاری حق به معنای انتقال توافق آن از سوی یک شخص به شخص دیگر است. مطابق ماده ۹،۱،۱۳، متعهد اصلی تا زمانی که اخطار واگذاری دریافت می‌شود، می‌تواند هر گونه حق تهاتر را علیه طرف واگذاری اعمال کند. به عبارت دیگر، باید شرایط تهاتر قبل از وصول اخطار واگذاری فراهم شده باشد. مطابق نمونه توضیحی یونیدروا، چنانچه شرکت «الف» حق دریافت صد هزار یورو از شرکت «ج» را به شرکت «ب» واگذار کند و شرکت «ج» شصت هزار یورو از «الف» طلبکار باشد، در صورتی که شرایط تهاتر قبل از اخطار واگذاری فراهم شده، اما اخطار تهاتر داده نشده باشد، شرکت «ج» همچنان می‌تواند با دادن اختاریه به شرکت «ب»، حق تهاتری خود را



اعمال کند. در این صورت، شرکت «ب» برای باقیمانده طلب می‌تواند به شرکت «الف» مراجعه کند. البته مطابق بند «ه» ماده ۹، ۱، ۱۵، واگذار کننده حق، متعهد می‌شود که خودش و متعهد، اخطار تهاثری درباره حق واگذار شده نداده و نخواهند داد.

۴-۴-۲ اجرای تهاثر در فرض انتقال تعهد به ثالث

مطابق ماده ۹، ۲، ۱ اصول یونیدروا، تعهد را می‌توان به موجب توافق میان متعهد ابتدایی (اصلی) و متعهد جدید یا به موجب توافق میان متعهدله و متعهد جدید منتقل کرد. در فرضی که طرف دیگر، تعهد طرف اول را به شخص ثالثی واگذار کرده است، اگر حق تهاثر پیش از این که واگذاری تعهد به شخص ثالث به اطلاع متعهد رسانده شود در مقابل واگذارنده تعهد موجود باشد، علیرغم واگذاری انجام شده، طرف اول می‌تواند در مقابل تعهد طرف دیگر به تهاثر تعهد خویش مبادرت کند (اخلاقی، ۱۳۸۵: ۳۱۹). تهاثر تعهدی که به ثالث واگذار شده است استثنایی بر اصل متقابل بودن تعهدات است و روشن است که در فرض واگذاری تعهد به شخص ثالث، تقابل دو سویه بین تعهدات طرفین اصلی از بین خواهد رفت. راهکار پیش‌بینی شده در این خصوص منطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا قائل شدن این حق برای جلوگیری از آسیب دیدن طلبکاری که طلبش واگذار شده و اکنون به بدهکار خویش مدیون گشته، است و حق تهاثر را البته به صورت مشروط برای او قابل اعمال می‌داند. اصول قراردادهای اروپایی هم در ماده ۱:۳۰۷ برای حفاظت از حقوق بدهکار به وی اجازه داده است که در مقابل منتقل‌آلیه تعهد، در مورد ادعایی که به طور نزدیک مرتبط با تعهد واگذار شده به ثالث است، بدون توجه به زمان دریافت اعلامیه واگذاری، اعلام تهاثر کند (Berger, 2005).

بر طبق ماده ۱۸ کنوانسیون سازمان ملل در خصوص انتقال مطالبات در تجارت بین‌الملل، بدهکار می‌تواند در مقابل منتقل‌آلیه کلیه دفاعیات و حقوق مرتبط با تهاثر را که از قرارداد اصلی یا هر قراردادی که جزئی از یک معامله مشابه است ناشی شده، اقامه کند؛ دفاعیات و حقوقی که اگر واگذاری صورت نمی‌گرفت و دعوا توسط واگذار کننده اقامه شده بود برای متعهد موجود می‌بود. همچنین ماده ۱۹ کنوانسیون مذکور، با پذیرش امکان توافق دوطرفه بیان می‌دارد که متعهد و واگذار کننده تعهد می‌توانند توافق کنند که متعهد حق تهاثر تعهدات خویش در قبال منتقل‌آلیه را نداشته باشد. در این صورت متعهد از حقی که قوانین مربوط برایش قائل شده‌اند صرف نظر می‌کند (Aeberli, 1998).





۴-۳-۴ اجرای تهاتر در فرض واگذاری قرارداد

براساس ماده ۹,۳,۱ اصول قراردادهای یونیدروا، واگذاری قرارداد به معنای انتقال توافقی حقوق و تعهدات واگذارنده (ناشی از قرارداد وی با شخص دیگر) به طرف واگذاری است. واگذاری قرارداد نباید بر وضعیت طرف دیگر قرارداد اصلی تأثیر بگذارد (۹,۲,۷) و ضمناً طرف واگذاری باید در همان وضعیت طرف واگذارنده قرار بگیرد. بنابراین، ماده ۹,۱,۱۳ در خصوص حقوق تهاتری در این جا لازم‌الرعايه است؛ اما ماده ۹,۳,۶ در مورد تعهداتی که به طرف واگذاری منتقل می‌شود لازم نیست، یعنی طرف واگذاری نمی‌تواند حقوق تهاتری را که واگذارنده از آن‌ها برخوردار بوده اعمال کند (Unidroit, 2010, P.316).

۴-۵ اجرای تهاتر در مورد ادعایی که مشمول مرور زمان شده است

با توجه به این که مرور زمان مسقط حق نیست، بلکه صرفاً مانع اجرا می‌شود، طرف اول که مجاز به الزام تعهد مشمول مرور زمان شده نیست، می‌تواند تعهدی را که مشمول مرور زمان شده است تهاتر کند، با این شرط که متعهد، انقضای مدت مرور زمان را اعلام نکند. مطابق ماده ۱۰,۱۰ اصول یونیدروا، متعهده‌ای تا زمانی که متعهد، انقضای مدت مرور زمان را اعلام نکرده، می‌تواند حق تهاترش را اعمال کند.

۴-۶ اجرای تهاتر در صورت ادعای اعسار طرف دیگر

در اصول یونیدروا، تأثیر فرایند رسیدگی به اعسار بر حق اعمال تهاتر مطرح نشده است و در نتیجه، تکلیف این موضوع باید بر طبق قانون حاکم مشخص شود. اغلب قوانین داخلی حتی پس از این که طرف دیگر در فرایند رسیدگی به اعسار وارد شده است، به طرف اول حق اجرای تهاتر را می‌دهند. بدین ترتیب، قوانین مزبور از اصل برابر بودن طلبکاران در فرایند رسیدگی به اعسار فاصله می‌گیرند، زیرا قائل شدن امکان تهاتر در صورت ادعای اعسار طرف مقابل به معنای ترجیح یک طلبکار بر طلبکار دیگر است (Unidroit, 2010. P. 291)؛ چرا که وی می‌تواند با اعمال تهاتر دین خویش را ساقط کند. البته با توجه به عدم منع بدهکار معسر از دخالت در اموال خویش در حقوق بسیاری از کشورها از جمله ایران، جایز دانستن تهاتر پس از ثابت شدن اعسار بدهکار، منطقی به نظر می‌رسد. لکن در صورت ورشکسته شدن بدهکار به دلیل محجور شدن وی و ممنوعیتش از دخالت در اموال و حقوق مالی خویش (ماده ۴۱۸ ق.ت) و همچنین باطل و بلااثر بودن تأدیه هر قرض، اعم از حال یا





مؤجل (بند ۲ ماده ۴۲۳ ق.ت)، چنانچه یکی از طلبکاران تاجر، پس از توقف او به وی بدهکار گردد، بین دین جدید وی با طلب سابقش از تاجر تهاتر واقع نمی گردد. لذا مدیون جدید باید دینش را به تاجر بپردازد، اما برای وصول طلب خویش داخل در غرما گردد.

۴-۷ اسقاط حق تهاتر

این حق از اصل آزادی قراردادی^۱ نشأت می گیرد و لذا طرفین می توانند از باب توافق، حق اعمال تهاتر را از یکدیگر سلب کنند (Berger, 2005: 111). البته این اسقاط حق در صورتی قابل اجرا است که دو طرف کلمات واضح و آشکاری را به کار برده باشند.

«در نظام حقوقی ایران هم توافق طرفین بر ابقای دین معتبر است؛ زیرا اصل حاکمیت اراده در قراردادها آن را اقتضا می کند. قهری بودن تهاتر بیش از این دلالت ندارد که برای وقوع تهاتر نیاز به رضایت طرفین نیست، اما دیگر نمی توان وقوع تهاتر برخلاف تراضی طرفین را استفاده کرد. توافق طرفین هنگامی می تواند مانع تهاتر شود که پیش از اجتماع شرایط تهاتر فراهم آید و در غیر این صورت، اثری بر آن مترتب نخواهد شد؛ زیرا در اولین لحظه پس از جمع شرایط، دو دین ساقط می شود و دیگر دینی نیست که طرفین به بقای آن توافق کنند» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۱).

برخی درخواست تهاتر را عامل بیرونی و شرط متأخر تهاتر دانسته اند که به آنچه واقع شده اعتبار می بخشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۸). لذا با این تعبیر از تهاتر قهری، انصراف از آن با هیچ اشکالی روبه رو نمی شود، هر چند که اعراض پس از تقابل دو دین صورت پذیرد؛ زیرا فرض بر این است که پیش از تحقق شرط اعتبار و نفوذ تهاتر، از آن صرف نظر شده است. به بیان دیگر، خودداری طلبکار از درخواست و استناد به تهاتر، مانع تحقق شرط متأخر سقوط دو تعهد می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۹). لذا در حقوق ایران می توان گفت اسقاط تهاتر از طریق توافق امکان پذیر است؛ اما عده ای اعراضی را که پس از تقابل دو دین صورت می گیرد معتبر دانسته اند، در حالی که عده ای دیگر توافق بر اسقاط را در صورتی معتبر می دانند که پیش از اجتماع شرایط تهاتر فراهم آمده باشد (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۱ و کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۹).



۱- general principle of freedom of contracts



در حقوق تجارت بین الملل از آن جا که تهاتر با اعمال اراده یکطرفه فرد مدعی واقع می شود (م. ۳-۸ اصول قراردادهای تجاری بین المللی، ۲۰۱۰) لذا در این که بتوان توافق بر عدم استفاده از حق تهاتر کرد، تردیدی وجود ندارد. در این صورت، طرفین حق اعمال تهاتر را از یکدیگر سلب می کنند و لذا این توافق معتبر و غیر قابل خدشه است.

۴-۸ شیوه های ادعای تهاتر در حقوق تجارت بین الملل

به طور کلی ادعای تهاتر در حقوق تجارت بین الملل به دو نحو صورت می پذیرد:

۱. به عنوان یک دفاع ساده^۱: تهاتر در یک فرایند داوری وقتی به عنوان یک دفاع ساده پدیدار می شود که در زمان ادعای تهاتر توسط خواننده دعوا، تمامی شرایط تهاتر محقق شده باشد. تهاتر به عنوان یک دفاع ساده نیازمند این است که تقابل تعهدات وجود داشته باشد. همچنین دیون باید از حیث تحقق و میزان، قطعی باشند و در زمان ادعای تهاتر، تعهدات سررسیده و قابل پرداخت باشند. در سیستم تابع حقوق موضوعه^۲ (به ویژه فرانسه و آلمان) حین دفاع توسط خواننده، تهاتر فی الواقع محقق شده است، زیرا اثر تهاتر در این نظام حقوقی عطف به زمان تحقق شرایط می شود (Rodner, 2011, 222).

۲. به عنوان یک دعوای متقابل^۳: در صورتی که زمان ادعای تهاتر توسط خواننده، شرایط لازم برای آن موجود نباشد، تهاتر همچنان یک دفاع ساده نیست، بلکه به صورت یک دعوای متقابل آشکار می شود که در این حالت داور باید در مورد الزام و مسئولیت طرف دیگر تصمیم بگیرد. برای مثال در دعوایی که توسط کارگر و علیه کارفرما اقامه شده است ممکن است خواننده (کارفرما) ادعا کند که کارگر تعهداتش را در مورد قرارداد به درستی انجام نداده است و ادعای خسارت کند. در این حالت داور باید در مورد مسئولیت خواهان و میزان آن تصمیم گیری کند. در این مورد بدهی طرف دیگر در زمانی که ادعای تهاتر صورت گرفته ساقط نمی شود، بلکه این اتفاق زمانی می افتد که حکم یا رأی نهایی صادر شود. در نظام حقوقی عرفی، زمانی که تهاتر به عنوان یک دعوای متقابل مطرح شود، قاضی یا داور باید برای هر ادعا به صورت جداگانه وارد قضاوت شود؛ زیرا با هر ادعا به عنوان یک

۱- as a simple defence

۲- civil law system

۳- as a counter claim





دعوای مستقل برخورد می‌شود. در این حالت، خواننده فقط به دفاع تهاثر نمی‌پردازد، بلکه یک ادعای جدید را مطرح می‌سازد که باید ثابت شود و در مورد آن دیوان داوری باید یک تصمیم ماهوی اتخاذ کند. دیوان قبل از تصمیم‌گیری باید نوع تهاثر را معین کند (Alsop, 2010, P.5).

۵. آثار تهاثر

۵-۱ در حقوق ایران

در سیستم حقوقی ایران مهم‌ترین و اصلی‌ترین اثر تهاثر، سقوط دو دین متقابل و تضمینات آن است؛ چرا که براساس ماده ۲۶۴ ق.م. تهاثر یکی از اسباب سقوط تعهدات شمرده شده است. تهاثر اگر به نحو قراردادی هم صورت پذیرد، از حیث آثار مترتب بر آن با تهاثر قانونی یکسان خواهد بود؛ اما در باب اثر تهاثر قضایی این سؤال مطرح است که رأی دادگاه در این زمینه اعلامی است یا تأسیسی؟ به عبارت دیگر آیا دادگاه اعلام‌کننده تهاثری است که سابقاً واقع شده یا با صدور این رأی، تهاثر واقع می‌شود؟ در پاسخ باید گفت: «رأی دادگاه در این مورد اعلامی است، نه تأسیسی. رأی دادگاه موجب تهاثر نیست و صرفاً دارای جنبه اعلامی و کاشف از حصول قبلی تهاثر است. پس زمان پیدایش اثر این تهاثر تاریخی است که شرایط آن در واقع موجود بوده، نه تاریخ صدور رأی قضایی» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۸۶).

۵-۲ در حقوق تجارت بین‌الملل

ماده ۵-۸ از فصل هشتم اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به اثر تهاثر اختصاص پیدا کرده است. این ماده حاوی سه نکته است: «۱) تهاثر تعهدها را ساقط می‌کند؛ ۲) اگر میزان تعهدها متفاوت باشد، تهاثر تعهدها را تا میزان تعهدی که مبلغ آن کم‌تر است ساقط می‌کند؛ ۳) تهاثر از زمان اخطار تهاثر نافذ می‌شود». بنابراین، اصلی‌ترین اثر تهاثر در حقوق تجارت بین‌الملل همانند حقوق مدنی ایران، سقوط تعهدات متقابل است و به تصریح این ماده در صورتی که میزان تعهدات متفاوت باشد تا میزان تعهدی که مبلغ آن کم‌تر است تساقط می‌کنند.

در خصوص تأثیر تهاثر باید گفت که تعهدهای طرفین در زمان اخطار ساقط می‌شوند، اما شرایط تهاثر باید در آن زمان فراهم آمده باشد. برخلاف نظام حقوقی رومی ژرمنی، در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی اثر تهاثر عطف به ماسبق نمی‌شود و همواره اثرش معطوف به آینده است. بدیهی





است در زمان فراهم آمدن شرایط تهاتر و صدور اختاریه، هم تعهدهای اصلی و هم حقوق مرتبط با آنها مثل حق وثیقه دیون ساقط خواهند شد.

به رسمیت شناختن تهاتر در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی پیامدهایی به شرح زیر دارد:

۱. پرداخت‌هایی که پس از تهاتر صورت گرفته‌اند، تحت مفهوم دارا شدن بلاجهت باید مسترد شوند؛ زیرا چنین اجرای تعهدی بدون زمینه قانونی صورت گرفته است.

۲. خسارت تأخیر تأدیه در صورتی که تاریخ سررسید تعهد پیش از زمان اعلام تهاتر باشد، باید پرداخت شود (Berger, 2005, P.12). لذا در صورتی که این تاریخ پس از زمان اعلام تهاتر باشد خسارت به متعهد تعلق نخواهد گرفت؛ زیرا قبل از رسیدن سررسید، دین وی از طریق تهاتر ساقط شده است و فی الواقع تأخیری در پرداخت اتفاق نیفتاده است.

۳. خسارت‌های توافقی شده برای عدم انجام تعهد تا لحظه‌ای که تهاتر مؤثر واقع شده است باید پرداخت شود، نه پس از آن (Sweigar, 2010, P.2). علت این است که پس از تهاتر، دیون ساقط شده و تعهدی وجود ندارد تا برای عدم انجامش خسارت پرداخت شود.

نتیجه گیری

همان‌طور که ملاحظه شد تهاتر در فقه به‌عنوان فرعی از تقاضا مطرح و در صورتی اعمال می‌گردد که دو دین کلی و از هر لحاظ با هم مماثل باشند. شرط اثرگذاری آن هم این است که بدان استناد شود و مدیون درصدد پرداخت دین بر نیامده باشد. اما در هر صورت، تهاتر به صورت قهری انجام می‌پذیرد و همین امر در حقوق ایران نیز پذیرفته شده است.

علیرغم قهری بودن تهاتر در حقوق ایران، در حقوق تجارت بین‌الملل به تصریح اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، این نهاد به صورت یکطرفه اعمال می‌شود و لذا اعمال اراده طرف اول در آن شرط است. شرایط تهاتر در حقوق داخلی و حقوق تجارت بین‌الملل مشترکات زیادی دارد؛ هرچند برخی شرایط از جمله لزوم یکسان بودن زمان و مکان تأدیه دو دین، در اصول مذکور بیان نشده است. اثر تهاتر براساس ماده ۵-۸ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و بند ۳ ماده ۲۶۴ ق.م. ایران، سقوط تعهدات متقابل طرفین و تضمینات آن است. طبق ماده ۳-۸ اصول مذکور، تهاتر با ارسال اختاریه اعمال می‌شود و از زمان ارسال نیز نافذ می‌گردد. تهاتر در حقوق ایران به علت قهری بودن (م)





۲۹۵ ق.م) واقعه حقوقی محسوب می‌شود، هرچند در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در زمره اعمال حقوقی یکطرفه قرار گرفته است.

تصریح به تهاثر در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول قراردادهای اروپایی و همچنین کاربرد آن در حل و فصل دعاوی در دیوان داوری بین‌المللی، تأثیرات مطلوبی بر تسریع فرایند پرداخت دیون تجاری در سطح بین‌المللی گذاشته و از تشریفات غیرضروری پرداخت دیون متقابل جلوگیری کرده است.

منابع

۱. اخلاقی، بهروز، ۱۳۸۵ ش، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهران، مؤسسه شهردانش، چ ۲۷.
۲. اشمیتوف، کلایو ام، ۱۳۷۸ ش، حقوق تجارت بین‌المللی، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، تهران، انتشارات سمت.
۳. امامی، سید حسن، ۱۳۷۵ ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، چ ۱۶، ج ۱.
۴. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، ۱۳۸۸ ش، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات جنگل، چ ۳.
۵. ایزانلو، محسن و میرشکاری، عباس، ۱۳۸۹ ش، تقاص، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، س ۲، ش ۳.
۶. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، بی‌تا، الحداثی الناضره فی أحكام العترة الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱۹.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۷ ش، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، چ ۲.
۸. _____، ۱۳۸۴ ش، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چ ۱۵.
۹. _____، ۱۳۸۶ ش، الفارق، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۰. حاتمی، علی اصغر، ۱۳۸۴ ش، تقاص مال، مجله دانشکده علوم انسانی، سمنان، ش ۱۲.
۱۱. حسنی، علیرضا، ۱۳۸۹ ش، مقایسه تهاثر با دعاوی متقابل در حقوق ایران، آموزه‌های حقوقی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۴.



۱۲. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۰ق، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، ۱۴۰۵ق، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ج ۳.
۱۴. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۶۶ش، لغتنامه دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲.
۱۵. رشتی، حبیب الله، بی تا کتاب الغصب، بی جا.
۱۶. سبزواری، سیدعبدالأعلى، ۱۴۱۳ق، مهذب الاحکام، قم، مؤسسه المنار، چ ۴.
۱۷. شمس، عبدالله، ۱۳۹۲ش، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، تهران، انتشارات دراک، چ ۲۹، ج ۱.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ق، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۹. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۱ش، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چ ۵.
۲۰. صدرزاده افشار، محسن، ۱۳۷۲ش، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی علامه طباطبائی، ج ۳.
۲۱. صفایی، سید حسین، ۱۳۹۱ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چ ۱۳.
۲۲. طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم، ۱۴۰۹ق، العروه الوثقی، بیروت، مؤسسه الأعلمی للطبوعات، چ ۲، ج ۱.
۲۳. عدل، مصطفی، ۱۳۷۳ش، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین، بحر العلوم.
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد، ۱۴۲۰ق، القضا و الشهادات، قم، مرکز فقه ائمه اطهار (علیهم السلام).
۲۵. فتحی پور، علی، ۱۳۳۴ش، تهاتر، نشریه کانون و کلا، دوره اول، ش ۴۵.
۲۶. کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۸۲ش، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر میزان، چ ۲.
۲۷. مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، ۱۴۰۳ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر.
۲۸. مصطفوی، سعادت و آزاد داور، ۱۳۸۸ش، «تقاص سببی در سقوط تعهدات»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۰، ش ۲۹.
۲۹. معین، محمد، ۱۳۶۳ش، فرهنگ معین، انتشارات امیر کبیر، چ ۴.





۳۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، بی تا، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره،

ج ۱.

۳۱. نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث

العربی، ج ۷، ج ۴۰.

۳۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۵ق، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البیت

(علیهم السلام).

۳۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل

بیت (علیهم السلام)، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ج ۲.

34. Berger, klaus Peter (2005), set-off-in: ICC Bull. (special supplement), at 17 et seq.

35. Black's law Dictionary, Brayan A. Garner (2004), Eighth Edition.

36. Principles of European contract law, 2000.

37. A. Robert Anderson (2010), Thomas Gelbman and Benjamin Pullen, Recent Developments in the Law of Set-off., Annual Review of Insolvency Law, 2.

38. Rodner, James (2011), Unilateral setoff and the principles of UNIDROIT, Paris, Retrieved from:

39. <http://rodner.net/LawReviewArticles/UnilateralSetoffAndThePrinciplesOfUndroit.pdf> [2014/07/07]

40. Unidroit principles of international commercial contracts, 2010.

41. United nations convention on the Assignment of Receivables in International Trade, United nations, Newyork, United nation's publication, 2004.

42. Vladimir Pavić (2005), Counterclaim And Set-Off In International Commercial Arbitration, Annals, International Edition.

43. European Financial Market Lawyers Group, PROTECTION FOR BILATERAL INSOLVENCY SET-OFF AND NETTING AGREEMENTS UNDER EC LAW, 2004.

44. Mark Alsop (1998), Set off permitted for sums due under separate contracts, Retrieved from: www.charlesrussell.co.uk [2014/07/07]



ممنوع شدن اجرای قرارداد با نکرشی تطبیقی به فقه، حقوق ایران و کامن لا

محمد صالحی مازندرانی^۱

مونا استادی^۲

چکیده

مقدورالتسلیم بودن مورد معامله یکی از شرایط اساسی صحت قرارداد است. به موجب این قاعده، از آن جا که هدف نهایی همه عقود، وصول هریک از عوضین به طرف دیگر به جای عوضی است که او می دهد، لذا تعهد ناممکن را باید باطل شمرد. قاعده بطلان عقد به دلیل تعذر وفا به آن، نه تنها در فقه و حقوق ایران مورد توجه است، بلکه در حقوق خارجی نیز منشأ اثر بوده، تئوری های متعددی درباره آن مطرح شده است؛ چنان که در کامن لا نه تنها غیر ممکن شدن اجرای تعهد موجب سقوط تعهد متعهد می گردد، بلکه عقیم شدن قرارداد یا منتفی شدن هدف یکی از طرفین از انعقاد عقد نیز از موجبات معافیت متعهد اعلام شده است. در مقاله حاضر، پس از بررسی تئوری های موجود در نظام کامن لا به بررسی موضوع در نظام حقوقی ایران با تکیه بر فقه خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: تسلیم، شرط، فسخ، بطلان، تعذر اجرا، عقیم شدن



۱- استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

رایانامه: m_salehimazandarani@yahoo.com

۲- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم



مقدمه

علی القاعده متعهد قراردادی بدون توجه به مشکلات موجود، ملزم به اجرای تعهد است و مشکلات شخصی متعهد، معمولاً دفاع قابل قبولی در مقابل عدم انجام تعهد نیست و متعهد در صورتی از اجرا معاف خواهد شد که اجرای قرارداد از نظر عینی غیرممکن شده یا به شدت سخت و دشوار یا پرهزینه شود. به علاوه ممکن است مفاد قرارداد، ریسک مشکلات مربوط به اجرای تعهدات قراردادی را تنها بر عهده یکی از طرفین گذارد. برای مثال به طور معمول ریسک اجرای قراردادهای ساخت و ساز به علت افزایش سریع قیمت مصالح یا بدی شرایط آب و هوا بر عهده پیمانکار است و جز در مواردی که مفاد قرارداد امکان مطالبه مبلغ اضافی به واسطه افزایش هزینه‌ها و یا مهلت بیش‌تر جهت تکمیل تعهدات قراردادی به واسطه بدی شرایط آب و هوا را پیش‌بینی کرده باشد، پیمانکار از ریسک مشکلات اجرای تعهد معاف نخواهد شد. در واقع در زمان تنظیم قرارداد، مشکلات اجرا باید پیش‌بینی شده باشد و به نحوی که مورد قبول طرفین باشد در قرارداد درج شود. پس از آن به طور منطقی طرفین انتظار دارند جز در مواردی که عدم امکان اجرای تعهد ناشی از موانع و مشکلاتی است که به طور عینی بر هر شخصی در مقام اجرای تعهد در شرایط مشابه تأثیر می‌گذارد، هر عدم اجرایی نقض قرارداد تلقی شود و متعهدله مستحق دریافت خسارت گردد.

در نظام حقوقی کامن‌لا غیرممکن شدن اجرای تعهد^۱ در قراردادهای مختلف و تحت شرایط و اوضاع و احوال واقعی، ممکن است معانی متفاوتی داشته باشد. لذا پیش‌بینی نتیجه دعوائی که در آن یکی از طرفین تلاش می‌کند تا با توسل به دفاع غیرممکن شدن اجرای تعهد از تعهدات قراردادی معاف شود، دشوار خواهد بود. غیرممکن شدن اجرای تعهد لزوماً به معنای غیرممکن شدن قطعی و کامل اجرای تعهد نیست، بلکه موردی را نیز شامل می‌شود که اجرای قرارداد بسیار دشوار شده یا مستلزم صرف هزینه‌ای زیاد و غیر قابل پیش‌بینی است.^۲ اثبات دشوار شدن غیر قابل پیش‌بینی شرایط اجرای قرارداد یا افزایش هزینه‌ها ممکن است کافی باشد تا دادگاه متعهد را از اجرای قرارداد معاف کند. اما مشکلات شخصی متعهد، عذر قانونی موجهی برای عدم اجرا نیست، بلکه مشکلات پیش



3- impossibility
3- impracticability



آمده باید چنان باشد که در شرایط و اوضاع و احوال مشابه، بر هر شخصی که در این موقعیت باشد تأثیر گذاشته، اجرای قرارداد را برای وی غیرممکن سازد. از سوی دیگر در برخی موارد علیرغم این که امکان اجرای قرارداد وجود دارد، اما در نتیجه تغییر شرایط و اوضاع و احوال، قرارداد عقیم شده، بدین معنا که هدف قرارداد منتفی شده است.^۱ در کامن‌لا در هر سه حالت، متعهد از اجرای تعهدات قراردادی معاف می‌شود.

در حقوق ایران به موجب قاعده مندرج در ماده ۲۱۹ قانون مدنی که در زبان حقوقی به «اصاله‌اللزوم» مشهور است، همه قراردادها لازم هستند، مگر این که قانون به جواز آن تصریح کرده باشد. بر این اساس پس از انعقاد قرارداد، متعهد باید قرارداد را اجرا کرده، در صورت تعذر اجبار، خسارت عدم اجرای تعهد را بپردازد. در کنار اصل لزوم قراردادها، مقدورالتسلیم بودن مورد معامله نیز یکی از شرایط صحت قرارداد است و تعهدی را که امکان اجرای آن وجود ندارد، باید باطل شمرد. قانون مدنی در ماده ۳۴۸، بیع چیزی را که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل دانسته است. گرچه این شرط در مبحث میبع ذکر شده، اما نباید موجد این توهّم گردد که شرط مذکور مختص عقد بیع است، بلکه جزء قواعد عمومی قراردادها است که قانون مدنی به تبعیت از پیشینیان، آن را در باب بیع که نمونه کامل داد و ستد است آورده است.

فقها نیز در کتب مختلف تحت عناوینی نظیر «تعذر الوفاء بالعقد مبطل له» یا «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» مقدورالتسلیم بودن مورد معامله را به عنوان قاعده‌ای عام مورد تصریح قرار داده و ضمانت اجرای این شرط را بطلان معامله دانسته‌اند. اما این که منظور از متعذر شدن اجرای قرارداد چیست؟ و تحت چه شرایطی تعذر تسلیم موجب سقوط تعهد متعهد می‌شود؟ و آیا عقیم شدن قرارداد در حقوق ایران نیز به مانند نظام حقوقی کامن‌لا از اسباب سقوط تعهد است یا خیر؟ از جمله سؤالاتی است که در این مختصر به دنبال پاسخگویی به آن‌ها هستیم. از این رو در این نوشتار ابتدا به بررسی وضعیت انتفای قرارداد و غیرممکن شدن اجرای قرارداد در نظام حقوقی کامن‌لا خواهیم پرداخت و سپس موضع حقوق ایران را در این خصوص مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.





۱. نظام حقوقی کامن لا

۱-۱ قاعده کلی

در حقوق نوشته، عدم امکان قهری اجرای تعهد در دعوای راجع به قرارداد به عنوان یک دفاع کامل پذیرفته شده است، مگر این که ثابت شود متعهد با پذیرش ریسک، حتی در فرض وجود قوه قاهره نیز اجرای قرارداد را ممکن دانسته است. اما در کامن لا نظر کاملاً مخالفی پذیرفته شده است. چنان که در دعوای *Paradine v. Jane* که در سال ۱۶۴۷ رأی آن صادر گردید، دادگاه اعلام کرد در مواردی که قوه قاهره اجرای تعهد را غیرممکن می سازد متعهد تنها در صورتی از اجرای تعهد معذور خواهد بود که طرفین در قرارداد به این امر تصریح کرده باشند و چنین وقایعی خارج از کنترل آنها باشد.^۱ مبنای منطقی این اصل روشن است. تعهد قراردادی یک تعهد ارادی است که طرفین در تعیین مفاد، شروط و محدودیت های آن آزادند و تعیین کیفیت و چگونگی تعهد مبنی بر این که تعهد بدون هیچ شرط و محدودیتی بر عهده گرفته شده و باید اجرا شود یا خسارت عدم انجام آن پرداخت شود و این که اجرای قرارداد منعقد توسط طرفین از وظایف دادگاه است، در اختیار متعهد قرار دارد.^۲ سختی و انعطاف ناپذیری این اصل در برخی موارد، مورد انتقاد قرار گرفته است. اما دادگاه ها و مفسرین، منطقی بودن این اصل را به رسمیت شناخته اند و بدون شک این اصل اوصاف سادگی و قطعیت را که از اوصاف مطلوب یک اصل به شمار می رود، دارا است (R. Weiskopf, 1996, P. 239).

لذا در نظام حقوقی کامن لا، اساسی ترین اصل حقوق قراردادها، اصل لزوم قرارداد^۳ است و متعهدی که در اجرای تعهد قصور کرده، مسئول نقض قرارداد است؛ حتی اگر تقصیری نکرده باشد و شرایط و اوضاع و احوال، اجرای قرارداد را به شدت سخت و طاقت فرسا یا مطلوبیت قرارداد را برای متعهد بسیار کم تر از آن چیزی کرده باشد که وی در زمان انعقاد قرارداد پیش بینی می کرد. متعهد در هر حال باید تعهدات قراردادی را اجرا کند یا خسارت عدم انجام تعهد را بپردازد. با این حال کامن لا

۱- این دعوا در نتیجه جنگ های داخلی انگلستان مطرح شد. نیروهای هر دو طرف جنگ، برای تهیه ملزومات و تدارکات اغلب دارایی نجیب زادگان را چپاول و تصرف می کردند. در سال ۱۶۴۳ نیروهای سلطنتی انگلیس، زمین متعلق به خواننده دعوا (*Paradine*) را که در اجاره خوانده (*Jane*) بود تصرف کردند. نیروهای سلطنتی زمین را به مدت سه سال در تصرف داشتند و سرانجام در سال ۱۶۴۶ با فروپاشی جبهه مقاومت سلطنتی، آن را ترک کردند. *Paradine* دعوایی به خواسته مطالبه خسارت نقض قرارداد اجاره علیه *Jane* مطرح کرد.

۲- این اصل در دعوای *Paradine v. Jane* به طور ساده و منطقی، تمامیت قرارداد را به رسمیت شناخته و حفظ کرد.

3- pacta sunt servanda





استثنائاتی را بر اصل لزوم قراردادهای وارد کرده که نظریه‌های impossibility, frustration و impracticability از جمله آن‌ها هستند.

۲-۱ فراستریشن یا عقیم شدن قرارداد

مطابق این نظریه در صورتی که حوادث یا تغییر اوضاع و احوال موجب بی ارزش شدن اجرای متقابل قرارداد برای یک طرف شود، وی از اجرای قرارداد یا پرداخت خسارت معاف می‌شود. به بیان دیگر، هرگاه واقعه‌ای، هدف اولیه یکی از طرفین از انعقاد قرارداد را عقیم کند، نظریه فراستریشن زمینه‌ای برای خروج وی از قرارداد فراهم می‌کند، مگر این که عبارات قرارداد یا اوضاع و احوال برخلاف آن دلالت داشته باشند. انتفای قرارداد گاه واقعی است که از آن به «انتفای قرارداد»^۱ تعبیر می‌شود و در مبحث «غیرممکن شدن اجرای قرارداد» به آن خواهیم پرداخت و گاه حکمی است؛ یعنی در عین حال که اجرای قرارداد ممکن است، اما بی ثمر شدن، آن را در حکم معدوم قرار می‌دهد که از آن به «انتفای هدف قرارداد»^۳ تعبیر می‌شود. البته منظور از هدف، هدف خاص و معلوم بین طرفین است که مبتنی بر قصد مشترک آن‌ها است، نه داعی و انگیزه یکی از دو طرف. به علاوه عقیم شدن قرارداد نباید قابل انتساب به طرف قرارداد^۴ باشد. (Anson, 1990, P.423)

تئوری فراستریشن برای اولین بار در پرونده Krell v. Henry (1903) به رسمیت شناخته شد و پرونده مزبور مثال روشنی از این تئوری در عمل است. در این پرونده شخصی اتاقی را برای تماشای مراسم تاجگذاری ادوارد هفتم اجاره کرد، اما به دلیل بیماری پادشاه مراسم تاجگذاری به طور نامشخصی به تعویق افتاد. در نتیجه مستأجر از پرداخت اجاره‌بها خودداری کرد و موجر به دلیل نقض قرارداد علیه وی طرح دعوا کرد. مستأجر هم دعوای متقابلی جهت پس گرفتن ۲۵ دلاری که ابتدا به مستأجر پرداخته بود مطرح کرد. دادگاه رأی داد که چون به تأخیر افتادن تاجگذاری از سوی طرفین قابل پیش‌بینی نبوده است لذا قرارداد خاتمه یافته و طرفین در همان وضعیتی که هستند باقی می‌مانند؛ به این ترتیب که مستأجر یک سوم اجاره‌بهای را که پرداخته و موجر نیز بقیه اجاره‌بها را از دست داده است (Conlen, 1918, p.28-29)

کمی پس از شروع جنگ جهانی، دادگاه‌های انگلیس با مسائل جدیدی مواجه شدند که ناشی از شرایط غیر قابل پیش‌بینی حاصل از جنگ بود و کاملاً فعالیت‌های تجاری این کشور را مختل کرده



1- frustration of contract

2-frustration of purpose

3- self- induced frustration



بود. تحت تأثیر چنین شرایطی، مجلس اعیان انگلیس نظریه فراستریشن را بسط و گسترش داد؛ بدین ترتیب که در یک دسته از دعاوی که ناشی از قراردادهای حمل و نقل دریایی بود، مسأله، غیرممکن شدن اجرای قرارداد نبود، بلکه سؤال این بود: شخصی که کشتی را برای حمل و نقل دریایی اجاره کرده حق دارد در صورت تأخیر رسید محموله و با این فرض که این تأخیر هدف اصلی شخص از حمل را منتفی کرده باشد، قرارداد را کان لم یکن تلقی کرده، از بارگیری محموله خودداری کند؟ دادگاه‌ها به این نتیجه رسیدند که در مواردی که یک حادثه ناگهانی و خارج از کنترل طرفین قرارداد، اجرای قرارداد را از نظر تجاری بی‌فایده می‌سازد، یک شرط ضمنی مبنی بر این که طرفین از اجرای قرارداد بری‌الذمه شده‌اند وجود دارد. مبنای این استدلال از بین رفتن هدفی است که در هنگام انعقاد قرارداد در نظر طرفین، اساس و مبنای انعقاد قرارداد بوده است. همچنین در دعوی Horlock v. Beal که در سال ۱۹۱۶ رأی آن صادر شد مقرر شد که توقیف کشتی انگلیسی در هامبورگ به دنبال آغاز جنگ موجب سقوط مسئولیت مالکین در قبال پرداخت دستمزد خدمه کشتی است. در قضیه Metropolitan Water Board^۱ نیز دادگاه رأی داد که قراردادی که پیش از شروع جنگ با هدف ساخت مخزن آب، ظرف شش سال از آگوست ۱۹۱۴ منعقد شده، با دستور دولت مبنی بر توقف کار در فوریه ۱۹۱۶ خاتمه یافته است؛ زیرا شرایط چنان تغییر کرده است که در صورت لازم‌الاجرا دانستن قرارداد، در واقع قراردادی کاملاً جدید و متفاوت به طرفین تحمیل خواهد شد.

در این اثنا نظریه مشابهی نیز در ایالات متحده بسط و گسترش یافت. در قضیه Kronprinzessn Cecilie^۲ که در دیوان عالی کشور مورد رسیدگی واقع و رأی آن صادر شد، گرچه صحبتی از عقیم شدن فعالیت تجاری موضوع قرارداد نشد، اما رأی آن جز بر مبنای فراستریشن قابل توجیه نیست. در این دعوا دیوان عالی کشور مقرر داشت که ناخدای کشتی آلمانی در مسیر خود به سمت بندر مقصد، هنگامی که جنگ قریب‌الوقوع به نظر می‌رسیده، محق در لغو سفر بوده است؛ گرچه به نظر می‌رسد که او می‌توانسته با اطمینان خاطر بارها را به بندر رسانده، چند ساعت پیش از اعلان واقعی جنگ آن‌جا را ترک کند. گرچه رویه قضایی آمریکا نظریه فراستریشن را به طور کلی پذیرفته است، اما دادگاه‌ها در پذیرش این دفاع بسیار محتاط و سختگیرانه عمل می‌کنند. متعهدی که قصد معاف شدن از اجرای تعهد را دارد برای استناد به این دفاع باید ثابت کند که هدف اصلی وی از انعقاد قرارداد، به واسطه حادثه‌ای فوق‌العاده و غیرقابل پیش‌بینی کلاً منتفی شده است. با این حال رویه قضایی حجم زیادی از

1- Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co.(1918)

۲- این قضیه با عنوان North German Lloyd v. Guaranty Trust Co. نیز معرفی شده است.



دعاوی را که طرفین براساس فراستریشن قصد اعلام انتفای قرارداد و معافیت از اجرای آن را داشتند، به علت عدم تحقق یکی از شرایط مذکور، رد کرد؛ به طوری که تعداد انگشت شماری موفق به اثبات شرایط دشوار این دعوا می شوند. اما کاربرد مضیق این نظریه، از این جهت که با اصل لزوم قراردادها هماهنگ است کاملاً مناسب است (Conlen, 1918, P.34).

اگر دادگاه‌ها مرتباً طرفین را به دلیل وقایعی که شرایط را برخلاف انتظار متعاقدين تغییر می دهند از اجرای تعهدات قراردادی معاف کنند، موجب تضعیف قرارداد به عنوان یکی از اسباب تعهد خواهند شد. به همین دلیل دادگاه‌ها و مفسرین در این مطلب که این تئوری باید به طور بسیار مضیق و محدود اعمال شود، هم عقیده اند. با این حال اجماع عمومی بر این است که در مواردی که واقعه ای فوق العاده و غیر قابل پیش بینی، کلاً ارزش قرارداد را برای یک طرف از بین می برد، نظریه فراستریشن می تواند متعهد را از اجرای قرارداد معاف کند (Supervening Impossibility of Performance as a Defence, p.333).

۳-۱ غیر ممکن شدن اجرای قرارداد

واژه impossibility در موارد مختلفی به کار می رود. برای مثال فرض کنید «الف» با فروش قایق خود به «ب» موافقت می کند در عوض «ب» نیز متعهد می شود در زمان تحویل، ۱۰۰۰ دلار به وی پرداخت کند. اگر قایق قبل یا بعد از انعقاد قرارداد از بین برود، اجرای قرارداد توسط «الف» غیر ممکن خواهد شد. اگر قایق قبل از انعقاد قرارداد از بین برود، غیر ممکن شدن ابتدایی یا اصلی^۱ نامیده می شود و چنانچه بعد از انعقاد قرارداد از بین برود، غیر ممکن شدن ناگهانی^۲ خواهد بود. در موارد غیر ممکن شدن ابتدایی، این سؤال مطرح می شود که آیا قراردادی منعقد شده است یا نه؟ به طور معمول در این موارد به دلیل از بین رفتن یکی از عوضین قرارداد یا بر مبنای اشتباه، هیچ قراردادی منعقد نمی شود. اما ممکن است شخصی خود را ملزم به اجرای قراردادی کند که در واقع اجرای آن غیر ممکن شده است. در موارد غیر ممکن شدن ناگهانی اجرای قرارداد، مسأله، تشکیل یا عدم تشکیل قرارداد نیست بلکه سؤال این است که آیا تعهدات قراردادی ساقط شده اند یا نه؟ غیر ممکن شدن اجرای قرارداد به عینی و شخصی تقسیم می شود. در مواردی که غیر ممکن شدن اجرای قرارداد به دلیل ماهیت موضوع قرارداد باشد، عینی و در مواردی که به دلیل ناتوانی متعهد از اجرای قرارداد باشد، شخصی خواهد بود. ناتوانی «الف» در تحویل قایق به دلیل از بین رفتن آن، غیر ممکن شدن عینی است و ناتوانی «ب» در پرداخت





عوض قراردادی، مشروط به این که قایق به موقع آماده شده باشد، غیر ممکن شدن شخصی خواهد بود. ناتوانی شخصی متعهد در اجرای تعهد، هرگز یک دفاع محسوب نمی شود، مگر این که این ناتوانی شخصی با یک معیار عینی (غیر ممکن شدن اجرای تعهد که مربوط به موضوع قرارداد باشد) ترکیب شود. مثلاً در قراردادهایی که تعهد جنبه قائم به شخص دارد (Supervening Impossibility of Performance as a Defence, p.336).

۱-۳-۱ مفهوم Impossibility

در یک ترجمه تحت اللفظی در تعریف impossibility گفته شده است که غیر ممکن شدن اجرای تعهد مربوط به فرضی است که «موضوع قرارداد به هیچ وسیله ای قابل اجرا نباشد». این تعریف بیش از حد مضیق است. لذا در یک تعریف موسع که از سوی مؤسسه حقوقی آمریکا ارائه شده، اصطلاح impracticability نیز داخل در تعریف impossibility به مفهوم خاص شده است؛ اما تشخیص این که impracticability چیست مسأله مهمی است.

در مواردی که موضوع قرارداد از بین رفته، راه حل ساده است. همین طور در مواردی که تعهد قائم به شخص است و متعهد فوت می کند یا به واسطه بیماری یا جنون توان اجرای قرارداد را از دست می دهد. اما در برخی موارد گرچه اجرای قرارداد بسیار دشوار می گردد، اما این امر منجر به آن نمی شود که قرارداد از نظر قانونی غیر قابل اجرا شود. در مواردی که اجرای تعهد بسیار گران تر یا کم فایده تر از مورد انتظار می شود عموماً این امر منجر به غیر قابل اجرا شدن قرارداد نمی گردد. با وجود این، در موارد زیادی دادگاه ها متعهد را از اجرای تعهد معاف کرده اند. در مواردی که یک عامل خطر متعهد را تهدید می کند، در بیش تر موارد دادگاه ها قرارداد را غیر قابل اجرا دانسته اند. بنابراین، یک کارگر می تواند در مواردی که مثلاً بیماری و یا اهالی محل را تهدید می کند یا از سوی اعتصاب کنندگان به صدمات بدنی تهدید شده، دست از کار بکشد. به علاوه در مواردی که جنگ در شرف وقوع است، لازم نیست کشتی به سفر خود به بندر دشمن احتمالی ادامه دهد و بعد از وقوع جنگ، ملوان کشتی می تواند سفر دریایی را که مستلزم عبور از منطقه جنگی است، لغو کند. این موارد نشان می دهد که دادگاه ها در مواردی که برخی عوامل در راستای اجرای تعهد، موجب تحمیل سختی و مشقت به متعهد می شوند، قرارداد را غیر قابل اجرا بدانند؛ در حالی که در واقع اجرای قرارداد ممکن است (Anderson, 1953, P.11).





۱-۳-۲ مصادیق اطلاق دفاع به «ممتنع شدن اجرای تعهد»

در مواردی که غیرممکن شدن اجرای قرارداد ناشی از فعل یا ترک فعل متعهد باشد، واضح است که متعهد در قبال غیرممکن شدن اجرای قرارداد معذور نخواهد بود. در مقابل در مواردی که قرارداد به واسطه تقصیر متعهدانه غیر قابل اجرا شده باشد، متعهد از اجرای قرارداد معاف خواهد شد.^۱ اما مشکل مربوط به فرضی است که هیچ‌یک از طرفین مرتکب تقصیری نشده است. در این فرض آیا باید قاعده کلی اجرای قرارداد اعمال شود یا نظریه استثنایی معذوریت متعهد در صورت غیرممکن شدن اجرای قرارداد؟ در پاسخ به این سؤال، نظرهای مختلفی ارائه شده، اما بهترین نظر این است که اگر احتمالی که اجرای قرارداد را غیرممکن می‌سازد چنان باشد که از نظر طرفین قرارداد (اگر به آن توجه می‌کردند) آشکارا و بدون نیاز به تصریح در قرارداد، آن را موجب سقوط تعهدات قراردادی می‌دانستند، در این صورت وقوع آن رخداد، اجرای قرارداد را ساقط خواهد کرد. موارد زیر را می‌توان از جمله مواردی دانست که غیرممکن شدن اجرای قرارداد، دفاع محسوب می‌شود:

- در مواردی که اجرای قرارداد منوط به وجود آینده یا وجود مستمر عین معین باشد، عدم تحقق آن یا از بین رفتنش بدون تقصیر متعهد، موجب سقوط تعهد متعهد خواهد شد. اما در مواردی که موضوع قرارداد عین معین نیست، بلکه کلی است، اگر عینی که متعهد قصد داشته با آن تعهدش را ایفا کند، حتی بدون تقصیر او به وجود نیاید یا از بین برود، تعهد متعهد ساقط نخواهد شد.

- در مواردی که فوت یا عدم اهلیت متعهد یا شخصی که متعهد تعهد به فعل او کرده، مانع اجرای قرارداد در خصوص تعهدات قائم به شخص شود، معمولاً متعهد از اجرای تعهد معاف می‌شود. اما فوت یا عدم اهلیت متعهدانه موجب خاتمه قرارداد نخواهد شد.

- در مواردی که اوضاع و احوال به طور منصفانه‌ای حاکی از این است که طرفین قصد داشته‌اند در اجرای قرارداد از وسایل خاصی استفاده شود، نبود یا از بین رفتن وسایل مزبور در زمان اجرای قرارداد، بدون تقصیر متعهد، موجب سقوط تعهد خواهد شد. اما واضح است که از بین رفتن یا نبود وسایلی که تنها متعهد قصد داشته با آن ایفای تعهد کند، دفاع محسوب نخواهد شد (Ward Chapman, 1960, P.98).

- در برخی از موارد پس از انعقاد قرارداد، اجرای آن توسط یک مرجع بالاتر غیر قانونی و غیرممکن اعلام می‌شود. این موارد شامل تغییر در قوانین موضوعه یا حقوق اساسی، درجه دادگاه‌ها، قوانین اجرایی ایالات یا تقسیمات سیاسی آن‌ها است. در قضیه Baily v. DeCrespigny که در سال



1- A person can not take advantage of his own wrong.



۱۸۶۹ رأی آن صادر شد، دادگاه مقرر داشت که متعهد به موجب قانونی که پارلمان پس از انعقاد قرارداد تصویب و قدرت اجرای قرارداد را از وی سلب کرده، از اجرای قرارداد معاف می‌باشد. دادگاه رأی خود را بر این استدلال استوار کرد که در مواردی که اجرای قرارداد به موجب رویدادهای پس از انعقاد قرارداد، غیرممکن می‌شود، به طوری که امکان پیش‌بینی این رویدادها برای طرفین در زمان انعقاد قرارداد منطقیاً غیرممکن بوده، متعهد از اجرای قرارداد معاف می‌شود، گرچه تعهد وی مطلق باشد. در مواردی که تکلیف متعهد به اجرای قرارداد به واسطه تغییر بعدی قانون، ساقط می‌شود، در واقع متعهد بر این اساس از اجرای قرارداد معاف می‌شود که اجرای قرارداد مستلزم انجام اقدامات غیر قانونی است. اما به نظر می‌رسد توضیح بهتر این باشد که ملزم کردن متعهد به جبران خسارت در مواردی که خود قانون قدرت و توان اجرای قرارداد را از متعهد گرفته است، مغایر با نظم عمومی خواهد بود.

بر اساس آنچه گفته شد نظریه impossibility در مواردی قابل اعمال است که به دلیل تغییر اوضاع و احوال یا کشف اوضاع و احوالی که از قبل وجود داشته است، اجرای قرارداد، واقعاً غیرممکن گردد. برای استناد به این دفاع نباید واقعاً هیچ راهی برای اجرای قرارداد وجود داشته باشد. برای مثال اگر «الف» با «ب» قراردادی منعقد کند تا در ازای پرداخت مبلغی معین، خانه وی را تا مدت معینی نقاشی کند، اما خانه در اثر آتش‌سوزی از بین برود، هر دو طرف قرارداد از اجرای تعهداتشان معاف می‌شوند؛ در حالی که در نظریه فراستریشن، عملاً امکان اجرای تعهد وجود دارد، اما تغییر اوضاع و احوال موجب می‌شود هدفی که طرفین قرارداد ابتدا برای وصول به آن اقدام به انعقاد قرارداد کرده‌اند، غیرممکن شود.

بنابراین باید توجه داشت حوادثی که اجرای تعهد را سخت و گران می‌کنند موجب پایان بخشیدن به آن نمی‌شوند؛ زیرا کسی که اقدام به بستن قراردادی می‌کند معمولاً می‌داند که باید خطر این گونه سختی‌ها و گرانی‌ها را تحمل کند، مگر این که آشکارا برخلاف آن توافق شده باشد (Corbin, 1988, P.1110) و یا این که اجرای تعهد به نحو غیرممکنی برای متعهد، مشکل یا پرهزینه شده باشد و این شرایط در زمان انعقاد قرارداد از سوی طرفین قابل پیش‌بینی نباشد که در این صورت براساس نظریه impracticability متعهد از اجرای تعهد معاف خواهد شد.





۲. حقوق ایران

۲-۱ مفهوم قاعده

در حقوق ایران، هرگاه اجرای عقد به دلیلی ممکن نباشد،^۱ گفته می‌شود که وفا به عقد متعذر شده است. البته باید توجه داشت که هرگاه عدم امکان اجرای عقد، ناشی از فعل یا ترک فعل متعهذه باشد یا تعذر اجرای عقد ناشی از استتکاف متعهد از ایفای تعهد باشد نمی‌توان آن را از مصادیق تعذر وفا به عقد دانست و به استناد آن، عقد را باطل شده شمرد، بلکه در فرض اول، متعهذه باید براساس قاعده اقدام، ضرری را که خود مسبب آن بوده تحمل کند و در فرض دوم متعهد باید به اجرای تعهد وادار شود. از این رو منظور از تعذر در بحث ما، تعذری است که رفع آن در اختیار طرفین عقد نباشد. بر این اساس، هرگاه بعد از انعقاد قرارداد، وفا به آن متعذر گردد، آن معامله باطل خواهد بود. این حکم در جمیع عقود و معاملات حتی عقود اذنی نظیر وکالت نیز جاری است (موسوی بجنوردی، بی تا: ۲۲۵). درخصوص «تعذر»، دقت در عبارات و مثال‌های ارائه شده از سوی فقها نشان می‌دهد آنچه مورد نظر ایشان بوده معنای عام تعذر است، خواه این تعذر ناشی از فقدان قدرت بر تسلیم موضوع عقد باشد، خواه در نتیجه تلف شدن موضوع. از این رو معادل تعذر، ممتنع بودن است که در ماده ۲۴۰ قانون مدنی به کار رفته و مورد این واژه جایی است که عقدی واقع شود و به جهت وجود علت خارجی، متعهد نتواند تعهدش را انجام دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۸۱-۸۰).

تعذر به مفهومی که گفته شد به دو نوع اصلی و طاری تقسیم می‌شود؛ با این توضیح که عذر، هم بر موانعی اطلاق می‌شود که از ابتدا وجود داشته و هم بر موانعی که پس از ایجاد تعهد و به طور ناگهانی پیدا می‌شوند (سنهوری، ۱۹۹۸: ۶۳۳). مقصود از بطلان در قاعده نیز معنای اخص آن که در مقابل عدم نفوذ و صحت استعمال می‌شود، نیست، بلکه معنای اعم بطلان است که علاوه بر بطلان ذاتی و ابتدایی، موارد انفساخ را نیز شامل می‌شود.

۲-۲ مبنای قاعده

۲-۲-۱ از نظر فقهی

در میان فقها درخصوص مبنای این قاعده اتفاق نظر وجود ندارد و در کتب فقهی برای شرط مقدورالتسلیم بودن مورد معامله شش دلیل ذکر شده است:

۱. اجماع: درخصوص اعتبار این شرط، ادعای اجماع شده و کسانی چون علامه در تذکره، شیخ طوسی در مبسوط، ابن زهره در غنیه و محقق کرکی ادعای اجماع کرده‌اند؛ اما با توجه به این که چنین





اجماعی از نوع اجماع مدرکی است، ارزش چندانی ندارد که بتوان بر آن اعتماد کرد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۲۲).

۲. مقدورالتسلیم بودن مورد معامله از توابع مالیت داشتن آن است. به بیان دیگر، ملاک مالیت داشتن مال، آن است که مالک بتواند بر آن مسلط شده، هر تصرفی در آن بکند. در واقع، مالیت اموال در عالم اعتبار بر این اساس است که منشأ آثار خارجی باشند و در غیر این صورت، عقلاً آن را مال نمی‌دانند (نائینی، ۱۳۷۳: ۳۸۷)؛ حال آن که امکان یا عدم امکان تصرف در مال از آثار و توابع حق مالکیت بر مال است، نه از آثار مالیت داشتن. اگر امکان دخل و تصرف، از آثار مالیت داشتن بود لازم می‌آمد که هیچ یک از حیوانات وحشی، منابع و معادن زیرزمینی و مانند آن که فعلاً امکان دخل و تصرف در آن‌ها وجود ندارد، مال نباشند؛ در حالی که موارد مذکور به خاطر مالیتشان مورد رغبت بشر هستند و به همین دلیل برای به دست آوردن آن‌ها دچار مشقت و سختی می‌شوند (خمینی، ۱۳۷۹: ۲۹۳).

۳. روایت مرسله «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر»: گرچه این روایت از نظر سند ضعیف است، اما ضعف ارسال این خبر را شهرت آن در میان اهل سنت و شیعه جبران می‌کند. در خصوص معنای غرر نیز همه اهل لغت بر این اعتقادند که در معنای غرر، مفهوم جهالت اخذ شده است، خواه جهالت مربوط به اصل وجود شیء باشد یا دسترسی به آن و یا به صفاتش.

از این رو گروهی معتقدند براساس این روایت، بیعی که در آن قدرت بر تسلیم هریک از عوضین وجود ندارد از مصادیق غرر است و نهی از چنین عقدی موجب بطلان است؛ زیرا توانایی تسلیم، لازمه آگاه بودن طرفین به شرایط مورد معامله است و معامله‌ای که در آن، طرف معامله در امکان دست یافتن به مورد معامله تردید داشته باشد یا بداند که هیچ گاه بر آن مستولی نخواهد شد، معامله‌ای غرری است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۱). اما همان طور که برخی فقها نیز به درستی گفته‌اند، روایت مذکور اخص از مدعا (اشترای قدرت بر تسلیم) است؛ زیرا در جایی که یقین به عدم وصول است جهالت یا خطری وجود ندارد تا عنوان غرر صدق کند، حال آن که به استاد این روایت چنین معامله‌ای را باطل دانسته‌اند (انصاری، ۱۳۸۳: ۱۷۰).

۴. روایت «لاتبع ما لیس عندک»: با این معنا که آنچه را نزد تو نیست نفروش. آنچه ارتباط این روایت را با موضوع بحث ما مشخص می‌کند معنایی است که برای واژه «عندک» در نظر گرفته می‌شود. برخی فقها معتقدند منظور از «عندک» قدرت بر تسلیم است. بر این اساس که «عندک» به





معنای تسلط تام و بالفعل و در اختیار داشتن میع است پس می‌توان به موجب این روایت قدرت بر تسلیم را شرط صحت بیع دانست (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۵).

فقدان قدرت بر تسلیم موجب سفهی شدن عمل و اکل مال به باطل می‌شود. به موجب این دلیل، پرداخت ثمن در مقابل چیزی که قدرت بر تسلیم آن وجود ندارد، عملی سفیهانه و ممنوع است. لذا استفاده از آن ثمن، اکل مال به باطل خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۷۳).

۵. دلیل عقلی: صحت و فساد عقد، دو امر متقابل هستند که تقابلهشان، تقابل عدم و ملکه است؛ زیرا منظور از صحت و فساد عقد، تمامیت و عدم تمامیت عقد از حیث اجزاء، شرایط و عدم موانع است. از این رو تمامیت عقد را به ترتب اثر مقصود از عقد بر عقد تعریف می‌کنند و عدم ترتب اثر مقصود از عقد بر آن تعریفی است که از عدم تمامیت عقد لازم می‌آید و دو امری که تقابل آن‌ها از نوع عدم و ملکه باشد در حکم نقیضین هستند که امکان ندارد هر دو مرتفع شوند، بلکه ناگزیر یکی از آن‌ها مرتفع شده، دیگری الزاماً موجود است.

اما درخصوص موضوع بحث، تعذر دائمی تسلیم هریک از عوضین، وفا به عقد را غیرممکن کرده، عقد را از شمول قاعده اوفوا بالعقود خارج می‌سازد؛ زیرا اگر چنین عقدی را مشمول قاعده بدانیم تکلیف به محال و عمل قیح خواهد بود. لذا با توجه به این که اثر صحت عقد، وجوب وفا به آن و ترتب آثار بر عقد صحیح است، پس عدم امکان وفا به عقد دلیلی بر عدم صحت عقد است و هنگامی که عقد صحیح نباشد ناگزیر فاسد و باطل خواهد بود. در غیر این صورت، یعنی اگر گفته شود که عقد نه صحیح است نه فاسد، مستلزم ارتفاع نقیضین خواهد بود (موسوی بجنوردی، بی تا: ۲۲۵).

۶. بنای عقلا: عقلا عقدی را که امکان وفا به آن از سوی طرفین یا یکی از آن‌ها نباشد، لغو و باطل می‌دانند؛ زیرا معتقدند عقود معاوضی که منشأ مبادله دو مال یا دو عوض در عالم اعتبار هستند، مقدمه وصول هریک از عوضین به طرف دیگر به جای عوضی است که او می‌دهد؛ به گونه‌ای که اگر نقل و انتقال خارجی واقع نشود، آن مبادله لغو و باطل خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۱).

پس چه طرفین عقد یا یکی از آن‌ها در هنگام عقد، قدرت بر وفا به آن را نداشته باشند یا عجز و تعذر دائمی وفا به عقد بعد از وقوع عقد و قبل از قبض و اقباض واقع شود، چنین عقدی لغو و باطل بوده، اثر صحت عقود بر آن مترتب نمی‌شود؛ زیرا آنچه نظام معاش مردم و قوام زندگی شان بر آن استوار است، تبادل و قبض و اقباض خارجی است و معاملات و مبادلات اعتباری در واقع ابزاری جهت رسیدن به نقل و انتقال خارجی است. به بیان دیگر، صرف مالکیت اعتباری، فایده‌ای برای مردم





ندارد، بلکه مردم نیاز به اشیا در عالم خارج دارند و به همین دلیل است که بازار به وجود مبادلات خارجی و معاطات دائر است، بدون این که عقد اعتباری یعی در کار باشد.

۲-۲-۲ از نظر حقوقی

به نظر می‌رسد در خصوص مبنای قاعده باید نظر کسانی را تأیید کرد که قدرت بر تسلیم را جزئی از ساختمان معاوضه می‌دانند. بدون تردید هدف اصلی افراد از انعقاد هر قرارداد این است که به آنچه برای رسیدن به آن، اقدام به انعقاد قرارداد کرده‌اند، برسند. در واقع افراد به آثار خارجی معامله بیش از وجود اعتباری آن توجه دارند؛ به طوری که محرک واقعی آن‌ها به دست آوردن تعهد دیگری است و این دو تعهد به هم پیوسته، به صورت موجودی واحد ایجاد می‌شوند. لذا اگر تعهد یکی از متعاملین به دلیل نامقدور بودن باطل باشد، تعهد طرف دیگر نیز باطل و کان‌لم‌یکن محسوب می‌شود؛ زیرا متعاملین چنین خواسته‌اند و اراده مشترک آن‌ها بر همبستگی متقابل تعهدات بوده است و این همبستگی نه تنها در مرحله تشکیل و انعقاد عقد، بلکه در طول حیات و در مرحله اجرای عقد نیز وجود دارد و حق حبس طرفین در عقود معاوضی (م. ۳۷۷ ق.م)، انفساخ عقد در نتیجه تلف میبع قبل از قبض (م. ۳۸۷ ق.م) و فسخ عقد در نتیجه عدم اجرای تعهد به وسیله طرف قرارداد (م. ۲۳۹ ق.م) از موارد اعمال این اصل در حقوق ایران است.

۲-۳ شرایط و ویژگی‌های تعذر وفا به عقد

گفته شد که مورد معامله اعم از این که مال باشد یا عمل، باید مقدور باشد و تعهد به تسلیم مال یا انجام عملی که خارج از توان انسان است، باطل و از درجه اعتبار ساقط است. اما ماده ۳۴۸ قانون مدنی که این شرط را بیان کرده، در خصوص شرایط و ویژگی‌های اعمال این قاعده، ساکت و مجمل است و مشخص نیست که آیا عدم قدرت مطلق سبب بطلان عقد است یا نامقدور بودن نسبی تسلیم هم موجب بطلان می‌شود؟ آیا علم و جهل طرفین به غیرمقدور بودن تسلیم در این زمینه مؤثر است؟ آیا قدرت بر تسلیم، شرط صحت عقد است یا عجز از تسلیم مانع صحت عقد؟ جایگاه این قاعده در عقود عینی که قبض شرط صحت آن‌ها است کجا است؟ در این قسمت برآنیم تا به پرسش‌های مذکور و سؤالات دیگری که ممکن است در خصوص این قاعده مطرح شود با توجه به منابع فقهی و اصول حقوقی پاسخ دهیم.





۲-۳-۱ نامقدور بودن مطلق یا نسبی

پیش از پاسخ به این پرسش که آیا تنها نامقدور بودن مطلق تسلیم، سبب بطلان عقد است یا نامقدور بودن نسبی هم همان اثر را دارد، باید به این پرسش پاسخ دهیم که آیا قدرت بر تسلیم، جزء شرایط طرفین معامله است یا مقدورالتسلیم بودن، وصف مورد عقد است؟

ظاهر ماده ۳۴۸ قانون مدنی که به موجب آن چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر این که مشتری قادر بر تسلیم باشد، دلالت بر این دارد که قدرت بر تسلیم وصف متعاملین است، نه مورد معامله. در مقابل، قانون مدنی مقدورالتسلیم بودن را در کنار مالیت و منفعت عقلایی داشتن، به عنوان یکی از شرایط میع ذکر کرده و در کتب فقهی نیز قدرت بر تسلیم در مبحث شرایط عوضین مورد بحث قرار گرفته است. از این رو باید از این ظهور بدوی گذشت و مقدورالتسلیم بودن را وصف مورد معامله دانست. در واقع، تسلیم، وسیله رسیدن مشتری به مالی است که در نتیجه عقد بیع مالک شده است و به عبارتی، تسلیم طریقت دارد. پس آنچه مهم است رسیدن متعهدله به علت غایی است که وی را به انعقاد عقد وادار کرده است، اعم از این که فراهم کننده این وسیله، متعهد باشد یا خود متعهدله یا شخص ثالث (البته به هزینه متعهد) (لطفی، ۱۳۸۸: ۱۰۳).

بر این اساس، نامقدور بودن هنگامی موجب بطلان قرارداد است که مطلق باشد؛ یعنی هیچ کس بر حسب جریان عادی امور، نتواند آن را تسلیم کند و نامقدور بودن نسبی، یعنی عدم قدرت متعهد با امکان ایفای تعهد به وسیله اشخاص دیگر موجب بطلان قرارداد نیست و تنها سبب مسئولیت متعهد در صورت عدم ایفای تعهد است (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۳۷).

البته برخی حقوقدانان با توجه به قید انتهای ماده ۳۴۸ که مقرر می‌دارد: «مگر این که مشتری خود قادر بر تسلیم باشد» معتقدند که قانونگذار از رابطه دو طرف قرارداد فراتر نرفته و همین که اجرای مورد معامله برای طرفین عقد ممکن نباشد، عقد باطل خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۹)؛ ولی همان‌طور که گفته شد با توجه به طریقت داشتن تسلیم، تفاوتی نمی‌کند که تسلیم توسط چه کسی انجام شود.

توجه به مثال‌هایی که فقها برای بیان شرط مقدورالتسلیم بودن مورد معامله زده‌اند (فروش ماهی در دریا و پرنده در هوا) نیز نشان می‌دهد که عدم قدرت بر تسلیم، زمانی موجب بطلان عقد می‌شود که مورد معامله نه تنها نسبت به طرفین قرارداد، بلکه نسبت به هر شخص دیگر نیز عادتاً غیرممکن باشد. پس آنچه موجب بطلان عقد می‌گردد، فقدان مطلق قدرت بر تسلیم است، منتها عدم قدرت بر تسلیم باید نسبت به افراد عادی سنجیده شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۴۵). بر این اساس، اگر مورد معامله برای افراد





معمولی، مقدورالتسلیم نباشد معامله باطل خواهد بود ولو این که یک شخص فوق العاده نسبت به آن قادر باشد.

توجه به این نکته ضروری است که این قاعده تا زمانی اجرا می شود که مباشرت شخص متعهد در اجرای قرارداد شرط نشده باشد و به بیان دیگر تعهد قائم به شخص نباشد. در فرضی که در قرارداد، صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که متعهد شخصاً موضوع قرارداد را اجرا کند و بعد معلوم شود که متعهد توانایی انجام مورد تعهد را نداشته، عدم قدرت بر تسلیم، مطلق و موجب بطلان عقد خواهد بود ولو این که تسلیم یا اجرای مورد تعهد توسط دیگران ممکن باشد (حکیم، ۱۳۸۷: ۵۰؛ صفایی، ۱۳۸۶: ۱۴۸).

۲-۳-۲ قدرت بر تسلیم شرط واقعی یا شرط علمی

آیا مقدورالتسلیم بودن واقعی، شرط صحت بیع است یا علم و اطمینان طرفین عقد به قدرت بر تسلیم؟ به تعبیر دیگر آیا قدرت واقعی بر تسلیم شرط است یا قدرت معلوم؟

برخی از فقها وجود اطمینان به قدرت بر تسلیم را شرط صحت عقد دانسته اند، با این استدلال که در مفهوم غرر، عدم اطلاع اخذ شده است. پس با علم و اطلاع به قدرت بر تسلیم، معامله غرری نخواهد بود و نتیجه می گیرند که اگر طرفین در هنگام عقد، اطمینان بر مقدورالتسلیم بودن مورد تعهد داشته باشند، ولی پس از آن معلوم شود که هنگام عقد، مورد معامله مقدورالتسلیم نبوده است، چنانچه بعداً قدرت بر تسلیم حاصل شود، عقد مذکور صحیح خواهد بود و اگر قدرت بر تسلیم حاصل نشد، عقد باطل خواهد بود (انصاری، ۱۳۸۳: ۱۷۶).

در مقابل، ظاهر عبارات مواد قانونی و نوشته های فقهی دلالت بر این دارد که آنچه مسلماً مانع نفوذ عقد است ناتوانی واقعی در تسلیم است. اما این مطلب بدان معنا نیست که معلوم بودن فقدان قدرت بر تسلیم در هنگام انعقاد عقد، هیچ تأثیری در نفوذ یا عدم نفوذ عقد ندارد. در فرضی که مورد معامله واقعاً مقدورالتسلیم است و طرفین نیز با چنین اعتقادی اقدام به انعقاد قرارداد می کنند، عقد در صورت وجود سایر شرایط صحیح خواهد بود؛ اما در فرضی که موضوع عقد، واقعاً مقدورالتسلیم است، اگر طرفین با این اعتقاد که قدرت بر تسلیم وجود ندارد، عقدی منعقد سازند، چون قصد واقعی بر انعقاد قرارداد نداشته اند، چنین معامله ای باطل خواهد بود.

نهایتاً در فرضی که قدرت واقعی بر تسلیم وجود ندارد، ولی طرفین عقد با این تصور که قدرت بر تسلیم وجود دارد قراردادی منعقد کنند، عقد به دلیل فقدان موضوع باطل خواهد بود ولو این که بعداً قدرت بر تسلیم حاصل شود؛ زیرا عدم قدرت بر تسلیم در هنگام عقد، برای بطلان عقد کافی است و





ایجاد قدرت بعدی نمی تواند عقد باطل را صحیح گرداند؛ مگر این که برای اجرای عقد مدتی تعیین شده باشد که در این صورت، قدرت بر تسلیم در زمان اجرای عقد ملاک است، نه در زمان انعقاد عقد.

۲-۳-۳ اشتراط قدرت بر تسلیم یا مانعیت عجز

آیا قدرت بر تسلیم شرط صحت عقد است یا عجز از تسلیم، مانع صحت عقد؟ برخی از فقها قدرت بر تسلیم را شرط صحت عقد دانسته و برای اثبات نظر خود به روایت نفی غرر استناد کرده اند. در مقابل، برخی دیگر عجز از تسلیم را مانع صحت عقد دانسته، معتقدند معامله هنگامی باطل خواهد بود که طرفین در زمان عقد عالم به عجز از تسلیم باشند. ثمره این اختلاف نظر در صورت شک در قدرت بر تسلیم آشکار می شود؛ به این صورت که اگر قدرت بر تسلیم شرط صحت عقد باشد و شک کنیم که آیا باع قدرت بر تسلیم دارد یا خیر، به موجب اصل عدم تحقق شرط، باید حکم به بطلان عقد داد؛ اما اگر عجز از تسلیم را مانع صحت عقد بدانیم و شک کنیم که آیا مانع صحت عقد تحقق یافته است یا خیر، به موجب اصل عدم تحقق مانع، حکم به صحت عقد می شود.

مرحوم صاحب جواهر عجز از تسلیم را مانع صحت عقد دانسته و بر این اساس معتقد است اگر طرفین در زمان انعقاد عقد نسبت به قدرت بر تسلیم تردید داشته باشند، عقد صحیح خواهد بود و چنانچه پس از عقد، عدم قدرت بر تسلیم مسلم گردد، طرف متضرر می تواند با استفاده از خيار فسخ، معامله را منحل کرده، ضرر خود را جبران کند و در این مورد نمی توان با استناد به روایت نفی غرر، معامله را غرری و باطل اعلام کرد؛ زیرا روایت مزبور مربوط به مواردی است که مقدار، جنس یا وصف مورد معامله هنگام عقد مجهول و برای یکی از طرفین احتمال ضرر باشد. اما در موردی که طرفین شرایط و عوض قرارداد را با توجه به تردید در وجود قدرت تعیین می کنند، ضرر و غرر منتفی است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۲).

در مقابل، شیخ مرتضی انصاری این نظریه را برخلاف ظهور عبارات فقها دانسته، معتقد است عجز، یک امر عدمی است و امر عدمی هیچ گاه نمی تواند مانع باشد؛ زیرا مانع همواره امری وجودی است. از سوی دیگر، اگر در خصوص قدرت بر تسلیم شخص تردید شود، چنانچه برای قدرت بر تسلیم حالت سابقه وجود داشته باشد به همان تمسک می شود و استصحاب وجودی جاری می کنیم و چنانچه حالت سابقه قدرت وجود نداشته باشد، به عدم آن تمسک کرده، استصحاب عدمی جاری می کنیم. پس فرقی نمی کند که قدرت را شرط بدانیم یا عجز را مانع.





در نهایت، اختلاف در شرطیت امر و مانعیت مفهوم مقابل آن، تنها در جایی ثمره دارد که رابطه آن دو تضاد باشد؛ یعنی هر دو امر وجودی باشند، مثل فسق و عدالت، نه در جایی که یکی وجودی و دیگری عدمی باشد، مثل قدرت و عجز. پس قدرت بر تسلیم، شرط صحت عقد است و اگر بتوان به روایت نفی غرر برای بطلان عقد در صورت جهل به مقدار، جنس و وصف مورد معامله استناد کرد، به طریق اولی می‌توان آن را دلیل بطلان عقد در صورت تردید در قدرت بر تسلیم دانست؛ زیرا چنین معامله‌ای قطعاً غرری بوده و برای متعهدله در بردارنده خطر مالی است (انصاری، ۱۳۸۳: ۱۷۳).

به نظر می‌رسد در پاسخ به سؤال مطروح باید گفت که قدرت بر تسلیم شرط صحت عقد است؛ اما وجود تردید در امکان تسلیم، همیشه موجب بطلان عقد نیست. در مواردی که عادتاً و بر طبق جریان عادی امور، امکان تسلیم مورد معامله وجود دارد و تردید در قدرت تسلیم و اجرای عقد ضعیف است باید عقد را صحیح دانست (مانند فروش پرنده بومی که در حال پرواز است و عادتاً برمی‌گردد)؛ اما در مواردی که عادتاً قدرت بر تسلیم ضعیف است و ظن قوی بر عدم امکان تسلیم وجود دارد (مانند فروش پرنده در هوا یا ماهی در دریا) باید بیع را باطل دانست (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۲۲).

۲-۳-۴ زمان اعتبار قدرت بر تسلیم و اثر تعذر طاری

پس از اثبات شرطیت قدرت بر تسلیم، این بحث مطرح می‌شود که قدرت بر تسلیم در چه زمانی شرط است؟

به موجب ماده ۳۷۰ قانون مدنی: «اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع موعدی قرار داده باشند قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است، نه در زمان عقد». بنابراین، قدرت بر تسلیم زمانی شرط است که هریک از متعاقدين استحقاق مورد معامله را دارند. لذا اگر طرفین عقد در زمان انعقاد آن، قدرت بر تسلیم و تسلیم مورد معامله را نداشته، ولی اطمینان داشته باشند که هنگام استحقاق طرف معامله بر آن قادر خواهند بود، عقد صحیح خواهد بود.

در فرضی که برای تسلیم، موعدی قرار داده نشده، اگر طرفین در زمان عقد، قدرت بر تسلیم نداشته باشند، اما این تعذر موقتی باشد، آیا چنین عقدی صحیح است یا باید آن را باطل دانست؟ برخی از فقها معتقدند که چنین عقدی به دلیل لزوم غرر باطل است. در مقابل، برخی دیگر مانند شهید ثانی و محقق سبزواری معتقدند بطلان عقد مربوط به فرضی است که تعذر تسلیم دائمی باشد. لذا در فرض سؤال، عقد صحیح است، مشروط به این که اولاً مدتی که پس از آن قدرت بر تسلیم حاصل می‌شود عادتاً مضبوط و مشخص باشد و ثانیاً تسلیم در موعد به نحو وحدت مطلوب نباشد. در غیر این صورت،





عقد باطل خواهد بود. معذلتك مشتری در صورت جهل به این امر، حق فسخ معامله را به استناد خيار تعذر تسليم خواهد داشت.

اما چنانچه قدرت بر تسليم بعد از عقد سلب شود و این تعذر دائمی باشد، اگر مورد معامله کلی فی الذمه باشد، عقد باطل و اگر عین معین باشد، در حکم تلف میبع قبل از قبض بوده، موجب انفساخ عقد خواهد شد. اگر عدم قدرت بر تسليم طاری، موقتی باشد و تسليم مورد معامله در موعد مقرر به نحو تعدد مطلوب باشد، عقد صحیح و مشتری خيار تعذر تسليم خواهد داشت، خواه میبع عین معین باشد، خواه کلی فی الذمه؛ ولی هرگاه تسليم در موعد مقرر به نحو وحدت مطلوب باشد، یعنی اجرای تعهد در موعد مقرر مطلوب متعهدله باشد، در این صورت، اگر مورد معامله عین معین باشد، عقد منفسخ و چنانچه کلی فی الذمه باشد، عقد باطل می گردد.

از آنچه گفته شد مشخص می گردد که بطلان عقد به دلیل تعذر وفا به آن، در عقودی اجرا می شود که تسليم در مرحله اجرای عقد لازم باشد، نه در مرحله تشکیل آن. به بیان دیگر، قدرت بر تسليم بعد از وقوع انتقال شرط است و ناتوانی پیش از قبول، تأثیری در صحت و بطلان عقد نخواهد داشت. اما در عقود عینی نظیر رهن (م. ۷۷۲ ق.م) و وقف (م. ۶۷ ق.م) که قبض شرط صحت عقد است، انتقال با تسليم صورت می گیرد و تمام می شود و قبل از تسليم هنوز عقدی تشکیل نشده تا در مورد صحت یا بطلان آن صحبت شود. پس از آنجا که در این عقود، با وقوع عقد و انتقال، مورد معامله در اختیار انتقال گیرنده است، دیگر لزومی به اشتراط قدرت بر تسليم در زمان تراضی به نظر نمی رسد.

۲-۴ عقیم شدن قرارداد

همان طور که بیان شد^۱ در نظام حقوقی کامن لا در صورتی که قرارداد عقیم شود و به عبارتی حوادث و تغییر اوضاع و احوال، موجب بی ارزش شدن اجرای متقابل قرارداد برای یک طرف شود، وی از اجرای قرارداد و پرداخت خسارت معاف خواهد شد؛ اما سؤال این است که آیا در حقوق ایران نیز عقیم شدن قرارداد در کنار غیر ممکن شدن اجرای تعهد، می تواند دفاع قابل قبولی در مقابل عدم اجرای تعهد باشد؟

منظور از هدف قرارداد، جهت معامله یا محرک اصلی هریک از طرفین برای انعقاد قرارداد است. جهت معامله هدف بی واسطه ای است که اگر وجود نداشت معامله نیز انجام نمی شد که به موجب ماده ۲۱۷ قانون مدنی نیازی به تصریح آن در قرارداد نیست، اما در صورت تصریح باید مشروع باشد والا





معامله باطل خواهد بود. جز این ماده، نص صریح دیگری راجع به جهت معامله وجود ندارد. حال با توجه به سکوت قانونگذار آیا می‌توان گفت در صورتی که در نتیجه تغییر غیر قابل پیش‌بینی شرایط، علیرغم امکان اجرا، قرارداد برای یکی از طرفین عقیم شود، به طوری که دیگر نتواند به هدف مورد نظر خود از انعقاد قرارداد برسد، وی می‌تواند بدون این که ملزم به جبران خسارت ناشی از عدم اجرا شود، از اجرای قرارداد امتناع کند؟ به نظر می‌رسد در خصوص عقیم شدن قرارداد که مبتنی بر توجه به انگیزه و قصد طرفین قرارداد است نمی‌توان معادل درستی در فقه و حقوق ایران ارائه کرد. با این حال اگر انتفاع عقلایی از موضوع عقد منوط به تحقق رویداد خاصی باشد، عدم حدوث آن موجب خواهد شد که اصل کلی لزوم منفعت عقلایی داشتن مورد معامله، مخدوش و عقد باطل یا منفسخ گردد (ماده ۲۱۵ ق.م). از سوی دیگر، همان‌طور که از ماده ۲۱۷ قانون مدنی برمی‌آید، مقصودی که هریک از دو طرف پیش از عقد دارد، وقتی در رابطه او و طرف مقابل مؤثر است که ضمن عقد بیان شود و معامله بر مبنای آن صورت گیرد. لذا در صورتی که انگیزه و هدف طرفین از انعقاد قرارداد مورد تصریح و تراضی واقع شود، می‌توان گفت قصد ضمنی طرفین بر این بوده که تنها در صورتی ملزم به اجرای قرارداد باشند که هدف یا انگیزه آن‌ها از قرارداد که مورد تصریح و تراضی نیز واقع شده، قابل تحقق باشد و چنانچه در اثر شرایط غیر قابل پیش‌بینی، انگیزه هریک از طرفین از انعقاد قرارداد منتفی شود، طرف مذکور تعهدی به اجرا نداشته، قرارداد منفسخ خواهد شد.

نتیجه‌گیری

غیر ممکن شدن قرارداد ممکن است واقعی یا حکمی باشد. در فرض اول به دلیل وقوع شرایط و اوضاع و احوال غیر قابل پیش‌بینی، تعهد قابل اجرا نخواهد بود. غیر ممکن شدن اجرای قرارداد ناظر به جهت تعهد است. جهت تعهد یا سبب که شخص برای رسیدن به آن حاضر به قبول تعهد می‌شود در معاملات مشابه، یکسان است؛ چنان که در عقود معوض، جهت تعهد هریک از دو طرف، اجرای تعهد طرف دیگر است، به طوری که بین دو تعهد متقابل، رابطه‌ای علت و معلولی به وجود می‌آید که در نتیجه آن، هرگاه یکی از دو طرف قرارداد در اثر حادثه‌ای غیر قابل پیش‌بینی قادر به اجرا نباشد، قرارداد حسب مورد منفسخ یا باطل شده، متعهد بدون این که ملزم به جبران خسارت باشد از اجرای قرارداد معاف خواهد شد. تئوری‌های impossibility و impracticability در کامن‌لا ناظر به این فرض هستند. Impossibility ناظر به فرضی است که اجرای قرارداد عملاً غیر ممکن می‌شود؛ اما در برخی موارد علیرغم این که اجرای تعهد ممکن است، ولی به دلیل تغییر ناگهانی شرایط و اوضاع و احوال، اجرا با سختی و مشقت فراوان یا هزینه‌ای فوق‌العاده همراه خواهد بود که در این موارد نیز متعهد

از اجرای تعهد معاف خواهد شد. اما در فرض دوم، امکان اجرای عملی قرارداد وجود دارد، اما بی‌ثمر شدن، آن را در حکم معدوم قرار می‌دهد. این فرض که در کامن‌لا تحت عنوان frustration شناخته شده، ناظر به جهت معامله است. جهت معامله، انگیزه یا داعی که امری است شخصی، هرگاه در قلمرو تراضی طرفین واقع شود، می‌تواند بر سرنوشت عقد تأثیرگذار باشد؛ چنان‌که اگر در اثر تغییر شرایط، هدف خاصی که یکی از طرفین از انعقاد قرارداد داشته و این هدف، در قلمرو تراضی طرفین واقع شده، منتفی شود، متعهد از اجرای تعهدات قراردادی معاف خواهد شد.

در فقه و حقوق ایران نیز قدرت بر تسلیم جزئی از ساختمان حقوقی معاوضه است؛ زیرا محرک واقعی افراد در انعقاد هر قرارداد، به دست آوردن تعهد دیگری است و این دو تعهد به صورت پیوسته و در قالب موجود واحدی ایجاد می‌شوند. پس اگر تعهد یکی از متعاملین به دلیل نامقدور بودن باطل باشد، تعهد طرف دیگر نیز بدون جهت و باطل خواهد بود. در مواردی هم که امکان عملی اجرای قرارداد وجود دارد، اما هدف یکی از طرفین از انعقاد قرارداد منتفی می‌شود، به نظر می‌رسد براساس قصد ضمنی طرفین بتوان قرارداد را منفسخ اعلام و متعهد را از اجرای قرارداد معاف کرد؛ زیرا در فرضی که طرفین انگیزه خود از انعقاد قرارداد را به صورت صریح در قرارداد ذکر کرده و در واقع آن را جزئی از ساختمان معاوضه قرار داده‌اند، قصد دارند اجرای قرارداد منوط به تحقق نتیجه خاصی باشد که به آن تصریح کرده‌اند. به علاوه در این موارد می‌توان گفت به دلیل انتفای هدف، موضوع معامله منفعت عقلایی خود را از دست داده و لذا قرارداد حسب مورد منفسخ یا باطل خواهد شد.

منابع

۱. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۸۳ش، کتاب المکاسب، بی‌جا، مؤسسه الامام المنتظر عجل الله تعالی فرجه الشریف، ج ۲، ج ۲.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۹ش، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش.
۳. حسینی عاملی، سید محمد جواد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۴.
۴. حکیم، عبدالمجید، ۱۳۸۷ش، الوسیط فی نظریه العقد، بغداد، بی‌نا.
۵. حلی، علامه، ۱۴۱۴ق، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البیت (علیهم‌السلام)، ج ۱۰.
۶. خمینی، سید روح‌الله، ۱۳۷۹ش، کتاب البیع، بی‌جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره، ج ۳.





۷. سنهوری، عبد الرزاق احمد، ۱۹۹۸م، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، قاهره، دار النهضة العربيه.
۸. شهيد ثاني، ۱۴۱۰ق، الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه، كتابفروشي داوری، ج ۱.
۹. صفایي، سيد حسين، ۱۳۸۲ش، دوره مقدماتي حقوق مدني، تهران، ميزان، ج ۲.
۱۰. _____، ۱۳۸۶ش، مقالاتي درباره حقوق مدني و حقوق تطبيقی، تهران، ميزان، ج ۲.
۱۱. کاتوزيان، ناصر، ۱۳۸۴ش، عقود معين ۱، شرکت سهامی انتشار، ج ۹.
۱۲. لطفی، اسدالله، ۱۳۸۸ش، سلسله مباحث فقهي - حقوقي عقد بيع، تهران، خرسندی.
۱۳. محقق داماد، سيد مصطفی، ۱۳۷۴ش، قواعد فقه، تهران، سمت، ج ۲.
۱۴. موسوی بجنوردی، حسن، بی تا، القواعد الفقهيہ، مکتبه بصيرتي، ج ۵.
۱۵. نائینی، محمد حسن، ۱۳۷۳ش، منیه الطالب في حاشیه المکاسب، تهران، مکتبه المحمديه.
۱۶. نجفی، شيخ محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام في شرح شرايع الاسلام، بی جا، دارالکتب الاسلاميه، ج ۶، ج ۲۲.

17. Anderson, Arthur (1953), "Frustration of Contract, A Rejected Doctrine", 3DEPAUL L.Rev.
18. Anson (1990), Law of Contract, 2th ed.Oxford University Press.
19. Corbin on Contract (1988), one Volume edition, 24thed, West publishing co.
20. Conlen (1918), "Intervening Impossibility of Performance as the Obligation of Contract", L.Rev.
21. Flash, D, "Supervening Impossibility of Performance as a Defense, 5 Fordham", Law Rev, 1936.
22. R.Weiskopf, Nicholas (1996), "Frustration of Contractual Purpose-Docrtine or Myth"? Issue 2, Vol. 70, Number 2.
23. Smit, Hans (1958), "Frustration of Contract", Columbia Law Review.
- T. Ward Chapman (1960), Comment,"Contracts_ Frustration of Purpose", 59, Mich. L.Rev.



مطالعه تطبیقی بنیادهای تفسیر قوانین جزایی در فقه امامیه و حقوق غرب

محمد رضا ظفری^۱

چکیده

این مقاله با تحلیل دیدگاه عالمان امامی و غربی در باب هرمنیوتیک و تفسیر جزایی، و همچنین طبق یافته‌های زبان‌شناسی براساس دو روش عقلی و نقلی در پی بررسی پایه‌های فهم و تفسیر قوانین جزایی است. به طور کلی، در همه نظام‌های حقوقی، فهم قانون کیفری تنها با قواعد تفسیری میسر می‌شود و این در مکتب امامیه، نیز صادق است با این تفاوت که چون امامیان قوانین جزایی را براساس نظریه توحیدی وضع می‌کنند، پس دادرسان نیز باید بر مبنای همین نظریه به معنایابی قانون بپردازند و با قواعد تفسیری، معانی مورد نظر شارع را کشف می‌کنند. ولی در مکاتب حقوق غربی، قانونگذار طبق اراده جامعه عرفی به تقنین می‌پردازد و بنابراین، مفسر قانون نیز باید در پی کشف همان مقاصد قانونگذار عرفی باشد. امامیان با نظریه تفسیری خاص خود طبیعتاً در اتخاذ منابع تفسیر جزایی و وضع قواعد فهم قانون نیز از غربیان جدا می‌افتند.

واژگان کلیدی: دانش هرمنیوتیک، دانش تفسیر، نظریه تفسیری، منابع کیفری، قواعد تفسیر کیفری





مقدمه

اندیشه، قصد، هدف و مانند آن‌ها افعالی درونی‌اند (سیف، ۱۳۹۰: ۴۴) که در افعال بیرونی تبلور یافته، با مثل سخن یا متن برای دیگران هویدا می‌شوند (چامسکی، ۱۳۸۰: ۲۹)؛ زیرا آدمی در ابتدا، معانی را در ذهن خود به شکل صورت‌هایی ملاحظه می‌کند و سپس آن‌ها را با الفاظ بروز داده، به دیگران انتقال می‌دهد (قانصوه، ۱۴۱۸: ۲۲۲).

قانون جزا نیز زبان نوشتاری مقنن است که عقاید، آمال و ارزش‌های اجتماعی را به نمایندگی از جامعه، در قالب متون کیفری به مسئولان و شهروندان اعلام می‌دارد و آنان را به رعایت قانون هشدار می‌دهد (طیب، ۱۳۶۲: ۱۳۳) و در مقابل، افراد جامعه نیز با احترام به قانون، در واقع، سخن مقنن را شنیده، بدان التزام خواهند داشت.

ولی التزام مردم به قانون، متفرع بر این است که مقصود مقنن را از متن قانون دریابند، درست همان‌طور که اهل زبان هر جامعه در روابط خود، منظور و مرادشان را با الفاظ به یکدیگر می‌فهمانند. عمل فهم در همه این موارد، با تفسیر صورت می‌گیرد. فرانسیس لیبر فیلسوف و حقوقدان آمریکایی آلمانی تبار (متوفای ۱۸۷۲) با مثالی این نکته را در کتاب «هرمنیوتیک^۱ سیاسی و حقوقی» خویش توضیح می‌دهد که به اختصار چنین است:

«صاحبخانه با دادن پول به مستخدم می‌گوید: برو مقداری گوشت سوپ بخر. مستخدم بدون تفسیر نمی‌تواند حتی این دستور ساده را انجام دهد. دو قاعده تفسیری فهم عرف^۲ و حسن نیت^۳ اقتضا دارند که خادم مراد صاحبخانه را چنین فهم کند: او باید سریعاً یا به محض این که کارهایش را به اتمام رساند، برای خرید اقدام کند، یا اگر ابتدای شب است، روز بعد در ساعت متعارف اقدام کند.

۱- تلفظ صحیح واژه انگلیسی hermeneutic، هرمنیوتیک است ولی فارسی زبانان آن را هرمنوتیک خوانده یا می‌نویسند که به نظر می‌رسد قابل توجیه نباشد. مگر این که گفته شود با عنایت به واژه فرانسوی herménétique، دیگر نمی‌توان تلفظ هرمنوتیک را اشتباه دانست. در حالی که آنان به این امر توجه ننموده و معادل انگلیسی آن را نیز با همین تلفظ اشتباه می‌آورند.

2 common sense.

3 good faith.



پول برای خرید گوشت مورد نظر صاحبخانه است نه هدیه. او باید گوشت حیوانی را بخرد که طبق تشخیص وی معمولاً صاحبخانه برای سوپ مصرف می کند.

باید با قیمت عادلانه گوشت را بخرد. از قصابی گوشت بخرد که گوشت صاحبخانه را تأمین می کند یا از محلی نزدیک و سهل الوصول، نه از هر جای دیگر و دور از خانه. مستخدم باید بقیه پول را برگرداند.

او باید گوشت را با حسن نیت به منزل بیاورد و با مواد مضر و نامطبوع نیالاید. گوشت را برای مصرف خانواده بخرد، نه برای خودش (Lieber, 1839, p 28-29).

البته توجه داریم که صاحبخانه می تواند همه این ها را به خادم صراحتاً بگوید یا برای وی بنویسد، ولی مع الوصف، مواردی به وجود می آید که مخاطب بدون تفسیر نمی تواند مراد گوینده را دریابد. مثلاً آیا او باید گوشت گوسفندی بخرد یا گاوی؟ آیا اگر هیچ کدام پیدا نشود یا گران شده باشد، می تواند به جای آن، گوشت بوقلمون بخرد؟ اگر این هم پیدا نشد، وی می تواند گوشت مرغ بخرد؟ با این همه، آیا او اصلاً تعبیر زبانی گوشت سوپ را می تواند به معنای مرغ یا بوقلمون به کار ببرد؟ یا این واژه بار چنین معانی ای را ندارد؟

به هر حال، خادم با تفسیر متن، هشت مقصود گوینده را به دست آورد که قواعد فهم اهل زبان، چگونگی تفسیر را معلوم می دارد. کار کرد قواعد فهم نزد مردم، در قالب فهم و تفاهم عرفی صورت می گیرد. از نگاه فقیهان امامیه نیز نه تنها محاورات مثل موارد فوق، بلکه حتی الفاظ کتاب و سنت را نیز باید با دقت های عرفی معنا کرد و مراد پدید آورنده را دریافت؛ زیرا میزان و ضابطه در فهم تعابیر زبانی، تشخیص عرف است (خمینی، ۱۴۲۱: ۱۹۸).

متن قانون جزا نیز دستور قانونگذار است که قاضی بدون تفسیر، قادر به فهم و اجرای آن نخواهد بود؛ زیرا همان طور که دریافتیم تفسیر طبق قواعد فهم اهل زبان یا عرف انجام می شود و قضات نیز جزئی از همین جامعه اند، پس خواه ناخواه برای فهمیدن قوانین از عرف تبعیت می کنند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴: ۸۸ و ج ۱۱: ۶۲) تا بتوانند آن ها را اجرا کنند (ق.ا.ا، اصل ۷۳ و ۱۶۷). با این توضیحات، دست کم چهار نکته روشن می شود:





الف) موضوع تفسیر: موضوع تفسیر، قواعد تفسیری است همان‌طور که موضوع تقنین، قواعد کیفری است و دادرس در هنگام رسیدگی به دعاوی، در واقع با قواعد تفسیری به قواعد کیفری استناد می‌کند (ق.ا.ا، اصل ۳۶).

ب) اهمیت تفسیر: اهمیت این قواعد به میزانی است که اگر قضات، قواعد تفسیری را به طور دقیق اعمال نکنند، ممکن است به متن کیفری معنایی غیر واقعی بدهند و به این ترتیب، عمل تفسیری خود را از اعتبار ساقط خواهند کرد و قادر به صدور آرای دقیق نخواهند بود (رنه داوید، ۱۳۶۴: ۱۴۲).

پ) مرتبه تفسیر: مرتبه قواعد تفسیری کیفری در برابر قواعد کیفری از دو جهت تفاوت می‌یابد. اول این که آن‌ها موجب فهم قاضی از قواعد کیفری می‌شوند و در واقع بدون تفسیر، قواعد حقوقی کارایی ندارند و حتی تعیین اهمیت و شدت جرم و کیفر مربوط، بستگی به قواعد تفسیری دارد. پس از این جهت، قواعد تفسیری نیز مثل قواعد حقوق کیفری، قواعد اولیه‌اند؛ ولی از این نظر که ارزش و اعتبار آن‌ها به خاطر فهم نظام حقوقی است و به طفیل وجود قواعد حقوقی وجود یافته‌اند، قواعد کیفری فرعی و ثانوی محسوب می‌شوند (رنه داوید، ۱۳۶۴: ۹۲).

ت) الزام‌آوری قواعد تفسیری: از این جا می‌توان دریافت که قواعد تفسیری ماهیت الزام‌آوری دارند؛ زیرا به نتیجه تفسیری الزام‌آور در حقوق منتج شده، در عین حال، قواعد حقوقی هم هستند. البته به ذوق، هنر، فهم و تجربه و اختیار قاضی یا مفسر نیز وابستگی می‌یابند، ولی این‌ها چیزی از ماهیت دو گانه این قواعد نمی‌کاهند. ساختار و ثبات اجتماعی و توزیع قدرت بر آن‌ها تکیه می‌زند. آن‌ها نه تنها نظام فهم، بلکه نظام اجرایی هر نظام حقوقی‌اند؛ یعنی قوانین هم در مرحله تفسیر و هم در مرحله اجرا به آن‌ها نیاز دارند. پس آن‌ها قوانین هستند و در نتیجه، قواعد تفسیری، خصوصیت نهادی و عام حقوقی دارند، نه اختیاری و شخصی (Barak, 2005: p 47).

با توجه به موضوع تفسیر که به متن قانون کیفری یعنی به جان، مال، ناموس، عقل و دین ارتباط می‌یابد و نظر به اهمیت، مرتبه و الزام‌آوری آن و از این رو، وابستگی تمام عیار نظام کیفری به نظام تفسیری، پرسش‌هایی اساسی احتمالاً به ذهن می‌رسند: تفسیر جزایی را باید بر چه پایه‌هایی استوار کرد تا منتج به فهم دقیق قانون شود؟ آیا قاضی باید از ضوابط تفسیری معینی پیروی کند؟ به تعبیر دیگر، آیا مفسر اصولاً باید تفسیر را بر بنیادها و پایه‌های معینی استوار سازد یا به دلخواه خویش می‌تواند به متن معنایی بدهد؟

یقینی به نظر می‌رسد که برای تعیین ضوابط هر امری به تحلیل عوامل آن نیاز مبرم داشته باشیم؛ درست مثل طیبی که برای درمان بیماری به تشخیص صحیح علت بیماری نیاز دارد. چنان که پیدا



است، پاسخ به پرسش‌های فوق از ضروری‌ترین مسائل فلسفه حقوق در امامیه و نظام حقوق غربی است که مهم‌ترین اثر آن در تحقق نظام عدالت جزایی آن‌ها هویدا خواهد شد.

در این مقاله، نویسنده در پی این است که ضوابط الزام‌آور هرمنیوتیک یا تفسیر کیفری را معلوم کند. بخش اعظم این ضوابط در دو شاخه مهم دانش تفسیر، یعنی معناشناسی و کاربردشناسی وجود دارد و بخش دیگر، ضوابط خاصی است که به متن علمی، فلسفی، حقوقی و غیره وابستگی می‌یابد و در این جا، از ضوابط خاص تفسیری در علم حقوق جزا تبعیت می‌کند. هر چند زبان امری قراردادی است، ولی وقتی به گفته یا نوشته درآید، دیگر از اختیار پدیدآورنده خارج شده، الزاماً مشمول قواعد فوق قرار می‌گیرد. به دلیل وجود همین ضوابط است که می‌توان به رأی محاکم اعتراض کرد و در مورد تفسیر آنان به قضاوت نشست. از سوی دیگر، با رعایت آن‌ها می‌توان قواعد تفسیری یکسانی را تنظیم و اعمال کرد و این، دست کم، منافع طرفین جرم را بیش‌تر تأمین کرده احتمالاً میزان تهافت و اختلاف آرای محاکم را کاهش می‌دهد.

نگارنده این مقاله را در سه فصل فراهم آورده است: فصل اول: مفهوم و پیشینه، فصل دوم: ویژگی‌های تفسیر کیفری و فصل سوم: قواعد تفسیری کاربردی؛ و تلاش خواهد کرد تا مباحث هر فصلی را عمدتاً از نگاه مکتب امامیه و عندالاقضا از دیدگاه غریبان بررسی کند.

۱- مفهوم و پیشینه

۱-۱ مفهوم تفسیر

لغویین اشتقاق تفسیر را از فسر یا از سفر می‌دانند. طریحی می‌گوید: تفسیر از فسر یعنی کشف معنای لفظ و آشکار ساختن آن است؛ مثل این قول خداوند کریم در آیه سی و سه سوره فرقان: وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا؛ یعنی هیچ حقیقت تحریف شده‌ای را برای تو مطرح نمی‌کنند، جز این که ما با نزول آیاتی از قرآن، حق و بهترین تفسیر را برای تو می‌آوریم (طریحی، ۱۴۱۶: ۴۳۸). تفسیر از سفر مثل اسفر، اسفار نیز یعنی کشف و فاش ساختن؛ مثل این آیه شریف: وَجُوهٌ يَوْمَئِذٍ مُّسْفِرَةٌ؛ یعنی صورت‌ها در آن روز، روشن و نورانی‌اند (سبحانی، ۱۳۸۵: ۱۸۱). در هر دو حال، تفسیر با تبیین یکی است و با تفسیر، معنای الفاظ فهم و تصور می‌شود.

حقوقدانان مسلمان و غربی معمولاً چندان ماهیت تفسیر حقوقی را آشکار نمی‌سازند و از تعاریفی که ارائه داده‌اند، مفهوم «معنایابی متن» در همه مشترک است که از جمله آن‌ها این تعریف است: جستجوی مفهوم صحیح قانون به نحوی که به طور محدود و در قلمرو متن و نه خارج از آن، بتوان قانون را به شکلی درست در مورد مصادیق آن اعمال کرد (شجاعی، ۱۳۹۰: ۱۹).





فقیهان امامیه گاهی به جای تفسیر، از اصطلاح فهم و تفاهم عرف، و از زمان صاحب جواهر به بعد، از بنای عقلا نیز استفاده می کنند (کلانتری ارسنجانی، ۱۳۷۹: ۱۰۲)، زیرا معانی الفاظ معمولاً با عرف یا بنای عقلا فهمیده می شود و البته گاهی واژه تفسیر را در فهم معانی الفاظ طبق قصد شارع هم به کار می برند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۷۵).

اما به نظر می رسد که فیلسوفان اسلامی بیش تر از فقیهان به ماهیت تفسیر پرداخته اند. به گفته بوعلی سینا، دو گونه می توان معنای لفظ را فهمید: گاهی می خواهیم معنای لفظی را بدانیم که گوینده به کار برده، پس (اگر معنی آن را نفهمیدیم) از او معنای لفظ را می پرسیم؛ زیرا اول از همه باید بفهمیم که متکلم چه می گوید تا آنگاه پرسیم که آیا آن شیء وجود دارد یا نه. اما پس از آگاهی از وجود آن چیز، آن وقت می توانیم باز از چیستی آن پرسیم. پس دو بار از چیستی شیء می توان سؤال کرد: جواب نخست تفسیر است و جواب دوم حد ذات یا تعریف (بوعلی سینا، ۱۳۸۳: ۱۵۶).

فخر رازی در شرح این فقره از سخن بوعلی چنین می آورد: انسان زمانی که لفظی را از متکلم بشنود ولی آن را نفهمد، از وی خواهد پرسید: آن چیست؟ او با این پرسش می خواهد بداند که متکلم از استعمال این لفظ، چه تفسیری دارد (پس از وی در باره وجود آن می پرسد که آیا این شیء موجود هست؟) وقتی مخاطب از وجود آن آگاهی یافت، اگر باز پرسد: آن چیست؟ می خواهد که گوینده اجزای ماهیت آن را با حد یا رسم یا با ترکیبی از آن دو برای وی تفصیل دهد (رازی، ۱۳۷۳: ۲۲۱).

به این ترتیب، به نظر فلاسفه اسلامی، فهم و تفسیر را باید تصور معنا دانست نه تصدیق. ملا صدرای شیرازی در تعریف فهم می گوید: الفهم هو تصور معانی الفاظ المتکلم؛ یعنی فهم این است که معانی الفاظ گوینده متن را تصور کنیم (صدرالدین شیرازی، ۱۳۸۳: ۴۷۱) و چون فهم و تفسیر همان تصور معانی است، با دادرسی، قضاوت و محاکمه و حکم تفاوت می یابد، زیرا همگی این ها تصدیق یعنی فعل و انشا نفس هستند. البته دادرسی و مانند آن بدون تفسیر تحقق نمی یابند، همان طور که تصدیق نیز بلا تصور ناممکن و محال است. ولی منابع حقوقی ما و غربی، این دو مفهوم را به خوبی تفکیک نکرده و حتی گاه تفسیر قاضی را همان حکم قضایی او قلمداد می کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۱۱؛ Barak, 2005: p.51).

۱-۲ پیشینه علم تفسیر

بر اساس نگاشته های بر جای مانده از فلسفه یونان باستان، مثل رساله کراتیلوس که استاد افلاطون بود و کتاب باری ارمیناس، اثر ارسطو احتمالاً می توان گفت که برای نخستین بار، فیلسوفان این دیار در





باب علم تفسیر و نحوه گفتمان و روش انتقال معنا نظریه پردازی کرده، در بسط و توسعه قواعد تفسیری تأثیر داشته‌اند (سورن، ۱۳۸۷: ۴۶ به بعد). پس از ارسطو و پیروان او، بعدها این میراث علمی فیلسوفان یونان به دست مسلمانان رسید. اینان که قبلاً با علم تفسیر قرآن مجید آشنایی داشتند، تفسیر ارسطویی را در معنای عام آن استعمال کرده، مقصودشان شرح و توضیح مراد مؤلف از متن بود.

از این رو، ابن رشد اندلسی در شرح خود بر متن کتاب ما بعد الطبیعه ارسطو، از اصطلاح تفسیر استفاده کرد و کتاب را تفسیر ما بعد الطبیعه نام نهاد (ابن رشد اندلسی، ۱۳۷۷: ۱۱۱). شیخ الرئیس بوعلی سینا در آثار خود، و همچنین فخر رازی در شرح خود بر آثار ابن سینا مثل شرح العیون الحکمه، واژه تفسیر را به کار می‌بردند (رازی، ۱۳۷۳: ۲۲۲). مقصود همه اینان از تفسیر، توضیح مقاصد مؤلف بود، چنان که ملاصدرا هم در کتاب اسفار از این اصطلاح برای توضیح نظریه و مقصود خودش استفاده کرد، به‌ویژه در مواردی که عنوان برخی فصول کتاب را نیز تفسیر قرار داد (صدرالدین شیرازی، ۱۹۸۱: ۱۳۶).

به هر حال، فیلسوفان اسلامی، به پیروی از ارسطو، در ابتدای کتاب منطق خویش، مبحث الفاظ و نحوه تفسیر الفاظ را در بخشی با عنوان «کتاب باری ارمیناس» می‌آوردند (فارابی، ۱۴۰۸: ۸۵). آنان پیش از ورود به مباحث فلسفی و علمی به منظور فهم متون علوم نظری و عملی، در مقدمات علم منطق به طور تفصیلی از قواعد فهم معانی زبان و مفردات و قول جازم بحث می‌کردند و این سنت تا زمان بوعلی در آثار فلسفی حفظ شد، اما به تدریج این مبحث از فلسفه خارج گردید و از آن زمان تا کنون در مباحث علم اصول با تفصیلات بیش‌تری راه یافت (دینانی، ۱۳۸۹: ۹ به بعد).

گفتنی است که باری ارمیناس یا باری هرمنیاس^۱ واژه‌ای یونانی است که به عربی به العبارة برگردانده شد (بوعلی سینا، ۱۳۸۳: ۱۱۷) و در انگلیسی واژه هرمنیوتیک^۲ به معنای دانش تفسیر از آن مأخوذ است. لذا باری ارمیناس، العبارة و هرمنیوتیک همگی در معنی تفسیر^۳ به کار می‌روند.

دانش تفسیر یا هرمنیوتیک از قواعد تفسیری بحث می‌کند و همچون سایر علوم، دارای موضوع و پیشینه بوده، زیر تأثیر مکاتب و نظریات مختلف رشد و تعمیق یافت. مثلاً علم حقوق جزا از قواعد کیفری سخن می‌گوید و از ابتدای ظهورش، به ترتیب، زیر تأثیر مکاتب مختلف کیفری، همچون کلاسیک، تحقیقی و مکاتب دفاع اجتماعی نو و غیره قرار گرفت.



1- Prei Hermeneias.

2 hermeneutics.

3 interpretation.



اما ویژگی اساسی علم تفسیر با علوم دیگر در این است که عالمان همه رشته‌های علمی برای تبیین و فهم متون مثل متون فلسفی، ادبی، دینی و حقوقی و مانند آن به علم تفسیر نیاز دارند، ولی خود علم تفسیر، علمی مصرف‌کننده است نه مولد. این علم تفسیر به معنای عام است که از نتایج سایر علوم به‌ویژه از دانش زبان‌شناسی استفاده می‌برد. به عبارت دیگر، قواعد هیچ علمی بدون این قواعد عام تفسیری قابل فهم نیست، زیرا مفاهیم علمی را باید با قواعد ادبی، و معانی واژگان و عبارات را باید براساس مقاصد گویندگان به مخاطبان انتقال داد و انتقال معانی به آنان، با قواعد تفسیری رشته‌های علم زبان‌شناسی میسر می‌شود که عبارتند از: علم دستور زبان (صرف و نحو)^۱، علم معناشناختی (علم وضع لغوی و استعمالی الفاظ)^۲ و علم کاربرد شناختی (مراشدشناسی یا منظورشناسی)^۳؛ قواعد این سه علم، قواعد عام تفسیری را به وجود می‌آورند (ملکیان، ۱۳۸۴: ۲۱).

از این رو، تفسیر حقوقی و کیفری بخشی از دانش هرمنیوتیک است که از ارسطو به فیلسوفان اسلامی منتقل شد. سپس ابن میمون یهودی آثار فیلسوفان اسلامی را ترجمه کرد و به اروپا انتقال داد و در دوران معاصر، هرمنیوتیک در قالب مکاتب و نظریات این دانشمندان اروپایی رشد یافت: شلایرماخر و بتی (هرمنیوتیک نظری)، هایدگر و گادامر (هرمنیوتیک فلسفی)، هابرماس و هرش (هرمنیوتیک انتقادی)، پل ریکور (هرمنیوتیک پدیدارشناسی)، براتا و لوی استراوس (هرمنیوتیک ساختاری)، و ژاک دریدا (هرمنیوتیک ساختارشکن). این عالمان به این می‌پردازند که چگونه به متن معنا داده می‌شود و رابطه سه طرفه بین متن، مؤلف متن و خواننده چگونه است (Barak, 2005: p.55) و در پی این هستند که آیا متن معنایی عینی و همگانی دارد که بتوان از الفاظ آن دریافت یا معنای مستقلی جدای از مفسر ندارند، به گونه‌ای که با تفاوت مفسر، تفسیر نیز متفاوت می‌شود یا شاید معنای متن، همان معنای شخصی مؤلف باشد. در واقع، قصد مؤلف هدف اصلی همه این نظریات هرمنیوتیکی است و برخی مثل هرش این قصد را کلید همه نظریات تفسیری می‌دانند (Hirsch, 1967: p.55).

اما غیر از دانش تفسیر به معنای عام، جامعه علمی ما با علم تفسیر به معنای خاص بیش‌تر آشنا است و آن را معمولاً در مورد فهم و تفسیر قرآن به کار می‌برد. علامه طباطبایی آن را علمی می‌داند که به معانی آیات قرآنی و کشف مقاصد و مدلولات آن می‌پردازد (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۷) و ملا صدرا هم غرض حقیقی از تفسیر قرآن را فهم خطابات الهیه و نحوه حال مخاطبین و معرفت به لسان متکلم در

1- syntax.
2 semantics.
3 pragmatics.





مورد خطابات او معرفی می کند (صدرالدین شیرازی، ۱۹۸۱: ۱۳۶). در این مقاله، مقصودمان از استعمال این واژه، همان دانش تفسیر به معنای عام آن است.

۲- ویژگی‌های تفسیر جزایی

مردم با نشانه‌ها و قواعد زبان‌شناسی قادر به تفهیم و تفاهم با یکدیگر می‌شوند، اما این قواعد شرط لازم فهم اند، نه شرط کافی، زیرا ابزارهای دیگری نیز ضروری اند. مثلاً اگر فردی در بخشی از نامه به دوست خویش این گونه بنویسد: «لطفاً ویلایی کنار ساحل برایم تهیه کن. می‌خواهم ایام تعطیلات را در تابستان‌ها با دوستم آن‌جا باشم». خواننده با قواعد زبان‌شناسی در می‌یابد که معنای متن ابهام دارد؛ زیرا نمی‌تواند معانی مورد نظر نویسنده را در مورد برخی از واژگان و عبارات این متن تصور کند تا قادر به تفسیر مقصود وی شود؛ از جمله:

الف) ویلا: وسعت ویلا چقدر باشد. همچنین در مجتمع ویلایی باشد یا خیر، دیوارهای بلند داشته باشد یا بدون دیوار، خانه‌های اطراف بر وی مشرف نباشند یا اشکالی ندارد و غیره.

ب) تهیه کن: آیا تهیه کن، یعنی بخر یا این که اجاره کن، با این که زمین ساحلی را بخر و بعد ویلا بساز، یا اصلاً با کلاهبرداری و هر نوع ارتکاب جرم دیگر مثل قتل صاحب ملک یا سند سازی، مالکیت را به نام من انتقال بده.

پ) دوست: آیا دوست وی زن است یا مرد و مانند آن‌ها.

به رغم ابهامات مذکور، می‌توان با قواعد زبان‌شناسی و با کمک ابزارهای تفسیری دیگر، به مراد نویسنده پی برد؛ از جمله:

الف) ایدئولوژی: با بررسی اعتقادات و تفکر نویسنده به دست می‌آید که او فردی متدین بوده و اهل اسراف و تبذیر نیست. پس ویلایی به وسعت متعارف در منطقه بی‌سر و صدا را کافی می‌داند و چون در مجتمع‌های ویلایی آزاد به علت تردد افراد خوشگذران، معمولاً با سر و صدا، موسیقی و برگزاری مهمانی‌ها همراه است، ویلاها به یکدیگر مشرفند و با دیوارهای کوتاه یک متری از یکدیگر جدا می‌شوند، چنین مکانی به یقین مورد پسند نویسنده نخواهد بود.

ب) وضعیت اقتصادی: عبارت «تهیه کن»، ظهور در اطلاق دارد و شامل خریدن، اجاره کردن، رهن و غیره می‌شود؛ اما وضعیت مالی گوینده در کنار عبارت «ایام تعطیلات در تابستان‌ها»، دایره آن را مقید به خرید یا ساخت می‌سازد؛ چون نشان می‌دهد که در همه تابستان‌ها می‌خواهد آن‌جا باشد و این امری مرسوم در شهرهای ساحلی است.





پ) قصد: با بررسی اعتقادات و اوضاع و احوال زندگی وی می توان در یافت که او در زندگی به دنبال چیست و به چه هدفی به دنبال تهیه ویلایی در منطقه است؛ آیا به دنبال انجام پروژه های مطالعاتی است، در پی اتلاف وقت و خوشگذرانی است، و چون با بررسی عقاید وی، شخصیت اخلاقی و تدین وی آشکار شود، می توان دریافت که هر هدفی داشته باشد، نهایتاً به دنبال گناه نیست. پس می توان خانه مناسب شأن را برای وی خریداری کرد.

این تفسیر بر سه پایه استوار بود:

اول: نظریه تفسیری: خواننده با بررسی باورها و مبانی نویسنده، دیدگاه و نظریه او را در مورد معانی واژگان و عبارات به دست آورد و براساس نظریه مؤلف، دیدگاه و نظریه تفسیری خود را بنا نهاد و بر همان اساس، به فهم معنای متن نزدیک شد.

دوم: منابع تفسیری: علاوه بر متن، خود شخصیت نویسنده و اعتقادات، اهداف، زمینه ها و موقعیت او و همچنین شرایط محیط و فهم و تفاهم مردم منطقه، منابع مهمی بودند که فهم معانی متن را برای خواننده میسر ساختند.

و سوم: قواعد تفسیری: خواننده براساس دیدگاه مؤلف و منابع تفسیری قادر شد به قواعد تفسیری مناسب دست یافته، معنای مقتضی را به متن بدهد و در نتیجه، وظیفه خود را چنین تشخیص دهد: از قیل این که ویلا با زمینی به مساحت حدود ۳۵۰ متر با ۱۲۰ متر زیر بنا با دیواری بلند و در همسایگی افراد متعارف باشد. پس او این همه معانی را مدیون قواعد تفسیری است.

روند مذکور در هر نوع متنی وجود دارد و در این جا، برای شناخت ویژگی های تفسیر در قوانین جزایی، پایه ها و عوامل آن را مطالعه می کنیم.

۲-۱ نظریه تفسیری

به اعتقاد متکلمان شیعه، همان گونه که صحنه هستی، یک مدبر حقیقی دارد، صحیفه تشریع و قانونگذاری هم حاکم یگانه ای دارد که خدای سبحان است (سبحانی، ۱۳۸۶: ۶۰) و این همان توحید در تقنین است و قرآن کریم (مائده، آیه ۴۴) هر حکم خارج از چارچوب قانون الهی را مایه کفر (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ)، فسق (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) و ستم (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) قلمداد می کند (مائده، آیه ۴۶ و ۴۷). پس توحید اساس تمامی نوامیس و احکام اسلامی را تشکیل می دهد (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۱۸۴) و حق سلطه پیامبر و امامان معصوم با اراده الهی مشروعیت یافته و با مثل بیعت (دموکراسی)، شورا و عهد و غیره مشروعیتی پیدا نمی کند (رضوانی، ۱۳۸۴: ۴۶۵). چون شئون قانونگذاری و اطاعت، ذاتاً برای خداوند





ثابت است، پس برای انبیا و اوصیای الهی نیز باید با فرمان و اجازه او باشد: وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ؛ هیچ پیامبری را نفرستادیم، مگر آن که اذن خدا اطاعت شود (نساء، آیه ۶۴) و در مورد پیامبر نیز فرمود: مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ؛ هر کس از پیامبر اطاعت کند، از خدا اطاعت می کند (نساء، آیه ۸۰).

قانونگذار امامی براساس چنین اعتقادی نظریه حقوقی خود را بنا می نهد و نظام عدالت کیفری و ماهیت قوانین جزایی را بر تقنین توحیدی و حقوق الهی استوار می سازد. پس از این جهت، نظام کیفری امامیه در برابر نظام عرفی^۱ حقوق غرب قرار می گیرد، زیرا اساس نظام اخیر را دیدگاه انسان گرایی (اومانیزم یا اصالت انسان)^۲ و محوریت اراده آدمی تشکیل می دهد.

از این رو، در نظام امامیه، قاضی در فهم قانون باید از نظریه توحیدی تبعیت کند و مصادیق فرعی و جزئی قانون را منطبق با مقاصد قانونگذار امامی قرار داده، آن ها را از مواد قانونی بیرون بکشد و به این ترتیب، دادرس نمی تواند با تفسیر، هر معنایی را به دلخواه خویش از قانون بیرون آورد، بلکه باید آن را با خواست الهی منطبق سازد تا تفسیر نیز مثل تقنین مشروعیت یابد.

شاید بتوان این سخن علامه طباطبائی را موافق با نظریه تفسیری توحیدی دانست: «در آیین اسلام ارتباط و اتصال میان اصول و فروع به نحوی است که هر حکم فرعی از هر باب که باشد اگر تجزیه و تحلیل شود فقط به همان کلمه توحید بر می گردد و کلمه توحید نیز با ترکیب همان احکام و مقررات فرعی حاصل می شود» (طباطبائی، ۱۳۷۴: ۱۵۶).

در واقع، به نظر می رسد که مقصود علامه از اصول و فروع، با تشریع و تفسیر همخوانی دارد. در نتیجه، همان گونه که طبق اصل چهارم قانون اساسی، قانونگذار نمی تواند قوانین را خارج از حدود قانون اساسی و موازین شرعی وضع و تصویب کند، دادرس نیز نمی تواند فراتر از چارچوب شرع و اصول قانون اساسی به تفسیر قانون بپردازد.

مثلاً اگر قاضی هدف از مجازات های بدنی مثل شلاق، رجم و قطع عضو را این بداند که محکوم باید کیفر ببیند، نه این که درد و رنج آن را هم تحمل کند، آیا می تواند دستور دهد که در حین اجرای کیفر، بدن محکوم را بی حس کنند تا درد ناشی از عقوبت را احساس نکند؟ این تفسیر با هدف مقنن سازگاری ندارد و همچنین از قرآن منبع اولیه کیفرهای اسلامی، به دست می آید که دردناک بودن کیفر به مقدار متعارف، شرطی لازم بوده، جزء اصل کیفر قرار می گیرد. به همین دلیل، آیه زنا: لا





تأخذکم بهما رأفه (نور، آیه ۲)، آیه سرقت: نکالا من الله (نساء، آیه ۳۸)، آیه لعان: و یدرؤا عنها العذاب (نور، آیه ۸)، آیه زنا و لواط: فأعرضوا عنها (نساء، آیه ۵)، آیه قذف: و لهم عذاب عظیم (نساء، آیه ۱۶) و مانند آن براساس فهم عرفی و ارتکازات عقلایی، ظهور در دردناک بودن دارند و مقصود از تشریع کیفرهای بدنی نیز همین است که محکوم عذاب دیده، آزرده شود تا هدف مقنن از ارباب محکوم و دیگران تحقق یابد. بنابراین، تفسیر مذکور عدول از مراد شارع و قانونگذار و خلاف موازین خواهد بود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۳۳۶).

۲-۲ منابع تفسیر

منابع در علم تفسیر قانون اصطلاحاً در معنای عناصر و عوامل دخیل در فهم متن به کار می‌رود که فهرست طولانی‌ای از عناوین این منابع یا عناصر را می‌توان به دست داد، از قبیل علائق و دغدغه‌های مؤلف، پیشفرض‌های او، هدف و غرض او از صدور متن، خود کلمات و عبارات متن، بافت متن، درک و فهم مخاطبان و مفسران اولیه، دغدغه‌های مفسر، مفروضات او، نظام سیاسی حاکم، نظام حقوقی و کیفری حاکم، شرایط فکری و اعتقادی جامعه، شرایط صلح و جنگی. ولی معمولاً نویسندگان آثار هرمنیوتیک این عوامل را در سه منبع: مؤلف متن (مقنن)، مفسر (دادرس)، متن (قانون) خلاصه می‌کنند (نصری، ۱۳۹۰: ۱۳۱).

با این حال، مهم‌ترین منبع تفسیر برای دادرس، همان ذهن و فکر قانونگذار امامی است که قانون را پدید می‌آورد. پدیده و اثر همیشه بر مؤثر دلالت دارد. پس الفاظ قانون نیز می‌تواند دال و نشانگر فکر مقنن باشد و مقاصد او را نشان دهد. در عین حال، سرانجام باید برای رفع ابهام متن، از خود قانونگذار استفسار کرد (رازی، ۱۳۷۳: ۲۲۱)؛ مگر خود مقنن، منابع معتبر تفسیری جانشین را معین سازد (اصل ۱۶۷ قانون اساسی).

این که چرا متن و در این جا قانون، ذهن پدیدآورنده و مقاصد مقنن را نشان می‌دهد، فیلسوفان اسلامی ما به‌خوبی آن را تبیین کرده‌اند. به نظر ایشان، الفاظ متن، معلوم خارجی‌اند و معلوم ذهنی مؤلف را آشکار می‌سازند. از این رو، وقتی قاضی مصوبه قانونی را ادراک کند، در حقیقت، به قصد و ذهن قانونگذار دست می‌یابد. مصوبه قانونی وجود کتبی یا لفظی است و به قول میرداماد (متوفای ۱۰۴۱ق)، در وجود کتبی یا لفظی نیز موجود خارجی بالذات، همین حروف و الفاظ و نقوش و ارقام است که صورت لفظی و هویت اسمی آن ذات است (میرداماد، ۱۳۸۰: ۶۷).

بنابراین، وجود کتبی و لفظی نیز مشمول قاعده کلی است که حاجی ملاهادی سبزواری در منظومه به آن اشاره می‌کند: للشیء غیر الکون فی الاعیان / کون بنفسه لدی الاذهان: یعنی هر شیء دو





وجود دارد: وجود خارجی و وجود ذهنی. مثلاً در ما نحن فیه، ابتدا بایدها و نبایدهای کیفری، در ذهن قانونگذار ایجاد می‌شوند (معلوم ذهنی) و او آن‌ها را در قالب مصوبات قانونی در می‌آورد (معلوم خارجی) و این دو (و در این جا یعنی مقاصد و مصوبات قانونی) ذاتاً با یکدیگر تفاوتی ندارند، جز این که هنجارها از وجود ذهنی به وجود خارجی و عینی انتقال می‌یابند (مطهری، ۱۳۷۸: ۲۰۹). بنابراین، قانونگذار اول فکر می‌کند و نتیجه فکرش را با تألیف مواد قانونی ظاهر می‌سازد و دادرسی برای فهم فکر او، از همان مسیر، ولی در جهت عکس آن باید حرکت کند و از متن قانون به اندیشه مقنن پی ببرد. در نتیجه، هر چند قاضی رسیدگی کننده به پرونده، مقاصد قانونگذار را در شکل مواد قانون جزایی در پیش رو دارد، ولی او با فهم معنای قانون، به نیات و مقاصد قانونگذار پی خواهد برد و اصل قانونمندی (اصل ۱۶۶ ق.ا.، ماده ۱۲ ق.م.ا و ماده ۲۱۴ ق.آ.د. کیفری)، به معنای متن محوری در تفسیر جزایی نیست، بلکه دادرسان امامی به پیروی از فقها همیشه در پس تفسیر و معنایابی متون قانونی، قصد و مراد مقنن را در نظر می‌گیرند و حتی هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز برای معنایابی قانون طبق مراد مقنن به صدور آرای وحدت رویه اقدام می‌کند، چنان که در رأی وحدت رویه شماره ۶۴۹-۵/۱۳۷۹، هیأت عمومی دیوان عالی کشور اظهار داشت:

از ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری چنین استنباط می‌شود که مقنن به منظور تسریع در جبران خسارت متضرر از جرم مقرر داشته ...

همان‌طور که روشن است استنباط از ماده مذکور حول محور منظور و مقصود قانونگذار صورت گرفته و لذا رأی وحدت رویه را می‌توان قصدشناسی معانی متون قانونی توصیف کرد. اما شناسایی مقاصد قانونگذار فقط به همین جا ختم نمی‌شود، بلکه براساس نظریه تفسیری امامیه و با تحلیل ماهیت قانون (توتولوژیک) می‌توان مجموعاً شش منبع را برای شناسایی مقاصد مقنن به دست آورد: الف) قانونگذار، ب) قانون، پ) قاضی، ت) زمینه تصویب قانون، ث) زمینه تفسیر قانون و ج) فهم مخاطبان اولیه قانون.

هر چند برخی تنها چهار منبع نخست را عوامل فهم می‌دانند (واعظی، ۱۳۹۰: ۲۲۸)، ولی با دقت در این که مقنن (منبع نخست) به خاطر شرایط و دلایلی (منبع دوم) به تصویب مواد قانونی (منبع سوم) می‌پردازد و قانون را به مردم (منبع چهارم) اعلام می‌دارد و قاضی (منبع تفسیری پنجم) نیز تحت شرایطی و به خاطر حل و فصل دعوا (منبع ششم) به دنبال تفسیر آن بر می‌آید، می‌توان دریافت که قاضی جمعاً شش منبع تفسیری فوق را در پیش رو خواهد داشت. در واقع، او می‌تواند از دل منبع اول، پنج منبع بعدی را بیرون آورد و این در واقع به این معنا است که فرق آن‌ها فقط در اجمال و تفصیل





است. به همین دلیل، دادرس امامی بر اساس تعالیم امامیه می‌کوشد تا مقاصد مقنن را به ترتیب، طبق همه منابع فوق فاش سازد و تنها به دو یا چند منبع اکتفا نکند.

اما بر اساس، نظریات تفسیری جدید که عمدتاً زیر تأثیر مکاتب هرمنیوتیک فلسفی و ساختارشکن و مانند آن ظهور یافته‌اند، معمولاً قاضی به دو یا حد اکثر سه منبع تکیه می‌زند (پژوهشکده تحقیقات اسلامی، ۱۳۸۶: ۴۷۲).

۲-۳ قواعد تفسیری کیفری

تأسیس و تنظیم قواعد تفسیری جزایی سومین و مهم‌ترین مرحله فرایند تفسیری است که وقتی قاضی آن‌ها را بر اساس نظریه تفسیری خویش از دل منابع تفسیری بیرون بکشد، تفسیر او به پایان رسیده، معنای متن را آشکار می‌سازد. پس سه عامل تفسیری در نهایت به فهم معنا و کشف قصد قانونگذار باید منتج شوند. در این مبحث، ابتدا ماهیت قواعد تفسیری را بررسی کرده، سپس طبق مقاصد قانونگذار، انواع آن را بر می‌شماریم.

۲-۳-۱ ماهیت قواعد تفسیری کیفری

ماهیت قاعده حقوقی را کلیت تشکیل می‌دهد؛ زیرا امور انسانی غیر قابل پیش‌بینی و غیر نظام‌مند هستند و هر لحظه امکان دارد حادثه و اتفاقی با ماهیت و هیأتی جدید رخ بدهد. بنابراین، قانونگذار نمی‌تواند موارد جزئی را در قانون پیش‌بینی کند (ارسطو، ۱۳۴۳: ۱۰۶؛ طوسی، ۱۳۶۱: ۵۴۳؛ به بعد؛ رنه داوید، ۱۳۶۴: ۸۹).

در این مورد، نظام‌های حقوقی برای فهم قواعد حقوقی، روش‌های مختلفی را در پیش می‌گیرند. معمولاً در نظام‌های حقوقی مدون، قضات و صاحبان مشاغل حقوقی تا اندازه‌ای آزادی عمل دارند و می‌توانند قواعد حقوقی را با قواعد تفسیری متناسب بر مصادیق آن منطبق سازند. هرچند با قواعد تفسیری می‌توان موارد جزئی را از قواعد حقوقی بیرون کشید، ولی همیشه تعداد قواعد تفسیری در برابر قواعد حقوقی نسبت عکس دارد. هرچه قواعد حقوقی کلی‌تر باشد، مصادیق زیادتری را در بر می‌گیرد. این یعنی این که تعداد قواعد حقوقی کاهش می‌یابد، ولی در عوض، تعداد قواعد تفسیری افزایش می‌یابد. در نتیجه مفسر (قاضی) می‌بایست از منابع فهم، این قواعد را به دست بیاورد؛ چنان‌که در مورد مثال خرید ویلا آن‌ها را دیدیم.

مثلاً اگر مقنن این طور می‌گفت: «مرتکب قتل عمدی، مستوجب قصاص است»، در این صورت، قاضی می‌بایست این قاعده کیفری کلی را دست‌کم با سه قاعده تفسیری کشف می‌کرد که هم اکنون در بندهای الف، «ب» و پ ماده ۲۹۰ ق.م.ا. مصوب ۹۲ تبلور یافته است: از قبیل هرگاه مرتکب





با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا فرد یا افرادی غیر معین از یک جمع را داشته باشد....

با این حال، فهم برخی واژگان در بند «الف» همین ماده، به چند قاعده تفسیری نیاز دارد: اولاً قاضی معنای کلمه کار و قصد (اعم از قصد فعل و قصد نتیجه) مرتکب را که موجب عمدی شدن جنایت می‌شود، با فهم عرفی به دست می‌آورد. در این ماده، کار اعم از عمدی و غیر عمدی است؛ ولی به یقین مراد مقنن کار عمدی است و قصد جنایت نیز به قصد شخصی تفسیر می‌گردد؛ ولی مصداق آن با ضابطه نوعی (فهم عرفی) اثبات می‌شود، به این معنا که همه مردم، با این شرایط، کار مرتکب را بر قصد شخصی وی حمل می‌کنند (Bassiouni, 1982: p.164).

ثانیاً قاضی باید مجنی علیه (یعنی واژگان فرد یا افراد معین...) را از نظر مقنن، به انسانی زنده با حیاتی مستقر (مفهوم مخالف حیات غیر مستقر در ماده ۳۷۲ ق.م.ا) معنا کند (بهجت فومنی، استفتاءات، ج ۴، ۴۷۴).

پس اگر مقنن متن فوق را مثلاً چنین می‌نگاشت: «هرگاه مرتکب با انجام کاری عمدی، قصد ایراد جنایت بر فرد یا افراد زنده معین... داشته باشد»، استناد به قواعد تفسیری لزومی نداشت و به همان اندازه کاهش می‌یافت. این بدان معنا است که دادرسان در هنگام رسیدگی به دعاوی فقط به قواعد حقوقی تکیه ندارند، بلکه کلیت این قواعد آنان را ملزم می‌گرداند تا برای شناخت وقایع حقوقی، کم و بیش، به قواعد تفسیری آن‌ها نیز استناد کنند (رنه داوید، ۱۳۶۴: ۸۹؛ Scott, 2010: p.3).

استناد به قواعد تفسیری چنان اهمیت دارد که اکثر نظام‌های حقوقی در غرب به قاضی کمک کرده، قواعد تفسیری لازم را به تصویب قانونگذار رسانده‌اند. برخی مثل آلمان و اسپانیا به تصویب قواعد تفسیری کلی بسنده کرده‌اند. مثلاً ماده ۱۳۳ قانون مدنی آلمان از قاضی می‌خواهد که با توجه به قاعده تفسیری «متابعت از قصد قانونگذار»، قانون را معنا کند. همچنین طبق بند یک ماده سه قانون مدنی اسپانیا، دادرسان باید در فهم قانون به این قواعد تفسیری استناد کنند: «هنجارها باید براساس معنای مناسب واژگان، مرتبط با زمینه، پیشینه تاریخی و قانونگذاری، واقعیت اجتماعی هنگام صدور این هنجارها، ذهنیت اصلاح‌کننده قانون و اساساً روح و هدف او تفسیر شوند» (Solen, 211: p.3).

در مقابل، بیش‌تر نظام‌های حقوق کامن‌لا و عرفی ترجیح داده‌اند تا روش تفسیر قانون و قواعد آن را به صورت قانون قواعد تفسیری مفصل تدوین کنند تا اولاً برای همه محاکم به صورت قواعد آمره درآید و ثانیاً قضات با توجه به قواعد یکسان، آرای خود را تا حد ممکن به صورت مشابه صادر کنند؛ مثل قانون تفسیری انگلیس (Interpretation Act of 1978). به این ترتیب، قضات به ضابطه تفسیری





قانونگذار دست یافته و طبق الگوی او حرکت خواهند کرد و احتمال بیش‌تری دارد که به معنای متن و قصد و هدف او در متن دست یابند؛ ضمن این که بار تنظیم قواعد تفسیر حقوقی از دوش آنان برداشته می‌شود (Scott, 2010 : p.4).

قانون اساسی ما (اصل ۷۳ ق.ا.ا.) نیز وقتی تفسیر را بر عهده قاضی می‌نهد، در واقع، تعیین قواعد تفسیری را هم بر عهده دادرس قرار می‌دهد و اگر غیر از این بود باید روش و قواعد تفسیری را در قانون تعیین می‌کرد.

۲-۳-۲ مقاصد قانونگذار

از نگاه اصولیین و زبان‌شناسان، برای هر متنی می‌توان دو معنا قائل شد و چون فرایند تفسیر، فرایند معنایابی متن است، پس مفسر در تفسیر متن باید به دو معنا توجه کند؛ ابتدا باز هم از اهل زبان و عرف شروع می‌کنیم.

معمولاً مردم با یکدیگر سخن می‌گویند و با هم دیگر تفهیم و تفاهم دارند و کلام و نگاشته یکدیگر را درک می‌کنند، هر چند اغراض و اهداف متفاوتی دارند. مثلاً اگر کسی بگوید: «در اتاق باز است»، ما معنای این جمله را می‌فهمیم، ولی در شرایط متفاوت می‌توان تفاسیر مختلفی برای آن قائل شد (صفوی، ۱۳۷۹: ۴۲). مثلاً اگر گوینده بخواهد دیگران صدایشان را نشنوند، گفتن در اتاق باز است، یعنی صدایتان را پایین بیاورید. اگر متکلم صدای مخاطب را نمی‌شنود، گفتن در اتاق باز است، یعنی بلندتر سخن بگویید، یا گاهی در اتاق باز است، یعنی بیا داخل. همچنین گاهی یعنی برو بیرون و غیر آن. پس این جمله در همه شرایط فقط یک معنا دارد؛ ولی به لحاظ کاربردی یعنی تحت شرایط و با انگیزه‌های مختلف، در معانی مختلفی به کار می‌رود و به همین دلیل، هر گوینده‌ای می‌تواند همین پاره گفتار چهار کلمه‌ای «در اتاق باز است» را با مقاصد متفاوت استعمال کند و لوازم مختلف یک معنا را درک کند. به تعبیری دیگر، در استعمال تعابیر زبانی، دو معنا را می‌توان قصد کرد:

الف- قصد معنای ثابت که به حوزه دانش معناشناسی (سمانتیکی) ارتباط می‌یابد. معنای ثابت جمله از گوینده، شنونده و شرایط حاکم بر سخن استقلال داشته، ساختار جمله براساس قواعد دستوری و معانی واژگان مورد التفات قرار می‌گیرد. از این رو، جمله با توجه به واژه‌های به کار رفته در آن، معنای ثابت و معینی را به شنونده منتقل می‌کند (صفوی، ۱۳۷۹: ۴۴). طبق همین معنای ثابت معمولاً دادرس مقاصد گوینده را می‌فهمد و قصدش را به وی نسبت می‌دهد و لو متکلم بعضاً قصد خویش را انکار کند.





معنای سمانتیکی در اصطلاح اصولیین همان معنای منطوق یا مدلول مطابقی است. مرحوم مظفر در باره این قسم از معنای متن می گوید: مقصود اصولیین از منطوق، معنایی است که خود لفظ ذاتاً بر آن دلالت می کند؛ به گونه ای که لفظی که در کلام آمده، این معنا را حمل می کند (یعنی لفظ این بار معنایی ثابت را دارد) و قالب این معنا است. پس این معنای منطوق است و اسم دال را بر مدلول نهادند؛ معنای منطوقی فقط به معنا و مدلول مطابقی اختصاص دارد؛ حتی اگر معنایی به صورت مجازی و با قرینه استعمال شود (مظفر، ۱۴۳۰: ۱۵۵).

ب- قصد معنای کاربردی که در قلمرو علم کاربردشناسی قرار می گیرد و وابسته به اغراض و اهداف گوینده سخن، همیشه یکسان نیست (یول، ۱۳۸۷: ۱۲). در این حالت، معنا از گوینده، شنونده و شرایط حاکم بر بیان جمله مستقل نیست و برخلاف معنای سمانتیکی، گوینده به معنای موضوعی و واژگان توجه ندارد، بلکه به اصطلاح اصولیین به مفهوم جمله عنایت دارد. این معنای مفهومی است نه منطوقی و به قول صاحب کفایه، حکم در کلام گوینده ذکر نمی شود برخلاف معنای منطوقی که حکم وی در کلام بیان می گردد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۹۳). معنای کاربردی در علم اصول با مدلول و معنای التزامی نزدیک است.

دقیقاً این دو قصد از معنا در متن قانون جزا هم وجود دارد. مثلاً در گزاره های کیفری، قانونگذار مواد قانونی را برای وصول به دو معنا وضع می کند:

الف: قصد معنای متن که همان معنای ثابت است؛

ب: قصد از القای متن که معنایی متغیر بوده، به هدف کاربردی القا می گردد.

مثلاً طبق ماده ۶۰۹ ق.م.ا. کتاب تعزیرات: «اهانت به کارکنان دولت موجب حبس تعزیری سه تا شش ماه می شود». برای این ماده به لحاظ معناشناسی تنها یک معنا متصور است و نه بیش تر و آن هم این است: ممنوعیت اهانت به کارمندان. ولی اهداف گوناگونی باعث می شود تا قانونگذار هر نوع اهانتی را نسبت به کارکنان دولت مستوجب کیفر قرار دهد؛ از قبیل پیشگیری از وقوع جرائم علیه آنان، احترام و ارزش به کار و خدمات دولت، تأمین امنیت شغلی و آسایش روحی کارکنان و مانند آن.

از این رو، دادرس برای فهم معنا، اولاً باید بداند که مقنن از این متن چه معنایی را قصد کرده و مرادش از الفاظ، عبارات و جمل یک ماده قانونی (قصد معنای سمانتیکی یا ثابت) چه معنایی بوده است؟ و ثانیاً او باید بداند که قانونگذار آن متن را به چه هدف و انگیزه ای القا کرده، مراد او حل چه مسأله ای بوده، و او با این قانون (قصد معنای کاربردی یا متغیر) می خواسته چه مشکلی را حل کند؟





اما هریک از دو معنای ثابت و متغیر، یا شخصی (ذهنی) هستند یا همگانی (نوعی و عینی). قصد معنای ثابت، همان معنای الفاظ متن است و قصد معنای کاربردی، در واقع، هدف و فلسفه هریک از مواد قانونی را تشکیل می‌دهد. به این ترتیب، دو معنا برای هر قصد متصور است:

الف: معنایی که قانونگذار به طور شخصی قصد می‌کند؛

ب: معنایی که همه تحت شرایطی، قصد آن را به مقنن نسبت می‌دهند.

به همین دلیل، امروزه ادبیات تفسیری حقوق غرب، قصد قانونگذار را به قصد شخصی و همگانی یا همان ذهنی و نوعی تقسیم می‌کند، زیرا سرعت در رسیدگی به پرونده، لزوم تفسیر متن کیفرخواست و عبارات قانونی، و همچنین گاهی مشکلات دستیابی به قصد شخصی قانونگذار باعث شده‌اند تا قضات بعضاً قصد همگانی را جایگزین قصد شخصی قرار دهند (Zweigert, 1998, p.3). بنابراین، دادرس هر گاه نتواند مراد شخصی قانونگذار را از الفاظ متن دریابد، باید قصد قانونگذار نوعی را معیار معنایی متن قرار دهد. مصادیق قصد قانونگذار نوعی عبارتند از: الف) فهم همه قضات، ب) هدف نظام عدالت جزایی و پ) هدف نظام سیاسی.

یادآور می‌شویم که فقیهان امامیه، چندین قرن گذشته، این تقسیمات را در قالب تقسیم نص و ظاهر آورده بودند و از زمان فتح باب اجتهاد، به مرور، نهاد عرف و فهم عرفی را جهت کشف قصد نوعی و همگانی شارع بنیاد نهادند و با دقت، قلمرو آن را تعیین کردند (کلاتری ارسنجانی، ۱۳۷۹؛ جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۹). به هر حال، حقوق امامیه با رویکردی تلفیقی هم به قصد شخصی و همگانی و هم به هدف و فلسفه تشریع احکام توجه خاص داشته است و قاضی امامی با پی‌جویی آن‌ها یعنی قصد شخصی، قصد همگانی و هدف، در مسیر مطمئنی برای معنایی الفاظ متن حرکت کرده، ابهامات تعابیر زبانی شامل واژگان، عبارات و جمل را با فرایند تفسیر مناسب می‌زداید.

۳- انواع قواعد تفسیری جزایی

دادرسان برای فهم متون جزایی، ناگزیرند معنا را با رعایت قواعد زبان‌شناسی و اصول تفسیری جزایی به دست آورند. قواعد زبان‌شناسی، قواعد عام تفسیری‌اند که اهل زبان با آن‌ها، خواست‌ها و امیال خود را در کلام و کتاب به یکدیگر انتقال داده، با متن گفتاری و نوشتاری، مقاصد خود را به دیگران می‌فهمانند (یوهان سون و لارسن، ص ۵). همان‌طور که پیش از این گفتیم، این قواعد در همه رشته‌های علمی اعم از ریاضی، فلسفه، فیزیک، جامعه‌شناسی، سیاست، اخلاق، حقوق و غیره به کار می‌روند و اصولاً بدون این قواعد، فهم هیچ‌یک از این علوم امکان ندارد.





هرچند این قواعد عام تفسیری لازمند، ولی البته کافی نیستند، بلکه علاوه بر آن، به قواعد تفسیری خاص هر رشته علمی هم نیاز است. از این رو، عالمان رشته حقوق جزا برای فهم متون کیفری باید قواعد خاص تفسیری را نیز به کار بندند که در قلمرو علم حقوق جزا قرار دارد. حال در دو مبحث، به احصای قواعد تفسیری عام و خاص کیفری می‌پردازیم.

۳-۱ قواعد عام تفسیری

قانونگذار سعی دارد که قصد خویش را از عبارات و الفاظ در قانون کاملاً روشن سازد؛ اما این که قاضی خواهد توانست از متن قانون، قصد مقنن را احراز کند یا نه، با سه قسم متن قانونی مواجه می‌شود: نص، ظاهر و مجمل.

قواعد عام تفسیری، ابزار مناسبی هستند که قاضی به استناد آن‌ها، معنای متن را بیرون می‌کشد و به این طریق، صراحت، ظهور یا اجمال قانون را معلوم می‌نماید. حال پیش از برشمردن قواعد عام تفسیری به مفهوم هریک اشاره می‌کنیم:

الف) نص: قانون بر یک مدلول و معنای واحد دلالت قطعی داشته، بر حسب معانی واژگان و هیأت جمله، احتمال وجود معنایی دیگری در آن نمی‌رود؛ مثل این که بگوید قاتل قصاص می‌شود؛ پس معنای قصاص شامل تعزیر مثلاً نیست (سبحانی، ۱۳۸۵: ۱۰-۱۱).

ب) ظاهر: گزاره قانونی بر چند معنا دلالت دارد، ولی ذهن ما یکی از این معانی را زودتر از بقیه تصور می‌کند؛ یعنی ذهن هنگام تصور الفاظ قانون، فوراً به یکی از معانی آن منتقل می‌شود. در عین حال احتمال اراده سایر معانی آن هم وجود دارد؛ جز این که ذهن ما معنای متبادر و منسب از الفاظ را بر حسب نظام واژگان یا تفاهم عرفی تصور می‌کند؛ مثل این که لفظ عاری از قید را به معنایی مطلق فهم کند یا برای برخی جملات، مفهوم قائل شود.

ج) مجمل: مدلول و مفاد دلیل بین دو یا چند معنا مردد باشد، به گونه‌ای که بتوان هریک از معانی را طبق نظام لغوی بر دلیل انطباق داد؛ یعنی لفظ بین چند معنا، مشترک لفظی است و همه معانی به اندازه مساوی قابل فهمند و هیچ‌یک بر دیگری ترجیح ندارد. مثل این که گفته شود: عین را دیدم که مشترک بین چشم، چشمه، و چیزهای دیگر است (فیاض، ۱۴۲۸: ۳۱۸).

این سه قسم متن را می‌توان با مثالی روشن ساخت. اگر پدر به پسر متعارف (بالغ و فهمیده) خویش بگوید: نان بربری سبوسدار داغ بخر و سپس مقدار پول لازم را به وی بدهد، ولی بر تعداد قرص نان تصریح نکند و در عین حال، نانوائی خاصی را معلوم نسازد، فرزند برای اجرای امر پدر دست کم با سه معنا در متن روبه‌رو است:



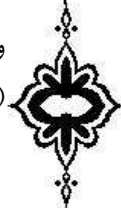


الف) معنای اول: نسبت به الفاظ «نان سبوسدار داغ بربری»، نص است، چون پدر همه ویژگی‌های نان را برشمرده، مفسر یا همان فرزند، در مورد نص، تنها به این تفسیر نیاز دارد که معانی الفاظ را تصور کند تا مقصود ذهنی پدر را از متن دریابد. به قول صاحب کفایه، پدر در این جا حکم و معنا را در کلام آورده است.

ب) معنای دوم: نسبت به تعداد قرص‌های نان، ظاهر است و فرزند در مورد معنای ظاهر، باید به مقدار پول و قیمت هر قرص نان توجه کند. از ظاهر این دو می‌فهمد که هر کس با این مقدار پول و بهای نان، مثلاً چهار قرص نان می‌خرد. واژه «هرکس» در این جا، همان فهم عرفی است و آن را می‌تواند منبع قاعده تفسیری خود قرار دهد و استدلال کند که همه در این شرایط و با این مقدار پول، متن را چنین تفسیر می‌کنند: چهار نان سبوسدار داغ بربری بخر؛ به این ترتیب، قصد نوعی پدر احراز می‌گردد؛ این قصد در کلام پدر ذکر نشده بود.

پ) معنای سوم: نسبت به خرید از نانوائی خاص اجمال و ابهام دارد، زیرا پدر نامی از هیچ‌یک از دو نانوائی محله، مثلاً یکی دور و دیگری نزدیک نبرد. در این مورد، اگر او یا دیگر اعضای خانواده قبلاً از نانوائی خاصی خرید می‌کردند، باز هم با ابهامی روبه‌رو نیست، در غیر این صورت، او باز برای دقت در اجرای دستور پدر به مفاهیم الفاظ توجه می‌کند. اگر بتواند از همه یا بعضی از الفاظ متن، مقصود را دریابد، همان را اخذ می‌کند و اگر نیافت با توجه به هدف از القای متن، ابهام را بر می‌دارد. مثلاً در این متن، تعبیر داغ، قابل توجه می‌نماید: اگر پدر داغی زمان خرید را فقط در نظر داشته باشد، در این صورت، سرد شدن آن تا خانه اشکالی ندارد. پس می‌تواند از نانوائی دورتر هم بخرد؛ یا این که نان تا خانه هم باید داغ بماند؟ در این صورت، باید از نانوائی نزدیک‌تر نان را تهیه کند. ضمناً هدف از خرید نان داغ، اگر صبحانه باشد یا نهار، یا نوع غذا آبگوشت یا چیزهای دیگر، ممکن است، خواست‌ها را متفاوت سازد.

در نظام کیفری نیز این که مقنن قصدش را در قالب چه الفاظی در متن آورده، در نحوه تفسیر ما بسیار تعیین کننده است. اما باید به خاطر داشته باشیم که قانونگذار با تصویب قوانین می‌خواهد به اهداف خویش در جامعه جامه عمل بپوشاند. پس او باید صریح و روشن سخن بگوید. ولی با همه تلاش‌ها، وجود قوانین ظاهر و مجمل اجتناب‌ناپذیر است و قانونگذار نیز در قانون اساسی به آن اذعان می‌کند (اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک). حال قواعد عام تفسیری ذیلاً آورده می‌شوند:





۳-۱-۱ قاعده متابعت از قصد شخصی (ذهنی) قانونگذار

همان طور که دیدیم، از نگاه عالمان اصولی، نص یک معنا و مدلول بیش تر ندارد و براساس قواعد لغوی و عرفی نیز احتمال نمی رود که مقنن معنای دیگری را قصد کرده باشد. لذا دلالت لفظ بر معنای مورد نظر شخصی وی قطعی است و حجیت چنین متنی هم تکوینی و هم به حکم وجدان است و از این رو، نوبت به دلیل دیگر نمی رسد (فیاض، ۱۴۲۸: ۳۲۰)؛ از نظر امامیه، نص در احکام مثل محکم در آیات است که اکثر آیات قرآن مجید را تشکیل می دهد و در نص اگر گوینده معنایی دیگری را اراده کند، مرتکب تناقض شده است (تهرانی نجفی، ۱۳۲۰: ۶۸۴ سبحانی تبریزی، ۱۳۸۷: ۲۴۶).

قابل ذکر است که دلالت اکثر قوانین جزایی و همچنین قوانین تفسیری مجلس و آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور بر معنا و قصد شخصی مؤلف، دلالت تصریحی یعنی نص است، چون کافی است که دادرس به مدلول الفاظ آنها توجه کند و قواعد کیفری را از آن استنباط کند و در نتیجه، برای حل و فصل دعاوی چندان به قواعد تفسیری (جز تصور معنای الفاظ) نیازی ندارد. زیرا همان طور که پیش از این گفتیم، نسبت قواعد تفسیری به قواعد کیفری نسبت عکس دارد؛ در جایی که مدلول متن نص باشد، متن بر قاعده کیفری صراحتاً دلالت می کند و قاضی به همان قاعده کیفری استناد می کند و لازم نیست که برای استناد به متن، از قواعد تفسیری کمک بگیرد.

مثلاً دادرس برای فهم واژه اهانت مندرج در مواد ۵۱۳ و ۵۱۴ ق.م.ا. و مانند آن، با اطلاع از قانون استفساریه یا تفسیری مصوب سال ۱۳۷۹، می تواند اهانت را اعم از الفاظ صریح و ظاهر و همچنین افعال ظاهر در توهین عرفی معنا کند. همچنین دادرس باید از آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور مطلع بوده، از نظر دیوان در فهم و معنایابی قانون متابعت کند؛ زیرا قانونگذار به موجب اصل ۱۶۱ ق.ا. و ۲۷۰ ق.آ.د.ک، دیوان عالی کشور را مرجع جایگزین خود برای تفسیر و ایجاد روش تفسیری واحد در مورد یک موضوع قرار می دهد.

۳-۱-۲ قاعده متابعت از قصد همگانی (نوعی یا عینی) مقنن

هرگاه قاضی الفاظ و عبارات متن را کاملاً حاکی از قصد شخصی مقنن نبیند، باید به این توجه کند که هریک از آن الفاظ، معنایی را نزد اهل زبان دارند و او کافی است با توجه به قواعد معناشناسی (سمانتیکی)، معنای نوعی یا ظاهر کلمات را بفهمد. در این صورت، معنای متن کیفری را قصد همگانی مقنن خواهد دانست. این نظریه که در غرب به دیدگاه تفسیری عینی شهرت دارد (Hirsch, 1967: p.13) تا حدودی با نهاد فهم عرفی در نظام حقوقی امامیه نزدیک است. با این حال، در این مورد، ذکر نکاتی حائز اهمیت می نماید:





الف) نص یا ظاهر بودن قانون، امری نسبی و اضافی است. برای نمونه، جمله «مردی را دیدم»، از جهت این که معنای مرد و دیدن و هیأت ترکیبی و اسنادی جمله روشن است، نص است، ولی از این لحاظ که مرد دانشمند بوده یا عادی، بلند قد بوده یا کوتاه، سفید بوده یا سیاه، چاق بوده یا لاغر و مانند این ها، و این که مخاطب، آن مرد را بشناسد یا نه، و نشانه ها و علائمی میان او و گوینده بوده یا نه، زمینه و بافت کلام، ویژگی های مرد را معلوم داشته یا نه، ظاهر یا مجمل خواهد بود (نصری، ۱۳۹۰: ۴۵). پس این فرد مخاطب است که میزان روشنی متن را معلوم می دارد و گرنه هر کسی، جملات و عبارات خویش را واضح و آشکار می پندارد.

ب) نص یا ظاهر بودن متن فقط با تفسیر معلوم می شود؛ زیرا معنای متن حقوقی پس از فرایند تفسیری به دست می آید و تفسیر، فرع بر توجه و التفات نفس به متن است و این شامل هر متنی می گردد. پس تنها با تفسیر به این نتیجه می رسیم که متن روشن است یا خیر (Barak, 2005: p.14).

پ) چنانچه با تفسیر معلوم شود که دلالت متن قانون بر معنا ظاهر است، اول از همه باید به سراغ خود مؤلف رفت و از بیانات و سخنان قبلی وی، به قصد شخصی وی نزدیک شد. از عبارات بوعلی سینا و برخی فیلسوفان اسلامی چنین فهمیده می شود که خواننده همیشه با الفاظ متن، به مراد مؤلف دست نمی یابد و بهترین راه پرسش از خود ماتن است (بوعلی سینا، ۱۳۸۳: ۱۵۶؛ بغدادی، ۱۳۷۳: ۲۰۹)، زیرا هر مؤلفی بهتر از همه می داند چه قصدی دارد.

از نگاه امامیه خود شارع احکام را می فرستد، پس او هم بهتر از همه آن را تفسیر می کند یا مفسر جایگزین خود را معرفی می فرماید؛ چنان که خداوند سبحان (قیامت، آیه ۱۷-۱۸) می فرماید: فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم ان علينا بیانه؛ یعنی تو ای پیامبر پس از این که قرآن را برای تو خواندیم، آن را برای مردم بخوان و بیان و تفسیر آن نیز بر عهده ما است. قرآن همچنین می فرماید: «ما اتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا»؛ یعنی هر چه پیامبر به شما گفت بر گیرید و هر چه را نهی فرمود، اخذ نکنید (حشر، آیه ۷) و همچنین امام علی (ع) می فرماید: فالتمسوا ذلک من عند اهله؛ معنای قرآن را از اهلیش یعنی از من پیرسید (حکیمی، ۱۳۸۰: ۲۸۴). پس این که مسلمانان با وجود الفاظ قرآن، باز هم باید معانی آیات را از قرآن، پیامبر و ائمه (ع) جو یا شوند، به این خاطر است که اگر معنای متن آیات شریف را در نیابند، به فرمان قرآن باید بیان و تفسیر آن را از اولیای الهی بشنوند (مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۸۹).

ت) قاضی برای فهم متن باید مثل زبان شناس عمل کند، زیرا بدو امکان است الفاظ ماده قانونی حتی مبهم به نظر برسند. بنابراین، وی با فعالیت تفسیری می تواند برای فهم قانون، از قواعد تفسیری زبان شناسی استفاده کرده، به همه علائم و نشانه های نحوی و معنا شناسی مثل نقطه، ویرگول، مفرد و





جمع و قیود، افعال و مانند آن‌ها توجه و دقت نماید. از این رو، قاضی همیشه زبان‌شناس است، ولی زبان‌شناس شاید قاضی نباشد.

قانونگذار برای کمک به فهم متن، علاوه بر رعایت قواعد زبان‌شناسی مذکور معمولاً قوانین را دسته‌بندی می‌کند. مثلاً ماده قانونی را زیر عنوان فصل، باب و کتاب به همراه بندها و تبصره‌های آن در قانون مجازات اسلامی و هماهنگ با سایر قوانین جزایی، قانون اساسی، مجموعه قوانین مدنی، بازرگانی، اداری و مانند آن، در یک کل هماهنگ جای می‌دهد (شجاعی، ۱۳۹۰: ۲۲۹). پس قاضی نیز آن ماده قانونی را نباید جدا از مواد سایر قوانین ببیند؛ چون تفسیر جزءها و بخش‌های یک قانون نیز در معیت سایر قوانین، یک کل تفسیری هماهنگ را تشکیل می‌دهند و قاضی وقتی از جزء به کل حرکت کند، معنایی اجمالی را می‌یابد و وقتی از کل به جزء برگشت کند، معنا تفصیلی را به دست می‌آورد و با این رفت و برگشت‌ها معنایی و تفسیر خود را پایان می‌دهد و روشنی معنای متن را می‌نمایاند و قصد شخصی قانونگذار را معلوم می‌دارد.

مثلاً قاضی واژه تبدیل را در ماده ۳۷ ق.م.ا. طبق عنوان فصل چهارم تخفیف مجازات، می‌تواند نوعی تخفیف مجازات تفسیر کند. او همچنین عبارت مبهم گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام (ماده ۵۰۰ ق.م.ا.) را براساس ماده ۲۵ ق. مجازات جرائم نیروهای مسلح و تبصره آن، در معنای اشرار، گروه‌ها، دولت‌هایی که با نظام اسلامی در حال جنگند یا قصد براندازی دارند و اقدامات ضد امنیت ملی مرتکب می‌شوند، تفسیر می‌نماید؛ یا مقامات رسمی و آمر قانونی را در ماده ۱۵۹ ق.م.ا. طبق ماده ۵ قانون استخدامی در معنای اشخاصی به کار می‌برد که در وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی با حکم رسمی استخدام شده‌اند.

ث) الفاظ در متون قانونی حاصل نوعی ایدئولوژی است. چون در نظام دموکراسی، مردم رژیم سیاسی خویش را انتخاب می‌کنند، پس قانونگذاران به نمایندگی از آنان به خودی خود قانون را طبق نظریه و ایدئولوژی مردم به تصویب می‌رسانند. به همین دلیل، در نظام حقوقی ایران، منبع شرع جایگاه ویژه‌ای در تقنین دارد و قانونگذار به وفور اصطلاحات فقهی را به کار می‌برد؛ مثل احسان (م. ۲۲۶)، رجم (م. ۲۲۵)، محارم (م. ۲۲۸)، ارش البکاره و مهرالمثل (۲۳۱)، تفخیز و مساحقه (م. ۲۳۵ و ۲۳۸)، قوادی (م. ۲۴۲)، قذف (۲۴۵)، حق الناس (م. ۲۵۵)، سب نبی (ص) (م. ۲۶۲)، قذف ائمه و حضرت زهرا (س) (م. ۲۶۲)، مسکر و فقاع (م. ۲۶۴)، شرایط سرقت (م. ۲۶۸)، هتک حرز (۲۷۱)، محاربه (م. ۲۷۹)، بغی و افساد فی الارض (م. ۲۸۶) و اصطلاحات دیگری همچون جنون، اکراه، مصلحت، حاکم شرع،





سال قحطی، طفل غیر ممیز، مهدورالدم، باغی و قطاع الطريق که همگی از تأثیر عمیق فقه بر شاکله و زبان قانون جزایی کشورمان حکایت دارد.

مثلاً در ماده ۲۶۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ می‌خوانیم: «هر کس پیامبر اعظم (ص) و یا هریک از انبیای عظام الهی را دشنام دهد یا قذف کند ساب النبی است و به اعدام محکوم می‌شود». قانونگذار واژه دشنام را تعریف نمی‌کند، ولی آن را از مصادیق سب النبی ذکر می‌نماید. با توجه به این که سب در کتاب تحریر الوسیله حضرت امام (ره) نیز تعریف نشده، به نظر می‌رسد که تعریف فقهی آن - الإهانه بالتقیص، سواء كان بالقذف أو بالتوصيف بمثل الحمار و الکلب (سبحانی، ۱۳۸۷: ۴۷۶) - گرهگشا باشد.

با توجه به بار ایدئولوژیکی واژگان، حتی اصطلاحات عرفی مثل مناسب‌تر به حال متهم (م. ۳۷ ق.م.ا. مصوب ۹۲)، حسن سابقه (م. ۳۸)، بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی و مسامحه و غفلت (م. ۱۴۵)، اختلال در نظم و امنیت عمومی (م. ۱۵۰)، تناسب و ضرورت دفاع (م. ۱۵۲)، همکاری مؤثر (بند پ ماده ۳۸) باید با توجه به نظام تفسیری امامیه و رژیم سیاسی آن معنا و تفسیر گردد. نه تنها این اصطلاحات، بلکه واژگان مأخوذ از قوانین خارجی و بین‌المللی مثل تعلیق (م. ۴۶)، نظام آزادی مشروط (م. ۵۸)، تعویق (م. ۴۱)، حالت خطرناک (م. ۱۵۰)، نظام نیمه‌آزادی (م. ۵۶)، پول‌شویی (م. ۳۶)، جرائم سازمان‌یافته (م. ۴۶)، قاچاق انسان (م. ۴۶) و مانند آن نمونه‌هایی از تفسیر متن با منابع فرامتنی به حساب می‌آیند، ولی باید طبق ضابطه و نظریه تفسیری امامیه معنایی شوند.

مثال واضح آن‌ها ازدواج همجنسان با یکدیگر است. نظام امامیه این امر را انحراف و سوء سابقه محسوب کرده، آن را اختلال در امر نظم و امنیت عمومی می‌انگارد و چه بسا حلیت آن مستوجب ارتداد در دین نیز به حساب آید و حتی گاه شاید بتوان بر انحرافات جنسی مذکور، عنوان حالت خطرناک نهاد. ولی در نظام حقوقی غرب، اصطلاحات حقوقی فوق بار اعتقادی و ارزشی خاص خود را دارد. بنابراین، قاضی بدون توجه به بار ایدئولوژیک و سیاسی واژگان متن، قادر به تفسیر متون جزایی نخواهد بود.

تفسیر نوعی یا فهم عرفی مجال وسیعی دارد که مهم‌ترین آن، رفع موارد مبهم از متن است؛ مثل واژگان و عبارات: سلاح (ماده ۲۷۹ ق.م.ا. مصوب ۹۲) شب یا شبانه (مواد ۶۵۱، ۶۵۴، ۶۵۶ و ۶۹۵ ق.م.ا. و ۵۱۳ مصوب ۹۲)، راه‌ها (۲۸۱ مصوب ۹۲)، منازل (۵۸۰ و ۵۹۴)، زمان قحطی (بند خ ماده ۲۶۸)، فتوای معتبر (اصل ۱۶۷ ق.ا و ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک)، اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع (۲۸۶ مصوب





۹۲)، مقدسات اسلام (۵۱۳)، تظاهر به عمل حرام (۶۳۸)، جاسوسی (۵۰۱ و ۵۰۲)، و بیماری مانع از مقاربت یا بیماری موجب خطر (۲۲۷ ق.م.ا مصوب ۹۲).

مقنن هیچ‌یک از این واژه‌ها و عبارات را تعریف نکرده و مقصود خویش را روشن نساخته است. معلوم نیست که سلاح سرد مقصود است یا گرم؛ شب از چه زمانی شروع شده و پایان می‌یابد؛ خطر مادی است یا معنوی، جمعی است یا فردی، کم است یا زیاد؛ همچنین ماهیت زمان قحطی، راه‌ها و شوارع روشن نیست. چه فتوایی معتبر است؛ فساد چه تعریفی دارد و همین‌طور بقیه اصطلاحات. در عین حال، مقنن ابهام متن را مانع از رسیدگی قاضی ندانسته، در صورت امتناع قاضی از رسیدگی، وی را مشمول کیفر اعلام می‌دارد (ماده ۵۹۷ ق.م.ا).

به نظر عالمان اصول فقه، راه‌حل مناسب برای قاضی این است که طبق رویه و طریقه عقلا، معانی ظاهرالفاظ متن را اخذ کند (جواد تبریزی، ۱۳۸۷: ۲۲۳) و در واقع، همین معنای سمانتیکی را نیز قصد همگانی یا نوعی مؤلف در نظر بگیرد.

اما به نظر برخی از نظریه‌پردازان غربی، این نظریه و همچنین فهم عرفی یا بنای عقلا با این اشکال مواجه می‌گردد که اگر متن بدون قصد شخصی مؤلف معنا شود، هیچ معنایی برای متن قانون متصور نخواهد بود و هر کس می‌تواند از متن، معنایی را اخذ کند و همان را هم به قانونگذار نسبت بدهد. شاید به همین دلیل، برخی از عالمان امامیه، برای مجرد فهم عرفی یا بنای عقلا چندان اعتباری قائل نشده‌اند (خمینی، ج ۱، ص ۲۵۰). پس چگونه باید ابهامات متن را با قصد همگانی یا فهم عرفی برطرف کرد؟

در حقوق امامیه، قاضی با استناد به اصول لفظی (در علم اصول فقه) مثل اصالت حقیقت، اصالت عموم، اصالت اطلاق و مانند آن - اعم از این که این اصول بر مبنای مرحوم آخوند به اصالت ظهور برگردند یا بر مبنای شیخ انصاری به اصل عدم قرینه (شیخ انصاری، ۱۳۸۷: ۲۲۹) - نمی‌خواهد به متن معنای مورد نظر خودش را اعطا کند، بلکه معنایی را اخذ می‌کند که هر کس دیگر نیز همان را از متن می‌فهمد و این دقیقاً بر اساس ارتکازات عرفی بوده، تفاهم عرفی نوعاً همان معنا را در نظر می‌گیرد. پس این معنا مطابق با مراد نوعی مقنن است. مثلاً قاضی می‌تواند در تعیین مراد مقنن، کلمه سلاح را که افاده اطلاق دارد، با اصالت اطلاق در معنای هر نوع سلاح سرد و گرم به کار ببرد.

اما قاضی در حقوق غربی، به صورتی مشابه، مراد قانونگذار را با روش‌های ذیل به دست می‌آورد: الف) قصد همگانی زمان تصویب: قاضی باید معنای عینی متن را معنایی بداند که قضات متعارف، آن را هنگام وضع متن می‌فهمیدند و قاضی باید متن را طبق معنای متعارف زمان صدور متن معنا کند.





این شیوه متن گرایی جدید^۱ محسوب می شود که از نظام تفسیری قانون اساسی آمریکا اخذ شده است (Barak, 2005: p.34).

ب) قصد همگانی زمان مفسر: قاضی در فهم متن ظاهر، باید ملاحظه کند که فردی نوعی و متعارف چه معنایی را می تواند از متن دریابد، نه این که قصد و هدف شخصی مؤلف چه بوده است. قاضی در این رویکرد، افراد زمان حاضر را به جای مقنن اصلی فرض می کند و قصد فرضی او را بر قصد حقیقی قانونگذار جایگزین می سازد و همان را هم به وی نسبت می دهد. در این رویکرد، قصد همگانی فعلی قانونگذار، معیار معنای متن می شود (Gracia, 1990: p.47).

۳-۱-۳ قاعده پیروی از هدف مقنن

هر گاه دادرس در معنایابی متن، نتواند راهی را به سوی قصد شخصی و همگانی قانونگذار بیابد، باید به بررسی هدف قانونگذار از وضع این ماده قانونی پرداخته، انگیزه او را از القای متن جستجو کند. احتمالاً دادرس خواهد توانست متن را با دوروش مبتنی بر هدف مقنن تفسیر کند.

الف) هدف قانونگذار: همیشه پیش از تألیف متن قانون، شرایط و موقعیت هایی به وجود می آید که به نظر قانونگذار آن قدر اهمیت می یابند که سبب تقنین متن شوند. اطلاع و شناخت واقعیات اجتماعی زمان تصویب متن و بررسی آن ها کمک مناسبی است تا دادرس اسباب تألیف متن و سپس زمینه معنایابی الفاظ مبهم را بیابد.

با بررسی صورت مذاکرات نمایندگان مجلس می توان از علل و عوامل وضع و تصویب ماده قانونی اطلاع یافت. این قاعده در تفسیر قرآن با اصطلاح شأن نزول یا اسباب نزول شهرت دارد (رجبی، ۱۳۸۸: ۱۵۳). مثلاً مفسران قرآن کریم در معنایابی کلمه خائن در آیه ۱۰۵ سوره نساء «و لا تکن للخائن خصیماً» با توجه به اسباب نزول آن، خیانت را در معنای سرقت تفسیر می کنند؛ زیرا فردی مرتکب سرقت شد، ولی از ترس رسوایی، مال مسروقه را در خانه فردی یهودی انداخت تا پیامبر (ص) علیه آن یهودی حکم کند، اما خداوند در این آیه به حضرت امر فرمود که مدافع خیانتکاران نباشد (شاه عبدالعظیمی، ۱۳۸۳: ۵۶۲).

با وجود این، در مورد قوانین، احتمالاً دستیابی به شأن نزول ها یا همه صورت مذاکرات و گزارش ها، برای قضات چندان آسان نیست و مسلزم صرف هزینه و وقت آنان گردد. لذا اگر بررسی و جستجوی مذاکرات در سامانه تشکیلات قانونگذاری و قضایی به خوبی تنظیم و تدوین شود و



1- originalism.



به سهولت در اختیار قضات قرار گیرد، به یقین در فرایند معنایابی الفاظ متن بسیار به کار می آیند، به ویژه در مورد الفاظی که مفهوم روشنی در عرف ندارد، مثل کلاشی.

اما بررسی مذاکرات نمایندگان فقط به همین جا ختم نمی گردد، بلکه قاضی را در فهم هدف و فلسفه وضع مواد قانونی نیز یاری می دهد. هر چند این اهداف کلی قانونگذار در پاره ای از اصول قانون اساسی معلوم می شود، اما تذکرات نمایندگان و اشاره به مسائل روزمره جامعه کلید روشنائی معانی و مقاصد مقنن خواهد بود. مثلاً دادرس در مورد معنایابی عبارت «تظاهر به عمل حرام» موضوع ماده ۶۳۸ ق.م.ا، وقتی به اهداف مقدس شرعی و سلامت اخلاقی و دینی جامعه توجه کند، در خواهد یافت که قانونگذار در قبال متظاهرين به حرام، سکوت را جایز ندانسته و با این که مصادیق آن را مبهم آورده، ولی مجال عکس العمل را برای قاضی امامی فراهم ساخته است. از این رو، قاضی امامی در برابر وقوع گناه و معصیت ابزار قانون را در دست خواهد داشت و حتی اگر پرونده خاطی به محکومیت نینجامد، ولی دست کم، تشکیل پرونده برای او، احضار و بازجویی در دادسرا و شتمات و عتاب خویشان و اطرفیان و اخذ ضمانت و امثال آنها می تواند از شدت معاصی در جامعه کاسته، موجب تأمین سلامت اخلاق اجتماعی شود و حتی از وقوع جرائم بزرگ تر هم پیشگیری گردد.

ب) زمینه قاضی: همان گونه که زمینه مقنن، عامل تألیف متن قرار می گیرد، زمینه قاضی نیز سبب تفسیر می شود. اصولاً دادرس بدون زمینه قبلی به تفسیر نمی پردازد و رسیدگی به پرونده های جدید، محک جدی مواد قانونی است. دادرس با پیشفرض ها و انتظارات خود به سراغ متن می رود تا به استناد آن دعوا را فیصله دهد و چنانچه متن و مواد قانونی مشابه را ساکت، مبهم، مجمل یا متعارض ببیند و نتواند به هیچ یک از قواعد فوق استناد کند، خود با توجه به اهداف کلی نظام حقوق کیفری و نظام سیاسی، و سپس قواعد مستقل عقلی، از قیل عدالت و انصاف به حل و فصل دعاوی می پردازد و این قاعده تفسیری را در محدوده متن اعمال کند.

قانونگذار با تعریف هر جرم و تعیین ارکان و اجزا و شرایط هریک، مواد قانونی را با الفاظ کلی یا عام وضع و تصویب می کند تا رفتارهای مجرمانه خاص یا جزئی را در بر گیرد. او با تعیین عناصر جرم در قانون، به قاضی مجال می دهد تا به کمک تفسیر، حکم قضایی پرونده های روزمره را صادر کند. تفاوت کار قانونگذار و قاضی در این است که مقنن در ایجاد هنجار کلی استقلال دارد و بدون محدودیت زبانی، می تواند عناصر متشکل جرم را در متن قانون بیاورد؛ ولی دادرس از این جهت استقلالی ندارد و طبق اصل قانونمندی، کار قضایی را فقط در محدوده متن انجام می دهد.





با این حال، قاضی را نباید در ایجاد حقوق و هنجار دست و پا بسته دانست، بلکه او هم در پیدایش هنجار جزئی نقشی نسبی ایفا می‌کند (کلسن، ۱۳۸۷: ۱۲۴). این به‌ویژه در مواردی رخ می‌دهد که قانونگذار می‌خواهد همه عناصر جرم را معین کند، ولی متن را نارسا تألیف می‌کند و قاضی در رویارویی با پرونده‌های جدید، در این هنجار کلی قانونگذار، خلأ را احساس کرده، تلاش دارد تا آن خلأ را بردارد. پس قاضی در ابتدا، کارش را با تفسیر متن هنجاری آغاز می‌کند، ولی به خاطر ابهام تعبیر زبانی مقنن مجبور می‌شود کار خود را به متن محصور نسازد و در فرایند اجرای قانون، به ایجاد هنجار جزئی اقدام کند. ولی اقدام قاضی باید مشمول دو نوع محدودیت قرار بگیرد:

الف) محدودیت نخست او این است که باید در چارچوب قواعد خاص جزایی باشد.
ب) در چارچوب هنجارهای فرامتنی به معنایی قانون پیردازد، از قبیل هنجارهای اخلاقی مثل عدالت و انصاف، و هنجارهای اجتماعی مثل سعادت و رفاه مردم، یا هنجارهای دینی مثل احکام شرعی و فتاوی معتبر فقها (اصل ۱۶۷ ق.ا).

اما توسل به هنجارهای فرامتنی، نباید منجر به جرم‌انگاری جدید شود، بلکه به خاطر احترام به اصل قانونمندی، باید با تفسیر به نفع متهم به صدور برائت متهم ختم گردد. ضمناً این کار به مرور زمان، شاید مقدمات اصلاح و تغییر قانون را نیز فراهم سازد (امیدی، ۱۳۸۹: ۱۶۲).

۳-۲ قواعد خاص تفسیری

قواعد عام تفسیری از قواعد عام زبان‌شناسی‌اند و دادرس با اعمال آن‌ها می‌تواند معنای الفاظ متن را دریابد؛ ولی او باید متوجه باشد که قواعد عام مذکور زیر سیطره قواعد تفسیری هنجارهای کیفری قرار دارند و از این رو، قاضی نباید و نمی‌تواند فقط بر قواعد عام تفسیری مربوط به متن تکیه کند. دو اصل تفسیری مهم حاکم بر هنجارهای کیفری عبارتند از: اصل تفکیک قوا و اصل قانونمندی.

۳-۲-۱ اصل تفکیک قوا

این اصل در حقوق به کار می‌رود، نه در زبان‌شناسی. طبق آن، تقنین وظیفه مقنن است و قاضی فقط تفسیر آن را برای حل و فصل دعاوی بر عهده دارد. پس قاضی در هنگام رسیدگی نمی‌تواند ماده قانونی را به شکلی تفسیر کند که مداخله در کار مقنن به حساب آید و احیاناً به جرم‌انگاری و جرم‌زایی بینجامد.

قاضی متون مبهم قانونی را با توجه به قواعد معناشناسی و کاربردشناسی تفسیر می‌کند؛ ولی همیشه در معنایی متن باید متوجه باشد که او اختیار تفسیری دارد، نه تقنینی. پس باید قواعد عام تفسیری را در محدوده قواعد خاص کیفری اعمال کند.



مثلاً هرگاه عده‌ای در شب یا روز عاشورا با تزئین ماشین، مراسم عروسی عادی و بی سر و صدایی را در خیابان راه انداخته، از مقابل صف عزاداران تردد کنند، آیا قاضی می‌تواند در مواجهه با این فعلی که عمل حرام قانونی و شرعی نیست، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار ساخته، به استناد ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات، مرتکبان را مشمول مجازات حبس کم‌تر از دو ماه قرار دهد؟ یا اگر وقت نماز جماعت، فردی علناً جواری رفتار کند که همگان وی را تارک الصلاة ببینند، آیا قاضی می‌تواند مرتکب این عمل حرام را مشمول حبس طبق فقره اخیر ماده قرار دهد، با این که در قانون مجازاتی برای آن پیش‌بینی نشده است؟

در هر حال، با اندیشه در مورد مواد مبهم قانون می‌توان از این دست پرسش‌ها را مطرح کرد. نباید قاضی در مواجهه با ابهامات قانونی، به کار خطرناک جرم‌انگاری یا کیفردهی روی آورد و اصل مهم تفکیک قوا را زیر پا بگذارد. تفسیر او باید به فهم قواعد حقوقی منتج شود، نه تأسیس قواعد حقوقی که کار مقنن است.

۲-۲-۳ اصل قانونمندی جرم و مجازات

این اصل در واقع حاصل و نتیجه اصل تفکیک قوا است. چون جرم و مجازات و محاکمه را باید مقنن تعیین کند و از این رو، تفسیر قاضی در محدوده همین قاعده و در قلمرو متن باید صورت بگیرد. به عبارت دیگر، دادرس نباید الفاظ متن را به گونه‌ای تفسیر کند که متن تحمل آن معنا را نزد اهل زبان ندارد؛ مثل این که دادرس چشم‌چرانی را به زنای خفیف تفسیر کند، در حالی که می‌تواند آن را عمل حرام تعزیری بداند.

اصل قانونمندی به این معنا است که قاضی هر قصدی داشته، در قانون آورده است. پس با تصویب قانون، قصد خویش را انتقال داده و اگر احتمال برود که مقنن پاره‌ای از مقاصدش را در قانون ذکر نکرده است، این در واقع مصداق تعارض قصد و لفظ خواهد بود و در جایی که قاضی بین قصد قانونگذار و لفظ قانون تعارض ببیند، اصل بر لفظ قانون است و به جهت حفظ دما، نفوس و اموال و مانند آن، قصد و هدف مقنن را باید کنار بگذارد.

برای نمونه مقنن در ماده ۲۷۹ مقرر می‌دارد: محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال... و همچنین در مواد ۲۸۰ و ۲۸۱، از عبارت دست به اسلحه برد و دست به سلاح ببرند، استفاده می‌کند، در حالی که هیچ تعریفی از آن نکرده است؛ هرچند در قانون مجازات مصوب ۷۵، سلاح را با تبصره ۳ ماده ۱۸۳، این گونه توضیح می‌داد: میان سلاح سرد و سلاح گرم فرقی نیست. با توجه به این که این تبصره در قانون مصوب ۹۲ حذف شده، و همچنین تبصره ماده ۶۱۴ قانون تعزیرات مصوب ۷۵، بین





اسلحه و چاقو فرق قاتل می شود، قطعی به نظر می رسد که مقنن تعریف سلاح را به عرف واگذار نکرده است و قاضی نیز از سلاح مذکور در جرم محاربه، نمی تواند معنایی اعم از سرد و گرم را اخذ کند، زیرا اصل بر قانونمندی سلاح است که به اسلحه گرم انصراف دارد.

از این رو، در جایی که لفظی مثل سلاح را می توان به اقتضای قواعد تفسیری عام، تفسیر موسع کرد، به خاطر اصل قانونمندی، باید آن را به شکل مضیق تفسیر نمود و برای محکومیت متهم نباید به قیاس متوسل شد، زیرا در قیاس، قاضی به لفظ قانون تکیه نمی زند، بلکه می خواهد با قصد مقنن، مجرمیت متهم را احراز کند.

از این قاعده، دست کم چهار قاعده استخراج می شود: تفسیر مضیق قوانین، منع توسل به قیاس، عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی و سرانجام قاعده عدم قابلیت اجرای قوانین مبهم (Encyclopedia Britannica ذیل عبارت criminal law).

۴- نتیجه گیری

یکی از مهم ترین دلمشغولی های فیلسوفان حقوق، فرایند صحیح تفسیری است که قاضی در طی آن باید عنوان مجرمانه و کیفر مناسب را در مورد هر پرونده تعیین کند. اما دادرس چگونه قانون مناسب هر دعوا را باید تعیین کند؟ قاضی در هر نظام کیفری تکلیف دارد که برای فهم صحیح قواعد حقوق کیفری به تفتیح و تنظیم قواعد تفسیری و اعمال درست آن ها بپردازد و این، علاوه بر این که اجرای عدالت کیفری را تضمین می کند، در نظام حقوق جزای امامیه دست کم دو هدف ذیل را محقق می سازد:

الف) قاضی نباید فراموش کند که قوانین کیفری امامیه در جهت تحقق و حفظ اهداف و ارزش های توحیدی تصویب می شوند یا باید تصویب شوند. پس به لحاظ نظری، او موظف به اعمال تفسیر عادلانه است. بنابراین، عدالت تفسیری قاضی است که مقدمه تحقق عدالت تشریعی را استوار می سازد و هدف و مقصد نهایی همه قواعد عام زبان شناسی و اصول تفسیری خاص کیفری را همین عدالت در تفسیر تشکیل می دهد.

ب) به لحاظ نظری، چنانچه قواعد عام و خاص تفسیر جزایی، کشف و تدوین شوند، مجال اتخاذ روش تفسیری واحد به وجود آمده، به این ترتیب، اختلاف و تشتت آرای قضات تا حدود زیادی کاهش خواهد یافت.





پ) اما به لحاظ عملی، انتظار نمی‌رود قضات به امثال قواعد تفسیری بدون ضمانت اجرای قانونی، تمکین کنند؛ مگر این که همچون برخی از کشورهای غربی، قانونگذار «قانون قواعد تفسیری حقوقی یا کیفری» را به تصویب برساند.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، ۱۴۰۹ق، کفایه الاصول، قم، آل الیبت.
۲. ابراهیمی دینانی، غلامحسین، ۱۳۸۹ش، فلسفه در ساحت سخن، تهران، معرفت.
۳. ابن رشد اندلسی، ۱۳۷۷ق، تفسیر ما بعد الطبیعه، تهران، حکمت.
۴. ارسطو، ۱۳۴۳ش، علم الاخلاق الی نیقوماخوس، تحقیق بارتلمی سانتهلیر، قاهره، دار صادر.
۵. امیدی، جلیل، ۱۳۸۹ش، تفسیر قانون در حقوق جزا، تهران، جاودانه.
۶. انصاری، مرتضی، ۱۳۸۷ش، شرح رسائل، با شرح و تعلیق علی محمدی، قم، دارالفکر، چ ۷.
۷. بغدادی، ابوالبرکات، ۱۳۷۳ش، المعبر فی الحکمه، اصفهان، دانشگاه اصفهان، چ ۲.
۸. بوعلی سینا، حسین، ۱۳۸۳ش، منطق دانشنامه علائی، تصحیح محمد معین و سید محمد مشکوه، همدان، دانشگاه همدان، چ ۲.
۹. ———، ۱۳۲۶ش، تسع رسائل فی الحکمه و الطبیعیات، قاهره، دارالرب، چ ۲.
۱۰. پژوهشکده تحقیقات اسلامی، ۱۳۸۶ش، فرهنگ شیعه، قم، زمزم هدایت، چ ۲.
۱۱. تبریزی، جواد، ۱۳۸۷ش، دروس فی مسائل علم الاصول، قم، دار صدیقه الطاهره سلام الله علیها، چ ۳.
۱۲. تهرانی نجفی، هادی بن محمد امین، ۱۳۲۰ش، محجبه العلماء، تهران، بی‌نا.
۱۳. جبار گلباغی ماسوله، سید علی، ۱۳۷۹ش، عرف از دیدگاه امام خمینی، مجله فقه، ش ۲۴ و ۲۵.
۱۴. حسینی شاه عبدالعظیمی، حسین بن احمد، ۱۳۶۳ش، تفسیر اثنتی عشری، تهران، انتشارات میقات.
۱۵. حکیم، محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، المدخل الی علم الاصول، قم، دار الفقه للطباعه و النشر.
۱۶. حکیمی، محمدرضا، ۱۳۸۰ش، الحیات، ترجمه احمد آرام، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۱۷. چامسکی، نوام، ۱۳۸۰ش، دانش زبان، ترجمه علی درزی، تهران، نشر نی.
۱۸. داوید، رنه، ۱۳۶۴ش، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی و دیگران، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۱۹. رازی، فخرالدین، ۱۳۷۳ش، شرح عیون الحکمه، تصحیح محمد حجازی و احمد علی سقا، تهران، مؤسسه الصادق (ع).





۲۰. رجبی، محمود، ۱۳۸۸ش، روش شناسی تفسیر قران، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۴.
۲۱. رضوانی، علی اصغر، ۱۳۸۴ش، شیعه شناسی و پاسخ به شبهات، تهران، نشر مشعر، چ ۲.
۲۲. سبحانی، جعفر، ۱۳۸۳ش، مدخل مسائل جدید در علم کلام، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
۲۳. _____، ۱۴۱۲ش، الهیات علی هدی الکتاب و السنه والعقل، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
۲۴. _____، ۱۳۸۸ش، الوسیط فی اصول الفقه، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چ ۴.
۲۵. _____، ۱۴۲۴ق، المواهب فی تحریر أحكام المکاسب، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
۲۶. _____، ۱۳۸۶ش، سیمای عقاید شیعه، ترجمه جواد محدثی، تهران، نشر مشعر.
۲۷. سجادی، سید جعفر، ۱۳۴۳ش، فرهنگ معارف اسلامی، تهران، دانشگاه تهران، چ ۳.
۲۸. سورن، پتر آم، ۱۳۸۷ش، تاریخ زبان شناسی، ترجمه علی محمد حق شناس، تهران، انتشارات سمت.
۲۹. سیف، علی اکبر، ۱۳۹۰ش، تغییر رفتار و رفتار درمانی: نظریه ها و روش ها، تهران، نشر دوران چ ۱۵.
۳۰. شجاعی، علی، ۱۳۹۰ش، تحلیل هرمنوتیکی و گفتمانی تفسیر متون کیفری، رساله دکتری، دانشگاه تهران.
۳۱. صانعی، پرویز، ۱۳۵۶ش، حقوق و اجتماع، تهران، دانشگاه تهران.
۳۲. صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، ۱۳۸۳ش، شرح اصول الکافی، به تصحیح محمد خواجوی، تهران، مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
۳۳. _____، ۱۳۸۷ش، سه رسائل فلسفی، تصحیح سید جلال الدین آشتیانی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۴. _____، ۱۹۸۱م، الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، بیروت، دار احیاء التراث، ج ۲ و ۳.
۳۵. صفوی، کورش، ۱۳۷۹ش، درآمدی بر معنی شناسی، تهران، حوزه هنری سازمان تبلیغات اسلامی.
۳۶. طباطبایی، محمد حسین، ۱۳۷۴ش، المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، قم، انتشارات جامعه مدرسین چ ۵.
۳۷. _____، ۱۳۷۸ش، شیعه در اسلام، قم، دفتر نشر اسلامی.
۳۸. _____، ۱۳۷۸ش، اصول فلسفه و روش رئالیسم، قم، بوستان کتاب چ ۲.
۳۹. طریحی، فخر الدین، ۱۴۱۶ق، مجمع البحرین، تهران، مرتضوی چ ۳.





۴۰. طوسی، خواجه نصیرالدین، ۱۳۶۱ش، اساس الاقتباس، به تصحیح مدرس رضوی، تهران، دانشگاه تهران.
۴۱. طیب، سید عبد الحسین، ۱۳۶۲ش، کلم الطیب در تقریرات عقاید اسلام، بی جا، کتابخانه اسلام چ ۴.
۴۲. عامری، ابوالحسن، ۱۴۱۷ق، انقاذ البشر من الجبر و القدر، تصحیح سحبان خلیفات، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۴۳. عاملی، زین الدین علی بن (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، مسالك الافهام فی تنقیح شرایع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه ج ۱۵.
۴۴. العوجی، مصطفی، ۱۹۸۸م، القانون الجنائی العام، بیروت، مؤسسه نوفل چ ۲.
۴۵. فارابی، ابو نصر، ۱۹۵۵م، آراء اهل المدینه الفاضله و مضاداتها، با شرح علی بوملحم، بیروت، مکتبه الهلال.
۴۶. _____، ۱۴۰۸ق، المنطقیات، تحقیق محمدتقی دانش پژوه، قم، مکتبه آیه الله المرعشی، ج ۱.
۴۷. فیاض حسین عاملی، حسن محمد، ۱۴۲۸ق، شرح الحلقه الثالثه، بیروت، ج ۲.
۴۸. قانصوه، محمود، ۱۴۱۸ق، المقدمات و التنبیها فی شرح اصول الفقه، بیروت، دار المورخ العربی، ج ۱.
۴۹. کلاتری ارسنجانی، علی اکبر، ۱۳۷۹ش، عرف در مکتب صاحب جواهر، مجله فقه و اصول، ش ۲۴.
۵۰. کلسن، هانس، ۱۳۸۷ش، نظریه ناب حقوقی، ترجمه اسماعیل نعمت اللهی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۵۱. لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۲ش، دائره المعارف حقوقی (دانشنامه حقوقی)، تهران، مؤسسه امیر کبیر چ ۳.
۵۲. میرداماد، محمدباقر، ۱۳۸۰ش، جذوات و مواقیت، تصحیح علی اوجبی، تهران، میراث مکتوب.
۵۳. مصباح یزدی، محمد تقی، ۱۳۸۰ش، نظریه حقوقی اسلام، قم، مؤسسه پژوهشی امام خمینی چ ۲.
۵۴. مطهری، مرتضی، ۱۳۷۸ش، مجموعه آثار (شرح منظومه)، قم، انتشارات صدرا ج ۱۰.
۵۵. مظفر، محمد رضا، ۱۴۳۰ق، اصول الفقه، قم، طبع انتشارات اسلامی، چ ۵، ج ۱.
۵۶. مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱ق، فقه الامام الصادق (ع)، قم، مؤسسه الانصاری.



۵۷. ملکیان، مصطفی، ۱۳۸۴ش، تبارشناسی مباحث لفظی علم اصول، مجله نقد و نظر، س ۱۰، ش ۳ و ۴.

۵۸. _____، ۱۳۸۴ش، جغرافیای دانش های زبانی، مجله نقد و نظر، س ۱۰، ش ۱ و ۲.

۵۹. موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر، ج ۵.

۶۰. _____، ۱۴۱۵ق، انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر، ج ۲.

۶۱. نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ج ۷، ۴ و ۱۱.

۶۲. نصری، عبدالله، ۱۳۹۰ش، راز متن: هرمنوتیک، قرائت پذیری متن و منطق فهم دین، تهران، سروش، ج ۲.

۶۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود، ۱۴۱۹ق، بایسته های فقه جزا، تهران، نشر میزان.

۶۴. واعظی، احمد، ۱۳۹۰ش، نظریه تفسیر متن، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

۶۵. یوهان سون، یورگن دینس و اریک لارسن، سوند، ۱۳۸۸ش، نشانه شناسی چیست؟ ترجمه علی میرعمادی، تهران، نشر ورجاوند، ج ۲.

۶۶. یول، جورج، ۱۳۸۷ش، کاربردشناسی زبان، ترجمه محمود عموزاده مهدیرجی و منوچهر توانگر، تهران، انتشارات سمت، ج ۳.

67. Barak, Ahron (2005), Purposive Interpretation In Law, trans. by Sari Bashi, Princeton university press.
68. Hirsch, E.D. JR.(1967), Validity in interpretation, Newhaven and London, Yale University press.
69. Encyclopedia Britannica.
70. Gracia, Jorge J.E.(1990), "Relativism and Interpretation of texts", in Joseph Margolis and Tom Rockmore, Philosophy of Interpretation, Oxford, Blackwell.
71. Lieber, Fransic (1839), Legal and Political hermeneutics: The principles of interpretation and construction in law and politic, C.C.Little and J. Brown, Boston.
72. Scott, Jacob (2010), Codified Canons and Common Law of Interpretation, William Colage.
73. Sharif Bassiouni.M (1982), The Islamic Criminal Justice System, New Yourk, Oceana Publication.
74. Solen, Lawrance M. (2011), Linguistic Issues In statutory Interpretation, Blooklyn Law School Legal Studies.
75. Zweigert, Konrad (1998), Introduction to a comparative law, translated by Tony Weir, 3d ed.



بررسی فقهی حقوقی مقابله با قاچاق زنان با نگاهی به اسناد بین المللی

سعید عطا زاده^۱

چکیده

قاچاق زنان در جوامع امروزی، شکل منظم و سازمان یافته به خود گرفته و جهانی شده است. فرایند جهانی شدن از یک طرف و افزایش مشتریان خاص زنان قاچاق شده و گسترش فقر و شرایط اقتصادی از عوامل تأثیرگذاری است که ارتباط قاچاق و تجارت زنان را با فحشا و فساد امری غیر قابل انکار می نماید و کرامت انسانی، سلامت اخلاقی و شخصیت زن را در معرض خطر جدی قرار می دهد. در نتیجه، این بزه آثار و پیامدهای شوم و زیانبار اجتماعی، فرهنگی و اخلاقی قابل توجهی در جامعه بر جای می گذارد. این پژوهش با رویکرد تطبیقی، مبانی فقهی و حقوقی (قوانین و مقررات داخلی) و اسناد بین المللی مبارزه با این پدیده را بررسی می کند. به دنبال تحولات بین المللی، پروتکل راجع به پیشگیری و مبارزه با قاچاق اشخاص به ویژه زنان و کودکان، الحاقی به کنوانسیون پالرمو سال ۲۰۰۰، به تصویب اعضای مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید. در این میان، ارائه گزارش هایی مبنی بر قاچاق زنان و کودکان از ایران به کشورهای همسایه، سبب شد تا قانون مبارزه با قاچاق انسان در سال ۱۳۸۳ به سرعت به تصویب برسد. یافته های پژوهش حاکی از آن است که قانونگذار ایران صرفاً به اتخاذ تدابیر کیفری اکتفا کرده و از تدابیر پیشگیرانه و حمایتی و حتی اتخاذ سیاست جنایی متناسب غفلت ورزیده است؛ در صورتی که اسناد بین المللی مقابله با قاچاق زنان، علاوه بر جرم انگاری و برخورد کیفری با این پدیده به پیش بینی تدابیر غیرکیفری نیز توجه داشته است.

واژگان کلیدی: قاچاق زنان، فحشا، سیاست کیفری، محاربه، افساد فی الارض



مقدمه

قانون مبارزه با قاچاق انسان و بسیاری از اسناد بین‌المللی موجود، قاچاق انسان را جزء جرائم فراملی قلمداد کرده است. از سوی دیگر، جهانی شدن اقتصاد و امکان ایجاد شبکه‌های جهانی، فرصت مناسبی را برای ارتکاب جرم توسط مجرمین بین‌المللی فراهم کرده است. عوامل متعددی در افزایش و گسترش قاچاق انسان در دهه‌های اخیر مؤثر بوده‌اند. افزایش تورسم جنسی، فقر اقتصادی و فرهنگی، سود سرشار حاصل از فعالیت‌های قاچاق (السان، ۱۳۸۴: ۳۴۹-۳۴۳)، حاکمیت فرهنگ خشونت، تبعیض‌های اجتماعی ناروا، فقدان مدارک هویت (مقدسی، ۱۳۸۵: ۱۲-۸)، نبود امنیت چه در سطح خانواده و چه در سطح ملی (به شکل منازعات مسلحانه داخلی)، بحران در نظام ارزش‌ها و اخلاقیات، و عدم وجود قوانین مناسب و کارآمد برای برخورد با قاچاقچیان (موثقی و اسفندیاری، ۱۳۸۷: ۲۹۴-۲۹۲) از مهم‌ترین عوامل افزایش قاچاق انسان به‌ویژه قاچاق زنان و دختران است.

در سطح جهانی، قاچاق زنان به‌عنوان یکی از گسترده‌ترین موارد نقض حقوق بشر شناخته شده است (Cole, 2009 and National Research Council Staff, 1966)؛ زیرا جنایتی وحشتناک، اجحاف و ناعدالتی آشکار در حقوق انسانی است. قاچاق زنان به‌عنوان یکی از اقسام برده‌داری و فی‌الواقع برده‌داری به شکل نوین آن به شمار می‌آید (Herzog, 2008: 111) و از جمله جرائمی است که در نتیجه پیشرفت علم و تکنولوژی و به دنبال باز شدن مرزها و سهولت گذر از آن در سطحی گسترده و توسعه یافته صورت می‌گیرد. با آن که حاصل چهار قرن برده‌داری و بردگی، گرفتن یازده و نیم میلیون نفر بوده، حاصل تنها یک دهه اعمال سازمان‌های مجرمانه بین‌المللی قاچاق انسان، حدود سی میلیون نفر زن و کودک بوده است. به دلیل آزادی‌های بعضاً غیرمعمول که در نتیجه نهضت‌های فمینیستی محقق گردیده و سوءاستفاده استثمارگران از یک‌طرف، و نیازی که کافه‌های شبانه، بارها، مراکز فحشا و فساد و امثال آن به روسپی‌ها و کارگران خاص دارند، از طرف دیگر، بازار خرید و فروش این قربانیان آن‌چنان پر رونق است که براساس برخی آمارها پس از تجارت مواد مخدر و سلاح، بالاترین جایگاه را در تجارت‌های غیر قانونی به خود اختصاص داده است.^۱ از آن‌جا که قربانی





این چنین جرائمی «انسان» و «کرامت وی» است، چنین تجارت و نقل و انتقالی حتی اگر با رضایت این قربانیان باشد، عنوان برده‌داری یا برده‌فروشی را به خود می‌گیرد. به این علت که غالباً قربانیان این جرائم امروزه سفید پوستان هستند و یا به دلیل این که به ظاهر این بردگان از یک نوع آزادی برخوردارند یا با اراده و اختیار به امور محول، مثل فاحشگی و خودفروشی و امثال آن مشغول می‌شوند، از آن به عنوان «بردگی سفید»^۱ یاد می‌شود.

بررسی همی حقوقی مقابله با قاچاق زنان با تجاری سازی انسان

تحقیقات متعددی اخیراً در حوزه‌های قاچاق انسان و زنان صورت گرفته است؛ به طوری که علی‌پور (۱۳۸۹) در پژوهشی تحت عنوان «بررسی وضعیت قاچاق انسان در ایران (معضلات و پیامدها) و ارائه راهکارهای مناسب برای کنترل این پدیده اجتماعی» به این نتیجه می‌رسد که زنان و دختران تقریباً قربانیان همیشگی قاچاق انسان هستند و به دنبال آن مردان و پسران در رتبه‌های بعدی قرار دارند. نکته مهم این که حجم کمی از قاچاق انسان شناسایی و قابل پیگیری است که این وضعیت در عوامل آشکار و پنهان این پدیده جستجو می‌شود. قربانیان قاچاق که اکثر آن‌ها زنان و کودکان هستند، به وسیله زور، فریب یا ارعاب ناچار می‌شوند به شرایط غیرانسانی تن بدهند و بدون توجه به شکل بی‌رحمانه بردگی، در ترس و درماندگی زندگی کنند. بردگی داخلی و کار اجباری، از جمله شکل‌های بهره‌کشی از انسان است؛ اما اکثر قربانیان به بردگی جنسی کشانده می‌شوند.

کلاتری و زارعی (۱۳۸۹) در پژوهشی با عنوان «قاچاق زنان به قصد فحشا (از منظر فقه جزایی و حقوق کیفری)» ضمن تبیین مفهوم و ویژگی‌های قاچاق زنان به بررسی این موضوع می‌پردازند که قاچاق زنان برای عمل فحشا مصداق کدام یک از وصف‌های مجرمانه کیفری در فقه جزایی اسلام، مانند قوادی، خرید و فروش انسان و محاربه و افساد فی الارض است و در ادامه، مقررات و اسناد بین‌المللی و کنوانسیون‌های موجود در خصوص قاچاق زنان و قوانین داخلی کشورمان را در خصوص موضوع مورد بررسی قرار می‌دهند.

علاوه بر این، عالی‌پور (۱۳۸۸) در پژوهشی با عنوان «قاچاق زنان، بزه‌ی بر ضد کرامت زنان» به این نتیجه می‌رسد که قاچاق زنان به عنوان یک بزه در ایران، سابقه طولانی قانونی ندارد و جای پای آن را باید در قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳ یافت. با این حال، این بزه با دو چالش رو به‌رو است، یکی کم رنگ بودن سرزنش اخلاقی و دیگری تن دادن خودخواسته زن بزه‌دیده به قاچاق شدن. رضایت بزه‌دیده به قاچاق، سبب می‌شود تا هم جامعه و هم مرتکبان، قاچاق را رفتار سرزنش‌پذیری ندانند و از آن‌جا که قاچاق بیش‌تر در کشورهای بی‌فضای امنیتی یا شرایط بد اقتصادی دارند، رخ





می‌دهد، به گونه‌ای رهایی برای قاچاق شده به شمار می‌رود. بنابراین، سرکوب کیفری قاچاق به‌ویژه با ضمانت اجراهای سنگین هرچند ضروری است، ولی از میان برداشتن پدیده قاچاق زنان در گرو فراهم ساختن امکانات رفاهی همه‌جانبه و قوانین پیشگیری و پیگیری است.

نگارنده با مطالعه پیرامون مباحث نظری و مرور پیشینه‌های تحقیقات قبلی به این نتیجه رسید که پژوهش‌های دیگری نیز در این حوزه‌ها صورت گرفته که مجال تبیین آن‌ها در این پژوهش نیست؛ اما آنچه پژوهش حاضر را با پژوهش‌های قبلی متفاوت‌تر می‌نماید یا به نوعی به نوآوری این پژوهش ارتباط پیدا می‌کند پرداختن به موضوع «مبارزه با قاچاق زنان و دختران» از دیدگاه فقه و حقوق و با نگاهی به اسناد بین‌المللی است که در پژوهش‌های قبلی به این موضوع کم‌تر پرداخته شده است.

بنابراین، نگارنده معتقد است تهدیدهایی که این جرم به دلیل ماهیت سازمان‌یافته و فراملی خود در سطح جهانی داشته است، سبب شده تا علاوه بر مبانی فقهی و حقوقی (قوانین داخلی، اسناد و تدابیر بین‌المللی) نیز برای مقابله با آن اتخاذ گردد.

در این پژوهش نگارنده درصدد است ضمن بررسی ابعاد قاچاق زنان، به پرسش‌های ذیل پاسخ دهد:

- سیاست کیفری ایران در مقابله با این جرم در مقایسه با اسناد بین‌المللی چیست؟
- قانونگذار ایرانی در قوانین داخلی برای مبارزه با پدیده قاچاق زنان چه تدابیری اتخاذ کرده‌اند؟
- این جرم در منابع فقهی ما چه جایگاهی دارد و چه تدابیر کیفری برای آن در نظر گرفته شده است؟

لازم به ذکر است که در ارتباط با پرسش‌های پژوهش، قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۲۸ تیرماه ۱۳۸۳ واکنش کیفری و مصداق محاربه و افساد فی الارض را ممکن دانسته و بر سیاست کیفری مقابله با این جرم در اسناد بین‌المللی در کنار واکنش کیفری به اتخاذ تدابیر پیشگیرانه و حمایت از زنان قاچاق شده تأکید می‌کند. همچنین در رویکرد حمایت‌گرایانه نیز اقدامات کیفری برای مجازات قاچاقچیان را راهکار صرف برای مبارزه با این پدیده ندانسته، بلکه اقدامات حمایتی از زنان قربانی و اتخاذ تدابیر لازم برای رهایی آنان از فحشا و فساد و برده‌داری را امر ضروری می‌داند. از این رو، این پرسش مطرح می‌شود که آیا قوانین داخلی به‌ویژه قانون مبارزه با قاچاق انسان، علاوه بر رویکرد قانونی در جرم‌انگاری این پدیده سازمان‌یافته، جایگاهی برای پیشگیری و اتخاذ تدابیر پیشگیرانه قائل شده‌اند؟ از سوی دیگر، منابع معتبر فقهی در مبارزه و پیشگیری با این معضل چه رویکردی اتخاذ کرده‌اند؟





نگارنده بر آن است تا در مبانی نظری و یافته‌های این پژوهش در مقام پاسخگویی به این دسته از پرسش‌ها برآید و در نهایت در صورت اقتضا، پیشنهادها و راهکارهای لازم را ارائه کند.

۱. ادبیات نظری تحقیق

۱-۱ مفهوم قاچاق زنان

در رابطه با مفهوم قاچاق زنان، تعاریف مختلفی ارائه شده است؛ ولی طبق بند «الف» ماده ۳ پروتکل الحاقی به کنوانسیون پالمو راجع به «پیشگیری، منع و مجازات قاچاق انسان‌ها به‌ویژه زنان و کودکان» که در سال ۲۰۰۰ به منظور تکمیل «کنوانسیون سازمان ملل متحد» که پیرامون مبارزه با جرائم سازمان‌یافته فراملی (مشهور به کنوانسیون پالمو) تصویب شده است، در تعریف قاچاق انسان چنین مقرر شد:

قاچاق انسان عبارت است از عضوگیری، جابه‌جایی، انتقال، و پناه دادن به اشخاص جذب شده، با توسل به تهدید یا زور یا هر وسیله دیگر، از طریق ربایش، فریب، خدعه، سوءاستفاده از آسیب‌پذیری (بزه‌دیده) یا از طریق پرداخت پول یا هر امتیاز مالی برای جلب رضایت شخصی که اختیار دیگری با او است، به قصد بهره‌کشی، و بهره‌کشی شامل حداقل سوءاستفاده برای روسپی‌گری یا سایر اشکال بهره‌کشی جنسی، کار یا خدمت اجباری، بردگی یا اعمال مشابه آن، بندگی یا برداشت اعضای بدن خواهد بود (Trafficking in Women and Children, Mekong SubRegion, 2).

با توجه به موارد فوق معلوم می‌شود که «قاچاق» در اصطلاح غالباً به معنای صادرات و واردات غیرقانونی از / به کشور است و به همین دلیل ماده ۱۱ قانون انحصار تجارت خارجی تیرماه ۱۳۱۱ مقرر داشته: «کلیه اجناسی که برخلاف مقررات این قانون وارد مملکت می‌شود قاچاق محسوب و به نفع دولت ضبط و فروخته می‌شود». در عین حال قاچاق انسان معنایی گسترده‌تر را شامل بوده، شامل تجارت و معامله غیرقانونی آن‌ها در یک کشور نیز می‌گردد، گرچه مصداق بارز و غالبی آن زمانی محقق می‌شود که به خارج کشور انتقال داده می‌شوند. به همین دلیل است که یکی از حقوق‌دانان قاچاق را به دو دسته داخلی و خارجی تقسیم کرده و معتقد است اگر کالای قاچاق از نقطه‌ای به نقطه دیگر در داخله باشد، قاچاق داخلی و اگر در خارجه باشد قاچاق خارجی محسوب می‌شود (لنگرودی، ۱۳۷۰: ۱۵).

در پروتکل پیشگفته نیز قاچاق انسان در تعریفی قرار گرفته است که شامل قاچاق داخلی و خارجی می‌شود. البته برای این که مشمول تدابیر کنوانسیون باشد این قاچاق باید یا به صورت فراملی و خارجی باشد و یا اگر داخلی است توسط گروه‌های مجرمانه فراملی صورت گیرد. اما در قانون مبارزه با



قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳ قانونگذار نظر به قاچاق خارجی انسان داشته است (قانون مبارزه با قاچاق انسان، ۱۳۸۳، ماده ۱).

در نظام حقوقی ایران، به موجب ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق انسان (۱۳۸۳) قاچاق انسان عبارت است از:

الف) خارج یا وارد ساختن و یا ترانزیت مجاز یا غیرمجاز فرد یا افراد از مرزهای کشور با اجبار و اکراه یا تهدید یا خدعه و نیرنگ و یا با سوءاستفاده از قدرت یا موقعیت خود یا سوءاستفاده از وضعیت فرد یا افراد یاد شده، به قصد فحشا یا برداشت اعضا و جوارح، بردگی و ازدواج.

ب) تحویل گرفتن یا انتقال دادن یا مخفی کردن یا فراهم ساختن موجبات اخفا. «فرد یا افراد موضوع بند «الف» این ماده پس از عبور از مرز با همان مقصود این تعریف به آنچه که از پروتکل پالمونقل شده شباهت بسیاری داشته و از آن اقتباس شده است. با این توضیح که ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق انسان، تشکیل یا اداره دسته یا گروه با هدف قاچاق انسان، خارج یا وارد ساختن یا ترانزیت سازمان یافته اشخاص به قصد فحشا یا سایر مقاصد مذکور در ماده ۱ را نیز در حکم قاچاق انسان و مشمول مجازات آن دانسته است.

از این تعریف می توان ویژگی هایی را برای این جرم بین المللی استنباط کرد که آن ها را مورد بررسی قرار می دهیم.

۱-۲ ویژگی های قاچاق زنان

قاچاق زنان به منظور بهره کشی دارای ویژگی های زیر است:

- بین المللی بودن،
- سازمان یافته بودن،
- بی تأثیر بودن شرایط بزه دیده در تحقیق عنوان مجرمانه.

۱-۲-۱ بین المللی بودن

قانون مبارزه با قاچاق انسان، و بسیاری از اسناد بین المللی موجود (بجز کنوانسیون سارس^۱) بین المللی بودن جرم قاچاق انسان را مورد تصریح قرار داده اند. امروزه ویژگی بین المللی بودن در بسیاری از جرم های سازمان یافته به ویژگی های این جرم افزوده شده است (شمس ناتری، ۱۳۸۰).





۲-۲-۱ سازمان یافتگی قاتل زنا

قاتل زنا در زمره جرائم سازمان یافته بین المللی به شمار می آید. کنوانسیون مبارزه با جرائم سازمان یافته بین المللی «گروه مجرمانه سازمان یافته» را در بند «الف» ماده ۲ چنین تعریف می کند: «گروه های متشکل از سه نفر یا بیش تر که برای مدت زمانی اعلام موجودیت کرده، با هماهنگی یکدیگر یک یا چند جرم مشابه یا جرائمی را که به موجب این کنوانسیون برای تحصیل مستقیم یا غیرمستقیم منافع پولی یا مادی دیگر انجام می شود، مرتکب می شوند». بند «ج» همان ماده نیز در تعریف «گروه ساختارمند» می گوید: گروهی که به طور ناگهانی و آنی برای انجام یک جرم شکل نمی گیرند و (برای صدق عنوان) نیازی به داشتن قواعد تعریف شده و تشریفات از حیث (ترکیب) اعضا، اتحاد آن ها یا توسعه سازمانی وجود ندارد. علت سازمان یافتگی جرائمی همچون قاتل زنا را باید منافع سرشار اقتصادی مرتکبین آن دانست. از منظر جرم شناختی «بزهکاری سازمان یافته، نوع پیشرفته ای از الگوی مشارکت است که در آن بزهکاران به ارتکاب اعمال ضداجتماعی با هدف کسب درآمد و فوائد مالی می پردازند (شمس ناتری، ۱۳۸۰).

۳-۲-۱ بی تأثیر بودن شرایط بزه دیده

در تحقق عنوان جرم بین المللی و سازمان یافته قاتل زنا، شرایط بزه دیده را باید فاقد اثر دانست. به عبارت دیگر شرایط بزه دیده تأثیری در تحقق عنوان قاتل زنا ندارد. از آن جا که تجارت زنا مستلزم رفتاری است که با بردگان شده و نوعی برده داری محسوب می شود، چنین اعمالی در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی حقوق بشری منع گردیده است. برای نمونه می توان به اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ اشاره کرد که ماده ۴ آن مقرر داشته است: «احدی را نمی توان در بردگی نگاه داشت و داد و ستد بردگان به هر شکلی که باشد ممنوع است». همچنین اعلامیه اسلامی حقوق بشر ۱۴۱۱ قمری (۱۹۹۰ میلادی) در ماده یازدهم (بند الف) تصریح می نماید: «انسان آزاده متولد می شود و هیچ احدی حق به بردگی کشیدن یا مقهور کردن یا بهره کشیدن یا به بندگی کشیدن او را ندارد، مگر خدای تعالی». همچنین در میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ نیز در بند ۱ ماده ۸ مقرر گشته است: «هیچ کس را نمی توان در بردگی نگاه داشت. بردگی و خرید و فروش برده به هر نحوی از انحاء ممنوع است». علاوه بر موارد فوق که به طور کلی دلالت بر منع برده داری و به بردگی گرفتن انسان ها اعم از





زن و مرد و پیر و جوان دارد، اسناد بین‌المللی وجود دارند که به طور خاص راه‌هایی را برای پیشگیری از قاچاق یا خرید و فروش زنان پیش‌بینی کرده‌اند.

از این گونه اسناد می‌توان به مقاله‌نامه بین‌المللی امضا شده در پاریس در ۱۸ ماه می ۱۹۰۴ راجع به تأمین حمایت مؤثر علیه معاملات جنایتکارانه موسوم به خرید و فروش سفید پوستان^۱ اشاره کرد. این مقاله‌نامه گرچه سه موضوع حمایت و حفاظت از زنان در معرض خطر یا قربانی، بازگشت قربانیان به وطنشان و نظارت بر دفاتر کارایی را مورد توجه قرار داده بود، لکن هیچ تدبیری در خصوص جرم‌انگاری مقرر نکرده بود. در نتیجه تعهدنامه بین‌المللی راجع به جلوگیری و سرکوب خرید و فروش سفید پوستان^۲ در ۴ ماه می ۱۹۱۰ به تصویب رسید. اهم تدابیر این قرارداد جرم‌انگاری خرید و فروش زنان سفید پوست و عدم توجه به رضایت قربانیان جرم (مواد ۱، ۲ و ۳) به همراه لزوم تبادل اطلاعات کشورهای متعاقد و معاضدت‌های قضایی در این خصوص بود. دو مقاله فوق در تاریخ ۱۴ دی ماه ۱۳۱۰ به تصویب دولت ایران رسیدند. در سی‌ام سپتامبر سال ۱۹۲۱ تعهدنامه بین‌المللی الغای خرید و فروش نسوان و کودکان^۳ در تأیید دو سند قبلی به تصویب رسید که علاوه بر تأکید و تأیید دو قرارداد ۱۹۰۴ و ۱۹۱۰، ضمن جرم‌انگاری خرید و فروش نسوان و کودکان، تدابیری را در خصوص شروع به جرم، استرداد مجرمان و نظارت بر بنگاه‌های کارایی و امثال آن پیش‌بینی کرد و دولت ایران نیز در هفتم مهرماه سال ۱۳۰۰ بدان پیوست. قرارداد بین‌المللی راجع به جلوگیری از معامله نسوان کبیره^۴ یازدهم اکتبر ۱۹۳۳ که در ۳۰ دی ۱۳۱۳ به تصویب مقنن ایران رسید، گستره موضوع قراردادهای قبلی را از زنان سفید پوست خارج و شامل دیگر زنان کرد.

سرانجام با گسترش قاچاق اشخاص و به‌ویژه زنان برای فحشا کنوانسیون سرکوب قاچاق اشخاص و بهره‌کشی از روسپی‌گری دیگران^۵ در دوم دسامبر ۱۹۴۹ به تصویب رسید که تدابیری از قبیل لزوم ارائه اطلاعات توسط روسپیان به مراکز خاص جهت تحت نظارت دولت بودن، جرم‌انگاری بهره‌کشی

۱. International Agreement of 18 May 1904 for the Suppression of the Whire Slave Traffick.

۲. International Convention of 4 May 1910 on the Prevention and Suppression of the White Slaves Trafficking

۳. International Convention of 30 September 1921 for the Abolishment and Suppression of Trafficking in Women and Chiildren

۴. Internotional Conention of 11 October 1933 for the Prevention of Trafficking in Women of Full Age

۵. International Convention of 2 December 1949 for Suppression of Trafficking in Persons and Exploitation of Prostitution of Others





از روسپی‌گری دیگران، جرم‌انگاری قاچاق زنان، استرداد مجرمان و نظارت بر آژانس‌های کاریابی در این کنوانسیون پیش‌بینی گردید (اشتری، ۱۳۸۰: ۶۲). لکن به دلیل این که امروزه با باز شدن مرزها یا سهولت ورود و خروج مسافر و کالا از مرزها از یک طرف و سازمان‌یافته شدن جرائم مربوط به قاچاق زنان از سوی دیگر و میزان بالای ارتکاب این گونه جرائم در سطح بین‌المللی که ضمن این که کرامت زنان را به طور جدی نادیده گرفته و ارزش آنان را در حد یک کالای قابل نقل و انتقال تنزل داده، موجبات فساد اخلاق اجتماعی را فراهم آورده است، و به دلیل تعلق اسناد فوق‌الذکر به دهه‌های دور ارزش الزام‌آوری این اسناد کمرنگ شده است، نیاز به وضع قواعد و مقررات جدیدی بوده که با مشکل امروزه ارتکاب این گونه جرائم که به صورت سازمان‌یافته و فراملی ارتکاب می‌یابد مقابله کرده و مقتضی به کارگیری ابزار و تدابیر جدید برای مقابله با آن باشد.

بر همین مبنا به دنبال وضع و تصویب کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مقابله با جرائم سازمان‌یافته فراملی، معروف به کنوانسیون پالمو سال ۲۰۰۰، یکی از سه پروتکل الحاقی مصوب سازمان ملل «پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص به‌ویژه زنان و کودکان»^۱ بوده است که با توجه به مقدمه آن برای تحقق این اهداف به تصویب اعضای مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید: (۱) پیشگیری و مبارزه با قاچاق اشخاص به‌ویژه زنان و کودکان، (۲) حمایت و کمک به قربانیان این جرائم که همان اشخاص قاچاق شده یعنی زنان و کودکانند، و (۳) ارتقای همکاری میان دولت‌ها به منظور نیل به اهداف پیشگفته.

۳-۱ رفتارهای مرتبط با قاچاق زنان (اهداف قاچاق زنان)

کسانی که مرتکب قاچاق و تجارت زنان می‌شوند، آنان را در مسیرهای نامتعارف زندگی قرار می‌دهند؛ مسیرهایی که کرامت و سلامت اخلاقی و شخصیت زن را به طور جدی در معرض خطر قرار می‌دهد. اهداف و انگیزه‌های مذکور در پروتکل الحاقی سال ۲۰۰۰ مهم‌ترین اقداماتی هستند که قاچاقچیان نسبت به قربانیان خود مرتکب می‌گردند. این اهداف عبارتند از: بهره‌برداری جنسی، کار یا خدمات اجباری، به بردگی گرفتن یا اعمال مشابه بردگی، اسثمار و استخراج اعضای بدن.^۲ بهره‌برداری جنسی شامل بخش‌های مختلفی می‌تواند باشد که مهم‌ترین آن به شرح زیر است:

۱. Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially women and Children.

۲. ماده ۳ پروتکل، ذیل بند «الف».





الف) در خصوص فرد قربانی: فاحشه‌گی و روسپی‌گری،^۱ فرو افتادن در دام هرزه‌نگاری و صور قبیح،^۲

ب) در خصوص مرتکبان قاچاق: قوادی، ارتکاب جرائم جنسی، معاونت در انواع جرائم جنسی، اقدامات مربوط به عکس‌برداری و انتشار صور قبیح.

در ارتباط با رفتارهای فرد قربانی دو حالت قابل تصور است. حالت اول این که خود او از روی اراده و اختیار مرتکب این اعمال شده باشد، یعنی در حالی که می‌توانست اقداماتی برای فرار از ارتکاب این رفتارها انجام دهد یا به هر حال از آن امتناع کند، خودش ارتکاب این اعمال را بدون فریب و اکراه پذیرفته یا علیرغم وجود فریب و امثال آن، بدون اکراه و با رضایت این امور را انجام داده باشد، به گونه‌ای که عنصر فریبکاری تأثیری در تصمیم‌گیری وی نداشته است. در این صورت خود آن زن مجرم است و بسته به این که رفتار وی زنا یا مساحقه یا روابط کم‌تر از زنا و امثال آن باشد بر مبنای آیات قرآن و روایاتی که در خصوص این موارد وجود دارد، مستحق مجازات است (نور، آیه ۲ و ۱۹ و فصلت، آیه ۴۶)؛ چرا که شخص مزبور از روی اراده و اختیار مرتکب این اعمال شده و شرایط تکلیف در وی فراهم بوده و در نتیجه مشمول مسئولیت کیفری است.

از حیث جرم‌شناختی نیز به دلیل این که شخص قاچاق شده در شهر یا کشوری غیر از وطن خودش حضور دارد، به دلیل عدم وجود نظارت اجتماعی نسبت به وی که در وطنش به طور غیر مستقیم از سوی بستگان، دوستان یا هموطنان وی صورت می‌گرفته، با آزادی بیش‌تر و عدم نگرانی از نتایج اعمال خودش و در نتیجه در سطح وسیع مرتکب این اعمال می‌گردد، به‌ویژه اگر هدف وی از این اعمال به دست آوردن در آمد نیز باشد. لذا برای کنترل این افراد اقدامات برنامه‌ریزی شده مناسبی از سوی متصدیان امر اعم از پلیس و دستگاه قضایی لازم است.

حالت دوم) در این حالت شخص قاچاق شده تمایلی به انجام فحشا نداشته و تحت اجبار یا اکراه و اضطراب و ادا به ارتکاب آن شده که براساس قواعد مربوط به عدم مسئولیت مرتکب در حالت اجبار یا اکراه تام یا اضطراب، وی مسئولیت کیفری ندارد و شخص قاچاق‌کننده یا مرتبطن با این جرم در حد مسئولیت خود قابل تعقیب کیفری هستند.

آنچه در این بحث قابل توجه است رابطه قاچاق زنان و فحشا است که در این خصوص باید گفت غالب قاچاق‌شدگان امروزه در سکس،^۱ روسپی‌گری و فحشا،^۲ خدمات توریسم جنسی^۳ و هرزه‌نگاری



۱- prostitution

۲ - pornography



و انتشار صور قبیح^۴ به کار گرفته می‌شوند. دلیل به کارگیری در این قبیل جرائم روشن است: وقتی کرامت و شخصیت زن در این مسیر قربانی می‌شود، چنین رفتارهایی از یک سو برای قاذقچیان پر درآمد است و از سوی دیگر برای قربانی جرم امری بدون زحمت و در عین حال لذتبخش بوده، خود او نیز سود مادی قابل توجهی را کسب می‌کند. همچنین رابطه قاذق و زنان و قوادی و واسطه‌گری و توسعه و رونق آن امری غیر قابل انکار خواهد بود. قاذقچیان خود و یا عوامشان در پی جلب مشتری جنسی و ایجاد ارتباط وی با قربانی قاذق بوده، با معرفی و توصیف زنان قاذق شده به مردان مورد نظر این وساطت را عملی می‌کنند.

در متون فقهی گرچه مجازات قواد هفتاد و پنج تازیانه و تبعید [برای مردان] مقرر شده است (حر عاملی، ۱۳۷۶: ۴۲۹)، اما در صورتی که رفتار قواد از حد قوادی تجاوز کرده، به حد ایجاد فساد در زمین برسد، در این صورت مجازات وی متفاوت خواهد بود و از آنجا که قاذقچیان زنان در فعل خود فقط به دنبال قوادی نبوده، با رفتار خود موجبات فساد در جامعه را فراهم می‌آورند، از یک سو زنان و کودکان را از خانواده جدا می‌کنند و آنان را در وضعیت بدون حمایت قرار می‌دهند و از سوی دیگر از آنان برای انواع مختلف فحشا از روابط جنسی ساده گرفته تا توریسم جنسی و پورنوگرافی بهره‌برداری می‌کنند و از این راه موجبات فساد گسترده را در زمین فراهم می‌سازند و از این رو، دیگر نمی‌توان بر رفتار آنان نام قوادی نهاد و این‌ها ممکن است مصداق مفسد فی الارض باشند و علاوه بر این که مشمول عذاب و لعنت الهی می‌شوند^۵ مشمول مجازات مربوط به این جرم گردند.^۶ در عین حال، این که مجازات رفتار مورد بحث چه باشد، قابل تردید است. از یک سو براساس آیه ۳۳ سوره

۱. sex industry

۲. prostitution

۳. sexual tourism services

۴. pornography

۵- «و الذین ینقضون عهد الله من بعد میثقه و یقطعون ما امر الله به أن یوصل و یفسدون فی الارض أولئک لهم اللعنه و لهم سوء الدار»: کسانی که عهدشان را با خدا پس از بستن آن می‌شکنند و آنچه را خدا به پیوستن آن فرمان داده است می‌گسلند و با انجام کارهای ناشایست در زمین فساد می‌کنند برای آنان دوری از رحمت خدا خواهد بود و ناگواری آن سرا را خواهند داشت (رعد، آیه ۲۵).

۶- «انما جزاؤ الذین یحاربون الله و رسوله و یسعون فی الارض فساداً أن یقتلوا أو یصلبوا أو تقطع أیدیهم و أرجلهم من خلف أو ینفوا من الارض» (مائده، آیه ۳۳).





مأنده^۱ مجازات محاربه یکی از چهار مجازاتی است که به شکل تخییری در ماده ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی بیان شده است که البته این مجازات‌ها در مواردی قابل اعمال است که جرم ارتكابی موضوع ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی باشد، یعنی مرتكب برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، در حالی که در قاجاق زنان و به کارگیری آنان در ارتكاب فحشا این گونه نیست. از سوی دیگر به اقتضای آیه ۳۲ سوره مأنده^۲ گرچه ممکن است استنباط اولیه این باشد که قتل کسی که مرتكب فساد بر روی زمین شد جایز است، لکن با توجه به این که مصادیق فساد در آیه شریفه مشخص نشده است، نمی توان به صرف اطلاق فساد بر فعلی، مرتكب آن را مستحق قتل دانست؛ زیرا در عرف ارتكاب اعمالی نظیر زنا، مساحقه، قوادی شرب خمر و توزیع و فروش آن و بسیاری از جرائم دیگر مشمول عنوان فساد است، لکن هریک مجازات‌های خاصی دارند و هیچ‌یک از موارد فوق جز در شرایط خاص، مثل تکرار سه یا چهار باره، یا به عنف بودن یا محصنه بودن زنا یا زنای با محارم و نظایر آن مشمول حکم قتل نیست. بنابراین، صدور حکم قتل در مواردی که فعل مرتكبان قاجاق زنان مشمول عنوان افساد است، بسیار مشکل می نماید، مگر این که قائل به نظر کسانی شویم که معتقدند گرچه در آیه ۳۳ سوره مأنده افساد فی الارض عطف به محاربه شده است، لکن این عطف به معنای لزوم جمع دو عنوان یعنی محاربه بر وجه فساد نیست، بلکه با تحقق هریک از موارد محاربه یا افساد فی الارض، حکم مربوط قابل اعمال است (محمدی گیلانی، ۱۳۶۱: ۲۲۹ و حبیب زاده، ۱۳۷۹: ۱۶۱ به بعد) و یا این که حکم آیه شامل افساد فی الارض است، نه محاربه و محاربه یکی از مصادیق افساد است (لنکرانی، ۱۴۰۶: ۳-۵۰۱ و مرعشی: ۴۶).

قانونگذار در وضع قوانین پراکنده از همین نظر دوم پیروی کرده و در مواردی که حکم افساد فی الارض را تقنین کرده بر همین مبنا نظر داده است.^۳ و نهایتاً در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۲۸۶ افساد فی الارض را به شکل جرمی مستقل از محاربه مورد حکم قرار داده است. از سوی دیگر، زنان قاجاق شده که نسبت به این امور رضایت واقعی - و نه صوری از روی اضطرار - دارند، افعالشان از حد زنا یا روابط جنسی ساده گذشته، با ایجاد فساد در جامعه از طریق انتشار عکس‌های

۱- انما جزاء الذین یحاربون الله و رسوله و یسعون فی الارض فساداً أن یقتلوا أو یصلبوا أو تقطع أیدیهم و أرجلهم من خلف أو ینفوا من الأرض ... (مأنده، آیه ۳۳).

۲- «... من قتل نفساً بغير نفس او فساد فی الارض فکانما قتل الناس جمیعاً ...» (مأنده، آیه ۳۲).

۳- در این خصوص رک: ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری، ماده ۲ قانون مجازات اخلا لگراں در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹، و ماده ۶ قانون مبارزه با مواد مخدر، ۱۳۶۷.





برهنه یا فیلم‌های جنسی خود و یا دعوت مردان به ارتباطات خاص از طریق کانال‌های تلویزیونی خاص یا سایت‌های مخصوص، مصداق مفسد فی الارض شده، حکم خاص این جرم را مستحق خواهند شد.

۱-۳-۱ کار و یا خدمات اجباری و استثمار

این نوع کار و خدمات اجباری بسته به وضعیت فرد می‌تواند کار خانگی یا کشاورزی، کار در کارگاه‌های کار سخت، دامداری، و یا کار در رستوران‌ها، هتل‌ها، روسپی‌خانه‌ها، کلوپ‌های رقص و امثال آن باشد. این نوع کار و خدمات یا در مقابل اخذ مزد اندک محقق می‌شود که در واقع نوعی استثمار تلقی می‌گردد و یا به طور مجانی صورت می‌گیرد که نوعی بردگی از سوی قربانی و برده‌داری از سوی قاچاقچیان به حساب می‌آید.

در هر حال به کار گرفتن اجباری یا وادار کردن شخص به خدمات اجباری عملی حرام بوده، شخص مرتکب ضامن اجرت‌المثل خدمت کارگر تلقی می‌شود و در صورتی که این نوع خدمات فعل حرام و اشاعه فحشا بوده باشد، مرتکب قاچاق در این موارد اعانه بر اثم کرده، مشمول آیات مربوط خواهد بود؛^۱ ضمن این که بر مبنای قاعده استلزام تحریم و تجریم که برخی از بزرگان قائل به آن هستند (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۴۸ و موسوی خویی: ۳۳۷) می‌توان مجازات متناسب با جرم ارتكابی را نیز برای مرتکبان این گونه جرائم در نظر گرفت.

علاوه بر موارد فوق در بسیاری از آیات و روایات بر ضامن بودن این شخص تأکید شده است. بر مبنای آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکن تجارت عن تراض»^۲ درآمدهای ناشی از به کارگیری اجباری فرد و استثمار وی، اکل مال به باطل بوده، در نتیجه چنین عملی موجب ضمان و عملی حرام است.

۱-۳-۲ به بردگی گرفتن یا اعمال مشابه بردگی

به بردگی گرفتن به معنای برده و عبد قرار دادن شخص است؛ به گونه‌ای که شخص برده کاملاً مطیع بدون چون و چرا بوده، اختیار هیچ عملی را ندارد و همانند یک کالا قابل خرید و فروش، اجاره دادن، هدیه شدن و امثال آن است.

بررسی حقوقی مقابله با قاچاق زنان با تجاری‌سازی انسان



۱- «... تعاونوا علی البرّ و التّقوی و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان ...» (مائده، آیه ۲)؛ «انّ الذین یحبّون انّ تشیع الفحشه فی الدّین ءامنوا لهم عذاب الیم فی الدّنیا و الآخره ...»: کسانی که دوست دارند کار زشت در میان مومنان شایع گردد، برای آنان در دنیا و آخرت عذابی دردناک خواهد بود (نور، آیه ۱۹).

۲- نساء، آیه ۲۹.



در قرارداد تکمیلی «منع بردگی و برده فروشی» سپتامبر ۱۹۲۶ در تعریف بردگی و برده آمده است: «بردگی به معنای حال و یا وضع کسی است که اختیارات ناشی از حق مالکیت کلاً یا جزئاً نسبت به او اعمال می‌شود و برده کسی است که در چنین حال یا وضعی باشد (عبادی، ۱۳۷۳: ۳۳)؛ کما این که اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مصوب ۱۹۹۸ که در سال ۲۰۰۳ قدرت اجرایی یافته است، ضمن این که در ماده ۷ به بردگی گرفتن را در شرایط خاصی نوعی جرم علیه بشریت اعلام داشته، آن را چنین تعریف کرده است: «به بردگی گرفتن یعنی اعمال اختیارات مربوط به حق مالکیت بر انسان و مشتمل است بر اعمال چنین اختیاری برای خرید و فروش انسان به‌ویژه زنان و کودکان».^۱

بنابراین به بردگی گرفتن به معنای مملوک قرار دادن و معامله کردن انسان همانند مال و ملک است.

گرچه در دین مبین اسلام در ابتدا به صورت امضایی به بردگی گرفتن مشروعیت داشته، لکن با توجه به قواعد و اصول حاکم بر این نهاد، معلوم می‌شود که اولاً به بردگی گرفتن برای هدایت شخص کافر آن هم در شرایطی خاص بوده که در یک خانواده مسلمان به نور اسلام هدایت گردد و ثانیاً تدابیری در اسلام پیش‌بینی شده که زمینه آزاد شدن برده فراهم گردد و در واقع از یک زندگی تاریک به زندگی روشن و سالم هدایت شود.

بنابراین اساساً عبودیت جز در برابر خداوند و ولایت جز برای خداوند در اسلام پذیرفته نیست و لذا قرآن می‌فرماید: «و کفی بالله ولّیاً»^۲ و در جایی دیگر «و این که برخی از ما برخی دیگر را جز خدا ارباب قرار ندهیم».^۳ بر همین مبنا امام علی (ع) فرموده: «ای مردم حضرت آدم برده آفریده نشده است. مردم تماماً آزاده هستند»^۴ و در جایی دیگر: «برده دیگری مباش. خداوند تو را آزاد آفریده است».^۵ گرچه برخی از آیات یا روایات فوق دلالت بر بندگی به معنای عبودیت حقیقی دارند، لکن با توجه به اصالة‌الظهور، دلالت ظاهری آن‌ها بر بردگی در مقابل انسان‌ها روشن است.

در موارد متعددی نیز در کتب فقهی مشاهده می‌شود که مؤلفه‌های مختلفی را شارع مقدس جهت آزادی بردگان پیش‌بینی کرده است؛ مانند کفاره قتل، کفاره افطار عمدی روزه واجب، کفاره حنث

۱ - Rome Statute of the international Criminal Court, Article 7, Paragraph 2 ©.

۲- نساء، آیه ۴۵.

۳- «لا یتخذ بعضنا بعضاً ارباباً من دون الله» (آل عمران، آیه ۶۴).

۴- «ایها الناس ان آدم لم یولد عبداً و لا امه الناس کلهم احرار» (محمد بن یعقوب کلینی، اصول کافی، بی تا: ۸۶).

۵- «لا تکن عبد غیرک قد جعلک الله حراً» (نهج البلاغه، نامه ۳۱).





نذر یا قسم، کفاره ایلاء وظهار و با توجه به همین مؤلفه‌ها چندی پس از ظهور اسلام، برده‌داری به پایان عمر خود رسید. با توجه به موارد فوق معلوم می‌شود به بردگی گرفتن مذکور در اهداف قاجاق انسان با آنچه در صدر اسلام وجود داشته از هر جهت متفاوت و غیر قابل مقایسه است.

مرتکبان این گونه جرائم که با قاجاق شدن رفتار با بردگان دارند و آنان را مورد خرید و فروش و امثال آن قرار می‌دهند، براساس قواعد شریعت مرتکب گناه بزرگی می‌شوند و این معامله به اجماع فقهای امامیه حرام و باطل است (اردبیلی، ۱۴۱۱، ج ۸: ۱۶۷ و ۲۶۱؛ مطهر الحلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۲۶۱، نجفی، ج ۲۲، بیروت، ۱۳۶۷: ۳۴۳؛ خویی، ج ۶: ۱۳۶۶: ۱۱۱) و مرتکبان این عمل به دلیل بیع حر از باب افساد فی الارض قابل مجازات هستند. مرحوم خوانساری در این خصوص به روایتی استناد می‌کند که براساس آن، فردی، مردی را فروخته بود. وقتی خبر به امام جعفر صادق (ع) رسید، به قطع دست آن فرد حکم کرد و چنین حکمی را به جد بزرگوارش علی (ع) نسبت داد.^۱ مرحوم خوانساری پس از ذکر برخی روایات دال بر قطع ید مرتکب در چنین مواردی، استدلال می‌کند که قطع ید در ما نحن فیه به دلیل سرقت نیست [چرا که سرقت مال از حرز و با شرایط خاص موجب قطع ید می‌شود، اما سرقت انسان حر که مال نیست، مشمول سرقت حدی نمی‌شود]، بلکه این قطع ید به دلیل فساد مرتکب بوده، چنین شخصی از باب افساد فی الارض مشمول این مجازات است.^۲ البته این اشکال وجود دارد که مجازات افساد فی الارض محدود به مجازات اعدام موضوع ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی است و قطع ید به صورتی که در روایات مطرح شده است در آن ماده ذکر نشده است.

بنابراین کسی که مرتکب خرید و فروش انسان می‌شود، اعم از قاجاقچی یا کسی که شخص قاجاق شده را در حکم برده قرار داده، وی را می‌فروشد، مشمول حکم فوق می‌شود. فقهای مختلفی در این خصوص قائل به قطع ید مرتکب شده‌اند؛ اما در خصوص شخص قاجاق شده باید گفت اگر وی نسبت به این خرید و فروش رضایت داشته باشد، رضایت وی ارزشی ندارد و وی را در حکم کالا قرار نمی‌دهد و در نتیجه، حکم تکلیفی و وضعی این رفتار همان است که گذشت (شهید ثانی، ۱۴۱۴،



۱- عن سکونی عن ابی عبدالله (ع): ان امیر المؤمنین صلوات الله علیه اتی برجل قد باع حرّاً فقطع یده ... و روایه اخیری عن سنان بن ظریف قال: سألت ابا عبدالله (ع) عن رجل باع امراته، قال: علی الرجل ان تقطع یده (رک: سید احمد خوانساری، جامع الدارک، ج ۷، ط ۲، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵: ۱۴۷).

۲- همان جا.



ج ۳۰: ۱۷۵ و نوبهار، ۱۳۸۵: ۸۳). النهایه در صورتی که رضایت وی واقعی بوده باشد، به دلیل معاونت بر اثم^۱ مشمول مجازات تعزیری می گردد.

۱-۳-۳ استخراج اعضای بدن

این جرم که خود جرمی مستقل از اصل قاچاق انسان است، یکی از غیر انسانی ترین و بی رحمانه ترین جرائمی است که امروزه در سطحی وسیع متداول بوده، به دلیل نیاز بیماران مختلف به پیوند اعضا که عمدتاً حاضرند در این خصوص هزینه قابل توجهی نیزپردازند تا بهبود یابند، به یکی از منابع عمده درآمد قاچاقچیان تبدیل شده است.

اخیراً افشا شده است که حتی در جنگ رژیم صهیونیستی علیه مسلمانان غزه، این رژیم اعضای بدن برخی از مجروحان این جنگ را استخراج کرده است. این امر نشانگر گستردگی این نوع از جرائم غیر انسانی است که نه تنها در قاچاق انسان، بلکه در جرائم جنگی نیز مورد عمل واقع می شود.

از منظر فقهی، استخراج اعضای بدن به دلیل این که مستلزم ارتکاب جنایت نسبت به اعضای بدن است، مستوجب صدور حکم قصاص و در صورت عدم امکان قصاص مستوجب صدور حکم دیه است و بسته به این که چه عضو یا اعضای استخراج شده باشند، دیه یا دیات لازم مورد حکم واقع می شوند و از آن جا که چنین اعمالی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه می شود، به ویژه آنگاه که به صورت سازمان یافته ارتکاب می یابد، علاوه بر مجازات فوق امکان تحقق عنوان افساد فی الارض نیز در این خصوص وجود دارد که حکم آن گذشت.

۲. مبارزه با قاچاق و تجارت زنان در پروتکل سال ۲۰۰۰

نظر به این که براساس ماده یک پروتکل، ضمانت اجراها و مجازات ها، روش های پیشگیری از جرم، همکاری های قضایی و پلیسی و دیگر تدابیر مذکور در این پروتکل باید براساس کنوانسیون پالرمو تفسیر و اجرا گردد، لذا ضمن اشاره ای گذرا به مواد مرتبط پروتکل اشاره ای نیز به برخی مواد مرتبط کنوانسیون از این حیث خواهیم کرد.

پروتکل، قاچاق اشخاص را به شرح ذیل تعریف کرده است: «قاچاق اشخاص» به معنای استخدام کردن، اعزام، انتقال، پناه دادن یا پذیرفتن اشخاص است، به وسیله تهدید یا توسل یا به کارگیری زور یا دیگر اشکال اجبار، ربودن، تقلب یا فریب، اغفال، سوء استفاده از قدرت یا سوء استفاده از موقعیت آسیب پذیری شخص یا از طریق دادن یا گرفتن مبالغ یا منافع برای تحصیل رضایت شخصی که روی دیگری کنترل دارد، به منظور بهره کشی. این بهره کشی شامل بهره برداری از فحشای دیگران یا اشکال



۱- «تعاونوا علی البر و التقوی و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان» (مائده، آیه ۹).



دیگر بهره‌برداری جنسی، کار یا خدمات اجباری، به بردگی گرفتن یا اعمال مشابه بردگی، اسشمار و یا استخراج اعضا است.^۱

همان‌گونه که در ابتدای ماده ملاحظه می‌شود عنصر مادی قاچاق انسان‌ها به صورت حصری با یکی از رفتارهای استخدام و ... حاصل می‌شود که از طریق تهدید و امثال آن محقق می‌گردد که دلالت بر لزوم وجود سوءنیت و عمد مرتکب دارد و جلوه‌هایی از وجود عنصر معنوی را به نمایش می‌گذارد. آنچه انگیزه قاچاق انسان را محقق می‌سازد، بهره‌برداری از انسان قاچاق شده است. با توجه به موارد فوق، اگر عنصر مادی جرم با همان طرق و وسایل ارتکاب (مثل تهدید و ...) صورت گیرد، ولی نه به منظور بهره‌برداری، در چنین صورتی، قاچاق انسان موضوع پروتکل محقق نشده و از این حیث قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود. فرضاً اگر کسی زنانی را با تهدید یا توسل به زور و امثال آن برای رهایی دادنشان از فساد یا حفظ آنان از خطرهای خاص به جایی منتقل کند یا پناه دهد یا آنان را بپذیرد، در چنین صورتی، مرتکب جرم قاچاق زنان نشده است؛ چرا که در اقدامات خود به دنبال بهره‌برداری از آنان نبوده است.

به عبارت دیگر، گرچه انگیزه ارتکاب جرم تأثیری در ماهیت جرم ندارد و وجود و عدم وجود آن موجب تغییر ماهیت جرم نمی‌شود، لکن در مانحن فیه مقید کردن جرم به وجود انگیزه در پروتکل، تحقق جرم را منوط به وجود آنی انگیزه، یعنی بهره‌برداری از شخص قاچاق شده کرده است و صرف رفتارهای مذکور در بند «الف» ماده ۳، موجب تحقق جرم قاچاق انسان نمی‌شود.

از سوی دیگر، بهره‌برداری براساس ذیل همین ماده، شامل بهره‌برداری از فحشای دیگران یا اشکال دیگر بهره‌برداری جنسی، کار یا خدمات اجباری، به بردگی گرفتن یا اعمال مشابه بردگی، اسشمار و یا استخراج اعضا است. ملاحظه می‌شود بخش قابل توجهی از موارد بهره‌برداری مربوط به زنان است.

تصویب کنندگان پروتکل برای رضایت شخص قاچاق شده در صورتی که شیوه‌های مذکور در بند «الف» مورد استفاده قرار گرفته باشد، ارزشی قائل نبوده،^۲ آن را موجب خروج فعل ارتكابی از قاچاق انسان تلقی نکرده‌اند. این در حالی است که در اغلب جرائم رضایت شخص قربانی از عوامل مواجهه جرم تلقی می‌شود و در صورت تحقق رضایت، جرمی محقق نخواهد شد. برای مثال می‌توان به مفهوم بند «ب» پاراگراف ۱ ماده ۱ قانون جرائم جنسی ۲۰۰۳ انگلستان در مورد رضایت به زنا و بند ج ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در مورد رضایت به عملیات جراحی اشاره کرد. عدم وجود

۱- پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص به‌ویژه زنان و کودکان ۲۰۰۰، ماده ۳، بند «الف».

۲- پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص به‌ویژه زنان و کودکان سال ۲۰۰۰، ماده ۳، بند «ب».



رضایت موجب تحقق جرم تجاوز به عنف در اولی و جرم ایراد جراحت در دومی می‌شود؛ ولی وجود رضایت عملیات فوق را از حالت مجرمانه خارج می‌کند. علت عدم تأثیر رضایت قربانیان قاجاق این است که افراد قاجاق شده که از کشور خود به کشوری دیگر قاجاق می‌شوند، اگر چه تحت استثمار و ظلم قاجاقچیان و همدستان آنان هستند، ولی به خاطر این که در کشور مقصد غریب و فاقد پشتوانه مالی و اجتماعی هستند، ترجیح می‌دهند که به خواسته‌های قاجاقچیان و استثمارکنندگان خود تمکین کرده، نه تنها نزد مقامات محلی شکایت نکنند، بلکه در صورت تعقیب نیز ترجیح می‌دهند، تهدیدات، فشارها و فریب‌های به کار رفته را مکتوم کنند تا حداقل تحت حمایت قاجاقچیان باشند و قاجاقچیان نیز با علم و آگاهی از چنین وضعیتی با آرامش خاطر بیش تر مرتکب قاجاق اشخاص می‌شوند (اسعدی، ۱۳۸۶: ۱-۲۵۰). لذا در بند «ب» ماده ۳ پیش‌بینی شده است: «رضایت قربانی قاجاق اشخاص نسبت به بهره‌کشی مطرح شده در بند «الف» این ماده در جایی که هریک از وسایل مطروح در بند «الف» مورد استفاده قرار گرفته باشد هیچ مناسبت و اهمیتی ندارد».

همچنین پروتکل در ماده ۵ از دول عضو کنوانسیون پالمو خواسته است که موارد مذکور در ماده ۳ را در صورت ارتکاب عمدی آن، جرم‌انگاری کنند. البته پروتکل در صورتی نسبت به قاجاق انسان قابل اعمال است که از موارد جرائم سازمان یافته فراملی باشد؛ بدین معنا که از سوی گروه یا گروه‌های مجرمانه سازمان یافته ارتکاب یافته باشد.^۱

پروتکل فوق در مواد ۶، ۷ و ۸ حمایت از قربانیان قاجاق انسان از جمله حمایت از حریم خصوصی، حفظ هویت، ارائه خدمات جسمی، روحی، اجتماعی و قضایی به قربانیان و تلاش برای بازگرداندن آنان به کشور خویش به نحو مناسب و ترجیحاً داوطلبانه را مدنظر قرار داده است. در این راستا به‌ویژه در ماده ۶ پروتکل اقدامات ویژه‌ای پیش‌بینی شده و از دولت‌ها خواسته شده حریم خصوصی و هویت قربانیان قاجاق اشخاص را حفظ کنند و از جمله رسیدگی‌های حقوقی مربوط به قاجاق آنان را محرمانه نگه دارند و ضمن دفاع از حقوق آنان در جریان رسیدگی، تدابیری را جهت بهبود فیزیکی، روانی و اجتماعی آنان اتخاذ کرده، در این راستا ارائه مسکن مناسب، مشاوره و ارائه اطلاعات درباره حقوق قانونی آن‌ها، کمک‌های پزشکی، روانی و مادی، فرصت‌های شغلی، تحصیلی و تربیتی از جمله این اقدامات خواهد بود؛ ضمن این که برای این اشخاص امکان کسب غرامت برای خسارات متحمل شده را فراهم سازند. همان گونه که گذشت با توجه به این که پروتکل مزبور مکمل کنوانسیون پالمو است، در نتیجه، تمامی قواعد و اصول و تدابیر پیش‌بینی شده در کنوانسیون در قاجاق





انسان هم قابل اعمال است. بر همین مبنا صرف عضویت در گروه مجرمانه در گیر قاچاق انسان جرم تلقی می شود^۱ و اشخاص حقوقی در گیر فعالیت های مرتبط با قاچاق انسان، همانند اشخاص حقیقی مسئولیت کیفری خواهند داشت.^۲ همچنین اموال و دارایی های ناشی از جرم مشمول مصادره و ضبط واقع شده،^۳ شهود این جرائم^۴ و قربانیان آن مورد حمایت های ویژه قرار می گیرند؛^۵ ضمن این که دولت های عضو متعهدند تمامی تدابیر لازم را جهت پیشگیری اجتماعی یا وضعی از جرم اتخاذ کنند.^۶ با توجه به موارد فوق، پروتکل از یکطرف به دنبال جرم انگاری قاچاق انسان و اعمال مسئولیت کیفری است و از سوی دیگر با تأکید بر پیشگیری از این نوع جرم، به دنبال اعمال سیاست حمایتی از قربانیان این جرم به ویژه زنان قاچاق شده است.

۳. مبانی فقهی - حقوقی

۳-۱ رویکرد جمهوری اسلامی ایران به اسناد بین المللی مربوط

همان گونه که قبلاً گذشت، برخی از اسناد بین المللی از جمله مقاوله نامه بین المللی ۱۸ می ۱۹۰۴، کنوانسیون بین المللی راجع به جلوگیری و سرکوب خرید و فروش سفید پوستان چهارم می ۱۹۱۰، کنوانسیون بین المللی الغای خرید و فروش نسوان و کودکان سی ام سپتامبر ۱۹۱۲ و معاهده بین المللی راجع به جلوگیری از معامله نسوان کبیره یازدهم اکتبر ۱۹۳۳، توسط قانونگذار ایرانی مورد تصویب قرار گرفته و براساس ماده ۹ قانون مدنی ایران در حکم قانون تلقی شده اند.^۷ به همین دلیل بوده که در سال ۱۳۰۴ [یعنی پس از تصویب قرارداد بین المللی راجع به الغای خرید و فروش زنان و کودکان ۱۹۲۱ در ایران و پس از جرم انگاری انتقال زنان و دختران به خارج جهت روسپی گری که در کنوانسیون ۴ ماه می ۱۹۱۰ پاریس راجع به جلوگیری از رفتار جنایت آمیز نسبت به زنان و کودکان مقرر

۱- ماده ۵ کنوانسیون پالمو ۲۰۰۰ «جنایات سازمان یافته فراملی در حقوق بین الملل».

۲- ماده ۱۰ کنوانسیون پالمو.

۳- ماده ۱۲ کنوانسیون پالمو.

۴- ماده ۲۴ کنوانسیون پالمو.

۵- ماده ۲۵ کنوانسیون پالمو.

۶- ماده ۳۱ کنوانسیون پالمو.

۷- ماده ۹ قانون مدنی: عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است.





گردید[و بر مبنای همین کنوانسیون، قانونگذار در ماده ۲۱۳ ق. مجازات عمومی مقرر کرد: «هر کس زنی را با علم به این که آن زن در خارجه به شغل فاحشگی مشغول خواهد شد برای رفتن به خارجه تشویق کند و یا مسافرت او را به خارجه تسهیل کند یا او را و لو با رضایت خودش به خارجه ببرد و یا برای رفتن به آن جا اجیر کند، به حبس از یک تا سه سال محکوم می شود، اگرچه اعمال مختلفه که مبنای جرم محسوب می شود در ممالک مختلفه صورت گرفته باشد». جالب است که همین ماده در اصلاحات سال ۱۳۵۲ قانون مجازات عمومی نیز ابقا گردید.

اما در قانونگذاری پس از انقلاب به این جرائم بیش تر از منظر جرائم شرعی توجه شده بود، به این معنا که قاچاقچیان انسان در صورتی که مرتکب قوادی شده بودند صرفاً از همین حیث قابل تعقیب بوده، براساس مواد ۲۴۲ و ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی^۱ قابل مجازات بودند. البته اگر فعل آنها متضمن تشویق به فساد و فحشا یا دایر کردن یا اداره امور فاحشگی بود براساس ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی قابل مجازات بودند؛ اما برای خرید و فروش زنان یا بهره کشی از آنان در امور دیگر خلأ قانونی کاملاً محسوس بود.

با تصویب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱ و براساس ماده ۳ آن، خرید و فروش، بهره کشی یا به کارگیری کودکان به منظور ارتکاب اعمال خلاف از قبیل قاچاق ممنوع بوده و مرتکب به مجازات حبس یا جزای نقدی محکوم می شد؛ لکن همان گونه که از موضوع قانون معلوم می گردد این ضمانت اجرا فقط نسبت به سوء استفاده از کودکان و نوجوانان قابل اعمال بود و شامل زنان نمی شد.

ارتکاب قاچاق زنان از ایران و ارائه فیلم های مستند در این خصوص و احساس تهدید جدی در این زمینه، سرانجام قانونگذار ایرانی را وادار ساخت تا در سال ۱۳۸۳ جهت مقابله با جرم قاچاق انسان از



۱- ماده ۱۳۵: قوادی عبارت است از جمع و مرتبط کردن دو نفر یا بیش تر برای زنا یا لواط. ماده ۱۳۸. حد قوادی برای مرد هفتاد و پنج تازیانه و تبعید از محل به مدت ۳ ماه تا یک سال است و برای زن فقط هفتاد و پنج تازیانه است.



جمله زنان به وضع و تصویب قانون خاصی مبادرت ورزد که از مبانی و ویژگی‌های قابل توجهی برخوردار است و در عین حال از جهاتی نیز قابل نقد می‌نماید.

۲-۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان در بستر ارزیابی و کارایی

قانون فوق‌الذکر مشتمل بر هشت ماده و سه تبصره در جلسه علنی ۲۸ تیر ماه ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید؛ لکن پس از ارسال به شورای نگهبان، در مهلت مقرر مذکور در اصل ۹۴ قانون اساسی (ده روز) نظر شورای نگهبان به مجلس واصل نگردید و در نتیجه به استناد ذیل همان اصل این قانون قابل اجرا گردید.

این قانون از ویژگی‌های مثبت و در برخی موارد قابل اشکال برخوردار است که ذیلاً مورد اشاره واقع می‌شود:

۱. قانونگذار در این قانون معنای خاص قاچاق را مدنظر قرار داده که عبارت است از گذراندن غیر قانونی انسان از عرض مرزهای جغرافیایی کشور و به عبارت دیگر قاچاق خارجی مدنظر قانونگذار بوده است.

براساس بند «الف» ماده ۱ این قانون: «قاچاق انسان عبارت است از خارج یا وارد ساختن یا ترانزیت مجاز یا غیر مجاز فرد یا افراد از مرزهای کشور...». بنابراین، در مواردی که شخص یا اشخاص، افرادی را با همان قیود و مقاصد مذکور در ماده ۱ قانون صرفاً از نقطه‌ای در داخل ایران به نقطه دیگر آن منتقل می‌کنند، در این صورت به دلیل عدم تحقق قاچاق، این قانون نسبت به آن قابل اجرا نخواهد بود و در این گونه موارد باید به قواعد کلی و مواد قانونی موضوعاتی دیگر نظیر آدم‌ربایی، قوادی و امثال آن استناد کنیم.

بند «ب» ماده ۱ این قانون که تحویل گرفتن، انتقال دادن، مخفی کردن یا فراهم ساختن موجبات اخفای فرد و یا افراد موضوع بند «الف» همان ماده را نیز قاچاق تلقی می‌کند، قید «پس از عبور از مرز» را در انتها آورده است که در این صورت فقط تحویل گرفتن یا انتقال یا مخفی کردن پس از وارد ساختن به کشور مشمول بند «ب» این ماده می‌شود. ولی اگر به قصد خارج کردن از مرز کسی را تحویل بگیرد یا انتقال دهد یا مخفی کند چون هنوز عبور از مرز صورت نگرفته است، در حکم قاچاق انسان نخواهد بود. به نظر می‌رسد با توجه به وحدت ملاک میان وارد کردن و خارج کردن نباید تفاوتی میان این دو قائل شد. به عبارت دیگر همان گونه که انتقال و تحویل گرفتن یا مخفی کردن پس از عبور از مرز به دلیل طی مراحل قاچاق، قاچاق تلقی می‌شود، چنین اعمالی قبل از عبور از مرز نیز قاچاق است و لو این که هنوز از مرز نگذشته است. چنین استدلالی را قانونگذار درخصوص قاچاق اموال تاریخی -



فرهنگی از کشور پذیرفته است که بر مبنای آن «هر گونه اقدام به خارج کردن اموال تاریخی - فرهنگی از کشور هر چند به خارج کردن آن نینجامد قاچاق محسوب می گردد».^۱ از این جهت بند «ب» قابل انتقاد بوده، قانونگذار قید پس از عبور از مرز را باید بردارد و به جای آن عبارت «به قصد قاچاق انسان» را جانشین کند.

۲. از سوی دیگر همانند آنچه در پروتکل الحاقی پیش‌بینی شده، قاچاق انسان در قانون مبارزه با قاچاق انسان از سه رکن اساسی تشکیل شده است:

الف) رفتار خاصی که عبارت است از خارج ساختن، وارد ساختن یا ترانزیت اشخاص از مرزهای کشور.

ب) همراه بودن رفتار فوق با اجبار، اکراه، تهدید، خدعه و نیرنگ و یا سوءاستفاده از قدرت خود یا وضعیت طرف مقابل.

ج) وجود انگیزه‌های نامشروع یا خاص که عبارتند از فحشا، برداشت اعضا و جوارح بدن، بردگی و ازدواج.^۲

با توجه به موارد فوق و لزوم اعمال تفسیر به نفع متهم و با استفاده از مفهوم مخالف ماده ۱، در صورتی که علیرغم دو شرط اول فوق‌الذکر، شرط سوم یعنی قصد فحشا یا برداشت اعضا و امثال آن نباشد، بلکه انگیزه‌ای شرافتمندانه یا انگیزه‌ای غیر از موارد مذکور در بند سوم در انجام عمل انتقال وجود داشته باشد، در این صورت، فعل ارتكابی مصداق قاچاق انسان نبوده، قانون فوق قابل اعمال نسبت به آن فعل نخواهد بود.

اما اگر شرط دوم، یعنی اجبار و امثال آن در کار نباشد، دو حالت را قانونگذار در این قانون مطرح کرده است:

الف) جرم ارتكابی به طور سازمان یافته صورت گرفته است. در این صورت حتی اگر این عمل با رضایت قربانیان جرم هم صورت گرفته باشد، جرم در حکم قاچاق انسان محقق است.^۳

ب) جرم ارتكابی سازمان یافته نباشد. در این صورت اگر اولاً عبور دادن (خارج یا وارد ساختن و یا ترانزیت)، حمل یا انتقال به صورت غیر مجاز بوده باشد، بدین معنا که بدون گذرنامه یا رواید صورت



۱- قانون مجازات اسلامی، کتاب تعزیرات، فصل نهم، ماده ۵۶۱.

۱- رک: قانون مبارزه با قاچاق انسان، ماده ۱، بند «الف».

۲- ماده ۲، بند «ب».



گیرد و یا مقررات قانونی لازم اعمال نگردد و ثانیاً چنین اقدامی به قصد فحشا صورت گیرد، عمل ارتكابی جرم در حکم قاضای انسان خواهد بود و رضایت قربانی لحاظ نخواهد شد.^۱

معنا و مفهوم عبارات فوق این است که اولاً اگر اعمال فوق با رعایت قوانین و مقررات و داشتن گذرنامه و رواید صورت گیرد، عمل ارتكابی مشمول این قانون نخواهد شد؛ حتی اگر به قصد فحشا صورت گیرد و ثانیاً اگر عمل ارتكابی به صورت غیر مجاز باشد، لکن منظور از نقل و انتقال فحشا نباشد، بلکه بردگی یا برداشت اعضا و جوارح باشد، باز هم عمل ارتكابی مشمول این قانون نبوده، در حکم قاضای تلقی نخواهد شد. مسلماً چنین تجویزی دست مرتکبان را در حد قابل ملاحظه‌ای باز گذاشته، راه فرار از قانون و مجازات را فراهم می‌سازد؛ ضمن این که به نظر می‌رسد چنین تفسیری مورد رضایت مقنن نیز نیست. در عین حال، نوع نگارش قانون و تفسیر منطقی و مضیق آن، چنین مفهومی را ایجاب می‌کند. لذا شایسته است قانونگذار در اصلاح بند «ج» ماده ۲ اقدام شایسته کند.

۳- علاوه بر دو جرم در حکم قاضای که در سطور فوق مطرح گردید، مورد دیگری نیز در این قانون در حکم قاضای انسان پیش‌بینی شده است که در جهت پیشگیری از ارتکاب جرم قاضای انسان جرم‌انگاری شده و در واقع به عنوان «جرم بازدارنده یا مانع» مطرح است. این مورد عبارت است از «تشکیل یا اداره دسته یا گروهی که هدف آن انجام امور موضوع ماده ۱ این قانون است».^۲ قانونگذار با جرم‌انگاری فوق به دنبال پیشگیری از عملیات مقدماتی است که موجبات تسهیل و ارتکاب گسترده جرم قاضای انسان را فراهم می‌آورد. تأسیس یا وجود گروه مجرمانه موجب کاهش نگرانی مجرمان و تجری و تقویت روحیه آنان در ارتکاب جرم و بلکه تشدید اقدامات مجرمانه شده، احتمال ارتکاب جرم و موفقیت مجرمین در رسیدن به اهداف مجرمانه را افزایش می‌دهد. در بسیاری از موارد، هنگامی که قانونگذار وجود وضعیت یا حالت خاصی را به طرز جدی مؤثر در ارتکاب جرم می‌بیند، برای پیشگیری از ارتکاب جرم اصلی، آن وضعیت یا حالت را جرم‌انگاری می‌کند. در این خصوص، در قانون داخلی ایران می‌توان به ماده ۶۶۴ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد که علیرغم این که بر طبق ماده ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی قانونگذار عملیات مقدماتی جرم را شروع به جرم و از این جهت قابل مجازات ندانسته، اما ساخت یا تهیه وسایل ارتکاب جرم را که در حد عملیات مقدماتی است با هدف پیشگیری از وقوع جرم اصلی جرم‌انگاری کرده است. در اسناد بین‌المللی نیز در موارد مختلفی، از

۳- ماده ۲، بند «ج».

۱- همان، ماده ۲، بند «الف».





جمله در ارتکاب جرائم سازمان یافته، تشکیل و اداره گروه مجرمانه یا عضویت در آن جرم انگاری شده و مشمول مجازات‌ها و ضمانت اجرای کیفری قرار داده شده است (شمس ناتری، ۱۳۸۰: ۹-۱۷۸).

۴. از حیث پیش‌بینی ضمانت اجرا نیز باید گفت براساس ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان، تا وقتی قاچاق انسان از این حیث قابل مجازات است که عنوان همسانی در قانون مجازات اسلامی نداشته باشد والا در صورتی که عمل مرتکب قاچاق انسان از مصادیق مندرج در قانون مجازات اسلامی باشد، بر طبق قانون فوق، مجازات همان عنوان اعمال خواهد شد. به عبارت دیگر در صورتی که فعل مرتکب، عنوان خاصی در قانون مجازات اسلامی نداشته و شرایط مذکور در ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق انسان را داشته باشد، قاچاق انسان عنوان مستقلی است و در صورتی که مصداق افساد فی الارض نباشد، مجازات حبس دو تا ده سال و پرداخت جزای نقدی معادل دو برابر وجوه یا اموال حاصل از بزه یا اموالی که وعده پرداخت آن به مرتکب داده شده است قابل اعمال خواهد بود.^۱ همچنین اسباب و وسایل اختصاص داده شده به امر قاچاق انسان نیز به نفع دولت ضبط خواهد شد.^۲

از سوی دیگر، براساس تبصره ۱ ماده ۳ در صورتی که شخص قاچاق شده کم‌تر از ۱۸ سال تمام داشته باشد و عمل ارتكابی مشمول مجازات افساد فی الارض نباشد، با اعمال تشدید خاص، مرتکب به حداکثر مجازات، یعنی ده سال حبس محکوم خواهد شد.^۳

نحوه نگارش ماده ۳ و تبصره یک آن به صورتی است که این گونه استظهار می‌گردد که جرم افساد فی الارض در ارتباط با قاچاق انسان فقط در صورتی قابل تحقق است که قربانی جرم قاچاق کم‌تر از ۱۸ سال تمام داشته باشد که این هم در موارد خاصی است که قانونگذار آن موارد را مشخص نکرده است، بلکه صرفاً مقرر داشته: چنانچه فرد قاچاق شده کم‌تر از هجده سال تمام داشته باشد و عمل ارتكابی از مصادیق محاربه و افساد فی الارض نباشد.

سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا محاربه و افساد فی الارض مذکور در این تبصره فقط در موارد تحقق مواد ۲۷۹ یا ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی محقق می‌گردد؟ یعنی تنها در

۱- ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان: چنانچه عمل قاچاق انسان از مصادیق مندرج در قانون مجازات اسلامی باشد، مطابق مجازات‌های مقرر در قانون یاد شده و در غیر این صورت به حبس از دو تا دو سال و پرداخت جزای نقدی معادل دو برابر وجوه یا اموال حاصل از بزه یا وجوه و اموالی که از طرف بزه‌دیده یا شخص ثالث وعده پرداخت آن به مرتکب شده است، محکوم می‌شود.

۲- ماده ۸.

۳- ماده ۳، تبصره ۱.





صورتی که به هنگام قاچاق، مجرم مرتکب تجرید سلاح شود یا یکی از جرایم مصداق افساد با شرایط قانونی تحقق یابد؟ یا منظور از محاربه و افساد فی الارض امری اعم بوده، شامل سایر موارد که موجب ایجاد فساد در زمین می شود نیز می گردد؟ این که در تبصره، قانونگذار افساد فی الارض را به محاربه عطف کرده است بر تردید اطلاق این عنوان بر اعمال قاچاقچی می افزاید، به ویژه با توجه به تفسیر قانون به نفع متهم در تبصره فوق الذکر. به هر حال، تبصره مذکور از این حیث مورد تردید و اجمال جدی قرار گرفته، باعث سردرگمی قضات در خصوص موارد تحقق محاربه و افساد فی الارض در جرم قاچاق انسان گردیده است.

نکته دیگر این که مجازات افساد فی الارض در ما نحن فیه، هر چه باشد، قابل تردید است. قاچاق زنان و به کارگیری آنان در ارتکاب فحشا یا موارد دیگر، لزوماً مصداق یکی از مواد ناظر بر جرم محاربه یا افساد فی الارض نمی باشند. از سوی دیگر به اقتضای آیه ۳۲ سوره مائده^۱ اگرچه ممکن است استنباط اولیه این باشد که قتل کسی که مرتکب فساد بر روی زمین شد، جایز است و لکن با توجه به این که مصادیق فساد در آیه شریفه مشخص نشده است، نمی توان به صرف اطلاق فساد بر فعلی، مرتکب آن را مستحق قتل دانست؛ زیرا در عرف، ارتکاب اعمالی نظیر زنا، مساحقه، قوادی شرب خمر و توزیع و فروش آن و بسیار از جرائم دیگر مشمول عنوان فساد است؛ اما هریک مجازات های خاصی را در بر دارد و هیچ یک از موارد فوق جز در شرایط خاص، مثل تکرار سه یا چهار بار جرائم، یا به عنف بودن یا محصنه بودن زنا یا زنا با محارم و نظایر آن مشمول حکم قتل نیست. بنابراین، صدور حکم قتل در مواردی که فعل مرتکب قاچاق زنان، مشمول عنوان افساد است، بسیار مشکل می نماید، مگر این که قائل به نظر کسانی شویم که معتقدند اگرچه در آیه ۳۳ سوره مائده افساد فی الارض عطف به محاربه شده است، لکن این عطف به معنای لزوم جمع دو عنوان یعنی محاربه بر وجه فساد نیست، بلکه با تحقق هریک از موارد محاربه یا افساد فی الارض، حکم مربوط قابل اعمال است (محمودی گیلانی، ۱۳۶۱: ۲۲۹ و حبیب زاده، ۱۳۷۹: ۱۶۱ به بعد) و یا این که حکم آیه شامل افساد فی الارض است و نه محاربه و محاربه یکی از مصادیق افساد است^۱ (لنکرانی، ۱۴۰۶: ۵۰۳ و ۵۰۱ و مرعشی: ۴۶). به نظر می رسد قانونگذار نیز در وضع قوانین از همین دو نظر پیروی کرده است و در مواردی که حکم



۱- من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فی الارض فکأنما قتل الناس جميعاً ... (مائده، آیه ۳۲).



افساد فی الارض را تقنین کرده، و خصوصاً حکم به جرم مستغنی تحت عنوان افساد در قانون جدید مجازات اسلامی، بر همین دو مبنا رفتار کرده است.^۱

از سوی دیگر، از آن جا که قانونگذار این جرم را از جرائم شدید دانسته، برای کارمندان دولت و نهادهای وابسته به دولت و نهادهای عمومی غیر دولتی که به نحوی از انحاء دخالتی در جرم داشته‌اند، اعم از مباشرت یا معاونت، علاوه بر مجازات‌های مذکور در ماده ۳ و تبصره ۲ آن، انفصال دائم یا موقت از خدمت نیز پیش‌بینی شده است.^۲ افزون بر این، برای معاونت در این جرم مجازات خاصی توسط قانونگذار پیش‌بینی شده که عبارت است از دو تا پنج سال حبس و جزای نقدی معادل وجوه حاصل از بزه یا مورد وعده معاون جرم.^۳

از جمله پیش‌بینی‌های این قانون ابطال پروانه و تعطیلی مؤسساتی است که به صراحت ماده ۵ به قصد ارتکاب جرائم موضوع این قانون تشکیل شده‌اند.^۴ گرچه این پیش‌بینی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را تقویت می‌کند و از این جهت مناسب است، لکن از آن جا که فقط شامل مؤسساتی است که برای ارتکاب این اعمال تأسیس شده‌اند و شامل مؤسساتی نمی‌شود که پس از تأسیس به قصد انجام فعالیت‌های قانونی، عملاً درگیر ارتکاب این جرائم شده‌اند و عمده یا بخشی از فعالیت خود را در این گونه اعمال متمرکز کرده‌اند، قابل انتقاد است. از سوی دیگر در صورتی که جرائم دیگری توأم با قاچاق انسان محقق گردد، گرچه طبق قواعد، جرائم توأم همراه با قاچاق انسان موجب تحقق تعدد معنوی است و صرفاً مجازات جرمی اعمال می‌شود که دارای مجازات شدیدتر است؛^۵ ولی در راستای سیاست کیفری شدید، جمع مجازات‌ها اعمال می‌گردد و شخص مرتکب

۲- در این خصوص ر.ک: ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری، ماده ۲ قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹، و ماده ۶ قانون مبارزه با مواد مخدر ۱۳۶۷ و ...

۳- ماده ۴.

۱- ماده ۳، تبصره ۳.

۲- ماده ۵.

۳- ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی.



علاوه بر مجازات مقرر در قانون مبارزه با قاچاق انسان به مجازات‌های مربوط به آن عناوین نیز محکوم می‌گردد.^۱

سرانجام در صورتی که جرم قاچاق انسان در خارج از قلمرو حاکمیت ایران ارتکاب یابد، ولی مرتکب تبعه ایران باشد، به دلیل شدید بودن جرم و با اعمال اصل صلاحیت شخصی، محاکم ایران صلاحیت رسیدگی به این جرم را دارند و به دلیل تبعیت صلاحیت قضایی از صلاحیت تقنینی (آزمایش، ۱۳۶۵: ۱۰۱ و فرزای: ۸۹)، قوانین ماهوی ایران از جمله قانون مبارزه با قاچاق انسان قابل اعمال خواهد بود. بر همین اساس قانونگذار در این خصوص مقرر کرده است که هر تبعه ایرانی که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرائم موضوع این قانون گردد، مشمول مقررات این قانون خواهد بود.^۲ البته چنین تدبیری با توجه به این که در ماده ۷ قانون مجازات اسلامی در خصوص تمامی جرائمی که اتباع ایرانی در خارج از کشور مرتکب می‌شوند، پیش‌بینی شده و شامل قاچاق انسان نیز می‌شود، تدبیر مفیدی نیست و تحصیل حاصل می‌نماید؛ ولی در این جا مناسب بود قانونگذار در حمایت از قربانیان جرم تابع ایران که در خارج از کشور مورد قاچاق قرار می‌گیرند، ییگانگان مرتکب را براساس قواعد مربوط به اصل صلاحیت شخصی انفعالی مشمول تعقیب براساس قوانین ایران قرار می‌داد. هر چند با وجود ماده ۸ این مشکل رفع شده است.

نتیجه‌گیری

همان‌گونه که گذشت قاچاق زنان یکی از تهدیدهای جدی عصر ما است که آثار و تبعات ناگوار اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و اخلاقی داشته، کرامت انسانی و شخصیت زنان را نشانه گرفته است و به علت نبود قوانین جامع و مانع، نه در سطح ملی و نه در سطح بین‌المللی و عدم برخورداری قوانین موجود از ضمانت‌های اجرای کیفری، قاچاق زنان به پدیده‌ای جهانی تبدیل شده است و در اصطلاح از آن به بردگی مدرن تعبیر می‌شود.

برای مبارزه با این پدیده، مبانی فقهی و حقوقی (قوانین داخلی به‌ویژه قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب (۱۳۸۳) و اسناد بین‌المللی به‌ویژه مقاوله نامه‌های بین‌المللی و کنوانسیون‌های موجود

۴- ماده ۶.

۵- ماده ۷.



در خصوص قاچاق زنان از جمله کنوانسیون پالمو سال (۲۰۰۰) در خصوص موضوع مورد بررسی قرار گرفت.

یافته‌های تحقیق حاکی از آن است اگرچه مقاله‌نامه، اسناد و تعهد نامه‌های بین‌المللی سه موضوع حمایت و حفاظت از زنان در معرض خطر یا قربانی، بازگشت قربانیان به وطنشان و نظارت بر دفاتر کاریابی را مورد توجه و تأیید قرار داده‌اند، هیچ تدبیری در خصوص جرم‌انگاری مقرر نکرده‌اند. در نتیجه، تعهدنامه بین‌المللی راجع به جلوگیری و سرکوب خرید و فروش سفید پوستان^۱ در ۴ می ۱۹۱۰ به تصویب رسید. از جمله تدابیر این تعهدنامه جرم‌انگاری خرید و فروش زنان سفید پوست و عدم توجه به رضایت قربانیان جرم (مواد ۱، ۲ و ۳) به همراه لزوم تبادل اطلاعات کشورهای متعاقد و معاضدت‌های قضایی در این خصوص است که در دی ۱۳۱۰ به تصویب مقنن و دولت ایران نیز رسیدند. نکته قابل ذکر در خصوص مقاله‌نامه مذکور این است که صرفاً قاچاق زنان به قصد بهره‌کشی جنسی را جرم‌انگاری کرده؛ اما قاچاق زنان که با مقاصد دیگر از انواع بهره‌کشی ممکن است صورت بگیرد، همچنان دارای نقص تقنینی است.

علاوه بر این در قوانین داخلی تصریح شده که هرگاه جرم قاچاق انسان در خارج از قلمرو حاکمیت ایران ارتکاب یابد، ولی مرتکب تبعه ایران باشد، به دلیل شدید بودن جرم و با اعمال اصل صلاحیت شخصی، محاکم ایران صلاحیت رسیدگی به این جرم را دارند و به دلیل تبعیت صلاحیت قضایی از صلاحیت تقنینی، قوانین ماهوی ایران از جمله قانون مبارزه با قاچاق انسان قابل اعمال خواهد بود. بر همین اساس، قانونگذار در این خصوص مقرر کرده است هر تبعه ایرانی که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرائم موضوع این قانون گردد، مشمول مقررات این قانون خواهد بود.^۲ البته چنین تدبیری با توجه به این که در ماده ۷ قانون مجازات اسلامی در خصوص تمامی جرائمی که اتباع ایرانی در خارج از کشور مرتکب می‌شوند، پیش‌بینی شده است و شامل قاچاق انسان نیز می‌شود، تدبیر مفیدی نیست و تحصیل حاصل می‌نماید؛ ولی در این جا مناسب بود قانونگذار در حمایت از قربانیان جرم تابع ایران که در خارج از کشور مورد قاچاق قرار می‌گیرند، بیگانگان مرتکب



۱- International Convention of 4 May 1910 on the Prevention and Suppression of the White Slaves Trafficking



را براساس قواعد مربوط به اصل صلاحیت شخصی انفعالی مشمول تعقیب براساس قوانین ایران قرار می‌داد. هر چند با وجود ماده ۸ این مشکل رفع شده است.

علاوه بر این در رابطه با قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳ نیز می‌توان یکی از عمده‌ترین ایرادات وارد بر این قانون را مربوط به مسأله حمایت از بزه‌دیدگان و پیشگیری از وقوع جرم دانست. حمایت از اشخاص بزه‌دیده در این قانون تا حدی نادیده گرفته شده و در مواد قانونی به آن تصریح نشده است. این امر تا حدی این شبهه را به وجود می‌آورد که اشخاص قاچاق شده، نه به‌عنوان بزه‌دیده، بلکه تا حدودی به‌عنوان بزه‌کار تلقی شوند که این نگرانی در مورد بزه‌دیدگان موجب خواهد شد مجنی‌علیه این جرائم از طرح موضوع با دستگاه‌های ذیربط خودداری کند.

از طرفی این امر باعث شد که نه تنها پیشگیری از جرم محقق نشود، بلکه راه برای شناسایی باندهای بزه‌کار از طریق راهنمایی بزه‌دیدگان کاملاً مسدود شود. امید است که قانون‌نگذار محترم هرچه بیش‌تر به این مسأله توجه کند.

از سوی دیگر، یافته‌های این پژوهش حاکی از آن است که صرف اتخاذ تدابیر کیفری که ناظر به اقدامات پس از ارتکاب جرم است، آن هم صرفاً نسبت به مرتکب جرم، کافی نیست. برای مبارزه با ارتکاب این گونه جرائم، قبل از هر چیز پیشگیری امری حیاتی و لازم است. به عبارت دیگر باید در برخورد با این جرم «سیاست پیشگیری بهتر از درمان است» مورد توجه سیاست‌گذاران باشد؛ چرا که با اتخاذ تدابیر پیشگیری اجتماعی و وضعی باید از یک سو آگاهی‌های عمومی و میزان کف نفس را در افراد بالا برد و از سوی دیگر با خلع سلاح مرتکبان بالقوه جلوارتکاب این گونه جرائم را گرفت. در این مسیر با شناسایی و کنترل زمینه‌های ارتکاب این گونه جرائم که بخش قابل توجهی از آن به خود قربانیان باز می‌گردد، به طور عملی با این جرائم مقابله خواهد شد. در مرحله بعد اتخاذ سیاست کیفری به‌عنوان آخرین راهکار و برای کیفر دادن مرتکبان این گونه جرائم امری لازم است که آن هم باید براساس مبانی سیاست کیفری اسلام صورت گیرد تا ضمن عدم انحراف از اصول کلی آن، با این گونه جرائم برخورد کیفری متناسب صورت گیرد. در عرض برخورد با مجرمان و سوءاستفاده‌کنندگان از وضعیت قربانیان لازم است از قربانیان این گونه جرائم حمایت‌های لازم و ویژه صورت گیرد؛ بدین معنا که با حفظ کرامت و شخصیت انسانی آنان، با اعاده وضعیت سابق و رهایی آنان از چنگال مجرمان، زمینه یک زندگی سالم برای آنان فراهم شود تا مجدداً در دام این باندها قرار نگیرند.





با توجه به موارد فوق در حالی که پروتکل سال ۲۰۰۰ تمامی این موارد را به طور نسبتاً مطلوب پیش‌بینی کرده است، قانون مبارزه با قاچاق انسان سال ۱۳۸۳ صرفاً به اتخاذ تدابیر کیفری اکتفا کرده و از تدابیر پیشگیرانه و حمایتی و سیاست جنایی متناسب غفلت ورزیده است، ضمن این که در اتخاذ سیاست کیفری نیز از مبانی متقنی بهره نبرده و در مواردی نیز ابهام‌آمیز و مجمل است.

منابع

قرآن کریم

۱. آزمایش، علی، ۱۳۶۵ش، «زمینه‌های حقوق جزای بین‌المللی در قانونگذاری ایران»، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره ۳.
۲. السان، مصطفی، ۱۳۸۴ش، «قاچاق زنان و کودکان برای بهره‌کشی جنسی (از منظر جهانی تا حمایت از بزه‌دیدگان)»، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، ش ۱۶.
۳. اشتری، بهناز، ۱۳۸۰ش، قاچاق زنان بردگی معاصر، تهران، اندیشه برتر.
۴. اسعدی، سید حسن، ۱۳۸۶ش، جرائم سازمان‌یافته فراملی، نشر میزان.
۵. اردبیلی، احمد بن علی، ۱۴۱۱ق، مجمع الفایده و البرهان، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۸.
۶. ترقی، محمد علی، ۱۳۵۴ش، فرهنگ خیام، تهران، کتابفروشی اسلامی، ج ۷.
۷. جعی عاملی، بی‌تا، زین العابدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بیروت، دار العالم الاسلامی، ج ۹.
۸. حبیب زاده، محمد جعفر، ۱۳۷۹ش، محاربه در حقوق کیفری ایران، تهران، دانشگاه تربیت مدرس.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۳۷۶ش، وسائل الشیعه، تهران، مکتبه الاسلامیه.
۱۰. حلی، حسن یوسف بن مطهر، ۱۴۲۰ق، تحریر الاحکام، قم، مؤسسه الامام الصادق، ج ۲.
۱۱. خویی، ابوالقاسم، ۱۳۶۶ش، مصباح الفقاهه، قم، حیدریه، ج ۶.
۱۲. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۳ش، لغتنامه، تهران، دانشگاه تهران، ج ۳.
۱۳. سرخسی، شمس الدین، بی‌تا، المبسوط، بیروت، دار المعرفه، ج ۱۵.





۱۴. شمس ناتری، محمد ابراهیم، ۱۳۸۰ش، سیاست کیفری ایران در قبال جرائم سازمان یافته با رویکرد به اسناد بین المللی، رساله دکتری دانشگاه تربیت مدرس.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین، ۱۴۱۴ق، مسالک الافهام، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ج ۳۰.
۱۶. عالی پور، حسن، ۱۳۸۸ش، قاچاق زنان بزه‌ی بر ضد کرامت زنان، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان، س ۱۲، ش ۴۵.
۱۷. عبادی، شیرین، ۱۳۷۳ش، تاریخچه و اسناد حقوق بشر در ایران، تهران، روشنگران.
۱۸. علی پور، عباس، ۱۳۸۹ش، بررسی وضعیت قاچاق انسان در ایران (معضلات و پیامدها) و ارائه راهکارهای مناسب برای کنترل این پدیده اجتماعی، فصلنامه ره‌نامه سیاست‌گذاری سیاسی، دفاعی و امنیتی، س ۱، ش ۲.
۱۹. فرزانی، هوشنگ، ۱۳۸۱ش، حقوق جزای بین المللی، مجله کانون و کلا، ش ۱۴۱.
۲۰. کلاتری، کیومرث و زارعی، محمد، ۱۳۸۹ش، قاچاق زنان به قصد فحشا (از منظر فقه جزایی و حقوق کیفری)، س ۲، ش ۲.
۲۱. لنکرانی، محمد فاضل، ۱۴۰۶ق، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، کتاب الحدود، قم، مطبعه العلمیه.
۲۲. لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۰ش، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش.
۲۳. مرعشی، سید محمد حسن، ۱۳۷۰ش، افساد فی الارض از دیدگاه قرآن و روایات و عقل، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ش ۲.
۲۴. مقدسی، محمد باقر، ۱۳۸۵ش، بررسی مساله قاچاق انسان و شناسایی چالش‌های حقوقی آن، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۲۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، بی تا، مبانی تکمله المنهاج، نجف، مطبعه الآداب، ج ۱.
۲۶. موثقی، سید احمد و اسفندیاری، ۱۳۸۷ش، گلپر، «قاچاق انسان، بردگی در عصر جدید»، فصلنامه سیاست، دوره ۳۸، ش ۳.
۲۷. نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۹۸۱م، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۴۱.
۲۸. _____، ۱۳۶۷ش، جواهر الکلام، بیروت، دار الکتب الاسلامیه، ج ۲۲.





۲۹. نوبهار، رحیم، ۱۳۸۵ش، قاچاق زنان برای روسپیگری از منظر آموزه‌های اسلامی با نگاه به

مقررات بین‌المللی و حقوق ایران، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۰، ش ۳.

30. Trafficking in Women and Children: Mekong Sub-Region, p.2, in <http://www.unifem-eseasia.org/resouces / traffic2.htm>[2014/08/08].
31. International Convention of 30 September 1921 for the Suppression of the Traffic in Women and Children.
32. Cole, Helen (2009), "Human Trafficking: Implications for the Role of the Advanced Practice Forensic Nurse", J Am Psychiatric Nurses Assoc.
33. National Research Council Staff (1996), Understanding Violence against Women, National Academy Press, Washington DC, USA.



جایگاه و اصول دادرسی عادلانه در حقوق بشر و دکتترین قضایی اسلام

مصطفی فضائلی^۱

چکیده

ضروری‌ترین و اصلی‌ترین تضمین برای برخورداری افراد از حقوق اساسی خود، از جمله حق حیات، آزادی و امنیت و بهره‌مندی از سایر حقوق مدنی، سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی تأمین دادرسی عادلانه است، پای‌بندی به آیین و ساز و کارهای دادرسی عادلانه (عدالت شکلی) اهمیت و ضرورت فوق‌العاده می‌یابد، به طوری که می‌توان گفت اهمیت عدالت شکلی اگر بیش از عدالت ماهوی نباشد به یقین کم‌تر از آن نیست. بررسی جایگاه اصل دادرسی عادلانه و ضرورت و اهمیت اصول، آیین و ساز کارهای آن، در دکتترین و نظام قضایی اسلام موضوعی است که در مقاله حاضر به آن پرداخته شده و نگارنده سعی کرده تا نشان دهد برخلاف تصویری که شاید اصول، قواعد و آیین شکلی را در اسلام چندان مورد اعتنا نمی‌داند، دادرسی عادلانه و استلزامات آن پیش از سایر نظام‌ها در دکتترین و سیره قضایی اسلام مورد توصیه و تأکید بوده است.

واژگان کلیدی: دادرسی عادلانه، عدالت ماهوی، عدالت شکلی، دکتترین قضایی اسلام، حقوق بشر

فصلنامه پژوهش حقوق بشر و حقوق اسلام و غرب - سال اول - شماره اول - پیاپی ۱۳۹۳



۱- استادیار گروه حقوق بین الملل دانشکده حقوق دانشگاه قم

رایانامه: mfazaeli2007@gmail.com



مقدمه

درک هر جامعه از مفهوم عدالت به تناسب فرهنگی که دارد از دیگر جوامع متفاوت است؛ اما آنچه از نگاه فلسفه حقوق اهمیت دارد این است که عینیت یافتن عدالت نیازمند قانون و قاعده است. نظر به اجتناب ناپذیر بودن اختلاف باورها، ارزش‌ها و آرمان‌های میان جوامع مختلف بشری و بین اعضا و گروه‌های یک جامعه، تنها راه حصول اطمینان از اجرای عدالت آن است که این اصل در قالب موازین و قواعدی روشن تشخیص و تعین پیدا کند و به نحو منصفانه تفسیر و اجرا گردد (فضائلی، ۱۳۹۲: ۵۳)؛ ولی اطمینان از این که وضع قانون و تفسیر و اجرای آن چنان نتیجه‌ای را به بار می‌آورد خود در گرو دسته‌ای دیگر از قواعد و آیین‌ها است که به نوبه خود تأمین‌کننده اعتبار و مشروعیت تقنین و قضاوت در باره اجرای قانون است، یعنی قواعدی که بر سیستم حقوقی حاکم است و گاه در نظر برخی از حقوق‌دانان از آن به قواعد ثانوی تعبیر شده است (Hart, 1994, p.89-96)

اهمیت این قواعد ثانوی اگر بیش از قواعد اولی نباشد به یقین کم‌تر از آن نیست، زیرا بدون رعایت این قواعد اطمینان به تضمین عدالت ماهوی مورد نظر در قواعد اولی حاصل نخواهد شد. قواعد ثانوی بیانگر آیین و ساز و کارهای درست قانونگذاری و اجرا است. از این رو از آن به معیارهای شکلی عدالت نیز تعبیر می‌گردد و عدالت حاصل از آن عدالت شکلی یا آیینی نامیده می‌شود.^۱

به واقع، عدالت شکلی وسیله استقرار عدالت ماهوی است و دادرسی عادلانه ناظر بر عدالت شکلی در فرایندهای قضایی تلقی می‌شود، به گونه‌ای که حصول نتیجه‌های عادلانه در این فرایندها در گرو تأمین معیارهای مندرج در قواعد ثانوی است که مربوط به چگونگی تفسیر و اجرای قواعد ماهوی است.

از این رو حق بر دادرسی عادلانه از مهم‌ترین حقوق انسان‌ها شناخته می‌شود و شاید مهم‌ترین این حقوق است؛ زیرا می‌توان گفت تجلی خاص و عینی دارا بودن یک حق به این است که اگر مورد نقض واقع شد از طریق مطمئن قانونی قابل جبران باشد و این طریق مطمئن همان آیین و ساز و کارهایی از پیش تعیین شده است که وجدان جمعی جامعه نسبت به منصفانه بودن آن متقاعد گردیده است.



۱- Procedural fairness.



بر حسب مفاهیم نظام‌های حقوقی مختلف دنیا و به‌ویژه نظام بین‌المللی حقوق بشر دادرسی عادلانه را می‌توان چنین تعریف کرد: «رسیدگی و تصمیم‌گیری قضایی در باره موضوعات مدنی و کیفری میان طرفین دعوا چه در امور حکمی و چه موضوعی در دادگاهی قانونی، صالح، مستقل، بیطرف و غیر ذینفع و با رعایت اصول و آیین‌های از پیش تعیین شده همراه با تضمین حقوق قانونی طرفین دعوا در طی مراحل مختلف فرایند قضایی» (فضائلی، ۱۳۹۲: ۶۰). بر این اساس، هیچ نظام حقوقی امروزی نمی‌تواند فارغ از عدالت شکلی بوده، به قواعد اولیه بسنده کند و در عین حال نسبت به تحقق عدالت ماهوی اطمینان ایجاد کند.

بدیهی است نظام حقوقی اسلام که از مهم‌ترین نظام‌های حقوقی مذهبی به شمار می‌رود، هرگز از این ضرورت غافل نبوده و از همان آغازین روزهای استقرار اسلام به مثابه یک نظام اجتماعی (به مفهوم عام کلمه)، تجلی‌بخش نظامات مختلف سیاسی، اقتصادی، اجتماعی (به مفهوم خاص کلمه) و حقوقی متناسب با شرایط زمان و مکان، مبتنی بر ارزش‌ها، اصول و قواعد برآمده از جهان‌بینی توحیدی آن بوده است؛ اگرچه شاید این ویژگی آن گونه که شایسته است درک نشده است. نوشتار حاضر تلاشی است، هرچند ناچیز، در جهت کمک به درک هرچه بهتر این ظرفیت و قابلیت نظام حقوقی و قضایی اسلام که امید است نقشی ولو اندک را در این زمینه ایفا کند.

۱. شأن و جایگاه دادرسی عادلانه

در باره مفاهیم عدالت و انصاف تاکنون تعاریف، توصیف‌ها و تفاسیر گوناگونی از سوی مکاتب مختلف فکری، فلسفی، اعتقادی و دینی مطرح گردیده است؛ اما در میان توصیف‌ها و تأکیدهایی که در باب عدالت و انصاف ارائه شده،^۱ متعالی‌ترین و موکدترین را در تعالیم و آموزه‌های دین مبین اسلام می‌توان یافت.^۲ البته در منابع اولیه فقه اسلامی، به رغم فراوانی سخن در وصف و فضیلت

۱ - برای مطالعه در این زمینه از جمله می‌توان به منابع ذیل مراجعه کرد: ناصر کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، مجموعه مقالات، بهار ۱۳۷۹، ص ۲۵-۴۴؛ محمد آشوری (زیر نظر)، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت (مجموعه مقالات)، ۱۳۸۳، ص ۳۸-۴۲؛ فیلیپ مالوری، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، ۱۳۸۲: ص ۶۸-۶۹ و ۲۳۸-۲۴۰؛ جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، ۱۳۸۲: ص ۵۸-۵۹، ۶۶-۶۷، ۲۸۷-۲۸۸؛

Aristotle, Nichomachean Ethics, Book VIII, 1, 115a, in the Complete Works of Aristotle, Vol. 2, P.1825 in Brian Bix, Jurisprudence: Theory and context, Second ed., Sweet & Maxwell, 1999, P.59

۲ - برای نمونه رک: قرآن کریم، نساء، آیات ۱۳۵، ۶۵، ۶۰؛ مائده، آیات ۸، ۴۲؛ انعام، آیات ۱۵۲؛ آل عمران، آیه ۱۸؛ انبیاء، آیات ۷۸ و ۷۹.





عدالت، و تأکید و سفارش بسیار زیاد بر ضرورت پای‌بندی و التزام به آن، تعریفی از عدالت ارائه نشده است. برخی دلیل آن را پیشگیری از طرح تفسیرهای گوناگون و ناروا و انتساب آن به اسلام دانسته‌اند. به بیانی، اسلام به جای ارائه تعریفی کلی و انتزاعی از عدالت و بحث بر سر مفهوم، کوشیده است شرایط لازم برای تجلی آن را در جامعه فراهم سازد (صدر، اقتصادنا، ۱۳۹۹: ۳۰۳).

در حقوق اسلام (شریعت)، عدالت یک اصل کلی است. اصلی که احکام باید با آن سنجیده شود نه به عکس؛ یعنی نباید عدالت را با مقیاس احکام و مقررات فرعی سنجید، بلکه عدالت خود سنجه‌ای است برای درک و فهم درست و ارزیابی صحیح احکام. این شأن و جایگاه عدالت در مبانی اسلامی به‌خوبی در این بیان استاد شهید مطهری منعکس شده که: «نه این است که آنچه دین گفت عدل است، بلکه آنچه عدل است دین می‌گوید» (مطهری، ۱۴۰۹: ۱۴). به سخن دیگر، عدل در زمره علل احکام است، نه معلول و تابع احکام. «عدل اسلامی نیست، بلکه اسلام عادلانه است» (سروش، ۱۳۷۶: ۴۷). با نگاهی ژرف‌بین می‌توان درک کرد که اساساً فلسفه بعثت انبیا برپایی قسط و عدل بوده است. تأمل در برخی آیات شریفه قرآن کریم به‌خوبی بر این مدعا دلالت دارد، به‌ویژه آن‌جا که می‌فرماید: «لقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الكتاب و المیزان ليقوم الناس بالقسط» (حدید، آیه ۲۵)؛ یعنی ما رسولانمان را با نشانه‌های روشن فرستادیم و همراه ایشان کتاب و میزان فرو فرستادیم تا آن‌که مردمان به قسط و عدل به پا خیزند.

همان‌گونه که می‌دانیم، عدل و عدالت در مکتب فکری اسلام از اصول اعتقاد دینی به شمار می‌رود و با این توصیف، شأن و جایگاهی فراتر از عرصه حیات انسانی را در بر می‌گیرد، به گونه‌ای که می‌توان گفت بنیان هستی بر آن نهاده شده است و بدیهی است که همه ابعاد زندگی انسان نیز بر آن استوار می‌گردد. «بر همین اساس اصل عدالت در عرصه‌های مختلف حیات جمعی آدمیان، حقوق و تکالیفی را اقتضا دارد که گاه در قالب نصوص دینی بیان شده و گاه انسان به واسطه خرد خویش، این پیامبر درون، به آن رهنمون می‌شود و در هر صورت سازگاری و انطباق این احکام با اصل عدالت، با درک فطری آدمی وجدان می‌گردد» (فضائل، ۱۳۹۲: ۱۰۴). البته این به آن معنا نیست که همه موارد و مصادیق برای همگان به سهولت قابل درک و تشخیص باشد، به نحوی که همواره وفاقی عام در این زمینه حاصل آید، لکن در فرض بروز اختلاف دیدگاه‌ها و نظرها طبعاً نظر غالب اهل فن و تشخیص، که به لحاظ رعایت عدل و نصف مورد وثوق عموم بوده، و وجدان جمعی به آن متقاعد گردد ملاک عمل تواند بود.





از این روی بی‌جهت نیست که برخی عالمان اسلام در تعریف حقوق قضایی گفته‌اند عبارت است از «آنچه بر قاضی لازم است نسبت به اصحاب دعوا رعایت کند تا آن که دادرسی مطابق آن چیزی که عموم از عدالت انتظار دارند، عادلانه باشد» (باقر الموسوی، ۱۹۹۹: ۳۴). قضا بستر اصلی اجرای عدالت و انصاف است و با تضمین دادرسی عادلانه جامعه احساس آرامش و امنیت می‌کند. به بیانی تفصیلی‌تر می‌توان گفت اهداف قضا از نگاه اسلام، عبارت از اصلاح جامعه، اقامه قسط و عدل، احقاق حقوق، برپایی حدود و استقرار صلح و آرامش است. آنچه ماهیتاً از نظام قضایی اسلام انتظار می‌رود تحقق این اهداف است، لکن برای آن که این مقصود حاصل شود، لازم است دادرسی از اصول و آیین از پیش تعیین شده‌ای پیروی کند و در مراحل مختلف آن حقوق اصحاب دعوا به‌ویژه متهم و محکوم رعایت گردد.

به سخن دیگر مدیریت قضایی و اداره و هدایت فرایند دادرسی باید به گونه‌ای باشد که وجدان عمومی نسبت به منصفانه بودن محاکمه متقاعد گردد و جامعه به تضمین دادرسی عادلانه با چنان سازمان و سامانی اطمینان حاصل کند. تحقق این مهم در گرو رعایت اصول و معیارهای شناخته شده‌ای است که از طریق آیین و ساز و کارهای خاصی که عموم آن را درست می‌پندارند ممکن خواهد بود. بدیهی است این آیین و ساز و کارها، ضمن این که از اصول و موازین اخلاقی و حقوقی ثابتی تبعیت می‌کند، لکن معیارها و تضمین‌های تفصیلی آن نمی‌تواند ایستا و لایتنیر باشد، بلکه به موازات تحولات سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و متناسب با شرایط مربوط، تغییر و تحول می‌یابد.

این ویژگی‌ها و خصوصیات که از یک منطق عقلانی پیروی می‌کند و امروزه معمولاً از استانداردهای بنیادین پذیرفته شده بین‌المللی به شمار می‌رود (فضائی، ۱۳۹۲: ۲۶۷)، (Cassese, 2003, P.389)، از منظر مکتب توحیدی و عدالت بنیان اسلام دور نمانده و به‌خوبی از شریعت اسلام قابل استنباط بوده، نظام قضایی اسلام از بدو پیدایش به آن مزین گردیده است. در اهمیت امر دادرسی عادلانه از منظر اسلام همین بس که یکی از شئون و مناصب رسول گرامی اسلام سمت قضا و رسیدگی به دعاوی بوده و از آن‌جا که نماد اصلی نظام اجتماعی عادلانه وجود دستگاه قضایی عادلانه است، تأسیس چنین نظام قضایی در متن دین مبین اسلام از همان آغاز ضروری می‌نموده است. از این رو مسائل قضا همواره بخش مهمی از مباحث فقهی اسلام را در متون و منابع دینی به خود اختصاص داده و از اشتغالات مهم حاکمان دینی از بدو تشکیل دولت اسلامی در زمان رسول مکرم اسلام، حضرت محمد صلی الله علیه و اله، و پس از آن محسوب شده است.





۲- اصول حاکم بر فرایند قضایی

همان گونه که اشاره شد، دادرسی عادلانه همواره باید از یک سلسله اصول و موازین اخلاقی و حقوقی پیروی کند و پیوسته انطباق آیین و سازوکارهای مورد استفاده در تمام مراحل فرایند قضایی با آن سنجیده شود تا مبادا از مسیر انصاف منحرف گردد. این اصول و قواعد معمولاً مورد پذیرش نظام‌های مختلف حقوقی و قضایی بوده، می‌توان از آن‌ها به اصول کلی حقوق یاد کرد که می‌تواند نقش تعیین کننده‌ای در هدایت دادرسی به سمت محاکمه‌ای عادلانه ایفا کند، آیین و شیوه‌های خاصی را اقتضا کند و حقوقی بنیادین را برای اصحاب دعوا و اشخاص ذیربط به‌ویژه متهم ایجاب کند که ذینفعان آن می‌توانند در محضر دادگاه به آن استناد و در صورت نیاز به خاطر نقض آن اعتراض و پژوهش خواهی کنند (فضائلی، ۱۳۹۲: ۲۶۷). در این جا به اختصار اصول مورد نظر به نحو مستنبط از شریعت و منابع اسلامی را بر می‌رسیم.

الف) اصل حرمت و مصونیت جان و مال مردم: اصولاً در هر نظام اجتماعی مبتنی بر حقوق و آزادی‌های اساسی مردم، حرمت و مصونیت جان، مال و حیثیت آدمیان در درجه اول اهمیت قرار دارد. در منابع اسلامی چنین نگاهی به‌خوبی استنباط می‌شود (عوده، ۲۰۰۲: ۲۱۸). می‌توان گفت اساس همه قواعد، مقررات و معیارهایی که ناظر بر دادرسی است به همین اصل برمی‌گردد و در راستای عینیت بخشیدن به چنین اصلی است؛ چه این که چنانچه در جامعه‌ای جان و مال و حیثیت افراد حرمت نداشته باشد، نوبت به بحث در باره عدالت و انصاف در دادرسی نمی‌رسد، کما این که باور به این اصل خود مقتضی و مستلزم اتخاذ و التزام به موازین، قواعد، آیین‌ها و ساز و کارهایی است که عادلانه بودن فرایند قضایی را تضمین می‌کند و عینیت یافتن حرمت و مصونیت جان و مال و حیثیت آدمیان را نتیجه می‌دهد. در بیان اهمیت این اصل از منظر اسلام، همین بس که اشاره کنیم به رفتار امام علی (ع) در مقابل مخالفانش که نه تنها محاکمه غیرمنصفانه را در حق آنان روا نمی‌داشت، بلکه تا وقتی دست به اقدام قهرآمیز نمی‌زدند متعرض آنان نمی‌شد و حتی سهم ایشان را از بیت‌المال قطع نمی‌کرد. نیز استشهاد می‌کنیم به توصیه اکید امام علیه السلام بر عدم تعرض و سوء رفتار با قاتل خویش و فقط اعمال مجازات قانونی.

ب) اصل توقف اجرای مجازات بر حکم قضایی پس از استماع و بررسی ادله و دفاع به شیوه عادلانه: بدیهی است از نخستین اصول و معیارهای لازم برای تضمین مصونیت جان و مال اشخاص همانا ممنوعیت هرگونه تعرض به افراد بدون حکم قضایی ناشی از فرایند قانونی منصفانه است. همان گونه که در اسناد بین‌المللی حقوق بشر نیز تصریح گردیده سلب آزادی از اشخاص استثنایی





است که تنها به حکم ضرورت و بر مبنای قانون و دستور مرجع قضایی صالح قابل اعمال است (صادقی، ابراهیمی منش، ۱۳۹۳: ۱۷۵). بدیهی است از آنجا که نظام قضایی اسلام مبتنی بر کرامت انسانی است و حفظ شأن و کرامت انسانی افراد نیز در گرو مصونیت جان، مال و حیثیت افراد از هرگونه تعرض و تعدی است، اصل یاد شده را مورد تأکید قرار داده است. از این رو در قضای اسلامی اجرای مجازات که طبعاً متضمن نوعی محدودیت و محرومیت در مصونیت‌ها است تنها در شرایط ضروری و با حکم مقام صالح قضایی و رعایت معیارهای عدالت در دادرسی امکان‌پذیر است^۱ (عوده، ۲۰۰۲: ۲۲۰ و ۲۵۰). از این رو از منظر اسلام امر قضا امری بس خطیر و از حقوق الهی است که خدای متعال اجرای آن را به پیامبران و اوصیای ایشان سپرده است (حدید، آیه ۲۵؛ نساء، آیه ۵۸؛ ص، آیه ۲۶؛ مائده، آیه ۴۹).

ج) قضاوت توسط قضات صالح، مستقل و بیطرف: اصول استقلال، صلاحیت و بیطرفی قاضی از شرایط اولیه تدارک محاکمات عادلانه است. در دکتین قضایی اسلام منصب قضا از چنان شأن و جایگاه رفیعی برخوردار است که تنها انبیا یا اوصیای آنان و فقیهان پارسا شایسته آنند. آیات و روایات فراوانی وجود دارد که دلالت می‌کند بر منع ترافع و رجوع نزد حاکمان و قضات جور، به‌ویژه اگر نوعی معاونت به آنان به شمار آید (مائده، آیه ۲؛ حر عاملی، ج ۱۲: ۱۳۱)، به گونه‌ای که حتی فرموده‌اند اگر حق خود را به واسطه حکم قاضی یا حاکم جور و ستمگر بگیری سحت و حرام است و رضایت به حکم و فرمان جائران تحریم شده است (نوری، ۱۴۰۸: ۲۲۸). همچنین صلاحیت علمی برای قضا چنان مهم است که حکم قاضی غیر عالم هر چند در واقع به حق باشد نافذ نیست.^۲ استقلال و بیطرفی دو شرط اساسی و لازم و ملزوم یکدیگرند و از ویژگی‌های اساسی قضای اسلامی است.

امام علی علیه السلام در نامه تاریخی خود به مالک اشتر که باید از آن به «منشور حکمرانی خوب» تعبیر کنیم، از جمله سفارش فرموده‌اند که قاضی را از نظر منزلت و مقام آن قدر بالا ببر که هیچ‌یک از یاران نزدیک به نفوذ در او طمع نکنند... (نهج البلاغه، نامه ۵۳، بخش ۷۰). این شأن و مرتبه قاضی را

۱- البته اقدامات حکومت در امور حسبی از امور قضایی متمایز است و معمولاً به شکل فوری و قاطع مجازات اعمال می‌گردد، مانند جریمه تخلفات رانندگی یا سد معبر.

۲- در باره شروط قاضی می‌توان نگاه کرد به: محمد ری شهری، موسوعه الامام علی بن ابی طالب، ج ۴: ۲۵؛ ادب القاضی، ص ۲۴۱؛ همو، الاحکام السلطانیه، ص ۷۲؛ میرزا محمد آشتیانی، کتاب القضاء، ۱۳۶۳، ص ۴۳-۴۶؛ محمد تقی تستری، قضاء امیر المؤمنین، بی‌تا، ص ۴۵.





امیر مؤمنان خود در زمان امارتش آشکارا نمایاند، آن‌جا که همانند یک فرد عادی برای دفاع یا دادخواهی به قاضی مراجعه می‌فرمود.

د) اصل نظارت بر حسن انجام دادرسی: حفظ استقلال قاضی با اعمال نظارت بر عملکرد او منافات ندارد، بلکه به منظور اطمینان از تحقق عدالت که اصلی‌ترین هدف قضای اسلامی است ضروری می‌نماید (کلینی، ج ۷: ۴۰۷؛ محمدی ری شهری، ج ۴، ۲۵۶). البته منظور از این نظارت، نظارت سلسله مراتبی اداری نیست، بلکه نظارت فنی و علمی حقوقی و قضایی است. امروزه آیین تجدیدنظر و پژوهش از شاخص‌های سیستم قضایی عادلانه است؛ ضمن این که نظارت عمومی نیز از طریق علنی بودن دادرسی تأمین می‌گردد که این هر دو بسیار پیش از آن که در نظام‌های موضوعه پذیرفته شود در سیره و نظام قضایی اسلام مورد توصیه، تأکید و عمل بوده است (نهج البلاغه، نامه ۵۳).

ه) اصل قانونی بودن جرم و مجازات: اصل قانونی بودن در معنای عام کلمه به همه حقوق و تکالیف مربوط می‌شود، به این معنا که هر حق یا تکلیفی باید منشأ قانونی و شرعی داشته باشد، اما در مورد تکالیفی که تخلف از آن‌ها ضمانت اجرای کیفری دارد از این اصل به اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها تعبیر می‌شود (سجادی نژاد، ۱۳۸۵: ۱۹). این اصل تمام مراحل فرایند قضایی کیفری، از اتهام تا اجرای مجازات را در بر می‌گیرد (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۱۸). جامعه ایرانی با این اصل از دو جهت آشنا شده است. نخست از منظر آموزه‌های فقه جزایی اسلام و سپس در نتیجه آموزش و انتقال تجارب حقوق غربی (میلانی، ۱۳۸۷: ۱۵۷).

از منظر فقه امامیه، اصل قانونی بودن جرم و مجازات مقتضای قاعده قبح عقاب بلایان دانسته شده و از قواعد معروف فقهی به شمار می‌رود. این قاعده از نگاه بسیاری فقیهان و اصولیون شیعی در رأس اصول عقلی قرار گرفته است (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۷۷) و از آن تعابیر گوناگونی ارائه شده، از قبیل «التکلیف بلا اماره ممیزه مقدمه قبیح» (سید مرتضی، ۱۳۷۶ ج ۲: ۶۶۵)، «لا تکلیف الا بعد البیان» (میرزای قمی، ۱۳۱۸، ج ۲: ۱۴). البته قاعده قبح عقاب بلایان دایره‌ای وسیع‌تر از اصل قانونی بودن جرم و مجازات دارد؛ زیرا اصل قانونی بودن مربوط به وضع قانون و تبعاً ابلاغ و انتشار آن است و پس از آن ادعای جهل به قانون به هر شکل عذر نیست، لکن در مورد قاعده قبح عقاب بلایان اگر جهل ناشی از تقصیر نباشد مشمول قاعده خواهد بود. به سخن دیگر در قاعده مراد از بیان، بیان و اصل است، نه بیان صادر (بروجردی، ۱۴۰۵: ۱۳۵؛ خویی، بی تا، ج ۲: ۲۵۴).

رعایت این اصل در عصر ما در حوزه تعزیرات هم به طور مسلم ضروری است؛ زیرا مراد از عدم نص در تعزیرات نص قرآن و سنت است، نه مطلق. پس لزوم نص اجتهادی مورد انکار نیست (عوده،





۲۰۰۱، ج ۱: ۴۷). البته باید باید بین قانونی بودن جرم از یک سو و قانونی بودن مجازات به معنای تعیین قطعی نوع و میزان مجازات تفاوت قائل شویم؛ زیرا تعیین قطعی نوع و میزان مجازات به این معنا که برای هر جرمی از قبل نوع و میزان معینی مجازات برای همه مرتکبان آن مشخص شده باشد امری غیر علمی و ناعادلانه می نماید (سجادی نژاد، ۱۳۸۵: ۱۰۹) و با اهداف و فلسفه مجازات سازگار نیست، بلکه باید به جای ملاک قرار دادن جرم، شخصیت مجرم، و جبران و اصلاح محور توجه قرار گیرد (نوربها، ۱۳۷۵: ۱۳۵). از این رو نوع و میزان مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به نظر قاضی و برحسب شخصیت و شرایط مجرم و سایر عوامل ذیربط سپرده شود (کلانتری، ۱۳۷۵: ۸۲). بنابراین اعمال نظام واحد مجازات نسبت به تمام گروه‌های مرتکب جرم واحد علمی و عادلانه به نظر نمی‌رسد (استفانی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۸۴). از این جا به فلسفه و حکمت نحوه مجازات در تعزیرات وقوف می‌یابیم.

و) اصل برائت: در قضای اسلامی مادام که بینة یا اقرار نباشد متهم تبرئه می‌شود. امام علی (ع) می‌فرمودند تا تخلف ظاهر نشود مقابله نمی‌کنم و بر ظن و گمان و صرف اتهام کسی را نمی‌گیرم. ایشان در امور کیفری (حدود الهی) بر انصراف متهم از اقرار اهتمام می‌ورزید. البته استناد به اصل برائت در مقام قضا دو فرض می‌تواند داشته باشد. یکی این که ارتکاب فعل انتسابی از سوی متهم محرز است، اما در این که فعل ارتكابی تخلف از تکلیفی بوده است مورد انکار باشد. در این صورت اصل برائت مقتضی اثبات وجود تکلیف است، یعنی اصل قانونی بودن جرم و قبح عقاب بلایان از آن بر می‌آید. فرض دیگر آن است که در وجود تکلیف و این که فعل انتسابی در صورت اثبات وقوع، تخلف از تکلیف قانونی و شرعی است اختلافی نیست؛ لکن متهم ارتکاب یا انتساب فعل مجرمانه به خود را انکار می‌کند. در این صورت فرض بیگناهی مقتضی برائت (تبرئه) متهم است. بنابراین به نظر می‌رسد فرق است بین اصل برائت در فقه و کلام شیعی و مفهوم برائت در حقوق جزایی که بهتر است از آن به فرض بیگناهی^۱ تعبیر کنیم، همان گونه که در اسناد و میثاق‌های بین‌المللی حقوق بشری تعبیر شده است. ز) اصل تفسیر به نفع متهم: تفسیر قانون به نفع متهم در حقوق جزای عرفی از آثار فرض برائت به شمار می‌آید و فقیهان امامیه نیز آن را از مقضیات اصل برائت دانسته‌اند (شیخ مفید، ۱۳۸۹: ۱۰۷). این اصل با قاعده «درء» قابل مقایسه است که به معنای رفع اتهام و دفع مجازات از متهم در صورت وجود هر گونه شبهه و تردید در شمول قانون (شبهه حکمی)، و یا وقایع قضیه (شبهه موضوعی) است. این قاعده در متون روایی و فقهی فریقین (اهل سنت و امامیه) با تعبیر مختلفی آمده، همچون «ادروا الحدود بالشبهات» (صدوق، ۱۳۹۴، ج ۴: ۷۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۱، ج ۱۸: ۳۳۶)، «ادروا الحدود عن المسلمین





ما استطعتم، فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبه» (ترمذی، ۱۴۰۳: ۴۲۸) و مورد اتفاق است.

اصل ترجیح خطا در عفو بر خطا در مجازات که از سخن پیامبر بزرگوار اسلام (ص) استفاده می شود شامل همه انواع کیفرها است و اختصاص به حدود ندارد (محمودی، ۱۳۷۸، ۱۲۹)، بلکه مقصود از واژه «حدود» در کلام رسول گرامی، صلی الله علیه و آله و سلم، معنای عام کلمه است، زیرا فلسفه وجودی قاعده تأمین عدالت و منافع و مصالح متهمان است. از همین رو هم شبهه عارض بر متهم و هم شبهه عارض بر قاضی را در بر می گیرد. البته خطاب قاعده به نحو استفاد از بیان پیامبر مکرم (ص) متوجه حاکم شرع و قاضی است؛ لکن شبهه متهم نیز منتهی به شبهه برای قاضی می شود. از این جهت برای مثال جهل به حکم و یا جهل به موضوع از سوی متهم یا مجرم، با قطع نظر از حدیث رفع، به استناد قاعده درء نیز می تواند رافع مسئولیت باشد، در حالی که در حقوق موضوعه چنین نیست، اگر چه در برخی کشورها گام هایی برای ایجاد انعطاف در فرض آگاهی از قانون (جهل به قانون عذر نیست) برداشته شده است (استفانی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۵۳۰-۵۳۱).

ح) اصل علنی بودن دادرسی: علنی بودن دادرسی متکفل تأمین دو مصلحت است، یکی حمایت از متهم در برابر محاکمات سری و دیگری جلب اعتماد عمومی نسبت به اجرای عدالت (Bassiouni, 2003, P.609). کار ویژه این اصل عبارت از تضمین نظارت اجتماعی بر اجرای مستقل عدالت است، زیرا محروم کردن عموم از امکان مشاهده رسیدگی قضایی منجر به تصمیمات ناصواب و احتمال بروز فساد می گردد (Navratil, 2007, P.177). علنی بودن دادرسی هم در محاکمات کیفری و هم در دادرسی های مدنی لازم الرعایه است، لکن بدیهی است در محاکمات کیفری از اهمیت و ضرورتی به مراتب بیش تر برخوردار است؛ به گونه ای که امکان دسترسی عموم عنصری انکارناپذیر در تأمین دادرسی منصفانه است. از این رو این اصل هم در قوانین ملی و هم در مقررات بین المللی حقوق بشر از جایگاه ویژه ای برخوردار است (فضائی، ۱۳۹۲: ۳۱۳-۳۲۶). اما دادرسی محرمانه که ویژگی پرونده های امنیتی است امری کاملاً استثنایی به شمار می رود (Chamberlain, 2009, P.824).

توجه به یک نکته در زمینه اصل علنی بودن دادرسی ضروری است و آن این که علنی بر گزار کردن محاکمه پیش از آن که حق اصحاب دعوا باشد تکلیف دادگاه است و متوقف بر درخواستی از سوی اشخاص نیست. البته این اصل استثنائاتی دارد که تقاضای اشخاص، با تشخیص دادگاه، می تواند یکی از آن موارد باشد. اما امروزه اگر از این اصل به عنوان «یک اصل کلی حقوق کیفری جدید» (Cassese, 2003, P.397) یاد می شود، نظام قضایی اسلام مفتخر است که از ابتدا در





دکترین و سیره قضایی خود بر آن تأکید داشته است. قضاوت‌های امام علی (ع) در مسجد و در ده‌القضای معروف خود بهترین شاهد آشکار بر این مدعا است. ایشان قاضی منصوب خود را که زمانی شاید به علت بیماری در منزل خویش به قضا نشسته بود ملامت فرمود که چرا چنین کرده، این عمل او را روا ندانسته، زیرا اجرای عدالت را مردم باید ببینند و این عادلانه‌تر است بین مردم (حر عاملی، وسائل الشیعه، کتاب القضاء، باب کان علی علیه السلام یقضی بین الناس فی الاماکن العامه). این تعبیر یادآور آن بیان معروف است که می‌گوید: «عدالت نه تنها باید اجرا شود، بلکه اجرای آن باید دیده شود».^۱

ط) اصل برابری: این اصل در مورد همه حقوق انسانی، اصلی اساسی^۲ و یکی از مهم‌ترین جلوه‌های رعایت مساوات در امر قضا و دادرسی است که خود مقتضی حقوقی برای افراد و اصحاب دعوا است. از یک سو همه افراد جامعه اسلامی باید به منظور احقاق حق به طور یکسان به مراجع قضایی مشروع، جهت استماع دعاوی و یا دفاع از اتهامات ادعا شده علیه ایشان، دسترسی داشته باشند (نجفی، بی تا، ج ۴: ۷۳) و از سوی دیگر در فرایند دادرسی برابری بین اصحاب دعوا به منزله عنصر اساسی دادرسی عادلانه مورد اهتمام و مراعات باشد. از این رو رعایت مساوات بین طرفین حتی در نگاه کردن، گفتار و مانند آن، همچنین اجرای یکسان قوانین نسبت به همگان بدون تبعیض بین قریب و بعید و ظرایف فراوان دیگری که در آداب قضای اسلامی مورد توصیه و تأکید قرار گرفته، به‌خوبی بازنمای اهمیت اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی است. نمونه بارز این برابری را در قضایای معروفی همچون دعوای مربوط به زره امام علی (ع) می‌توان دید (حر عاملی، ۱۴۰۱، ج ۱۸: ۱۳۸).

درخصوص اصل برابری توجه به این نکته ضروری می‌نماید که آنچه امروزه در دادرسی‌های کیفری حائز اهمیت است برابری بین دادستان و متهم است که از آن به برابری سلاح‌ها نیز یاد می‌شود (Principle of Equality of Arms, eg. In K. Kittichaisaree, 2001, P.291-292 or M. Nowak, (1993, P.246)، به این معنا که چون در دادرسی کیفری دادستان که مقام تعقیب است به واقع یکطرف دعوا تلقی می‌شود که می‌کوشد مجرمیت متهم را اثبات و زمینه محکومیت او را فراهم کند،

۱- Justice must not only be done but must be seen to be done.

۲- آیه شریفه «..... ان اکرمکم عندالله اتقیکم» (حجرات ۱۳) حاکی از اصل برابری است. همچنین آن کلام معروف پیامبر گرامی اسلام (ص) که فرمود: مردم همچون دانه‌های شانه مساوی هستند (کلینی، ۱۳۹۴، ج ۴: ۳۷۹) و نیز آن بخش از نامه امام علی (ع) به مالک اشتر که فرمود: ... مردم یا برادر دینی تو هستند و یا در آفرینش با تو برابرند (ام اخ لک فی الدین او نظیر لک فی الخلق..... نهج البلاغه، نامه ۵۳) به خوبی بر اصل برابری دلالت و تأکید دارد.





لازم است به منظور تضمین دادرسی عادلانه، توازن بین اصحاب دعوا و دسترسی هریک به امکانات لازم و برابر جهت اثبات اتهام از سوی دادستان و دفاع از سوی متهم تأمین گردد. البته برابری طرفین به این معنا نیست که متهم استحقاق وسایل و منابع مشابه دادستان را دارا باشد، بلکه مقصود آن است که هر دو طرف برای ارائه مطالبشان وسایل کافی در اختیار داشته باشند (فضائلی، ۱۳۹۲: ۳۲۶-۳۳۶). بدیهی است از آن جا که امروزه اجرای عدالت قضایی اسلام از طریق نهادها، تشکیلات و ساز و کارهای متداول صورت می پذیرد، توجه به تأمین موقعیت برابر طرفین که از عناصر اصلی دادرسی عادلانه است، اجتناب ناپذیر می نماید.

اصولی که به اختصار مورد بررسی قرار گرفت مهم ترین اصول و معیارهایی هستند که رعایت آنها برای تحقق دادرسی عادلانه ضروری می نماید. اصل دادرسی عادلانه به دنبال این هدف است که فرایند قضایی به کشف حقیقت و اجرای عدالت بینجامد و تأمین مقصود متوقف بر آن است که در تمام مراحل این فرایند، اصل دادرسی عادلانه نصب العین مقامات موظف و صلاحیتدار قرار گیرد و مقتضیات اصول یادشده مورد اهتمام و مراعات واقع شود. این مقتضیات عبارت از حقوق و تکالیفی است که در نحوه عملکرد و رفتار مقامات ذیربط با افراد مشمول صلاحیت آنان تبلور می یابد. از این رو در ادامه به اختصار، به بیان مهم ترین این حقوق و تکالیف پرداخته شده است.

۳- حقوق لازم الرعایه در مرحله قبل از صدور حکم

الف) حق مصونیت از هرگونه تعرض تا پیش از اثبات جرم و صدور حکم: حق امنیت و آزادی از حقوق بنیادین هر انسان است که در اسلام بسیار مورد تأکید قرار گرفته است. مصونیت متهم از ایراد ضرب و تعزیر و بی اعتباری اقرار تحت شکنجه و فشار از آثار این حق است. البته حبس احتیاطی در مورد قتل امری مجاز بوده، ولی متهمان به نقض حدود الهی و حق الله در قضای اسلامی نه تنها حبس نمی شدند، بلکه به خودداری از اقرار ترغیب می گردیدند (منتظری، ۱۳۸۳: ۴۴۶). اصل برائت در جهت تضمین این حقوق است و به سخن دیگر می توان گفت به واقع این حقوق برخاسته از اصل برائت است.

امروزه در نظام های قضایی دنیا مواردی وجود دارد که سلب یا محدود کردن آزادی افراد مظنون و متهم در مرحله تحقیقات امری پذیرفته شده است (Zappala, 2003, 67)؛ اما بازداشت اکتشافی که





قبل از اثبات جرم اعمال می گردد در اسلام بسیار محدود است.^۱ در چنین مواردی، همچون سایر موارد زندان، جز حق آزادی، سایر حقوق زندانی باید حفظ و تأمین شود. برای نمونه امام علی (ع) در مورد ابن ملجم فرمود: «او را بازداشت کنید و به او غذا و طعام بدهید و با او به خوبی و نیکی رفتار کنید (منتظری، ۱۳۸۳: ۸۵-۸۶ حر عاملی، ۱۳۸۷: ۸۹).

ب) حق دفاع: می توان گفت حق دفاع متهم مجموع تضمین های قانونی و قضایی است که در تمام مراحل رسیدگی جزایی برای افراد متهم به ارتکاب بزه و با هدف اتخاذ تصمیمی عادلانه به دور از اشتباهات قضایی در نظر گرفته شده است (امیری، ۱۳۹۲: ۲۲). بدیهی است یکی از مهم ترین تضمین های حق دفاع امکان دسترسی متهم به همه اطلاعات ارائه شده به قاضی در باره پرونده او است تا بتواند نظرهای خود را راجع به آن ابراز کند، مورد اعتراض قرار دهد و یا نادرستی آن را با ادله مخالف به اثبات برساند (Kavanagh, 2010, P.836). موارد فراوانی نقل شده است که امیر مؤمنان علی (ع) بر استماع اظهارات متهم تأکید کرده و در بسیاری جاها متهم براساس اظهارات و دفاعیاتش تبرئه شده است (شیخ مفید: ۹۹). در این زمینه همچنین می توان به آن کلام امام علی (ع) استناد کرد که در دلیل عزل یکی از قضات، ابوالاسود دولی، فرمودند: «دیدم کلام تو بر کلام متهم برتری و تسلط دارد» (نوری، بی تا: ۶۰).

با نظر به شأن و جایگاه عدالت در فقه و قضای اسلامی و ملاک ها معیارهای ناشی از آن بی هیچ تردید می توان اعلام کرد که امکان سپردن دفاع به وکیل منتخب متهم نیز وجود دارد (منتظری، ۱۳۸۳: ۸۹).

ج) برخورداری از رفتار مساوی در جریان دادرسی: امام علی (ع) ضمن این که قضات را به رعایت مساوات بین اصحاب دعوا سفارش می کرد، در عمل نیز التزام به این حق را نشان داد. حضور ایشان در دادگاه شریح در برابر طرف یهودی و نیز اعتراض به عمر، خلیفه وقت، به سبب آن که در دعوا امام (ع) را با کنیه (اباالحسن) خوانده بود - که نشان از احترام داشت (حر عاملی، ۱۳۸۷: ۶۰) - از مصادیق آن است. ایشان قضات را توصیه می کردند که مساوات را حتی در اشاره، نظر کردن به طرفین، و محل نشستن آن ها مراعات کنند (حر عاملی، ۱۳۸۷: ۱۰۰).



۱- از امام صادق (ع) نقل شده است که در مورد اتهام قتل شیوه پیامبر (ص) چنین بود که متهم را شش روز حبس می کرد. چنانچه اولیای دم (شاکیان یا مدعیان) می توانستند ظرف این مدت ادله مثبت مجرمیت او را اقامه کنند به مقتضای آن عمل می شد و اگر نه متهم را آزاد می کردند (حر عاملی، ۱۳۸۷: ۱۲۵).



۴- حقوق لازم الرعایه در مرحله صدور حکم

الف) به کارگیری دقت و عجله نکردن در صدور حکم: بدیهی است امر قضا که از مهم ترین (اگر نگوییم مهم ترین) امور اجتماعی است، بیش ترین دقت و تأمل را می طلبد. عدم اکتفا به فهم اندک، پایداری بر کشف حقایق و درنگ و تأمل در شبهات، از جمله شروطی است که امام علی (ع) ضمن نامه معروف خود به مالک اشتر در مورد قاضی فرمودند.

ب) عدم اعتماد بر اقراریری که بدون آگاهی شخص از قانون صورت گرفته است: همان گونه که در بحث از اصل برائت گذشت در نظام قضایی اسلام اصولاً علم به قانون از شرایط مسئولیت است. به نظر می رسد منظور از احکام و قوانین نیز اعم از قوانین اولیه و ثانویه است.^۱ آگاه ممکن است متهم بی آن که از پیامدهای قانونی اقرار خویش و یا مجازات قانونی جرم اتهامی آگاه باشد، اقدام به اقرار کند، به گونه ای که اگر از این موارد آگاهی داشت چنین نمی کرد. امام علی (ع) هرگاه کسی نزد او اقرار به گناهی می کرد، از او می پرسید آیا آیه تحریم را در مورد آن عمل شنیده است که چنانچه پاسخ او منفی بود، رهایش می کرد (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۷: ۲۴۹؛ تستری، بی تا: ۲۵). البته این معیار که علم و آگاهی شخص به حکم اولیه شرعی و نیز آگاهی او نسبت به اثر اقرار و نیز نوع مجازات مربوط به عمل ارتكابی برای ترتیب اثر دادن به اقرار شخص شرط است، تنها مربوط به حقوق الله است و گرنه در مورد حق الناس مسلماً مسئولیت جبران خسارت و زیان وارد بر دیگران متوقف بر علم و آگاهی شخص عامل زیان نیست.

ج) عدم اعتماد به اقراری که تحت فشار، انجام شده است: یکی از تضمین های مهم رعایت حقوق متهمان و اصحاب دعوا عدم اعتنا به ادله ای است که در نتیجه نقض حقوق ایشان تحصیل شده باشد. از این رو این موضوع در قواعد دادرسی دادگاه های کیفری ویژه یوگسلاوی سابق و رواندا و نیز در اساسنامه دیوان بین المللی کیفری مندرج گردیده و مورد تأکید حقوقدانان نیز بوده است (Wladimiroff, 2000, P.427, 437). امام علی (ع) فرمودند: کسی که در بند یا حبس یا تحت تهدید باشد، اقرارش معتبر نیست و از پیامبر (ص) نیز نقل کردند که فرمود: کسی که تحت فشار اعتراف کند حد بر او جاری نمی شود (الاربلی، بی تا: ۳۳).



۱ - شایان توجه است که در این جا مقصود از اولیه و ثانویه احکام اولیه و ثانویه در اصطلاح فقهی نیست، بلکه منظور احکام ماهوی و مقررات شکلی در تقسیم هارت است، که برای قواعد و مقررات ناظر بر شناسایی، اجرا و تغییر قواعد ماهوی (قواعد اولیه)، عنوان قواعد ثانویه را به کار برده است. رک: H.L.A. Hart, The Concept of Law, 2ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp.89-96.



(د) مستدل و مستند بودن رأی قاضی: امام علی (ع) در همه قضاوت‌های خویش به آیات قرآن کریم و سنت پیامبر (ص) استناد و استدلال می‌کرد.^۱

ها) رعایت مصالح جامعه در صدور احکام: اگر مجازات ضرورت اجتماعی است، مثل هر ضرورتی باید به قدر متیقن آن اکتفا شود و نباید فراتر از آنچه برای حمایت از جامعه در برابر آثار زیانبار جرائم لازم است، برود. بنابراین آثار و پیامدهای حکم نباید از نظر دور داشته شود (محمدری شهری، ج ۴، بی تا: ۲۶۴). قوانین باید به گونه‌ای اجرا شود که اهداف پیش‌بینی شده برای آن‌ها به نحو مطلوب تحقق پیدا کند.

۵- حقوق لازم الرعایه در مرحله پس از صدور حکم

الف) حق اعتراض به حکم قاضیک از آن‌جا که معمولاً فعالیت بشری از بروز خطا و اشتباه مصون نیست، حمایت از اشخاص در برابر اشتباه قضایی نیز امری ضروری می‌نماید. از همین رو برخلاف تصویری که بعضاً نسبت به امکان اعتراض و تجدیدنظرخواهی از رأی قاضی در قضای اسلامی وجود داشته، باید گفت این حق در گذشته، تنها از سوی اسلام مورد شناسایی بوده است و امام علی (ع) آن را تأیید و رعایت کرده است.^۲ گفتنی است رسیدگی‌های پژوهش و تجدیدنظرخواهی در هر دو سیستم کامن‌لا و حقوق نوشته (رومی ژرمنی) پدیده‌ای نسبتاً تازه است (La Fave, 1983, P.62-67).

ب) عفو کسی که پیش از اقامه بینه توبه کرده است: اساس دکرترین قضایی اسلام بر پاسداشت حرمت انسان و تسهیل سیر او به سوی تعالی و سعادت است. از این رو همه نظامات اجتماعی، از جمله نظام قضایی اسلام از همین فلسفه وجودی تبعیت می‌کنند. بنابراین مجازات اصولاً به منظور تنبه است. پس چنانچه به طریق دیگری تنبه حاصل گردد، اعمال مجازات اصولاً توجیهی نخواهد داشت. البته این

۱- برای نمونه می‌توان اشاره کرد به قضیه زنی که نوزادی شش ماهه به دنیا آورده بود. عثمان حکم به اجرای حد بر وی داده بود. امام علی (ع) فرمود: انا الله یقول: «و حمله و فصاله ثلاثون شهر» (احقاف ۱۵)، یعنی دوران بارداری و شیردادن کودک ۳۰ ماه است: «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتیم الرضاعه» (بقره ۲۳۲)؛ یعنی و مادران فرزندان خود را دو سال کامل شیر می‌دهند، آنان که می‌خواهند دوران شیردهی را کامل کنند. پس دو سال شیردهی و شش ماه حمل می‌شود سی ماه. بنابراین، اقل حمل همان شش ماه است (باقر الموسوی، ۱۹۹۹: ۴۲).

۲- در مورد جوانی که به حکم شریح قاضی، نسبت به تبرئه مردانی که با پدرش در سفر تجاری رفته بودند و پدر وی در راه کشته شده بود، اعتراض کرد. جوان یقین داشت که آنان پدر وی را کشته‌اند. پس نزد امام (ع) به این حکم اعتراض کرد. حضرت شهود را جداگانه مورد پرسش قرار داد تا آن‌که تناقض در گفتارشان ظاهر شد و درستی اعتراض جوان ثابت گردید (رک: باقر الموسوی، ۱۹۹۹: ۳۹).





غیر از ادای حقوق دیگران است که آن خود از نشانه‌ها و ملازمات تنبه است. از این رو رویه قضایی اسلام حاکی از موارد متعددی است که افراد مرتکب قتل، سرقت و جرائم به واسطه اقرار به جرم، از مجازات معاف گردیده‌اند (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۷: ۲۹۰-۲۸۹؛ تستری، بی تا: ۳۹).

(ج) رعایت حال محکوم به لحاظ جسمی و روحی هنگام اجرای حکم: شخص محکوم هنگام اجرای حکم مجازات باید در حالت طبیعی و سلامت جسمی و روحی باشد (تستری، بی تا: ۵۰).

(د) رعایت حال محکوم پس از اجرای حکم: افرادی که حد و حکمی بر آنان اجرا می‌شود، نه تنها نباید مورد هیچ گونه تعدی و تعرض قرار گیرند، بلکه باید با مدارا و ملاحظت با آن‌ها رفتار شود.^۱ توصیه‌های امیر مؤمنان علی (ع) در مورد رفتار فرزندان و خویشانش با ابن ملجم معروف‌ترین نمونه در این خصوص است (حر عاملی، ۱۳۸۷: ۱۴۳).

آنچه در این مختصر آمد اجمالی از اصول و موازین دادرسی عادلانه از منظر فقه و حقوق قضایی اسلام بود. بدیهی است بحث تفصیلی پیرامون هریک از اصول، موازین و قواعد یاد شده مجال بی‌س و وسیع و فراخ را می‌طلبد. البته علاقه‌مندان می‌توانند به منابعی که پاره‌ای از آن‌ها مورد استناد و اشاره نوشته حاضر قرار گرفته است مراجعه کنند. آنچه در این مقال مورد نظر بوده بیش تر توجه و تأکید بر اصل دادرسی عادلانه و نمایاندن شأن و جایگاه آن در دکتین و نظام قضایی اسلام بوده است.

نتیجه گیری

امروزه بر همگان روشن است که تحقق عدالت در فرایندهای اداره امور اجتماعی، به طور عام، و در فرایندهای قضایی، به طور خاص، نیازمند ملاک‌ها و معیارهای عینی است. عدالت اگرچه باید نخست همچون روحی در جوهره و سرشت مقررات ماهوی دمیده شده باشد (عدالت ماهوی)^۲، لکن تحقق عینی آن در فضای حیات اجتماعی به‌ویژه در بستر قضا، بیش از آن که مرهون حقوق ماهوی باشد در گرو آیین و مقررات شکلی است (عدالت شکلی)^۳ برخلاف تصور برخی که شاید برای آیین و مقررات شکلی در اسلام شأن و اهمیت بایسته‌ای قائل نباشند و در نتیجه آیین دادرسی را مورد بی‌اعتنایی یا کم‌توجهی قرار دهند، اما همان گونه که ملاحظه گردید، در دکتین و نظام قضایی اسلام

۱- امام علی (ع) اجازه اجرای مجازات را در حال عصبانیت مجری نمی‌داد؛ در شدت گرما و سرما حدود و تعزیرات را اعمال نمی‌کرد؛ به امور رفاهی زندان‌ها خوب رسیدگی می‌کرد؛ به تربیت دینی زندانیان اهتمام می‌ورزید؛ برای خلوت مردان زندانی با همسرانشان تمهیداتی می‌اندیشید؛ و مخارج زندانیان فقیر را از بیت‌المال تأمین می‌کرد (به نقل از: منتظری، ۱۳۸۷: ۱۴۰).

2- Substantive Justice.

3- Justice Procedural.





ابعاد گوناگون دادرسی مورد توجه قرار گرفته است و در نگاهی کلی آنچه مورد تأکید و توصیه است انجام محاکمه‌ای است که به قضاوت عموم مردم عادلانه شناخته شود و این بیانگر آن اصلی است که امروزه از آن چنین تعبیر می‌شود: «عدالت نه فقط باید به اجرا در آید، بلکه باید اجرای آن دیده شود». از این رو می‌توان گفت آیین‌ها، سازکارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه، از نگاه اسلام، مقوله‌ای ایستا و ثابت نیست، بلکه بر حسب شرایط زمان و مکان قابل تغییر و تکامل است و آنچه مهم است حصول غایتی است که از آن مورد انتظار است. بایسته می‌نماید که با بذل عنایت شایسته به این مقوله و رجوع دوباره به متون و منابع اصیل فقهی و کلامی اسلام به‌ویژه منابع امامیه، به همراه بهره‌گیری از تجارب گوناگون سیستم‌های قضایی ملی و بین‌المللی، بیش از پیش به استقرار نظام قضایی مطلوب و متناسب با شرایط و مقتضیات جامعه اسلامی در روزگار کنونی کمک کرد و به تضمین و تحقق دادرسی عادلانه دست یافت. امید آن که این نوشتار گامی، هرچند بسیار کوچک، در این راستا باشد.

منابع

قرآن کریم.

نهج البلاغه (شرح صبحی صالح، ۱۳۹۵، قم، دارالهجره)

۱. آشتیانی، میرزا محمد، ۱۳۶۳ش، کتاب القضاء، قم، دارالهجره.
۲. آشوری، محمد، ۱۳۸۳ش، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، مجموعه مقالات، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق، مؤسسه تحقیقات علوم جزایی و جرم‌شناسی.
۳. الاربلی، علی بن عیسی، ۱۴۰۵ق، کشف الغمه، بیروت، دارالاضواء.
۴. استفانی، گاستون، ژرژ لوسوار و برنار بلوک، ۱۳۷۷ش، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی.
۵. افتخار جهرمی، گودرز، ۱۳۷۸ش، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تحولات آن، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۵-۲۶.
۶. امیری، اعظم، ۱۳۹۲ش، حق دفاع متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی در نظام حقوقی ایران، مجله دادرسی، ش ۹۷.
۷. باقر الموسوی، محسن، ۱۹۹۹م، القضا و نظام القضائی عندالامام علی (ع)، بیروت، الغدیر.





۸. بروجردی، محمد تقی، ۱۴۰۵ق، نهاییه الافکار، تقریرات درس آقا ضیاء الدین عراقی، القسم الثاني من الجزء الثالث، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۹. ترمذی، محمد، ۱۴۰۳ق، سنن، ج ۲، بیروت، دارالفکر.
۱۰. تستری، محمد تقی، بی تا، قضاوتهای امیرالمؤمنین، قم، انتشارات قائم.
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم، بی تا، مصباح الاصول، ج ۲، قم، انتشارات داوری.
۱۲. سجادی نژاد، سید احمد، ۱۳۸۵ش، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در فقه و حقوق، مجله تخصصی الهیات و حقوق، ش ۲۰.
۱۳. سروش، عبدالکریم، ۱۳۷۶ش، روشنفکری و دینداری، تهران، پویه.
۱۴. سید مرتضی، ۱۳۷۶ش، الذریعه الى اصول الشیعه، ج ۲، قم، مجمع ذخایر اسلامی.
۱۵. شیخ مفید، محمد بن محمد، ۱۳۸۹ش، ارشاد، قم، انتشارات سرو.
۱۶. صادقی زیازی، حاتم، ابراهیمی منش، مهران، ۱۳۹۳ش، حق آزادی و امنیت شخصی در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و حقوق ایران، با نگاهی به نوآوری‌های قانون آیین دادرسی کیفری، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، ش ۱.
۱۷. صدر، سید محمد باقر، ۱۳۹۹ق، اقتصادنا، قم، انتشارات خیام.
۱۸. صدوق، ۱۳۹۴ق، من لایحضره الفقیه، ج ۴، تهران، مکتبه الصدوق.
۱۹. حر عاملی، محمد حسن، ۱۳۸۷ش، وسائل الشیعه، ج ۱۸، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲۰. عوده، عبدالقادر، ۲۰۰۲م، الموسوعه العصریه فی الفقه الجنایی الاسلامی، مصر، دارالشروق.
۲۱. فضائلی، مصطفی، ۱۳۹۲ش، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی، شهر دانش، چ ۳.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۹ش، گامی به سوی عدالت، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. کلاتری، کیومرث، ۱۳۷۵ش، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، بابلسر، انتشارات دانشگاه مازندران.
۲۴. کلی، جان، ۱۳۸۲ش، تاریخ مختصر تئوری حقوقی غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو.
۲۵. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۱۳ق، اصول کافی، ج ۷، بیروت، دارالکتاب العربی.
۲۶. مالوری، فیلیپ، ۱۳۸۲ش، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلاتریان، تهران، انتشارات آگه.





۲۷. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمود بن حبیب، ۱۳۹۲ش، ادب القاضی، بخشی از الحاوی الکبیر (شرح مختصرالمنزى)، بغداد، دار احیاء التراث الاسلامی.

۲۸. _____، ۱۴۰۶ق، الاحکام السلطانیة، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۳۹۸ق، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.

۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۷۸ش، قاعده قبح عقاب بلایان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات، مجله پژوهش‌های فلسفی کلامی، ش ۵.

۳۰. محلاتی، ذبیح‌الله، ۱۳۷۷ش، قضاوت‌های حضرت امیرالمؤمنین، انتشارات قائم.

۳۱. محمدی ری‌شهری، محمد، بی‌تا، موسوعه الامام علی بن ابی‌طالب، ج ۴، قم، انتشارات دارالحديث.

۳۲. محمودی، فیروز، ۱۳۷۸ش، اصل تفسیر به نفع متهم، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، ش ۹.

۳۳. مطهری، مرتضی، ۱۴۰۹ق، مبانی اقتصاد اسلامی، تهران، انتشارات حکمت.

۳۴. منتظری، حسینعلی، ۱۴۰۸ق، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة.

۳۵. _____، ۱۳۸۳ش، رساله حقوق، قم، نشر سرائی.

۳۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن ملا محمد حسن جیلانی، ۱۳۱۸ش، قوانین الاصول، ج ۲، چاپ سنگی، تهران، بی‌تا.

۳۷. میلانی، علیرضا، ۱۳۸۷ش، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در بستر تاریخ، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، ش ۶۲-۶۳.

۳۸. نجفی، محمد حسن، بی‌تا، جواهرالکلام، ج ۷، ج ۴۰، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

۳۹. نوربها، رضا، ۱۳۷۵ش، زمینه حقوق جزای عمومی، ج ۲، تهران، کانون وکلای دادگستری.

۴۰. نوری (محدث)، حسین بن محمد، ۱۴۰۸ق، مستدرک الوسائل، ج ۱۲، قم، موسسه آل‌البیت.

41. Aristotle(1999), Nichomachean Ethics, Book VIII, 1: 1155a, in the Complete Works of Aristotle, Vol.2, in Brian Bix, Jurisprudence: Theory and Context, second edition, Sweet & Maxwell.

42. Bassiouni, M. C(2003). , Introduction to International Criminal Law, Transitional Publishers.

43. Cassese, Antonio(2003), International Criminal Law, Oxford University Press.



44. Chamberlain(2003), Special Advocates and Procedural Fairness in closed Proceedings, CGQ.
45. Hart, H. L. A(1994), The Concept of Law, 2nd ed. Clarendon Press, Oxford.
46. Kavanagh, Aileen(2010), "Special Advocates, Control Orders, and the Right to a Fair Trial", Journal Compilation, 2010, The Modern Law review, 73(5)..
47. Kittichisaree, K(2001), International Criminal Law, Oxford, OPV.,
48. La Fave, V.L(1983), "Appeal ", in S. Kadish (general ed.), Encyclopedia of Crime and Justice, New York, The Free Press.
49. Navratil, Szonja(2007), "A Comparative Overview of Publicity in the Administration of Justice, in Attila Bado (editor), Fair Trial and Judicial Independence, Hart Publishing.
50. Nowak, Manfred(1993), Committee on Civil and Political Rights Commentary, United Nations Covenant on Civil and Political Rights, N.P.Engel Publisher, Kehl. Strasburg.
51. Wladimiroff, M.(2000), "The Right of Suspects and Accuseds", in The Experience of National and International Courts, Vol.1, ed. by McDonald and O. Sweak Goldman.
52. Zappala, Salvatore(2003), Human Rights in International Criminal Proceedins, Oxford.



ضمانہ روڈ شیطانی حقوق الحام و غرب





Fair Trial in Human Rights and the Islamic Judicial Doctrine

Mostafa Fazaeli¹

Assistant Professor, International Law Group, Law Faculty, Qom University, Qom, Iran

بیگاه و اصول دادوسی عادلانه حقوق بشر و دگرترین قضای اسلام

Abstract

Basically justice has different philosophical, ethical and legal aspects, but the evaluation of its implementation in various social processes requires objective standards. Judicial justice also requires to be fair and objective. Objectiveness of judicial proceedings requires that all facts be considered under previously established rules and procedures in order to make justice to be done. In other words, judicial proceedings is a way to discover the truth, and this can be ensured only through specific method consisting of specific rules and regulations, as in any other scientific research whose goal is to reach to the truth. So there is no way except due processes to ensure justice and fairness in judicial proceedings. And this is the main important means to secure basic rights and freedoms of human beings. The present work considers the significance of a fair trial, the importance of due process and procedural justice from the view point of the Islamic judicial doctrine. It attempts to illustrate fair trial and its procedural requirements have been strongly recommended by Islamic judicial doctrine.

Key Words: fair trial, procedural justice, substantive justice, Islamic judicial doctrine, human rights.



A Jurisprudential and Legal Analysis of Combating against Female Trafficking with a Glance at the Relevant International Documents

Saiid Atazadeh¹



Member of Faculty of Criminal Sciences, Police *University* of Amin, Tehran,
Iran

Abstract

In modern societies, female trafficking has taken an organized and systematic form and has found a global spread. This process of global spread, together with an increase in the smuggling due to the economical issue of poverty are among the elements that play a role in female trafficking, resulting in sex slavery and prostitution, while at the same time it takes human dignity and moral health at a serious risk. As a result, this offence results in social, cultural and moral repercussions in different societies. With a comparative approach, the present study reviews this problem from a legal and jurisprudential point of view, taking a look at the Iranian rules and regulations as well as the relevant international documents. Following some international developments, the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children (also referred to as the Trafficking Protocol or UN TIP Protocol) was ratified by the United Nations General Assembly in 2000. Meanwhile, reports of women and children from Iran having trafficked to some neighboring countries caused the Act against Human Trafficking to be ratified quickly in Iran in 2005 (1383 a. h.). The present study has an attempt to show that the Iranian legislator has merely taken penal measures, while it has neglected preventive and suppressive ones. It has even neglected the relevant policies. This is while the international documents not only penalize this kind of smuggling; they also take non-criminal, preventive measures as well.

Key Words: human trafficking, prostitution, penal policies, war (al-moharebeh), Corruption on Earth.

صلوات پرورش
تلقین حقوق اسلام و غرب و الخاوم

¹ Corresponding Author's Email: saeidbahjat@yahoo.com



A Comparative Study of Criminal Interpretive Foundations between Shiite and the Western Law

Mohammadreza zafari^۱

Assistant Professor, Qom Payam Noor University, Qom, Iran

بیانیه اصول دادرسی عادلانه در حقوق کیفری بین‌المللی اسلام

Abstract

However, criminal interpretation is regarded as the main factor which makes the courts issue different judgments, the legislator have not defined the nature of interpretation in the law yet. Probably, the lawmaker considers interpretation as a personal matter that each person has his own interpretive method. But the right of appeal against the lower criminal courts to the appeal courts, and making all the courts bound to follow the same judicial precedence by the Supreme Court, show that the criminal interpretation has the general principles. In this article, the author has tried to make clear the criteria and factors of the interpretation. The Muslim legislature should make Islamic penal code according to the belief in the Divine will (monotheism); therefore, similarly the Muslim judge should understand the criminal text in accordance with the desire of God Almighty. Since without understanding the purpose of the lawmaker, the judge may not interpret the text of law, then in his interpretive process, he must rely upon these three elements: the criminal interpretive theory, sources and rules. With the science of interpretation (hermeneutics), the judge can infer the ways of knowledge of legislature's purposes from the interpretive sources; these ways are the general rules of the linguistics and the special interpretive rules.

Keywords: Hermeneutics, interpretive theory, sources and rules of criminal interpretation, and common sense.



A Comparative Analysis of Impossibility of Contract Performance in the Islamic Jurisprudence, Iranian Law and Common Law

Mohammad SalehiMazandarani^{۱*}, Mona Ostadi^{**}

** Assistant Professor, Private Law Group, Law Faculty, Qom University, Qom, Iran*

***Ph.D. private law student, Law Faculty, Qom University, Qom, Iran*

Abstract:

Impossibility of performance in a contract is one of the basic conditions that render a contract null and void. Since the ultimate goal of all contracts is to fulfill a contractual promise, any type of commitment that is impossible to fulfill should be regarded null and void under this rule. This type of failure in a contract has been under careful scrutiny not only in the Islamic Jurisprudence and the Iranian law but also in foreign legal systems. Therefore, several theories have been allocated to this field. As such, in Common Law, any failure by the parties to fulfill a contractual promise due to the breach of contract or any cancellation of the aims of the contract has been considered as one of the reasons for the failure to implement a contract. Therefore, in this article, having examined the theories available in the Common Law, we analyze this case in the Iranian Law based on the Islamic Jurisprudence.

Key words: impossibility of performance, offer, condition, nullity, void, breach of contract



صلوات پرورش
تلقین حقوق اسلام و غرب و انکشاف



Set off in Shiite Jurisprudence, Iranian Law and International Commerce Law

Majid Sarbazian^{*}, Seyyedeh Fatemeh Zebarjad^{**}

** Assistant Professor, Private & Islamic Law Group, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran*

***L.L.M. in Private Law, Shiraz University, Shiraz, Iran*

یافته‌های اصلی و اصول دادوسی عادلانه در حقوق شرکتی و کسب و کار اسلامی

Abstract

Setoff is one of the effective measures to avoid prolonged processes in mutual transactions. Where two parties owe each other money or other obligations of same kind, either of the parties may counterbalance, of setoff, its obligations against that of the other. This may include: mutuality or reciprocity of the obligation, its homogeneity, certainty, and the due date. Based on the method of its performance, there are three types of setoff: unilateral setoff, procedural setoff, and also set off by an agreement. It is also is divided into independent and transactional setoff. There are statutory, contractual and procedural setoffs in the Iranian Law. In Shiite jurisprudence, one may find *taqaas* as equivalence to the term setoff. Conditions and effects of setoff are quite similar in the three domains but there are also differences in implementing it and its effects.

Key words: set off, *taqaas*, unilateral set off, procedural setoff, set off by an agreement.



Conflict between Contract Definition and Sale Definition in Islamic Jurisprudence and Western Legal Systems

Seyed Mahdi Dadmarzi¹



*Assistant Professor, Private Law Group, Law Faculty, Qom
University, Qom, Iran*

Abstract:

In this paper we review the conflict within Article 183 and Article 338 of Iranian Civil Code. The source of this conflict lies in the major role that obligation and the possessory nature of the contract of sales play in defining contracts. However, as this kind of conflict may also be observed between all other possessory contracts that have been referred in Civil Code, we have analyzed this aspect with some other articles of Civil Code even in the field of marriage contracts. This conflict has not been taken into account in much of the earlier literature on civil law. Nonetheless, many contemporary prominent jurists and famous authors have focused on this conflict, providing an effect on the notion of obligation in the Western law. Our aim in this article is then to provide a critical study of the conflict and to provide solutions for it. We offer the best interpretation with an emphasis on the distinction between the concept of obligation in Islamic jurisprudence and in the Western legal systems.

Keywords: promise, contract, possessory contracts, obligatory contracts, sales, conflicts of law, Civil Code.

صلوات پرورش
تلقین حقوق اسلام و غرب
والکلام



Transmission of Sentenced Persons in International Conventions, with a Glance at Islamic Jurisprudence

Hassan Poorbafrani^{*}, Ehsan Akbari^{**}, Hassan Badri^{***}

^{*}Assistant professor in Criminal Law, Isfahan University

^{**} *L.L.M. in criminal law, Isfahan University, Isfahan, Iran*

^{***}*Ph.D. criminal law student, Khorasghan Azad University, Khorasghan, Iran*

Abstract

Abstract

The protocol of transmission of sentenced persons is one new concept in the field of International Criminal Law. Under some conditions, sentenced person with an irrevocable judgment in a foreign country may be delivered to his or her country. In this case, having recognized its validity and consequences, the national government implements that judgment. By transition of this prisoner to his or her country, the rehabilitative costs will reduce and the effects are performed better, while at the same time human rights is also being observed. Notwithstanding these advantages and disadvantages, Iran has signed this transmission protocol with only ten countries. International Treaties on the transmission of sentenced persons is not against the Islamic jurisprudence.

Keywords: protocol, transmission of sentenced persons, imprisonment, International Criminal Law, Islamic Law



❧ Contents ❧

- Transmission of Sentenced Persons in International Conventions,
with a Glance at Islamic Jurisprudence
1
Hassan Poorbafrani
Ehsan Akbari
Hassan Badri
- Conflict between Contract Definition and Sale Definition in Islamic
Jurisprudence and Western Legal Systems
27
Seyed Mahdi Dadmarzi
- Set off in Shiite Jurisprudence, Iranian Law and International
Commerce Law
43
Majid Sarbazian
- A Comparative Analysis of Impossibility of Contract Performance
in the Islamic Jurisprudence, Iranian Law and Common Law
71
Mohammad Salehi Mazandarani
Mona Ostadi
- A Comparative Study of Criminal Interpretive Foundations
between Shiite and the Western Law
93
Mohammadreza zafari
- A Jurisprudential and Legal Analysis of Combating against Female
Trafficking with a Glance at the Relevant International Documents
127
- Fair Trial in Human Rights and the Islamic Judicial Doctrine
Mostafa Fazaeli
159

Comparative Studies On Islamic & Western Law

**The Quarterly Journal of the Faculty of Law
University of Qom
Vol. 1, No. 1
Autumn 2014**

Executive Director: Seyed Hassan Shobeiri

Editor-in-Chief: Adel Sarikhani

Editorial Board:

- Mahmood Hekmat Nia (Associate Professor),
 - Ahmad Deilami (Associate Professor),
 - Adel Sarikhani (Associate Professor),
 - Seyed Hassan Shobeiri (Assistant Professor),
 - Mahmood Sadeghi (Associate Professor),
 - Mostafa Fazaeli (Assistant Professor),
 - Abbas Ghasemi Hamed (Associate Professor),
 - Naser Ghorban Nia (Associate Professor),
 - Jafar Koosha (Associate Professor)
-

Persian Language Editor: Dr. Safar Beig Zadeh

English Language Editor: Dr. Mohammad Reza Pirooz

Type and Layout: Moosa Amiri

Postal Address: Faculty of Law, University of Qom, Qadir Blvd, Qom,
Iran, Post Code 37161 46611

Tel. No.: ++98 251 210 3000

Fax No. ++98 251 285 0959

Email Address: lawmag@qom.ac.ir