

دانشکده حقوق

## مجله تحقیقات حقوقی

دو فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۴۶

پاییز - زمستان

۱۳۸۶

---

پاییز - زمستان ۱۳۸۶

شمارگان: ۲۰۰۰ نسخه

قیمت: ۲۰۰۰۰ ریال

مرکز پخش:

فروشگاه کتاب انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، ساختمان مدیریت رایانه و خدمات ماشینی، طبقه همکف، تلفن: ۲۹۹۰۲۸۲۸

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: سازمان چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

---



به نام خدا

## مجله تحقیقات حقوقی

دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی  
باهمکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا و انجمن ایرانی داوری

ناشر و صاحب امتیاز	دانشگاه شهید بهشتی
مدیر مسئول	دکتر گودرز افتخار جهرمی
سر دبیر	دکتر محمد علی اردبیلی

### هیأت تحریریه

دکتر محمد آشوری (استاد، دانشگاه تهران)  
دکتر محمد رضا احمدی (استادیار، دانشگاه علامه طباطبائی)  
دکتر محمدرضا باسبان (استادیار، دانشگاه علامه طباطبائی)  
دکتر عبدالله شمس (استاد، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر سیند حسین صفائی (استاد، دانشگاه تهران)  
دکتر عزت اله عراقی (استاد، دانشگاه تهران)  
دکتر امیرحسین فخاری (دانشیار، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر هدایت اله فلسفی (استاد، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر سیند مصطفی محقق داماد (استاد، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر رضا نوربها (استاد، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر سیند محمد هاشمی (استاد، دانشگاه شهید بهشتی)

به استناد مجوز ۳/۴۷۹۶ مورخ ۸۶/۶/۱۱ کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم،  
تحقیقات و فناوری، مجله تحقیقات حقوقی، مجله ای علمی - پژوهشی شناخته شده است.

## راهنمای نگارش و ارسال مقاله

- ۱- «مجله تحقیقات حقوقی» هر شش ماه یک بار منتشر می‌شود و مقالاتی (اعم از تالیف یا ترجمه) را در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته منتشر می‌نماید.
- ۲- نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دست آورد علمی جدید باشد.
- ۳- در مواردی که مقاله از منابع علمی معتبر خارجی ترجمه شده باشد، متن اصلی مقاله ترجمه شده با مشخصات کامل نشریه مربوط باید ارسال شود.
- ۴- مقاله قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ نشده باشد و همزمان به نشریه داخلی دیگری ارسال نشده باشد.
- ۵- زبان مجله فارسی است. بنابراین تا جای ممکن بهتر است از کلمات و معادل‌های فارسی برای بیان مطالب علمی در مقاله استفاده شود.
- ۶- تعداد صفحات مقاله بیش از ۳۵ صفحه قطع وزیری در یک شماره نباشد.

### مقاله باید مشتمل بر قسمت‌های زیر باشد:

- ۱- نام نویسنده یا مترجم و نشانی کامل پستی شماره نمابر، تلفن و در صورت امکان نشانی پست الکترونیک.
- ۲- چکیده فارسی مقاله (حداکثر ۲۵۰ کلمه) با کلید واژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۵ عبارت) باید پس از مقدمه‌ای کوتاه دست‌آورد اصلی مقاله را به طور اختصار بیان نماید.
- ۳- ترجمه چکیده مقاله به انگلیسی یا فرانسوی شامل عنوان مقاله، نام نویسنده به یکی از این زبانها باشد.
- ۴- منابع در متن به ترتیب شماره گذاری شده و برطبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه و در فهرست منابع در آخر مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسندگان آورده شود.
- ۵- اطلاعات منابع به صورت مقاله: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان مقاله داخل گیومه / نام ناشر / سال انتشار / جلد / صفحات.
- ۶- اطلاعات منابع به صورت کتاب: نام خانوادگی / نام نویسنده عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار.
- ۷- مسؤلیت صحت مطالب مندرج در مقاله و یا ترجمه به عهده نویسنده یا مترجم است.
- ۸- مقاله دریافت شده را سردبیر و هیأت تحریریه بررسی خواهند کرد و هیأت تحریریه در اصلاح دستور واملای آن آزاد است.

### نحوه فرستادن مقاله

مقاله اصلی و سه نسخه تصویر آن همراه با تمامی متن بر روی یک دیسکت ۳/۵ اینچ تایپ شده با Windows 98- Word97 همراه با تقاضای کتبی نویسنده یا مترجم به نشانی دفتر مجله، تهران، بزرگراه شهید چمران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، معاونت پژوهشی، دفتر مجله تحقیقات حقوقی ارسال گردد.

## مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۴۶

- | صفحه | بخش تحقیق                                                                           |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| ۹    | ◆ تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها(۲)<br>دکتر سید مصطفی محقق داماد |
| ۴۵   | ◆ جرح و خاتمه مأموریت داوران<br>دکتر حمید رضا نیکبخت                                |
| ۷۵   | ◆ نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان در انگلستان و ونز<br>دکتر نسرین مهرا            |
|      | ◆ حسن نیت در قرارداد، مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری                       |
| ۹۹   | در حقوق فرانسه<br>دکتر عباس قاسمی حامد                                              |
| ۱۲۹  | ◆ شرح و تفسیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی<br>دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی و کریم اتقایی      |
| ۱۴۷  | ◆ پراگماتیسم حقوقی<br>دکتر شهرام کیوانفر                                            |
| ۱۶۹  | ◆ اصل تحصیل دلیل به روش قانونی در حقوق کیفری افغانستان<br>غلام حیدر علامه           |

### بخش ترجمه

- |     |                                                                                    |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------|
| ۲۰۱ | ◆ صغار در معرض خطر در حقوق فرانسه: مددکاری تربیتی<br>دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی |
| ۲۲۵ | ◆ مسئولیت دولت در عدم پیشگیری و مجازات جنایت بین المللی<br>دکتر سید علی هنجنی      |

### گزارش آموزشی

- |     |                                                                       |
|-----|-----------------------------------------------------------------------|
| ۲۲۹ | ◆ فهرست پایان‌نامه‌های پذیرفته‌شده در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی |
| ۲۵۵ | ◆ خلاصه مقالات به زبان انگلیسی و فرانسوی                              |





پنجشیر

پنجشیر





## تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۲)

دکتر سید مصطفی محقق داماد\*

### چکیده

در بخش پیشین از این نوشتار به سه مکتب فقهی نجف، سامرا، و قم اشاره کردیم. این سه مکتب همگی هم سن و سال نیستند. نخستین مکتب یعنی مکتب نجف دارای عمری نسبتاً طولانی و تولدش به قرن پنجم هجری باز می‌گردد و دو مکتب دیگر نوپا هستند و بیش از حدود یک قرن واندی از عمرشان نمی‌گذرد. هر سه در دوران معاصر با تحولات چشمگیری روبرو بوده‌اند و اگر دوران معاصر را، دوران تحول اجتهاد در عرصه حقوق اسلامی که بخش اجتماعی و کاربردی فقه است، بنامیم گزاف نگفته‌ایم. منظور ما از دوران معاصر، مقطع تاریخی دوران تفقه شاگردان شیخ انصاری به بعد است. در این دوران هر سه مکتبی که در فصل پیش گفتیم (مکتب نجف - مکتب سامرا - مکتب قم) سیر تحولی خود را آغاز و به نحو چشمگیری ادامه مسیر داده‌اند.

تحولات اجتهاد در این دوران متأثر است از عوامل و رخداد‌های اجتماعی و سیاسی جهانی که جوامع اسلامی را درگیر نموده و فقاقت شیعی نمی‌توانسته نسبت به آن بی‌تفاوت باشد و لذا فقه شیعه را در محورهای مختلف عمومی، سیاسی، خصوصی و جزائی متحول ساخته است.

در این بخش از نوشتار می‌خواهیم به نحو خلاصه به عوامل موثر اشاره کنیم و نمونه‌ای از آثار مربوط را با اتکاء بر اسناد معتبر ارائه دهیم.

### کلیدواژه‌ها

فقه عمومی - فتوای تنباکو - فتوای سید لاری - مقاومت مدنی.

\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه

اجتهاد شیعی در طول تاریخ تحولات زیادی را به خود دیده است. اما دوران معاصر را اگر دوران تحول اجتهاد در عرصه حقوق اسلامی که بخش اجتماعی و کاربردی فقه است، بنامیم گزاف نگفته‌ایم. منظور ما از دوران معاصر مقطع تاریخی دوران تفقه شاگردان شیخ انصاری به بعد است که حدود یک قرن و اندی می‌باشد. در مقاله پیش گفتیم که در این دوران سه مکتب فقهی یعنی مکتب نجف، مکتب سامرا و مکتب قم سیر تحولی خود را آغاز و به نحو چشمگیری ادامه مسیر داده‌اند. همانطور که اشاره شد هر کدام از این مکاتب سه گانه در بخشهای مختلف فقه یعنی بخش سیاسی - عمومی و بخش خصوصی و بخش عبادی ویژگی‌های مخصوص خود را دارند. جالب است بر این نکته تاکید کنیم که در سطور آینده تاثیر روش فقاقت هر مکتب را در موضوع‌گیری فقیهان فارغ‌التحصیل از آن حوزه‌ها، متفاوت با دیگری خواهید دید. در این دوران خواهیم دید که معیارهای تازه‌ای برای استنباط و صدور فتوا مطرح شد که قبلاً به هیچ وجه طرح نشده بود. نظریاتی نظیر تاثیر زمان و مکان در اجتهاد و یا اهمیت بیش از سابقین به بنای عقلا و یا تردید در اجماعات و مسلمانی در مسائل عرفیه نظیر ضمه ذمه به ذمه و یا طهارت اهل کتاب و بسیاری امور دیگر همه در این مقطع تاریخی (دوره معاصر) توسط فقیهانی نامدار ارائه گردیده است، ولی جای تردید نیست که بسیاری از این جرقه‌های فکری معلول نیازهای زمان بوده است.

## عوامل موثر در تحولات

در دوران معاصر حوادثی در عالم اسلام رخ داده که بر جامعه اقلیت تشیع و محصولات اجتهادی آن نمی‌تواند بی‌تاثیر باشد. گذشته از آنکه در جامعه شیعیان نیز وقایعی سیاسی، اقتصادی و اجتماعی اتفاق افتاده که هر کدام از آن وقایع در فقاهت شیعی و روش اجتهادی تردید موثر بوده است. برای نمونه به چند واقعه موثر و تحول‌بخش اشاره می‌کنیم:

## ۱- نهضت‌های فکری در جهان اسلام

## الف - سید جمال‌الدین اسدآبادی و انتشار مجله عروة الوثقی

از حدود نیمه دوم قرن سیزدهم اسلامی و نوزدهم مسیحی به بعد یک نوع جنبش روشنفکری و به اصطلاح اصلاح طلبانه پس از یک رکود چندقرنی در جهان اسلام آغاز شد. این جنبش منطقه وسیعی از جهان اسلام را از جمله ایران، مصر، سوریه، لبنان، شمال آفریقا، ترکیه، افغانستان و هندوستان فراگرفت. نهضت‌های مزبور تا حدی عکس‌العمل هجوم استعمار سیاسی و اقتصادی و فرهنگی غرب بود و نوعی بیدارسازی و «رنسانس» (تجدید حیات) در جهان اسلام به شمار می‌رود.

به نظر ما حرکت‌های مزبور در درجه نخست به درون جامعه فقها نفوذ کرد و از این رهگذر توانست با استفاده و یا لاقول همگون‌سازی نهادهای فقهی و حقوقی با حرکت‌های اجتماعی اصلاحی، توده جامعه را با خود همراه سازد و در اجتماع تحول ایجاد نماید.

بدون تردید یکی از علمداران طرح مسائل جدید به‌طور کلی در الهیات اسلامی از جمله فقه صد ساله اخیر، سید جمال‌الدین اسدآبادی معروف به افغانی است، حرکت سید جمال هم فکری بود و هم اجتماعی، او می‌گفت بایستی رستاخیزی هم در اندیشه مسلمانان به وجود آید و هم در نظامات زندگی آنها.

به گفته وی استبداد و استعمار مروج خرافه‌ها و بدعت‌های دینی است و لذا بدعت‌زدائی و خرافه‌شونئی را شرط تحول و اصلاح می‌دانست و از این رهگذر یاری فقها و متفکرین

جهان اسلام را نیاز داشت.

شعارهای سید جمال برای توده مسلمان بخصوص نسل جوان بسیار جذاب و موثر بود و از این رهگذر فقها و پیشوایان دینی را با حرکت‌های مردمی مواجه می‌ساخت و آنان را به حل مشکل از طریق صدور فتوا و یا اطلاعیه‌های دینی وامی‌داشت.

نقش افکار سید جمال را در تحول اجتهاد، در فتاوی علما برضد مسائل خرافی که از بدعت‌های دینی محسوب می‌شود می‌توان مشاهده نمود.

وی در اثر آشنائی نزدیک با جامعه شیعه و سنی، تفاوت و دوگانگی وضع روحانیت شیعه را با روحانیت سنی به خوبی درک کرده بود. او معتقد بود که روحانیت سنی یک نهاد مستقل ملی نیست و در مقابل قدرتهای استبدادی و استعماری قدرتی به شمار نمی‌رود. همچنین معتقد بود روحانیت سنی وابسته به حکومت‌هایی است که خود قرن‌ها آن را به عنوان «اولوالامر» به جامعه معرفی کرده است، لهذا در جامعه تسنن به سراغ علما نمی‌رفت بلکه مستقیماً به سراغ خود مردم می‌رفت، از نظر او علمای دینی سنی از جهت اینکه بشود از آنها به عنوان پایگاه ضد استبداد و ضد استعمار و نیز اصلاحات دینی و اجتماعی بهره جست، امتیاز خاصی ندارند و مانند سایر طبقاتند، ولی روحانیت شیعه چنین نیست، روحانیت شیعه یک نهاد مستقل است، یک قدرت ملی است، همواره در کنار مردم و در برابر حکمرانان بوده است، و در طول تاریخ چندین نهضت مردمی به سرکردگی پیشوایان روحانی شیعه در برابر حاکمانی که در فقه شیعه اصطلاحاً «حاکمان جور» نامیده شده، صورت گرفته است. از این رو سید جمال در جامعه شیعه اول به سراغ طبقه علما رفت و به آگاه‌سازی آنها پرداخت و این طبقه را بهترین پایگاه برای مبارزه با استبداد و استعمار تشخیص داد.

تأثیر افکار سید جمال را بر فقیهان شیعی نمی‌توان منکر شد. شاهد این امر نامه‌هایی است که سید به علماء شیعه نوشته است، خصوصاً به زعیم بزرگ مرحوم حاج میرزا حسن شیرازی اعلی الله مقامه، و نامه دیگری که صورت بخشنامه دارد و به سران علماء معروف و برجسته شیعه در عتبات و در تهران و مشهد، اصفهان، تبریز، شیراز و غیره

نوشته است.<sup>(۱)</sup>

وی در نامه‌ای که با سبکی حماسی و بسیار محرک به میرزای شیرازی نوشته سعی کرده است ایشان را به اقدامات سریع علیه تصمیمات ناصرالدین شاه برانگیزاند. نامه هر چند خطاب به میرزای شیرازی است ولی گوئی مخاطب واقعی عموم مردمند و جنبه یک اعلامیه دارد. وی به این نکته در آغاز اشاره می‌کند. در قطعه‌ای از نامه آورده است:

«... حق را باید گفت تو رئیس فرقه شیعه هستی تو مثل جان در تن همه مسلمانان دمیده‌ای، هیچ کس جز در پناه تو نمی‌تواند در نجات ملت برخیزد و آنها نیز به غیر از تو اطمینان ندارند. اگر برای گرفتن حق قیام کنی، همه به پشتیبانی تو برخوایسته آنگاه افتخار و سربلندی نصیبشان خواهد شد...»

پیشوای بزرگ!! پادشاه ایران سست‌عنصر و بدسیرت گشته مشاعرش ضعیف شده بدرفتاری پیش گرفته... خلاصه این مرد تبهکار کشور ایران را طوری به مزایده گذاشته و خانه‌های محمد(ص) و ممالک اسلامی را به اجنبی می‌فروشد... توای پیشوای دین اگر به کمک ملت برنخیزی و آنها را جمع نکنی و کشور را با قدرت خود از چنگ این گناهکار بیرون نیاوری، طولی نخواهد کشید که مملکت اسلامی زیر اقتدار بیگانگان در می‌آید... تو می‌دانی علمای ایران هم سینه‌هایشان تنگ شده شنیدن یک کلمه تو سبب وحدتی می‌شود که این بلاهای محیط کشور را برطرف سازد و دین اسلام را حفظ نموده و جامعه دینی را نگاه بدارد پس همه با تو است و تو نزد خدا و مردم مسئول خواهی بود.»<sup>(۲)</sup>

آنگاه سید جمال آنچه به زیان مسلمین توسط شاه ایران انجام گرفته در هفت بند

به شرح زیر بر می‌شمرد:

«اما آنچه به زیان مسلمانان انجام داده این است که قسمت عمده کشور و درآمد

۱- رک. مطهری، مرتضی، نهضت‌های اصلاحی صد ساله اخیر. نشر عصر، قم، بی تا، ص ۱۸.

۲- جمالی، سیروس، زندگی و مبارزات سیدجمال‌الدین اسدآبادی، انتشارات عطائی، تهران، ۱۳۵۸. صص. ۸۷ به بعد.

آن را به دشمنان فروخته که به تفصیل عبارت است از:

۱- کانها و راه‌هایی که به کانها منتهی می‌شود و همچنین خطوطی که از معادن به نقاط مهمه کشور متصل است.

۲- کاروانسراهایی که اطراف خطوط شوسه بنا می‌شود (در تمام کشور) به انضمام مزارع و باغستانهایی که در اطراف این راه‌ها واقع است.

۳- رود کارون و مسافرخانه‌هایی که در دو طرف این رود (تا منتهی‌الیه آن) ساخته می‌شود و همچنین مراعی که تابع رودخانه است.

۴- راه از اهواز تا تهران آنچه از ساختمانها و مسافرخانه‌ها و باغستانها و مزارع در اطراف آن واقع است.

۵- تنباکو و آنچه لازمه این محصول است (از مراکز کشت زارها، خانه‌های نگهبانان و متصدیان حمل و نقل و فروشنده‌ها، هر کجا واقع شده و هر کجا ساخته شود).

۶- جمع‌آوری انگور به منظور ساختن شراب و هر چه از دکان و کارخانه لازم دارد (در تمام کشور).

۷- صابون، شمع و شکر و کارخانه‌هایی که لازمه آنها است.

۸- بانک (چه می‌دانی بانک چیست) بانک عبارت از این است که زمام ملت را یک‌جا به دست دشمنان اسلام داده و مسلمانان را بنده آنها نموده که سلطنت و آقائی کفار را بر آنها بپذیرند. آن وقت این خائن احمق برای اینکه ملت را راضی نماید دلیل پوچی برای کردار زشت خود اقامه کرده و می‌گوید این‌ها معاهده موقتی است که مدتش از صد سال تجاوز نخواهد کرد چه برهانی برای رسوائی خیانت‌کاران از این بهتر».

سید جمال در پاریس اقدام به انتشار مجله‌ای می‌کند. اولین شماره آن، پنج شنبه ۵ جمادی‌الثانیه ۱۳۰۱ قمری مطابق با مارس ۱۸۸۴ منتشر می‌گردد. پشت جلد مجله چنین نوشته بود:

«العروة الوثقی لانفصام له»

مدیرالسیاسه: جمال‌الدین الافغانی

المحرر الاول: الشيخ محمد عبده

ترسل الجريده الى جميع الجهات الشرقيه.

من شاء ان يبعث الينا بتحرارير او رسائل في اى موضوع كان، رغبة نشره في الجريده او

التنبيه على امر مهم فليرسلها الى ادارة الجريده بهذا العنوان:

Rue Martel a Paris

از مجله فوق، ۱۸ شماره منتشر شد و در ذی الحجه ۱۳۰۱ قمری یعنی پس از هشت

ماه به سبب مخالفت انگلیس با آن متوقف شد.<sup>(۳)</sup>

افکار سید جمال بی تردید در عالم اسلام چه در خواص و چه در توده عوام اثر

گذاشت و تلاطمی ایجاد کرد. جریان ترور ناصرالدین شاه به دست میرزا رضا کرمانی

یکی از آن آثار است.

میرزا رضا ناصرالدین شاه را ترور می کند و بلافاصله دستگیر می شود. در بازجویی و

در پاسخ بدین سؤال که آیا سید فتوا به قتل شاه داده بود؟ گفت: خیر، سید به طور کلی

گفته بود که هرکس به مردم ظلم می کند واجب القتل است و من خودم چنین تشخیص

دادم که شاه ظالم است. پس از ناصرالدین شاه، عباس میرزا محرکین قتل شاه را که در

عثمانی به سر می بردند مطالبه کرد و با گرفتن فتوا از فقها محرکین را محکوم به اعدام

کردند. به هر حال صدور فتوای قتل ظالمین توسط سید و متقابلاً فتوای حکم اعدام

محرکین می تواند موج تفکر متقابل را در اجتهاد شیعی نشان دهد.

**ب - نهضت فکری محمد عبده در مصر و نظریه جدید فقهی او در خصوص حکومت<sup>(۴)</sup>**

تجربه نافرجام خلافت مستبد عثمانی و روند روبه انحطاط حکومت باب علی از یک

سو و آشنایی بلاواسطه با اندیشه های نوین فلاسفه سیاسی غرب و تجربه موفق دموکراسی

۳- رک. العروة الوثقی، با مقدمه سید هادی خسروشاهی، ص ۱.

۴- محمد عبده سال ۱۲۶۶ هـ ق، در روستای محله نصر واقع در بحیره در مصب رودخانه نیل متولد شد. در ۱۳ سالگی به اجبار پدر به جامع احمدی طنطا رفت که پس از جامع از هر در آن زمان معتبرترین مرکز تعلیمات اسلامی در مصر به شمار می رفت. از روش ناکارآمد آن مرکز خوشش نیامد و آنجا را ترک کرد و نزد دانش که شخصی عارف بود به تربیت عرفانی ادامه داد و سپس به طنطا بازگشت. وی بعدها به شاگردی سید جمال اسدآبادی که به مصر آمده بود سرسپرد. وی در سال ۱۸۷۷ میلادی ۱۲۹۴ هـ ق از الازهر فارغ التحصیل شد. در ۱۸۷۹ به بیروت تبعید شد و در ۱۸۸۴ به پاریس آمد و در آنجا اقامت کرد و روزنامه عروة الوثقی را در معیت سید جمال منتشر کرد.

و مشروطه در جوامع غربی از سویی دیگر، راهگشای «محمد عبده» در استنباط مبانی و سازوکار یک حکومت اسلامی از آیات و روایات بود. عبده برای رسیدن به این مقصود بایستی در مبانی فقهی معمول و رایج تجدید نظر می‌کرد.

محمد عبده کسی بود که جوانیش را با سید جمال الدین اسد آبادی گذرانده و شاگرد و دست پرورده او بود. نوشته هایش در روزنامه الاهرام و دیگر روزنامه‌های آن روز مصر عادات و هنجارهای غلط و جمود و ارتجاع را به چالش کشید. بیشتر افکار سید جمال باقلم عبده نشر یافته است. نشریه‌ای که عروة الوثقی نام داشت در بیروت با قلم عبده انتشار می‌یافت. راز موفقیت این دانشمند اسلامی آن بود که وی اغلب کتابهای علوم انسانی غربیان را مطالعه می‌کرد و با افکار آنان آشنا بود. رشیدرضا که شاگرد برازنده وی بود در زندگی‌نامه که از او نوشته می‌گوید: «او بسیاری از کتابهای دانشمندان غربی را خواند. روزی نبود که خواندن کتاب را ترک گوید... علوم اخلاق و روانشناسی و مبانی جامعه‌شناسی، تاریخ، فلسفه و روش تربیت بیش از سایر رشته‌های علمی مورد توجه او بود.»<sup>(۵)</sup> عبده زبان فرانسوی را چنان آموخت که بتواند با آن همچون زبان مادری سخن بگوید. شاهدش ترجمه‌ای است که از اثر اسپنسر به عربی انجام داده است.

مشاهده تجارب محسوس و عینی در امور سیاسی او را قانع ساخته بود که دو عامل به هم پیوسته استبداد حاکمان و جمود و تحجر و تقلید عالمان و به تعبیر خود او «سیاسه الظلمه و اهل الاثره»<sup>(۶)</sup> علت اصلی انحطاط فرهنگ و مدنیت جوامع مسلمان است. از این رو او اصلاح اندیشه اجتماعی و آگاه سازی مصریان به حقوق خود در برابر حکومت را رسالت اصلاحی خویش می‌دانست. او خود در این باره می‌گوید: «من از جمله کسانی بودم که ملت مصر را به آگاهی از حق خود در برابر حکومت فراخواندم. حقی که در طول بیست قرن به ذهن مصریان خطور نکرده بود. مردم مصر را به این عقیده فراخواندم که هر چند اطاعت از حاکم واجب است اما او نیز بشری جایز الخطا است. شهوات بر او غلبه می‌کند و جز با گفتار و نصیحت خیرخواهانه و عمل از خطا و غلبه شهوات انجام نمی‌یابد. در حالی این دعوت را آغاز کردم که استبداد در نهایت

۵- محمد رشید رضا، تاریخ الاستاد الامام محمد عبده، ۱۹۳۱ م، بیروت، ج ۱، صص. ۱۰۴ - ۱۰۳.

۶- محمد عماره، الاعمال الکامله للامام الشیخ محمد عبده (۵ مجلد)، دارالشرق، بیروت، ۱۹۹۳ م، ج ۳، ص ۳۲۳.



قدرت و حاکم ستمگر سخت نیرومند بود و مشت آهنین داشت و ملت در برابر او به بردگی تمکین می‌کردند».<sup>(۷)</sup>

اولین گام او در این مسیر خارج کردن حکومت اسلامی از هالهٔ قداست و دادن جنبهٔ عرفی و زمینی به آن بود به اعتقاد او خلافت اسلامی از نوع نظام‌های تئوکراسی به مفهوم «سلطان - خدا» نیست. زیرا «سلطان - خدا» کسی است که به موجب حقی که خداوند به او داده، می‌تواند تشریح کند و مردم به دلیل ایمانی که به دین دارند باید از او بی‌چون و چرا اطاعت کنند، در حالی که خلیفه در اسلام در اداره حکومت و جامعه فاقد قدرت تشریح و ملزم به رعایت کامل شرع است. مبنای انتخاب خلیفه همچنین نه ایمان مردمان بلکه بیعت ایشان با او به شرط عدالت و ایجاد امنیت است. لازمه این تنزل از آسمان قدسی به زمین عرفی آن است که بپذیریم حاکم اسلامی انسانی غیر معصوم و خطا پذیر است. و در نتیجه فهم کتاب و سنت در انحصار او نیست. از این رو انتخاب او براساس آرای عمومی و اتکای به عقل جمعی و شورا و نظارت بر عملکرد وی توسط ملت، لازم است. حاکم اسلامی ملزم به ادارهٔ کشور براساس کتاب و سنت است و در صورت عدول او از کتاب و سنت و مصالح عامه، امت یعنی همان قدرتی که او را به این مقام گمارده می‌تواند او را برکنار کند.<sup>(۸)</sup>

مخالفت عبده با استبداد و تأکید او بر ابتدای حکومت بر ارادهٔ مردم و اصل شورا، به معنای پذیرش بی‌چون و چرای الگوی دموکراسی اروپایی نبود، بلکه او با اتکا به تجربه بشری دوران خود می‌کوشید از کتاب و سنت، نظریه حکومت اسلامی را آن‌گونه که در ادارهٔ جامعه کار آمد باشد، استنباط کند و تحت عنوان فتوای فقهی ارائه دهد. نظریهٔ حکومت او بر سه اصل قرآنی، اولی الامر، شورا و امر به معروف و نهی از منکر استوار بود. بررسی این سه مؤلفه علاوه بر تبیین نظریهٔ حکومت از دیدگاه عبده، الگوی آزادی‌های سیاسی و اجتماعی مطلوب در دیدگاه او را مشخص می‌کند.

مقایسه میان نظریات محمد عبده و میرزا حسین نائینی فقیه نامدار شیعی و نظریه پرداز حکومت مشروطیت می‌توانند میزان تاثیرگذاری این‌گونه افکار بر اجتهاد شیعی

۷- احمد امین، زعماء الاصلاح فی العصر الحدیث، دارالکتب العربی، بیروت، ص ۳۲۸.

۸- محمد رشید رضا، همان، صص. ۶۸-۶۵.

را نشان دهد.

آنچه اندیشه عبده را پس از جدا شدن از سید جمال و بازگشت به مصر آزار می‌داد و در جستجوی راه حلی برای آن بود مسئله «اسلام و مقتضیات زمان» بود. عبده در جستجوی راه حلی بود که از طرفی در اثر جمود فکری و قشری‌مآبی برخی علمای دینی اسلام مانع پیشرفت و تکامل جامعه مصری تلقی نشود و همچنین نیروهائی را از خود مسلمانان علیه اسلامی برنیانگیزد (همان چیزی که در بسیاری از جامعه‌های اسلامی صورت گرفت) و از طرف دیگر به نام انطباق اسلام با علم، افراط‌کاریهایی صورت نگیرد و اصول و مقررات اسلامی با ذوقها و سلیقه‌های باب روز تطبیق داده نشود (همان کاری که آن هم در میان یک طبقه صورت گرفت) و به شکلی دیگر عملاً اسلام از صحنه خارج نگردد. عبده بر خلاف سید جمال مسئولیتی را احساس می‌کرد که یک عالم دینی احساس می‌کند و به این خاطر در پی کشف ضوابطی بود که جلو افراط و تفریط را بگیرد.

از این رو عبده مسائلی را طرح کرده که سید جمال طرح نکرده است. عبده مسائل مهمی را در جامعه فقهی مطرح و بر آن تاکید کرد که تا آن روز به آن صورت مطرح و یا مورد اهتمام نبود. از قبیل:

- فقه مقارن (تطبیقی) از مذاهب چهارگانه؛
- دخالت دادن مبانی فلسفی حقوق در اجتهاد؛
- ایجاد نظام حقوقی جدید در فقه که پاسخگوی مسائل روز باشد؛
- تمایز قائل شدن میان عبادات و معاملات و به عبارت دیگر؛ تمایز قائل شدن میان آنچه به امور معنوی و اخروی مربوط است و آنچه به امور زندگی و دنیائی مربوط است و اینکه فقیه در قسم دوم، حق نوعی اجتهاد دارد که در قسم اول ندارد؛
- تفسیر خاصی از اجماع و اینکه اعتبار اجماع همان اعتبار افکار عمومی است؛
- تاکید بر توجه به اصل شورا در اسلام و اینکه شورا همان اصل دموکراسی است که غرب قرن‌ها بعد طرح کرده است.<sup>(۹)</sup>

۹- مطهری، همان.

«حاصل کار سید جمال و حاصل کار عبده مکمل یکدیگر بوده است، مخصوصاً که هر دوی آنها در ضرورت بازگشت مستقیم به منابع اصلی فکر دینی و توجیه عقلی احکام شریعت و هماهنگی آنها با مسائل عصر و پرهیز از پراکندگی و فرقه‌بازی و پافشاری بر سر احیای اجتهاد و کوشش برای شناخت روح و جوهر دین اسلام در ورای قواعد خشک و بینش قشری علمای چاکر حکومت، همدستان بودند، و همین خواستها و آرزوها بود که به نام اصول اساسی تجددخواهی سنی پذیرفته شده.<sup>(۱۰)</sup>»

به نظر می‌رسد سید جمال و پس از وی عبده بر امری تاکید کرده‌اند که بعدها در حوزه‌های شیعی تاثیر آن را به وضوح می‌بینیم و آن این است که اسلام واجد نظام کاملی است که می‌تواند زندگی دنیوی و اجتماعی انسانها را اداره کند. مقایسه میان تفسیر المیزان اثر علامه سید محمد حسین طباطبائی (۲۰ مجلد) از حوزه علمیه قم - ایران، و تفسیر المنار، تقریر درسهای تفسیر شیخ محمد عبده به قلم رشید رضا (۱۴ مجلد) که قبل از المیزان منتشر شده، نشان دهنده تاثیر عمیق آثار عبده در حوزه‌های شیعی است. علامه طباطبائی نخستین متفکر شیعی است که المیزان سعی دارد نشان دهد که اسلام واجد یک نظام کامل و طرح جامع برای اداره جامعه بشری است. به نظر ما وی در این خصوص از عبده مصری متاثر است، هرچند که در بسیاری موارد خاص نظریات متفاوت دارد.

### ج - فتاوی رشیدرضا

محمد رشیدرضا شاگرد دست‌پرورده محمد عبده و متأثر از افکار وی در سال ۱۸۹۸ در قاهره اقدام به انتشار مجله‌ای می‌کند تحت عنوان «المنار». وی این عنوان را از حدیث شریف نبوی اقتباس کرده بود که فرموده است: ان للاسلام صوئ و مناراً کمثار الطریق. «صوی» جمع الصوه و عبارت است از سنگی که برای راهنمایی رهروان در میان جاده‌ها می‌نهادند و منار علمی را گویند که برای جدائی دو حدود مرز قرار می‌دادند. محمد عبده امیدوار بود که این مجله مبنایی شود برای راهنمایی مسلمین و جایگاهی برای تابش نور حقیقت، که امت اسلامی در زندگی ملی و اجتماعی خویش به آن محتاج

بود و هست و در واقع هدفش از انتخاب این شعار برای عنوان مجله رسیدن به چنین مهمی بود. (۱۱)

وی در سال ۱۳۲۰ هـ. ق مطابق ۱۹۰۲ میلادی از شماره ۱۷ فصلی را تحت عنوان «باب السؤال والفتوی» در مجله دایر نمود که به تدریج عنوان «فتاوی المنار» بر آن نهاده شد. «وی در این فتاوی منابع خود را قرآن و سنت و سپس عقل معرفی کرد. او معتقد بود اسلام دینی است که در جمیع امور با عقل موافقت دارد. و به وسیله این فتاوی می‌خواست نشان دهد که احکام اسلام با هر عصر و زمانی موافقت دارد. وی در پاسخ به سوالات مدنی و ورخدادهای جدیدی که سابقه‌ای در عصر اول اسلامی نداشت، مبنای منبع خود را نهادهای زیر قرار داد: (۱۲)

۱- نصوص شرعی

۲- حکمت تشریح

۳- قواعد عامه بخصوص قواعد مسلمة، از قبیل:

الف - قاعده یُسِر

ب - قاعده دفع حرج

ج - قاعده نفی ضرر و ضرار

د - قاعده جلب مصالح

هـ - قاعده دفع مفساد

با انتشار مجله المنار حاوی فتاوی شیخ رشیدرضا، استفتا از سوی مسلمین سراسر جهان حتی مسلمانان روسی آغاز شد. تعداد فتاوی‌ای که تا زمان قریب به فوت وی جمع‌آوری گردید حدود ۱۰۰۰ فتوا است که مجموعه آنها در سال ۱۳۹۰ هـ. ق. مطابق ۱۹۷۰ میلادی در بیروت و در ۶ مجلد با تحقیق صلاح‌الدین المنجد و یوسف، ق. خوری به چاپ رسیده است.

البته همه سوالات و وظائف عملیه محض نیستند، بلکه برخی مربوط به اعتقادات و برخی دیگر مربوط به دفع خرافات و بدعت‌های دینی است، ولی در عین حال قسمت

۱۱- نک. مقدمه فتاوی رشیدرضا به قلم صلاح‌الدین المنجد، دارالکتب جدید، بیروت، ۱۹۷۰ م، ص ۱۴ به نقل از مجلد ۱۰ المنار.  
۱۲- همان، ص. ۲۴.

عمده اختصاص به مسائل فقهی به معنای خاص دارد. مطالعه فتاوی رشیدرضا نشان می‌دهد که در آن ایام تحول عظیمی در نحوه تفکر فقیهان اهل سنت رخ داده است، ضمن آنکه فتاوی مزبور با شجاعت کامل صادر گردیده و در صدور فتاوی از جوسازی مخالفین هراسی نشده است. برای نمونه در جلد اول سوال ۱۲ آمده است:

«حدیثی از رسول الله (ص) نقل است که: لا تعلموهن الكتابه ولا تنزلوهن الغرف به این معنی که، زنان را کتابت نیاموزید و آنان را در اتاق‌های بالا مرتبه جای ندهید. نظر شما در مورد این حدیث چیست؟»  
رشیدرضا در پاسخ می‌نویسد:

«این حدیث از عایشه و از طریق عبدالوهاب بن ضحاک نقل شده است و این مرد جعل و دروغ‌گوست. از طریق صحیح نقل شده که رسول الله (ص) به زوجه‌اش حفصه کتابت آموخت.» (۱۳)

ظاهراً صدور این فتوا از ایشان عده‌ای از متعصین را برانگیخت. شخصی به نام مختار بن الحاج احمد موید العظمی رساله‌ای در رد شیخ رشیدرضا تحت عناوین (تفلیس ابلیس من تحریر المرأة و رفع الحجاب و یا «فصل الخطاب») تالیف نمود و در آن رساله نویسنده ادعا کرد که حدیث منقول در حرمت آموزش کتابت و اسکان زنان در طبقات بالای خانه متواتر است، لذا مدتی بعد شخصی از ایشان سوال می‌کند و نظر ایشان را در مورد مطالب کتاب مزبور می‌پرسد و شیخ با قاطعیت و بدون هرگونه هراس از غوغای مخالفان خود و با اعتماد بر تحقیقات عمیق و محکم خویش می‌نویسد:

«ان مولف ذالك الكتاب جاهل بالحديث والشرع فلا يعتد بقوله. وقد اخذ قوله عن امثاله من العامه. وانا لم نقرأ من كتابه المذكور حرصاً على الوقت ان يضيّع منه شیی فی قرائة لغوالمعتدین على العلم والدین بغرورهم.... و تنصح لكم بان لا تعتمدوا على ای حدیث فی ای کتاب لای مولف اذا لم یذكر تخریجه عن الحافظ المعروفین. و کیف ینهی رسول الله (ص) عن اسکان الغرف والله تعالی یقول اسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم ولا تضاروهن لتضیقوا علیهن.» (۱۴)

۱۳- همان، ج ۱، ص ۶۶ به نقل از مجله المنار، ج ۶، سال ۱۹۰۳، ص ۷۰۴.

۱۴- سوره طلاق، (۶۵) آیه ۶.

یعنی: «مؤلف کتاب مزبور نسبت به حدیث و دین نادان است و بنابراین گفته‌اش واجد هیچ‌گونه ارزشی نمی‌باشد. این نادان گفتارش را از عوام الناسی همچون خویش وام گرفته است. ما این گونه کتابها را نمی‌خوانیم زیرا برای وقت خویش ارزش قائلیم. ما نگرانیم که با خواندن این‌گونه کتابهای بیهوده که توسط فریب‌خوردگان تجاوزگر به دانش و دین نگاهشته شده و قتمان ضایع گردد!! ما به شما نصیحت می‌کنیم که به هر حدیثی در هر کتابی و از هر مولفی مادام که اصل آن را مراجع معتبر تایید نکرده‌اند اعتماد نکنید. چگونه ممکن است رسول‌الله (ص) اسکان زنان را در طبقات بالا نهد کند در حالی که قرآن مجید به صراحت تمام دستور فرموده که زنان باید در کنار همسرانشان و در یکجا سکونت کنند و هیچ مردی مجاز نیست که اندک تزیینی بر همسرش وارد سازد، این نادانان نسبت به فهم قرآن و تطبیق سنت بر آن آشنائی ندارند».

نگارنده به هیچ‌وجه در مقام نقد و یا تایید ماهیت سوال و پاسخ شیخ نمی‌باشد. آنچه نظر نگارنده را جلب کرده شجاعت یک فقیه و نقش او در روشنگری امت و تحول فقه و اجتهاد اسلامی است.

در سوال دیگری که در مورد عقاید گروه خاصی از فرق و حکم شرعی رفتار با آنان پرسیده شده، شیخ با کمال تسامح و تساهل نوشته است:

«لا یضرنا معشر المسلمین ان نوافق النصارى فی بعض عقائدهم فالاصل موافقه جمیع الادیان فی العقائد، ولولا تحریف الامم واضاعتهم لما خالف نبی من قبله من الانبیاء...» (۱۵)

یعنی: «ما امت اسلامی مشکلی نداریم که با برخی عقاید مسیحیان همراهی و موافقت نماییم. اگر امت‌ها در آموزه‌های ادیان دستکاری و تحریف نمی‌کردند هیچ پیامبری با عقیده پیامبر پیشین مخالفتی نمی‌کرد».

## ۲- صدور فتوای تنباکو

ناصرالدین شاه در سومین سفرش به اروپا درباره واگذاری امتیاز توتون و تنباکو با

یک شرکت انگلیسی مذاکره کرده بود، اما قرارداد نهایی پس از بازگشت او از اروپا بسته شد. شاه قاجار که پیش از آن نیز امتیازهایی را به بیگانگان فروخته بود، در ازای دریافت ۲۵ هزار پوند قرارداد پرداخت سالانه ۱۵ هزار پوند و ۲۵ درصد از سود حاصل از انحصار توزیع و صدور تنباکو را به مدت ۵۰ سال به ماژور تالبوت انگلیسی، امضاء نمود.

اعتراض‌های مردمی به این اقدام در اندک‌زمانی با حضور نمایندگان کمپانی تالبوت در شهرهای مختلف، همه‌گیر شد. بازار شیراز به نشانه اعتراض بسته شد و یکی از علمای آن شهر تکلیف مسلمانان را «جهاد» دانست.

در تبریز مردم راهپیمایی ۲۰ هزار نفری برگزار کردند و در شهرهای دیگر نیز اعتراض‌ها گسترش یافت.

نکته مهمی که در این اعتراض‌ها به چشم می‌خورد، حضور علما به‌عنوان رهبران اعتراض‌ها بود.

روحانیون برجسته سراسر کشور به نهضت تنباکو پیوسته بودند. در تبریز حاجی میرزا جواد، در اصفهان آقا نجفی و در تهران میرزا محمد حسن آشتیانی رهبری اعتراض‌ها را برعهده داشتند، اما نقش مهم‌تر را مجتهد بزرگ ساکن عراق «میرزا محمد حسن شیرازی» برعهده گرفت. او نخست در نامه‌ای به شاه به بیان زیان‌های این قرارداد پرداخت و از او خواست که این قرارداد را لغو کند. شاه که گمان نمی‌کرد این قرارداد با چنین واکنش‌هایی روبه‌رو شود، در نخستین عقب‌نشینی خود، امتیاز فروش در داخل کشور را از کمپانی پس گرفت و امتیاز را منحصر به صادرات تنباکو و توتون به کشورهای دیگر کرد.<sup>(۱۶)</sup>

او احتمالاً فکر می‌کرد با این اقدام به بخش زیادی از اعتراض‌ها که از بازار برخاسته، پایان می‌دهد، اما اعتراض‌ها همه‌گیرتر از آن بود که با دادن امتیاز به بخشی از مردم، فروکش کند. میرزای شیرازی که عقب‌نشینی شاه قاجار را کافی ندانسته بود، حکم به تحریم تنباکو و توتون داد.

۱۶- کسروی، تاریخ مشروطه ایران، صدای معاصر، تهران، ۱۳۷۴، صفحه ۱۶.

متن فتوای میرزا چنین است:

بسم الله الرحمن الرحيم، اليوم استعمال تنباکو و تنن بای نحوکان در حکم محاربه با امام زمان است عجل الله تعالی فرجه. (۱۷)

در اندک زمانی فتوای میرزای شیرازی به مدد تلگراف - که از محصولات اصلاحات دوره سپهسالار بود - به دیگر شهرهای کشور رسید. مغازه‌های توتون و تنباکو فروشی بسته شدند و قلیان‌ها و چپوق‌ها به کناری نهاده شدند. (۱۸) مردم قلیان‌ها را در میدان جمع کردند و آتش زدند. ناصرالدین شاه نیز که به دلایل سیاسی عقب نشینی بیشتر را به صلاح حکومتش نمی‌دید، چاره را در به کار بستن سیاست قدیمی و همیشگی قاجار دید، او فکر کرد بهترین راه تفرقه افکنی است. شاه قاجار برای میرزا محمد حسن آشتیانی عالم طراز اول تهران پیام فرستاد که یا در میان مردم قلیان بکشد و فتوای میرزای شیرازی را نادیده انگارد و یا از تهران برود. آشتیانی در پاسخ به این پیام، راه دوم را برگزید و آماده رفتن از تهران شد. خبر در مدتی کوتاه در شهر پیچید و انبوهی از مردم پیرامون قصر سلطنتی گرد آمدند و گروهی قصد ورود به قصر را کردند که با شلیک گلوله سربازان روبه رو شدند و هفت تن جان خود را از دست دادند و عده‌ای دیگر زخم برداشتند.

با این همه کار پایان نیافت و شورش رفته رفته گسترش می‌یافت که ناصرالدین شاه تسلیم شد و قرارداد را لغو کرد. (۱۹)

### ۳- وقوع دو جنگ جهانی

در ۲۸ ژوئیه ۱۹۱۴ اتریش و مجارستان به صربستان اعلان جنگ کردند و این جنگ باعث به راه افتادن جنگی عالمگیر شد که سرانجام در ۱۱ نوامبر ۱۹۱۸ به موجب متارکه نامه منعقد شده بین آلمان و متفقین، خاتمه یافت. این جنگ را جنگ بزرگ نامیده‌اند که منشأ آن، رقابت دولت‌های بزرگ بر سر مستعمره‌ها و مسائل نظامی

۱۷- رساله دخانیه، حکیم حاج ملا محمد علی هیدجی، به اهتمام علی اکبر ولایتی، مرکز اسناد و خدمات پژوهشی،

تهران، ۱۳۸۱.

۱۸- کسروی، همان، صفحه ۱۶.

۱۹- کسروی، همان، صفحه ۱۷.



و ملی بود.

در جنگ جهانی دوم هم که یکی از بزرگترین و پرهزینه‌ترین جنگ‌های مسلحانه در جهان می‌باشد اکثر ملتهای جهان درگیر بودند.

وقوع جنگهای جهانی، کشورهای اسلامی را نیز درگیر کرد. آغاز جنگ جهانی اول با حضور کشورهای روس، فرانسه و انگلیس به نام «دول متفق» و کشورهای اتریش و آلمان به عنوان «دول محور» و پیوستن عثمانی، ایتالیا و ژاپن به گروههای متخاصم، جهان اسلام را نیز درگیر محاربه‌ای بزرگ و خانمانسوز کرد و ایران آن روزگار را به مناسبت برخورداری از موقعیت ژئوپولیتیکی، دور از معرکه نگذاشت با وجود آنکه ایران در زمان سلطنت احمد شاه قاجار و صدارت میرزا حسن مستوفی الممالک بی طرفی خود را به دول متخاصم اعلام کرد اما نیروهای درگیر در جنگ این بی طرفی را عملاً و مکرراً نقض کردند و از این رهگذر خسارات فراوانی به کشور وارد آمد.

#### ۴- سقوط دولت عثمانی

جنگ جهانی دوم دولت عثمانی را ساقط کرد. دولتی که با توجه به توسعه قدرت بایستی امپراطوری عثمانی‌اش بنامیم. امپراطوری عثمانی پس از سقوط به چند کشور کوچک تبدیل شد که از این رهگذر روابط مختلفی از نوع دوستانه و یا خصمانه پدید آمد.

#### ۵- نهضت مشروطیت در ایران

در آغاز قرن نوزدهم، پس از تحولات اقتصادی، اجتماعی و در نتیجه دگرگونی‌های عظیم در حوزه اندیشه اجتماعی و سیاسی اروپای قرن هفدهم و هجدهم، نظام جدید اجتماعی و سیاسی مبتنی بر دموکراسی، تقریباً در سراسر قاره اروپا استقرار یافت. در انگلستان و در سال ۱۸۶۸ میلادی دومین قانون آزادی حق رای در انتخابات Second suffrage act و در سال ۱۸۸۴ میلادی قانون حق رای انسان‌ها برای انگلیس manhood suffrage for England به اجرا درآمد. طی سال‌های ۱۸۷۰-۱۸۵۹ میلادی ایتالیا که تا پیش از آن به هفت بخش مجزا تقسیم شده بود به

اتحادیه‌ای دارای قانون اساسی واحد تبدیل شد. دانمارک در سال ۱۸۶۴ م. اتریش، مجارستان در سال ۱۸۶۹ م. و آلمان در سال ۱۸۷۱ م. به کشورهای دارای نظام مشروطه تبدیل شدند. در فرانسه پس از یک دوره تجربه خودکامگی ناپلئون سوم طی سال‌های ۱۸۷۰-۱۸۵۱ جمهوری سوم در سال ۱۸۷۰ م. شکل گرفت و در روسیه موج مشروطه‌خواهی در سال‌های ۱۸۶۰ و ۱۸۷۰ میلادی اوج گرفت.

همجواری جغرافیایی ایران و روسیه و رفت و آمد مستمر ایرانیان مهاجر و ساکن قفقاز در این دوره تاثیر بسزایی بر افکار ایرانیان داشت.

این تاثیر تا آن حد بود که برخی محققان، انقلاب مشروطه روسیه را سرمشق و الگوی انقلاب مشروطه ایران دانسته‌اند.<sup>(۲۰)</sup> بنابراین جنبش مشروطه‌خواهی در کشورهای اسلامی و انقلاب مشروطه ایران را باید ادامه جنبش مشروطه‌خواهی اروپا در قرن نوزدهم دانست. این حقیقتی است که نه تنها روشنفکران عرفی عصر مشروطه، بلکه رهبران دینی مشروطه در ایران و دیگر کشورهای اسلامی نیز بدان آگاهی داشتند. علامه نائینی در تنبیه الامه و تنزیه المله خود که یکی از مهمترین رساله‌های دوره مشروطیت به‌شمار می‌آید، به فیلسوفان سیاسی غرب که نظریه نظام سیاسی بر پایه آزادی و برابری را ارائه کرده و برای جلوگیری از گرایش حکومت به استبداد، اصل نظارت عامه و پارلمان را بنیاد نهاده بودند، آفرین می‌گوید و از اینکه فقهای اسلام به رغم وجود آموزه‌ها و تعالیم مناسب در منابع و متون دینی و به‌رغم تبخّر در استخراج و تاسیس آن همه قواعد، در این زمینه غفلت کرده‌اند، ابراز تاسف می‌کند.<sup>(۲۱)</sup>

### تاثیر عوامل اجتماعی بر تحولات اجتهاد شیعی:

هریک از عواملی که بر شمرده شد به نحوی بر اجتهاد شیعی اثرگذارند. تاثیر عوامل مزبور را می‌توانیم در دو بخش از حقوق اسلامی مشاهده نماییم:

الف - بخش فقه سیاسی و یا به اصطلاح امروز حقوق عمومی مباحث جدیدی را

۲۰- حائری، عبدالهادی، تشیع و مشروطیت در ایران و نقش ایرانیان مقیم عراق، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۰، ص ۱۹.

۲۱- نائینی، محمد حسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، با مقدمه و پاورقی سید محمود طالقانی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸، ص ۸۸.

برای فقیهان طرح کرد. برای نمونه به فتاوی زیر که در قرن معاصر صادر شده توجه فرمایید:

### ۱- تأثیر فتوای تحریم تنباکو در اجتهاد شیعی

صدور فتوای تحریم تنباکو توسط میرزا حسن شیرازی، مرجع تقلید شیعیان ساکن سامرا که منجر به لغو قرارداد معروف به رژی گردید، قلمرو مرجعیت شیعه را توسعه بخشید. صدور فتوای تنباکو یک اقدام فقیهانه بود که مبتنی بر متد اجتهاد شیعی صورت گرفت. نگارنده از موثقتین با وسایط دقیق شنیده است<sup>(۲۲)</sup> که وقتی میرزای شیرازی می‌خواست فتوای تحریم تنباکو را صادر کند یک ماه رمضان شب‌ها موضوع را مانند یک بحث فقهی مورد بحث قرار می‌داد و از همه علما و محققین حلقه درس خود دعوت می‌کرد که در این بحث تفقه کنند و مخالف و موافق سخن بگویند. شاگردان ایشان در آن زمان هر کدام از فقیهان بزرگ محسوب می‌شدند که در رأس همه سید محمد فشارکی جداً طرفدار آن بود که هر چه زودتر فتوای تحریم صادر گردد. میرزای شیرازی هر شب خودش در جلسه بحث شرکت می‌کرده و مدیریت بحث را به عهده داشته و بر دلایل موافقین نقد و خدشه وارد می‌ساخته است. موافقین با ذکر دلایل و با ارائه براهین محکم فقهی سعی داشتند وی را قانع کنند، که سرانجام چنین شد و فتوای تاریخی صادر گشت.<sup>(۲۳)</sup>

مشروح مذاکرات و مباحثات جلسات مزبور اینک در دسترس ما نیست تا ببینیم چه عناوین فقهی‌ای مورد گفتگو قرار گرفته است، ولی با امعان نظر و حسب اعتماد به متد و روش اجتهاد شیعی می‌توان فتوای مزبور را به شرح زیر توجیه کرد:

۲۲- مطلب فوق را نگارنده از دانی بزرگ‌گرامی خود مرحوم آیت الله حاج شیخ مرتضی حائری شنیده است که ایشان مستقیماً از والد معظمشان حاج شیخ عبدالکریم حائری یزدی موسس حوزه علمیه قم که از فضلا و محققین آنروز مکتب سامرا بوده‌اند، نقل می‌کردند.

۲۳- نگارنده سعی فراوان کرد که سند معتبری بیابد نشاندهنده آنکه متن قرارداد رژی به زبان عربی و یا فارسی در دسترس میرزای شیرازی بوده است، ولی تا تاریخ نگارش این سطور با کمال تأسف به چنین سندی دست نیافت، هرچند که با توجه به سند فوق که نشاندهنده دقت و وسواس میرزاست بعید میدانم که میرزا به نامه سید جمال و نظاهرات مردمی اکتفا کرده باشد و بدون مطالعه دقیق قرار داد و آگاهی کافی بر کم و کیف آن که مقتضای مرجعیت واجد شرایط است اقدام به چنین امری نماید.

فتوای تنباکو عبارت بود از حکم به تحریم استعمال دخانیاتی که ورود آن در انحصار دولت غیرمسلمان بود. به نظر طرفداران تحریم این موضوع مستلزم وابستگی مردم مسلمان به کفار و در نتیجه تسلط کفار بر مسلمین، و رکون مسلمانان بر ملت کفر بود و حسب دو قاعده فقهی، اعمالی که موجب این گونه لوازم باشد شرعاً حرام و ممنوع است، یکی قاعده معروف به قاعده منع سبیل است که با استناد بر آیه شریفه لن يجعل الله للکافرین علی المسلمین سیلاً<sup>(۲۴)</sup> فقها نظر بر تحریم هرگونه اعمال و رفتاری داده‌اند که منتهی به تسلط کافران بر جامعه اسلامی گردد. و قاعده دوم مستند است به آیه شریفه ولا ترکونوا الی الذین ظلموا فتمسکم النار.<sup>(۲۵)</sup> به موجب این قاعده فقها نظر بر حرمت و منع هرگونه عملی داده‌اند که مصداق رکون یعنی تکیه و اعتماد به کفار باشد. به هر حال علی القاعده دلایل طرفداران صدور فتوا قواعد فقهی مزبور و یا نظیر آنها بوده و دلایل طرف مقابل باز هم علی القاعده طرح شبهه مصداقی در خصوص وضعیت و شرایط موجود و یا احتمال بروز و ترتب خسارات اقوی بر یک چنین تصمیمی بوده است.

این گونه جلسات که بی تردید بازتابش در تمامی حوزه‌های علمی وسیع بوده، در تحول فقه و اجتهاد اثر مستقیم داشته است. مباحث مطروحه، موضوع بحث همه طلاب و فضلاء حوزه سامرا قرار داشته و حسب نقل وسائط موثق، فریاد مباحثه، گاه در معابر عمومی نیز شنیده می شده است.

با صرف نظر از هرگونه جانبداری نسبت به هرکدام از طرفین بحث، آنچه مورد نظر نگارنده می باشد جلب توجه دانش پژوهان به چگونگی تاثیر رخدادهای روز بر تحول فقه است. نمی توان انکار نمود که استنباط از منابع فقهی، حکمی شرعی برای مقاومت مدنی ملت مسلمان است در مقابل آنچه فقیهان تسلط کفار می دانسته‌اند و امری قابل توجه است و نشان دهنده توان بالای یک نظام حقوقی همین که برای فقیهان زمان این سخن مطرح شده که چگونه می توان با استفاده از منابع فقه مردم را به سوی یک مقاومت منفی وسیع سوق داد امری کاملاً قابل توجه است.

با موفقیت فتوای میرزای شیرازی و شکست استعمار انگلیس و لغو قرارداد، کاملاً

۲۴- سوره نسا، آیه ۱۴۱.

۲۵- سوره هود، آیه ۱۱۳.

آشکار شد که تاثیر مقاومت منفی در مبارزات، چه بسا به مراتب بیشتر و موثرتر از مقاومت مثبت مسلحانه و امثال آن می تواند باشد. درست همان شیوه‌ای که گاندی در هند پیشه کرد و استقلال هند را برای ملت هندوستان به ارمغان آورد.

## ۲- حکم فقهی مقاومت مسلحانه در مقابل کفار

با فوت میرزا حسن شیرازی حوزه سامرا منحل شد و فارغ‌التحصیلان آن بعضی رهسپار نجف شده و برخی به کربلا عزیمت کردند و در آن اماکن که در آن روزگار هر کدام دارای حوزه‌ای بودند اقامت نمودند. میرزا محمد تقی حائری شیرازی معروف به میرزای دوم از فارغ‌التحصیلان حوزه سامرا که از شاگردان ممتاز و مبرز میرزا حسن شیرازی به شمار می آمد، بعد از میرزای بزرگ شیرازی به دلیل کمالاتی که داشت به عنوان جانشین و مرجع تقلید شیعیان جهان برگزیده شد. در دوره مرجعیت وی رخدادهای زمان موجب صدور فتاوی جدیدی از سوی وی شد که می تواند نقطه عطف تحولات فقهی محسوب گردد.

در جنگ جهانی دوم دولت عثمانی که هم پیمان آلمان بود شکست خورد و انگلستان بر مناطق تابعه دولت عثمانی از جمله عراق مسلط شد. در این بین که دولت انگلیس ملت عراق را مجبور کرده بود تا نماینده دولت بریتانیا «سرپرسی کاکس» را به عنوان رئیس حکومت عراق پذیرد، میرزا محمد تقی شیرازی فتوایی صادر کرد و به صراحت اعلام کرد «انتخاب غیر مسلمان به حکومت مسلمان جایز نیست» (ان المسلم لایجوز له ان یختار غیر المسلم حاکما) وی هم زمان با صدور فتوای مزبور به تشکیل محافل سری با حضور علماء و روحانیونی از جمله شیخ مهدی خالصی، سید هبه الدین شهرستانی و سید ابوالقاسم کاشانی اهتمام نمود و با دعوت مردم بغداد، کاظمین، نجف، کربلا و دیگر شهرها بر تظاهرات آرام و گسیل نمایندگان مردم به بغداد آنها را رهبری نمود و در این جریان با صدور نامه‌ای مردم شهرها و روستاها را به بغداد کشانید. این گونه اقدامات مستلزم هزینه‌های مالی نسبتاً سنگینی بود که میرزا محمد تقی با صدور فتوا دستور داد هزینه مجاهدات از زکات تامین شود. این امر خود نشان یک حرکت فقهی بود.

میرزا محمد تقی در این زمان بیانیه دومی صادر کرد که در آن آمده بود: «بر مردم عراق استیفای حقوق خود واجب است، در خلال اقدامات خود صلح و امنیت را در نظر داشته باشند اما در صورتی که دولت انگلیس از پذیرفتن پیشنهادهای آنان سرباز زد مردم می‌توانند از سلاح استفاده کنند و با دشمن خود بجنگند».

فتوای فوق که حاوی حکم نهضت مسلحانه برای گرفتن حقوق ملت است، تحول عمیقی را در تفکر فقهی شیعی نشان می‌دهد و می‌تواند نقطه عطفی برای تحولات اجتهاد در زمینه حقوق عمومی محسوب شود. جالب است گفته شود که حسب اسناد مدارک موثق تاثیر فتوای مزبور به شیعیان محدود نشد، بلکه طیف وسیعی یافت. در پی صدور این نامه مردم از حالت تدافعی به حالت تهاجمی در آمدند و ملت عراق یکپارچه در مقابل استعمار بریتانیا مقاومت نمود و نهضت بزرگی استوار گشت که اگر چه ۴ ماه بعد از آن میرزا محمد تقی رحلت کرد اما نهضت مقاومت همچنان با رهبری شاگردان وی ادامه یافت.

البته بایستی به این نکته توجه داشته باشیم که صدور فتوای فقیهان شیعی مبتنی است بر اصول و قواعدی خاص و روشن، هر چند که به دلیل مفتوح بودن باب اجتهاد، هریک از مجتهدان می‌توانند در عصر خویش، بر اساس مقتضیات زمان، فتوایی صادر کنند که منطبق است با شرایط و اوضاع و احوال که چه بسا ممکن است به ظاهر و در بادی امر، متفاوت و مغایر با فتوای دیگری به نظر برسد.

مثلاً فتوای صادره از سوی میرزا محمد تقی شیرازی در مورد عدم جواز انتخاب غیرمسلمان از سوی مسلمانان برای حکومت بر مسلمین در مقایسه با فتوای سیدین طاووس فقیه شیعی قرن هفتم هجری (۶۶۴ م.) به ظاهر ناسازگار است.

مورخین نوشته‌اند، زمانی که هلاکو بر بغداد مسلط شد. علمای شیعه و سنی بغداد را گرد آورد و یک سوال از آنان کرد و نظر فقهی آنان را جویا شد. آن پرسش این بود: آیا برای حکومت بر شما حاکم عادل کافر بهتر است یا حاکم مسلمان ظالم؟ سید بن طاووس که آن روز فقیه شیعی و رئیس حوزه حله به شمار میرفت پاسخ داد حکومت

حاکم کافر عادل برای ما بهتر است از حکومت مسلمان ظالم!!<sup>(۲۶)</sup>  
 بی‌گمان نمی‌توان گفت که فتوای فوق به معنای رضایت فقهای شیعه به حکومت مغولان غیر مسلمان بر سرزمین مسلمان است و به هیچ وجه شرائط صدور فتوا را نمی‌توان واحد دانست، زیرا ناگفته پیداست که در زمان سید بن طاووس امر مردم مسلمان دایر بوده میان حکومت فردی مانند معتصم عباسی که بجز نامی از اسلام چیز دیگری از مسلمانی نداشت و تحت همین نام و نشان هرگونه بیداد را خودسرانه بر مردم مسلمان روا می‌داشت و حکومت فردی غیرمسلمان که توسط وزیر فقیه، حکیم و دانشمندی مسلمان مانند خواجه طوسی که به هر حال در آن مقطع تاریخی به انضباط و رعایت ضوابط نسبتاً محدود شده است.

### ۳- فتوای مقاومت مسلحانه توسط سید عبدالحسین لاری

سید عبدالحسین موسوی دزفولی رکنی از شاگردان میرزای شیرازی و فارغ‌التحصیلان حوزه سامرا، در زمان میرزا به دعوت مردم لارستان فارس و توصیه استادش در منطقه مزبور اقامت می‌کند. او مجتهدی است که از نیروی فقاہت خویش برای به صحنه سیاست کشاندن فقه و تمثیت امور دنیوی مردم بهره‌شایانی گرفته و برای توسعه فقه، استنباطات صریحی ارائه داده است. صدور فتاوی فقهی سیاسی ایشان نشان‌دهنده تحول شگرفی است که در این مقطع تاریخی برای فقاہت شیعی روی داده است.

وی برای بسیج مردم منطقه و مقاومت مسلحانه علیه نیروهای انگلیس از فتوا بهره می‌گیرد. سید لاری چندین بار با انگلیسی‌ها رویارویی می‌کند. بار اول داستان بدین قرار بود که دولت انگلیس عده زیادی مبلغ مسیحی را به ایران اعزام می‌دارد. سید لاری طی فتوایی حکم اخراج مبلغان مسیحی را صادر می‌نماید. همچنین حکم می‌دهد تا کتاب گمراه‌کننده آنان جمع‌آوری شده، از بین برود.  
 بار دیگر در اعلامیه‌ای می‌نویسد:

۲۶- رک. جعفریان، رسول، تاریخ ایران اسلامی، دفتر سوم (از یورش مغولان تا زوال ترکمانان)، موسسه فرهنگی اندیشه معاصر، ۱۳۷۹، ص ۶۴.

«اعلان می‌شود به هر جا که بر هرکس از فرق ششصد کرور مسلمین داخله و خارجه حتی بر صبیان و نسوان واجب فوری است جهاد و دفاع روس و انگلیس و اعوان این کفار و سد ابواب طمع و بهانه. مالیات و گمرک و قرنطینه و تذکره و گرفتن اسلحه از مسلمانان و همچنین سد ابواب فرار و جای قرار بر این کفار و اعوان این کفار از هر گوشه و کنار و کوچه و بازار بدون امهال و انظار جز به عذاب النار و خزی عار و صغار و عبره لاولی الابصار...»<sup>(۲۷)</sup>

به هر حال مجتهد لارستان وقتی در مبارزه با انگلستان پیروز می‌گردد تصمیم به تشکیل حکومت بر مبنای ولایت فقیه می‌گیرد. وی در ناحیه لارستان طی بیانیه‌ای وجوب انحلال رژیم سلطنتی قاجار را صادر می‌نماید، متن فتوا چنین است:

(واجب است تبدیل سلطنت امویه قاجاریه به دولت حقه اسلامی). قابل ذکر است که این اقدام قبل از تشکیل مشروطیت در ایران است. جالب اینکه میرزای شیرازی فقیه مرجع تقلید مقیم سامرا وقتی از اقدامات سید مطلع می‌گردد، به منظور تایید اقدامات وی و سپاسگزاری از او نامه‌ای به وی می‌نگارد.<sup>(۲۸)</sup>

همچنین سید طی حکمی مردم را از دادن مالیات به دولت مستبد مرکزی منع نمود و پرداخت آن را تحریم کرد<sup>(۲۹)</sup> و با چاپ تمبر برای حکومت اسلامی با پرداخت وجه به پست مرکزی و کاغذهای بهادار آن مقابله نمود. روی تمبرها «پست ملت اسلام» نگاشته شد تا از تمبرهای دوره قاجار تمیز داده شود.

نصب ائمه جمعه برای شهرها و قصبات مجاور از دیگر کارهای سید لاری است. هر روز وسعت حکومت اسلامی افزایش می‌یافت تا آنجا که بندرعباس، بندر لنگه، بوشهر، استان کرمان و فارس زیر نظر حکومت اسلامی قرار گرفت.

خلاصه آنکه در مدتی کوتاه سید لاری موفق می‌شود که بخشی از ایران را از حکومت سلطنتی مرکزی جدا و به مشروطه مشروعه تبدیل سازد.

فتوای دیگر ایشان این بود که چون تجارت و بازرگانی با روس و انگلیس را به زیان

۲۷- مجموعه رسائل، چاپ کنگره بزرگداشت آیت الله سید عبدالحسین لاری، ج ۱۰، ص ۲۷۲.

۲۸- رکذ. ولایت فقیه، زیر بنای فکری مشروطه مشروعه، سید محمد تقی آیت اللهی، ص ۱۶۰.

۲۹- کتاب آبی، به کوشش احمد بشیری، ج ۲، ص ۳۵۳ و ۴۳۱.



امت اسلامی می‌دانست، استعمال چای، قند، ادویه، خوراکی و پوشاکی را که از کشورهای خارجی - بخصوص روسیه و انگلیس - وارد ایران و سایر کشورهای اسلامی می‌شد، تحریم کرد. وی عقیده داشت، خارج ساختن ارز از کشورهای اسلامی برای خرید اشیای خارجی موجب تقویت دشمنان اسلام و قدرت استعمارگران است و بدین وسیله سبب ریخته شدن خون مسلمانان و ملت‌های فقیر می‌گردد. همچنین ورود کالاهای خارجی موجبات وابستگی اقتصادی را فراهم می‌آورد و از دیدگاه فقهی و سیاسی اسلام، حرام است.

وی در پاسخ به سوالی در این مورد پس از ذکر مقدمه‌ای نسبتاً استدلالی و فقهی سرانجام می‌نویسد:

«... پس حرام است استعمال آنها، و واجب است بر جمیع مسلمانان استعمال مطعومات و ملبوسات و مصنوعات بلاد اسلامی و قطع علائق احتیاج از کفره خارجه و فراهم نمودن وسائل قطع روابط احتیاجات از کفار...»<sup>(۳۰)</sup>

### فتوای نافرمانی مدنی در قبال دستگاه حاکمه کشورهای اسلامی

علاوه بر متن فتوای وجوب جهاد علیه انگلستان و منع استعمال اجناس وارداتی از کشورهای غیر اسلامی که صبغه سیاسی مشرب فقهی او را نشان می‌دهد، پنج متن و رساله نیز از میان آثار قلمی متعدد او به بررسی مسائل و موضوعات سیاسی از منظر فقه شیعه اختصاص دارد، که یکی از این رساله‌ها به نام «آیات الظالمین» می‌باشد. این رساله فقط برای توجیه فقهی تکلیف مردم مسلمان به نافرمانی مدنی در قبال حاکمان غیر عادل خویش است.

رساله «آیات الظالمین» در سال ۱۳۱۴ قمری در شیراز با همت آقا محمد جواد

۳۰- مجموعه رسائل، ج ۱۰، ص ۳۳۰. جالب است که ایشان در ذیل به فتوای میرزای شیرازی در پاسخ به همین سوال تمسک جسته و همه فتوای نقل می‌کنند، ولی دقت در فتوای میرزا دو مطلب را نشان می‌دهد. یکی اینکه ایشان در زمان غیبت معصومان به جدائی دولت و ملت نظر داشته که ظاهراً منظور جدائی دین و دولت است (رک. ص ۳۳۱) و دیگر اینکه ایشان نظر بر حرمت مصرف عموم اجناس نداشته و لذا با تغییراتی نظیر «... اینجانب بالطبع متفرد و از خوردن آن مجانبت می‌کنم» و توصیه به تولید توسط مسلمانان و سعی در استقلال بسنده کرده‌اند. اما سید لاری به صراحت فتوای بر حرمت داده‌اند. و البته اینگونه اختلاف فتوای نشانه افتتاح باب اجتهاد شیعی است.

صاحب خلف حاجی محمد باقر، طاب ثراه در ۷۸ صفحه به صورت سنگی به چاپ رسیده است. شیخ آقا بزرگ تهرانی در الذریعه<sup>(۳۱)</sup> از این کتاب با نام «آیات النازلة فی ذم الظلم و الجور» یاد کرده و نیز در نقباءالبشر<sup>(۳۲)</sup> به همین نام آن را ذکر کرده است. در «دوحة احمدیه» و «شجره طیبه» نیز این کتاب جزء فهرست آثار مولف ذکر شده است. «آیات الظالمین» به خط حسینعلی جهرمی نوشته شده است. شایان ذکر است که این کتاب ده سال پیش از انقلاب مشروطیت به طبع رسیده است.

رساله «آیات الظالمین» دارای دو بخش و یک خاتمه است.

در بخش نخست آیاتی که دلالت بر مذمت و تقبیح ظلم و ظالمین دارد استخراج شده است. سید در این رساله پس از نقل حدود چهار صد آیه در مورد ظلم و اوصاف ظالمین، به مذمت ظالم و ظالمین می پردازد. او در شریعت اسلامی هیچ جرم و گناهی را با ظلم هم ردیف نمی داند. سید لاری حتی گناه و جرم «ارتداد» را نازل تر از ظلم می داند؛ از این رو کیفر شرعی نوعی از ظلم را که محاربه یعنی «تجرید السلاح لاخافة المسلم» باشد،

شدیدتر از کیفرهای همه جرایم و گناهان دیگر می داند. لاری برای اثبات قبیح تر و زشت تر بودن ظلم از همه معاصی و کبایر، ادله شرعی و عقلی زیادی را ارائه می کند. برخی از این استدلال ها چنین است: (۳۳)

از جمله شواهد صدق این مدعی از محکومات کتاب و سنت، اینکه حد و عقوبتی که مترتب فرموده حق تعالی بر یک قسم از اقسام ظلم و جوری که متعارف و متداول تمام ظالمین و جائرین این زمان است، که عبارت از محاربه با مسلمانان است که به اتفاق نصوص و فتاوا عبارت است از: تجرید سلاح لاخافة مسلم، به هیچ یک از اقسام کبایر و به هیچ یک از انواع کفر و ارتداد چنین حد و عقوبتی دنیوی مترتب و مقرر نفرموده به صریح آیه شریفه: «انما جزاء الذین یحاربون الله و رسوله...» (۳۴)

۳۱- شیخ آقا بزرگ تهرانی، الذریعه، ج ۱، ص ۴۹-۴۸.

۳۲- همو، نقباءالبشر، ج ۳، ص ۱۰۴۹.

۳۳- سید عبدالحمین لاری، رسائل سید لاری، آیات الظالمین، سید علی میرشریفی (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد

اسلامی، ۱۳۷۷)، ص ۲۵۳.

۳۴- سوره مائده (۵)، آیه ۳۳.

وی صراحتاً اعتقاد به «السلطان ظل الله فی الارض» را معارض با کتاب و سنت می‌دانست<sup>(۳۵)</sup> و بر این اعتقاد بود که ظلم به خودی خود موجبات عزل زمامدار را فراهم می‌آورد.

در بخش دوم، روایاتی را که دلالت بر قبح ظلم می‌کند جمع آوری کرده است. او به بررسی سنت و احادیث پیامبر و ائمه معصومین می‌پردازد و احادیث فراوانی را در محکومیت ظلم و ظالم و معاونت ظلمه و کیفرهای آن ارائه می‌دهد که بسیار ارزشمند است.

وی در این بخش، از همکاری مومنان با دستگاه‌های حکومتی ظالم به «حرمت مطلقه معاونت ظالم» یاد می‌کند. منظور از اصطلاح «معاونت ظالم» پذیرش کار در یکی از تشکیلات و نهادهای حکومتی حاکم جائز و ظالم است. این مسئله در بین فقهای شیعه مورد اختلاف است که آیا معاونت ظالم و همکاری با او، فقط در اموری که ارتکاب آنها شرعاً جایز نمی‌باشد، محرم است و یا اینکه حرمت معاونت به طور مطلق در هر امری از امور است، هر چند که آن کار امری مباح باشد، مانند پذیرش شغل و زندگی در دستگاه حاکم ظالم و امثال آن.

سید لاری به نقل از علامه مجلسی و تایید سخنان او، معاونت بر ظلم و عدوان را معادل کفر می‌گیرد. لاری پس از اثبات دیدگاه خود در مسئله حرمت مطلق معاونت ظالم در مقام جمع بندی می‌نویسد:

«هر یک از این محکومات ثقلین «کتاب و سنت» حجت قاطعه بالغه تامه کامله و افیه کافیه است بر اینکه ظلم و جرم و جور اسوء است عاقبه و اشد است عقوبه از جمیع منکرات و معاصی از مبدا صغائر تا منتهای کبائر که کفر است.»<sup>(۳۶)</sup>

همان گونه که ملاحظه می‌شود سید لاری اولاً: با استدلالات فقهی می‌خواهد برای فلج کردن دستگاهی حاکمان ظالم از تحریم مطلق همکاری استفاده کند که نوعی مقاومت منفی علیه ظلم است و ثانیاً می‌خواهد با فتوا بر حرمت مطلق همکاری با مشهور مخالف کند و از این رهگذر باب جدیدی را در فقه سیاسی شیعه باز نماید. سید لاری

۳۵- سید عبدالحسین لاری، پیشین.

۳۶- همان، ص ۳۰۲.

هرچند قول مخالف را به برخی از فقها نسبت می‌دهد ولی شیخ انصاری نظر مخالف را منتسب به مشهور فقیهان کرده و خود نیز همان نظر را تقویت نموده است.<sup>(۳۷)</sup>

سید لاری نظریه مشهور را به شرح زیر انتقاد می‌کند:

آنچه موجب شده تا برخی از علمای شیعه از فتوا دادن به «حرمت مطلقه معاونت ظالم» خودداری کرده و به «حرمت معاونت ظالم فقط در موارد ظلم و معصیت» فتوا دهند، سه شبهه عمده است:

(۱)- از جمله آن شبهات، شبهه توهم اختصاص نصوص ظلمه و جائزین به ظلمه و جائزین مخالفین امر دین است که حجت بالغه قاطعه رافعه این شبهه، اطلاق تمام آن نصوص فتاوی است. علاوه بر شهادت سیاق تمام آن نصوص بر اباء و امتناع از تخصیص و تقیید به غیر تقیه و ضرورت و علاوه بر شهادت تمام خطابات شفاهیه قرآنی و نصوص نبویه بر اباء و امتناع از تخصیص و تقیید به ظلم مخالفین در دین، زیرا که در زمان صدور آن خطابات، مخالف در دین نبوده و تخصیص آن خطابات به کسانی که بعد(به) وجود می‌آیند به غیر مورد و اخراج مورد تمام آن خطابات از تحت آن عموم و اطلاقات، منافی بلاغت و حکمت کلام بلیغ و حکیم است الی غیر النهایه.

و علاوه بر صریح جمله‌ای از آن نصوص در خصوص ظلمه امامیه، مثل حدیث اخیر مجلسی از حضرت صادق علیه السلام که فرمود: امید نجات دارم برای هر که اعتقاد به امامت داشته باشد از این امت، مگر سه کس، صاحب استیلابی که ظلم به رعیت خود کند و کسی که در دین بدعت گذارد و کسی که علانیه فسق کند.<sup>(۳۸)</sup>

(۲)- و از جمله آن شبهات، شبهه فرق است در معونه ظلمه میان معونه بر محرم پس حرام است، و معونه بر مباح پس مباح است، و حجت بالغه قاطعه رافعه این شبهه ایضا اطلاق نصوص و فتاوی است، بلکه تصریح جمله‌ای از آنهاست. علاوه بر اعتبار عقلی که شاهد است ایضا بر عدم فرق میان مطلق معونه ظلمه حتی

۳۷- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۵۵ (چاپ طاهر) ج ۲، ص ۵۸ (چاپ تراث).

۳۸- محمد باقر مجلسی، حلیة المتقین، ص ۲۲۴، روضه الواعظین، ص ۴۶۵.

در مثل خیاطتِ ثوب و بناء منزل، در رجوع نمودن به اعانه اثم و عدوان منهی است، زیرا که اگر چنانچه ترک خیاطتِ ثوب و بناء منزل ایشان نمایند، هر آینه بی ثیاب و بی منزل می مانند و مرتدع و ممتنع از ظلم و اثم و عدوان خواهند شد، پس هریک از آن دو قسم معونتین را مدخلیت و مقدمیت است در حصول ظلم و اثم و عدوان منهی.

ولی بعضی از آن معونات اقرب به ظلم و عدوان است از بعضی دیگر، مثل کتابت دیوان ایشان، که اقرب به ظلم است از خیاطت، ولی این مقدار از فرق فارق نمی شود در تبدیل حرمت معونه اثم و عدوان به اباحه. بلی، ممکن است که فارق شود در تبدیل منع محرم را به منع مکروه؛ به این معنی که نهایت فرق میان مقدمات و مصنوعات قریبه و بعیده اثم و عدوان منهی آن است که بعد بعضی از معونات موجب انصراف نهی آن معونه از حرمت به سوی کراهت شدیدیه؛ چنانچه فتاوی مشهوره بر این است در باب معامله با ظلمه، اگر چه خلاف ظاهر اطلاقات نصوص منع و نهی از معاونت ظلمه است، حتی در مباحات، بلکه واجبات؛ چنانچه صریح بعض نصوص متقدمه است، مثل روایت صفوان جمال و غیره، که مجلسی در حلیه (المتقین) (۳۹) نقل نموده است.

و چنانچه منقول از بعض اکابر است که خیاطی از او سوال (کرد) که من خیاط ثیاب سلطانم، آیا به این واسطه اعوان ظلمه هستم؟ فرمود: بلکه داخل اعوان ظلمه است کسی که به توسوزن و خیط می فروشد و اما تو از خود ظلمه‌ای! (۴۰)

علاوه بر اینها همه اگر تسلیم وجود مناص و خلاص از حرمت معونه ظالم در مباحات از حیث معونه بر ظلمش بشود، پس وجود مناص و خلاصی نیست از تحریمش از جهات عدیده دیگر؛ مثل جهت استلزامش مر رکون به ظلمه و حب بقاء ایشان و مودت لمن حادالله و رسوله، و مداهنه با اشرار و ترک نهیم عن المنکر و امر هم بالمعروف، الی غیر ذالک از جهات عدیده محرمه، کما فی الکافی باب النهی عن المنکر: (ماقدست امه لم یوخذ لضعیفها من قویها بحقه غیر

۳۹- محمد باقر مجلسی، حلیه المتقین، ص ۲۲۴ - ۲۲۳.

۴۰- مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۵۵ (چاپ طاهر)، ج ۲، ص ۵۸ (چاپ تراث)؛ شیخ بهایی، اربعین، ۲۳۹.

(متنوع)». (۴۱)

سید لاری در انتها از کتاب نان و حلوی شیخ بهائی نقل قصیده می‌کند و می‌گوید:  
«واز جمله اشعار حکمت‌آمیز شیخ العارفین بهاء‌الدین است که می‌فرماید:

نان و حلوا چیست دانی ای پسر	قرب سلطان است زین قرب الحذر
می‌برد هوش از سرو از دل قرار	الفرار از قرب سلطان الفرار
قرب سلطان آفت جان تو شد	پسای بند راه ایمان تو شد
حیف باشد از تو ای صاحب سلوک	کین همه نازی به تعظیم ملوک
جرعه از نهر قرآن نوش کن	آیه لاتر کنوا را گوش کن (۴۲)

«و از جمله متشابهات غرور ظلمه، مرسله‌ای از مجالس عنه صلی الله علیه و آله:  
«طاعة السطان واجبة و من ترك طاعة السطان فقد ترك طاعة الله و دخل فی نهیه  
«ولا تلتقوا باید یکم الی التهلكه»، (۴۳) «والسلطان ظل الله فی الارض» (۴۴) و امثال

۴۱- محمد بن یعقوب کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۵۶؛ محمد بن حسن حر عاملی، پیشین، ج ۱۱، ص ۳۹۵.  
۴۲- کلیات اشعار مرحوم شیخ بهایی، ص ۱۳۱-۱۳۰، با اندکی تفاوت... البته برای نگارنده این سوال باقی می‌ماند که شیخ بهائی که خود از مقربین دستگاه صفوی است چگونه اقدام به سرودن این اشعار می‌کند و تقرب به سلاطین را محکوم می‌نماید؟ البته گاه شعرا و یا علمای مقرب به قدرت، اگر تقرب به قدرت را اختیاراً کنار نهاده، از عمر به هدر رفته خویش در گذشته اظهار تاسف نموده‌اند و یا چنانچه احیاناً به جهتی و علتی مغضوب شده‌اند، در هجو تقرب به قدرت شعر سروده و یا نثر نگاشته‌اند. امام محمد غزالی پس از سالها صرف عمر خویش در سیاست و تقرب به قدرت‌های زمان خویش و نوشتن کتابهای متعدد در توجیه و مشروعیت بخشیدن به خلافت عباسی، در مسافرت حج تحول روحی عظیمی می‌یابد و بر سر تربت خلیل عهد می‌کند که دیگر به حاکمی تقرب ننجد و مابقی عمر را به سیر و سلوک معنوی بپردازد. البته برگزیده خود نیز تاسف می‌خورد. در عصر خودمان ملک الشعراء بهار پس از سالها تقرب در اواخر عمر در قصیده‌ای بسیار زیبا که ظاهراً آخرین سروده اوست چنین آرزو می‌کند:

نیست یک جو ایمنی در قرب در گاه ملوک

ای خوش آن موری کز و باشد سلیمان بی خبر

به هر حال نگارنده در خصوص شیخ بهائی از توجیه امر بی‌اطلاع است. و در ایام نگارش این سطور به متخصصین تاریخ صفویه نیز مراجعه و پرسش نموده ولی توجیه قانع‌کننده‌ای جز بیان تاسف و نقد حال عرفانی که به نظرش میرسد چیز دیگری دستگیرش نشده است.

۴۳- بقره (۲)، آیه ۱۹۵؛ محمد بن علی بن بابویه (شیخ صدوق)، امالی، ص ۲۷۷؛ محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، ج ۷۲، ص ۳۶۸.

ذلك از نصوص معارضه با محكمات كتاب و سنت قطعيه كه به قواعد نقلیه و براهین عقلیه و نصوص علاجیه و اعمال مرجحات سندیه و دلایله، باید طرح نمود به واسطه شنودش. و فرمایش معصوم در آن نصوص علاجیه «خذ بما اشتهر بین اصحابك و اترك الشاذ النادر»<sup>(۴۵)</sup> یا به واسطه مخالفتش با كتاب و سنت، چنانچه در نصوص علاجیه فرموده اند كه: «كل ما وافق كتاب الله فخذوه و كل ما خالف كتاب الله فذروه فاطر حوه فلم نقله»<sup>(۴۶)</sup> یا به واسطه ضعف سند؛ یا جمع و تاویل نمودن به حمل بر تقیه و ضرورت یا تخصیص و تقیید نمودن سلطان به سلطان عادل كه پیغمبر و امام بوده باشد، به واسطه صوارف عقلیه و نقلیه از عموم و اطلاقش.

(۴)- و از جمله متشابهات غرور ظلمه و مجرمین ایضا عموماً اولیه، مثل عموم «ان الله لا یغفران یشرك به ویغفر ما دون ذلك لمن یشاء»<sup>(۴۷)</sup> و حجت بالغه قاطعه این اشتباه و غرور، تاویل این قسم از متشابه و ظهور عموم و تعمیم شرك غیر مغفرت است مرشرك در طاعت و وحدت را، زیرا كه هر نحو از مخالفت شرك است در طاعت ولو شرك نباشد در وحدت؛ علاوه بر تخصیص مغفرت به شیعه و مومن و مشیت و سائر مخصصات كتاب و سنت.

(۵)- و از جمله متشابهات غرور ظلمه و مجرمین و معاذیر غیر مقبوله جائزین، عموم «قل یا عبادى الذین اسرفوا علی انفسهم لا تفتنظوا من رحمة الله ان الله یغفر الذنوب جمیعاً»<sup>(۴۸)</sup> و حجت بالغه این نحو از غرور تاویل و تخصیص عموم مغفرت است به غیر ظلمه و جائزین و غیر حقوق الناس، به صریح نصوص مخصصه از محكمات كتاب و سنت متواتره متقدمه، مثل (وعزتی و جلالی لا یجوز فی ظلم ظالم)».

سید لاری بر همین منوال تا ۱۰ بند به رد استدلالهای نظریه مخالف مبنی بر اختصاص

۴۴- محمد بن حسن طوسی، امالی، ص ۶۳۴؛ مجمع الزوائد، ج ۵، ص ۱۹۶؛ متقی هندی، کنز العمال، ج ۶، ص ۴.

۴۵- عوالی اللالی، ج ۴، ص ۱۳۳؛ محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، ج ۲، ص ۲۴۵.

۴۶- محمد بن یقوب کلینی، پیشین، ج ۱، ص ۶۹؛ محمد بن علی بن بابویه، امالی، ص ۳۰۱.

۴۷- نسا (۴)، آیه ۴۸. ۴۸- زمر (۳)، آیه ۵۳.

حرمت معاونت حکومت ظالم فقط در شغل‌های منتهی به ظلم را تضعیف و رد می‌کند و نظر بر حرمت مطلق هرگونه همکاری با حکومت ظلم می‌دهد.

### تحلیل و نقد فتاوی نافرمانی مدنی از سوی فقیهان شیعی

همانطور که ملاحظه می‌کنید فتوای سید لاری در منع پرداخت مالیات به دستگاه حاکمه و با حرمت همکاری با حکومت همانند فتوای استادش میرزای شیرازی مبنی بر منع استعمال تنباکو دائر است بر نوعی نافرمانی مدنی در مقابل حکومت و تصمیمات او. صدور این‌گونه فتاوا از فقیهان شیعی مبتنی است بر مبنای کلامی آنان در خصوص حقیقت عدل و ظلم. شیعه بر خلاف اشاعره به ذاتی و عقلی بودن عدل و ظلم قائلند یعنی معتقدند افعال بشری ذاتاً و با قطع نظر از حکم شارع و قانونگذار متصف به حسن و قبح است و تشخیص دهنده آن خرد بشری است. و خداوند بدلائل کلامی قبیح است که مرتکب ظلم بر بندگان گردد. در حالیکه اشاعره چنین می‌داشتند که هیچ عملی بدون حکم خداوند نه متصف به حسن است و نه قبح. عدل و ظلم بر پایه حکم شارع است و مادام که حکمی از ناحیه خداوند نسبت به انجام و یا ترک عملی صادر نشده نه ظلم است و نه عدل، ظلم و عدل پس از حکم خدا معنی می‌دهد بر مبنای تفکر اشعری عدل و ظلم بر محور اراده قانونگذار قابل توجیه است و لذا در مواردی که قانونگذار خداوند است اراده تشریحی او همانند اراده و افعال تکوینی او عین عدل است و حاکمینی که خود را از سوی خدا می‌دانند و خود را به او منتسب می‌سازند هرچه آن خسروان کنند شیرین خواهد بود!!

بر اساس مکتب فقهاتی‌ای که مبتنی بر کلام اشعری است و ریشه در آن جهانبینی و نظام الهیاتی دارد، نافرمانی مدنی هرگز معنی ندارد و قابل توجیه نمی‌باشد زیرا اراده قانونگذار مظهر عدالت است و تصمیمات متخذه توسط وی نمی‌تواند رنگ ظلم به خود گیرد تا شهروند به دلیل ادعای ظلم مخالفت نماید.

به طور کلی اگر به جای آنکه بگوئیم قوانین باید عادلانه تنظیم شود، معیار حق و عدالت را قانون معرفی کنیم دقیقاً از اشعریت، ولی‌گونه مدرن آن پیروی کرده‌ایم هرچند که قوانین دنیوی و برگرفته از اراده مراکز تقنینی عرفی باشد.



اما مکتبی که متکلمین شیعه امامیه بر آن پای می‌فشارند عدالت عقلانی و ذاتی بودن حسن و قبح افعال بشری است، و جملگی آنان بر آنند که عدالت و ظلم امری است که حاکم بدانه‌ها خرد انسانی است و احکام الهی لزوماً و به حکم براهین عقلیه بایستی عادلانه باشند، زیرا ظلم خداوند نسبت به بندگان قبح عقلی دارد.

تفقه شیعی مفتخر است که بریک چنین نظام کلامی ای استوار است، لذا هیچ حاکمی هر چند منتسب به خداوند نمی‌تواند اقدام به وضع قانونی غیر عادلانه نماید و یا مرتکب عملی ظالمانه گردد که در این صورت، این حق و بلکه وظیفه و تکلیف شهروندان است که به نا فرمانی مدنی مبادرت نمایند.

افلاطون حکیم یونانی وقتی استادش سقراط را به استناد قانون توسط دادگاه به مرگ محکوم کردند سخت به این واقعیت معتقد شد که شهروندان باید در مقابل بی‌عدالتی‌های حاکمان ایستادگی کنند.<sup>(۴۹)</sup> وی به این نکته اعتراف می‌کند که چنین نیست که همواره قوانین از سوی مراکز تقنین منطبق با عدالت صادر گردد، وی می‌نویسد: «اگر قوانین در راستای منافع کل کشور وضع نشده باشند قوانین واقعی نیستند. قوانینی که در جهت منافع بخش خاصی از مردم وضع شده باشند جناحی خواهند بود و نسبت دادن صفت عدالت به آنها پوچ و بی‌معناست.»<sup>(۵۰)</sup> و در جای دیگر می‌نویسد: «کسی که پیشوای مردم است، چون توده را مطیع فرمان خویش می‌یابد جلوی خود را نمی‌تواند بگیرد و دست خود را به خون هم نوع خود می‌آلاید، افراد را به وسیله تهمت و افترا که حيله متداولی است به دادگاه می‌کشاند و جان آنان را برباد می‌دهد، برخی را از میهن می‌راند و برخی دیگر را به قتل می‌رساند... سپس کوشش خویش را به کار خواهد برد تا جنگ ایجاد کند تا مردم محتاج به سرکرده و سردار شوند و منظور دیگر او این است که مردم در صدد رفع حوائج روزانه خویش برآیند و نتوانند علیه وی توطئه کنند.»<sup>(۵۱)</sup>

سنت توماس آکوئیناس (۱۲۷۴-۱۲۲۸ م.) فیلسوف قدیس ایتالیایی می‌گوید: «... چه بسا اتفاق می‌افتد که قوانین نوشته شده غیر عادلانه باشد. در کتاب مقدس آمده است:

۴۹- افلاطون، جمهور، ترجمه فواد روحانی، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ نهم، تهران، ۱۳۸۳، ص ۶۱.

۵۰- همان، ص ۴۹۵.

۵۱- همان، ص ۷۴.

بدا به حال کسانی که قوانین غیر عادلانه نوشته‌اند...» (۵۲).

ولی غزالی اشعری در کتاب نصیحه الملوک از اطاعت پادشاهان سخن می‌گوید و در شأن و مرتبه داشتن شاهان در پیشگاه خدا حدیث آورده و نوشته است: «چنان‌که گفته‌اند، سلطان سایه خدا بر روی زمین است» (السلطان ظل الله). از این روی مردم مکلفند آنان را دوست داشته باشند و پیروی و اطاعت کنند. مردم نباید از دستورات حکام سرپیچی کنند؛ زیرا خداوند همان‌طور که در قرآن فرموده: «تعز من تشاء و تذل من تشاء...» قدرت را به هرکس که اراده فرماید عطا می‌کند.

پافشاری امام محمد غزالی در دعوت از مردم به پیروی از فرامین خلفا به جایی رسید که برای توجیه این دعوت حتی یزید بن معاویه را تطهیر کرد و کسانی را که سر از اطاعت آنان بیچند به حکم قرآن به عقوبت قطع دست‌ها از مچ و قطع پاها و مصلوب کردن تهدید نمود و امثال این آیه را حجت آورد: «انما جزؤ الذین یحاربون الله و رسوله و یسعون فی الارض فساداً ان یقتلوا او یصلبوا او تقطع ایدیهم و ارجلهم من خلاف او ینفوا من الارض» (۵۳) بدین معنی که «آنان که علیه خدا و رسول او جنگ می‌کنند و می‌کوشند فساد بر روی زمین برانگیزند مجازات‌شان کشتن و تصلیب یا بریدن دست‌ها و پاهایشان، یکی از راست و یکی از چپ یا تبعید از سرزمین‌شان خواهد بود».

چهره نخستین سیاسی غزالی را باید در کتاب «فضایح الباطنیه و فضائل المستظهریه» (۵۴) به دست آورد. وی این کتاب را به امر خلیفه عباسی، المستظهر بالله پس از جلوس به خلافت در حدود سالهای ۴۸۷ پیش از مهاجرت از بغداد در رد عقاید باطنیه تالیف کرد. (۵۵) منظور از باطنیه فرقه اسماعیلیه (۵۶) از فرقه‌های شیعه هستند که

۵۲- فیلیپ مالوری، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، چاپ اول، آگاه، تهران ۱۳۸۳، صص ۷۳-۶۲.  
۵۳- سوره مائده آیه ۳۳.

۵۴- نام دقیق کتاب حسب آنچه مولف در مقدمه آورده همین است: «سمیته فضائح الباطنیه و فضائل المستظهریه» (ص ۵) و شگفت آنستکه علیرغم تصریح مولف، عبدالرحمن البدوی کتابرا تحقیق و با مقدمه‌ای در قاهره ۱۹۶۴ میلادی برای نخستین بار به چاپ رسانده (المکتبه العربیه للتراث) ولی نام آنرا به تردید «المستظهری» یا «فضائح الباطنیه و فضائل المستظهریه» خوانده و در پشت جلد کتاب همان قسمت اول «فضائح الباطنیه» عنوان داده است. مرحوم همائی نیز در کتاب غزالی نامه در فهرست آثار غزالی نام المستظهری را می‌آورد و سپس از صاحب معجم‌المطبوعات العربیه نقل می‌کند که این کتاب همان فضائح الباطنیه و فضائح المستظهریه است. (ص ۲۶۳)

۵۵- غزالی متولد ۴۵۰ هجری قمری است و بنابراین کتاب فوق را در سن ۳۵ سالگی تالیف کرده است.

قائل به امامت امام معصوم هستند. در آن روزگار مبلغین اسماعیلیه از جانب دولت فاطمیان در مصر، مردم را به پیروی از المستنصر بالله فاطمی در مقابل المستظهر بالله عباسی دعوت می‌کردند. غزالی در این کتاب دو هدف دارد یکی رد عقاید باطنیان و به قول او بیان فضایح و رسواییهای آنان و دیگر بیان فضائل المستظهر بالله خلیفه عباسی. غزالی بعدها از گفته و کرده‌های خود سخت پشیمان می‌شود و از سیاست کناره‌گیری می‌کند.

۵۶- باطنیه یا اسمعیلیه فرقه‌ای از شیعیانند که گویند امامت پس از حضرت صادق (ع) به پسر بزرگ وی اسمعیل رسید و بدو ختم شد. این فرقه بنامهای مختلف مانند فاطمیه، علویه، باطنیه، اسماعیلیه، سبعیه و ملاحده خوانده میشوند و هر نامی باعتبار جهتی است.



## جرح و خاتمه ماموریت داوران

دکتر حمیدرضا نیکبخت\*

### چکیده

در داوریه‌ها از جمله داوریه‌های تجاری بین‌المللی طرفین داوری می‌خواهند داورانی حل و فصل اختلاف آن‌ها را برعهده داشته باشند که دارای اوصاف عمومی، مثل استقلال و بی‌طرفی، و اوصاف خاص مورد نظر و توافق خودشان باشند. ممکن است قبل از نصب داور یا پس از آن، در روند داوری، یا حتی پس از صدور رأی داوری، در خصوص وجود اوصاف عمومی و یا خاص در داور تردید موجه بوجود آید. لذا طرفین باید بتوانند بر آن داور اعتراض نمایند و در صورت وارد بودن اعتراض این داور باید از جریان داوری کناره‌گیری کند یا برکنار شود، و یا اگر چنین داوری رأی صادر کرده است طرفین باید بتوانند به دلیل فقدان اوصاف فوق به رأی اعتراض نمایند.

علاوه بر جرح داور که ممکن است باعث کناره‌گیری یا برکناری او شود، موارد دیگری مثل استعفا، بیماری، فوت، عدم توانایی انجام داوری و یا تاخیر غیر موجه در برگزاری آن و نظایر اینها نیز ممکن است در جریان داوری واقع و باعث خاتمه ماموریت داور شود. در این موارد نیز باید داور یا داوطلبانه یا اجباری از سمتش کنار رود. کلاً در صورت خاتمه ماموریت داور بنا به دلایل مذکور باید جایگزین او تعیین گردد.

### کلیدواژگان

داور- داوری - جرح داور - داوری تجاری بین‌المللی - خاتمه ماموریت داور-

نصب داور

\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه

همینکه دیوان داوری تشکیل گردد، یعنی داور انتصاب یا ماموریت خود را بپذیرد او ملزم می‌گردد داوری را با تلاش و دقت متعارف تا خاتمه آن که صدور رأی یا حل دعوی طرفین است، برگزار نماید. اما، ممکن است در جریان داوری و قبل از پایان کار دیوان داوری، داور مورد اعتراض یا جرح قرار گیرد و ماموریت او با تصمیم طرفین یا خود داور بنا به دلایلی مثل مشخص شدن عدم استقلال یا بی طرفی داور یا ایجاد تردیدهای موجهی در این زمینه، منع یا ناتوان شدن داور از انجام وظیفه، فاقد شرایط مورد توافق طرفین شدن داور، عدم تلاش و دقت متعارف در برگزاری داوری، یا بر خلاف قانون حاکم بر داوری عمل کردن، خاتمه یابد. همچنین ممکن است داور به دلایلی مثل بیماری یا مسائل شخصی دیگر استعفاء دهد. به هر صورت اهم شرایط و علل اعتراض به داور و برکناری او را قانون یا قواعد حاکم بر داوری و یا قانون محل برگزاری داوری (مقرر داوری) معین میکند.

در این شرایط باید این امکان برای طرفین وجود داشته باشد تا داور را از منصب خود برکنار کنند و همچنین در این حالت و در صورت کناره‌گیری او از داوری، وضعیت را ترمیم نمایند. در هر دو صورت، اجباری یا داوطلبانه، خاتمه کار داور، نباید داوری عقیم و غیر قابل اجرا گردد. برای این منظور و حفاظت از برگزاری جریان داوری، غالب قواعد و قوانین داوری روش و تشریفات را برای جرح یا برکناری و جایگزینی داور مقرر می‌نمایند.<sup>(۱)</sup>

۱- بعنوان نمونه عهدنامه واشنگتن ۱۹۶۵ (ایکسید) فصل پنجم خود (مواد ۵۸-۵۶) را به اعتراض به داور و فاقد شرایط و جایگزین شدن وی اختصاص داده است. رک.

Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States (The ICSID Convention 1695) 1965 - 575 UNTS 159; (1965) 4 ILM 532

اعتراض به داور یا جرح او توسط یک طرف، با برکناری داور با توافق طرفین یا توسط سازمان داوری یا دادگاه ملی متفاوت است. برکنار نمودن داور معمولاً بسیار کمتر از اعتراض به داور که غالباً به منظور توقف یا کند کردن روند داوری، یا برای رهایی طرف اعتراض کننده از داوری صورت می‌گیرد واقع می‌شود.

در داورها این امکان وجود دارد که یکی از طرفین به داور معرفی شده طرف دیگر اعتراض کند.<sup>(۲)</sup> قواعد داوری معمولاً چنین اعتراضاتی را براساس ادله تعریف شده و مشخص پیش‌بینی می‌کنند، مثلاً، مقرر می‌دارند اگر اوضاع و احوالی وجود داشته باشد که نسبت به بی‌طرفی یا استقلال داوران تردید موجه ایجاد کند ممکن است به ایشان اعتراض شود و آنان را ملزم می‌دارد چنین وضعیتهایی را آشکار کنند.

در این مقاله، در قسمت اول، ضمن بررسی موضوع جرح، علل و تشریفات رسیدگی به آن مورد کنکاش قرار می‌گیرد. همچنین در این قسمت بررسی خواهد شد که چنانچه عللی که میتوانند موجب جرح شوند پس از صدور رأی داوری آشکار گردند چه اثری بر داوری و یا رأی صادره خواهند داشت. در قسمت دوم، موضوع خاتمه ماموریت و جایگزین نمودن داور مورد بحث قرار خواهند گرفت. در این قسمت بررسی خواهد شد که خاتمه ماموریت داور که میتواند به علل خاص و بنا به تصمیم خود داور یا توافق طرفین یا با تصمیم دادگاه قضایی باشد چگونه صورت خواهد گرفت. بحث دیگری در این قسمت مطرح خواهد شد که در صورت جرح و خاتمه ماموریت داور آیا جایگزین یا جانشین او باید تعیین گردد، اگر چنین است چگونه؟ این مقاله با نتیجه‌گیری از مباحث هر دو قسمت به پایان خواهد رسید.

## قسمت اول: جرح، علل و تشریفات آن

### ۱- جرح داور

همانگونه که آئین‌های دادرسی دادگاهها تحت شرایطی امکان رد دادرسی

۲- درخواست جرح ممکن است توسط یکی از طرفین یا در بعضی موارد مثل داوری تحت قواعد دادگاه داوری بین‌المللی لند LCIA، توسط بقیه داوران بعمل آید.

(جرح قاضی) را پذیرفته‌اند،<sup>(۳)</sup> در صورتی که طرفین داوری نسبت به شرایطی که برای شخص داور تعیین کرده‌اند و یا در بی طرفی و استقلال او دچار تردید (موجه) یا بی اعتمادی شوند آئین‌های داوری نیز روشهایی را تحت عنوان جرح یا اعتراض (ایراد) به صلاحیت داور و برای برکناری او و جایگزین نمودن وی در نظر گرفته‌اند.

وظیفه و عملکرد نیمه قضایی دیوانهای داوری ایجاب می‌نماید که داوران کلاً حداقل استانداردهای خاصی مثل «بی طرفی و استقلال» را برای رسیدگی عادلانه به دعوی دارا باشند.<sup>(۴)</sup> لذا داوری که این شرایط حداقلی را نداشته باشد، کلاً می‌تواند توسط طرفین و تحت قواعد و قوانین داوری جرح شود.<sup>(۵)</sup> اعتراض به نصب و

۳- جهات رد دادرسی در سیستم قضایی ایران در ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای مدنی و انقلاب پیش‌بینی شده‌اند. ببینید همچنین: شمس، دکتر عبدال... آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، ۱۳۸۴، انتشارات دراک، شماره ۱۶ به بعد.

۴- اینکه رسیدگی عادلانه به دعوی باید توسط فرد یا هیأتی بی‌طرف و مستقل صورت گیرد در اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۰، تصریح گردیده است.

Universal Declaration of Human Rights.

"Article 10. Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.

ببینید:

De Fina, The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations - Role and Selection, 15 Arb Int 381 (1999); Smith, The Impartiality of the Party Appointed Arbitrators, 6 Arb Int 320 (1990) 340; Craig, W Lawrence, William W Park, Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed, Oceana 2000), Paras. 12-04; Lew, D.M., Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer, 2003, p.301 et seq.; Calvo, The Challenge of ICC Arbitrators, 15(4) Int'l Arb 63 (1998) 65.

۵- ببینید بعنوان مثال: قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس ۱۹۸۷ (قانون داوری بین‌المللی سوئیس) (Swiss Private International Law Act, 1987-PIL) ماده (ج) (۱)؛ ۱۸۰؛ قواعد داوری آنستیرال (UNCITRAL Arbitration Rules) ماده (۲)؛ ۱۰؛ قواعد داوری آی. سی. سی. International Chamber of Commerce - ICC) ماده (۱)؛ ۱۱؛ قواعد داوری وایپو (World Intellectual Property Organization - WIPO) ماده ۲۴ و قانون داوری نمونه آنستیرال (UNCITRAL Model Law) ماده (۲)

۱۲ که چنین مقرر می‌دارد (ترجمه مولف):

ماده ۱۲ «(۲) داور تنها در صورتی ممکن است جرح شود که اوضاع و احوال موجود موجب بروز تردیدهای



درخواست برکناری داور ممکن است توسط یکی از طرفین صورت گیرد. در غالب مقررات مربوط به جرح داور، این حق نه تنها در ارتباط با داور منتخب طرف مقابل یا داور منتخب شخص ناصب می‌باشد، بلکه این امکان برای طرفی که او را انتخاب کرده نیز وجود دارد.<sup>(۶)</sup>

جرح داور بدلیل عدم استقلال و جانبداری، یک حق است ولذا در هر داوری، داور را باید طرفین بشناسند تا بتوانند از این حق خود نسبت به او استفاده کنند. اعتراض به داور در داورها متداول شده است، زیرا اولاً، علل جرح در پرونده‌های داوری افزایش یافته است، ثانیاً، یک تاکتیک تأخیر انداختن قوی می‌باشد، ثالثاً، از لحاظ روانی بر طرف مقابل و داور مورد جرح (حتی اگر جرح رد شود) اثراتی دارد که به نفع جرح کننده می‌باشد. از طرف دیگر باید توجه داشت که ممکن است یکی از طرفین برای عقیم کردن داوری، و ویژگی مجادله‌ای و پیچیدگی تشریفاتی دادن به داوری، عمداً شخصی را بعنوان داور تعیین کند که مورد اعتراض و جرح طرف مقابل قرارگیرد (مثلاً مستقل و بی طرف نباشد). بنظر می‌رسد علیرغم این که موارد جرح داور در سالهای اخیر در داورها افزایش یافته است، اما بیشتر به این دلیل که طرفین داورها مایل نیستند داور منتخب

موجهی در مورد بی طرفی یا استقلال او گردد، یا او دارای خصوصیتی که مورد توافق طرفین بوده است نباشد. یک طرف می‌تواند داوری را که توسط او نصب شده، یا او در نصبش شرکت داشته، تنها به دلایلی که او بعد از نصب از آنها آگاه گردیده است، جرح نماید.

M. Bedjaoui, Challenge of Arbitrators, in van den Berg, Albert Jan (ed.), *International Arbitration in a Changing World*, ICCA Congress Series no. 6 (Deventer, 1994), 85; W. M. Tupman, Challenge and Disqualification of Arbitrators in Interantional Commercial Arbitration, (1989) 38 ICLQ 26; G. A. Alvarez, The Challenge of Arbitrators, (1990) 6 Arbitration Interantional, 203.

۶- ببینید بعنوان ماده (۳) ۱۰ قواعد دادگاه داوری بین‌المللی لندن (London Court of International Arbitration-LCIA) وماده (۱) ۱۸ قواعد داوری موسسه داوری آلمان (Deutseh Instution for Arbitration) (DIS) (Schiedsgerichtsbarkeit) که چنین جرحی را براساس مشخص شدن وقایعی که در زمان نصب برای طرفین معلوم نبوده است اجازه می‌دهند. برخی از قوانین داوری اجازه می‌دهند که یکطرف، داور منتخب خود را صرفاً بنا به علتی که بعداز انتخاب بر روی آشکار گردیده، جرح نماید. ببینید بعنوان مثال: قانون آیین دادرسی مدنی هلند(قانون داوری هلند(۱۹۸۶) Netherlands Code of Civil Procedure-NCCP, or Netherlands Arbitration Act - NAA, 1986) ماده (۲) ۱۸۰. برخی نیز در این زمینه ساکت هستند، ببینید بعنوان مثال قانون داوری فرانسه.

طرف دیگر را قبول کنند، او را به دیده داور غیر مستقل و جانبدار مینگرند و این باعث شده است تا تعداد اندکی از این موارد جرح موفق باشند.<sup>(۷)</sup>

در مسئله جرح داور حائلهای متضاد وجود دارد. مثلاً داوری باید با سرعت و شتاب مناسب برگزار شود، اما جرح ممکن است با تاکنیک تاخیر انداختن در جریان داوری صورت گیرد؛ یا جرح داور ممکن است باعث اتلاف وقت و هزینه‌های داوری شود، و بخصوص اگر در پایان داوری مطرح شود، قابلیت اجرایی رأی بسیار ضعیف خواهد کرد. به هر حال باید شرایط مربوط به داور و بخصوص بی طرفی و استقلال داور رعایت شود، و از طرف دیگر نیز باید یگانگی و وحدت بین المللی در خصوص تفسیر و اعمال زمینه‌ها و شرایط جرح نیز رعایت گردد.

گرچه منطقی به نظر می‌رسد که از زمان طرح تا تصمیم‌گیری جرح، جریان داوری به حالت تعلیق درآید، بعضی از قواعد و قوانین داوری در این زمینه ساکت هستند.<sup>(۸)</sup> و بعضی تعلیق را در اختیار دیوان داوری گذاشته‌اند.<sup>(۹)</sup> یا امکان ادامه رسیدگی و عدم تعلیق را مقرر نموده‌اند.<sup>(۱۰)</sup> برخی از قواعد داوری نیز ادامه رسیدگی را الزامی

۷- ببینید بعنوان مثال:

Redfern, Alan and Martin Hunter, *Law and Practice of Interantional Commercial Arbitration* (3rd ed, Sweet & Maxwell 1999), Pars. 4-59; Bockstiegel, *Practice of Various Arbitral Tribunals*, ICCA Congress Series no. 5, 132; Calvo, *The Challenge of ICC Arbitrators*, 15(4) Int'l Arb 63 (1998) 71; Craig, W Lawrence, William W Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3rd ed, Oceana 2000), Paras. 13-01.

۸- بعنوان مثال قواعد داوری آنسیترال و قواعد داوری آی. سی. سی. دادگاه داوری بین‌المللی لندن، انجمن داوری آمریکا (American Arbitration Association - AAA) و قانون داوری بین‌المللی سوئیس (قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس ۱۹۸۷) قاعده‌ای در خصوص تعلیق جریان داوری در زمان رسیدگی به جرح ندارند.

۹- ببینید بعنوان مثال: قانون داوری هلند ۱۹۸۶، ماده (۱) ۱۰۳۵ و قواعد مؤسسه داوری هلند (Netherlands Arbitration Institution-NAI) ماده (۵) ۱۹.

۱۰- ببینید بعنوان مثال: قانون داوری انگلستان، ماده (۳) ۲۴. ببینید همچنین قانون داوری نمونه آنسیترال، ماده (۳) ۱۳ که چنین مقرر می‌دارد (ترجمه مولف): ماده ۱۳، «(۳) چنانچه جرح طبق روش مورد توافق طرفین یا طبق بند (۲) این ماده، موفقیت‌آمیز نباشد، طرف جرح‌کننده می‌تواند، طی سی روز پس از دریافت اخطار [بلاغ] تصمیم مربوط به رد جرح، از دادگاه یا مرجع دیگر مشخص شده در ماده ۶ درخواست نماید که در مورد

نموده‌اند.<sup>(۱۱)</sup>

## ۲- علل جرح

علل یا استانداردهای جرح بستگی به توافق و اراده طرفین دارد (حاکمیت اصل استقلال یا آزادی اراده)، آنها می‌توانند هر صفت یا ویژگی را که مایلند برای داور یا داوران خود شرط و توافق کنند و در صورت عدم وجود آن در داور او را جرح نمایند.<sup>(۱۲)</sup> علاوه بر آن، قواعد و قوانین داوری نیز استانداردهایی را برای جرح داور در نظر گرفته‌اند.<sup>(۱۳)</sup> که لزوماً مشابه هم نیستند، اما عمومی‌ترین آنها استقلال و بی‌طرفی داور است که در قواعد و قوانین داوری یا این دو با هم<sup>(۱۴)</sup> یا یکی از آنها مقرر گردیده است.<sup>(۱۵)</sup>

غالب قواعد داوری سازمانی بر اینکه داور باید مستقل و بی‌طرف باشد تصریح دارند.<sup>(۱۶)</sup> تفاوت بین مفاهیم «استقلال» و «بی‌طرفی» را ماده (۱) ۳ قواعد اخلاقی

جرح تصمیم‌گیری کند، که این تصمیم قابل اعتراض [پژوهش] نخواهد بود؛ در حالیکه چنین درخواستی در جریان است، دیوان داوری، از جمله داور مورد جرح، می‌تواند رسیدگی داور را ادامه داده و رأی صادر کند.

۱۱- ببینید بعنوان مثال: قواعد داوری کمیسیون داوری تجاری و اقتصادی بین‌المللی چین (CIETAC)، ماده (۷) ۲۶.

۱۲- ببینید بعنوان مثال قانون داوری بین‌المللی سوئیس (قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس)، ماده (الف) (۱) ۱۸۰.

۱۳- وجود دارند قواعد و قوانین داوری که ملاک یا استانداردهای جرح را مشخص نکرده‌اند. مثلاً قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه در ماده ۱۴۵۲ بدون تعیین ملاکی برای جرح مقرر می‌دارد که اگر یک طرف معتقد است که شرایطی برای وی وجود دارد که ممکن است باعث جرح او شود، باید طرفین را مطلع کند و در صورتی که آنها قبول کنند او می‌تواند بعنوان داور عمل کند.

۱۴- قانون داوری نمونه آنستیرال، ماده (۲) ۱۲، قواعد داوری DIS، ماده (۱) ۱۸.

۱۵- قانون داوری بین‌المللی سوئیس در ماده ۱۸۰ فقط به عدم استقلال داور اشاره دارد، گرچه گفته می‌شود که تحت قانون سوئیس داور طرفدار را هم می‌توان جرح نمود- ببینید بعنوان مثال:

Peter and Freymond in Berti (ed), International Arbitration in Switzerland, Art. 180 Paras. 9 et seq.

در مقابل قانون داوری انگلستان در ماده ۲۴، در ضمن بحث از اختیار دادگاه در برکنار کردن دوار، فقط اشاره می‌کند به فقدان بی‌طرفی وی، در این قانون قاعده خاص دیگری برای جرح وجود ندارد. همه موارد برکناری داور در این ماده ذکر گردیده است.

۱۶- ببینید بعنوان مثال: قواعد داوری بین‌المللی انجمن داوری آمریکا (AAA)، ماده ۷؛ قواعد داوری آنستیرال، ماده ۶؛ قواعد وایپو، ماده ۲۲؛ قواعد آی. سی. سی. ماده (۱) ۷؛ قواعد دادگاه داوری بین‌المللی لندن (LCIA)،

۱۹۸۶ مربوط به داوران بین‌المللی انجمن کانون وکلای بین‌المللی بعنوان عناصر جانبداری چنین بیان می‌کند: (۱)، ۳ معیار برای ارزیابی موضوعات مربوط به جانبداری استقلال و بی‌طرفی هستند. طرفداری هنگامی واقع می‌شود که داور متمایل به یکی از طرفین است [تبعیض قایل می‌شود]، یا جایی که او در رابطه با موضوع اختلاف لطمه دیده است. وابستگی [عدم استقلال]، از روابط بین داور و یکی از طرفین یا کسی که ارتباط نزدیک با یکی از طرفین دارد [از نزدیکان طرفین است] ایجاد می‌شود.<sup>(۱۷)</sup> نمونه‌هایی از موارد عدم استقلال شخص داور در صحنه بین‌المللی را می‌توان، مشاور یا وکیل کنونی یا قبلی طرفین، سهامدار شرکت طرف دعوی، منسوبین یا دوستان نزدیک طرفین یا وکیل آنها، وجود رابطه خادم و مخدومی بین طرفین و داور، دانست لذا معیار عینی یا نوعی<sup>(۱۸)</sup> در استقلال مطرح است. نمونه‌هایی از موارد بی‌طرفی را باید در تمایلات ذهنی و علایق یا منفعت داور نسبت به طرفین یا موضوع اختلاف جستجو کرد. بنابراین، در بی‌طرفی معیار ذهنی و شخصی یا موضوعی<sup>(۱۹)</sup> و در روند دعوی نسبت به یکطرف طرفدارانه عمل کردن، مطرح است.

بدیهی است طرفداری حقیقی معمولاً غیر قابل اثبات است و لذا طرفداری ظاهری مثل داشتن نفع شخصی (معنوی) داور در نتیجه دعوی یا با تبعیض رفتار کردن با طرفین یا اداره کردن داور به نفع یک طرف، موجب جرح است. ممکن است حتی با وجودی که داور مستقل است، جانبدار محسوب شود، یا ممکن است یک شخص کاملاً بی‌طرف از بعضی جنبه‌ها مستقل نباشد. لذا اگرچه در حالت اول، حتی اگر داور آشکاراً را هم مستقل باشد با مغرضانه عمل کردن با یک طرف ممکن است مورد اعتراض

ماده (۲) ۵: قواعد داوری CIETAC، ماده ۲۵.

17- The International Bar Association Rules of Ethics for International Arbitrators

### 3. Elements of Bias

3.1 The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence. Partiality arises when an arbitrator favours one of the Parties, or where he is Prejudiced in relation to the subject-matter of the dispute. Dependence arises from relationships between an arbitrator and one of the Parties, or with someone closely connected with one of the Parties"

18- Objective.

19- Subjective.

و جرح واقع شود،<sup>(۲۰)</sup> بنظر می‌رسد در حالت دوم چنانچه عدم استقلال داور تأثیری در رسیدگی و صدور رأی نداشته باشد جای جرح نخواهد بود.<sup>(۲۱)</sup> از سوی دیگر نمیتوان نادیده گرفت که داوری که مدیر شرکتی است که او را نصب کرده است احتمالاً نمی‌تواند معیار لازم بی‌طرفی را برآورده نماید.<sup>(۲۲)</sup> در هر صورت دلایل عدم استقلال و جانبداری باید به قدری قوی و جدی باشد که شائبه تاکتیک تأخیر انداختن در روند داوری در آن نباشد. مثلاً اینکه داور سالها قبل لایحه‌ای برای پارلمان یک کشور طرف دعوی تنظیم کرده،<sup>(۲۳)</sup> یا سالها قبل برای دیدار از کشور طرف دعوی ابراز علاقه نموده، یا اینکه داور با وکلای یکی از طرفین دعوی همیشه همزمان از آسانسور هتل اقامتشان استفاده می‌کرده‌اند. از دلایلی هستند که جانبداری داور را ثابت نمی‌کند.

مواد (۱) ۱۴ و ۴۰ عهدنامه ایکسید برای داور در داوری ایکسید شرایط و ویژگیهایی مقرر می‌کنند از جمله آنکه او باید واجد صفات خوب و در زمینه‌های حقوقی، تجاری، صنعتی یا مالی وارد و آگاه باشد و بویژه از لحاظ حقوقی داور باید صلاحیت کافی داشته باشد.<sup>(۲۴)</sup> ماده ۵۷ این عهدنامه فقدان ویژگیهای ماده (۱) ۱۴ را

۲۰- در تحلیل و تفاوت استقلال وی طرفی ببینید:

Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration Vol. 20. No. 4. 2003. P. 325.

۲۱- ببینید رأی دادگاه هند را در:

Transocean Shipping Agency (p) Ltd v. Black See Shipping et al, XXIII YBCA 713 (1998) Para. 11.

۲۲- ببینید بعنوان مثال:

Saudi Arabia-United Kingdom (the Buraimi Oasis arbitration) (1955) in J. G. Wetter, The International Arbitral Process, Vol. 3 (New York, 1979), 357; Holiday Inns v. Morocco (ICSID case), 1 ICSID Reports 645.

۲۳- موضوع در این پرونده مطرح شده و درخواست جرح پذیرفته نشد:

Imperial Ethiopian Government v. Baruch Foster, 355 F 21 at 335 (5th Circ. 1976).

24- Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID Convention 1965)

Article 14

"(1) Persons designated to serve on the Panels shall be Persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or

باعث جرح داور قرار داده است.<sup>(۲۵)</sup>

مقرره قابل توجهی در قواعد آی.سی.سی، وجود دارد که حق جرح داور را به دلیل «خواه فقدان استقلال یا غیر آن»<sup>(۲۶)</sup> پیش بینی نموده است. براساس این مقرره، دادگاه آی.سی.سی. در جرح داور و برای برکناری وی یک اختیار نامحدود دارد و می تواند بنا به هر دلیلی که مقتضی ببیند داور را برکنار کند. لذا علیرغم اینکه در این ماده ذکرى از جرح به دلیل عدم بیطرفی داور نشده است، دادگاه آی.سی.سی. این اختیار را دارد که به این دلیل به جرح داور رسیدگی کند و مواردی نیز وجود دارد که دادگاه به دلیل سوء رفتار داور در جریان داوری یا نقض وظیفه افشاء هر گونه ارتباط با طرفین در گواهی عدم استقلال خود، وی را از داوری برکنار نموده است.<sup>(۲۷)</sup>

بطور کلی می توان گفت علل جرح بطور مضیق تفسیر و در نظر گرفته می شوند. بعضی

finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators".

#### Article 40

"(1) Arbitrators may be appointed from outside the Panel of Arbitrators, except in the case of appointments by the Chairman Pursuant to Article 38.

(2) Arbitrators appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14".

25- Ibid,

#### Article 57

"A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. ..."

26- "... Whether for an alleged lack of independence or otherwise..." - ICC Rules, Article 11(1)

27- Yves Derains, Eric A Schwartz, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration (Kluwer 1998), 175 et seq; Lew, D.M., Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kroll, comparative International Commercial Arbitration, Kluwer, 2003. P. 301 et seq; Craig W Lawrence, William W Park, Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed, Oceana 2000), Paras. 13-05(i).

برای عدم استقلال وی بی طرفی داور معیار «تردیدهای موجه (قابل توجه)»،<sup>(۲۸)</sup> را بکار گرفته‌اند،<sup>(۲۹)</sup> و بعضی دیگر «خطر واقعی»،<sup>(۳۰)</sup> فقدان بی طرفی را لازم دانسته‌اند.<sup>(۳۱)</sup> کلاً در این علل با توجه به هدف جرح که ایجاد اعتماد و اطمینان بیشتر به داوری منصفانه می‌باشد معین و تفسیر میشوند.<sup>(۳۲)</sup>

### ۳- تشریفات (آیین) جرح

تشریفات و آیین جرح را ابتدا باید در قانون قابل اعمال بر داوری که اصولاً قانون محل داوری می‌باشد،<sup>(۳۳)</sup> جستجو کرد. ممکن است قوانین داوری خود قواعدی برای برخورد با اعتراض به داور داشته باشند. معمولاً این قوانین در وهله اول، توافق طرفین در خصوص چگونگی جرح داور را می‌پذیرند، حتی در این صورت قواعد آمره این قانون غالب بر هر روشی است که طرفین انتخاب یا توافق کرده‌اند. در وهله دوم که

#### 28- Justifiable doubts.

۲۹- قانون داوری بین‌المللی سوئیس، ماده (ج) (۱) ۱۸۰؛ قانون داوری نمونه آنسترال، ماده (۲) ۱۲؛ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (ZPO)، ماده (۲) ۱۰۳۶.

#### 30- Real danger.

۳۱- ببینید بعنوان مثال در انگلستان پرونده‌های:

AT & T Corporation and Another v. Saudi Cable, [2000] 2 Lloyd's Rep 127; Laker Airways v. FLS Aerospace [1999] 2 Lloyd's Rep 45.

که دادگاههای انگلستان علیرغم اینکه قانون داوری انگلستان در ماده (الف) (۱) ۲۴ «تردیدهای موجه» نسبت به بی طرفی داور را مقرر می‌دارد، معیار «خطر واقعی» را در تصمیمات خود بکار گرفته‌اند.

Gearing, A Judge in his Own Cause? Actual or Unconscionable Bias of Arbitrators, 3 Int ALR 46(200); Eastwood, A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators, 17 Arb Int 287 (2001).

در آمریکا ببینید:

ANR Coal Co v. Cogentrix of North Carolina, Inc, 173 F 3d 493 (4th Cir 1999); Shore Disclosure and Impartiality: An Arbitrators Responsibility vis-à-vis Legal Standards", 57 (4) Dis Res J 34 (2002) 78 et seq.

۳۲- ببینید بعنوان مثال جرح در داوری ایکسید در پرونده:

Amco Asia v. Indonesia, noted at 1 ICSID Reports 376, 380, 389.

۳۳- استثنائاً داوری ایکسید خارج از کنترل و اعمال قانون ملی است و تنها تحت حاکمیت عهدنامه ۱۹۶۵ واشنگتن (ایکسید) می‌باشد- ببینید مواد ۵۶، ۵۷ و ۵۸ عهدنامه.

فقدان توافق طرفین می‌باشد، قواعد مربوط به چگونگی جرح مقرر شده در همین قانون باید رعایت گردد. سازمانهای داوری برای جرح داورانی که بوسیله آنها یا تحت نظارت آنها نصب می‌شوند روش خاص خود را دارند که ممکن است در بعضی موارد این روش با قوانین ملی هماهنگ نباشد.<sup>(۳۴)</sup>

بطور کلی می‌توان گفت که جرح یا اعتراض به داور ممکن است یا مستقیماً نزد دادگاههای ملی صورت گیرد، یا تنها نزد دیوان داوری طرح شود و چنانچه ادعا یا اعتراض رد شود، رأی صادره توسط چنین داوری در هنگام اجرا یا در خواست ابطال آن، بنا به موجبات جرح، مانند عدم استقلال یا عدم بی طرفی داور، در دادگاه مورد اعتراض قرار گیرد.<sup>(۳۵)</sup>

مزیت طرح مستقیم جرح نزد دادگاههای ملی آن است که موجب جرح به سرعت مورد رسیدگی و تصمیم‌گیری قرار خواهد گرفت و پس از این دیگر در جریان داوری یا پس از صدور رأی و در زمان اجرای رأی بعنوان علت ابطال رأی قابل طرح نخواهد بود. اشکال این طریقه آن است که در طول داوری، طرح جرح در دادگاه می‌تواند بعنوان تاکنیک تأخیر در برگزاری داوری باشد، بخصوص اگر تصمیم دادگاه قابل پژوهش و یا فرجام خواهی باشد.<sup>(۳۶)</sup>

از طرف دیگر طرح جرح در دیوان داوری دارای این مزیت است که تأخیر در جریان داوری به حداقل می‌رسد و اگر جرح پذیرفته شود جریان داوری یا خاتمه می‌یابد

۳۴- ببینید:

van den Berg, Albert Jan, Report on Challenge Procedure (the Arbitral Process and the Independence of Arbitrators), 87-93 (ICC ed - 1991) - ICC Publication No, 472 CISBN 92.842. 0093. 8 (EF), 1991.

۳۵- بعنوان مثال رک. قانون داوری سوئد:

U. Holmback, National Report Sweden, in the International Handbook on Commercial Arbitration. P. 7.

۳۶- قوانین داوری مدرن، تصمیم دادگاه در خصوص جرح را غیر قابل اعتراض و پژوهش می‌دانند. ببینید بعنوان مثال، قانون نمونه آنستیتال، ماده (۳)؛ قانون داوری هلند، مواد (۲) ۱۰۳۵ و ۱۰۷۰. در قواعد داوری آنستیتال دادگاه ملی هیچ نقشی در جرح داور ندارد، بلکه چنانچه طرفین داوری در خصوص جرح به توافق نرسند و داور نیز خود کناره‌گیری نکند، مقام ناصب داور در خصوص جرح وی تصمیم‌گیری خواهد کرد- ماده ۱۲.



یا برگزاری دآوری با داور جرح شده قابل ادامه نیست، یا اگر با این داور جریان رسیدگی ادامه یابد و رأی صادر شود، نتیجه آن ابطال رأی خواهد بود. عدم مزیت این طریقه آن است که ممکن است در صورت رد شدن جرح در دیوان دآوری، موضوع مجدداً در حین رسیدگی دآوری یا بعد از صدور رأی در دادگاه مطرح شود و نتیجه آن تعلیق جریان رسیدگی یا امتناع از اجرای رأی یا ابطال آن باشد. علاوه بر این، طرح جرح در دیوان دآوری باعث درگیر شدن مستقیم طرف جرح کننده با دیوان دآوری است که چنانچه دیوان این جرح را رد کند، آن درگیریهای مستقیم اثر نامطلوب روی رابطه دیوان دآوری و طرف جرح کننده در روند دآوری خواهد داشت.

در دآوری‌های موردی ممکن است طرفین قواعد دآوری آنستیرال را انتخاب کرده باشند که این قواعد در خصوص جرح داور روش خاص خود را دارد بطوریکه تحت این قواعد مقام ناصب تعیین شده توسط طرفین یا توسط دبیرکل دیوان دائمی دآوری در لاهه که مرجع معین شده توسط قواعد است، مرجع تصمیم‌گیری در خصوص جرح داور نیز می‌باشد.<sup>(۳۷)</sup> چنانچه طرفین این قواعد را انتخاب نکرده باشند قانون دآوری مقر دآوری روش جرح را معین خواهد کرد. امروزه بسیاری از قوانین ملی دآوری<sup>(۳۸)</sup> برگرفته از قانون دآوری نمونه آنستیرال<sup>(۳۹)</sup> است که تحت این قانون جرح در دو مرحله

۳۷- قواعد دآوری آنستیرال، مواد (۲) و ۶ و ۱۲.

۳۸- ببینید بعنوان مثال قانون دآوری سوئد، ماده ۱۰؛ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (ZPO)، ماده ۱۰۳۷؛ قانون دآوری فدراسیون روسیه، ماده (۲) ۱۳، در میان قواعد دآوری سازمانی قواعد دآوری (DIS) در خواست جرح ابتدا در دیوان دآوری مطرح و در صورت رد جرح متقاضی می‌تواند به دادگاه ملی رجوع کند- ماده (۲) ۱۸.

۳۹- قانون نمونه آنستیرال، ماده (۳) و (۲) ۱۳ چنین مقرر می‌دارد (ترجمه مؤلف):

ماده ۱۳. روش [تشریفات] جرح

(۱) طرفین آزاد هستند که در خصوص روش جرح داور، با رعایت مقررات بند (۳) این ماده، توافق کنند.

(۲) در صورت عدم چنین توافقی، طرفی که قصد جرح داور را دارد، طی ۱۵ روز پس از تاریخ اطلاع از تشکیل دیوان دآوری یا پس از اطلاع از هر اوضاع و احوال اشاره شده در ماده (۲) ۱۲، دلایل جرح را طی بیانیه‌ای کتبی [لایحه‌ای] برای دیوان دآوری خواهد فرستاد. دیوان دآوری در مورد جرح اتخاذ تصمیم خواهد کرد، مگر اینکه داور مورد جرح از سمت خود کناره‌گیری کند یا طرف دیگر با جرح موافق باشد.

(۳) چنانچه جرح طبق روش مورد توافق طرفین یا طبق بند (۲) این ماده، موفقیت‌آمیز نباشد، طرف جرح کننده می‌تواند، طی سی روز پس از دریافت اخطار [ابلاغ] تصمیم مربوط به رد جرح، از دادگاه یا مرجع دیگر مشخص شده در ماده ۶ درخواست نماید که در مورد جرح تصمیم‌گیری کند، که این تصمیم قابل اعتراض [پژوهش]

صورت می‌گیرد، اول دیوان داورى به جرح رسیدگی خواهد کرد<sup>(۴۰)</sup> و چنانچه جرح را رد کند، در مرحله دوم، طرف جرح کننده ظرف ۳۰ روز پس از دریافت تصمیم رد خواهد توانست به دادگاه ملی یا هر مرجعی که تحت قانون داورى ملی تعیین شده است، جهت تصمیم‌گیری برای جرح مراجعه نماید. این قانون مقرر می‌دارد که داورى هنگامی که دعوای جرح نزد مرجع ملی مطرح است با داور تحت جرح ادامه خواهد داشت و می‌تواند به صدور رأی برسد. به موجب این قانون تصمیم دادگاه غیر قابل پژوهش می‌باشد.<sup>(۴۱)</sup>

تحت بعضی از قوانین داورى، یکطرف نمی‌تواند کلاً جرح را تا پایان جریان داورى در دادگاه ادامه دهد.<sup>(۴۲)</sup> چنانچه طرفین در مورد روش جرح با یکدیگر توافق کرده باشند، هر تصمیمی که تحت این روش اتخاذ شود، نهایی خواهد بود و تنها ممکن است کنترل محدودی برای دادگاه وجود داشته باشد به طوری که پس از صدور رأی، بتوان ابطال آن را به جهت عدم استقلال و جانبداری داور از دادگاه درخواست نمود. برخی از قوانین نیز تصمیم‌گیری در این خصوص را از ابتدا برای دادگاههای ملی قائل شده‌اند.<sup>(۴۳)</sup>

نخواهد بود؛ در حالیکه چنین درخواستی در جریان است، دیوان داورى، از جمله داور مورد جرح، می‌تواند رسیدگی داورى را ادامه داده و رأی صادر کند.

۴۰- در مصر دادگاه عالی قانون اساسی در یک پرونده اظهار نظر نمود که اتخاذ تصمیم در خصوص جرح توسط خود دیوان داورى خلاف قانون اساسی است

Case no. 84 of the 19th Judicial Year. 6th November 1999, 3 Int ALR N-80 (2000)

عهدنامه ایکسید نیز تصمیم‌گیری در خصوص جرح را برعهده دیوان (داوران) گذاشته است مگر در جایی که جرح مربوط به داور منفرد یا اکثریت دیوان بشود که تصمیم‌گیری برعهده رئیس شورای اجرایی ایکسید می‌باشد - مواد ۵۸ و ۵۹ عهدنامه ایکسید.

۴۱- قانون داورى نمونه آنسیترال، ماده (۳) ۱۳.

۴۲- ببینید:

Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, (Kluwer 1999), paras. 872 et seq; Blessing, Marc, Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives (Helbing & Lichtenhahn 1999), 524.

۴۳- قانون داورى هلند ۱۹۸۶، ماده ۱۰۳۵؛ قانون داورى انگلستان، ماده ۲۴؛ قانون قضایی بلژیک، ماده ۱۶۹۱. ماده (۳) ۱۸۰ قانون داورى بین‌الملل سوئیس مقرر می‌دارد که چنانچه طرفین در خصوص چگونگی رسیدگی به جرح توافقی نداشته باشند، دادگاه محل داورى جرح را تصمیم‌گیری خواهد کرد. ببینید همچنین:

Sanders, Pieter, Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice (Kluwer 1999), 106 et seq.

معمولاً قوانین ملی نظارت بر رعایت شرایط موجب جرح را، برعهده دادگاههای ملی نهاده‌اند. چگونگی اعمال این نظارت ممکن است از کشوری به کشور دیگر، متفاوت باشد. حق نظارت و کنترل دادگاههای ملی بر جرح داور محدود به دادگاههای محل داوری نیست، این حق ممکن است به دادگاههای کشور محل شناسائی و اجرای داوری نیز داده شده باشد، مثلاً کشورهای عضو عهدنامه ۱۹۵۸ نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی بموجب ماده (ب) (۲) این عهدنامه چنانچه کشور مجری رأی باشند، دادگاههای آنها می‌توانند رأساً از اجراء رأی به دلیل آنکه با نظم عمومی آن کشور مغایرت دارد امتناع کنند، زیرا کلاً پذیرفته شده است که فقدان بی طرفی یا استقلال داور از مواردی است که رأی چنین داور یا دیوانی را خلاف نظم عمومی محل اجرا می‌سازد.<sup>(۴۴)</sup> گرچه کشورها با تفسیر مضیق از نظم عمومی خود در موضوعات بین‌المللی، به ندرت به این موضوع عمل خواهند کرد.<sup>(۴۵)</sup>

در داوریهای سازمانی، همانگونه که گفته شد، سازمانهای داوری در قواعد داوری خود عموماً آیین جرح مختص به خود دارند. اما، اعمال این آئین‌ها در یک داوری در صورتی میسر است که با قانون قابل اعمال بر داوری یا قانون کشور مقر داوری مغایر نباشد. طرفین داوری با انتخاب قواعد داوری سازمانی بطور غیر مستقیم تشریفات جرح را مشخص می‌نمایند. بنابراین رسیدگی به جرح براساس مقررات مندرج در قواعد داوری سازمانهای داوری انجام خواهد شد. در قواعد داوریهای سازمانی، رویه معمول آن است که لایحه یا درخواست جرح که در آن دلایل ذکر شده است، برای سازمان فرستاده می‌شود و آن سازمان نظر طرف دیگر و داور مربوطه یا دیوان داوری را در این خصوص اخذ می‌نماید. اگر طرفین نتوانند در خصوص برکناری (عزل) داور توافق نمایند یا داور خود کناره‌گیری نکند، سازمان تصمیم مقتضی را خواهد گرفت.<sup>(۴۶)</sup>

۴۴- ببینید:

van den Berg, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation 1981), p. 377.

۴۵- ببینید: نیکبخت، دکتر حمیدرضا، شناسایی و اجراء آراء داوریهای تجاری بین‌المللی، ۱۳۸۵. موسسه پژوهشهای بازرگانی، ص، ۸۴ به بعد.

۴۶- ببینید بعنوان مثال: قواعد داوری آی. سی. سی. ماده ۱۱؛ قواعد داوری AAA، مواد ۹ و ۸؛ قواعد داوری

## ۴- مهلت جرح

حق اعتراض به صلاحیت داور و جرح او بدون محدودیت زمانی نمی‌تواند وجود داشته باشد. قراردادن مهلت برای جرح نقش حمایت و تثبیت داوری را دارد، چون طرفی که از موجب جرح آگاه است نمی‌تواند آنرا بعنوان سلاحی در طول داوری برای اعتراض به رأی استفاده کند و باید فوراً آنها را ابراز کند. از این روی غالب مقررات مربوط به جرح مهلتی را برای این منظور برای طرفین در نظر گرفته‌اند که با سپری شدن آن این حق زایل خواهد شد، یا به عبارتی فرض خواهد شد که طرفین از حق اعتراض خود صرف‌نظر نموده‌اند. محدودیت زمانی پیش‌بینی شده توسط قواعد و قوانین داوری گرچه متفاوت می‌باشد اما کلاً کوتاه است.<sup>(۴۷)</sup>

کلاً باید گفت پس از نصب داور جرح او امکان‌پذیر نیست مگر بنا به علتی که پس از نصب بر طرفین آشکار گردیده باشد.<sup>(۴۸)</sup> در واقع این حالت بیشتر برای مواردی است که طرفین خود، داور را انتخاب نکرده‌اند و پس از نصب او صفاتی از داور برای طرفین مشخص می‌شود که برای داور بودن مناسب نیست و لذا طرفین باید بتوانند به صلاحیت شخصی او اعتراض نمایند. بسیاری از قواعد داوری به هریک از طرفین اجازه می‌دهد

CIETAC ماده (۱) ۲۷؛ قواعد داوری DIS، ماده (۲) ۱۸؛ قواعد داوری بین‌المللی اتاق تجارت میلان (MCCIAR) ماده ۲۰. طبق قواعد ایکسید (ICSID) اعتراض به یک داور را اعضای دیگر دیوان سه نفره رسیدگی می‌کنند، اگر دو داور نتوانند با یکدیگر توافق کنند، یا در صورت اعتراض به داور واحد یا به اکثریت داوران دیوان، تصمیم توسط ریاست شورای اجرایی ایکسید اتخاذ خواهد شد - (ماده ۹) -

ICSID arbitrations noted by W. M. Tupman, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration, (1989) 38 ICLQ 44.

۴۷- مهلت‌های پیش‌بینی شده عموماً کمتر از ۳۰ روز پس از انتصاب داور یا از آگاه شدن از موجب جرح می‌باشد، مثلاً، این مهلت در قواعد داوری وایپو (ماده ۲۵)، و قواعد داوری آنتیترال (ماده (۱) ۱۱)، ۱۵ روز است یا در داوری CIETAC ۱۰ و ۱۵ روز است، ماده ۲۶، و در قواعد داوری بین‌المللی اتاق تجارت میلان (MCCIAR)، ۱۰ روز است، ماده (۲) ۲۰، اما در قواعد آی. سی. سی. بیش از ۳۰ روز می‌باشد (ماده (۲) ۱۱). قانون داوری بین‌المللی سوئیس در ماده (۲) ۱۸۰ مقرر می‌دارد که علل جرح باید «فوراً یا بدون تأخیر» به اطلاع دیوان داوری و طرف دیگر برسد، و برخی از قوانین ملی چنین محدودیت زمانی ندارند و آنرا به توافق طرفین واگذار می‌نمایند که از این طریق محدودیت‌های زمانی مقرر توسط سازمانهای داوری (در صورت انتخاب طرفین) بکار خواهد آمد- ببینید بعنوان مثال، قانون داوری فرانسه و قانون داوری هلند ۱۹۸۶.

۴۸- ببینید بعنوان مثال: قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه، ماده ۱۴۶۳ و قانون آئین دادرسی مدنی بلژیک ماده ۱۶۹۰.

که درخواست جرح داور منصوب خود را صرفاً به دلایلی که پس از انتصاب او مشخص گردیده طرح کنند.<sup>(۴۹)</sup> در هر صورت طرفین باید در اندک مدتی پس از آشکار شدن علل جرح داور، اعتراض یا درخواست جرح خود را ارائه نمایند. چنانچه طرفین داورانی را علیرغم اینکه به عدم استقلال یا بی طرفی آنها آگاه باشند، منصوب کنند، فرض خواهد شد که آنها از حق اعتراض به آن داور و هرگونه تعارض شخصی که ممکن است با او داشته باشند، صرفنظر کرده‌اند. بنابراین، بعداً هیچ مهلتی برای طرح اعتراض یا جرح متصور نیست.

#### ۵- علل جرح بعد از صدور رأی داور

پس از صدور رأی، مأموریت یا کار داور عملاً خاتمه می‌یابد.<sup>(۵۰)</sup> لذا بنظر می‌رسد چنانچه علل جرح هر چند اندک مدتی پس از صدور رأی آشکار گردد، دیگر علیه داور نمی‌تواند مطرح باشد.<sup>(۵۱)</sup> بجای جرح و اعتراض به داور باید از اعتراض به رأی و درخواست ابطال رأی استفاده نمود، به دلیل آنکه رأی توسط داور فاقد شرایط و اوصاف لازم صادر شده یا دیوان دآوری صحیحاً با ترکیب یا با تشریفات که مورد توافق طرفین بوده تشکیل و برگزار نشده است، یا اینکه اجرای رأی مغایر نظم عمومی محل صدور یا محل اجرا می‌باشد. ممکن است قانون دآوری در مرحله قبل از صدور رأی قاعده‌ای برای رسیدگی به جرح نداشته باشد،<sup>(۵۲)</sup> در این حالت تنها راهی که برای

۴۹- قواعد دآوری آی. سی. سی. ماده (۲) ۱۱؛ قانون نمونه دآوری آنسیترال، ماده (۲) ۱۲؛ قواعد دآوری LCIA، ماده (۴) ۱۴؛ قواعد دآوری AAA، ماده (۱) ۸.

#### 50- Functio Officio

۵۱- در فرانسه، المان و سوئیس تصمیمات دادگاهها براین اساس بوده است که جرح داور باید قبل از صدور رأی نهایی بعمل آید، و پس از آن پذیرفته نخواهد شد. ببینید به ترتیب پرونده‌های:

Tribunal de Grand Instance Paris, 2 July 1990, Annahold BV v. L'Oreal, Rev Arb 483 (1996); Bundesgerichtshof, 4 March 1999, ZIP 859 (1999); Tribunal Federal, 14 Mars 1985, Societe Z v. L, ATF/BGE III IA 72, 74-78.

۵۲- ببینید بعنوان مثال قانون دآوری فدرال ایالات متحده آمریکا، که قاعده‌ای برای اعتراض به داور در جریان رسیدگی دآوری ندارد. البته بعضی از محاکم آمریکایی جانبداری و بی طرف نبودن داور را موجب نقض قرارداد دآوری دانسته و خود را برای رسیدگی به دعوی جرح قبل از صدور رأی صالح می‌دانند ببینید:

اعتراض به عدم استقلال و جانبداری داور وجود دارد آن است که در مرحله پس از صدور رأی به رأی صادره (توسط چنین داوری) اعتراض و درخواست ابطال آن شود. سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا همین موجب جرح می‌تواند مبنای اعتراض به رأی قرار گیرد یا استاندارد قوی‌تری لازم می‌باشد. بعنوان مثال وجود ارتباط بین داور و طرفین یا وکلای مشاورین حقوقی آنها که می‌تواند دلیل خوبی بر جرح داور باشد در صورتی که پس از صدور رأی، مشخص گردد، آیا می‌تواند همچنان دلیل خوبی برای اعتراض به رأی باشد؟ قوانین مختلف پاسخهای متفاوتی به این سؤال داده‌اند. در قوانین بعضی از کشورها معیار یکسانی برای جرح و برای اعتراض به رأی بکار گرفته شده است.<sup>(۵۳)</sup> اما در بعضی از سیستمهای داوری استاندارد قوی‌تر و شدیدتر لازم می‌باشد.<sup>(۵۴)</sup> مثلاً معیار عدم استقلال و جانبداری داور برای جرح وی که باید قبل از صدور رأی بعمل آید با معیار عدم استقلال یا جانبداری داور برای اعتراض به رأی متفاوت است. برای مورد اخیر در صورتی عدم استقلال و جانبداری داور موجب بطلان رأی خواهد شد که حقایقی که باعث وابستگی یا جانبداری می‌شوند قوی (شدید) و آشکار باشند.<sup>(۵۵)</sup>

همانگونه که گفته شد مشخص شدن عدم استقلال یا بی طرفی داور پس از صدور رأی ممکن است اجرای رأی را بدلیل مغایرت با نظم عمومی محل اجرا غیر ممکن

Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration Vol. 20. No. 4. 2003. at p. 345.

۵۳- ببینید بعنوان مثال: در فرانسه:

Tribunal de Grand Instance Paris, 9 Avril 1992, Societe Annahold BV et al v. L'Oreal, Rev Arb 483 (1996);

در سوئیس:

Tribunal Federal, 14 Mars 1985, Societe Z v. L, ATF/BGE III IA 72, 74-78.

در انگلستان:

AI & I Corporation and Another v. Saudi Cable, [2000] 2 Lloyd's Rep 127.

۵۴- ببینید بعنوان مثال در آلمان: Bundesgerichtshof, 4 March 1999, ZIP 859 (1999)

55- Okekeifere, Appointment and Challenge of Arbitrators Under the UNCITRAL Model Law: Part II: Challenge, 3 Int ALR 13 (2000) 15.

سازد. مثلاً دادگاه سوئیس داوری را که بعداً مشخص شد وی قبلاً بعنوان حقوقدان قرارداد موضوع داوری را نوشته یا تنظیم کرده، و وکالت یا نمایندگی خواهان را برعهده داشته و داور غیر قابل تغییر تعیین شده بود، فاقد شرط بیطرفی دانسته و اجرای رأی این داور را مغایر با نظم عمومی سوئیس و غیر قابل اجرا شناخت.<sup>(۵۶)</sup> به نظر میرسد رأی داور، حتی داور منفردی را که وابستگی به یکی از طرفین داشته باشد، مثلاً عضو ارشد مؤسسه خواهان یا خواننده باشد اما در موضوع دعوی دخالت یا نفعی نداشته باشد، تا زمانی که بیطرفانه عمل کند و انتصاب او بعنوان داور خلاف نظم عمومی کشور محل داوری نباشد، نتوان مغایر با نظم عمومی کشور محل اجرا قلمداد نمود.<sup>(۵۷)</sup>

باید توجه داشت اگر موجبات جرح در جریان داوری و قبل از صدور رأی برای طرفین آشکار بوده و آنها از حق جرح خود استفاده نکرده‌اند (که فرض میشود آنها از این حق خود صرف‌نظر کرده‌اند)، بعداً نمی‌توانند به همان دلایل به رأی اعتراض نمایند.<sup>(۵۸)</sup> در غیر این صورت طرفی که می‌خواهد داور را جرح کند، در جریان داوری این کار را نخواهد کرد و منتظر خواهد ماند تا نتیجه داوری حاصل شود، و بعد از صدور رأی، به دلیل جرح داور، اعتراض خواهد کرد، و این عملاً مهلت‌های مقرر برای جرح را نیز بی‌فایده خواهد نمود.

56- Bezirksgericht, Affoltern am Albis, 26 May 1994, XXIII YBCA 754 (1998) Para. 19

۵۷- نمونه چنین نظری را ببینید در رأی دادگاه هند در:

Transocean Shipping Agency (p) Ltd v. Black Sea Shipping et al, XXIII YBCA 713 (1998) Para. 11.

۵۸- ببینید:

Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, (3 rd ed., Sweet & Maxwell 1999) Paras. 4-70

قانون داوری فدرال ایالات متحده آمریکا در ماده (الف) ۱۰ مقرر می‌دارد که طرفی که قصد اعتراض به داور را دارد باید این اعتراض را در جریان داوری مطرح و ثبت کند تا بعداً بتواند به رأی اعتراض نماید، و چنانچه چنین نکند، فرض خواهد شد که او از حقوق خود در این زمینه صرف‌نظر نموده است -

Folse v. Richard Wolfe Med Insurance Corp 56 F 3d 603, 605 (5th Cir 1995); The Island Territory of Curacao v. Solitron Devices Inc., 356 F Supp 1 (SDNY 1973).

همین وضعیت در قانون نمونه آنستیرال وجود دارد علی‌رغم این حقیقت که شروط استقلال و بی‌طرفی داور آمره هستند و براساس ماده ۴ این قانون قابل صرف‌نظر کردن نیز نیستند.

## قسمت دوم: خاتمه مأموریت و جایگزین نمودن داور

## ۱- خاتمه مأموریت داور

مأموریت داور ممکن است با توافق طرفین داوری خاتمه یابد. این مقررهای است که معمولاً در قوانین<sup>(۵۹)</sup> و قواعد<sup>(۶۰)</sup> داوری پیش‌بینی می‌گردد. قراردادی بودن مبنای داوری نیز این اجازه را به طرفین می‌دهد که هر زمانی مایل باشند مأموریت داور را خاتمه دهند، و نمی‌توان آن‌ها را ملزم نمود که با داور یا دیوانی که نمی‌خواهند ادامه دهند. هریک از طرفین تحت شرایطی حق درخواست خاتمه دادن به مأموریت داور و جایگزین نمودن او را دارا می‌باشند. مثلاً چنانچه داور نتواند وظایفش را به نحو مناسب انجام دهد، یا از انجام آن منع شود یا در آن قصور نماید.<sup>(۶۱)</sup> و تأخیری ناروا (غیر موجه) داشته باشد، یا نشان دهد که از نقطه نظر خاصی قادر به مراقبت از جریان داوری نیست، مثلاً نتواند از عهده زمینه‌های پیچیده‌ای که پرونده دارد برآید، مأموریتش یا با

۵۹- ببینید بعنوان مثال قانون داوری انگلستان ماده (۴) و (۳) و قانون داوری نمونه آنستیرال، ماده ۱۴ که چنین مقرر می‌دارد (ترجمه مولف):

«ماده ۱۴ قصور یا عدم امکان انجام وظیفه

(۱) اگر داور به حکم قانون یا واقعاً [عملاً] در انجام وظایف خود ناتوان شود یا بنا به دلایل دیگری از انجام وظیفه بدون تأخیر ناروا [غیر موجه] قصور نماید، مأموریت او خاتمه می‌یابد چنانچه او از سمت خود کناره‌گیری کند یا چنانچه طرفین در خصوص خاتمه [مأموریت] توافق نمایند. در غیر این صورت، چنانچه در مورد هر کدام از این علل مناقشه‌ای باقی باشد، هریک از طرفین می‌تواند از دادگاه یا مرجع دیگر مشخص شده در ماده ۶ درخواست کند که در مورد خاتمه مأموریت تصمیم بگیرد، که این تصمیم قابل اعتراض نخواهد بود.

(۲) چنانچه داور، طبق این ماده یا ماده (۲) ۱۳، از سمت خود کناره‌گیری کند با یک طرف در مورد خاتمه مأموریت او موافقت نماید، این دال بر قبول صحت هر علت اشاره شده در این ماده یا ماده (۲) ۱۲ نمی‌باشد.

۶۰- ببینید بعنوان مثال: قواعد داوری آی. سی. سی. ماده (۱) ۱۲؛ قواعد وایپو، ماده ۲۸.

۶۱- ماده (۵) ۲۲ قواعد بین‌المللی دادگاه داوری میلان چنین مقرر می‌دارد:

"5. In the event of an arbitrator failing to use due diligence or causing an unjustified delay or being negligent in the Performance of his duties, the Arbitral Council shall issue an appropriate admonition and shall proceed to replace the arbitrator if he does not forthwith fulfill his duties after having received such admonition" - cited from Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law, Kluwer Law and taxation publishers, 1989, at p. 215.



کناره‌گیری خودش یا با توافق طرفین، خاتمه می‌یابد.<sup>(۶۲)</sup> همچنین، داور ممکن است بدلیل بیماری شدید یا مرگ یا بدلائل سیاسی یا کلاً به دلایل قانونی یا عملاً<sup>(۶۳)</sup> از انجام وظیفه‌اش ناتوان گردد،<sup>(۶۴)</sup> و ماموریتش خاتمه یابد. این امکان نیز وجود دارد که در حالتی که بین طرفین در خصوص وجود این علل برای داور اختلاف باشد هریک از طرفین از دادگاههای ملی درخواست نماید در خصوص خاتمه ماموریت داور تصمیم‌گیری نماید.

در مورد تأخیر ناروا در انجام وظایف داور باید در نظر داشت این که چه زمانی «تأخیر ناروا»<sup>(۶۵)</sup> واقع می‌شود، یا در چه صورتی دیوان داوری نتوانسته آنطور که در بعضی از قوانین آمده<sup>(۶۶)</sup> «بطور مناسب»<sup>(۶۷)</sup> داوری را برگزارد کند، موضوعی است که پس از شروع جریان داوری احراز آن مشکل است بویژه در جایی که یکی از طرفین علاقه‌ای به سرعت در داوری ندارد.<sup>(۶۸)</sup> بنا به هر دلیلی داور ممکن است با استعفا یا کناره‌گیری داوطلبانه از سمت خود، به ماموریتش خاتمه دهد. ممکن است این استعفا و ختم ماموریت باعث قطع جریان داوری و یا تأخیر در روند آن شود و باعث خسارت به طرفین یا یکی از آنها گردد. لذا برخی از قوانین داوری حق استعفای داور را محدود به مجوز از دادگاه ملی کرده‌اند، بطوریکه چنانچه یکی از طرفین با استعفای داور موافق نباشد وی باید از دادگاه برای استعفای خود مجوز اخذ نماید.<sup>(۶۹)</sup> در مورد خسارتی که

۶۲- ببینید بعنوان مثال، قانون داوری نمونه آنسیترال، ماده (۱)۱۴.

### 63- de jure or de facto

۶۴- از جمله دلایل قانونی که میتواند مانع داور از ادامه داوری شود، دستور دادگاه به داور بر توقف رسیدگی داوری است (antisuit injunction) ببینید:

Nariman, Finality in India: the Impossibility of Dream, 10 Arb Int 373 (1994); Kerr, Concord and Conflict in International Arbitration, 13 Arb Int 121 (1997).

### 65- Undue delay

۶۶- ببینید بعنوان مثال، قانون داوری انگلستان.

### 67- Properly

68- Okekeifere, The Parties, Rights Against Dilatory or Unskilled Arbitrator, 15(2) J Int'l Arb 136(1998)

۶۹- ببینید بعنوان مثال ماده ۱۶۸۹ قانون قضایی بلژیک، یا قانون داوری هلند ۱۹۸۶، ماده (۲)۱۰۲۹.

از استعفاء ممکن است واقع شود و حق الزحمه داور مستعفی قانون حاکم بر داوری یا قانون مقر دادگاهی که موضوع در آن مطرح است تعیین کننده خواهد بود.<sup>(۷۰)</sup>

## ۲- جایگزین نمودن داور

چنانچه داوری جرح شود و جرح موفق باشد، یا در صورت استعفای داوطلبانه داور یا در سایر مواردی که ماموریت داور قبل از صدور رأی خاتمه می‌یابد، دیوان داوری ناقص می‌شود. در این صورت چنانچه دیوان داوری یک نفره (داور منفرد) باشد یا یک نفر از دیوان داوری چند نفره (سه داور) و داوران باقیمانده نتوانند یا مایل نباشند که بعنوان دیوان ناقص عمل کنند، داور جدید باید به جای داور قبلی نصب گردد (داور جانشین تعیین گردد).

معمولاً داور جایگزین طبق توافق طرفین<sup>(۷۱)</sup> یا بر اساس همان قواعد یا روشی که داور تغییر یافته نصب شده بود، تعیین و نصب خواهد شد.<sup>(۷۲)</sup> این روش در واقع با قصد

۷۰- ممکن است داور به قصد ایجاد تأخیر در جریان داوری از سمت خود کناره‌گیری کند، و با این عمل خود برای طرفین یا یکی از آنها خسارت ایجاد نماید. کلاً اینکه داور برکنار شده یا مستعفی مسئول خسارت وارده در داوری، یا مستحق حق الزحمه داوری، می‌باشد بستگی به قانون یا قواعد حاکم بر داوری دارد. ببینید بعنوان مثال قانون داوری انگلستان ماده ۲۵. همچنین ببینید:

Carter, Rights and Obligations of the Arbitrator, 63 Arbitration 170 (1997) 172;  
Hausmaninger, Rights and Obligations of the Arbitrator With Regard to the Parties and the Arbitral Institution - A Civil Law Viewpoint, in ICC (ed), The Status of the Arbitrator.

۷۱- ببینید بعنوان مثال ماده ۸۱۱ قانون آئین دادرسی مدنی ایتالیا که مقرر می‌دارد:

"Whenever for any reason one or more of the appointed arbitrators cease their function, they are replaced applying the system provided for their appointment in the arbitration agreement or in the arbitration clause. If the party, or the third party to which it belongs to appoint the new arbitrator, does not so provide, or if the submission agreement or arbitration clause do not provide in this respect, then the provisions of the previous section apply" - cited from Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law, Kluwer Law and taxation publishers, 1989, at p. 213.

۷۲- ببینید همین روش را در قانون داوری نمونه آنسیترال، ماده ۱۵، قواعد داوری آنسیترال، ماده (۱)۱۳؛ قواعد داوری DIS، ماده (۳)۱۸.

طرفین در خصوص ترکیب دیوان تطبیق می‌کند، مثلاً داور جایگزین داور منتخب یکطرف باید توسط همان طرف انتخاب گردد تا وی اطمینان یابد که همانند طرف دیگر بر دیوان داوری که رأی نهایی را صادر خواهد نمود نفوذ و تأثیر دارد. لذا اگر جایگزین داور یکطرف توسط دادگاه یا شخص ناصب دیگری نصب گردد، آنطرف اعتماد لازم را به دیوان داوری نخواهد داشت. بنابراین، اگر چه یکطرف قبلاً در انتخاب داور اولیه خود شرکت نداشته است، اما اکنون باید حق انتخاب را داشته باشد. البته باید توجه داشت که ممکن است این روش توسط یکطرف مورد سوء استفاده وقت کشی قرار گیرد، بطوریکه او ابتدا یک داور جانبدار نصب نماید و سپس با جرح وی مجدداً داور جانبدار دیگری انتخاب نماید، و این عمل پیوسته تکرار شود و داوری را با تاخیر مواجه سازد. بنابراین، برای محدود کردن چنین حالتی، بعضی از قواعد داوریهای سازمانی به سازمان مربوطه اختیار می‌دهند که روش معرفی و نصب داور اولیه را بکار گیرند،<sup>(۷۳)</sup> بعضی از قواعد داوری نیز کلاً از روش معرفی و نصب داور اولیه فاصله می‌گیرند و اختیار انتخاب داور جایگزین را از طرفین می‌گیرند.<sup>(۷۴)</sup>

سوال این است، وقتی که داور جایگزین نصب می‌شود، جریان داوری که تا قبل از این جایگزین ادامه داشته است چه خواهد شد؟ پاسخ به این سوال بستگی به این دارد که چه مرحله‌ای از داوری قبلاً طی شده است. چنانچه داور جایگزین قبل از استماع شفاهی پرونده نصب شود، به او وقت داده خواهد شد تا لوایح طرفین و اسناد و مدارکی که مبادله نموده‌اند را مطالعه کند، بعلاوه ممکن است لازم باشد که وی (کتباً) نیز اعلام کند که اقدامات انجام شده مثل دستورات صادره در جریان گذشته داوری را قبول دارد. اما چنانچه جایگزینی داور پس از استماع شفاهی طرفین و شهود آنها صورت گیرد، در این حالت باید اطلاعات کامل از جریان داوری در اختیار داور جایگزین قرار داده شود و

۷۳- ببینید بعنوان مثال قواعد داوری دادگاه داوری بین‌المللی لندن (LCIA)، ماده (۱)۱۱ که مقرر می‌دارد:  
In the event that LCIA Court determines that any nominee is not suitable or independent or impartial or if an appointed arbitrator is to be replaced for any reason, the LCIA Court shall have a complete discretion to decide whether or not to follow the original nominating process.

ببینید همچنین قواعد آی. سی. سی. ماده (۴)۱۲. ۷۴- قواعد داوری ایکسید، ماده (۲)۱۱.

در صورتیکه مذاکرات جلسه استماع ضبط یا یادداشت شده است آن نیز به وی تحویل گردد. سرانجام این داور با بررسیهای همه جانبه خود از آنچه تاکنون در پرونده گذشته و با مشورت با داوران دیگر، تصمیم خواهد گرفت که آیا جلسه استماع دیگری برگزار شود یا نه و چه قسمتهایی از استماع لازم است مجدداً برگزار و تکرار شود. بعضی از قواعد داوری این اختیار را به دیوان داوری یا داور جدید داده‌اند که تصمیم بگیرد جلسه استماع یا هر قسمتی از جریان داوری تکرار شود یا نه.<sup>۱۵</sup> این حق هر داور است که در هر قسمتی از جریان داوری شرکت داشته باشد، و در صورتی که این حق از داور سلب شود، ممکن است رأی داوری بدلیل برگزاری نامناسب و غیر صحیح جریان داوری مورد اعتراض قرار گیرد. قواعد داوری آنسترال در ماده ۱۴ تکرار یا عدم تکرار جلسه استماع را در جایی که داور جایگزین شده، داور منفرد یا داور رئیس است در اختیار خود او قرار داده و در جایی که وی یکی از داوران همکار می‌باشد این اختیار را به دیوان داوری داده است.<sup>(۷۶)</sup> قابل ذکر است که در دیوان دعوای ایران - ایالات متحده که براساس قواعد داوری آنسترال عمل می‌کند، قاعده ماده ۱۴ قواعد داوری آنسترال تغییر داده شد بگونه‌ای که در هر صورت و قطع نظر از اینکه مقام داور چیست تکرار جلسات گذشته دیوان داوری در اختیار و صلاحدید دیوان داوری گذاشته شده است.<sup>(۷۷)</sup>

۷۵- ببینید بعنوان مثال قواعد وایپو، ماده ۳۴، که مقرر میدارد:

Article 34. "Whenever a substituted arbitrator is appointed, the Tribunal shall, having regard to any observations of the parties, determine in its sole discretion whether all or part of any prior hearings are to be repeated".

قانون داوری انگلستان نیز در ماده (۴) ۲۷ چنین مقرر می‌دارد:

"The tribunal (when constituted) shall determine whether and if so to what extent the previous proceedings should stand... This does not affect any right of a party to challenge those proceedings on any ground which had arisen before the arbitrator ceased to hold office"

ببینید همچنین قواعد آی. سی. سی. ماده (۴) ۱۲. ۷۶- قواعد داوری آنسترال، ماده ۱۴.

۷۷- این اختیار اعطاء شده به دیوان در زمان فوت قاضی ویرالی، داور رئیس، بکار گرفته شد این قاضی در یازده پرونده شرکت داشت که در زمان فوتش در جریان بود. در غالب پرونده‌ها، داور رئیس جایگزین شده دست نوشته‌های دیوان و یادداشتهای قاضی ویرالی و دستیارش را کافی دانست و فقط در دو مورد جلسه استماع

قانون داوری نمونه آنسیترال مانند بسیاری از قوانین ملی در خصوص موضوع ساکت است،

اما قانون داوری مصر که برگرفته از این قانون می‌باشد اعلام میدارد که برکناری یک داور کل جریان داوری را که تا زمان برکناری انجام شده حتی اگر رأی صادر شده باشد، باطل می‌کند.<sup>(۷۸)</sup> این بدان معناست که تمامی جریان داوری باید تکرار شود. در بعضی از کشورها برای جایگزینی داور جریان داوری معلق می‌شود و بعد از جایگزین شدن داور جریان داوری از همانجا که معلق شده بود ادامه می‌یابد.<sup>(۷۹)</sup>

### نتیجه‌گیری

استقلال و بی طرفی داور از شرایط بنیادین جریان داوری است، و قواعد و قوانین داوری صراحتاً یا بطور ضمنی آنها را الزامی دانسته‌اند، لذا چنانچه در خصوص این شرایط در داور تردید عینی وجود داشته باشد، داور خود باید از پذیرش دعوت طرفین به داوری خودداری کند یا حداقل وضعیت خود را که باعث تردید در استقلال یا بی طرفی او می‌باشد کتباً به اطلاع طرفین و یا سازمان داوری برساند، و اگر یکطرف عدم برخورداری داور از شرایط را جدی یافت و اعتراض کرد، داور باید بدون ورود به جریان رسیدگی رسمی به جرح داور، داوری را نپذیرد یا از داوری استعفاء دهد. در غیر اینصورت داوری وارد جریان جرح خواهد شد. به هر صورت امروزه جرح در غالب داوری‌ها یک امر معمولی شده است. بعلاوه، عدم وجود شرایط اساسی توافق شده برای داور که ارتباطی با استقلال یا بی طرفی هم ندارد میتواند باعث جرح شده و به این دلیل

تکرار گردید- ببینید:

Iran-US Claims Tribunal described in S. A. Baker and M. D. Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice* (Deventer, 1992), 37-71.

۷۸- قانون داوری مصر در قسمتی از ماده (۴) ۱۹ چنین مقرر میدارد:

"... [The removal of an arbitrator] shall entail considering the arbitral proceedings already conducted, including the Arbitral Award, null and void".

۷۹- ببینید بعنوان مثال قانون داوری هلند ۱۹۸۶، ماده (۳) ۱۰۳۰.

که دیوان داوری مطابق شرایط مورد توافق طرفین تشکیل نشده باعث ابطال یا عدم اجرای رأی صادره گردد.

اصولاً پیش‌بینی روش جرح در داوری، برای اطمینان از برگزاری یک داوری عادلانه و منصفانه می‌باشد که این خود باعث پذیرش بهتر و آسانتر رأی داوری حتی توسط طرفی که رأی علیه وی صادر شده می‌گردد. در داورها تمایل بر آن است که با موضوع جرح برخورد قاطع شود، البته باید در نظر داشت که در دنیای نسبتاً کوچک داوری بسیار محتمل است که افراد، یعنی طرف‌های دعوی، وکلا یا داوران، با هم آشنا باشند و یکدیگر را بشناسند. در واقع این شناخت زمینه اعتماد به رسیدگی داوری می‌شود، هر چند اعتماد ضرورت بی‌طرفی را نفی نمی‌کند. جرح داور در آغاز داوری ناگزیر باعث تاخیر در جریان نصب داور و در طول جریان داوری باعث تاخیر در رسیدگی و نهایتاً باعث طولانی شدن داوری می‌شود. با این وجود بسیاری از موارد جرح بعنوان تاکتیک برای همین به تاخیر انداختن داوری و یا بدست آوردن مزیت‌هایی در تشریفات داوری توسط جرح‌کننده است. لذا این روش می‌تواند ابزاری باشد برای سوء استفاده طرف‌های فاقد حسن نیت و ایجاد خلل و تاخیرهای ناروا در روند داوری. بنابراین، باید توجه داشت که دلیل عدم استقلال داور یا جانبداری بودن او باید قوی و مستحکم باشد و نباید بصورت واهی و بی‌ربط طرح شود و نباید صرفاً تلاشی باشد برای متوقف کردن جریان داوری. ممکن است اعتراض نزد دادگاه مقرر داوری صورت گیرد و به مقررات قانون محلی به عنوان قانون داوری استناد شود. باید توجه داشت که اکثر قوانین ملی بدو به دادگاهها اختیار عزل داوران را به دلایل خاص و معین مانند جانبدار بودن یا عدم استقلال نمی‌دهند و درخواست جرح ابتدا باید نزد دیوان داوری مطرح گردد. چنانچه جرح توسط دیوان تایید نگردد این امکان را پیش‌بینی نموده‌اند که جرح در دادگاه طرح شده و ادامه یابد. تصمیم‌گیری در خصوص جرح توسط دیوان داوری بویژه در دیوانهای یک نفره (داور منفرد) می‌تواند غیر عادلانه باشد زیرا داور قاضی دعوی علیه خود می‌باشد.

توصیه می‌شود از حق جرح در داوری کمتر استفاده شود زیرا آثار نامطلوب آن می‌تواند بیش از آثار مطلوبش باشد یعنی، جرح ممکن است ناموفق باشد، لذا تأثیر سوء روی

روابط داور و طرف جرح کننده خواهد داشت، همچنین می تواند اثر نامطلوب روی نظریات داور در خصوص پرونده و به ضرر طرف جرح کننده داشته باشد و چنانچه داور جانبدار جرح نشود و در جریان داوری باقی بماند داور رئیس معمولاً به دیده ظن به او نگاه کرده و به نظریات او اهمیت نخواهد داد، و بیشتر به داور دیگر توجه خواهد نمود، در نتیجه داور مضمون به جانبدار بودن بر جریان پرونده و تصمیمات مربوط تاثیر مهمی نخواهد داشت. جرح قطعاً باعث تأخیر در آن است که جریان داوری و صدور رأی می شود. بعلاوه تضمین وجود ندارد اگر داوری جرح و برکنار شود و داور دیگری بجای او بیاید مستقل و بی طرف تر از وی باشد، حتی ممکن است بسیار بیشتر از داور قبلی بر جریان داوری و نتیجه آن تاثیر بگذارد. اثر نامطلوب دیگری که در جرح وجود دارد.

### کمیسیون داوری تجاری و اقتصادی بین المللی چین (CLETAC)

China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAX Arbitration Rules 2005).

### قواعد داوری بین المللی اتاق تجارت میلان (MCCIAR)

Milan Chamber of Commerce - International Arbitration Rules, (MCCIAR 2004).

عهد نامه نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، ۱۹۵۸.

قانون داوری نمونه آنسیترال

(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)

قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سوئیس ۱۹۸۷ (قانون داوری بین الملل

(Swiss Private Intefnational Law Act, 1987 - PIL)

سوئیس)

(UNCITRAL Arbitration Rules)

قواعد داوری آنسیترال

(Interantional Chamber of Commerce, 1998 - ICC) (ICC)

آی.سی.سی.سی.

(World Interlectual Property Organizaion - WIPO) (WIPO)

وایپو

.(London Court of Arbitration - LCIA)	دادگاه داوری بین المللی لندن
.(NCCP - NAA)	قانون آیین دادرسی مدنی هلند (قانون داوری هلند ۱۹۸۶)
(Netherlands Code of Civil Procedure-NCCP, or Negherlands Arbitration Act - NAA, 1986).	
.(American Arbitration Association-AAA)	انجمن داوری آمریکا
.(Negherlands Arbitration Institution-NAI)	موسسه داوری هلند
.Deutseh Instution for Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)	موسسه داوری آلمان
The UK Arbitration Act 1996	قانون داوری انگلستان
AC	Law Reports, House of Lords (Appeal Cases)
All ER	All England Law Reports
Am Rev Int'l Arb	American Review of International Arbitration
ASA Bullentin	Swiss Arbitration Association Bulletin
ATF	Arrets du Tribunal Federal Suisse
CA	Court of Appeal of England and Wales
CC	Code civil,codice civile, civile code
CCP	Code of Civil Procedure
Disp Res J	Dispute Resolution Journal
F2d	The Federal Reporter Second Series
FAA	United States Federal Arbitration Act
F Supp	Federal Supplement
HKHC	Hong Kong High Court
ICC Bulletin/Bull/Brochure	Interantional Chamber of Commerce International Court of Arbitration Bulletin/Bruchure
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Int ALR	International Arbitration Law Review
ILA	International Law Association



ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
Iran-US CTR	Iran-US Claims Tribunal Reports
J Int'l Arb	Jourrial of International Arbitration.
LIAMCO	L. ibyon American Oil Company.
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
Lloyd's MCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LNTS	League of Nations Treaty Series
Mealey's IAR	Mealey's International Arbitration Reports
Model Law	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration adopted 21 June 1985
NCPC	(French) New Code of Civil Procedure (Nouveau Code de Procedure Civile)
New York Convention	New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958
NYAD	New York Appellate Division
OJ	Official Journal of the European Communities
PC	Privy Council
PIL	(Swiss) Private International Law
Rabelsz	Rabels Zeitschrift fur aus Uindisches und internationales Privatrecht
RCADI	Recueil des Cours de l' Academie de Droit International de la Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law
Rev Arb	Revue de arbitrage
SDNY/SD Cal/ SD Ohio	Southern District of New York/ of California/ of Ohio

Texas INT'LJ	Texas International Law Journal
Tulane L Rev	Tulane Law Review
UNCITRAL Notes	UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings
UNTS	United Nations Treaty Series
Washington Convention (ICSID Convention)	Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States 1965
YBCA	Yearbook of Commercial Arbitration
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	German Code of Civil Procedure (ZPO)

## نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان در انگلستان و ولز

دکتر نسرین مهرا\*

### چکیده

هدف از نگارش این مقاله، بررسی سیستم عدالت کیفری اطفال و نوجوانان در انگلستان، با توجه به اصلاحات قانونی و رویه قضائی در این زمینه است. اگر چه مطابق با آمارهای رسمی، بزهکاری نوجوانان از نظر میزان و شدت، افزایش قابل توجهی نداشته است، اما سیاست و رویه کنونی انگلستان در برخورد با بزهکاران نوجوان، رویکردی سزاگرایانه دارد. در توجیه این امر خواهیم گفت که سیاستهای برخورد با جرایم نوجوانان از ساختارهای ترس محور ناشی می شود که ذهنیت عمومی را علیه نوجوانان تحریک کرده و در نتیجه پاسخهای سرکوبگر را علیه آنان شکل داده است.

### کلیدواژگان

ترسهای بجا، وحشتهای روحی، رفاه، عدالت، غیر رسمی سازی، حقوق، مسئولیت‌ها، مجازات و مقابله به مثل، دوگانگی سیاستها در عدالت کیفری اطفال، مداخله، حبس.

---

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و رئیس انجمن ایرانی حقوق جزا.

## مقدمه

جرایم اطفال و نوجوانان یکی از مهمترین دغدغه‌های مدرنیته است، به گونه‌ای که این موضوع، توجه سیاستمداران، مطبوعات و عموم را به خود جلب نموده است. از این رو، این تصور ایجاد شده است که بزهکاری نوجوانان پدیده‌ای منحصر به زمان حال است. این تصور، به درستی در این عبارت عامیانه خلاصه می‌شود: «در دسر امروزی کودکان برای جامعه».<sup>(۱)</sup> اما در حقیقت بزهکاری نوجوانان، و نگرانی و ناامنی‌ای که در نتیجه آن ایجاد می‌شود، تاریخچه‌ای<sup>(۲)</sup> طولانی دارد و از این رو این اعتقاد که جرایم نوجوانان منحصر به زمان حال می‌شود، به همان اندازه غلط است که اعتقاد به افزایش میزان و شدت آن.

به نظر جفری پیرسون نگرانیهای کنونی در مورد بزهکاری اطفال و نوجوانان از شروع انقلاب صنعتی آغاز شده و در طول سده نوزدهم ادامه یافته و تثبیت شده است. به عنوان مثال واژه Job<sup>(۳)</sup> از اواخر سده نوزدهم رایج شده که در واقع، معادل عامیانه Boy (پسر) است و واژه Hooligan<sup>(۴)</sup> نیز در همین دوران رایج شده است. هر دوی این واژه‌ها جهت توصیف اعضای جوان گروههای خیابانی در مراکز شهرهای در حال توسعه انگلستان در دوران صنعتی به کار برده می‌شد. در همین راستا، بسیاری از جرم‌شناسان، جامعه‌شناسان و تاریخدانان نیز معتقدند که جرایم نوجوانان و نگرانی‌های ناشی از آن تاریخچه بسیار طولانی دارد.<sup>(۵)</sup>

بزهکاری نوجوانان، ویژگی بارز جوامع غربی در دوران انقلاب صنعتی بوده است،

1- Muncie, J. The trouble with kids today: Youth crime in post-war Britain-London-Huchinson- 1984, pp. 68-86.

۲- در مورد تحولات تاریخی مربوط به بزهکاری نوجوانان و برخورد با این بزهکاران در ایران رک. شامبیاتی، هوشنگ، بزهکاری اطفال و نوجوانان، تهران، چاپ کیان، چاپ سوم، ۱۳۷۲، صص ۴۵-۳۳.

۳- به معنای لات و ولگرد.

۴- به معنای جوان اوباش و ولگرد.

۵- برای نمونه نگاه کنید به:

Cox and Shore- Becoming Delinquent: British and European Youth 1650-1950- Aldershot: Ashgate 2002, Ch. 3. Hendrick, Child welfare: Historical dimensions- contemporary debate- Bristol: Policy Press- 2003, Ch. 5.

اما همانگونه که استن کوهن در جمله معروف خود خاطر نشان کرده است «چه جوامع امروزی و چه جوامع آینده، زمانی که پی ببرند یک وضعیت، یک پدیده، یک شخص و یا گروه خاص، ارزشها و مصالح جامعه را تهدید می کند دچار نگرانی روانی - اخلاقی می شوند.<sup>۶</sup> با نگاهی به تاریخ معاصر، به نظر می رسد که درگیر شدن افراد جوان در بی نظمی های عمومی و یا جرم در انگلستان، چنین نگرانی های روحی را بین مردم ایجاد کرده است و این موضوع، برخورد صریح با پدیده بزهکاری نوجوانان را ایجاب نموده است. براین اساس، مادها و راکرزهای<sup>(۷)</sup> دهه ۱۹۶۰، «زورگیرهای خیابانی»<sup>(۸)</sup> و «اوباش فوتبال»<sup>(۹)</sup> دهه ۱۹۷۰ و «محکومان زندانی که در دوران آزادی به قید ضمانت مرتکب جرم می شوند»<sup>(۱۰)</sup> و «بزهکاران جوان مزمن»<sup>(۱۱)</sup> دهه ۱۹۹۰، هر یک به دلیل ایجاد ترس و نگرانی های روحی در مردم، تبدیل به شیطان شده اند. ترس عمومی ایجاد شده در نتیجه بزهکاری کودکان و نوجوانان و محاسبات سیاسی دولتمردان، منجر به این نتیجه گیری می شود که «باید نسبت به این پدیده اقدامی صورت گیرد».

دو نکته در این زمینه قابل ذکر است؛ اولاً، به نظر می رسد که در طول تاریخ، در انگلستان نوعی دلسردی برای شناسایی بزهکاران حاکم بوده است. ثانیاً، ترسهای بزرگ نمایی شده، و نگرانی های روحی که رسانه های گروهی به آن دامن می زنند، درک درست مردم انگلستان را از عمق و گستردگی واقعی جرایم اطفال و نوجوانان خدشه دار کرده است. از این رو تحلیل آمارهای رسمی، نتایج تحقیقات و نیز رویه عملی در زمینه عدالت کیفری نوجوانان ممکن است تصویر صحیح تری از بزهکاری اطفال و نوجوانان ترسیم نماید.

تحقیقات مبتنی بر اظهارات و اعترافات افراد به عنوان مجرم نشان می دهند که

6- Cohen, S. Folk devils and moral panic : The creation of the mode and rockers- London- MacGibbon and Kee- 1972, p. 9.

۷- Rockers این افراد جوانانی بودند که خصیصه بارز آنها پوشیدن لباس چرم، موتورسیکلت سواری و علاقه به موسیقی راک بود. این افراد در نزاع دائم با مادها (Mods) بودند که خصیصه بارز آنها شیک پوشی و موتورسیکلت سواری بود.

8- Street muggers.

9- Football hooligans.

10- Bail bandits.

11- Persistent young offender.

بزهکاری به طور کلی بخشی عادی در فرایند رشد اکثر اطفال و نوجوانان است. در تحقیق اخیر کلارفلود و همکارانش، پژوهشگران به این نتیجه رسیدند که ۶۰ درصد از پسران ۱۷-۱۶ ساله پذیرفته‌اند که تاکنون یک جرم مرتکب شده‌اند. به علاوه، بیشتر افراد مورد تحقیق پذیرفته‌اند که بالاترین سن برای درک بزهکاری ۱۸ سال برای پسران و ۱۵ سال برای دختران است.<sup>(۱۲)</sup>

با وجود این و برخلاف اعتقاد عمومی، نمی‌توان گفت که بیشتر جرایم گزارش و تعقیب شده را کودکان و نوجوانان مرتکب می‌شوند. به عنوان مثال، در طول سال ۲۰۰۱ تقریباً ۸۸ درصد از جرایم تعقیب شده در انگلستان را بزرگسالان مرتکب شده بودند.<sup>(۱۳)</sup> شاید بتوان گفت که در طول حدود دو دهه اخیر، نرخ جرایم نوجوانان به نحو چشمگیری کاهش یافته است. در همین راستا، آمارهای رسمی انگلستان نشان می‌دهند که در طول سالهای ۱۹۹۲ تا ۲۰۰۱، تعداد افراد ۱۰ تا ۱۷ ساله که اخطار رسمی<sup>(۱۴)</sup> دریافت کرده و یا محکوم شده‌اند، تا ۲۱ درصد یعنی از ۱۴۳۶۰۰ مورد به ۱۱۳۸۰۰ مورد، کاهش یافته است.<sup>(۱۵)</sup> بدیهی است که چنین کاهش را نمی‌توان به سادگی با توجه به تغییرات جمعیتی توجیه نمود. با این توضیح که تعداد کودکان و نوجوانان نسبت به کل جمعیت کاهش یافته است و براین اساس جرایم ارتكابی توسط ایشان نیز به تبع آن کاهش یافته است. هرچند که همواره بایستی در تحلیل آمارهای جنایی رسمی احتیاط نمود، اما این ارقام قطعاً باورهای عمومی را در مورد بزهکاری نوجوانان زیر سوال می‌برد.

همانگونه که نسبت به نرخ جرایم نوجوانان در انگلستان اغراق می‌شود، نسبت به شدت و وخامت آن نیز بزرگ نمایی می‌شود. این ادعا که کودکان عمدتاً مرتکب جرایم

12- Graham, J and Bowing, B. Young people and crime- Home office research study- 145- London- HMSO- 1995.

13- NACRO- Some facts about young people who offend- 2001 youth crime briefing- March- London- NACRO- 2003a.

14- Caution.

15- Home Office- Criminal statistics England and Wales- London- Home office- 2002.

خشونت آمیز می‌شوند، اساساً گمراه کننده است. بیشتر جرایم ارتكابی کودکان و نوجوانان، جرایم متعارف علیه اموال است.<sup>(۱۶)</sup> در انگلستان، سرقت، خرید و فروش اموال مسروقه، سرقت از منازل، تقلب یا جعل و ایراد خسارت کیفری، در سال ۲۰۰۱، ۶۶ درصد از جرایم گزارش شده نوجوانان را تشکیل می‌داد. به علاوه جرایمی که از نظر میزان خشونت، پایین‌ترین درجه را دارند (سرقت و خرید و فروش اموال مسروقه)، تقریباً نیمی از جرایم ارتكابی کودکان و نوجوانان را تشکیل می‌دهند.<sup>(۱۷)</sup> در واقع، جرایم خشونت آمیز علیه افراد، کمتر از ۱۴ درصد و سرقت به عنف تنها ۲/۴ درصد از تمامی جرایم ارتكابی کودکان و نوجوانان را تشکیل می‌دهد. علاوه بر این، بسیاری از سرقت‌های همراه با اذیت و آزار در عمل شامل ربودن تلفن همراه کودکان و نوجوانان می‌شود.<sup>(۱۸)</sup>

بدین سان، اولاً، بزه‌دیدگان جرایم نوجوانان اغلب خود کودکان و نوجوانان هستند و بعید نیست که خود بزه‌کاران، بزه‌دیده نیز باشند. «اداره اصلاحات کیفری هوارد ۲۰۰۲» اعلام کرده است که «کودکان زندگی پیچیده‌ای دارند و درگیری آنان در فعالیتهای مجرمانه کم اهمیت، بخشی از فرایند رشد ایشان است، چه به صورت بزه‌دیده، چه به شکل بزه‌کار و چه به هر دو صورت».<sup>(۱۹)</sup> ثانیاً، خطر بزه‌دیدگی نوجوانان به صورت مساوی توزیع نشده است: بیشتر جرایم نوجوانان در مناطق فقیرنشین،<sup>(۲۰)</sup> یعنی جایی که بیشتر بزه‌کاران نوجوان زندگی می‌کنند اتفاق می‌افتد. برعکس، طبقه متوسط ساکن در مراکز شهرها، در واقع در محیط نسبتاً امنی زندگی می‌کنند.

۱۶- شامبیاتی، هوشنگ، همان، صفحه ۹۵.

17- Home Office, 2002, op.cit., p. 9.

18- Harrington, V. and Mayhew, P. Mobile phone theft- Home office research study 235- London- Home office - 2001, ch. 3.

19- The Howard League for Penal Reform.

طبق آمار منتشره مورخ ۱۱ آوریل ۲۰۰۲، اداره اصلاحات کیفری هوارد ۹۶٪ از نوجوانان بزه‌دیدگان جرم می‌باشند.

20- Simmons, J. Crime in England and Wales 2001/02- Home Office Statistical Bulletin- 07/02- London- Home Office- 2002, p. 67.

بزهکاران نوجوان، معمولاً مذکر هستند. تقریباً ۸۰ درصد از مرتکبان جرایم تحت تعقیب قرار گرفته شده، طی ۱۰ سال اخیر، پسران بوده‌اند. داده‌های آماری این تصور عمومی را که دختران به نحو چشمگیری تمایل به ارتکاب جرم دارند تایید نمی‌کند.<sup>(۲۱)</sup> پسران نه تنها بیشترین جرایم، بلکه شدیدترین آنها را نیز مرتکب می‌شوند. با بررسی این موضوع در زمینه نژاد، می‌بینیم که بر خلاف تصور عمومی ارتکاب جرم توسط کودکان و نوجوانان سیاهپوست، نسبت به هم‌تایان سفید پوست آنان، بیشتر نیست.<sup>(۲۲)</sup> با توجه به این موضوع، افزایش نامتناسب استفاده از حبس در مورد دختران نسبت به پسران<sup>(۲۳)</sup> و حضور بیشتر کودکان و نوجوانان سیاهپوست در هر یک از مراحل سیستم عدالت کیفری<sup>(۲۴)</sup> در انگلستان امری غیر متعارف محسوب می‌شود. چنین پدیده‌ای بیشتر نشانگر بی‌عدالتی جنسیتی و نژادی ذاتی سیستم عدالت نوجوانان انگلستان است، نه اینکه دختران و سیاهپوستان تمایل بیشتری به ارتکاب جرم داشته باشند.<sup>(۲۵)</sup> در کنار جنسیت و نژاد، طبقه اجتماعی نیز معیاری است که می‌توان براساس آن جرایم نوجوانان و عدالت کیفری نوجوانان را مورد بررسی قرار داد. نظام عدالت کیفری با نوجوانان متعلق به طبقه پایین جامعه بیشتر و شدیدتر برخورد می‌کند. این بدین معنا نیست که تمامی کودکان طبقه پایین جامعه مرتکب جرم شده یا اینکه تنها کودکان طبقه پایین مرتکب جرم می‌شوند، اما ارتباط میان طبقه اجتماعی، فقر، عدم تساوی و سایر عوامل اجتماعی، از یک سو و مداخلات دولت از طریق عدالت کیفری از سوی دیگر، امری ثابت شده است.<sup>(۲۶)</sup> به این دلیل است که در این نوشتار ابتدا عدالت کیفری اطفال و

21- NACRO, 2003a- op. cit., p. 76. 22- Graham and Bowling- op.cit., p. 97.

23- NACRO, 2003a- op. cit., p. 68.

24- Goldson, B. and Chigwada Bailey, R. (What) justice for black children and young people?, in Goldson, B. (ed)- youth justice: Contemporary policy and practice- Aldershot: Ashgate- 1999, pp. 36-45.

۲۵- مداخلات سرویسهای اجتماعی و رفاهی رسمی کودکان، خانواده‌های فقیر و از هم پاشیده که زیر فشار دائمی رنج می‌برند، محله‌هایی که اشکال مختلف محرومیت در آنجا به چشم می‌خورد، تحصیلات همراه با شکست و تا حد زیادی بیهودگی، بیکاری، خستگی روحی و عدم توانایی ایجاد ارتباط با دیگران و مشکلات مرتبط با سلامت که بی ارتباط با سوء استفاده از الکل یا مواد مخدر نیست.

26- Goldson, B. New labour, social justice and children: political calculation and the



چگونگی رفتار آن با کودکان بزهکار را بررسی می‌کنیم و سپس تحولات عدالت کیفری اطفال را که بدنبال انطباق خود با شرایط جدید جامعه و خصوصیات امروزی بزهکاری اطفال است، مطالعه خواهیم کرد.

### الف - عدالت کیفری اطفال و نوجوانان

همانگونه که تفاوت‌های آشکاری میان سیستم‌های عدالت کیفری در سرتاسر جهان وجود دارد، به تبع آن پاسخ‌های رسمی به بزهکاری اطفال نیز از کشوری به کشور دیگر تفاوت دارد.<sup>(۲۷)</sup> به این دلیل، عدالت بر اساس مشخصه‌های فرهنگی و قلمروهای قضائی تغییر می‌کند. تفاوت سیستم‌های عدالت کیفری نه تنها در میان کشورهای جهان مشاهده می‌شود، بلکه در قلمرو پادشاهی انگلستان نیز وجود دارد: سه قلمرو قضائی مجزا شامل انگلستان و ولز، اسکاتلند و ایرلند شمالی با دیدگاه‌های بیش و کم متفاوتی راجع به اطفال و بویژه مدیریت سیستم عدالت نوجوانان در پادشاهی انگلستان وجود دارد. تاکید ما در این مقاله بر ویژگی‌های سیستم عدالت کیفری نوجوانان در انگلستان و ولز خواهد بود.

#### ۱- مفاهیم موضوعی

از زمان ایجاد دانش بزهکاری اطفال و نوجوانان (جرم‌شناسی اطفال) در قرن نوزدهم و متعاقب آن وضع قوانین و مقررات، دادگاهها، سیاستها، رویه‌ها و آیین دادرسی خاص بزهکاران جوان در آغاز قرن بیستم، عدالت کیفری اطفال همواره با تحولات زیادی روبرو بوده است.<sup>(۲۸)</sup> جان میونیک و گوردون هوگز این موضوع را

deserving- undeserving schism- the british journal of social work- Vol. 32(6)- 2002a- pp. 683-695.

27- Munice, J. Juvenile justice in Europe: Some conceptual, analytical and statistical comparisons- Children right- No. 2002-2003. pp. 14-17.

28-Goldson, B. Children crime and the state- in Goldson, B. Lavallate, M. and Mckeckine, J. (eds.)- Children, welfare and the state- London- sage- 2002b, pp. 423-428.

بدین صورت بیان کرده‌اند که تاریخ عدالت کیفری نوجوانان، مملو از تعارض، تناقض، ابهام و سازش است... و بر آن است تا بر مبنای تلفیقی از منطق و سنت نهادهای خدمات‌رسانی اجتماعی و سنت قانونگذاری نئولیبرال مبتنی بر مسئولیت و مجازات اقدام کند. به علاوه، تعادل بر هم خورده میان ابعاد مراقبتی و سزادهی سیستم، ناشی از آرمان‌گرایی الزامات و احتیاطات سیاسی است. بدین ترتیب، سیستم‌های عدالت کیفری نوجوانان، پویا، دائماً در حال تحول، و همچنین محل حل و فصل مفاهیم موضوعی معارض است.<sup>(۲۹)</sup> شش نمونه از این مفاهیم، در اینجا مهم می‌نماید: حمایت، عدالت، غیررسمی‌سازی، حقوق، مسئولیتها و کیفر.

#### ۱-۱- حمایت

این اصل که به موجب آن کودکان و نوجوانان باید از سنگینی بار تشریفات رسیدگی کیفری - آنگونه که در مورد بزرگسالان معمول است - در امان باشند، از مفهوم حمایت در عدالت کیفری نوجوانان ناشی شده است و عمری طولانی در حقوق کیفری اطفال دارد. ماده ۴۴ قانون کودکان و جوانان ۱۹۳۳<sup>(۳۰)</sup> مقرر می‌دارد:

«هر دادگاهی که در حال رسیدگی به کودک و یا نوجوانی است که به عنوان بزهکار و یا به علت دیگری در آن حضور یافته است، باید حمایت آن کودک یا نوجوان را مد نظر قرار دهد». همچنین تبصره یک ماده یک قانون کودکان ۱۹۸۹<sup>(۳۱)</sup> مقرر داشته است:

«زمانی که دادگاه مشکلی را در ارتباط با یک کودک مطرح می‌کند... حمایت از کودک باید مهمترین مسئله مورد بررسی باشد». با توجه به لحاظ اوضاع و احوال نامساعد بیشتر بزهکاران جوان، اصل حمایت به نحو چشمگیری جلوه می‌کند.

دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ دوران اوج رفاه‌گرایی یعنی «حمایت» در عدالت کیفری

29- Muncie J. and Hughes G. Modes of youth governance: Political rationalities, criminalization and resistance- in Muncie, J. and Hughes. G. and McLaughlin, E. (eds.)- youth justice: Critical readings- London: sage- (2002: 1), Ch. 3.

30- Children and Young person Act 1933.

31- Children Act 1989.

نوجوانان در انگلستان و ولز بود.<sup>(۳۲)</sup> در این دوره قوانین کودکان و نوجوانان<sup>(۳۳)</sup> مصوب ۱۹۶۳ و ۱۹۶۹ در پی لوایح رفاه گرای «کودک، خانواده و بزهکار جوان ۱۹۶۵»<sup>(۳۴)</sup> و «کودکان در معرض خطر بزهکاری ۱۹۶۸»<sup>(۳۵)</sup> به تصویب رسیدند. این تحولات در حقوق و سیاست، یک سلسله اصلاحات حمایتی را در عدالت نوجوانان موجب شد که در خلال دهه ۱۹۷۰ به اوج خود رسید.<sup>(۳۶)</sup>

در پایان دهه ۱۹۷۰ و اوایل ۱۹۸۰ اولویتهای حمایتی عدالت نوجوانان بر سه مبنای عمده استوار بوده است. اولاً، محافظه کاران منتقد چنین استدلال می کردند که کارکرد اولیه نظام عدالت نوجوانان باید نظارت بر اطفال بزهکار باشد، نه مراقبت از آنان. اما مفهوم رفاه و حمایت، دلیلی برای برخورد ملایمتر و نرمتر نظام عدالت کیفری با نوجوانان بزهکار شده است. ثانیاً، صاحب نظران دانشگاهی و دست اندرکاران تندر و عدالت کیفری، مشروعیت تحمیل گسترده مداخله کیفری بر مبنای نیاز اطفال بزهکار را مورد انتقاد قرار داده، تصورات شخصی از بازپروری آنان را مورد خدشه قرار دادند و استدلال کردند که مداخلات به ظاهر حمایتی از طریق نظام عدالت کیفری نوجوانان، اغلب باعث صدمات بیشتری به آنان می گردد و بالاخره همین دانشگاهیان و دست اندرکاران تندر و، استدلال می کردند که اختیارات مصلحت اندیشانه در ارتباط با حمایت، حق کودک بر عدالت را تحت الشعاع خود قرار می دهد.<sup>(۳۷)</sup>

## ۲-۱- عدالت

مفهوم عدالت در مقوله عدالت کیفری نوجوانان، ایجاب می کند که شدت برخورد رسمی با جرایم نوجوانان متناسب با شدت جرم ارتكابی باشد، نه میزان نیازهای قابل

32- Blagg, H. and Smith, D. Crime, Penal policy and social work- Harlow- Longman- 1989, pp. 61-78.

33- Children and Young Person Act.

34- The Child, The Family and The Young Offender 1965.

35- Children in Trouble.

۳۶- Gildson, B. 2002a- op.cit. برای بحثهای دقیق تر نگاه کنید به:

37- Thorpe et al- Out of care: The community support of juvenile offenders- London: George Allen and Unwin- 1980, Ch. 7.

محاسبه آنان. این اصل برخاسته از یکی از اصول عدالت کیفری کلاسیک است که مشتمل بر رسالت مرقانون جزایی و تناسب مجازات با جرم است. به موجب اصل عدالت، سه مفهوم ضمنی باید در نظر گرفته شود. اولاً، بایستی حقوق کودکان و نوجوانان در جریان رسیدگی‌ها، توسط وکلای تضمین گردد. ثانیاً، مداخله رسمی مطابق با محدودیتهای آزادی سنجیده شود چندان که این مداخلات به حداقل ضروری کاهش یابد. ثالثاً، مجازات حبس باید به صورت محدود نسبت به جرایم اطفال اعمال شود. چنین تفکراتی از اوایل دهه ۱۹۸۰ تا اوایل دهه ۱۹۹۰ به گونه‌ای موثر در انگلستان و نلز حکمفرما بود.<sup>(۳۹)</sup>

### ۳-۱- غیر رسمی سازی رسیدگی

غیر رسمی سازی بر مبنای یک سلسله دیدگاههای نظری، ضرورت‌های اجرایی - عملی و دیدگاههای انتقادی بنا گردیده<sup>(۳۹)</sup> که به منظور به چالش کشیدن مشروعیت کل نظام عدالت کیفری نوجوانان مطرح شده است. دیدگاههای غیر رسمی به طور کلی ملاحظات رسمی را زیر سوال می‌برند، به این دلیل که فرایندهای رسمی کیفری خاص اطفال و نوجوانان، اساساً آنان را با برچسبهای مجرمانه انگ می‌زنند. چنین برچسب‌زنی، توسط مراجع دولتی به صورت یک‌دست انجام نمی‌شود، چرا که نسبت به اطفال مونث، اطفال متعلق به طبقه کارگر و سیاهپوستان بیشتر اعمال می‌شود. به علاوه، برچسب‌زنی باعث واکنشهای اجتماعی منفی می‌گردد که به نوبه خود دارای پیامدهای خاصی است.<sup>(۴۰)</sup> بر این اساس، استدلال شده است که مداخله کیفری و برچسب‌زنی رسمی، برای تعداد خاصی از کودکان برچسب خورده، شخصیت جرم‌زا بوجود می‌آورد، (یا لاقلاً شخصیت مجرمانه آنها را تثبیت می‌کند) که این خود از زمان ایجاد، باعث گرایش به سمت رفتارهای مجرمانه بعدی می‌شود و از این رو ادوین لیمرت

۳۸- از نظر قانونی نیز رعایت این اصل در قوانین عدالت کیفری ۱۹۸۲، ۱۹۸۸، ۱۹۹۱ تصریح گردیده است.

39- Cohen, S. Visions of social control- Cambridge: Policy- 1985, pp. 82-95.

40- Becker, H. Out siders- New Yourk- Free Press- 1963, Ch. 11.

نتیجه گیری می کند که: «کنترل اجتماعی افراد منجر به انحراف می شود».<sup>(۴۱)</sup> بر همین اساس دیوید متزا در مورد ماهیت تخریبی مداخلات کیفری رسمی چنین نظر داده است که: «هرگونه تلاش جهت پیشگیری، مداخله، دستگیری و بازپروری افراد...، تمایل جامعه را برای موضع گیری علیه آنان تسریع کرده و یا به شدت تشدید می کند».<sup>(۴۲)</sup> اگر چه غیر رسمی سازی رسیدگی، هیچ گاه به شکل کامل در قبال سیستم عدالت کیفری نوجوانان در انگلستان و ولز به اجرا در نیامده است، اما برخی از انتقادهای اساسی وارد شده توسط آن، سیستم سزاگرا را تحت تاثیر قرار داده است.<sup>(۴۳)</sup>

#### ۴-۱- حقوق

کودکان و نوجوانان در سیستم عدالت کیفری انگلستان دارای برخی حقوق قانونی هستند. علاوه بر حقوقی که در مقررات داخلی مقرر گردیده اند (از جمله قانون حقوق بشر ۱۹۹۸)<sup>(۴۴)</sup> تعدادی از کنوانسیونها، استانداردها، معاهدات و قواعد بین المللی وجود دارند که مقرراتی را در مورد سیاست و رویه عدالت کیفری خاص نوجوانان ارائه می کنند. معروفترین این اسناد، عبارتند از: قواعد حداقل استانداردهای سازمان ملل در مورد اجرای عدالت کیفری خاص اطفال و نوجوانان (قواعد بیجینگ ۱۹۸۵)،<sup>(۴۵)</sup> رهنمودهای سازمان ملل برای پیشگیری از بزهکاری اطفال و نوجوانان (رهنمودهای

41- Lemert, E. Human deviance, social problems and social control- Englewood cliffs- NJ: Prentice hall-1967, p.77.

42- Matza, D. Becoming deviant- Englewood cliffs- NJ: Prentice hall- 1969- p. 80.

43- Goldsom, B. Beyond formalism: Towards informal approaches to youth crime and youth justice- in Bateman, T. and Pitts, J. (eds.)- The Russell house companion- to youth justice- Dorset: Russell house- 2004b, ch. 4.

44- Human Rights Act 1988.

45- United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules, 1985).

برای جزئیات مربوط به این قواعد رک. ویترو، رناته، کودکان معارض قانون، قواعد پکن در گزارش کارگاههای آموزشی «دادرسی ویژه نوجوانان» درسالهای ۸۰-۱۳۷۹ صص ۴۰-۳۵.

ریاض (۱۹۹۰)<sup>(۴۶)</sup> و قواعد سازمان ملل برای حمایت از نوجوانان محروم شده از آزادی (قواعد JDP ۱۹۹۰)<sup>(۴۷)</sup> شاید بتوان مهمترین این مقررات بین‌المللی را کنوانسیون حقوق کودک سازمان ملل متحد (۱۹۸۹)<sup>(۴۸)</sup> دانست که اصول مفصلی را در مورد حقوق کودکان، نحوه نگهداری آنان، قوانین، سیاستها و رویه‌های موثر بر کودکان و روابط رسمی و غیر رسمی با کودکان پیش‌بینی کرده است. شاید بتوان با برخی استثنائات<sup>(۴۹)</sup> گفت که کنوانسیون حقوق کودک، نسبت به سایر کنوانسیونهای بین‌المللی در تاریخ، سریع‌تر مورد پذیرش دولت‌ها قرار گرفته و از همه فراگیرتر بوده است. دولت انگلستان این کنوانسیون را در سال ۱۹۹۱ به تصویب رساند.<sup>(۵۰)</sup>

#### ۵-۱- مسئولیتها

همانگونه که رفاه و حمایت با عدالت تعدیل می‌شود، حقوق با مسئولیتها تعدیل می‌گردد. واضح‌ترین مفهوم مسئولیت با توجه به سن مسئولیت کیفری، نمایان می‌گردد. سن مسئولیت کیفری سنی است که در آن فرد از نظر حقوق کیفری کاملاً مسئول فرض می‌شود: یعنی زمانی که ممکن است اعمال خطا کارانه فرد به صورت رسمی به عنوان جرم مورد رسیدگی قرار گیرد. قبلاً متذکر شدیم که سیستمهای عدالت کیفری نوجوانان در سطح جهان با هم متفاوت‌اند. در همین راستا، تفاوت آشکاری در مورد سن

46- The United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (the Riyadh Guidelines, 1990).

برای جزئیات این رهنمودها رک. ویترو، نوجوانان محروم آزادی، راهکارهای پیشگیری و رهنمودهای ریاض در گزارش کارگاههای آموزشی... همان، صص. ۵۳-۶۰.

47- The United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (the JDL Rules, 1990).

48- United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC, 1989).

۴۹- از جمله این استثنائات می‌توان به ایالات متحده اشاره نمود که روند تصویب کنوانسیون در این کشور زمانی طولانی داشته است.

۵۰- برای توضیحات بیشتر در این زمینه رک.

Scraton, P. and Haydon, D. Challenging the criminalization of children and young people: Securing a right-based agenda- in Muncie, J. (et al)- youth justice: critical readings- London: sage- 2002.

مسئولیت کیفری کودکان و نوجوانان وجود دارد. در انگلستان و ولز سن مسئولیت کیفری ۱۰ سال است.<sup>(۵۱)</sup> برخی از صاحب نظران استدلال می کنند که ناعادلانه است که کودک ۱۰ ساله را مانند یک بزرگسال مسئول بدانیم و از این رو معتقدند که حقوق کیفری به وضوح با مقررات مدنی در تضاد است.<sup>(۵۲)</sup> بحث مسئولیت کیفری در سیستم عدالت کیفری نوجوانان انگلستان، با توجه به اینکه والدین می توانند به خاطر رفتارهای فرزندانشان رسماً پاسخگو و مسئول باشند،<sup>(۵۳)</sup> پیچیده تر شده است.<sup>(۵۴)</sup> با توجه به این انتقاد، ساختارهای مسئولیت کودک یا والدین - تعهدات اخلاقی و وظایف اجتماعی - تاثیر واضحی بر شکل گیری سیاست و گسترش اجرای عدالت کیفری نوجوانان معاصر گذاشته است.

#### ۶-۱- کیفر

به رغم تحول متفاوت نظام های عدالت کیفری اطفال و نوجوانان در دنیا، کیفر همواره در آنها وجود داشته است و دولت همیشه حق اعمال مجازات را برای خود محفوظ داشته است. کیفر کودکان و نوجوانان بزهکار از طریق موسسات نگهداری کودکان ابداع شده است. از زمان تاسیس نخستین موسسه کیفری انحصاری برای کودکان، در قسمت کودکان زندان پارک هرست ویژه پسران<sup>(۵۵)</sup> در سال ۱۸۳۸،

۵۱- مهرا، نسرین، عدالت کیفری اطفال از منظر حقوق بین الملل، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸، صص. ۲۲۹-۲۰۹.

۵۲- برای نمونه نگاه کنید به:

Bandalli, S.- Children, responsibility and the new youth justice- in Goldson, B. (ed.)- The new youth justice- Dorset: Russell house- 200, Ch. 5.

۵۳- والدین در این موارد موظف به پرداخت جریمه کودکان زیر ۱۶ سال خود بوده و به علاوه مکلف به حضور فعال در تمامی جلسات رسیدگی به جرایم اطفال خود می باشند. در موارد ضروری دادگاه می تواند والدین را موظف به حضور در کلاسهای خاصی نماید که با شیوه های مراقبت از اطفال آشنا شوند. در این مورد

رک. Parental Order

54- Goldson, B. and Jamieson, J.- Youth crime the patenting deficit and state intervention: A contextual critique- Youth justice- Vol. 2(2)- 2002- pp. 82-99.

55- Parkhurst Prison for Boys.

ابتکارات سیاسی و پیشرفتهای حقوقی و تجارب مربوط به حبس اطفال، اشکال سازمانی یکپارچه‌ای را ایجاد و تثبیت نموده‌اند: مدارس بازپروری و صنعتی<sup>(۵۶)</sup> نیمه قرن ۱۹، زندانهای نوجوانان<sup>(۵۷)</sup> در اوایل قرن بیستم، مدارس خاص<sup>(۵۸)</sup> که در دهه ۱۹۳۰ ایجاد شدند، مراکز حبس و نگهداری<sup>(۵۹)</sup> که با قانون عدالت کیفری ۱۹۴۸ ایجاد شدند، خانه‌های اجتماعی همراه با آموزش<sup>(۶۰)</sup> که با قانون کودکان و نوجوانان ۱۹۶۹ تاسیس گردیدند، مراکز مراقبت<sup>(۶۱)</sup> که از اوایل دهه ۱۹۷۰ گسترش پیدا کردند، مراکز نگهداری از نوجوانان<sup>(۶۲)</sup> که از اوایل دهه ۱۹۸۰ بوجود آمدند، موسسات نوجوانان بزهکار<sup>(۶۳)</sup> که از دهه ۱۹۹۰ ایجاد شدند و اخیراً ایجاد مراکز نگهداری و مراقبت<sup>(۶۴)</sup> - اولین زندانهای خصوصی کودکان در انگلستان و ولز - از این دست هستند.

## ۲- دوگانگی

عدالت کیفری نوجوانان از ترکیب پیچیده‌ای بوجود آمده است. توجه به نظامهای عدالت کیفری نوجوانان به عنوان تلفیق دوگانه‌ای که هسته اصلی آن از مفاهیمی متضاد و متناقض تشکیل شده است می‌تواند ما را در درک بهتر آن کمک نماید. براین اساس است که رفاه و عدالت، حقوق و مسئولیتها و غیر رسمی سازی رسیدگی به جرایم اطفال

56- Reformation and industrial schools.

57- Borstals.

در مورد این تاسیس رک. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم بیگی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۷، صفحه ۳۴.

58- Approved schools.

59- Remand centers and detentoin centers.

60- Community homes with education.

61- Secure units.

62- Youth custody centers.

63- Young offender institution.

برای توضیح بیشتر در مورد این نهادها رک. مهرا، نسرین، ترمیمی شدن عدالت صغار در انگلستان و ولز، علوم جنایی (مجموعه مقالات درتجلیل از استاد دکتر آشوری)، تهران، انتشارات سمت، پاییز ۱۳۸۳.

64- secure training centers.



و کیفرگرایی به دشواری با هم قابل جمع هستند. واضح است که در برخی مواقع مفاهیم موضوعی خاصی بر سایر مفاهیم غلبه می‌کنند. به عنوان نمونه، در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰، اولویتهای رفاهی - حمایتی در قبال اطفال مورد تاکید بود، برعکس در دهه ۱۹۸۰ و اوایل دهه ۱۹۹۰ مفهوم عدالت در زمینه بزهکاری اطفال غالب شد، به علاوه، در هر زمان ملاحظات و مقتضیات سیاسی نیز - افزون بر ملاحظات جرم شناختی - آشکارا بر ماهیت و شکل دقیق سیستم عدالت نوجوانان تاثیر می‌گذارد. نهایتاً، این امر ما را مجدداً به پرسشهای مربوط به «نگرانیهای روحی» و «ترسهای بجا»ی ناشی از بزهکاری اطفال بر می‌گرداند.

### ب - عدالت کیفری نوین اطفال

در اوایل دهه ۱۹۹۰، بنا به دلایل زیادی،<sup>(۶۵)</sup> توجه عمومی و نیز توجه دست‌اندرکاران حرفه‌ای و سیاسی مجدداً به مشکل بزهکاری اطفال و نوجوانان در انگلستان و ولز جلب شد. نگرانیهای روحی و ترسهای بجا دوباره قدرت گرفتند و بزهکاری اطفال و نوجوانان مجدداً مورد توجه دولتمردان قرار گرفت. در سالهای اخیر شاهد اصلاح گسترده حقوق، سیاست و رویه در عدالت کیفری نوجوانان هستیم. مشخصه اصلی و بارز این اصلاحات شدت برخورد با بزهکاری نوجوانان است. این موضوع برای اولین بار توسط دولت کارگر جدید مورد استفاده قرار گرفت و عمق و گستردگی آن به اندازه‌ای بوده است که به عنوان «عدالت کیفری نوین اطفال» توصیف شده است.<sup>(۶۶)</sup>

### ۱- برخورد جدید با بزهکاری نوجوانان

دولت کارگر جدید در نخستین ماههای به قدرت رسیدن خود در سال ۱۹۹۷ لایحه قانونی را تنظیم کرد که عنوان آن - «دیگر تساهل و اغماض کافی است»<sup>(۶۷)</sup> - حکایت از چرخش جهت‌گیریهای سیاست جنایی در قبال بزهکاری اطفال در انگلستان داشت.

65- Goldson, 1997- op.cit.

66- Goldson, 2000a- op.cit, pp. 134-136.

67- No more excuse.

بدین ترتیب رویکرد جدید در برخورد با جرایم نوجوانان در انگلستان و ولز تردیدی در تاکید این لایحه بر مجازات اطفال بزهکار باقی نگذاشت. این لایحه جهت تثبیت سیاستهای جدید دولت در مورد جرایم نوجوانان - که به تدریج از زمان آخرین سال حضور آن در گروه اقلیت و از طریق انتشار یک سلسله مقالات و ارائه برخی رهنمودها در حال افزایش بود- به کارگرفته شد<sup>(۶۸)</sup> و دربردارنده معیارهای دور از ذهنی بود که بعدها با تصویب مقررات قانونی، جنبه اجرایی به خود گرفتند. در نتیجه این اصلاحات، قانون جرم و بی نظمی ۱۹۹۸<sup>(۶۹)</sup> و قانون عدالت اطفال و نوجوانان و ادله کیفری ۱۹۹۹<sup>(۷۰)</sup> شالوده قانونی اصلاح گسترده سیاست و رویه عدالت نوجوانان در انگلستان و ولز را پس از جنگ ایجاد نمودند. اقدامات بعدی در این زمینه، شامل وضع مقررات مربوط به قرارهای رفتار ضد اجتماعی، رویکرد جدیدی را نسبت به عدالت نوجوانان ایجاد نموده است که خود برخاسته از یک سلسله اصلاحات سزاگرایانه حاکی از بازگشت به کیفر است.<sup>(۷۱)</sup> هدف ابتدایی این اصلاحات، تاکید بر پیشگیری از جرم از طریق مداخلات همه جانبه است. هدف دیگر آن پیش بینی یک سلسله ضمانت اجرایی کیفری شدید و نیز افزایش موارد حبس است.

## ۲- مداخله همه جانبه عدالت کیفری اطفال برای مبارزه با بزهکاری نوجوانان

قانون جرم و بی نظمی ۱۹۹۸ به طور کلی مقرر می دارد که هدف نظام عدالت کیفری اطفال مبارزه سریع با بزهکاری اطفال است. بدین ترتیب، اساس سیستم جدید عدالت نوجوانان را «مداخله همه جانبه زودرس» تشکیل می دهد.<sup>(۷۲)</sup> این قانون یک

68- Jones, D- Questioning new labour's youth justice strategy: A review article, youth justice- Vol. 1(3), 2002- pp. 14-26.

69- Crime and Disorder Act 1998.

70- Youth Justice and Criminal Evidence Act.

۷۱- در مورد سیاست بازگشت به کیفر به طور کلی رک. کاشفی اسماعیل زاده، حسن، جنبش های بازگشت به کیفر در سیاست جنایی کشورهای غربی: علل و جلوه ها، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۶-۱۵، ۱۳۸۴، ص. ۱۵۳ به بعد.

72- Home Office- Crime and disorder Act 1998: Introductory Guide- London-Home Office - 1998. p. 1.

سلسله اختیارات و قرارهای قانونی جدید را ایجاد نمود - از جمله قرارهای علیه والدین کودک،<sup>(۷۳)</sup> قرارهای تامینی و ایمنی کودک،<sup>(۷۴)</sup> و قرارهای منع رفت و آمد کودک<sup>(۷۵)</sup> - که اساساً جهت دسترسی سریعتر به عدالت نوجوانان به کار گرفته می شوند. به علاوه، سیاستها و رویه‌های قبلی که مبتنی بر اجتناب از مداخله نظام کیفری درقبال اطفال بزهکار بودند کنار گذاشته شدند. مواد ۶۵ و ۶۶ قانون جرم و بی نظمی ۱۹۹۸ اخطار رسمی<sup>(۷۶)</sup> را لغو نمود و به جای آن مبنای قانونی برای توبیخ<sup>(۷۷)</sup> و اخطار رسمی<sup>(۷۸)</sup> را وضع کرد.<sup>(۷۹)</sup>

امروزه مداخله کیفری از طریق برنامه‌های بازپروری همراه با اخطار رسمی برای کودکان ۱۰ ساله، تنها در مورد جرم دوم (معمولاً در مورد جرایم کوچک) و در مواردی برای جرم اول آنها به کار برده می شود. در مورد سومین جرم ارتكابی (و در مواردی حتی برای دومین جرم) چنین اقداماتی (همراه با گزارش در مورد قابلیت بازپروری) قابل ارائه به دادگاه است. در چنین شرایطی همانگونه که بخش اول قانون عدالت نوجوانان و ادله کیفری ۱۹۹۹ مقرر نموده است، دادگاهها قادر به تعویق صدور حکم نیستند و درعوض کودکان با قرار ارجاعی<sup>(۸۰)</sup> صادر شده، با مداخله بعدی از طریق برنامه‌های رفتاری<sup>(۸۱)</sup> و قراردادهای منعقد شده با بزهکاران نوجوان<sup>(۸۲)</sup> روبرو

73- Parental Orders. مواد ۸ تا ۱۰ قانون جرم و بی نظمی ۱۹۹۸.

74- Child Safety Orders. مواد ۱۱ تا ۱۳ قانون جرم و بی نظمی ۱۹۹۸.

75- Child Curfews. مواد ۱۴ و ۱۵ قانون جرم و بی نظمی ۱۹۹۸.

76- Cautioning

اخطار رسمی قبل از قانون سال ۱۹۹۸ که به موجب قانون اطفال و نوجوانان ۱۹۶۹ جنبه قانونی به خود گرفته بود سابقه طولانی داشته و پس از تصویب قانون ۱۹۹۸ به صورت دو مرحله‌ای Reprimand و final warning درآمده است.

77- Reprimand.

78- Final Warning.

79- Goldson, B- 2000a- Op. cit, Bateman- 2003- Op. cit.

80- Referral order

برای توضیح بیشتر در مورد قرارهای فوق رجوع کنید به: مهرا، نسرین، ترمیمی شدن عدالت صغار در انگلستان و ولز، همان، صص. ۱۷۹-۱۵۹.

81- Programmes of behavior.

82- Youth offender contract.

خواهند شد. (۸۳)

به علاوه قانون شیوه‌های جدید مداخله را تعیین نموده است که از طریق تعیین آنچه برنامه‌های حمایتی و جامع نوجوانان نامیده می‌شود، در مورد اطفال دارای سن کمتر از سن مسئولیت کیفری، به عنوان کودکان در معرض خطر بزهکاری اعمال می‌شود. موارد مداخله اکنون گسترش یافته است، به گونه‌ای که رفتارهای ضد اجتماعی و نیز کودکان و نوجوانانی را که حضورشان در اجتماع موجب ترس، اذیت و سلب آسایش می‌گردد، شامل می‌شود. (۸۴)

اندیشه‌ها و فرضیاتی که مبنای این تحولات هستند، خود قابل تامل اند. این فرضیات، نمونه واضحی از گسترش شبکه مداخله (۸۵) نسبت به بزهکاری هستند، زیرا سیستم عدالت کیفری نوجوانان و نهادهای وابسته به آن، دامنه مداخله خود را به گونه‌ای گسترش می‌دهند که از نظر تعداد، کودکان بیشتر و از نظر سن، اطفال جوانتری را شامل می‌شوند. آنچه بیشتر بحث‌انگیز است این است که در موارد خاصی احراز مجرمیت قبلی جهت اینگونه مداخلات لازم نیست، یعنی نیازی به ارتکاب جرم برای مداخله از جمله مداخله نظام کیفری نخواهد بود. در بیشتر موارد مداخله از طریق تشخیص، صلاح‌دید و پیش‌بینی ساختگی آغاز می‌شود بدین معنا که پیش‌بینی‌ها در چنین مواردی بیشتر برخاسته از سلايق پیش‌بینی کنندگان و نه منطبق با واقع می‌باشد. کودکان و نوجوانان نه تنها بر مبنای آنچه که انجام داده‌اند، بلکه با توجه به آنچه ممکن است انجام دهند، آنچه که هستند یا آنچه که تصور می‌شود هستند، در معرض مداخلات رسمی نظام عدالت کیفری قرار می‌گیرند.

### ۳- حبس

گسترده‌گی و تنوع اشکال مجازات حبس و سیاست سزاگرایانه دهه گذشته، احتمالاً

83- Goldson, B- 2000a- op.cit., pp. 69-74.

84- Home Office- respect and responsibility: Taking a stand against anti-social behavior- London: The stationary office- 2003.

85- Net-widening.

آشکارترین نشانه روآوری مجدد به مجازات در زمینه عدالت کیفری نوجوانان در انگلستان و ولز است. مجازاتهای حبس از حدود ۴۰۰۰ مورد در سال ۱۹۹۲ به ۷۶۰۰ مورد در سال ۲۰۰۱ - یعنی ۹۰ درصد - افزایش یافته است. طی همین دوره تعداد جوانان زندانی تا ۱۴۲ درصد افزایش داشته است.<sup>(۸۶)</sup> در بطن این الگوی کلی چهار الگوی فرعی در زمینه حبس اطفال و نوجوانان قرار دارد:

۱- تغییرات قانونی بیشتر در راستای حبس کودکان جوانتر به عمل آمده است. در سال ۱۹۹۲، تقریباً ۱۰۰ کودک زیر ۱۵ سال به مجازات حبس محکوم شدند، در سال ۲۰۰۱، تعداد ۸۰۰ کودک زیر ۱۵ سال به زندان فرستاده شدند که نسبت به سال ۱۹۹۲، ۸۰۰ درصد افزایش داشته است.<sup>(۸۷)</sup>

۲- همانگونه که پیشتر گفته شد، تعداد بیشتری از دختران در زندان نگهداری می‌شوند و نرخ افزایش تعداد ایشان نسبت به پسران بیشتر است. استفاده از مجازات حبس برای دختران در یک دهه گذشته ۴۰۰ درصد افزایش یافته است. (در مقابل افزایش ۹۰ درصدی آن برای پسران به طور کلی).<sup>(۸۸)</sup>

۳- همانگونه که پیشتر گفته شد، حضور بیشتر کودکان و افراد سیاه پوست در مراحل مختلف دادرسی، از مرحله قبل از تعیین مجازات تا مرحله پس از آن، در حال افزایش است.<sup>(۸۹)</sup> در حالی که داده‌های جمعیت‌شناسی نشان می‌دهند که تقریباً ۲ درصد از جمعیت انگلستان راسیاه پوستان تشکیل می‌دهند، ۹/۳ درصد از کودکانی که در سال ۲۰۰۱ به مجازات حبس محکوم شدند، سیاه پوست بودند. هنوز هم ۱۸/۲ درصد از تمام کودکان و نوجوانانی که به موجب مقررات قانون اختیارات دادگاههای جزایی (تعیین مجازات) ۲۰۰۰<sup>(۹۰)</sup> به کیفر حبس طولانی مدت محکوم می‌شوند، سیاه پوست هستند.<sup>(۹۱)</sup>

86- Home Office, 2002, op.cit.

87- NACRO- A failure of justice- London: NACRO- 2003b.

88- NACRO, 2003a- op.cit.

89- Goldson, B. and Chigwada Baily, R.- op.cit., ch. 3.

90- Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000.

91- NACRO- 2003b- op.cit.

۴- با یک بررسی تطبیقی در سطح بین‌المللی ملاحظه می‌شود که موارد مجازات حبس در انگلستان و ولز بسیار زیاد شده است. در نتیجه، تعداد بیشتری از کودکان و نوجوانان، در مقایسه با سایر کشورهای اروپایی، در زندان‌های انگلستان و ولز نگهداری می‌شوند.

#### ۴- انتقادات وارد بر عدالت کیفری نوین

کمیته حقوق کودک سازمان ملل در سال ۲۰۰۲ به صورت رسمی نگرانی خود را نسبت به سیاست و رویه عملی عدالت کیفری نوجوانان در انگلستان و ولز اعلام نمود. مجلس اعیان / کمیته مشترک مجلس عوام در مورد حقوق بشر نیز در سال ۲۰۰۳ نگرانیهای مشابهی را ابراز داشته است. چنین نگرانی‌هایی بر مداخلات کیفری - که بر مبنای آن کودکان و نوجوانان در انگلستان و ولز در معرض حبس زود هنگام و گسترده قرار می‌گیرند - متمرکز شده است. روشی که سیستم عدالت کیفری جدید اطفال اتخاذ نموده است، نه تنها به خاطر نقض حقوق نوجوانان، غیر انسانی است، بلکه از نظر اقتصادی نیز بسیار هزینه بر بوده و از همه مهمتر، در زمینه پیشگیری از جرم تقریباً بی‌تاثیر است. در نتیجه برای دولت انگلستان که نگرانی هزینه‌های اقتصادی، از یکسو و دغدغه اعمال سیاست‌های منطقی و منطبق با واقعیات اجتماعی، از سوی دیگر را دارد، چنین رویکردی به بزهکاری اطفال شگفت‌انگیز به نظر می‌رسد.

#### نتیجه‌گیری

نظام حقوقی انگلستان، یکی از قدیمی‌ترین و درعین حال پیشرفته‌ترین سیستم‌های حقوقی، در زمینه برخورد با کودکان و نوجوانان بزهکار است و از این رو می‌توان گفت که یکی از کاملترین سیستم‌های عدالت کیفری کودکان و نوجوانان محسوب می‌شود. در زمینه برخورد با جرایم نوجوانان می‌توان در سالهای اخیر آثار سزاگرایی را در این سیستم به صورت پررنگتری نسبت به قبل مشاهده نمود و از سال ۱۹۹۸ به این سو با تصویب قوانین شدیدتر، به این سزاگرایی جنبه قانونی نیز داده شده است. سیستم کنونی عدالت کیفری دیدگاههای بدبینانه‌ای نسبت به جرایم نوجوانان داشته و از این رو آمار

محکومیت‌های کیفری نوجوانان را به میزان چشمگیری افزایش داده است. به علاوه، سیستم عدالت کیفری در این روند سزاگرایی به گونه‌ای دچار بی عدالتی شده است و به رغم اینکه تحقیقات بیانگر افزایش نرخ جرایم نوجوانان از نظر شدت و میزان نیست، سیستم همچنان به اجرای دیدگاه‌های سزاگرایی خود اصرار دارد. به همین ترتیب، سیستم همچنان در پی برخورد شدیدتر با دختران نسبت به پسران و سیاهان نسبت به افراد سفید پوست است. حال آنکه، آمارها نشان می‌دهد که جرایم این گروه‌ها از نظر نرخ با یکدیگر تقریباً برابر است. جرایم ارتكابی دختران و سیاهان بیشتر از جرایم ارتكابی پسران و سفیدپوستان نیست.

### منابع و مأخذ:

#### الف - لاتین

1. Bandalli, S.- Children, responsibility and the new youth justice- in Goldson, B (ed.)- The new youth justice- Dorset: Russell house- 2000.
2. Becker, H.- Out siders- New Yourk- Free Press- 1963.
3. Blagg, H. and Smith, D.- Crime, penal policy and social work- Harlow- Longman- 1989.
4. Cohen, S.- Folk devils and moral panic: The creation of the modes and rockers- London- MacGibbon and Kee- 1972.
5. Cohen, S.- Visions of social control- Cambridge: Policy- 1985.
6. Cox and Shore- Becoming Deliquent: British and Eroupean Youth 1650- 1950- Aldershot: Ashgate- 2002; Hendrick, Child welfare: Historical dimensions- contemporary debate- Bristol: Policy Press- 2003.
7. Muncie, J.- The trouble with Kids today: Youth crime in post-war Britain- London- Huchinson- 1984.
8. Pearson, G.- Hooligan: A history of respectable fears- London- Macmillan, 1983.
9. Goldson, B. and Chigwada Bailey, R.- (What) justice for black children and

- young people- in Goldson, B (ed.)- youth justice: Contemporary policy and practice- Aldershot: Ashgate- 1999.
10. Goldson, B.- Children crime and the state- in Goldson, B., Lavallate, M. and Mckechine, J. (eds.)- Children, Welfare and the state- London- sage- 2002b.
11. Goldson, B.- New labour, social justice and children: Political calculation and the deserving-undeserving schism- the british journal of social work- Vol. 32(6)- 2002a.
12. Goldson, B. and Jamieson, J.- Youth crime, the parenting deficit and state intervention: A contextual critique- Youth justice- Vol. 2(2)- 2002.
13. Goldson, B.- Beyond formalism; Towards informal approaches to youth crime and youth justice- in Bateman, T. and Pitts, J.(eds.)- The Russell house companion- to youth justice- Dorset: Russell house- 2004b.
14. Graham, J. and Bowling, B.- Young people and crime- Home office research study- 145- London- HMSO- 1995.
15. Harrington, V. and Mayhew, P.- Mobile phone theft- Home office research study 235- London- Home office- 2001.
16. Home Office- Crime and disorder Act 1998: Introductory Guide- London- Home office- 1998.
17. Home Office- Criminal statistics England and Wales- London- Home office- 2002.
18. Jones, D.- Questioning new labour's youth justice strategy: A review article, youth justice- Vol.1 (3)- 2002.
19. Lemert, E.- Human deviance, social problems and social control- Englewood cliffs- NJ: Prentic hall- 1967.
20. Matza, D.- Becoming deviant- Enlewood cliffs- NJ: Prentice hall- 1969.
21. Munice, J.- Juvenile justice in Europe: Some conceptual, analytical and



- statistical comparisons- Children right- No 202-2003- PP. 14-17.
22. Muncie, J. and Hughes, G.- Modes of youth governance: Political rationalities, criminalization and resistance- in Muncie, J. and Hughes, G. and McLaughlin, E. (eds.)- youth justice: Critical readings- London: sage- (2002: 1).
23. NACRO- Some facts about young people who offend- 2001- youth crime briefing- March- London- NACRO- 2003a. 24. NACRO- A failure of justice- London: NACRO- 2003b.
25. Scraton, P. and Haydon, D.- Challenging the criminalization of children and young people: Securing a rights-based agenda- in Muncie, J (et al)- youth justice: critical readings- London: sage- 2002.
26. Simmons, J.- Crime in England and Wales 2001/02- home Office statistical Bulletin- 07/02- London- Home office- 2002.
27. The Howard League for Penal Reform- 96 Percent of teenagers are victim of crime according to Howard League consultation- Howard League Press- 11 April 2002.
- 28 The United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (the JDL Rules, 1990).
29. The United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (the Riyadh Guidelines, 1990).
30. Thorpe et al- Out of care: The community support of Juvenile offenders- London: George Allen and Unwin- 1980.
31. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules, 1985).

ب - فارسی:

۳۲- شامبیاتی، هوشنگ، بزهدکاری اطفال و نوجوانان، تهران، چاپ کیان، چاپ

سوم، ۱۳۷۲.

۳۳- قواعد پکن در گزارش کارگاههای آموزشی «دادرسی ویژه نوجوانان» در سالهای ۸۰-۱۳۷۹.

۳۴- کاشفی اسماعیل زاده، حسن، جنبش‌های بازگشت به کیفر در سیاست جنایی کشورهای غربی: علل و جلوه‌ها، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۶-۱۵، ۱۳۸۴.

۳۵- مهرا، نسرین، ترمیمی شدن عدالت صفار در انگلستان و ولز، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر آشوری)، تهران، انتشارات سمت، پاییز ۱۳۸۳.

۳۶- مهرا، نسرین، عدالت کیفری اطفال از منظر حقوق بین‌الملل، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸.

## حسن نیت در قرارداد، مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه

دکتر عباس قاسمی حامد\*

### چکیده

واژه «حسن نیت» مندرج در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه گویای مفاهیم درستکاری، صداقت، امانت و اعتماد است. این قاعده اخلاقی که به یک قاعده حقوقی تبدیل شده، یکی از نقطه‌های اتصال و خطوط ارتباط مابین حقوق و اخلاق است. در واقع، قانونگذار فرانسوی با وضع این ماده قانونی و شناسایی یکی از ارزشهای اخلاقی در اعمال و روابط حقوقی، مفهومی اخلاقی را در حوزه روابط قراردادی مورد توجه قرارداده است. حسن نیت به عنوان یکی از ابزارهای نفوذ قواعد اخلاقی در حوزه حقوق قراردادها، در مرحله انعقاد قرارداد و در مرحله اجرای آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

حسن نیت طرف قرارداد بعنوان وضعیت و حالتی درونی، در مرحله مذاکرات پیش‌قراردادی و در هنگام اجرای آن دارای دو جنبه عملی است: اول درستکاری و سپس همکاری و مشارکت. ارزیابی این مفهوم درونی در حوزه حقوق قراردادها، از طریق بررسی علمکرد و رفتار ظاهری فرد ممکن است. علیرغم درج عنوان حسن نیت در قانون مدنی فرانسه بدون اشاره به مفاهیم درستکاری و همکاری، به نظر نمی‌رسد که بتوان این دو اثر ساخته دست رویه قضایی و دکترین که تجلی خارجی و عملی حسن نیت در روابط پیش‌قراردادی و قراردادی است را از مفهوم حسن نیت تفکیک نمود. تعهد به تأمین و انتقال اطلاعات در قرارداد بر مبنای دو زمینه بروز خارجی اصل

\* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

حسن نیت شکل می‌گیرد. زمینه‌های یاد شده تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری است. به بیان دقیقتر، این دو جنبه، ضرورت رعایت تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد را توجیه می‌نماید. لذا، تعهد مذکور می‌تواند بر مبنای بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه پایه‌ریزی گردد.

#### مقدمه

۱- توسعه روابط اجتماعی و به تبع آن قراردادی، پیدایش عوامل جدید تولید در مقیاس‌های امروزی و مصرف انبوه از یک سو، ظهور تخصص‌های گوناگون در زمینه کالا و خدمات موجود در عرصه بازار و پیچیدگی روز افزون اطلاعات در مورد کالاهای مورد نیاز افراد جامعه از سوی دیگر، خطر برهم خوردن و اختلال در تعادل قراردادی را به دنبال دارد. استمرار این اختلالات در روابط قراردادی موجبات برهم خوردن نظم اجتماعی را فراهم می‌آورد. بر این اساس، ایجاد تعادل قراردادی با بهره‌گیری از مفاهیم و روش‌های جدید حقوقی، دغدغه نظام‌های حقوقی درگیر با مسئله است. چرا که، امروزه دیگر قرارداد صرفاً مسئله شخصی طرفین آن نیست. اجتماع نیز خود را ملزم به نظارت بر چگونگی برقراری روابط قراردادی می‌داند.

در همین راستا، کشورهای توسعه یافته با رویکردی جدید در عرصه حقوق، اقدام به وضع قواعد مبتنی بر اندیشه حمایت از مصرف‌کننده و بکارگیری روش‌های جدید ایجاد تعادل قراردادی نموده‌اند. رشته حقوق مصرف نیز بر این اساس پایه‌ریزی شده است. ایجاد این رشته جدید و پردازش قواعد حقوقی آن امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر در جهت زمینه‌سازی توسعه اقتصادی است. هدف اساسی این شاخه جدید حقوقی، ایجاد تعادل قراردادی در دورانی است که دسترسی متخصصین به اطلاعات گوناگون و پیچیده موجبات برتری آنها را نسبت به مصرف‌کنندگان فراهم آورده و در نتیجه تعادل قراردادی را با مخاطره روبرو نموده است.

۲- یکی از اساسی‌ترین مباحث رشته حقوق مصرف، نظریه «تعهد به اطلاعات در

قرارداد<sup>(۱)</sup> است. با این توجه و با عنایت به وضعیت کنونی روابط قراردادی در عرصه ملی و به منظور بهره‌گیری از تجارب کشورهای توسعه یافته در این خصوص، اولین مقاله در زمینه طرح کلی نظریه تعهد به تامین و ارائه اطلاعات توسط نگارنده با عنوان «مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه»<sup>(۲)</sup> در دسترس علاقمندان قرار داده شد. با انجام مطالعات مربوط به دوره‌های تحصیلات تکمیلی در کشور فرانسه که محصول آن سه اثر به زبان فرانسه در این زمینه است،<sup>(۳)</sup> مقالات دیگری با عنوان «راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها»<sup>(۴)</sup> و «معرفی حقوق مصرف با مقدمه‌ای از مترجم»<sup>(۵)</sup> به چاپ رسید. اینک، با توجه به طرح جنبه‌های کلی مسئله، زمان بررسی موضوعات خاص مرتبط با مباحث یادشده فراهم شده است. براین اساس، به منظور آشنائی با یکی از مبانی مهم نظریه تعهد به تامین و ارائه اطلاعات در قرارداد، در مقاله حاضر، «اصل حسن نیت» مورد بررسی قرار خواهد گرفت. این قاعده اخلاقی که با ورود در حوزه حقوق به یک اصل عام حقوقی تبدیل شده در دو شکل «تعهد به درستکاری»<sup>(۶)</sup> و «تعهد به مشارکت و همکاری»<sup>(۷)</sup> در حوزه حقوق قراردادها قابل شناسائی و ارزیابی است.<sup>(۸)</sup>

#### 1- Obligation d'information dans le contrat.

۲- قاسمی حامد، دکتر عباس، مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه، مجله کانون وکلای، ش ۱۰، ۱۳۷۵، ص ۴۸ به بعد.

3- Abbas. GHASEMI HAMED, L'obligation précontractuelle de renseignement, Mémoire, Université de Rennes I, 1994.- Abbas. GHASEMI HAMED, De l'obligation d'information dans le contrat, thèse, Université de Rennes I, 1998.- Abbas. GHASEMI HAMED, Le professionnel et le consommateur, les deux principales catégories des parties à l'obligation d'information, Revue juridique de l'ouest, Centre de recherche juridique de l'ouest, Rennes, 1998/4, p. 507 et s.

۴- پرفسور فیلیپ سیمیلر، راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها، ترجمه دکتر عباس قاسمی حامد، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۲۴-۲۳، ص ۲۳۹ به بعد.

۵- پرفسور ژان کله اولوآ، معرفی حقوق مصرف با مقدمه‌ای از مترجم، ترجمه دکتر عباس قاسمی حامد، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۳، ۱۳۷۷، ص ۲۳۹.

#### 6- Obligation de loyauté.

#### 7- Obligation de coopération.

۸- برای آشنائی با موضوع رک. مارگریت وانل، حسن نیت، ترجمه دکتر غلامعلی سیفی، دکتر منصور امینی، مجله کانون وکلای، ش ۱۰، ۱۳۷۵، ص ۱۹۲ به بعد.

۳- واژه حسن نیت «Bonne foi» در حقوق فرانسه ترجمه تحت‌اللفظی مفهوم حقوقی «Bona fides» در حقوق رم است. کلمه «Fides» در حقوق رم گویای امانت، درستکاری و اعتماد است. این اصطلاح در حقوق کلیسا در قالب مفاهیم ایمان و اعتقاد متجلی شده و متعاقباً از اهمیت بسیاری نیز برخوردار گردیده است.<sup>(۹)</sup>

اصطلاح رمی «Bona fides» در حقوق آلمان مرکب از دو جزء است: اول «Guter glaube» که به معنای باور و اعتقاد نادرستی است که قابل بخشش است و دیگری «Treu und glauben» که به معنای درستی و اعتماد می‌باشد. کلمه مشترک «Glaube» در حقوق آلمان معادل کلمه «Fides» در حقوق رم است.<sup>(۱۰)</sup>

۴- با توجه به وجود اصطلاح واحد و غیر قابل تفکیک «حسن نیت» «Bonne foi» در حقوق فرانسه، برخی بر این عقیده‌اند که «حسن نیت» اصل یکپارچه، واحد و عامی است<sup>(۱۱)</sup> که بر اساس اندیشه عدالت شکل گرفته و قوام یافته است.<sup>(۱۲)</sup> به نظر برخی دیگر، اصل «حسن نیت» تنها ناشی از عدم تفکیک بین دو مفهوم رمی «قراردادهای حقوقی محض» و «قراردادهای با حسن نیت» است. در قراردادهای حقوقی محض، محتوای قرارداد بر اساس معنی تحت‌اللفظی عبارات به کاررفته در آن تعیین می‌گردد و اصطلاحاً قرارداد موضوع تفسیر ادبی قرار می‌گیرد. لکن، در قراردادهای با حسن نیت، تفسیر عبارات مندرج در آن با انعطاف بیشتری صورت می‌پذیرد و اصطلاحاً قرارداد به شکل موسع تفسیر می‌گردد. در قراردادهای با حسن نیت، قضات می‌توانند از محدوده

9- F. GORPHE, Le principe de la bonne foi, thèse, Paris, Librairie Dalloz, 1928, p.

11- Y. PICOD, le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, préface de Gérard Couturier, L.G.D.J., 1989, p.12.

10- P. JOURDAIN, rapport français, Dans la formation du contrat, in: la bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, t.XLIII, Litec, n. 992, p. 121. Gorphe, th.préc., p.12 - G. LYON-CAEN, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD. civ., 1946, note 5, p. 76.- PICOD, (le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., p.12. - R. DESGORGES, la bonne foi dans le droit des contrats: rôle actuel et perspectives, Thèse Université Paris 11, 1992, p.37.

11- GORPHE pour M. BRETON, cité par LYON- CAEN, art. préc., p. 76- DESGORGES, th.préc., p.38.

12- GORPHE, th.préc., p.9 et s.

مفاهیم کلمات فراتر رفته و اراده طرفین قرارداد را مبنای تفسیر آن قرار دهند.<sup>(۱۳)</sup> امروزه، ملاحظه جنبه‌های دوگانه یاد شده از مفهوم «حسن نیت» در حقوق آلمان، مورد قبول حقوقدانان فرانسوی نیز قرار گرفته است.<sup>(۱۴)</sup> به عبارت دیگر، «حسن نیت» با دو وضعیت مطابقت دارد. نخست گویای خطای در شناخت و اشتباه نسبت به دریافت واقعیت است. در این فرض، «حسن نیت» اعتقاد نادرست و مبتنی بر اشتباه است. دوم «حسن نیت» موجب تفکیک مرزهای اراده و فعلیت آن است. به عبارت دقیق‌تر، «حسن نیت» بر اساس فقدان قصد ناشایست و نادرست تعریف می‌گردد.

با این توجه، از طرفی «حسن نیت» مفهومی درونی، معنوی و روانشناختی است که در شکل منفی، همانند «عدم شناخت» و «جهل» قابل تعریف و شناسایی است. این تعریف در ماده ۵۵۰ قانون مدنی فرانسه قابل ملاحظه است. این ماده قانونی مقرر می‌دارد: «دارنده و متصرف زمانی با حسن نیت است که تصرف مالکانه او بر مبنای جهل به عیوب عنوان ناقل مالکیت باشد». و از سوی دیگر، «حسن نیت» مفهومی با جوهر کاملاً اخلاقی است. در این معنا، «حسن نیت» قاعده‌ای رفتاری است که درستی و صداقت عاری از هرگونه سوء نیت را در امور حقوقی الزام آور می‌داند. این معنا در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه قابل ملاحظه است. این ماده قانونی مقرر می‌دارد: «کلیه قراردادها باید با حسن نیت اجرا شوند».

۵- به طور خلاصه باید گفت؛ مفهوم «حسن نیت» در حقوق فرانسه در دو صورت

13- VOLANSKY, Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, Thèse, Paris, 1929, P.325. LYON-CAEN, art.préc., p.76. - DESGORCES, th.préc., p.12. - C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t.XXIV., n. 393. - R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, t.6, n.3 - L. JOSSERAND, Cours de droit civil français, t.II, 1939.- R. MONNIER, Manuel élémentaire de droit romain, t.2, Les obligations, 5e éd., 1954, n. 94.

14- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op. cit., p.12. - M.VANEL, Bonne foi, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, t.II, Civ., 1984, n. 3, p.1- JOURDAN, rap.préc., p. 121. - LYON-CAEN, art.préc., p.76-77. - DESGORCES, th.préc., p.37. - J.GHESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, L.G.D.J., 3e éd., 1993, n. 264, p.238-9.

قابل شناسایی است که صورت دوم<sup>(۱۵)</sup> آن مورد نظر است. در این فرض «حسن نیت» گویای درستکاری، صداقت، امانت و اعتماد است. معنای مذکور، که در قانون مدنی فرانسه متجلی گردیده، قاعده‌ای اخلاقی است که به یک قاعده حقوقی تبدیل شده است. بر این اساس، «حسن نیت» نقطه اتصال و خط ارتباط مابین حقوق و اخلاق است.<sup>(۱۶)</sup> در واقع، حقوق مفهومی اخلاقی را مورد توجه قرار داده است. این مفهوم عبارت است از «شناسایی ارزشی اخلاقی در اعمال و روابط حقوقی و اعطای آثار و امتیازات به آن»<sup>(۱۷)</sup> به این ترتیب، می‌توان گفت که راه حل توسعه این مفهوم اخلاقی در اعمال و روابط حقوقی، از جمله قرارداد، در قالب اصل «حسن نیت» ممکن است.<sup>(۱۸)</sup>

۶- حسب مندرجات بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، قراردادها باید با حسن نیت اجرا شوند. اما، اینک جای طرح این سؤال است که آیا اصطلاح «حسن نیت» به اندازه کافی روشن شده است؟ به بیان دیگر، این متن قانونی موجود در حقوق فرانسه، طرفین قرارداد را در عمل دقیقاً ملزم به اجرای چه امری می‌نماید؟ طرفین قرارداد چگونه باید رفتار کنند تا قرارداد با حسن نیت اجرا شود؟ از سوی دیگر، این سؤال قابل طرح است که آیا طرف قرارداد فاقد «حسن نیت» الزاماً دارای «سوء نیت» است؟ سؤال اصلی دیگر که چشم اندازه‌های دیگری را تصویر می‌نماید و کلید پاسخگویی به مسائل دیگر نیز خواهد بود این است که آیا «حسن نیت» دارای درجات مختلفی است؟ حوزه واقعی این سؤال با شناسایی دو نکته روشن می‌گردد:

اول - آیا فقدان «حسن نیت» وجود «سوء نیت» را به همراه خواهد داشت؟

دوم - در فرض فقدان «سوء نیت» آیا ممکن است «حسن نیت» نیز وجود نداشته باشد؟ به عبارت دقیق‌تر، آیا فقدان «سوء نیت» الزاماً تنها دلیل وجود «حسن نیت» است؟

۷- برای پاسخگویی به این دو سؤال بررسی مفهوم «سوء نیت» لازم است.

در زبان محاوره «سوء نیت» را می‌توان به عنوان نقطه مقابل «حسن نیت» در نظر

15- l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil.

16- JOURDAIN, rap.préc., p.121.

17- VANEL, art.préc., n. 2, p.1.

18- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., n. 6,p.11.



گرفت.<sup>(۱۹)</sup> اما، مطابق نظر یکی از حقوقدانان فرانسوی<sup>(۲۰)</sup> «سوئ نیت» از جمله مفاهیم متضاد «حسن نیت» در کنار سایر مفاهیم متضاد آن است. وی اضافه می‌نماید که «تقلب» و «تدلیس» نیز از جمله مفاهیم متضاد دیگر «حسن نیت» می‌باشند. به منظور دستیابی به دیدگاهی واضح و روشن از مفاهیم متضاد «حسن نیت» و در نتیجه بررسی مفهوم «سوئ نیت» به نظر می‌رسد تفکیک مابین مراحل «قصد» و «عمل»<sup>(۲۱)</sup> راهگشا باشد. چرا که، «حسن نیت» و «سوئ نیت» از جمله شاخصه‌های «قصد» و «نیت» می‌باشند و با عمل ارتباط مستقیمی ندارند.

از سوی دیگر «تدلیس»، «تقلب» و «سوئ استفاده از حق» که از مصادیق عملی «سوئ نیت» می‌باشند از مصادیق افعال به حساب آمده و جزء مصادیق «قصد و نیت» محسوب نمی‌گردند.<sup>(۲۲)</sup> عناوین مذکور، مصادیق مختلف سوئ رفتارهای قراردادی می‌باشند.<sup>(۲۳)</sup> «تقلب»، «تدلیس» و «سوئ استفاده از حق» را می‌توان به عنوان تجلیات و پروزهای خارجی گوناگون «سوئ نیت» در مرحله عمل و در حوزه حقوق مدنی در نظر گرفت. به بیان دیگر، عناوین یاد شده اخیر، از جهت رتبه موخر بر «سوئ نیت» قرار دارند. آنها بر خلاف «سوئ نیت» که از جنس «قصد و نیت» است در گروه اعمال و افعال دسته‌بندی شده‌اند.

۸- با پاسخگویی به جنبه اول سؤال قبلی که در ارتباط با فقدان «حسن نیت» به علت وجود «سوئ نیت» مطرح گردید می‌توان گفت که پاسخ سؤال یاد شده مثبت است. به بیان دقیقتر، با وجود یکی از مصادیق «سوئ نیت»، دیگر «حسن نیت» وجود نخواهد داشت. در مورد جنبه دوم سؤال مورد نظر نیز که در مورد فقدان همزمان «حسن نیت» و «سوئ نیت» مطرح گردید باید گفت؛ تصور طرف قراردادی که فاقد «حسن نیت» و «سوئ

19- DESGORCES, th.préc., p.66. et s.

20- LYON-CAEN, art.préc., n.2, p.77.

۲۱- عمل در معنای عام خود شامل عمل مثبت و منفی است.

22- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., p.32 et s. - DESGORCES, th.préc., p.57 et s. - A.BENABENT, Rapport français, Dans l'exécution du contrat, in: La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, t.XLIII, Litec, 1992, p.291.

23- DESGORCES, th.préc., p.58.

نیت» باشد ممکن است. این در صورتی است که فرد اخیر، هیچ عمل متقابلانه یا تدلیسی مرتکب نشده و فاقد قصد وارد نمودن خسارت به طرف دیگر قرار داد باشد.

اما با وجود این، طرف قرارداد مذکور تمام تلاش خود را برای انجام تعهدات خویش بکار نبرده است. لذا، غیر ممکن بودن اجرای قرارداد و یا سختی اجرای صحیح و کامل آن، نتیجه عدم همکاری و مشارکت فرد یادشده در اجرای قرارداد بوده و «سوئ نیت» وی نقشی در این مسئله نداشته است. چرا که، بر مبنای فرض مسئله، مشارالیه هیچگونه رفتاری که گویای سوئ نیت او باشد از خود بروز نداده است. لذا، با پاسخگویی به قسمت دوم سؤال قبل در خصوص مسئله امکان فقدان «حسن نیت»، در صورت فقدان «سوئ نیت» باید گفت که طرف قراردادی که برای انجام تعهد خویش به نحو شایسته‌ای همکاری ننموده است فاقد «حسن نیت» در قرارداد است. اما نه به دلیل اینکه «سوئ نیت» داشته یا مرتکب رفتار اشتباه قراردادی شده است بلکه، به خاطر اینکه تمام تلاش خود را برای اجرای قرارداد و انجام تعهدات خویش بکار نبرده است.

۹- با ملاحظه مراتب یادشده و بررسی نتایج حاصله به نظر می‌رسد که وجود «حسن نیت» وابسته به دو عامل است: اول اینکه وجود «حسن نیت ملازم» با فقدان «سوئ نیت» و قصد ناشایست است.<sup>(۲۴)</sup> به بیان دقیق‌تر شاخصه اول برای وجود حسن نیت، فقدان «تقلب»، «تدلیس» و «سوئ استفاده از حق» در فرد دارای حسن نیت می‌باشد.

دوم اینکه وجود «حسن نیت»، با وجود اراده صحیح و شایسته طرف قراردادی که تمام تلاش خود را برای انجام وظیفه و تکلیف خود می‌نماید ملازمه دارد.<sup>(۲۵)</sup> به بیان دیگر، «حسن نیت» با مشارکت و همکاری طرف قرارداد برای اجرای تعهدات خویش پیوند خورده است.

با الهام از این اندیشه و تفکر، شایسته است ابتدا محدوده و حوزه «حسن نیت» را در زمینه قرارداد مشخص نماییم.

۱۰- حسن نیت به عنوان ابزار نفوذ قواعد اخلاقی در حوزه حقوق قراردادها باید در مرحله انعقاد قرارداد و در مرحله اجرای آن مورد بررسی قرار گیرد. چرا که، بررسی

24- LYON-CAEN, art.préc., p.77.

25- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., p.26.

شیوه‌های گوناگون بروز «حسن نیت» در مرحله مذاکرات پیش‌قراردادی و در هنگام اجرای آن لازم است. در این قسمت این سؤال قابل طرح است که آیا وجود حسن نیت لازم و اجتناب‌ناپذیر است؟ این موضوع در «فصل اول» با عنوان «ضرورت استمرار حسن نیت در قرارداد» مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

سپس تعدد شیوه‌های بروز «حسن نیت»<sup>(۲۶)</sup> در عمل که به طور همزمان برای وجود حسن نیت در قرارداد مورد نیاز هستند بررسی خواهد شد.<sup>(۲۷)</sup> این موضوع نیز در «فصل دوم» با عنوان «عرضه‌های تجلی حسن نیت در قرارداد» بررسی خواهد شد.

### فصل اول: ضرورت استمرار «حسن نیت» در قرارداد

۱۱- مفهوم «حسن نیت» اگر چه سالها مورد توجه علمای حقوق قرار نگرفت اما، امروزه این مفهوم در حقوق فرانسه مورد توجه به سزائی قرار گرفته و آثار حقوقی قابل توجهی را نیز به دنبال داشته است.<sup>(۲۸)</sup>

ضرورت تنظیم روابط قراردادی به منظور دستیابی به تعادل قراردادی جدید<sup>(۲۹)</sup> براساس اصل «حسن نیت» نیازی عملی در مراحل انعقاد و اجرای قرارداد است. به عبارت دیگر، ضرورت وجود «حسن نیت» در تمام مراحل ارتباطات قبل از انعقاد قرارداد و حین اجرای آن از آغاز تا پایان، امری اجتناب‌ناپذیر است.

اما، قانون مدنی فرانسه در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ مسئله «حسن نیت» قراردادی را تنها در مرحله اجرای قراردادها مورد توجه قرار داده است.<sup>(۳۰)</sup> لذا، به منظور اعمال «حسن نیت» در مرحله قبل از انعقاد قرارداد، شناسایی اصلی کلی و حقوقی که رفتار با حسن

۲۶- بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه.

۲۷- به شماره ۹ در متن مراجعه نمایید.

28- C. MASS, Rapport général, in : La bonne, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 218.

29- J.J. BARBIERI, Vers un nouvel équilibre contractuel? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat, thèse, Toulouse, 1981.

30- JOURDAIN, rap.préc., p.122.

نیت را در غیر از موارد مندرج در ماده مذکور مورد توجه قرار دهد لازم است.<sup>(۳۱)</sup> حال، جای طرح این سؤال است که آیا برای این نیاز عملی پاسخی وجود دارد؟ پاسخ به این سؤال در «مبحث اول» با عنوان «تشکیل قرارداد» و در «مبحث دوم» با عنوان «اجرای قرارداد» مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### مبحث اول: تشکیل قرارداد

۱۲- ضرورت وجود «حسن نیت» در مرحله انعقاد قرارداد بطور صریح در هیچ یک از متون کلاسیک قانونی فرانسوی پیش بینی نشده است.<sup>(۳۲)</sup> اگر چه، به نظر برخی از مولفین فرانسوی «حسن نیت» مورد نظر ما از بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه سرچشمه نمی‌گیرد،<sup>(۳۳)</sup> لکن از آنجا که قانون برای برخی تعرضات وارده به «حسن نیت» قراردادی ضمانت‌های اجرائی خاص پیش‌بینی نموده است باید پذیرفت در نظر قانونگذار فرانسوی تحقق و شکل‌گیری اعمال حقوقی باید در فضائی درستکارانه صورت پذیرد.<sup>(۳۴)</sup> باین توجه، به نظر برخی دیگر از مولفین «قانونگذار ۱۸۰۴ با اعمال «حسن نیت» در خارج از مرحله اجرای قرارداد مخالف نبوده است».<sup>(۳۵)</sup>

۱۳- علاوه براین، همانگونه که آقای مستر<sup>(۳۶)</sup> «Mestre» معتقد است سالها است که نیاز به وجود «حسن نیت» در مرحله انعقاد قرارداد مورد توجه قضات فرانسوی قرار گرفته است. بر مبنای نظرات ارائه شده از سوی ایشان: «بدون تردید بهترین دلیل براین

31- P. VAN OMMESLAGHE, Rapport général, in : La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p.30 et s.

32- J. MESTRE, L'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat, RTD civ., 1989, p. 736. - JOURDAIN, rap.préc., p.122.

33- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., n.8, p.15.

34- LYON-CAEN, art.préc., n. 6, p.80,- F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 6e éd., précis Dalloz, 1996, n. 177, p.143 et n. 414, p.348.- VANEL, art.préc., n. 11, p.2. - J. FLOUR et J. L. AUBERT, Les obligations, 1. L'acte juridique, 8e éd., par J.L. AUBERT, Armand Colin, 1998, n. 69, p.39.

35- DESGORCES, th.préc., p.129.

36- MESTRE, art.préc., p.736.

ادعا برخورد رویه قضایی نسبت به رفتار طرفین قرارداد در هنگام مذاکره آن است. همچنین توجه رویه قضایی به ضرورت رعایت تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد دلیل دیگری بر اثبات این ادعاست.<sup>(۳۷)</sup> ایشان اضافه می‌نمایند که طرح اولیه قانون مدنی فرانسه تاکید می‌نمود که قراردادها باید با رعایت «حسن نیت» منعقد شده و اجرا گردند. لکن، تنها به دلایل شکلی، نسخه نهایی ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه صرفاً ناظر به مرحله اجرای قرارداد گردید. شعبه اول محاکم مدنی فرانسه پس از قریب به دوست سال، این نقص تاریخی را اصلاح نموده و صریحاً تعهد انعقاد قرارداد با حسن نیت را مورد توجه ویژه قرارداد. به این ترتیب، طرح این سؤال جا دارد که الزام به داشتن حسن نیت در مرحله اجرای قرارداد بدون وجود الزام به داشتن حسن نیت در مرحله انعقاد آن چه فایده‌ای به دنبال خواهد داشت؟ در واقع، قرارداد مجموعه‌ای واحد است که وجود «حسن نیت» در تمامی مراحل آن ضروری است.<sup>(۳۸)</sup>

۱۴- در سالهای پایانی قرن بیستم آقای دسگارس «Desgorces» با بررسی و تحلیلی کم و بیش مشابه، به این نتیجه رسیده است که می‌توان در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، الزام به داشتن حسن نیت را در تمامی امور مربوط به حقوق قراردادها ملاحظه نمود. به این ترتیب، ضرورت وجود تعهد به داشتن حسن نیت مابین افرادی که هنوز از نظر قراردادی با یکدیگر ارتباطی ندارند نیز ممکن می‌گردد. در واقع، الزام ساده معامله نمودن با حسن نیت، تحت تاثیر انجام عمل حقوقی تشکیل قرارداد تبدیل به تعهد به حسن نیت می‌شود.<sup>(۳۹)</sup>

امروزه<sup>(۴۰)</sup> در مرحله مذاکرات قبل از انعقاد قرارداد، رعایت منافع طرفین آینده قرارداد مورد توجه قضات قرار می‌گیرد.<sup>(۴۱)</sup> لذا، با الهام از نظریه ایجاد تعادل قراردادی، رویه قضایی و دکترین فرانسوی، وجود حسن نیت برای طرفین قرارداد، علی‌الخصوص برای طرف قوی‌تر را در زمان تشکیل قرارداد الزامی می‌دانند. ضمانت

۳۸- همان منبع، همان جا.

۳۷- همان منبع، همان جا.

39- DESGORCES, th.préc., p. 129 et 130.

40- Cass.Civ., 1e, 10 mai 1989: Bull. civ., I, n. 187, p.124.

41- DESGORCES, th.préc., p.156 et s.

اجرای فقدان چنین حسن نیتی بر اساس مبانی شناخته شده قبلی و در قالب جدیدی وضع شده است. مبنای اندیشه مذکور، پاسداری و حمایت از تمامیت رضای قراردادی است. این حمایت در اشکال مثبت و منفی ظاهر می‌گردد.

۱۵- در مورد شکل منفی حمایت و پاسداری از رضای قراردادی باید گفت، بر اساس ضرورت شناسایی حسن نیت به عنوان اصل ناظر بر تشکیل قرارداد، تعهد به داشتن حسن نیت تضمین کننده ایجاد تعادل ما بین طرفین قرارداد می‌باشد.<sup>(۴۲)</sup> این تعهد، ضرورت وجود صداقت در قرارداد به معنی فریب ندادن طرف مقابل را اقتضا می‌نماید. چراکه، اقدام مخالف، خود نوعی «فقدان حسن نیت و صداقت» خواهد بود.<sup>(۴۳)</sup> الزام اخیر، طبیعتاً وظیفه مستمر عدم سوء استفاده از ضعف طرف مقابل را به دنبال خواهد داشت.<sup>(۴۴)</sup> قوانین جدید با الهام از این نظریه، امکان مقابله با طرف قوی تر را با محافظت از طرف ضعیف تر ایجاد می‌نمایند.<sup>(۴۵)</sup>

منشاء الزامات ناشی از تکالیف تنظیم کننده روابط قبل قراردادی اخیر الذکر، ضرورت رعایت<sup>(۴۶)</sup> حسن نیت در تشکیل قرارداد است که قبلاً توسط دکترین و رویه قضایی فرانسه مورد شناسایی قرار گرفته است.<sup>(۴۷)</sup> به منظور چاره جوئی در جهت بهبود وضعیت طرف ضعیف تر در قرارداد، تعهد پیش قراردادی جلوگیری از انتقال اطلاعات متقابلانه و فریب دهنده بین طرفین که ممکن است اراده طرف مقابل را معیوب نماید، مطرح می‌گردد.

۱۶- در مورد حمایت و پاسداری از رضای قراردادی در شکل مثبت آن باید گفت که به دلیل وجود عدم تساوی در صلاحیت‌ها و توانایی‌های طرفین قرارداد، نظریه تعهد

42- M. FABRE- MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, préface de J. GHESTIN, L.G.D.J., 1992, p.43.- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., p.21.

43- Cass.civ., 1e, 26 février 1991: Bull. civ., 1, n. 73, p.74.

44- JOURDAIN, rap.préc., p.123.

۴۵- ماده 1-132 L. 95-96 du 1er févr. 1995) از قانون مصرف فرانسه در مورد شروط تضمینی.

۴۶- ر.ک. مبحث اول در فصل اول.

۴۷- ر.ک. مبحث اول در فصل دوم.

به تأمین و انتقال اطلاعات در قرارداد پایه‌ریزی شده است.<sup>(۴۸)</sup> در این خصوص، تمایل موجود در زمینه اخلاقی نمودن روابط قراردادی و پیش‌قراردادی «علی‌الخصوص در زمان تشکیل قرارداد»<sup>(۴۹)</sup> مورد بهره‌برداری قرار گرفته است. این تعهد به منظور انتقال اطلاعات «در زمان تشکیل قرارداد از مفهوم حسن نیت سرچشمه می‌گیرد»<sup>(۵۰)</sup> و یکی از روشهای وارد نمودن یک قاعده اخلاقی در حوزه حقوق قراردادها است.<sup>(۵۱)</sup>

بنابراین، مفهوم تعهد به انتقال و دادن اطلاعات (قبل از قرارداد) در واقع نهادینه کردن الزام سنتی وجود حسن نیت در روند تشکیل قرارداد است. این الزام سنتی و کلاسیک، در هنگام بروز عدم تعادل اطلاعات در قرارداد به طرفین آن تحمیل می‌شود. در مرحله تشکیل قرارداد، این وظیفه، طرفین را به ارائه تمامی اطلاعات مورد نیاز برای ایجاد رضای سالم قراردادی ملزم می‌نماید.<sup>(۵۲)</sup>

۱۷- با توجه به مراتب یاد شده به طور خلاصه باید گفت؛ در مرحله تشکیل قرارداد مابین دو طرفی که هنوز پیوندی قراردادی، بین آنها شکل نگرفته، وجود حسن نیت امری ضروری است. این الزام سنتی و کلاسیک، مبنای اخلاقی تحقق تعهد پیش‌قراردادی تأمین و ارائه اطلاعات در حوزه امور مربوط به قرارداد است.

اما آیا طرفین قرارداد به همان صورت که در زمان تشکیل قرارداد موظف به داشتن حسن نیت می‌باشند در زمان اجرای قرارداد نیز مکلف به داشتن حسن نیت خواهند بود؟ این مسئله را در «مبحث دوم» مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۴۸- برای توضیح بیشتر رک. دکتر عباس قاسمی حامد، مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه، مجله کانون وکلاء، ش ۱۰، ۱۳۷۵، ص ۴۸ به بعد.

49- Y. BOYER, L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, thèse, Université d'Aix-Marseille, 1977, n. 15, p.31.

50-J. GHESTIN, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, L.G.D.J., 4e éd. 1963, n. 96.

51- G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 4e éd., 1949.

52- FABRE-MAGNAN, op.cit., p.43 et s.

## مبحث دوم: اجرای قرارداد

۱۸- با پیروی از نظریه اخلاقی نمودن قرارداد و به منظور برقراری تعادل ما بین طرفین آن در این مبحث، جنبه دیگر مسئله شناسایی اصل حسن نیت به عنوان نیازی عملی مورد بررسی قرار خواهد گرفت. به بیان دیگر، موضع‌گیری حقوق فرانسه در خصوص شناسایی این نیاز عملی در مرحله اجرای قرارداد بررسی خواهد شد.

ضمن توجه به این موضوع، با بررسی معنی معاصر بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه بحث را آغاز می‌نمائیم. چرا که، در زمینه اجرای قراردادهای، مفهوم حسن نیت<sup>(۵۳)</sup> براساس مقررات مندرج در این ماده قانونی شناسایی می‌گردد. برای بررسی این مسئله شایسته است ابتدا معنی کلاسیک این ماده قانونی مورد بررسی قرار گیرد. در واقع، شناخت معنی گذشته، اغلب برای درک معنای جدید مفید خواهد بود.

۱۹- در مورد معنای کلاسیک بند ۳ از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، تمامی نویسندگان فرانسوی قرن نوزدهم خود را به معنی برگرفته از حقوق رومی محدود می‌نمودند. براساس این برداشت، شاخصه اصلی مندرجات بند ۳ ماده ۱۱۳۴ بر مبنای تمایز حقوق رومی ما بین قراردادهای با حسن نیت و قراردادهای حقوقی محض پایه‌ریزی شده است.<sup>(۵۴)</sup>

۲۰- به گفته یکی از مؤلفین دوما «Domat» قاعده صداقت و حسن نیت را به عنوان یک اصل در قراردادهای مطرح می‌نمود. کامباسر «Cambaceres» با پیروی از نظریه دوما «Domat» در گزارش خود در مورد دومین پروژه قانون مدنی فرانسه، نسبت به رعایت آزادی قراردادی اصرار می‌ورزید. اما، براساس عقیده وی این آزادی باید با رعایت حسن نیت قراردادی اعمال گردد.<sup>(۵۵)</sup> به این ترتیب، به عقیده وی و بسیاری دیگر بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه بر مبنای برداشت دوما وضع گردیده و

۵۳- به شماره ۱۰ به بعد در متن مراجعه نمایند.

54- J. de MALEVILLE, Analyse raisonnée de la discussion de code civil au conseil d'Etat, 1804, 1805. t.III, p.12, cité par DESGORCES, th.préc., p.12.

55- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., n. 67, p.84.



گویای پیروزی اندیشه ضرورت رعایت اصل حسن نیت در قرارداد است.<sup>(۵۶)</sup> براساس نظرات اوبری و رو (Aubry et Rau) قراردادها باید با حسن نیت اجرا شوند و اجرای قرارداد بر مبنای نیت طرفین هدفی است که با توجه به آن قرارداد تشکیل گردیده است.<sup>(۵۷)</sup> لذا، تفسیر قرارداد بر مبنای کشف اراده طرفین آن و با رعایت اصل حسن نیت خواهد بود.

آقای ولونسکی (Volonsky) با اضافه نمودن مبنا و منبعی دیگر معتقد است ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه «گویای تاثیر حقوق رمی و حقوق کلیسایی (دینی) در حقوق عرفی در زمان دومولن (Dumoulin) است. در واقع، در مورد حقوق کلیسایی، شخص مسیحی باید قراردادهای خود را با صداقت و درستکاری انجام دهد، چرا که دروغ گفتن و فراموش نمودن وعده‌ها مخالف اخلاق است»<sup>(۵۸)</sup>

از سوی دیگر، بسیاری از مولفین فرانسوی برای شرح بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه<sup>(۵۹)</sup> و قواعد تفسیر موجود در مواد ۱۱۵۶ تا ۱۱۶۴ این قانون تمسک می‌نمایند.<sup>(۶۰)</sup> در تمامی طول قرن نوزدهم و سه ربع از قرن بیستم ماده قانونی مذکور در این معنا و در همین محدوده بکار رفته است.<sup>(۶۱)</sup>

سالها متخصصین فرانسوی در رشته حقوق خصوصی از کنار بند ۳ ماده ۱۱۳۴ بدون توجه خاصی می‌گذشتند.<sup>(۶۲)</sup> اما، با ظهور پدیده مصرف‌گرایی و بروز نظریه اخلاقی ایجاد تعادل بین طرفین قرارداد، تحول قابل توجهی نسبت به برداشت از این متن

56- DESGORCES, th.préc., p.12.

57- C. AUBRY et c. RAU, Droit civil français, t.IV, 6e, éd. par BARTIN, 1942, n. 346.

- M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité Pratique de droit civil français, L.G.D.J. 2e éd., t.VI par ESMEIN, 1952, n. 379.

58-VOLONSKY, th.préc., no137.

۵۹- حسب مندرجات این ماده قانونی، قراردادها نه تنها طرفین را به موضوعات مندرج در آن ملزم می‌نمایند بلکه، طرفین ملزم به رعایت لوازم قانونی، عرفی و عادلانه منطبق با طبیعت موضوع نیز می‌باشند.

۶۰- برطبق این ماده قانونی در قراردادها به جای جستجوی مفاهیم ادبی الفاظ، می‌بایست در جستجوی قصد مشترک طرفین بود.

61- BENABENT, rap.préc., p.291 et s. - PICOD, (Le devoir loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., p.15 et 22.

۶۲- همان منبع، همان جا.

قانونی صورت گرفت.<sup>(۶۳)</sup> با این توجه، اندیشه اخلاقی نمودن روابط قراردادی، امکان استنباط ضرورت وجود رفتاری صادقانه در روابط قراردادی را از مفهوم حسن نیت موجود در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه فراهم آورد.<sup>(۶۴)</sup>

در سال ۱۹۸۹ میلادی رساله‌ای با عنوان «تکلیف به درستکاری در روابط قراردادی» توسط آقای پیکو<sup>(۶۵)</sup> (Picod) و رساله‌ای دیگر در سال ۱۹۹۲ در مورد «حسن نیت در حقوق قراردادها» توسط آقای دسگارس<sup>(۶۶)</sup> (Desgorces) تالیف گردید. متعاقب آن، مفهوم جدید «حسن نیت» به سرعت با استقبال زیادی مواجه شد. این تحرک و جنبش در نظریات حقوقدانان فرانسوی، تمایل به شناسایی اصل عام و کلی حسن نیت در روابط بین متعهدله و متعهد را براساس بند ۳ ماده ۱۱۳۴ (که ظاهر آن تنها در مورد اجرای قرارداد می‌باشد) به ارمغان آورده است.<sup>(۶۷)</sup>

۲۱- قانونگذار فرانسوی با تنظیم بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به صراحت و وضوح تمایل خود را به وارد کردن وظیفه‌ای اخلاقی در روابط قراردادی در هنگام اجرای قرارداد بیان نموده است. به عبارت دیگر، اجرای قرارداد باید با حسن نیت صورت پذیرد.

همانگونه که آقای پیکو (Picod) اشاره نموده است<sup>(۶۸)</sup> بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه هیچ اشاره‌ای به تفسیر قرارداد ننموده است. از سوی دیگر، این ماده قانونی، در بخش تفسیر قراردادهای قانون مدنی درج نشده است.<sup>(۶۹)</sup> لذا، «حسن نیت» در اجرای قرارداد، قاعده‌ای روشن و کلی برای تفسیر قراردادها را پایه‌ریزی نمی‌نماید. شرایط مقررده توسط ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی فرانسه نیز به روشنی عهده دار مسئله

63- B. STARCK, Les Obligations, 2, contrat, par H. ROLAND et L. BOYER, Litec, 5e éd., 1995, no 1198, p.494.

64- BENABENT, rap.préc., p.293.

65- Y. PICOD, le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, préface de Gérard Couturier, L.G.J., 1989.

66- R. DESGORCES, La bonne foi dans le droit des contrats: rôle actuel et perspectives, Thèse Université Paris II, 1992.

67- JOURDAIN, rap.préc., p.121-2.

68- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., p.16.

۶۹- فصل ۷ (پنج) از بخش III (سه) از تیترا III (سه) قانون مدنی فرانسه.

کشف اراده طرفین قرارداد و تفسیر آن بر مبنای قصد مشترک ایشان است.

۲۲- در پرتو ملاحظات اخیر، وظیفه داشتن «حسن نیت» در مرحله اجرای قرارداد، توسط بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه بیان گردیده است. تجلی عینی این تکلیف در تعهد به تامین اطلاعات قراردادی قابل ملاحظه است. رویه قضایی، در استدلال‌های خود بعضاً و در برخی موارد به «تعهد به اجرای با حسن نیت قرارداد استناد می‌نماید».<sup>(۷۰)</sup> این در حالی است که دیوان کشور فرانسه، آن دسته از تصمیمات قضائی مراجع پایین دستی را که با تخطی از این متن اخذ شده است، نقض می‌نماید.<sup>(۷۱)</sup>

۲۳- با توجه به مراتب مندرج در این فصل باید گفت؛ ضرورت داشتن «حسن نیت» در مرحله تشکیل قرارداد، به دلیل فقدان متن صریح قانونی، توسط علمای حقوق و رویه قضایی فرانسه پردازش شده است، در حالیکه، در مرحله اجرای قرارداد، ضرورت داشتن «حسن نیت» توسط شرایط مقرر در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه پیش‌بینی گردیده است.

در هنگام بروز عدم تعادل قراردادی، اصل حسن نیت موجبات شناسایی تعهد به تامین و انتقال اطلاعات در مرحله تشکیل و اجرای قرارداد را فراهم می‌سازد.<sup>(۷۲)</sup> لذا، اصل حسن نیت نه تنها قبل از تشکیل قرارداد بلکه، در زمان اجرای آن نیز ضرورت وجود چنین تعهدی را اعلام می‌نماید.<sup>(۷۳)</sup> چرا که، چنین تعهدی بر مبنای اصل «حسن نیت» پایه‌ریزی شده است. به بیان دیگر، اصل مذکور مبنای اخلاقی تعهد به تامین و انتقال اطلاعات در قرارداد است.<sup>(۷۴)</sup>

70- Cass. com., 3 nov, 1992 : Bull. civ., IV, n. 338. - RTD civ. 1993, p.124, obs. MESTRE.

71- Cass.civ., 1e, 20 mars 1985: Bull. civ., 1, n. 102, p.93.

72- JOURDAIN, rap.préc., p.124.

73- V. CHRISTIANOS, Conseil, mode d'emploi et mise en garde en matière de meubles corporels, Contribution à l'étude de l'obligation d'informer, Thèse, Paris II, 1985, p.53.

74- J. ALISSE, L'obligation de renseignement dans les contrats, Thèse, Paris 11, 1975, p.59. - BOYER, th. préc., p.31. - C.LUCAS de LEYSSAC, L'obligation de renseignement dans les contrats, in: L'information en droit privé, préface, Y.

باروشن شدن محدوده اصل حسن نیت در مرحله تشکیل و اجرای قرارداد و اثبات ضرورت وجود آن در تمامی مراحل، به بررسی عرصه‌های تجلی اصل حسن نیت در قرارداد در «فصل دوم» خواهیم پرداخت.

## فصل دوم: عرصه‌های تجلی حسن نیت در قرارداد

۲۴- در کتب فرهنگ لغات و آثار علمای حقوق فرانسه، اصل «حسن نیت» گاهی به عنوان وصف «قصد و نیت» و گاهی به عنوان ویژگی «عمل و فعل» در نظر گرفته شده است. در برخی موارد نیز بطور همزمان، این اصل به عنوان صفت «قصد و نیت» و «عمل» شخص معرفی می‌شود. با بررسی مفهوم سوء نیت، مسئله اختلاف بین دو مرحله قصد و نیت و عمل را به اختصار بررسی نمودیم.<sup>(۷۵)</sup>

بررسی عمیق‌تر «حسن نیت» را باید با بررسی مراحل آن آغاز نمود و سپس به مسئله بررسی شرایط وجود «حسن نیت» در قرارداد پرداخت. همانگونه که قبلاً اشاره شد وجود «حسن نیت» وابسته به دو شرط است: فقدان سوء نیت ابراز شده و احراز همکاری طرف قرارداد.<sup>(۷۶)</sup> وجود این دو عامل، بیانگر وجود مصادیق خارجی مختلف حسن نیت در عمل است.

با ذکر برخی از مصادیق مندرج در کتب فرهنگ لغات در مورد معنای حسن نیت و مثالهای علمای حقوق فرانسه، به بررسی مرحله عمل (که وضعیتی خارجی و عملی) است و مرحله قصد و نیت (که یک رفتار ذهنی است) در مورد حسن نیت در حوزه حقوق قراردادها خواهیم پرداخت.

LOUSSOUARN, L.G.D.J., 1978 n. 7, p. 308. - PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., n. 97, p.114 - DESGORCES, Th.préc., p.52 - FABRE-MAGNAN, op.cit., n. 51, p.42, et n. 73, p.62. - A. GHASEMI HAMED, L'obligation précontractuelle de renseignement, Mémoire, Université de Rennes 1, 1994, p.38 et s.

۷۶- رک. شماره ۹ در متن.

۷۵- رک. شماره ۷ به بعد در متن.

۲۵- براساس فرهنگ لغت (Robert) حسن نیت «ویژگی کسی است که با قصد صحیح و درست و بدون مکر و حيله رفتار می نماید».<sup>(۷۷)</sup> در این معنا، مصادیق رفتاری در شکل «صحبت کردن» و «عمل کردن» ظاهر می گردد. لذا، با جداسازی مراحل مذکور، حسن نیت در زمان واحد به عنوان ویژگی قصد و عمل شخص معرفی می گردد. همچنین، می توان اندیشه این تفکیک را در مثالهای ارائه شده در فرهنگ لغت تخصصی (Vocabulaire Juridique) در مورد حسن نیت ملاحظه نمود. در این مثال ها از یک سو حسن نیت به عنوان ویژگی عمل<sup>(۷۸)</sup> و از سوی دیگر به عنوان ویژگی قصد و نیت معرفی شده است.<sup>(۷۹)</sup>

۲۶- در حوزه نظرات نویسندگان حقوقی و دکترین فرانسه باید گفت؛ اندیشه تفکیک مذکور، در رساله آقای گورف (Gorphe) به روشنی مشهود است. ایشان با بررسی مفهوم حسن نیت اشاره نموده اند: «نیت باید خوب باشد».<sup>(۸۰)</sup> وی اضافه می نماید «نیت و اراده باید فعال و خوب باشند».<sup>(۸۱)</sup> برای واضح تر نمودن اصطلاح «نیت فعال» وی به اصطلاح آقای بلوندل (Blondel) استناد نموده است. براساس گفته وی، برای داشتن حسن نیت، قصدی لازم است که با شکل دادن به انگیزه های درونی به عمل منتهی گردد.<sup>(۸۲)</sup>

در قست دیگری از این رساله نیز اشاره شده «اراده صادقانه، مشروع و درست در حوزه گفتار در مرحله انعقاد قرارداد و در عمل نمونه حسن نیتی است که مورد نظر اخلاق و قانونگذار است».<sup>(۸۳)</sup> در پردازش اخیر، آقای گورف مصادیق فعل را (گفتن، قرارداد بستن و ایفای تعهدات ناشی از آن را) به همراه اراده که به گفته وی نوعی دیگر از

77- Micro-Robert, par Alain REY, 1992, p.547.

78- "La bonne foi est un comportement loyal", Vocabulaire juridique, op.cit., p.104.

79- "La bonne foi est le souci de coopération, l'absence de mauvaise volonté et l'absence d'intention malveillance", Ibid., p.104-5.

80- GORPHE, th.préc., p.14.

۸۱- همان منبع، همان جا.

82- BLONDEL, L'action. Cité par GORPHE, th.préc., p.14.

83- GORPHE, th.préc., p.46.

قصد فعال است، بیان نموده است.

علاوه بر آن، اراده قانونگذار در مورد اجرای با حسن نیت قرارداد در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به وسیله دو عامل بیان شده است. اول، اجرا که در دسته افعال قرار دارد و سپس حسن نیت که در دسته قصد و نیت جای دارد.

۲۷- با قبول اندیشه تفکیک بین قصد و نیت از یک سو و عمل از سوی دیگر، به صورت دو مرحله متوالی، حسن نیت باید به عنوان یک قاعده حقوقی و یک قاعده قضائی در حوزه حقوق مدنی ارزیابی و شناسائی شود. به بیان دقیق تر، در حوزه حقوق مدنی، صرفاً وجود حسن نیت در مرحله عمل مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. چرا که، حوزه حقوق صرفاً افعال است و تبعاً در این محدوده نمی‌توان قصد و نیت را ارزیابی و شناسائی نمود.<sup>(۸۴)</sup> به منظور روشن شدن این محدودیت در حقوق مدنی، می‌توان فرضی را که در آن، قاضی قصد رسیدگی به وجود حسن نیت در فردی دارد، مورد توجه قرارداد. در این فرض، تنها راه ارزیابی رفتارها، پیامدها و نتایج حالات درونی طرف قرارداد، بررسی امور واقعی خارجی است. به بیان دیگر، قاضی در این فرض برای اطلاع از وجود حسن نیت باید رفتار شخص و وضعیت اعمال و وقایع خارجی مرتبط با آن را مورد بررسی قرار دهد.

۲۸- نتیجه اینکه، در حوزه حقوق مدنی برای ارزیابی حالتی درونی مثل حسن نیت که با رفتار شخص مرتبط و منطبق می‌گردد تنها باید به افعال و بروز خارجی آن توجه نمود. با این توجه، رفتار طرفین قرارداد در هر کدام از مراحل قبل و حین اجرای قرارداد ملاک وجود حسن نیت آنها خواهد بود.

اما مسئله قابل طرح این است که برای داشتن حسن نیت، طرف قرارداد چگونه باید عمل نماید؟ آیا در حقوق فرانسه پاسخی برای این سؤال وجود دارد؟ این همان مسئله‌ای است که قبلاً با عنوان شرایط وجود حسن نیت در قرارداد مطرح شده است. برای پاسخگویی به سئوالاتی که تاکنون در زمینه «حسن نیت» مطرح شد<sup>(۸۵)</sup> اوامر و نواهی مرتبط با موضوع را در حوزه حقوق مورد بررسی قرار خواهیم داد. با این توجه،

84- RIPERT, op.cit, n. 157, p.287.

۸۵- به شماره ۶ در متن مراجعه نمایید.

الزامات یاد شده در حوزه‌ها و عرصه‌های ظهور حسن نیت مورد بررسی قرار خواهد گرفت. یکی از عرصه‌های ظهور حسن نیت «تعهد به درستکاری» در قرارداد است که در «مبحث اول» مورد بررسی قرار خواهد گرفت. تبجلی‌گاه دوم حسن نیت «تعهد به مشارکت در قرارداد» است که موضوع بررسی «مبحث دوم» قرار می‌گیرد.

### مبحث اول: تعهد به درستکاری

۲۹- برای داشتن حسن نیت در قرارداد، اولین شرط، فقدان رفتار ناشایست در مرحله تشکیل و در مرحله اجرای قرارداد است.<sup>(۸۶)</sup> در حقوق فرانسه وجود این ویژگی در قصد و نیت ابتدا با عدم اقدام به انجام اعمال نهی شده قانونی آشکار می‌شود.<sup>(۸۷)</sup> «تدلیس»، «تقلب» و «سوءاستفاده از حق» به عنوان اینگونه اعمال غیر قانونی و نهی شده شناسائی شده‌اند. این اعمال، به عنوان مصادیق گوناگون سوءنیت در مرحله اجرای قرارداد می‌باشند. اما، از جهت دیگر، تنها طریق ارزیابی وجود حسن نیت در قرارداد، بررسی انجام اعمال مذکور خواهد بود. این ارزیابی در مرحله تشکیل قرارداد و اجرای آن صورت می‌پذیرد.

از سوی دیگر، علمای حقوق فرانسه این اعمال ناشایست قراردادی را به عنوان ابزار شناسایی و رعایت تعهد به درستکاری در قرارداد در نظر گرفته‌اند.<sup>(۸۸)</sup> به فرض بروز یکی از این اعمال ناشایست قراردادی، تعهد به درستکاری نقض شده است. چرا که، رعایت این تعهد، بیانگر وجود صداقت قراردادی در هنگام تشکیل قرارداد و همچنین اجرای آن می‌باشد.<sup>(۸۹)</sup>

۳۰- تعهد به درستکاری در قرارداد، ابتدا به صورت ترک فعل و تعهد منفی «فریب

۸۶- رک. فصل اول.

87- M. PLANIOL, Traité de droit civil, obligations, Droits réels, Par G. RIPERT, J. BOULANGER, t.II, L.G.D.J., Paris, 1957, n. 405, p.181 - RIPERT, op. cit., p.157 et s.- DESGORGES, th.préc., p.60.

88- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., p.32 et s.- DESGORGES, th.préc., p.57 et s.

89- Vocabulaire juridique, op.cit., p.488. - FABRE-MAGNAN, op.cit., n. 51, p.42.

ندادن طرف قرارداد»<sup>(۹۰)</sup> که نشانگر حداقل درستکاری و صداقت است شکل می‌گیرد.<sup>(۹۱)</sup> با الهام از اندیشه حاکم بر تعهد منفی (ترک فعل)، الزام به «عدم سوء استفاده از ضعف دیگری»<sup>(۹۲)</sup> با ایجاد آیین نامه خاص «شروط تحمیلی»<sup>(۹۳)</sup> در حقوق فرانسه پیشنهاد شده است. در واقع، در چارچوب حقوق مصرف، شخص متخصص به علت شناخت فنی بیشتر و توان مالی بالاتر، معمولاً در وضعیت برتری نسبت به مصرف کننده قرار دارد.<sup>(۹۴)</sup> بنابراین، قانونگذار اجازه مقابله با آن دسته از شروط تحمیلی شده از سوی متخصص را که به علت سوء استفاده از برتری خود نسبت به مصرف کننده به وی تحمیل نموده، صادر نموده است.<sup>(۹۵)</sup> این دسته از شروط تحمیلی، توسط قانون شماره ۹۵-۹۶ مصوب اول فوریه ۱۹۹۵ در مورد شروط تحمیلی و معرفی قراردادها و نظم دهنده فعالیت‌های گوناگون اقتصادی و تجاری (J.O. fevr 1995. p. 1775)<sup>(۹۶)</sup> مشخص و تصویب گردیده و متعاقباً در مواد L.135-1، L.133-2، L.132-1 و L.421-6 قانون مصرف در دسته‌بندی جدید قانونی ارائه شده‌اند.<sup>(۹۷)</sup>

۳۱- التزام به درستکاری و صداقت به صورت تعهد مثبت اطلاع رسانی نیز متجلی می‌گردد. با الهام از اندیشه کمک رسانی و حمایت از طرف ضعیف‌تر در قرارداد، تامین و انتقال اطلاعات به طرفی که به تنهایی و بدون کمک طرف دیگر قرارداد امکان کسب آگاهی لازم در خصوص موضوع را نداشته و بهره‌گیری لازم از موضوع در هنگام

90- JOURDAIN, rap.préc., p.123.

91- GORPHE. th.préc., p.45.

92- JOURDAIN, rap.préc., loc. cit.

۹۳- برای آشنایی بیشتر با موضوع رک. پرفسور فیلیپ سیمیلر، راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها، ترجمه دکتر عباس قاسمی حامد، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۲۴-۲۳، ۱۳۷۷، ص ۲۳۹ به بعد.

۹۴- برای آشنایی بیشتر با موضوع رک. پرفسور ژان کله اولوا، معرفی حقوق مصرف با مقدمه‌ای از مترجم، ترجمه دکتر عباس قاسمی حامد، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۳، ۱۳۷۷، ص ۲۳۹.

95- JOURDAIN, rap.préc., p.123.

96- Cass.civ., 1e, 3 janv, 1996: D.1996, I.R., p.47. - Cass.civ., 1e, 30 janv. 1996: D.1996, J.P., p.228.

97- G. PAISANT, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n. 95-96 du 1er fevr 1995, D. 1995, Chron., p.100 et s.



اجرای قرارداد نیز تبعاً برای او ممکن نیست، به عنوان موضوع تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد پیش‌بینی شده است.<sup>(۹۸)</sup> براساس نظر اکثر مولفین حقوقی فرانسوی، این تعهد بر مبنای حسن نیت و از طریق تعهد به درستکاری شکل گرفته است.<sup>(۹۹)</sup> چرا که تعهد به درستکاری که از طریق اصل حسن نیت<sup>(۱۰۰)</sup> در حوزه حقوق وارد شده است چیزی جز تبلور عملی اصل مذکور در روابط قراردادی در حوزه عملکرد و رفتار خارجی و بیرونی نیست.

با توجه به مراتب یادشده و با ملاحظه ضرورت رعایت حسن نیت در قانون مدنی فرانسه، عمومی‌سازی نظریه درستکاری در حقوق قراردادها موجب تضعیف جایگاه حسن نیت نمی‌گردد.<sup>(۱۰۱)</sup>

۳۲- در حوزه اجرا و عمل، قاضی تنها یک راه برای احراز حسن نیت طرف قرارداد دارد. وی ملزم به بررسی افعال و اعمال هریک از طرفین که حسن نیت وی مورد سؤال است، می‌باشد. اگر قاضی نشانه‌ای بیابد که گویای عدم رعایت تعهد به درستکاری توسط یکی از طرفین باشد، حکم خواهد داد که طرف مذکور تعهد خود به درستکاری در قرارداد را رعایت ننموده است و در قرارداد حسن نیت نداشته است. لذا، نقض تعهد به درستکاری با نقض تعهد منفی «فریب ندادن دیگری» و یا با نقض تعهد مثبت «تامین و انتقال اطلاعات به طرف دیگر قرارداد» صورت می‌پذیرد.

98- FABRE-MAGNAN, op.cit., n. 50, p. 41.

99- STARCK, (Obligations, 2, contrat), op.cit., Par ROLAND et BOYER, p.494 et s. - J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, 6e éd., Dalloz, 2003, n. 51 et s., p.52 et s. - F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Précis dalloz, 3e éd., 1996, n. 211, p. 179 - Ph MALAURIE et L. AYNES, Les contrats spéciaux, Cujas, 11e éd., 1998, no309, p.210 - LUCAS de LEYSSAC, art.préc. p.308. - ALISSE, th. préc., p.59. - BOYER, th. préc. n. 220. - PICOD, op.cit., n. 97, p.114. - DESGORCES, op.cit., p.51. - FABRE-MAGNAN, op.cit., p.42. - GHASEMI HAMED, (L'obligation précontractuelle de renseignement), Mémoire précité, p.42.

100- GHESTIN, (Traité de droit civil, la formation du contrat), op.cit., n. 255, p.231.

101- DESGORCES, th.préc., p.47.

۳۳- التزام به صداقت و عدالت به همان اندازه که در مورد تعهد واجد اهمیت است، در مورد متعهدله نیز دارای اهمیت می‌باشد.<sup>(۱۰۲)</sup> این تعهد، رفتاری صادقانه را در زمان انعقاد قرارداد و اجرای آن به متعهد تحمیل می‌نماید. متعهدی که از حق خود سوء استفاده نماید<sup>(۱۰۳)</sup> یا مرتکب تدلیس گردد مطمئناً از تعهد به درستکاری خود تخطی نموده است. تعهد مذکور، وی را ملزم به پرهیز از هرگونه تقلب<sup>(۱۰۴)</sup> و رفتار مظنون می‌نماید.<sup>(۱۰۵)</sup>

۳۴- متعهدله نیز ملزم به درستکاری در قرارداد می‌باشد.<sup>(۱۰۶)</sup> تعهد مذکور الزام به داشتن صداقت در زمان انعقاد قرارداد را برای وی به همراه می‌آورد. لذا، متعهدله باید از تدلیس، نادرستی و انجام افعالی که اجرای قرارداد را یا مشکل‌تر یا غیر ممکن می‌سازد پرهیز نماید.<sup>(۱۰۷)</sup> به بیان دیگر «او نباید هیچ‌گونه حرکتی که انجام قرارداد را برای متعهد سنگین‌تر و مشکل‌تر نماید، انجام دهد».<sup>(۱۰۸)</sup>

۳۵- در دهه اخیر، این «تعهد واقعی حقوقی»<sup>(۱۰۹)</sup> در حقوق فرانسه به خوبی توسط علمای حقوق پردازش شده و توسعه پیدا کرده است.<sup>(۱۱۰)</sup> ضمناً تعهد به درستکاری به

102- TERRE, SIMLER, LEQUETTE, op.cit., n. 415, p.348

103- RIPERT, op.cit., n. 40, p.74. - STARCK, (Obligations, 2, contrat), op.cit., par ROLAND et BOYER, n. 1201, p.497.

104- Cass. soc., 30 avril 1987: Bull. civ., V, n. 237, p.152; RTD civ., 1988, 531, obs. MESTRE.

105- Cass.civ., 1e, 31 mars 1992: Bull. civ., 1, n. 93, p.62; JCP éd.G., 92, IV, 1635.

106- TERRE, SIMLER, LEQUETTE, op.cit., n. 415, p.348. - Cass.civ., 3e, 15 déc 1976: Bull. civ., III, n. 465, p.354; RTD. civ., 1977, 340, obs. CORNU. - Cass.civ., 3e, 11 mai 1976: D. 1978, 269, note TAISNE, Rép. not. Defrénois, 1977, I, 456, note AUBERT.

۱۰۷- همان منبع، همان جا.

108- STARCK, (Obligations, 2, contrat), op.cit., par ROLAND et BOYER, n. 1201, p.497. - Cass.civ. 3e, 5 juin 1968: D. 1970, 453, note JESTAZ.

109- GORPHE, th.préc., p.45.

110- Y. PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J., Préface de G. COUTURIER, Paris, 1989.

صورت رسمی در قانون ۵۹۳-۹۱-۹۱ مصوب ژوئن ۱۹۹۱ درج گردیده است.<sup>(۱۱۱)</sup>  
 با توجه به مراتب فوق، تعهد به درستکاری تبلور اصل حسن نیت در عمل است.<sup>(۱۱۲)</sup>  
 تعهد به تامین و انتقال اطلاعات در قرارداد نیز بر مبنای تعهد به درستکاری و از طریق آن  
 شکل گرفته و پا به عرصه وجود می‌گذارد.<sup>(۱۱۳)</sup>

### مبحث دوم: تعهد به همکاری و مشارکت

۳۶- داشتن حسن نیت در قرارداد نه تنها به معنای پرهیز از هرگونه رفتار قراردادی ناشایست می‌باشد بلکه، حسن نیت داشتن در قرارداد، ملازم اجرای قرارداد با اراده صحیح و بکار بستن تمامی سعی و تلاش برای اجرای کلیه تعهدات نیز خواهد بود. به طور سنتی، قرارداد به عنوان محصول تضاد منافع طرفین آن<sup>(۱۱۴)</sup> که هریک از آنها تفکر، اراده و اهداف متفاوتی را دنبال می‌نمایند در نظر گرفته می‌شد.<sup>(۱۱۵)</sup> اما امروزه، قرارداد محل تجلی و ملاحظه تعادل نسبی در موضوع تعهدات مربوطه می‌باشد.<sup>(۱۱۶)</sup> ویژگی‌های تعهدات به تسلیم و اجرا و تخصصی و پیچیده بودن آنها موجب گردیده تا رویه قضایی تعهد به همکاری و مشارکت بین طرفین قرارداد را تایید نماید.<sup>(۱۱۷)</sup> امروزه در اجرای قرارداد، این تعهد که مبنای خود را از حسن نیت قراردادی<sup>(۱۱۸)</sup> بدست

۱۱۱- در ماده ۴ این قانون، همچنین در ماده ۱-۲۱۲ L. کد مصرف فرانسه (1993, 26 juill. n.93-949) تعهد به درستکاری و تعهد به انتقال اطلاعات تصریح شده است.

112- GORPHE, th.préc., p.46.

113- GHASEMI HAMED, (L'obligation précontractuelle de renseignement), Mémoire précité, p.42.

114- Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP éd.G., n.6, I, 1988, 3318 n.1. - FABRE-MAGNAN, op.cit., n.53, p.45.

115- RIPERT, La règle morale, op.cit., n.40.

116- J. MESTRE, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ., 1986, p.100.

117- Cass.civ., 28 nov. 1905: D. 1909, I, 193.- Cass. soc., 21 oct., 1982: Gaz. Pal., 1984, Pan.jur., p.141.

118- LYON-CAEN, art.préc., n.9 - DESGORCES, th.préc., p.18.

می آورد به نحو وسیعی در اشکال مختلف خود در حقوق فرانسه مشاهد می گردد. (۱۱۹)

۳۷- براساس نظر برخی مولفین فرانسوی «نظریه همکاری و مشارکت در آغاز توسط رویه قضایی در زمینه تشکیل قرارداد مورد توجه قرار گرفته است». (۱۲۰) به نظر برخی دیگر، تعهد به همکاری و مشارکت همانگونه که در زمان تشکیل قرارداد وجود دارد در زمان اجرای آن نیز وجود خواهد داشت. (۱۲۱)

۳۸- با وجود اینکه تعهد به همکاری و مشارکت در زمان انعقاد قرارداد و همچنین اجرای آن مورد قبول واقع شده، به نظر می رسد که تعهد مذکور جلوه دیگری از حسن نیت در مرحله اجرای قرارداد است. به بیان دیگر، داشتن حسن نیت در مرحله اجرای قرارداد، زمینه این نوع همکاری را مابین طرفین قرارداد فراهم می آورد. (۱۲۲) این «کار دسته جمعی» (۱۲۳) که دو اراده متضاد طرفین قرارداد را برای برقراری تعادل هماهنگ می نماید در یک رابطه قراردادی متجلی می گردد. (۱۲۴) التزام مذکور «عملاً هر زمان که طرفین منافع کاملاً متضاد ندارند و یا لاقلاً در قسمتی از اهداف اشتراک دارند وجود دارد». (۱۲۵)

التزام به همکاری که می تواند در طبیعت قرارداد محسوس و آشکار باشد (۱۲۶) در قراردادهای با اجرای پیاپی (متوالی) (execution successive) (۱۲۷) خصوصاً در حقوق تجارت بین الملل نقش مهمی را ایفا می نماید. در زمینه قراردادهای

119- Y.PICOD, La clause résolutoire et la règle morale, JCP éd.G., n. 20, I, 1990, 3447, n.6.

120- PICOD, (L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat), art.préc.,n. 3.

121- FABRE-MAGNAN, op.cit., n. 53, p.44.

122- WEILL et TERRE, Les obligations, Dalloz, 4e éd., 1986, n. 357, p.361.

123- Vocabulaire juridique, op.cit., p.146.

124- R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, t VI, 1923-1933, n. 3

125- FABRE-MAGNAN, op.cit., n. 53, p.45.

126- TERRE, SIMLER, LEQUETTE, op.cit., n. 416, p.350

127- PICOD, (l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat), art.préc., n.7 - FABRE-MAGNAN, op.cit, p.351.

طولانی مدت<sup>(۱۲۸)</sup> تغییرات قیمت و شرایط، طرفین را ملزم به همکاری در مرحله اجرای قرارداد می‌نماید.<sup>(۱۲۹)</sup>

۳۹- توسعه صنعت رایانه، عکس‌العمل رویه قضایی را در رابطه با تعهد به همکاری برانگیخته است.<sup>(۱۳۰)</sup> در قراردادهای مرتبط با رایانه و امور انفورماتیک، طرفین باید برای راه‌اندازی سامانه و سیستمی که بابت نتیجه مورد نظر قرارداد حداکثر مطابقت را داشته باشد با یکدیگر همکاری نمایند.<sup>(۱۳۱)</sup>

به نظر دموگ (Demogue) یکی از نتایج کمک و همکاری بین طرفین قرارداد، تعهد هریک از طرفین به مطلع نمودن طرف مقابل در مورد وقایعی است که آگاهی از آنها برای اجرای قرارداد مفید خواهد بود.<sup>(۱۳۲)</sup> در این صورت، تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد شکل می‌گیرد. براساس این تعهد، منافع طرفین قرارداد ایجاب می‌نماید که با یکدیگر همکاری نمایند و تعهدی متقابل به همکاری، همیاری و اطلاع‌رسانی به طرف مقابل خود را پایه‌ریزی نموده و ایفا نمایند.<sup>(۱۳۳)</sup> این تعهد، یکی از نمونه‌های التزام به همکاری بین طرفین در اجرای قرارداد می‌باشد.<sup>(۱۳۴)</sup>

پردازش و توسعه این جنبه از مفهوم همکاری (که شامل تعهد به تامین و انتقال اطلاعات در روابط قراردادی می‌باشد) هریک از طرفین را ملزم به مشارکت واقعی در قرارداد می‌نماید.<sup>(۱۳۵)</sup> تنها متعهد به تعهد اصلی (ناشی از قرارداد) نیست که باید با طرف

۱۲۸- در مثال قرارداد فروش نفت یا گاز برای دو دهه.

129- G. MORIN, le devoir de coopération dans les contrats internationaux, Droit et pratique du commerce international, 1980, p.9 et s.

130- Paris, 18 juin 1984 : Lamy, Droit de l'informatique, sous la direction de M. VIVANT, par VIVANT et STANC, 1986, n.4, p.22.

131- Paris, 26 juin, 1985 : RTD civ., 1986, 102, Obs . MESTRE.

132- DEMOGUE, (Traité des obligations en général), op.cit., t.VI, n.29, p.38. n.3, p.8. n. 12 et s., p.17 et s.

133- LYON-CAEN, art.préc., n.9, p.83.

134- BOYER, th.préc.,p.29. - PICOD, (L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat), art.préc., n. 11,12. - FABRE-MAGNAN, op.cit., n. 438, p.351.

135- PICOD, (L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat), art.préc., n.3 et n.12 - COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, op.cit., n.218, p.185.

دیگر همکاری نماید. به نظر می‌رسد متعهدله نیز همانند متعهد باید به منظور اجرای هرچه بهتر قرارداد همکاری لازم نماید. لذا، برای دستیابی به نتیجه دلخواه در تعهدات، هر دو طرف قرارداد باید با یکدیگر همکاری لازم را داشته باشند.<sup>(۱۳۶)</sup>

۴۰- بنا به مراتب فوق، حسن نیت<sup>(۱۳۷)</sup> (که وضعیت درونی فرد می‌باشد) در دنیای واقعی خارجی دارای دو جنبه عملی است: اول درستکاری و سپس همکاری و مشارکت. تنها راه ارزیابی این مفهوم درونی در حوزه حقوق مدنی بررسی عملکرد و رفتار ظاهری فرد می‌باشد.

با این نگاه، علیرغم درج عنوان حسن نیت در قانون مدنی فرانسه بدون اشاره به مفاهیم درستکاری و همکاری به نظر نمی‌رسد که بتوان این دو اثر ساخته دست رویه قضایی و دکترین را که تجلی خارجی و عملی حسن نیت در روابط پیش‌قراردادی و قراردادی است، از یکدیگر تفکیک نمود.<sup>(۱۳۸)</sup> باید اضافه نمود، در حقوق فرانسه دو مفهوم یادشده نسبت به حسن نیت مرجح شناخته نشده‌اند.<sup>(۱۳۹)</sup>

تعهد به تامین و انتقال اطلاعات در قرارداد بر مبنای دو زمینه بروز خارجی اصل حسن نیت شکل می‌گیرد. زمینه‌های یادشده تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری است.<sup>(۱۴۰)</sup> به بیان دقیق‌تر، این دو جنبه، ضرورت رعایت تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد را توجیه می‌نماید. لذا، تعهد مذکور می‌تواند بر مبنای بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه پایه‌ریزی گردد.<sup>(۱۴۱)</sup> اما، نباید فراموش نمود که مفهوم پیش‌قراردادی این تعهد، مبتنی بر تجلی حسن نیت در روند انعقاد قرارداد در تعهد به درستکاری است.<sup>(۱۴۲)</sup>

136- STARCK, (Obligations, 2, contrat), op.cit., par ROLAND et BOYER, n.1202, p.498.

۱۳۷- مفهوم مندرج در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه

138- DESGORCES, th.préc., p.44,47 et s.

۱۳۹- همان منبع، همان جا.

140- PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., p.5.

141- FABRE-MAGNAN, op.cit., n. 438, p.351. - PICOD, (Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat), op.cit., n.47, p.39.

142- PICOD, Ibid., p.13.

## PRINCIPALES ABREVIATIONS

Al. : Alinéa.

Art.: Article.

Art. préc.: Article précité

Bull.civ.: Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation.

Cass. civ.: Cour de cassation, chambre civile.

Cass. com. : Cour de cassation, chambre commerciale.

Cass. soc. : Cour de cassation, chambre sociale.

Chron. : Chronique.

Ed. : Edition.

Gaz. Pal. : Recueil Gazette du Palais.

Ibid. : Au même endroit.

In. : Dans.

JCP éd.G. : Juris-Classeur Périodique édition générale.

J.P. : Jurisprudence.

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Litec. : Librairie Technique.

Loc.cit.: A l'endroit cité. (Loco citato).

N. : Numéro.

Obs. : Observations.

Op. cit. : Ouvrage précité. (Opus citatus).

P. : Page.

P.U.F. : Presse Universitaire de France.

Rap. Préc. : Rapport précité.

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil.

S. : Suivant.

T. : Tome.

Th. : Thèse de doctorat.

Th. préc. : Thèse précitée.

Vol. : Volume.



## شرح و تفسیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی

دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی\*

کریم اتقایی\*\*

### چکیده

مالی را که انسان به دیگری می‌دهد یا به صورت تبرعی است، یا برای ایجاد تعهد و یا برای اجرای تعهد. ماده ۲۶۵ با ایجاد اماره عدم تبرع، احتمال اول را منتفی اعلام کرده است. اما با نفی تبرعی بودن نمی‌توان نتیجه گرفت که تسلیم مال به دیگری ظهور در ایجاد تعهد و یا ایفای تعهد دارد. از این رو، در تفسیر ماده مزبور بین علمای حقوق اختلاف نظر وجود دارد که این اختلاف نظر به آرای قضایی نیز کشیده شده است. مقاله حاضر با بیان نظرات مختلف و نقد و بررسی آنها این نظر را می‌پذیرد که دادن مال به دیگری اماره مدیونیت است و دهنده مال تنها در صورتی می‌تواند مال تسلیم شده را مسترد نماید که مدیون نبودن خود را اثبات کند.

### کلیدواژگان

تبرع، اماره مدیونیت، قاعده ید، وفای به عهد.

---

\* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازنداران.

\*\* دانشجوی دوره دکترای دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات).

## مقدمه

مالی را که انسان به دیگری می‌دهد می‌تواند تحت یکی از عناوین زیر بدهد: ۱- به صورت تبرعی بدهد و شخص آن را مجاناً بپردازد. به عنوان مثال، آن مال را به دیگری هبه کند. ۲- برای ایجاد تعهد بدهد مثل اینکه آن را به دیگری قرض دهد یا نزد او امانت گذارد و یا به عنوان عاریه به او بدهد که در جمیع این موارد گیرنده مال متعهد به بازگرداندن عین مال یا مثل آن به دهنده مال است. ۳- برای اجرای تعهد بدهد. ماده ۲۶۵ قانون مدنی<sup>(۱)</sup> که مقرر می‌دارد: «هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین، اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند»، احتمال اول را نفی نموده است و اصل را بر تبرعی نبودن قرارداداده است. مبنای اصل مزبور را می‌توان دو چیز دانست: اول اینکه، با تمایل ذاتی اشخاص هماهنگ است. چه آنکه انسان‌ها تمایل دارند بر دارایی خود بیفزایند و از اعمالی که موجب کاستن دارایی آنها می‌شود، اجتناب می‌کنند و به همین دلیل، معمولاً مالی به کسی نمی‌دهند مگر اینکه در مقابل، مال و یا ارزش اقتصادی از او بستانند. دوم اینکه، در جوامع انسانی که روزانه میلیون‌ها نفر اموال خود را به تملک دیگران در می‌آورند این کار را در قالب معاملات معوض انجام می‌دهند و موارد تملیک تبرعی بسیار اندک و نادر می‌باشد. در واقع، ریشه اصل عدم تبرع بر غلبه است. در مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی نیز به اصل عدم تبرع اشاره شده است. البته، نحوه بیان قانونگذار در ماده ۲۶۵ متفاوت از مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ می‌باشد. دو ماده اخیر اثبات تبرع را به عنوان استثنا و مانع اعمال قاعده اصلی، در قسمت پایانی آورده است در حالی که در ماده ۲۶۵ اصل عدم تبرع به صورت صریح در صدر ماده ذکر شده است. اگر بنا بود ماده ۲۶۵ با ترکیب مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ تنظیم بشود باید از عبارت زیر استفاده می‌شد: «هرگاه

۱- ماده ۲۶۵ قانون مدنی ایران از ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «هر پرداخت مستلزم وجود دینی است. کسی که بدون داشتن دین مالی را پرداخته است، می‌تواند استرداد کند». چنانکه ملاحظه می‌شود ماده ۲۶۵ به جای عبارت «مستلزم وجود دینی است» از عبارت «ظاهر در عدم تبرع است» استفاده کرده است.

کسی مالی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می تواند آن را استرداد کند مگر اینکه معلوم شود قصد تبرع داشته است.»

چنانکه در بالا اشاره شد ماده ۲۶۵ احتمال اول را که دادن مال به دیگری به صورت تبرعی باشد، نفی می کند، اما با نفی تبرعی بودن نمی توان نتیجه گرفت که تسلیم مال به دیگری ظهور در ایجاد تعهد و یا ایفای تعهد دارد. از این رو، در تفسیر ماده مزبور بین علمای حقوق اختلاف نظر وجود دارد که این اختلاف نظر به آرای قضایی نیز کشیده شده است. به نظر برخی مولفین حقوقی تسلیم مال به دیگری ظهور در ایجاد تعهد دارد. به نظر عده ای دیگر، ظهور در ایفای تعهد دارد و به عبارت دیگر، تسلیم مال به دیگری اماره مدیونیت است. عده ای نیز ضمن اینکه تسلیم مال به دیگری را اماره مدیونیت نمی دانند معتقدند دهنده مال برای استرداد آن باید استحقاق خود را بر آن مال اثبات نماید. نظر دیگر این است که ماده ۲۶۵ تنها در جایی قابل استناد است که احد طرفین در دعوی استرداد مال ادعای تبرع کند. از این رو، در صورتی که اختلاف در امور دیگری چون استقراض و یا ایفای دین باشد ماده مزبور قابل استناد نیست. در ذیل به بررسی این نظرات می پردازیم:

#### ۱- ظهور تسلیم مال به دیگری در ایجاد تعهد

به نظر برخی مولفین حقوقی (امامی، ج ۱، ص ۳۱۴؛ قاسم زاده، ۱۳۸۳، ص ۱۸۰؛ مدنی، ج ۳، ۱۳۸۱، ص ۳۲۱؛ امیری قائم مقامی ۱۳۷۸؛ صفایی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۳) به موجب ماده ۲۶۵ تسلیم مال به دیگری ظهور در ایجاد تعهد برای گیرنده آن دارد. از این رو، هرگاه دهنده مال به دیگری دعوی استرداد اقامه کند به صرف اثبات تسلیم مال، دادگاه باید حکم به استرداد مال را صادر نماید. اگر گیرنده مال ادعا نماید که دهنده مال آن را بابت دین خود پرداخت نموده است باید این ادعای خلاف ظاهر را اثبات نماید تا حکم به بی حقی خواهان صادر گردد. نمی توان خواهان (دهنده مال) را مکلف کرد که برای استرداد مال ثابت کند قبلاً دینی وجود نداشته است.

## دلایل اثبات نظریه

دلایلی را که می‌توان برای اثبات نظریه مذکور در فوق ارائه کرد، به شرح ذیل می‌باشد:

## الف - مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی

یکی از ادله‌ای که برای اثبات نظریه مذکور در فوق می‌توان به آن تمسک کرد (هرچند که این دلیل در آثار مولفان حقوقی مورد اشاره قرار نگرفته است) مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی می‌باشد. مواد مزبور انجام کار برای دیگری و تسلیم منفعت به غیر را ظاهر در ایجاد تعهد برای گیرنده خدمت یا منفعت می‌دانند که با توجه به این دو ماده، درخصوص ماده ۲۶۵ نیز باید گفت تسلیم مال به دیگری ظهور در ایجاد تعهد برای گیرنده مال دارد. در حقیقت، هر سه ماده تسلیم ارزش اقتصادی (عمل، منفعت و یا عین) را به دیگران، ظاهر در ایجاد تعهد برای گیرنده آن پرداخت اجرت المثل و استرداد مال دریافتی می‌دانند.

به نظر نگارنده، قیاس ماده ۲۶۵ با مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ برای اثبات نظریه مذکور در فوق درست نیست. زیرا، اگر منظور این بود، اصلح بود که یا عبارت «بدون اینکه مقروض آن چیز باشد» از ماده ۲۶۵ حذف شود و ماده مزبور به شکل زیر تنظیم شود: «هرگاه کسی مالی به دیگری بدهد می‌تواند آن را استرداد کند مگر اینکه معلوم شود قصد تبرع داشته و یا مدیون آن چیز بوده است» و یا عبارت «بدون اینکه متعهد به انجام آن عمل باشد» به ماده ۳۳۶ و عبارت «بدون اینکه متعهد به تسلیم آن منفعت باشد» به ماده ۳۳۷ اضافه شود. با توجه به عدم شباهت روش تنظیم ماده ۲۶۵ با دو ماده دیگر باید گفت گرچه انجام کار برای دیگری و تسلیم منفعت به غیر، ظهور در ایجاد تعهد برای گیرنده خدمت یا منفعت دارد، تسلیم مال به دیگری ظهور در ایجاد تعهد برای او ندارد. علت این امر را می‌توان در عرف جستجو کرد. در عرف انجام کار برای دیگران و یا تسلیم منفعت به آنها غالباً به صورت معوض و برای اخذ اجرت است و افرادی که بدون اجرت و در مقام ایفای تعهد برای دیگران کار کنند و یا منفعتی را به آنها تسلیم نمایند بسیار اندک می‌باشند ولی در تسلیم مال به دیگران، تسلیم مال به دیگران برای

استرداد آن نیست بلکه برای ایفای تعهد است.

#### ب - عدم امکان اثبات امر عدمی

اگر تسلیم مال به دیگری ظهور در ایجاد تعهد نداشته بلکه اماره مدیونیت باشد لازم می آید دهنده مال برای استرداد آن ثابت کند که مدیون نبوده است. عدم مدیونیت، عدم مطلق و غیر قابل اثبات است (امامی، ج ۱، ص ۳۱۴) و قرارداد امری محال به عنوان مقدمه حکم از قانونگذار بعید است درحالی که قانونگذار بر امکان استرداد مال از سوی دهنده آن تاکید کرده است.

در پاسخ به استدلال مزبور می توان گفت اگر منظور ماده ۲۶۵ این باشد که مدعی استرداد باید ثابت کند هیچ دینی به گیرنده مال نداشته است اثبات آن نظر به اینکه عدم مطلق قابل اثبات نیست، محال است. اما اگر منظور ماده این باشد که مدعی استرداد باید اثبات کند مال پرداخت شده به گیرنده در مقام وفای به عهد نبوده است این عدم از آن دسته امور عدمی است که با وجود امور دیگری ملازم داشته که می توان آن را اثبات کرد (عدم ملازم با وجود امور دیگر). به عنوان مثال، اگر دهنده مال ثابت کند مال را به عنوان امانت، قرض و یا عاریه داده است، ثابت می شود که مال تسلیم شده به گیرنده را مدیون نبوده است. در واقع، اثبات اینکه فردی به دیگری مدیون نیست عدم مطلق و محال است ولی اثبات اینکه مال معین به عنوان ایفای دینی نبوده است از امور عدمی قابل اثبات است.

با دقت در قسمت اخیر ماده ۲۶۵ نیز معلوم می شود که منظور قانونگذار اثبات عدم ملازم با وجود امور دیگر است و نه عدم مطلق. چه آنکه مقرر داشته است: «... بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می تواند استرداد کند». اگر قانونگذار به جای عبارت «بدون اینکه مقروض آن چیز باشد» از عبارت «بدون اینکه مقروض آن کس باشد» استفاده می کرد عدم مزبور عدم مطلق بود و اثبات آن امکان پذیر نبود. از طرفی، با دقت در ماده ۳۰۲ قانون مدنی نیز می توان امکان اثبات امر عدمی را پذیرفت. به موجب ماده مزبور «اگر کسی که خود را اشتباهاً مدیون می داند آن دین را تادیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید». بدیهی است که دهنده مال به دیگری برای استرداد آن باید ثابت کند که مدیون

مال داده شده نبوده و آن را به اشتباه تسلیم نموده است. مثلاً، ثابت کند تسلیم مال مبتنی بر بیع فاسد بوده و در واقع مدیون آنچه پرداخته، نبوده است.

شایان ذکر است که برخی از مولفین حقوقی (امامی، ج ۱، ص ۳۱۵) در عین حال که در خصوص ماده ۲۶۵ اثبات عدم مدیونیت را اثبات عدم مطلق و محال می‌دانند در مورد حواله می‌نویسند: «در صورتی که کسی به وسیله حواله مالی به دیگری بدهد و او آن را دریافت دارد محیل نمی‌تواند استرداد آن را بخواهد مگر آنکه ثابت نماید که به محال مدیون نبوده است... ظاهر در حواله مدیون بودن محیل به محال است مگر آنکه به وسیله دلیل ثابت نماید که پول را به محال قرض داده است». چگونه قابل پذیرش است که در حواله محیل بتواند با اثبات وجود قرض، عدم مدیون بودن خود را به محال ثابت نماید ولی در خصوص ماده ۲۶۵ دهنده مال نتواند با اثبات وجود قرض یا عاریه، عدم مدیونیت خود را به گیرنده ثابت نماید.

#### ج - اصل براءت

دلیل دیگر کسانی که تسلیم مال به دیگری را ظاهر در ایجاد تعهد می‌دانند این است که اگر ماده ۲۶۵ ظهور در ایفای تعهد داشته باشد مستلزم این است که دهنده مال باید عدم مدیونیت به گیرنده را اثبات کند و توجه به چنین تکلیفی خلاف اصل براءت است. با وجود اصل براءت نمی‌توان کسی را که ادعا و اظهار موافق با اصول حقوقی دارد مکلف کرد که ادعای موافق اصل خود را اثبات کند. در واقع آنچه به عهده تسلیم کننده قرار دارد فقط اثبات این است که او مال را به گیرنده تسلیم کرده است و این گیرنده مال است که برای امتناع خود از رد آنچه گرفته است باید مدیونیت دهنده و استحقاق خود را نسبت به مال تسلیم شده اثبات کند (شهیدی، ص ۶). شعبه ۸ دادگاه استان تهران نیز در رأی شماره ۲۰۸ مورخ ۴۰/۸/۲ (کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضایی، ۱۳۷۷، ص ۲۲۸) با اجرای اصل براءت نسبت به خواهان، تسلیم مال به دیگری را ظاهر در ایجاد تعهد دانسته است. دادگاه مزبور در این خصوص اعلام داشته است: «... چون اصل، عدم تبرع و براءت ذمه است و دلیلی بر مدیون بودن پژوهشخواه ابراز نشده نامبرده می‌تواند استرداد وجه مذکور را بخواهد».

در پاسخ به استدلال مذکور، می‌توان گفت اولاً، در دعوی استرداد کسی که به

دیگری مالی را می‌دهد مدعی است که گیرنده نسبت به او مدیون و متعهد به رد مال است. در واقع، دهنده مال ادعای وجود حقی برای خود و تلکیفی برای گیرنده را می‌نماید و دقت در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)<sup>(۲)</sup> نشان می‌دهد منظور از اصل برائت، برائت مدعی علیه است نه مدعی. هیأت عمومی دیوانعالی کشور نیز در رأی اصراری شماره ۱۹۹۵ مورخ ۴۱/۷/۳ (ضمیمه روزنامه رسمی، ۱۳۶۹، ص ۱۴۵) اعلام داشته است: «مراد از اصل برائت در دعوی مطروحه و هر دعوی دیگر برائت مدعی علیه است و مدعی باید دعوی خود را اثبات نماید. دادگاه در حکم فرجام‌خواسته معکوساً استدلال نموده و مدعی را بری شمرده در صورتی که علیه مدعی از طرف فرجام‌خواه دعوایی طرح نشده بود». ثانیاً، به فرض که اصل برائت نسبت به مدعی قابل استناد باشد اما در اکثر مواردی که افراد در جامعه مالی را به دیگری پرداخت می‌کنند این عمل را در مقام وفای به عهد انجام می‌دهند هر چند ممکن است اعطای مال تحت عناوین دیگری نیز باشد، چون عاریه، ودیعه و یا قرض. با وجود چنین ظاهری در تعارض بین اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است. قانونگذار نیز در موارد متعددی ظاهر را بر اصل مقدم داشته است. به عنوان مثال، به موجب ماده ۲۷۰ قانون مدنی «اگر متعهد در مقام وفای به عهد مالی تأدیه نماید دیگر نمی‌تواند تحت این عنوان که در حین تأدیه مالک آن مال نبوده است استرداد آن را از متعهدله بخواهد مگر اینکه ثابت کند مال غیر، با مجوز قانونی در ید او بوده بدون اینکه اذن در تأدیه داشته باشد». با آنکه اصل، عدم اذن در تأدیه است قانونگذار در این ماده مقرر داشته که دهنده مال باید عدم اذن را اثبات نماید. علت این امر چنانکه برخی مولفین حقوقی (شهیدی، ۱۳۶۸، ص ۱۰) نیز نوشته‌اند این است که در یک جامعه منظم شخصی که مالی را در مقام ایفای تعهد خود تسلیم می‌کند ظاهر این است که این اقدام برای او قانوناً مجاز می‌باشد. وقتی دهنده مال، خلاف این ظاهر را ادعا می‌کند باید آن را اثبات کند. قانونگذار در بند (الف) تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق نیز در مورد کارهایی که زوجه در مدت زناشویی انجام داده است در صورتی زوجه را

۲- ماده ۱۹۷ «اصل، برائت است. بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند. در غیر اینصورت، با سوگند خوانده حکم برائت صادر خواهد شد».

مستحق اجرت دانسته که ثابت شود زوجه قصد تبرع نداشته است با اینکه اصل، عدم تبرع است. مبنای حکم مزبور این است که در خانواده‌های ایرانی زنان معمولاً کارهای منزل را برای گرفتن اجرت انجام نمی‌دهند و به عبارت دیگر، ظاهر، تبرعی بودن کارهای آنها است وقتی زوجه خلاف این ظاهر را ادعا نماید باید آن را اثبات کند. ثالثاً، اصول عملیه تنها زمانی قابل استفاده هستند که دلیل دیگری وجود نداشته باشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل) اما در این مورد با وجود اماره تصرف که کاشف از واقع است (مال تسلیم شده در تصرف گیرنده است و به موجب ماده ۳۵ تصرف به عنوان مالکیت دلیل بر مالکیت است) جایی برای استناد به آن باقی نمی‌ماند (اسلامی پناه، ۱۳۷۸، ص ۱۳۴-۱۳۱). زیرا، در تعارض بین اماره و اصل، اماره بر اصل عملی مقدم است.

### ج - رویه قضایی

شعبه ۸ دادگاه استان تهران در رأی شماره ۲۰۸ مورخ ۴۰/۸/۲ (کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضایی، ۱۳۷۷، ص ۲۲۸) با اجرای اصل براءت نسبت به خواهان، تسلیم مال به دیگری را ظاهر در ایجاد تعهد دانست و به نفع خواهان رأی داد. در رأی مزبور آمده است: «... چون اصل، عدم تبرع و براءت ذمه است و دلیلی بر مدیون بودن پژو و هشخوخواه ابراز نشده نامبرده می‌تواند استرداد وجه مذکور را بخواهد».

اکثریت قضاات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران در نشست قضایی خود در تاریخ ۶۷/۱۲/۴ (نویخت، ۱۳۶۸، ص ۲۵۷) اعلام نموده‌اند ماده ۲۶۵ فقط ناظر به تاسیس اماره عدم تبرع در دادن مال است و به هیچ وجه مبین این معنی نیست که دادن چیزی به کسی اماره مدیون بودن دهنده آن چیز باشد. به عبارت دیگر، فرض، وجود دین در این ماده نیست به طوری که دهنده مال برای استرداد آن مجبور شود عدم دین خود را اثبات کند. دادن مال ممکن است به عنوان ودیعه، عاریه، قرض و غیر آن باشد. بنابراین، مطابق اصل، گیرنده مال مکلف به اثبات وجود دین و استحقاق خود برای دریافت آن است و مادام که وجود قرض توسط گیرنده مال ثابت نشود وی مطابق ماده ۳۰۱ قانون مدنی محکوم به رد آن مال است. به عبارت دیگر، قسمت اخیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی مفید معنی دیگری غیر از اماره عدم تبرع در دادن مال که موضوع صدر ماده



است، نمی‌باشد و تنها مکمل آن است و مشعر به مطلب جدید و اماره دیگری نیست. گرچه در نظریه مذکور در فوق تصریح شده است که ماده ۲۶۵ فقط ناظر به تاسیس اماره عدم تبرع در دادن مال است و مفید امر دیگری نیست اما با توجه به اینکه اعلام نموده‌اند گیرنده مال مکلف به اثبات وجود دین و استحقاق خود برای دریافت آن است و در غیر این صورت، محکوم به رد آن مال است، این نظر دقیقاً منطبق با نظر کسانی است که تسلیم مال به دیگری را ظاهر در ایجاد تعهد می‌دانند و به همین دلیل آن را در ذیل ادله طرفداران نظریه مذکور در فوق ذکر کردیم.

۲- عدم ظهور ماده ۲۶۵ در اماره مدیونیت و ملزم نبودن گیرنده مال به استرداد آن برخی مولفین حقوقی علیرغم اینکه ماده ۲۶۵ را اماره مدیونیت نمی‌دانند در عین حال بر خلاف طرفداران نظریه اول معتقدند گیرنده مال می‌تواند از استرداد مال دریافتی امتناع کند. در ذیل به نقد و بررسی دلایل این نظریه می‌پردازیم:

#### دلایل اثبات نظریه

طرفداران نظریه مذکور در فوق ضمن اینکه ماده ۲۶۵ را اماره مدیونیت ندانسته و اثبات عدم مدیونیت را اثبات عدم مطلق و محال می‌دانند که معمولاً نمی‌توان برای آن ملازم وجودی پیدا کرد تا با اثبات آن، امر عدمی به طور غیر مستقیم ثابت شود (شهیدی، ۱۳۶۸، ص ۳۳). در عین حال معتقدند گیرنده مال می‌تواند به استناد اماره تصرف (ماده ۳۵ قانون مدنی) از استرداد مال دریافتی امتناع کند و تنها در صورتی محکوم به رد مال می‌شود که دهنده مال استحقاق فعلی خود را ثابت کند. به عنوان مثال، ثابت نماید که مال را به گیرنده قرض یا عاریه داده است (همان، ص ۶). نظریه مزبور از این جهت که دهنده مال برای استرداد آن باید استحقاق خود را اثبات کند، شبیه نظریه ظهور ماده در اماره مدیونیت است، اما چنانکه در جواب طرفداران نظر اول گذشت استدلال به اینکه عدم مدیونیت، عدم مطلق و غیر قابل اثبات بوده و برای آن نمی‌توان ملازم وجودی پیدا کرد استدلال درستی نمی‌باشد.

### ۳- کاربرد ماده ۲۶۵ تنها در صورتی که اختلاف در تبرع باشد

نظر دیگر در تفسیر ماده ۲۶۵ که بیشتر در آرای قضایی ملاحظه شده است این است که هرگاه در دعوی استرداد، یکی از طرفین ادعای تبرع کند موضوع از مصادیق ماده ۲۶۵ بوده و ممتنع باید ادعای خلاف اصل خود را ثابت کند و یا مال را برگرداند ولی هرگاه اختلاف در تبرع نباشد و مثلاً اختلاف در استقراض و ایفاء دین باشد استناد به ماده ۲۶۵ نایبجا است. وقتی شخصی مالی را به دیگری می‌دهد برای استحقاق آن باید طبق قاعده البینه علی المدعی دلیل بیاورد و این به دلیل دلالت ماده ۲۶۵ بر ایفاء تعهد نیست.

رای اصراری شماره ۱۹۹۵ - ۴۱/۷/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور موید این نظر است. شرح دعوی اینچنین است که وکیل خواهان به وکالت از موکل خود دادخواستی به خواسته مطالبه وجه نقد تقدیم دادگاه کرد و مدعی شد وجهی را که موکلش به وسیله بانک برای خواننده ارسال کرده بود به عنوان امانت بوده است اما خواننده از استرداد آن خودداری می‌نماید. خواننده در مقام دفاع اظهار داشت که وجه دریافتی را از خواهان طلبکار بوده است. دادگاه استرداد وجه را منوط به اثبات امانی بودن وجه پرداختی توسط خواهان دانست و چون خواهان موفق به اثبات آن نشد به حکم دادگاه محکوم به بی‌حقی شد. خواهان نسبت به حکم دادگاه درخواست پژوهش کرد و دادگاه استان با نقض رای پیشین و با استناد به ماده ۲۶۵ حکم به استرداد وجه دریافتی داد. از حکم اخیر فرجام‌خواهی شد و شعبه ۶ دیوان عالی کشور به موجب رأی شماره ۱۶ - ۱۳۴۰/۱/۲۳ حکم دادگاه استان را با این استدلال که دعوی منطبق با ماده ۲۶۵ نبوده و استرداد منوط به اثبات امانی بودن وجه ارسالی از سوی فرستنده می‌باشد، نقض نمود و پرونده را جهت رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه استان ارجاع کرد. این بار نیز دادگاه مرجوع الیه در حکم اصراری شماره ۲۰۸ - ۴۰/۸/۲ به استناد ماده ۲۶۵ حکم به استرداد وجه ارسالی به نفع خواهان داد. از حکم اصراری فرجام‌خواهی شد و این بار هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی مذکور چنین نظر داد: «حکم فرجام‌خواسته مخدوش است؛ زیرا، مستند حکم مزبور در مورد بحث، ماده ۲۶۵ ق.م. است که منطبق با مورد نمی‌باشد و فرجام‌خواه (خواننده و گیرنده وجه) ادعا

نداشته که وجه دریافتی تبرعی بوده تا در تبرع اختلاف باشد و عدم تبرع مناط اعتبار قرار گیرد... و مدعی باید امانی بودن مدعی به را ثابت کند...» (مجله کانون وکلا، ش ۸۸، ص ۱۶۶ و بعد).

ایرادی که به نظر هیأت عمومی وارد است، این است که با قبول آن باید پذیرفت که ماده ۲۶۵ در خارج مصداقی ندارد و تقریباً موردی برای استناد به آن پیش نمی آید؛ زیرا، در دعوی استرداد اصولاً ادعای تبرع از سوی گیرنده مالی مطرح می شود و ابرازی است برای امتناع از رد مال جهت تصاحب آن و محروم کردن خواهان از استرداد مال. وقتی معتقد باشیم که دهنده مال به عنوان مدعی باید استحقاق خود را بر مال ثابت کند و گیرنده برای امتناع از رد مال احتیاج به اثبات امری ندارد دلیلی باقی نمی ماند که خواننده با طرح تبرعی بودن تسلیم مال به خود، بار اثبات دعوی و ابراز دلیل را از مدعی به خود، متوجه سازد. صرف تکذیب ادعای خواهان و یا سکوت او و عدم حضور خواننده در جلسات دادرسی یا طرح این ادعا که تسلیم مال برای ایفای تعهد بوده است، برای امتناع خواننده از رد مال کافی است و خواننده برای نگهداری مال و امتناع از رد آن نیاز به اثبات امری ندارد و مقصود گیرنده مال، برای نگهداری مال بدون هیچ زحمتی حاصل است. با توجه به این مراتب آیا معقول است گیرنده با طرح ادعای تبرع قبول در دسر کند و بار اثبات دلیل را بر خود تحمیل نماید. از طرف دیگر، اگر ماده مزبور فقط در موارد اختلاف طرفین در تبرعی بودن پرداخت، کاربرد داشته باشد و دلالتی بر اماره مدیونیت پرداخت و یا ظهور آن در ایجاد تعهد نداشته باشد قانونگذار می بایست به ذکر جمله اول اکتفا کرده و به این ترتیب نیازی به ذکر قسمت دوم ماده نبود. به عبارت دیگر، لازمه پذیرش نظریه مذکور در فوق زاید بودن جمله دوم ماده ۲۶۵ خواهد بود. در حالی که اصل، عدم زاید بودن است.

#### ۴- ظهور ماده ۲۶۵ در اماره مدیونیت

بسیاری از مولفین حقوقی (عدل، ص ۱۶۳؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۷۴؛ جعفری لنگرودی، ص ۲۲۳) معتقدند اگر کسی مالی به دیگری بدهد ظن غالب بر این است که قصد تبرع نداشته و با دادن آن قرض خود را به طرف مقابل ادا

می‌کند. در ذیل به بررسی دلایل این نظریه که مورد پذیرش نگارنده نیز می‌باشد، می‌پردازیم:

#### ۱-۴- مواد قانونی

##### ۱-۱-۴- ماده ۷۲۴ قانون مدنی

به موجب ماده ۷۲۴ قانون مدنی «حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد...». به موجب ماده ۷۲۶ قانون مدنی نیز صدور حواله دلالت بر اشتغال ذمه محیل بر محتال دارد، چه آنکه ماده مزبور مقرر می‌دارد: «اگر در مورد حواله، محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود». مبنای واقعی دلالت مزبور این فرض است که «پرداخت ظهور در دین دارد». از حکم شماره ۱۰۴۵ - ۱۳۲۵/۶/۲۵ شعبه اول دیوان عالی کشور (متین دفتری، مجموعه رویه قضایی، ص ۱۱۸) و حکم شماره ۲۷۸۴ - ۳۹/۹/۱۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور (کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ص ۴۱۹) بر می‌آید که رویه قضایی تمایل بر این دارد که محیل را مدیون بداند مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

##### ۲-۱-۴- ماده ۳۲۰ قانون تجارت

به موجب ماده مذکور در فوق «دارنده هر سند در وجه حامل، مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می‌شود مگر در صورت ثبوت خلاف...» چنانکه ملاحظه می‌شود ماده مزبور، هر سند در وجه حامل را مالک آن می‌داند. در نتیجه، تسلیم کننده سند تنها با اثبات عدم مدیونیت خود، حق استرداد آن را دارد.

##### ۲-۴- گنجاندن ماده ۲۶۵ در مبحث وفای به عهد

ذکر ماده ۲۶۵ در مبحث وفای به عهد نشانه این است که قانونگذار از وفای به عهد و فروع آن بحث می‌کند و هنگامی که مقرر می‌دارد «هرکس مال به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است...» هر ذهن متعارفی چنین می‌فهمد که مقصود «ظاهر در پرداخت

دین» است (کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ص ۴۱۸)

۳-۴- ملازمه بین عدم اماره مدیونیت و ظهور تسلیم مال در ودیعه، قرض و یا وکالت اگر ماده ۲۶۵ مفید اماره مدیونیت نباشد لازم می آید که تسلیم مال را ظاهر در ودیعه یا قرض و یا وکالت بدانیم و با شک در وجود این روابط حقوقی باید اصل عدم را جاری نمود مگر اینکه خلاف آن اثبات شود که در اینصورت با وجود دلیل جای تمسک به اصل نخواهد بود. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۷۵).

#### ۴-۴- ملازمه بین عدم اماره مدیونیت و زاید بودن قسمتی از ماده ۲۶۵

اگر ماده ۲۶۵ اماره مدیونیت نبوده و ظهور در ایجاد تعهد داشته باشد لازم می آید عبارت «بدون اینکه مقروض آن چیز باشد» لغو و زاید باشد در حالی که اصل، عدم لغویت و زاید بودن است. چه آنکه اگر بپذیریم تسلیم مال ظهور در ایفای تعهد دارد صرف تسلیم مال کافی برای استرداد آن خواهد بود و در این صورت مناسب این بود که ماده ۲۶۵ به صورت زیر تنظیم می شد: «هرکسی مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین، اگر کسی چیزی به دیگری بدهد می تواند آن را استرداد کند». حال آنکه عدم مدیونیت، شرط و مقدمه استرداد قرارداد داده شده است و نمی توان عبارت مذکور را زائد و بلااثر دانست. ظاهر ماده آن است که قانونگذار علاوه بر نفی تبرع، شرطی برای استرداد مال پیش بینی کرده است.

#### ۴-۵- رویه قضایی

از حکم دادگاهها در مورد صدور اسناد تجاری و حواله فهمیده می شود که از نظر آنها تسلیم مال به دیگری ظهور در مدیونیت دهنده مال دارد. به عنوان مثال، شعبه ۴ دیوانعالی کشور در حکم شماره ۷۱۶ - ۳۲۴/۶/۱۴ مقرر داشته است: «از مجموع مواد استفاده می شود که چک در وجه حامل مثبت انتقال وجه آن است که صادر کننده مدیون دارنده آن بوده و ضامن پرداخت وجه می باشد. در این صورت عنوان استحقاق صادر کننده چک به استرداد وجه آن از دارنده چک، برخلاف مستفاد از مواد مزبور

خواهد بود». شعبه ۱۹ دیوانعالی کشور در رأی شماره ۱۲۶-۷۳/۴/۸- به ماده ۲۶۵ نیز استناد کرده است. در رأی مزبور آمده است: «... وجود چک مورد بحث در ید مدعی، اماره بر مدیونیت صادر کننده و استحقاق دارنده چک در مطالبه و وصول چک مزبور می باشد و در ما نحن فیه دلیل کافی و مقتضی که دلالت بر اشتباه صادر کننده چک در صدور آن و یا نفی استحقاق دارنده چک مزبور در مطالبه و وصول وجوه چک مبحوث عنه داشته باشد، ارائه نشده و در پرونده امر مشهود نیست. بنا به مراتب و با عنایت به اینکه رای مورد درخواست تجدید نظر مفاداً مغایر با مدلول ماده ۲۶۵ قانون مدنی و مادّین ۲۴۹ و ۳۱۴ قانون تجارت در این خصوص می باشد، رای مزبور مخدوش تشخیص می گردد» (حسینی، ذیل ماده ۲۶۵). هیأت عمومی دیوانعالی کشور نیز در حکم شماره ۶۹/۳/۲۹-۴ اعلام داشته است: «... به صراحت ماده ۳۱۰ قانون تجارت، صادر کننده چک و جوهری را که نزد محال علیه دارد به دارنده چک واگذار می کند و واگذاری وجه چک دلالت بر تعلق وجه چک به دارنده دارد و می تواند وجه آن را مطالبه و وصول نماید. و چون در متن سه فقره چکهای مدرک دعوی مطالبی که مفید عدم مسئولیت صادر کننده چکها باشد و در مرحله رسیدگی ماهوی دلیلی که موید استحقاق تجدیدنظر خواننده در استرداد وجه چکها می باشد ارائه نگردیده و ماده ۲۶۵ قانون مدنی ارتباطی به موضوع ندارد لذا، حکم تجدید نظر خواسته نقض می شود». چنانکه در استناد به ماده ۷۲۴ قانون مدنی گذشت شعبه اول دیوانعالی کشور در حکم شماره ۱۰۴۵-۱۳۲۵/۶/۲۵ و هیأت عمومی دیوانعالی کشور در حکم شماره ۲۷۸۴-۳۹/۹/۱۱ صدور حواله را ظاهر در مدیون بودن محیل می دانند مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

اقلیت دادگاههای حقوقی ۲ تهران (نویخت، ۱۳۶۸، ص ۲۵۷) در نشست قضایی اظهار داشتند: «ماده ۲۶۵ قانون مدنی علاوه بر بیان اماره عدم تبرع در دادن مال، در قسمت اخیر بیانگر این معنا نیز هست که اگر کسی چیزی به دیگری بدهد صرف این کار اماره مدیون بودن او است و اگر بخواهد آن را استرداد کند باید مقروض نبودن خود را اثبات نماید، مانند موردی که کسی به دیگری چک یا سفته داده باشد که مجرد این عمل ظهور در اشتغال ذمه صادر کننده دارد. علی هذا همانطور که در دعوی خواهان به

خواسته الزام به تنظیم سند انتقال با ادعای انجام معامله و پرداخت ثمن، مدعی باید، انجام معامله و پرداخت وجه را اثبات کند، در دعوی استرداد وجه نیز ولو دریافت آن مورد قبول خوانده باشد خواهان باید مقروض نبودن خود را ثابت نماید. زیرا، به حکم قسمت اخیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی، مجرد دادن مال توسط کسی به دیگری اماره مدیون بودن اوست و پس گرفتن آن دلیل می‌خواهد».

### نتیجه‌گیری

در تفسیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی بین علمای حقوق اختلاف نظر وجود دارد که این اختلاف نظر به آرای قضایی نیز کشیده شده است. نظرات مزبور به شرح ذیل می‌باشد:

۱- تسلیم مال به دیگری ظهور در ایجاد تعهد دارد نه ایفای تعهد، چه آنکه اگر تسلیم مال به دیگری ظهور در ایفای تعهد داشته باشد اولاً، لازم می‌آید دهنده مال برای استرداد آن ثابت کند که مدیون نبوده است. عدم مدیونیت، عدم مطلق و غیر قابل اثبات است. ثانیاً، مستلزم این است که دهنده مال باید عدم مدیونیت به گیرنده را اثبات کند و توجه چنین تکلیفی خلاف اصل براءت است. در پاسخ به دلیل اول گفته شده است که عدم مدیونیت در بحث ما عدم مطلق نیست بلکه عدمی است که با اثبات یک امر وجودی (مثل اثبات اینکه تسلیم مال به عنوان قرض، عاریه و یا امانت بوده است) می‌توان آن را اثبات کرد. در پاسخ به دلیل دوم نیز گفته شده است که اولاً، با توجه به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) منظور از اصل براءت، براءت مدعی علیه است نه مدعی. ثانیاً، به فرض که اصل براءت نسبت به مدعی قابل استناد باشد، اما در اکثر مواردی که افراد در جامعه مالی را به دیگری پرداخت می‌کنند این عمل را در مقام وفای به عهد انجام می‌دهند هر چند ممکن است اعطای مال تحت عناوین دیگری نیز چون عاریه، ودیعه و یا قرض باشد. با وجود چنین ظاهری در تعارض بین اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است.

۲- تسلیم مال به دیگری اماره مدیونیت نیست اما گیرنده مال می‌تواند به استناد اماره (ماده ۳۵ قانون مدنی) از استرداد مال دریافتی امتناع کند و تنها در صورتی محکوم به رد مال می‌شود که دهنده مال استحقاق فعلی خود را ثابت کند. به عنوان مثال، ثابت

نماید که مال را به گیرنده قرض یا عاریه داده است. نظریه مزبور از این جهت که دهنده مال برای استرداد آن باید استحقاق خود را اثبات کند شبیه نظریه ظهور ماده در اماره مدیونیت است، اما چنانکه در جواب طرفداران نظر اول گفته شد، اینکه عدم مدیونیت، عدم مطلق و غیر قابل اثبات بوده و برای آن نمی توان ملازم وجودی پیدا کرد استدلال درستی نمی باشد.

۳- ماده ۲۶۵ تنها در جایی قابل استناد است که احد طرفین در دعوی استرداد مال ادعای تبرع کند. از این رو، در صورتی که اختلاف در امور دیگری چون استقراض و یا ایفای دین باشد ماده مزبور قابل استناد نیست. ایرادی که به نظر مزبور وارد است، این است که با قبول آن باید پذیرفت ماده ۲۶۵ در خارج مصداقی ندارد و تقریباً موردی برای استناد به آن پیش نمی آید.

۴- تسلیم مال به دیگری ظهور در ایفای تعهد داشته و اماره مدیونیت است. ماده ۷۲۴ قانون مدنی و ماده ۳۲۰ قانون تجارت موید این نظر است. از طرفی، اگر ماده ۲۶۵ مفید اماره مدیونیت نباشد لازم می آید که تسلیم مال را ظاهر در ودیعه یا قرض و یا وکالت بدانیم و با شک در وجود این روابط حقوقی باید اصل عدم را جاری نمود مگر اینکه خلاف آن اثبات شود که در اینصورت با وجود دلیل جای تمسک به اصل نخواهد بود. همچنین، اگر ماده ۲۶۵ اماره مدیونیت نبوده و ظهور در ایجاد تعهد داشته باشد لازم می آید عبارت «بدون اینکه مقروض آن چیز باشد» لغو و زاید باشد در حالی که اصل، عدم لغویت و زاید بودن است.



## فهرست منابع

- ۱- اسلامی پناه، علی، تسلیم مال یا پرداخت وجه نشانه مدیونیت است، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۷۸، شماره ۴۵.
- ۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۷.
- ۳- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج ۱، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸.
- ۴- حسینی، سید محمدرضا، قانون مدنی، در رویه قضایی.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹.
- ۶- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ اول، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۸.
- ۷- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- ۸- قاسم زاده، سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ اول، تهران، دادگستر، ۱۳۸۳.
- ۹- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۴۲.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، چاپ اول، دادگستر، ۱۳۷۷.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران، بهنشر، ۱۳۶۴.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، عقود معین - ۴ (حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین)، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۶۸.
- ۱۳- متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، آرشیو حقوقی کیهان.
- ۱۴- مجله کانون وکلا، شماره ۸۸.
- ۱۵- مدنی، جلال الدین، حقوق مدنی (مسئولیت مدنی، ضمان قهری، سقوط تعهدات)، چاپ اول، ج ۳، پایدار، ۱۳۸۳.
- ۱۶- نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، چاپ دوم، کیهان، ۱۳۶۸.



## پراگماتیسم حقوقی

دکتر شهرام کیوانفر\*

### چکیده

پراگماتیسم یکی از مهمترین مکاتب فلسفی است که در دهه‌های اخیر، بسیاری از حوزه‌های زندگی اجتماعی از جمله حقوق و سیاست را به‌طور جدی تحت تاثیر قرار داده. این مقاله در صدد است ضمن معرفی مهمترین مبانی و التزامات پراگماتیسم، تاثیر اندیشه‌های پراگماتیکی را بر بعضی از مهمترین مفاهیم حقوقی (همچون قضاوت، تکلیف سیاسی، مشروعیت و حقوق بشر) نشان دهد و تفاوت‌های موجود میان «عمل‌گرایی» و «اصول‌گرایی» در حقوق را برجسته سازد.

از نظر پراگماتیسم، قانون در خدمت نیازهای انسانی است؛ قضات در واقع بر مبنای الگوهای گوناگون و چندوجهی تصمیم می‌گیرند که هیچ‌یک از آنها نهایی نیستند. قاضی دعوی را درون شبکه‌ای (یا چندین شبکه متفاوت) از تحلیل‌های هنجاری مرتبط می‌نشانند و فقط از این طریق است که می‌تواند درک کاملی از حدود و مرزهای دعوی پیدا کند؛ قواعد هنجاری یک تئوری واحد، نمی‌توانند مبنای تام و تمام یک تصمیم قضایی قرار گیرند. تصمیم‌گیری، ضمناً، حاصل یک درک شهودی غیر قاعده‌مند نیز هست.

### کلیدواژگان

فلسفه حقوق، پراگماتیسم، عمل‌گرایی، اصول‌گرایی، مشروعیت، قضاوت.

\* دکترای حقوق خصوصی از دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و وکیل پایه یک دادگستری

## مقدمه

پراگماتیسم اصطلاحی است که طیف نسبتاً متنوعی از عقاید را در تفکر فلسفی پوشش می‌دهد. تاریخ پراگماتیسم معمولاً با چارلز سندرز پیرس<sup>(۱)</sup> آغاز می‌شود، اگر چه او در اصل، ایده یک دوست حقوقدان - نیکولاس جان گرین<sup>(۲)</sup> - را دست‌مایه نظریه خود قرار داد. براساس یک گزارش مرسوم، این امانت از پیرس به ویلیام جیمز<sup>(۳)</sup> رسید. جان دیویی<sup>(۴)</sup>، جرج مید<sup>(۵)</sup> و شیلر<sup>(۶)</sup> نیز از پیشگامان پراگماتیسم محسوب می‌شوند. به موازات پراگماتیسم و تحت تاثیر آن، رئالیسم حقوقی پا به عرصه گذاشت که از آثار اولیوروندل هومز<sup>(۷)</sup>، جان‌گری<sup>(۸)</sup> و بنجامین کاردوزو<sup>(۹)</sup> الهام گرفت و در نوشته‌های کسانی چون جروم فرانک<sup>(۱۰)</sup>، ویلیام داگلاس<sup>(۱۱)</sup>، کارل لولین<sup>(۱۲)</sup>، فلیکس کوهن<sup>(۱۳)</sup> و ماکس رادین<sup>(۱۴)</sup> خود را نشان داد.

پراگماتیسم و رئالیسم حقوقی در مقالات جان دیویی به یکدیگر ملحق شدند<sup>(۱۵)</sup> اما مقارن با خاتمه جنگ دوم جهانی، پراگماتیسم فلسفی و رئالیسم حقوقی هر دو افول کردند. پراگماتیسم جای خود را به پوزیتیویسم منطقی داد و از صحنه خارج شد و رئالیسم نیز جذب جریان اصلی حقوق بویژه مکتب «فرایندهای قانونی»<sup>(۱۶)</sup> شد که در ۱۹۵۸ م. با هارت و کتاب فرایندهای قانونی ساکس به اوج خود رسید.

پس از آن، در آغاز دهه ۱۹۶۰ م. با افول پوزیتیویسم منطقی، پراگماتیسم توسط

1- Chas. Sanders Peirce.

2- Nicholas St. John Green.

3- William James.

4- John Dewey.

5- George Mead.

6- F.S.C. Schiller.

7- Oliver Wendell Holmes.

8- John Chipman Grey.

9- Benjamin Cardozo.

10- Jerome Frank.

11- William Douglas .

12- Karl Llewellyn.

13- Felix Cohen.

14- Max Radin.

15- See Posner Richard A., "Legal Pragmatism", Richard Shusterman (ed.), the Range of Pragmatism and the Limits of Philosophy, Malden: Blackwell, 2004, (8), 144-156, p.145.

16- Legal Process.

ریچارد رورتنی حیاتی دوباره یافت. در دهه ۱۹۷۰ م. اندیشه‌های پراگماتیکی توسط «مطالعات انتقادی حقوق» و در دهه ۱۹۸۰ م. توسط گروهی از نوپراگماتیست‌ها<sup>(۱۷)</sup> مانند مارتامینو،<sup>(۱۸)</sup> توماس گری،<sup>(۱۹)</sup> دنیل فاربر،<sup>(۲۰)</sup> فیلیپ فری کی،<sup>(۲۱)</sup> ریچارد پوسنر،<sup>(۲۲)</sup> و سایرین تعقیب شد.

پراگماتیسم خواه از نوع قدیم<sup>(۲۳)</sup> خواه جدید،<sup>(۲۴)</sup> به نحوی مؤکد دوگانه انگاری‌های مدرن، همانند دوگانه‌پنداری سوژه و اثره، ذهن و جسم، واقعیت و ادراک، فرم و محتوا و... را رد می‌کند و این دوگانه‌انگاری‌ها را حامی و حافظ یک نظم محافظه‌کارانه اجتماعی، سیاسی و حقوقی می‌داند.

پیروزی علم، بویژه فیزیک نیوتونی، در سده‌های هفده و هجده اکثر مردمان متفکر را ترغیب کرد پذیرند جهان فیزیکی دارای ساختاری یکنواخت و قابل دسترس برای منطق انسان است. این موجب شد به نظر رسد، طبیعت انسان و نظام‌های اجتماعی انسانی می‌توانند از ساختار مکانیکی مشابهی برخوردار باشند. اندیشیدن به چنین شیوه‌ای، جهانی را پدید آورد که در آن، نوع بشر در یک قالب «عینی» ریخته شده بود. ذهن بشر از طریق ادراک، محاسبه، سنجش و ریاضیات از رازهای طبیعت (شامل اسرار ذهن انسان به عنوان بخشی از طبیعت) و قوانین طبیعی پرده برمی‌داشت، قوانین حاکم بر فعل و انفعالات اجتماعی (مثلاً معادلات قدرت و رفتار اقتصادی) را کشف می‌کرد و روان و رفتار انسان را براساس قواعد و اصولی ثابت می‌شناخت و تفسیر می‌کرد. این عقیده به نحو گسترده علمی، با یک چاشنی افلاطونی دایر بر وجود جهانی منظم در پس همه بی‌نظمی‌های ادراک محسوس، از سوی شاعران (همانند بلیک<sup>(۲۵)</sup> و وردزورث<sup>(۲۶)</sup>) و فلاسفه رمانتیک به مبارزه طلیده شد. آنها بر شکل‌پذیری و انعطاف جهان بویژه بر شکل‌پذیری قدرت تصور انسان اصرار ورزیدند و محدودیت‌های نهادی، همراه با سایر

17- neopragmatist.

19- Thomas Grey.

21- Philip Frickey.

23- Paleo.

25- Blake.

18- Martha Minow.

20- Daniel Farber.

22- Richard A. Posner.

24- neo.

26- Wordsworth.

محدودیت‌های اعمال شده بر آرزوهای انسان را ملال آور دانستند و به عنوان اموری صرفاً تصادفی حقیر شمردند و حس توانایی نامحدود و احساس یگانگی بانوع بشر و با طبیعت را بزرگ داشتند. اصلی‌ترین متفکر آمریکایی که مکتب رمانتیک را نمایندگی کرد امرسون<sup>(۲۷)</sup> بود. او نشانه‌های تفکر خود را به یک اندازه بر پیرس و هومز باقی گذاشت. همتای اروپایی امرسون (وستاینده‌او) نیچه بود. این بدان معناست که پیرس یا هومز یا نیچه به معنای دقیق کلمه (البته اگر چنین معنایی اصولاً وجود داشته باشد) رمانتیک<sup>(۲۸)</sup> بودند، بلکه بدین معناست که آنها آرزو داشتند توجه مردمان را از یک رابطه تأملی منفعل میان سوژه شناسا و واقعیت ایزکتیو (خواه طبیعی خواه اجتماعی) به یک ارتباط فعال و خلاق میان وجودهای انسانی در جدال و مسائلی که آنها را احاطه کرده است معطوف نمایند.

برای این متفکران، «تفکر»، تحمیل یک خواست ابزارگرایانه بر سایر خواست‌ها و تمایلات انسانی است (در این گفته رابطه میان پراگماتیسم و فایده‌گرایی<sup>(۲۹)</sup> مشهود است). نهادهای اجتماعی، خواه از نوع علمی، خواه حقوقی یا مذهبی، بیش از اینکه نسبت به تمایلات انسانی واقعی خارجی باشند، محصول آن تمایلات اند. هستی انسان فقط چشم‌هایی برای «یافتن» ندارد، دست‌هایی برای «ساختن» نیز دارد.<sup>(۳۰)</sup>

از آنچه تاکنون گفته شد و بدون نیاز به افزودن توضیحات دیگر، می‌توان دریافت که «حقیقت» برای یک پراگماتیست مفهومی مسئله دار است. معنای ضروری واژه

#### 27- Emerson.

۲۸- رمانتیسم (romanticism) جنبش فرهنگی و هنری‌ای بود که در اواخر قرن هجدهم و نیمه اول قرن نوزدهم شکل گرفت و طبعی بود در برابر محدودیت‌های عاطفی و ساختارهای قراردادی کلاسیسم. هنرمندان و نویسندگان رمانتیک بر نیاز به نشان دادن عواطف و هیجانات و آزادی بیان تأکید داشتند. بدین‌ترتیب، اثر سیاسی رمانتیسم جنبه‌هایی بخش آن بود. به نقل از: آقابخشی، علی و افشاری‌راد. مینو، فرهنگ علوم سیاسی، تهران، چاپار، ۱۳۸۳، ص ۵۹۹.

#### 29- utilitarianism.

30- See Posner Richard A., "What has Pragmatism to offer Law", Dennis Ptterson (ed.), Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, 2003,(9), 180 - 190, p.181.

«حقیقت» استقلال از مشاهده‌گر<sup>(۳۱)</sup> است، یعنی دقیقاً همان چیزی که یک پراگماتیست به انکار آن تمایل دارد. بنابراین، چندان غیر منتظره نیست که زخم‌هایی که پراگماتیست‌ها بر تعریف «حقیقت» وارد کرده‌اند تناقض‌نماهایی ناهم‌جور به نظر رسند: «حقیقت چیزی است که مقدر شده برای مدتی مدید آن را باور داشته باشیم» (پیرس)؛ «حقیقت آن چیزی است که «خوب» است باور کنیم» (جیمز)؛ یا «حقیقت چیزی است که در رقابت میان نظریه‌ها زنده می‌ماند» (هومز).<sup>(۳۲)</sup>

منفعت واقعی یک پراگماتیست، اصلاً در «حقیقت» نیست، بلکه در باوری است که توسط نیازهای اجتماعی توجیه شده باشد. این ایده، یک پراگماتیست را ضرورتاً به دشمن علم بدل نمی‌کند (از جهت طرز برخورد با علم، تقسیم‌بندی عمیقی درون مکتب پراگماتیسم وجود دارد).<sup>(۳۳)</sup> اما، پراگماتیسم تاکید فلسفه علم را از: «کشف قوانین طبیعت به طریق مشاهده»، منتقل کرده است به: «ترتیب دادن نظریه‌هایی در باره طبیعت که از خواست انسان برای پیش‌بینی و کنترل محیط اطراف خود کسب‌انگیزه می‌کنند». از منظر پراگماتیسم، نظریه‌های علمی بیشتر تابع خواست و نیاز انسان‌اند تا طریقی که چیزها در طبیعت وجود دارند، در نتیجه لازم نیست استمرار یک نظریه ما را به «واقعیت نهایی»<sup>(۳۴)</sup> نزدیک‌تر کند.<sup>(۳۵)</sup>

پیرس می‌گوید: «ذات عقیده، استقرار یک عادت است»؛ عقایدی که عاداتی واحد را مستقر کنند، حتی اگر ظاهراً متفاوت باشند در واقع یکسانند و عقایدی که عاداتی متفاوت را مستقر سازند، حتی اگر ظاهراً یکسان باشند در واقع متفاوتند.<sup>(۳۶)</sup> او اصل پراگماتیک خود را چنین بیان می‌کند. «بینید شیء مورد نظران چه اثراتی می‌تواند داشته باشد، آنگاه شناخت شما از آن اثرات به معنی شناخت کاملتان از آن شیء است».<sup>(۳۷)</sup>

31- observer independence.

32- Ibid.

33- See e.g., Levi, *Escape From Boredom: Edification According to Rorty*, 11 *Can.J.Phil.* 589, 1981. Cited by: Ibid.

34- ultimate reality.

۳۵- عقیده‌ای که بعداً توسط تامس کوهن (Thoms Kuhn) تصریح و تبیین شد.

۳۶- شفلر. اسرائیل، چهار پراگماتیست، ترجمه محسن حکیمی، ج ۱، تهران، مرکز، ۱۳۶۶، ص ۱۱۸.

۳۷- همان جا.

جیمز نیز، همه حقایق را نسبی و اضافی می‌شناسد و معتقد است هیچ ملاک ثابت و مطلقی در این باب وجود ندارد.<sup>(۳۸)</sup> در پراگماتیسم جیمز «حقیقت» چهره‌ای از خوبی‌ها و مصلحت‌ها در اندیشه ماست و امری مستقل از تفکر و ذهن به شمار نمی‌آید، به همین دلیل هیچ‌گاه نباید از «واقع» یا «حق مطلق» سخن گفت.<sup>(۳۹)</sup>

نفوذ همین اندیشه باعث شده است که در حقوق انگلیس و آمریکا ارزش قواعد حقوق و میزان اعتبار آن را وابسته به اوضاع و احوال ویژه هر دعوی بدانند و کمتر به نظریه‌های عمومی حقوق پردازند. به گفته جیمز «حقیقتی که در دعوی با ملاحظه دلایل و اوضاع و احوال ویژه آن احراز شده است، در دعوی دیگر ارزش ندارد».<sup>(۴۰)</sup> جیمز صراحتاً اعلام می‌کند که «حقیقت در جریان تجربه ساخته می‌شود»، بدین ترتیب، او حقیقت را یک فراگرد می‌داند که هم به زمان مشروط است و هم خاصیتی متغیر دارد که می‌تواند به گونه‌ای درجه‌بندی شده تحول یابد.

او در انتقاد به خردگرایی می‌نویسد: «فرض اصلی خردگرایان این است که حقیقت اساساً رابطه‌ای ساکن و خنثی است. هنگامی که شما به تصور «حقیقی» از هر چیز نائل آمدید، مسئله را «پایان» یافته تلقی می‌کنید. شما به «حقیقت» رسیده‌اید، شما «می‌دانید»، شما سرنوشت اندیشه خود را به «سرانجام» رسانیده‌اید...».<sup>(۴۱)</sup>

نقل این عقاید به خوبی سمت و سوی پراگماتیسم را در عرصه تفکر فلسفی آشکار می‌کند و این مجال را فراهم می‌آورد که با آمادگی بیشتری سایر نقطه نظرهای این نحله

۳۸- فروغی، محمد علی، سیر حکمت در اروپا، ج ۳، ص ۲، ص ۲۶۶. به نقل از: کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص ۱۷۱.

۳۹- برای آگاهی از عقاید جیمز از جمله رک. جیمز، ویلیام، پراگماتیسم، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، ج ۲، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵. ۴۰- کاتوزیان، پیشین، ص ۱۷۳.

۴۱- شفلر، اسرائیل، پیشین، ص ۱۷۲. - گروهی از خردگرایان این انتقاد جیمز را بدین ترتیب پاسخ داده‌اند که: بین حقیقت مطلق و یقین شخص در باره حقیقت، تفاوت وجود دارد. «حقیقت» مطلق است، اما هرگز نمی‌توانیم مطمئن باشیم که به «حقیقت» دست یافته‌ایم. روح و عملکرد علم با جزم‌اندیشی در تضاد است اما جزم‌اندیشی نه بر حقیقت مطلق بلکه بر اطمینان به یقین متکی است. انکار یقین نه نسبی‌گرایی بلکه ابطال‌گرایی است و تغییرپذیری حقیقت مربوط به حدس حقیقت است نه خود حقیقت. به همین مناسبت برخی، نظریه جیمز را به عنوان نظریه‌ای علیه روح جزم‌اندیشی، یعنی علیه اطمینان به یقین که ذهن را از تجربیات نوین محروم می‌سازد تفسیر کرده‌اند.



فکری را مورد سنجش قرار دهیم.

### ۱- پراگماتیسم و قضاوت

کتاب طبیعت فرایند قضایی<sup>(۴۲)</sup> (۱۹۲۱ م.) نوشته بنجامین کاردوزو را باید یک بیانیه روشن، موجز و قابل فهم از پراگماتیسم حقوقی و همچنین یکی از نوشته‌های پیشرو در جنبش رئالیسم به شمار آورد.<sup>(۴۳)</sup>

کاردوزو، غرض نهایی از وضع قانون را رفاه جامعه می‌داند<sup>(۴۴)</sup> و بر همین اساس، آزادی عمل زیادی برای قضات قائل است. منظور او این نیست که قاضی مختار است عقیده خود را جایگزین عقاید مردمی کند که در خدمت آنهاست، او موازین قضایی را موازینی «عینی» می‌داند، اما «عینی» در یک معنای پراگماتیکی، نه به معنی انطباق با یک واقعیت خارجی. قاضی عقاید شخص خود را مبنای قضاوت قرار نمی‌دهد، ملاک قضاوت، باور معقول قاضی در باره نگرش مردم و برداشت معقول آنها از امر درست است؛ معیار این سنجش، مردمی هستند باقوه ادراک و وجدانی متعارف. کاردوزو می‌نویسد: «قوانین بسیار کمی در زمان ما آنچنان خوب استقرار یافته‌اند که نتوان آنها را برای توجیه وجود خود به عنوان ابزارهایی برای نیل به یک مقصود معین مورد خطاب قرار داد. قوانین اگر وظیفه خود را انجام ندهند، معیوب‌اند؛ در این حالت لازم نیست نوع خود را تکثیر کنند. آنها گاهی یکدیگر را از اثر می‌اندازند یا به کلی نابود می‌کنند. گاه در سایه به زندگی خود ادامه می‌دهند اما سترون، دست‌بریده و ناتوان از ایجاد ضرر».<sup>(۴۵)</sup>

براساس دیدگاه کاردوزو، قانون به «پیش رو» یعنی به هدف می‌نگرد؛ این نکته در مفهوم ابزاری قانون نهفته است. از یک منظر پراگماتیکی، قانون در خدمت نیازهای انسانی است و بنابراین مفهوم پراگماتیکی قانون با تئوری عدالت تصحیحی ارسطو مغایرت دارد. آن تئوری ذاتاً به «پشت سر» یعنی به معیاری پیشینی نگاه می‌کند. براساس

42- The Nature of the Judicial Process (1921).

43- See Posner, op.cit., p.182.

44- The final cause of law is the welfare of society.

45- Ibid.

تئوری عدالت تصحیحی، وظیفه حقوق (قانون) حفظ و اعاده موازنه‌ای است که از پیش میان حق‌ها و جود داشته است، در حالی که براساس گزارش کاردوزو نه «منشاء» بلکه «هدف» موضوع اصلی است: «دانایی و فرزاندگی نمی‌تواند در انتخاب یک مسیر حضور یابد، مگر بدانیم آن مسیر ما را به کجا هدایت خواهد کرد... در قضاوت، اصل نهایی «انتخاب»... انتخاب آن چیزی است که با مقصد مورد نظر تناسب داشته باشد.»<sup>(۴۶)</sup>

اما قاضی، دانش لازم برای سنجش منافع اجتماعی (منافعی که به قانون شکل می‌دهند) را از کجا بیابد؟ پاسخ کاردوزو این است: «او باید دانش خود را... از تجربه، مطالعه و تأمل، به طور خلاصه، از خودزندگی کسب کند.»<sup>(۴۷)</sup> قاضی یابنده قانون نیست بلکه سازنده آن است.

ریچارد پاسنر به صراحت می‌گوید: «اگر قاضی در برابر موقعیت‌های خاص واکنش عاطفی نداشته باشد سزاوار سرزنش است.»<sup>(۴۸)</sup>

به عقیده کاترین ولز، تصمیمات قضایی در واقع بر مبنای الگوهای گوناگون و چندوجهی اتخاذ می‌شوند که هیچ‌کدام نهایی نیستند. قضات امر مورد اختلاف را درون یک یا چند بافت مختلف از تحلیل‌های قاعده‌مند مرتبط می‌نشانند. برآیند کشاکش نظریه‌ها و نتیجه فعل و انفعال میان معیارهاست که تصمیم قضایی را می‌سازد. قواعد تجویزی که در تئوری‌ها یافت می‌شوند، نمی‌توانند مبنای منحصر یک تصمیم قضایی باشند، تصمیم‌گیری ضمناً حاصل یک درک شهودی غیر قاعده‌مند نیز هست.<sup>(۴۹)</sup>

## ۲- مفهوم حقیقت در پراگماتیسم حقوقی

از منظر پراگماتیسم، حقیقت امری وابسته به وقایع نیست. این ادعایی است گسیج‌کننده. مثلاً به نظر می‌رسد، اعلام غروب خورشید زمانی حقیقت دارد که با واقعیت

46- Ibid.

47- Ibid.

۴۸- به نقل از ریچارد رورتی، «پراگماتیسم و قانون: پاسخ به دیوید لاین»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی: تهران، نی، ۱۳۸۴، ۱۷۷-۱۶۵، ص ۱۶۵.

49- Wells C., "Improving One's Situation: Some pragmatic Reflection on the Art of Judging", Washington and Lee Law Review, 1992, (49), 323-338, p.332.

غروب خورشید تطابق داشته باشد. اما پراگماتیست‌ها این تصویر تطابقی از حقیقت را یک سوء تفاهم عمیق<sup>(۵۰)</sup> می‌شناسند و آن را رد می‌کنند. پس آنها حقیقت را چگونه توضیح می‌دهند؟

نخستین گام را پیرس بر می‌دارد: «حقیقت، تطابق امر با واقع نیست، چیزی حقیقی است که در انتهای یک رشته استدلال‌های طولانی نهایتاً توسط محقق تصدیق شود»<sup>(۵۱)</sup>. اما همه پراگماتیست‌ها با تعریف پیرس از حقیقت موافق نیستند. پراگماتیسم رورتی که اتفاقاً طرفداران زیادی دارد، بر «معیارهای بالفعل مورد استفاده»<sup>(۵۲)</sup> تمرکز یافته است، و منکر ظهور یک معیار ایده آل و تخیلی در پایان بی انتهای یک تحقیق عقلانی است. در پراگماتیسم رورتی، حقیقی بودن، یعنی تحت «معیارهای بالفعل مورد استفاده»، به اندازه کافی قابل تصدیق بودن. رورتی در دفاع از نظر خود می‌گوید: «اگر ما معیارهای بالفعل مورد استفاده را برای ارزیابی و تصدیق به کار نبریم چه معیار دیگری وجود خواهد داشت، معیارهای بدون استفاده؟»<sup>(۵۳)</sup>.

پراگماتیست‌های حقوقی غالباً رهیافت رورتی را ترجیح داده‌اند. آنها اغلب وجود یک روش عقلانی تحقیق که بتواند اختلاف نظرهای محققین را نهایتاً به سمت یک نظریه واحد متمایل سازد، انکار می‌کنند، بر تنوع تأکید می‌ورزند و به اختلاف نظرها، روش‌های متفاوت، فرهنگ‌های مختلف، طبقات اجتماعی، نژادها و نسل‌ها نظر دارند.<sup>(۵۴)</sup> «تنوع و اختلاف» ونه «هم‌سویی و اتفاق» زمینه اصلی و مدام اعاده‌شونده است.

به عقیده رورتی، افلاطون و ارسطو در این اندیشه بر خطا بودند که مشخص‌ترین و ستودنی‌ترین توانایی نوع بشر، شناختن چیزهاست به همان‌گونه که واقعاً هستند، «آن

50- profound misconception.

51- See Gallie, op.cit., p.38.

52- actually-in-use norms.

53- Rorty R., Consequences of Pragmatism, 1982, p.52. Cited by: Warner Richard, "Legal pragmatism", Dennis Patterson(ed.), A Companion to philosophy of Law and Legal Theory. 2000, (26), 385 - 393. p. 386.

54- Minow M., and E. Spelman, pragmatism in Law and Society, M. Briant and W. Weaver (eds.), 1991, p.251.

مدعا، واقعیت را همراه با مابعدالطبیعه به ما تحمیل می‌کند».<sup>(۵۵)</sup> رورتی می‌خواهد معرفت را از مرتبه هدف فی‌نفسه به ابزاری دیگر برای شادکامی بیشتر انسان فرو بکاهد. به پندار پراگماتیست‌ها، پرسشی که باید در باره باورهایمان طرح کنیم، این نیست که آیا آن باورها «حقیقت» دارند یا نه، بلکه فقط این است که آیا آن باورها برای برآورده شدن خواست‌هایمان بهترین شیوه‌های عمل‌اند یا نه.<sup>(۵۶)</sup>

بر پایه این دیدگاه، گفتن اینکه، یک باور تاجایی که می‌دانیم صادق است، یعنی، هیچ باور بدیلی، تاجایی که می‌دانیم شیوه عمل بهتری نیست.

از نظر پراگماتیسم، هدف پژوهش دست یافتن به «حقیقت» نیست، بلکه رسیدن به توافق میان آدمیان است درباره اینکه «چه باید کرد»، به توافق رسیدن درخصوص هدف‌هایی که باید به آنها دست یافت و ابزارهایی که برای رسیدن به آن هدف‌ها باید به کار گرفت.<sup>(۵۷)</sup> پراگماتیست‌ها به همین دلیل مرز قاطعی میان علوم طبیعی و اجتماعی، میان علوم اجتماعی و سیاست، میان سیاست، فلسفه و ادبیات قائل نیستند. همه اجزای فرهنگ، اجزای کوششی یگانه‌اند برای بهتر ساختن زندگی.<sup>(۵۸)</sup>

این پیشنهاد که هرچه می‌گوییم، هر کاری می‌کنیم و به هر چیزی باور داریم، به‌منظور تحقق نیازها و خواست‌های انسان است، می‌تواند راهی برای تنظیم و تدوین سکولاریسم باشد. راهی برای گفتن اینکه آدمیان از آن خودند و هیچ پرتو فراطبیعی رهنمون آنان به «حقیقت» نیست.

به اعتقاد جان دیویی، که از معتبرترین نظریه پردازان پراگماتیسم به شمار می‌آید، فلسفه باید از تلاش در راه ایجاد یقین دست بردارد و در عوض مشوق «اتکای به نفس» باشد، باید برای خود آفرینی در مقیاسی اجتماعی تلاش کرد، باید امید را جانشین معرفت کرد. این گفته بدین معناست که باید از نگرانی در باره اینکه، آیا چیزی که فرد

۵۵- رورتی، ریچارد، فلسفه و امید اجتماعی، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، تهران، نی، ۱۳۸۴، ص ۱۵.

۵۶- رورتی، ریچارد، «نسبی‌گرایی: یافتن و ساختن»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، پیشین، ۳۸-۱۹، ص ۲۹.

۵۷- همان، ص ۳۱.

۵۸- همان جا.

بدان عقیده دارد مستدل است یا نه، دست برداشت و دل‌نگران این شد که، آیا فرد به قدر کافی قوه تخیل دارد که به بدیل‌های جالب توجه در قبال اعتقادات کنونی بیندیشد یا نه. (۵۹)

بدین ترتیب، در فلسفه پراگماتیسم، مسئولیت در قبال «حقیقت» یا در قبال «خرد» باید جای خود را به مسئولیت در برابر هم‌نوعان دهد. (۶۰)

### ۳- پراگماتیسم و مشروعیت

بر پایه نظریه‌های سیاسی کلاسیک لیبرال، یک حکومت، زمانی مشروع است که شهروندانش، یا دست کم اکثریت آنان، یک تعهد عمومی ظاهر (قابل تشخیص در نظر اول) به اطاعت از فرامین و دستورات آن داشته باشند. یک چنین تعهدی فقط وقتی شکل می‌گیرد که حکومت بتواند اغلب اقدامات خود را بر پایه‌هایی توجیه کند که برای هر شهروند معقولی قابل پذیرش باشد.

اما جوزف سینگر به تعریف سنتی لیبرال از مشروعیت حمله می‌کند. او یادآور می‌شود که «امکان یک توافق معقول» فرض بنیادینی است که مشروعیت لیبرال بر آن بنا شده، امری که به نظر سینگر امکان‌پذیر نیست: «امکان ندارد یک نقطه مشترک برای پاسخ به پرسش‌های ارزشی پیدا کنیم که برای تولید پاسخ در موارد ویژه به اندازه کافی قطعی باشد». (۶۱)

انتقاد پراگماتیسم به تعریف سنتی لیبرال از مشروعیت، این پرسش را برمی‌انگیزد که آیا پراگماتیسم صرفاً منتقد چنان تعریفی از مشروعیت است یا در عین حال مفهوم جایگزینی را پیش می‌نهد که بر امکان یک اجماع عقلانی متکی نیست. جوزف سینگر تلاش کرده است مفهومی جایگزین ارائه کند. به گفته او «ما به زبانی

۵۹- رورتی، ریچارد، «صدق بدون تناظریا واقعیت»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگارن‌ادری، پیشین، ۹۴-۶۷، ص ۸۰

۶۰- رورتی، ریچارد، «ایمان دینی، مسئولیت فکری و رمانس»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگارن‌ادری، پیشین، ۲۴۲-۲۱۹، ص ۲۲۰.

61- Singer J., "Legal Realism Now", California Law Review, (76), 465-551, p.536.

Cited by: Warner, op. cit., p.390.

احتیاج داریم که به ما اجازه دهد هم دیدگاه‌های مختلف اجتماعی را درک کنیم و هم بتوانیم درباره آنها قضاوت نماییم.<sup>(۶۲)</sup> او اصرار می‌ورزد: «طریقی منحصر برای قضاوت میان دیدگاه‌های اجتماعی رقیب وجود ندارد که بهترین طریق شناخته شود...، باید در مورد چنین دیدگاه‌هایی با یکدیگر گفت‌وگو کنیم.»<sup>(۶۳)</sup>

به نظر سینگر، پراگماتیسم ما را در این زمینه یاری می‌کند. پراگماتیسم کمک می‌کند ارزش‌های دموکراتیکی را که به آن معتقدیم به عمل در آوریم... به عقیده او حقیقت و عدالت هر دو بخشی از یک موضوع تجربی‌اند، فرآیند تشخیص حقیقت یک جریان منفعل نیست، امری فعال است که شیوه‌های مختلف زیستن را مورد آزمایش قرار می‌دهد.<sup>(۶۴)</sup>

محتوای اصلی و نکته مرکزی نظریه سینگر این است که اگر ما به نحو فعالی در یک مکالمه عمومی (شامل گفت و گو، تجربه و تحلیل) شرکت جویم، نهایتاً به سمت حقیقت هدایت می‌شویم و در خواهیم یافت که چه چیزی به واقع قابل تصدیق است و چه چیزی نیست. چنین مکالمه‌ای مبنای اقدامات دولت خواهد بود؛ به بیان دیگر، استفاده از قدرت، فقط مبتنی بر یک مکالمه عمومی و مستمر، مشروعیت خواهد داشت.

در مقام داوری درباره نظریه سینگر، بدون اینکه لازم باشد میزان و حدود اعتبار پیشنهاد او را مورد بررسی قرار دهیم، می‌توانیم بگوییم نظریه او با پراگماتیسم رورتی<sup>(۶۵)</sup> سازگار نیست. سینگر مشروعیت را در چارچوب یک فرآیند تعریف می‌کند، مکالمه‌ای که در جریان آن، امر قابل تصدیق آشکار می‌شود. حال آنکه برای یک پراگماتیست ملتزم به نظریه رورتی، معیارهای ما هیچ زمینه‌ای خارج از خودشان برای تصدیق ندارند و نیازمند هیچ زمینه خارجی برای این منظور نیستند؛ هیچ حقیقتی وجود ندارد که به موجب آن، امر قابل تصدیق را از آنچه قابل تصدیق نیست باز شناسیم. بدین ترتیب، در پیشنهاد سینگر راه حلی برای تشخیص حدود درست قدرت

62- Singer, op. cit., p.542. Cited by: Ibid.

63- Ibid.

64- Warner, op.cit., p.397.

65- Rortyan Pragmatism.

دولت یافت نمی‌شود ه از نظر پراگماتیسم رورتنی قابل قبول باشد. به عقیده رورتنی، ما در عصری زندگی می‌کنیم که مفهوم «یافتن فرمانی مشروع برای تبعیت کردن از آن» اندک اندک جای خود را به مفهوم «رسیدن به توافق در میان خود» می‌دهد. به همین دلیل، رورتنی به پیروی از دیویی ترجیح می‌دهد از سخن گفتن در باره «مشروعیت» و «تکلیف» بگذرد و در عوض از «هوش کاربردی» و «دموکراسی» صحبت به میان آورد. دیویی می‌خواست نخستین پرسش از سیاست و فلسفه، این نباشد که «مشروع چیست؟» بلکه این باشد که «چه چیزهایی را می‌توانیم گردهم آوریم و درباره آن‌ها توافق کنیم؟» این اندیشه دیویی همان رشته‌ای است که جان رالز بویژه در نوشته‌های متاخرش پی‌گرفت و توسعه داد.<sup>(۶۶)</sup>

### ۵- اخلاق پراگماتیکی

آنچه پراگماتیست‌های آمریکایی و فیلسوفان اروپایی پسانیچه‌ای به آن حمله می‌کنند و آن چیزی که در خصوص انتقادهای آنها در باره مفهوم «فرد» بیش از همه تکان دهنده به نظر می‌رسد، توصیف «انتخاب اخلاقی» به‌عنوان سازش میان خوب‌های رقیب است نه به‌عنوان انتخابی میان کاملاً «درست» و کاملاً «نادرست».<sup>(۶۷)</sup> از نظر پراگماتیست‌های دیویی مسلکی چون رورتنی، نقطه اتکای تزلزل‌ناپذیری برای پاسخ به این پرسش که کدام گزینه اخلاقی از لحاظ عینی معتبرتر است وجود ندارد و نتیجه جست‌وجوی عینی، فقط می‌تواند، دست یافتن به حداکثر توافق بین‌الذهانی باشد.<sup>(۶۸)</sup>

تنها دوانگاری و تمایز مورد تایید پراگماتیسم (دست کم، پراگماتیسم رورتنی)، تمایز میان توصیف‌های کمتر سودمند و توصیف‌های بیشتر سودمند از جهان و انسان است. آنها در برابر پرسش «سودمند برای چه؟» چیزی برای گفتن ندارند جز اینکه «سودمند برای ایجاد آینده‌ای بهتر». هرگاه از آنها پرسیده شود «بهتر بر پایه چه معیاری؟» پاسخی

۶۶- ر.ک. رورتنی، ریچارد، «پراگماتیسم و قانون: پاسخ به دیوید لاین»، پیشین، ۱۷۷ - ۱۶۵، صص ۱۷۴-۱۷۳.

۶۷- رورتنی، «نسبی‌گرایی، یافتن و ساختن»، پیشین، ص ۳۳. - دیویی، هر شری را خیری طرد شده می‌شناخت.

۶۸- رورتنی، ریچارد، «تروستکی وارکیده‌های وحشی»، پیشین، ۶۴ - ۴۱، ص ۵۸.

تفصیلی‌تر از این در اختیار ندارند که «پستانداران نخستین را می‌توان مثال زد که از چه جهاتی از دایناسورهای منقرض شده بهتر بودند»<sup>(۶۹)</sup> یا چیز مبهمی شبیه اینکه «بهتر به معنای اشمال بیشتر چیزی که ما خوب می‌شماریم و احتوای کمتر آنچه ما بد می‌پنداریم»<sup>(۷۰)</sup> هرگاه از آنان پرسند «چه چیزی را واقعاً خوب می‌دانید؟» فقط می‌توانند هم سخن با ویتمن بگویند: «تنوع و آزادی» یا هم سخن با دیویی، «رشد». دیویی می‌گفت: «خود رشد تنها غایت اخلاقی است»<sup>(۷۱)</sup>.

پراگماتیست‌ها به اینگونه پاسخ‌های مبهم بسنده می‌کنند، زیرا آنچه بدان امید می‌ورزند این نیست که آینده با طرحی معین سازگار باشد آنها امیدوارند آینده سبب شگفتی و شعف گردد. به همان سان که هواداران هنر پیشرو به نمایشگاه‌های هنری می‌روند که شگفت زده شوند، نه اینکه انتظار خاصی از آنان بر آورده شود، پراگماتیست‌ها نیز امید دارند از طریق مشاهده جدیدترین محصول تطور، چه زیستی و چه فرهنگی، شگفت زده و مشعوف شوند. برای یک پراگماتیست، چشم‌اندازها اهمیت دارند نه نقطه پایان.

از نظر دیویی و همفکران او، میان آنچه سودمند است و آنچه درست است نوعاً تمایزی نیست، زیرا به گفته دیویی، «درست فقط نام مجردی است برای انواع نیازهای ملموس در عمل که دیگران بر ما تحمیل می‌کنند و ما ناگزیریم اگر زندگی می‌کنیم آنها را ملحوظ داریم»<sup>(۷۲)</sup>.

به عقیده پراگماتیست‌ها، فایده‌باوران<sup>(۷۳)</sup> که اخلاقی و سودمند را به هم می‌پیوستند، حق داشتند، هرچند بر خطا بودند که فایده را همانا بهره مندی از لذت و پرهیز از رنج می‌دانستند. دیویی به‌رغم بتنام، با ارسطو هم عقیده است که خوشبختی بشر رانمی‌توان به تجمع لذت‌ها فروکاست و این هر سه، از دیدگاه کانت در برابر سرشت حقیقی اخلاق به

۷۰- همان جا.

۶۹- همان، ص ۷۳.

۷۱- به نقل از: همان جا.

72- Dewey John, Nature and Conduct, the Middle Works of John Dewey, Carbondale: Southern Illinois University Press, 1983, Vol. XIV, p.224.

73- utilitarians.



یک نسبت کورند. (۷۴)

به‌یر درباره اخلاق کانتی، با عبارت هایی که بازگویی برخی نوشته‌های دیویی است می‌گوید: «علت همه گرفتاری‌ها، سنت خردگرایانه و قانون مدار در فلسفه اخلاق است». (۷۵) سنتی که «در پس هرگونه شهود اخلاقی، قاعده‌ای کلی را نهفته می‌داند». (۷۶) به‌یر و دیویی هم عقیده‌اند که عیب اصلی در بیشتر فلسفه‌های سنتی اخلاق، افسانه «خود» به‌عنوان امری غیر نسبی، به منزله امری مستعد وجود مستقل از هرگونه ملاحظه دیگران و به مثابه روانی خونسر است که می‌باید تحت فشار قرار گیرد تا نیازهای مردم دیگر را مد نظر قرار دهد. این تصویری از «خود» است که فیلسوفان از زمان افلاطون برحسب تقسیم میان «عقل» و «احساسات» (۷۷) عرضه داشته‌اند.

مفهوم کشف کردن «سرشت ذاتی واقعیت مادی» و بر شمردن «تکالیف اخلاقی مطلق» هیچ‌کدام خوشایند ذائقه پراگماتیسم‌ها نیستند، زیرا پیش فرض هر دوی این مفاهیم، وجود چیزی غیر نسبی است، چیزی جدا از پست و بلند زمان و تاریخ، چیزی نامتأثر از مصالح و نیازهای متحول و دگرگون شونده انسانی. (۷۸)

پیشرفت اخلاقی، موضوع همدلی هرچه گسترده‌تر است، موضوع فراگذشتن از «حسی» به «عقلی» نیست. چه در فیزیک و چه در اخلاق نمی‌توانید رسیدن به پایان پژوهش را هدف قرار دهید، مثل این می‌ماند که رسیدن به پایان تطور زیستی هدف قرار گیرد. به همین ترتیب، نمی‌توانید کمال اخلاقی را هدف قرار دهید، بلکه می‌توانید توجه بیش از پیش به نیازهای مردم را هدف بگیرید. (۷۹)

بر همین اساس، ترسیم مرزهای جامعه اخلاقی فرد براساس محدوده ملی، نه ضد عقلانی است نه غیر هوشمندانه، اما مطلوب نیست، «به‌لحاظ اخلاقی مطلوب نیست». پیشرفت اخلاقی را باید دارای نسبت مستقیم با افزایش حساسیت و افزایش توان

۷۴- رورتی، ریچارد، «اخلاق بدون اصول»، پیشین، ۱۴۵ - ۱۲۴، ص ۱۲۶.

75- Baier Annette, Postures of the Mind, Mineapolis: University of Minnesota Press, 1985, P.236.

76- Ibid., p. 208.

۷۷- تقسیمی که متأسفانه هیوم با وارونه سازی مشهور عبارت افلاطون بدان دوام بخشید، او ادعا کرد که عقل

برده احساسات است و باید باشد. ۷۸- رورتی، «اخلاق بدون اصول»، پیشین، ص ۱۳۶.

۷۹- همان، ص ۱۳۷.

پاسخ‌گویی به نیازهای مجموعه بیشتر و بیشتری از مردم و چیزها بدانیم. منتقدان نسبی‌گرایی اخلاقی در انتقاد به پراگماتیست‌ها می‌گویند: اگر چیز مطلقی وجود نداشته باشد، دلیلی نداریم که به مقاومت در برابر شر ادامه دهیم؛ اگر انتخاب اخلاقی، چیزی جز سازش میان خیرهای متعارض نباشد، پس در مبارزه اخلاقی فایده‌ای نیست و زندگی‌های کسانی که در راه مقاومت در برابر بی‌عدالتی جان داده‌اند بی‌معنی می‌شود. اما پراگماتیست‌ها پاسخی کمابیش موجه برای این انتقاد آماده کرده‌اند، «مبارزه اخلاقی نزد پراگماتیست‌ها با مبارزه برای بقا استمرار دارد و هیچ مرز قاطعی نیست که ناعادلانه را از ناسنجیده و شر را از نامناسب جدا کند». چیزی که برای پراگماتیست‌ها اهمیت دارد، کاهش آلام بشر و افزایش برابری اوست. این، هدفی است که مردن در راه آن ارزش دارد و در عین حال مستلزم پشتیبانی نیروهای فراطبیعی نیست. (۸۰)

#### ۶- پراگماتیسم و حقوق بشر

توصیف‌های یونانی از موقعیت انسان، دارای این پیش‌فرض است که آدمی دارای سرشتی ذاتی است (چیزی تغییرناپذیر وجود دارد که «آدمی» خوانده می‌شود) و پراگماتیسم این پیش‌فرض را کنار می‌گذارد و بر این تأکید می‌ورزد که «آدمی» مفهومی است بی‌انتهای، واژه «انسان» بیشتر طرحی مبهم اما نویدبخش است تا یک ماهیت ثابت. انسانیت آینده اگر چه از طریق روایتی مسلسل به ما مربوط است ولی فراتر از انسانیت کنونی است.

بر همین اساس، مفهوم «حقوق تفکیک‌ناپذیر بشر» از دیدگاه پراگماتیست‌ها، از شعار «اطاعت از مشیت الهی» بهتر یا بدتر نیست، هیچ‌کدام از این مفاهیم هدف‌های مناسبی محسوب نمی‌شوند، زیرا همه آنها در نهایت بیانگر سکون و ایستایی و تغییر ناپذیری‌اند. (۸۱)

فیلسوفانی که اخلاق را بر مابعدالطبیعه استوار می‌بینند، هر آینه بر این پرسش اصرار

۸۰- رک. رورتی، «نسبی‌گرایی: یافتن و ساختن»، پیشین، ص ۳۴.

۸۱- رورتی، «اخلاق بدون اصول»، پیشین، ص ۱۳۸.

می‌ورزند که «آیا آدمیان به راستی از این حقوق برخوردارند؟»، اما از منظر پراگماتیسم، اندیشه‌ها را باید براساس فایده نسبی آنها طبقه‌بندی کرد نه سرچشمه‌های آنها.<sup>(۸۲)</sup>

رورتنی می‌گوید: «کسانی که می‌خواهند برای فرهنگ حقوق بشر، بنیادهای عقلی و فلسفی ایجاد کنند، در پی بیان یک وجه اشتراک انسانی‌اند که بر عامل‌های عرضی همچون نژاد یا مذهب برتری دارد، اما در اینکه این وجه اشتراک از چه چیزهایی تشکیل می‌شود مشکل دارند. کافی نیست بگوییم همه ما به‌طور مشترک در معرض درد و رنج‌ایم، زیرا در رنج چیز انسانی متمایزکننده‌ای نیست... [همچنین] فایده‌ای ندارد بگوییم خرد در همه ما مشترک است، زیرا خردورز بودن... فقط توانایی در کاربرد زبان است، اما زبان‌ها بسیارند و بیشتر آنها جذب‌گر نیستند بلکه طردگرند. زبان حقوق بشر، بیشتر یا کمتر از زبان‌هایی که بر نابی نژادی یا مذهبی تاکید می‌کنند ویژگی نوع ما نیست.»<sup>(۸۳)</sup> پراگماتیست‌ها معتقدند پیشرفت اخلاقی در صورتی می‌تواند شتاب گیرد که در عوض تلاش کنیم، چیزهای کوچک خاصی که ما را از هم جدا می‌سازد بی‌اهمیت نشان دهیم، نه از راه مقایسه آنها با چیز بزرگی که ما را یگانه می‌سازد، بلکه از طریق مقایسه آنها با چیزهای کوچک دیگر. پراگماتیست‌ها با اعتقاد به اینکه ماهیت انسانی دقیقی که فلسفه بتواند به آن دست یابد در کار نیست، تنها امید می‌ورزند که اختلافات را به حداقل کاهش دهند و برای آشتی دادن گروه‌های در ستیز، از هزار نقطه مشترک کوچک میان اعضای آنها یاری می‌جویند نه از یک نقطه اشتراک بزرگ یعنی انسانیت مشترک.<sup>(۸۴)</sup>

بر مبنای همین تفکر است که دیویی به دموکراسی نه به‌عنوان چیزی مبتنی بر سرشت آدمی یا خرد یا واقعیت، بلکه به‌منزله تجربه‌ای نویدبخش نگاه کرد که جماعت خاصی در آن درگیرند. منتقدان محافظه‌کار دیویی وی را به‌لحاظ مبهم‌گویی و به‌دست‌ندادن معیاری برای رشد سرزنش کردند، اما او می‌دانست که ارائه هرگونه معیاری، «آینده» را به ابعاد «اکنون» تقلیل می‌دهد. خواستن چنین معیاری به این می‌ماند که از دایناسور خواسته شود معلوم کند چه چیز موجب پیدایش پستاندار خوب می‌شود، یا از آتنی سده

۸۲- همان جا.

۸۳- همان، ص ۱۴۰.

۸۴- همان، ص ۱۴۱.

چهارم خواسته شود برای شهروندان جامعه دموکراتیک سده بیست و یکم شکل و شیوه زندگی پیشنهاد کند.<sup>(۸۵)</sup>

دیویی مشرب‌ها، به جای «معیار»، روایت‌های الهام بخش و آرمان‌شهرهای مبهم پیشنهاد می‌کند، آنها فقط از «امید» سخن می‌گویند، یعنی از توانایی باور داشتن به اینکه آینده به طرز نامشخصی متفاوت از گذشته و به طرز نامعلومی آزادتر از آن خواهد بود و این شرط رشد است.<sup>(۸۶)</sup>

در عین حال قابل یادآوری است که پراگماتیسم مرزبندی ارزش‌ها براساس محدوده‌های ملی را اخلاقاً مطلوب نمی‌داند. از نظر پراگماتیسم، پیشرفت اخلاقی به منزله افزایش حساسیت و توان پاسخگویی به نیازهای مجموعه‌های بیشتر و بزرگتری از ابناء بشر است و پاسخ‌گفتن به نیازها و ملاحظات یک مجموعه جهانی از افراد بشر، کمال مطلوب پراگماتیسم است.

#### ۷- جمع بندی و نتیجه‌گیری

آنچه تاکنون گفته شد، تفاوت‌های موجود میان پراگماتیسم و اصول‌گرایی را به خوبی نشان می‌دهد اما اگر بخواهیم این تفاوت‌ها را به شیوه‌ای موجز احصاء کنیم قضایای ذیل، که با اقتباس از ریچارد رورتی در قالب پرسش‌های دوگزینه‌ای ترتیب یافته‌اند، کارساز خواهند بود:

- الف) آیا باورهای صادق را باید (۱) به منزله باز نمودهای دقیق واقعیت به شمار آورد، یا (۲) به عنوان قاعده‌های سودمند عمل؟
- ب) آیا واقعیت (۱) سرشتی ذاتی دارد که باید بکوشیم آن را کشف کنیم، یا (۲) همه توصیف‌های ممکن از آن به یک میزان نسبی و خارجی‌اند، به این معنا که به منظور ارضای نیازهای مختلف بشری انتخاب شده‌اند؟
- ج) آیا مشکلات سنتی مابعدالطبیعه و معرفت‌شناسی (۱) لاجرم به هر ذهن متفکری خطور می‌کند، یا (۲) تنها در موقعیت‌های اجتماعی - فرهنگی خاصی بروز می‌کند؟

۸۵- رورتی، ریچارد، «آموزش به منزله اجتماعی کردن»، پیشین، ۱۹۲ - ۱۷۸، ص ۱۸۵.

۸۶- همان جا.

د) آیا «به تفکر می پردازیم» (۱) تا از تامل جذبه ناک خاموش در باره حقایق، قطع نظر از اینکه درباره چه چیزی باشد لذت ببریم، یا (۲) تا مشکلات را حل کنیم؟ یک پراگماتیست در مواجهه با هر چهار سوال یادشده پاسخ (۲) را برمیگزیند.<sup>(۸۷)</sup> از منظر پراگماتیسم «... زدودن عنصر انسانی حتی از انتزاعی ترین نظریه پردازی ما ناممکن است. همه مقوله های ذهنی ما بدون استثنا به لحاظ سودمندی شان برای زندگی تحول یافته اند و هستی خود را به اوضاع و احوال تاریخی مدیون اند...».<sup>(۸۸)</sup> براساس برداشت سنتی، امیال نباید در تثبیت عقیده نقش بازی کنند، اما مطابق دریافت پراگماتیستی، هدف «عقیده داشتن» در وهله نخست برآورده شدن امیال است.

ریچارد رورتی در مقاله «کیش: متوقف کننده گفت وگو» در مقام بیان وظیفه پراگماتیست ها می نویسد: «... سکولار شدن زندگی عمومی، نوعاً دستاورد اصلی روشنگری است و وظیفه ما همان وظیفه پیشینیانمان است. کاری کنیم که شهروندانمان به سنت کمتر تکیه کنند و به تجربه کردن رسوم و نهادهای تازه بیشتر مایل باشند».<sup>(۸۹)</sup> از منظر پراگماتیسم، قانون در خدمت نیازهای انسانی است<sup>(۹۰)</sup> و تصمیمات قضایی در واقع، بر مبنای الگوهای گوناگون و چندوجهی اتخاذ می شوند که هیچ کدام نهایی نیستند. برآیند کشاکش میان نظریه ها و نتیجه فعل و انفعال میان معیارهاست که تصمیم قضایی را می سازد و تصمیم گیری ضمناً، حاصل یک درک شهودی غیر قاعده مند نیز هست.<sup>(۹۱)</sup>

پراگماتیست های حقوقی اغلب وجود یک روش عقلانی استنباط و تحقیق را که بتواند اختلاف نظرها را نهایتاً به سمت یک نتیجه واحد متمایل نماید، انکار می کنند. برپایه پراگماتیسم «تنوع و اختلاف» و نه «وحدت و اتفاق» زمینه اصلی و مدام اعاده شونده است.

۸۷- رک. رورتی، «پراگماتیسم و قانون: پاسخ به دیوید لاین»، پیشین، ص ۱۷۲.

88- See James William, *Essay, Comments, and Reviews*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1987, p.23.

۸۹- رورتی، ریچارد، «کیش: متوقف کننده گفت وگو»، پیشین، ص ۲۴۳.

90- Posner, *op.cit.*, p.182.

91- Wells C., *op.cit.*, p.332.

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی:

- ۱- افشاری راد، مینو و آقابخشی، علی، فرهنگ علوم سیاسی، تهران، چاپار، ۱۳۸۳.
- ۲- شفلر، اسرائیل، چهار پراگماتیست، ترجمه محسن حکیمی، چ ۱، تهران، مرکز، ۱۳۶۶.
- ۳- کاتوزیان. ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- ۴- جیمز، ویلیام، پراگماتیسم، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، چ ۲، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵.
- ۵- رورتی، ریچارد، «پراگماتیسم و قانون: پاسخ به دیوید لابن»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی، تهران، نی، ۱۳۸۴، ۱۷۷-۱۶۵.
- ۶- رورتی، ریچارد، «فلسفه و امید اجتماعی»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، تهران، نی، ۱۳۸۴.
- ۷- رورتی، ریچارد، «نسبی گرایی: یافتن و ساختن»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی، تهران، نی، ۱۳۸۴، ۳۸-۱۹.
- ۸- رورتی، ریچارد، «صدق بدون تناظریا واقعیت»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی، تهران، نی، ۱۳۸۴، ۹۴-۶۷.
- ۹- رورتی، ریچارد، «ایمان دینی، مسئولیت فکری و رمانس»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی، تهران، نی، ۱۳۸۴، ۲۴۲-۲۱۹.
- ۱۰- رورتی، ریچارد، «تروتسکی وارکیده‌های وحشی»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی، تهران، نی، ۱۳۸۴، ۶۴-۴۱.
- ۱۱- رورتی، ریچارد، «اخلاق بدون اصول»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی، تهران، نی، ۱۳۸۴، ۱۴۵-۱۲۴.
- ۱۲- رورتی، ریچارد، «آموزش به منزله اجتماعی کردن»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ

و نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی، تهران، نی، ۱۳۸۴، ۱۹۲-۱۷۸.  
 ۱۳- رورتی، ریچارد، «کیش: متوقف کننده گفت و گو»، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و  
 نگار نادری، فلسفه و امید اجتماعی، تهران، نی، ۱۳۸۴.

### (ب) منابع انگلیسی

- 1- Posner Richard A., "Legal Pragmatism", Richard Shusterman (ed.), the Range of Pragmatism and the Limits of Philosophy, Malden: Blackwell, 2004, (8), 144-156.
- 2- Posner Richard A., "What has Pragmatism to Offer Law", Dennis Patterson (ed.), Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, 2003, (9), 180-190.
- 3- Wells C., "Improving One's Situation: Some Pragmatic Reflection on the Art of Judging", Washington and Lee Law Review, 1992, (49), 323-338.
- 4- Warner Richard, "Legal Pragmatism", Dennis Patterson (ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 2000, (26), 385-393.
- 5- Dewey John, "Nature and Conduct, the Middle Works of John Dewey", Carbondale: Southern Illinois University Press, 1983, Vol. XIV.
- 6- Baier Annette, Postures of the Mind, Mineapolis " University of Minnesota Press, 1985.
- 7- James William, Essay, Comments, and Reviews, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1987.





## اصل تحصیل دلیل به روش قانونی در حقوق کیفری افغانستان

غلام حیدر علامه\*

### چکیده

اصل «تحصیل دلیل به روش قانونی» از اصول اساسی حقوق کیفری است. این اصل در قوانین افغانستان شناسایی شده است.

بدین ترتیب که ماده ۷ قانون اجراءات جزایی موقت افغانستان (۱۳۸۲) تحصیل دلیل بصورت غیر قانونی را فاقد اعتبار دانسته و مقرر نموده است که محکمه نمی تواند مستند به چنین دلیل یا دلایلی حکم نماید.

در این نوشتار مفهوم و ضرورت اصل فوق توضیح داده شده و همچنین شرایطی که موجب بی اعتباری دلیل تحصیل شده می گردد نیز بررسی شده و در پایان نتیجه گیری شده است که شناسایی این اصل یکی از نکات قوت قوانین جزایی تصویب شده در افغانستان جدید است و می تواند الگویی برای کشورهای همسایه و منطقه باشد.

### کلید واژگان

دلیل، حقوق کیفری، آیین دادرسی کیفری، قوانین افغانستان، دادرسی عادلانه.

---

\* دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی.

## پیشگفتار

ماده هفتم قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم افغانستان (۱۳۸۲) مقرر می‌دارد: دلایل و شواهدی که بدون رعایت احکام قانون، جمع آوری شده باشد، فاقد اعتبار بوده و محکمه نمی‌تواند مستند به آن حکم نماید.

این ماده بر اصل مهمی در فرایند کیفری، تحت عنوان «لزوم تحصیل دلیل به روش قانونی» تأکید می‌کند.

همانطور که ملاحظه می‌گردد این ماده مطلق بوده و هیچ قید و شرطی ندارد و جزء مواد اولیه قانون مذکور است.

از سیاق این ماده استنباط می‌گردد که ماده مذکور جزء «قواعد آمره» است. یعنی قاضی در هر شرایطی مکلف است آنرا رعایت کند و به محض وصول دلایل اتهام از طرف دادستان، باید احراز کند که دلایل یاد شده به روش قانونی بدست آمده است، آنگاه به برگزاری جلسه محاکمه اقدام کند. پس می‌توان گفت که این اصل از اصول حاکم بر محاکمات جزایی افغانستان است.

باتوجه به اهمیت و ضرورت این اصل در جهت رعایت حقوق متهم و برگزاری دادرسی عادلانه و شناسایی آن در قوانین کیفری افغانستان، این نوشتار به بررسی اصل مذکور می‌پردازد.

ابتدا مفهوم و ضرورت اصل «لزوم تحصیل دلیل به روش قانونی» در فرایند کیفری بیان خواهد شد. سپس عوامل بی اعتباری دلیل اتهام در پرتو قوانین کیفری افغانستان تشریح خواهد شد و در پایان نتیجه گیری ارائه می‌گردد.

در خلال مباحث مربوط، به معیارهای موجود در اسناد بین‌المللی و قوانین دیگر کشورها نیز اشاره خواهد شد.

## الف - مفهوم «تحصیل دلیل به روش قانونی»

یکی از اصول حقوق کیفری، اصل قانونی بودن محاکمات جزایی است.<sup>(۱)</sup> به این معنا که باید کشف، تحقیق، تعقیب، محاکمه و اجرای مجازاتها بر طبق قانون از قبل تدوین شده صورت پذیرد.

بر اساس ماده یکصد و سی و چهارم قانون اساسی افغانستان، کشف جرایم، توسط پلیس و تحقیق جرایم و اقامه دعوا علیه متهم در دادگاه، از طرف دادستان مطابق با احکام قانون صورت می‌گیرد.

مقامات پلیس (به عنوان ضابطان عدلی) و دادسرا (به عنوان مسئول تحقیق و تعقیب) بر طبق ماده فوق قانون اساسی، باید وظایفشان را در زمینه کشف جرم، تحقیق و تعقیب آن «مطابق با احکام قانون» انجام دهند.

هریک از مقامات یاد شده، آنگاه می‌توانند اتهاماتی را به متهم نسبت دهند، که دلایلی دال بر ارتکاب جرم از سوی وی را، بدست آورده باشند.

همانطور که اصل قانونی بودن باید در تمامی مراحل یک دادرسی کیفری رعایت گردد، در مرحله «تحصیل دلیل یا دلایل اتهام» نیز باید مراعات شود. به عبارت دیگر، اصل قانونی بودن بر «تحصیل دلیل» نیز حاکم است و بنابراین پلیس و دادستان موظف‌اند، دلایل اتهامات نسبت داده شده به متهم را به روشهایی که قانون اجازه داده است تحصیل نمایند و از هرگونه اعمالی که قانون در این راستا منع نموده است پرهیز نمایند.

## ب - ضرورت «تحصیل دلیل به روش قانونی» در فرایند کیفری

آنگاه که ارتکاب جرمی به کسی نسبت داده می‌شود، بصورت طبیعی، انتظار می‌رود که وی بصورت عادلانه محاکمه شود. برگزاری محاکمه عادلانه برای جلوگیری از

۱- آزمایش، دکتر علی، «رعایت حقوق فردی در دادرسی بین‌المللی کیفری با تاکید بر حقوق متهم»، مجموعه مقالات اولین همایش بین‌المللی بررسی مسائل حقوق بین‌الملل بشر، تهران دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۱، ص ۶۱.

محکومیت و مجازات افرادی است که در واقع مرتکب جرم نشده ولی جرم به ناحق به آنان نسبت داده شده است.

در شرع مقدس اسلام، عادلانه بودن حکم (محاكمه) جایگاه والایی دارد و براهمیت و ضرورت آن بارها تاکید شده است. به عنوان نمونه قرآن کریم می‌فرماید: «وإذا حکمتم بین الناس ان تحکمو بالعدل»<sup>(۲)</sup> و به همین دلیل است که در منابع اسلامی یکی از صفات لازم برای قضاوت، عادل بودن قاضی است.

لازمه عدالت، بی طرفی است. به این معنا که قاضی باید با کمال بی طرفی به دعوا رسیدگی کند و سعی کند حقیقت ماجرا را دریابد و کسی را بی‌گناه (ارتکاب جرم) محکوم و مجازات نماید.

از لوازم عدالت و بی طرفی این است که قاضی دلایل اتهام را به دقت مرور نماید، هم از نظر محتوا و شکل و هم از نظر نحوه بدست آمدن آن.

برای تضمین اجرای دادرسی عادلانه، قانونگذار باید بوسیله قانون، معیارهایی را پیش‌بینی کند و در قانون صریحاً ذکر کند تا از عدالت پاسداری شود و جلو سوء استفاده‌های احتمالی گرفته شود.

یکی از موازین اصل «دادرسی عادلانه» این است که دلایل اتهام باید به روش قانونی بدست آید و از روشهای غیر قانونی در برخورد با متهم پرهیز گردد و حقوق اساسی متهم پامال نشود. زیرا در غیر اینصورت، خطر محکوم شدن افراد بی‌گناه افزایش می‌یابد.

در راستای همین اهداف، مطلب فوق در قوانین بسیاری از کشورها پیش‌بینی شده است. بطور مثال ماده ۱۹۱ قانون دادرسی کیفری ایتالیا مقرر داشته است: «دلایلی که با نادیده گرفتن ممنوعیت‌های قانون تحصیل شوند، قابل استفاده و استناد نخواهند بود».

همچنین دادگاه قانون اساسی ایتالیا در رأی شماره ۳۴/۱۹۷۳ خود تاکید کرده است: «هرگونه اقدامی را که به نادیده گرفتن حقوق اساسی شهروندان منجر شود، نمی‌توان به عنوان دلیل علیه کسانی که اقدام مذکور به ضرر آنان است، مورد استفاده

قرار داد».<sup>(۳)</sup>

تحت تاثیر همین آموزه‌های دینی و عقلی، قانونگذار افغانستان، در ماده ۷ قانون اجراءات جزایی موقت (۱۳۸۲) مقرر نموده است:

دلایل و شواهدی که بدون رعایت احکام قانون، جمع آوری شده باشد، فاقد اعتبار بوده و محکمه نمی‌تواند با استناد به آن حکم نماید.

طبق ماده فوق، دلایلی که بصورت غیر قانونی بدست آمده باشد معتبر نیست و قاضی نباید چنین دلایلی را مبنای حکم خویش قرار داده و براساس آن رأی صادر نماید.

اکنون این سؤال مطرح می‌گردد که در چه مواردی می‌توان گفت دلیل یا دلایل اتهام بطور غیر قانونی بدست آمده است؟ یا به عبارت دیگر، چه عواملی باعث می‌گردد دلیل بدست آمده فاقد اعتبار شناخته شود؟

### ج - عوامل بی اعتباری دلیل اتهام در قوانین افغانستان

خوشبختانه، قوانین افغانستان، عوامل فوق را پیش‌بینی و مشخص نموده است. قانون اساسی و قانون اجراءات جزایی موقت موارد زیر را به عنوان عوامل بی اعتباری دلیل اتهام بر شمرده‌اند، به این ترتیب که هرگاه یکی از این موارد، در مرحله کشف، تحقیق و تعقیب جرم (نزد پلیس و دادسرا) رخ دهد، دلیل بدست آمده تحت آن شرایط، فاقد اعتبار خواهد بود:

- ۱- عدم ثبت اقدامات اجرایی؛
- ۲- نقض اصل برائت؛
- ۳- عدم تفهیم اتهام؛
- ۴- عدم رعایت حق سکوت؛
- ۵- اقرار اکراهی؛
- ۶- شکنجه؛
- ۷- نقض حق برخورداری از وکیل مدافع؛

۳- به نقل از: شاملواحمدی، محمدحسین، دادسرا و تحقیقات مقدماتی، اصفهان، نشر دادیار، ۱۳۸۳، ص ۱۹۸.

۸- نقض حق برخورداری از مترجم؛

۹- تزویری بودن دلیل اتهام؛

۱۰- ورود و تفتیش منزل بدون وجود دلایل قانونی؛

از آنجا که علماء فرموده‌اند: «تعرف الاشياء با ضدادها» برای واضح شدن هرچه بیشتر مفهوم تحصیل دلیل بصورت قانونی، عناوینی را که وجود هریک از آنها باعث می‌گردد دلیل بدست آمده در آن شرایط غیر معتبر شناخته شود و به همین خاطر تدوین‌کنندگان محترم قوانین کیفری افغانستان، موارد مذکور را در قوانین مورد بحث یا صریحاً و یا به مفهوم مخالف، ممنوع اعلام کرده‌اند، بررسی می‌نماییم:

#### ۱- عدم ثبت اقدامات اجرایی

یکی از مواردی که می‌توان برای نظارت بر کار مقامات کشف، تحقیق، تعقیب و محاکمه جرم مفید باشد، لزوم ثبت اقدامات اجرایی آنهاست. فایده ثبت اقدامات اجرا شده از سوی مقامات مذکور این است که مراجع ناظر یا مافوق، در بررسی گزارش‌های مربوط، می‌توانند بر قانونی بودن اقدامات مزبور نظارت کنند.

قانونگذار افغانستان این مطلب را پیش‌بینی کرده و در قانون به لزوم آن تصریح کرده است در این رابطه ماده دوم قانون اجراءات جزایی موقت (۱۳۸۲) مقرر نموده است:

(۱)- اقداماتی که در زمینه اجرای این قانون صورت می‌گیرد، توسط مسئولین امور

مربوط، بصورت کتبی ذیلاً ثبت می‌گردد:

- فعالیت‌های پلیس عدلی (پلیس قضایی) توسط یکی از اعضای پلیس که در عملیات شرکت داشته است.

- فعالیت‌های دادسرا توسط کارمند موظف.

- فعالیت‌های قاضی توسط محرر (منشی) محکمه.

(۲)- فعالیت‌های ثبت‌شده مندرج فقره اول این ماده حاوی متن کامل و یا خلاصه

اظهارات مظنون، متهم، شهود، و اهل خبره در جریان سمع می‌باشد.

(۳)- تمام اظهارات مظنون، متهم، متضرر و شهود حاوی امضاء آنها می‌باشد. اگر

شخص توانایی امضاء را نداشته باشد، می تواند انگشت بزند.

(۴) - در صورتی که اشخاص مندرج (۳) این ماده از امضاء کردن امتناع ورزند و یا امکانات امضاء میسر نباشد، مامور موظف مکلف است جریان موضوع را یادداشت و ثبت نماید.

(۵) - تمام اجراءات مندرج این ماده که از طرف مامور موظف، ثبت و یادداشت گردیده است، اسناد رسمی شمرده می شود.

در صورتی که مامور موظف تمام اجراءات مندرج این ماده را یادداشت و ثبت ننموده باشد، چنین پنداشته می شود که در قضیه هیچ نوع اقدام قانونی صورت نگرفته و مامور موظف مسئول شناخته می شود.

آنچه در این ماده حائز اهمیت است این است که باید تمام اظهارات مظنون، متهم، متضرر و شهود با امضای آنها تایید شده باشد، در غیر این صورت معتبر نیست. دیگر آنکه این یادداشت ها آن قدر مهم و لازم اند که اسناد رسمی شمرده می شوند پس حفظ آنها نیز لازم است.

و نهایت آنکه اگر این اقدامات ثبت نشود به منزله این است که گویا هیچ اقدامی صورت نگرفته است.

نتیجه این بند آن است که اگر هر یک از مقامات یاد شده صرفاً ادعاه کنند که مظنون یا متهم یا متضرر و یا شهود اقرار به ارتکاب جرم نموده است و یا اظهاراتی را مبنی بر تایید ارتکاب جرم بیان داشته است و در عین حال سند مکتوب امضاء شده یا انگشت شده از سوی آنها را ارایه ندهد، از نظر دادگاه هیچ دلیلی بر اتهام وجود ندارد، لذا اظهارات مقامات مربوط در پیشگاه دادگاه دلیل بر ارتکاب جرم از سوی مظنون یا متهم، شمرده نمی شود.

جالب آن است که قانونگذار در این ماده حتی تاکید کرده است که اگر تمام اجراءات یادداشت و ثبت نشود به منزله آن است که هیچ اقدام قانونی صورت نگرفته است. مفهوم مخالف این بند آن است که اگر مقامات مربوط بخشی از اقدامات را ثبت کرده یا تمامی اظهارات را ثبت و یادداشت کرده اند، ولی اظهارات مذکور بدون امضاء یا اثر شصت باشد، در این صورت آن اظهارات معتبر نبوده و دلیل اتهام شمرده نمی شود.

## ۲- نقض اصل براءت

از آنجا که آزادی لازمه وجودی انسان و به عنوان یکی از حقوق فطری، غایت مطلوب جامعه بشری است، همگان باید به آن به دیده احترام بنگرند و از تعرض نسبت به آن احتراز کنند. اما ماجراجویی‌های متداول در جامعه و تجاوز افراد به حقوق یکدیگر موجب پذیرش و تاسیس اصل مسئولیت کیفری و در نتیجه، اعمال محدودیت بر آزادی افراد متجاوز شده است.

با فرض مذکور، در جریان کشف جرم و تعقیب و مجازات مجرمین، ممکن است بزهکاری افراد تحت تعقیب و مورد اتهام هنوز به اثبات نرسیده باشد و مقامات مسئول با تردید مواجه باشند. در چنین حالتی، حکم بر محکومیت و اعمال مجازات نسبت به فردی که هنوز انتساب به جرم او محرز نشده دور از انصاف خواهد بود.

در علم اصول فقه اسلامی، به منظور تعیین وضعیت افراد متهم، تا زمانیکه شک و تردید نسبت به مجرمیت این افراد وجود داشته باشد، به یکی از اصول عملیه به نام «اصل براءت» متوسل می‌شوند. بنابراین، براءت عبارت از نبودن تکلیف در صورتی است که در وجود حکمی تردید بشود. به عبارت بهتر: «شخص را باید از هر امری که توجه دادن وی به آن مستلزم نوعی زحمت یا زیان یا سلب آزادی و یا ایجاد مضیقه باشد، و ضمناً توجه دادن وی به آن محل تردید باشد، مبری نمود؛ زیرا، بدون دلیل قاطع، تحمیل کلفت و زحمت به اشخاص روا نیست».

اصل براءت که در نظام اسلامی، با استنباط از آیات شریفه قرآن،<sup>(۴)</sup> مورد تاکید می‌باشد، امروزه به عنوان میراث مشترک حقوقی، در همه ملل مترقی جهان قابل درک است و در حقوق داخلی کشورها و در نظام بین‌المللی، مورد عنایت و توجه قرار گرفته است.

براساس بند ۱ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هرکس که به بزهکاری متهم

۴- آیات قرآنی مورد استناد برای تأیید اصل براءت: ۱-... لا یكلف الله نفسا الا ما آتیها (طلاق/۷)؛ ۲- وما کنا معذبین حتی نبعث رسولا (اسراء / ۱۵) ۳- قال معاذ الله ان تاخذ الا من وجدنا متاعنا عنده اننا اذ الظالمون (یوسف / ۷۹).



شده باشد بی گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوی عمومی که در آن کلیه تضمین‌های لازم برای دفاع او تامین شده باشد تقصیر او قانوناً محرز گردد.<sup>(۵)</sup> همچنین به موجب بند ۲ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بند ۲ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «هرکس به اتهام جرمی متهم شده باشد حق دارد بی‌گناه فرض شود تا اینکه مقصر بودن او بر طبق قانون محرز بشود». در بند ۵ ماده ۱۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر نیز آمده است: «متهم بی‌گناه است تا این که محکومیتش از راه دادرسی عادلانه‌ای که همه تضمین‌ها برای دفاع از او فراهم شده باشد ثابت گردد».<sup>(۵)</sup>

کمیته حقوق بشر در تفسیر شماره ۱۳ خویش راجع به اصل برائت می‌گوید: لازمه اصل برائت این است که بار اثبات اتهام بر دوش مقامات تعقیب باشد. هرگونه شکمی به نفع متهم تفسیر می‌شود. هیچ تقصیری نمی‌تواند بر دوش متهم فرض شود مگر آنکه اتهام بدون شک و تردید معقولی اثبات گردد... بنابراین مقامات عمومی وظیفه دارند که از هرگونه پیشداوری (اینکه قبل از انجام قضاوت متهم را در ذهن خود مجرم محسوب کنند) راجع به نتیجه دادرسی اجتناب نمایند.<sup>(۶)</sup> با توجه به اینکه بار اثبات اتهام همیشه بر دوش مقامات تعقیب است طرح سولاتی خطاب به متهم از قبیل اینکه «آیا دلیلی بر بی‌گناهی خود داری» در مرحله تحقیقات مقدماتی یا دادگاه، مغایر با اصل برائت است.<sup>(۷)</sup>

برخی از حقوق‌دانان براین باورند که یکی از مهم‌ترین آثار اصل برائت کیفری، منع توسل به روش‌های غیر قانونی و مخفیانه جهت تحصیل دلیل می‌باشد.<sup>(۸)</sup> اصل برائت در قوانین افغانستان شناسایی و بر آن تاکید شده است. ماده بیست و

۵- هاشمی، دکتر سید محمد، حقوق بشر و آزادیهای اساسی، نشر میزان، تهران، چاپ اول - پاییز ۱۳۸۴، ص. ۲۹۸-۳۰۰.

6- UN, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, HRI/ GEN/ Rev.7, 12 May 2004, p. 137.

۷- آشوری، دکتر محمد، «اصل برائت و آثار آن در امور کیفری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۹، ۱۳۷۲، ص ۵۳.

۸- شاملو، دکتر باقر، «اصل برائت کیفری در نظامهای نوین دادرسی»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، نشر سمت، پاییز ۱۳۸۳، ص ۲۷۸.

پنجم قانون اساسی تصریح می‌کند: برائت حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت، محکوم علیه قرار نگیرد، بی‌گناه شناخته می‌شود. از عبارت «حکم قطعی محکمه با صلاحیت» در این ماده، نکات ذیل استنباط می‌شود:

الف) زمانی می‌توان فرض برائت را کنار گذاشت که حکم قطعی از سوی محکمه بر مجرم بودن متهم صادر شده باشد. بنابراین حتی بعد از صدور حکم محکمه ابتدائیه مبنی بر محکومیت متهم باز هم فرض برائت در مورد وی صادق است، زیرا چه بسا محکمه استیناف محکومیت صادره از سوی محکمه ابتدائیه را نقض کند.

ب) حکم محکومیت باید از سوی محکمه‌ای با صلاحیت صادر شده باشد، لذا صدور حکمی دال بر مجرمیت فردی، از سوی محکمه‌ای که قانون، صلاحیت رسیدگی به آن دعوا را به چنین محکمه‌ای تفویض نکرده است، یا از سوی هر نوع نهاد غیر قضایی دیگر، معتبر نخواهد بود.

از آنچه راجع به اصل برائت گفته شد، این نتیجه بدست می‌آید که هرگاه دلیل یا دلایل اتهام در شرایطی تحصیل گردد که مغایر با اصل برائت باشد، مصداق تحصیل دلیل به روش غیر قانونی بوده، بنابراین بر طبق ماده ۷ قانون اجراءات جزایی موقت، فاقد اعتبار بوده و محکمه نمی‌تواند مستند به آن حکم نماید.

### ۳- عدم تفهیم اتهام

تفهیم اتهام و بیان دلایل آن از سوی مقامات قضایی به متهم یکی از اصول مهم دادرسی عادلانه است. حق تفهیم اتهام و دلایل آن، در اسناد بین‌المللی و منقظه‌ای ذکر شده است.<sup>(۹)</sup>

کمیته حقوق بشر در این باره می‌گوید: در دعاوی جزایی از جمله حداقل تضمین‌های لازم الاجرا، مفاد بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است.

۹- از جمله می‌توان به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (قسمت الف بند ۳ ماده ۱۴) و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (قسمت الف بند ۳ ماده ۶) اشاره کرد.

قسمت الف این بند مقرر می‌دارد که هر کسی حق دارد از اتهامات علیه خویش، به زبانی که برای او قابل درک است، آگاه شود. کمیته بر این باور است که گزارش دولتها غالباً توضیح نمی‌دهد که چطور این حق رعایت و تضمین می‌گردد.

این قسمت از ماده ۱۴ نسبت به تمامی دعاوی کیفری قابل اعمال است، از جمله در مورد افرادی که در بازداشت به سر می‌برند. کمیته می‌افزاید که لازمه «فوری بودن» اطلاع دادن اتهامات و دلایل آن به متهم این است که اطلاعات داده شده به نحوی باشد که اتهام وارده از سوی مقامات صالح را در اولین مراحل فرایند کیفری، برای متهم هرچه سریعتر توصیف و روشن نماید.

به نظر کمیته، این حق باید هنگامی فراهم گردد که در خلال تحقیقات، دادگاه یا دادسرا تصمیم می‌گیرد اقداماتی را علیه فرد مظنون به یک جرم، اتخاذ کند یا علناً اتهام را به وی نسبت دهد.

از این نظر کمیته حقوق بشر بر می‌آید که تفهیم اتهام قبل از جلسه دادرسی و حتی در آغاز فرایند تحقیق و تعقیب باید نسبت به متهم صورت گیرد. کمیته می‌افزاید، شرایط لازم برای تفهیم اتهام (که در قسمت الف بند ۳ ماده ۱۴ ذکر شده است) با توضیح اتهامات، چه بصورت شفاهی و چه بصورت کتبی، برآورده می‌شود به شرط آنکه اطلاعات داده شده، هم بیانگر مسایل حکمی (ذکر عنوان جرم مورد اتهام و مجازات آن) باشد و هم نشانگر مسایل موضوعی (وقایعی که بر اثر آن جرم مورد ادعا، تحقق یافته است).<sup>(۱۰)</sup>

تخلف از این امر (لزوم تفهیم اتهام) موجب بطلان تحقیقات خواهد شد، زیرا ناآگاهی از موارد اتهام آزادی دفاع متهم را شدیداً مخدوش می‌کند.<sup>(۱۱)</sup>

در قوانین افغانستان به تفهیم اتهام توجه شده است و ضرورت آن گوشزد گردیده است. در ماده سی و یکم قانون اساسی آمده است: متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از

۱۰- علامه، غلام حیدر، «حق دفاع متهم در اسناد بین‌المللی و قوانین افغانستان»، ماهنامه عدالت، وزارت عدلیه افغانستان، شماره ۴۵، کابل، قوس ۱۳۸۵.

۱۱- اردبیلی، دکتر محمد علی، «نگهداری تحت نظر»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، نشر سمت، پاییز ۱۳۸۳، ص ۲۱۳.

اتهامات منسوب اطلاع یابد.

همچنین، قانون اجراءات جزایی در ماده سی و یکم راجع به این وظیفه، مقرر می‌دارد: پلیس عدلی بعد از گرفتاری شخص توسط خودش و تثبیت وی، دلایل گرفتاری را به وی ابلاغ و توضیح دهد.

گذشته از اشتباهی که در نوشتن این قسمت از ماده مذکور رخ داده است، که بجا بود تدوین کنندگان این قانون می‌نوشتند «دلایل گرفتاری را به وی ابلاغ نماید و توضیح دهد» این ماده به سهم خود در تذکر تفهیم دلایل اتهام به متهم از سوی پلیس، نکته بسیار مثبتی در قانون یادشده می‌باشد. فایده تفهیم اتهام و دلایل آن به متهم این است که این امر به وی در امر تدارک و تهیه دفاعیه کمک می‌نماید و از این طریق حقوق متهم رعایت می‌گردد. متهمی که نداند اتهام او چیست چگونه می‌تواند از خود دفاع کند؟

اما نقص قانون اجراءات جزایی افغانستان در این باره آن است که در قسمت ذکر وظایف دادستان، از لزوم تفهیم اتهام به متهم در آغاز تحقیقات، ذکری به عمل نیآورده است، هر چند این نقص به قانون اساسی بر می‌گردد که در ماده سی و یکم یاد شده صرفاً به لزوم تفهیم اتهام به مجرد گرفتاری اشاره کرده است، ولی از مرحله تحقیقات یاد نکرده است و حال آنکه اسناد بین‌المللی بویژه میثاق حقوق مدنی و سیاسی، در قسمت الف بند ۳ ماد ۱۴ تفهیم اتهام را به عنوان یکی از حقوق متهم ذکر کرده است، لذا این حق متهم هم باید در مرحله گرفتاری توسط پلیس و هم توسط دادستان در هنگام تحقیقات رعایت شود.

باتوجه به آنچه گفته شد تفهیم اتهام به متهم بر طبق قوانین افغانستان مقدمه تحصیل هر نوع دلیل دال بر اتهام وی می‌باشد و هرگاه این اصل رعایت نگردد تحصیل دلیل اتهام بصورت غیر قانونی بوده و در نتیجه معتبر نخواهد بود.

#### ۴- عدم رعایت حق سکوت

یکی از حقوق اساسی متهم در هنگام حضور در مرحله تحقیقات، حق سکوت است. ماده ۵۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی آنگاه که حقوق اشخاص در حین تحقیق را بیان می‌کند، در قسمت (ب) بند ۱۲ این ماده مقرر می‌دارد:

متهم می تواند سکوت اختیار کند بدون اینکه آن سکوت دلالت بر مجرمیت یا بی گناهی وی داشته باشد.<sup>(۱۲)</sup> قواعد دادرسی و ادله دادگاه های بین المللی برای یوگسلاوی سابق و رواند نیز در قسمت سوم بند الف قاعده ۴۲ بر حق سکوت متهم تاکید می کنند.<sup>(۱۳)</sup>

قانون اجراءات جزایی موقت (۱۳۸۲) راجع به حق سکوت در بند ۶ ماده پنجم می گوید: مظنون و متهم حق دارد سکوت اختیار نموده از اظهار هرگونه بیان امتناع ورزد، گرچه توسط پلیس یا مقامات قضایی تحت بازپرسی قرار گیرد.

همین ماده در بند هفتم می افزاید: پلیس و دادستان مکلف اند معلومات واضح را در وقت گرفتاری و قبل از استنطاق راجع به حق سکوت... برای مظنون و متهم ارایه نمایند. نتیجه آنکه قوانین افغانستان تذکر و رعایت حق سکوت از سوی پلیس و دادستان نسبت به متهم را الزامی شمرده و هرگاه این مطلب از سوی مقامات یاد شده رعایت نگردد و در آن شرایط دلیلی علیه وی دال بر اتهام به جرم، تحصیل گردد غیر قانونی شناخته شده و فاقد اعتبار می باشد و در نهایت قاضی نمی تواند چنین دلیلی را مستند حکم خویش قرار دهد.

#### ۵- اقرار اکراهی

بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی که حقوق متهم در فرایند دادرسی را بیان می کند، در بند (ز) تصریح می کند: یکی از حقوق متهم این است که مجبور نشود علیه خود شهادت دهد و یا به مجرم بودن خویش اعتراف نماید.<sup>(۱۴)</sup>

کمیته حقوق بشر سازمان ملل در تفسیر شماره ۱۳ خود راجع به این مطلب اظهار داشته است که: به منظور وادار کردن متهم به اقرار یا اظهاراتی علیه خودش، غالباً از

۱۲- اساسنامه دیوان کیفری بین المللی و سند نهایی کنفرانس دیپلماتیک رم، دفتر امور بین الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران، مهر ماه ۱۳۷۷، ص ۵۶.

13- Rules of procedure and Evidence of the Interantional Criminal Tribunals, in: the practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, John R.W.D. Jones, Transnational Publishrs, Inc. USA, 1998, p.172.

۱۴- امیر ارجمند، دکتر اردشیر، مجموعه اسناد بین المللی حقوق بشر، جلد اول، تهران انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۰.

روش‌هایی استفاده می‌شود که مفاد قسمت (ز) بند ۳ ماده ۱۴ میثاق را نقض می‌کند. قوانین کشورها باید روش‌های مذکور یا هر نوع دیگری از اجبار را غیر قابل پذیرش بدانند. (۱۵)

خوشبختانه، قانونگذار افغانستان به این توصیه عمل کرده است و در قوانین اساسی و عادی بر داوطلبانه بودن اقرار و عدم پذیرش اقرار از روی اکراه و اجبار تاکید کرده است. ماده سی‌ام قانون اساسی در این باره مقرر داشته است:

اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد. اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل و در حضور محکمه با صلاحیت.

بند ۵ ماده پنجم قانون اجراءات جزایی موقت تصریح می‌کند: اظهارات مظنون و متهم در فضای کاملاً آزاد اخذ می‌گردد.

نتیجه آنکه هرگاه قاضی احراز کند که در هریک از مراحل کشف، تحقیق و تعقیب جرم، متهم از روی اجبار یا اکراه اقرار به ارتکاب جرم کرده است، بر طبق ماده ۷ قانون فوق، چنین اقراری بصورت غیر قانونی اخذ شده و معتبر نخواهد بود.

## ۶- شکنجه

ماده ۷ میثاق، شکنجه یا رفتار یا مجازات‌های ظالمانه، غیر انسانی یا تحقیرکننده را منع می‌کند. این ممنوعیت یک هنجار حقوق بین‌المللی عرفی است و در زمره قواعد آمره<sup>(۱۶)</sup> نیز قرار دارد. شکنجه در کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ سازمان ملل تعریف و ممنوع شده است. بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون مذکور می‌گوید: «... واژه «شکنجه» یعنی هر فعل عمدی که توسط آن درد یا صدمه شدید، اعم از جسمی یا روحی، به منظور نیل به اهدافی از قبیل کسب اطلاعات یا گرفتن اقرار از قربانی یا شخص ثالث، مجازات قربانی برای عملی که وی یا شخص ثالث مرتکب شده یا مظنون به ارتکاب آن است، مرعوب نمودن یا اعمال فشار بر قربانی یا شخص ثالث، یا به هر علتی توسط یک

مامور رسمی یا تحت نظارت وی یا با رضایت یا همراه با سکوت یک مقام رسمی صورت می‌پذیرد، بر شخص وارد گردد. این تعریف شامل درد یا رنجی نیست که صرفاً ناشی از درد یا رنج ذاتی ضمانت‌اجراهای (مجازات‌های) قانونی یا منتج از آنهاست. شکنجه در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی<sup>(۱۷)</sup> جنایت علیه بشریت شمرده شده است، آنگاه که به صورت گسترده یا سازمان‌یافته ارتکاب یابد. تعریف شکنجه در این اساسنامه، نسبت به کنوانسیون منع شکنجه موسع‌تر است. اساسنامه دیوان مذکور برخلاف کنوانسیون منع شکنجه، لازم نمی‌داند شکنجه از سوی مقامات عمومی صورت پذیرد، بلکه انجام شکنجه از سوی افراد خصوصی با انگیزه‌های شخصی را نیز مشمول این تعریف می‌داند.

بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون منع شکنجه تصریح می‌کند: اوضاع و احوال استثنایی هر چه باشد، خواه یک وضعیت جنگی یا خطر جنگ، بی‌ثباتی سیاسی داخلی، یا هرگونه وضعیت فوق‌العاده عمومی نمی‌تواند به عنوان یک عامل موجه‌کننده شکنجه مورد استناد قرار گیرد.

بند ۱ همین ماده دولت‌ها را ملزم می‌کند که اقدامات موثر قانون‌گذاری، اداری، قضایی یا سایر اقدامات را به منظور پیشگیری از شکنجه در سرزمین‌های تحت صلاحیتشان انجام دهند.

علاوه بر این، بند ۳ ماده مذکور تاکید می‌کند: دستور یک مقام ما فوق [نظامی یا انتظامی] یا یک مقام عمومی نمی‌تواند به عنوان توجیه عمل شکنجه مورد استناد قرار گیرد.

بند ۱ ماده ۱۰ میثاق، مقرر می‌دارد: نسبت به کلیه افرادی که از آزادی خود محروم شده‌اند باید با انسانیت و احترام به حیثیت ذاتی شخص انسان رفتار کرد.

شایان ذکر است که برخلاف ممنوعیت شکنجه در ماده ۷ میثاق یادشده که عدم دخالت مقامات دولتی را درخواست می‌کند، حق برخورداری از رفتار انسانی در ماده ۱۰ یک تعهد مثبت را بر دوش دولت‌ها می‌نهد. منظور از این تعهد تضمین رعایت

17- Rome statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, UN Doc, A/conf. 183/9.

حداقل استانداردهای مربوط به شرایط بازداشت و حقوق فرد بازداشت شده و محروم از آزادی است.

به طور کلی، می‌توان گفت که منع رفتار غیر انسانی مورد اشاره ماده ۱۰، نسبت به عدم رعایت کرامت انسانی مورد نظر ماده ۷ شدت کمتری دارد. در حالی که ممنوعیت شکنجه و سایر رفتارها یا مجازات ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیر کننده، به طور خاص راجع به حملات علیه کرامت انسانی است و نسبت به تمام افراد قابل اعمال است، چه در بازداشت به سربرند یا آزاد باشند. ماده ۱۰ بیشتر به وضعیت کلی شرایط بازداشت مربوط است و ماده مذکور بدین منظور تدوین شده است که صرفاً افراد محروم از آزادی را در برگیرد. طبق توصیه‌های کمیته حقوق بشر مربوط به میثاق، دولت‌ها برای توجیه رفتار غیر انسانی نمی‌توانند به فقدان امکانات کافی یا مشکلات مالی، استناد جویند، بلکه ملزم‌اند برای افراد تحت بازداشت و زندانیان خدماتی را فراهم کنند و نیازهای اساسی‌شان را برآورده سازند. برای مثال، افراد بازداشت شده حق دریافت غذا، لباس، مراقبت پزشکی کافی و ارتباط با خانواده هایشان را دارند.

به طور کلی، قواعد حداقل استانداردهای سازمان ملل برای رفتار با زندانیان<sup>(۱۸)</sup> اصول اساسی رفتار با زندانیان<sup>(۱۹)</sup> و مجموعه اصول حمایت از تمامی افراد تحت هر نوع بازداشت یا حبس<sup>(۲۰)</sup> مستندات مهمی راجع به حقوق زندانیان به شمار می‌روند.<sup>(۲۱)</sup>

18- Standard Minim Rules for the Treatment of Prisoners, UN Economic and Social Council Resolution 663c July 31. 1957.

19- The Basic principles for The Treatment of prisoners, UN/GA/Res/45/111. December 14, 1990.

20- Body of principles for the protection of all persons under any Form of Detention or Imprisonment, op. Cit.

21- What is a Fair Trial. op.cit, pp.8-10.

برای توضیح بیشتر راجع به شکنجه رک.

اردبیلی، دکتر محمد علی، «شکنجه» مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹، بهار- تابستان ۱۳۷۰، صص ۲۱۶-۱۷۹؛ همو، «گفتاری درباره شکنجه و پیشگیری از آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۲-۲۶، ۷۶-۲۱، ۷۷-صص.



قانون اساسی افغانستان صریحاً شکنجه را ممنوع دانسته است. در این باره ماده بیست و نهم می‌گوید: تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخصی نمی‌تواند حتی به قصد کشف حقایق از شخص دیگری، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد، اگرچه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف یا محکوم به جزا باشد.

عبارت این ماده بسیار دقیق و کارشناسانه تدوین شده است. قانون‌گذار محترم در این ماده با عباراتی بسیار موجز ولی روان و گویا به منع شکنجه در تمامی مراحل فرایند کیفری پرداخته است:

اول) تصریح به «حتی به مقصد کشف حقایق»، هر نوع عذر و بهانه را از شکنجه‌گران می‌گیرد و شکنجه را مطلقاً ممنوع می‌کند.

دوم) این ماده شکنجه را هم در مراحل بازداشت قبل از محاکمه منع می‌کند و هم در دوران حبس محکوم علیه به مجازات. عبارت «یا محکوم به جزا باشد» اشاره به مورد اخیر دارد.

سوم) عبارت ماده فوق هم ناظر به ممنوعیت مباشرت به شکنجه است و هم ناظر به ممنوعیت صدور دستور شکنجه، به عبارت دیگر، ممنوعیت شکنجه در این ماده، هم برای ماموران تعقیب و تحقیق وضع شده است و هم برای مقامات مافوق آنها. اما نسبت به «حق برخورداری از شرایط انسانی در دوران بازداشت» که در اسناد بین‌المللی بر آن تاکید شده بود، هرچند در ماده‌ای از قانون اساسی صریحاً به این مسئله پرداخته نشده است، ولی می‌توان این حق را از عبارات مواد دیگر، استنباط کرد. برای نمونه، در ماده بیست و چهارم قانون یاد شده تاکید شده است: «کرامت انسان از تعرض مصون است» و «دولت به احترام و حمایت از ... کرامت انسان مکلف است».

مسئلاً اگر شرایط بازداشتگاه‌ها و توقیف‌خانه‌ها به صورت غیر انسانی باشد، کرامت

نوربها، دکتر رضا، «شکنجه در کنوانسیون ۱۹۸۴، سازمان ملل متحد»، مجله کانون وکلا، دوره جدید پاییز - زمستان ۱۳۶۸، شماره ۱۴۸-۱۴۹ صص. ۲۱۳-۱۸۹.

نیک نفس، دکتر مهدی، «مفهوم شکنجه: استاندارد واحد یا متفاوت (از دیدگاه حقوق بین‌الملل)»، مجله حقوقی، شماره سی و سوم، پاییز - زمستان ۱۳۸۴ صص. ۲۳۰-۱۸۹.

رنجبریان، دکتر امیرحسین، «جایگاه قاعده منع شکنجه در حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره هفتم، زمستان ۱۳۸۴، صص ۱۸۴-۱۴۷.

انسانی مورد تعرض قرار گرفته و دولت تکلیف خویش را مبنی بر احترام و حمایت از کرامت انسانی نقض کرده است. بدین ترتیب، می‌توان گفت «حق برخورداری از شرایط انسانی در دوران بازداشت» نیز از قانون اساسی افغانستان استنباط می‌شود.

نکته دیگری که در اسناد بین‌المللی یادشده مورد تاکید قرارگرفت «منع مجازات‌های غیر انسانی» بود. براین مسئله نیز در قانون اساسی مورد بحث تاکید شده است. در ذیل ماده بیست و نهم آمده است که «تعیین جزایی (مجازات) که مخالف کرامت انسانی باشد ممنوع است».

اما متأسفانه، نکته‌ای که قانون‌گذار محترم مانند دیگر موارد مربوط حقوق اساسی ملت از ذکر آن غفلت کرده است، عدم تصریح به مجازات شکنجه‌گران است؛ حال آنکه در قوانین اساسی برخی از کشورها به این نکته تصریح شده است.<sup>(۲۲)</sup> تاکید بر مجازات متعرضان به حقوق و آزادی‌های ملت از نظر بازدارندگی و پیشگیری از وقوع جرایمی مثل شکنجه بسیار مفید است.

راجع به منع شکنجه، بند ۴ ماده پنجم قانون اجراءات جزایی موقت پیش‌بینی کرده است که: اشخاص مظنون و متهم نباید تحت هیچ‌گونه فشار روحی و یا جسمی قرار بگیرند.

در نتیجه هرگاه مقامات کشف، تحقیق و تعقیب، متهم را شکنجه نمایند در چنین شرایطی دلایلی را علیه متهم جمع‌آوری نمایند، تحصیل دلیل بصورت غیر قانونی بوده و فاقد اعتبار خواهد بود.

## ۷- نقض حق برخورداری از وکیل مدافع

در بسیاری از موارد، اتهامات جزایی، پیچیده و فنی است بطوری که متهم به تنهایی، نمی‌تواند از عهده دفاع برآید. در اینگونه موارد، استفاده از وکیل مدافع برای کمک به امر دفاع و تهیه دفاعیه مناسب، یک حق طبیعی است.

۲۲- برای مثال، اصل سی و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بعد از آنکه هر نوع شکنجه را ممنوع می‌کند، مقرر می‌دارد: متخلف از این اصل، طبق قانون مجازات می‌شود.

حق استفاده از وکیل در اسناد بین‌المللی<sup>(۲۳)</sup> و منطقه‌ای<sup>(۲۴)</sup> حقوق بشر و نیز در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری<sup>(۲۵)</sup> به رسمیت شناخته شده است. به علت جلوگیری از طولانی شدن این نوشتار از ذکر متن مواد مربوط در این اسناد صرف نظر می‌گردد. حق برخورداری از وکیل مدافع نیز در قوانین افغانستان شناسایی گردیده است. در این باره ماده سی و یکم قانون اساسی مقرر داشته است: هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند.

ماده هجدهم قانون اجراءات جزایی موقت به بیان حق وکیل مدافع برای مظنون و متهم اختصاص دارد. بند ۳ این ماده پیش بینی کرده است که، مظنون و متهم در همه حالات توسط وکیل مدافع منتخب‌شان مساعدت می‌شوند.

ماده نوزدهم همین قانون مقرر می‌دارد که در صورت عدم توانایی مالی مظنون یا متهم بر استخدام وکیل مدافع، برای آنها وکیل مدافع رایگان تعیین می‌گردد.

در بند ۷ ماده پنجم همان قانون، پلیس، داستان و دادگاه مکلف گردیده‌اند، معلومات واضح را به متهم، راجع به حق تعیین وکیل مدافع در تمامی مراحل فرایند جزایی، ارائه نمایند.

پلیس و دادستان موظف اند این معلومات را در وقت گرفتاری و قبل از استنطاق به متهم منتقل کنند.

ماده سی و هشتم می‌گوید: وکیل مدافع حق دارد در تمام مراحل جریان استنطاق مظنون، حاضر باشد.

ماده چهل و سوم همان قانون تصریح می‌کند: متهم و وکیل مدافع وی حق دارند که اسناد شامل دوسیه و اشیای ضبط شده را ملاحظه و راجع به آن اطمینان حاصل نمایند.

مفاد ماده اخیر، در راستای تضمین اصل برابری سلاحها که از اصول مهم دادرسی عادلانه و حقوق جزای مدرن است، بسیار مفید به نظر می‌رسد و در نوع خودش اقدامی تحسین‌برانگیز از جانب قانونگذار افغانستان، در جهت شناسایی این حق برای متهم و

۲۳- میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (قسمت (د) بند ۳ ماده ۱۴).

۲۴- کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادیهای اساسی (قسمت (ج) بند ۱ ماده ۶).

۲۵- اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری (قسمت (د) بند ۱ ماده ۶۷).

وکیل مدافع وی به شمار می‌رود. با توجه به آنچه گفته شد حق برخورداری از وکیل مدافع برای متهم در قسمت‌های مختلفی از قوانین افغانستان مورد تاکید قرار گرفته است. بنابراین هرگاه در خلال مراحل کشف، تحقیق و تعقیب جرم این حق از سوی مقامات مسئول نادیده گرفته شود و در عین حال دلایل اتهام علیه متهم تحصیل گردد این دلایل به روش غیر قانونی بدست آمده و فاقد اعتبار است.

#### ۸- نقض حق برخورداری از مترجم

متهم زمانی می‌تواند اتهامات وارده را خوب بفهمد و به پیامدهای حقوقی آن واقف شود که آن را درک کند.

حق برخورداری از مترجم در اسناد بین‌المللی متعددی تصریح شده است.<sup>(۲۶)</sup> این حق بطور مستقیم با حق دفاع ارتباط دارد زیرا اگر متهم به زبان کاری دادگاه آشنا نباشد و نتواند اتهامات و اسناد مربوط به آنرا به خوبی درک کند نمی‌تواند از خود دفاع مناسبی ارائه دهد.

امروزه در بسیاری از کشورها افرادی زندگی می‌کنند که به زبانهای متفاوتی تکلم می‌نمایند. افغانستان هم از کشورهایی است که اتباع آن از قومیت‌های مختلف تشکیل شده و زبانهای متنوعی در آن رایج است.

باتوجه به این مهم بوده است که قانون اساسی این کشور برای به رسمیت شناختن اقوام مختلف افغانستان در ماده چهارم می‌گوید:

ملت افغانستان عبارت است از تمام افرادی که تابعیت افغانستان را دارا باشند. ملت افغانستان متشکل از اقوام پشتون، تاجیک، هزاره، ازبک، ترکمن، بلوچ، پشه‌ای، نورستانی، ایماق، عرب، قرقیز، قزلباش، گوجر، براهوی و سایر اقوام می‌باشد.

همچنین به منظور شناسایی زبان مورد تکلم اقوام مذکور و حمایت از این زبانها ماده شانزدهم همین قانون مقرر می‌دارد:

از جمله زبانهای پشتو، دری، ازبکی، ترکمنی، بلوچی، پشه‌ای، نورستانی، پامیری، و

۲۶- به‌عنوان نمونه رک. قسمت (ج) بند ۲ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و قسمت (و) بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادیهای اساسی.

سایر زبانهای رایج در کشور، زبانهای رسمی دولت می‌باشند. در مناطقی که اکثریت مردم به یکی از زبان‌های ازبکی، ترکمنی، پشه‌ای، نورستانی، بلوچی و یا پامیری تکلم می‌نمایند، زبان مورد تکلم علاوه بر پشتو و دری به منزله زبان سوم رسمی می‌باشد و نحوه تطبیق آن توسط قانون تنظیم می‌گردد. دولت برای تقویت و انکشاف همه زبانهای افغانستان برنامه‌های موثری طرح و تطبیق می‌نماید. نشر مطبوعات و رسانه‌های گروهی به تمام زبانهای رایج در کشور آزاد می‌باشد. از مواد مذکور قانون اساسی مشخص می‌گردد که مسئله زبان و رعایت حقوق اقوام مختلفی که به این زبانها تکلم می‌نمایند در نزد تدوین کنندگان قانون اساسی افغانستان، موضوعی مهم و عمده بوده است.

با توجه به مطلب فوق و واقعیت‌های جامعه افغانستان وجود مترجم در دادگاه‌ها اهمیت شایانی پیدا می‌کند.

به همین دلیل است که هم در قانون اساسی و هم در قانون عادی، قانونگذار بر لزوم وجود مترجم برای متهم تاکید ورزیده است.

راجع به وجود مترجم در محاکم، ماده یکصد و سی و پنجم قانون اساسی می‌گوید: اگر طرف دعوا زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می‌گیرد، نداند، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری، توسط ترجمان برایش تامین می‌گردد.

از این ماده نکات ذیل استنباط می‌شود:

۱- قانونگذار قانون اساسی هم ترجمه مواد قانونی و هم اسناد مربوط به دعوا را لازم دانسته است.

۲- مترجم باید به زبان مادری باشد، لذا وجود مترجم مسلط به دو زبان رسمی افغانستان (پشتو و دری) کفایت نمی‌کند، مگر اینکه متهم به آن رضایت دهد. در باره وجود مترجم در مرحله تحقیقات، قانون اجراءات، در ماده بیستم مقرر می‌دارد:

در صورتی که مظنون یا متهم به زبان مورد استفاده در تحقیقات و یا محاکمه آشنایی نداشته یا کر و یا گنگ باشد، برایش مترجم تعیین می‌گردد تا وی از جرم خود و ادعایی

که در موردش صورت گرفته آگاهی حاصل نماید وهمچنان در جریان بازپرسی به وی کمک نماید.

با توجه به مطالب فوق، هرگاه در مرحله تحقیقات - که محل بحث ماست - متهم نیاز به مترجم داشته باشد و برای او فراهم نگردد، تحصیل دلیلی دال بر اتهام که ناشی از فهم نادرست مطلب باشد، غیر قانونی و در نتیجه فاقد اعتباری می باشد.

### ۹- تزویری بودن دلیل اتهام

منظور از تزویری بودن دلیل اتهام این است که مقامات مسئول تعقیب یا محاکمه، با استفاده از اسناد جعلی و غیر واقعی سعی کنند فردی را متهم به ارتکاب جرمی نشان دهند یا مجنی علیه را از حقیقت محروم کنند.

قانونگذار افغانستان چنین اقدامات ناشایستی را پیش بینی نموده و حق اعتراض برای ذی نفع را در اینگونه موارد به رسمیت شناخته است و هرگاه در اثنای تحقیقات چنین امری ادعاء شود، تا اتمام رسیدگی به آن، جریان تحقیق به تعویق انداخته شده و هرگاه بعد از صدور حکم نهایی محکمه، چنین امری ثابت گردد، جریان تحقیق و محاکمه انجام شده بی اعتبار شناخته شده و این دو مرحله مجدداً انجام خواهد پذیرفت.

در این باره ماده نهم قانون اجراءات جزایی موقت مقرر می دارد:

۱- در تمام مراحل تحقیق یا محاکمه مضمون، متهم یا مجنی علیه می توانند علیه سند تزویری که در میان دلایل اثباتیه گنجانده شده است، اعتراض نمایند.

۲- اعتراض نامه در مراحل تحقیق یا محاکمه به دادستان و یا قاضی، ارائه می گردد.

۳- در صورتی که اعتراض نامه حین تحقیق به دادستان مربوط سپرده شده باشد، دادسرا مکلف است که اعتراض نامه راجع به تزویر را به محکمه ذی صلاح ارائه نماید.

۴- هرگاه دادستان و یا محکمه اعتراض نامه مبنی بر تزویر سند را وارد بدانند، اجراءات (اقدامات قانونی) به تعویق انداخته می شود. در این صورت تحقیق مبنی بر تزویر توسط همان دادستان یا دادستان با صلاحیت دیگر آغاز می گردد.

۵- در صورتی که قضیه تزویر از طرف محکمه ذی صلاح رسیدگی و حکم نهایی در این زمینه صادر گردیده باشد، جریان تحقیق و محاکمه مجدداً آغاز می گردد.

### ۱۰- ورود و تفتیش منزل بدون وجود دلایل قانونی

یکی از حقوق انسانی هر فرد این است که مسکن یا منزل او از تعرض مصون باشد. تمامی افراد معمولاً بخشی از ساعات شبانه روز را بیرون از خانه خویش مشغول تلاش و فعالیت‌اند. هر انسانی نیاز به استراحت و آسایش و تجدید قوا دارد و توقع براین است که افراد در ساعات استراحت در مسکن خویش، در آغوش گرم خانواده با کمال آرامش و امنیت به سر برند و از هرگونه تعرضی مصون باشند. امنیت منزل یا مسکن بویژه در شب از اهمیت بیشتری برخوردار می‌گردد، زیرا خداوند شب را زمان آرامش و استراحت قرار داده است. امنیت انسان در منزل و به عبارت دیگر مصونیت اقامتگاه وی در برابر هر نوع تعرض زمانی فراهم می‌گردد که قانون این مسئله را به رسمیت بشناسد و تعرض به آن را ممنوع اعلام کند و جز در موارد محدود، آن هم به صورت قانونی، به هیچ وجه ورود و تفتیش آن را به مقامات مربوط اجازه ندهد زیرا اگر اینگونه اقدامات بصورت مشخص و شفاف توسط قانون پیش‌بینی نشود، مصونیت اقامتگاه شهروندان در معرض خطر قرار خواهد گرفت و در نتیجه امنیت جامعه از بین خواهد رفت. در صورتی که افراد در داخل منازلشان همواره در بیم و هراس از ورود نیروهای امنیتی به سر برند، چگونه می‌توان گفت در این جامعه امنیت وجود دارد؟ وجود نیروهای امنیتی خودسر و بی‌اعتنا به قانون، خود از عوامل احساس ناامنی شهروندان خواهد بود. چنین جامعه‌ای با جامعه‌ای که در آن حاکمیت قانون وجود ندارد و در شهرهایش گروههای مسلح مختلفی حاکم هستند و افراد مقیم در منازل هر لحظه در معرض احتمال ورود نیروها یا سارقان مسلح هستند، (مانند دوران جنگهای داخلی در افغانستان) تفاوت چندانی ندارد.

در دین مقدس اسلام، مصونیت مسکن محترم شمرده شده است. اهمیت حریم مسکن، در قرآن مجید بدین ترتیب مورد تاکید قرار گرفته است:

«ای مومنان به خانه‌هایی جز خانه‌های خودتان وارد نشوید، مگر آنکه آشنایی دهید و اجازه بگیرید و براهل آنها سلام کنید. این امر به خیر شماست، باشد که پندگیرید و اگر کسی را در آن نیافتید، وارد نشوید تا آنکه به شما اجازه داده شود، و اگر به شما گفته شد

برگردید، برگردید که برای شما پاکیزه تر است و خداوند به آنچه می‌کنید داناست» (۲۷).  
مصونیت مسکن یا اقامتگاه از چنان اهمیتی برخوردار است که در اسناد بین‌المللی حقوق بشر نیز همواره به آن تاکید شده است. به عنوان نمونه ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی چنین می‌گوید:

۱- هیچ کس نباید در زندگی خصوصی و خانواده و اقامتگاه (مسکن) یا مکاتبات، مورد ملاحظات خودسرانه (بدون مجوز) یا خلاف قانون قرار گیرد و همچنین شرافت و حیثیت او نباید مورد تعرض غیر قانونی واقع شود.

۲- هرکس حق دارد در مقابل این گونه ملاحظات یا تعرض‌ها از حمایت قانون برخوردار شود. (۲۸)

در قوانین افغانستان نیز مصونیت مسکن از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. ماده‌سی و هشتم قانون اساسی مقرر می‌دارد: مسکن شخص از تعرض مصون است. هیچ شخصی، از جمله دولت، نمی‌تواند بدون اجازه فرد ساکن در آن، یا قرار محکمه با صلاحیت و در غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید.

در مورد جرم مشهود، مامور مسئول می‌تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش کند. مامور مذکور مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش، در خلال مدتی که قانون تعیین می‌کند، قرار محکمه را حاصل نماید. ماده سیزدهم قانون اجراءات جزایی موقت، «جرم مشهود» را بصورت ذیل تعریف کرده است:

۱- جرم در زمان ارتکاب آن مشهود پنداشته می‌شود.

۲- مرتکب جرم مشهود شخصی است که حین ارتکاب جرم به صورت بالفعل

۲۷- یا ایها الذین آمنوا لاتدخلوا بیوتا غیر بیوتکم حتی ننسائوا وتسلموا علی اهلها ذالکم خیر لکم لعلکم تذكرون (نور / ۲۷).

فان لم تجدوا فیها احداً فلاتدخلوها حتی یؤذن لکم وان قبل لکم ارجعوا فارجعوا هوازکی لکم والله بما تعملون علیم (نور/۲۸)، به نقل از هاشمی، همان، ص ۲۸۵.

۲۸- امیرارجمند، همان، ص ۱۰۱.



گرفتار شود.

۳- مواردیکه مرتکب بعد از ارتکاب جرم فرار نماید و بلافاصله توسط پلیس، شخص متضرر و یا اشخاص دیگر تحت تعقیب قرار گیرد، مشهود تلقی می‌گردد. از مواد فوق نکات زیر استنباط می‌شود:

الف) اصل بر ممنوعیت ورود و تفتیش منزل افراد است، لذا هیچ فردی از جمله ماموران دولتی (به تصریح ماده سی و هشتم قانون اساسی) حق ندارد بدون اجازه فرد یا افراد ساکن در منزل، وارد آن شود.

ب) صورت استثنای اصل فوق، که باعث مجاز بودن بازرسی منازل می‌گردد، داشتن دستور محکمه با صلاحیت است آن هم در موارد و به روشی که قانون صریحاً اجازه داده باشد. ماده هجدهم قانون پلیس افغانستان (۱۳۸۴) این موارد قانونی را بر شمرده است:

پلیس می‌تواند در موارد زیر به منزل شخص داخل و آنرا بازرسی نماید:

- ۱- در صورتی که حیات شخص یا اشخاص داخل منزل با خطر مواجه باشد.
- ۲- در صورتی که منظور دریافت شخص یا شیشی باشد که مطابق با احکام مندرج در این قانون تحت نظارت و حفاظت قرار می‌گیرد و قراینی دریافت گردد که شخص و یا شی مطلوب در منزلی که بازرسی می‌گردد، موجود است.
- ۳- سایر مواردی که قانون حکم نماید.

به نظر می‌رسد که منظور از «سایر مواردی که قانون حکم نماید» موارد اضطراری مانند زلزله، سیل و حوادثی از این قبیل است که در آن معمولاً کسب اجازه از فرد یا افراد ساکن در منزل میسر نیست.

قانون پلیس در این ماده در ادامه می‌افزاید: بازرسی منزل، مندرج فقره (۱) این ماده مطابق طرز و شکلیاتی صورت گرفته می‌تواند که در قانون پیش‌بینی شده باشد. از مقرره اخیر استنباط می‌گردد که ورود به منزل اشخاص، حتی در مواردی هم که قانون پلیس مشخص کرده است، باید به روش قانونی صورت گیرد. بنابراین «روش قانونی مجاز برای ورود به منزل» را باید در قوانین سابقه افغانستان بویژه مواد ۴۹-۳۸ قانون اجراءات جزایی اصلاحی ۱۳۵۳ افغانستان جستجو کرد و در این جا به دلیل رعایت

اختصار از ذکر آنها صرف نظر می‌گردد.

سرانجام آن که هرگاه پلیس یا دیگر مقامات قضایی و امنیتی بدون مجوز قانونی وارد منزل افراد گردند قانون جزای افغانستان برای آن، مجازات تعیین نموده است. ماده ۴۳۱ قانون مذکور در این باره می‌گوید:

اشخاص آتی به حبس قصیر (از ۲۴ ساعت تا یکسال) و جزای نقدی که از پنج هزار افغانی تجاوز نکند یا به یکی از این دو جزا محکوم می‌گردند:

۱- شخصی که به محل مسکونی یا آماده سکونت و یا به یکی از ملحقات آن بدون رضای صاحب آن یا بدون مجوز قانون داخل شود...

بند ۳ همین ماده می‌افزاید: اگر جرم مندرج فقره فوق در بین غروب و طلوع آفتاب... یا از سوی شخصی که صفت موظف خدمات عامه به خود گرفته است... واقع گردد مرتکب، به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد، محکوم می‌گردد.

از آنچه تا کنون راجع به حرمت و مصونیت منزل (مسکن) گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که هرگاه ورود و تفتیش منزل در غیر مواردی که قانون اجازه داده است صورت گرفته باشد و در همین حال دلیلی علیه متهم تحصیل گردد، مصداق تحصیل دلیل بصورت غیر قانونی بوده و در نتیجه غیر معتبر می‌باشد.

### نتیجه‌گیری

«اصل تحصیل دلیل به روش قانونی» از اصول اساسی حقوق کیفری می‌باشد که در قوانین کشورهای پیشرفته دنیا شناسایی شده است.

قانونگذار افغانستان نیز این اصل را در ماده هفتم قانون اجراءات جزایی موقت (۱۳۸۲) پیش بینی کرده است و صریحاً اعلام نموده است که دلایل و شواهدی که بدون رعایت احکام قانون، جمع آوری شده باشد، فاقد اعتبار بوده و محکمه نمی‌تواند مستند به آن حکم نماید.

شناسایی این اصل در قانون اجراءات جزایی افغانستان نقطه قوتی برای این قانون محسوب شده و در عین حال نسبت به اقدامات غیر قانونی احتمالی برای تحصیل دلیل در مراحل کشف، تحقیق و تعقیب جنبه پیشگیرانه خواهد داشت.

## فهرست منابع:

- ۱- آزمایش، دکتر علی، «رعایت حقوق فردی در دادرسی بین‌المللی کیفری با تاکید بر حقوق متهم»، مجموعه مقالات اولین همایش بین‌المللی بررسی مسائل حقوق بین‌الملل بشر، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۱.
- ۲- آشوری، دکتر محمد، «اصل برائت و آثار آن در امور کیفری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۹، ۱۳۷۲.
- ۳- اردبیلی، دکتر محمدعلی، «نگهداری تحت نظر»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تحلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، نشر سمت، پاییز ۱۳۸۳، ص ۲۱۳.
- ۴- اردبیلی، دکتر محمد علی، «شکنجه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹، بهار-تابستان ۱۳۷۰، صص. ۲۱۶-۱۷۹.
- ۵- اردبیلی، دکتر محمد علی، «گفتاری درباره شکنجه و پیشگیری از آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۲ - ۲۱، ۷۶ - ۷۷ صص. ۱۲۰-۱۰۵.
- ۶- اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و سند نهایی کنفرانس دیپلماتیک رم، تهران، دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۷.
- ۷- امیر ارجمند، دکتر اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر (اسناد جهانی)، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.
- ۸- امیر ارجمند، دکتر اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر (اسناد منطقه‌ای)، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۵.
- ۹- رنجبریان، دکتر امیرحسین، «جایگاه قاعده منع شکنجه در حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره هفتم، زمستان ۱۳۸۴، صص. ۱۴۷-۱۸۴.
- ۱۰- شاملو، دکتر باقر، «اصل برائت کیفری در نظام‌های نوین دادرسی»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، نشر سمت، پاییز ۱۳۸۳، ص ۲۷۸.

- ۱۱- شاملو احمدی، محمد حسین، دادسرا و تحقیقات مقدماتی، اصفهان، نشر دادیار، ۱۳۸۳.
- ۱۲- علامه، غلام حیدر، جایگاه حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، فصلنامه مطالعاتی - پژوهشی نهضت، تهران، موسسه اندیشه سازان نور، شماره ۱۹، ۱۳۸۳.
- ۱۳- علامه، غلام حیدر، «حق دفاع متهم در اسناد بین المللی و قوانین افغانستان»، ماهنامه عدالت، کابل، وزارت عدلیه افغانستان، شماره ۴۵، قوس ۱۳۸۵.
- ۱۴- قانون اساسی افغانستان، کابل، جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره ۱۳۸۳، ۸۱۸.
- ۱۵- قانون اجراءات جزایی موقت افغانستان، کابل، جریده رسمی وزارت عدلیه شماره ۸۲۰، ۱۳۸۲.
- ۱۶- قانون پولیس افغانستان، کابل، جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره ۸۶۲، ۱۳۸۴.
- ۱۷- قانون جزای افغانستان، کابل، ۱۳۵۵.
- ۱۸- نوربها، دکتر رضا، «شکنجه در کنوانسیون ۱۹۸۴ سازمان ملل متحد»، مجله کانون وکلا، دوره جدید پاییز - زمستان ۱۳۶۸ شماره ۱۴۹-۱۴۸ صص. ۲۱۳-۱۸۹.
- ۱۹- نیک نفس، دکتر مهدی، «مفهوم شکنجه: استاندارد واحد یا متفاوت (از دیدگاه حقوق بین الملل)»، مجله حقوقی، شماره سی و سوم، پاییز - زمستان ۱۳۸۴، صص. ۲۳۰-۱۸۹.
- ۲۰- هاشمی، دکتر سید محمد، حقوق بشر و آزادیهای اساسی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴.

21- Body of principles for the protection of all persons under any form of Detention or Imprisonment, UN/GA/Res/43/173, December 9, 1988.

22- Standard Minimum Rules for the Treatment of prisoners, UN Economic and social Council Resolution 663 C(XXIV), July 31, 1957.

23- The Basic Principles for the Treatment of Prisoners, UN/GA/Res/45/111,

December 14, 1990.

24- The practice of the international criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, John R.W.D. Jones, Transnational publishers, Inc. USA. 1998,p. 172.

25- UN, Compilation of General Comments and General Recommendations, Adopted by Human Rights Treaty Bodies, HRI / GEN/L/Rev.7, 12 May 2004.

26- What is a Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standard and Practice, Lawyers Committee for Human Rights, New York, USA, March 2000.





پیشانی

ترجمہ





## صغار در معرض خطر در حقوق فرانسه: مددکاری تربیتی

نویسنده: ژان - ایو لاسال \*

مترجم: دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی \*\*

### مقدمه

آیا در کنار «صغیر بزهارکار» و «صغیر بزهدیده»، برای «صغیر در معرض خطر» که نه بزهارکار است و نه بزهدیده، جایگاهی وجود دارد؟ پاسخ در حقوق فرانسه، پیشاپیش مثبت است؛ زیرا این حقوق از دیر باز دارای یک سلسله مقررات است که شامل این گونه صغار نیز می‌شود. با این همه، مرزهای بین این دسته از صغار با دو دسته دیگر باریک است؛ زیرا از یک سو، طفل در معرض خطر، خود ممکن است بزهدیده تلقی شود و از سوی دیگر، اگر تصمیم به مداخله نسبت به وضعیت چنین طفلی گرفته می‌شود، به این دلیل است که بیم آن می‌رود که چنین طفلی، به لحاظ تاثیر همسوی عوامل زیانبار بر شخص او، بزهارکار شود.

به هر حال، نظام حقوقی صغیر در معرض خطر، نتیجه یک تحول قابل تبیین است. در این زمینه دو بینش متضاد در برابر یکدیگر قرار دارند؛ از یک طرف، اراده دولت در اعمال نظارت، ابتداء بر ولایت پدر و سپس امروزه بر چگونگی ولایت والدین بر فرزندان خود. در این صورت، کودک در چارچوب مصلحت دولت (حاکمیت) تربیت و بزرگ می‌شود (شکل دولت اقتدارگرای فراگیر) و از طرف دیگر، دغدغه اعطای اولویت به خانواده و صغیر که در این حالت دولت شکل لیبرال به خود می‌گیرد و در

\*. Jean - Yves Lassalle, Mineurs en danger en droit français, l'assistance éducative, 28 pages. décembre 2006.

نوشته حاضر، مکتوب سخنرانی استاد لاسال، مدیر مؤسسه علوم کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه اکس - مارسی ۳ (فرانسه) در همایش «حقوق کودک» است که توسط کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی یونسکو، با همکاری کانون وکلاء مرکز در تاریخ دوشنبه ۱۱ آذر ۱۳۸۵ برابر با ۱۱ دسامبر ۲۰۰۶ در محل دانشگاه شهید بهشتی برگزار شد.

\*\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

نتیجه هیچگونه امکان مداخله ندارد. دغدغه دولت‌های مردم‌سالار غربی در واقع یافتن توازن بین این دو بینش است.

در این دیدگاه متوازن، ابتدا اصل ولایت والدین مطرح می‌شود. این اصل نه تنها در حقوق فرانسه، در مواد ۳۷۱ و بعد قانون مدنی، بلکه در معاهدات بین‌المللی که دولت فرانسه به آنها ملحق شده است مانند کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک (ماده ۵) یا کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادی (ماده ۸) نیز مورد تأکید قرار گرفته است. ولی در عین حال در اعمال این اصل محدودیت‌هایی نیز پذیرفته شده است که یکی از آنها به ایجاد نظام حمایتی از صغیر در معرض خطر مربوط می‌شود. هنگامی که هدف این نظام کمک به خانواده است، در ایجاد محدودیت در اعمال اصل ولایت والدین، مخالفتی وجود ندارد. اما وقتی مداخله مقام‌های دیگر منجر به اقدام‌های جایگزین این ولایت می‌شود، قبول آن دشوارتر است. در این صورت است که نظارت دادگاه‌های بالاتر، به منظور اجتناب از هرگونه انحراف، ضروری می‌نماید.

در پرتو این ملاحظات اساسی است که نظام حقوقی کنونی حمایت از صغیر در معرض خطر باید مطالعه شود. حمایت از صغیر در معرض خطر در فرانسه دو شکل به خود می‌گیرد: این حمایت ابتدا از نوع «اداری» است، بدین معنا که رئیس شورای عمومی به موجب ماده ۱-۲۲۱ قانون اقدام اجتماعی و خانواده‌ها، می‌تواند با تکیه بر واحدهای «کمک اجتماعی به اطفال»<sup>(۱)</sup> و هماهنگی با آنها تدبیرهای غیر قهرآمیز، به منظور کمک به والدین دارای مشکل مادی یا تربیتی در روابط خود با فرزندانشان اتخاذ کند. سپس این حمایت، از نوع «قضایی» است؛ زیرا در این حالت قاضی دادگستری تدابیر لازم که گاه جنبه قهرآمیز نیز دارد اتخاذ مینماید. این حمایت‌ها را در فرانسه «مددکاری تربیتی»<sup>(۲)</sup> می‌نامند که در نوشته حاضر به طور خاص به آن خواهیم پرداخت. تحول حقوقی این قلمرو، نتیجه تصویب پی در پی چهار نوع مقررات است:

1- Les Services de l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE).

۲- در این مورد رک.

- M. Huyette, Guide de la protection de l'enfant, Dunod, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 2003.

- G. Raymond. Assistance éducative, Rép. Civ, Dalloz, 2002.

آئین نامه ۳۰ اکتبر ۱۹۳۵، تصویب نامه ۲۳ دسامبر ۱۹۵۸، قانون ۴ ژوئن ۱۹۷۰ و سرانجام آئین نامه ۱۵ مارس ۲۰۰۲. در زمینه مقررات ماهوی، از سال ۱۹۷۰ که اصلاحات قانونی در مورد ولایت والدین صورت گرفت، مواد ۳۷۵ تا ۸-۳۷۵ قانون مدنی، و در مورد مقررات شکلی، مواد ۱۱۸۱ و بعد قانون جدید آئین دادرسی مدنی نسبت به «مددکاری تربیتی» اعمال می شوند. از مجموعه این متون چنین نتیجه گرفته میشود که نظام حقوقی مددکاری تربیتی را می توان با تفکیک این مقررات و برحسب این که مربوط به شرایط «طرح تشریفات مددکاری تربیتی» (گفتار نخست) یا مربوط به «نحوه اجرای مددکاری تربیتی» (گفتار دوم) می شوند، مطالعه کرد.

### گفتار نخست: شرایط به جریان انداختن تشریفات مددکاری تربیتی

اصطلاح صغار در معرض خطر شامل دو شرط یا دو رکن می شود که جمع آنها اجازه می دهد، بتوانیم تشریفات مددکاری تربیتی را به جریان اندازیم. بدین ترتیب است که بررسی محدوده های مفهوم صغار و مفهوم خطر در اینجا مناسبت پیدا می کند.

#### الف - مفهوم صغار

کدام صغار می توانند از مددکاری تربیتی برخوردار شوند؟ پاسخ به این پرسش پیشاپیش آسان به نظر می رسد؛ زیرا در حقوق فرانسه، صغیر از سال ۱۹۷۴ شخصی است که به سن ۱۸ سالگی نرسیده است. ولی در واقع، مفهوم صغار باید روشن شود زیرا بر حسب مورد این مفهوم یا مضیق است یا موسع.

#### ۱- مفهوم مضیق

مفهوم صغار در سه فرض با محدودیت هایی روبرو است: نخست این که، صغیر باید ساکن فرانسه باشد تا بتواند از حمایت برخوردار شود؛ زیرا قوانین مربوط به مددکاری تربیتی در سرزمین این کشور قابلیت اعمال دارند (رای ۶ آوریل ۱۹۹۴ شعبه اول مدنی - حقوقی - دیوان کشور). بنابراین صغار حتی فرانسوی که در خارج از فرانسه زندگی می کنند، مشمول این مددکاری نمی شوند.

دوم این که، به موجب مفاد صریح ماده ۳۷۵ قانون مدنی، صغیر باید هنوز تحت ولایت والدین خود باشد. بنابراین اقدام مددکاری تربیتی را نمی‌توان نسبت به صغیری اتخاذ کرد که به هر دلیلی، دیگر تحت ولایت والدین خود نیست. این یک راهکار (قید) منطقی است؛ زیرا مددکاری تربیتی در واقع نظارت ولایت والدین بر فرزندان صغیر خود محسوب می‌شود، حال آن که صغیر آزاد شده از قیمومت، دیگر تحت ولایت و اقتدار والدین خود نیست.

سوم و سرانجام این که، کودکی که نطفه‌اش بسته شده است، نمی‌تواند موضوع اقدام مددکاری تربیتی واقع شود، زیرا هنوز متولد نشده است. البته کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک پیش‌بینی می‌کند که کودک پیش و پس از تولدش نیاز به حمایت دارد. بنابراین در یک نگرش پیشگیرانه و کنشی، اصلح این است که با متوقف کردن خطری که طفل را تهدید می‌کند در سرنوشت او مداخله کرد. ولی، افزون بر رای ۲۵ ژوئن ۲۰۰۲ شعبه کیفری دیوان کشور فرانسه که به موجب آن کودکی که در آینده متولد می‌شود، نمی‌تواند مشمول قوانین مربوط به قتل شود، غیر ممکن است که بتوان نسبت به مادری کبیر نیز، اقدامی قهرآمیز تحمیل کرد؛ زیرا کودکی که هنوز در رحم مادر است، بیشتر مشمول حمایت اداری است. مشروعیت اقدام مددکاری تربیتی زمانی قابل دفاع است که مادر، خود، صغیر بوده و هدف آن همزمان حمایت از مادر و کودک باشد.

## ۲- مفهوم موسع

مفهوم صغاری که می‌توانند از مددکاری تربیتی استفاده کنند در عین حال در سه فرض، توسعه یافته است.

در وهله نخست، به موجب رأی ۱۶ ژانویه ۱۹۷۹ شعبه اول مدنی دیوان کشور، مواد ۳۷۵ و بعد قانون مدنی نسبت به صغار خارجی حاضر در سرزمین فرانسه نیز قابل اعمال است. ولی صغیر بودن آنان باید بنا بر قانون فرانسه بررسی و احراز شود. بنا به رأی ۱۶ مه ۲۰۰۰ دادگاه استیناف پاریس شخصی که از نظر قانون خارجی صغیر است، چنانچه به سن ۱۸ سالگی رسیده باشد باید کبیر محسوب شود؛ و در هر حال صغیر خارجی به موجب رأی ۴ نوامبر ۱۹۹۲ دیوان کشور فرانسه، باید در سرزمین فرانسه

اقامت داشته باشد؛ مع ذلک مسائل مرتبط با دلیل کبیر یا صغیر بودن شخص، به ویژه وقتی که مدارک هویتی شخص مورد نظر موجود نیست یا مفقود شده است، مطرح می‌شود.

در وهله دوم، «جوانان بزرگسال» نیز می‌توانند تحت شرایطی که خواهیم گفت از نظام مددکاری تربیتی برخوردار شوند. اصولاً هرگونه اقدام حمایتی، با تحقق سن کبیر، منتفی نمی‌شود. وقتی سن کبیر تا قبل از سال ۱۹۷۴، ۲۱ سالگی بود، نظام حمایتی تا قبل از این سن نسبت به «جوانان بزرگسال» نیز قابلیت اعمال داشت. ولی بعد از کاهش سن کبیر مدنی در سال ۱۹۷۴ به ۱۸ سالگی، این امکان به طور انتقالی به آن دسته از «جوانان بزرگسال» که مایل بودند (آئین نامه ۱۸ فوریه ۱۹۷۵) نیز داده شد تا بتوانند از اقدام‌های حمایتی که قبل از ۱۸ سالگی از آن برخوردار بوده‌اند همچنان تا سن ۲۱ سالگی برخوردار شوند. بدین ترتیب این نظام استمرار یافت، چنان که از آن زمان، جوانی که «با مشکلات بزرگ برای پذیرش خود در جامعه روبرو است می‌تواند از قاضی اطفال تقاضای سازمان‌دهی اقدام حمایت قضایی کند». اجرای این اقدام یا به واحدهای اداری مسئول این حمایت واگذار می‌شود یا به یک نهاد خصوصی محول می‌گردد. پیش‌بینی چنین اختیاری برای صغیر، به ویژه از جهات مادی و مالی اهمیت دارد؛ زیرا به جوان اصطلاحاً بزرگسال امکان می‌دهد تا سه سال پس از رسیدن به کبیر (۱۸ سال)، از نظر مادی تامین شود و مددکاری از نوع روانشناختی کماکان نسبت به او ادامه داشته باشد.

در وهله سوم و آخر، با قیاس به آنچه پیش‌تر آمد، می‌توان پذیرفت که اقدام مددکاری تربیتی که قبل از خروج صغیر از قیمومت نسبت به او اتخاذ و اعمال شده است، ادامه پیدا کند، مشروط بر این که ذینفع این امر را تا قبل از ۱۸ سالگی تقاضا کند. بدین ترتیب، با لحاظ این مقررات است که می‌توان چارچوب مفهوم صغار را که یکی از دو شرط به جریان انداختن مددکاری تربیتی است با صراحت مشخص کرد. حال، به شرط دوم یعنی مفهوم خطر می‌پردازیم.

**ب - مفهوم خطر**

مفهوم خطر، یعنی شرط دیگر به جریان انداختن مددکاری تربیتی، از اصلاحات قانونی ۱۹۷۰ به این سو دارای دو جنبه شده است. قانون تا پیش از این تاریخ، صرفاً بر این نکته تأکید می‌کرد که سلامت، امنیت، تمامیت اخلاقی یا تربیت طفل می‌بایست در معرض خطر باشد. همه این مفاهیم در یک سطح قرار داشته مورد ارزیابی قرار می‌گرفتند. ولی قانونگذار، متعاقب اصلاحات ۱۹۷۰، «تربیت» را از «سلامت، امنیت و تمامیت اخلاقی» تفکیک کرد و متذکر شد که شرایط تربیت طفل باید شدیداً در معرض خطر قرار گرفته باشد تا مددکاری تربیتی موضوعیت پیدا کند. بنابراین، بین این دو وضعیت، تفاوت وجود دارد و لازم است آنها را، بر حسب این که خطر به صراحت یا به طور ضمنی مورد تأکید قرار گرفته است، از هم تفکیک کرد.

**۱- خطر صریح**

آراء زیادی به تدریج منظور از خطر را، از نظر ویژگی‌های عمومی و انواع خاص آن، مشخص کردند. آن چه مسلم است، دشواری پیدا کردن توازن میان خواست جامعه، مبنی بر بازگرداندن و ادغام مناسب صغار در بطن خود و آزادی والدین است.

**۱-۱- ویژگی‌های عمومی**

مفهوم خطر در زمینه مددکاری تربیتی، اساسی است. خطر در فرهنگ لغت پُنی رُوبر به عنوان «چیزی که امنیت و وجود یک شخص یا یک شئی را تهدید می‌کند یا به مخاطره می‌اندازد» تعریف شده است. بدین سان می‌توان، همان گونه که گاه دیوان کشور متذکر می‌شود، از طفل در خطر سخن گفت. به هر حال، ملاحظات زیر به روشن کردن محدوده این مفهوم کمک خواهد کرد.

۱-۱-۱- نباید مفهوم خطر را با مفاهیم مشابه خلط کرد<sup>(۳)</sup>

وقتی صرفاً در برابر مشکلات اجتماعی ای قرار داریم که تعادل صغار را به مخاطره می‌اندازد یا در مقابل یک کشمکش ساده قرار می‌گیریم، خطر محقق نشده است. همچنین خطر نباید به فوریت یا منفعت و مصلحت طفل تشبیه شود؛ خطر، مستلزم خطای والدین نیز نیست (رأی ۶ ژوئیه ۱۹۸۴ دادگاه استیناف پاریس)

## ۱-۱-۲- خطر به طور مجرد و انتزاعی بر آورد نمی‌شود، بلکه باید به طور ملموس

## مورد ارزیابی واقع شود

این، قضات ماهوی (دادگاهها) هستند که باید خطر را مشخص کنند. دیوان کشور در این خصوص اختیار تام را به قضات واگذار می‌کند. در مقابل، قضات نمی‌توانند در مورد وجود خطر به یک جمله کلیشه‌ای اکتفا کنند، بلکه باید توضیح دهند که خطر در کجاست و شامل چیست؟ در عمل، قضاوت در باره خطر براساس شخصیت صغیر، با در نظر گرفتن حیات حرفه‌ای و زندگی خانوادگی او صورت می‌گیرد. در این چارچوب است که به موجب رأی ۷ فوریه ۱۹۸۰ دادگاه استیناف بوردو «هم‌جنس‌گرایی یکی از والدین خطر برای طفل ایجاد نمی‌کند»، بلکه «نحوه زندگی مادر یا پدر هم‌جنس‌گرا است که می‌تواند رشد و تعادل روانی طفل را به خطر اندازد» (رأی ۳۰ ژانویه ۱۹۷۸ دادگاه اطفال پونتوآز). این موضوع، به موجب رأی ۱۱ مه ۱۹۷۶ شعبه اول مدنی دیوان کشور و رأی ۵ نوامبر ۱۹۸۲ دادگاه استیناف پاریس، در مورد اطفالی که والدینشان به صورت آزاد (شبه ازدواج) با هم زندگی\* می‌کنند نیز صادق است. به هر حال، توصیف خطر، وظیفه قاضی است. دیوان کشور، به مناسبت‌های مختلف (به عنوان نمونه شعبه اول مدنی دیوان در رأی ۲۶ ژانویه ۱۹۷۲ خود)، ضرورت بیان چرایی وجود خطر را برای سلامت، امنیت یا تمامیت اخلاقی طفل توسط قضات ماهوی یاد آور شده است.

۳- رک.

Ph. Challou, Guide du droit de la famille et l'enfant, Dunod, Paris, 2è édit. 2003, pp. 91-92.

\* - Le concubinage

## ۳-۱-۱- خطر یا دست کم احتمال خطر باید واقعی، حتمی و فوری تشخیص داده

شود

خطر نباید فقط بالقوه و فرضی (رای ۲۹ نوامبر ۱۹۶۵ شعبه اول مدنی دیوان کشور) یا صرفاً احتمالی (رای ۲۸ ژانویه ۱۹۸۳ دادگاه استیناف رن) باشد؛ در این مورد نیز همه چیز به وضعیت بستگی دارد. برای نمونه، حضور اطفال در یک فرقه شبه مذهبی به تنهایی خطر محسوب نمی‌شود؛ زیرا باید به آزادی‌های اندیشه و مذهب آنان احترام گذاشت؛ ولی در این مثال، زمانی خطر وجود دارد که در داخل آن فرقه نسبت به اطفال بد رفتاری و اذیت و آزار روا داشته شود. به طور خلاصه باید گفت که زمانی قاضی باید مداخله کند که با توجه به سه نوع خطر خاص مورد نظر قانونگذار، لغزش و قصور شدیدی صورت گرفته باشد.

## ۲-۱- انواع خاص خطر

ماده ۳۷۵ قانون مدنی به سلامت، امنیت و تمامیت اخلاقی اشاره می‌کند. بنابراین، یکی از سه جنبه زندگی صغیر است که نباید در معرض خطر باشد.

۱-۲-۱- «سلامت»، در وهله نخست از نوع جسمانی است و زمانی در معرض خطر است که والدین از دادن اجازه درمان پزشکی یا جراحی‌ای که ادامه حیات طفل به آن بستگی دارد، خود داری کنند (رای ۱۵ ژوئن ۱۹۸۲ دادگاه اطفال گرونوبل)، یا این که یکی از والدین طفل را در وضعیتی قرار دهد که درمان وی دیگر ممکن نباشد (رای ۲۵ نوامبر ۱۹۸۱ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

سلامت در وهله دوم از نوع روانی است. از این منظر، زمانی خطر وجود دارد که طفل با اختلالات مهم رفتاری روبرو باشد (رای ۱۷ نوامبر ۱۹۸۲ شعبه اول مدنی دیوان کشور)، یا «تعادل روانی طفل، به دلیل رفتار پدری که او را در حالت کودکی نگه می‌دارد و موجب می‌شود بین سن روانی و رفتار او تغییراتی ایجاد شود و در نتیجه رشد متوازن او آسیب ببیند، مختل شده باشد» (رای ۱۸ آوریل ۱۹۸۰ دادگاه استیناف



پاریس)؛ یا رفتار انحصارطلبانه مادر و مشکلات ارتباطی طفل با والدین، تعادل روانی طفل را در معرض خطر قرار دهد (رأی ۲۶ ژانویه ۱۹۹۴ شعبه اول مدنی دیوان کشور)، یا طفل با پدری روبرو است که دچار اختلالات روانی شدید است چنان که این حالت موجب اختلالات شدیدی برای طفل شود (رأی ۱۰ ژوئیه ۱۹۹۶ شعبه اول مدنی دیوان کشور)؛ یا شرایط زندگی همه اطفال در یک فرقه شبه مذهبی ماهیتاً به گونه‌ای است که می‌تواند رشد و تعادل روانی آنان را شدیداً مختل کند (رأی ۲۸ مارس ۱۹۹۵ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

۲-۲-۱- «امنیت» نیز به نوبه خود ابتداءً از نوع جسمانی است. فرض‌های بدر رفتاری با طفل در این مورد اینگونه مطرح می‌شود: ضرب و شتم، ایجاد سوختگی، خشونت‌های جسمانی - جنسی و نیز سوء تغذیه طفل؛ سپس امنیت از نظر روانی موضوعیت پیدا می‌کند، یعنی به عنوان مثال، وقتی که اطفال، قربانی اختلافات مادران و پدرانشان می‌شوند.

۳-۲-۱- «اخلاق» یا «تمامیت اخلاقی»، مفهومی که مبهم‌تر و متغیر است نیز ممکن است زمینه ایجاد خطر باشد. در عمل، رابطه جنسی، بزهکاری یا انحراف مصادیق این نوع خطر را تشکیل می‌دهند.

در باره «رابطه جنسی» باید گفت، صرف این که صغیر دارای روابط جنسی باشد، به تنهایی شاخص خطر نیست. همه چیز بستگی به سن صغیر و طرف‌های او، ثبات یا عدم ثبات روابط او دارد.... در باره «بزهکاری»، باید متذکر شد که مفهوم «اخلاق در خطر» اجازه می‌دهد تا به جای مفاد تصویب‌نامه قانونی ۱۹۴۵ راجع به اطفال بزهکار، مقررات مربوط به مددکاری تربیتی نسبت به صغیر بزهکار بی سابقه که مرتکب اعمال مجرمانه سبک شده‌اند اعمال شود؛ بدین ترتیب، عمل مجرمانه صغیر، به طور عامدانه نادیده گرفته می‌شود، که این خود دلیل دیگر بر این است که تفکیک میان صغار بزهکار و صغار در معرض خطر شفاف و صریح نیست.

شیوه زندگی پدر یا مادر نیز ممکن است برای اخلاق طفل، خطر محسوب شود. به

همین دلیل دیوان کشور (رای ۲۸ ژانویه ۱۹۶۹ شعبه اول مدنی) پذیرفته است که وقتی پدر به لحاظ محکومیت ناشی از اتهامات قوادی و خشونت علیه مادر، موقعیت باثباتی ندارد یا وقتی رفتار مادر مخالف قواعد اولیه اخلاق و زندگی اجتماعی ما است، اخلاق طفل در معرض خطر قرار می‌گیرد.

بدین سان، محدوده مفهوم خطر که در قلمرو مددکاری تربیتی از اهمیت والایی برخوردار است روشن شد. ولی حالت دومی هم وجود دارد که در آن قانونگذار ترجیح می‌دهد از اصطلاح دیگری استفاده کند، و موجب شود مفهوم خطر صراحت خود را از دست دهد و به طور ضمنی مدنظر باشد.

## ۲- خطر ضمنی

تربیت، قبل از اصلاحات قانونی ۱۹۷۰، در همان سطح سه جنبه قبلی قرار داشت، چنان که قاضی تنها در صورتی می‌توانست مداخله کند که تربیت طفل در معرض خطر بود. بعد از این اصلاحات، ماده ۳۷۵ قانون مدنی در مورد تربیت، دیگر به خطر اشاره نمی‌کند، بلکه از «تربیتی که شدیداً به مخاطره افتاده است» یاد می‌کند. بعضی از نویسندگان<sup>(۴)</sup> معتقدند که این اصلاحات قانونی عموماً به عنوان ایجاد محدودیت برای مداخله مقامات قضایی در انتخاب نوع تربیت طفل و به ویژه تربیت مذهبی او تلقی شده است و این که قانونگذار، با اشاره به «شرایط تربیت»، ظاهراً خواسته است زمینه‌ای فراهم کند تا طفل تربیت شود، نه این که اجازه دهد تا از رهگذر مددکاری تربیتی نوع خاصی تربیت به طفل تحمیل شود. زیرا آن چه اقدام مددکاری تربیتی را توجیه می‌کند، در واقع فقدان تربیت طفل است و نه امکان تحقق بخشیدن بهترین تربیت برای طفل (رای ۱۶ فوریه ۱۹۷۷ شعبه اول مدنی دیوان کشور و رای ۲۹ ژوئن ۱۹۷۶ دادگاه استیناف رن). با این وجود، تفاوت بین «خطر» و «شرایط شدیداً به مخاطره افتاده» بسیار کم رنگ به نظر می‌رسد و به همین جهت است که قضات به این تفاوت توجه خاصی نمی‌کنند و به مناسبت وازه خطر را به کار می‌برند. برای مثال، دادگاه استیناف رن در رای ۱۸ فوریه

4- G. Raymond, Assistance éducative, op.cit., no 28.

۱۹۹۳ خود متذکر شد که صرفنظر از انتقادهای مطرح شده، «اندیشه‌های مبتنی بر انجام مراقبه و مکاشفه (méditation)، طرد خشونت، الکل و مواد مخدر، احترام به طبیعت و انسان، بی‌اعتنایی به مادیات، قدرت و رقابت، برای طفل خطر محسوب نمی‌شود». احساس شباهت بین دو وضعیت، با این نکته تقویت می‌شود که ملاحظات قبلی مربوط به ویژگی‌های عمومی مفهوم خطر در اینجا نیز معتبر است؛ به ویژه این که، به موجب رأی ۱۳ آوریل ۱۹۹۲ دیوان کشور، قضات ماهوی باید، تحت نظارت دیوان کشور، بررسی کنند که چطور و چگونه تربیت طفل شدیداً به مخاطره افتاده است. حال باید چند نمونه از اوضاع و احوالی را ذکر کرد که شرایط تربیت طفل در آنها شدیداً به مخاطره افتاده است: غیبت از مدرسه (رأی ۲۶ مه ۱۹۸۱ دادگاه استیناف ورسای)؛ یا انتقال ناگهانی طفل معلول از یک موسسه به موسسه دیگر که ممکن است پیامدهای ناگواری بر فرایند رشد او داشته باشد؛ یا رفتار سرسختانه مادر بزرگ با والدین نوه‌ای که نگهداری او را به عهده دارد (رأی ۲۳ مارس ۱۹۹۴ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

بدین ترتیب، در کنار مفهوم «صغار»، چنین به نظر می‌رسد که به رغم تفاوت‌هایی که قانونگذار ۱۹۷۰ بوجود آورد، مفهوم «خطر» در به جریان انداختن مددکاری تربیتی نقش و جایگاه مهمی دارد. به هر حال، این دو مفهوم هستند که به جریان انداختن این شکل مداخله اجتماعی را در مورد صغار در معرض خطر مقید و مشخص می‌کنند. با توجه به این که مطالعه این شرایط در گفتار نخست صورت گرفت، لازم است در گفتار دوم چگونگی اعمال نهاد مددکاری تربیتی بررسی شود.

### گفتار دوم: چگونگی اعمال مددکاری تربیتی

موضوع مددکاری تربیتی در واقع کمک به والدین به منظور تأمین و تضمین حمایت از صغیر است. بنابراین با اعمال این نهاد در مقام مبارزه و مخاصمه علیه آنان نیستیم. این نگرش، هم در تشریفات و هم در اقدام‌های معمول مربوط به مددکاری تربیتی مشاهده می‌شود.

## الف - تشریفات مددکاری تربیتی

مقررات زیادی به ویژه در قانون جدید آئین دادرسی مدنی، به تشریفات مددکاری تربیتی مربوط می‌شوند، که جای بحث تفصیلی در باره آن اینجا نیست؛ بنابراین، باید به بیان عمده مطالب مربوط به شروع جریان رسیدگی اکتفا کرد.

## ۱- شروع رسیدگی

دو موضوع عمده در اینجا مطرح می‌شود: قاضی صالح در این خصوص کیست و چگونه باید به او رجوع و تقاضای رسیدگی کرد.

## ۱-۱- صلاحیت

به موجب ماده ۱۱۸۱ قانون جدید آئین دادرسی مدنی، تدابیر مربوط به مددکاری تربیتی توسط قاضی اطفال\* در نظر گرفته می‌شود. لازم است قاعده مهم صلاحیت با توضیحاتی در چهار قسمت روشن شود.

- در وهله نخست، باید صلاحیت قاضی اطفال را از صلاحیت مقام اداری، یعنی از صلاحیت رئیس شورای عمومی و در عمل از صلاحیت واحد کمک اجتماعی به اطفال، تفکیک کرد. این واحد یک ماموریت دوگانه دارد: (۵) اول، کمک به صغار و خانواده‌های آنان از طریق ارائه خدماتی مانند پذیرش و اسکان صغار چه به‌طور مستقیم، چه - غالباً - از طریق انجمن‌ها، حمایت مالی، کمک‌های پرورشی در محیط باز (در بستر خانواده صغیر) و...؛ دوم، شناسایی وضعیت‌های مخاطره‌آمیز یا حتی

\*- قاضی اطفال در واقع متخصص امور مربوط به اطفال بزهکار (امریکفری) و اطفال در معرض خطر (امر مدنی) در حقوق فرانسه است. بدین سان قاضی اطفال در حقوق فرانسه دارای دو صلاحیت کیفری و مدنی در دادگاه اطفال است. این دادگاه از دو مشاور غیر قضایی در کنار قاضی اطفال تشکیل شده است و در امر کیفری صلاحیت رسیدگی به خلاف‌های درجه پنجم، جنحه‌ها و جنایت‌های ارتكابی صغار کمتر از شانزده سال را دارد. در کنار دادگاه اطفال، دادگاه جنایی اطفال نیز وجود دارد.

موقعیت‌های خطر مسلم و اعلام این موارد به دادگاه. حال، سوال این است که صلاحیت واحد کمک اجتماعی به اطفال - در جنبه نخست آن - و صلاحیت قاضی اطفال چگونه با هم قابل جمع هستند؟ در پاسخ باید گفت که این واحد اداری، در عمل، فقط به پیشنهاد ارائه امکانات خود به اطفال و والدینشان اکتفا می‌کند، و تنها مقام قضایی است که می‌تواند اقدام‌های الزام آور را در نظر گرفته اتخاذ و اعمال کند.

- در وهله دوم، لازم است صلاحیت قاضی اطفال از صلاحیت قاضی امور خانوادگی تفکیک شود. در واقع، قاضی اخیر است که اختلافات میان والدین در باره ولایت بر فرزند صغیر را، براساس مصالح صغیر، حل و فصل می‌کند و بنابراین ناگزیر از اتخاذ تصمیمات است. قاضی اطفال تنها زمانی می‌تواند این تصمیمها را زیر سوال ببرد که بعد از صدور تصمیم قاضی امور خانوادگی، خطری برای طفل حادث شده باشد (رأی ۱۴ ژوئن ۱۹۸۸ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

- در وهله سوم، باید یادآوری کرد که به موجب ماده ۵-۳۷۵ قانون مدنی دادستان شهرستان می‌تواند، در صورت فوریت، تدابیر مددکاری تربیتی اتخاذ کند. بدین سان، دادستان شهرستان است که باید فوریت مورد و مناسبت اخذ تصمیم در باره آن را بررسی و ارزیابی کند. ولی، این تعارض صلاحیت‌ها بین دادسرا و قاضی اطفال موقت است. زیرا دادسرا باید ظرف هشت روز به این قاضی مراجعه کند و در نهایت قاضی اطفال است که تصمیم قطعی را صادر خواهد کرد. معذکک، بعضی از اقدام‌هایی که دادسرا اتخاذ و اعمال کرده است برگشت ناپذیر بوده و ویژگی موقتشان، بویژه وقتی سلامت طفل مطرح است، در واقع جنبه بسیار نظری دارد.

- در وهله چهارم، باید تصریح شود که به موجب ماده ۱۱۸۱ قانون جدید آئین دادرسی مدنی قاضی محل اقامت سرپرست طفل، یعنی در اغلب موارد، محل اقامت والدین، از نظر محلی صلاحیت رسیدگی دارد. قاضی اطفال محل اقامت صغیر دارای «صلاحیت جانشینی» است. در عین حال، این قاضی می‌تواند، در صورت فوریت، بعضی تدابیر موقت را قبل از این که پرونده برای قاضی صالح ارسال شود، اتخاذ کند.

## ۲-۱- رجوع به قاضی

مطالعه قواعد مربوط به رجوع به قاضی پاسخ به دو پرسش را ممکن می‌سازد: چه شخصی می‌تواند به قاضی رجوع کند و چگونه باید به قاضی اطفال رجوع کرد؟ اشخاص و مقامات زیادی می‌توانند به قاضی مراجعه کرده و تقاضای رسیدگی کنند. - ابتدا، والدین مشروع، والدین طبیعی و والدین فرزندخوانده که ولایت والدینی بر صغیر دارند و به اتفاق یا مستقلاً اقدام می‌کنند؛ قیم، بنا به تصمیم خود یا شخص واحدی که صغیر به آن سپرده شده است و سرپرست قانونی یا عملی (رأی ۳۰ مه ۱۹۷۸ شعبه اول مدنی دیوان کشور) و خود صغیر (رأی ۲۱ نوامبر ۱۹۹۵ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

- سپس، دادسرا می‌تواند به قاضی اطفال رجوع کرده و تقاضای رسیدگی کند؛ در این چارچوب است که دادسرا، به محض کسب اطلاع از دلائلی که صدور اقدام حمایت قضایی از طفل را توجیه می‌کند، به قاضی اطفال رجوع می‌نماید (رأی اول مارس ۱۹۶۶ شعبه اول مدنی دیوان کشور). در عمل، این شیوه رایج‌ترین شیوه مراجعه به قاضی است.

- و سرانجام، قاضی خود می‌تواند، با در اختیار داشتن دلایل کافی و موجه، اقدام به رسیدگی کند.

تشریفات رجوع و تقاضای رسیدگی از قاضی، متنوع و روی هم رفته ساده است. تقاضا ممکن است مستقیماً توسط خود متقاضی یا از طریق یک وکیل، مطابق با مقررات آئین دادرسی مدنی، مطرح شود. دادستان، پرونده را به دادگاه ارسال می‌کند و چنانچه قاضی اطفال از طریق مکالمه تلفنی با یکی از والدین، صغیر، مددکار اجتماعی و... از موضوع مطلع شود، از اختیارات خود برای اقدام به رسیدگی و اخذ تصمیم مناسب استفاده خواهد کرد.

به هر حال، همه چیز در جهت سریع‌تر و آسان‌تر کردن اقامه تقاضا نزد قاضی تنظیم و تدوین شده است، چنان که به محض طرح تقاضا، جریان رسیدگی آغاز خواهد شد.

## ۲- جریان رسیدگی

به طور عمده مواد ۱۱۸۲ و بعد قانون جدید آئین دادرسی مدنی نسبت به جریان رسیدگی به مددکاری تربیتی اعمال می‌شوند، مفاد این مواد، در واقع از تحولات اخیر حقوق فرانسه در پرتو معاهده اروپایی حمایت از حقوق بشر و حمایت آزادی‌های بنیادی و آرای دیوان اروپایی حقوق بشر (آئین نامه ۱۵ مارس ۲۰۰۲) ناشی می‌شود. ناگفته پیداست که «احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی، مانع از مداخله قاضی، مطابق با اختیاراتی که قانون به منظور حمایت از طفل در برابر خطر به او داده است، نمی‌شود» (رای ۱۹ دسامبر ۲۰۰۰ شعبه اول مدنی دیوان کشور). ولی در عین حال، جریان این رسیدگی باید به ویژه از اصل توافقی بودن پیروی کند.

حال، با توجه به این تذکر مقدماتی، باید دو مرحله سستی رسیدگی، یعنی مرحله مقدماتی و مرحله ماهوی (تصمیم‌گیری) را مطالعه کرد.

## ۱-۲- مرحله مقدماتی

هدف مرحله مقدماتی در واقع مطلع و روشن کردن قاضی، به منظور صدور مناسب‌ترین تصمیم است. در این مورد، چهار موضوع باید بررسی شوند:

۱-۲-۱- لازم است آن دسته از طرف‌هایی که به قاضی رجوع نکرده‌اند، از جریان شروع رسیدگی مربوط به مددکاری تربیتی مطلع شوند. به همین دلیل است که قاضی، دادستان شهرستان، والدین، قیم، سرپرست صغیر و حتی خود صغیر را بر حسب سن و قوه تمیز او در جریان رسیدگی قرار می‌دهد. قاضی به طرف‌های ذینفع اطلاع می‌دهد که می‌توانند وکیل انتخاب کنند یا از وکیل تسخیری استفاده کنند و پرونده را نیز مطالعه نمایند.

۲-۱-۲- قاضی، طرف‌های ذینفع از جمله صغیر دارای قوه تمیز را استماع می‌کند و علل مداخله و رسیدگی خود را به اطلاع آنان می‌رساند. قاضی هر شخص دیگری را که مفید تشخیص دهد نیز استماع می‌کند. به استثناء موارد فوریت، لازم است قاضی

نظریات والدین طفل را نیز جویا شود، زیرا میزان و محدوده ولایت آنان با تصمیم او کاهش خواهد یافت. همچنین لازم است، قاضی صغیر را نیز در این فرایند وارد کند، زیرا درگیر کردن طفل در اقدامی که نسبت به او اعمال خواهد شد نیز مناسب است. معذکک، به موجب رأی ۲۰ فوریه ۱۹۸۵ شعبه اول مدنی دیوان کشور، قاضی می تواند نه تنها به این لحاظ که سن، سلامتی یا توانایی های فکری طفل این استماع را غیر ممکن می سازد، بلکه به این جهت که استماع صغیر ماهیتاً ممکن است موجب به مخاطره افکندن سلامت، وضعیت روحی یا تعادل او بشود، تصمیم به عدم استماع او بگیرد.

۳-۱-۲- قاضی این اختیار را دارد که بنا به تقاضای طرف های ذینفع یا بنا به تصمیم خود، اقداماتی را که برای تحقیقات ضروری تشخیص می دهد اتخاذ کند. بدین سان، قاضی می تواند دستور یک تحقیق اجتماعی، معاینات پزشکی، کارشناسی های روان پزشکی یا روان شناختی، تحقیقات و... را صادر کند. ولی اگر این تدابیر برای اشخاص دیگری، غیر از صغیر اتخاذ شود، باید موافقت آنان را جلب کند، زیرا ما در قلمرو مدنی ونه قلمرو کیفری هستیم.<sup>(۶)</sup>

۴-۱-۲- بی تردید، دشوارترین مسئله در مرحله مقدماتی، که باید آن را حل کرد، دسترسی به پرونده است. قبل از اصلاحات قانونی ۲۰۰۲، فقط امکان مطالعه پرونده وجود داشت؛ این امر، به لحاظ اصل ترافعی بودن که در حقوق فرانسه و حقوق اروپا به رسمیت شناخته شده است، مورد انتقاد بود. آیا در عین حال لازم است که پرونده به همه طرف ها از جمله صغیر داده شود؟

آقای هُویت<sup>(۷)</sup> به این پرسش پاسخ مثبت می دهد، زیرا معتقد است که در اختیار قرار دادن پرونده، به خانواده ها اجازه می دهد تا از محتوای آن، به طور مناسب اطلاع پیدا کنند، در مورد جزئیات آن تأمل کنند و به پاسخ های مناسبی که باید ارائه شود فکر کنند

6- G. Raymond, note sous TGI Arras, 9 Oct 1981, JCP 1982. II, 1985-2.

7- M. Huyette, La nouvelle Procédure d'assistance éducative..., D. 2002, Doct., pp. 1433 et S.



و.... معذک، ممکن است در بعضی شرایط، به ویژه در یک بستر خشونت، لازم باشد که پاره‌ای مطالب پرونده، مثلاً هویت شخصی که متقاضی رسیدگی از سوی قاضی بوده است، محرمانه باقی بماند.<sup>(۸)</sup> به این ترتیب ملاحظه می‌شود که پاسخ به این پرسش دشوار است.

در هر حال، از زمان تصویب آئین نامه ۱۵ مارس ۲۰۰۲، مقررات موضوع ماده

۱۱۸۷ قانون جدید آئین دادرسی مدنی اعمال می‌شود:

وکیلان طرف‌ها نه تنها امکان مطالعه پرونده را دارند، بلکه می‌توانند تصویری از کل یا بخشی از آن نیز داشته باشند؛ ولی نمی‌توانند این تصاویر را به موکلان خود منتقل کنند. در عمل، نظارت بر اجرای این قاعده کار آسانی نیست، زیرا ارائه دلیل در مورد نقض آن و تحمیل ضمانت اجرای انضباطی به وکیل متخلف، در واقع، بسیار دشوار است. بنابراین، همه چیز به وجدان حرفه‌ای وکیل بستگی دارد.

سایر اشخاص فقط می‌توانند پرونده را مطالعه کنند؛ صغیر دارای قوه تمیز باید همراه با پدر، مادر یا وکیل خود اقدام به این کار نماید. به هر حال، قاضی می‌تواند در صورت احتمال خطر جسمانی یا اخلاقی شدید برای یکی از طرف‌ها یا برای شخص ثالث، تمام پرونده یا بعضی از مدارک آن را از دسترس و مطالعه آنان خارج کند. البته این مقررات که به عمده آنها اشاره شد، ممکن است در سالهای آینده متحول و اصلاح شوند.

## ۲-۲- مرحله تصمیم‌گیری

در اینجا نیز تنها، مقررات عمده مربوط به رسیدگی‌های اولیه (مراجع بدوی) و رسیدگی‌های پژوهشی (مراجع تجدید نظر) مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

۱-۲-۲- قاضی اطفال می‌تواند تدابیر و اقدام‌های موقت را در نظر گرفته و اعمال

کند: در صورت وجود خطر فوری، صغیر را به یک مرکز پذیرش یا نظارت تسلیم کند؛

8- G. Raymond, Assistance éducative, op.cit., no 69.

البته والدین یا جانشین والدین باید قبل از اتخاذ هر تصمیم - مگر در صورت فوریت - مورد مشورت واقع شوند تا بدین سان زمینه الحاق خانواده به تصمیم قاضی به رغم محدودیتی که در اختیارات و ولایت والدین ایجاد می‌کند، فراهم شود. مدت این اقدام‌ها، نباید بیش از شش ماه باشد (رای ۲۶ ژانویه ۱۹۸۲ شعبه اول مدنی دیوان کشور) و پس از انقضای این مدت، دیگر اعتباری ندارند. معذک، این مدت، پس از کسب نظر دادستان شهرستان ممکن است تا شش ماه دیگر تمدید شود؛ اما این تمدید نیز باید در زمان مناسب صورت گیرد (رای ۸ نوامبر ۱۹۸۸ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

صدور تصمیم قطعی، از مقررات متنوعی پیروی می‌کند. در وهله اول طرف‌ها باید هشت روز قبل از تاریخ جلسه، با نامه سفارشی دو قبضه و نامه ساده، از طریق مامور رسمی دادگستری یا مامور اداری به دادگاه دعوت شوند (رای ۱۱ ژانویه ۱۹۸۲ شعبه اول مدنی دیوان کشور). در وهله دوم، جلسه غیر علنی در مقر دادگاه اطفال یا دادگاه بدایت تشکیل می‌شود. در وهله سوم، قاضی در جلسه علنی دادگاه، به ترتیب اظهارات صغیر، والدین و سایر اشخاصی که استماعشان مفید است و مشاوران طرف‌ها را استماع می‌کند. دادسرا نیز باید نظر خود را به قاضی اعلام کند. در وهله چهارم، استماع اظهارات صغیر، اختیاری است، چنان که قاضی مکلف نیست او را به جلسه دادگاه دعوت کند (رای ۲۰ فوریه و رای ۲۹ مه ۱۹۸۵ شعبه اول مدنی دیوان کشور)، ولی در این صورت باید آن را توجیه کند (رای ۱۳ اکتبر ۱۹۹۳ شعبه اول مدنی دیوان کشور). همچنین، قاضی می‌تواند صغیر را از حضور در جلسات معاف کرده یا دستور دهد که از شرکت در تمام یا بخشی از جلسات باقیمانده خودداری کند. در وهله پنجم، قاضی در قالب قرار، تصمیم خود را اتخاذ می‌کند و در آن، مدت اقدام صادره را که ممکن است تمدید شود مشخص می‌کند. وبالاخره در وهله ششم، قرار صادره باید ظرف هشت روز با نامه سفارشی دو قبضه یا از طریق مامور رسمی دادگستری یا از طریق اداری، به طرف‌ها ابلاغ شده و نسخه‌ای از آن برای دادستان نیز ارسال شود.

۲-۲-۲- شکایت پژوهشی علیه تصمیم قاضی اطفال از سه طریق ممکن است:

**اول -** طرح شکایت تجدید نظر خواهی شخص ثالث، به عنوان مثال مادر و پدر بزرگ، به نفع کسی ممکن است که در جلسات رسیدگی طرف دعوا نبوده، ولی ذینفع بوده است (ماده ۳۷۵-۵ قانون مدنی و رأی ۱۷ ژوئن ۱۹۸۶ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

**دوم -** شکایت تجدید نظر خواهی علیه اقدامهای موقت و قطعی صادره توسط قاضی اطفال برای همه طرفها، از جمله دادرها، ممکن است (ماده ۵ - ۳۷۵ قانون مدنی و رأی ۱۳ اکتبر ۱۹۹۲ شعبه اول مدنی دیوان کشور). صغیر نیز می تواند در صورتی که دارای قوه تمیز کافی باشد اقدام به طرح شکایت پژوهشی کند. در فرض مخالف، یک مدیر (نماینده) موقت برای اقدام از جانب او منصوب خواهد شد. شکایت پژوهشی که در قالب نامه سفارشی اقامه می شود در جلسه غیر علنی دادگاه استیناف صالح رسیدگی خواهد شد.

**سوم -** فرجام خواهی از سوی طرفهای ذینفع - که از داشتن وکیل در دیوان کشور معاف هستند - نیز ممکن است.

بدین سان، پس از مطالعه مقررات رسیدگی مربوط به مددکاری تربیتی و تشریفات تجدید نظر و فرجام خواهی از احکام و تصمیمهای مربوط، باید به بررسی اقدامهای مددکارانه ای پرداخت که از رهگذر این رسیدگیها تعیین و اعمال می شود.

### ب - اقدامهای مددکارانه تربیتی

علت وجودی نهاد مددکاری تربیتی را باید در اعمال اقدامهای خاصی جستجو کرد که هدفشان نشان دادن واکنش علیه خطری است که طفل با آن مواجه است. در واقع، این اقدامها هستند که به نهاد مددکاری تربیتی جنبه بدیع می دهند و بنابراین مطالعه آنها ضروری است. بدین ترتیب ابتدا باید این اقدامات را به طور عمومی و خاص بررسی کرد و سپس به تاثیر آنها بر اشخاص یا نهادهای مختلف ذینفع پرداخت.

#### ۱- بررسی اقدامها

۱-۱- اقدامهای مددکاری تربیتی، سه ویژگی عمده دارد. اول: قاضی باید برای

جلب موافقت صغیر و خانواده‌اش تلاش کند (ماده ۳۷۵ قانون مدنی و رأی ۱۷ نوامبر ۱۹۸۱ دادگاه استیناف پاریس)، زیرا این اقدام قاضی بیشتر یک نوع عدالت تصالیحی است. ولی بدیهی است که در صورت عدم موافقت، قاضی وظیفه دارد اقدامی را که به مصلحت طفل تشخیص می‌دهد صادر کند. دوم: تصمیم قاضی همواره قابل بازبینی است (ماده ۶-۳۷۵ قانون مدنی و رأی ۲۶ ژانویه ۱۹۷۲ شعبه اول مدنی دیوان کشور)، زیرا باید بتوان آن را با تحول رفتاری و شخصیتی صغیر منطبق کرد. سوم: وقتی مسئول اجرای اقدام صادره یک واحد یا یک موسسه است، مدت این اقدام حداکثر دو سال خواهد بود (ماده ۳۷۵ بند ۳ قانون مدنی و رأی ۱۴ دسامبر ۱۹۹۹ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

۲-۱- به طور خاص، اصل بر این است که صغیر باید از نظر نگهداری، در محیط خانوادگی خود ابقاء شود (رأی ۴ ژوئیه ۱۹۷۸ شعبه اول مدنی دیوان کشور)، ولی گاه اوضاع و احوال جابجایی او را ایجاب می‌کند، که در این صورت قاضی باید آن را در تصمیم خود توجیه کند (رأی ۱۷ نوامبر ۱۹۸۲ شعبه اول مدنی دیوان کشور). مددکاری تربیتی در محیط باز، شامل ابقاء صغیر در خانواده خود و سپردن وظیفه مراقبت از رشد او و ارائه کمک‌های روانی و اجتماعی مورد نیاز صغیر به مربیان و مددکاران اجتماعی، از یک سو، و تعیین تکالیف طفل و خانواده‌اش در دوره مددکاری تربیتی (مانند الزام حضور منظم در یک موسسه تحصیلی، یک موسسه تربیتی تخصصی و انجام یک فعالیت) از سوی دیگر، می‌شود (رأی ۲۶ مه ۱۹۸۱ دادگاه استیناف ورسای). قاضی می‌تواند، در صورت عدم انجام این تکالیف تصمیمی مبنی بر نگهداری طفل در نهادی غیر از خانواده او صادر کند و برای اجرای این تصمیم از انجمن‌های معتمد یا «واحد کمک اجتماعی به اطفال» استفاده کند (رأی ۳ اکتبر ۲۰۰۰ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

نگهداری صغیر در نهادی غیر از خانواده خود باید یک استثناء باشد و تنها مصلحت عالی طفل آن را توجیه کند (رأی ۲۶ فوریه ۲۰۰۲ دیوان اروپایی حقوق بشر در دعوی Kutzner علیه دولت آلمان). در این مورد، قاضی امکانات متعددی در اختیار

دارد: - تسلیم صغیر به یکی از والدین که تاکنون اعمال ولایت نسبت به او را نداشته است؛ - تسلیم صغیر به یک عضو دیگر خانواده یا شخص ثالث قابل اعتماد؛ - تسلیم صغیر به یک واحد یا نهاد بهداشتی یا تربیتی عمومی یا تخصصی؛ - تسلیم صغیر به «واحد کمک اجتماعی به اطفال استان» یا به یک موسسه خصوصی. باید متذکر شد که وقتی قاضی صغیر را به واحد کمک اجتماعی به اطفال می‌سپارد، می‌تواند کیفیت اعمال اقدام صادره - مانند اقدام راجع به انتخاب نهاد مسئول نگهداری صغیر (رای ۱۰ مارس ۱۹۹۲ شعبه اول مدنی دیوان کشور) یا اقدام راجع به تسلیم صغیر به یک خانواده دیگر (رای ۲۳ ژانویه ۲۰۰۱ شعبه اول مدنی دیوان کشور)، حتی اگر تعیین این خانواده در صلاحیت مدیر واحد باشد (رای ۱۲ نوامبر ۱۹۸۵ شعبه اول مدنی دیوان کشور)، - مشخص کند. قاضی همچنین می‌تواند صغیر را در یک بیمارستان روانی، بدون این که نیازی به مداخله استاندار باشد، اما با رعایت ضرورت‌ها و ضوابط درمانی (رای ۲۹ مه ۱۹۹۶ شعبه اول مدنی دیوان کشور) بستری کند.

## ۲- آثار اقدام‌ها

تصمیم‌های قاضی اطفال دارای آثاری نسبت به والدین، اشخاص و نهادهایی است که صغار به آنها تسلیم می‌شوند.

۲-۱- صدور اقدام مددکاری تربیتی، بی‌تردید، بر ولایت والدین تأثیر می‌گذارد، میزان این تأثیر تابع ماهیت اقدام صادره است. در این زمینه، اصل بر ابقاء ولایت والدین صغیر است، چنان که نمایندگان قانونی صغار باقی می‌مانند، و از نظر مدنی کماکان مسئول خساراتی هستند که صغار به هنگام اقامت در خانه آنان (والدین خود) موجب می‌شوند (رای ۲۵ مارس ۱۹۹۸ شعبه کیفری دیوان کشور) و همچنان بر روابط بین طفل با مادر و پدر بزرگ (رای ۱۸ مه ۲۰۰۱ دادگاه استیناف گرونوبل) یا روابط طفل با اشخاص ثالث نظارت کرده و حق ملاقات و مکاتبات را نیز حفظ می‌کنند....

معدلک، محدودیت‌هایی برای اعمال ولایت والدین ایجاد شده است. از یک سو، محدودیت‌هایی که به طور اجتناب‌ناپذیر از حکم اقدام مددکاری تربیتی - بویژه وقتی که طفل به موجب حکم صادره، به نهاد دیگری غیر از خانواده تسلیم شده است - ناشی

می‌شود: هر اقدام مددکاری تربیتی شامل الزامهای بیش یا کم است. از سوی دیگر، محدودیت‌هایی که از نحوه سازمان‌دهی روابط میان صغیر و والدین او، براساس مصلحت طفل، توسط قاضی، ناشی می‌شود: به عنوان مثال، قاضی می‌تواند تصمیم بگیرد که حق ملاقات و حق مکاتبه را معلق کند یا آن را سامان‌دهی نماید (رای ۱۳ اکتبر ۱۹۹۸ شعبه اول مدنی دیوان کشور).

ناگفته پیداست که وقتی قاضی، به لحاظ رفع خطر، به اقدام‌های صادره در باره طفل پایان می‌دهد، والدین کلیه حقوق و امتیازات قانونی خود را باز می‌یابند.

۲-۲- سپردن طفل به یک شخص، یک خانواده، یک واحد و یا موسسه پیامدهای مختلفی به دنبال دارد که ما در اینجا به دو مورد از مهمترین آنها می‌پردازیم. نخست: از آنجا که این اشخاص یا واحدها در واقع نماینده قاضی می‌شوند مکلفند در انجام ماموریت و وظایفی که به آنها محول شده و کلیه حوادثی را که در جریان این ماموریت اتفاق می‌افتد - به ویژه موارد بد رفتاری با طفل - را به قاضی گزارش دهند.<sup>(۹)</sup> (رای ۸ اکتبر ۱۹۹۷ شعبه کیفری دیوان کشور).

دوم: اشخاص و واحدهایی که حضانت صغیر را به عهده دارند، از نظر مدنی مسئول رفتار صغیر می‌شوند (رای ۶ ژوئن ۲۰۰۲ شعبه دوم مدنی دیوان کشور).

### نتیجه‌گیری

مددکاری تربیتی یک نهاد کاملاً «جا افتاده» در حقوق فرانسه محسوب می‌شود، چندان که قانون پیشگیری از بزهکاری، مصوب مارس ۲۰۰۷، آن را تغییر نداده است. با این وجود، نهاد مددکاری تربیتی مصون از انتقاد نیست. بی تردید جای تاسف است که به دلیل کمبود امکانات، نمی‌توانیم از همه امکاناتی که نهاد مددکاری تربیتی به طور مناسبی فراهم می‌کند، بهره برداری کنیم. یکی از متخصصان فرانسوی موضوع به لحاظ تجربه قضایی و شناختی که از بعضی پرونده‌های مربوط دارد<sup>(۱۰)</sup> معتقد است که کار نظام مددکاری تربیتی مطلوب نیست. به نظر وی، علت عمده آن، عدم استناد و توجه

۹- گفنتی است که در اینجا اصل عدم افشاء اسرار شفلی (حرفه‌ای) در برابر قاضی قابل استناد نیست.

10- M. Huyette, Guide de la Protection judiciaire de l'enfant, op.cit., p. 3 et S.

اشخاص مداخله کننده در این بخش یعنی مریبان، مددکاران اجتماعی و... به مقررات قانونی است. وی از حمایت قضایی صغیر در معرض خطر، چنانچه این حمایت ریشه در مقررات مربوط داشته باشد، طرفداری می‌کند، زیرا رعایت آنها، شرط کارایی مداخلات نسبت به صغیر در معرض خطر است و به این ترتیب یک بار دیگر شکاف میان جنبه نظری نهاد مددکاری تربیتی که پس از یک تحول پنجاه ساله همچنان منسجم و روی هم رفته رضایت بخش می‌نماید را با واقعیت عملی آن که کمتر رضایت بخش می‌نماید، ملاحظه می‌کنیم.

برای به پایان بردن نوشته حاضر، چند داده آماری را که از دو منبع مختلف استخراج شده است نقل می‌کنیم:

از یک سو، باید به آمارهای مرکز نظارت ملی اقدام اجتماعی اشاره کرد. به موجب این آمارها، برای نمونه در سال ۲۰۰۴، تعداد ۹۵۰۰۰ مورد طفل در معرض خطر گزارش شده است که ۶۰٪ آن به اطلاع مقام‌های قضایی رسیده و ۴۰٪ بقیه مشمول اقدام حمایت اداری شده است. این مورد را شورای‌های عمومی\* که متولی واحدهای کمک اجتماعی به اطفال می‌باشند، ثبت کرده‌اند. ولی، مواردی هم وجود دارد که مستقیماً به قاضی اطفال منعکس می‌شود و نظام حمایت قضایی، یعنی مددکاری تربیتی، بدون آن که واحد کمک اجتماعی به اطفال از آن مطلع شود، به جریان می‌افتد. به عبارت دیگر، داده‌های مرکز نظارت ملی اقدام اجتماعی تنها بخشی از واقعیت را منعکس می‌کند.

از سوی دیگر، ارقام سالنامه آماری وزارت دادگستری نشان می‌دهد که برای مثال در سال ۲۰۰۴، بیش از ۳۲۰۰۰۰ مورد اقدام مددکاری تربیتی توسط قضات اطفال صادر شده که این رقم به حدود ۶۲۵۰۰ اقدام تحقیقات و بررسی در باره اطفال در معرض خطر، ۱۳۵۰۰۰ اقدام تربیتی در محیط باز\*\* و نزدیک به ۱۲۳۰۰۰ اقدام

\*- شورای عمومی، در واقع یک مجمع مرکب از منتخبان مستقیم مردم است که مشاوران عمومی نام دارند و مسئول مدیریت اجتماعی و عمومی استان از جمله کمک به اطفال، نوجوانان و خانواده‌های مشکل دار است. (مترجم).

\*\*- ارائه کمک و مشاوره به خانواده‌های صغار در معرض خطر که در نهایت در محیط زندگی معمول خود باقی می‌مانند. با تهیه گزارش از مشکلات صغیر و خانواده‌اش سعی می‌شود اختلالات خانوادگی رفع شود و از صغیر در

تسلیم به منظور نگهداری اطفال در معرض خطر توسط یک شخص معتمد، یک خانواده قابل اعتماد یا یک موسسه تخصصی وابسته به بخش عمومی یا خصوصی معتمد نهاد حمایت قضایی از جوانان تقسیم می‌گردد. باید اضافه کرد که در همین سال (۲۰۰۴)، بیش از ۷۷۰۰ «جوان بزرگسال» (یعنی افراد بالای ۱۸ سال و کمتر از ۲۱ سال) از این نهاد استفاده می‌کردند. این ارقام بسیار مهم‌اند، زیرا نشان می‌دهند که نهاد مدکاری تربیتی اغلب به منظور اجتناب از وخیم‌تر شدن وضعیت صغار در معرض خطر و تاریک‌تر شدن دور نمای زندگی آنان در آینده مورد استفاده قرار گرفته است.

با این وجود، می‌توان به راحتی پذیرفت که بازپذیرسازی اجتماعی این قبیل اطفال - یعنی کاری که از اشخاص مداخله‌کننده در این بخش خواسته میشود - از حدود سی سال پیش به این سو، به این جهت که جامعه فرانسه وارد بحران اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و... شده، بسیار دشوارتر شده است. ولی این امر موجب زیر سوال رفتن فایده نهاد مددکاری تربیتی نخواهد شد.<sup>(۱۱)</sup>

اقدامها و فعالیت‌هایش حمایت گردد. چگونگی اعمال این اقدام توسط نهاد حمایت قضایی از جوانان با همکاری نهادهای مدنی ذیصلاح مدیریت می‌شود. نهاد حمایت قضایی از جوانان وابسته به وزارت دادگستری است و مسئول نظارت و مراقبت تربیتی از صغار بزهکار و صغار در معرض خطر است. (مترجم)

۱۱- در مورد اطفال در معرض خطر در حقوق ایران رک. محمدعلی اردبیلی، علی حسین نجفی ابرندآبادی و عبدالرضا ایزدپناه (میزگرد)، حمایت کیفری از اطفال زه‌دیده در نظام حقوقی ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۶، بهار ۱۳۸۳، ص ۱۲ و بعد؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین، بزه‌دیدگی اطفال، قضاوت (ماهنامه)، شماره ۴۵، ۱۳۸۶ ص ۵۶-۵۳؛ اردبیلی، محمدعلی، اطفال در معرض خطر، قضاوت (ماهنامه)، شماره ۴۵، ۱۳۸۶، ص ۵۳-۵۲ (مترجم).



## مسئولیت دولت در عدم پیشگیری و مجازات جنایت بین المللی

نویسنده: لیون الکساندر سیسیلیانوس\*

مترجم: دکتر سید علی هنجنی\*\*

۱- مسئولیت دولت در ارتکاب «جنایت» بین المللی یا «عمل غیر قانونی بسیار وخیم»<sup>(۱)</sup> را باید از مسئولیت ترک تعهد در پیشگیری و مجازات فعالیت هایی که در حقوق بین الملل به جنایی موسوم است، تفکیک نمود.

۲- در صورت نخست یعنی ارتکاب «جنایت» بین المللی، دولت تعهدات بین المللی اساسی در «حفاظت منافع بنیادی جامعه بین المللی» را که در آن سخن از نیابدهاست نقض می کند، مانند منع تجاوز، منع ایجاد و حفظ سلطه استعماری به زور، منع بردگی، نسل کشی یا تبعیض نژادی، منع آلودگی گسترده جو و دریا.<sup>(۲)</sup> به جهت ماهیت، قاعده ای «اولیه» که به منع رفتارهای معین می پردازد و موجب تعهدات بازدارنده است به عهده دولت هاست.

۳- دومین حالت یعنی مسئولیت دولت به علت پیشگیری و مجازات نکردن فعالیت های جنایت بار با حالت اول متفاوت است. در این حالت مسئولیت، ناشی از نقض قواعد «اولیه» ای است، که برای آن، دولت تعهداتی بر فعل (تعهد ایجابی) تقبل

---

\* Lions- Alexandre Sicilianos, La responsabilité de L'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux, in; Droit International Péenal, sous la direction de Assensio(H.), Decaux(E.), Pellet(A.), Ed. Pedone, 2000.

\*\* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

۱- نگاه کنید به: گزارش کمیسیون حقوق بین الملل، ملاحظات کرافورد، نخستین گزارش راجع به مسئولیت دولت.

1998, N.U., doc. A/53/10 & 302-305, doc. A/CN. 4/490/Ad. 3/11.5/1998, & 87 S.

۲- نگاه کنید، ماده معروف ۱۹ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، چنانکه توسط کمیسیون حقوق بین الملل در نوبت اول تهیه شد و نقد آن، سالنامه کمیسیون مزبور، ۱۹۷۶، جلد ۱۱، قسمت دوم، ص ۸۹ و بعد.

می‌نماید. یقیناً قواعد اخیر نیز به طور تلویحی به منع ارتکاب جنایت‌هایی که می‌بایست پیشگیری و مجازات شود اشاره دارد. عنوان ماده اول معاهده پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی مورخ ۹ دسامبر ۱۹۴۸ در این باره مفید همین معناست: «طرف‌های متعاقد اذعان می‌کنند که نسل‌کشی، چه در زمان صلح و چه در زمان جنگ، از جمله جنایات در حقوق بین‌الملل است و متعهد می‌گردند که از آن پیشگیری کنند و عاملان را مجازات نمایند».

همان طور که دیوان بین‌المللی دادگستری یادآوری نموده، ماده ۹ کنوانسیون مذکور که مبنای صلاحیت دیوان قرار می‌گیرد، «مانع هیچیک از انواع مسئولیت‌های دولت نمی‌گردد».<sup>(۳)</sup> درست نیست که در این مورد، معاهده را فقط در ارتباط با ترک تعهد پیشگیری و مجازات در نظر گرفته و جنبه مسئولیت ناشی از نسل‌کشی را که منتسب به کسی است، نادیده گرفت، به خصوص آنکه در ماده ۴ معاهده مزبور آمده است «مرتکبین نسل‌کشی (...) به مجازات خواهند رسید، چه حاکمان و چه کارمندان یا افراد معمولی». اگر به گونه دیگر تفسیر کنیم، معاهده از محتوا خالی است.

۴- اما بحث ما اینجا نقض تعهد بر فعل یا تعهد بر اقدام کردن است که دولت به منظور پیشگیری و مجازات باید مکلف به آن باشد. مسلماً محتوای دقیق چنین تعهداتی در هر جرمی متفاوت است. اما با توجه به ماهیت تعهدات نقض همگی آنها منطقاً با ترک فعل و عدم اتخاذ تدابیر مناسب قانونی و مانند آن در جهت پیشگیری از ارتکاب جرم و مجازات صورت واقیعت به خود می‌گیرد. در نتیجه باید ابتدا به بحث مسئولیت دولت به علت ترک فعل و سپس به ماهیت، محتوا و محدوده آن پرداخت.

### بخش ۱ - مسئولیت دولت در ترک فعل

۵- در اینکه دولت به هر دو علت فعل و ترک فعل از جهت حقوق بین‌الملل دارای مسئولیت می‌گردد تردیدی نیست، فقط باید حدود آن مشخص شود و بدین منظور

۳- قضیه اعمال معاهده پیشگیری و مجازات نسل‌کشی - ایراد صلاحیتی، دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه ۱۹۹۶، بند ۳۲؛ نیز نک. نظر قاضی اودا، همانجا، ص ۶۲۵ و بعد، و نظر توامان قاضی Shi و Vereshchetin، همانجا، صص. ۶۳۲-۶۳۱ و نظر مخالف قاضی اختصاصی Kreca.

تعهدات او در زمینه پیش‌گیری و مجازات ولو به صورت مختصر بررسی شود.

### بند اول - در تأیید مسئولیت ترک فعل

۶- مسئولیت فوق‌ابتدا در قالب مسئولیت کلاسیک مربوط به ضرر و زیان وارده به بیگانگان مطرح گردیده است. در سال ۱۹۲۷ موسسه حقوق بین‌الملل در پوشش الفاظی کلی گفت: «دولت در برابر ضرر و زیان وارده به بیگانگان که ناشی از فعل یا ترک فعل خلاف تعهدات بین‌المللی او باشد مسئول است، فرقی نمی‌کند که عمل به موجب قانون اساسی یا عادی یا دولتی یا اقدام مقامات قضایی باشد».<sup>(۴)</sup> در راستای همین طرز تفکر، متن تهیه شده توسط سومین کمیسیون کنفرانس تدوین حقوق بین‌الملل لاهه در سال ۱۹۳۰، به مسئولیت دولت در ترک فعل از سوی قوه مجریه (ماده ۷)، کارمندان (ماده ۸)، مقامات قضایی (ماده ۹) اشاره داشت و راجع به قوه قانونگذاری اشعار می‌داشت که: «دولت در صورتی که مقررات لازم در جهت اجرای تعهدات بین‌المللی خود وضع نکند مسئولیت بین‌المللی خواهد داشت».<sup>(۵)</sup> طی همان طرح و کنفرانس اعلام شده بود که دولت در صورتی مسئول است که خسارت متحمله بر بیگانگان از آن ناشی شود که دولت مذکور «از اتخاذ تدابیری که به طور معمول باید بسته به مورد، برای جلوگیری، ترمیم یا مجازات اعمال زیانبار اتخاذ نمود، غفلت کرده باشد».<sup>(۶)</sup> مقرره اخیر اهمیت بسیار داشت زیرا اصلی را بیان می‌نمود که به موجب آن، دولت مسئول عمل غیر نیست ولی نسبت به عمل خود که ناشی از ترک فعل در پیشگیری، ترمیم یا مجازات «اعمال زیان‌بار» نسبت به افراد خصوصی است، مسئول می‌باشد. در طرح‌های دیگر راجع به تدوین حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت مقرراتی مشابه آمده بود.<sup>(۷)</sup>

۷- بعد از پایان جنگ جهانی دوم، تأیید مسئولیت دولت در ترک فعل بیش از پیش

۴- ماده ۱ قطعنامه راجع به «مسئولیت بین‌المللی دولت به علت ضرر و زیان وارده در سرزمین به اشخاص یا اموال خارجی»، سالنامه انجمن حقوق بین‌الملل، ۱۹۲۷ (اجلاس لوزان)، جلد سوم، ص ۳۳.

۵- ماده ۶، انتشارات جامعه ملل، مسائل حقوقی ۱۹۳۰، ۷، ۱۷، سند C. 531 (C)، M 1۲5 (C) ۱۹۳۰، V.

۶- همانجا، ماده ۱۰.

۷- نک. طرح‌های مندرج در سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۵۶، جلد ۲، ص ۲۲۱ و بعد؛ همانجا، ۱۹۶۹، جلد ۲، ص ۱۴۷ و بعد.

در آرای قضایی بین‌المللی دیده شد. به عنوان نمونه رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تنگه کرفو (قسمت ماهیت)، پس از بررسی محدوده بعضی تعهدات بر فعل، در زمینه کشتی‌رانی که به موجب عرف بر عهده دولت هاست و اشاره به اینکه آلبانی به آنها عمل نکرده نتیجه می‌گیرد که «ترک فعل مزبور بسیار سنگین بوده باعث مسئولیت بین‌المللی آن دولت شده است».<sup>(۸)</sup> در قضیه کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران دیوان برای جریان رخدادها دو مرحله قائل شد، به این ترتیب که حمله و اشغال به خودی خود منتسب به دولت ایران نیست، ولی آن دولت می‌بایست اعمال را متوقف می‌ساخت و نتیجه گرفت که واکنش نشان ندادن ایران در مرحله اول حوادث نقض شدید و آشکار تعهدات بین‌المللی به ویژه کنوانسیون‌های وین ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳ راجع به روابط دیپلماتیک و کنسولی است.<sup>(۹)</sup> در قضیه راجع به اجرای کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرم نسل‌کشی نیز دیوان بر ماهیت و گستره تعهدات مثبت (فعل) دولت در این زمینه و نیز مسئولیت او در صورت ترک فعل تأکید بسیار نمود<sup>(۱۰)</sup> و معتقد بود که به همین دلیل کنوانسیون نسل‌کشی را نباید موضوعاً به مسئولیت کیفری افراد محدود نمود.

۸- در چارچوب حقوق بشر، آرای کمیسیون و دادگاه استراسبورگ در راستای تأیید مسئولیت دولت به علت ترک فعل نمونه‌های بسیار دارد. در این آرا به منظور تضمین رعایت مؤثر حقوق مورد نظر در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دیوان و کمیسیون از دکترین *Status negativus* (دکترین ناظر بر تعهدات سلبی دولت و عدم دخالت در آزادی‌های عمومی) راجع به آزادی‌ها فاصله گرفتند تا تعهدات مثبت (تعهد بر فعل) را که ذاتی دسته مهمی از مقررات کنوانسیون بوده برجسته نمایند.<sup>(۱۱)</sup> دیوان به دفعات خاطر نشان ساخت که در این گونه موارد، انفعال و بی‌اقدامی دولت نقض واقعی

۸- دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۴۹، ص ۲۳.

۹- دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۸۰، ص ۳۱ و بعد.

۱۰- دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۹۶، ص ۶۱۵ و بعد.

۱۱- نک. F. Sudre «تعهدات مثبت (فعل) در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر» R.T.D.H.، ۱۹۹۵، جلد ۶،

کنوانسیون بوده است.<sup>(۱۲)</sup> در موضوعی دیگر نزدیک به مضمون مورد نظر ما، دیوان بیان داشت که حق حیات نه تنها مستلزم «وظیفه اولیه» استقرار «یک مجموعه قوانین کیفری عینیت یافته است که مانع گزند به حقوق انسان گردد و بر راهکاری اجرایی برای دست یابی به هدف و مجازات نقض قوانین استوار باشد، بلکه در مواقعی ضروری است «تعهدی مثبت دایر بر اتخاذ تدابیر پیشگیرانه عملی برای حفاظت از فردی که حیات او به سبب فعل و انفعالات جنایی تهدید شده است، بر عهده گرفته شود».<sup>(۱۳)</sup>

۹- با توجه به حجم مطالب در تاکید بلااستثناء مسئولیت دولت در ترک فعل چه در تئوری و چه در عمل، کمیسیون حقوق بین الملل تدوین آن را امری واجب دانست. ماده ۳ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، آنچنان که در دور نخست آمده بود، به شکل عام اعلام نمود «هنگامی از دولت عمل غیر قانونی سر می زند که: الف) کرداری در جهت فعل یا ترک فعل به موجب حقوق بین الملل به دولتی منتسب گردد».<sup>(۱۴)</sup> کمیسیون به «موارد بی شماری» که طی آنها دولتی در ارتباط با ضرر و زیان وارده توسط افراد خصوصی و به طور دقیق تر به جهت ترک فعل ارگانهای خود از نظر عدم اتخاذ «تدابیر لازم به منظور پیشگیری یا مجازات عمل افراد مسئول شناخته می شد، اشاره و استناد می نمود».<sup>(۱۵)</sup>

## بند ۲- بسط شعاع تعهدات به فعل دولت

۱۰- شکل مسئولیت دولت از بابت فقدان پیشگیری و مجازات اعمال جنایت بار به شکل یابی و تدوین قواعد اولیه درباره موضوع وابسته است. البته تعهدات مندرج در اسناد قراردادی مربوط، ناتوان از ایجاد نظامی یک شکل بوده و ناپسند اینکه غالباً به صورت غیر دقیق نگارش یافته اند.

۱۲- نک. جدیداً، Guerra et autres C. Itlie رأی ۱۹ فوریه ۱۹۹۸، بند ۶۰.

۱۳- قضیه Osman علیه انگلستان، رأی ۲۸ اکتبر ۱۹۹۸، بند ۱۱۵.

۱۴- گزارش کمیسیون فوق بین الملل، doc. A/51.10. 1996، ص ۱۴۹.

۱۵- سالنامه کمیسیون حقوق بین الملل، ۱۹۷۰، جلد دوم، ص ۲۰۱، بند ۳۵، نیز نک. بند ۲ ماده ۱۱ طرح و نقد مربوط، سالنامه همان کمیسیون، ۱۹۷۵، جلد ۲، ص ۷۵ و بعد.

۱۱- صورت واحد و نگارش دقیق خصوصاً در زمینه پیشگیری دیده نمی‌شود. دسته‌ای از اسناد یا صریحاً به آن استناد نمی‌کنند (مانند کنوانسیون اروپایی راجع به مجازات تروریسم مورخ ۲۷ ژانویه ۱۹۷۷) یا اینکه اگر چنین اشاره‌ای دارند اجماًلاً به اثر بازدارنده کیفر مربوط در حقوق داخلی، اکتفا می‌نمایند نظیر کنوانسیون ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱ مونترآل در مورد مجازات اعمال غیر قانونی علیه امنیت هوایی کشوری که فقط یک ماده به پیشگیری اختصاص داده و طی آن به متعهد بودن اعضا اشاره نموده که «وظیفه دارند تدابیر منطقی در جهت پیشگیری از ارتکاب جرم اتخاذ نمایند» (بند ۱ ماده ۱۰).<sup>۱۰</sup> لب مطلب در کنوانسیون ماده ۳ آن است که مقرر داشته «دولت‌های متعهد موظفند کیفرهای جدی بر جرایم بر شمرده در ماده ۱ اعمال دارند». در همین راستا، کنوانسیون پیشگیری و منع نسل‌کشی، گرچه کلمه «پیشگیری» را در عنوان مطلب ذکر نموده اما تصریحاً فقط در یک جا به آن اشاره نموده که از جهت وظیفه‌مندی اعضا در «پیشگیری» چنین جرمی رنگی ندارد (ماده ۱)، آنگاه اعضا را متعهد می‌کند (ماده ۵) تدابیر قانونی لازم برای تضمین اجرای مقررات کنوانسیون» اتخاذ نمایند که ظاهراً اشاره‌ای تلویحی به پیشگیری است و آنها را به وضع ضمانت‌های کیفری موثر در حق مرتکبین نسل‌کشی تشویق می‌نماید (...). اگر دقت شود، جنبه پیشگیرانه و جنبه کیفری با یکدیگر کاملاً در هم شده‌اند بدین معنا که وظیفه دولت در پیشگیری، عمدتاً به وظیفه او در بازدارندگی از طریق وضع مجازات‌های موثر ختم می‌شود. به نظر می‌رسد که کنوانسیون‌های ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو راجع به مخاصمات مسلحانه نیز در زمینه پیشگیری و مجازات جنایات جنگی از وضعیت مشابهی برخوردار باشند.<sup>۱۶</sup>

۱۲- اسناد دیگری داریم که مقررات نسبتاً مفصلی راجع به پیشگیری وضع نموده‌اند. به‌منظور روشنگری بحث و پی‌گیری، نخست به کنوانسیون مکمل راجع به لغو بردگی مورخ ۷ سپتامبر ۱۹۵۶ می‌پردازیم.

معاهده مذکور ترسان و دودل تاکید می‌کند که دولت‌های متعهد «تمامی اقدامات قانونگذاری و مانند آن را که واقعی و ضروری می‌نماید در جهت نیل تدریجی اما

۱۶- ماده ۴۷ و بعد کنوانسیون اول، ماده ۴۸ و بعد کنوانسیون دوم و ۱۲۶ و بعد کنوانسیون سوم و ۱۴۲ و بعد کنوانسیون چهارم.

سریع به لغو کامل یا طرد بردگی و سایر نهادها و اعمال مشابه بکار خواهند بست (ماده ۱) و سپس مقرر می‌دارد که طرف‌های معاهده همچنین «تدابیر موثری اتخاذ خواهند کرد» تا از حمل برده با کشتی‌ها و هواپیماهای پرچمدار آنان از بنادر، فرودگاه‌ها و سواحل آنان جلوگیری به عمل آید (بند ۲ ماده ۳). معاهده بین‌المللی راجع به دفع و مجازات جنایت آپارتاید مورخ ۳۰ نوامبر ۱۹۷۳ در زمینه پیشگیری با برخوردی جسورانه‌تر طرف‌ها را به اتخاذ سلسله اقداماتی ضروری اعم از قانونگذاری و مانند آن موظف نموده، تا مآلاً به جنایت آپارتاید و سایر سیاست‌های تبعیض نژادی مشابه یا تجلیات آن به هیچ وجه دامن زده نشده هر نوع تشویق و تحریصی از این نوع خاتمه یابد (...).» (بند الف ماده ۶).

۱۳- در زمینه تروریسم، ماده ۴ معاهده راجع به پیشگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص بهره‌مند از حمایت بین‌المللی از جمله ماموران دیپلماتیک (کنوانسیون مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۳) و ماده ۱۱ معاهده راجع به امنیت کارمندان سازمان ملل متحد و وابسته (معاهده مورخ ۹ دسامبر ۱۹۴۴) مقرر داشته است که اعضا در پیشگیری جرایم علیه اشخاص مورد حمایت همکاری نموده برای ممانعت از آماده‌سازی فعالیت‌های مربوط در سرزمین خود تمامی تدابیر ممکنه را اتخاذ کنند و برای این کار به تبادل اطلاعات و هماهنگی در اقدامات اداری و سایر امور که برای جلوگیری از ارتکاب چنین جرایمی ضروری است بپردازند.<sup>(۱۷)</sup>

۱۴- در باره سرکوب اعمال جنایی، اسناد مذکور در بالا به عنوان قاعده عمومی دولت‌های متعاقد را موظف می‌کند، جرایم مورد نظر را در حقوق داخلی خود جرایم مستوجب کیفر در نظر گرفته، برای آنها مجازات‌های «متناسب»، «موثر» و «سخت» پیش‌بینی نموده، در مجازات‌ها، هریک به نحو مقتضی، به وخامت جرم توجه نمایند» (ماده ۴ ب معاهد ۱۹۹۷ راجع به اعمال تروریستی انفجاری). به عبارت دیگر دولت‌ها گرچه هریک تا حدودی آزادی عمل دارند ولی متعهد می‌گردند کیفرهای متناسب با «ویژگی و وخامت جرم (جنایت)» را در نظر گیرند.<sup>(۱۸)</sup> با توجه به صلاحیت

۱۷- نک. ماده ۱۵ کنوانسیون بین‌المللی راجع به مجازات عملیات تروریستی انفجاری مورخ ۱۵ دسامبر ۱۹۹۷.  
۱۸- ماده ۳ طرح راجع به جنایات علیه صلح و امنیت بشری، گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۹۶، ملل

دیوان بین‌المللی کیفری (مواد ۵-۱۱-۱۳ و ۱۹ اساسنامه رم، ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸) دولت‌ها همچنين موظفند به منظور اعطای صلاحیت به مراجع ذی‌ربط جهت رسیدگی به جرایم مورد نظر تدابیر لازم اتخاذ نمایند.

۱۵- افزون بر اقدامات تقنینی، در بعضی اسناد به صراحت آمده است که دولت‌ها موظفند «چنانچه اوضاع و احوال اجازه دهد» تدابیر اداری و قضایی مناسب برای تضمین حضور حتی بازداشت مرتکب جرم اتخاذ نموده تا تعقیب یا استرداد ممکن گردد (مثلاً به موجب ماده ۶ معاهده ۱۹۷۱ مونترآل یا ماده ۶ معاهده ۱۹۷۳ راجع به پیشگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص بهره‌مند از حمایت بین‌المللی یا ماده ۱۳ معاهده ۱۹۹۴ راجع به امنیت کارمندان سازمان ملل یا ماده ۷ معاهده ۱۹۹۷ راجع به کیفر اعمال تروریستی) چنانچه عامل دستگیر شود باید یا محاکمه یا مسترد شود و دولت‌ها در این زمینه متعهد به معاضدت قضایی می‌باشند.

۱۶- مجموع مقرراتی که از آن سخن به میان آمد آزادی عمل نسبتاً وسیعی در مورد اتخاذ تدابیر لازم جهت پیشگیری و مجازات به دولت می‌بخشد. اما مسلماً از بابت تعیین ماهیت و محتوای دقیق مسئولیت دولت در نقض تعهدات خود مشکلاتی نیز فراهم می‌کند.

## بخش ۲- ماهیت و محتوای مسئولیت

۱۷- براساس نظریات بخش قابل توجهی از حقوق دانان مفاهیمی چون تقصیر و مراقبه (diligence) در صورت ترک فعل و نیز هنگام مسئولیت دولت ناشی از فعل افراد خصوصی و یا در حالت نقض تعهدات مبنی بر پیشگیری، نقش تعیین کننده‌ای ایفا می‌نمایند.<sup>(۱۹)</sup> براساس همین تفکر K. Zemanek میان «فعل» و «ترک فعل» قائل به تفکیک شده می‌نویسد که دولت در برابر فعل خود مسئولیت عینی خواهد داشت در

متحد سند A/51/10، ص ۴۵.

۱۹- نک.

"The Due Diligence Role and the Nature of International Responsibility of states", pp. 19-20- Pisillo- Mazzeschi..



صورتی که در ترک فعل به عنصر ذهنی تقصیر برای احراز مسئولیت همواره نیاز است. (مسئولیت دولت در قبال اعمالی که از نظربین‌المللی غیر قانونی محسوب می‌شوند و مسئولیت او در قبال اعمالی که از نظربین‌المللی قانونی هستند).<sup>(۲۰)</sup>

نویسنده سپس سخن خود را تعدیل نموده اضافه می‌کند که «اصل *due diligence* با مراقبت بایسته این خاصیت را دارد که بتوان رفتار دولت را از طریق مقایسه با «استاندارد بین‌المللی که همانا استاندارد رفتار معمول و متوسط است سنجید و ارزیابی نمود» (همانجا).

۱۸- روبرتو آگو مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل نظری دیگر داشت که باعث شد کمیسیون نظریه تقصیر را به عنوان عنصر مجزا و مستقل مسئولیت کنار گذاشته و نظریه مسئولیت «عینی» را چه برای فعل و چه ترک فعل اختیار نماید. این رویکرد در تعدادی از مواد طرح راجع به مسئولیت دولت‌ها و به ویژه در ماده ۲۳ آن دیده می‌شود که به موجب آن «چنانچه از دولتی طی تعهدی نتیجه‌ای خواسته شده باشد که به سلیقه خود از حدوث رخدادی خاص پیش‌گیری نماید، تعهد مذکور هنگامی نقض شده است که آن دولت با رفتار خود نتیجه را تحقق نبخشیده باشد».<sup>(۲۱)</sup> اجرای *طابق النعل بالنعل* چنین حکمی به معنی تولید خود کار مسئولیت دولت بدون توجه به بیش و کم مراقبه مقامات دولتی است. اما این عدم انعطاف بدون شک با نرمش مقرراتی که در بالا به آن اشاره شد تطبیق نمی‌کند. غرض ما در اینجا تجزیه و تحلیل مسئله تقصیر نیست که نه ممکن و نه ضروری به نظر می‌رسد بلکه کوشش می‌کنیم به صورت منعطف‌تری و با توجه به ماهیت درونی تعهدات دولتی و اصل مراقبه آنچه‌ان که از عملکرد بین‌المللی استنباط می‌شود موضوع را بررسی نمائیم.

۲۰- نک.

K. Zemanek/ J. Salmon, *Responsabilité internationale*, Pedone, Paris, 1998. pp. 1-88.

۲۱- گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۹۶، مذکور، ص ۱۵۶.

## بند ۱- تفاوت میان تعهد به فعل و تعهد به نتیجه

۱۹- اگر دقت شود، تعهدات به فعل دولت در زمینه پیشگیری و مجازات رامی توان گاه تعهد به فعل و گاه تعهد به نتیجه به شمار آورد. می دانیم که ضابطه در نظر گرفته شده در کمیسیون حقوق بین الملل برای تفکیک، براساس این پرسش بنا نهاده شده است که آیا «قاعده اولیه» به دولت اجازه می دهد تا طرق مورد استفاده را آزادانه انتخاب نموده به نتیجه مطلوب برسد یا نه؟ چنانچه آزادی عملی برای مورد اول وجود داشته باشد سخن از تعهد به نتیجه است و اگر به موجب تصمیم مربوط، دولت به پیروی از رفتاری کاملاً مشخص بدون امکان انتخاب طرق مربوط موظف گردد، تعهد به فعل مطرح خواهد بود.<sup>(۲۲)</sup>

۲۰- البته ضابطه فوق مورد انتقاد هم قرار گرفت چون از یک سو خلاف دکترین غالب در حقوق مدنی بود که تفکیک از آن ناشی می شد و از سوی دیگر به هنگام اجرا مسائل نظری به وجود می آورد.<sup>(۲۳)</sup> در نتیجه رهیافتی دیگر پذیرفته شد که رجوع به دکترین حقوق مدنی فرانسه بود و بر «درجه احتمال تحقق هدف مورد نظر» تاکید خاص داشت. هنگامی که تحقق هدف «در حد بالایی محتمل است» (قریب به یقین) بدین معنی که احتمال وقوع حادثه ای جز به صورت فورس ماژور یا اتفاق غیر مترقبه نمی رود قاعده اولیه به معنی تعهد به نتیجه است. در این حالت عدم تحقق نتیجه برابر با تولید مسئولیت برای دولت خواهد بود. اما چنانچه احتمال ضعیف و تحقق هدف «اصولاً اتفاقی» باشد قاعده اولیه تنها به معنی کاهش بیشتر احتمال بوده و دولت موظف به تعهد به رفتار یا وسیله خواهد بود. درحالت اخیر عدم توفیق به تنهایی برای ایجاد مسئولیت کفایت نمی کند. به عبارت دیگر تعهد به نتیجه در حقیقت «تعهد به موفقیت»<sup>(۲۴)</sup> است،

۲۲- نک. مواد ۲۰ و ۲۱ طرح مسئولیت دولت، گزارش کمیسیون حقوق بین الملل، ۱۹۹۶، مذکور، ص ۱۵۵.

۲۳- نک. ژ. کمباکو، «تعهد به نتیجه و تعهد به فعل: چند پرسش و هیچ پاسخی»، ژ. سالمون «اقدام دولتی مرکب: مفهومی قابل ایراد»، سالنامه فرانسوی حقوق بین الملل، ۱۹۸۲، صص. ۷۳۸-۷۰۹ و بویژه ص ۷۲۴ و بعد.

24- Obligation de réussir.

در صورتی که تعهد به فعل و رفتار «تعهدی به انجام مساعی»<sup>(۲۵)</sup> است.<sup>(۲۶)</sup> اما واقعیت این است که حتی «درجه احتمالات» همواره باعث نمی‌شود که بتوان تعهدات را با قطع و یقین توصیف نمود. منتهی مراتب درجه احتمال به طرز خاصی به استدلال در باره پیشگیری و مجازات جنایت بین‌المللی کمک می‌کند.

۲۱- اگر پیشگیری را در نظر بگیریم، باید میان تعهد دولت به وضع قانون برای توصیف جنایت مورد نظر به عنوان جرم کیفری از نظر حقوق داخلی او، و تعهد به اتخاذ رشته تدابیری اداری از جمله همکاری با دول دیگر جهت خنثی کردن ارتکاب آن جرایم تفاوت قائل شد.

۲۲- به نظر نمی‌رسد تعهد اول ریسک حادثه<sup>(۲۷)</sup> در بر داشته باشد زیرا قانونگذاری برای پیشگیری را می‌توان از طریق ایجاد پیکره‌ای قانونی به عنوان عامل بازدارندگی عمومی، چنانچه نقش هر قاعده بنیادی حقوق کیفری است، محقق ساخت. کیفری نمودن داخلی فعل و انفعالاتی که به موجب حقوق بین‌الملل قراردادی یا عرفی جنایی محسوب شده است تعهد به نتیجه است (از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری تعهدات مندرج در معاهده راجع به نسل‌کشی از جمله تعهدات همه‌گیر (erga omnes) است که خارج از هر رابطه قراردادی واجد ارزش می‌باشند.<sup>(۲۸)</sup>)

۲۳- اما در تحقق هدف، که موضوع تعهد دوم است یعنی کارهایی که مانع ارتکاب فعالیت‌های جنایی از طریق ایجاد شبکه‌ای برای اقدامات اداری است، مسلماً احتمال حادثه بسیار است. دادگاه اروپایی حقوق بشر به جنبه اخیر اشاره داشته است. آن دیوان به تعهد فعل دولت مبنی بر «اتخاذ تدابیر عملی به منظور پیشگیری در راستای حمایت از فردی که زندگی او به علت فعل و انفعالات جنایی غیر در تهدید قرار گرفته است» استناد می‌نماید، اما معتقد است که چنین تکلیفی را باید طوری در نظر آورد که بر مقامات

25- Obligation de s'efforcer.

۲۶- طبق اصطلاحاتی که ژ. کومباکو به کار می‌برد، مذکور، ص ۱۹۶.

27- Aléas.

۲۸- نیز نک. حق شرط نسبت به معاهده راجع به نسل‌کشی، رأی مشورتی، مجموعه ۱۹۵۱، ص ۲۳ و قضیه مذکور راجع به همان معاهده، دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۶۶، ص ۶۱۶.

دولتی باری «غیر قابل تحمل یا بی رویه» تحمیل نکند، همچنانکه توجه به «غیر قابل پیش‌بینی بودن رفتار انسان»، دقت به مشکلات نیروهای انتظامی در انجام وظایف در جوامع امروزی و عنایت به «گزینه‌های عملیاتی در زمینه اولویت‌ها و منابع» کاملاً ضروری است.<sup>(۲۹)</sup> حالت اخیر «تعهد به کوشش» یا همان تعهد به رفتار مورد نظر است.

۲۴- نکات مشابهی با در نظر گرفتن تغییرات لازم،\* در مورد توصیف تعهدات دولت در زمینه مجازات، صادق است. اجرای تعهد به اتخاذ تدابیری در جهت «تضمین حضور» یا حتی دستگیری و بازداشت متهم، در حد کمتری به عامل اقبال و اتفاق (کم و بیش مشابه با آنچه دادگاه اروپایی مذکور در رأی Osman اظهار داشت)، بستگی دارد. به این ترتیب بار دیگر با همان تعهد به کوشش مواجه هستیم. اما اجرای تعهد به وضع قانون در جهت مجازات مناسب با وخامت جرم و تعیین صلاحیت برای محاکم دولتی در مواردی که در اسناد بین‌المللی مربوط پیش‌بینی شده است به هیچ وجه امر اتفاقی و وابسته به بخت و اقبال نیست. در مورد تعهد به اصل یا تحویل ده یا محاکمه کن\*\* نیز به همین منوال باید استدلال نمود زیرا پس از دستگیری و بازداشت متهم، به جریان می‌افتد. تعهد در زمینه مجازاتی که اجرای آن متضمن عوامل غیر قابل پیش‌بینی نباشد در زمره تعهدات به نتیجه جای می‌گیرد.

#### بند ۲ - اعمال اصل مراقبه<sup>(۳۰)</sup>

۲۵- پس از توصیف تعهدات افعالی دولت در زمینه پیشگیری و مجازات، اکنون باید نتایج مسئله را از نظر اصل مراقبه بررسی نمود. ارزیابی اینکه آیا دولت با مراقبه یا بدون مراقبه لازم عمل کرده است، در مورد تعهدات به نتیجه منطقی مطرح نمی‌گردد، زیرا اگر بپذیریم که مسئولیت دولت فقط به علت فقدان نتیجه مورد نظر موجود است، ارزیابی صحت مراقبه موضوعاً منتفی خواهد بود. با بررسی دقیق آرای قضایی

۲۹- رأی Osman، مذکور، بند ۱۱۶-۱۱۵.

\* - mutatis mutandis.

\*\* - aut dedere aut judicare.

30- Diligence.

بین‌المللی، به ویژه آرای داوری بین‌المللی در زمینه مسئولیت دولت به مناسبت عمل افراد خصوصی، این نتیجه منطقی کاملاً به دست می‌آید.<sup>(۳۱)</sup> قابل توجه اینکه در قضیه Osman دیوان اروپایی حقوق بشر متعرض مسئله مراقبه در ارتباط با «وظیفه اولیه» دولت، که همانا تصویب قوانین کیفری در مانع از گزند به حق حیات و مبتنی بر راهکاری عملی جهت پیشگیری، مجازات و ضمانت نقض آن باشد، نشده است ولی به طور جامع و موسع<sup>(۳۲)</sup> بر خورد پلیس بریتانیا را از زاویه تکلیف دولت در اتخاذ «تدابیر از نوع عملی» جهت پیشگیری فعل و انفعالات جنایی غیر بررسی نموده است.<sup>(۳۳)</sup> در این مورد همان طور که ملاحظه شد سخن از تعهد به رفتار بوده است.

۲۶- قاعده مراقبه در ارتباط با «تعهد به کوشش» معنی حقوقی واقعی پیدا می‌کند و به عنصری ملازم و مرتبط با عمل غیر قانونی تبدیل می‌گردد. راجع به چنین تعهداتی تنها کافی نیست که عدم تحقق هدف احراز شود بلکه از بابت تولید مسئولیت، باید مشخص شود که دولت کاری دایر بر «مراقبه لازم» (*diligence due*) انجام نداده و دست روی دست گذاشته است. بنابراین باید به میزان یا درجه مراقبه مورد نظر در حقوق بین‌الملل توجه شود. آیا غرض مراقبه نسبی است؟ اگر چنین باشد متناسب با هر مورد *diligentia quam in suis*) دامنه تعهدات بر فعل کاملاً از حالت مطلق خارج می‌شود؛ و یا اینکه میزانی از مراقبه که با استانداردهای عینی مطابق است باید کفایت کند؟ عملکرد بین‌المللی به حالت دوم نزدیک‌تر است چنانچه در قضیه *Venable* آمده است.

بر فرض که عدم مراقبه عمدی هم نبوده باشد ولی بدون شک عمل دولت کاستی‌ای در بر داشته تا جایی که کوتاهی از استانداردهای بین‌المللی برای هر انسان منطقی و بی طرف

۳۱- نک. *Pisillo - Mazzeschi*، مذکور ص ۲۶ و بعد و *Passim* و نیز بند ۲ ماده ۱۱ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت، گزارش کمیسیون ۱۹۹۶، مذکور، ص ۱۵۱.

32- *In extenso*.

۳۳- رأی *Osman*، مذکور، بند ۱۱۵ و بعد، نیز نک. آرای دادگاه میان‌کشوری آمریکایی حقوق بشر در قضیه *Valesquez Rodriguez, I.A.Y.H.R.*، ۱۹۸۸، ص ۹۸۶ و بعد، *Godinez Cruz, I.A.Y.H.R.*، ۱۹۸۹، ص ۷۳۰ و بعد.

فوراً قابل تشخیص است.<sup>(۳۴)</sup>

استناد به «نارسایی عمل دولت» نشان می‌دهد که آنچه اهمیت دارد جنبه ذهنی تقصیر فلان عامل دولتی نیست، بلکه رفتار مقامات دولتی ذی صلاح است که باید به طور کلی در نظر گرفته شود.<sup>(۳۵)</sup>

۲۷- علی‌رغم آنچه گفته شد، اعمال اصل مراقبه چیزی نیست که به طور خود کار صورت گیرد و «استانداردهای بین‌المللی» راجع به میزان لازم هوشیاری در مراقبه درخواست شده در هر وضعیتی فرق می‌کند. دادگاه‌های بین‌المللی از این نظر به مجموعه اوضاع و احوال مرتبط با مسئله توجه می‌کنند و با مقیاس سه عنصر اصلی به وضعیت متعادلی می‌رسند که عبارت است از منافع حقوقی که باید مورد حمایت قرار گیرد، منطقی بودن بویژه در انعطاف داشتن و احتمالات در ارتکاب اعمال جنایی که باید جلوی آن را گرفت. ترکیب این سه معیار به وضوح در رأی Osman دیده می‌شود. دادگاه اروپایی حقوق بشر به همین مناسبت خاطر نشان نمود که نظر به اهمیت حق حیات که «برای تضمین هدف کنوانسیون اساسی است» کافی است بر مدعی معلوم شود که مقامات دولتی نتوانسته‌اند هر آنچه که «منطقاً از آنان انتظار می‌رفته انجام دهند، تا تحقق مادی «خطری مسلم و عاجل» برای حیات را که از آن اطلاع داشته‌اند یا می‌بایست اطلاع می‌داشتند مانع گردند».<sup>(۳۶)</sup>

34- Even if here was not wilful neglect of duty, there doubtless was an insufficiency of government action so far short of international standards that every reasonable and in has that man would readily recognize its insufficiency H.G. venable (U.S.A.) v. United Mexican states & juillet 1927, R.S.A., Vol. IV. p. 229; voir aussi L.F.H. Neer and P. Neer (U.S.A.) v. United Mexican states. 15 October 1926, ibid. pp. 61-62; Vélasquez Rodriguez, loc.cit. Godrieg Crug, loc.cit.

۳۵- در این باره نک. R. Pisillo - Mazzeschi, مذکور، ص ۴۲ و بعد؛ نیز قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه و علیه او (ماهیت)، دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه ۱۹۸۶، بند ۱۵۷.

۳۶- همان، بند ۱۱۶؛ نیز نک.

F. Moller (United Mexican States) v. U.S.A., 27 avril 1927, R.S.A., Vol. IV, pp. 1752y W.E, Champan (USA), v. United Mexican states, 24, Doctor 1930, ibid., pp. 634, not. p. 638, CQJ. Rec., 1980, pp. 325.

۲۸- گرچه معیارهایی که در بالا ذکر شد کم و زیاد دارد اما به نظر می آید چارچوب خوبی برای سنجش رفتار مقامات دولتی و اظهار نظر راجع به مسئولیت آنان باشد، به شرطی که اینان نظارت موثری در سرزمین اعمال نمایند. در غیر این صورت، انصافاً مسائلی در مورد قابلیت اعمال وحتى معنای اصل مراقبه پدید می آید که طبعاً بر حدود مسئولیت دولت هم تاثیر خواهد گذاشت.

### بخش ۳- مرزهای مسئولیت

۲۹- اهمیت این مبحث روشن است زیرا جنایت بین المللی بخصوص آن که از همه سنگین تر است، چنانچه به تحریک یا با مشارکت مستقیم مقامات دولتی صورت نگرفته باشد (حالت اخیر اینجا مورد نظر مانیت)، غالباً از سوی گروه های مسلح یا نیروهای یاغی یا تروریستی و یا به طور کلی توسط ارکان «نهضت های شورشی» [Mouvement insurrectionnel] (طبق اصطلاح کمیسیون حقوق بین الملل که ضمناً دارای شمول و بار معنایی خنثی است)، در قالب مخاصمه داخلی گسترش یافته و ارتکاب می یابد. در این حالات که در سنوات اخیر روبه افزایش نهاده، یا دولت وجود ندارد که به آن معمولاً «دولت درمانده» Etat en faillite می گویند و یا دولتی است که از کنترل قسمت های مهمی از سرزمین خود عاجز است و نمی تواند به تکلیف پیشگیری و مجازات عمل نماید.

۳۰- سازمان های بین المللی و در رأس آنها سازمان ملل متحد بارها به فکر افتاده اند تا جلوی وسعت و آثار تعدیات فوق را بگیرند یا لاقبل آن را محدود نمایند و راه مجازات مرتکبین را باز کنند. عملیات نظامی که شورای امنیت اجازه دهد یا عملیات حفظ صلح از نوع عملیات نسل دوم که به نیات بشردوستانه انجام می گیرند و ایجاد دادگاه کیفری برای یوگسلاوی و روآندا تجلی بارز فعالیت سازمان ملل است که طی آن جامعه بین المللی کوشش کرده عاقبت الامر جانشین دولت های درمانده گردد. باید یاد آور شد که واکنش های بین المللی مذکور در قالب نهاد حفظ صلح و امنیت بین المللی جای می گیرد و مسئولیت بین المللی دولت آنجا که حاکمیت ملی تهی می شود، تقریباً از کار باز می ماند.

۳۱- کمیسیون با تدوین قاعده‌ای کاملاً استوار در حقوق بین‌الملل این اصل را قرار بخشید که نمی‌توان اعمال یک «جنبش شورشی» برقرار در سرزمین را به دولت منتسب نمود.<sup>(۳۷)</sup> اما یقیناً، اعمال چنین اصلی نباید به منزله نفی مسئولیت دولت به علت بی‌مبالاتی دستگاه‌ها و ارکان او در اتخاذ تدابیر لازمه جهت پیشگیری یا مجازات تعدیات شورشیان تلقی شود.<sup>(۳۸)</sup> به عبارت دیگر، اصل مراقبه از جهات نظری اعتبار و ارزش خود را کماکان حفظ می‌کند. مع‌ذلک همان‌طور که کمیسیون حقوق بین‌الملل گفته است «جاهایی که دولت قانونی توانسته باشد در جریان مخاصمه به طور قطع از عمل زیان بار «شخص در حکم ارگان» به جنبش شورشی جلوگیری نماید یا آن را سرکوب کند معمولاً استثنایی است».<sup>(۳۹)</sup>

۳۲- اکنون فرض کنیم که حرکت شورشی پیروز شود و قدرت را در دست گیرد یا کشور جدیدی تشکیل دهد، در این حالات عمل حرکت شورشی عمل حکومت جدید یا دولت جدید محسوب خواهد شد.<sup>(۴۰)</sup> به عبارت دیگر حرکت شورشی پیروز مسئول اعمال یا ترک فعل خویش طی مبارزات خواهد بود،<sup>(۴۱)</sup> اگر کشور جدید تشکیل شود، حرکت شورشی‌ای که به قدرت رسیده نه تنها مسئول اعمال خویش بلکه مسئول کردار حکومت قدیم نیز هست.<sup>(۴۲)</sup> راه حل اخیر که بر نظریه تداوم دولت بنا شده است ابتدائاً رضایت بخش به نظر می‌رسد ولی باید توجه کرد که مقامات جدید گرچه غالباً مایل به مجازات جنایات واقعی یا مفروض دشمنان مغلوب خود هستند ضمن اینکه در اکثر مواقع شرایط مناسب دادرسی عادلانه را نیز ندارند، ولی باطناً چندان رغبت به قبول مسئولیت و مجازات تعدیات «همرزمان» خود را ندارند از نمونه‌های جدید که متأسفانه از باب نشان باید ذکر کرد، مخالفت مقامات جمهوری دموکراتیک کنگو در همکاری با سازمان ملل برای بررسی تعدیات نیروهای شورشی قبل از کسب قدرت در ۱۷ مه

۳۷- بند ۱، ۱۹۷۵، جلد ۲، ص ۹۷ و بعد.

۳۸- همانجا، بند ۲، ماده ۱۴.

۳۹- همانجا، ص ۱۰۰.

۴۰- ماده ۱۵ طرح، مذکور، همانجا، ص ۱۰۷.

۴۱- به عنوان مثال قضیه Pinsori، ۱۹ اکتبر ۱۹۲۸، R.S.A.، جلد ۵، ص ۳۵۳.

۴۲- بند ۱ ماده ۱۵، عبارت دوم طرح، همانجا.



۱۹۹۷ است. (۴۳)

۳۳- اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری سعی نموده درد بومی بی‌کیفری جنایات بین‌المللی را در صورت لزوم تا حدی تسکین دهد. همان‌طور که می‌دانیم بند ۱ الف ماده ۱۷ اساسنامه مقرر داشته است که دعوایی توسط دیوان بین‌المللی کیفری قابل پذیرش تلقی می‌گردد که «دولت ذی‌صلاح در موضوع اراده نداشته یا ناتوان در بازجویی بوده یا تعقیبات نتیجه‌بخش نباشد. بند ۳ ماده ۱۷ که خصوصاً به ناتوانی دولت اشاره دارد «فروریزی تمام یا بخشی اساسی از دستگاه قضایی» و «ناآمدگی آن را» مستند تصمیم دیوان قرار داده است. بنابراین معنی «دولت درمانده» روشن است چون با توجه به محدودیت‌های صلاحیتی دیوان بین‌المللی کیفری اینکه در آینده بتواند با فعالیت خود با کاستی‌های دولت‌ها در زمینه پیشگیری و بخصوص مجازات جنایات بین‌المللی مقابله نماید تصویری واهی است. آنچه می‌توان گفت اینکه برپایی دیوان بین‌المللی کیفری در جایی که نظریه مسئولیت دولت به درازا کشیده و با شکست روبه‌رو شده پویایی نوینی فراهم آورده است.





گزارشی آموزشی

**فهرست پایان نامه های پذیرفته شده**

**در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**



## فهرست پایان نامه‌های پذیرفته شده

### گروه حقوق خصوصی

#### ● مؤسسات اعتباری بانکی و غیربانکی خصوصی در حقوق ایران

دانشجو: صائمه عبدالله پور

استاد راهنما: دکتر عبدالرسول قدک

بخش اول: مؤسسات اعتباری بانکی و غیربانکی در سرزمین اصلی کشور

بخش دوم: مؤسسات اعتباری بانکی و غیربانکی خصوصی در مناطق آزاد

#### ● تعهدات بیمه‌گذار و بیمه‌گر در بیمه‌های اشخاص

دانشجو: محمد رضا منوچهری

استاد راهنما: دکتر منصور امینی

بخش اول: تعهدات بیمه‌گذار

بخش دوم: تعهدات بیمه‌گر

#### ● پژوهش خواهی از آراء دادگاهها در امور مدنی (مطالعه تطبیقی)

دانشجو: فرج اله موسوی

استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس

فصل اول: کلیات

فصل دوم: شرایط پژوهش

فصل سوم: پژوهش خواستن (آیین عملی)

فصل چهارم: آثار پژوهش

فصل پنجم: رسیدگی دادگاه پژوهش و صدر رأی

### گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی

#### ● حقوق متهم در دادرسی کیفری بین‌المللی (Phd)

دانشجو: علیرضا تقی پور

استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا

بخش نخست: حقوق متهم در مرحله تحقیقات کیفری بین‌المللی

بخش دوم: حقوق متهم در مرحله محاکمه کیفری بین‌المللی

#### ● جرم‌انگاری سوءاستفاده از قدرت در پرتو تعامل نظام حقوق بشر و حقوق کیفری (Phd)

دانشجو، مهرداد رایجیان اصلی

استاد راهنما: دکتر رضا نوربها

بخش نخست: مبانی فلسفی و حقوقی - جرم شناختی جرم انگاری سوء استفاده

از قدرت

بخش دوم: جرم انگاری جنبه‌های سوء استفاده از قدرت از دیدگاه حقوق

بین‌المللی کیفری و جرم‌شناسی

#### ● ابعاد کیفری حقوق تجارت الکترونیکی (Phd)

دانشجو: فاطمه قناد

استاد راهنما: دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی

بخش اول: تجارت الکترونیکی و ارزش‌های تجاری مورد حمایت حقوق

کیفری

بخش دوم: تجارت الکترونیکی و جرایم مرتبط با آن

● مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظامهای حقوقی انگلستان و ایران (Phd)

دانشجو: اسماعیل عبدالمهی

استاد راهنما: سرکارخانم دکتر نسرین مهرا

فصل نخست: ماهیت مسئولیت کیفری بدون تقصیر

فصل دوم: مبنا و ساختار مسئولیت کیفری بدون تقصیر

● بررسی تطبیقی اشتباه قضایی در دادرسی کیفری در حقوق ایران و انگلستان

دانشجو: مهدیه مرغوب

استاد راهنما: سرکارخانم دکتر نسرین مهرا

بخش اول: اشتباه قضایی: عوامل و پیشگیری در آیین دادرسی کیفری ایران و انگلستان

بخش دوم: اشتباه قضایی: رفع اثر و جبران خسارت در آیین دادرسی کیفری ایران و انگلستان

گروه حقوق عمومی

● «به زمامداری» در قوه مجریه

دانشجو: سمیه عالی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

بخش اول: مبانی، اصول و معیارهای عمومی «به زمامداری»

بخش دوم: اصلاح نهادهای عمومی و تقویت «زمامداری»

● ضرورت آموزش عقل حدافلی و حقوق بشر

دانشجو: پژمان اشتهااردی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

فصل اول: رابطه آتونومی و حقوق بشر

فصل دوم: رابطه عقلانیت حداقلی و خودمختاری بودن

فصل سوم: آموزش عقل حداقلی

● چارچوب حقوقی و ساختاری خصوصی سازی در ایران

دانشجو: مرجان اسکندری

استاد راهنما: دکتر محمدحسین زارعی

فصل اول: مفهوم، اهداف و روشهای خصوصی سازی

فصل دوم: منابع قانونی خصوصی سازی در ایران

فصل سوم: نهادهای تصمیم گیرنده و مجری در حوزه خصوصی سازی و فرآیند

آن

● تاثیر نظریه تأویل گادامر بر نظریه تفسیر قانون اساسی

دانشجو: مسلم آقایی طوق

استاد راهنما: دکتر محمد راسخ

بخش نخست: هرمنوتیک فلسفی یا نظریه تأویل گادامر

بخش دوم: بررسی نظریه تفسیر قانون اساسی در پرتو نظریه تأویل گادامر

● حق بر محیط زیست و توسعه و ارتباط آنها (تضاد یا هماهنگی)

دانشجو: محمد آزاد خالصی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

بخش اول: حق بر محیط زیست و توسعه از مفهوم شناسی تا مبانی و محتوا

بخش دوم: بررسی ارتباط حق بر محیط زیست و توسعه (در پرتو اسناد و

کنوانسیون‌های بین‌المللی)



● بررسی مقایسه‌ای نظام قضایی در قانون اساسی مشروطیت و قانون اساسی جمهوری

اسلامی ایران

دانشجو: سید مجید موسوی

استاد راهنما: دکتر حسین مهرپور

بخش نخست: کلیات

بخش دوم: بررسی مقایسه‌ای جایگاه و تشکیلات

بخش سوم: بررسی مقایسه‌ای آیین دادرسی و مقامات قضایی

● جایگاه، ساختار و وظایف سازمان ملی جوانان در مقایسه با نهادهای مشابه در کشورهای

آلمان، فرانسه و مالزی

دانشجو: زهرا محمودی یکتا

استاد راهنما: دکتر محمد حسین زارعی

فصل اول: کلیات

فصل دوم: مقایسه سیاست‌گذاری، برنامه ریزی و جایگاه نهادهای جوانان ایران با

نهادهای مشابه در کشورهای جمهوری فدرال آلمان، فرانسه و مالزی

فصل سوم: مقایسه کارکرد نهادهای دولتی، غیر دولتی و مدنی جوانان ایران با

کشورهای آلمان، فرانسه و مالزی

فصل چهارم: ارزیابی عملکرد سازمان ملی جوانان در ایران

گروه حقوق بین الملل

● مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از فعالیت‌های هسته‌ای صلح‌آمیز

دانشجو: صالح رضائی پیش رباط

استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی

بخش اول: مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در پیشگیری ضرر و زیان ناشی از

## فعالیت‌های هسته‌ای صلح‌آمیز

بخش دوم: مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در جبران زیان‌های ناشی از فعالیت‌های هسته‌ای صلح‌آمیز

## ● حاکمیت قانون یا تعادل قدرت‌ها؟

## بررسی بحران عراق در پرتو حقوق بین‌الملل

دانشجو: الهام عباسی

استاد راهنما: دکتر هدایت اله فلسفی

قسمت اول: صلح و امنیت بین‌المللی و مسئله توسل به زور در حقوق بین‌الملل  
 قسمت دوم: بررسی موردی بحران عراق در پرتو دکتترین موافقین و مخالفین  
 مشروعیت اقدام نیروهای ائتلاف

## ● بررسی اعتبار آرای داوری صادره از سوی دیوانهای داوری با ترکیب ناقص

دانشجو: لیلا رضوی طوسی

استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی

بخش اول: ترکیب دیوانهای داوری و مفاهیم بنیادین مرتبط با آن  
 بخش دوم: نقصان در ترکیب دیوانهای داوری، علل، عوامل و نتیجه آن  
 بخش سوم: ادامه رسیدگی از سوی دیوانهای داوری نقصان یافته

## ● بررسی مشروعیت حمله نظامی آمریکا و انگلستان به افغانستان از دیدگاه

## حقوق بین‌الملل

دانشجو: محمد رضا طاهریان راد

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

بخش اول: حمله نظامی آمریکا و انگلستان به افغانستان  
 بخش دوم: مشروعیت حمله نظامی آمریکا و انگلستان به افغانستان

● مسئولیت کیفری فرد در قبال نقض فاحش حقوق بشردوستانه

دانشجو: زهرا محمودی کردی

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

بخش اول: عوامل ایجاد مسئولیت کیفری فردی در قبال نقض فاحش حقوق بشردوستانه (ارتکاب جنایات جنگی)

بخش دوم: قلمرو مسئولیت کیفری فردی در قبال نقض فاحش حقوق بشردوستانه و موانع اعمال آن

● انتقال تکنولوژی و مسائل حقوقی مرتبط با آن در نظام بین‌المللی

دانشجو: علی مهربانی

استاد راهنما: دکتر هدایت اله فلسفی

قسمت اول: انتقال تکنولوژی شمال به جنوب

قسمت دوم: انتقال تکنولوژی جنوب به جنوب

● وضعیت حقوقی لوله‌های نفتی در حقوق بین‌الملل دریا

دانشجو: سعید هاشمی لاله آبادی

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

بخش اول: پیشینه، تعریف و نظام حقوقی لوله‌های نفتی دریایی

بخش دوم: بهره برداری از لوله‌های نفتی

● اعتبار تصمیمات شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی

دانشجو: شهرام جباری

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

بخش اول: مبانی، ساختار و صلاحیتهای شورای حکام

بخش دوم: نحوه تصمیم‌گیری و اعتبار تصمیمات شورای حکام

### گروه حقوق مالکیت فکری

#### ● حمایت از نشانه‌های جغرافیایی

دانشجو: شوکت شایسته

استاد راهنما: دکتر عبدالرسول قدک

بخش مقدماتی: مفهوم نشانه‌های جغرافیایی

بخش اول: حمایت ملی از نشانه‌های جغرافیایی

بخش دوم: حمایت بین‌المللی از نشانه‌های جغرافیایی

### گروه حقوق بشر

#### ● آزادی مطبوعات در حقوق ایران از منظر حقوق بشر بین‌المللی

دانشجو: حبیب اله احمدی

استاد راهنما: دکتر رضا اسلامی

فصل اول: تعاریف، تاریخچه و اهمیت آزادی مطبوعات

فصل دوم: مبانی نظری آزادی مطبوعات و شناسایی آن در اسناد حقوق بشری

فصل سوم: محدودیتهای آزادی مطبوعات و اصول حاکم بر اجرای محدودیتها

فصل چهارم: جرائم مطبوعاتی و حمایت از آزادی مطبوعات

#### ● موانع و زمینه‌های فرهنگی اعمال حقوق بشر از نگاه زنان کرد (شهرستان پاوه)

دانشجو: هیوا خدری

استاد راهنما: دکتر امیر نیک پی

بخش اول: مبانی نظری و واقعیت‌های اجتماعی

بخش دوم: موانع و زمینه‌های فرهنگی

● بررسی و مطالعه تطبیقی حقوق بشر در اندیشه اسلامی و منشور بین‌المللی حقوق بشر

دانشجو: مهدی شادان

استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

فصل اول: تاریخچه حقوق بشر، مبانی و منابع آن

فصل دوم: حقوق مدنی و سیاسی

فصل سوم: حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

فصل چهارم: حقوق جمعی

● جهاد ابتدایی از دیدگاه موازین حقوق بشری

دانشجو: هادی وطن خواه

استاد راهنما: دکتر حسین مهرپور

بخش اول: کلیات

بخش دوم: مبانی، حدود و احکام جهاد ابتدایی

بخش سوم: موازین حقوق بشری مرتبط با جهاد ابتدایی

بخش چهارم: موارد انطباق و عدم انطباق احکام جهاد ابتدایی با موازین حقوق

بشری

گروه حقوق محیط زیست

● بررسی ضمانتهای حقوقی مقابله با آلودگی هوادر حقوق محیط زیست ایران و فرانسه

دانشجو: علی مشهدی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

بخش نخست: مفاهیم، ضرورتها و تحولات ضمانتهای حقوقی مقابله با آلودگی

هوا در حقوق ایران و فرانسه

بخش دوم: بررسی تحلیلی اقسام ضمانتهای حقوقی مقابله با آلودگی هوا در

حقوق ایران و فرانسه



**Exclusionary Rule  
In Afghan Criminal Law  
Gholam Haidar ALLAMA  
Persian Text, pp. 169-197**

**Abstract:**

"Exclusionary Rule" is a basic principle of Criminal Law. This Principle has been recognized in Afghan Criminal Codes.

Article 7 of Afghan interim Criminal Procedure Code (2003) Provides that:

1- The evidence which has been collected without respect of the legal requirements indicated in law is considered invalid and the Court can not base its judgment on it.

in this article, the concept and the necessity of exclusionary Rule in Criminal process have been explained and the situations which this principle would be violated have been considered.

And finally it has been mentioned as in conclusion, that the recognition of this article is one of the positive points in new Afghan Criminal Laws.

**Key Words:** Evidence, Criminal Law, Criminal procedure Law, Afghan Laws, Fair Trial.

**Legal Pragmatism**  
**Shahram KEYVANFAR**  
Persian text, pp. 147-167

**Abstract**

Pragmatism is one of the most significant philosophical disciplines that in the recent decades, has made effect essentially on several sphere of social life, such as law and politics. This article try to introduce most important basics and requirements of pragmatism and then illustrate the influence of pragmatic thoughts on some major legal concepts, such as adjudication, political duty, legitimacy and human rights, in order to point out differences between "Pragmatism" and "fundamentalism". From the vision of pragmatism, law should be in serve of human needs. Legal decision makers in fact work with multiple norms, no one of which is ultimate. Legal decision makers locate the controversy within a web (or several different webs) of relevant normative analysis, and it is only by locating an issue within these various theories that a judge can understand the full extent of the controversy. Furthermore, the normative rules we find in theories can not capture the full basis of a judge's decision; decision making is also a matter of non-rule-guided intuitive understanding.



**The Interpretation of Article 265 of Civil Code**

**Fakhroddin ASGHARI AGHMASHADI &**

**Karim ATGHAEI**

**Persian text, pp. 129 - 145**

**Abstract**

The property which anyone gives to another is without consideration, for establishing an obligation or for fulfilment of it. The Article 265 has rejected the first probability. But, we can't conclude that, giving property to another is deemed to be for establishing an obligation or fulfilment of it. To this effect, there are different opinions in interpretation of article that we can also see these opinions in judicial decisions. The present article by considering different opinions concludes that giving property to another is presumption of being debtor. So, a person gives property to another ask for the return of it when he proves he is not debtor.

**Key Words:** Gratuitous, Presumption of being debtor, Rule of Possession, Fulfilment of the obligation.

obligation non seulement précontractuelle mais aussi contractuelle. Car, l'existence de cette obligation est rattachée partiellement à la bonne foi. Autrement dit, elle est le fondement moral de l'obligation d'information.

La bonne foi (qui est une attitude intellectuelle de l'individu) a deux aspects pratiques dans le monde extérieur: d'abord la loyauté et ensuite la coopération. La seule possibilité d'apprécier une telle notion intellectuelle, dans le domaine du droit civil, est d'évaluer le comportement externe de l'individu. Or de ce point de vue, malgré l'inscription de la bonne foi et non des deux notions de loyauté et coopération dans le Code civil, il ne semble pas que l'on puisse écarter ces deux oeuvres de la jurisprudence et de la doctrine comme les manifestations et les aspects pratiques de la bonne foi dans les relations précontractuelles et contractuelles. D'ailleurs, elles ne sont pas préférées à la bonne foi.

L'obligation d'information dans le contrat, est fondée sur les deux manifestations du principe de bonne foi, à savoir, l'obligation de loyauté et l'obligation de coopération. Plus précisément, elles justifient la nécessité de respect d'une obligation d'information entre les parties contractantes. Donc, cette dernière peut être fondée sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Mais il ne faut pas oublier que le concept précontractuel de cette obligation, est l'émanation de la bonne foi dans la procédure d'élaboration du contrat par l'intermédiaire de l'obligation de loyauté.

**La bonne foi dans le contrat, le fondement de l'obligation de loyauté et l'obligation de coopération en droit français**

**Abass GHASSEMI HAMED**

**Persian text, pp. 99-128**

**Abstract**

La notion de bonne foi, en droit français, présentée par le code civil, est une règle morale qui est devenue une règle de droit. La bonne foi représente à ce compte là un point de contact, une sorte de trait d'union entre le droit et la morale. En effet, le droit a pris en considération une notion morale pour lui "reconnaitre une valeur dans les actes et relations juridiques et lui accorder des effets et avantages". A cet égard, on pourrait dire que le moyen de ce développement dans les actes et les relations juridiques y compris le contrat est la bonne foi. La bonne foi, en tant que moyen de faire pénétrer la règle morale dans le droit des contrats, doit être étudiée dans la phase de l'élaboration du contrat ainsi que dans la phase de l'exécution.

La bonne foi dans la formation du contrat est élaborée par la doctrine et la jurisprudence à défaut d'un texte exprès, tandis qu'en matière d'exécution des contrats, elle est affirmée par la disposition de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil. Elle commande la reconnaissance d'une obligation d'information au stade de la formation et de l'exécution du contrat à chaque fois que l'on constate un déséquilibre de connaissance. La bonne foi couvre donc, l'exigence d'une telle

## **Youth Justice in England & Wales**

**Nasrin MEHRA**

Persian text, pp. 75-98

### **Abstract**

This article will aim to provide a critical overview of contemporary patterns of youth crime and key developments in youth justice law, policy and practice. Although official statistics do not appear to indicate that youth crime is significantly increasing in scope and/ or severity, recent policy and practice responses to young offenders have taken a markedly punitive turn. In order to account for this apparent anomaly, it will be argued that the policies of youth crime and youth justice, derived from constructions of fear and panic are once again distorting popular conceptualizations and formalized responses.

## **Challenge and Termination of Mandate of an Arbitrator**

**Hamid Reza NIKBAKHT**

**Persian text, pp. 45-74**

### **Abstract**

In arbitrations including international commercial arbitrations the parties certainly want to entrust their dispute to independent and impartial arbitrators. They also expect to have arbitrators with such other characters as agreed between themselves. It might happen that before appointment of the arbitrator or after it and in the course of arbitration proceedings, or even after the issuance of the arbitral award, the parties or one of them might have justifiable doubt as to the agreed characters of one or more of the arbitrators. Thus, the parties should be able to raise their objections to the arbitrator, i.e. to challenge him. In the case of successful challenge, the arbitrator challenged will have to withdraw from his office or may be removed and his mandate will be terminated. If such an arbitrator has issued an award, the award should not be enforceable.

In addition to the challenge of arbitrator, mandate of arbitrators might for some other reasons such as resignation, death, being incapable of performing his duties and failing to act without undue delay, be terminated. He will be removed from his office voluntarily or by agreement of the parties or decision of a court of justice.

When the mandate of arbitrator terminates by any reason, because of his withdrawal from office, or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case, a substitute arbitrator shall be appointed.

## **Developments in Shi'ite Ijtihad: The Historical Process, the Schools and Methods.**

**Mostafa MOHAGHEGH DAMAD**

**Persian text, pp. 9-43**

### **Abstract**

In the previous part of this article we pointed out the three theological schools of Najaf, Samarra, and Ghom. These schools are not of the same age. The first one, i.e. that of Najaf, has a relatively long history and its beginnings date back to the fifth century A. H., while the other two schools are not as old, and have been in existence only for the part one hundred years or so. However all three have seen enormous developments in contemporary history. Thus, it is no exaggeration, if we call the recent part of their life the period of deep changes of Ijtihad in the judicial domain of Islam, which comprises the social and practical aspects of Islamic jurisprudence. By contemporary history we mean the period of the jurisprudent activity since the time of the pupils of Sheikh Ansari. It is in this period that all three above mentioned schools began and continued their profound changes.

The developments in Shi'ite Ijtihad during this time have been determined by world-wide social and political events that effected Islamic societies, whereby the Shi'ite clergy could not remain indifferent. Hence, Shi'ite jurisprudence underwent various changes in its public, political, private, and penal codes.

In this part of the article we seek to briefly discuss the effective factors that led to these changes, presenting exemplary cases through authoritative documents.

**Key words:** Public jurisprudence, the Tobacco Fetwa, the Fetwa of Seyyed Laari, Civil resistance.

## Articles

- ◆ Developments in Shi'ite Ijtihad: The Historical Process, the Schools and Methods.

Mostafa MOHAGHEGH DAMAD

- ◆ Challenge and Termination of Mandate of an Arbitrator

Hamid Reza NIKBAKHT

- ◆ Youth Justice in England & Wales

Nasrin MEHRA

- ◆ La bonne foi dans le contrat, le fondement de l'obligation de loyauté et l'obligation de coopération en droit français

Abass GHASSEMI HAMED

- ◆ The Interpretation of Article 265 of Civil Code

Fakhraddin ASGHARI AGHMASHADI & Karim ATGHAEI

- ◆ Legal Pragmatism

Shahram KEYVANFAR

- ◆ Exclusionary Rule In Afghan Criminal Law

Gholam Haidar ALLAMA

## Translated Articles

- ◆ Mineurs en danger en droit français, l'assistance éducative  
Jean-Yves Lassalle

traduit par Ali Hossein NADJAFI ABRAND ABADI

- ◆ La responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux  
Lions-Alexandre Sicilianos

traduit par Ali HANJANI

# REVUE DE RECHERCHE JURIDIQUE

**Directeur**  
**G.EFTEKHAR JAHROMI**

**Rédacteur en chef**  
**M.A. ARDEBILI**

## **Comité de Rédaction**

*Mohammad ACHOURI, Mohammad-Reza AHMADI, Mohammad-Reza PASBAN,  
Abdollah SHAMS, S.Hossein SAFAIE, Ezatollah ERAGHI, Amir-Hossein FAKHARI,  
Hedayatollah FALSAFI, S.Mostafa MOHAGHEGH-DAMAD, Reza NOURBAHA,  
S.Mohammad HACHEMI*

*Avec la collaboration de l'Association Iranienne du Droit Comparé,  
l'Association  
Iranienne du Droit Pénal et l'Association Iranienne d'Arbitrage*

**Édition:**  
**Université Shahid Beheshti**  
**Faculté de droit**

**Téhéran – Evine**

**N° 46**  
**2008**