

بِسْمِ قَسَلِي
تَوَاجُهَانِدْرَسِهٖ عَالِي تَرْبِيَّتِي وَفَضَلِي طَلَابِي
تاسيس ۱۳۶۶

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



بشکله ننگال
بشکله ننگالی

دشکله ننگالی

مجله تحقیقات حقوقی

کتابخانه مدرسه عالی تربیتی و قضائی طلاب قم
مسلسل: ۲۴-۲۱
شماره حروف: _____
قفیه: ۹۸
ردیف: ۴
شماره: _____

شماره ۱۰

بهار - تابستان ۷۱

مجله تحقیقات حقوقی

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

تاریخ نشر: بهار - تابستان ۷۱

چاپ: چاپخانه شفق

تعداد: ۵۰۰۰ نسخه

همکار فنی: سازمان طرح و اجرای کتاب

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، اوین، تلفن ۲۹۳۱۹۹

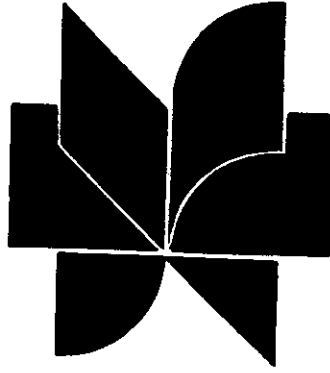
فهرست مطالب

بخش تحقیق

- مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن ۹
دکتر حسین مهر پور
- قرارداد تشکیل بیع ۵۷
دکتر مهدی شهیدی
- «آزادی مشروط» در ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی ۹۱
دکتر رضا نوربها
- تحلیل حقوقی جرایم سیاسی و مطبوعاتی ۱۰۵
دکتر سید محمدهاشمی
- شناخت منطقی حقوق بین الملل ۱۴۸
دکتر هدایت الله فلسفی
- تأثیر وقایع عراق در توسعه حقوق بین الملل ۱۹۱
دکتر نادر ذوالعین

بخش ترجمه

- جامعه بین المللی و کشتار جمعی ۲۱۹
دکتر محمدعلی اردبیلی
 - تأثیر و مفهوم «کنسانسوس» در تدوین حقوق بین الملل ۲۴۱
دکتر ابراهیم بیگ زاده
 - بحران سیاستهای جنایی کشورهای غربی ۲۷۵
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی
 - بررسی تطبیقی نظریه عقیم شدن اقتصادی قراردادها ۳۳۷
دکتر حسین میرمحمدصادقی
 - تأملی پیرامون ضمانتهای حقوق اساسی و نظریه تفسیر ۳۶۷
دکتر اردشیر امیرارجمند
- فهرست پایان نامه های پذیرفته شده در دانشکده حقوق دانشگاه
شهید بهشتی تا پایان سال ۱۳۷۰ ۳۸۳



پنجش

تحقیق





دکتر حسین مهر پور

مجمع تشخیص مصلحت نظام
و جایگاه قانونی آن



● مقدمه

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصلاحیه سال ۱۳۶۸ نهاد جدیدی به نام مجمع تشخیص مصلحت نظام بر نهادهای موجود مؤثر در تشکیلات حکومتی نظام جمهوری اسلامی ایران افزوده شد. اصل ۱۱۲ اصلاحی قانون اساسی تشکیل این نهاد و هدف از تشکیل آن را اعلام می‌دارد. این مجمع که به دستور رهبر و زیر نظر او تشکیل می‌شود و اعضای آن را معظم له تعیین می‌نماید، علاوه بر اینکه عنوان بازوی مشورتی رهبر را دارد، در تصویب و تأیید قوانین نیز نقش دارد و در برخی موارد، سرانجام، تصویب نهایی قانون به نظر آن مجمع موکول شده است. این وظیفه مجمع بسیار حساس و ظریف و پیچیده است و در واقع انگیزه نوشتن این مقاله نیز عمدتاً تشریح این وظیفه اساسی مجمع و نقش آن در قانونگذاری است.

چنانکه می‌دانیم اصل ۵۸ قانون اساسی اعمال قوه مقننه را از طریق مجلس شورای اسلامی اعلام نموده و اصل ۵۹ به عنوان یک طریق فوق العاده در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی،

اعمال قوه مقننه به وسیله همه پرسی و مراجعه مستقیم به آراء مردم را پیش بینی کرده است که البته ارجاع به همه پرسی نیز باید به تصویب مجلس (دوسوم مجموع نمایندگان) برسد.

تضمین صحت قوانین از نظر عدم مغایرت آنها با موازین اسلام و اصول قانون اساسی نیز با نهاد شورای نگهبان است که طبق اصل ۹۱ قانون اساسی از فقهای منصوب رهبر و حقوقدانان منتخب مجلس تشکیل می شود. اینکه مجمع تشخیص مصلحت نظام در روند تصویب قوانین چه نقشی را ایفا می کند و چه جایگاه و موقعیت قانونی دارد و نحوه عمل آن چگونه است و چگونه باید باشد، مطلب مهمی است که در این مقاله تا حدودی به آن خواهیم پرداخت.

از آنجا که قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۸ قانون اساسی نیز مجمع تشخیص مصلحت نظام به دستور رهبر راحل انقلاب حضرت امام خمینی قدس سره الشریف تشکیل شد و رهنمود ایشان مبنای تثبیت این نهاد و درج آن در قانون اساسی اصلاحی گردید، ابتدا نظری به سابقه و فلسفه تشکیل این مجمع می اندازیم.

گفتار

سابقه و فلسفه تشکیل

مجمع تشخیص مصلحت نظام

طبق اصل ۴ قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است

و طبق اصل ۷۱ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می تواند قانون وضع کند. اصل ۷۲ تصریح می کند که مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد و تشخیص این امر بر عهده شورای نگهبان است. اصل ۹۱ نیز مشعر بر این است که به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورای نگهبان مرکب از شش نفر فقیه عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز و شش نفر حقوقدان در رشته های مختلف حقوقی تشکیل می گردد. وفق اصل ۹۴ کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود و این شورا موظف است ظرف ده روز آن را از نظر انطباق با موازین اسلامی و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند.

از مجموع این اصول فهمیده می شود که مرجع صالح برای قانونگذاری، مجلس شورای اسلامی است؛ نمایندگان منتخب مردم باید با در نظر گرفتن نیازهای جامعه و مصالح مردم و برای حسن اداره جامعه و تنظیم روابط اجتماعی مردم در چارچوب قانون اساسی و موازین شرع اسلام قوانین را تصویب کنند و اعضای شورای نگهبان به عنوان خبرگان و متخصصان در مسائل فقهی و قانون اساسی، مصوبات مجلس را مورد بررسی و ارزیابی قرار دهند؛ نه نمایندگان مجلس می توانند در مقام تصویب قانون به موازین شرع و اصول قانون اساسی بی توجه باشند و نه اعضای شورای نگهبان مجازند بدون در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مسائل روز و موقعیت زمانی و مکانی و بی توجه به مصالح اساسی جامعه و تحقیق و تأمل کافی در همه جوانب قضیه، در مورد انطباق یا عدم انطباق قانون با شرع و قانون اساسی اظهار نظر کنند و به هر حال اگر شورای نگهبان مصوبه ای را مغایر با موازین شرع یا قانون اساسی اعلام کند مجلس مکلف است وفق نظر شورا مصوبه خود را اصلاح نماید و نظر شورای نگهبان در این خصوص

باید قاطع باشد. این ترتیب طبیعی کار است که در قانون اساسی پیش بینی شده.

قانون اساسی، برای تضمین اسلامی بودن قوانین و جلوگیری از انحراف مجلس و تصویب قوانین خلاف شرع، مجلس شورای اسلامی را بدون وجود شورای نگهبان فاقد اعتبار قانونی دانسته (اصل ۹۳) و ارسال کلیه مصوبات را به شورای نگهبان الزامی کرده است (اصل ۹۴) و برای جلوگیری از اختلال امور و حسن جریان کارها و تصویب قوانین متناسب با نیازهای جامعه، اعضای شورای نگهبان را مکلف نموده که درک و استنباط خود را از مبانی فقهی و فهم اصول قانون اساسی و انطباق قوانین با آنها بر پایه شناخت صحیح از مسائل روز و مقتضیات زمان و نقش آنها در تعیین و استخراج احکام اسلامی و نیز با احاطه بر مسائل مختلف رشته های گوناگون حقوق قرار دهند (مستفاد از قیود وصفی مندرج در اصل ۹۱ قانون اساسی) و نیز برای اظهار نظر شورای نگهبان مهلت زمان ده روز (که می تواند با استمهال بیست روز شود) قائل شده است که اگر ظرف این مدت نظری ابراز نداشتند مصوبه مجلس به عنوان قانون، قابلیت اجرا خواهد داشت (اصل ۹۴).

بدیهی است اعضای شورای نگهبان می توانند از نظریات مشورتی فقهای دیگر و فتاوی آنها استفاده کنند و عنداللزوم نظر فقهی و فتوای رهبر انقلاب را بگیرند و با توجه به آنها اظهار نظر نمایند.

در هر حال، طبق قانون اساسی، تشخیص شورای نگهبان همواره ملاک و مناط اعتبار است (قبل از تشکیل مجمع تشخیص) و نظر شورای مذکور باید معتبر و مطاع باشد.

با این وصف، خیلی زود، اختلاف نظر بین مجلس و شورای نگهبان در برخی مسائل پیدا شد. دولت و مجلس لوائح و طرحهایی را تهیه و تصویب می کردند که گاه جنبه بنیادی داشت و نظم جدیدی را پایه گذاری می کرد. هدف زدودن آثار حکومت طاغوت و کوتاه کردن دست حکومتگران فاسد و اذتاب و اتباع آنها و دادن امکانات بیشتر به محرومان و

مستضعفان جامعه و فراهم ساختن تسهیلات زیادتر برای آنان بود، که البته هدف مقدسی بود و بدیهی است اعضای شورای نگهبان نیز همین هدف را دنبال می‌کردند و محترم می‌شمردند ولی وقتی در قالب لایحه‌ای می‌خواست پیاده شود و مقرراتی کلی تنظیم و وضع شود اختلاف نظر حاصل می‌شد. مجلس با دید کلی مصلحت‌سنجی برای جامعه و رعایت حال مستضعفان و محرومان و با عنایت به نظر کلی ظلم‌ستیزی و عدالت‌خواهی اسلام و مبارزه‌اش با کنز و تکاثر ثروت و استثمار و بهره‌کشی از ضعفا، مثلاً در زمینه اقتصادی مقرراتی تنظیم و تصویب می‌کرد و شورای نگهبان آنها را در قالب قواعد و موازین شناخته شده فقهی می‌ریخت و با آنها می‌سنجید و با مبانی فقهی که در دست داشت در بسیاری از موارد حداقل با اطلاق و کلیت مقررات مصوب مجلس، بدین جهت که با موازین فقهی انطباق ندارد و گاه با اصول قانون اساسی مغایر است، مخالفت می‌نمود.

این اختلاف نظر در دو مورد، بیش از همه بروز کرد و دو اصطلاح را وارد سیستم قانونگذاری ما کرد که یکی از آنها سرانجام موجب تشکیل نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام و محدود کردن اعتبار تشخیص شورای نگهبان شد. اصطلاح اول عنوان ضرورت و اصطلاح دوم عنوان مصلحت نظام است که شاید بتوان گفت هر دو مآلاً یکی هستند. قانون اراضی شهری که اساسش بر محدود کردن اختیار مالک بود و از سوی شورای نگهبان با قاعده «تسلیطوالتاس مسلطون علی اموالهم» معارض تشخیص و مغایر موازین شرع اعلام شد، موجب ورود عامل ضرورت در قانونگذاری گردید و تشخیص آن نیز به عهده مجلس گذارده شد. و قانون کار که آزادی اراده طرفین قرارداد و بخصوص کارفرما را محدود می‌کرد سرانجام منجر به بروز اصطلاح تشخیص مصلحت نظام در قانونگذاری شد و نهادی را جدای از مجلس و شورای نگهبان برای تشخیص مصلحت و تنظیم قوانین برطبق آن پی‌ریزی کرد.

اکنون مرور کوتاهی بر سیر پدید آمدن این دو عامل خواهیم داشت.

الف. عامل ضرورت

قانون اراضی شهری در مرداد ۱۳۶۰ از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت و برای اظهار نظر به شورای نگهبان فرستاده شد. طبق این قانون کلیه اراضی موات شهری در اختیار دولت جمهوری اسلامی قرار می‌گیرد و اسناد و مدارک مالکیت صادره در مورد آنها فاقد ارزش قانونی است. در مورد اراضی بایر نیز فقط صاحبان آن حداکثر می‌توانند تا ۱۰۰۰ متر در اختیار داشته باشند و آن را عمران و احیا کنند و حق فروش آن را ندارند مگر به دولت و با تقویم دولت، و مالکان اراضی بایر و دایر شهری موظف اند زمینهای مورد نیاز دولت و شهرداریها را با تقویم دولت به آنها بفروشند.

در مورد اول یعنی اراضی موات مشکل و اختلاف نظر ماهوی وجود نداشت ولی شوق دوم و سوم که آشکارا سلطه مالک را تهدید می‌کرد، مورد بحث فراوان واقع شد و از وقتی که این طرح قانونی در مجلس مطرح گردید در محافل فقهی و حوزه‌ای نیز کم و بیش در مورد آن بحث و اظهار نظر می‌شد. بحث ضرورت و احکام ثانویه نیز در همان وقت جسته و گریخته عنوان می‌شد و هر چند ابتدا در تصویب طرح مزبور، صریحاً مسأله ضرورت و توسل به احکام ثانویه مطرح نشد ولی طرفداران این طرح، در توجیه آن بیان می‌کردند که وضع موجود و مشکل مسکن و ضرورت توجه دولت به این مشکل و حل آن ایجاب می‌کند که این مقررات به تصویب برسد و حل معضل حاد و اجتماعی مسکن - که معتقد بودند بدین وسیله حل می‌شود - توجیه کننده رفع ید از حکم اولی سلطه مالک است. جمعی هم این توجیهات را برای رفع ید از حکم اولی شرعی کافی نمی‌دانستند و معتقد بودند که مشکل مسکن را از طریق دیگر باید حل کرد.

به هر حال، شورای نگهبان در آن موقع این طرح قانونی را که صراحتاً بر مبنای ضرورت تصویب نشده بود مغایر با موازین شرع اعلام کرد

و این گونه اظهار نظر نمود:

«... قسمتهایی از ماده ۷ و ۸ و تبصره های آنها و ماده ۱۰ که با اراضی بایر و دایر ارتباط دارد و مغایر با آیه کریمه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراهن» و حدیث شریف معروف «لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه» و قاعده مسلمة «التاس مسلطون علی اموالهم» می باشد به اکثریت آراء فقها رد شد...»^۱

پس از این اعلام نظر شورا، مجلس که تصویب این قانون را لازم و ضروری می دانست، به دنبال یافتن راه حلی می گشت که توجیه شرعی برای آن پیدا کند و مجوزی برای تصویب قانون مزبور تحت عنوان ضرورت و حکم ثانوی بیابد. از این رو، رئیس مجلس در تاریخ ۱۳۶۰/۷/۵ نامه ای به شرح زیر خطاب به حضرت امام خمینی قدس سره الشریف نوشت:

محضر شریف حضرت آیه الله العظمی امام خمینی
مدظله العالی

چنانکه خاطر مبارک مستحضراست، قسمتی از قوانین که در مجلس شورای اسلامی به تصویب می رسد به لحاظ تنظیمات کلی امور و ضرورت حفظ مصالح یا دفع مفساسدی که بر حسب احکام ثانویه به طور موقت باید اجرا شود و در متن واقع مربوط به اجرای احکام و سیاستهای اسلام و جهاتی است که شارع مقدس راضی به ترک آنها نمی باشد و در رابطه با این گونه قوانین به اعمال ولایت و تنفیذ مقام رهبری که طبق قانون اساسی هم قوای سه گانه را تحت نظر دارند احتیاج پیدا می شود، علی هذا تقاضا دارد مجلس شورای اسلامی را در این موضوع مساعدت و ارشاد فرمایید.

رئیس مجلس شورای اسلامی
اکبر هاشمی رفسنجانی

۱. قسمتی از اظهار نظر مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ شورای نگهبان که در رابطه با قانون اراضی شهری به مجلس شورای اسلامی اعلام شد.

امام خمینی (ره) در تاریخ ۶۰/۷/۱۹ در پاسخ رئیس مجلس چنین
مرقوم فرمودند:

بسم الله الرحمن الرحيم

آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد که فعل یا ترک آن موجب اختلال نظام می شود و آنچه ضرورت دارد که ترک آن یا فعل آن مستلزم فساد است و آنچه فعل یا ترک آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی با تصریح به موقت بودن آن مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع خودبه خود لغو می شود، مجازند در تصویب و اجرای آن و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا از حدود مقرر تجاوز نمود مجرم شناخته می شود.

روح الله الموسوی الخمینی

با این ارشاد و اجازه امام (ره)، مجلس عنوان ضرورت را در قانونگذاری وارد کرد و مقرراتی را که به نظر با موازین اولیه شرعی وفق نمی داد ولی ضرورت و مصلحت ملزمه جامعه اقتضای تصویب آنها را داشت به عنوان ضرورت مطرح می نمود و پیرامون آن بحث می شد و سرانجام اگر اکثریت ضرورت آن را تشخیص می داد مورد تصویب قرار می گرفت. اصل مطلبی که در حکم حضرت امام (ره) آمده شاید کمتر مورد اختلاف فقهای دیگر قرار داشت و فقهای شورای نگهبان هم طبعاً آن را قبول داشتند. نکته مهمی که در حکم امام وجود داشت، معتبر بودن تشخیص اکثریت وکلای مجلس بود و لازمه این امر این بود که اگر اکثریت نمایندگان ضرورت وضع مقرراتی را با معیارهایی که در حکم امام آمده است تشخیص دادند دیگر شورای نگهبان از ورود در این بحث فارغ است و باید با توجه به اینکه تشخیص موضوع داده شده و ضرورت، مفروض است از جهات دیگر، مشروع بودن یا نبودن مصوبه را اعلام نماید. البته بعداً امام (ره) برای دقت بیشتر در تشخیص موضوع رأی دوسوم نمایندگان را در

این خصوص لازم دانستند.^۲

هر چند این ترتیب جدید به کاسته شدن اختیار و اقتدار شورای نگهبان تعبیر می‌گردید و احياناً گفته می‌شد با قانون اساسی سازگاری ندارد ولی برداشت امام (ره) از قانون اساسی این بود که تشخیص موضوع و ورود در جزئیات و سنجش مصالح و مفاسد با شورای نگهبان نیست بلکه کار مجلس است و در واقع باید به تشخیص اکثریت نمایندگان برگزیده مردم در مورد مصالح مملکت و ضرورت انجام امری برای انتظام امور جامعه، اعتماد کرد و بر آن مبنا حکم شرعی و فقهی قضیه را بیان داشت. خوب به یاد دارم در جلسه‌ای که همان ایام در محضر امام (ره) بودیم و دبیر شورای نگهبان تقریباً با لحن گله‌آمیز بیان کرد که حکم اخیر جنابعالی به کم شدن اختیار شورای نگهبان و تفویض اختیار به مجلس شورای اسلامی تعبیر شده است، امام (ره) فرمودند: من چیزی از شورای نگهبان نگرفتم و به مجلس هم چیزی ندادم؛ تشخیص موضوع با مجلس و بیان حکم با شورای نگهبان است.

به هر صورت، مجلس قانون اراضی شهری را با توجه به حکم حضرت امام (ره) و تشخیص ضرورت، برای مدت پنج سال تصویب نمود و آن را برای اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال داشت. این بار شورای نگهبان قانون را با دید تشخیص ضرورت و اجرای حکم ثانوی مورد بررسی قرار داد، ولی باز مصوبه مجلس را از این جهت که ضرورتی که مجوز رفع ید از احکام اولیه باشد در همه کشورهای یکسان نیست در حالی که قانون عام و شامل تمام شهرهای کشور است، بعلاوه مجلس تحقیق کافی پیرامون وجود ضرورت نکرده و مورد با آنچه در حکم امام (ره) آمده است منطبق نیست، باز مصوبه مجلس را مغایر شرع دانست و در مورخ ۱۳۶۰/۱۰/۳ نظر خود را به مجلس بدین شرح اعلام کرد:

«با توجه به اینکه ضرورت مسکن در همه شهرها و بخشها در حدی که

۲. صحبت حضرت امام (ره) با نمایندگان مجلس در ۱۳۶۱/۱۱/۴ (صحیفه نور، ج ۱۷)

موجود رفع ید از احکام اولیه باشد علی السوی نیست بلکه در بعضی نقاط اصل آن منتفی است و یا رفع ضرورت در محدوده احکام اولیه و نظامات مالی اسلام و با استفاده از عواطف دینی و وجدان مکتبی که در جریان انقلاب اسلامی ملت شهیدپرور ایران به اوج تجلی و شکوفایی و پرباری رسیده است، امکان پذیر است، و نظر به اینکه پس از بررسیهای لازم و مراجعه به کارشناسان هر منطقه اگر هم در تمام شهرها و بخشها ضرورت و عدم امکان رفع آن با امکانات موجود مشخص گردد، به علت تفاوت فاحشی که در اقل مقدار رافع ضرورت بین مناطق مختلف وجود دارد، در تحدید اعمال مالکیت و رفع ید از احکام اولیه تعیین ضوابط یکسان و متحد الشکل، منطقی و شرعی به نظر نمی رسد و حاکی از این است که ابعاد تشخیص در رابطه با این قانون کلی کامل نشده است، علی هذا، با توجه به فرمان معظم رهبر انقلاب حضرت آیه الله العظمی امام خمینی دامت برکاته که بر اساس تشخیص ضرورتها و عناوین ثانویه است، انطباق مصوبه که از جهت ضوابط تحدید اعمال مالکیت مالکان و تعیین اقل مقداری که در هر منطقه رافع ضرورت است، همه شهرها را با تفاوتهایی که دارند یکسان و تحت یک حکم قرار داده، با موازین شرعی به تأیید اکثریت فقهای شورای نگهبان نرسید، چنانکه خصوص موضوع تقویم اراضی بر اساس تقویم منطقه ای با کسر ارزش خدماتی نیز از لحاظ مغایرت با احکام اولیه و عدم ضرورت و عنوان ثانوی به تأیید اکثریت فقها نرسید.

لازم به تذکر است مفهوم این عدم تأیید رد تشخیص مجلس شورای اسلامی و نفی وجود ضرورت در امر مسکن و عدم لزوم اعمال ولایت در آن نیست بلکه مفهوم آن کافی نبودن تشخیص و اعم بودن احکامی که در مصوبه بر ضرورت مترتب شده از موضوع است، لذا برای اصلاح و تکمیل به مجلس شورای اسلامی ارجاع می گردد.»

بالاخره، مجلس قانون اراضی شهری را در ۲۷ اسفند ۱۳۶۰ با عنوان ضرورت تصویب نمود و شورای نگهبان هم با توجه به تشخیص ضرورت از ناحیه مجلس سرانجام آن را مغایر موازین شرع ندانست. پس از آن چند قانون دیگر هم با عنوان ضرورت به تصویب مجلس

رسید که مهمترین آنها قانون مربوط به کشت موقت و تجدید تصویب قانون اراضی شهری پس از انقضای مدت پنج سال با مختصر اصلاحات و تغییرات است. در رابطه با ضرورت، به هر حال، قانون مصوب مجلس می بایست برای تأیید به شورای نگهبان ارسال شود و شورا صرف نظر از تشخیص موضوعی ضرورت که به عهده مجلس گذارده شده از جهات دیگر باید آن را بررسی و اعلام نظر نماید و معمولاً در رابطه با چگونگی تحقق ضرورت نیز ایرادهایی را مطرح می سازد.

متأسفانه مجلس آن گونه که باید، به مسأله ضرورت و اهمیت آن ودقت در تشخیص و تصویب قوانین بر وفق آن نپرداخت و گاه توسل به ضرورت، صرفاً وسیله ای بود برای اقناع شورای نگهبان. مثلاً مقرراتی به تصویب می رسید و اگر شورای نگهبان با آن مخالفت می کرد، به عنوان ضرورت مطرح می شد و در معرض رأی گیری قرار می گرفت و گاه جهات ضرورت آن که موجب روی آوردن به حکم ثانویه و دست شستن از حکم اولیه باشد روشن نبود و این مسأله باعث نگرانی بود، بطوریکه دبیر شورای نگهبان در ۱۳۶۴/۴/۴ نامه مفصلی در این خصوص به محضر امام (ره) نوشت و نگرانی خود را از این بابت اعلام کرد. وی در قسمتی از نامه خود چنین اظهار داشت:

«... سؤال این است که اگر بنا باشد شورای نگهبان در مورد ضرورتها حق اظهار نظر نداشته باشد، خطر تصویب ضرورتها بر اساس جو سازیها و اعمال نفوذ افرادی ذی نفوذ در مجلس و مکتب گرایها، که بسیاری پیاده کردن آن مکتبها را ضرورت و بلکه واقعیت می دانند، چگونه دفع می گردد؟ و اگر خطر اینکه مجلس در زمانی بتواند مثل دوره گذشته قوانین خلاف شرع تصویب نماید با در نظر گرفتن شورای نگهبان دفع شده است، اینک که همان خطر به این صورت بازگشته است و این امکان حاصل شده که با عنوان ضرورت هر حلالی حرام و هر حرامی حلال و قانونی اعلام شود، دافع این خطر چیست و از چه راهی خطر تصویب ضرورتهای غیر واقعی دفع خواهد شد؟ با کمال تأکید عرض می کنم که مسأله بکلی دگرگون شده و اگر چاره اندیشی نشود با وضعی

که پیش آمده، هیچ گونه دافع قانونی از این خطر وجود نخواهد داشت....»

هم اکنون مدتهاست که مجلس قانونی را با عنوان ضرورت تصویب نکرده و احتمالاً با وجود تشکیل مجمع تشخیص مصلحت، دیگر این امر مورد نخواهد داشت. البته مسأله قابل بحث است.

ب. مصلحت نظام

گفتیم عنوان یا اصطلاح دیگری که وارد سیستم قانونگذاری شد و سرانجام هم به تشکیل نهادی منجر گردید، عنوان تشخیص مصلحت نظام بود.

سیر قضیه چنین است که در برخی قوانین، الزاماتی برای اشخاص در نظر گرفته می شود و آزادی اراده آنها محدود می گردد. گاه شبهه ایجاد می شود که دولت تا چه حد حق دارد در روابط اجتماعی افراد دخالت کند، محدودیتهایی برقرار سازد و اموری را بر آنها تحمیل کند و حتی علی رغم میل و اراده خود آنها در نحوه تنظیم قراردادها مداخله نماید؟ مثلاً کارگر و کارفرمایی قرارداد کار با یکدیگر می بندند. در رابطه با شرایط کار، میزان مزد، ساعات کار، بیمه کارگر و امثال آن، حکومت دخالت می کند؛ یعنی مقرراتی را پیش بینی می کند و طرفین را ملزم می سازد که در چارچوب مقررات پیش بینی شده قرارداد خود را منعقد نمایند. مثلاً کارفرما مکلف می شود کارگر را بیمه کند و به میزان معینی حق بیمه او را پرداخت نماید. آیا چنین الزامی از سوی دولت مشروع است یا خیر؟

در مشروعیت این امر شبهه و اشکال وجود داشت و راه حلی که برای رفع این اشکال اتخاذ گردید این بود که این الزام در قبایل خدماتی که دولت به افراد می دهد قرار داده شود. برای نخستین بار این فرمول در قانون معافیت از پرداخت سهم بیمه کارفرمایانی که حداکثر پنج نفر کارگر دارند مورد استفاده قرار گرفت. قانون مزبور می خواست کارفرمایان را از پرداخت

سهم کارفرما تا پنج نفر کارگر معاف دارد، یعنی در جهت تسهیل برای کارفرمایان بود. ولی مفهوم این قانون این بود که به هر حال کارفرما علی‌الاصول مکلف به پرداخت حق بیمه است و اگر بیش از پنج نفر کارگر داشته باشد الزاماً باید حق بیمه آنها را پردازد. چون این الزام دارای اشکال شرعی بود، برای رفع آن مادهٔ واحدهٔ فوق‌الذکر مصوبهٔ ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ بدین صورت تنظیم شد:

«از آغاز سال ۱۳۶۲ کارفرمایان کلیهٔ کارگاههای تولیدی و صنعتی و فنی که از خدمات دولتی (از قبیل برق، آب، تلفن، راه) استفاده می‌نمایند تا میزان پنج نفر کارگر از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما معاف بوده و از پنج نفر به بالا نسبت به مازاد پنج نفر حق بیمه را خواهند پرداخت...»^۳

در قانون بیمهٔ بیکاری مصوب خرداد ۱۳۶۶ نیز از همین فرمول استفاده شد. در مادهٔ ۱ قانون مزبور آمده است:

«کلیهٔ مشمولین قانون تأمین اجتماعی (کارفرمایان، کارگران، کارگاهها، مؤسسات تولیدی، خدماتی، صنعتی و کشاورزی) که به هر نحو از امکانات دولتی مثل ارز، انرژی، مواد اولیه و اعتبارات بانکی استفاده می‌نمایند مکلف به اجرای این قانون می‌باشند...»^۴

آوردن این قید و استفاده از این فرمول برای این بود که از ایراد شرعی شورای نگهبان که دولت حق ندارد چنین الزاماتی را بر افراد بنماید جلوگیری کند.

در همان وقت لایحهٔ قانون کار در دست بررسی و رسیدگی مجلس بود. لایحهٔ مزبور از لوائح مهم و بحث‌انگیز بود که در جنب بحثهای مربوط به آن سؤالات و استفساراتی از حضرت امام (ره) به عمل آمد و سرانجام هم بحثها و سؤال و جوابها که پیرامون حدود اختیارات دولت و حکومت اسلامی

۳. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲، ص ۱۹۴.

۴. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۶، ص ۲۲۱.

بود به تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام انجامید. چون در لایحه قانونی کار، تکالیف و الزاماتی برای کارفرما پیش بینی شده بود و به نظرمی رسید شورای نگهبان این الزامات را مشروع نداند، در ماده ۱ لایحه از همان فرمول سابق الذکر استفاده و ماده مزبور بدین گونه تنظیم شد:

«ماده ۱: کلیه کارفرمایان، کارگران، کارگاهها، مؤسسات تولیدی، صنعتی، خدماتی و کشاورزی که به هر نحو از امکانات دولتی مثل ارز، انرژی، مواد اولیه و اعتبارات بانکی استفاده می نمایند مکلف به تبعیت از این قانون می باشند...»

لایحه مزبور در اواخر آبان ۱۳۶۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و برای اظهار نظر به شورای نگهبان فرستاده شد. از بحثهایی که در مورد این لایحه به عمل آمد و مذاکراتی که وزیر کار و برخی دست اندرکاران تهیه این لایحه با اعضای شورای نگهبان داشتند، معلوم بود که شورای نگهبان با بسیاری از تکالیف و الزامات مقرر در این لایحه موافق نیست و فرمول ذکر شده در ماده ۱ را برای رفع اشکال کافی نمی داند و در خصوص اختیار دولت به برقراری شروط و الزامات در قبال خدمات عمومی و امکاناتی که به مردم می دهد به شدت ابراز تردید می شد. از این رو قبل از اعلام نظر شورای نگهبان، وزیر کار در این خصوص از محضر امام (ره) سؤالی به شرح ذیل مطرح کرد:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

محضر مبارک رهبر انقلاب اسلامی حضرت آیه الله العظمی امام خمینی
مدظله العالی

با آرزوی سلامتی و طول عمر برای آن وجود شریف و امید پیروزی هر چه سریع تر رزمندگان اسلام علیه کفر جهانی، استدعا دارد با توجه به کیفیت و نوع کار این وزارتخانه در ارتباط با واحدهای تولیدی و خدماتی بخش خصوصی در مورد سؤال زیر این وزارتخانه را ارشاد و راهنمایی فرمایید: آیا می توان برای واحدهایی

که از امکانات و خدمات دولتی و عمومی مانند آب، برق، تلفن، سوخت، ارز، مواد اولیه، بنادر، جاده، اسکله، سیستم اداری، سیستم بانکی و غیره به نحوی از انحاء استفاده می نمایند اعم از اینکه این استفاده از گذشته بوده و استمرار داشته باشد یا به تازگی به عمل آید در ازای این استفاده شروط الزامی را مقرر نمود؟

والسلام علیکم ورحمة الله وبرکاته

ابوالقاسم سرحدی زاده وزیر کار و امور اجتماعی

حضرت امام (ره) در تاریخ ۱۳۶۶/۹/۱۶ پاسخ وزیر کار را به شرح زیر اعلام داشتند:

بسمه تعالی

در هر دو صورت، چه گذشته و چه حال، دولت می تواند شروط الزامی را مقرر نماید.

روح الله الموسوی الخمینی

شورای نگهبان ایرادهای مفصل خود را بر لایحه قانونی کار که بسیاری از آنها شرعی بود در تاریخ ۱۳۶۶/۹/۱۹ یعنی پس از صدور فتوای حضرت امام (ره) به مجلس اعلام داشت و در ابتدای نامه خود به مجلس نوشت:

«مقدمتاً لازم به تذکر است ایراداتی که از لحاظ موازین شرعی بر این قانون وارد شده است بر اساس استظهار از ماده ۱ آن است که به عنوان الزام قانونی، اشخاص مذکور را مکلف به تبعیت از این قانون نموده است. لذا بررسی و اظهار نظر در سایر مواد به طور مستقیم و بدون ارتباط با ماده مذکور انجام شده. بدیهی است چنانچه با فتوای حضرت امام خمینی مدظله العالی مجلس شورای اسلامی اصلاحاتی به عمل آورد، شورای نگهبان با توجه به فتوای معظم له بررسی و اظهار نظر خواهد نمود....»

جدای از این مطلب و ایرادهای اعلام شده در مورد لایحه کار که فعلاً مورد بحث ما نیست، دبیر شورای نگهبان در رابطه با سؤال وزیرکار و پاسخ حضرت امام (ره) و برداشتهایی که از پاسخ معظم له می شد، در تاریخ ۱۳۶۶/۹/۲۶ نامه ای به شرح زیر خطاب به ایشان نوشت:

بسم الله الرحمن الرحيم
محضر شریف حضرت مستطاب رهبر انقلاب اسلامی
آیه الله العظمی امام خمینی دامت برکاته

باعرض سلام و تحیت و مسئلت طول عمر و سلامت و وجود مبارک در ظلّ عنایات خاصه حضرت بقیه الله ارواح العالمین له الفداء تصدیق می دهد:

از فتوای صادره از ناحیه حضرتعالی که، دولت می تواند درازای استفاده از خدمات و امکانات دولتی و عمومی شروط الزامی مقرر نماید، به طور وسیع بعض اشخاص استظهار نموده اند که دولت می تواند هرگونه نظام اجتماعی، اقتصادی، کار، عائله، بازرگانی، امور شهری، کشاورزی و غیره را با استفاده از این اختیار جایگزین نظامات اصلیه و مستقیم اسلام قرار دهد و خدمات و امکاناتی را که منحصر به او شده است و مردم در استفاده از آنها مضطرب یا شبه مضطرب می باشند وسیله اعمال سیاستهای عام و کلی بنماید و افعال و تروک مباحه شرعیه را تحریم یا الزام نماید. بدیهی است در امکاناتی که در انحصار دولت نیست و دولت مانند یک طرف عادی عمل می کند و یا مربوط به مقرر کردن نظام عام در مسائل عامه نیست و یا مربوط به نظام استفاده از خود آن خدمت است جواز این شرط مشروع و غیر قابل تردید است، اما در امور عامه و خدمتاتی که به دولت منحصر شده است به عنوان شرط مقرر داشتن نظامات مختلف که قابل شمول نسبت به تمام موارد و اقسام و اصناف و اشخاص است موجب این نگرانی شده است که نظامات اسلام از مزارعه، اجاره، تجارت، عائله و سایر روابط به تدریج عملاً منع و در خطر تعویض و تغییر قرار بگیرد و خلاصه استظهار این اشخاص که می خواهند در برقرار کردن هرگونه نظام اجتماعی و اقتصادی این فتواری

مستمک قرار دهند به نظر آنها باب عرضه هر نظام را مفتوح نموده است. بدیهی است همان طور که در همه موارد نظر مبارک راهگشای عموم بوده در این مورد نیز رافع اشتباه خواهد شد.

دبیر شورای نگهبان
لطف الله صافی

امام خمینی (ره) در حاشیه نامه دبیر شورای نگهبان چنین مرقوم

فرمودند:

بسمه تعالی

دولت می تواند در تمام مواردی که مردم استفاده از امکانات و خدمات دولتی می کنند با شروط اسلامی و حتی بدون شرط قیمت مورد استفاده را از آنان بگیرد و این جاری است در جمیع مواردی که تحت سلطه حکومت است و اختصاص به مواردی که در نامه وزیر کار ذکر شده است ندارد بلکه در انفال که در زمان حکومت اسلامی، امرش با حکومت است، می تواند بدون شرط یا با شرط الزامی این امر را اجرا کند و حضرات آقایان محترم به شایعاتی که از طرف استفاده جویان بی بندوباریا مخالفان با نظام جمهوری اسلامی پخش می شود اعتنایی نکنند که شایعات در هر امری ممکن است.

والسلام علیکم ورحمة الله
روح الله الموسوی الخمینی

این پاسخ امام و اظهار نظر ایشان نیز مورد تفسیر و برداشتهای مختلف قرار گرفت که اظهار نظر صریح و مهم امام (ره) را در مورد اختیارات حکومت اسلامی در پی داشت.

آقای رئیس جمهور (مقام معظم رهبری فعلی حضرت آیه الله خامنه ای مدظله العالی) در خطبه های نماز جمعه تهران در روز جمعه یازدهم دی ۱۳۶۶ به این موضوع پرداختند و ضمن بحثی که در مورد فعالیت های اقتصادی و کنترل و نظارت دولت و حدود اختیارات دولت نمودند

از جمله گفتند:

«... من اینجا خوب است برای رفع شبهه در اذهان برخی از افراد اشاره کنم به همین فتوایا حکمی که اخیراً امام درباره مسائل مربوط به کار و رابطه کارگر و کارفرما بیان کردند که جزو روشن ترین احکام اسلامی است و خوشبختانه بعد از آن از طرف دبیر محترم شورای نگهبان سؤالی از امام شد که وضوح مطلب را بیشتر کرد و راه همه سوء استفاده ها از بیان حضرت امام را بست.

امام می فرمایند دولت می تواند در مقابل خدماتی که انجام می دهد شروط الزامی مقرر می کند، یعنی کارفرما که در شرایط عادی و بدون نظارت دولت می تواند با کارگر رابطه غیر عادلانه برقرار کند... دولت می تواند کارفرما را اجبار و الزام کند بر رعایت یک سلسله از الزامات و وظایف که برعهده کارفرما گذاشته شود. چنین چیزی در اختیار دولت اسلامی است در مقابل آن خدماتی که به کارفرما ارائه می دهد... این یک نکته و نکته ای که اهمیت آن کمتر از این نیست که هم در سؤال و پاسخ حضرت امام اشاره روشنی و بلکه تصریحی بدان شده این است که این کار، این اقدام دولت اسلامی به معنای برهم زدن قوانین و احکام پذیرفته شده اسلامی نیست که تکیه سؤال دبیر محترم شورای نگهبان هم روی همین است. گویا بعضی می خواستند از این فتوای امام این طور استنباط کنند و یا سوء استفاده کنند و یا به هر حال نفهمی و عدم تسلط آنها به منابع و مبانی اسلامی این طور ایجاب می کرد که امام می فرمایند: دولت می تواند با کارفرما شرط کند که در صورتی می توانی از این خدمات استفاده کنی که این کارها را انجام دهی. چه کارهایی؟ کارهایی که برخلاف مقررات و احکام پذیرفته شده اسلامی است؟ امام می فرمایند: نه، اینها شایعاتی است که آدمهای مغرض مطرح می کنند. یعنی چنین چیزی در پاسخ امام وجود ندارد. امام که فرمودند دولت می تواند شرط الزامی را بردوش کارفرما بگذارد، این هر شرطی نیست. آن شرطی است که در چارچوب احکام پذیرفته شده اسلام است و نه فراتر از آن. این بسیار نکته مهمی است در پاسخ امام که چون سؤال کننده سؤال می کند برخی این طور از فرمایشات شما استنباط کرده اند که می شود قوانین

اجاره، مزارعه، احکام شرعیه و فتاوی پذیرفته شده مسلّم رانقض کرد
و دولت می تواند برخلاف احکام اسلامی شرط بگذارد، امام می فرماید
نه، این شایعه است. یعنی چنین چیزی اصلاً در حوزه سؤال و جواب
وزیرکار و امام وجود ندارد...»^۵

این اظهارات و این نوع تفسیر از فرموده امام (ره) ظاهراً بحثهایی را
به دنبال داشته و گویا ریاست جمهوری نامه ای خدمت حضرت امام (ره)
مرقوم داشتند و نظر ایشان را جوایا شدند. به هر حال، امام (ره) در تاریخ
۱۳۶۶/۱۰/۱۶ ضمن نامه ای خطاب به رئیس جمهور در مورد اظهارات
ایشان در خطبه نماز جمعه چنین مرقوم فرمودند:

بسمه تعالی

جناب حجة الاسلام آقای خامنه ای رئیس محترم جمهوری اسلامی

دامت افاضاته

پس از اهدای سلام و تحیت، من میل نداشتم که در این موقع حساس
به مناقشات پرداخته شود و عقیده دارم که در این مواقع، سکوت بهترین
طریقه است. والبته نباید ماها گمان کنیم که هر چه می گوئیم و
می کنیم کسی را حق اشکال نیست. اشکال بلکه تخطئه یک هدیه
الهی است برای رشد انسانها. لکن صحیح ندانستم که جواب مرقوم
شریف و تقاضایی که در آن شده بود را به سکوت برگذار کنم. لهذا
آنچه را که در نظر دارم به طور فشرده عرض می کنم.
از بیانات جنابعالی در نماز جمعه این طور ظاهر می شود که شما
حکومت را که به معنای ولایت مطلقه ای که از جانب خدا به نبی اکرم
صلی الله علیه وآله وسلم واگذار شده و اهم احکام الهی است و بر
جمیع احکام فرعی الهیه تقدم دارد، صحیح نمی دانید، و تعبیر به آنکه
اینجانب گفته ام حکومت در چارچوب احکام الهی دارای اختیار
است، بکلی برخلاف گفته های اینجانب است.
اگر اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعی الهیه است، باید

۵. نقل از روزنامه جمهوری اسلامی، مورخ شنبه ۱۳۶۶/۱۰/۱۲.

عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام صلی الله علیه و آله و سلم یک پدیده بی معنی و محتوا باشد. اشاره می‌کنم به پیامدهای آن که هیچ کس نمی‌تواند ملتزم به آنها باشد؛ مثلاً خیابان کشیها که مستلزم تصرف در منزلی است یا حریم آن است در چارچوب احکام فرعیه نیست، نظام وظیفه و اعزام الزامی به جبهه‌ها و جلوگیری از ورود و خروج ارز و جلوگیری از ورود یا خروج هر نحو کالا و منع احتکار در غیر دو سه مورد و گمرکات و مالیات و جلوگیری از گرانفروشی، قیمت گذاری و جلوگیری از پخش مواد مخدر و منع اعتیاد به هر نحو غیر از مشروبات الکلی، حمل اسلحه به هر نوع که باشد و صدها امثال آن که از اختیارات دولت است بنابر تفسیر شما خارج است و صدها امثال اینها. باید عرض کنم حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم است، یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تمام احکام فرعیه حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند؛ حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند و مسجدی که ضرار باشد، در صورتی که رفع بدون تخریب نشود، خراب کند؛ حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یکجانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را چه عبادی و یا غیر عبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادامی که چنین است جلوگیری کند؛ حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست، موقتاً جلوگیری کند.

آنچه گفته شده است تا کنون و یا گفته می‌شود، ناشی از عدم شناخت ولایت مطلقه الهی است. آنچه گفته شده است که شایع است مزارعه و مضاربه و امثال آنها را با آن اختیارات از بین خواهد رفت، صریحاً عرض می‌کنم که فرضاً چنین باشد این از اختیارات حکومت است و بالاتر از آن هم مسائلی است که مزاحمت نمی‌کنم. ان شاء الله تعالی خداوند امثال جنابعالی را که جز خدمت به اسلام نظری ندارید، در پناه خود حفظ فرماید. روح الله الموسوی الخمینی

بیان امام (ره) صریح و روشن و راهگشاست و بنده فکر می‌کنم اگر توجه کافی به این دیدگاه امام (ره) از سوی فقهای شورای نگهبان شده بود و با آن دید به قوانین می‌نگریستند و ارزیابی و بررسی می‌کردند نیازی به تشکیل مجمع تشخیص مصلحت پیدا نمی‌شد. نشانه‌های روشنی در جای‌جای سخنان امام (ره) دیده می‌شود و می‌رساند که آن پیرزنده دلی روشن بین و فقیه ژرف‌نگر موقع شناس، تمایل چندانی به تشکیل نهادی در جنب شورای نگهبان نداشت و مایل بود این شورا خود باروشن بینی و برداشت صحیح از حکومت اسلامی و اختیارات آن و درک واقعیات و مقتضیات زمان، مسائل را بررسی و در حل معضلات نظام کمک کند و موضع قانونی خود را مستحکم نگاه دارد. چند روز پس از این بیانات، در تاریخ ۱۳۶۶/۱۰/۲۳ در ملاقاتی که دبیر شورای نگهبان آیه الله صافی با ایشان داشتند در مورد شورای نگهبان فرمودند:

«... نهاد شورای نگهبان همیشه مورد تأیید اینجانب است و به هیچ وجه تضعیف نشده و نخواهد شد. این نهاد باید همیشه با بیداری و هوشیاری در خدمت به اسلام و مسلمین کوشا باشد.»^۶

در ملاقات ۱۳۶۳/۶/۱۱ اعضای شورای نگهبان با ایشان ضمن بیاناتی فرمودند:

«... من با نهاد شورای نگهبان صددرصد موافقم و عقیده‌ام هست که باید قوی و همیشگی باشد، ولی حفظ شورا مقداری به دست خود شماست. برخورد شما باید طوری باشد که در آینده هم به این شورا صدمه ای نخورد...»^۷

در وصیتنامه سیاسی-الهی خود می‌فرمایند:

«... و از شورای محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و چه در نسل‌های آینده، که با کمال دقت و قدرت و ظایف

۶. صحیفه نوره، ج ۲۰/ص ۱۷۴.

۷. همان، ج ۱۹/ص ۵۱.

اسلامی و ملی خود را ایفا و تحت تأثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه جلوگیری نمایند و با ملاحظه ضرورات کشور، که گاهی به احکام ثانویه و گاهی به ولایت فقیه باید اجرا شود، توجه نمایند...»^۸

باری، به هر صورت سیر جریانات بدینجا منتهی شد که پس از ابراز نظریات مهم امام (ره) — به شرحی که فوقاً ذکر شد — از سوی رئیس جمهور، رئیس مجلس، رئیس دیوان عالی کشور، نخست وزیر و حجة الاسلام سید احمد خمینی نامه ای خطاب به معظّم له نوشته و از ایشان خواسته شد برای حل عملی مسائل، مرجعی را تعیین کنند که با تشخیص آن مرجع، اختلافات مرتفع و معضلات حل شود. این نامه که در نیمه بهمن ۱۳۶۶ خدمت امام نوشته شد بدین شرح است:

بسمه تعالی

محضر مقدس رهبر عظیم الشان حضرت آیه الله العظمی امام خمینی
دامت برکات و جوده الشریف

در سایه اظهارات اخیر آن وجود مبارک از لحاظ نظری مشکلاتی که در راه قانونگذاری و اداره جامعه اسلامی به چشم می خورد بر طرف شده و همان گونه که انتظار می رفت این راهنماییها مورد اتفاق نظر صاحب نظران قرار گرفت. مسأله ای که باقی مانده شیوه اجرایی اعمال حق حاکم اسلامی در موارد احکام حکومتی است. در حال حاضر لوایح قانونی ابتدا در وزارتخانه های مربوط و سپس در کمیسیون مربوط در دولت و سپس در جلسه هیأت دولت مورد شور قرار می گیرد و پس از تصویب در مجلس معمولاً دو شور در کمیسیون های تخصصی دارد که با حضور کارشناسان دولت و بررسی نظرات متخصصان که معمولاً پس از اعلام و انتشار به کمیسیون ها می رسد انجام می شود و معمولاً یک لایحه در چند کمیسیون به تناسب مطالب مورد بررسی قرار می گیرد و دو شور هم در جلسه علنی دارد که همه نمایندگان و وزرا یا معاونان

۸. همان، ج ۲۱ / ص ۱۸۷.

وزارتخانه های مربوط در آن شرکت می کنند و به تناسب تخصصها اظهار نظر می کنند و پیشنهاد اصلاح می دهند و اگر کار به صورت طرح شروع شود، گرچه ابتدا کارشناسی دولت را همراه ندارد ولی در کمیسیون ها و جلسه عمومی همانند لوایح، کارشناسان مربوط نظرات خود را مطرح می کنند. پس از تصویب نهایی، شورای نگهبان هم نظرات خود را در قالب احکام شرعی یا قانون اساسی اعلام می دارد، که در مواردی مجلس نظر آنها را تأمین می نماید و در مواردی از نظر مجلس قابل تأمین نیست که در این صورت مجلس و شورای نگهبان نمی توانند توافق کنند و همین جاست که نیاز به دخالت ولی فقیه و تشخیص موضوع حکم حکومتی پیش می آید (گرچه موارد فراوانی از این نمونه ها در حقیقت اختلاف ناشی از نظرات کارشناسانه است، که موضوع احکام اسلام یا کلیات قوانین اساسی را خلق می کند).

اطلاع یافته ایم که جنابعالی درصدد تعیین مرجعی هستید که در صورت حل نشدن اختلاف مجلس و شورای نگهبان از نظر شرع مقدس یا قانون اساسی، با تشخیص مصلحت نظام و جامعه، حکم حکومتی را بیان نماید. در صورتی که در این خصوص به تصمیم رسیده باشید با توجه به اینکه هم اکنون موارد متعددی از مسائل مهم جامعه بلا تکلیف مانده سرعت عمل مطلوب است.

عبدالکریم موسوی، سیدعلی خامنه ای، احمد خمینی، میرحسین موسوی، اکبرهاشمی رفسنجانی^۱

امام خمینی (ره) در ۱۳۶۶/۱۱/۱۷ به این نامه پاسخ دادند و ضمن آن فرمان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام را صادر کردند و اعضای آن را تعیین فرمودند. در همین نامه نیز مشخص است که امام (ره) ترجیح می دادند که کار بدینجا نمی کشید و بر روال طبیعی خود پیش می رفت. پاسخ امام (ره) بدین شرح است:

۹. مجموعه قوانین و مقررات مربوط به مجمع تشخیص مصلحت نظام، صص ۱-۳.

بسم الله الرحمن الرحيم

گرچه به نظر اینجانب پس از طی این مراحل، زیر نظر کارشناسان که در تشخیص این امور مرجع هستند، احتیاج به این مرحله نیست، لکن برای غایت احتیاط در صورتی که بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان شرعاً و قانوناً توافق حاصل نشد، مجمعی مرکب از فقهای محترم شورای نگهبان و حضرات حجج اسلام آقایان خامنه‌ای، هاشمی، اردبیلی، توسلی، موسوی خوئینی‌ها و جناب آقای میرحسین موسوی و وزیر مربوط برای تشخیص مصلحت نظام اسلامی تشکیل گردد و در صورت لزوم رأی اکثریت اعضای حاضر این مجمع مورد عمل قرار گیرد. احمد در این مجمع شرکت می‌نماید تا گزارش جلسات به اینجانب سریع‌تر برسد. حضرات آقایان توجه داشته باشند که مصلحت نظام از امور مهمه‌ای است که گاهی غفلت از آن موجب شکست اسلام عزیز می‌گردد.

امروز جهان اسلام نظام جمهوری اسلامی ایران را تابلوی تمام‌نمای حل معضلات خویش می‌دانند. مصلحت نظام و مردم از امور مهمه‌ای است که مقاومت در مقابل آن ممکن است که اسلام پابرهنگان زمین را در زمانهای دور و نزدیک زیر سؤال برد و اسلام امریکایی مستکبرین و متکبرین را با پشتوانهٔ میلیاردها دلار توسط ایادی داخل و خارج آنان پیروز گرداند. از خداوند متعال می‌خواهم تا در این مرحله حساس آقایان را کمک فرماید.

روح الله الموسوی الخمینی

به تاریخ ۱۷ بهمن ماه ۱۳۶۶

بدین ترتیب، مجمع تشخیص مصلحت نظام در اواخر بهمن ۱۳۶۶ تشکیل شد و ابتدا آئیننامهٔ نحوهٔ کار خود را تنظیم کرد و به تأیید حضرت امام (ره) رساند و کار خود را شروع نمود. در این دوره مجمع، هم در مقام مرجع عالی تشخیص مصلحت نظام که فوق مجلس و شورای نگهبان قرار دارد

در مواردی که شورای نگهبان مصوبه‌ای را مغایر شرع یا قانون اساسی اعلام می‌کرد و مجلس حاضر نبود طبق نظر شورای نگهبان مصوبه خود را اصلاح کند وارد عمل می‌شد و تشخیص خود را اعلام می‌کرد و هم طبق اختیاری که از سوی حضرت امام (ره) به آن داده شده بود در برخی موارد ابتدائاً مبادرت به تصویب قانون می‌نمود که مهمترین آنها قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب آبان ۱۳۶۷ بود.

در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۸ حضرت امام (ره) طی نامه‌ای که خطاب به اعضای مجمع تشخیص مصلحت نگاشتند اختیار قانونگذاری را از آن مجمع سلب و صلاحیت آن را محدود به رسیدگی به موارد اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان نمودند.



گفتار

مجمع تشخیص مصلحت نظام در قانون اساسی

مجمع تشخیص مصلحت که در سال ۱۳۶۶ تشکیل شد صرفاً بر مبنای دستور رهبر انقلاب حضرت امام خمینی (ره) بود و در قانون اساسی جایگاهی نداشت. مشروعیت و قانونی بودن تصمیمات آن هم صرفاً با توجه به اختیارات مقام ولایت فقیه که قانون اساسی آن را به رسمیت شناخته و اصل ۵۷ قوای سه‌گانه را زیر نظر او قرار داده قابل توجیه بود.

ولی لازمه پایدار بودن این نهاد تصریح به وجود آن در قانون اساسی بود. ولذا هنگامی که بازنگری در قانون اساسی مطرح شد، از جمله مسائلی که در دستور کار شورای بازنگری قانون اساسی قرار گرفت مجمع تشخیص مصلحت نظام بود.

امام خمینی (ره) در نامه مورخ ۱۳۶۸/۲/۴ که خطاب به ریاست

محترم جمهوری در مورد بازنگری قانون اساسی مرقوم داشتند، در ضمن تعیین اعضای شورای بازنگری، محدوده مسائل مورد بحث را تعیین و از جمله آن مرقوم فرمودند: «...مجمع تشخیص مصلحت برای حل معضلات نظام و مشورت رهبری به صورتی که قدرتی در عرض قوای دیگر نباشد...»^{۱۱}.

شورای بازنگری قانون اساسی نیز پس از مباحثات فراوان، اصل ۱۱۲ اصلاحی قانون اساسی را بدین صورت تصویب نمود:

«اصل ۱۱۲-مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می شود.

اعضای ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضا تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید.»

الف. تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام براساس اصلاحیه قانون اساسی

در تاریخ ۱۳۶۸/۷/۱۲ حضرت آیه الله خامنه ای، رهبر معظم انقلاب، طی نامه ای خطاب به رئیس جمهور اعضای مجمع را تعیین و دستور تشکیل آن را صادر فرمودند. نامه مزبور به شرح زیر است:

جناب حجة الاسلام والمسلمین آقای هاشمی رفسنجانی
ریاست محترم جمهوری
دامت تأییداته

باسلام و تحیت، در اجرای اصل یکصد و نهم قانون اساسی و به منظور تحقق مصالحی که در اصل مزبور بدان تصریح شده است

۱۱. صحیفه نور، ج ۲۱ / ص ۱۲۳.

افراد مشروح ذیل را به عنوان اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام
برای مدت سه سال منصوب می‌کنم:
حضرات فقهای شورای نگهبان
رؤسای محترم سه قوه
وزیر مربوط

رئیس کمیسیون مربوط مجلس شورای اسلامی
حضرات آیات و حجج اسلام: آقای مهدوی کنی، آقای حاج شیخ
یوسف صانعی، آقای حاج سید احمد خمینی، آقای حاج سید محمد
موسوی خوئینی، آقای حاج شیخ محمدعلی موحدی کرمانی، آقای
حاج شیخ حسن صانعی، آقای حاج شیخ محمدرضا توسلی، آقای
حاج شیخ عبدالله نوری و جناب آقای میرحسین موسوی.
انتظار می‌رود جنابعالی با تشکیل و اداره مجمع مزبور، این نهاد
قانونی و کارساز را به جریان انداخته مصالح نظام جمهوری اسلامی
و ملت بزرگ ورشید ایران را در حوزه کارایی آن تأمین فرمایید.

والسلام علیکم ورحمة الله

سیدعلی خامنه‌ای

۱۳۶۸/۷/۱۲

در تاریخ ۱۳۷۰/۲/۱۸ آقایان دکتر حسن حبیبی و دکتر حسن
روحانی نیز از سوی مقام معظم رهبری به عنوان اعضای مجمع تشخیص
مصلحت انتخاب شدند و بدین ترتیب در حال حاضر، مجمع دارای بیست و دو
عضو است.

ب. وظایف و اختیارات مجمع تشخیص مصلحت نظام

چنانکه در سیر جریان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت دیدیم،
فلسفه تشکیل این مجمع در واقع این بود که در مقام اختلاف بین مجلس

۱۲. مجموعه مقررات مجمع تشخیص مصلحت نظام، صص ۱۱ و ۱۲.

و شورای نگهبان، از این جهت که مجلس مصلحت نظام را در تصویب قانونی می داند و شورای نگهبان با توجه به مبانی فقهی که در دست دارد آن را مغایر شرع و احیاناً مغایر قانون اساسی اعلام می کند، نظر بدهد و تشخیص او قاطع باشد. در واقع، شاید بتوان گفت همان طور که تأسیس شورای نگهبان بدین منظور بود که مبادا مجلس در تصویب قوانین به موازین شرع و قانون اساسی بی توجه باشد و آنها را نادیده بگیرد، تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نیز بدین منظور بود که مبادا جزمیت شورای نگهبان و خشکی و جمود او بر استنباط خود از موازین شرع و قانون اساسی، موجب بی توجهی به مصالح نظام اسلامی گردد و گردش چرخ نظام حکومت را کند یا متوقف سازد. در واقع، کار مجمع تشخیص مصلحت، همان کار شورای نگهبان است زیرا مجمع مذکور نیز نمی تواند بر قوانین خلاف شرع صحنه بگذارد. النهایه، فرض بر این است که با دید بازتری به مسائل نگاه می کند و ضرورت های جامعه و مصالح و ملاحظات را در نظر می گیرد (یعنی همان کاری که امام (ره) می فرمود شورای نگهبان باید در اظهار نظرها مراعات نماید) و تشخیص خود را اعلام می دارد. این تشخیص برای مجلس و شورای نگهبان معتبر و لازم الاتباع است و این معنی، هم در فرمان مورخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۷ امام (ره) در مورد تشکیل مجمع و هم در اصل ۱۱۲ قانون اساسی مشهود و نمایان است.

برخی وظایف دیگر هم قانون اساسی به مجمع داده که عبارت است از مشورت دادن به رهبری در تعیین سیاست های کلی نظام و حل معضل نظام (بندهای ۱ و ۸ اصل ۱۱۰)، انتخاب یکی از فقهای شورای نگهبان به عضویت شورای رهبری و تصویب برخی از تصمیمات شورای رهبری (اصل ۱۱۱)، و عضویت در شورای بازرنگری قانون اساسی (بند ۳ اصل ۱۷۷).

در سال ۱۳۶۶ که به دستور حضرت امام (ره) مجمع تشخیص مصلحت تشکیل شد، ایشان اختیار قانونگذاری نیز به آن مجمع دادند و مجمع مزبور چند قانون هم تصویب کرد از قبیل قانون مبارزه با

مواد مخدر، قانون تعزیرات حکومتی، قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی-درمانی و... ولی در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۸ - همان طور که قبلاً گفتیم - این اختیار را از مجمع گرفتند.

ج. آیا مجمع تشخیص مصلحت نظام حق قانونگذاری دارد؟

به نظر می‌رسد طبق قانون اساسی، نقش مجمع در رابطه با قانونگذاری صرفاً تشخیص مصلحت در مورد اختلاف حل نشده مجلس شورای نگهبان در خصوص قانون مصوب مجلس است و خود نمی‌تواند ابتدائاً مبادرت به وضع قانون نماید؛ فقط مقررات مربوط به نحوه کار و در واقع آییننامه داخلی خود را می‌تواند تنظیم و تصویب کند. این معنی از اصول متعدد قانون اساسی بخوبی فهمیده می‌شود. اصل ۵۷ قانون اساسی قوای حاکم در کشور را به سه قوه مقننه، قضائیه و مجریه تقسیم می‌کند، اصل ۵۸ اعمال قوه مقننه را از طریق مجلس شورای اسلامی اعلام می‌دارد و اصل ۵۹ نیز پیش‌بینی می‌کند که در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی با تصویب دوسوم مجموع نمایندگان ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آراء مردم صورت گیرد. در قانون اساسی جز این دو مرجع، هیچ مرجع دیگری برای اعمال قوه مقننه پیش‌بینی نشده و در واقع می‌توان گفت قانونگذاری منحصر در این دو مرجع است. اگر قرار بود مجمع تشخیص مصلحت نیز بتواند قانونگذار باشد می‌بایست در اصلاحیه قانون اساسی این معنی منظور شود و اصلاحی در اصول ۵۸ و ۵۹ به عمل آید. اصل ۱۲۳ قانون اساسی مقرر می‌دارد:

«رئیس جمهور موظف است مصوبات مجلس یا نتیجه همه‌پرسی را پس از طی مراحل قانونی و ابلاغ به وی امضا کند و برای اجرا در اختیار مسؤولان بگذارد.»

اگر از نظر قانون اساسی مجمع تشخیص مصلحت نیز صلاحیت قانونگذاری می‌داشت می‌بایست در این اصل نامی از آن برده می‌شد

و ترتیب ابلاغ و لازم الاجراء شدن مصوبات آن بیان می‌گردید.

طبق اصل ۷۴ آنچه در مجلس مطرح می‌شود و به عنوان قانون مورد بررسی و تصویب قرار می‌گیرد، یا به صورت لایحه است که با تصویب هیأت وزیران تقدیم مجلس می‌گردد و یا به صورت طرح است که با امضای حداقل پانزده تن از نمایندگان به مجلس ارائه می‌شود. طبق اصل ۷۵ طرح‌های قانونی و اصلاحات و پیشنهادهای نمایندگان در صورتی قابل طرح است که موجب تقلیل درآمد و افزایش هزینه عمومی نگردد. در صورت تخلف از این امر، طبعاً شورای نگهبان که باید مصوبه مجلس را بررسی کند از این حیث ایراد می‌گیرد و لایحه یا طرح را برای تجدیدنظر و اصلاح بازمی‌گرداند. حال، اگر مجمع تشخیص مصلحت بخواهد قانونگذاری کند چگونه قانون مطرح می‌شود؟ اگر چیزی را به تصویب رساند که موجب تقلیل درآمد یا افزایش هزینه عمومی گردید و دولت هم لایحه آن را نداده بود، چه مقامی بر آن نظارت دارد؟

از عنوان و اسم این نهاد نیز پیداست که برای تشخیص مصلحت است، یعنی کارش تصمیم‌گیری و ایجاد و وضع چیزی نیست بلکه باید مصلحت نظام را تشخیص دهد و آن را اعلام نماید. اصل ۱۱۲ قانون اساسی نیز اشاره‌ای به وظیفه قانونگذاری مجمع نکرده و اساس تأسیس و تشکیل آن را برای تشخیص مصلحت نظام در مورد اختلاف نظر بین شورای نگهبان و مجلس بیان داشته است.

امام خمینی رضوان الله تعالی علیه نیز که خود بنیانگذار این مجمع بودند و اختیار قانونگذاری را به آن دادند تصریح فرمودند که جنگ و حالت حاد و اضطراری مربوط به آن ایجاب می‌کرد که برخلاف قانون اساسی به لحاظ بازکردن گره‌های کور قانونی به این مجمع اختیار قانونگذاری داده شود، ولی از آن به بعد باید همه چیز طبق قانون اساسی انجام شود. ۱۳

۱۳. صحیفه نور، ج ۲۱ / ص ۵۷، پاسخ امام (ره) به نامه عده‌ای از نمایندگان مجلس در خصوص کیفیت کار و محدوده اختیارات مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۶۷/۹/۷. متن

ایشان در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۸ خطاب به اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام فرمودند:

«... از آنجا که وضعیت جنگ به صورتی درآمده است که هیچ مسأله ای آنچنان فوریت ندارد که بدون طرح در مجلس و نظارت شورای محترم نگهبان مستقیماً در آن مجمع طرح گردد، لازم دیدم نکاتی را متذکر شوم:

۱. آنچه تاکنون در مجمع تصویب شده است، مادام المصلحه به قوت خود باقی است.

۲. آنچه در دست تصویب است، اختیار آن با خود مجمع است که در صورت صلاحدید تصویب نماید.

۳. پس از آن، تنها در مواقعی که بین مجلس و شورای نگهبان اختلاف است، به همان صورتی که در آئیننامه مصوب آن مجمع طرح شده بود، عمل گردد...»^{۱۴}

اگر مجمع حق قانونگذاری داشته باشد، در این مقام، رابطه اش با مجلس شورای اسلامی چیست؟ آیا در عرض آن است یا عنوان مجلس بالاتر را دارد؟ آیا مجلس می تواند قوانینی وضع کند که ناسخ مصوبات مجمع باشد؟
اگر قرار باشد مصوبات مجمع را نیز رئیس جمهور امضا و برای اجرا

→ نامه امام بدین شرح است:

بسم الله الرحمن الرحيم

با سلام. مطلبی که نوشته اید کاملاً درست است. ان شاء الله تصمیم داریم در تمام زمینه ها وضع به صورتی درآید که همه طبق قانون اساسی حرکت کنیم. آنچه در این سالها انجام گرفته است در ارتباط با جنگ بوده است. مصلحت نظام و اسلام اقتضا می کرد تا گره های کور قانونی سریعاً به نفع مردم و اسلام بازگردد. از تذکرات همه شما سپاسگزارم و به همه شما دعا می کنم.

روح الله الموسوی الخمینی

ابلاغ کند، چنانچه وی تخلف کند و امضا ننماید — فرضاً خود او که عضو مجمع است در اقلیت بوده و مخالف مصوبه مجمع باشد — چه کسی مصوبه را امضا و ابلاغ می‌کند؟ آیا تبصره ماده ۱ اصلاحی قانون مدنی که می‌گوید «در صورت استنکاف رئیس جمهور از امضا و ابلاغ، رئیس مجلس شورای اسلامی دستور انتشار آن را می‌دهد» می‌تواند در اینجا صادق باشد؟

همه این دلایل و ابهامات و اشکالات نشان می‌دهد که مجمع نمی‌تواند قانونگذار باشد بلکه صرفاً مشخص مصلحت است، همان گونه که شورای نگهبان مشخص مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه مجلس با موازین شرع و قانون اساسی است.

بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی که در مقام بیان وظایف و اختیارات رهبر، یکی از آن اختیارات را «حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» اعلام می‌دارد، یک امر استثنایی و نادرالوقوع است که امکان دارد در یک موقع خاص بحرانی موضوعی پیش آید و مشکل لاینحل نظام بوده و از راههای معمول قابل حل نباشد. در اینجا طبق قانون اساسی رهبر مختار است تصمیم لازم را بگیرد و این کار را از طریق مجمع تشخیص مصلحت انجام دهد. این امر قانونگذاری نیست. هر چند ممکن است رهبر برای حل معضل دستورهای بدهد که حکم قانون را داشته باشد ولی به این بهانه نمی‌توان باب جدیدی را برای قانونگذاری بازکرد و مجمع تشخیص مصلحت را صاحب صلاحیت در امر قانونگذاری شناخت.

مورد اعمال بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بسیار کم و شاید در سال یک بار هم مصداق نداشته باشد. پیش‌بینی این بند اصولاً برای این منظور بوده که اگر در موقعی مشکل حاد و جدی برای نظام حکومت جمهوری اسلامی پیش آمد، رهبری این قدرت را داشته باشد که خارج از طرق عادی و جاری معمول که توسل به آن در چنان موقع ضروری و حادّی برای رفع مشکل امکان‌پذیر نیست، تصمیم لازم را بگیرد و نظام را از بحران خارج سازد و این کار را به وسیله مجمع تشخیص مصلحت انجام دهد.

متأسفانه در طی این مدت مشاهده شده که مجمع تشخیص مصلحت در مواردی دست به کار قانونگذاری زده است که به ذهن عادی وجه موجّهی برای دست برداشتن از طریق عادی قانونگذاری دیده نمی شود و بسیار دشوار است بتوان آن را از مصادیق معضل نظام که از طریق عادی قابل حل نبوده به حساب آورد. به عنوان نمونه به دو مورد اشاره می شود:

۱. قانون تخلفات، جرایم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوّب دهم مرداد ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام

این قانون مشتمل بر ۲۳ ماده و ۳ تبصره و هدفش تضمین التزام افراد به حفظ اسناد سجلی و شناسنامه است، و لذا برای فقدان شناسنامه و صدور مجدد آن پرداخت هزینه های ۵۰۰۰ ریال (پانزده هزار) و ۲۰,۰۰۰ ریال (بیست هزار) و ۱۰۰,۰۰۰ ریال (صد هزار) پیش بینی شده است (ماده ۱). همچنین برای اظهارات خلاف واقع در اعلام ولادت یا وفات یا هویت و استفاده مکرر از شناسنامه و گواهی خلاف واقع، مجازات حبس از ۹۱ روز تا یک سال و یا پرداخت جزای نقدی از ۲۰۰,۰۰۰ ریال تا ۱,۰۰۰,۰۰۰ ریال یا هر دو مجازات پیش بینی شده است و از همین قبیل مسائل در مواد دیگر این قانون دیده می شود.

واقعاً درک این مطلب دشوار است که چه معضل لاینحلی در اثر فقدان این قانون که نسبت به قوانین موجود یک مقدار تکالیف اشخاص را زیاده تر و مجازات تخلف از مقررات را بالاتر برده است، وجود داشت و چگونه از طریق عادی — یعنی از راه طرح و تصویب این قانون در مجلس شورای اسلامی — موضوع قابل حل نبوده است، در حالی که مرتباً نظایر این قانون از تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان می گذرد و امور جاری مملکت را حل و فصل می کند.

اگر این نگرانی وجود داشته که ممکن است شورای نگهبان با برخی از این جریمه های زیاد و مجازاتها مخالفت کند، به فرض که چنین

چیزی اتفاق می افتاد، ممکن بود پس از حدوث این امر و اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان، موضوع جهت تشخیص مصلحت به مجمع ارجاع شود و طبق اصل ۱۱۲ قانون اساسی عمل گردد، نه اینکه نظم عادی قانونگذاری بدین ترتیب برهم زده شود.

۲. قانون تشکیل محکمه عالی انتظامی قضات

نمونه دیگر، قانون تشکیل محکمه عالی انتظامی قضات مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت است. این قانون مشتمل بر ۳ ماده و ۲ تبصره است. در این قانون برای رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد قضات فاقد صلاحیت یک کمیسیون کارشناسی مرکب از دادستان انتظامی قضات، معاون حقوقی و امور مجلس وزارت دادگستری و معاون قضایی دادستان کل کشور پیش بینی گردیده و یک محکمه عالی انتظامی قضات مرکب از رئیس قوه قضائیه، رئیس دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور، رئیس شعبه اول دادگاه انتظامی قضات و دادستان انتظامی قضات در نظر گرفته شده است.

محکمه عالی انتظامی، گزارشهای کارشناسی در خصوص صلاحیت یا عدم صلاحیت قاضی را مورد بررسی قرار می دهد و در مورد قاضی اتخاذ تصمیم می کند. تصمیمات اکثریت محکمه که رأی رئیس قوه قضائیه در آن باشد، مناط اعتبار است. طبق ماده ۳، این قانون از تاریخ اول خرداد یک هزار و سیصد و هفتاد و یک و برای مدت پنج سال لازم الاجراء است.

این قانون در پی تفسیر شورای نگهبان از اصل ۱۶۴ قانون اساسی از تصویب مجمع تشخیص مصلحت گذشت.

اصل ۱۶۴ مقرر می دارد:

«قاضی را نمی توان از مقامی که شاغل آن است بدون محاکمه و ثبوت جرم یا تخلفی که موجب انفصال است به طور موقت یا دائم منفصل

کرد یا بدون رضای او محل خدمت یا سمتش را تغییر داد مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم رئیس قوه قضائیه پس از مشورت با رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل...»

همواره برسر این موضوع بحث بوده که آیا به استناد این اصل می توان قاضی را از شغل قضا منفصل کرد؟ یعنی رئیس قوه قضائیه پس از مشورت با رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل، می تواند به عنوان اقتضای مصلحت جامعه یک قاضی را از شغل خود برکنار کند بدون اینکه جرم یا تخلف انتسابی به وی در محکمه ای ثابت شود؟

قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۸ قانون اساسی به جای عبارت «...» مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم رئیس قوه قضائیه...» مقرر شده بود: «... مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصویب اعضای شورای عالی قضایی به اتفاق آراء...».

شورای عالی قضایی در زمان خود با استناد به این اصل عده ای از قضات را که فاقد صلاحیت می دانست، به جای اینکه ترتیب محاکمه آنها را در دادگاه عالی انتظامی قضات یا با سلب مصونیت قضایی در دادگاههای عمومی بدهد، با کسب آراء اعضای شورا از شغل خود برکنار کرد. در دوره جدید پس از شورای عالی قضایی نیز به دنبال اندکی وقفه همین ترتیب عملی می شد؛ یعنی رئیس قوه قضائیه، قضاتی را که گزارش می شد صلاحیت قضایی ندارند پس از بررسی و اظهار نظر یک کمیسیون سه نفره و مشورت با رئیس و دادستان کل کشور، از شغل خود منفصل می کرد و استناد هم این بود که استثنای مندرج در اصل ۱۶۴ نه تنها به رئیس قوه قضائیه این اجازه را می دهد که به لحاظ اقتضای مصلحت جامعه، محل خدمت یا سمت قاضی را تغییر دهد بلکه به همین جهت و اقتضا می تواند بدون انجام محاکمه، قاضی را از شغل خود منفصل نماید.

بسیاری از صاحب نظران با این برداشت و استنباط، سخت مخالف بودند و اعتقاد داشتند برای انفصال و برکناری قاضی راهی جز انجام محاکمه و ثبوت جرم و تخلف او در دادگاه مربوط وجود ندارد و برداشت

اول، علاوه برآنکه با لحن بیان و عبارت اصل ۱۶۴ سازگاری ندارد، چون امنیت شغلی قاضی را متزلزل می‌کند و اعتبار او را حتی از یک کارمند عادی پایین تر می‌آورد با فلسفه اصل مزبور که برای تأمین استقلال و امنیت شغلی قاضی تنظیم شده است منافات دارد. به هر حال، موضوع از شورای نگهبان استفسار شد و شورای مزبور در تاریخ ۱۳۶۹/۴/۱۹ طی یک نظر تفسیری اعلام داشت:

«استثنای مندرج در اصل ۱۶۴ قانون اساسی ((مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم رئیس قوه قضائیه پس از مشورت با رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل)) صرفاً ناظر به جمله دوم اصل یعنی عبارت «یا بدون رضای او محل خدمت یا سمتش را تغییر داد» می‌باشد و ارتباطی به جمله صدر اصل ندارد.»

در عین حال، کسانی که بر نظر خویش مصر بودند و اعتقاد داشتند موکول کردن موضوع به دادگاه انتظامی یا دادگاه عمومی نتیجه مطلوب را به بار نمی‌آورد و قاطعیت لازم را ندارد، قضیه را به مجمع تشخیص مصلحت کشاندند و به عنوان حل معضل نظام، خواستار پادرمیانی و تصمیم‌گیری مجمع مزبور شدند.

مجمع هم پس از مدتی بحث، سرانجام، قانون فوق‌الاشعار را که در واقع می‌توان گفت یک دادگاه و دادرسی انتظامی جدیدی را بنیان گذاشته است تصویب کرد. کمیسیون کارشناسی پیش‌بینی شده در این قانون در واقع حکم دادرسی انتظامی را دارد و محکمه عالی نیز همان دادگاه انتظامی قضات با ترکیب جدید است. اصل این موضوع و ترتیب مقرر در این قانون چندان مورد اشکال نیست؛ آنچه جای شگفتی دارد این است که چرا برای تصویب این قانون به جای توسل به طریق عادی قانونگذاری، برخلاف قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت اقدام کرده است؟

به راحتی می‌شد همین مقررات را به صورت طرح یا لایحه تقدیم مجلس شورای اسلامی کرد و آن را به تصویب رسانید. علی‌القاعده موردی برای مخالفت شورای نگهبان هم نبود، چون آنچه شورای نگهبان بر آن

تأکید داشت و از اصل ۱۶۴ استنباط می‌کرد لزوم محاکمه قاضی در دادگاه صالح برای انفصال او بود؛ کیفیت تشکیل دادگاه و چگونگی محاکمه موکول به قانون مصوب مجلس است که امکان داشت مجلس به همین ترتیب تصویب نماید. فرضاً در مجلس دخل و تصرفی هم می‌شد و اندک تغییری در ترکیب محکمه و کمیسیون مقدماتی و شیوه رسیدگی به عمل می‌آمد، چه اخلاقی به نظام وارد می‌شد؟

آیا انصافاً و منطقاً می‌توان پذیرفت که مجمع تشخیص مصلحت با تصویب این قانون یک معضل نظام را که از راههای عادی قابل حل نبوده، حل کرده است؟ چگونه می‌توان پذیرفت که تصویب این قانون از طریق عادی مجلس شورای اسلامی امکان پذیر نبوده و از مصادیق معضل نظام موضوع بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی است؟ حتی اگر فوریت آن مورد نظر بوده است، می‌شد با درخواست یک فوریت یا دو فوریت آن از مجلس این منظور را برآورده ساخت.

این چه معضلی است که مجمع تشخیص مصلحت برای حل آن در ۲۳ آبان ۷۰ مقرراتی را تصویب می‌کند ولی اجرای آن به اول خرداد ۷۱ (ماده ۳ همان قانون) یعنی پس از گذشت بیش از شش ماه موکول می‌گردد؟ آیا در طول این مدت، امکان تصویب آن از طریق مجلس شورای اسلامی نبود؟

به هر حال، به نظر می‌رسد عدم توسعه قلمرو صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت به امر قانونگذاری با منطق و مفهوم قانون اساسی سازگارتر است.

امام خمینی (ره) نیز در دستور مورخ ۱۳۶۸/۲/۴ خود برای تشکیل شورای بازنگری قانون اساسی، از جمله مسائل مورد بحث در اصلاحیه قانون اساسی را مجمع تشخیص مصلحت ذکر می‌کنند، ولی تصریح می‌فرمایند که مجمع مزبور باید برای حل معضلات نظام و مشورت رهبری مطرح گردد و قدرتی در عرض قوای دیگر نباشد.

روشن است دادن صلاحیت قانونگذاری به مجمع به گونه‌ای که

برخی نمونه‌های آن را دیدیم قرارداد آن در عرض قوه مقننه است که به نص قانون اساسی (اصل ۵۸، ذیل فصل ششم) مجلس شورای اسلامی است.

در رابطه با بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی همان‌طور که قبلاً گفته شد مسأله مربوط به اختیار مقام رهبری است که می‌تواند از طریق مجمع تشخیص مصلحت معضل لاینحل نظام را حل کند و این امر ضمن اینکه ممکن است موردش بسیار نادر باشد، نمی‌توان خاصیت قانونگذاری به آن داد. شاید بتوان مصوبه مجمع در خصوص نحوه وصول مطالبات بانکها مورخ ۶۸/۱۰/۵ را از مصادیق اعمال این بند ذکر کرد که مقام رهبری خود، دستور اجرای آن را صادر فرمودند. اگر خوب دقت شود این مصوبه در واقع قانون نیست بلکه دستورالعملی است که مقام رهبری به وسیله مجمع تشخیص مصلحت آن را تنظیم کردند و اجرای آن را لازم شمردند. ۱۵

۱۵. عین دستورالعمل مزبور جهت اطلاع و روشن شدن اینکه متفاوت با سایر مصوبات مجمع است از مجموعه قوانین سال ۱۳۶۹ (چاپ روزنامه رسمی، صص ۳۸ و ۳۹) ذیلاً نقل می‌شود:

روزنامه رسمی شماره ۱۳۶۹/۳/۱۳-۱۳۱۸۰

مصوبه مجمع محترم تشخیص مصلحت در مورد مطالبات بانکها و دعاوی مربوط به این امر، مورد تأیید و لازم الاجراء است. بدین وسیله مفاد آن به دستگاههای ذی ربط ابلاغ می‌شود.

سیدعلی خامنه‌ای

۱۳۶۸/۱۲/۱۳

شماره ۶۹۴-م

مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام

موضوع «قانون نحوه وصول مطالبات بانکها» در جلسه مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۵

مجمع مورد بررسی قرار گرفت و مواد ذیل به تصویب رسید.

قانون نحوه وصول مطالبات بانکها

ماده ۱. کلیه وجوه و تسهیلات مالی که بانکها تا تاریخ اجرای قانون عملیات

بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ مجلس شورای اسلامی به اشخاص حقیقی و

حقوقی تحت هر عنوان پرداخت نموده اند اعم از آنکه قراردادی در این خصوص

تنظیم شده یا نشده باشد و مقرر بوده است که بدهکار در سررسید معینه تسهیلات

در واقع، می‌توان گفت نوع برداشتی که از قانون اساسی در مورد ممنوعیت ربا وجود داشت و نظریاتی که شورای نگهبان در مورد مطالبه خسارت تأخیر تأدیه داده بود و راه حلی که برای بانکها در این زمینه نسبت به وامهایی که از این به بعد می‌دهند ارائه شده بود، وضعی را به وجود آورده بود که نسبت به مطالبات گذشته بانکها و وامهای کلانی که عده‌ای گرفته بودند و حاضر به پرداخت سود یا خسارت تأخیر تأدیه آن نبودند یا در برخی از موارد شنیده شد برای استرداد آنچه به عنوان سود و خسارت تأخیر تأدیه داده بودند دادخواست می‌دادند، معضلی را برای بانکها و اقتصاد کشور به وجود آورده بود. برای حل این معضل نیازی به وضع قانون جدید نبود، اما مقام نافذ الحکمی می‌بایست به این تردید خاتمه دهد و به طور جزم بتواند اجرای قوانین و مقررات زمان اعطای وام و تسهیلات را بلا اشکال

مالی و وجوه دریافتی را اعم از اصل و سود و سایر متفرعات مسترد دارد بر اساس مقررات و شرایط زمان اعطای این وجوه و تسهیلات، قابل مطالبه و وصول است. کلیه محاکم دادگستری و مراجع قضایی و دوایر اجرای ثبت مکلف اند طبق مقررات و شرایط زمان اعطای وجوه و تسهیلات، رسیدگی و نسبت به صدور حکم و وصول مطالبات بانکها اعم از اصل و هزینه‌ها و خسارات و متفرعات متعلقه (خسارت تأخیر تأدیه، جریمه عدم انجام تعهد و غیره) اقدام نمایند.

۲۵۵۱. در خصوص دعاوی که قبلاً راجع به مطالبات بانکها نزد مراجع قضایی مطرح و منجر به صدور حکم شده است و هزینه‌ها و متفرعات و جریمه تأخیر تأدیه و جزای تخلف از شرط متعلقه که وصول آن به نفع بانک مورد لحوق حکم واقع نشده است، بانکها می‌توانند تقاضای تصحیح حکم را از مرجع صادر کننده حکم بنمایند و مرجع صادر کننده حکم مکلف است وفق مقررات این قانون رسیدگی و احکام صادره را تصحیح نماید. مقررات این قانون در مورد دعاوی که در حال حاضر در محاکم مطرح رسیدگی است نیز اعمال می‌گردد.

نصره. دوایر اجرای ثبت اسناد و املاک مکلف اند بر اساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی بین بانکها و مشتریان که منجر به صدور اجرائیه شده اعم از آنکه عملیات اجرایی خاتمه پیدا کرده یا در جریان اجرا باشد، نسبت به وصول خسارات تأخیر تأدیه و سایر متفرعات و هزینه‌های مربوط طبق مقررات این قانون عمل نمایند.

و بلکه لازم اعلام نماید و مقام رهبری از طریق مجمع تشخیص مصلحت این معضل را حل کردند. در حقیقت، این عمل را نمی توان قانونگذاری به حساب آورد و ترتیب مقرر مزبور را قانون به مفهوم معمول آن قلمداد کرد. اگر همین رویه حفظ می شد، شاید از آن تاریخ تا کنون جز همین مورد مصداقی برای اعمال بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی - حداقل در رابطه با مسائل حقوقی و قانونی - یافت نمی شد و مجمع تشخیص مصلحت از محدوده صلاحیت اصلی خود که تشخیص مصلحت نظام در هنگام اختلاف حل نشده بین مجلس و شورای نگهبان است تجاوز نمی کرد.

د. طرز کار مجمع تشخیص مصلحت نظام

مجمع تشخیص مصلحت در حال حاضر وفق آئیننامه داخلی مصوب ۱۳۶۸/۸/۲ خود که در ۱۳۶۸/۹/۲۱ به تأیید رهبر انقلاب رسید، انجام وظیفه می کند. مطابق این آئیننامه جلسات مجمع در محل ریاست جمهوری تشکیل می شود و ریاست آن نیز با رئیس جمهور است. جلسات مجمع با حضور یازده نفر رسمیت می یابد و مصوبات آن در موارد اختلاف مجلس و شورای نگهبان با رأی مثبت اکثریت مطلق حضار اعتبار دارد. در خصوص کیفیت طرح موضوع در مجمع، ماده ۱۲ آئیننامه مقرر می دارد:

«موضوعات قابل طرح در مجمع به ترتیب زیر مشخص و مطرح می گردد:

مصوبه مجلس شورای اسلامی به شورای نگهبان برای اظهار نظر ارسال می شود. شورای نگهبان در صورتی که اشکالی بر آن وارد ببیند نظرات خود را به مجلس شورای اسلامی ارائه می کند. نظر شورای نگهبان طبق روال قانونی در مجلس مطرح شده و مجلس پس از رأی گیری مجدداً مصوبه را به شورای نگهبان ارسال می دارد. اگر مصوبه هنوز وافی به نظرات شورای نگهبان نباشد، در صورت توافق دبیر شورای نگهبان و رئیس مجلس، مجدداً در مجلس مطرح می گردد. در این صورت، اگر

مصوبه بیشتر از دو ماه در مجلس بماند مجمع می تواند آن را مطالبه نماید، و در صورت عدم توافق میان آندو، مصوبه مجلس توسط مجلس یا شورای نگهبان و یا صاحب لایحه (دولت، قوه قضائیه) به مجمع ارسال و یا توسط خود مجمع مطالبه می گردد و در عین حال نظر شورای نگهبان به مجلس شورای اسلامی نیز اعلام می شود.»

مجمع تشخیص مصلحت، ماده یا مواد مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان را مورد بررسی قرار می دهد و با در نظر گرفتن مصلحت نظام رأی گیری می کند و تشخیص خود را اعلام می دارد که این تشخیص ممکن است موافق مصوبه مجلس یا موافق نظر شورای نگهبان باشد و یا مصلحت را در شق ثالثی تشخیص دهد.

مجمع تشخیص مصلحت نمی تواند در موادی که شورای نگهبان و مجلس اختلافی نداشتند وارد رسیدگی شود و به عنوان تشخیص مصلحت تغییراتی را در آنها ایجاد کند، زیرا صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت به عنوان یک نهاد استثنایی منحصر است به آنچه در نص قانون اساسی آمده و اصل ۱۱۲ مقرر می دارد:

«مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند... به دستور رهبری تشکیل می شود.»

ترتیب منطقی کار نیز این است که وقتی مجمع رأی گیری کرد و نظر و تشخیص خود را اعلام داشت، باید مصوبه به مجلس برگردانده شود که مواد قانونی را بر اساس نظر مجمع تنظیم و اصلاح نماید و برای امضا طبق اصل ۱۲۳ قانون اساسی برای رئیس جمهور ارسال دارد. کار مجمع، ماهیتاً مثل کار شورای نگهبان است. همان طور که شورای نگهبان تشخیص خود را در مورد مصوبه به مجلس اعلام می کند و اصلاح و تغییری در آن به عمل نمی آورد، مجمع نیز اختیار تغییر و اصلاح و تنظیم قانون را ندارد. او تشخیص دهنده مصلحت است و باید این تشخیص را به مجلس اعلام کند تا

مجلس خود به تنظیم و اصلاح مصوبه‌اش پردازد.

ولی رویه عملی مجمع تشخیص مصلحت غیر از این است. مجمع عملاً گاهی از اوقات در قسمتهایی هم که مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان نیست وارد رسیدگی شده و حذف و اصلاحی در آن انجام می‌دهد، چنانکه در قانون کار و قانون لزوم تثبیت تعداد کاندیداها انجام داده است. بعلاوه، پس از تشخیص مصلحت و اظهارنظر، خود در مقام تنظیم مواد برمی‌آید و قانون را برای رئیس جمهور جهت امضا و ابلاغ می‌فرستد.

● نتیجه

چنانکه از خلال بحثهای گذشته به دست آمد، فلسفه اصلی و اولیه تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، بروز اختلاف نظر عمیق بین شورای نگهبان و اکثریت مجلس شورای اسلامی در مورد برخی از قوانین عمده و مهم بود. در واقع، شاید صرف اختلاف نظر مجلس و شورای نگهبان نیز نمی‌توانست به تشکیل چنین نهادی منجر شود، زیرا با اعتباری که قانون اساسی برای نظر شورای نگهبان و بخصوص فقهای آن در مورد موازین شرعی قائل است، مسأله اختلاف نظر مجلس و شورای نگهبان نباید مطرح باشد بلکه مجلس باید مصوبات خود را وفق نظر شورا اصلاح نماید. ولی حقیقت امر این است که گاه صاحب‌نظران دیگر فقهی که در مراجع اجرایی و قانونگذاری بودند با مبانی نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان موافق نبودند و از طرز تفکر و بینش اکثریت مجلس حمایت می‌کردند و برخی از مصوباتی را که شورای نگهبان خلاف شرع اعلام می‌کرد برای اداره جامعه و حفظ نظام و انقلاب لازم می‌دانستند و برای آنها توجیه شرعی و فقهی داشتند و استدلال فقهای شورای نگهبان مبنی بر مخالف شرع بودن آنها را نمی‌پذیرفتند؛ چنانکه این اختلاف نظر در مواردی بین فقهای شورای نگهبان و شورای عالی قضایی که آنها هم از مجتهدان منصوب و یا مورد تأیید رهبری بودند پیدا شد، از جمله در مورد حق کسب و پیشه یا سرفظلی

و مسأله تعزیرات و تعیین مجازات قانونی برای جرایم تعزیری که داستان مفصلی دارد.

همین امر باعث می شد که گاه اختلاف نظرها، نزد حضرت امام رضوان الله تعالی علیه مطرح می گشت و با اشراف و احاطه و درایتی که ایشان بر مسائل فقهی و جنبه های اجرایی و عملی و انطباق آنها با مصالح جامعه داشتند و مقبولیتی که نظر معظم له به لحاظ مقام رهبری و مرجعیت علمی داشت، اظهار نظر می فرمودند و به این ترتیب مسأله حل می شد، چنانکه یک بار در مورد قانون بودجه کل کشور که شورای نگهبان استقراض بانکی را خلاف شرع اعلام کرد و دولت و مجلس با این نظر موافق نبودند و تبعیت از آن و قبول تبعات آن را در وضع موجود حاکم بر دولت و جامعه مغایر مصلحت نظام می دانستند، موضوع را خدمت حضرت امام مطرح کردند و ایشان هم در آن مقطع به لحاظ ضرورت و مصلحت موجود فرمودند اشکالی ندارد و شورای نگهبان هم طبعاً با توجه به نظر و فتوای امام (ره) نظر خویش را اصلاح نمود^{۱۶}، و به هر حال، نظر امام و تشخیص مصلحت ایشان قاطع و رافع اختلاف نظر بود.

۱۶. در این مورد رجوع شود به نامه مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۲۲ شورای نگهبان به مجلس شورای اسلامی در مورد بودجه سال ۱۳۶۵ کل کشور که بند چهارم آن به شرح زیر است:

۴. با توجه به وضع اقتصادی و توان مالی دولت، وامهای مذکور در تبصره ۳ و ۳۹ و استقراض مذکور در لایحه بودجه مشروع نیست. چنانچه مجلس ضرورت آن را تشخیص دهد، طبق فرمان حضرت امام مدظله العالی نسبت به موارد ضرورت اقدام گردد....

و نامه مورخ ۶۴/۱۲/۲۶ شورای نگهبان به مجلس در این خصوص بدین شرح است:

ریاست محترم مجلس شورای اسلامی

عطف به نامه شماره ۱۹۵۳-ق مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۲۰ و پیرو نامه شماره ۵۷۱۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۲۲ با توجه به اظهار نظر حضرت امام خمینی مدظله العالی که در شرایط فعلی استقراض دولت را تجویز نموده اند، به نظر فقهای شورای نگهبان طرح نظر شورا در بند ۴ نامه فوق الذکر در مجلس شورای اسلامی و رأی گیری به ضرورت استقراض و تضمین و امها لزومی ندارد.

دبیر شورای نگهبان

به هر صورت، ادامه این روند همان گونه که در مباحث گذشته دیدیم موجب شد که سرانجام رهبر راحل انقلاب، پس از رهنمودهای متعددی که دادند، یک مرجع عالی که نظر و استنباط و تشخیص آن در این گونه موارد اختلافی مهم و حساس قاطع باشد، تشکیل دهند. این مرجع عالی که «مجمع تشخیص مصلحت نظام» نام گرفت با فرمان ایشان در دستورکار شورای بازنگری قانون اساسی به هنگام اصلاح قانون اساسی قرار گرفت و پس از بحثهای فراوان در شورای بازنگری تصویب شد و در قانون اساسی اصلاحی سال ۱۳۶۸ وارد گردید.

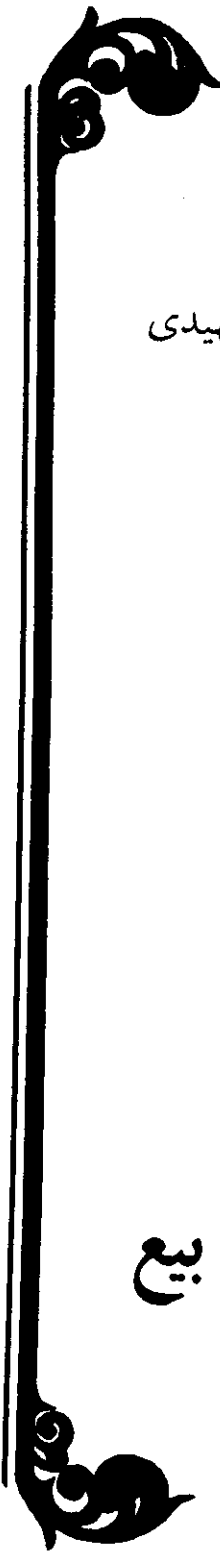
ترکیب مجمع تشخیص مصلحت، هم در زمان امام راحل (ره) و هم در حال حاضر تحت نظر مقام معظم رهبری حضرت آیه الله خامنه ای دامت برکاته، به گونه ای است که مسائل مهم مورد اختلاف از هر جهت می تواند مورد بررسی و نقادی قرار گیرد و همه جهات و جنبه های عملی و اجرایی و فقهی و مبنایی آن در نظر گرفته شود. فقهای شورای نگهبان که بحق و طبق قانون اساسی خود را مشخص شرعی بودن یا نبودن قوانین می دانند و رأی و نظر خویش را در برابر مجلس قاطع محسوب می دارند در اینجا رأیشان برابر با رأی کسانی است که بیشتر از آنها با مسائل اجرایی و عملی جامعه سروکار دارند و به حل و فصل مشکلات عملی می اندیشند و برای آن راه چاره می جویند. از طرفی، رؤسای قوای سه گانه و برخی از وزرا و نمایندگان مجلس و صاحب نظران دیگری که ممکن است نظریاتی متفاوت با فقهای شورای نگهبان داشته باشند و بیشتر با دید عملی و اجرایی به قضایا نگاه می کنند، نظریات فقهی و تخصصی فقهای شورای نگهبان را از نزدیک می شنوند و با آنها به مباحثه می پردازند. طبعاً این طرز برخورد و بررسی قضایا و مسائل مهم و بحث انگیز مورد اختلاف، می تواند مفید واقع شود و نتایج مطلوبی را به بار آورد و راهگشای معضلات مهم باشد، کما اینکه در برخی از موارد عملاً چنین ثمره مطلوبی را داده است. ولی نباید فراموش کنیم که مجمع تشخیص مصلحت یک نهاد استثنایی و در واقع یک مرجع فوق العاده برای تصمیم گیری بخصوص در رابطه با قوانین

و مقررات است، و بنابراین باید در همان حیطة صلاحیت محدود خود که در قانون اساسی - و قبلاً هم در حکم امام (ره) - برای آن پیش بینی شده انجام وظیفه نماید و به فرموده حضرت امام به صورت قدرتی در عرض قوای دیگر در نیاید. متأسفانه روند کار به گونه ای پیش می رود که مجمع تشخیص داد کم کم به یک دستگاه قانونگذاری تبدیل می شود و در عرض قوه مقننه قدم برمی دارد. طبق آمار موجود، مجمع تشخیص مصلحت از آغاز تشکیل تا تاریخ رقم زدن این سطور حدود پنجاه مورد تصمیم گیری و مصوبه داشته است که از این پنجاه مورد فقط چهارده مورد آن در رابطه با اختلاف حل نشده بین شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی و محدوده صلاحیت اصلی آن بوده است. بقیه موارد، یعنی بیش از دوسوم تصمیمات مجمع، وضع قانون بوده که علی القاعده از محدوده صلاحیت آن خارج است و با ملاحظه بسیاری از آن مصوبات - که برخی نمونه های آن قبلاً ذکر شد - بسیار دشوار به نظر می رسد که بتوان آنها را از مصادیق معضل لاینحل نظام دانست که جز از این طریق راه حل دیگری مطابق موازین عادی نداشته باشد.

گاه این توهم پیش می آید که برخی مراجع اجرایی که می خواهند زودتر و راحت تر مقرراتی را در دست داشته باشند و در پیچ و خم راه طولانی بررسی و تصویب مجلس و اظهار نظر شورای نگهبان معطل نشوند، می کوشند آن را به عنوان معضل نظام توجیه کنند و به این ترتیب مجمع تشخیص مصلحت را درگیر بررسی طرح پیشنهادی خود و قانونگذاری نمایند. و این امری است که به تدریج مسیر قانونگذاری را دچار اشکال می کند و از ترتیبی که در قانون اساسی برای آن ترسیم شده منحرف می سازد و پیامدهای نامطلوبی را برجای می گذارد.

انتظار می رود اعضای مجمع به این نکته ظریف و مهم توجه و دقت کافی مبذول دارند و این مرجع عالی و مفید و مؤثر نظام را به خاطر حفظ کارایی و خاصیت مشکل گشایی آن و جلوگیری از انحراف مسیر قانونگذاری در محدوده صلاحیت تعیین شده در قانون اساسی نگاه دارند.





دکتر مهدی شهیدی

قرارداد تشکیل بیع



● مقدمه

الف. تحدید موضوع: در روابط بین اشخاص مواردی پیش می آید که نیاز به تشکیل بیع برای دوطرف احساس می شود ولی زمینه انشای فعلی آن یا تنظیم سند رسمی انشاء به علت فقدان شرایط قانونی تشکیل عقد یا تنظیم سند رسمی تشکیل عقد و یا به دلیل ناتوان بودن یکی از دوطرف یا هر دو طرف برای اجرای مفاد عقد و تسلیم آنچه به وسیله عقد بر عهده او مستقر می شود، فراهم نیست. مثلاً برای تنظیم سند رسمی انتقال مال غیر منقول انجام استعلاماتی از سازمانهای دولتی به منظور روشن شدن وضعیت ملک مورد معامله از حیث مقررات ارضی و کشاورزی و شهرداری و غیره و جلب موافقتهای سازمانهای مربوطه لازم است، و در نتیجه، شرایط موجود اجازه انشای عقد یا تنظیم سند رسمی انتقال را در زمان دلخواه به طرفین نمی دهد. از این رو به منظور اطمینان یافتن طرفین از انجام معامله پس از فراهم شدن شرایط یا رفع موانع موجود، مبادرت به تشکیل قراردادی عادی یا رسمی می کنند که موضوع آن، تعهد هریک از دو طرف در برابر طرف دیگر

به تشکیل بیع مال مزبور، پس از فراهم آمدن زمینه تشکیل یا تنظیم سند تشکیل آن است.

در این مقاله منظور، ارزیابی وضعیت این گونه قراردادها و تعهدات از نظر قانون و اثر آنها و طرح و بررسی مسائل مربوط به آن است، اعم از قراردادها و تعهدات مربوط به اموال منقول یا غیرمنقول. بنابراین، موضوع این مقاله قرارداد تشکیل بیع می باشد که اثر آن پیدایش تعهد بر انشای بیع است و در نتیجه موضوع مزبور با بیع مال منقول یا غیر منقول تفاوت دارد.

این مسأله که آیا بیع مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی اعتبار و اثر حقوقی دارد یا خیر، از آن جهت که موضوع آن را خود عقد بیع تشکیل می دهد داخل در عنوان بحث این مقاله، که به قرارداد بر انشای بیع و تشکیل آن در آینده می پردازد، نیست و بررسی آن به فرصتی دیگر موکول می شود، اگر چه بیع بدون تنظیم سند رسمی نسبت به مال غیر منقول با تعهد بر بیع مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی از جهت تحلیلی، خالی از مشابهت نیست.

در اینجا لازم است این نکته روشن شود که انتخاب عنوان «قولنامه» برای موضوع بحثهای حقوقی مربوط به وضعیت و آثار تعهدات و قراردادهای مربوط به فروش مال غیر منقول، از جهت تحلیلی، گزینشی صحیح به نظر نمی رسد زیرا، از یک طرف، قولنامه در قانون موضوع تعریف شده ای نیست و منظور از آن در معنای متعارف، نوشته ای عادی است که پیش از تشکیل بیع بین طرفین و معمولاً نسبت به مال غیر منقول با عبارات و مفاهیم گوناگون و متفاوت به وسیله ایشان تنظیم و امضاء می شود و قراردادی را در بر می گیرد که منعکس کننده نظریات و اهداف خاص طرفین است، و از طرف دیگر، به علت عدم آشنایی تنظیم کنندگان آن با موازین قانونی، مفاد و مندرجات آن غالباً مبهم و با ضوابط حقوقی غیر منطبق و مفاهیم آن گاهی با هم متناقض است.

بنابر آنچه ذکر شد، اگر موضوع بحث قولنامه باشد، باید مانند عنوان اجاره نامه و وکالت نامه و نظایر آن، مسائلی که پیرامون دلالت و شرایط

سندیت آن دور می زند، مورد بررسی قرار گیرد. ولی هرگاه موضوع بحث پاره‌ای از مندرجات آن مانند تعهدات و قراردادهای منعکس در قولنامه و وضعیت حقوقی این قراردادها نظیر تعهدات و قراردادهای مربوط به بیع مال غیر منقول و خود بیع مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی باشد (که همین موضوعات نیز تحت عنوان قولنامه معمولاً مورد بحث قرار می‌گیرد)، دیگر عنوان «قولنامه» نمی‌تواند داشته باشد بلکه موضوع بحث باید ماهیتهای حقوقی مطلق یا مقید ثبت نشده یا مندرج در سند عادی مانند قرارداد تشکیل بیع یا بیع مال غیر منقول ثبت نشده یا منعکس در سند عادی باشد. بنابراین، آنچه در عرف عام به نام «قولنامه» نامیده می‌شود و برحسب موارد دارای مندرجات و مفاهیم گوناگون و مبهم است، عنوان مشخص حقوقی نیست و محتوای مشخص حقوقی ندارد و نباید به طور کلی محور مباحث حقوقی قرار گیرد، هرچند که محتوای هر یک از قولنامه‌های تنظیم شده با لحاظ عبارات و مفاهیم خاص خود، می‌تواند از حیث وضعیت و آثار حقوقی و روابط طرفین، موضوع بحث و بررسی واقع شود. در حقیقت، آنچه معمولاً مورد بحث قرار می‌گیرد، وضعیت و آثار قراردادهای و تعهدات منعکس در سند عادی به نام «قولنامه» است، ولی آنچه موضوع این مباحث معرفی می‌گردد «قولنامه» است که مفهوم یک سند عادی را دارد.

به این ترتیب، انتخاب «قولنامه» به عنوان موضوع بحثهای مربوط به وضعیت و آثار قراردادهای مربوط به اموال غیر منقول یا مربوط به معاملات این اموال منعکس در قولنامه از دو جهت ناصحیح به نظر می‌رسد: یکی از این حیث که قولنامه سند است نه مسند، و بحث در مورد مسند به جای سند گونه‌ای خلط مبحث است هرچند که بحث از جنبه ارتباط قراردادهای مذکور به نوشته عادی قولنامه دنبال می‌شود، و دیگر از این جهت که محتوای یک قولنامه متداول بین مردم، انحصاراً یک بیع یا قرارداد تشکیل بیع یا تعهد بر خرید و فروش نیست بلکه ممکن است یک قول و وعده ساده بر تشکیل معامله در آینده یا یک انشای معلق و یا مفاهیم دیگری که در اصل فاقد ارزش حقوقی است باشد، که در نتیجه تخصیص بحث به بیع یا تعهد بر

بیع مال غیر منقول، زیر موضوع «قولنامه»، حتی با حقیقت محتوای همه قولنامه‌ها سازگار نیست.

بنا به جهات ذکر شده بالا، موضوع بحث این مقاله، قرارداد تشکیل بیع (قرارداد انشای بیع) معرفی گردید.

ب. تقسیم موضوع: موضوع این مقاله از جهات متعدد قابل بررسی است و بدین جهت به شرح زیر تقسیم و مطالعه می شود:

مبحث نخست - وضعیت حقوقی قرارداد تشکیل بیع

مبحث دوم - اثر حقوقی قرارداد تشکیل بیع

مبحث سوم - مسائل

مبحث

وضعیت حقوقی قرارداد تشکیل بیع

آنچه در این گفتار اصولاً مورد بحث قرار می‌گیرد این است که آیا قرارداد انشای بیع از نظر حقوقی معتبر است یا خیر؟ هر چند محور بحث، اساساً حقوق مدنی و مقررات موضوعه قانون مدنی است ولی تحلیل این قسمت از مقاله، بدون بررسی هر چند اجمالی مبانی فقهی مسأله، تحلیلی خالی از ضعف نخواهد بود. بدین جهت مناسب است، به اختصار، آن را از جهت فقهی مطالعه کنیم.

گفتار نخست

وضعیت قرارداد تشکیل بیع از جهت فقهی

وضعیت حقوقی قرارداد تشکیل بیع را باید از دو حیث در فقه بررسی کرد: یکی از حیث حدود و مصادیق عقود معتبر، و دیگری از جهت موضوع قرارداد مزبور. پس، مطالب این گفتار را در دو بحث و یک نتیجه می آوریم.

بحث یکم:

حدود و مصادیق عقود معتبر

آیا انشاءات حقوقی دو طرفه منحصرأ در صورتی اثر حقوقی دارد که در قالب یکی از عقود مشخص مذکور در فقه باشد، یا اینکه هر انشای حقوقی دو طرفه در هر قالب و چارچوب معتبر است و حد و حصری برای آن نمی توان شناخت؟

نظریه حصری بودن الگوهای معاملاتی اگر چه در زمانهای گذشته طرفداران زیادی داشت ولی امروزه چندان مورد توجه نیست. با این حال، بعضی از فقیهان معاصر، اعتبار و لزوم رعایت قراردادها و تعهداتی را که در قالب عقود معین انشاء نشده باشد، تحت عنوان شروط ابتدایی انکار کرده و این عدم اعتبار را به اجماع نسبت داده اند.^۱ در حالی که، برعکس، بعضی دیگر هر نوع قرارداد عقلایی را که به اراده طرفین انشاء شود و دلیلی بر فساد آن نباشد، معتبر و لازم الوفاء دانسته اند.^۲

آن عده که عقود معتبر را منحصر به عقود معین توصیف شده در زمان

۱. سید میرزا حسن بجنوردی: القواعد الفقهیه، ج ۳/ صص ۲۲۴ و ۲۲۵، ج ۵/ صص ۱۹۰ و ۱۹۱.

۲. سید محمد صادق روحانی: المسائل المستحدثه، ص ۵۷.

شارع دین (ص) دانسته اند، استدلال خود را عمدتاً بر مبانی اصل عدم و حمل عمومات عقود بر معاملات معهود و شناخته شده و نیز اجماع منقول استوار کرده اند.

از یک طرف، اصل این است که هیچ مال یا حقی از شخصی به دیگری انتقال نمی یابد و هیچ شخصی متعهد و مکلف نمی شود مگر به وسیله منشاتی که در زمان شارع متداول و اعتبار آن قولاً یا فعلاً یا تقریراً مورد تأیید او بوده است. بنابراین، اعتبار حقوقی منشآت دیگر و جریان آثار حقوقی آنها مورد تردید و به حکم اصل عدم، محکوم به بی اعتباری است. از طرف دیگر، عمومات عقود — نظیر «اوفوا بالعقود»^۳ — عمومات مطلق نیست بلکه مقید و محدود است و مثلاً «الف» و «لام» واقع در کلمه «عقود»، «الف» و «لام» عهدی است که جمع عقود را محدود به عقود معهود و شناخته شده در زمان شارع می سازد.

اما بررسی ادله و قواعد فقهی مربوطه این تضييق و محدودیت را در روابط معاملات نفی می کند، زیرا عمومات و اطلاقات فقهی نظیر آیه های «اوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض»^۴ و احادیث حاوی عبارت «المؤمنون عند شروطهم» یا «المسلمون عند شروطهم»، همچنانکه مورد استدلال قرار گرفته است، دلالت بر اعتبار هر عمل حقوقی دارد که عرفاً عنوان عقد بر آن اطلاق می شود و مورد تراضی طرفهای مربوط قرار می گیرد؛ زیرا مسلماً اصطلاح عقد یا تجارت و نظایر آن، حقیقت شرعی ندارد و عناوین مزبور در همان معانی متداول عرفی به کار رفته که در صورت تردید، اصل، عدم حقیقت شرعی است:

۱. واژه «العقود» در جمله «اوفوا بالعقود» جمع با «الف» و «لام» است و چنین جمعی در زبان عرب افاده عموم می کند که، با در نظر گرفتن این امر، آیه مذکور چنین معنی می دهد: «ای کسانی که

۳. مانده / ۱: «با آیهها الذین امنوا اوفوا بالعقود...».

۴. نساء / ۲۹: «با آیهها الذین امنوا لاتاكلوا أموالكم بینهكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم...».

گرویده‌اید! به همه قراردادها پای‌بند باشید».

از طرف دیگر، دلیلی بر اینکه «الف» و «لام» در «العقود» عهدی باشد وجود ندارد و «الف» و «لام» جنس نیز امکان دارد در جمع به کار رود، که در این صورت، منظور از جنس عقود در صیغه «العقود» هریک از انواع عقد نظیر بیع و اجاره و انواع عقود غیر معین است و از جهت اصولی در صورت تردید در تقید مفهوم عام مربوط به جمع مصدر به «الف» و «لام»، اصل، عدم تقید است.

۲. با ملاحظه صدر آیه ۲۹ سوره نساء (یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل...) معلوم می‌شود که جمله «تجاره عن تراض» از حیث نوع و ماهیت معامله، شامل عقود معین و غیر معین که موضوع آن به طور مستقیم، مال یا تعهد بر انجام عملی که منتهی به انتقال مال شود، می‌باشد و اعتبار و مشروعیت هر عقد ناشی از تراضی طرفهای مربوط به آن را تأیید می‌کند. زیرا واژه «تجارت» نیز حقیقت شرعیه ندارد و منظور از آن مطلق عملی است که عرفاً به آن تجارت گفته شود و دلیلی بر تقید آن به عقود معین وجود ندارد. و ظاهر آیه این است که تجارت ناشی از تراضی، اکل مال دیگری را مباح می‌کند، نه اینکه جواز اکل مال مزبور، موارد تجارت معتبر ناشی از تراضی را محدود به معاملاتی کند که موضوع آن مستقیماً مال و نتیجه بی‌واسطه آن اکل مال باشد. بنابراین، معنی آیه مزبور چنین می‌شود: «ای کسانی که گرویده‌اید! اموال یکدیگر را به ناروا مخورید مگر اینکه از راه تجارت حاصل از تراضی شما باشد».

۳. جمله «المؤمنون عند شروطهم» یا «المسلمون عند شروطهم» که در احادیث معتبر و متعدد در جهت اعتبار شرط و لزوم رعایت آن مورد استناد قرار گرفته است نیز می‌تواند تأییدی بر اعتبار همه قراردادها باشد. زیرا صرف نظر از اینکه در بعضی از کتب لغت واژه «شرط» به طور مطلق به معنی پیمان آمده^۵ و این اطلاق شامل تعهد مستقل و تعهد مندرج ضمن عقد

می شود، حتی اگر معنی حقیقی و اصلی آن را پیمان مندرج ضمن عقد بدانیم و به کار رفتن آن را در معنی مطلق نسبت به معنی اصلی مجاز تلقی کنیم، با لحاظ اینکه در اصطلاح فقهی و در احادیث به فراوانی در معنی مطلق به کار رفته است، استنباط این معنی از آن در اصطلاح فقهی بعید به نظر نمی رسد. براین مبنا و با لحاظ مفهوم عام که از کلمه جمع مضاف «شروطهم» استفاده می شود، اعتبار عقود غیر معین را می توان از آن استنباط کرد.

۴. آیات فراوانی از قرآن به روشنی بر اعتبار مطلق معاهدات و پیمانها و لزوم اجرای تعهدات مربوط به آنها و زشتی پشت پا زدن به آنها دلالت دارد، که با لحاظ اینکه قراردادهای مزبور مقید به نوع خاصی نشده است و در نظر گرفتن تنوع این معاهدات از حیث اسکلت و شرایط، در شمول آیات مزبور نسبت به پیمانهای غیر معین تردیدی باقی نمی ماند.^۶

۵. افراد جامعه در روابط خود برای قراردادهایی که انشاء می کنند ارزش و اعتبار قائلند و خود را به تعهدات آن ملزم می دانند و اشخاصی را که آن را محترم نمی شمارند، سرزنش و محکوم می کنند، بی آنکه در این وضعیت بین عقود معین و غیر معین تفاوتی بگذارند و این روش به زمان حاضر اختصاص ندارد و در عصر پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله نیز جریان داشته است، در حالی که از شارع و امامان علیهم السلام، ردّ یا تحدیدی نسبت به آنها

۶. از جمله آیات مزبور می توان آیات زیر را مورد توجه قرار داد:

- الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ (انفال/۵۶).
- أَوْ كَلِمَاتٍ عَاهَدُوا عَهْدًا بَيْنَهُمْ قَلِيلًا مِنْهُمْ بَلْ كَثُرَهُمْ لَا يَأْمِنُونَ (بقره/۱۰۰).
- ... وَالْمُؤْمِنُونَ بَعْدَهُمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ... (بقره/۱۷۷).
- إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ... فَأَتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مَدِينِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ (توبه/۴).
- وَمَا وَجَدْنَا لِأَكْثَرِهِمْ مِنْ عَهْدٍ... (اعراف/۱۰۲).
- وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا (اسراء/۳۴).
- وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ (مؤمنون/۸ و معارج/۳۲).

به ما نرسیده است. این وضعیت نیز صحت و نفوذ عقود غیرمعین را از جهت فقهی ثابت می‌کند.

با لحاظ آنچه در بالا ذکر شد، باید معتقد به اعتبار مطلق قراردادها، مگر آن دسته که با موازین شرعی مغایرت دارد، گردید.

بحث دوم:

موضوع قرارداد تشکیل بیع

موضوع قرارداد تشکیل بیع، یک عمل حقوقی یعنی انشای عقد بیع یا در حقیقت تعهد بر انشای آن است. هرگاه قرارداد مزبور برحسب اراده طرفین معوض باشد - یعنی هریک از ایشان براساس قرارداد در برابر دیگری متعهد به انشای بیع شده باشد - موضوع قرارداد، هرچند به ظاهر، موضوعی واحد به نظر می‌رسد اما در حقیقت متعدد است و تعهد هریک به انشای عقد به عنوان بایع یا خریدار، در برابر تعهد دیگری به انشای آن، به عنوانی دیگر قرار دارد؛ یعنی یکی از دو طرف تعهد بر فروش مال و طرف دیگر متقابلاً تعهد بر خرید آن می‌کند، که در این مورد، نتیجه انجام تعهد طرفین پیدایش ماهیت حقوقی واحد یعنی عقد بیع است. اما اگر این قرارداد در اراده دو طرف غیر معوض باشد - یعنی یکی از دو طرف در برابر دیگری تعهد بر انشای بیع کرده و طرف دیگر صرفاً این تعهد را پذیرفته باشد بدون اینکه متقابلاً او هم به انشای عقد متعهد شده باشد - مورد این قرارداد در حقیقت واحد است، اگر چه اجرای آن و تأثیر انجام تعهد متعهد، در تشکیل عقد، مستلزم همکاری اراده طرف دیگر در ایجاد این ماهیت است؛ زیرا تعهدی بر عهده طرف دیگر بر انشای متقابل عقد قرار نگرفته بلکه این طرف صرفاً متعهدله در قرارداد تشکیل بیع است. در نتیجه، او خواهد توانست از این همکاری اراده در جهت ایجاد عقد خودداری و تعهد مزبور را از ذمه متعهد، مانند هر طلب دیگر، اسقاط کند.

عمل حقوقی مانند عمل مادی می‌تواند مورد تعهد قرار گیرد که، در

صورت امتناع، متعهد به انجام آن ملزم می شود.
فقها تعهد بر انجام عمل حقوقی را صحیح دانسته اند، منتها آن را به صورت شرط ضمن عقد، مورد بررسی قرار داده و بنابر نظر اقوی اجبار مشروط علیه را به انجام عمل حقوقی، در صورت خودداری او از انجام شرط، ممکن تلقی کرده اند.^۷

به کمک تحلیل مسأله و در نظر گرفتن ضوابط فقهی، مانعی برای اعتبار قراردادی که موضوع خود قرارداد عمل حقوقی باشد، در فقه به نظر نمی رسد زیرا، از حیث عمل مورد تعهد در قرارداد، تفاوتی بین عمل مادی و عمل حقوقی وجود ندارد.

● نتیجه گفتاریکم:

با در نظر گرفتن مطالب بالا، باید گفت قرارداد تشکیل بیع از جهت فقهی قراردادی معتبر و لازم الاجراء است و در صورت امتناع متعهد، طرف دیگر قرارداد می تواند الزام او را به اجرای مفاد قرارداد مزبور درخواست کند.

گفتار دوم

وضعیت قرارداد تشکیل بیع در حقوق مدنی

هر چند انطباق مقررات قانون مدنی با موازین فقهی و عدم مغایرت آنها باهم مورد تأیید مراجع رسمی قرار گرفته است و حکم فقهی مسأله موضوع این مقاله اصولاً باید در حقوق مدنی نیز ثابت باشد، با این وصف، به نظر می رسد که بررسی مسأله، با تکیه بر نصوص خاص قانون مدنی و با در نظر گرفتن رویه قضایی، چهره دیگری را از استدلال و تحلیل حقوقی

۷. شیخ مرتضی انصاری: مکاسب، چاپ سنگی، ص ۲۸۱ به بعد؛ سید میرزا حسن بجنوردی: القواعد الفقهیه، ج ۳/ ص ۲۷۴.

برای اثبات حکم مسأله ارائه می دهد. لذا مطالب این گفتار را در چهار بحث زیر مطالعه می کنیم:

بحث یکم:

وضعیت قرارداد تشکیل بیع در قانون مدنی، از حیث حدود مصادیق عقود معتبر

با وضع ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می دارد «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»، مجالس برای تردید در اعتبار حقوقی قراردادهایی که دارای الگوی عقود معین نیستند و نیز مخالفتی با موازین قانونی ندارند، باقی نمی ماند.

قراردادی که مورد آن تشکیل عقد بیع مالی - اعم از معین یا غیر معین - است، از یک طرف یکی از اقسام عقود است که قالب هیچ یک از عقود معین را ندارد و از مصادیق عقود است که در ماده ۱۰ ق.م.، به نام قراردادهای خصوصی معرفی شده است، و از طرف دیگر، هیچ مانع قانونی و دلیل حقوقی اعتبار آن را نفی نمی کند. بنابراین، قرارداد مزبور را در صورتی که مخالف مقررات نباشد، باید از حیث شمول قراردادهای معتبر، صحیح و لازم الاتباع دانست.

بحث دوم:

موضوع قرارداد تشکیل بیع

همان طور که سابقاً بیان شد، موضوع قرارداد مورد بحث، یک فعل مثبت حقوقی است که انجام آن مورد تعهد قرار می گیرد. در ماده ۲۱۴ ق.م. که مقرر می دارد «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می کنند»، نسبت به عمل مورد قرارداد، تفاوتی بین عمل حقوقی مانند انشای عقد یا

ایقاع و عمل مادی مانند احداث ساختمان و حفر چاه وجود ندارد. بنابراین، در صورتی که متعهد از انجام تعهد ناشی از قرارداد مزبور یعنی انشای عقد بیع خودداری کند، متعهدله می تواند الزام او را به انجام تعهد مزبور درخواست نماید.

این توجیه که عمل حقوقی مورد تعهد مخلوق اراده شخص متعهد است و الزام متعهد به خلق ارادی ماهیت حقوقی، معقول نیست، نمی تواند درخور پذیرش باشد؛ زیرا طبق قاعده کلی مستخرج از مواد مربوطه (مواد ۲۲۰ و ۲۲۲ و ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.م.) در موارد امتناع متعهد از انجام تعهد — مانند مورد تعهد مادی — نیازی به اراده آزاد او برای انجام عمل مورد تعهد نیست و اراده حاکم در این موارد به جانشینی اراده آزاد متعهد، موجد عمل مورد تعهد خواهد بود.

بحث سوم:

مطالعه تطبیقی

در حقوق فرانسه، ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی این کشور، برای تعهد مشترک طرفین بر ایجاد بیع، ارزش بیع را می شناسد و مقرر می دارد: «وعدۀ بیع، در صورتی که دو طرف نسبت به شیئی و قیمت آن رضایت مشترک داشته باشند، ارزش بیع دارد...». شناسایی ارزش بیع برای تعهد مشترک طرفین به انشای عقد عجیب می نماید، زیرا در تعهد بر بیع ایجاد بالفعل بیع مورد اراده طرفین نیست بلکه پیدایش تعهد مشترک بر ایجاد آن در آینده مورد نظر ایشان است. تعهد بر بیع را نمی توان یک بیع معلق تلقی کرد، زیرا در تعهد بر بیع اصولاً انشای بیع مورد اراده طرفین نیست تا ماهیت مورد اراده منجز یا معلق باشد بلکه منظور طرفین ایجاد تعهد بر انشای آن در آینده است.

بدیهی است همان طور که نویسندگان حقوق مدنی فرانسه^۸ متذکر

8. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: T.3, N. 17, et s.

شده اند، تعهد یکطرفه بر فروش یا خرید مال با تعهد مشترک طرفین بر بیع متفاوت است. در تعهد یکطرفه یکی از دو طرف تعهد بر فروش یا خرید می کند و طرف دیگر صرفاً این تعهد را می پذیرد بدون اینکه متقابلاً او هم تعهد بر خرید یا فروش بکند.

با مطالعه پاره ای آراء قضایی و بعضی از تألیفات حقوقی، به نظر می رسد که به پیروی از ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی فرانسه که اراده تشکیل قرارداد بر بیع با اراده تشکیل خود بیع در آن مخلوط گردیده، قبول یک طرف نسبت به تعهد فروش یا خرید طرف دیگر با قبول تشکیل عقد بیع یا حتی قبول ایجاب بیع اشتباه شده است، زیرا در بعضی از آراء و نوشته ها تصریح گردیده که تعهد یکطرفه بر فروش، ارزش بیع را به دست نمی آورد مگر اینکه به وسیله خریدار قبول شود.^۹

قبول خریدار نسبت به تعهد بر فروش طرف دیگر نباید با قبولی که در برابر ایجاب بیع صادر می گردد اشتباه شود. قبول تعهد بر فروش، صرفاً موافقت با تحقق یافتن تعهد یکطرفه فروشنده به سود قبول کننده است، در صورتی که قبولی^{۱۰} که در برابر ایجاب فروشنده ابراز می شود، مشارکت در تشکیل بیع است که التزام خریدار را نسبت به اجرای آثار بیع در بر دارد.

بحث چهارم:

بررسی مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در مورد تعهد به بیع مال غیر منقول

در این بحث این مسأله بررسی می شود که صرف نظر از اعتبار یا عدم اعتبار عقود ثبت نشده راجع به اموال غیر منقول، آیا مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت شامل قرارداد تشکیل بیع مال غیر منقول نیز می شود یا خیر؟ آیا ثبت قرارداد مزبور نیز مانند ثبت بیع مال غیر منقول، الزامی است یا خیر؟

9. Req. 21 févr. 1910, D.P. 1911, I. 389-civ. 14 nov. 1916, D.P. 1921, I. 30; JULIOT DE LA MORANDIÈRE: T. 2, N. 18.

10. acceptation

با در نظر گرفتن ماهیت قرارداد تشکیل بیع، به نظر می‌رسد که این قرارداد اصولاً خارج از شمول مقررات مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت است^{۱۱}، زیرا:

ظاهر این است که منظور قانونگذار از عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاک، معاملاتی است که مستقیماً مربوط به عین یا منافع اموال غیرمنقول می‌شود، یعنی موضوع مستقیم آنها اموال مذکور باشد؛ در صورتی که موضوع مستقیم قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول، یک عمل حقوقی است که عبارت از انشای بیع باشد، و مال غیرمنقول، موضوع بیعی است که طرفین متعهد به انشای آن می‌شوند. افزون بر این، از آنجا که مقررات مواد ۴۶ تا ۴۸ ق.ث. و الزامی بودن ثبت اسناد مورد این مواد از مقررات استثنایی است هرگاه در شمول مقررات آنها نسبت به قرارداد تشکیل بیع تردید شود، مقتضای اصل، عدم شمول است.

ممکن است ایراد شود که فلسفه الزامی شدن ثبت اسناد مذکور، یعنی جلوگیری از انجام معاملات معارض، نسبت به اموال غیرمنقول، در قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول نیز موجود است و این امر شمول مقررات مواد مذکور را نسبت به این قرارداد نیز ایجاب می‌کند. زیرا ممکن است شخصی بدون تنظیم سند رسمی، قراردادهای متعددی در برابر اشخاص مختلف، نسبت به تشکیل بیع یک مال غیرمنقول منعقد کند و در هر یک از آنها متعهد به انتقال و بیع آن مال به طرفهای متفاوت قراردادها شود. اما این ایراد با توضیح زیر برطرف می‌شود:

علاوه بر اینکه فلسفه وضع مقررات در صورتی که به عنوان علت وضع مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته باشد، نمی‌تواند وجوداً و عدماً ملاک اثبات و نفی این مقررات قرار گیرد تا بتوان مقررات مذکور را به قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول نیز تسری داد، اصولاً فلسفه مزبور را

۱۱. در این خصوص آراء شعبه ۴ دیوان کشور به شماره ۷۶۷-۲۰/۴/۲۹ و شعبه ۸ دیوان کشور به شماره ۷۷۹-۱۲/۵/۲۷ صادر گردیده است.

نمی‌توان در قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول، همانند بیع مال غیرمنقول محقق دانست؛ چه اینکه در بیع مال غیرمنقول معمولاً تمام ثمن هنگام بیع به بایع تسلیم می‌شود و انگیزهٔ تحصیل غیرقانونی مال از راه انجام معاملات مکرر نسبت به یک مال، بایع را وسوسه می‌کند، اما در قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول، چون هنوز مبیع به خریدار انتقال نمی‌یابد و طرفین صرفاً در برابر یکدیگر تعهد بر انشای بیع می‌کنند، به این جهت در وضع طبیعی و عادی، متعهد به فروش، مالی به دست نمی‌آورد تا این موضوع انگیزهٔ او در عقد قراردادهای متعارض متعدد شود و اگر هم در مواردی مبلغی به عنوان پیش‌پرداخت به بایع تسلیم می‌شود میزان آن محدود و جزئی خواهد بود. به این ترتیب، فلسفهٔ جلوگیری از انجام معاملات متعارض در قرارداد تشکیل بیع مال غیرمنقول یا اصلاً تحقق ندارد و یا از آنچنان توانی که آزادی اراده در قراردادها را محدود کند برخوردار نیست.



مبحث

اثر حقوقی قرارداد تشکیل بیع

اثر حقوقی این قرارداد را می‌توان از دو جهت بررسی کرد که این امر در دو گفتار زیر انجام می‌شود:

گفتار نخست

تأثیر قرارداد تشکیل بیع در ایجاد تعهد

تردید نمی‌توان داشت که قرارداد تشکیل بیع، هریک از طرفین را در برابر طرف دیگر، متعهد به تشکیل بیع می‌کند. در این مورد تفاوتی بین

مبیع معین و غیرمعین، منقول و غیرمنقول وجود ندارد. مثلاً هرگاه شخصی تعهد کند که تا یک سال ماهیانه ده تن پنبه از نوع مشخص به شرکت تولید پارچه بفروشد و شرکت تولید پارچه خرید آن را تعهد کند، طرفین در برابر یکدیگر ملزم به تشکیل بیعهای مزبور در هرماه خواهند بود. زیرا:

بی تردید، قرارداد مزبور یکی از قراردادهای مشمول ماده ۱۰ ق.م. و معتبر است. همچنین مطابق ماده ۲۱۹ ق.م. «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». و نیز طبق مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م. عقد طرفین معامله را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌کند و هرکس تعهد به انجام یا ترک عملی کند، ملزم به انجام آن خواهد بود.

با در نظر گرفتن اطلاق مقررات مزبور، از حیث عملی که انجام یا ترک آن مورد تعهد قرار می‌گیرد، تفاوتی بین عمل مادی مانند طرح آبرسانی یا احداث ساختمان و بین عمل حقوقی مثل انشای بیع یا ایقاع ابراء وجود ندارد و مقررات مزبور موارد اعمال حقوقی را نیز دربر می‌گیرد.

در نتیجه، هرکس تعهد به انجام یک عمل حقوقی و از جمله خرید و فروش مالی کند، ملزم به اجرای تعهد خود و تشکیل بیع خواهد بود. افزون بر اطلاق نصوص بالا، کلمه «عملی» که در ماده ۲۱۴ ق.م. («مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند») به عنوان مورد معامله معرفی گردیده است، با اطلاق خود شامل عمل حقوقی می‌شود.

گفتار دوم

تأثیر قرارداد در پیدایش حق عینی

در صورتی که مبیع بیع موضوع قرارداد، عین معین یا کلی در معین باشد، مسأله‌ای که قابل طرح به نظر می‌رسد این است که آیا پس از انشای

قرارداد تشکیل بیع و تعهد با بیع بر فروش مال مذکور، با بیع می تواند این مالکیت عین معین یا مجموعه معین را به طور نافذ به شخص ثالث منتقل کند - مثلاً بفروشد - یا خیر؟

پاسخ این مسأله اساساً بستگی به این دارد که آیا قرارداد تشکیل بیع نوعی حق عینی نسبت به عین معین یا مجموعه معین مذکور، برای طرفی که طبق قرارداد به سود او تعهد بر فروش شده است ایجاد خواهد کرد، یا اینکه اثر قرارداد مذکور مانند قرارداد بر فروش مال کلی صرفاً در عهده شخصی که تعهد بر فروش کرده است منعکس می شود و نتیجه آن فقط پیدایش یک تعهد و حق دینی خالص، بر عهده متعهد، به سود متعهدله است؟ مثلاً هرگاه در قراردادی فروش خانه ای به وسیله مالک آن تعهد شده باشد، آیا برای متعهدله نسبت به این خانه حق عینی به وجود خواهد آمد یا خیر؟ اگر پیدایش نوعی حق عینی برای متعهدله را نسبت به این خانه در اثر قرارداد بپذیریم، هر نوع عقد ناقل عین خانه مذکور یا ناقل حقی از آن را که پس از قرارداد مذکور به وسیله مالک بسته شود و با قرارداد تشکیل بیع به گونه ای تعارض داشته باشد باید غیر نافذ و فاقد اعتبار تلقی کنیم.

گرایش بعضی از آراء قضایی که در مورد معاملات اموال غیر منقول صادر شده بر این است که در موارد مذکور در بالا نتیجه قرارداد مزبور صرفاً پیدایش تعهد به سود متعهدله است و حق عینی برای متعهدله نسبت به مال معین یا مجموعه معین که فروش قسمتی از آن تعهد گردیده است، ایجاد نخواهد شد. بر این نظر، رأی اصراری صادر شده است.^{۱۲}

تا آنجا که بررسی شد در کتب فقهی سابقه ای از بحث در موارد قرارداد و تعهد بر انشای بیع یا عقد دیگر به نظر نرسید، اما مسأله تشکیل عقد به وسیله خریدار نسبت به میبعی که وقف آن ضمن بیع بر خریدار شرط شده، در برخی از تألیفات فقهی مطرح و مورد اظهار نظرهای متفاوت واقع شده است. به نظر عده ای از فقها در صورتی که عقد تشکیل شده به وسیله

۱۲. رأی اصراری شماره ۲۸۷-۸/۳/۴۵ ص ۲۰۱، مجموعه رویه قضایی کیهان، سال ۴۵.

خریدار با انجام شرط ضمن بیع سازش نداشته باشد، با بیع مشروط له می تواند عقد انشاء شده بین خریدار و ثالث را فسخ، و خریدار مشروط علیه را به انجام شرط ملزم کند.^{۱۳} منظور از فسخ مذکور، منحل ساختن عقد نافذ یا غیرنافذ اعم از رد و فسخ به معنی اخص است؛ زیرا پس از ذکر امکان فسخ عقد به وسیله مشروط له این مسأله مطرح شده که در اینجا آیا عقد از زمان فسخ منحل می شود یا از ابتدا؟ که معلوم است انحلال عقد از ابتدا اثر رد عقد غیر نافذ است نه فسخ آن در معنی اخص. اما برخی دیگر چنین عقده را به دلیل ثبوت حقی برای مشروط له نسبت به مبیع، باطل دانسته اند.^{۱۴}

در حقوق فرانسه، ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی این کشور، وعده بیع را در صورتی که طرفین نسبت به مبیع و ثمن توافق کرده باشند، نوعی بیع تلقی کرده است. در عین حال، مطابق رویه قضایی، در صورتی که طرفین بر عدم تحقق بیع در زمان وعده مزبور توافق کرده باشند یا تشکیل بیع را معلق بر امری کرده باشند، بیع با وعده مزبور بر تشکیل آن تحقق نخواهد یافت، مانند اینکه قراردادی بر تشکیل بیع مقدار معینی زغال سنگ در هر ماه ظرف مدت پنج سال بین تولید کننده و خریدار منعقد شود، که در این صورت عقد بیع فقط در هر ماه هنگام تسلیم زغال منعقد خواهد شد نه زمان قرارداد یا وعده تشکیل بیع.^{۱۵}

ماده ۱۵۸۹ در حقوق فرانسه، ناظر به تعهد یکطرفه بیع نیست؛ یعنی تعهدی که به موجب آن یک طرف مانند با بیع تعهد بر فروش مالی می کند و طرف دیگر، این تعهد را می پذیرد بدون اینکه متقابلاً تعهد بر خرید مال بکند. چنین تعهدی بیع نیست ولی معتبر و لازم الوفاء است و متعهد له می تواند متعهد را به انجام تعهد یکطرفه اش ملزم کند.^{۱۶} طبق رویه قضایی هرگاه پس از این تعهد، متعهد مالی را که بیع آن را تعهد کرده است بفروشد

۱۳. شیخ مرتضی انصاری: مکاسب، چاپ سنگی، ص ۲۸۴.

۱۴. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی: القواعد الفقهیه، ج ۳/ ص ۲۷۵.

15. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: T.3. N. 21

۱۶. همان، شماره ۱۷.

و ثالث نیز آن را به شخص دیگری که دارای حسن نیت بوده است بفروشد، متعهدله نمی تواند ابطال بیع ثالث را به شخص اخیر درخواست کند.^{۱۷} به نظر می رسد که بیع تلقی کردن قرارداد تشکیل بیع، یعنی تعهد متقابل طرفین به تشکیل آن که در ماده ۱۵۸۹ ق.م. فرانسه انعکاس یافته است، با اراده طرفین منطبق نباشد. زیرا فرض این است که طرفین تشکیل بیع را در آینده مورد قرارداد و تعهد متقابل قرار داده اند، نه در زمان قرارداد مزبور.

مناسب است خاطر نشان شود که در حقوق فرانسه برای تشکیل بیع مال غیر منقول تنظیم سند رسمی ضروری نیست و بیع بدون تنظیم سند یا با تنظیم سند عادی نیز بین طرفین دارای اعتبار است و انتقال مالکیت مورد معامله عین معین، بلافاصله با ابراز اراده طرفین بین ایشان محقق می گردد، مگر اینکه طرفین برخلاف این وضعیت توافق کنند. ولی بیع مزبور در صورتی که ثبت و سپس منتشر نشود، قابل استناد در برابر اشخاص ثالث نخواهد بود.^{۱۸}

در حقوق مثبت ایران، با بررسی مقررات و در نظر گرفتن قواعد حقوقی، به نظر می رسد که پیدایش حق عینی برای شخصی که فروش مال معینی به سود او در قرارداد تعهد شده از پشتوانه استدلالی و تحلیلی قوی تری برخوردار است. در نتیجه، متعهد نمی تواند بدون اذن متعهدله، نسبت به مال معین مزبور، عملی حقوقی انجام دهد که با انجام تعهد او ناسازگار باشد، و در صورت انجام چنین عملی، این عمل حقوقی را باید به دلیل نادیده گرفتن حق متعهدله، غیرنافذ دانست. زیرا:

۱. همان طور که قبلاً بیان شد، طبق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ ق.م. اجرای عقود که طبق قانون واقع شده باشد لازم است، و قرارداد تشکیل بیع نیز یکی از این عقود محسوب می شود و معنی لازم الاجراء بودن عقد، ثبوت تعهد و تکلیف قانونی نسبت به اجرای عقد بر ذمه متعهد است که چون

17. Civ. 13 nov. 1929, D.P. 1929, I. 131

18. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: T.2, N. 241 à 247 et T.3, N.2, 28, 30 et 897.

موضوع تعهد و تکلیف مزبور، مال معین و یا در حقیقت تملیک آن مال معین به طرف دیگر است، پس آنچه به طور متقابل به سود متعهدله ثابت می شود، یک حق دینی خالص نیست بلکه حقی است که ارتباط به مال معین مزبور دارد و این حق مرتبط به مال معین، نوعی حق عینی است که طبق آن متعهدله می تواند متعهد را به فروش آن مال به خود ملزم کند.

۲. با در نظر گرفتن اینکه، هر چند مقررات قانون مدنی از فقه امامیه اقتباس شده است اما از آنجا که منحصراً برای تنظیم روابط مالی و معاملاتی افراد جامعه وضع گردیده، بی تردید این مقررات صرفاً متضمن بیان آثار وضعی قراردادهای نظیر صحت، بطلان، اعتبار، ثبوت تعهد و ثبوت حق است و هرگز بیان آثار تکلیفی را برای قراردادهای مثل وجوب و حرمت دربر ندارد؛ بدین جهت هنگامی که قانون اجرای قرارداد را لازم اعلام می کند این لزوم فقط یک لزوم وضعی است نه لزوم تکلیفی و نه لزوم وضعی و تکلیفی باهم، و معنای لزوم وضعی نیز در درجه اول و پیش از اینکه ثبوت مسؤلیت به جبران خسارت تخلف از انجام تعهد برعهده متعهد متخلف باشد، ضرورت اجرای آن به صورت مستقیم به وسیله متعهد یا به وسیله متعهدله یا شخصی دیگر (طبق ماده ۲۲۲ ق.م. یا بالحاظ وحدت ملاک، مطابق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.م.) خواهد بود. بنابراین، در مفهوم لزوم مزبور، حکم تکلیفی وجوب مستتر نیست تا فراهم شدن سبب کیفر اخروی در صورت عدم انجام تکلیف مذکور را بتوان به عنوان ضمانت اجرای حکم لزوم اجرای عقد معرفی کرد و بدین وسیله حکم لزوم اجرا را برای تعهد و عقد توجیه نمود.

به این ترتیب، با تحلیل مفهوم حکم وضعی لازم الاجراء بودن عقد، به این نتیجه می رسیم که متعهد نمی تواند با انجام عمل حقوقی، انجام تعهد مربوط به عین معین را غیرممکن سازد؛ یعنی اثر لازم الاجراء بودن عقد و تعهد مربوط به مال معین، مجاز نبودن اعمال مادی موجب زوال موضوع تعهد و نیز بی اعتباری اعمال حقوقی است که با انجام تعهد مذکور، منافات داشته باشد. مثلاً شخصی که فروش مال معینی را در قراردادی در برابر

دیگری تعهد کرده است، نمی تواند آن مال را به ثالث انتقال دهد و در صورت انشای این عقد موجب انتقال، عقد مزبور به لحاظ تصرف در حق عینی متعهدله غیرنافذ است. زیرا از یک طرف برخلاف مورد عبارات که در آن اقتضای امر به شیئی نسبت به نهی از ضد آن مورد بحث و اختلاف است، در معاملات بی تردید از حکم وضعی لزوم اجرای تعهد، می توان عرفاً بی اعتباری عمل حقوقی ناسازگار با اجرای تعهد را استنباط کرد، چه اینکه عرفاً نمی توان پذیرفت در عین حال که اجرای تعهدی مانند فروش مال معینی به متعهدله قانوناً لازم باشد، انتقال آن مال به ثالث و منتفی کردن زمینه اجرای تعهد مزبور، به وسیله شخص متعهد نیز معتبر و قانوناً ممکن باشد، و از طرف دیگر، غیر نافذ بودن عقد، منحصر به مواردی که عین یا منفعت مال متعلق به غیر بدون اذن او مورد معامله قرار گیرد نیست بلکه اگر مالی که موضوع حق شخصی است (مانند مورد رهن که موضوع حق مرتهن می باشد) به وسیله عقدی، بدون اذن صاحب حق و بدون رعایت حق او به ثالث انتقال پیدا کند، عقد مزبور نیز غیر نافذ است.^{۱۹}

۳. مقررات مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ و ۷۲ قانون ثبت نیز دلالت بر بی اعتباری قرارداد ثبت نشده و انجام فروش مال غیرمنقول و عدم پیدایش حق عینی برای متعهدله نسبت به مال مزبور ندارد. زیرا صرف نظر از بحث در مورد صحت و بطلان فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی با تکیه بر ظهور عبارات، به نظر می رسد که مقررات مذکور در بالا راجع به معاملات است که موضوع آنها به طور مستقیم، مال غیرمنقول باشد، مانند بیع مال غیرمنقول نه هر معامله ای که به گونه ای مرتبط به مال غیرمنقول باشد. بنابراین، قراردادی که موضوع مستقیم آن بیع مال غیرمنقول باشد نه خود مال غیرمنقول، مشمول مقررات بالا نخواهد بود. افزون بر این، هرگاه در مشمول مقررات یاد شده نسبت به قرارداد تشکیل بیع تردید شود، اصل، عدم مشمول خواهد بود.

۱۹. شیخ محمدحسن نجفی: جواهرالکلام، کتاب رهن، فصل ششم در لواحق، مقصد اول.

● نتیجهٔ مبحث دوم:

از آنچه در این مبحث آمد استنتاج می‌شود که در اثر قرارداد تشکیل بیع، گونه‌ای حق عینی برای خریدار نسبت به مبیع معین به وجود می‌آید، همچنانکه اگر ثمن معامله نیز معین باشد حق عینی مشابهی برای بایع نسبت به ثمن مزبور تحقق پیدا خواهد کرد. بدیهی است این حق عینی، حق مالکیت نیست بلکه حقی است که طبق آن متعهدله قرارداد می‌تواند طرف دیگر را به بیع مال معین مذکور ملزم کند و نیز هر نوع معامله‌ای که با انجام این تعهد ناسازگار باشد، به لحاظ تجاوز به حق ثابت شدهٔ متعهدله، غیر نافذ است که متعهدله می‌تواند آن را رد کرده و اجرای تعهد را از متعهد درخواست نماید.

در نتیجه، این توجیه که با تحقق قرارداد تشکیل بیع و تعهد بر فروش، مالکیت مالی که بیع آن تعهد شده به متعهدله انتقال نیافته است، پس هر نوع تصرف متعهد در مال مزبور و از جمله فروش آن و تصرف در ملک خود معتبر می‌باشد و در صورت فروش آن به ثالث، متعهد فقط مرتکب نقض تعهد خود در برابر متعهدله گردیده است، صحیح و قابل قبول نیست. زیرا همان‌طور که بیان شد ارتباط تعهد مزبور با مال معین، تعهد مزبور را از اطلاق خارج کرده و آن را مقید به موضوع مشخص می‌سازد و این تعهد مقید، در جهت متعهدله، همان حق عینی است که وجود آن، اعتبار هر نوع تصرف متضاد در مال معین مزبور را نفی می‌کند.

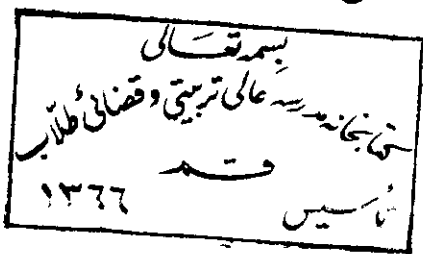


مبحث

مسائل

در این گفتار، طرح مسائل زیر مربوط به تعهد و معاملهٔ اموال

غیرمنقول و بررسی آن برای روشن شدن جهات گوناگون موضوع مزبور مفید
به نظر می رسد.



مسأله ۱:

تعهد بر فروش مال غیرمنقول و فروش آن به ثالث

— در قراردادی که در یک سند عادی انعکاس دارد، فروش مال غیر منقولی به وسیله مالک به طرف دیگر قرارداد تعهد شده و نیز همین مال به وسیله مالک طبق سند رسمی به ثالث فروخته شده است. هر یک از دو معامله چه وضعیتی دارد؟

● پاسخ:

این مسأله را باید در فروض مختلف مورد بررسی قرارداد:

فرض ۱. تاریخ فروش مال، مقدم بر تاریخ تعهد بر فروش آن است. در این فرض، روشن است که تعهد مورد سند عادی نسبت به مال غیرمنقول مذکور اعتبار ندارد و متعهدله نمی تواند متعهد را ملزم به انجام تعهد کند. زیرا فرض این است که مال مزبور قبلاً به ثالث فروخته شده و متعهد در آن مالکیت نداشته است تا بتواند به طور نافذ انتقال آن را مورد تعهد قرار دهد.

فرض ۲. تاریخ تعهد بر فروش مال غیر منقول مقدم بر تاریخ فروش آن باشد. پیش از بررسی فرض مذکور باید به بیان مطلب زیر پردازیم:
می دانیم که طبق ماده ۱۳۰۵ ق.م. تاریخ سند عادی منحصرأ نسبت به اشخاصی که آن را تنظیم کرده اند و قائم مقام ایشان معتبر است و نسبت به اشخاص ثالث اعتبار ندارد. بدین جهت، هرگاه مندرجات سند عادی دارای تاریخ مقدم با مندرجات سند رسمی که دارای تاریخ مؤخر است تعارض داشته باشد، نمی توان به منظور بی اثر ساختن مفاد سند رسمی، به مندرجات سند عادی در برابر اشخاص ثالث استناد کرد. زیرا

برای استناد به مفاد سند عادی و استدلال به اعتبار آن، از جهت مقدم بودن تحقق آن، ناگزیر باید به تاریخ آن تکیه کرد؛ در صورتی که طبق ماده مذکور، این تاریخ نمی تواند در برابر اشخاص ثالث مورد استناد قرار گیرد. در نتیجه، غیرقابل استناد بودن تاریخ، مفاد سند عادی را در مقام تعارض با مفاد سند رسمی در برابر اشخاص ثالث از اعتبار می اندازد. این وضعیت نشان می دهد که در نظر نویسندگان قانون مدنی، مفاد سند عادی به خودی خود، فاقد اعتبار نبوده است بلکه از جهت اثری که بر ارتباط مفاد سند مذکور با تاریخ مندرج در آن مترتب است، بی اعتبار می باشد. بنابراین، هرگاه صحت تاریخ سند مندرج در سند عادی با دلیل دیگری (غیر از درج آن در سند مذکور) ثابت شود، و این تاریخ مقدم بر تاریخ مندرجات سند رسمی باشد، اصولاً مفاد سند عادی مذکور بر محتویات سند رسمی، در مقام تعارض، مقدم خواهد بود. زیرا آنچه در نظر نویسندگان قانون مدنی از مفاد سند عادی مورد سوءظن قرار گرفته تاریخ مندرج در سند عادی است که چون در تنظیم سند عادی، اشخاص عادی و غیررسمی شرکت می کنند، می توانند به دلخواه برای سند مذکور تاریخی غیرحقیقی در نظر گرفته و آن را در سند درج کنند و در نتیجه مفاد سند عادی را از حیث ارتباط آن با تاریخ مندرج در آن مورد سوءاستفاده قرار دهند، و الا مفاد سند عادی به خودی خود و صرفاً به لحاظ اینکه در سند عادی درج شده است نمی تواند فاقد اعتبار باشد.

پس از بیان مطلب بالا، درخصوص فرض مورد بحث، باید بگوییم: از جهت اثباتی، اگر صحت تاریخ سند عادی ثابت نشود، مفاد آن نمی تواند در برابر مندرجات سند رسمی مورد استناد قرار گیرد، و همان طور که گفته شد این وضعیت به این جهت نیست که مفاد سند عادی از حیث اینکه مفاد سند عادی است در برابر سند رسمی بی اعتبار است بلکه به این دلیل است که چون تاریخ آن در برابر شخص ثالث قابل استناد نیست، نمی توان تحقق مفاد آن را نسبت به زمان انشای مفاد سند رسمی، مقدم یا حتی همزمان تلقی کرد، که نتیجه این امر، سقوط قابلیت تعارض مفاد سند

عادی با مفاد سند رسمی و اعتبار سند رسمی است. اما اگر صحت تاریخ سند عادی اثبات گردد، طبق آنچه سابقاً بررسی شد، پیدایش یک حق عینی برای متعهدله نسبت به مال غیر منقول مذکور، مانع از تشکیل بعدی بیع معتبر نسبت به این مال است، هر چند که حق عینی مذکور حق مالکیت نیست. موردی که به عنوان مثال برای این مسأله می توان ذکر کرد این است که متعهدله به استناد سند عادی حاکی از تعهد به فروش مال غیر منقول، به طرح دعوی الزام متعهد به انجام تعهد مبادرت کند، سپس متعهد، مال غیر منقول مذکور را رسماً به ثالث بفروشد. بیع مزبور از حیث تعارض با حق عینی متعهدله قبلی نمی تواند نافذ باشد.

فرض ۳. تاریخ تعهد بر فروش مال غیر منقول، مجهول باشد. بنا بر آنچه در فرض ۲ گذشت به طریق اولی نمی توان به مفاد سند عادی در برابر بیع مال غیر منقول مذکور استناد کرد.

مسأله ۲:

بیع مال غیر منقول و نیز تعهد به تنظیم سند رسمی بیع در سند عادی

— در یک سند عادی، بیع مال غیر منقول و نیز تعهد فروشنده و خریدار به تنظیم سند رسمی بیع مذکور، انعکاس دارد. اگر بیع مذکور را از جهت عدم تنظیم سند رسمی بی اعتبار بدانیم، آیا هریک از طرفین می تواند طرف دیگر را ملزم به تنظیم سند رسمی بیع کند؟

● پاسخ:

ممکن است بدواً به نظر برسد که در فرض مسأله منظور طرفین از مجموع مفاد سند عادی مذکور، وقوع بیع مال غیر منقول و انتقال مالکیت آن از فروشنده به خریدار در برابر ثمن معلوم و ثبت رسمی این بیع است و اگر بیع در زمان تنظیم و امضای سند عادی تشکیل نیابد باید در زمان تنظیم سند رسمی واقع گردد. پس اگر هم تشکیل بیع را در زمان امضای سند عادی

انکار کنیم، مانعی برای قبول وجود تعهد بر تشکیل بعدی بیع و الزام طرف قرارداد به تنظیم و امضای سند رسمی بیع و الزام او به انشای بیع در این زمان وجود ندارد.

اما به کمک تحلیلی که از مفاد سند عادی مذکور می‌توان به عمل آورد، به نظر می‌رسد که الزام طرف قرارداد در فرض بطلان بیع، ممکن نباشد. زیرا ظاهر این است که در مورد مسأله، مقصود طرفین تشکیل بیع در زمان تنظیم سند عادی و سپس درج این عقد در سند رسمی است. یعنی آنچه مورد تعهد قرار گرفته صرفاً امضای سند رسمی حاکی از وقوع بیع مال غیرمنقول به اعتبار اعتقاد ایشان به تشکیل قبلی بیع است، نه انشای مجدد بیع در زمان امضای سند رسمی، و معلوم است که با کشف بطلان بیع تعهد مزبور هم منتفی خواهد بود؛ همچنانکه اگر ضمن بیع مال منقول، بایع متعهد به حمل مبیع به مکان معینی و تسلیم آن به خریدار در این مکان شود و سپس معلوم گردد بیع به جهتی بی اعتبار بوده است، کشف می‌گردد که تعهد بر حمل و تسلیم آن در مکان معینی نیز قانوناً بر ذمه بایع قرار نگرفته است. به عبارت دیگر، در مورد فرض مسأله ظاهر این است که در اراده طرفین تعهد هریک از ایشان به امضای سند رسمی بیع، متفرع بر تشکیل بیع مال غیرمنقول در زمان امضای سند عادی است نه مستقل از آن.

مسأله ۳:

تعهد بر تنظیم سند رسمی بیع مال غیرمنقول در سند عادی

در صورتی که سند عادی صرفاً حکایت از تعهد طرفین بر تنظیم سند رسمی بیع مال غیرمنقول داشته باشد و نامی از تعهد بر بیع مال مزبور در آن نباشد، به نظر می‌رسد که می‌توان متعهد را ملزم به انشای بیع و نیز تنظیم و امضای سند رسمی بیع مذکور ساخت. زیرا از یک طرف عرفاً تعهد به تنظیم سند رسمی بیع بدون تشکیل بیع قابل توجیه نیست، و از طرف دیگر چون اصل صحت و اعتبار تعهد بر تنظیم سند رسمی است پس

اعتبار این تعهد مستلزم وجود تعهد بر انشای بیع خواهد بود. در نتیجه، از اراده طرفین به تحقق تعهد بر تنظیم سند رسمی بیع مال غیرمنقول، می توان به اراده ایشان بر انشای بیع مال غیرمنقول پی برد.

مسأله ۴:

تعیین وجه التزام برای تخلف

— معمول است که در قرارداد تشکیل بیع قید می شود که در صورت امتناع هریک از طرفین از انجام تعهد و تشکیل بیع، طرف ممتنع متعهد است مبلغ معلومی به طرف دیگر بپردازد. می خواهیم وضعیت این قرارداد و روابط طرفین را در آن بررسی کنیم.

● پاسخ:

در بررسی این مسأله فروض متفاوتی که هریک از آنها حکم جداگانه ای دارد، قابل تصور است. غالباً با تکیه بر عبارات یک قرارداد و با توجه به قرائن و شواهد موجود، می توان مورد اراده مشترک طرفین را تشخیص داد، اما در مواردی نیز قصد مشترک ایشان از کلمات قرارداد و یا قرائن مزبور قابل استنباط نیست.

آراء قضایی در برخورد با این گونه قراردادها قرار ثابت و واحدی ندارند. برخی از این آراء، در صورت امتناع متعهد از انجام معامله، برای طرف دیگر قرارداد راهی جز درخواست وجه التزام مقرر نشناخته و او را ذی حق در الزام طرف ممتنع به تشکیل عقد ندانسته است^{۲۰}؛ در حالی که برخی دیگر از آراء درج ضمانت اجرای عدم انجام تعهد را سبب سلب حق متعهدله نسبت به الزام متعهد به انجام تعهد ندانسته بلکه آن را شرطی به سود

۲۰. شعبه ۶ دیوان کشور، رأی شماره ۲۹۰۷-۲۱/۹/۱۵؛ شعبه ۲۵ دیوان کشور، رأی شماره

۴۹۵-۲۳/۱۱/۳؛ شعبه ۱۶ دادگاه حقوقی یک تهران، رأی شماره

۳۲۱/۳۲۳-۲۷/۱۰/۶۸.

متعهدله تلقی کرده است که در صورت عدم امکان اجرای تعهد بتواند متعهد را ملزم به پرداخت مبلغ مقرر به عنوان ضمانت اجرا کند و در صورت امکان اجرای تعهد، متعهدله حق درخواست اجرای تعهد را خواهد داشت.^{۲۱}

ظاهر عبارات این آراء انصراف به بیان استنباط حکم کلی برای همه مواردی دارد که در آن وجه التزامی برای عدم انجام تعهد یا امتناع متعهد از انجام تعهد، برعهده متعهد قرار داده شده است و اختصاص به دعوی مطروح و بالحاظ شرایط و خصوصیات آن دعوی ندارد.

با توجه به اینکه مدار اصلی در استنباط وضعیت و احکام قرارداد اراده مشترک طرفین آن قرارداد است، و مقصود مشترک طرفین در هر قرارداد متفاوت است، از این جهت نمی توان احکام واحدی را به این گونه قراردادها نسبت داد و در هر مورد اراده مشترک طرفین را باید از قرائن و شواهد کشف کرد و ضمن تطبیق آن با مقررات، وضعیت و احکام آن قرارداد را استنباط نمود و در مواردی هم که قصد مشترک طرفین نسبت به چگونگی تأثیر و ارتباط وجه التزام مقرر با موضوع اصلی تعهد مبهم باشد، آن وضعیت و احکام با به کار گرفتن قواعد و اصول حقوقی استخراج می گردد. به جهات یاد شده در بالا، لازم است که مسأله را در فرضهای زیر که ممکن است از عبارات قرارداد استنباط شود، مطالعه کنیم:

فرض ۱. وجه التزام صرفاً برای تأخیر در انجام تعهد است.

در این فرض آشکار است که در صورت تخلف، علاوه بر الزام متخلف به پرداخت وجه التزام مزبور، الزام او به اجرای تعهد نیز برای متعهدله ممکن است.^{۱۲} عبارات قرارداد گاهی در این امر صراحت دارد مانند اینکه در قرارداد تصریح شود «در صورت خودداری متعهد از انجام تعهد — یعنی مثلاً فروش مورد قرارداد — برای هر روز تأخیر یکصد هزار ریال بپردازد». در برخی موارد عبارات قرارداد در این موضوع صریح نیست ولی

۲۱. هیأت عمومی دیوان کشور، رأی اصراری شماره ۹۶-۷/۹/۶۸.

۲۲. ماده ۳۹ آئیننامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی، مصوب سال ۵۵.

این وضعیت را می‌توان با تکیه بر ظاهر عبارات و یا به کمک قرائن به اراده مشترک طرفین نسبت داد، مانند اینکه در قرارداد ذکر شود: «در صورت عدم انجام تعهد در زمان مقرر متعهد موظف است یک میلیون ریال به طرف دیگر قرارداد بپردازد»، که در این عبارت، قید «در زمان مقرر» عبارات قرارداد را ظاهر در این معنی می‌کند که جمع بین درخواست اجرای تعهد اصلی و پرداخت وجه التزام مذکور، برای متعهدله ممکن است.

فرض ۲. وجه التزام در برابر عدم انجام تعهد بوده و با تخلف متعهد، متعهدله حق انتخاب دارد.

در این فرض، تشکیل قرارداد بیع، مورد تعهد است ولی قصد مشترک طرفین بر این است که پس از امتناع متعهد از انجام تعهد در زمان مقرر در قرارداد یا عرف، متعهدله هر یک از اجرای تعهد اصلی و یا پرداخت وجه التزام را می‌تواند از متعهد درخواست کند، مانند اینکه در قرارداد ذکر شود: «در صورت خودداری متعهد از فروش مورد قرارداد، متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم سازد که به جای تشکیل معامله، مبلغ یک میلیون ریال بپردازد». در این فرض، ظاهر این است که در نتیجه خودداری متعهد از انجام تعهد، متعهدله حق انتخاب اجرای تعهد - یعنی فروش مال مورد قرارداد - یا دریافت وجه التزام را پیدا می‌کند.

درج وجه التزام بدین گونه در قرارداد، به هدف تأمین بیشتر اطمینان برای اجرای قرارداد در زمان مقرر است که حق مطالبه وجه التزام مقرر را در اختیار متعهدله قرار می‌دهد، بی آنکه امکان درخواست اجرای اصل تعهد را از او سلب کند. این قرارداد از نظر حقوقی، مشمول ماده ۱۰ ق.م. و معتبر به نظر می‌رسد.

فرض ۳. وجه التزام در برابر عدم انجام تعهد است و متعهد حق انتخاب دارد.

در این فرض، مقصود مشترک طرفین این است که متعهد ملزم است یکی از دو امر را انتخاب کند: فروش مال مورد قرارداد، یا پرداخت مبلغ وجه التزام. مانند اینکه در قراردادی توافق شود: «هرگاه متعهد نخواهد مال مورد

قرارداد را بفروشد، ملزم است مبلغ یک میلیون ریال به متعهدله بپردازد».

این گونه قرارداد، برخلاف قرارداد مذکور در فرض ۲، از جهت اینکه حق انتخاب بین اجرای تعهد — یعنی مثلاً فروش مال — و پرداخت وجه التزام را در اختیار خود متعهد قرار می دهد، نامعتبر به نظر می رسد. زیرا فرض این است که مورد تعهد متعهد از بدو تشکیل قرارداد، در حقیقت معین نبوده و مردد بین یکی از دو امر بوده است: اجرای عمل مورد تعهد یا پرداخت مبلغ معین، و چنین تعهدی فاقد شرط صحت مذکور در بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. — یعنی معین بودن مورد معامله — است؛ چون شرایط اساسی صحت معامله که در ماده ۱۹۰ و مواد بعدی مقرر شده اختصاص به عقود معین ندارد و اجتماع آنها در قراردادهای مشمول ماده ۱۰ ق.م. نیز ضروری است، مگر اینکه چنین توجیه کنیم که مورد این قرارداد در حقیقت تعهد هریک از دو طرف در برابر طرف دیگر یعنی تعهد فروشنده مثلاً به فروش مال یا پرداخت مبلغ یک میلیون ریال و تعهد خریدار به خرید آن مال و پرداخت ثمن مقرر است نه فروش مال یا پرداخت مبلغ یک میلیون ریال. به این ترتیب هر دو مورد قرارداد معین است و تردید مربوط به مورد تعهد است نه مورد قرارداد و معامله، و آنچه به عنوان شرط در بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م.، مقرر شده معین بودن موضوع معامله است نه معین بودن موضوع تعهدی که خود این تعهد مورد قرارداد است.

● تفکیک قرارداد فرض سوم از قراردادی که ضمن آن شرط پرداخت مبلغ معین در صورت اعمال حق فسخ درج می شود:

لازم است در اینجا قرارداد فرض سوم از قراردادی که در ضمن آن برای متعهد حق فسخ در مدت معلوم با پرداخت مبلغ معین شرط می شود، تفکیک گردد. قرارداد فرض سوم در یک طرف دارای دو موضوع به صورت مردد است که متعهد می تواند یکی از آن دو را انتخاب و ایفا کند: اجرای عمل مورد تعهد یا پرداخت مبلغ وجه التزام، که با ایفای هریک از آن دو به

میل خود تعهد قراردادی خویش را اجرا می‌کند؛ در صورتی که قرارداد حاوی شرط حق فسخ با پرداخت مبلغ معین، در طرف متعهد فقط یک موضوع دارد و پرداخت مبلغ معین، مورد قرارداد یا تعهد قراردادی نیست بلکه موردی است که در صورت انحلال قرارداد، برعهده متعهد ثابت می‌گردد، و این دو قرارداد از حیث آثار حقوقی متفاوت هستند.

ماده ۳۹ آییننامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء مصوب سال ۱۳۵۵ که مقرر می‌دارد: «هرگاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه التزام معین شده باشد مطالبه وجه التزام مانع مطالبه اجرای تعهد نمی‌باشد، ولی اگر وجه التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد، متعهدله فقط می‌تواند یکی از آندو را مطالبه کند»، دلالت بر اعتبار قرارداد فرض ۳ ندارد. زیرا همان‌طور که آشکار است با توجه به عبارت «متعهدله فقط می‌تواند یکی از آندو را مطالبه کند»، مورد این ماده قراردادی است که در فرض دوم بررسی گردید، یعنی قراردادی که انتخاب وجه التزام مقرر در برابر عدم انجام تعهد و یا اجرای تعهد در اختیار متعهدله است نه در اختیار متعهد.

فرض ۴. نه از عبارات قرارداد و نه از قرائن، قصد مشترک طرفین بر یکی از فرضهای سه‌گانه مذکور در بالا استنباط نشود.

این فرض در بیشتر قراردادهای تعهد بر فروش و خرید که بین اشخاص فاقد آگاهی کافی نسبت به موازن حقوقی منعقد می‌گردد، دیده می‌شود. مثلاً در قرارداد، خریدار ده میلیون ریال به عنوان بیعانه به فروشنده می‌دهد و مقرر می‌شود: «در صورتی که فروشنده از انجام معامله خودداری کند موظف است علاوه بر رد مبلغ ده میلیون ریال بیعانه معادل همین مبلغ به خریدار بپردازد، و هرگاه خریدار از انجام معامله امتناع ورزد حق استرداد بیعانه را ندارد» و هیچ قرینه‌ای که اراده مشترک طرفین را نشان دهد، وجود ندارد.

در برخورد با این گونه قراردادهای، حکم مسأله را باید به کمک قواعد و اصول استخراج کرد. اگر مفهوم قراردادی مورد بین موارد فرضهای سه‌گانه مذکور در بالا باشد، نخست باید مورد فرض ۳ — یعنی قرار گرفتن وجه التزام

در برابر عدم انجام تعهد با حق انتخاب متعهد— را منتفی دانست؛ زیرا سابقاً بیان شد که اعتبار این گونه قرارداد به دلیل مردد بودن مورد، قابل انکار است و مطابق اصل صحت، هرگاه مفاد قراردادی محتمل بین نوع صحیح و نوع فاسد آن باشد، قرارداد را باید حمل به مفادی کرد که از جهت حقوقی دارای اعتبار است.

سپس در بین دو فرض اول و دوم باید قرارداد را محمول بر فرض دوم— یعنی قراردادن وجه التزام در برابر عدم انجام تعهد و اختیار متعهدله (پس از تخلف متعهد) در مطالبه اجرای تعهد اصلی یا مبلغ وجه التزام— دانست؛ زیرا مورد فرض اول یعنی استحقاق متعهدله در جمع بین مطالبه اجرای تعهد اصلی و درخواست پرداخت وجه التزام مقرر، مخالف اصل برائتی است که به سود متعهد می تواند جریان داشته باشد، چه اینکه اگر امر بین تکلیف متعهد به انجام عمل مورد تعهد و پرداخت وجه التزام و بین وظیفه او نسبت به یکی از این دو موضوع دایر باشد، ثبوت تکلیف نخست نسبت به متعهد، زیانبارتر است.

استصحاب بقای تعهد موجب رجحان مورد فرض نخست نمی شود، زیرا به دلیل تعلق داشتن اختیار انتخاب به متعهدله، در فرض دوم نیز مانند فرض نخست تعهد اصلی باقی است، منتها متعهدله می تواند از آن صرف نظر کرده و پرداخت وجه التزام را درخواست کند. در صورتی که مورد فرض سوم را با توجیهی که در جهت اعتبار قرارداد در این فرض به عمل آوردیم، معتبر تلقی کنیم و از عبارات قرارداد و قرائن، هیچ یک از فرضهای اول تا سوم استنباط نشود، طبق اصل برائت یا اصل عدم، قرارداد را باید حمل بر مورد فرض سوم دانست. زیرا فرض این است که در این مورد، تعهد متعهد نسبت به انجام عمل به صورت معین، از ابتدای تشکیل قرارداد مشکوک است و اصل عدم یا اصل برائت اقتضا می کند که متعهد را مختار در یکی از دو امر بشناسیم و او را موظف به خصوص انجام عمل مورد تعهد به صورت انحصاری ندانیم.



دکتر رضا نوربها

«آزادی مشروط»

در ماده ۳۸

قانون مجازات اسلامی



● مقدمه^۱

تغییرات اندیشه‌های حقوق جزا در سالهای اخیر و بخصوص توجه به شخص مجرم به عنوان فردی که دستخوش جبرهای پیچیده اجتماعی و فردی است و غالباً بی آنکه خود به شکلی مصمم بخواند، در مسیر فعل مجرمانه قرار می‌گیرد، موجب آن شده است تا هیولای ساخته و پرداخته شده قرون از بزهدار تغییر شکل دهد و مجرم به عنوان انسانی نیازمند به کمک و راهنمایی و لایق تربیت و اصلاح مورد توجه قرار گیرد. این چرخش سریع تفکر نه تنها ناشی از ضرورت توجه به انسان است که بی تردید در هیچ برهه از زمان نباید بر آن خاکستر فراموشی بنشینند و رنگ بیازد بلکه، در

۱. قانون مجازات اسلامی طبق اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی در تاریخ ۱۳۷۰/۵/۸ به تصویب کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی رسیده و با توجه به ایراد شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۷۰/۹/۷ مجمع تشخیص نظام با اصلاحاتی تصویب و در روزنامه رسمی شماره ۱۳۶۴۰ مورخ ۷۰/۱۰/۱۱ چاپ و منتشر شده است. قانون مشتمل بر چهار کتاب و ۴۹۷ ماده است که کتاب اول آن به کلیات اختصاص پیدا کرده و مشتمل بر ۶۲ ماده است که مسائل عام حقوق جزا را مطرح می‌سازد.

عین حال، فایده اجتماعی اندیشه های حقوق جزا و اعمال سیاستهای کیفری دقیق، علمی و منطبق با نیازهای جوامع پیچیده و در حال تغییر امروزی نیز در این تحول تفکر نقش اساسی داشته است. بدین دلیل، به هنگام برخورد با مجرم و جرم انجام یافته کوشش می شود تا از سوی به شخص بزهکار توجه گردد و به او فرصت بازگشت به جامعه و استقرار زندگی خویش به روال عادی داده شود، و از سوی دیگر جامعه در مصونیت ناشی از تهاجم جرم قرار گیرد. این برخورد علمی-عاطفی موجب شده است تا قانونگذاران اختیارات موسعی به دادگاهها اعطا کنند تا مراجع رسیدگی بتوانند در جهات یادشده از کیفیات تخفیف دهنده سود ببرند، مجازات را معلق کنند یا با اعطای آزادی مشروط در یاری بزهکار بکوشند و در دفاع اجتماعی موفق گردند^۲، همچنانکه از اقدامات تأمینی و تربیتی نیز در جهت اصلاح بزهکاران یاری گیرند.

با توجه به اینکه آزادی مشروط به عنوان یکی از ابزارهای دقیق جهت اصلاح مجرم و دفاع اجتماعی پیش بینی شده است در این گفتار بدان خواهیم پرداخت. پس از تعریف آزادی مشروط امتیازات و اشکالات آن را عنوان می کنیم، آنگاه به شرایط اعمال و نحوه الغای آن و ترتیب آزادی قطعی می پردازیم و سپس به عنوان نتیجه مسائلی را مطرح می سازیم.



تعریف آزادی مشروط

آزادی، این کلمه دلپذیر و جذاب را که گرمای آفتاب و دلنوازی

۲. این تلاش در مرحله رسیدگی نیز به چشم می خورد. به عنوان مثال، تعلیق تعقیب از مواردی است که می توان بدان اشاره کرد.

نسیم دارد با مشروط بودن چندان علقه ای نیست، اما قانون مجازات با مفاهیم بیشتر عینی برخورد می‌کند تا ذهنی و لذا می‌بینیم قانون بی آنکه تعریفی از آزادی مشروط به دست دهد شرایط آن را عنوان می‌کند.^۳

می‌توان با کمی تسامح آزادی مشروط را چنین تعریف کرد: «آزادی موقت محکوم به حبسی که مدتی از دوره محکومیت خود را طی کرده و با شرایط پیش‌بینی شده توسط قانون قابلیت آزادی بقیه مدت مجازات را به دست آورده است، که در صورت اجرای شرایط، آزادی او قطعی، والا محکومیت به‌طور کامل اجرا می‌گردد». با این تعریف، آزادی مشروط از عفو و تخفیف مجازات تفکیک می‌شود.



امتیازات و اشکالات آزادی مشروط

اعطای آزادی مشروط مبین ارضای توقعات جامعه و بخصوص محیط تربیتی و اصلاحی زندان در مورد بزهکاری است که به دلایلی مرتکب جرم و محکوم به مجازات زندان شده است. وقتی کسی به مجازاتی محکوم می‌شود تردیدی نیست که در کنار هدف تأدیب و تنبیه مجرم، اصلاح و باز اجتماعی شدن او نیز مورد توجه جامعه است. جامعه توقع دارد که دوران تحمل محکومیت در زندان موجب شناخت بیشتر محکوم و آشنایی

۳. قانون آزادی مشروط زندانیان (ماده واحده) با ۹ تبصره در ۲۳ اسفند ۱۳۳۷ تصویب شد (منتشره در روزنامه رسمی شماره ۴۱۳۱ مورخ ۳/۱/۳۸ مجموعه قوانین سال ۱۳۳۷، صفحات ۶۷۳ تا ۶۷۵). این قانون بعداً با تغییراتی در قانون راجع به مجازات اسلامی وارد گردید و ماده ۳۹ این قانون به آزادی مشروط اختصاص یافت. این ماده و تبصره‌های آن نیز با مصوبه مجمع تشخیص مصلحت جای خود را به مواد ۳۸، ۳۹ و ۴۰ باب اول از کتاب اول قانون مجازات اسلامی داده است.

با گره‌های روانی و مشکلات اجتماعی او گردد تا با اتخاذ شیوه‌های درست، علمی و منطقی بتوان بزهکار را در خلال دوران محکومیت درمان کرد و او را به جامعه بازگرداند. این نظریه که در گذشته بیشتر ایده‌آلی جلوه می‌کرد تا واقعی، امروز با گسترش قلمرو شناخت انسان و ورود علم در این محدوده تنها یک آرزو نیست بلکه تحقق آن را می‌توان با تجربه‌های مختلف و در زندان‌های گوناگون دید. لذا وقتی مفهوم اجرای مجازات با مفهوم درمان بزهکار توأم و تلفیق شود دیگر نیازی به اینکه محکوم باید کلیه دوران محکومیت خود را طی کند وجود ندارد. درمان مجرم آزادی او را تسهیل و این آزادی بزهکار را تشویق می‌کند که در هنگام تحمل محکومیت در اصلاح و درمان خود بکوشد تا زودتر به خانواده و جامعه خویش بازگردد. به عبارت دیگر، با آزادی مجرم درمان شده از حدوث لطمه‌های افزون‌تر که به دلیل تحدید آزادی بر او وارد شده است جلوگیری می‌شود. وانگهی، اگر ما زندان را محیط اصلاحی و درمانی در مفهوم علمی کلمه تلقی کنیم و آن را جدا از دیوارهای بلند و ضخیم، سیم‌های خاردار، نگهبانان خسته و بی‌حوصله و شدت عمل‌های بیهوده بررسی کنیم دیگر چه دلیلی وجود دارد تا محکومانِ درمان شده را همچنان در بند نگه داریم و با تراکم زندان، علاوه بر آنکه بار مالی بسیاری را بر بودجه کشور تحمیل کنیم، امکانات درمانی را برای محکومان دیگر که نیازمند به این محیط برای اصلاح هستند محدود سازیم؟ با آزادی مشروط به مجرم اصلاح شده امکان بازگشت سریع به جامعه می‌دهیم، و جامعه را نیز از تحمل هزینه‌های بسیار و بی‌فایده برکنار می‌داریم و از نیروی محکومان اصلاح شده استفاده می‌کنیم.

در کنار امتیازات، اشکالاتی نیز در اعطای آزادی مشروط پیش می‌آید که بیشتر ناشی از اعطای آزادی، بی‌توجه به دقت کافی در اعمال آن است. غالباً دیده می‌شود که دادگاه‌ها در اعطای آزادی مشروط بیشتر به شکلی اداری برخورد می‌کنند و صرف وجود شرایط قانونی را به نحوی سطحی برای اعمال آزادی کافی می‌دانند؛ لذا طبیعی است که در طول مدت آزادی به دلیل عدم اعطای صحیح آن و یا عدم دقت کافی در

مراقبت از محکوم، جرایم دیگری اتفاق افتد و اصل آزادی مشروط را زیر سؤال برد.



شرایط اعطای آزادی مشروط

الف. شرایط ماهوی آزادی مشروط و تبعات آن

در شرایط ماهوی و تبعات آزادی مشروط می توان به ترتیب موارد زیر را مورد دقت قرار داد:

۱. شرایط مربوط به طبیعت مجازات
۲. شرایط مربوط به محکوم علیه
۳. شرایط مربوط به مدت آزادی مشروط
۴. شرایط مربوط به وظیفه دادگاه
۵. تبعات آزادی مشروط

۱. شرایط مربوط به طبیعت مجازات:

ماده ۳۸ قانون اخیرالتصویب در کلیه حبسها آزادی مشروط را پذیرفته و از ماده ۳۹ قانون سابق راجع به مجازات اسلامی که تنها در حبسهای تعزیری آزادی مشروط را می پذیرفت فاصله گرفته است. با وجود این، به نظر نمی رسد که تهیه کنندگان قانون خواسته باشند برخی از حبسها را نیز که در حدود امکان اعمال آنها وجود دارد (چون حسب ابد در جرم سرقت مشمول حد) در زمره حبسهای قابل آزادی مشروط قرار دهند که علی الاصول در این زمینه امکان تغییر مجازات وجود ندارد بلکه مقصود کلیه حبسهای ناشی از مجازات بازدارنده موضوع ماده ۱۷ قانون

اخیرالتصویب مجازات اسلامی و همچنین مجازاتهای تعزیری است.

نکته دیگر آنکه در مورد حبس تهیه کنندگان قانون تأکید کرده‌اند: «هرکس برای بار اول به علت ارتکاب جرمی به مجازات حبس محکوم شده باشد...». ممکن است این ابهام پیش آید که محکومیت‌های قبلی غیر از حبس استفاده از آزادی مشروط را دچار اشکال می‌کند و این تعبیری است که برخی از جمله «برای بار اول» می‌کنند. اما این تفسیر نه با منطق آزادی مشروط سازگار است و نه متن قانون چنین مسأله‌ای را می‌پذیرد. به اعتقاد ما با منطق آزادی مشروط سازگار نیست زیرا هدف مجازات حبس در عصر ما اصولاً فراهم آوردن امکانات درمانی لازم برای بزهکار است و هنگامی که فردی جرمی انجام دهد و کیفری مانند جزای نقدی به عنوان مثال بر او تحمیل شود جامعه امکان تربیت و اصلاح او را به نحوی که در رژیم زندان با امکانات درمانی آن مورد نظر است فراهم نکرده و لذا اگر بار دیگر همان فرد مرتکب جرمی شود و مجازات حبس برای او در نظر گرفته شود، با توجه به اینکه این بار امکانات درمانی فراهم شده منطقی است که بتواند پس از طی مدتی و در صورت اصلاح و تربیت از آزادی مشروط استفاده کند. دقت در متن قانون نیز مؤید این نظر است که اگر فردی برای بار اول به مجازات حبس محکوم شود می‌تواند از آزادی مشروط استفاده کند و کیفرهای قبلی غیر از حبس در این مورد تأثیری ندارد. بدیهی است از نظر قانون اگر فردی یک بار در مجازات حبس از امکانات درمانی و اصلاحی بهره‌مند شد بار دیگر نمی‌تواند از آزادی مشروط استفاده کند، که این نظر قانون نیز با تأمل در شخصیت بزهکار و امکان تغییرات رفتاری او قابل تردید است.

نکته آخر اینکه محکوم باید دوسوم از مدت مجازات را در جرایمی که کیفر قانونی آن بیش از سه سال حبس است بگذراند تا پذیرش آزادی مشروط در مورد او امکان داشته باشد. در مورد جرایمی که کیفر قانونی آن تا سه سال حبس است گذراندن نیمی از مدت مجازات کافی است. چند مسأله شایسته یادآوری است: یکی آنکه محکوم می‌تواند قبل از گذراندن

دوثلث و یا نیمی از مدت مجازات درخواست آزادی مشروط بنماید اما قبولی آن حسب مورد موکول به اجرای نصف و یا دوسوم مجازات است؛ دیگر آنکه ماده ۳۸ برخلاف قانون ۱۳۳۷ اشاره ای به محکومیت‌های حبس ابد که دوسوم آن نامشخص است نکرده^۴ که به نظر می‌رسد تهیه کنندگان قانون مجازات اسلامی همانند قانون سابق راجع به مجازات این طور تصور کرده‌اند که در محکومیت‌های زندان امکان حبس ابد وجود ندارد، در حالی که چنین نیست و گاه قانون^۵ و گاه اعمال قاعده تعدد جرم امکان حبسهای ابد و یا در حکم ابد را فراهم می‌کند. سکوت قانون راجع به مجازات ممکن است منجر به تفسیر قانون ۱۳۳۷ و قبول گذشتن مدت دوازده سال در حبسهای ابد شود اما با توجه به نسخ قانون مجازات و بخصوص جانشین کردن مواد ۳۸، ۳۹ و ۴۰ به جای قانون ۱۳۳۷ اشکال همچنان باقی می‌ماند. به اعتقاد ما نیاز به متن قانونی جدیدی برای رفع این اشکال وجود دارد.

۲. شرایط مربوط به محکوم علیه:

محکومی که متقاضی استفاده از آزادی مشروط است باید در مدت اجرای محکومیت نکاتی را رعایت کند تا پس از تحمّل دوثلث و یا نیمی از مدت مجازات، حسب مورد بتواند از آزادی مشروط استفاده کند. بندهای ۱ و ۳ ماده ۳۸ این شرایط را احصاء کرده است: طبق بند ۱ محکوم باید در طول مدت اجرای مجازات حسن اخلاق نشان داده باشد، و طبق بند ۳ هرگاه تا آنجا که استطاعت دارد ضرر و زیان مورد حکم دادگاه یا مورد موافقت مدعی خصوصی را بپردازد و یا قرار پرداخت آن را بدهد. قانون در این بند با استعمال جمله «تا آنجا که استطاعت دارد» با نظر ارفاقی با محکوم برخورد

۴. طبق تبصره ۱ بند ۳ ماده واحده قانون راجع به آزادی مشروط زندانیان مصوب ۱۳۳۷: محکومین به حبس دائم پس از گذراندن دوازده سال ممکن است از آزادی مشروط استفاده نمایند.

۵. رجوع کنید به عنوان مثال به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب سوم آبان ماه ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی، تبصره بند ۴ ماده و یا تبصره ۱ بند ۶ ماده ۸.

کرده است تا آزادی مشروط دچار اشکال نگردد. اما قانون در مورد حبس توأم با جزای نقدی روش شدیدتری پیش گرفته و محکوم را مکلف کرده است که جزای نقدی را بپردازد و یا ترتیب پرداخت آن را با موافقت دادستان بدهد. بند ۲ ماده ۳۸ نیز شرطی را پیش بینی کرده است که به محکوم علیه ارتباطی ندارد و بیشتر سازمان زندانها و دادیار یا دادستان باید به آن توجه کنند و آن اینکه از اوضاع و احوال محکوم پیش بینی شود که پس از آزادی دیگر مرتکب جرمی نخواهد شد.^۶

۳. شرایط مربوط به مدت آزادی مشروط:

قانون سابق راجع به مجازات اسلامی مدت آزادی مشروط را اصولاً شامل بقیه مدت مجازات می دانست؛ لذا دادگاه می توانست علی الاصول به بقیه مدت حکم دهد، اما چنانچه دادگاه می خواست در مدت آزادی تغییری دهد مکلف بود مدت آزادی را بین یک تا پنج سال تغییر دهد. البته مدت آزادی ارتباطی با مدت محکومیت نداشت و به عنوان مثال اگر کسی به دو سال حبس تعزیری محکوم می شد دادگاه می توانست با شرایطی که در قانون ذکر شده بود بقیه مدت یعنی یک سال را تعیین کند و یا تا حداکثر پنج سال مدت را افزایش دهد. قانون در مورد محکومیت های کمتر از یک سال به همان اصل کلی رجوع می کرد و دادگاه مکلف بود صرفاً بقیه مدت را تعیین کند و حق تغییر آن را نداشت.

در قانون اخیر التصویب ماده مختصر ۴۰ به مدت آزادی مشروط اشاره می کند. طبق این ماده: «مدت آزادی مشروط بنا به تشخیص دادگاه کمتر از یک سال و زیادتر از پنج سال نخواهد بود». هر چند این ماده اشکالات قانون سابق را برطرف کرده اما ممکن است ایراد شود که قانون فعلی نسبت به قانون قبلی از نظر اینکه قلمرو مدت را کمتر محدود می کند و دست دادگاهها را بازمی گذارد دچار اشکال است؛ اما اگر به منطق آزادی

۶. هر چند پیش بینی وقوع جرم یا عدم آن دشوار است اما به هر حال می توان به شکل متعارف آن را پذیرفت.

مشروط توجه کنیم و آن را نوعی درمان رفتار مجرمانه بدانیم می توان گفت به شرط آنکه دادگاهها در تشخیص خود، علاوه بر صلاحیت، دقت کافی داشته باشند این اشکال قابل رفع است. اما نکته ای که ماده ۴۰ بدان اشاره نکرده تغییر مدت است که به دلیل همان منطقی که قبلاً اشاره کردیم باید بدان توجه شود. گرچه تشخیص دادگاهها را بر قبولی آزادی مشروط می توان تعمیم به تغییر آن نیز داد اما چون «حکم» به آزادی مشروط پس از احراز شرایط داده می شود و در آن حکم قید مدت نیز الزامی است، لذا تغییر آن با اشکال مواجه است که به نظر می رسد از این حیث نیز قانون باید اصلاح شود.

۴. شرایط مربوط به وظایف دادگاه:

پس از معرفی محکوم برای اخذ آزادی مشروط که در شرایط شکلی عنوان خواهیم کرد، دادگاه در متن حکم خود به اصطلاح قانون باید ترتیبات و شرایطی را که فرد محکوم باید در مدت آزادی مشروط رعایت کند قید نماید. قانون با کلمه «از قبیل» برخی از این شرایط را عنوان کرده و مشخص است که دادگاه می تواند شرایط دیگری را نیز تعیین کند که البته به نظر ما نباید شرایط دیگر دور از مسائلی باشد که در قانون به عنوان تمثیل آورده شده است نظیر سکونت در محل معین یا خودداری از اشتغال به شغل خاص یا معرفی خود به مراکز تعیین شده از طرف دادگاه. بدیهی است که محکوم باید این شرایط را بپذیرد تا امکان صدور حکم آزادی او فراهم شود. حکم آزادی توسط دادگاه صادر کننده محکومیت قطعی داده می شود که حسب مورد می تواند دادگاه کیفری یک یا دو باشد.^۷

۷. با توجه به اینکه دیوان کشور نیز در محدوده ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور رسیدگی ماهوی می کند ممکن است تصور شود که دادگاه صادر کننده حکم قطعی، دیوان کشور نیز می تواند باشد، ولی نه منظور تهیه کنندگان قانون دیوان کشور بوده است و نه می توان دیوان کشور را دادگاه در معنای صادر کننده حکم قطعی دانست.

۵. تبعات آزادی مشروط:

آزادی مشروط مقدمه‌ای است برای آزادی قطعی. تبصره ۳ ماده ۳۸ برخلاف ماده ۳۹ سابق که با صراحت به آزادی قطعی اشاره می‌کرد تنها به ذکر این نکته توجه کرده است که هرگاه محکوم علیه از شرایط تعیین شده توسط دادگاه تخلف کند و یا جرم مجددی مرتکب شود، بقیه محکومیت وی به حکم دادگاه صادر کننده حکم به مرحله اجرا دربیاید. از مفهوم این قسمت می‌توان استنباط کرد که در صورت عدم تخلف یا عدم اجرای جرم جدید، آزادی محکوم قطعی خواهد شد. اما آیا با قطعی شدن آزادی می‌توان حکم محکومیت را از شناسنامه کیفری محکوم پاک کرد؟ هر چند قانون به این نکته اشاره نکرده اما پاسخ منفی است، زیرا قطعیت آزادی به منزله اجرای کامل مجازات است و چنانچه آزاد شده پس از قطعیت مرتکب جرم دیگری شود طبق ماده ۸؛ قانون مجازات اسلامی حکم تکرار جرم در مورد محکوم اجرا خواهد شد. ممکن است ایراد شود که چون قانون به این مسأله اشاره نکرده لذا تفسیر به نفع متهم ایجاب می‌کند که او را از شمول تکرار جرم خارج کنیم، اما باید در نظر داشت که منطق آزادی مشروط اصولاً برای جلوگیری از تکرار جرم بوده است، وانگهی نمی‌توان واقعیت اجرای قسمتی از مجازات را در مورد محکوم نادیده گرفت و مجازات را اجرا نشده تلقی کرد و حکم تکرار را از آن برداشت.

همچنانکه اشاره شد ممکن است محکوم علیه از شرایط تعیین شده دادگاه تخلف کند و یا جرم مجددی مرتکب شود. در صورت اول قانون روشن نکرده که احراز این تخلف از چه طریق است و لذا می‌توان گفت به هر نحو که دادگاه از وقوع تخلف مطلع شود می‌تواند آزادی مشروط را لغو نماید؛ اما به اعتقاد ما ضروری است که دادگاه به آزاد شده حداقل یک بار اخطار کتبی با ابلاغ واقعی کند تا مطمئن شود که محکوم به تخلف خود ادامه می‌دهد و در این صورت به لغو آزادی حکم دهد. در صورت دوم اگر محکوم جرم دیگری انجام دهد مجازات جرم اخیر با مجازات قبلی جمع

خواهد شد. هر چند قانون جرم را به طور اطلاق و در مفهوم جرایم عمد و شبه عمد و خطئی به کار برده است اما به نظر ما منطقی نیست که بتوان آزادی مشروط را با جرایم خطئی لغو کرد. آیا بعد از لغو آزادی مشروط (چه در صورت تخلف و چه در صورت ارتکاب جرم جدید) محکوم علیه می تواند مجدداً درخواست آزادی مشروط کند؟^۸ به اعتقاد ما باید قائل به تفکیک شد. در صورت لغو، اشکالی وجود ندارد اما در صورت ارتکاب جرم جدید، قبول مجدد با اشکال مواجه است، زیرا محکوم قبلاً به مجازات حبس محکوم شده و نحوه نگارش قانون نیز دلالت بر اجرای محکومیت و عدم قبولی آزادی در چنین شرایطی دارد.

ب. شرایط شکلی آزادی مشروط

قانون شرایط شکلی آزادی مشروط را به اختصار در ماده ۳۹ ذکر کرده است. به موجب این ماده صدور حکم آزادی مشروط به پیشنهاد سازمان زندانها و تأیید دادستان یا دادیار ناظر خواهد بود. بدیهی است سازمان زندانها به مسائلی که قبلاً عنوان شد و بخصوص شروط مربوط به محکوم علیه و مدت و نوع مجازات و با کسب نظر از انجمن حمایت زندانیان و اداره کنندگان زندان در حد قناعت توجه و مبادرت به پیشنهاد خواهد کرد، اما تکلیف دادستان و بخصوص دادیار ناظر زندان که باید اشراف بر شخصیت زندانیان داشته باشد بسیار دقیق است. البته، نمی توان تبعات ناشی از آزادیهای مشروط عجولانه را نادیده گرفت ولی در همین حال نیز نباید بر دادستان و یا دادیار ناظر زندان به دلیل تأیید پیشنهاد سازمان


۸. سؤالی که مطرح می شود این است که آیا محکوم علیه که مواجه با حکم رد تقاضای آزادی مشروط شده می تواند از آن تجدیدنظر بخواهد یا خیر؟ به نظر می رسد که ظاهراً این امر دشوار باشد زیرا محکوم می تواند مجدداً درخواست آزادی مشروط نماید، اما با توجه به موارد قانون تجدیدنظر احکام دادگاهها و قابل تجدیدنظر دانستن احکام و قرارها، تقاضای تجدیدنظر امکان پذیر می نماید.

زندانیها در مواردی که احتمالاً محکوم در مدت آزادی مشروط جرم دیگری انجام می دهد و یا به تخلف از دستورهای دادگاه مبادرت می ورزد ایراد وارد کرد، چه در همه موارد علی رغم دقت ممکن است پیش بینی وضعیت محکوم در دوران آزادی مشروط ممکن نباشد.

پس از پیشنهاد سازمان زندانیها و تأیید دادستان یا دادیار، پرونده به دادگاه صادر کننده دادنامه محکومیت قطعی ارجاع خواهد شد تا نسبت به صدور حکم آزادی مشروط در صورت قبول آن و با توجه به شرایط مندرج در ماده ۳۸ اقدام کند. پس از صدور حکم، محکوم فوراً آزاد می شود. بدیهی است حکم دادگاه نمی تواند قابل تجدیدنظر از سوی دادستان باشد، زیرا دادستان که خود با آزادی مشروط موافقت کرده است دیگر مدعی محکوم نیست تا از آن تجدیدنظر بخواهد.


● نتیجه

اجرای آزادی مشروط در جهت نفع محکوم و جامعه می تواند به اصلاح و تربیت بزهکار کمک کند و او را برای بازگشت قطعی به کانون خانواده و جامعه خویش ترغیب نماید. دقت در اعطای این آزادی، تحت مراقبت قراردادن محکوم در طول مدت آزادی مشروط، و ایجاد امکانات برای بازاجتماعی شدن او از مسائلی است که دقت در آن می تواند تأثیر این بنیاد اساسی حقوق جزا را نشان دهد.



دکتر سید محمد ہاشمی

تحلیل حقوقی
جرائم سیاسی و مطبوعاتی



100
100
100

● مقدمه

دنیای معاصر، همواره شاهد فروپاشی تدریجی حکومت‌های استبدادی و جایگزینی دولتهای مردمی و قانونی در کشورهاست. نکات برجسته نظام نوین را عمدتاً می‌توان عبارت از محدودیت اقتدار زمامداران و توسعه روزافزون حقوق مردم دانست. آزادی، برابری و امنیت، سرآمد اصولی است که بشردوستان آنها را جزء حقوق مسلم مردم می‌دانند. در حال حاضر، امنیت قضایی نه تنها حاوی اصل برائت برای مردم است بلکه برای خطاکاران نیز، با توجه به شرایط درونی و محیطی، حقوق توأم با گذشتی را قائل می‌باشد. جرایم سیاسی و مطبوعاتی از جمله مواردی به شمار می‌رود که در قانون اساسی بسیاری از کشورها، و از جمله جمهوری اسلامی ایران، حقوق مذکور نسبت به آن اعمال می‌گردد. ضمن مطالعه کلی جرایم فوق، نظام حقوقی گذشته و حال کشورمان را در این خصوص مورد بررسی قرار می‌دهیم.

بند

جرایم سیاسی

اول. طرح قضیه

در حقوق جزا، جرایم از لحاظ عناصر تشکیل دهنده آن تقسیم بندی شده اند که از آن جمله تقسیم آنها به «جرایم عمومی»^۱ و «جرایم سیاسی»^۲ است، بدین معنی که ارتکاب جرم عمومی علیه مصالح جامعه، و ارتکاب جرم سیاسی همراه با اندیشه های سیاسی و به ویژه برضد زمامداران حاکم است.

مفهوم جرم سیاسی از روزگار باستان همواره مورد توجه و در تحول بوده است. در دورانهای قدیم، این گونه جرایم به عنوان «جرم بزرگ»^۳ «جرم بیرحمانه»^۴ و «خیانت بزرگ»^۵ تلقی می شده و محاکمه آن بسیار سخت بوده و آن را به دادگاه ویژه می سپرده اند.

در آن زمان اصل مشخص بودن مجازاتها رعایت نشده و حتی به خانواده و اموال مجرمان سرایت می کرده است. در این خصوص، در کشورهای اروپایی، بین سلاطین و درباریان این کشورها همبستگی خاص برای حفظ تاج و تخت وجود داشته و به استرداد مجرمان می پرداختند.^۶

انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه نیز، با آنکه شعار آزادی را به همراه داشت، روش ملایم تری را به کار نگرفت؛ اما در مراحل بعدی و به ویژه پس از

1. infractions de droit commun

2. infractions politiques

3. crime-magestatice

4. crime atroce

5. crime lèse-majestée

6. PIERRE BOUZAT et JEAN PINATEL: Traité de droit pénal et de criminologie.

Dalloz, 1970, Tome 1, No. 140.

سالهای ۱۸۳۰، که تحولات و تغییرات سیاسی به سرعت رخ می داد، عقاید جدیدی پدیدار گشت که در آن نسبت به مجرمان سیاسی نظر ارفاق آمیزی به وجود آمد، زیرا چه بسا که یک مجرم و شورشگر محکوم امروزی در صورت پیروزی سیاسی قیام کنندگان به صورت یک قهرمان درمی آمد، و اصولاً تغییرات متوالی انقلابی قرن نوزدهم چنین ارفاقی را اقتضا می کرد.^۷

در تحولات فکری قرن بیستم، و مقابله اصالت فرد^۸ در دولتهای آزادمنش^۹ با اصالت جامعه^{۱۰} در دولتهای قدرت طلب انحصارگر^{۱۱}، ادراکات متمایز نسبت به مجرمان سیاسی به وجود آمده است. بدین معنی که گروه اول طرفدار ملایمت و اغماض^{۱۲} و گروه دوم طرفدار شدت و سختی^{۱۳} نسبت به آن هستند. دلیل این برخورد دوگانه بدان خاطر است که، در دولتهای گروه اول، حاکمیت ملی بوده و تصدی مقامهای سیاسی از طریق انتخابات عمومی و بدون ضرورت توسل به قهز و زور صورت می گیرد. در دولتهای گروه دوم، برعکس، زمامداران به خاطر آنکه همواره در پی حفظ و دوام اقتدار شخصی هستند، رقبای سیاسی را تحمل نمی کنند و با اندیشه بسیار سخت گیرانه از طریق محکومیتهای شدید به سرکوب مخالفان می پردازند.

دوم. بینشها و مفاهیم جرم سیاسی

بینشهای متفاوت در مورد جرایم سیاسی موجب پدیداری دو سیستم نظری شده است:

الف. در سیستم درونی^{۱۴} انگیزه مجرم، در ارتکاب جرم بر ضد

7. Ibid., No. 140.

8. individualisme

9. Etats Libéraux

10. collectivisme

11. Etats totalitaires.

12. indulgence

13. sévérité

14. système subjectif

حکومت و منافع آن در نظر گرفته می شود، بدین معنی که چنانچه هدف مجرم ارضای خودپسندیها و جاه طلبیهای سیاسی و مربوط به رقابتهای شخصی باشد، جرم سیاسی محسوب نمی گردد؛ اما اگر هدف بی غرضانه و با اندیشه منافع عمومی باشد جرم سیاسی تلقی می گردد. آثارش نیست ها و کمونست ها را مجرمان سیاسی نامیده اند.

ب. در سیستم بیرونی^{۱۵} به اثر جرم توجه می شود، بدین معنی که هرگاه در ارتکاب جرم به حیات و تشکیلات حکومت ضربه بخورد آن را جرم سیاسی می نامند. کنفرانس بین المللی ۱۹۳۵ برای وحدت حقوق جزا که در کینهاگ تشکیل گردید تعریفی بدین شرح را پیشنهاد نمود:

«جرم سیاسی به جرمی اطلاق می شود که علیه تشکیلات و طرز اداره حکومت و همچنین علیه حقوق ناشی از آن برای افراد ارتکاب می شود.»^{۱۶}

سوم. مفهوم جرم سیاسی در حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه با توجه به استقلال و یا ارتباط جرایم سیاسی نسبت به سایر جرایم، جرایم سیاسی دارای مفاهیم متعددی است:

الف. جرم خاص سیاسی:

در صورتی که جرایم، هم در مفهوم بیرونی (اثر جرم) و هم در مفهوم درونی (انگیزه مجرم) علیه پدیده های سیاسی ارتکاب شود می توان به آن جرم خاص سیاسی^{۱۷} اطلاق نمود. در حقوق فرانسه جرایم خاص سیاسی را مجموعاً به ترتیب ذیل دسته بندی کرده اند:

۱. جرایم علیه امنیت داخلی کشور و حقوق اساسی افراد (اعمال

15. système objectif

16. "sont délits politique les infractions dirigées contre L'organisation et le fonctionnement de l'Etat, ainsi que celles qui sont dirigées contre les droits qui en résultent pour les citoyens". in BOUZAT et PINATEL: op. cit. No. 147.

17. infraction politique par la nature

علیه شکل دولت، طرز کار قدرت عمومی و حقوق و آزادی افراد).

۲. تقلبات انتخاباتی

۳. جرایم مربوط به قوانین مطبوعاتی، آزادی اجتماعات، آزادی

عقاید، آزادی تظاهرات و آزادی مجامع.^{۱۸}

ب. جرایم مرتکب:

در صورتی که جرایم در مفهوم بیرونی (اثر جرم) علیه جان و منافع خصوصی افراد و در مفهوم درونی (انگیزه مجرم) علیه حکومت باشد آن را می توان جرم مرتکب با جرم سیاسی^{۱۹} دانست، نظیر قتل رئیس کشور که از جهت قتل یک انسان جرم عمومی و از آن جهت که انگیزه صدمه وارد آوردن به حکومت است جرم سیاسی تلقی می گردد.

ج. جرایم مرتبط با جرایم سیاسی:

در صورتی که ارتکاب جرم در مفهوم درونی (انگیزه مجرم) هدف سرنگونی حکومت باشد و در اثنای ارتکاب جرم، مجرم یا مجرمان مرتکب جرم عمومی نیز بشوند (اثر جرم) این مورد را جرم مرتبط با جرم سیاسی^{۲۰} می توان نامید، نظیر آنکه عده ای برای ورود به مقر حکومتی به غارت فروشگاه اسلحه بپردازند. در این خصوص غارت فروشگاه جرم عمومی و ورود جبری به مقر حکومتی جرم سیاسی تلقی می شود.

د. جرایم اجتماعی:

جرایم اجتماعی از نظر انگیزه مرتکبان جرم مشابه جرایم سیاسی است، زیرا هدف از ارتکاب آن تأمین منافع عمومی است، با این تفاوت که در جرایم سیاسی، هدف اصلی برانداختن حکومت و در جرایم اجتماعی هدف تغییر بنیادین نظام اجتماعی صرف نظر از شخصیت فردی

18. Ibid, 148.

19. infraction complexe

20. infraction connexe

حکام است. اعمال خشونت آمیز و جرایم ناشی از آنارشیسم، کمونیسم و تروریسم که در آن اندیشه تغییرات عمیق اجتماعی مورد نظر است جرایم اجتماعی تلقی می شوند.

ه. جرایم بر ضد استقلال و امنیت کشور:

جرایم بر ضد استقلال و امنیت خارجی و امنیت داخلی از این نظر که آرامش زمامداری جامعه را مختل می سازد بی مناسبت با جرایم سیاسی نیست. البته، ارتکاب این گونه جرایم دارای چنان آثار نفرت انگیزی است که آن را از سایر جرایم سیاسی (مطلق و یا نسبی) کاملاً متمایز می سازد.^{۲۱} جرایم خیانت و جاسوسی بر ضد امنیت خارجی و تحریک، شورش، آشوب و توطئه علیه امنیت داخلی به شمار می رود.

چهارم. ارزیابی مفاهیم جرم سیاسی

مفهوم جرم سیاسی - چنانکه گفته شد - در جریان تحولات تاریخی و انقلابهای اجتماعی و سیاسی تغییر ماهیت داده و در نزد آزادیخواهان از گناه و خیانت بزرگ به جرم قابل ارفاق تبدیل شده است. گیزو^{۲۲} در کتاب مجازات اعدام در مسائل سیاسی در سال ۱۸۲۲ خواهان رفتار ملایم تر نسبت به مجرمان سیاسی شد، و لامارتین^{۲۳} در سال ۱۸۴۸ از این عقیده آزادیخواهانه حمایت کرد، تا جایی که مجازات اعدام نسبت به جرایم سیاسی لغو گردید.^{۲۴}

۲۱. دکتر عبدالحسین علی آبادی: حقوق جنایی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، شماره ۹۵۲، سال ۱۳۴۲، ص ۱۲۷.

۲۲. François Guizot (۱۷۸۷-۱۸۷۴) سیاستمدار و تاریخدان آزادیخواه فرانسوی.

۲۳. Alphonse de Lamartine (۱۷۹۰-۱۸۶۹) شاعر بزرگ و آزادیخواه فرانسوی.

۲۴. دکتر پرویز صانعی: حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه ملی ایران بی تاریخ، ص ۳۹۴.

در بین جرایم یاد شده سیاسی (مطلق و یا نسبی) و با امعان نظر به مفاهیم درونی و بیرونی و یا طبیعت جرایم، این نتیجه به دست می آید که هر جا اندیشه مرتکب صدمه وارد آوردن به حکومت و یا قصد واژگونی آن برای تأمین هدفهای ملی باشد جرم سیاسی تلقی می گردد. اما این هدف توجیه کننده هر وسیله ای نمی تواند باشد. صدمه وارد آوردن به حکومت از طریق حرق و انفجار، نهب و غارت و تعرض مستقیم یا غیر مستقیم به افراد بیگناه جامعه و همچنین ایجاد دغدغه خاطر در مردم، مخدوش نمودن امنیت اجتماعی و در خطر انداختن و تهدید استقلال و امنیت داخلی و خارجی کشور، ولو به قصد اسقاط یا تضعیف دولت و حتی برای تأمین هدفهای مقدس ملی، به هیچ وجه نمی تواند در زمره جرایم سیاسی به حساب آید.

به هر حال، نظر به اینکه اصولاً ارتکاب جرایم سیاسی برای خشنودی جامعه تلقی می شود، بهترین ملاک را برای تشخیص جرایم سیاسی از جرایم عمومی می توان کیفیت تأثیر جرایم ارتكابی بر افکار عمومی قرار داد، بدین معنی که چنانچه ارتکاب جرم موجب انزجار و تفرق قاطبه مردم و جریحه دار شدن احساسات عمومی باشد، آن را باید جرم عمومی تلقی نمود نه سیاسی.

در ارزیابی جرم ارتكابی، همچنین باید به انگیزه مرتکب نیز توجه داشت، بدین معنی که چنانچه اقدامات خشنوت آمیز بر ضد دولت به منظور ارضای تمنیات جاه طلبانه سیاسی و جنگ بر سر سریر قدرت حکومتی باشد، جرایم ارتكابی به هیچ وجه جنبه سیاسی نخواهد داشت. این ارزیابی در قطعنامه مصوب کنفرانس وحدت حقوق جزای ۱۹۳۵ که در کپنهاگ برگزار گردید نیز مشاهده می شود. به موجب این قطعنامه «جرایمی که مرتکب آن هدف خودخواهانه و حقارت آمیز داشته باشد سیاسی تلقی نمی شود»^{۲۵}.

25. La Conférence d'unification du droit pénal tenue à Copenhague en août 1935: "Ne seront pas considérés comme délits politiques ceux dont L'auteur aurait été déterminé par un motif égoïste ou vil" in BOUZAT et PINATEL: op. cit., No. 153.

پنجم. تفاوت‌های اصولی جرایم سیاسی با جرایم عمومی

علی‌رغم تلاش‌های فراوانی که برای معرفی جرایم سیاسی صورت گرفته تاکنون تعریف جامع و مانعی از این جهت به دست نیامده است. اما از طریق مجموعه قوانین جزایی، رویه‌های قضایی و نقطه نظر حقوقدانان، می‌توان ضمن مقایسه جرایم سیاسی و جرایم مطبوعاتی تا حدودی به چگونگی جرایم سیاسی پی برد.

الف. تفاوت‌انگیزه‌ها:

می‌توان به این نتیجه رسید که چون در جرایم سیاسی نوعاً انگیزه مرتکب منفعت‌طلبی شخصی نبوده و متکی به آرمان‌های انسانی و نوع‌دوستانه و بهبود و اصلاح جامعه است، در این صورت مجازات متفاوتی در نظر گرفته می‌شود، بدین معنی که برای جرایم سیاسی مجازات‌های ملایم‌تر و حتی المقدور غیر ترهیبی و غیر ترذیلی در نظر گرفته می‌شود. مثلاً قانون اساسی ۱۸۴۸ فرانسه تحت تأثیر افکار آزادیخواهانه آن زمان برای جرایم سیاسی مجازات اعدام را حذف نموده و قانون مجازات ۱۸۵۰ تبعید را جایگزین آن کرده است، یا آنکه در زمان حاضر اجرای حکم اعدام برای جرایم سیاسی به وسیله تیرتفنگ و برای جرایم عمومی از طریق گیوتین صورت می‌گیرد. اما علی‌رغم این اندیشه، برخی از رخداد‌های سیاسی و اجتماعی آن گونه بوده است که قوای مقننه و قضائیه و به‌طور کلی دستگاه حاکمه بعضی از کشورها و به‌ویژه کشورهای متمایل به اقتدارگرایی (توتالیتریزم) — نظیر ایتالیا و آلمان تا نیمه اول قرن حاضر و اتحاد جماهیر شوروی تا زمان حاضر — با عنوان کردن مصالح کشور از رفتار ملایمت‌آمیز نسبت به مجرمان سیاسی منصرف شده و جرایم سختی را در نظر گرفته‌اند.^{۲۶}

26. G.SIEFANI, G.LEVASSEUR: Droit pénal général, Précis Dalloz 9eme édition, 1976. No. 227.

ب. از نظر نحوه برخورد با مجرمان:

هرچند که قانون رفتار مشابهی نسبت به تمام مجرمان مقرر داشته باشد، در عمل، از نظر اداری (وحتی قضایی) برای مجرمان سیاسی تفاوت در رفتار کاملاً محسوس است؛ مثلاً آنان محکوم به کار اجباری و یا پوشش و لباس مخصوص زندانیان نیستند و حتی محبس آنان با سایرین متفاوت است و از امکانات بهتری برخوردارند و حق ورود و خروج و آمد و رفت و خرید روزنامه و استفاده از کتاب را دارند.^{۲۷}

ج. از نظر صلاحیت دادگاهها و آئین دادرسی:

رسیدگی به جرایم سیاسی اصولاً تابع آئین خاصی است. نظر به اینکه دستگاهها و مقامات حکومتی هدف سوء قصد مجرمان سیاسی می باشند، منحصر نمودن حاکمیت قضایی در دست مقامات رسمی و قضایی (خصوصاً اینکه وجود ارتباط عاطفی بین مقامات دستگاههای قدرت عمومی دور از ذهن نیست) شاید به دور از احتیاط باشد. بدین لحاظ حضور نمایندگان افکار عمومی (هیأت منصفه) در کنار مراجع قضایی حاضر، برای نیل به عدالت بیشتر قابل توجه است.^{۲۸} از طرف دیگر، سمت و شغل مرتکبان جرایم سیاسی ممکن است تعیین کننده و جهت دهنده مرجع صالح قضایی باشد، همچنانکه مرجع صالح برای جرایم نظامیان علیه امنیت دولت و دستگاه حاکمه معمولاً دادگاههای نظامی هستند.^{۲۹}

27. BOUZAT et PINATEL: No. 142-1b.

28. J. VINCENT, G. MONTAGNIER, A. VARINARD: La justice et ses institutions précis, Dalloz, 2ème édition, 1958, No. 299-b.

29. G. STEFNI, G. LEVASSEUR: Procédur pénale, précis, Dalloz 2ème édition, 1977, No. 336.

د. از لحاظ استرداد مجرمان^{۳۰}:

مجرمان سیاسی به خاطر آنکه در مقام مقابله با مقامات حاکم کشور خود قرار دارند معمولاً پس از ارتکاب جرم از کشور خارج می شوند. بسیاری از کشورها برای استرداد مجرمان قرارداد بین المللی منعقد می سازند اما، در عین حال، استرداد مجرمان سیاسی را تحت عنوان «اصل عدم استرداد مجرمان سیاسی» مستثنی می کنند.^{۳۱} به عنوان مثال، دولت فرانسه از سال ۱۸۳۰ هیچگاه مجرمان سیاسی را تحویل نداده و خود نیز تقاضای استرداد نکرده است.^{۳۲}

ه. از نظر آثار محکومیت:

در برخی از قوانین جزایی برای محکومان مجازاتهای تبعی و تکمیلی مقرر می دارند، نظیر محرومیت از حقوق اجتماعی (استخدام، انتخابات، عضویت در مسائل اجتماعی و غیره)، در حالی که ارتکاب جرم سیاسی، سابقه جزایی محسوب نشده و آثار تبعی و تکمیلی ندارد.^{۳۳}

30. Extradation

31. BOUZAT., PINATEL: No. 145.

۳۲. پروفیسور گارو: مطالعات نظری و عملی حقوق جزا، جلد اول، ترجمه و تطبیق دکتر

سیدضیاءالدین نقابت، انتشارات ابن سینا، ۱۳۴۸، ص ۲۱۹.

۳۳. دکتر پرویز صانعی: حقوق جزای عمومی، جلد اول، ص ۳۹۶.



بند

جرایم مطبوعاتی

اول. حقوق مطبوعاتی

حقوق مطبوعاتی به مجموعه قواعدی اطلاق می شود که حاکم بر چاپ، انتشار و توزیع تمام مطالبی است که خطاب آن به عموم جامعه باشد. این انتشارات نوعاً عبارتند از کتابها، روزنامه ها، مجلات، اعلامیه ها و نظایر آن. امروزه قسمت اعظم آگاهیهای عمومی از طریق تبلیغات سمعی و بصری (نظیر رادیو و تلویزیون و سینما) صورت می گیرد، اما حقوق مطبوعاتی صرفاً شامل انتشارات مکتوب است.

حقوق مطبوعاتی بر روابط ارگان های مطبوعاتی با دولت و مؤسسات عمومی و روابط فی مابین مؤسسات مطبوعاتی و همچنین روابط بین مؤسسات مطبوعاتی و نویسندگان و خوانندگان نظارت دارد. به همین جهت، این زمینه با حقوق عمومی، حقوق مدنی، حقوق تجارت و حقوق جزا در ارتباط است و به خاطر همین تنوع است که حقوق مطبوعاتی اصولاً به طور مستقل شکل می گیرد.

دوم. جلوه سیاسی حقوق مطبوعاتی

وجه غالب زمینه حقوق مطبوعاتی به حقوق و آزادی عقیده و بیان مربوط می شود. تاریخ مطبوعات نشان دهنده این غلبه موضوعی است، چون مطبوعات همیشه به عنوان بهترین پشتیبان آزادی عقاید سیاسی، مذهبی، فلسفی و ادبی تلقی شده و همواره به عنوان یک پدیده آرمانی مورد توجه بوده است.

فتح باب آزادی مطبوعات در هر جامعه منتهای آرزوی کسانی است که طالب آزادی برای تحقق دموکراسی و حاکمیت مردم اند، و در سایه این آزادی است که سایر آرمانهای فکری، مذهبی، سیاسی و حق انتقاد، مخالفت و امکان برخورد اندیشه‌های سازنده محقق می‌شود.

با این توصیف، برای ارزیابی حدود آزادی مطبوعات در جوامع مختلف باید قائل به تفکیک بود:

— در جوامع آزاد و دموکراتیک، مطبوعات آئینه تمام‌نمای افکار و اندیشه‌های متفاوت و متقابل می‌باشد و از این پدیده فعال است که قدرتهای سیاسی ظاهر می‌شوند و پس از گذر از یک رقابت فشرده انتخاباتی بر مسند زمامداری قرار می‌گیرند.

— در جوامعی که انحصارطلبی قدرت حاکمیت دارد، آزادی مطبوعات همچنان به عنوان یک آرمان مطلوب تلقی خاطر مشتاقان آزادی است.

بدین لحاظ، مطبوعات به عنوان یک پدیده سیاسی و اجتماعی حساس همواره در قید نظارت دقیق قدرت عمومی در اکثر کشورها قرار می‌گیرد و دولتها از طریق قوانین و مقررات جزایی و پلیس مطبوعاتی نسبت به آن مراقبت و مواظبت خاصی به عمل می‌آورند.

سوم. ارتکاب جرایم از طریق مطبوعات

هر چند که آزادی مطبوعات کمال مطلوب هر جامعه سیاسی و بهترین پشتیبان حقوق مردم در مقابل مظالم احتمالی دولتها به شمار می‌رود اما، از سوی دیگر، توجه به این نکته ضرورت دارد که این پدیده همچنین در حد یک عنصر فعال و خطرناک قادر خواهد بود با قدرت ذاتی خود آسیبها و تباهیهای گوناگونی را متوجه جامعه سازد. از جمله موارد نامطلوبی که بر آزادی مطبوعات متصور است عبارتند از:

۱. تحریک و تهییج عموم به اعمال و افعال و یا خودداریهایی که

مضر به حال جامعه و دولت است نظیر عدم پرداخت مالیات، عدم انجام خدمت سربازی، آنارشیزم و یا انجام اعمالی که خلاف حیثیت و عفت عمومی است،

۲. هتاک و فحاشی به مقامات مذهبی، ملی و سیاسی و افراد

مردم،

۳. افشاگری و انتشار اسرار خصوصی افراد و مقامات و نیز اسرار

نظامی و سیاسی کشور،

۴. انتشار و القای اخبار نادرست و شایعه پراکنی و ایجاد اختلال

در امنیت فکری جامعه.

موارد مذکور ایجاب می‌کند که با وضع قواعد و مقررات متناسب

نسبت به آزادی مطبوعات محدودیتهای منطقی اعمال نمود:

— ابتدا باید افراد و اشخاص را در مقابل افترا، هتاک، فحاشی و

سایر موارد ابتدایی مطبوعاتی مورد حمایت قرار داد،

— سپس، باید جامعه را در مقابل انتشار مطالب خلاف عفت

عمومی و خلاف اخلاق حسنه حمایت نمود،

— و بالاخره، دولت را در مقابل انتشار مطالب تحریک آمیز علیه

امنیت داخلی و خارجی مصون نگاه داشت.^{۳۴}

چهارم. موقعیت مضاعف مطبوعات

نقش مطبوعات در مقابل قدرت طلبیهای دولتی، و در عین حال نقش منفی و تخریبی آن در خصوص ارتکاب جرایم عمومی، آن را در موقعیت مضاعف سیاسی و حقوقی خاص و نامتجانسی قرار می‌دهد، بدین ترتیب که مقامات قدرت عمومی به بهانه ضرورت حفظ نظم و امنیت و آسایش عمومی، منفعت طلبیهای سیاسی را دنبال نموده و عرصه را بر آزادی

34. H. BLIN, A. CHAVANNE, A. DRAGO: Traité du droit de la presse librairie Techniques, Paris, 1969, No. 150.

سازنده مطبوعات تنگ می‌کنند. بدین خاطر است که جرایم مطبوعاتی، همانند جرایم سیاسی، رسیدگی قضایی خاصی را می‌طلبد.



رسیدگی خاص قضایی جرایم سیاسی و مطبوعاتی

اول. خصیصه مشترک جرایم سیاسی و مطبوعاتی

جرایم سیاسی و مطبوعاتی بالقوه ممکن است در زمره جرایم عمومی قرار گیرند، که در چنین صورتی رسیدگی به این جرایم علی‌الاصول در صلاحیت دادگاههای کیفری عمومی است. اما جرایم مذکور در بسیاری از موارد، احتمال دارد که با هدف مخالفت و رویارویی با مقامات حاکم دولتی و برنامه‌های آنها صورت گرفته باشد، که در این صورت، جرایم مذکور ماهیت سیاسی پیدا می‌کند و مرتکبان آن فی الواقع طرف دعوی قرار می‌گیرند که یک طرف آن مقامات قدرت عمومی هستند. به عبارت بهتر، می‌توان گفت هدفی که در ارتکاب جرایم سیاسی یا اقدامات مطبوعاتی دنبال می‌شود برای تضعیف شخصیت‌های سیاسی است که در رأس قدرت قرار دارند.

اقدامات و اعمال ارتكابی، از آن جهت که احتمالاً آرامش و نظم و امنیت عمومی را برهم زده است، به عنوان جرم عمومی تلقی می‌شود و مستلزم رسیدگی قضایی است، ولی از آن جهت که مخالفت و اعتراض به مردم و رویه و طرز عمل زمامداران است (به شرط آنکه این مخالفت به دور از جاه‌طلبیهای شخصی و گروهی باشد) جنبه سیاسی دارد. در این خصوص اخیر است که موضوع باید مورد ارزیابیهای منصفانه عموم افراد جامعه (نه دولت) قرار گیرد.

دوم. آئین دادرسی و حضور هیأت منصفه

ماهیت دوگانه جرایم سیاسی و مطبوعاتی اقتضا می‌کند که رسیدگی به آن را از سایر رسیدگی‌های قضایی متمایز نماییم.

۱. از نظر خاص قضایی^{۳۵} نظر به اینکه اتهام ارتکاب جرم وجود دارد. قضات حرفه‌ای در مقام حاکم محاکمه کیفری صلاحیت رسیدگی به جرایم انتسابی را دارند و برای تضمین نظم، امنیت و آسایش عمومی، حکم به مجازات محکوم علیه را براساس قوانین جزایی حاکم صادر می‌کنند.^{۳۶}

۲. از نظر سیاسی و اجتماعی، قضیه اندکی قابل تعمق به نظر می‌رسد. مقامات قدرت عمومی هرچند که منعی بر حفظ بیطرفی در امور قضایی و اجرای عدالت را داشته باشند، طبعاً در مقابل کسانی که برضد مقامات حاکم از طریق ارتکاب جرایم سیاسی و یا اقدامات مطبوعاتی موضع گرفته‌اند، روش سخت گیرانه‌تری را در سر می‌پرورانند. در نتیجه، این احتمال وجود دارد که از طریق امکانات موجود زمامداری به طور مستقیم یا غیرمستقیم، زمینه مجازات سنگین‌تری را علیه متهمان و به عبارت بهتر علیه مخالفان سیاسی خود، فراهم آورند. بدین خاطر، اندیشه خاص بکارگیری نقطه نظر نمایندگان افکار عمومی در کنار آراء و نظرهای قضات حرفه‌ای از قرن‌ها پیش در برخی از کشورهای غربی (فرانسه، انگلستان و امریکا) پدیدار شده و نهادی به نام «هیأت منصفه»^{۳۷} را به وجود آورده است.

هیأت منصفه، که آن را به «نهاد قضایی مردمی»^{۳۸} تعبیر می‌کنند^{۳۹}، عبارت از مجموعه‌ای از افراد عادی است که با داشتن شرایط اخلاقی و توانایی‌های خاص و استقلال رأی و فکر^{۴۰} به عنوان نماینده افکار

35. Jurisdiction stricto sensu

36. G.STEFANI et G.LEVASSEUR: procédure pénale. No. 322.

37. Jury

38. Juridiction populaire

39. J.VINCENT et...: op. cit., No. 302.

40. Ibid., No. 300.

عمومی برای شرکت در برخی از دادگاههای کیفری و همکاری با قضات حرفه ای در امر قضاوت دعوت می شوند.^{۴۱}

مبنای قضاوت اعضای هیأت منصفه اصولاً چندان مقید به قواعد و قوانین جزایی حاکم نیست بلکه ناشی از برداشت عمومی مردم بوده و بستگی به شدت و ضعف انزجار مردم نسبت به جرم ارتكابی دارد، تا آنجا که براین مبنای دو اتهام مشابه در دو جامعه متفاوت ممکن است متهمی تبرئه و متهم دیگر محکوم شود. شرکت هیأت منصفه در دادگاههای کیفری طرفداران و مخالفانی دارد:

— به نظر طرفداران، اعضای هیأت منصفه از این جهت که نماینده افکار عمومی و بیان کننده داوری مکنون در وجدان عمومی هستند انتظارات عدالتخواهانه مردم را در زمان مشخص بیان نموده و برآن اساس در قضاوت مشارکت می کنند. چه بسا که احکام صادره ناشی از این گونه قضاوتها در عین ارضای وجدان عمومی، موجب تحوّل در قانونگذاری جزایی باشد. وانگهی، از آنجا که اعضای مذکور، در مقام نماینده افکار عمومی، در مقابل مقامات حاکم از استقلال کامل برخوردارند با دقت و مراقبت دلسوزانه حُسن و قبح اعمال ارتكابی را در نظر می گیرند و از صدور احکام شدید و خشن دولتی که احتمال انحراف از عدالت در آن وجود دارد به نحو چشمگیری جلوگیری می کنند.^{۴۲}

— مخالفان هیأت منصفه نیز، در جای خود، انتقادات فراوانی را بیان داشته اند، از جمله اینکه معتقدند صدور احکام نابرابر و کاملاً متفاوت در جرایم مشابه، فراوان دیده شده است. این گونه احکام اتفاقی که متکی به قرعه اعضای منتخب هیأت منصفه است نمی تواند مقرون به عدالت باشد. وانگهی، اعضای مذکور که نوعاً فاقد تخصص هستند به مراتب بیشتر از قضات حرفه ای تحت تأثیر قرار می گیرند. اخبار روزنامه ها، شایعات، کیفرخواست مدعی العموم و خطابه دفاعی پرصلابت یک وکیل که با

41. G. STEFANI, G. LEVASSEUR: op. cit., No. 323.

42. Ibid., No. 324.

زرنگی خاص ارائه می شود، هرکدام به راحتی قادر خواهد بود اعضای هیأت منصفه را تحت تأثیر قرار دهد، بی آنکه حقیقت ماجرا نزد آنان بخوبی روشن شده باشد.^{۴۳}

به هر حال، دلایل موافقان و مخالفان هیأت منصفه هرکدام در جای خود از توجیه لازم برخوردار است و در یک جمع بندی، این نتیجه عاید می شود که نفی کامل آن را نمی توان پذیرفت. بدین خاطر است که با قبول نهاد هیأت منصفه شیوه مشارکت آن را به نحوی تغییر داده اند که از معایب آن کاسته شود. فی المثل، در کشور فرانسه، که در آن هیأت منصفه سابقاً به طور مستقل اعلام رأی می کرده است، در زمان حاضر رأی قضات و هیأت منصفه مشترکاً صادر می گردد^{۴۴} و بدین ترتیب، ضمن حفظ نقش سازنده نمایندگان افکار عمومی در برخی دادگاهها و کسب نظر آنها، از صدور احکام بی حساب و خارج از دقایق حقوقی نیز جلوگیری می شود.



بند

پیشینه جرایم سیاسی و مطبوعاتی در ایران

از زمان انقلاب مشروطیت که کشور ایران در نظام نوین حقوقی قرار گرفته، جرایم سیاسی و مطبوعاتی نیز تاکنون مورد توجه بوده است. سوابق این زمینه را در دو مقطع جداگانه مورد اشاره قرار می دهیم:

اول. جرایم سیاسی و مطبوعاتی پیش از انقلاب اسلامی

اصل هفتاد و نهم متمم قانون اساسی مشروطیت ایران با اقتباس از

43. J. VINCENT et... op. cit., No. 302.

۴۴. ماده ۳۶۵ آیین دادرسی کیفری فرانسه.

ماده ۱۸ قانون اساسی بلژیک^{۴۵} مقرر داشته است که: «در مورد تقصیرات سیاسیه و مطبوعات هیأت منصفین در محاکم حاضر خواهند بود». در اجرای این اصل، قوانین متعددی پیرامون جرایم سیاسی و مطبوعاتی و هیأت منصفه مقرراتی را بیان داشته اند.

الف. در مورد جرایم سیاسی:

مقرراتی بدین شرح در مجموعه قانونگذاری ایران مشهود است:

۱. قانون محاکمه وزرا مصوب ۱۳۰۷، ضمن آنکه وزرا را قابل تعقیب دانسته و محاکمه آنها را در اجرای اصل شصت و نهم متمم قانون اساسی در عهده دیوان تمیز (دیوان عالی کشور) قرار داده است^{۴۶}، در تبصره ماده ۸ خود مقرر داشته که: «در مورد تقصیرات سیاسیه هیأت منصفه حضور خواهد داشت».

۲. قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ در باب اول (کلیات) بین جرایم عادی و جرایم سیاسی در تکرار جرم (ماده ۲۶)، عفو (ماده ۵۴)، تخفیف (ماده ۵۵) و اعاده حیثیت (ماده ۵۹) قائل به تفکیک شده و نسبت به مجرمان سیاسی برخورد ارفاق آمیز داشته است. ۴۷ این قانون،

۴۵. ماده ۱۸ قانون اساسی بلژیک:

«هیأت منصفه در تمام موارد جنایی و جرایم سیاسی و جرایم مطبوعاتی شرکت خواهد کرد.»

۴۶. اصل شصت و نهم متمم قانون اساسی مشروطیت:

«مجلس شورای ملی یا مجلس سنا تقصیر وزرا را در محضر دیوانخانه تمیز عنوان خواهند نمود و دیوانخانه مزبور با حضور تمام اعضای مجلس محاکمات دایره خود محاکمه خواهد کرد مگر وقتی که به موجب قانون اتهام و اقامه دعوی از دایره ادارات دولتی مرجوعه به شخص وزیر خارج و راجع به خود وزیر باشد.»

۴۷. مواد باب اول قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ در مورد جرایم سیاسی:

ماده ۲۶: «احکام تکرار جرم درباره اشخاص که به واسطه ارتکاب جرم به جرم سیاسی محکوم شده اند جاری نخواهد شد.»

ماده ۵۴: «جنحه و جنایات سیاسی مطلقاً و همچنین جنحه و جنایات عادیه

به طور کلی، جرایم را به دو دسته جرایم مضربه مصالح عمومی (باب دوم) و جرایم علیه افراد (باب سوم) تقسیم نموده و در موارد متعددی از باب دوم به ذکر برخی از موارد پرداخته که کلاً یا جزئاً بی ارتباط با جرایم سیاسی نیست. اما تقسیم بندی یاد شده هیچ حکایتی از تقسیم جرایم به سیاسی و غیرسیاسی ندارد^{۴۸} و در این قانون مجازات خاصی برای جرایم سیاسی در نظر گرفته نشده است.^{۴۹}

۳. براساس مفهوم ماده ۱ قانون راجع به وادار نمودن مجرمین به کار مصوب ۱۳۱۴ برای جرایم سیاسی، محکومیت با کار اجباری وجود ندارد.^{۵۰}

→ که در اثنای انقلابات سیاسی واقع شود ممکن است مورد عفو عمومی واقع گردد ولی در هر مورد قانون مخصوص باید اجازه آن را بدهد.»

ماده ۵۵: «در جرایم سیاسی پادشاه می تواند نظر به پیشنهاد وزیر عدلیه و تصویب رئیس الوزراء تمام یا قسمتی از مجازات اشخاص را که به موجب حکم قطعی محکمه صالحه محکوم شده اند عفو نماید و نیز می تواند در جرایم غیرسیاسی مجازات اشخاص را که محکوم به اعدام شده اند تبدیل به حبس با اعمال شاقه بنماید و مجازات سایر جرایم را یک درجه تخفیف دهد و یا قسمتی از آن را تا ربع عفو کند.»

ماده ۵۹: «اگر اشخاصی که برای ارتکاب جرم سیاسی محکوم به حبس تأدیبی می شوند در ظرف یک سال از تاریخ اتمام مجازات اشخاصی که برای ارتکاب همان جرم محکوم به مجازات جنایی می شوند در ظرف پنج سال از تاریخ اتمام مجازات مجدداً محکومیت جزایی نداشته باشند به اعاده حیثیت نائل شده و محکومیت آنها از سجل جزایی محو خواهد شد.»

۴۸. دکتر محمدعلی معتمد: حقوق جزای عمومی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۱، ص ۳۱۱.

۴۹. دکتر پرویز صانعی: همان، ص ۳۹۹.

۵۰. ماده ۱ قانون راجع به وادار نمودن مجرمین به کار:

«اشخاصی که در نتیجه ارتکاب جرایم عادی (نه سیاسی) محکوم به حبس شده یا بشوند و لااقل یک ثلث از مدت حبس درباره آنان اجرا شده ممکن است نسبت به بقیه مدت حبس در مؤسسات فلاحتی یا صنعتی وادار به کار و تحت حفاظت قرار داده شوند...»

۴. در مورد منع استرداد مجرمان ماده ۸ لایحه قانونی استرداد مجرمین مصوب ۱۳۳۹ ضمن برشمردن موارد استثنای استرداد مجرمان، در بند ۲ این ماده مقرر می‌دارد:

«هرگاه جرم ارتكابی از جرایم سیاسی بوده و یا از اوضاع و احوال قضیه معلوم شود که استرداد به منظورهای سیاسی به عمل آمده باشد و در مورد اختلافات و جنگهای داخلی استرداد مورد قبول واقع نخواهد شد مگر آنکه اعمالی که ارتكاب یافته وحشیانه و یا مخالف مقررات جنگ باشد.»

در بند مذکور اضافه شده است که «سوء قصد به حیات افراد در هیچ مورد جرم سیاسی محسوب نخواهد شد.» بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که اگر بر فرض، فرد مورد نظر از مقامات زمامدار باشد و انگیزه مرتکب را در قتل زمامدار، سیاسی بدانیم (تلقی به جرم سیاسی)، با تصریح حکم کلی مذکور (سوء قصد به حیات افراد در هیچ مورد) در نظام قانونی ایران کشتن افراد (ولو مقامات زمامدار) از زمره جرایم سیاسی خارج است.

ب. در مورد جرایم مطبوعاتی:

اصل بیستم متمم قانون اساسی مشروطیت^{۵۱} ضمن بیان آزادی مطبوعات، پیش بینی قانون مطبوعات را از نظر دور نداشته و متخلفان قانون مطبوعات را مستحق مجازات دانسته است. از زمان مشروطیت تا پیروزی انقلاب اسلامی مقررات عدیده‌ای در خصوص مطبوعات وجود داشته^{۵۲} که

۵۱. اصل بیستم متمم قانون اساسی مشروطیت:

«عامه مطبوعات غیر از کتب ضلال و مواد مضره به دین مبین آزاد و ممیزی در آنها ممنوع است و یا هرگاه چیزی مخالف قانون مطبوعات در آن مشاهده شود نشردهنده یا نویسنده بر طبق قانون مطبوعات مجازات می‌شود. اگر نویسنده معروف و مقیم ایران باشد ناشر و طابع و موزع از تعرض مصون هستند.»

۵۲. قوانین مطبوعاتی ایران قبل از انقلاب اسلامی:

آخرین آنها لایحه قانونی مطبوعات مصوب ۱۳۳۴ شمسی است. جرایم مذکور در این قانون را می توان به ترتیب ذیل دسته بندی نمود:

۱. جرایم مطبوعاتی علیه اشخاص عادی: تهمت و افتراء، فحش، الفاظ رکبیک و یا نسبتهای توهین آمیز (ماده ۲۰)، تهدید و افشای اسرار (ماده ۲۱) و مجازات آنها.

۲. جرایم مطبوعاتی علیه مقامات سیاسی و مذهبی: شخص اول کشور (ماده ۱۶)، شخص اول روحانیت و مراجع مسلم تقلید (ماده ۱۷)، رئیس یا نمایندگان سیاسی خارجی دولت (ماده ۱۸) و هیأت وزیران و نمایندگان مجلس و مقامات عالیترتبه (ماده ۲۲) و مجازات آنها.

۳. جرایم مطبوعاتی علیه مصالح ملی: تحریک و تشویق به شورش و خرابکاری (ماده ۱۱)، افشای اسرار نظامی (ماده ۱۲)، اضرار به دین اسلام (ماده ۱۳)، تحریک مردم علیه امنیت داخلی و خارجی (ماده ۱۴) و انتشارات مقالات مضر، صور قبیحه و مذاکرات سری محاکم قضایی (ماده ۱۹) و مجازات آنها.

بدین ترتیب، از موارد مذکور، جرایم مطبوعاتی علیه مقامات سیاسی و مذهبی و جرایم مطبوعاتی علیه مصالح ملی را می توان در زمره جرایم مطبوعاتی به حساب آورد که با جرایم سیاسی مشابهت دارند.

ج. در مورد هیأت منصفه:

در مورد هیأت منصفه نیز قوانین و مقررات متعددی در مجموعه قوانین کشور ما وجود دارد ۵۳ که آخرین آن، پیش از انقلاب فصل پنجم

→ (۱) قانون مطبوعات مصوب ۵ محرم ۱۳۲۶ قمری

(۲) قانون مطبوعات مصوب ۱۸/۱۱/۱۲۸۶

(۳) لایحه قانونی مطبوعات مصوب ۱۵/۱۱/۱۳۳۱

(۴) لایحه قانونی مطبوعات مصوب ۱۰/۵/۱۳۳۴

۵۳. قوانین و مقررات مربوط به هیأت منصفه قبل از انقلاب اسلامی:

(۱) قانون موقت هیأت منصفه مصوب ۱۰/۹/۱۳۰۱

لایحه قانونی مطبوعات مصوب ۱۳۳۴/۵/۱۰ می باشد که خلاصه آن بدین ترتیب است:

۱. رسیدگی به جرایم مطبوعاتی در دادگاههای جنایی با حضور هیأت منصفه (ماده ۳۱).
۲. شرایط انتخاب هیأت منصفه و ترتیب شرکت اعضای آن در رأی دادگاه (ماده ۳۳).
۳. آئین رسیدگی و شرکت اعضای هیأت منصفه در رأی و شور مبنی بر اینکه:

الف. آیا متهم گناهکار است؟

ب. در صورت تقصیر آیا مستحق تخفیف می باشد یا خیر؟ (ماده ۳۴).

دوم. جرایم سیاسی و مطبوعاتی پس از انقلاب اسلامی

با پیروزی انقلاب اسلامی و استقرار نظام جمهوری اسلامی، آزادی مطبوعات و آزادیهای دیگر سیاسی در زمره موضوعات آرمانی انقلاب بوده و بالطبع جرایم سیاسی و مطبوعاتی را در صحنه سیاسی و قضایی قراردادده است که اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی جلوه بارز آن می باشد که در صفحات آتی به بررسی آن خواهیم پرداخت. اما به نظر می رسد که سیر قانونگذاری عادی در این خصوص مستلزم توجه جداگانه است:

۲) قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴/۱۱/۷، مواد ۱۶۲-۱۶۷

۳) قانون محاکمه وزراء مصوب ۱۳۰۷/۴/۱۶، تبصره ماده ۱۸

۴) لایحه قانونی مطبوعاتی مصوب ۱۳۳۱/۱۱/۱۵، مواد ۳۴-۴۴

۵) لایحه قانونی مطبوعاتی مصوب ۱۳۳۴/۵/۱۰، مواد ۳۰-۴۰

به نقل از ریاست جمهوری- اداره کل قوانین و مقررات کشور: مجموعه مطبوعات و رسانه های گروهی، ۱۳۶۸، پانویس ص ۱۱.

الف. لوایح قانونی و مقررات انقلابی^{۵۴}:

تحوّلات انقلابی که موجب تغییر نظام سیاسی کشور گردیده باعث آزادی و رفع آثار محکومیت کسانی شد که در رژیم سیاسی گذشته محکوم به مجازات‌هایی شده بودند، و برعکس، سبب گرفتاری و محکومیت کسانی گردید که در صورت عدم تغییر نظام هیچ نوع مسؤولیت جزایی برای آنان متصوّر نبود. این موارد را می‌توان در ردیف اتهامات و جرایم سیاسی به‌شمار آورد، از جمله اینکه ماده‌ی واحده‌ی لایحه‌ی قانونی رفع آثار محکومیت‌های سیاسی مصوّب ۱۳۵۸/۱/۸ شورای انقلاب اسلامی ایران مقرر می‌دارد:

«محکومیت کلیه‌ی کسانی که به‌عنوان اتهام اقدام علیه امنیت کشور و اهانت به مقام سلطنت و ضدّیت با سلطنت مشروطه و اتهامات سیاسی دیگر تا تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۱۶ به حکم قطعی محکوم شده‌اند کان‌لم یکن و ملغی الاثر تلقی می‌شود و کلیه‌ی آثار قبلی محکومیت مزبور موقوف‌الاجراء خواهد بود.»

عکس قضیه را می‌توان در ماده‌ی ۶ لایحه‌ی قانونی تشکیل دادگاه‌های فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضدّ انقلاب ملاحظه نمود که مقرر می‌دارد:

«هرکس خواه مستقلاً، خواه با حمایت خارجی برضدّ حکومت جمهوری اسلامی ایران مسلحانه قیام نماید به اعدام محکوم می‌شود.»

۵۴. مهمترین مقررات مرتبط با جرایم سیاسی پس از انقلاب بدین شرح است:

- ۱) لایحه‌ی قانونی رفع آثار محکومیت‌های سیاسی مصوب ۱۳۵۸/۱۰/۸ شورای انقلاب،
- ۲) لایحه‌ی قانونی تشکیل دادگاه فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضدّ انقلاب مصوب ۱۳۵۸/۴/۵ شورای انقلاب
- ۳) لایحه‌ی قانونی احتساب سابقه‌ی خدمت محکومین سیاسی مصوب ۱۳۵۸/۵/۲۲ شورای انقلاب
- ۴) آییننامه‌ی دادرسی و دادگاه‌های انقلاب مصوب ۱۳۵۸/۳/۲۷ شورای انقلاب

ب. قوانین راجع به مجازات اسلامی:

در قانون راجع به مجازات اسلامی (کلیات) مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱ و قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸ مجلس شورای اسلامی ۵۵ که به ترتیب جایگزین باب اول و باب دوم قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ هستند، صرف نظر از اسلامی نمودن مواد، حتی المقدور ابواب و فصول و موضوعات گذشته حفظ شده است. اما نکته جالب توجه اینجاست که در قانونگذاری جدید، علی رغم تصریح اصل یکصدوشصت و هشتم قانون اساسی و ضرورت تعیین ابعاد جرایم سیاسی، نه تنها این موضوع مورد توجه قرار نگرفته بلکه آن دسته از موادی که قانون پیشین در مورد جرایم سیاسی پیش بینی کرده بود (مواد ۲۶، ۵۴، ۵۵ و ۵۹) حذف شده و تنها تبصره ۳ ماده ۳۷ قانون راجع به مجازات اسلامی در مورد زندانیان مشغول به کار^{۵۶} اشاره به محکومان جرایم سیاسی نموده است که از اهمیت چندانی برخوردار نیست.

ج. قوانین مطبوعاتی و هیأت منصفه:

قبل از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی، لایحه قانونی

۵۵. قوانین مذکور به طور آزمایشی هرکدام برای مدت پنج سال در اجرای اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی به تصویب رسیده و مدت آن نیز منقضی شده است.

۵۶. ماده ۳۷ قانون راجع به مجازات اسلامی:

«اشتغال به کار زندانیان ...»

تبصره ۳. ترتیب رسیدگی و نحوه احراز شرایط مذکور در فوق نسبت به محکومین جرایم عادی و همچنین چگونگی اشتغال به کار محکومین دادگاههای نظامی و محکومین جرایم سیاسی و نیز کیفیت پرداخت اجرت و طریقه محافظت و مراقبت از مجرمین مشغول به کار مطابق آئیننامه ای خواهد بود که به پیشنهاد شورای عالی قضایی تصویب و وزیر دفاع کشور و دادگستری جمهوری اسلامی خواهد بود.»

مطبوعات مصوب ۱۳۵۸/۵/۳۱ شورای انقلاب اسلامی^{۵۷} جرایم ارتكابی
مطبوعات را در صلاحیت دادگاه جنایی با حضور اعضای هیأت منصفه
مقرر داشته و ضوابط خاصی را پیش بینی نموده که خلاصه آن بدین شرح
است:

۱. اهم موارد جرایم و مجازاتهای مطبوعاتی عبارتند از:
 - توهین و افترا به اشخاص (ماده ۱۵)،
 - افشای اسرار ارتش و دستورهای محرمانه نظامی (ماده ۱۸)،
 - تحریک مردم به جرایم ضد امنیت خارجی (ماده ۱۹)،
 - اهانت به ادیان (ماده ۲۰)،
 - توهین و افترا به مراجع مسلم تقلید و رهبرانقلاب (مواد ۲۱ و ۲۲)،
 - انتشار عکسها و مطالب خلاف عفت عمومی (ماده ۲۳).
 - انتشار اخبار مشتمل به تهمت و افترا و توهین و الفاظ رکیک (ماده ۲۴).
 ۲. شرایط انتخاب اعضای هیأت منصفه (ماده ۳۲).
 ۳. شیوه انتخاب اعضای هیأت منصفه از بین افراد مورد اعتماد عمومی و گروههای مختلف اجتماعی (ماده ۳۱).
 ۴. آئین شرکت اعضای هیأت منصفه در دادگاه (مواد ۳۳ تا ۳۷).
 ۵. به موجب ماده ۳۸:
- «برای رسیدگی به جرایم [مطبوعاتی] دادگاه جنایی با مشارکت رئیس و دونفر دادرس و با حضور هیأت منصفه تشکیل می شود و مطابق مقررات عمومی رسیدگی می کند و پس از اعلام ختم دادرسی بلافاصله اعضای هیأت منصفه به شور پرداخته درباره دو مطلب ذیل: الف) آیا متهم بزهکار است؟، ب) در صورت بزهکار بودن آیا مستحق تخفیف است یا خیر؟ تصمیم می گیرند و رأی هیأت منصفه را کتباً به دادگاه اعلام می نمایند و سپس دادگاه براساس تصمیم مذکور رأی صادر
۵۷. به نظر می رسد که با توجه به مشابهت اکثریت مواد، این لایحه قانونی اصولاً از لایحه قانونی
مطبوعات مصوب ۱۳۳۴ اقتباس شده باشد.

می‌کند. در صورتی که تصمیم، مبنی بر بزهکاری باشد تطبیق عمل انتسابی با قانون و تعیین میزان مجازات و تصمیم‌گیری درباره سایر جهات قانونی با دادگاه می‌باشد.»

نکته جالب توجه در این ماده آن است که مقنن ضمن ضرور دانستن حضور هیأت منصفه برای شرکت در تشخیص بزهکار بودن و استحقاق تخفیف، ماهیت اجتماعی و سیاسی جرایم مطبوعاتی را مدنظر قرار داده و از نمایندگی افکار و وجدان عمومی مدد جسته است. بدین ترتیب، از یک سو تصمیم‌گیریهای قضایی یکجانبه دولتی از طریق افراط بر حذر می‌مانند، و از طرف دیگر، حضور قضاوت حرفه‌ای به حاکمیت قانون در امور قضایی قوت بخشیده و مانع صدور آراء و احکام متشتت و بی حساب و کتاب می‌شود.

قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۲ که جایگزین لایحه قانونی مطبوعات مصوب ۱۳۵۸/۵/۳۱ می‌باشد از تاریخ تصویب، کلیه قوانین مغایر را الغا نموده است (ماده ۳۶). در فصل ششم این قانون، جرایم مطبوعاتی و مجازاتهای آن کم و بیش مشابه مجازاتهای لایحه قانونی مطبوعات ۱۳۵۸ است، جز اینکه در ماده ۳۴ مقرر شده: «به جرایم ارتكابی به وسیله مطبوعات در دادگاه صالحه با حضور هیأت منصفه رسیدگی می‌شود» و اشاره دیگری به آئین دادرسی جرایم مطبوعاتی ندارد. بنابراین، به نظر می‌رسد که مقررات لایحه قانونی مصوب شورای انقلاب در مورد هیأت منصفه، هنوز به قوت خود باقی باشد.

د. قانون بازسازی نیروی انسانی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی:

قانون بازسازی نیروی انسانی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت مصوب ۱۳۶۰/۷/۵ که هم موقتی بوده و هم به موجب ماده ۲۳ قانون هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۶۲/۱۲/۹ کلاً فاقد اعتبار است، برای تصفیه ادارات و دستگاهها از عناصر دولتی مؤثر بر تحکیم نظام گذشته و نیز عناصر مخرب پس از انقلاب وضع گردید و بیشتر

جنبه اداری داشت. اما نکته جالب در این قانون پیش بینی برخی جرایم سیاسی و نظامی است که از زبان قانونگذار بیان شده و بدین ترتیب در ادبیات حقوقی کشور وارد گردیده است.

ماده ۱۵ قانون منقضی و منسوخ مذکور جرایم سیاسی و نظامی را به جرایم قبل از انقلاب (نظیر همکاری و عضویت در ساواک، فراماسونری و مشاغل سیاسی و جاسوسی) و جرایم پس از انقلاب (نظیر همکاری و قیام علیه جمهوری اسلامی، جاسوسی، تبلیغ علیه نظام و همکاری با گروههای سیاسی منحلّه) تقسیم نموده است.^{۵۸}

بیان جرایم مذکور می تواند قرینه مؤثری برای تعریف و شناخت جرایم سیاسی (و حتی مطبوعاتی) باشد.

۵۸. ماده ۱۵ قانون بازسازی نیروی انسانی:

«جرایم سیاسی و نظامی به دو دسته تقسیم می شوند:

الف- جرایم مربوط به قبل از انقلاب اسلامی که عبارتند از:

- ۱) همکاری با ساواک منحلّه،
- ۲) فعالیت در دوائر حفاظت در اجرای برنامه های خاص ساواک،
- ۳) فعالیت مؤثر در تحکیم رژیم گذشته و حزب منحلّه رستاخیز،
- ۴) ارتباط جاسوسی با دول بیگانه و یا سازمانهای جاسوسی خارجی،
- ۵) عضویت در تشکیلات فراماسونری و سازمانهای وابسته و مشابه آن،
- ۶) نمایندگی مجلس شورای ملی و سنای سابق و مؤسسات بعد از ۱۵ خرداد ۴۲ و نیز داشتن مشاغل وزارت و معاونت وزارت و سفارت و استانداری رژیم سابق پس از خرداد ۴۲ تا ۲۲ بهمن ۵۷.

ب- جرایم مربوط به بعد از انقلاب اسلامی:

- ۱) قیام علیه جمهوری اسلامی به هر نحو،
- ۲) همکاری با قوای نظامی بیگانه علیه نظام جمهوری اسلامی ایران،
- ۳) عضویت در سازمانهای جاسوسی علیه نظام جمهوری اسلامی و یا جاسوسی و کسب اطلاعات محرمانه به نفع دول بیگانه یا گروههای داخلی که فعالیت آنها ممنوع اعلام گردید،
- ۴) فعالیت به نفع گروههایی که فعالیت آنها ممنوع اعلام گردیده است در محیط اداره،

۵) ارتکاب اعمال مغایر با مصالح جمهوری اسلامی از قبیل شایعه پراکنی،



بند

قانون اساسی

و سازماندهی جرایم سیاسی و مطبوعاتی

به موجب اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی: «رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی علنی است و با حضور هیأت منصفه در محاکم دادگستری صورت می‌گیرد. نحوه انتخاب، شرایط، اختیارات هیأت منصفه و تعریف جرم سیاسی را قانون براساس موازین اسلامی معین می‌کند». به بررسی ارکان مطالب اصل می‌پردازیم:

اول. تعریف جرم سیاسی

با توجه به بررسیهایی که نسبت به مفاهیم، نظریات و سیستم‌های حقوقی داخلی و خارجی به عمل آمد، از مفاهیم ذیل می‌توان به حدود جرایم سیاسی و مطبوعاتی راه یافت:

۶) اعمال زور مسلحانه برای به دست آوردن امتیازات فردی و یا گروهی در محیط اداره،

۷) اعمال فشارهای گروهی و یا فردی برای تحمیل مقاصد نامشروع و یا به دست آوردن امتیازات غیرقانونی،

۸) قاچاق اسلحه و مهمات،

۹) افشای اسناد و اسرار نظامی،

۱۰) از بین بردن و یا اختفای غیرمجاز مدارک و اسناد دولتی اعم از محرمانه و غیر آن قبل و بعد از انقلاب اسلامی،

۱۱) به کار بردن قلم و بیان هرگونه تبلیغ علیه نظام جمهوری اسلامی به صورتی که در قوانین جمهوری اسلامی ممنوع اعلام شده باشد.»

الف. شخصیت مجرم:

۱. مجرم سیاسی ممکن است در تصویب مقام سیاسی، مرتکب اعمالی شود که به دلیل احراز آن مقام، آثار سوء موضوعاً سیاسی به بار آورد و مصالح کلی دولت (حاکمیت، نظم و امنیت و حدود و ثغور کشور) و منافع جمعی ملت را به خطر اندازد. اینچنین اعمالی را می‌توان تحت عنوان ظلم و خیانت به کشور مورد توجه قرارداد. اصل مسؤلیت سیاسی مقامات اجرایی کشور در نظامهای دموکراتیک و نظارت قوه مقننه بر اعمال سیاسی مقامات قوه مجریه از طریق سؤال و استیضاح و عزل، آنها را از صحنه سیاست به طور دائم یا موقت خارج می‌سازد، اما به نظر می‌رسد که وجدان عمومی، در این حد ارضا نمی‌شود و چه بسا که محاکمه و مجازات مقامات خطاکار را طلب نماید. در این صورت، مسؤلیت جزایی در کنار مسؤلیت سیاسی مطرح می‌شود. بنابراین، عدالت اقتضا می‌کند که سیاستمدان معزول به عنوان متهم سیاسی تحویل دستگاه قضایی داده شوند. این فرض را می‌توان در قانون محاکمه وزرا مصوب ۱۳۰۷ مشاهده نمود، زیرا در اصل ماده ۸ که ظاهراً مربوط به جرم عمومی وزیر است محاکمه وزیر در حضور مستشاران دیوان کشور صورت می‌گیرد، در حالی که به موجب تبصره این ماده: «در موارد تقصیرات سیاسی هیأت منصفه حضور خواهند داشت»^{۵۹}. سوابق قضایی بسیاری از کشورها نیز نشان می‌دهد که رئیس جمهور یا وزرا پس از برکناری به اتهام سوء سیاست و خیانت به کشور محاکمه و مجازات شده‌اند.

۲. مجرمان سیاسی ممکن است احزاب سیاسی و یا اعضای آنها

۵۹. ماده ۸ قانون محاکمه وزرا مصوب ۱۳۰۷:

«مدعی العموم دیوان عالی تمیز پس از وصول دوسیه قضیه را تعقیب خواهد نمود. دیوان تمیز در جلسه عمومی با حضور تمام مستشاران خود برطبق موازینی که برای رسیدگی به امور جزایی مقرر است رسیدگی و حکم مقتضی را صادر می‌کند. تبصره- در موارد تقصیرات سیاسی هیأت منصفه حضور خواهند داشت.»

باشند. احزاب سیاسی، به مقتضای تشکیل، حق فعالیت سیاسی را دارا هستند، و چه بسا که فعالیت آنها موجب تزلزل و سقوط قوه مجریه بشود اما، در ضمن، این خطر نیز وجود دارد که عملکرد آنها در دستگاه عدالت، و به موجب قانون، مخالف مصالح ملی به شمار آید و تلقی به جرم شود. حساسیت موضوع ایجاب می‌کند که جرایم احتمالی احزاب سیاسی را، سیاسی تلقی کنیم و رسیدگی به آنها را در صلاحیت محاکم سیاسی (در حضور هیأت منصفه) بدانیم. قرینه این موضوع را می‌توان در «قانون فعالیت احزاب... مصوب ۱۳۶۰/۶/۷ مجلس شورای اسلامی» مشاهده نمود که ضمن اشاره به جرایم و مجازات احزاب، در ماده ۱۹ مقرر می‌دارد:

«شورای عالی قضایی موظف است ظرف یک ماه از تاریخ تصویب این قانون لایحه تشکیل هیأت منصفه محاکم دادگستری موضوع اصل ۶۸ قانون اساسی را تهیه و با رعایت اصل ۷۴ قانون اساسی تقدیم مجلس بنماید.»

ب. انگیزه مجرم:

همان گونه که قبلاً اشاره کردیم، در سیستم درونی جرایم سیاسی انگیزه مجرم سوء قصد به مقامات سیاسی کشور است. حال، امکان دارد این انگیزه دارای اهداف خیرخواهانه و یا جاه طلبانه باشد که، در هر صورت، مرجع صالح قضایی (با حضور هیأت منصفه) باید آن را تشخیص دهد و مجازات متناسب برای مجرم اعمال نماید.

ج. اثر جرم:

شخصیت مجرم هر که باشد، و یا انگیزه مجرم هر چه باشد، آثار جرم ممکن است متوجه مقامات سیاسی کشور گردد. این همان مفهوم بیرونی جرم سیاسی است که معمولاً در قوانین جزایی مجازات سنگین تری برای آن در نظر گرفته می‌شود، همچنانکه ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مجازات توهین به رئیس کشور خارجی را بین سه ماه تا دو سال

حبس مقرر داشته ۶۰، درحالی که ماده ۸۶ همین قانون مجازات توهین و الفاظ رکیک به افراد عادی را حداکثر تا سی ضربه شلاق پیش بینی کرده است. ۶۱

د. مطبوعات:

فرق جرم سیاسی و جرم مطبوعاتی در «وسیله ارتکاب جرم» است. مطبوعات به عنوان ابزار روانی و معنوی ویژه، ممکن است شخصیت معنوی مقامات سیاسی کشور را در مخاطره بیندازند و یا آنکه خطرات ملی به بار آورند. به هر حال، جرم مطبوعاتی در ردیف جرایم سیاسی، سهمی از تعریف جرم سیاسی را داراست.

● ارائه تعریف:

با در نظر گرفتن مفاهیم یاد شده می توان تا حدودی به تعریف جرم سیاسی دسترسی پیدا کرد. اما تجربه نشان داده که ارتکاب جرایم سیاسی در اکثر موارد، یا مرتبط و یا همراه با ارتکاب جرایم عمومی، اجتماعی و یا امنیتی است. بنابراین، برای رسیدن به یک تعریف نسبتاً جامع ناگزیر از بیان تعریفی وسیع تر هستیم:

«جرم سیاسی به عمل مجرمانه ای اطلاق می شود که در آن یا انگیزه سرنگونی نظام سیاسی و اجتماعی و اختلال در مدیریت سیاسی و صدمه به زمامداری کشور بوده و یا هر عمل مجرمانه ای که نتیجه آن سرنگونی نظام سیاسی و اجتماعی و صدمه به مقامات سیاسی و رئیس

۶۰. ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸:

«هرکس علناً نسبت به رئیس مملکت خارجی یا نماینده سیاسی یک مملکت خارجی در ایران توهین نماید به سه ماه تا دو سال حبس محکوم خواهد شد...»

۶۱. ماده ۸۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۵۲/۵/۱۸:

«توهین به افراد از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیک، موجب مجازات تا سی ضربه شلاق خواهد بود.»

کشور باشد. این جرم ممکن است به تنهایی و یا همراه با سایر جرایم عمومی، اجتماعی و امنیتی اتفاق افتد.»

هرچند که اندیشمندان به جرایم سیاسی با نظر ارفاق آمیز نگریسته اند، و برخی ملایمتهای قانونی نیز مشاهده شده است، تحولات اجتماعی قرن اخیر و اختلاط جرایم سیاسی با سایر جرایم خطرناک از کلیت این نظر کاسته و نظر سخت گیرانه تری را نسبت به این جرایم پدیدار ساخته است. اما به هر حال این، شرایط و اوضاع و احوال و کیفیت تمایلات عمومی است که در هر مورد نظر ارفاق آمیز و یا نظر سخت گیرانه را نسبت به جرم سیاسی مطرح می سازد.

دوم. هیأت منصفه

هیأت منصفه، به لحاظ آنکه به اندازه کافی ریشه در قوانین اساسی دعاوی کشور ما دارد و از آن جهت که ذهن جامعه علمی حقوق را کم و بیش به خود مشغول ساخته است از اعتبار قابل توجهی برخوردار می باشد، اما در آرشیو قضایی نشان زیادی از فعال بودن این پدیده حقوقی مشاهده نمی شود. به عبارت بهتر، مفهوم نظری هیأت منصفه بر مفهوم عملی آن غلبه دارد. علت آن را می توان در شرایط و اوضاع و احوال سیاسی کشور جستجو کرد. نظام سیاسی گذشته و قانون اساسی مشروطیت هرچند که ظاهراً دموکراتیک می نمود، اما تحقق آن عملاً دشوار بود و حضور اصیل مردم در صحنه سیاسی را در اکثر موارد غیرممکن می ساخت. هیأت منصفه نیز از آنجا که باید در مقام وجدان بیدار مردم و نهاد گویای افکار عمومی عمل می کرد، بی شک متأثر از نوسانات سیاسی و بحران دموکراسی بود و به صورت عنصری غیرفعال به نظر می رسید.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که در عبارات خود سهم فراوانی را برای نقش مردم قائل شده است، در اصل یکصد و شصت و هشتم هیأت منصفه را به داوری طلبیده و حضور آن را در رسیدگی به جرایم

سیاسی و مطبوعاتی الزامی دانسته است. مذاکرات خبرگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی حکایت از آن دارد که هیأت منصفه، هم دارای سابقه اسلامی است^{۶۲}، هم محتوای فقهی دارد^{۶۳} و هم اینکه «جلوی بسیاری از مفاسد و مضیقه‌ها و دیکتاتوری‌ها را می‌گیرد»^{۶۴}.

با توجه به این مراتب، وفاداری نسبت به اجرای قانون اساسی اقتضا می‌کند که محاکم قضایی برای رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی با در نظر گرفتن حضور و فعالیت هیأت منصفه سازماندهی شود تا با این حضور، سلامت و حتی استقلال دادگاهها در مقابل اقتدار هیأت حاکمه بهتر تأمین و تضمین گردد. در این خصوص، توجه به چند نکته ضروری به نظر می‌رسد:

نکته اول، مربوط به مقررات حقوق اسلامی است که برای احراز مقام قضاوت شرایط ویژه‌ای^{۶۵} را تعیین نموده است و اصل یکصد و شصت و سوم قانون اساسی نیز مقرر می‌دارد: «صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی به وسیله قانون تعیین می‌شود». بدین ترتیب، کسانی که واجد شرایط فقهی برای امر قضا نباشند علی‌الاصول حق دخالت در امور قضایی را ندارند، فلذا با وجود شرایط انعطاف‌ناپذیر، دخالت دادن هیأت منصفه (نهاد قضایی مردمی) که اعضای آن نوعاً فاقد شرایط لازم هستند، مغایر این شرایط خواهد بود. اما در برخی از موارد شرایط و اوضاع و احوال به گونه‌ای است که یک قاضی علی‌رغم دارا بودن جمیع شرایط فقهی بدون کمک دیگران از صدور حکم عاجز می‌ماند. جرایم سیاسی و مطبوعاتی را می‌توان از جمله همین موارد دانست، زیرا ابعاد قضیه در عین گستردگی از آنچنان حساسیت اجتماعی و سیاسی برخوردار است که بعضاً فراتر از تفاسیر قضایی و حقوقی قرار می‌گیرد. در حقوق اسلامی هر چند که حق صدور

۶۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلسه ۶۲، ص ۱۳۶۵.

۶۳ و ۶۴. همان، ص ۱۳۶۷.

۶۵. محقق حلی در کتاب شرایع (ج ۴) ارکان و شرایط قاضی را عبارت از بلوغ، کمال عقل، ایمان، عدالت، پاکی تولد، علم (اجتهاد) و مرد بودن بیان داشته است.

حکم در انحصار قاضی است و نهادی به نام هیأت منصفه وجود ندارد، اما حضور اهل خبره در محضر قاضی برای کمک به معضلات قضایی امری نیکوست و از لغزشها و ناتوانیهای احتمالی قضات جلوگیری می‌کند.

قاضی در امر دادرسی پس از بررسی «موضوع» مبادرت به صدور «حکم» می‌کند. «حکم» رأیی است که قاضی پس از رسیدگی «موضوع» و تطبیق آن با موازین عمومی و قوانین صادر می‌نماید. صدور این «حکم» در انحصار قاضی است و در صورت صحت نقض آن جایز نیست. اما «موضوع» امری است که در خارج واقع شده و برای تطبیق آن با قانون در محضر دادگاه قرار می‌گیرد. شناسایی و تشخیص «موضوع» برخی از اوقات از توانایی و استطاعت قاضی خارج است. در این صورت، حضور کارشناس در محضر دادگاه برای تشخیص ضرورت دارد. جرایم سیاسی و مطبوعاتی از مواردی است که تشخیص موضوع آن را باید در وجدان عمومی و یا عرف جامعه دانست. هیأت منصفه در مقام نمایندگی جامعه قادر به تشخیص موضوع و بیان حدود حسن و قبح آن خواهد بود. بدیهی است که پس از آن قاضی با وقوف کامل نسبت به موضوع رأساً مبادرت به صدور حکم می‌نماید.

نکته دوم، مربوط به شرایط و نحوه انتخاب هیأت منصفه است. هیأت منصفه در موضوع و مقام نمایندگی افکار عمومی و وجدان جامعه مستقل از هیأت حاکمه می‌باشد و با این استقلال، ایجاب می‌کند که عزل و نصب اعضای آن به دور از دخالت مقامات حاکم صورت گیرد تا خصیصه مردمی آن حفظ شود.

قوانین مطبوعاتی و مقررات مربوط به هیأت منصفه که تا کنون وضع شده است، این امر را رعایت نکرده‌اند، از جمله آنکه لایحه قانونی مطبوعات مصوب ۱۳۵۸/۵/۳۱ شورای انقلاب در ماده ۳۱ مقرر داشته است که «هر دو سال یک بار در مهرماه جهت تعیین اعضای هیأت منصفه در تهران به دعوت وزیر ارشاد... و در مراکز استانها به دعوت استاندار هیأتی... تشکیل می‌شود. هیأت مذکور مجموعاً ۱۴ نفر افراد مورد اعتماد

عمومی را از بین گروه‌های مختلف اجتماعی ... انتخاب می‌کند». بدین ترتیب، انتخاب افراد برای عضویت هیأت منصفه با مباشرت و ابتکار عمل دولت صورت می‌گیرد.

به هر حال، برای رفع این نقیصه به نظر می‌رسد که اعضای هیأت منصفه همانند نمایندگان مجلس شورای اسلامی و یا شوراها محلی برای هر محل از طریق انتخابات مردمی تعیین شوند. در این صورت، می‌توان به صحت عمل این نهاد حقوقی مردمی، در اجرای اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی امیدوار بود.

سوم. علنی بودن دادرسی سیاسی و مطبوعاتی

به موجب اصل یکصد و شصت و پنجم: «محاکمات علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلامانع است مگر آنکه به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی، طرفین دعوی تقاضا کنند محاکمه علنی نباشد».

اصل علنی بودن دادگاهها از موارد نظارت همگانی و مربوط به حقوق عمومی است، بدین معنی که مردم وقتی در جریان محاکمات قرار گیرند متوجه صحت و سقم محاکمات خواهند شد و نتیجه این امر امنیت خاطر است که افراد مردم نسبت به دستگاه قضایی پیدا می‌کنند. برعکس، جلسات سری همواره موجبات بدبینی مردم را فراهم می‌سازد و به میزان نارضایتی‌های سیاسی و اجتماعی خواهد افزود. تجربه نشان داده است که دولتها عناصر مخالف حکومت را که مخلّ کار خود می‌بینند به هر طریق به پای میز محاکمه می‌کشانند. در این خصوص چه بسا ممکن است نتیجه محاکمات به نفع مخالفان و به ضرر دولت باشد، که در این صورت، سری بودن جلسات محاکمه مانع از افشای نامطلوب جریانات قضایی می‌گردد و در نتیجه انحراف از عدالت قویاً محتمل خواهد بود.

تکیه قانون اساسی به علنی بودن محاکمات به ویژه محاکمات

سیاسی در اصل یکصد و شصت و هشتم کاملاً روشن است که مقرر می‌دارد: «رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی علنی است و با حضور هیأت منصفه در محاکم دادگستری صورت می‌گیرد...».

بطوریکه ملاحظه می‌شود در اصل فوق حتی دادگاه حق ندارد از علنی بودن آن جلوگیری کند. این تأکید بدین خاطر است که در جرایم سیاسی و مطبوعاتی دولت را طرف دعوی تلقی می‌کنند. با حضور هیأت منصفه و نظارت مردم (از طریق علنی بودن دادگاه) اقتدارات بالقوه دولت در جریان کنترل این حضور و نظارت قرار می‌گیرد و از مفاسد احتمالی آن جلوگیری می‌کند.^{۶۶}

نکته جالب در این خصوص مسأله تراحم مصالح است، بدین معنی که در جرایم مرتبط و یا مرکب (عمومی و سیاسی) رسیدگی به جنبه عمومی جرم به دلایل مربوط به نظم عمومی به تشخیص دادگاه باید به صورت غیرعلنی صورت گیرد، و برعکس، جنبه سیاسی جرم اقتضای علنی بودن دارد. در این صورت است که ضرورت تفکیک کامل جرایم سیاسی و غیرسیاسی بخوبی احساس می‌شود:

— در مورد جرایم مطبوعاتی می‌توان استدلال نمود که چون ارتکاب جرم خود به نحو علنی و از طریق مطبوعات صورت گرفته است، ادعای ضرورت غیرعلنی بودن امر پذیرفته‌ای به نظر نمی‌رسد.

— در مورد جرایم سیاسی، در جای خود باید قائل به تفکیک شد، بدین معنی که چنانچه جرایم یقیناً بر ضد امنیت داخلی و خارجی کشور باشد (نظیر جاسوسی و همکاری با بیگانگان علیه کشور) در زمره جرایم عمومی قرار گیرند، و اصل غیرعلنی بودن و بدون حضور الزامی هیأت منصفه رسیدگی قضایی صورت گیرد، و در سایر موارد که سری بودن دادرسی الزامی نیست اصل یکصد و شصت و هشتم (اصل علنی بودن دادگاه در هیأت منصفه) رعایت شود.

۶۶. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ص ۱۳۶۷.

با این توصیف، برعهده قانونگذار خواهد بود که با تعیین موارد جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی علیه کشور آنها را از زمره رسیدگی سیاسی خارج و دادگستری را در این خصوص دلالت نماید.

چهارم. دادگاه صالح رسیدگی

اشاره اصل یکصد و شصت و هشتم، در رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی، به مطلق محاکم دادگستری است و هیچ قرینه ای مبنی بر اینکه مورد از مصادیق محاکم اختصاصی (نظیر دادگاههای نظامی) باشد در این اصل مشاهده نمی شود. با این توجیه، به نظر می رسد که رسیدگی در صلاحیت محاکم عمومی باشد. بدین ترتیب، با توجه به وضع موجود سازمانهای قضایی، مرجع صالح رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی، دادگاههای کیفری (یک یا دو) است.

● نتیجه گیری

۱. با توجه به آنچه که مورد بررسی قرار گرفت، جرایم سیاسی و مطبوعاتی به جدال بین مردم و دولت ارتباط پیدا می کند. در این جدال، اندیشه منفعت جامعه، مرتکب را برآن می دارد که رویاروی مقامات حاکم ایستاده و حقوق جامعه را طلب کند و به زعم خود علیه زمامدار موردنظر، اما به قصد خدمت به جامعه، مبادرت به اقدامات خشونت آمیز نماید. اندیشه اغماض و عطف نسبت به مجرمان سیاسی یا مطبوعاتی، بیش از آنکه مربوط به شخص مجرمان پنداشته شود، به خاطر استقبال از خطری است که اینان با هدف خیرخواهی عمومی مرتکب می شوند.

۲. با وجود اینکه دلایل توجیهی قابل قبولی را مبنی بر رفتار ارفاق آمیز نسبت به مجرمان سیاسی می توان یافت، اما تجربه نشان می دهد

که برخی از تبهکارها دارای آنچنان آثار تخریبی بوده که انزجار عام را به دنبال داشته است. بدین خاطر است که در تحولات اخیر، برخی از کشورها و مجامع بین‌المللی، با مطرح ساختن اصولی نظیر استقلال و امنیت کشور و نفی مطلق کشتار بیرحمانه، بسیاری از جرایم به ظاهر سیاسی را «هدف خودخواهانه و حقارت‌آمیز» تلقی نموده و آنها را از زمره جرایم سیاسی خارج ساخته‌اند. اما عنصر معنوی جرم سیاسی بیان‌کننده تفاوت ظریفی است که در مقایسه با جرایم عادی نمی‌توان آن را از نظر دور داشت. وانگهی، وقتی که یک مجرم سیاسی پس از ارتکاب جرم، در صورت بقای نظام سیاسی به عنوان یک تبهکار، و در صورت سقوط آن نظام به عنوان یک قهرمان بلندآوازه تلقی می‌شود، چه پاسخ حقوقی قانع‌کننده‌ای جز لزوم اعمال رفتار توأم با گذشت و ارفاق می‌توان یافت؟

۳. جرایم مطبوعاتی، از آن جهت که در بادی امر جدال لفظی فاقد عنصر خشونت فیزیکی است، موضع مساعدتری را نسبت به جرایم سیاسی داراست. به نظر می‌رسد که سیستم حقوقی کشورهای آزادیخواه جهان از اعمال نظر ارفاق‌آمیز نسبت به مجرمان آن رویگردان نیستند.

۴. نظر به اینکه در جرایم سیاسی و مطبوعاتی همواره دولتها هدف قرار می‌گیرند برای جلوگیری از اقدامات جانبدارانه دستگاہهای قضایی، هیأت منصفه به منزله نهاد قضایی مردمی، مناسب‌ترین نظام به نظر می‌رسد. اما تجربه نشان داده است که در این گونه هیأتها نیز جانبداری از دولتها وجود دارد. علت این جانبداری را می‌توان مربوط به ساز و کار انتخاب اعضای هیأت دانست. اگر انتخاب اعضای هیأت منصفه به دور از دخالت دولت و با رأی مستقیم مردم هر محل صورت گیرد، استقلال این نهاد مردمی بیشتر تأمین و تضمین خواهد شد.

۵. کشور ما، هرچند که از زمان مشروطیت تاکنون نظام حقوقی

هیأت منصفه را همواره پیش روی خود داشته اما برای تأسیس آن هیچ سعی وافرری مبذول نشده است. در نظام جمهوری اسلامی ایران که بیشترین اعتراض نسبت به رژیم سیاسی گذشته تاکنون ابراز شده است، اکنون با توجه به عنایت ویژه قانون اساسی جا دارد که به پاس احترام به مبانی قانون اساسی، اقدام عملی مؤثری در تشکیل هیأت منصفه برای اجرای صحیح اصل یکصد و شصت و هشتم آغاز شود.





دکتر هدایت الله فلسفی

روشهای شناخت حقوق بین الملل

شناخت منطقی حقوق بین الملل



انسان، نخست با شتاب بسیار بنای
اندیشه خود را می‌گذارد؛ آنگاه
استواری آن را می‌آزماید.
امانوئل کانت: نقد عقل محض *

● درآمد

الف. جامعه دولتها و حقوق بین الملل

جامعه بین المللی یا به عبارت دیگر جامعه متشکل از دولتها با
جامعه ملّی تفاوتی اساسی دارد؛ به همین سبب مقرراتی که بر جامعه
بین المللی حاکم است از کلیت و انسجام نظامهای داخلی برخوردار
نیست.

در جامعه بین المللی، همانند هر جامعه دیگری، روابطی وجود دارد
که حاصل کنشهای مختلف اجتماعی است. به اعتقاد ماکس وبر
«هرکنش^۱ رفتاری^۲ انسانی یا نوعی حالت درونی یا بیرونی است که
به قصد انجام یا خودداری از انجام یک عمل به وجود می‌آید. البته، این رفتار

* EMMANUEL KANT: "Critique de la raison pure", traduction française, PUF., 1986,
p.36.

1. Action
2. Conduite

هنگامی کنش به شمار می آید که انسان برای آن معنایی معین در نظر گرفته باشد. این کنش اگر با کنش فرد یا افراد دیگر تلفیق یابد، کنشی اجتماعی پدید می آورد که در رشد و تکامل عامل آن تأثیری بسزا دارد. کنش اجتماعی، مرحله نخستین روابط اجتماعی است؛ زیرا در قلمرو زیست روزمره انسان، اصولاً هر کنش تحت تأثیر کنش دیگر قرار می گیرد و از مجموع آنها روابط اجتماعی پدیدار می گردد»^۳. روابط بین الملل نیز، در حدی وسیع تر، حاصل کنشهای متقابل اجتماعی است.

حال، اگر ما برای دریافت مفهوم «جامعه بین المللی» روابط بین الملل را از سایر روابط اجتماعی جدا کنیم، درمی یابیم که این قبیل کنشها تنها از مرزهای ملی به معنای خاص کلمه، که از مرزهای یک دولت فراتر رفته و با کنشهای ملتهای (دولتهای) دیگر درهم آمیخته شده است.

در جامعه دولتها، کنشهای هر دولت تحت تأثیر کنشهای دولت یا دولتهای دیگر قرار گرفته است، تا آنجا که از مجموع این کنشها نظمی پدید آمده که در اثر تکرار و استمرار صورت قاعده به خود گرفته و یا به واسطه عوامل مکمل در قالب معاهدات بین المللی مشروعیت یافته است.

بنتام^۴، فیلسوف انگلیسی قرن هیجدهم، ابتدا این نظم را «حقوق بین الملل»^۵ نامید تا بر روابط میان واحدهای سیاسی مختلف (دولتها)

3. WEBER M.: "Wirtschaft und Gesellschaft", Tübingen, 1922, p. 1 et 13 in Antonio Truyol Y. Serra: "Genèse et structure de la société internationale", RCADI., 1960, Vol. 96, p. 563.

4. Benthan

۵. بنتام در کتاب درآمدی بر اصول اخلاق و حقوق که در ۱۷۸۰ به رشته تحریر درآورد، حقوق بین الملل (International Law) را در مقابل حقوق ملی (National Law) قرار داد. هدف وی از این کار در واقع احیای اصطلاح «حقوق ملل» (Jus gentium) بود که پیش از وی ویتوریا وزوک (Zouch) به آن اشاره کرده بودند و در ابتدای قرن هیجدهم در ادبیات حقوقی فرانسه به حقوق میان ملتها (Droit entre les Nations) ترجمه شده بود. البته در همه این موارد، منظور نویسندگان و محققان از این اصطلاح، مجموعه قواعد و مقرراتی بود که بر روابط میان دولتها (و نه ملتها) حکومت می کرد. Cf. Quoc Dinh N. et...: "Droit international public", LGDJ., Paris, 1987, pp. 17-29

تأکید گذاشته باشد. این طرز تفکر، در اروپای غربی آن زمان که «ملت» با «دولت» به یک معنی گرفته می شد، چندان شگفت نمی نمود، اما پس از انقلاب کبیر فرانسه (۱۷۸۹) که «حاکمیت» به «ملت» اختصاص یافت، در اساس این بینش تزلزلی شدید پدیدار گشت تا آن حد که اندک زمانی بعد، تحت الشعاع اصل ملیتها قرار گرفت و اصل مشروعیت نظامهای سلطنتی را بی اعتبار ساخت. با این حال، دیری نپایید که میان این دو مفهوم (دولت-ملت) تناسبی ایجاد شد و ادعا گردید که چون ملت بر اساس حقوق طبیعی خویش حق تشکیل دولت دارد، ملت و دولت نه تنها از هم جدا نیستند بلکه لازم و ملزوم یکدیگرند. بدین ترتیب، «ملت» را رندانه در بند «دولت» قرار دادند و از رشد و تکامل آن در جهت مفهومی متعالی تر جلوگیری به عمل آوردند.^۶

با این همه، چنین می نماید که معیار دولت برای تفکیک قلمرو بین المللی از قلمرو ملی، هر چند در قلمرو مسائل حقوقی اعتباری به ظاهر مسلم یافته، از لحاظ تاریخ فرهنگ و جامعه شناسی معیار چندان معتبری نبوده است.^۷ به همین دلیل، این پرسش به میان آمده که آیا بهتر نیست به جای مفهوم «دولت» از مفهوم «ملت» استفاده کرد و آن را همچون معیاری گسترده تر - هر چند مبهم تر - به جای «دولت» قرار داد و از آن وسیله ای برای جدا کردن روابط بین الملل از کلّ روابط اجتماعی ساخت و

۶. امانوئل کانت اصولاً معتقد بود که واژه «*Staatenrecht*» (حقوق بین الدول) برای تبیین مفهوم «*jus gentium*» از واژه «*Völkerrecht*» و واژه های معادل آن یعنی «*diritto delle genti*» «*droit des gens*»، «*dercho de gentes*»، «*Law of Nations*» (حقوق بین الملل) مناسب تر می نماید.

Cf. MORGENTHAU H.J., THOMPSON K.W.: «Principles and Problems of International Politics», Selected Readings, New York, 1952, p.25.

۷. از دیدگاه یک حقوقدان، ژان ژاک روسو گوته فرید کالر (Gottfried Keller) هر دو به لحاظ اینکه در قلمرو حاکمیت دولت سویس قرار داشتند، سوییسی محسوب می شدند حال آنکه، به اعتقاد یک جامعه شناس یا محقق تاریخ فرهنگ اروپا، روسوبه فرانسویان (ادبیات فرانسه) تعلق داشت و کیر به آلمانی ها (ادبیات آلمان).

Cf. TRUYOL Y.SERRA A.: op.cit., p. 565.

در نتیجه از «قدرت اجتماعی» شاخصی برای تشخیص گروههای اجتماعی به وجود آورد؟

پاسخ به این پرسش، با توجه به واقعیات موجود اجتماعی، مثبت است، زیرا از آنجا که همکاری و رقابت و معامله و مبارزه در همه گروههای اجتماعی وجود دارد، روابط بین الملل متضمن روابط اجتماعی گروههایی است که در قلمرو امور مختلف دارای اختیاراتی گسترده هستند. البته، در میان این گروهها دسته‌هایی وجود دارند که به دلیل داشتن اهداف متعالی (تحقق منافع مشترک ملی) و به لحاظ تسلط بر تجمع زبردست خود، بر دیگر گروهها برتر می‌نمایند.⁸ از این روی، می‌توان گفت که «روابط اجتماعی»، هر وصفی که داشته باشد، در حدی که میان افراد و گروههای متعلق به دولتهای مختلف و یا خود دولتها، در مفهوم خاص حقوقی، برقرار شده باشد، روابطی بین المللی است: در جامعه بین المللی که از گروههای برتر ترکیب یافته است میان افراد، گروهها و خود دولتها (گروههای برتر) در قلمرو تمام مسائل مربوط به زیست اجتماعی روابطی گسترده پدید آمده است که از جهات بسیار با روابط افراد در جامعه ملی مشابهت دارد. با این حال، در جامعه ملی، دولت (در مقام نهاد برتر) بر تمامی این روابط نظارت می‌کند؛ اما در جامعه بین المللی با اینکه عاملان روابط بین الملل یا اعضای جامعه بین المللی در تحلیلی نهایی خود افراد هستند که در گروههای متعدد ادغام شده‌اند و از این رهگذر در قلمرو روابط بین الملل انس و الفتی میان خود به وجود آورده‌اند، با جامعه بین المللی رابطه‌ای مستقیم ندارند. عامل یا واسطه رابطه اینان با جامعه بین المللی دولتهایی هستند که همچون واحدهای سیاسی مستقل، در مقام دفاع از منافع اعضای جامعه تحت حاکمیت خویش، مقدرات سیاسی آنان را در اختیار گرفته و به اعتبار چنین قدرتی در جامعه بین المللی به صورت تابعان بلافصل حقوق بین الملل درآمده‌اند و به همین سبب، بعضی از صاحب نظران،

8. WRIGHT Q.: "The Study of International Relations", New York, 1955, pp. 5-7.

آنان را گروه‌های ممتاز اجتماعی لقب داده‌اند. به اعتقاد اینان «گروه‌های اجتماعی اصولاً به دو دسته مختلف تقسیم شده‌اند: یکی آن دسته‌ای که، در جهت دفاع از منافع جمع، حق دارد برای ایجاد نظم اجتماعی به قوه قهریه متوسل شود (گروه اول)، و دیگری آن دسته‌ای که فقط مدافع منافع محدود خویش است و فقط در همین حد حق دارد با نظارت گروه نخست از قوه قهریه استفاده کند. از این روی، در جامعه بین‌المللی، روابط میان افراد و گروه‌های دسته دوم که در دسته نخست ادغام شده‌اند همواره تحت الشعاع روابط بین‌المللی گروه‌های متعلق به دسته اول بوده است»^۹. البته، این بدان معنی نیست که کشورها حق دارند اتباع خویش را از داشتن هرگونه رابطه اجتماعی با یکدیگر محروم کنند، زیرا جامعه بین‌المللی اصولاً بر مبنای همبستگی‌های مادی و معنوی افراد سراسر گیتی استوار شده و مایه حیات خود را نیز از آن برگرفته است. در واقع، رابطه‌ای که دولت‌ها با یکدیگر برقرار کرده و افراد و گروه‌های مختلف تحت حاکمیت آنان مفهومی خاص به آن داده‌اند، مجرای برای به حرکت درآوردن روابط افراد در قلمرو جامعه بین‌المللی بوده است. بنابراین، نمی‌توان تصور کرد که دولت‌ها آن راهی را که با زحمت فراوان هموار ساخته‌اند خود تخریب کنند و در نتیجه نظمی را که از این طریق به وجود آورده و به‌طور کلی حقوق بین‌الملل نامیده‌اند از میان بردارند. با این وصف، دولت‌ها همچنان تابعان بلافصل حقوق بین‌الملل یعنی واضعان قواعدی به شمار می‌آیند که بر کل جامعه بشری حاکم است. این دولت‌ها در مقایسه با اعضای جوامع داخلی نه تنها شماری محدود دارند بلکه هر یک از آنان از مقام و موقع اجتماعی ویژه‌ای برخوردار است، تا آن حد که از ترکیب آنان جامعه‌ای نامتجانس پدید آمده که در آن هر عضوی فقط در جهت تحقق منافع خاص خویش فعال است. به همین جهت، حتی اگر فرض کنیم که روزی از شکل این اعضا دولتی فراملی به وجود آید، باز شاهد این عدم تجانس و ناهمگونی خواهیم

9. REUTER P.: "Institutions internationales", Paris, 1955, p. 10.

بود، زیرا چنین جامعه‌ای به دلیل محروم بودن از تمدنی واحد (علاقه مشترک) هیچگاه قادر نخواهد بود همانند هر نظام ملی، مقرراتی عام وضع نماید که بر همه اعضا قابل اعمال باشد: نتیجه اینکه باز دوباره قواعد خاص بر قواعد عام غلبه خواهند یافت و زور و سیاست جایگزین قاعده حقوقی و قانون به معنای خاص کلمه خواهد شد. این وضع در واقع بازتاب سرشت فعلی روابط بین الملل است که در قلمرو آن فقط دولتها قادر به تصمیم‌گیری هستند. بدیهی است در صورتی که ساختار این جامعه در هم بریزد و قدرت از آن افراد و گروه‌های ذی‌شعور گردد، جامعه واحد سازمان یافته‌ای^{۱۰} پدیدار می‌شود که در آن قانون بر همه اعضا به صورتی یکسان حاکم خواهد بود. البته تا آن زمان که تحوّل اینچنین در جامعه بین‌المللی پدید آید، راه بس درازی باقی مانده است؛ گویا اینکه در این چند دهه با انعقاد پیمانهای جمعی، سازمانهایی بین‌المللی در مقام تابعان جدید حقوق بین‌الملل در صحنه روابط بین‌الملل ظاهر شده و در نتیجه زمینه‌هایی مساعد برای ایجاد همبستگی معنوی میان ملتها فراهم آورده‌اند. این سازمانها، گرچه صورتهایی متفاوت با یکدیگر دارند، اما اکثر آنها با فعالیت در قلمرو امور مختلف اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تارهایی از انس و الفت میان ملل و اقوام گوناگون تنیده و آنان را تا حدی به یکدیگر نزدیک کرده‌اند. وانگهی، «این سازمانها اصولاً برای این به وجود آمده‌اند که خلأ ناشی از فقدان عناصر نهادین جامعه جهانی (قدرت مرکزی) پرگردد و بی‌کفایتی دولتها در رفع نیازهای جدید جامعه بین‌المللی جبران شود. مهمترین امتیاز این سازمانها قابلیت آنان برای پذیرش مراتبی از اصول ثابت حقوقی در حدی نازل‌تر از جوامع ملی است»^{۱۱}. با همه این احوال، این سازمانها باز از دولتهای مستقلی ترکیب یافته‌اند که در قلمرو امور مختلف اجتماعی سخنگوی منافع افراد خویش هستند و به این اعتبار برای اداره روابط

10. Community

11 AGOR.: "Communauté internationale et organisation internationale" in "Manuel sur les organisations internationales", Nijhoff, 1988, p. 11.

بین الملل در عرصه محدود این سازمانها همچنان از صلاحیتهایی بس گسترده برخوردارند.^{۱۲}

از این روی، شناخت منطقی قواعد و مقرراتی که دولتها در محدوده این سازمانها یا به اراده خود پدید آورده و بر جامعه بین المللی تحمیل کرده اند، فقط با درک صحیح فنون و روشهای خاص حقوق بین الملل موضوعه - یعنی قواعد و مقررات ناشی از اراده دولتها -

۱۲. با اینکه هر سازمان بین المللی از «تجمعات دولتی» ترکیب یافته است، خود دولت به شمار نمی آید، اما بعضی از صاحب نظران - خصوصاً ژرژ سل - در آن نشانه هایی از پدیده فدرالیسم یافته اند: قاعده مشارکت که بنا بر آن دولتهای عضو همه در جهت تحقق اراده ای فدرال فعال هستند، وقاعده تضمین که به موجب آن صلاحیت هر یک از دولتها در قلمرو بعضی از امور محفوظ نگاه داشته شده است. به اعتقاد ژرژ سل، هر سازمان بین المللی به سان هر دولت فدرال فعالیتهایی اجتماعی دارد که خاص دولتهاست:

(۱) فعالیت تقنینی - اعلام قواعد اساسی برای زیست اجتماعی؛

(۲) فعالیت اجرایی - خصوصاً در سازمانهای بین المللی سیاسی، که متضمن اجرای

تنبیهاات سیاسی و اقتصادی است؛

(۳) فعالیت قضایی - رسیدگی به اختلافات میان دولتها در مرجع قضایی وابسته

به سازمان.

Cf. DUPUY R.J.: "Etat et Organisation internationale" in *ibid.* pp. 13-14

نظریه ژرژ سل، هر چند از جهاتی درخور تأمل است، اما جامع تمام خصوصیات سازمانهای بین المللی نیست، زیرا این سازمانها در تحلیلی نهایی از دولتهایی تشکیل یافته اند که هر یک به لحاظ حاکمیتی که دارد دارای شخصیتی مستقل است و برای عضویت در این به اصطلاح کنفدراسیون تا آنجا از صلاحیتهای ملی در گذشته که برای انجام فعالیتهای مربوط به خدمات عمومی بین المللی ضرورت داشته است. به عبارت دیگر، فدراسیون دولتها (فدرالیسم) که دگر دسی احساسات بین المللی به یک احساس ملی و مبتنی برخواست افراد است، با سازمان بین المللی که فقط پاسخگوی چند نیاز مشترک است تفاوتی بنیادین دارد و آن فقدان یک قدرت عمومی در سازمان بین المللی است. بنابراین، از آنجا که سازمان بین المللی به مفهوم حاکمیت سخت تکیه دارد هیچگاه نمی تواند حاکمیتهای متعدد را در هم آمیزد و از آن حاکمیتی واحد پدید آورد. به دیگر سخن، هر سازمان بین المللی تجمعی از حاکمیتهاست اما خود حاکمیتی واحد ندارد؛ به همین جهت هر سازمان بین المللی با اینکه از حقوق بین الملل تبعیت می کند، پدیده های فروتر از دولت است، زیرا مخلوق اراده دولتهاست.

امکان‌پذیر است زیرا، در واقع، همین قواعد و مقررات هستند که در روابط میان دولتها مبنای استدلالهای حقوقی قرار می‌گیرند و در مواردی خود نردبان وصول به قضیه ای دیگر می‌شوند.

ب. استدلال حقوقی در قلمرو حقوق بین الملل

تبیین سرشت و شیوه استدلال حقوقی با توجه به مسائلی که این استدلال در قلمرو مقررات حقوق بین الملل به وجود می‌آورد در استنباط احکام صحیح حقوقی از اهمیت زیاد برخوردار است.

هر استدلال نه تنها انتقال ذهن از حکمی به حکم دیگر است بلکه اساساً متضمن احکامی است که تابع یکدیگرند. هرگاه این احکام به طور منظم در ذهن استقرار یابند حکم دیگری به دست می‌آید که صحت آن منوط به صادق بودن احکام اولیه است. دریافت صحت و سقم قضایای مقدماتی مستلزم شناخت رابطه ذهن مُدرک و شیء مُدرک یا رابطه عالم و معلوم است که متدولوژی (روشهای شناخت منطقی) راههای رسیدن به آن را نمایان می‌سازد.^{۱۳}

پیش از آنکه بحث اصلی خود را آغاز کنیم، این نکته را یادآور شویم که هدف اصلی ما از این تحقیق اصولاً بررسی آن مسائلی بوده است که استدلال حقوقی به لحاظ متدولوژی و نظریه شناخت منطقی به وجود می‌آورد. به همین دلیل، برای اینکه بتوانیم به مسائل اساسی پردازیم ابتدا ماهیت شناخت حقوقی را در مقایسه با شناخت وقایع روشن ساخته ایم و سپس از شیوه استدلال حقوقی، خاصه آن استدلالی سخن به میان آورده ایم که به کمک آن می‌توان راه حل صحیح مسائلی را در جامعه بین المللی پیدا کرد که مقررات موضوعه بین المللی آنها را نمایانده است.^{۱۴}

13. DOMINICÉ CH.: "Methodology of international law", in Bernhardt (ed), Encyclopedia of Public International Law (Instalment 7), p. 334.

۱۴. از یاد نبریم که چون متدولوژی به هیچ روی مبتنی واقعیات جامعه شناختی نیست، نباید آن را

فصل

نظم منطقی قواعد حقوقی

الف. کلیات

هر قاعده حقوقی، قضیه ای حقوقی است که به طور کلی نحوه رفتار انسان را در قلمرو امور مادی معین می‌کند. البته، با اینکه «حقوق» یک پدیده واقعی است و به مسائلی می‌پردازد که جزئیات زندگی حیات انسانی است خود هیچگاه به تصدیق واقعه ای نمی‌پردازد که اتفاق افتاده یا اتفاق خواهد افتاد؛ به همین جهت، قضیه حقوقی به هیچ روی واقعه ای نیست که به شکلی سبب یا معلول واقعه ای دیگر است، زیرا اساساً حکایت از چیزی دارد که باید واقع شود.

گفته شده است که اگر قضیه ای فقط حاکی از این باشد که عملی باید واقع شود، چگونه می‌تواند وسیله شناخت واقعیت باشد؟ هر چیزی در جهان ممکن است باشد یا نباشد و متغیر دیگری متصور نیست. از این روی، قاعده دستوری که برخلاف قضایای علمی با واقعیات مادی و روانی سروکار ندارد و مبتنی بر توهمات ذهنی است، نمی‌تواند عامل شناخت باشد.

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که «معرفت» فقط مبتنی بر شناخت آن چیزی نیست که از لحاظ مادی یا روانی واقعیت دارد، چنانکه منطق از قضایایی ترکیب یافته که گاه با وجود عدم تطابق با واقعیت از

→ در حکم شیوه‌های استدلالی دانست که واقعاً مورد عمل قرار می‌گیرد، زیرا متدولوژی مبتنی آن چیزی است که باید باشد.

اعتباری مطلق برخوردار است. قوانین اعداد نیز مفاهیم اولی و پیشینی^{۱۵} هستند که بر معرفتهای پیش از تجربه استوار شده‌اند. بنابراین، اگر بگوییم که قواعد دستوری اصلاً و بالذات معتبرند و موجودیتی مستقل از عمل تفکری دارند که آنها را به وجود آورده است^{۱۶}، سخنی به گزاف نگفته‌ایم.^{۱۷}

ایراد دیگری که امکان دارد مطرح شود این است که اگر «حقوق» انجام عملی را بایسته بدانند و در همان حال «اخلاق» آن را نفی کند، چگونه می‌توان از نظر منطقی عملی را در آن واحد هم الزام آور و هم ممنوع دانست؟ در پاسخ به این ایراد باید گفت که در این قبیل موارد «امر یا نهی» در هر مقام از مفهومی خاص برخوردار است و به همین جهت هر عملی، از نظر حقوقی یا اخلاقی، وصفی خاص خود دارد و به همان صورت که اشیاء در پرتو انوار مختلف رنگهای گوناگون به خود می‌گیرند، اعمال انسان نیز در هر قلمروی به رنگی معین درمی‌آید. بنابراین، مفهوم «امر» اخلاقی غیر از مفهوم «امر» حقوقی است.^{۱۸}

ایراد آخر اینکه اگر قضیه حقوقی اصولاً مبین آن چیزی است که باید واقع شود، چرا اشخاص با توجه به مقتضیات اجتماعی و یا از بیم مجازات آن را مراعات می‌کنند؟ البته، این ایراد مبنای مستحکمی ندارد و در پاسخ به آن می‌توان گفت که عوامل الزام آور غیر حقوقی مثل عوامل

15. a priori

۱۶. همچنانکه قضایای منطقی و قوانین ریاضی نیز جدای از آن عمل ذهنی که آنها را پدید آورده است، برای خود موجودیتی مستقل دارند.

۱۷. با توجه به اینکه در هر معرفتی جریان عمل تفکر غیر از مضمون تفکر است، در ریاضیات و منطوق و حقوق، حقیقت داشتن فکر اصولاً مستلزم آن نیست که واقعیت با مضمون فکر مطابقت داشته باشد، اما در علوم طبیعی و تاریخ واقعیات باید با مضمون فکر کاملاً مطابقت کند.

Cf. CASTBERG F.: "La méthodologie du droit international public". RCADI, Vol. 43 (1933-1), p. 317.

18. Ibid., loc. cit.

اخلاقی یاروان شناختی، هر چند که در ایجاد فضای مناسب برای به اجرا درآمدن قاعده حقوقی تأثیر دارد، اما بر الزام موجود در قاعده حقوقی اثر نمی‌گذارد و از اهمیت آن نمی‌کاهد. صحت این امر زمانی آشکار می‌گردد که ببینیم هر قاضی در مقام اجرای قوانین به منافع خویش یا مسؤولیتی که عدم اجرای قانون برای وی به وجود می‌آورد نمی‌اندیشد و تنها در این فکر است که در قبال هر مسأله راه حل صحیح آن را در نظام موضوعه بیابد؛ گویانکه هر قاضی به وقت صدور حکم منافع جامعه را نیز در نظر می‌گیرد و از آن غافل نمی‌ماند. بنابراین، هیچگاه نمی‌توان گفت که توجه به منافع و مصالح اجتماعی متضمن توجه مستقیم به قضایای غیر حقوقی است.

ب. قضایای حقوقی صرف و قضایای متدولوژیک حقوقی

قضایای حقوقی بر دو دسته اند: (۱) قضایای حقوقی صرف، (۲) قضایای متدولوژیک حقوقی.

قضایای حقوقی صرف قضایایی هستند که به طور کلی نحوه رفتار انسان را در قلمرو امور معین مادی تعیین می‌کنند، اما قضایای متدولوژیک حقوقی قضایایی هستند که عمومیت دارند، تا آن حد که می‌توان از آنها در جهت اجرای هر قاعده حقوقی - صرف نظر از مضمون و محتوایی که آن قاعده دارد - بهره گرفت.

در حقوق بین الملل، قضایای حقوقی صرف قضایایی هستند که داور یا قاضی بین المللی می‌تواند با استفاده از فنون و روشهای مربوط به اجرای مقررات بین المللی، مستقیماً بدانها استناد کند و در نتیجه حکمی بر آن اساس صادر نماید. در این قبیل موارد، استدلال قاضی مبتنی بر قضایایی است که از پیش (پیش از بروز اختلاف) وجود داشته اند. البته، امکان دارد که همین قضایا عامل حصول یا اجرای قضیه ای دیگر شوند که مثلاً از طریق استدلالی تمثیلی به دست آمده است و می‌تواند برای حل مسائلی دیگر در آن قلمرو مورد استفاده قرار گیرد. برای مثال، بند ۸ از ماده

۱۹ اساسنامه سازمان بین‌المللی کار^{۱۹} مقرر نموده است که «در هیچ موردی، قبول مقاوله‌نامه یا توصیه‌نامه در کنفرانس یا تصویب مقاوله‌نامه در کشورها نباید این نتیجه را دهد که کشوری عضو، حمایتی را که قبلاً قانونگذار داخلی از کارگران کرده است، محدود نماید». این قضیه در واقع قاعده‌ای را برای تفسیر توصیه‌نامه‌ها یا مقاوله‌نامه‌های کنفرانس‌های بین‌المللی کار پایه‌گذاری کرده که فقط در همان محدوده قابل اجراست. به عبارت دیگر، بند ۸ از ماده ۱۹ اساسنامه سازمان بین‌المللی کار فقط ناظر به دسته معینی از قواعد و مقررات مربوط به حمایت از حقوق کارگران است که کنفرانس بین‌المللی کار در وضع آنها دخیل بوده است. به همین جهت این قضیه، قضیه‌ای حقوقی است و متضمن هیچ اصل متدولوژیک نیست، زیرا قضیه مربوط به اجرای صحیح قواعد حقوقی در صورتی متضمن اصلی متدولوژیک است که مضمون آن عمومیت داشته باشد و به این اعتبار بتوان از آن در جهت اجرای هر قاعده حقوقی استفاده کرد. مثلاً اگر گفته شود که «هر معاهده باید از روی حسن نیت تفسیر گردد»^{۲۰} از یک اصل متدولوژیک سخن به میان آمده که قلمرو اجرایی آن محدود به معاهده‌ای خاص نشده است.

«تفکیک قواعد حقوقی صرف از اصول متدولوژیک چندان آسان نیست و فایده عملی زیادی هم ندارد، اما چون حدود مطالعات مربوط به متدولوژی حقوق را مشخص می‌کند از اهمیتی بسیار برخوردار است.»^{۲۱}

19. Cf. REUTER et GROS: "Traité et documents diplomatiques", PUF, 1970, p. 143.

۲۰. ماده ۳۱ معاهده ۱۹۶۹ وین.

21. CASTBERG F.: op. cit., p. 315

بخش نخست ساخت منطقی قضایای حقوقی

بند اول:

شکل منطقی قضایا

در هر اجتماع سازمان یافته، قانونگذار داخلی برای ایجاد آرامش و امنیت اجتماعی قواعدی کلی وضع کرده تا مردم بتوانند با استناد به آنها مشکلات روزمره خود را حل و فصل کنند. البته، باتوجه به یکسان نبودن ماهیت مسائل و مشکلات اجتماعی ممکن است ایراد شود که چگونه می توان با استفاده از یک قاعده کلی مشکلات متنوع اجتماعی را حل و فصل کرد. پاسخ این است که در این قبیل موارد، چون ثبات و امنیت اجتماعی بر تأمین عدالت به معنای خاص کلمه اولویت دارد، قانونگذار با حل نسبی قضایا به جامعه وحدتی سیاسی ارزانی داشته تا، در پناه ثبات قواعد، امنیت حقوقی بر آن جامعه مستولی گردد. به همین دلیل، قانونگذار با صرف نظر کردن از هزاران واقعه عینی، قواعد ثابتی وضع کرده است که به کمک آنها می توان مسائل بسیاری را حل و فصل نمود.^{۲۲} این قواعد، با ترسیم چارچوبهایی کلی، عناصر اساسی هر وضعیتی را به طور دقیق مشخص کرده اند چندان که هر چارچوب مناط واقعیات عینی معین شده است. با این وصف، برای اینکه هر واقعه در چارچوب قانونی خود قرار گیرد باید از نظر شکلی در آن تغییراتی به وجود آید، البته نه تا آن حد که واقعیت از اساس دگرگون شود؛ زیرا قانون درست آن قانونی است که موارد عینی را فقط با اندک تغییر در قالب خود جای دهد و این خود مستلزم آن است که در هر قضیه حقوقی مفاهیم مندرج در آن صورتی کلی از وقایع

22. BATIFFOL H.: "Problèmes de base de philosophie du droit", 1979, p. 229.

عینی باشد.

در حقوق بین الملل وضعیتهای حقوقی ناشی از عرف یا معاهدات قاعده ساز نیز کلیت دارند، به این معنی که مقررات بین المللی عام اصولاً بی آنکه به طرفین معاهدات کاری داشته باشند نوع رابطه را مدنظر قرار داده و قواعد ثابتی برای آنها به وجود آورده اند. البته، این نکته را نیز به یاد داشته باشیم که در جامعه بین المللی، مقررات حقوقی از طریق هماهنگی اراده دولتها یعنی تابعانی به وجود آمده است که برای متعادل ساختن منافع خویش در قلمرو امور مختلف با یکدیگر به همکاری پرداخته اند.

بند دوم:

واقعۀ حقوقی و قاعدۀ حقوقی

واقعۀ محض^{۲۳} و قاعدۀ محض^{۲۴} هیچگاه وجود خارجی نداشته است، زیرا واقعۀ آن زمان موجودیت دارد که موضوع اجرای قاعدۀ حقوقی گردد و قاعدۀ حقوقی آنگاه مفید می نماید که بر واقعۀ ای منطبق شود. به همین سبب، قاضی به وقت تأمل واقعۀ را همچون مادۀ قاعدۀ و قاعدۀ را همچون شکل واقعۀ در نظر می گیرد^{۲۵} تا امر واقع را بر مفاهیم حقوقی منطبق گرداند و در نتیجه قاعدۀ حقیقی را استنباط کند.^{۲۶} از این روی، در هر استدلال حقوقی، ابتدا قاعدۀ انتزاعی مورد توجه قرار می گیرد تا حکمی

23. pure fait

24. pure droit

25. Ray J.: "Essai sur la structure logique du code civil français", p. 115 in Salmon J., "Le fait dans L'application du droit international", RCADI., 1982, II, tome 175, p. 265.

۲۶. فرض کنیم کسی (الف) آلت جرمی را در محل کار دیگری (ب) قرار داده است که وی را به ارتکاب یک جرم متهم کند. برای اینکه «الف» به سزای اعمال خود برسد، قبل از هر چیز باید معلوم شود که عمل وی برابر کدام قاعدۀ حقوقی (قانون) جرم است. در این قضیه، قاضی باید عناصر پراکنده این مورد عینی (عمل ارتكابی) را به کمک مقررات و مفاهیم حقوقی در نظمی ثابت وحدت دهد و از آن مفهومی بسازد تا اینکه بتواند حکم کند که عمل ارتكابی از مصادیق کدام مقولۀ قانونی است.

به دست آید که بتوان آن را بر مورد عینی منطبق ساخت. این شیوه استدلال را، که در آن نتیجه الزاماً از مقدمات برمی آید، استنتاج صوری یا قیاس نام نهاده اند. هر قیاس مرکب از دو قضیه است: یکی کبری و دیگری صغری، و هر قضیه ای از دو حدّ یا دو جزء اصلی ترکیب شده که یک حدّ در دو قضیه مشترک است: کبری قاعده کلی را اعلام می دارد و صغری همسانی واقع عینی را با آنچه در قاعده آمده است تصدیق می کند و نتیجه حکم قاعده را بر مورد عینی جاری می سازد. برای نمونه، می توان از ماده ۱۳ معاهده ۲۰ ژوئیه ۱۹۳۶ مونتر و (در مورد نظام حاکم بر تنگه های ترکیه) مثال آورد. به موجب این ماده، «برای گذر ناوگانهای جنگی از تنگه ها [ی بسفر و داردانل] باید دولت ترکیه را پیش از عبور، از مجاری دیپلماتیک مطلع ساخت». منطوق این ماده را که متضمن واقعه حقوقی و حکم مربوط به آن است قضیه کبری می گویند و مضمون واقعه عینی را که ممکن است به این صورت باشد: «کشتی جنگی فرانسه داوطلب عبور از تنگه های ترکیه است» قضیه صغری و هر دو را قضایای مقدماتی. در این دو قضیه، موضوع قضیه نخست، محمول قضیه دوم است. نتیجه این دو قضیه (قضایای مقدماتی)، قضیه سومی است که به این صورت درمی آید: «برای عبور کشتی جنگی فرانسه از تنگه های ترکیه باید اطلاعیه ای از مجاری دیپلماتیک به دولت ترکیه ابلاغ شده باشد».

در وهله نخست، چنین می نماید که حکم هر مسأله فقط در قضیه صغری که یکسان بودن واقعه عینی را با مضمون قاعده حقوقی تصدیق می کند نهفته است، اما اگر درست دقت کنیم درمی یابیم که استدلال حقوقی اینچنین ساده نیست و مستلزم یک حرکت ظریف از واقعه به قاعده و از قاعده به واقعه است. ۲۷ از این روی، لازم می نماید که برای شناخت این

۲۷. برای نمونه، در مثال زیر، استدلال قیاسی بسیار پیچیده می نماید؛ زیرا تطبیق قاعده بر مورد مستلزم قیاسهایی به هم پیوسته است.

به موجب بند اول از ماده ۱ معاهده ۲۹ نوامبر ۱۹۶۹ بروکسل در مورد مقابله با خطرانی که حادثه ای در دریای آزاد به بار می آورد و ممکن است در اثر هیدروکربورهای ناشی از آن، ←

استدلال جدلی، مراحل مختلف استنتاج قیاسی را از یکدیگر باز شناسیم.

بخش دوم مراحل مختلف استدلال حقوقی

بند اول:

کبرای قیاس

هدف از هر استدلال حقوقی، یافتن راه حل برای مشکلاتی است که به طور کلی دامنگیر افراد بشر یا دولتها شده. بنابراین، منطق حکم می کند که آن راه حل مستدل و جامع باشد.

بدیهی است مبنای هر استدلال در قاعده ای حقوقی یافت می شود که ممکن است دامنه ای بسیار محدود داشته و آثار حقوقی خود را مشروط به تحقق اوضاع و احوال معینی کرده باشد. با این حال، قاعده حقوقی باید،

محیط دریا آلوده گردد «طرفین این معاهده برای دفع، کاهش و یا از میان برداشتن آن خطراتی که آلودگی یا احتمال آلودگی آبهای دریا در اثر یک حادثه دریایی یا عملیات مربوط به آن برای آنان به وجود آورده و به طور جدی و حتمی متوجه سواحل یا منافع وابسته به سواحل شده است و براساس دلایل مشهود ممکن است برای آنان خساراتی بسیار سنگین به بار آورد، می توانند در دریای آزاد به هر اقدامی که لازم می دانند دست بزنند».

اجرای بند ۱ از ماده بالا مستلزم اجرای قواعد حقوقی دیگری است که هر یک باید متضمن تعریف مقاهیم زیر باشد:

- طرفین معاهده؛
- حدود دریای آزاد؛
- آلودگی دریا؛
- منافع لایتجزای سواحل؛
- هیدرو کربور؛
- خسارت بسیار سنگین.

در تمام موارد، قلمروی وسیع تر از آن مسأله حقوقی که مبنای استدلال قرار گرفته است داشته باشد؛ زیرا عدالت و منطق اقتضا می‌کند که قاعده حقوقی به صورتی یکسان بر همه اعضای جامعه حاکم گردد و این خود مستلزم آن است که حکم هر قاعده در موارد مشابه به یک صورت برای همه مورد نظر قرار گیرد.^{۲۸} به همین جهت، برای وضع قواعد حقوقی از مفاهیمی انتزاعی استفاده کرده‌اند که متضمن خصوصیات تجریدی و وضعیت‌های مختلف اجتماعی است. این مفاهیم در هر قلمرو به مقوله‌های متعدد تقسیم شده‌اند، تا آنجا که در هریک از رشته‌های حقوق بین الملل، طبقاتی منظم از مفاهیم انتزاعی پدیدار گشته است. مثلاً حقوق بین الملل دریاها که مجموعه قواعد و مقررات حاکم بر فعالیت دولتها در دریاست مقوله‌ای از حقوق بین الملل عمومی و مفاهیم موجود در مقررات مربوط به آبهای داخلی، دریای سرزمینی، منطقه مجاور، دریای آزاد، منطقه انحصاری- اقتصادی هریک مقوله‌ای خاص از حقوق بین الملل دریاها به شمار می‌آید.

هریک از این قواعد کلی، یا به عبارت دقیق تر هر قضیه کبری، در حقوق بین الملل از دو جزء ترکیب یافته است: (۱) فرضیه حقوقی، (۲) نتیجه یا حکم.

الف. فرضیه حقوقی

حقوقدانان رومی، معمولاً احکام خود را با عبارت « Si quis » (چنانچه، اگر، در صورتی که و...) که نشانه طرح فرضیه بود آغاز می‌کردند، آنگاه قضیه اصلی را که متضمن راه حلی حقوقی بود بیان می‌داشتند.^{۲۹} در نظامهای داخلی و نظام بین المللی نیز برای تدوین قواعد حقوقی در مواردی از این شیوه تقلید کرده‌اند.^{۳۰}

28. CASTBERG F.: op.cit., p. 320.

29. DE PASQUIER C.: "Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit" Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1979, p. 91.

۳۰. «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری ←

قضیه شرطی اصولاً مبتنی وضعیتی حقوقی است که اگر تحقق یابد قاعده حقوقی به اجرا درمی آید. به دیگر سخن، در هر قضیه شرطی (متصل) اعمال قاعده حقوقی مشروط به تحقق وضعیتی حقوقی شده که در فرضیه از آن سخن به میان آمده است. در این قبیل قضایا، به اصطلاح علمای منطق، «تالی لازم و تابع مقدم است و مقدم مستلزم و شرط تالی»^{۳۱}.

بنابراین، واقعه حقوقی مبتنی آن رویدادی است که می تواند آثاری حقوقی به بار آورد. البته، واقعه حقوقی لزوماً واقعه ای مادی نیست، زیرا ممکن است گاه معترف پدیداری طبیعی باشد. با این همه، واقعه حقوقی غالباً مبتنی وضعیت یا رویدادی است که در حد خود موضوع یک تعریف حقوقی به شمار می آید، مثل پناهنده، وضعیت جنگی، تصادم دو کشتی، کشور.^{۳۲} واقعه حقوقی اصولاً مفهوم پیچیده ای است که برای شناخت آن گاه

→ نخواهد بود» (ماده ۶۳ قانون مدنی ایران)؛

«در صورتی که ثابت شود قصد طرفین معاهده معنای خاصی از یک اصطلاح بوده است، همان معنا به آن اصطلاح داده خواهد شد» (بند ۴ از ماده ۳۱ معاهده ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات).

البته، نباید تصور کرد که مواد قانون یا معاهدات بین المللی همه به این صورت انشاء می شوند، زیرا هیچ لزومی ندارد که مواد قانون یا معاهده هر یک مبتنی یک قاعده حقوقی باشد؛ بسا ماده ای که مشتمل بر چندین قاعده است. با این وصف، هر قانون یا قاعده بین المللی ساختاری دوگانه دارد، هر چند که هدف از آن قانون یا قاعده، تعریف نهادی داخلی یا بین المللی باشد؛ زیرا در این تعاریف وجود نهاد از واقعه حقوقی استنباط می گردد و حکم مربوط به آن، نتیجه قضیه به شمار می آید.

Cf. DE PASQUIER C.: op. cit., pp. 90-91.

مثلاً ماده ۷۸ منشور ملل متحد را که حد نظام قیمومت را معین کرده و به این صورت انشاء شده است: «نظام قیمومت به کشورهایی که عضو سازمان ملل متحد شده اند تعمیم نمی یابد. روابط میان اعضای ملل متحد باید مبتنی بر اصل برابری مطلق [حاکمیت] باشد» می توان به این صورت درآورد: اگر کشوری به عضویت ملل متحد درآید، مشمول نظام قیمومت نمی گردد. روابط میان ملل متحد باید....

۳۱. شیخ ابی علی حسین بن عبدالله بن سینا: الاشارات والتنبیها، الجزء الاول فی علم المنطق،

مطبعة الحیدری، تهران، ۱۳۷۷ هـ.ق.، ص ۱۱۶.

۳۲. به اعتقاد هانس کلسن «یک تجمع در صورتی کشور به شمار می آید که افراد آن در قلمرو

باید به قواعد و در نتیجه وقایع دیگری پرداخت که در یکدیگر ادغام شده اند. گذشته از این، وقایع حقوقی به لحاظ تصورات و مفاهیم حقوقی که معرف اجزاء آن هستند پیچیدگی بسیار دارند، زیرا تصورات و مفاهیم حقوقی که مبنای فرض وقایع حقوقی و حکم مربوط به آن هستند^{۳۳} غالباً با کلماتی تعریف شده اند که هر یک بیان کننده یک ارزش اجتماعی است، مثل تجاوز از حدود اختیارات، متجاوز، دوستی، حُسن همجواری، همزیستی، مسالمت آمیز، همکاری، خسارت، حق مردم در تعیین سرنوشت خویش، حقوق طبیعی، برابری، دشمن، تعادل، انصاف، اشتباه، مداخله، استقلال، منافع حیاتی، مداخله بشردوستانه، دفاع مشروع، اخلاق بین المللی، اضطراب، غفلت، عبور بی آزار، حمایت دیپلماتیک، توسل به زور، امنیت، حاکمیت، قیمومت و... وانگهی، در مواردی نیز این وقایع با استفاده از افعال، صفات یا قیودی تبیین شده اند که هر مخاطب می تواند از آنها

→ سرزمینی معین، در حاکمیت یک دولت مستقل و مقتدر قرار گرفته باشند. این تعریف، متضمن واقعیت «کشور» در مفهوم بین المللی است که حقوق بین الملل آثار بسیار مهمی بر آن مترتب نموده است.

Cf. KELSEN H.: "General Theory of Law and State", Harvard University Press, 1943. p. 221

۳۳. هر ذهن و زبانی با تصورات (idées) سروکار دارد. تصور یعنی ترسیم ذهنی صورت کلی اشیاء، بی آنکه نوع خاصی از آن اشیاء مورد نظر باشد. هر تصویری معنای انتزاعی معینی دارد. تصور هر چه کلی تر باشد انتزاع مفاهیم بیشتر است. از آنجا که حقوق مجموعه ای از قواعد انتزاعی است، مقررات آن با تصورات سروکار دارد. بعضی از این تصورات مصادیقی عادی دارند، مثل انسان، زمین، کشتی، هواپیما، دریا و... و بعضی دیگر مصادیقی حقوقی، مثل مسؤولیت، معاهده، خسارت و... تصورات اخیر را اصطلاحاً مفاهیم حقوقی (concepts) می گویند.

این تصورات، مبنای فرضیه حقوقی و حکم مربوط به آن هستند. مثلاً در ماده ۳۰۱ قانون مدنی ایران مقرر شده: «کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است، دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند». در این ماده، درک وقایع حقوقی با تصور معانی «اشتباه»، «عدم استحقاق»، و «دریافت کردن» میسر می گردد و حکم قانونگذار با تصور معنای «استرداد مال غیر». گذشته از این، ارتباط میان حکم قانونگذار و وقایع حقوقی دیگر با عبارت «ملزم است» مشخص می شود که آن هم مستلزم تصویری حقوقی است.

استنباطی خاص داشته باشد، مثل مذاکره کردن، اتخاذ تدابیر، به حرکت درآوردن، حل و فصل اختلافات، غیرموجه^{۳۴}، لازم^{۳۵}، اعمال مؤثر صلاحیت^{۳۶}، بدون دلیل کافی^{۳۷}

در این قبیل موارد، تطبیق رفتار اجتماعی دولتها با چنین قواعدی خالی از اشکال نبوده، چندان که می توان گفت در هر مورد و به تناسب وسعت دامنه هر مفهوم، استدلال حقوقی با ارزیابیهای غیرحقوقی توأم شده است.

مفاهیم و مقررات موجود در حقوق بین الملل از لحاظ معنی شناختی نیز ابهام بسیار دارند، زیرا در بعضی موارد هر مفهوم با توجه به ضرورتهای هر مقوله در قالب لفظی خاص^{۳۸} جای گرفته و برای خود دارای معنای مستقلی

۳۴. «اکتشاف در فلات قاره یا بهره داری از منابع طبیعی آن نباید به مداخله غیرموجه در امور کشتیرانی و ماهی گیری یا حفاظت از منابع جاندار در دریا منجر شود...» (بند ۱ از ماده ۵ معاهده ۱۹۵۸ ژنودر مورد فلات قاره).

۳۵. «... دولت ساحلی حق دارد تأسیسات و دستگاههایی لازم برای اکتشاف در فلات قاره یا بهره برداری از منابع طبیعی آن ایجاد نماید...» (بند ۲ از ماده ۵ معاهده ۱۹۵۸ ژنودر مورد فلات قاره).

۳۶. «... دولت صاحب پرچم باید صلاحیت و نظارت خود را در قلمرو امور اداری، فنی و اجتماعی کشتیهایی که حامل پرچم آن هستند به طور مؤثر اعمال نماید» (بند ۱ از ماده ۵ معاهده ۱۹۵۸ ژنودر مورد دریای آزاد).

۳۷. «چنانچه یک کشتی یا یک ناو هوایی مظنون به راهزنی دریایی، بدون دلایل کافی ضبط گردد دولتی که به ضبط کشتی یا ناو هوایی مبادرت ورزیده است در مقابل دولت متبوع کشتی یا ناو هوایی مسؤول خواهد بود» (ماده ۲۰ معاهده ۱۹۵۸ ژنودر مورد دریای آزاد).

۳۸. «از نظر لغوی «لفظ» به معنی بیرون انداختن است. لفظی که [در معنی شناسی] مورد نظر قرار می گیرد، کلام ملفوظ است که عبارت است از آنچه به لفظ درآمده و از دهان خارج گردیده است. در میان قدما، حتی متأخرین، در تعیین مرز میان «کلمه» و «لفظ» همیشه اختلاف نظر وجود داشته است. مردم عادی این دورا اغلب مترادف یکدیگر می دانند، [اما میان لفظ و کلمه تفاوتی وجود دارد، چندان که می توان گفت] لفظ جنبه فیزیکی و مادی دارد — چه معنی داشته و چه نداشته باشد. اگر لفظ دلالت بر معنی کند، آنوقت لفظ به صورت کلمه درمی آید، پس هر کلمه مسلماً لفظ است ولی هر لفظی الزاماً کلمه نمی باشد. به عبارت دیگر، لفظ امر عام است و کلمه بیان خاص.» (رک. دکتر منصور اختیار: معنی شناسی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، صص ۱۱۶-۱۱۷).

شده است. این مفاهیم که در قالب این قبیل الفاظ قراردادی^{۳۹} معرفی وقایع حقوقی معین هستند، هریک معنایی مصطلح و معمول دارند که به هنگام اجرا و تفسیر قواعد نباید از آنها غافل شد. با این حال، حقوق بین الملل هرگاه به طبیعت و عناصر موجود در آن پرداخته است، در هر زمان با توجه به اوضاع و احوال خاص جغرافیایی در اصطلاحات معمول حقوقی دخالت کرده و حدی معین برای آنها به وجود آورده است، مثل تنگه، فضای ماورای جو، آلودگی محیط زیست و فلات قاره^{۴۰}، همچنانکه هر زمان به پدیده های

۳۹. فلاسفه یونان در مورد کلمه و منشأ الفاظ وحدت نظر نداشتند: «گروهی ارتباط الفاظ را با معانی، «قراردادی» و دسته ای «طبیعی» می دانستند. برخی از جمله افلاطون اعتقاد داشتند که لفظ «آتش» همیشه با خصوصیت گرمی توأم است... اما دسته دیگر معتقد بودند که ارتباط الفاظ با معانی آنها مبتنی بر «قرارداد» و «جعل» است. آنچه امروزه بیشتر مورد قبول قرار گرفته همین نظراخیری یعنی قراردادی بودن ارتباط لفظ و معنی است.» (همان، ص ۱۱۷).

۴۰. فلات قاره ابتدا در مفهوم جغرافیایی خود به معنای بخشی از منابع دریایی بود که در سطح هموار و مرتفع قرار داشت، اما در ۲۸ سپتامبر ۱۹۴۵ که دولت امریکا مصمم شده بود منابع طبیعی فلات قاره ایالات متحد را در مالکیت و در قلمرو اقتدار قضایی خویش قرار دهد، بی آنکه تعریفی از این مفهوم به عمل آورد، به منابع طبیعی زیر بستر و بستر این منطقه که زیر آبهای آزاد و در مجاورت سواحل ایالات متحد امریکا قرار گرفته بود اشاره کرد:

"Natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf beneath the high seas but contiguous to the coasts of the United States."

پس از چندی، معاهده ۱۹۵۸ ژنودر مورد فلات قاره، در ماده ۱ ضمن تعریف فلات قاره، عمق را معیار تشخیص فلات قرارداد (۲۰۰ متر عمق ثابت)، اما بی درنگ به قابل بهره برداری بودن آن منطقه اشاره کرد و با این کار اساس معیار نخستین را درهم ریخت، به این صورت که به دولت های ساحلی تلویحاً اجازه داد از منابعی که فراتر از عمق ۲۰۰ متری قرار دارد نیز استفاده کنند.

اما معاهده ۱۹۸۲ حقوق دریاها (که هنوز به اجرا در نیامده است)، در بند ۱ از ماده ۷۶ خود فلات قاره را به «بستر و زیر بستر مناطق زیر آب در ماورای دریای سرزمینی، در امتداد دامنه طبیعی قلمرو زمینی کشور تا لبه بیرونی حاشیه قاره ای، یا تا مسافت ۲۰۰ مایل دریایی از خطوط مبدائی که به لحاظ آنها عرض دریای سرزمینی معین می گردد، در صورتی که لبه بیرونی قاره ای تا این حد نباشد» تعمیم داده است.

همان طور که پویش تاریخی این مفهوم نشان می دهد، فلات قاره در هر دوره با توجه ←

ناشی از این عناصر اشاره کرده برای آن پدیده‌ها نیز الفاظی خلق نموده که اساساً با معانی عادی یا علمی آنها متفاوت بوده است و این در وقتی بوده که حقوق بین الملل مثلاً از رفتارهای مختلف انسانی در قلمرو طبیعت سخن به میان آورده است، مثل «جنگجو» یا «عبور بی آزار». ۴۱ گذشته از این، الفاظ حقوقی در هر مقوله (متون مختلف بین المللی) معنایی خاص خود پیدا کرده است، مثل کشتی که به تناسب موضوع هر معاهده برای خود دارای معنایی معین شده و سرنشینان آن در هر مورد به اعتبار هر معنا، وضعیت حقوقی ویژه‌ای یافته‌اند. در این مورد، می‌توان از بند ۶ ماده ۲ ضمیمه نامه شماره یک معاهده ۲۳ ژوئن ۱۹۶۹ درباره ظرفیت کشتیها شاهد مثال آورد. به موجب این ماده «مسافر کشتی به کسانی جز: الف) فرمانده و خدمه، ب) کودکان کمتر از یک سال، اطلاق می‌گردد». آنچه از این ماده می‌توان دریافت این است که مثلاً کودک یازده ماهه مسافر کشتی به حساب نمی‌آید. ۴۲ این مثال بخوبی نشان می‌دهد که وقایع حقوقی مندرج در قواعد حقوقی تا چه میزان از واقعیت به دور مانده و ساختی ذهنی پیدا کرده‌اند. ۴۳ علت این است که در یک نظام قراردادی ۴۴ همچون «حقوق بین الملل»، حقیقت ۴۵ همیشه با واقعیت ۴۶ یکسان نبوده است. واقعیت اصولاً مستلزم موجودیتی مادی است، حال آنکه «حقیقت» الزاماً چنین نیست. از این روی، در «حقوق» که نظامی مبتنی بر مفاهیم انتزاعی است بسیار دیده می‌شود که مفاهیم قراردادی، در عالم خارج مصادیقی «واقعی» ندارند، هر چند این مفاهیم به لحاظ آن نظام «حقیقی»

→ به تحولات شگرف علمی جهان معنای تازه‌ای پیدا کرده که با معنای جغرافیایی آن متفاوت بوده است.
CF. SALMON J.: op. cit., p. 282.

41. SALMON J.: op. cit., p. 137.

42. ibid., loc. cit.

43. LALANDE A.: "Vocabulaire technique et critique de la philosophie", PUF., 1980. p.

339.

44. conventionnel

45. vrai

46. réel

می نمایند.

گذشته از این، در مواردی مفاهیم قراردادی حقوقی با مفاهیم علمی مابینت داشته و در موارد دیگر جعل مفاهیم تا آن حد بوده که حتی قالب تعاریف قراردادی را درهم شکسته است. دزدی دریایی از جمله این مفاهیم است. همان گونه که می دانیم، این مفهوم ابتدا برای تبیین رفتارهایی ابداع گردید که به قصد تجاوز به حریم اموال و اشخاص صورت می گرفت^{۴۷} اما بعداً این مفهوم را به هر نوع چپاول دریایی اطلاق کردند، تا آنجا که دولتهای شرکت کننده در کنفرانس ۱۸۵۶ پاریس برای حفظ امنیت کشتیها در دریا هر نوع حمله به سفاین دریایی را راهزنی دریایی خواندند و معاهده ۱۹۵۸ ژنو در مورد دریای آزاد، ضمن تدوین مقررات مربوط به حقوق دریاها، مقرراتی برای مقابله با این قبیل اعمال وضع نمود (مواد ۱۴ تا ۲۲). این مقررات تقریباً به همان صورت که در معاهده ۱۹۵۸ تدوین یافته در معاهده ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ (مواد ۱۰۰ تا ۱۰۷) نیز مقام گرفته است.^{۴۸} آنچه در این دو معاهده جالب می نماید این است که تهاجم هوایی نیز به راهزنی دریایی تشبیه شده و در نتیجه هر نوع عمل خرابکارانه در این قلمرو، راهزنی^{۴۹} هوایی خوانده شده است.

بنابر آنچه گفته شد، چنین می نماید که وقایع حقوقی که در قضیه کبری از آنها سخن به میان آمده است الزاماً با واقعیات موجود در حیات بین المللی یکسان نیستند. به همین جهت، این مفاهیم را باید با توجه به ارزشهای معین بین المللی و مصالح و منافع دولتها در معانی مصطلح و معمول هر مقوله مورد توجه و نظر قرار داد.

47. QUOC DINH N. et...: op. cit., pp. 577-578.

48. BLEDSOE R. and BOCZEK B.: "The International Law Dictionary", ABC-Clio, California, 1987. p. 231.

49. Piracy

ب. قاعده یا حکم قضیه

قاعده حقوقی موجود در قضیه کبری اصولاً به تبیین آن نتایجی می‌پردازد که باید بر وقایع حقوقی حمل گردد. این نتایج ممکن است متضمن نوعی ممنوعیت یعنی الزام به «عدم انجام» یا برعکس الزام به «انجام» چیزی باشد.⁵⁰ قاعده که جزء دوم قضیه کبری را تشکیل می‌دهد «به واقعه حقوقی وصفی را می‌بخشد که طبعاً فاقد آن بوده است»⁵¹. به عبارت دیگر، قواعد حقوقی به وقایع حقوقی معانی خاصی می‌دهند و از این رهگذر رفتارهایی را مجاز یا ممنوع اعلام می‌دارند. حکم قضایای حقوقی از آن روی اهمیت بسیار دارد که متضمن بایدها و نبایدهایی است که نه تنها روابط اجتماعی را سازمان می‌دهد بلکه به رفتارهای اجتماعی ارزشهایی اعطا می‌کند که مبین میزان رشد و تکامل هر جامعه سازمان یافته است.

اما سؤالی در اینجا مطرح می‌شود و آن این است که مبنای الزام موجود در قواعد حقوقی چیست؟ قبل از اینکه به این سؤال پاسخ دهیم این نکته را متذکر شویم که هر نظام حقوقی اصولاً برای خود اهدافی دارد که به طور کلی در استقرار امنیت و عدالت اجتماعی خلاصه می‌شود. با این حال، اهداف مذکور به هیچ روی ضابطه تشخیص قاعده حقوقی در یک نظام حقوقی نیستند. از این روی، باید در جستجوی معیاری بود که بتوان با آن قواعد موضوعه حقوقی را از دیگر قواعد اجتماعی بازشناخت.

تردیدی نیست که الزام آور بودن قواعد حقوقی از رابطه ای استنباط می‌گردد که آن قواعد با واقعیات حیات اجتماعی برقرار کرده‌اند: هر قاعده الزام آور است زیرا در عمل بدان استناد می‌کنند و یا اینکه اصولاً در قالب قانونی جای گرفته است که نهادهای رسمی صلاحیت دار وضع کرده‌اند.

50. DE PASQUIER: op. cit., p.92.

51. VIRALLY M.: "La pensée juridique", Paris, LGDJ., 1960, pp. 17-18.

در حقوق بین الملل، عرف و معاهده دارای چنین خصوصیتی هستند، زیرا وقایع حقوقی را نظم می دهند و در نتیجه قاعده ای برای تنظیم روابط میان کشورها پدید می آورند. بنابراین، چون عرف و معاهده محتوای حقوق بین الملل موضوعه هستند می توان گفت که برای دولت‌ها ایجاد الزام می کنند. به عبارت دیگر، الزام آور بودن قواعد و مقررات بین المللی خود قضیه ای (اصلی) متعارف^{۵۲} به شمار می آید که خود بخود صادق است و عقل فارغ از هر نوع برهان به صدق آن یقین دارد. البته، بعضی از صاحب نظران بر آن بوده اند تا الزام آور بودن قواعد و مقررات حقوق بین الملل (اعم از قراردادی و عرفی) را بر اصلی بنیادین^{۵۳} یعنی اصل وفای به عهد^{۵۴} استوار سازند^{۵۵} اما نظر اینان از لحاظ اصولی درست نمی نماید؛ زیرا صرف نظر از اینکه قبول چنین نظریه ای مستلزم دخالت دادن اراده دولت‌ها در ساخت این مفهوم (وفای به عهد) است - که خود با مفهوم اصل متعارف تعارض دارد^{۵۶} - اصولاً عرف مبتنی عهد و پیمان نیست که بتوان اعتبار آن را با توجه به چنین منبعی توجیه کرد.^{۵۷}

کسانی دیگر نیز کوشیده اند که حقوق داخلی را بر این اصل استوار سازند.^{۵۸} اما این نیز مستلزم «دوری فاسد» است، زیرا هیچگاه عهد و پیمانی به وجود نمی آید مگر آنکه از پیش قانون اساسی در داخل کشورها وجود داشته باشد.^{۵۹}

به دیگر سخن، از آنجا که اصل وفای به عهد مایه حیات خود را از حقوق اساسی داخلی برمی گیرد (به این معنی که اصولاً هر دولت بر مبنای

52. Axiom

53. Grundnorm

54. Pacta Sunt Servanda

55. KELSEN H.: "Théorie pure du droit" traduction française par Ch. Eisenmann", Paris, Dalloz, 1962, p. 424.

56. ROUSSEAU CH.: "Droit international public", Vol. 1, Paris, Sirey, 1971, p. 136.

57. BOURQUIN M.: "Règles générales du droit de la paix", RCADI., 1931, I, pp. 62-67.

58. WHITTON J-B.: "La règle pacta sunt servanda", RCADI., 1934, III, pp. 151-276;

KUNZ J.L.: "The Meaning and the Range of the Norm pacta sunt servanda", AJIL., 1945, pp. 180-197.

59. CASTBERG F.: op. cit., p. 323.

قانون اساسی به وجود می آید و به موجب مقررات آن با دیگر دولتها رابطه ای قراردادی برقرار می سازد، هرگز نمی توان اعتبار حقوق داخلی را بر مفهومی مبتنی ساخت که تعریف آن مستلزم اثبات وجود خود حقوق داخلی است.

بنابراین، در هر استدلال حقوقی باید اصلی را معیار الزام آور بودن قواعد و مقررات بین المللی به شمار آورد که به موجب آن معاهدات و مقررات عرفی بین المللی الزام آور شناخته شده اند. به همین سبب، هر نهاد بین المللی می تواند براساس چنین اصلی در محدوده اختیارات خویش مقرراتی (قطعنامه ها) پدید آورد و آنها را بر جامعه دولتها تحمیل کند.

بند دوم:

صغرای قیاس

برای به اجرا درآوردن هر قاعده حقوقی، مورد واقع باید با حکم قاعده تطبیق داده شود.^{۶۰} برای انجام این عمل، یعنی گذر از مفاهیم انتزاعی به واقع امر، ابتدا باید وجود واقعه را اثبات کرد و سپس ماهیت حقوقی آن را دریافت. اثبات واقعه مستلزم اقامه دلیل است و شناخت ماهیت حقوقی واقعه منوط به ادراک یا تصدیق رابطه میان واقعه حقوقی و واقعه عینی. به همین دلیل در صغرای قیاس از آن وقایعی سخن به میان می آید که با وقایع حقوقی مرتبط هستند. با این حال، از آنجا که وقایع حقوقی (فرضیه حقوقی) متضمن مقررات و اعمال حقوقی و قواعد حقوقی دیگر است، وقایع عینی باید با دقت هرچه تمامتر در قالب فرضیه حقوقی مربوط به خود جای گیرد.^{۶۱} از این روی، حقوقدان باید اصولاً در پی یافتن نشانه های اساسی واقعه حقوقی در واقعه عینی باشد تا بتواند به آن شکلی

60. DE PASQUIER: op. cit., p. 126.

61. به همین دلیل «برای اینکه قاعده حقوقی به اجرا درآید، وقایع عینی صغرای قیاس باید با توجه به اوصاف وقایع حقوقی که در کبرای قیاس از آنها یاد شده است، انشاء گردد».

Cf. FORIERS P.: "Le fait et le droit", 1961, p. 52.

حقوقی بدهد.

اما واقعه عینی فقط تا آن حد مورد توجه قاعده حقوقی قرار می‌گیرد که در چارچوب فرضیه حقوقی قرار گرفته باشد. به همین جهت، حقوقدان به وقت بررسی واقعه عینی باید بکوشد تا عناصری از آن واقعه را مستند کار خویش قرار دهد که با وقایع حقوقی پیوندی نزدیک دارند.^{۶۲}

البته، ساخت وقایع و ایجاد رابطه میان آنها و قاعده حقوقی تابع هیچ قاعده منطقی نیست، زیرا وقایع عینی اصولاً مجموعه درهم آمیخته‌ای از حوادث مختلف اند که اگر از یکدیگر تفکیک نشوند، اجرای قاعده حقوقی را با دشواری و برومی سازند. به همین دلیل، تصدیق وقایع یا ادراک ماهیت حقوقی وقایع عینی آنگاه میسر می‌گردد که حد رفتارهای اجتماعی مختلف روشن شود و هر واقعه، با توجه به رابطه‌ای که با فرضیه حقوقی دارد، بازسازی و تبیین گردد. البته، در حقوق بین الملل برخلاف نظامهای داخلی، تبیین و تفسیر این وقایع و در نتیجه آشکار شدن ماهیت حقوقی هر رفتار بین المللی گاه تا حد زیادی تحت تأثیر ارزشهای غیر حقوقی و اوضاع و احوال سیاسی و عامل فرهنگی و عقیدتی بوده است.^{۶۳} به همین جهت، در دعاوی بین المللی، هریک از اصحاب دعوی، وقایع عینی را به صورتی بازسازی کرده که با منافع ملی و ارزشهای فرهنگی و سیاسی کشورش هماهنگ می‌نموده است.

۶۲. دیوان بین المللی دادگستری در قضیه فلات قاره تونس-لیبی، پس از مطالعه لوائح طرفین و استماع اظهارات نمایندگان آنها، در حکم ۲۴ فوریه ۱۹۸۲ خود اعلام نمود که برای تعیین حدود فلات قاره میان دو کشور نمی‌توان فقط به معیار زمین ساختی (Tectonic) لیبی یا معیار طبیعی زمین شناختی (geological Criterion) تونس اعتنا کرد، زیرا از آنجا که چین خوردگی و زلزله و گسلش یا طبیعت زمین شناختی منطقه، هریک در تعیین این حدود تأثیری بسزا دارند، (و هیچ یک به تنهایی با وقایع حقوقی مقررات بین المللی مرتبط نمی‌گردد) فلات قاره مورد اختلاف فلاتی مشترک است و خطوط مرزی باید فقط با توجه به این مبنا تعیین و تحدید گردد. دیوان در این حکم بخوبی نشان داده است که چگونه توصیف وقایع عینی و تطبیق آنها با وقایع حقوقی در تشخیص قاعده حقوقی صحیح تأثیر دارد.

Cf. CIJ., Rec., 1982, p. 45 et pp. 77-78.

63. SALMON J.: op. cit., p. 303.

آن دسته از داوران یا قضات بین‌المللی هم که در ابراز رأی و صدور حکم با دیگر همکاران خویش اختلاف نظر داشته‌اند، گاه با شرح و بسط وقایع عینی مربوط به دعوی، از آن وقایع توصیفی به عمل آورده‌اند که با توصیف سایر قضات (اکثریت) متفاوت بوده است.^{۶۴}

ادله اثبات دعوی و توصیف و بازسازی وقایع عینی که در انتخاب قاعده بین‌المللی و در نتیجه صدور حکم تأثیر بسیار دارد اساس صغرای قیاس در استدلال‌های حقوقی را تشکیل می‌دهند. به همین جهت لازم می‌نماید که خصوصیات این دو جزء را از یکدیگر بازشناسیم.

الف. ادله اثبات دعوی در حقوق بین‌الملل

دلیل^{۶۵} در لغت به معنای راهبر و راهنما^{۶۶} و در اصطلاح به معنای وسیله نمایش حقیقت یا واقعیتی است که مدعی در مقام اثبات صحت دعوای خویش از آن استفاده می‌کند. «دلیل» در مسائل حقوقی «تحقیقی» است و با دلیل در مسائل علمی محض مثل ریاضی، که قطعی و ضروری

۶۴. رک. نظر منفرد قاضی کریلف (Krylov S.B.) در قضیه تنگه کورفو.

برای اطلاع از جزئیات امر، نگاه کنید به:

CHUNG IL YUNG: "Legal Problems involved in the Corfou Chanel Incident", Thèse, Droz, Genève, 1959, pp. 118, 124, 160, 243, 248, 256.

همچنین رک. نظر منفرد قاضی گرو (Gros) در قضیه بارسلونا تراکشن.

برای اطلاع بیشتر رک. CIJ., Rec., 1970. همچنین:

CHARPENTIER J.: "L'affaire de la Barcelona Traction devant la du 5 février 1970", AFDI., XVI, 1970, pp. 307-328.

همچنین نظر مخالف قاضی جساپ (Jessup) در قضیه آفریقای جنوب غربی:

Cf. CIJ., Rec., 1966.

برای اطلاع بیشتر رک.:

PROTT L.V.: "Some aspects of juridicial reasoning in the Sourtn-West Africa case of 1962", RCADI., Vol. III, no. 1, 1967, pp. 37-51.

65. Proba, preuve.

۶۶. فرهنگ معین.

است، تفاوت دارد: دلیل ضروری در علوم محض قابل تکرار است، اما دلیل تحقیقی چون فقط برای بازسازی وقایع گذشته^{۶۷} به کار می رود تنها در همان قلمرو مربوط به خود قابل اعتناست.

موضوع دلیل در هر دعوی، وقایع و حوادث و اوضاع و احوال و وضعیت‌هایی مادی است که طبعاً در اثبات مدعا مؤثر است. به دیگر سخن، موضوع هر دلیل، اثبات وجود آن وضعیتی است که می تواند در قالب وقایع حقوقی (فرضیه حقوقی) قاعده‌ای معین جای گیرد (که این خود مستلزم تعیین حدّ زمانی و مکانی وقایع عینی است). با این وصف، چون واقعه حقوقی، همیشه واقعه‌ای مادی نیست و گاه متضمن یک ارزش اجتماعی، اصل یا نهادی حقوقی است، دلیل در همه موارد به یک صورت اقامه نمی شود.

موضوع دلیل در حقوق بین الملل، اصولاً مسائل موضوعی است نه حکمی؛ به این معنی که در تمام موارد چنین فرض شده است که قاضی بین المللی بر حقوق بین الملل تسلط دارد و در نتیجه نیازی نیست که اصحاب دعوی، علاوه بر مسائل موضوعی، وجود قواعد و مقررات را نیز اثبات کنند. با این وصف، اگر موضوع دعوی با حقوق داخلی مرتبط شده باشد مدعی ناگزیر از اثبات قواعد و مقررات حقوق داخلی است.^{۶۸} اما در مورد حقوق بین الملل عرفی، اگر مقرراتی از آن انکار شده و یا مدعی علیه، ادعا کرده باشد که به عرف مورد استناد نپیوسته است، مدعی باید آن را اثبات کند. از این روی، موضوع دلیل در این قبیل موارد، علاوه بر اعمال طرف مقابل، متضمن الزام روانی^{۶۹} آن (طرف) به اجرای چنین

67. SALMON J.: op. cit., p. 124.

68. Cf. CPJI., Affaire des Emprunts Brésiliens, Série A/no. 20/21, p. 124.

البته، به عقیده بعضی از صاحب نظران، از آنجا که ماهیت هر اختلاف اصولاً متضمن مسائل موضوعی و حکمی است هر دولت، به هنگام اقامه دعوی در مورد نقض یک تعهد بین المللی، باید برای اثبات مدعای خویش به همان صورت که در جهت اثبات وقایع دالّ بر نقض تعهد می‌کوشد، وجود معاهده و حدّ و دامنه آن را نیز مدلل بدارد.

Cf. C.I.J., Rec., 1952. Opinion dissidente de M. Read, p. 148.

69. opinio juris

مقرراتی است.^{۷۰} به همین جهت، دیوان بین‌المللی دادگستری، همانند دیوان دائمی، با تفکیک این دو عنصر از یکدیگر در تمام موارد در قبال عرفهای مورد استناد طرفین دعوی دقت بسیار کرده و هرگاه دلایل مربوط به وجود این دو عنصر، خاصه عنصر روانی، را کافی ندانسته به رد آن حکم داده است.^{۷۱}

در بعضی از موارد، وجود وقایع عینی مورد انکار اساساً با آن رفتارها یا قرائنی به اثبات رسیده که طرف انکارکننده زمانی از خود بروز داده و از این رهگذر اراده واقعی خود را آشکار ساخته است، چنانکه در اختلافات مرزی، نیت یا اراده واقعی یک دولت به قبول خطوط مرزی یا نقشه‌های جغرافیایی با اعلامیه یا اعمال دیگری به ثبوت رسیده که آن دولت به صدور یا انجام آنها مبادرت ورزیده است.^{۷۲} در چنین مواردی، اعمال دولتها با نیت آنان سنجیده شده است و این خود بخوبی نشان می‌دهد که بازسازی «واقعه عینی» تا چه حد کار پیچیده و دشواری است، زیرا موجودیت عمل

۷۰. در قضیه «حق پناهندگی» دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام داشت: «طرفی که در این قلمرو [حق پناهندگی] به عرف استناد می‌کند، باید ثابت نماید که این عرف به صورتی ایجاد شده است که برای طرف مقابل ایجاد الزام می‌کند». Cf., C.I.J., Rec., 1950, p. 276.

۷۱. در قضیه فلات قاره دریای شمال، دیوان بین‌المللی دادگستری پس از رسیدگی به دلایل دانمارک و هلند (در مقابل آلمان فدرال) مبنی بر وجود عرف در مورد تعیین حدود فلات قاره بر اساس خط منصف اعلام نمود که «دلایل این دو کشور در این قلمرو هر چند که در حد خود معتبر می‌نماید، اما برای اثبات وجود یک رویه مداوم و آشکار... و التزام دولتها به رعایت آن کفایت نمی‌کند».

برای اطلاع بیشتر رک. C.I.J., Rec., 1969, p. 45 همچنین:

REYNAUD A.: "Les différends du plateau continental de la mer du nord". Paris, 1975 LGDJ., pp. 90-107.

به عقیده قاضی دکاسترو (De Castro) حقوق بین‌الملل عرفی در صورتی که عام باشد، نیاز به اثبات ندارد، زیرا اکثر دولتهای جهان به اعتبار آن حکم داده‌اند (Opinio Juris)؛ از این روی، دیوان بین‌المللی دادگستری موظف است که خود از این قبیل قواعد و مقررات تبعیت کند. اما اگر عرف منطقه‌ای یا خاص باشد، وجود و اعتبار آن باید اثبات گردد.

Cf., C.I.J., Rec., 1974, p. 79.

72. Cf. C.I.J., affaire des Minquiers et Ecrehous, Rec., 1953, p. 71; affaire du Temple de Préah Vihear, Rec., 1962, pp. 21, 30, 31.

مادی اساساً تابع تفسیری شده که از آن به عمل آمده است. البته، این قبیل اعمال تا آنجا اهمیت دارند که انجام آنها متضمن نیت یک دولت بر تحقق مفهومی حقوقی (حاکمیت یا صلاحیتی خاص) باشد، چه در واقع به لحاظ درک همین نیت و قصد است که قاعده حقوقی بر مورد عینی منطبق می شود و در نتیجه اختلافی حل و فصل می گردد.

دلیل انواع مختلف دارد^{۷۳} که از همه مهمتر دلیل کتبی است.

۷۳. این دلایل عبارتند از:

الف. دلیل کتبی، یعنی اسنادی که طبعاً در اثبات مدعا مؤثر هستند. این دلایل بر دو نوعند: ۱) دلایل کتبی بین المللی مثل معاهدات و مکاتبات دیپلماتیک، ۲) دلایل کتبی داخلی مثل قوانین، تصویبنامه های دولتی، آئیننامه ها، بخشنامه ها، احکام دولتی، احکام قضایی، اسناد مربوط به اعطای تابعیت، اسناد کنسولی و نقشه های جغرافیایی. در مورد نقشه های جغرافیایی که در دعاوی بین المللی همچون دلایل کتبی ارائه گردیده است. رک.:

WEINBERG G.: "Maps as evidence in international boundary disputes". AJIL., 1963, pp. 781-803.

در این گونه موارد، طرف ذینفع باید تا آنجا که ممکن است اصل سند را ارائه دهد؛ در غیر این صورت، طرف یاد شده می تواند با کسب اجازه از دیوان دادگستری یا دادگاه دآوری و اطلاع طرف مقابل، نسخه مصدق سند را عرضه بدارد.

ب. اقامه شهود (گواهان). بسیاری از معاهدات بین المللی به این نوع دلیل صراحتاً اشاره کرده اند، از جمله: ماده ۶ معاهده ۱۹ نوامبر ۱۷۹۴ جی، ماده ۲ معاهده ۱۱ اوت ۱۸۰۲ اسپانیا-ایالات متحد آمریکا، بند ۲ از ماده ۴ معاهده ۳۰ ژوئن ۱۸۲۲ در مورد تفسیر معاهده گاند، ماده ۱۴۳ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری، ماده ۵۲ آئین دادرسی دیوان بین المللی دادگستری و....

اقامه شهود اصولاً یا شفاهی است یا کتبی. با این حال، دادگاه می تواند خواستار حضور شخص شاهد در جلسات رسیدگی شود، که در این صورت ممکن است شهادت به شیوه «مواجهه شهود» (Cross-examination) انجام گردد.

ج. اتیان سوگند یا "Affidavit" که ریشه در فرهنگ انگلوساکسون دارد و عبارت است از سوگند کتبی ذینفع یا شاهد برصحت یک واقعه یا اصالت بعضی از اسناد که مدعی بدانها استفاده کرده است. این نوع دلیل که از اواخر قرن نوزدهم (۳۱ ژانویه ۱۸۷۰) در آئین دادرسی کمیسیون ایالات متحد آمریکا-مکزیک وارد شده بود، امروزه به صورت یک قاعده در داوریهای بین المللی ظاهر شده است.

Cf. ROUSSEAU CH.: "Droit international public", tome V., 1983, p. 343.

به همین جهت، دولتها بیشتر راغب بوده‌اند که قاضی یا داور بین‌المللی به هنگام رسیدگی به اختلاف میان آنها به دلایل کتبی استناد کند. با این حال، جز در مواردی که دولتها خود با عقد پیمانی خاص استناد به بعضی از دلایل را ممنوع اعلام کرده‌اند^{۷۴}، استفاده از این حق (اقامة دلیل) محدودیت نداشته است.^{۷۵} از این روی، دیوان بین‌المللی دادگستری در تمام موارد برای دولتها این امکان را فراهم آورده است که برای اثبات مدعای خویش از هر دلیلی که به اعتقاد ایشان قانع‌کننده به نظر می‌رسد، استفاده کنند؛ منتها در این قبیل موارد این دلایل ابتدا باید به نظر دیوان برسد

۷۴. ماده ۲۸ آئین دادرسی کمیسیون عمومی مأمور رسیدگی به دعاوی ایالات متحد آمریکا-پاناما در ۱۹۲۶ «اقامة شهادت» را ممنوع اعلام کرده بود.

Cf. *ibid.* loc. cit.

۷۵. به موجب ماده ۴۷ آئین دادرسی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در ۱۹۲۲: «هریک از طرفین [می‌توانست] ظرف مدت زمانی مناسب، پیش از شروع دادرسی شفاهی، دیوان و سایر طرفین دعوی را از دلایلی که مایل به ابراز آنها [بود] و همچنین نام خانوادگی، نام، مقام و اقامتگاه شهودی که مایل [بود] از شهادت آنها به نفع خود استفاده کند، مطلع سازد. این طرف، همچنین [باید] به نکته یا نکات اساسی موضوع شهادت اشاره [می‌کرد]».

«دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (CJJI) برای تدوین این ماده از روش انگلیسی‌ها در اقامة دلیل، یعنی ابراز آزادانه دلایل، استفاده کرده و به این ترتیب از نظارت دیوان بر نحوه اقامة دلیل سخنی به میان نیاورده بود. اما بعداً یعنی در ۱۹۳۶، ۱۹۴۶، ۱۹۷۲ و سرانجام ۱۹۷۸ که آئین دادرسی دیوان را اصلاح کردند این ماده را تغییر دادند و اقامة دلیل را موقوف به اجازه دیوان نمودند:

«بی‌آنکه به مقررات مربوط به ارائه سند لطمه‌ای وارد آید، هر یک از اصحاب دعوی ظرف مدت زمانی مناسب، پیش از شروع جلسه رسیدگی شفاهی، دیوان را از دلایلی که مایل است بدانها استناد نماید و قصد دارد اجازه اقامة آنها را از دیوان کسب کند، مطلع می‌سازد. این اطلاعیه، متضمن فهرستی از نام خانوادگی، نام، ملیت، مقام و اقامتگاه شهود و کارشناسانی است که این طرف از دیوان خواستار استماع اظهارات آنان شده است. در این اطلاعیه باید به نکته یا نکات موضوع شهادت یا کارشناسی تصریح گردد.» (ماده ۵۲ آئین دادرسی دیوان بین‌المللی دادگستری).

برای اطلاع بیشتر، رک.:

GUYOMAR G.: "Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice", Paris, Pédone, 1973, pp. 273-280.

تا در صورتی که آنها را با موضوع دعوی مرتبط دانست به مدعی اجازه دهد که برای اثبات مدعی خویش از آن دلایل استفاده کند. اما از آنجا که ممکن است در مواردی تهیه دلیل دشوار بنماید و در نتیجه بیم آن رود که ادعای موجه یکی از طرفین پذیرفته نشود، در حقوق بین الملل همانند سایر نظامهای حقوقی به طرفین دعوی اجازه داده شده است که از فن و روش خاصی به نام «اماره» استفاده کنند.

در حقوق داخلی، اماره «عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود».^{۷۶} به همین سبب، قانونگذار داخلی گاه خود به نوع این امارات اشاره کرده است که اصطلاحاً بدانها «امارات قانونی» می گویند.^{۷۷} اماره قانونی نتیجه استدلالی استقرایی است که اساس آن را یک امر موضوعی معلوم که تصدیق آن بدیهی به شمار آمده است، تشکیل می دهد؛ به این معنی که مبنای استدلال قانونگذار در این قبیل موارد واقعیت مفروضی بوده است که بر اساس احتمالات تجربی می تواند واقعه ای را به اثبات رساند. البته، گاه برای کسانی این توهم پیش آمده که اجازه استفاده از اماره در حکم معافیت از اقامه دلیل است.^{۷۸} اما این نظر راست نمی نماید، زیرا با استناد به یک اماره، دلیل از میان نمی رود بلکه موضوع آن جابجا می شود. به عبارت دیگر، در این گونه موارد به جای اینکه مدعی امر مورد انکار را به اثبات

۷۶. ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی ایران.

۷۷. مثلاً قانونگذار داخلی ایران در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی «طفل متولد در زمان زوجیت را ملحق به شوهر دانسته است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». در این مورد قانونگذار برای اینکه تکلیف طفل متولد در زمان ازدواج را معین کرده باشد از اماره فراش استفاده کرده و طفل متولد در زمان زوجیت را ملحق به شوهر دانسته است. اماره تصرف و اماره مطابق بودن حکم نهایی با واقع که اعتبار قضیه محکوم بها یا "Res judicata pro veritate habetur" از آن نتیجه گرفته شده نیز از جمله امارات قانونی است که در ایجاد نظم عمومی سهمی بسزا داشته است.

۷۸. دکتر سید محسن صدرزاده افشار: اذلة اثبات دعوی در حقوق ایران، تهران مرکز نشر

دانشگاهی، ۱۳۶۹، ص ۳۶.

برساند امری را مدلل می‌دارد که قانونگذار وجود آن را مبنایی بدیهی برای اثبات امر دیگر به‌شمار آورده است. با این همه، اماره از سنگینی بار دلیل می‌کاهد، تا آن حد که این توهم پیش می‌آید که برای اثبات یک واقعه اساساً نیازی به اقامه دلیل نبوده است.^{۷۹}

در حقوق بین‌الملل، اماره قانونی به اماراتی می‌گویند که در معاهدات بین‌المللی رسماً بدانها اشاره شده است. مثلاً به موجب بند ۵ از ماده ۲۰ معاهده ۱۹۶۹ وین «... در صورتی که در معاهده روش دیگری پیش بینی نشده باشد، اصل بر این است که عدم اعتراض یک دولت به «حقوق محفوظ» دولت دیگر به منزله پذیرش آن است، به شرط اینکه از زمان آگاهی از آن شروط [حقوق محفوظ] دوازده ماه گذشته، یا اینکه آن دولت با وجود اطلاع از چنین شروطی به معاهده ملحق شده باشد».

در این ماده، عدم اعتراض یک دولت به شروط (حقوق محفوظ) دولت دیگر، اماره‌ای دال بر پذیرش آن شروط به‌شمار آمده است. البته، این نوع اماره در صورتی مبنای حکم قاضی قرار می‌گیرد که خلاف آن به اثبات نرسیده باشد.

نوع دیگر اماره، اماره قضایی^{۸۰} است و آن عبارت از اوضاع و احوالی است در خارج که به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. در حقوق بین‌الملل، قاضی یا داور برای حل و فصل اختلاف میان دو کشور گاه با تلفیق قرائن مختلف که از وقایع یا عناصر مادی و معنوی مربوط به دعوی به دست آمده است، به اماراتی دست می‌یابد که در استنباط حکم قضایی مؤثر است و می‌تواند مبنای آن قرار گیرد، و این در وقتی است که «دولت مدعی نقض قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل در وضعی قرار گرفته باشد که نتواند دلیلی مستقیم مبنی بر وجود وقایع دال بر مسؤولیت دولت ناقض مقررات بین‌المللی ارائه دهد»^{۸۱}.

79. VERGÉ E., DE SÉGOGNE R.: "Nouveaux Répertoire de Droit", tome 3, 1964, p. 771.

80. présomptions de fait ou de l'homme

81. CIJ., Rec. 1949, p. 18.

در حقوق بین الملل، تعیین راههای اقامه دلیل و ارزیابی آنها با قاضی بین المللی است.^{۸۲} به همین جهت، دیوان بین المللی دادگستری می تواند حتی قبل از شروع جلسات رسیدگی از طرفین دعوی درخواست نماید که مدارک و اسناد مربوط به دعوی را ارائه دهند^{۸۳} و یا، در صورت لزوم، خود خواستار تحقیق و کارشناسی شود و افراد یا کمیسیون یا هیأتی را مأمور تحقیق در مورد موضوع دعوی بنماید.^{۸۴}

دیوان بین المللی، اصولاً در ردّ یا قبول دلایل آزاد است و در این قلمرو تابع اراده دولتهای طرف دعوی نیست. با این حال، طرفین دعوی هر دو ملزمند که در ارائه اسناد یا مدارک مربوط به دعوی با دیوان همکاری کنند، هر چند دیوان خود نیز برای تحصیل هر نوع دلیل از صلاحیتی گسترده برخوردار است.^{۸۵}

با توجه به آنچه گفته شد، چنین می نماید که کار قاضی بین المللی تنها در تصدیق واقعه عینی خلاصه نمی شود، زیرا قاضی بین المللی موظف است با استفاده از دلایل و امارات، واقعه را به گونه ای که مناسب تشخیص داده است بازسازی کند تا بتواند واقعه عینی را با قاعده حقوقی تطبیق دهد و این خود بخوبی نشان می دهد که استدلال حقوقی تا چه میزان با استدلال منطقی صرف تفاوت دارد.^{۸۶}

ب. تصدیق ماهیت حقوقی وقایع

پس از آنکه قاضی بین المللی یا هر مرجع صلاحیت دار دیگر، با استفاده از دلایل و اماراتی قطعی، به وجود وقایع عینی مربوط به یک دعوی پی برد باید ماهیت آن را، با توجه به فرضیه حقوقی معینی، تصدیق کند و

۸۲. مواد ۴۸ و ۴۹ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری.

۸۳. ماده ۴۹ اساسنامه دیوان.

۸۴. ماده ۵۰ اساسنامه و بند ۱ از ماده ۶۱ آئین دادرسی دیوان بین المللی دادگستری.

85. ROUSSEAU CH.: op. cit., p. 344.

86. SALMON J.: op. cit., p. 318.

در نتیجه آثار حقوقی قاعده را بر آن وقایع حمل نماید. بنابراین، تصدیق ماهیت حقوقی وقایع عینی مستلزم ایجاد رابطه میان واقعه و قاعده و، یا به عبارت دیگر، قرار دادن واقعه در مقوله حقوقی معین است. با این حال، از آنجا که تصدیق ماهیت حقوقی وقایع، هر واقعه را از صورت ساده خود خارج می‌سازد، تنظیم رابطه میان قاعده و واقعه گاه بسیار دشوار می‌نماید، به ویژه آنکه در اکثر موارد هریک از طرفین دعوی به اقتضای منافع و مصالح خویش اساس وقایع یا حدود مفاهیم حقوقی مربوط به آن را در جهت حفظ آن منافع و مصالح دگرگون می‌سازد و تغییراتی عمیق در آنها پدید می‌آورد.^{۸۷} در این قبیل موارد، قاضی یا هر مرجع بین‌المللی دیگر ناگزیر خود به تفسیر وقایع عینی یا قواعد حقوقی می‌پردازد تا بتواند ادراکات خویش را در قالب مفهومی حقوقی جای دهد. البته، تصدیق ماهیت حقوقی وقایع (حکم قاضی) با تفسیر حقوقی تفاوت دارد؛ به این صورت که غرض از تصدیق، قرار دادن واقعه عینی در مقوله‌ای حقوقی است و حال آنکه مقصود از تفسیر فقط روشن کردن حدود واقعه یا یک متن حقوقی است. با این وصف، در عمل گاه به اختلاف این دو مفهوم اعتنایی نشده و بسا اتفاق افتاده که بعضی از مراجع سیاسی بین‌المللی که کارشان فقط تصدیق وجود وقایع عینی بوده است (تفسیر وقایع و قواعد)، به تصدیق ماهیت حقوقی وقایع پرداخته و در نتیجه از حدود صلاحیت خویش خارج شده‌اند. مثلاً با اینکه بنابر منطوق صریح منشور ملل متحد (ماده ۳۹) تصدیق ماهیت حقوقی تهدید بر صلح، نقض صلح و تجاوز در صلاحیت انحصاری شورای امنیت قرار دارد مجمع عمومی گاه، با بسط صلاحیت خود در قلمرو حفظ صلح و امنیت جهانی، به تصدیق ماهیت حقوقی این قبیل وضعیتها پرداخته است تا شورا را به اتخاذ تصمیماتی در محدوده فصل هفتم منشور مجبور سازد.^{۸۸}

87. SALMON J.: "Quelques observations sur la qualification en droit international public", Bruxelles, 1978, pp. 346.

۸۸. برای مثال، رک. قطعنامه ۱۹ دسامبر ۱۹۶۰ (A/RES/1573/XV) در مورد الجزایر؛ همچنین رک.:

THIERRY et al.: "Droit international public", Montchrestien, Paris, 1981, p. 521.

مجمع عمومی در این گونه موارد گاه پا فراتر گذاشته و حتی به قطعنامه «اتحاد برای صلح» (قطعنامه ۳۷۷/۷ مجمع عمومی) که بر تبادل صلاحیت میان ارگان‌های اجتماعی سازمان ملل تأکید نموده، اشاره‌ای نکرده است.^{۸۹} این رویه، با اینکه از جهاتی انتقادپذیر است^{۹۰}، مورد تأیید بعضی از صاحب‌نظران قرار گرفته. اینان، با تأکید بر اینکه توصیف حقوقی وقایع عینی براساس مفاهیم مندرج در ماده ۳۹ اصولاً عملی ذهنی است و ربطی به اجرای مقررات فصل هفتم ندارد، مدعی شده‌اند که چون ارکان اصلی سازمان ملل یا دولت‌ها هر یک حق دارند از مواد منشور تفسیری کلی به عمل آورند، توصیف حقوقی آنان از وقایع عینی به معنای تصدیق حقوقی آن وقایع نیست.^{۹۱}

دسته‌ای دیگر نیز اعتقاد داشته‌اند که چون تصدیق حقوقی مجمع عمومی از وقایع عینی مربوط به مسائل امنیتی جهان اصولاً در قالب تصمیماتی جای می‌گیرد که الزام‌آور نیست، تصدیق حقوقی مجمع را نمی‌توان در حد تصدیق حقوقی شورا معتبر دانست.^{۹۲}

به اعتقاد ما هیچ‌یک از این نظریات قانع‌کننده نیست زیرا هر یک از آنها، با پرداختن به مسائل مربوط به آثار این قبیل تصمیمات، از بیان علت این نوع مداخله غافل مانده‌اند.

به نظر ما علت اصلی دخالت دولت‌ها یا مجمع عمومی در تصدیق حقوقی وقایعی که صلح و امنیت جهان را به مخاطره افکنده یا موجب نقض صلح یا تجاوز شده است روشن نبودن حد منطقی این مفاهیم در منشور و، یا به عبارت دقیق‌تر، ناقص بودن فرضیه‌های حقوقی مقررات مربوط به این مسائل بوده است.^{۹۳} به همین دلیل، شورای امنیت یا مجمع عمومی هر بار از

89. VIRALLY M.: "L'Organisation mondiale", A. Colin, 1972, p. 481.

90. CHAUMONT CH.: "L'équilibre des organes politiques des Nations Unies et la crise de l'organisation", AFDL., 1965, p. 440.

91. COMBACAU J.: "Le pouvoir de Sanction de l'ONU", Paris, Pédone, 1974, p. 115.

92. COHN JONATHAN G.: "L'art. 39 de la charte des Nations Unies" in Cot-Pellet, "La Charte des NU", Economica, 1985, p. 650.

۹۳. برای مثال، ماده ۳۹ منشور، شورای امنیت را موظف به تصدیق وقایعی کرده که حد منطقی آنها در هیچ‌یک از مواد منشور معین نشده است.

این وقایع تفسیری به عمل آورده‌اند که اساساً با توصیف یا تصدیق ماهیت حقوقی به معنای واقعی کلمه تفاوت بسیار داشته است، هر چند که حد مشترک این تفاسیر خود به تدریج مبنایی برای ایجاد فرضیه و تصدیق ماهیت حقوقی وقایع عینی موجد تهدید صلح، نقض صلح و تجاوز گردیده است.

در موارد دیگر، تفکیک تفسیر مفاهیم از توصیف وقایع عینی باز دشوارتر می‌نموده و آن در وقتی بوده است که دولتها یا مراجع بین‌المللی صلاحیت دار در مورد استقرار حقوقی وضعیتهای عینی مندرج در یک قاعده حقوقی^{۹۴} با یکدیگر همداستان نبوده و هریک برای مدلل داشتن استقرار حقوقی آن وضعیتها به معیاری متوسل شده‌اند که مورد تأیید دیگری نبوده است. مثلاً در ۱۹۷۴ در مجمع عمومی سازمان ملل متحد این سؤال مطرح شد که از دو دولت رقیب در کامبوج کدامیک شایسته احراز مقام عضویت در سازمان ملل است؟

پنج‌جاه و چهار کشور عضو سازمان ملل معتقد بودند که چون دولت سلطنتی اتحادیه ملی کامبوج (نوردوم سیهانوک) بر بخش مهمی از سرزمین کامبوج تسلط دارد، نماینده واقعی این کشور است، اما پنج‌جاه و شش کشور دیگر عضو سازمان اعتقاد داشتند که چون دولت جمهوری خیمبر بر اکثریت عظیم مردم این کشور مسلط شده، دولت واقعی کامبوج است.^{۹۵}

در این مورد خاص، اعضای مجمع عمومی به جای آنکه فقط به توصیف وقایع عینی مؤثر در حاکمیت یک دولت پردازند بیشتر به تفسیر مسائل مربوط به استقرار وضعیتهای عینی مربوط به حاکمیت پرداختند، چنانکه دسته‌ای از آنان به معیار سرزمین تحت تسلط (طرفداران سیهانوک) و دسته‌ای دیگر به معیار افراد تحت تسلط (طرفداران لون‌نول) تکیه کردند.^{۹۶} این مثال بخوبی نشان می‌دهد که «تفسیر» و «توصیف وقایع» با اینکه هریک مفهومی مستقل از دیگری است، چگونه بایکدیگر مرتبط شده‌اند.

94. Effectivité

۹۵. رک. قطنامه (۳۹) ۳۲۳۸، ۲۹ نوامبر ۱۹۷۴ مجمع عمومی.

96. SALMON J.: "Le Fait dans l'application du droit international", op. cit., pp. 321-322.

در این گونه موارد معمولاً بازسازی وقایع مستلزم تفسیر، و تفسیر متضمن گسترش یا محدود ساختن دامنه توصیف است. از این روی، ممکن است واقعه ای که حدوث آن به اثبات رسیده، به تناسب عوامل گوناگون، موضوع توصیفهای مختلف قرار گیرد. در نتیجه، هیچگاه نمی توان ادعا کرد که یک واقعه فقط در محدوده ای معین قابل توصیف است. فی المثل، عامل زمان از جمله عواملی بوده که در توصیف وضعیتهای بین المللی تأثیری بسزا داشته است؛ زیرا گذشت زمان به همان اندازه که در تغییر رابطه قدرت میان دولتها تأثیر می گذارد، قواعدی جدید پدید می آورد که لازمه چنین تغییر و تبدیلی است. در مواردی، این قواعد بی آنکه قواعد قدیم را نسخ نمایند حیات خود را آغاز می کنند و به تدریج وضعی به وجود می آورند که در آن منابع سابق (مقررات عرفی و معاهدات قدیم) در کنار منابع جدید (معاهدات لاحق و قطعنامه ها) همچنان معتبر می نمایند. در این گونه موارد، انتخاب مقوله سابق یا لاحق تابع اوضاع و احوال سیاسی جهان قرار می گیرد؛ به همین جهت دیده شده که «مبارزات جبهه های آزادی بخش گاه ماهیتی بین المللی و زمانی جنبه ای داخلی پیدا کرده و در نتیجه سرنوشت مبارزان تابع توصیفی شده که از آن وقایع (مبارزات) به عمل آمده است»^{۹۷}. گذشته از این، از آنجا که قاعده حقوقی اساساً ماهیتی انتزاعی و کلی دارد، توصیف وضعیتهای عینی و انتخاب مقوله های حقوقی مربوط به آنها کارچندان آسانی نیست، به ویژه اگر مفاهیم موجود در فرضیه حقوقی برای ایجاد رابطه میان امر واقع و قاعده کفایت نکنند. در چنین مواردی، تصدیق ماهیت حقوقی وقایع اصولاً موکول به نظر دولتها یا مراجعی گردیده که مصمم به اجرای قاعده حقوقی شده اند. مثلاً اگر موجودیت «دولت» را در مقام عضوی از جامعه بین المللی، همچنانکه از دیرباز معمول بوده است، مبتنی بر وجود عناصر سه گانه جمعیت، سرزمین و حکومت نماییم و بخواهیم با استناد به این عناصر به استقرار یافتن یک دولت حکم

97. Ibid., p. 331.

کنیم، می بینیم که تطبیق مفهوم «دولت»^{۹۸} بر موارد عینی به دلیل روشن نبودن حد این سه عنصر با دشواریهایی روبروست، زیرا می توان وجود این سه عنصر را در جمععاتی غیردولتی نیز به اثبات رساند. البته، برای حل این

۹۸. پل والری P. Valery (۱۸۷۱-۱۹۴۵) شاعر و مفکر نامدار فرانسوی معتقد بود که الفاظ مبهم، یعنی آن الفاظی که مبین مفاهیم بنیادین حیات اجتماعی است، عموماً نمادهایی مبهم، غیردقیق و نامعین هستند.

گفته والری در مورد لفظ «دولت» بسیار صادق است: زیرا اگر دقت کنیم درمی یابیم که مفهوم «دولت» تا چه میزان مبهم و نارساست. به همین جهت هر یک از علمای حقوق با تکیه بر جنبه ای از این مفهوم، از آن تعریفی به عمل آورده که به طور کلی با دیگری متفاوت بوده است.

بلونچلی، رمون پوانکاره و بارتمسی با تکیه بر جنبه ارگانیک این مفهوم، هر یک به ترتیب دولت را «بشریت سازمان یافته»، «ملتی که به هیأت انجمن سیاسی درآمده» و «ملت سازمان یافته» معرفی کرده اند.

اما دسته ای دیگر مثل ابرینگ و ترایتچکه، دولت را «زور مجسم» (Der Staat ist Macht) توصیف کرده اند.

بعضی دیگر مثل موریس هوریو، با داخل کردن عناصر جامعه شناختی در مفهوم دولت، دولت را محل تمرکز عناصر سیاسی، اقتصادی، حقوقی دانسته و از این رهگذر، آن را مبین میزان رشد روابط اجتماعی در زمانی معین معرفی کرده اند.

اما لوفور، با تأکید بر اهداف «دولت» و وظایف آن، تعریفی غایی و عملی از آن کرده که در حد خود از اهمیت زیاد برخوردار است. به عقیده وی «دولت» وسیله تأمین اهداف مشترک اجتماعی است.

دسته ای از حقوقدانان نیز دولت را به لحاظ وظایف حقوقی آن مورد توجه قرار داده و آن را نمودار شخصیت حقوقی ملت و یا مجموعه ای منسجم از خدمات عمومی که برای اجابت نیازهای اجتماعی به وجود آمده است به شمار آورده اند. ژرژ سل، با دفاع از این نظریه، «دولت» را ضامن منافع جمع و دوگی آن را ارگانیزمی اجتماعی، که برای انجام خدمات عمومی به وجود آمده است، تعریف کرده اند.

قدرمسلم این است که «دولت» دلرای همه این خصوصیات است؛ به این معنی که نمی توان آن را فقط با توجه به یک خصوصیت معین تعریف کرد. از این روی می توان گفت که دولت، هم پدیده ای اجتماعی-سیاسی است و هم پدیده ای حقوقی.

اما از لحاظ حقوق بین الملل موضوعه، دولت همچون شخصیتی بین المللی از عناصر زیر ترکیب یافته است:

مشکل کسانی عنصر حاکمیت و استقلال را نیز به این عناصر افزوده اند که آن هم چاره ساز نبوده است، زیرا حاکمیت و استقلال فقط «قدرت» را تضمین می کنند. دو عنصر سرزمین و جمعیت نیز عناصری صوری هستند که به آسانی تحت تأثیر هر نوع سلطه حقوقی، سیاسی و اقتصادی قرار می گیرند. بنابراین، نمی توان گفت که یک «دولت» فقط با تصدیق واقعیات عینی یاد شده موجود می گردد. به همین جهت، در این مورد خاص، توصیف دولتهای ثالث از رهگذر «شناسایی» رسمی در موجودیت یافتن یک دولت اهمیتی ویژه یافته است.^{۹۹} شناسایی دولتهای ثالث از یک دولت اصولاً عملی سیاسی است که تابع واقعیات عینی نبوده و فقط به لحاظ منافع و مصالح آنان صورت می گیرد. بنابراین، هر تشکلی را می توان «دولت» نامید به شرط آنکه دولتهای دیگر چنین اراده کنند. سریر مقدس، که نه جمعیتی معین دارد و نه سرزمینی خاص، به اقتضای چنین مصالح و منافی امروزه در مقام یک «دولت» در جامعه بین المللی مورد شناسایی قرار گرفته است، زیرا کثیری از اعضای جامعه بین المللی شخصیت حقوقی آن را همچون یک دولت «فرض» کرده اند. با این حال، فرض حقوقی دولتهای عضو جامعه بین المللی در مورد «دولت» نامیدن سریر مقدس، چون برخلاف آن واقعیاتی بوده که در مقوله های حقوقی مورد توافق قرار گرفته^{۱۰۰}، فرضی لغو

(۱) جمعیت دائم، (۲) سرزمین معین، (۳) حکومت، (۴) اهلیت برقراری رابطه با دیگر

دولتها.

رک. ماده ۱ معاهده ۲۲ دسامبر ۱۹۳۳ کشورهای امریکایی در مونتو ویدئو. برای اطلاع

بیشتر رک.:

ROUSSEAU CH.: "Droit international Public", Tome II, Paris, Sirey, 1974, pp. 13-17.
99. VERHOEVEN J.: "L'Etat et l'ordre juridique international" texte du rapport belge
présenté au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, in R.G.D.I.P.,
1978/3, p. 753.

۱۰۰. فرض حقوقی یا واقع انگاشتن آنچه واقعیت ندارد، گاه آن چیزی را واقع می انگارد که برخلاف واقعیت علمی موجود در مقوله ای حقوقی است، که در این صورت فرض حقوقی با مشکل چندانی روبرو نیست؛ اما اگر فرض برخلاف آن واقعیاتی باشد که دولتها خود در معاهدات به وجود آن حکم کرده اند، با منطق در تعارض است.

است که بسیاری از علمای حقوق به ردّ آن حکم کرده‌اند.
با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد که تصدیق ماهیت
حقوقی وقایع عینی همیشه تابع قواعد منطقی صرف نبوده است و بسا اتفاق
افتاده که چنین تصدیقی تحت تأثیر ارزشهای حاکم بر جامعه بین‌المللی یا
مصالح و منافع دولتهایی قرار گرفته است که از به اجرا درآمدن حکم قاعده
حقوقی منتفع یا متضرر می‌شده‌اند.*

* فصل دوم از این قسمت، تحت عنوان «اجرا و تفسیر مقررات بین‌المللی» در شماره آینده از نظر
خوانندگان خواهد گذشت.

دکتر نادر ذوالعین

تأثیر وقایع عراق در توسعه حقوق بین الملل

قطعه نامه ۶۸۸ شورای امنیت

و اصل «مداخله بشر دوستانه»

بسم الله الرحمن الرحيم
سیدنا محمد بن عبد الله
صلى الله عليه وسلم
وآله الطيبين الطاهرين
السلامة والسلامة والسلامة
السلامة والسلامة والسلامة
السلامة والسلامة والسلامة

● پیش گفتار:

پویایی حقوق به پیروی از تحولات و وقایع بین‌المللی

از آنجا که حقوق پیرو تحولات اجتماعی است، در عصر حاضر که تحول گسترده‌ای در روابط بین‌المللی پدید آمده، حقوق حاکم بر این روابط نیز بیش از پیش گسترش یافته و در جهت تکامل سیر می‌کند. این تکامل به ویژه در پرتو اقداماتی که در جهت حفظ حقوق ملتها در برابر اعمال دولتها صورت گرفته است نمایان می‌شود. این روند مبین آگاهی روزافزون ملتها از یک سو، و ارتباط اجتناب‌ناپذیر آنها با یکدیگر و برخورد عقاید گوناگون، از سوی دیگر است؛ چنانکه قواعد بین‌المللی در رابطه با حقوق بشر، حق اقوام در تعیین سرنوشت خود، منع تبعیض نژادی و منع بردگی، و به‌طور کلی تلاش در جهت اعتباربخشیدن به فرد در حقوق بین‌الملل، از جمله پدیده‌هایی هستند که امروزه جایگاه خود را در نظام بین‌المللی تثبیت و تحکیم کرده‌اند.

در این چشم‌انداز با ظهور افراد و ملتها در صحنه روابط بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عمومی نیز ویژگی صرفاً دولتی خود را از دست داده و به

روابط میان دولتها و افراد یا ملتها نیز گسترش یافته است. با این همه، این قسمت از حقوق بین الملل هنوز مرحله ابتدایی را می گذراند و تلاشهایی که در این زمینه انجام می گیرد با تردید و عدم اشتیاق لازم — و گاه نیز با مخالفت — از سوی دولتها، که هنوز هم به عنوان تابعان اصلی روابط بین المللی موظف به اجرای آن هستند، مواجه می شود. اما جای خوشوقتی است که، علی رغم تمام مشکلات برون ذاتی و درون ذاتی، این تلاشها ادامه دارد و با وارد کردن اصول نوین، لااقل از نظر تئوری، به حقوق بین الملل رونق جدیدی داده است.

آخرین اقدامی که در این جهت انجام گرفته به رسمیت شناختن «وظیفه مداخله بشردوستانه»^۱ می باشد که توسط قطعنامه شماره ۶۸۸ سازمان ملل متحد به تاریخ ۵ آوریل ۱۹۹۱ تثبیت گردیده است.

صدور این قطعنامه را باید گامی بلند به سوی ایجاد «حقوق بشردوستانه»^۲ به شمار آورد. موضوع بحث این مقاله نیز پیرامون همین پدیده جدید حقوقی در نظام حقوق بین الملل است.

قطعنامه شماره ۶۸۸ که انگیزه صدور آن جلوگیری از سرکوب مردم پساخاسته عراق توسط رژیم بعث و محکوم ساختن این رژیم بوده است، دولت عراق را وادار می سازد تا از اقدامات غیربشری خود هر چه زودتر دست بردارد و صلح و امنیت را به منطقه بازگرداند. اما تازگی این قطعنامه در آنجاست که به دولت عراق فشار وارد می آورد تا هرگونه وسایل و امکانات را برای سازمانهای بین المللی بشردوستانه به منظور دسترسی یاری به مردمی که در سراسر عراق محتاج آن هستند فراهم سازد.

این تعهد که به دولت عراق تحمیل می شود، سابقه حقوقی مهمی در آینده به شمار خواهد آمد زیرا، سوی جنبه انسانی و بشردوستانه آن، قطعنامه مذکور مجوزی برای مداخله در امور یک کشور را صادر نموده و، از این نظر، شکافی در اصل قدیمی و مسلم همزیستی بین المللی که «اصل

1. Devoir d'ingérence humanitaire

2. Droit humanitaire

عدم مداخله»^۳ در امور داخلی کشورها می باشد، ایجاد کرده است. پس، لازم است این اصل نوین را که «مداخله بشردوستانه» نام گرفته در پرتو اصل «عدم مداخله» مورد مطالعه قرار دهیم و حدود این دو اصل را، که ظاهراً با یکدیگر مغایرت دارند، تعیین کنیم.



اصلی جدید

به نام «اصل مداخله بشردوستانه»

برای روشن ساختن محتوای اصل «مداخله بشردوستانه»، نظر به نبودن متنی رسمی و کامل در این باره، باید از یک سوبه منابع دیگری از قبیل خطابه ها، مقالات، صورتجلسات و نیز اقدامات موجود در این زمینه رجوع کرد (الف)، و از سوی دیگر اقدامات اخیری را که به نظر می رسد در چارچوب این اصل یا لا اقل در اجرای آن انجام گرفته است، مثل ایجاد «مناطق امن»، مورد توجه و بررسی قرار داد (ب).



پیدایش و توسعه اصل

در سپتامبر سال ۱۹۸۸، فرانسوامیران رئیس جمهوری فرانسه طی نطقی در چهل و سومین اجلاسیه مجمع عمومی سازمان ملل متحد، برای نخستین بار، در رابطه با فاجعه شهر «حلبچه» - واقع در شمال عراق که

3. Principe de non-ingérence

اهالی کردنشین آن با سلاحهای شیمیایی بکار برده شده توسط نیروهای نظامی عراقی به طرزی فجیح و غیرانسانی به هلاکت رسیده بودند. صحبت از «وظیفهٔ مداخلهٔ بشردوستانه» را به میان آورد. در این نطق، رئیس جمهوری فرانسه اظهار داشت که جامعهٔ بین‌المللی موظف است برای مقابله با فجایع انسانی و وضعیت اضطراری ناشی از بی‌عدالتی که بر مردم غیرنظامی و بیگناهی که اینچنین تحت ستم و خشونت دولتها قرار می‌گیرند رفته است، یاری برساند.

این موضع‌گیری که بیان‌کنندهٔ احساسات اکثر دولتهای اروپایی بود راه را برای سازمانهای بین‌المللی بشردوستانه، اعم از دولتی و غیردولتی، هموار ساخت. از آن پس، این «وظیفه» چندین بار به صورتهای مختلف و در شرایط گوناگون به مرحلهٔ اجرا درآمد. سازمانهای بین‌المللی سعی کردند در چند نقطهٔ جهان، با پشتیبانی دولتها و با استفاده و تکیه بر افکار عمومی جهان، به مناطق «ممنوعه» راه یافته و به مردم آسیب دیده یاری برسانند.

این سلسله فعالیتها منجر به تصویب دو قطعنامهٔ مهم از طرف سازمان ملل متحد، یکی در سال ۱۹۸۸ و دیگری در ۱۹۹۰، گردید. قطعنامهٔ اول حق «دسترسی آزادانه به آسیب دیدگان اوضاع اضطراری»^۴ را برای سازمانهای بشردوستانه تثبیت می‌نماید، و قطعنامهٔ دوم ایجاد «دالان اضطراری بشردوستانه»^۵ را در داخل قلمرو سرزمینی و هوایی دولتها به منظور دسترسی به آسیب دیدگان پیش‌بینی می‌کند.

گرچه دامنهٔ این دو قطعنامه محدود است، لیکن عناصری از مجموعهٔ وسیع‌تری را تشکیل می‌دهند که می‌توان آن را امروزه، که شکل واضح‌تری به خود گرفته است، «حقوق بشر دوستانه» نامید. هدف از تصویب این قطعنامه‌ها آن است که به ملاحظات انسانی و بشردوستانه که دارای بُعد وسیع اخلاقی هستند اهمیت بیشتری داده شود تا از این رهگذر

4. Libre accès aux victimes des situations d'urgence

5. Couloirs d'urgence humanitaire

فرصت طلبیهای سیاسی تحت الشعاع آن قرار گیرد و سیاستمداران نیز در محاسبات خود این گونه واقعیات را بیشتر دخالت دهند، زیرا تاکنون ملاحظات انسانی برای آنان جنبه غیر اجباری داشت، ولی از این پس باید آنها را به عنوان اصل حقوقی در مدنظر قرار داده و رعایت کنند.

این عقیده کلی به تدریج گسترش یافته و با توجه به محتویات قطعنامه‌های سازمان ملل متحد و عمل جمعی دولتها، امروزه اصل «وظیفه مداخله بشردوستانه»، حق دسترسی و یاری به مردم آسیب دیده را به صورت یک تکلیف درآورده و از این پس - لا اقل از لحاظ تئوری - بر دولتها تحمیل گشته است. این «وظیفه واجب» (به گفته آقای میتران) با تصویب قطعنامه اخیر شورای امنیت سازمان ملل متحد، جای خود را در میان قواعد بین المللی تثبیت کرده است.

□

قطعنامه ۶۸۸ شورای امنیت، در رابطه با کشتار دسته جمعی و آوارگی مردم عراق، به تاریخ ۵ آوریل ۱۹۹۱ (۱۶ فروردین ۱۳۷۰) با ۱۰ رأی موافق، ۳ رأی مخالف^۶ و دورأی ممتنع^۷ به تصویب رسید.

در این قطعنامه، پس از یادآوری وظایف سازمان ملل در مورد حفظ صلح و امنیت جهانی مبتنی بر منشور ملل متحد و با توجه به پیامهایی که نمایندگان کشورهای ایران و ترکیه در سازمان فرستاده بودند، شورای امنیت نگرانی خود را درباره «سرکوبی مردم غیرنظامی عراق در بسیاری از قسمتهای [خاک] عراق... که منجر به جریان سیل انبوه پناهندگان به طرف مرزهای بین المللی، و از آن طریق منجر به تجاوز به مرزها، که صلح و امنیت را در منطقه تهدید می‌کند، شده است»، اظهار می‌دارد (مقدمه)، و

۶. کوبا، یمن، زیمبابوه.

۷. چین و هندوستان.

دولت عراق را بدین مناسبت محکوم کرده است (بند ۱) و آن را وادار می‌سازد تا هر چه زودتر به این اقدامات خاتمه دهد (بند ۲).

اما اهمیت این قطعنامه از نظر حقوق بین‌الملل — که به قول روزنامه فرانسوی «لوموند» در تاریخ ثبت خواهد شد — در بند ۳ متن آن است که طی آن، از دولت عراق خواسته شده تا «دسترسی فوری سازمانهای بشردوستانه بین‌المللی را به همه کسانی که در تمام قسمتهای عراق به کمک احتیاج دارند» اجازه دهد و اینکه «همه امکانات لازم برای اجرای این عمل را در اختیار آنها بگذارد».

منظور شورای امنیت از تصویب چنین متنی آن بود که وضع اضطراری موجود (شرایط اسفناک آوارگان عراقی و خطری که صلح و امنیت منطقه را تهدید می‌کرد) مداخله مستقیم جامعه بین‌المللی را ایجاب می‌نمود تا بلکه بدان وسیله از قتل عام مردم بیگناه عراق جلوگیری شود. این اصل، مرزهای سیاسی را به روی «حقوق بین‌الملل بشردوستانه» می‌گشاید و مانع بزرگی را که تاکنون سد پیشرفت و رشد این رشته از حقوق بوده است، از سر راه برمی‌دارد.

گرچه در وهله اول می‌توان از استقرار چنین اصلی اظهار خوشوقتی نمود و تصور کرد که در آینده جامعه بین‌المللی با استفاده از این ابزار حقوقی می‌تواند از جنایات یا فجایع انسانی — یا لااقل از بعضی از آنها — جلوگیری کند، ولی نباید از یاد برد که چنین اصلی دارای دو وجه است و باید به خاطر سپرد که دخالت در امور داخلی یک کشور از طرف گردانندگان اصلی سازمانهای بین‌المللی یا دولتهای بزرگ، می‌تواند در آینده راه را برای دخالت‌هایی از نوع دیگر — سیاسی، اقتصادی، نظامی — تحت پوشش دخالت‌های بشردوستانه باز کند. در این صورت، اصل مذکور خصوصیت اخلاقی خود را از دست می‌دهد و نتایج منفی آن موجب تزلزل نظام جهانی می‌گردد.

بنابراین، برای اجتناب از چنین روند منفی، لازم است از هم‌اکنون شرایط اجرای این اصل و حدود آن به طور دقیق مشخص شود. اما

متأسفانه باید اقرار کرد که در شرایط کنونی در این مورد پیشرفتی حاصل نشده و از نظر حقوقی هنوز در وضعیت بسیار مبهمی بسر می‌بریم زیرا در مقابل یک خلأ حقوقی قرار داریم. نقص و ابهام متون حقوقی در این مورد را می‌توان به دلایل گوناگون زیر توجیه کرد:

نخست اینکه، اصول بشردوستانه زاییده شرایط اضطراری بوده و به قصد اقدامی فوری به سرعت تدوین یافته و به تصویب رسیده‌اند (قحطی در افریقا که باعث شد برای رساندن مواد غذایی و دارو به مردم اریتره «دالان اضطراری بشردوستانه» در قلمرو هوایی دولت حبشه ایجاد شود، وضعیت اسف‌بار مردم آواره عراق که می‌باید - علی‌رغم کمک‌های بی‌درنگ دولت و مردم ایران - خستگی راه و گرسنگی و سرما و بیماری را تحمل کنند، موجب مداخله سازمان ملل گردید). این لزوم سرعت در عمل، دیگر وقت کافی برای تفکر و مباحثه حقوق‌دانان برای تنظیم قواعدی کلی باقی نگذاشت.

دوم اینکه، این اصول به منظوره‌های خاصی در نظر گرفته شده و به اجرا درآمده‌اند و برای اجرای مجدد، در وضعیت یا شرایط دیگری، پیش‌بینی نشده‌اند. معذک، از آنجا که قسمت عمده حقوق بین‌الملل در عمل شکل گرفته است، این اقدامات هم می‌توانند به‌عنوان سابقه حقوقی در صحنه بین‌المللی به حساب آیند؛ پس می‌توان اجرای دوباره این اصول را، به طور تئوریک، در آینده و در اوضاع و احوال مشابه در نظر گرفت. اما از آنجا که اوضاع و احوال حتی مشابه، همیشه لااقل در جزئیات با هم فرق دارند، این سؤال که چه معیارهایی را باید برای به اجرا گذاردن این اصول تعیین کرد، بی‌جواب مانده است.

سوم اینکه، اصول موردنظر و بخصوص اصل «مداخله بشردوستانه» قواعد جدیدی در صحنه بین‌المللی هستند و همانند اغلب قواعد جامعه بین‌المللی باید با مرور زمان و با تکرار عملی و کمک گرفتن از عقاید علما شک بگینند و حدود و محتوای خود را مشخص، و شرایط اجرای خود را تعیین کنند.

در برابر موارد سکوت متن قطعنامه‌های مذکور، و به ویژه قطعنامه ۶۸۸ موردنظر مربوط به «مداخله بشردوستانه»، لازم می‌شود محتوا و شرایط آن را در پرتو اقداماتی که به منظور اجرای آن انجام گرفته است، قرارداد و بررسی کرد. نخستین و جدیدترین اقدامی که در دنباله و حتی می‌توان گفت در چارچوب اصل «مداخله بشردوستانه» صورت گرفته ایجاد «مناطق امن» است، که به نوبه خود پدیده حقوقی جدیدی به شمار می‌رود.



یک مورد اجرای اصل: ایجاد «مناطق امن»^۸

در حالی که سیل آوارگان عراقی به مرزهای ایران و ترکیه هجوم آورده و بیش از یک میلیون نفر از آنان به خاک ایران پناه آورده بودند، کشورهای غربی بر اثر فشار افکار عمومی خود و سازمانهای بین‌المللی، و نیز درخواست دولتهای ایران و ترکیه، ناچار دست به اقداماتی ملموس و مؤثر در جهت جلوگیری از این فاجعه انسانی زدند. سوای کمکهای غذایی و پوشاکی و درمانی، که ضرورت داشت، این کشورها در صدد برآمدند که یک برخورد بنیادی با مسأله بکنند و با دخالت مستقیم خود در عراق، شرایطی را که موجب چنین وضعیتی شده بود تغییر دهند.

نخستین گام در این جهت را کشورهای عضو جامعه اروپا برداشتند. در حالی که هنوز دولت امریکا در مورد چنین اقدامی مردد بود و جیمز بیکر وزیر خارجه این کشور اظهار می‌داشت «ما هنوز آماده نیستیم پای خود را در سرایشب تندی که ما را به یک جنگ داخلی بکشاند بگذاریم»^۹، سران کشورها و دولتهای جامعه اروپا، در تاریخ ۸ آوریل

8. Zones de sécurité

۹. روزنامه لوموند، به تاریخ ۹ آوریل ۱۹۹۱.

۱۹۹۰ در یک جلسه فوق العاده در لوکزامبورگ گرد آمدند و به اتفاق هم تصمیم گرفتند که «مناطق امن» یا «مناطق غیرنظامی»^{۱۰} را در درون خاک عراق، تحت نظر سازمان ملل متحد، برای حفاظت از کردهای عراقی در شمال و شیعیان عراقی در جنوب این کشور به وجود آورند.

این تصمیم یک اقدام بی سابقه در تاریخ عملکرد حقوق بین الملل است. گرچه تا کنون چندین بار مناطق حفاظتی یا امنیتی، تحت نظر سازمان ملل متحد، در سایر نقاط جهان تشکیل شده بود ولی این مناطق همیشه در خاک دولتی بیطرف و بی تقصیر از فاجعه مورد نظر ایجاد می شد. مثلاً برای کمک به سیل آوارگان ویتنامی^{۱۱} «اردوگاههایی» در کشورهای اطراف - تایلند، مالزی، هنگ کنگ و... تشکیل شد که زیر نظر سازمانهای مختلف وابسته به سازمان ملل متحد، و به ویژه کمیساریای عالی پناهندگان، این مردم بی سرپرست و بی خانمان را پناه می دادند. برای اجرای این گونه طرحها موافقت کشور میزبان لازم بود، که معمولاً بر اثر ملاحظات بشردوستانه و شاید هم بیشتر برای کسب احترامی افزون تر در محافل بین المللی، موافقت دولتهای مورد نظر جلب می شد.

اما این بار، هدف آن بود که این مناطق امنیتی در خاک کشوری که مقصر اصلی این فاجعه بوده ایجاد گردد و رعایت حریم آن بر مقامات آن کشور تحمیل شود.

اگرچه سازمان ملل متحد چندین بار اظهار داشت که چنین اقدامی مستلزم موافقت رسمی دولت عراق می باشد، اما واضح است که این شرط به منظور حفظ ظاهر قانونی این اقدام بوده است. اظهارات طارق عزیز معاون نخست وزیر عراق در این باره، در دونطق مختلف با فاصله چند روز، گویای این واقعیت است که پاسخ مثبت دولت عراق بدان دولت تحمیل شده است: وی ابتدا اظهار داشته بود که ایجاد مناطق امن در داخل خاک عراق مداخله ای در امور داخلی این کشور به حساب می آید و از این جهت

10. Zones démilitarisées

11. boat-People

مخالف با قوانین بین‌المللی است؛ و در نطق دوم خود با لحنی کاملاً متفاوت تقاضا کرد که، در صورت ایجاد چنین مناطقی، لا اقل ناحیه نفتخیز کرکوک جزء این مناطق به شمار نرود.

البته، ضعف دولت عراق در این مورد بخصوص را می‌توان ناشی از شکست نظامی آشکار آن کشور در جنگ اخیر خلیج فارس دانست اما اینکه اگر در آینده بار دیگر نیز چنین اقدامی از طرف جامعه بین‌المللی صورت گیرد، موافقت دولت مورد نظر چه تأثیری می‌تواند داشته باشد، چون هنوز سابقه اجرایی وجود ندارد، نمی‌توان اظهارنظری قاطع کرد. با این حال، به نظر می‌رسد در صورت لزوم از طریق فشارهای سیاسی و اقتصادی، و حتی نظامی، چنین موافقتی قابل کسب باشد یا اینکه لا اقل مشکل لاینحلی به شمار نرود.

□

بدیهی است که اصل «مداخله بشر دوستانه» راه را برای چنین طرحی گشوده است و باعث گردیده روح تازه‌ای در کالبد حقوق بین‌الملل در زمینه اجتناب از کشتار و سرکوبی مردم غیرنظامی و بیگناه، که اغلب منجر به آوارگی آنان می‌گردد، دمیده شود.

مبتکر طرح ایجاد مناطق امن، دولت انگلستان بوده است. جان میجر نخست‌وزیر این کشور، در جلسه فوق‌العاده کشورهای جامعه اروپا در لوکزامبورگ، پیشنهاد کرد تا از سازمان ملل متحد دعوت شود که، به منظور خاتمه دادن به کشتار مردم عراق توسط رژیم بعث، مناطقی تحت نظارت خود در شمال عراق برای کردها و در جنوب این کشور برای مسلمانان شیعه به وجود آورد. و این پیشنهاد توسط یازده دولت دیگر جامعه اروپا به تصویب رسید. که البته فقط مورد اول، یعنی تعیین مناطق امن برای کردها در شمال، به اجرا در آمد.

فرانسوا میتران، در تأیید این پیشنهاد اظهار داشت که حاکمیت

دولت عراق در اثر این اقدام از وی سلب نخواهد شد، اما «اجرای این حاکمیت، تا زمانی که منطقه امن برقرار باشد، عملاً محدود خواهد شد»^{۱۲}.

احتمال عدم موافقت دولت عراق در جلسه فوق حتی مطرح نگردید، گویی هیچ یک از مقامات حاضر بدین موضوع اهمیتی ندادند. در کنفرانس های مطبوعاتی که در پایان جلسه تشکیل شد، احتمال توسل دوباره به زور برای به اجرا گذاشتن طرح مذکور - در صورت مخالفت دولت عراق - از طرف رئیس جمهوری فرانسه رد شد. بنابر اظهارات آقای ژاک پوس وزیر خارجه لوکزامبورگ، خواست دولت عراق برای خاتمه هرچه زودتر تحریمهای اقتصادی، این دولت را وادار خواهد ساخت که به این تقاضای جدید نیز پاسخ مثبت دهد.

در اجرای این امر، دولت عراق و سازمان ملل متحد در تاریخ ۱۹ آوریل ۱۹۹۱ برای ایجاد مراکزی جهت استقبال و کمک به آوارگان به توافق رسیدند. به دنبال آن، نیروهای امریکایی، فرانسوی و انگلیسی به ترتیب وارد شمال خاک عراق شده و مناطق مناسب برای تأسیس اردوگاهها را تحت کنترل خود در آوردند و مشغول فراهم ساختن زمینه برای فعالیت سازمان ملل متحد و سازمانهای وابسته به آن شدند.

و اینچنین، ضرورت اقدامی بشردوستانه و لزوم ایجاد یک نظام حقوقی بشردوستانه برای یاری رساندن به مردمی که در نقاط مختلف جهان در معرض خطر قرار می گیرند بر حاکمیت دولتها، که ظاهراً اصلی تزلزل ناپذیر در زندگی بین المللی به حساب می آید، ارجح شناخته شد.

آیا این آغاز عصر نوینی در نظام بین المللی است؟ آیا این امر را می توان به عنوان شکاف در سدی که همیشه مانع از عبور حقوق بشردوستانه به داخل کشورها بوده، تلقی کرد؟ برای جواب دادن به این سؤال لازم است

۱۲. روزنامه لوموند، به تاریخ ۱۰ آوریل ۱۹۹۱.

رابطه میان اصل «مداخله بشردوستانه» را با اصل «عدم مداخله در امور داخلی کشورها»، که اساس نظام فعلی جامعه بین‌المللی را تشکیل می‌دهد، بررسی کنیم.



برخورد دو اصل

«عدم مداخله» و «مداخله بشردوستانه»

حمایت بین‌المللی مؤثر از حقوق بشر به طور خاص و حقوق اقوام به طور عام مستلزم احساس مسئولیت دسته‌جمعی دولتها و جامعه بین‌المللی است؛ اما اقداماتی که در جهت تحکیم این حقوق در سطح جهانی انجام می‌گیرد به طور اجتناب‌ناپذیری با اصل «عدم مداخله در امور داخلی کشورها»، که یکی از مهمترین اصول همزیستی بین‌المللی است، مواجه می‌شود. بنا بر این واقعیت، قطعنامه ۶۸۸ شورای امنیت، که بنیانگذار اصل مداخله اضطراری بشردوستانه است، یکی از قدیم‌ترین پایه‌های زندگی بین‌المللی را متزلزل ساخته است.

در این میان، سؤالی که مطرح می‌شود این است که چگونه می‌توان اصل «عدم مداخله در امور داخلی کشورها» را — چه به صورت انفرادی و یا دسته‌جمعی — که یک اصل ضروری سیاسی مافوق و تأمین‌کننده اساس استقلال یک کشور محسوب می‌شود با اصل «مداخله بشردوستانه» که یک اصل ضروری اخلاقی به منظور نجات جان هزاران زن و مرد و کودک است در یک چارچوب حقوقی سازش داد و برهم منطبق ساخت؟

متأسفانه این تضاد فیصله نیافته است و اختلاف بین عقاید علما و نظریاتی که در این باره ارائه شده هنوز ادامه دارد، بطوریکه نمی‌توان امروزه

حدود بین همکاری بین المللی در این زمینه و عدم مداخله را با قاطعیت و به طور روشن مشخص کرد.

البته، این سؤال ما را در سراسیابی قرار می‌دهد که به بحث مفصلی دربارهٔ مرز بین حقوق بین الملل و حقوق داخلی می‌کشاند. این بحث یکی از فصلهای مهم حقوق بین الملل عمومی را تشکیل می‌دهد و با توجه به حجم این مقاله و موضوع محدود آن، که ایجاب می‌کند از کلیات و بحث تئوری کمی فاصله بگیریم، فقط به این مطلب اشاره کرده و از وارد شدن در آن پرهیز می‌کنیم.



عقب‌نشینی اصل «عدم مداخله» طی سالهای اخیر

اصل عدم مداخله در بند هفتم از مادهٔ ۲ منشور سازمان ملل متحد ذکر گردیده و بدین صورت مفهومی حقوقی و بین‌المللی به خود گرفته است.

طبق مادهٔ مذکور «هیچ یک از مصوبات منشور حاضر به سازمان ملل متحد اجازه نمی‌دهد در اموری که اساساً به صلاحیت ملی یک کشور مربوط می‌شود، مداخله کند [...]».

پس از آن، اصل عدم مداخله با متنهای حقوقی دیگر تثبیت شده که این نشان‌دهندهٔ ضرورت رعایت چنین اصلی است. قطعنامهٔ ۲۶۲۱-۲۵ سازمان ملل در این باره می‌گوید:

«هیچ دولت یا گروهی از دولتها حق ندارد در امور داخلی یا خارجی دولت دیگر به طور مستقیم و غیرمستقیم، به هر منظوری که باشد، مداخله کند. در نتیجه، نه تنها مداخلهٔ نظامی بلکه هر شکل دیگری از مداخله یا هر تهدیدی که علیه شخصیت یک دولت یا علیه عناصر سیاسی، اقتصادی و فرهنگی آن دولت به عمل آید، مخالف با حقوق بین الملل است.»

در ادامه آن همچنین گفته شده است:

«هر دولتی حق غیرقابل انکار آن را دارد که نظام سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را، بدون هیچ گونه مداخله از طرف دولتهای دیگر، انتخاب کند.»

متن نهایی کنفرانس هلسینکی^{۱۳} نیز جای مهمی به اصل «عدم مداخله در امور داخلی»، و همچنین به «مساوات حاکم» و به «حقوق وابسته به حاکمیت» اختصاص می‌دهد.

علت اصلی — یا بهتر گفته شود سرمنشأ — قاطعیت متنهای حقوقی، ملاحظات سیاسی محسوب می‌شوند که به نوبه خود منجر به تحکیم چنین اصلی گشته‌اند: طی سالها، کشورهای سوسیالیستی و کشورهای جهان سوم شدیداً از این اصل، که برای آنان سپری در برابر کشورهای قدرتمند به شمار می‌رفت، دفاع می‌کردند و فرصتی را برای رجوع و استناد به آن از دست نمی‌دادند.

عقاید و نظریات درباره اصل «عدم مداخله»، و بخصوص عملکرد دولتها طی سالهای گذشته، بخوبی نشان می‌دهد که اصل مذکور آن قاطعیت را که در متنهای حقوقی از آن برخوردار می‌باشد، در عمل نسبتاً از دست داده است.

نخستین حملاتی که به خصوصیت برتر این اصل وارد آمد، از سوی مدافعان حقوق بشر صورت گرفت. این جریان فکری، که به کمک حقوقدانانی نظیر سرهرش لاترپاچت^{۱۴} قالب حقوقی به خود گرفت، مبتنی بر این عقیده بود که امور مربوط به حقوق بشر را نباید صرفاً امور «داخلی» تلقی کرد. این فرضیه، در تثبیت ادعای خود می‌توانست به رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلوناتراکسیون^{۱۵} تکیه کند که طبق

۱۳. کنفرانس درباره امنیت و همکاری در اروپا، اوت ۱۹۷۵.

14. Sir Hersh Lauterpacht

۱۵. Barcelona Traction. دیوان بین‌المللی دادگستری، دعوای بین بلژیک و اسپانیا، حکم به تاریخ ۵ فوریه ۱۹۷۰. ۱۹۷۰. p. 303-337. Annuaire Français de Droit International. 1970.

آن، بنا به نظر دیوان، بعضی تعهدات در زمینه حقوق بشر وجود دارند که طبعاً دارای ماهیت جهانی هستند و نفع همه دولتها از نظر حقوقی اقتضا می‌کند که این حقوق بنیادی^{۱۶} حفظ شوند.

عملکرد دولتها نیز اغلب با اصل عدم مداخله مغایرت داشته است. البته منظور ما در اینجا، با توجه به موضوع بحث، اقداماتی است که در جهت تحکیم حقوق افراد یا اقوام صورت گرفته است و نه موارد نقض اصل مذکور به منظور سلطه جویی نظامی یا سیاسی - که تعدادشان کم نیست - . بسیاری از دولتها، به ویژه دولتهای اروپای غربی - خواه صادقانه و خواه برای پوشاندن اهداف دیگر - ملاحظات بشردوستانه را در سیاست خارجی خود گنجانیده و سعی دارند، به عناوین گوناگون و اشکال مختلف (تحریم اقتصادی، فشار سیاسی، برگزاری تظاهرات، منع فروش سلاح و...)، بر دولتهایی که از رعایت این قواعد به طرز آشکار سرپیچی می‌کنند، فشار وارد آورند.

با توجه به عملکرد سازمان ملل متحد در می‌یابیم که، برخلاف آنچه تصور می‌رود، بند ۷ از ماده ۲ منشور به طور انعطاف‌پذیری مورد تفسیر واقع شده است. اقداماتی که در جهت حفظ حقوق بشر انجام گرفته است، بخوبی نشان می‌دهد که می‌توان روزهایی در اصل عدم مداخله، بدین منظور، گشود بی آنکه با بند ۷ ماده ۲ منشور تعارضی به وجود آید.

از آنجا که اصل «مداخله بشردوستانه» مولود حقوقی جامعه بین‌المللی است و هنوز متنهای حقوقی حدود آن را به طور دقیق مشخص نکرده‌اند، پس ضرورت دارد مطالعه آن را در پرتو روابط میان اصل «عدم مداخله» و «حقوق بشر» قرار دهیم و از تصمیمات متخذه و تجارب کسب شده در زمینه اجرای حقوق بشر در سطح بین‌المللی الهام بگیریم تا بلکه، براساس پیشرفتهایی که در این مورد تاکنون حاصل شده است، جایگاهی را برای این اصل نوین مشخص سازیم.

16. droits fondamentaux

قطعنامه‌های بسیاری در رابطه با اوضاع و احوالی که در آن حقوق بشر به طور آشکار نقض شده از طرف سازمان ملل متحد به تصویب رسیده است. بنا بر این قطعنامه‌ها، می‌توان نتیجه گرفت که اصل «عدم مداخله» در برابر اقدامات سازمان ملل در این زمینه عقب‌نشینی کرده است. این عقب‌نشینی در سه مورد مشخص شده است^{۱۷}:

۱. هنگامی که حقوق بشر در سرزمینهایی نقض می‌گردد که تحت سلطه یا استعمار دولتی قرار گرفته و یا توسط آن اشغال شده‌اند.

مجمع عمومی سازمان ملل در این مورد قطعنامه‌های متعددی به تصویب رسانده است: قطعنامه‌های مربوط به فلسطین اشغالی، رودزیا، نامیبیا و... این اقدامات براساس مسؤلیت ویژه سازمان ملل متحد بر «سرزمینهایی که مردم آن هنوز توسط خود اداره نمی‌شوند» یا سرزمینهای تحت قیمومت، انجام گرفته است.

۲. هنگامی که نقض حقوق بشر از اوضاعی ناشی می‌شود که صلح و امنیت بین‌المللی را در معرض خطر قرار می‌دهد.

این مورد خصوصاً ناظر بر وضع افریقای جنوبی در جهت خاتمه دادن به نظام آپارتاید در کشور بوده است.

۳. هنگامی که نقض حقوق بشر چنان جنبه‌ای به خود می‌گیرد که دیگر سکوت جامعه بین‌المللی، از لحاظ اخلاقی و انسانی، قابل تحمل نیست و دخالت آن جامعه برای خاتمه دادن به چنین وضعیتی الزامی تلقی می‌شود.

در موارد مذکور، حقوق بشر به قلمرو صلاحیت انحصاری دولتها پای می‌نهد، و اینچنین اصل «عدم مداخله» که سالهای سال، علی‌رغم نقضهای فراوان، یکی از عوامل وجود حداقل نظامی در روابط بین‌المللی به شمار می‌رفت - و هنوز هم چنین است - امروزه، در بعضی موارد، به صورت مانعی برای حفظ همین نظم درآمده و لازم است روزه‌هایی در

17. Droit International public: H. Thierry, J. Combacau, S. Sur, L. Jalleé - éditions Montchrestien- 1986.

آن ایجاد کرد. اصل «مداخله بشر دوستانه» نیز یکی از این روزنه هاست.



تعیین حدود و شرایط اجرای اصل «مداخله بشر دوستانه»

در مقایسه با اوضاع ناشی از بحران اخیر خلیج فارس و مداخله جامعه بین المللی در عراق به منظور جلوگیری از کشتار مردم این کشور با وضعیت شرح داده شده در دو مورد مذکور در فوق (۳ و ۲)، متوجه می شویم که این اوضاع کاملاً بر یکدیگر تطبیق می کند.

نویسندگان قطعنامه ۶۸۸ نیز چنین نتیجه گیری کرده اند زیرا متن قطعنامه، در تشریح اوضاع عراق و توجیه اقدامات مورد نظر، صریحاً به این دو وضعیت فوق العاده اشاره کرده است:

«شورای امنیت،

با آگاهی به وظایف و مسؤولیتهای خود بر طبق منشور ملل متحد در مورد حفظ صلح و امنیت بین المللی^{۱۸}؛ (مقایسه با مورد شماره ۲)

....

با نگرانی عمیق از سرکوبی مردم غیرنظامی عراق [...] که موجب حرکت انبوهی از پناهندگان به طرف مرزهای بین المللی گشته و از این راه موجب تجاوزهای مرزی که صلح و امنیت بین المللی در منطقه را به خطر انداخته، شده است؛ (مقایسه با مورد شماره ۲)

[و] عمیقاً تحت تأثیر شدت درد و رنج مردم [عراق] (مقایسه با مورد شماره ۳)

....

با توجه به مراتب فوق، شورای امنیت دستورالعملهای خود را در

. برای تعریف «حفظ صلح»، رک. دکتر هدایت الله فلسفی: «شورای امنیت و صلح

جهانی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸، پاییز- زمستان ۱۳۶۹، صص ۳۳-۱۰۴.

ادامه ابلاغ می‌کند.

پس بنابراین، در وهله اول، این طور به نظر می‌رسد که اصل «مداخله بشردوستانه»، از آنجا که اجرای آن مستلزم وجود شرایط خاص و پیش‌بینی شده برای اجرای حقوق بشر در سطح بین‌المللی است، در چارچوب این حقوق جای گرفته و آن را تکمیل کرده است.

اما اگر به خصوصیات حقوق بشر بنگریم متوجه می‌شویم که حفظ و رعایت آن در سطح بین‌المللی اغلب از طریق فشارهای گوناگون بر دولتهای متجاوز میسر گشته است، ولی آنها را وادار به رفتار مساعدتری در این زمینه نمی‌کند. حال اینکه اصل «مداخله بشردوستانه» - همان طور که از اسم آن پیداست - مستلزم «مداخله» است؛ یعنی اقدامی که از طریق آن دولتی را، علی‌رغم مخالفت او، به این امر که قواعد بشردوستانه را رعایت کند وادار می‌سازد. از این جهت، اصل «مداخله بشردوستانه» در مرحله اجرا از حقوق بشر - به معنای خاص کلمه - فراتر رفته و می‌توان آن را از سایر اصول این حقوق خاص تمیز داد و در حاشیه حقوق بشر گنجانید، و از آنجا که این دورشته از حقوق اهداف مشابهی را دنبال می‌کنند، کل این اصول و قواعد را در مجموعه وسیع‌تری که «حقوق بشردوستانه» باشد جای داد.

در پایان این بحث، سعی می‌کنیم شرایط خاص اجرای اصل «مداخله اضطراری بشردوستانه» را با تکیه بر متن دقیق قطعنامه ۶۸۸ تعیین نماییم، که این شرایط در واقع معیارهای مشخص‌کننده مرز میان اصل مذکور و اصل «عدم مداخله» به شمار می‌رود.

بنا بر متن قطعنامه ۶۸۸، این معیارها عبارتند از:

۱. ملاحظات امنیتی و حفظ صلح در منطقه

وضعیت موجود عراق در آن زمان و سرازیر شدن سیل آوارگان آن کشور به سوی خاک ایران و ترکیه، موجب اغتشاش در مرز این دو کشور

شده بود و علاوه بر آن، به علت غیرممکن بودن کنترل مرزها در آن شرایط، مسائل امنیتی داخلی نیز مطرح می‌گردید.

۲. ملاحظات صرفاً بشردوستانه (یا به عبارت وسیع‌تر، اخلاقی)

رفتار غیرانسانی دولت عراق نسبت به معارضین و نیز تمام مردم شمال و جنوب این کشور، و وضعیت دردناک و تأسف انگیز این مردم بیگناه و بی‌خانمان، جامعه بین‌المللی را وادار کرد تا از خود واکنش نشان دهد و به این مردم یاری رساند.

۳. خصوصیت اضطراری اوضاع

اکثر مواد قطعنامه بر ضرورت و فوریت این اقدامات تکیه کرده‌اند («از عراق می‌خواهد... هرچه زودتر...») — بند ۲ — «که عراق دسترسی فوری سازمانهای بشردوستانه بین‌المللی را... فراهم سازد» — بند ۳ — «از دبیرکل تقاضا می‌کند که... گزارش فوری دهد...» — بند ۴ — «همچنین از دبیرکل تقاضا می‌کند... برای مقابله فوری با احتیاجات اساسی پناهندگان...» — بند ۵ —).

بنابراین، می‌توان چنین نتیجه گرفت که اگر وضعیت اضطراری مطرح نبود و عامل زمان می‌توانست علاجه برای حل مسأله باشد، مداخله بشردوستانه دیگر ضرورتی پیدا نمی‌کرد.

۴. درخواست کشورهای منطقه یا ذینفع در این مداخله

به نظر می‌رسد که چنین درخواستی از طرف دولتهای ذینفع، با اینکه شرط عمده اجرای اصل به شمار نمی‌رود، لااقل راه را برای آن هموار می‌سازد. متن قطعنامه در توجیه تصمیمات خود چنین ذکر می‌کند:

«با توجه به نامه‌های فرستاده شده از طرف نمایندگان دائم ترکیه و جمهوری اسلامی ایران در سازمان ملل متحد، در تاریخ به ترتیب ۲ آوریل و ۴ آوریل ۱۹۹۱».

و اینچنین، درخواستها را جزء اساس اقدام خود تلقی کرده است.

۵. لزوم حفظ تمامیت ارضی دولت مشمول مداخله

مداخله اضطراری بشردوستانه نباید بهانه‌ای برای سلب دائم اختیارات یک دولت حاکم نسبت به قلمرو ارضی آن باشد. بنابراین، مناطق امنی که در درون خاک عراق به منظور حفاظت از مردم تحت ستم این کشور ایجاد شده، اگرچه تحت کنترل نیروهای خارجی است که زیر نظر سازمان ملل عمل می‌کنند اما، لااقل از لحاظ نظری، جزء حاکمیت ارضی عراق به حساب می‌آید.

با الهام گرفتن از روح چنین شرطی، می‌توان از آن نتیجه گرفت که اصل مداخله بشردوستانه نباید عاملی برای سلطه‌گری یا استعمار یک کشور تلقی شود.

۶. خصوصیت موقتی بودن مداخله

متن قطعنامه ۶۸۸ درباره مدت مداخله سکوت کرده است. اما از آنجا که این مداخله به منظور خاتمه دادن به وضعیت ویژه‌ای که اقدام بشردوستانه‌ای را ایجاد می‌کند پیش‌بینی شده است، بنابراین، انتظار می‌رود هرگاه اهداف مورد نظر تحقق یابد، یا به عبارت دیگر، هرگاه احساس شود که دیگر خطری امنیت مردم ستمدیده را تهدید نمی‌کند و یا تصمیمات کافی در این باره گرفته شود بطوریکه دیگر موجبی برای چنین مداخله‌ای وجود نداشته باشد، در این صورت، دولت حاکم اختیارات خود را که موقتاً از او سلب شده است، باز می‌یابد. بدیهی است برای اجتناب از

سوء استفاده هر دو طرف، نظارت شورای امنیت در تعیین مدت ادامه
مداخله بشردوستانه، الزامی است.^{۱۹}

۷. نظارت شورای امنیت سازمان ملل متحد

نقش اساسی که به شورای امنیت واگذار شده، تضمینی برای
اجرای صحیح اصل به شمار می‌رود. این نقش در همه مراحل اجرای اصل
مشاهده می‌شود:

- تهیه قطعنامه‌ای که کشور ستمگر را رسماً محکوم کند و صدور
اجازه برای اقدامات لازم جهت جلوگیری از فاجعه؛
- نظارت بر جریان اقدامات و اجرای صحیح آنها؛
- تغییرات احتمالی در نحوه اقدام؛
- تعیین مدت اقدامات و خاتمه آنها.

با این مقدمات و با توجه به تحولاتی که اخیراً در روابط بین‌المللی
پدید آمده و تغییرات موضعی اعضای دائم شورای امنیت که منجر به
همکاری بیشتر قدرتها شده است، می‌توان به آثار آینده این اصل امیدوار بود.

● نتیجه‌گیری

به گفته رولان دوما، وزیر امور خارجه فرانسه، حقوق بین‌الملل
می‌باید «فرضیه حق مداخله را در خود بپذیرد»، و می‌توان در این زمینه
امیدوار بود که تحولی در حقوق بین‌الملل صورت گیرد. امروزه اکثریت
روشنفکران و مدافعان حقوق ملتها در برابر دولتها، و در میان آنان به ویژه
حقوقدانان، نسبت به این امر نظر موافق دارند.

۱۹. تورگوت اوزال، رئیس جمهور ترکیه، خواستار اقامت دراز مدت نیروهای خارجی، به ویژه
امریکایی، در خاک عراق شده است.

هنوز از آغاز عملیات در عراق دیری نگذشته که جامعه اروپا بار دیگر قدم تازه‌ای در این راه برداشته است. این بار پارلمان اروپا با انتشار قطعنامه‌ای به تاریخ ۱۶ مه ۱۹۹۱ (۷۰/۲/۲۶)، در رابطه با وقایع اخیر سودان، وضعیت مردم این کشور را همانند وضعیت کردهای شمال عراق دانسته و همانند مورد عراق خواستار دخالت در امور داخلی سودان به منظور جلوگیری از اقدامات خشونت‌آمیز دولت این کشور شده است. به نقل از خبرگزاری فرانسه از استراسبورگ، قطعنامه مذکور تأکید کرده که در مورد سودان، «به اتخاذ تدابیر بین‌المللی فوری حتی به رغم میل دولت سودان [!] نیاز است»^{۲۰}. پارلمان اروپا عمل خویش را به علت اشکالتراشی دولت خارطوم در راه کمک‌رسانی به مردمی که در معرض گرسنگی قرار دارند، توجیه می‌کند و اظهار می‌دارد که دولت مذکور «سیاستی را پیش گرفته که در صورت ادامه یافتن، منجر به نسل‌کشی خواهد شد»^{۲۱}.

گذشته از خطراتی که این‌گونه اقدامات می‌توانند در بر داشته باشند، نمی‌توان منکر آن شد که این نوآوری (اصل «مداخله بشردوستانه») نه تنها تحولی در قلمرو حقوق بین‌الملل به شمار می‌رود بلکه ماهیت آن را نیز تا حدی تغییر می‌دهد: گرچه دولت به عنوان موضوع عمده این حقوق باقی می‌ماند اما حقوق آن در موارد خاص و تحت شرایطی ویژه در برابر حقوق اقوام و ملل کاهش می‌یابد و به تدریج انتظار می‌رود که در آینده فرد به طور انفرادی و ملت به طور دسته‌جمعی نقش مهمتری در کنار دولتها در این حقوق ایفا کنند.

از طرف دیگر، انتظار می‌رود چنین تحولی مورد پسند پاره‌ای از دولتها، که در قلمرو خود با اقلیتهایی درگیر هستند، واقع نگردد و از این جهت از تثبیت اصل مداخله بشردوستانه استقبال لازم را به عمل نیاورند.

۲۰. روزنامه اطلاعات، به تاریخ ۷۰/۲/۲۸.

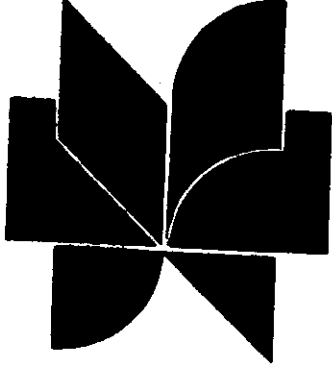
۲۱. همان.

بدیهی است اقلیها (قومی، مذهبی یا فرهنگی) از این پس از ابزار حقوقی مؤثرتری برخوردار می‌شوند. به این دلیل، برای جلوگیری از نگرانی دولتها و ممانعت از سوء استفاده‌هایی که ممکن است از اصل دخالت بشردوستانه صورت گیرد، سازمان ملل متحد بر خصوصیت فوق العاده عمل خود، که فقط براساس وضعیتی خاص انجام می‌شود، تکیه می‌کند. ولی در هر حال، دگرگونی اخیر جو سیاسی بین المللی و سیر افکار عمومی جهانی، این تحول را ایجاب و اجتناب ناپذیر کرده است.

به قول یک ضرب المثل فرانسوی: «بدبختی بعضیها موجب خوشبختی دیگران می‌شود». فاجعه ای که بر سر مردم عراق آمد چنین تحولی را، علی رغم خواست این مردم ستمدیده، پایه ریزی کرده و گام بلندی در راه تثبیت آن برداشته است که شاید در آینده مردم دیگری از چنین سرنوشت دردناکی برکنار نگاه داشته شوند.

اما آیا برای پیشرفت حقوق بین الملل در جهت دفاع از حقوق بشر یا حقوق بشردوستانه، باید چنین بهای گزافی پرداخت؟





پنجش

ترجمہ





آنتونیو کاسسه

ANTONIO CASSESE

ترجمه

دکتر محمد علی اردبیلی

جامعه بین المللی

و

کشتار جمعی

• آقای آنتونیو کاسه استاد مؤسسه دانشگاهی اروپا در فلورانس و رئیس کمیته اروپایی پیشگیری از اعمال شکنجه است. مقاله ایشان در مجموعه مقالات زیر به چاپ رسیده است و ترجمه آن به منزله تأیید تمام نظریات مؤلف نیست:

Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement; Mélanges Michel Virally. Paris, éd. Pedone, 1991.

به مناسبت چهارمین سالگرد کشتار
مردم حلبچه در فروردین ۱۳۶۷

کشتار جمعی در گذشته

هر چند چنانکه می دانیم اصطلاح «کشتار جمعی»^۱ را رافائل لومکن^۲ در ۱۹۴۴ برای نشان دادن سفاکیهای نازی ها در اروپا ابداع کرد، ولی یقیناً این پدیده به دوران امروز تعلق ندارد. از زمانهای بسیار قدیم، نابود ساختن گروههای قومی، نژادی یا دینی عملی شایع به شمار آمده و به ترتیب با یکی از این سه عامل مرتبط بوده است: جنگهای فاتحانه که پیامد همیشگی آن قتل عام مردم سرزمینهای مُسخر بوده است، دین که اغلب نابودی گروههای دینی رقیب را برحق دانسته است، و عامل سوم تفوق استعماری قدرتهای اروپایی در امریکای لاتین، آسیا و افریقا تا همین اواخر

1. génocide
2. Raphael Lemkin

است که فرصت یا علت انهدام کامل اقوام یا مردمان بومی بوده است. با این همه، هولناک‌ترین و سازمان‌یافته‌ترین قتل‌عامها نظیر کشتار ارمنیان در سالهای ۱۶-۱۹۱۵ به دست ترک‌ها، قتل‌عام یهودیان و کولی‌ها در سالهای ۴۵-۱۹۳۹ به دست نازی‌ها در این قرن رخ داده است. مهمترین دلایل تاریخی و خصوصیات متمایز این کشتار برای ما روشن است. من در اینجا به اختصار به ذکر این نکته اکتفا می‌کنم که واکنش جامعه بین‌المللی در قبال کشتار نخست یعنی کشتار ارمنیان بسیار خون‌سردانه و تردیدآمیز، و برعکس در مورد آلمان و قتل‌عام یهودیان چنانکه می‌دانیم بسیار شدید بود. سران جنایتکار نازی پس از جنگ محاکمه و مجازات شدند. دولت آلمان به مقیاس وسیعی از هم فروپاشید، سپس با تصویب یک معاهده بین‌المللی که هدف آن جلوگیری از تکرار این گونه فجایع بود دولتها بر آن شدند که به چنین کشتارهایی پایان دهند. پذیرش قرارداد ۱۹۴۸ در مجمع عمومی سازمان ملل حاصل این تلاش به شمار آمد.



قرارداد ۱۹۴۸ در باره کشتار جمعی:

نقاط قوت و ضعف

این قرارداد که در سالهای ۴۸-۱۹۴۶ به دنبال فشار گروههای یهودی و نیز کلاً به عنوان واکنشی در برابر تنفر و انزجار ناشی از وجود اتاقهای گاز شکل گرفت بر مبنای توافق کامل قدرتهای بزرگ تدوین شد. این قرارداد می‌بایست حربه برنده‌ای برای مقابله با کشتار جمعی تلقی می‌شد. «پدرخواندگان» این قرارداد با تدوین آن تصور می‌کردند نقطه عطفی در تاریخ بشر ترسیم نموده‌اند. لیکن چنین نبود. در واقع، این متن هنجاری

که انسانها و کشورهای بسیاری به آن امید بسته بودند عاقبت بایک شکست تقریباً کامل مواجه شد. چرا؟

چنانکه می دانیم قرارداد ۱۹۴۸ مقرر می دارد که کشتار جمعی جنایتی بین المللی و مستوجب مجازات است، خواه در زمان صلح ارتکاب یابد، خواه در زمان جنگ. کشتار جمعی در این قرارداد تعریف شده است. قرارداد همچنین کسانی را که به اتهام اعمال کشتار جمعی مستحق مجازاتند و نیز کسانی را که وظیفه اجرای مجازات به عهده آنهاست مشخص کرده است. کشتار جمعی در این قرارداد به قتل و اعمال دیگری که به منظور نابودی اعضای گروههای «ملی، قومی، نژادی یا دینی» صورت می گیرد تعریف شده است.

چنانکه از این تعریف برمی آید، قرارداد ۱۹۴۸ نابود ساختن گروههای سیاسی و فرهنگ کشی جمعی^۳ را در حکم کشتار جمعی به شمار نیاورده است. با این همه، به نظر نمی رسد که خلأ موجود نقص و محدودیت عمده این قرارداد تلقی شود. تنگناهای واقعی این قرارداد را می توان در دو حد ترسیم کرد:

نخست، ضرورت احراز سوء نیت یعنی «قصد نابود ساختن یک گروه» اجتماعی به عنوان عنصر اساسی جرم کشتار جمعی.^۴ طبعاً این شرط گریزگاه آسانی برای فرار دولتها فراهم می سازد، زیرا دولتها همواره ارتکاب کشتار جمعی را به علت فقد قصد خاص انکار می کنند، چنانکه ترکیه در ۱۹۸۵ در باره قتل عام ارمنیان در سالهای ۱۶-۱۹۱۵، برزیل در ۱۹۶۹ در مورد نابودی بومیان این کشور و پاراگوئه در ۱۹۷۴ برای رد اتهام کشتار گروه قومی گایاکیس ها^۵ (آشه)^۶ یا انکار رضایت تلویحی به کشتار مزبور جملگی به این دستاویز متوسل شدند.

3. génocide culturel

۴. برای تفصیل بیشتر به مقاله مترجم با عنوان «کشتار جمعی» در مجله حقوقی، شماره یازدهم،

پائیز-زمستان ۶۸ مراجعه کنید.

5. Guayakis

6. Achés

تنگنای دیگری را که حقیقتاً باید بخشش ناپذیر شمرد، ناکارایی مطلق سازوکارهای (مکانیسم) تضمین اجرای قرارداد است، یعنی همان سازوکارهایی که باید حفظ و رعایت ممنوعیتهای قرارداد را تأمین کند. چه کسی باید عاملان کشتار جمعی را به کیفر برساند؟ چه کسی می‌تواند علیه دولتی که در قلمرو آن کشتار جمعی ارتکاب یافته و نسبت به آن واکنش نشان نمی‌دهد اعلام جرم کند؟ به طور خلاصه قرارداد ۱۹۴۸ سازوکار چهارگانه‌ای را به این شرح پیش‌بینی کرده است:

۱. رسیدگی به جرم در دادگاههای کشوری که در خاک آن اعمال کشتار جمعی ارتکاب یافته است. آشکار است که این تضمین کاملاً افلاطونی و آرمانی است. چه، معمولاً کشتار جمعی به دست زمامدارانی که خود در مسند قدرت هستند یا با رضایت آنان صورت می‌گیرد و اینان قادرند به آسانی مساعی دادگاهها را «خنثی» کنند.

۲. رجوع به یک دیوان جنایی بین‌المللی. متأسفانه چنانکه قابل پیش‌بینی بود چنین مرجعی هرگز تأسیس نشد.

۳. رجوع به «مراجع صالح سازمان ملل متحد» به منظور اتخاذ تدابیری که در منشور سازمان پیش‌بینی شده است. در واقع، این شیوه تکرار ناسودمند همان چیزی است که می‌توان از منشور استنباط کرد. بعلاوه، این مراجع فقط در حدود اختیاراتی که برای آنان شناخته شده می‌توانند مداخله کنند (برای مثال، اقدامات نظامی احتمالی علیه یک دولت مسؤول فقط زمانی به تصویب شورای امنیت می‌رسد که کشتار جمعی تهدیدی برای صلح و یا یک عمل تجاوزکارانه و یا نقض آشکار صلح به شمار رود و نیز پنج عضو دائم شورای امنیت بر آن توافق کنند).

۴. رجوع یکطرفه به دیوان بین‌المللی دادگستری؛ ولی چنانکه می‌دانیم این دیوان فقط به بررسی اعمال غیرقانونی احتمالی و محکومیت دولت مسؤول می‌پردازد، بی آنکه قادر باشد در اجرای این محکومیت احتمالی وسایل قهریه به کار برد. علاوه بر آن، تمام کشورهای سوسیالیستی با تصویب این قرارداد این حق را نیز برای خود قائل شده‌اند که دولتهای

متعاهد دیگر نمی‌توانند به طور یکطرفه آنان را به دیوان جلب کنند. دیوان نیز بعداً چنین شرطی را برخلاف مقتضای ذات عقد تلقی نکرد. در نتیجه، ضربه دیگری به سازوکار قضایی قرارداد که چندان هم قوی نبود وارد آمد (با این همه اخیراً بعضی از کشورهای سوسیالیستی این حق را از خود سلب کرده‌اند).

سؤال این است که چرا نظام تضمین‌کننده قرارداد از کارایی کمی برخوردار بوده است؟ پاسخ این است که اکثر دولتهای واضع قرارداد ترجیح داده‌اند در حصار حاکمیت ملی خود باقی بمانند تا در طلب مجازات عاملان جنایت هولناک برآیند. اینان خواسته‌اند در جهت وضع هنجارهای جدید گامی بردارند، بی آنکه گام بعدی و ضروری را که همانا پیشروی همانند در جهت کارایی بیشتر است برداشته باشند. با وجود نقاط قوت (تعریف مشروع کشتار جمعی، منع ارتکاب این جنایات در زمان صلح، کیفرپذیر بودن مقامات دولتها)، باید گفت قرارداد ۱۹۴۸ از بسیاری جهات یک «مشق سیاسی» است که زیاکاری عمیقی آن را تباه ساخته است.



پس از ۱۹۴۸

۱. گسترش در بُعد حقوقی

در طول سالهای پس از پذیرش قرارداد ۱۹۴۸، شکاف میان بُعد کاملاً هنجاری و بُعد عملی این قرارداد که پیشتر هم محسوس بود عمیق‌تر شد. پیشرفت در جهت «باید بودن» بسیار سریع بود، ولی در جهت عملی ساختن این «باید بودن»ها گامی برداشته نشد؛ حتی در موارد متعددی که کشتار جمعی به ثبوت رسید تماماً بدون کیفر ماند. برای ملاحظه بسط ابعاد

هنجاری قرارداد در آغاز باید لختی درنگ کنیم.

در این زمینه، پس از ۱۹۴۸ ما شاهد گسترش بسیار مهمی در سه بُعد بوده ایم. در ابتدا به یاری رویدادهای بی شماری (اعلامیه های دولتها، تصمیمهای دادگاههای ملی و غیره) رفته رفته قاعده ای کلی درباره کشتار جمعی نضج گرفت که کمتر حاصل پذیرش تدریجی قرارداد از طرف دولتها (که مع هذا تاکنون تعداد آنها به بیش از صد دولت متعاقد رسیده است) به شمار می آید. برطبق این قاعده تمام دولتها حتی دولتهایی که قرارداد را نپذیرفته اند در قبال یکدیگر متعهدند. در واقع، دامنه ممنوعیت کشتار جمعی که در این سند هنجاری با ضمانت اجرایی توأم است رفته رفته به طور «ذاتی» و بدون تأثیر خارجی به تمام موضوعات بین المللی گسترش یافته است. اکنون دیگر هیچ دولتی نمی تواند به استناد اینکه طرف قرارداد نیست ارتکاب اعمال کشتار جمعی را در قدرت خود بداند، زیرا به هر صورت ملزم به رعایت هنجار عمومی است. بنابراین، دیگر هیچ گریزگاهی برای دولتها متصور نیست و همه آنان باید به ممنوعیت کشتار جمعی احترام بگذارند. علاوه بر آن، این قاعده عمومی متضمن الزاماتی نسبت به همگان^۷ است؛ یعنی هر دولتی مکلف به ترک اعمال کشتار جمعی است، ضمن آنکه به هر دولت دیگری این حق را می دهد که خواهان منع کشتار جمعی شود. لذا هر موضوع دیگر حقوق بین الملل می تواند از دولت دیگر بخواهد که به اعمال کشتار جمعی مبادرت نکند یا دست کم به این اعمال پایان دهد. همه دولتهای جهان حق دارند آمرانه بخواهند که منع کشتار جمعی رعایت شود.

گام دومی که به پیش گذاشته شده این است که قاعده منع کشتار جمعی مرتبه والاتری نسبت به اکثر هنجارهای بین المللی کسب کرده است. این قاعده در زمره حقوق آمره^۸ درآمده است. بدین معنی که دو یا چند دولت متعاقد نمی توانند قانوناً در ضمن عقد قراردادی اعمال یا اقداماتی را به منظور کشتار جمعی شرط کنند. بنابراین، اساس قلمرو و اختیارات

7. erga omnes

8. jus cogens

قراردادی (یا «تقنینی») دولتها با مانعی گذرناپذیر محدود شده است. اگر دولتها در عین حال از این اختیار خود سود بجویند اعمال آنان باطل و بلااثر محسوب می شود. معنی آن این است که ارزشهای مورد تأیید این هنجار و دیگر هنجارهای حقوق آمره در مرتبه و الایی هستند و بر ارزشهای دیگری که هنجارهای بین المللی مؤید آنهاست برتری دارند.

سومین گام با وجودی که هنوز برداشتنی است لیکن پراهمیت است. بدین معنی که کشتار جمعی در شمار «جنایات بین المللی دولت»^۹ها درآمده و در صورت ارتکاب، اثر آن ممکن است واکنشی باشد متفاوت با آنچه در قبال ارتکاب اعمال نامشروع «عادی» یا جرم (نظیر نقض یک معاهده بازرگانی، بازداشت غیرقانونی یک بیگانه، نقض قواعد مصونیت‌های دیپلماتیک و غیره) ابراز می شود. در حالی که معمولاً فقط دولت «متضرر» می تواند در برابر این اعمال نامشروع از خود واکنش نشان بدهد و عموماً این واکنش به مطالبه جبران خسارت (مثلاً مطالبه ضرر و زیان یا دست کم درخواست قطع فوری عمل بزهکارانه) محدود می شود، در این موضوع تمام دولتها چنانکه گفته شد می توانند مداخله کنند و علاوه بر آن می توانند تدابیری که شامل مجازاتهای اقتصادی و یا مجازاتهای دیگری است به شرطی که مستلزم توسل به زور نباشد، خواه فردی یا خواه جمعی، اتخاذ کنند (مانند خودداری از شناسایی وضعیتی که به نحو غیرقانونی به وجود آمده است).

متأسفانه، اگر وقایع جامعه بین المللی را از نزدیک مدنظر قرار دهیم، درمی یابیم که نه تنها گامهای سه گانه ای که در جهت هنجارگزینی به پیش برداشته شده هیچ اثری برواقعیات نگذاشته بلکه خود قرارداد نیز بلا اجرا مانده است.

۹. در این باره رک. پی-رماری دوپوئی: «ملاحظاتی پیرامون جرم بین المللی دولت»، ترجمه آقای دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، «مجله حقوقی»، شماره سیزدهم، ۱۳۶۹، صص ۲۷۱ و بعد.



۲. موارد مختلف کشتار جمعی و واکنش جامعه بین المللی

پس از قبول قرارداد ۱۹۴۸، صحنه های دلخراش متعددی از کشتار جمعی در جهان دیده شده که تقریباً تمام آنها (و این را نباید یک اتفاق تلقی کرد) در جهان سوم بوده است.

در ۱۹۶۰ در کنگو ارتش ملی این کشور صدها نفر از افراد بالوبا^{۱۰} را در ایالت کازایی^{۱۱} جنوبی به هنگام بحران عمیق سیاسی داخلی به خاک و خون کشید. در ۱۹۶۵ و ۱۹۷۲ در بوروندی گروه اقلیت توتسی^{۱۲} که از لحاظ سیاسی مقتدر بودند، گروه هوتو^{۱۳} قوم اکثریت را قتل عام کردند و در ۱۹۶۵ سران این قوم تصفیه شدند و در ۱۹۷۲ بین صد تا سیصد هزار هوتو به قتل رسیدند. در ۱۹۷۱، در پاکستان شرقی ارتش این کشور مردمان بنگلادش کنونی را از دم تیغ گذراند. در ۷۴-۱۹۷۰ هزاران سرخ پوست آشه در پاراگوئه با همکاری رهبران این کشور کشته شدند. در ۷۸-۱۹۷۱ حکومت ایدی امین در اوگاندا هزاران نفر از افراد غیرنظامی را که در بین آنان تعداد بی شماری از مخالفان سیاسی و نیز افراد گروه های قومی (الکولی^{۱۴} و لانگو^{۱۵}) دیده می شدند به قتل رساند. این کشتار بدون تبعیض به گونه ای ارتکاب یافت که از آنچه کشتار جمعی به معنای اخص نام دارد فراتر رفت (هر چند به نظر من نمی توان ویژگی های کشتار جمعی را در این

10. Balubas
11. Kasai
12. Tutsi
13. Hutu
14. Alcholis
15. Langos

حادثه انکار کرد). بین سالهای ۱۹۷۵ و ۱۹۷۸ در کامبوج خمرهای سرخ طرفدار حکومت پل پوت حدود دو میلیون انسان را که در میان آنها گروههای قومی و دینی از جمله شمس‌ها^{۱۶} (اقلیت مسلمان) و کشیشهای بودایی دیده می‌شدند قتل عام کردند. تقریباً در همین سالها در ایران بعضی از پیروان فرقه بهایی مورد شتم قرار گرفتند و کشته شدند.^{۱۷} در ۱۹۷۴ نویسنده امریکایی ن. لوئیس^{۱۸} تأیید کرد که در طول دهه ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ برزیل به صورت مختلف، چه مستقیم و چه غیرمستقیم، به سیاست انهدام قبایل متعدد سرخ‌پوست ادامه داده است. در ۱۹۷۸ خبر از اعمال کشتار جمعی در گینه استوا داده شد. در ۱۹۸۲ در لبنان شبه نظامیان مسیحی فالانژبا معاونت ارتش اسرائیل در دو اردوگاه صبرا و شتیلا به قتل عام فلسطینی‌ها دست زدند. در ۸۸-۱۹۸۶ در سریلانکا، خشونت و اعمال کشتار جمعی علیه گروه تامول^{۱۹} به دست سنگالی‌ها (که به نوبه خود قربانی قتل عام تامول‌ها شدند) ارتکاب یافت. در ۱۹۸۸ در بوروندی بار دیگر کشتار هوتوها به دست توتسی‌ها تکرار شد. در همین سال، ارتش عراق به قتل عام کردها پرداخت و در اتحاد جماهیر شوروی کشمکشهای خونباری میان ارمنیان و آذری‌ها رخ داد که در چندین نوبت گروههای ارمنی به خاک و خون غلتیدند.^{۲۰}

حال، نوبت آن است که از خود پرسیم جامعه بین‌المللی در برابر موارد متعدد کشتار جمعی چه واکنشی از خود نشان داده است؟ متأسفانه این واکنش بسیار اندک بوده است. در مجموع، دونوع واکنش یکی از جانب دولتها و دیگری از جانب سازمان ملل متحد می‌توان تشخیص داد. نوع سومی

16. Chams

۱۷. دولت جمهوری اسلامی ایران همان زمان در ردّ این اتهام اعلام داشت که اعدام بعضی از پیروان بهاییگری نه به لحاظ تعلق فکری و اعتقادی به گروه و دسته خاص بلکه به دلیل خیانت به کشور و وابستگی به دولتهای بیگانه بوده است. (مترجم)

18. N. Lewis, "The Camp at Cecilio Baez", in R. Arens (ed.), *Genocide in Paraguay*, Philadelphia, Temple University Press, 1976, pp. 62-63.

19. Tamoul

۲۰. البته آذری‌ها نیز در این واقعه مصون نماندند. (مترجم)

هم باید به آن اضافه کرد و آن واکنشی است که در بعضی از کشورهایی که در قلمرو آنها اعمال کشتار جمعی ارتکاب یافته بروز کرده است.

در بین واکنشهای نوعاً بین‌المللی ضعیف‌ترین آن واکنشی بوده است که بعضی از دولتها و مراجع بین‌المللی با تأکید بر رعایت قرارداد ۱۹۴۸ در باره منع کشتار جمعی و یا هنجار عمومی به هنگام نقض جدی آن در بعضی از کشورها از خود نشان دادند. با این همه، استناد به این هنجارها اثر چندانی بر پایداری به دنبال نداشت، زیرا کشورهای دیگر این هشدار را «تحویل» نگرفتند و در نتیجه مرجع کنکاش که به بحث در این باره پرداخته بود بار بار از عهده خود ساقط کرد. من در اینجا چند مورد مشهور را یادآور می‌شوم و به یک مورد خصوصاً که اسناد کافی در دسترس بود یعنی کشتار جمعی بالوباها در ۱۹۶۰ می‌پردازم.

در ۹ سپتامبر ۱۹۶۰، شورای امنیت سازمان ملل متحد سرگرم بحث دربارهٔ مسألهٔ دشوار کنگو بود. همزمان با استقلال این کشور از بلژیک آتش جنگ داخلی که عمدتاً بیگانگان به آن دامن زده بودند شعله‌ور شده بود. در این جنگ، دونفر از رهبران این کشور یعنی کازا و بوا^{۲۱} رئیس‌جمهور و لومومبا نخست‌وزیر رودر روی یکدیگر قرار گرفته بودند. در ۱۲ ژوئیهٔ ۱۹۶۰ هردو آنها از سازمان ملل متحد درخواست کرده بودند که برای پایان دادن به کشمکش داخلی و اعادهٔ نظم و ثبات در کشور فوراً دخالت کند تا بدین ترتیب تلاشهای جدایی‌خواهانه را (که خاک کازایی جنوبی در کاتانگا را تهدید می‌کرد) خنثی سازند. در ماه اوت لومومبا نیروهای ارتش ملی کنگو (A.N.C.) را به خاک کازایی جنوبی که اعلام استقلال کرده بود گسیل داشت. نیروهای ارتش پس از آنکه با کوانگا^{۲۲} پایتخت این ایالت را اشغال کردند به مصادرهٔ خواربار و خودروهای مردم پرداختند تا خود را برای تصرف کاتانگا که جدایی طلب بود آماده کنند. ولی ارتشیان به این مقدار بسنده نکردند و دست به کشتار مردم بالوبا از اقوام

21. Kasavubu

22. Bakwanga

بومی زدند و زنان و کودکان را نیز به طرز فجیعی به قتل رساندند. دبیرکل سازمان ملل متحد، داگ هامرشولد، که بی درنگ از موضوع اطلاع یافته بود اظهار عقیده کرد که چنین اعمالی از مصادیق «شروع به کشتار جمعی» (a case of incipient genocide) تلقی می شود.^{۲۳}

با وجودی که پیش از آن جدلهای تندی دربارهٔ حدود حق مداخله نیروهای سازمان ملل متحد (ONUC) درگرفته بود و سرانجام تصمیم برآن شد که این نیروها نباید در امور داخلی کنگو مداخله کنند، هامرشولد عقیده داشت که منع مداخله نمی باید این گونه «تعبیر شود که در مورد کشتار بیهوده غیرنظامیان یا نبردهایی که از خصوصتهای قبیله ای مایه گرفته قابل اجراست»^{۲۴}، لذا در ۲ سپتامبر به نمایندهٔ خود در کنگو دستور داد تا از وزیر امور خارجهٔ این کشور بومبوکو^{۲۵} قویاً بخواهد تا همهٔ مساعی خود را برای نظارت بر ارتش در کازایی و مجازات آن به کار گیرد. علاوه بر آن، به نیروهای نظامی سازمان ملل متحد اجازه داد تا به قتل عام مردم خاتمه دهند و در صورت لزوم به زور متوسل شوند. بعداً در چهارمین گزارش خود به شورای امنیت دربارهٔ اقدامات «ONUC» و به طور مشروح دربارهٔ وضع کنگو، هامرشولد به شورای امنیت سفارش کرد که «در تأیید مفاد اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر و قرارداد پیشگیری و مجازات جنایت کشتار جمعی، اهمیت حمایت از حیات مردمان غیرنظامی را مورد تأکید قرار دهد. و این امر ممکن است موقتاً خلع سلاح واحدهای نظامی را که در اوضاع و احوال فعلی مانعی برای اجرای قانون و برقراری نظم عمومی در جهت مصالح مردم و ثبات کشور به شمار می روند ضروری سازد»^{۲۶}. در ۹ سپتامبر هامرشولد برای گزارش شفاهی و تشریح پیشنهادهای خود در شورای امنیت حاضر شد و ضمن آن صریحاً به قتل عام بالوباها استناد کرد. پس از آنکه یادآور شد صدها تن از مردمان این قبیله به دست ارتش ملی کنگو کشته شده اند و

23. Voir B. Urquhart, *Hammar skjöld*, New York, Knopf, 1972, p. 438.

24. Voir Urquhart, op. cit., p. 441.

25. Bomboko

26. Voir Doc. O.N.U. S/4482, par. 12.

دهکده‌های آنان به آتش کشیده شده است هامرشولد چنین ادامه داد: «به وضوح، این اعمال را نمی‌توان تنها رویدادهایی ناشی از برخورد‌های سیاسی داخلی تلقی کرد بلکه این اعمال آشکارترین موارد نقض حقوق ابتدایی بشر و دارای خصیصه جنایت کشتار جمعی است. چه، به نظر می‌رسد که هدف آن نابود ساختن یک گروه قومی معین یعنی قبیله بالوبا بوده است»^{۲۷}.

چنانکه ابی صائب خاطر نشان کرده است^{۲۸}، با توجه به انتقادهای تندی که در روزهای پیش از آن لومومبا و اتحاد جماهیر شوروی به شخص دبیرکل وارد ساختند (او را متهم کردند که می‌خواسته است نیروهای سازمان ملل را علیه حکومت مرکزی کنگو مداخله دهد) ناگزیر هامرشولد مناسب دید لحن خود را به ترتیبی در مورد اتهام کشتار جمعی ملایم‌تر کند. بدین گونه، چشم خود را بر مسؤولیتهای «ارتش ملی کنگو» بست و به جای آن قتل عام مردم را به نظامیانی که منفرداً به این اعمال دست زده‌اند نسبت داد. نتیجتاً نظر خود را چنین بیان کرد: «دلایلی در دست است که نشان می‌دهد سربازان از اطاعت فرماندهان سرپیچی کرده‌اند و در نتیجه فرماندهان نتوانسته‌اند بر اعمال آنان نظارت کنند. اعزام این دسته‌ها به منطقه (کازایی) به هر دلیلی که باشد و هر نقشی که خواسته باشند در عرصه کشمکشهای داخلی به آنان بدهند، مسلم است که با ترک انضباط و همین که مقامات ارتش نظارت خود را از دست دادند دیگر نمی‌توان آنان را ابواب جمعی یک ارتش مسؤول قلمداد کرد»^{۲۹}.

سپس در خصوص وظیفه سازمان ملل متحد در موارد قتل عام، با طرح یک سؤال و به قصد ایجاد تعهد و گذاشتن بار مسؤولیت تصمیم‌گیری بر عهده شورای امنیت اضافه کرد: «آیا باید بر این گمان بود که وظیفه سازمان

27. Voir Conseil de sécurité, Documents officiels, 896 séance, 9-10 Septembre 1960, S/PV. 896, par. 101.

28. G. Abi-Saab, The United Nations Operation in the Congo 1960-1964, Oxford University Press, 1978, p. 58.

29. Conseil de Sécurité, Documents officiels, cit., 102.

ملل متحد به حفظ بیطرفی کامل درمخاضات داخلی و در کمک به حکومت مرکزی بدین معنی است که سازمان ملل متحد نمی‌تواند در چنین مواردی (قتل عامها) به عمل دست بزند؟»^{۳۰}.

پاسخ شورای امنیت به این سؤال خاص متأسفانه مثبت بود؛ نیروهای سازمان ملل متحد باید از مداخله اجتناب کنند. با اینکه راه حل پیشنهادی دبیرکل از لحاظ سیاسی بسیار زیرکانه بود - زیرا وقتی گفته شد بعضی از نظامیانی که عامل کشتار جمعی بودند جزء ارتش محسوب نمی‌شوند، یعنی وقتی ارتش و فرماندهان آن از مسؤلیت مبرا شدند، راه برای مجازات مسؤلان کشتار جمعی به عنوان جنایتکاران ساده همانند اشخاص معمولی که باید براساس قواعد حقوقی عادی هر دولت مستقل محاکمه شوند هموار می‌ماند - با وجود این، چنانکه گفته شد به پیشنهاد هامرشولد وقتی ننهادند. در واقع، شورای امنیت به تذکرات دبیرکل اهمیت نداد و در نتیجه دیگر هیچ اشاره‌ای به کشتار جمعی بالوباها نشد. عدم تفاهم قدرتهای بزرگ (ایالت متحده آمریکا و سایر کشورهای غربی از کازاوو بو و اتحاد جماهیر شوروی از لومومبا پشتیبانی می‌کردند)، اختلاف نظر لومومبا (و دولتهای بانفوذ سوسیالیستی) با هامرشولد، دشواریهای خاص اوضاع این کشور، ضرورت دستیابی به یک راه حل سریع برای درگیری، تازگی بحث درباره نقش نیروهای سازمان ملل متحد، همه این مطالب موجب شد تا مسأله کشتار جمعی از خاطره‌ها محو و به طاق نسیان سپرده شود.

بررسی واکنش بین‌المللی در سایر موارد کشتار جمعی که پس از ۱۹۴۸ به وقوع پیوسته است جای کمتری اشغال می‌کند. در ۱۹۷۱ چند کشور در شورای امنیت خصوصاً هند و اتحاد جماهیر شوروی به فاجعه قتل عام بنگالی‌ها به دست نیروهای ارتش پاکستان در منطقه‌ای که بعداً کشور بنگلادش در آن ایجاد شد اشاره کردند. با اینکه همیشه از «کشتار جمعی» آشکارا سخن به میان نمی‌آمد، ولی تذکار این جنایات هولناک نیز

30. Ibid.

ماهیتاً دلیل سیاسی داشت. مقصود این بود که مداخله ارتش هند را در این منطقه توجیه کنند و ایجاد یک کشور جدید را بحق جلوه دهند. کشتار جمعی صرفاً یکی از دلایلی بود که در جریان مباحثات سیاسی اقامه می شد. وضع نگران کننده دیگری نیز مزید بر علت شد: کشور بنگلادش تصمیم گرفته بود پاکستانی هایی را که به دست نیروهای هندی اسیر شده و در ضمن به کشتار جمعی متهم بودند به پای میز محاکمه فراخواند و در صورت لزوم به کیفر رساند. سپس به دلایل کاملاً سیاسی و دیپلماتیک از تصمیم خود عدول کرد و اتباع پاکستانی به کشورشان بازگردانده شدند تا همان طور که این کشور رسماً متعهد شده بود خود به محاکمه آنان بپردازد. ولی سرانجام این کشور نیز به عهد خود وفا نکرد.^{۳۱}

در مورد کامبوج نیز موضوع درخور توجه است. در ۱۹۷۹ وقتی جهانیان به قتل عام مردم به دست حکومت پل پوت پی بردند، کشورهای مختلف (کانادا، نروژ، انگلستان، ایالات متحده امریکا و استرالیا) مدارک مشروعی به کمیسیون فرعی سازمان ملل متحد برای پیشگیری از تبعیض و حمایت از اقلیتها تسلیم کردند و از کمیسیون دعوت نمودند تا به بحث درباره مورد جدی نقض حقوق بشر به وسیله حکومت پل پوت بپردازد. کمیسیون، در نهایت، گزارشی را به تصویب رساند که در آن حوادثی که در کامبوج اتفاق افتاده بود با عبارات «بی نظرانه» بیان شده بود بی آنکه سخنی از کشتار جمعی به میان آید. مسأله به همین جا پایان یافت. اتهام کشتار جمعی نیز که به زبان نماینده شوروی و ویتنام در ۱۹۷۹ به ترتیب در شورای امنیت و مجمع عمومی جاری شد و مجدداً از زبان نماینده ویتنام در

۳۱. از منابع کاملاً موثق خبر یافتیم که علی بوتو نخست وزیر پاکستان در آن زمان، به رهبران بنگلادش اطلاع داده بود که محاکمه نظامیان پاکستانی تأثیر روانی و سیاسی بدی در پاکستان پدید خواهد آورد و تلاش برای اعاده حکومت مردمی را که دقیقاً جزء مساعی بوتو به شمار می رفت به مخاطره خواهد افکند. پس از تردیدهای بسیار، مقامات بنگلادش صلاح خود را در این دیدند که به جای مجازات عاملان کشتار، با پاکستانی دمکراتیک طرف گفتگو باشند. بدین ترتیب تقاضای بوتو را پذیرفتند.

۱۹۸۰ در مجمع عمومی شنیده شد ظنی نداشت. بار دیگر این اتهام که انصافاً به نظر من بی وجه نبود تلاشی برای مشروع جلوه دادن مداخله ارتش ویتنام (متحد شوروی) در کامبوج تلقی شد و بدین ترتیب قتل عام مردم بدون کیفر ماند.

حال، شکل دیگری از واکنش بین المللی نسبت به اعمال کشتار جمعی را بررسی می‌کنم؛ یعنی موارد بسیار نادری که یک مرجع بین المللی در این باره اقداماتی انجام داده است. در مجموع به دو مورد می‌توان اشاره کرد. در ۱۹۷۷ در برابر سکوتی که سازمان ملل متحد نسبت به قتل عام سرخ‌پوستان آشه در پاراگوئه اختیار کرده بود، یکی از مراجع سازمان کشورهای امریکایی یعنی کمیسیون حقوق بشر کشورهای امریکایی قطعنامه‌ای به تصویب رساند که در آن توجه حکومت پاراگوئه به گزارشهای متعددی که دربارهٔ تعدیات این حکومت به سرخ‌پوستان آشه به کمیسیون رسیده بود جلب شده بود و از این کشور خواسته شده بود که اقداماتی برای حمایت از حقوق این قوم اتخاذ کند. چنانکه می‌بینیم سخن از کشتار جمعی به هیچ وجه نیست و حکومت پاراگوئه محکوم نشده است، مع هذا به نظر می‌رسد که بعداً حکومت پاراگوئه از ادامه قتل عام این قوم دست کشید.

«اقدام بین المللی» دیگری را که علیه کشتار جمعی تازگی داشت در قطعنامهٔ سازمان ملل متحد می‌توان ملاحظه کرد. در پی کشتار صدها فلسطینی در اردوگاههای صبرا و شتیلا، مجمع عمومی سازمان ملل متحد قطعنامه‌ای صادر کرد (قطعنامهٔ D ۱۲۳/۳۷ مورخ ۱۶ دسامبر ۱۹۸۲) که در آن با اشاره به قرارداد ۱۹۴۸ «این کشتار را به شدت تمام محکوم کرد» و «اعتقاد داشت» که این عمل «کشتار جمعی» بوده است. من در کتاب دیگری دودلی خود را نسبت به تصمیم مجمع عمومی بیان داشته‌ام. ۳۲ این تصمیم از دو جهت قابل انتقاد است. نخست آنکه این تصمیم بریک تحقیق عمیق دربارهٔ رویدادها

32. A. Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1988, pp. 82-84.

که بحث انگیز است و میزان مسؤولیت فالانترهای مسیحی (که به قتل عام دست زدند) و اسرائیلی ها (که می توانستند با مداخله خود به ممانعت پردازند) استوار نیست. به بیان دیگر، تصمیم مجمع عمومی صرفاً ثمره یک مباحثه سیاسی و انگیزه های سیاسی (انتقاد از اسرائیل) است. سطحی بودن مباحثه در مجمع عمومی و قرائنی که نشان می داد انگیزه دولتها برای تصویب این قطعنامه منحصرأ سیاسی است بسیاری از کشورهای غربی را برآن داشت که در رأی گیری نظر ممتنع بدهند. انتقاد دیگر بنیادی تر است. در واقع، اکتفا به گفتن اینکه این جنایت باید یک کشتار جمعی تلقی شود بی آنکه درباره مسؤولیت مباشر و معاون جرم و درباره دلایل احراز این مسؤولیت حرفی به میان آید، بدین معنی است که به یک محکومیت کاملاً لفظی و به طور خلاصه کار تبلیغی رضایت داده شده است. تعبیر دیگر آن این است که از تعقیب آرمان عدالتخواهی باید چشم پوشید. باردیگر یک مرجع با اهمیت بین المللی نشان داد که در برابر اعمال جدأضد انسانی مطلقاً ناتوان است.

یادآوری موارد نادری که طی آن کشتار جمعی در سطح ملی به مجازات رسیده است در چند کلمه کافی است. در ۱۹ اوت ۱۹۷۹ یک دادگاه اختصاصی که در پنوم پن تشکیل شد رهبران حکومت پل پوت را که به کشتار جمعی متهم بودند غیاباً به مرگ محکوم کرد. در همین سال در گینه استوا، ماسیاس^{۳۳} رهبر حکومت ساقط شده به اتهام کشتار جمعی دو گروه قوی (بویی ها^{۳۴} و فرناندینوها^{۳۵}) محاکمه و اعدام شد. در هر دو مورد، بغیر از سرانجام متفاوت، یک خصوصیت مشترک به چشم می خورد: دادرسیها به دست حکومتی انجام گرفت که به زور جانشین حکومتی که به جنایت منتسب است گردیده. بدیهی است این تنها وضعی است که صدور حکم مجازات از دادگاههای ملی را ممکن می سازد.

33. Macias

34. Bubi

35. Fernandinos



نتیجه گیری

تراز اقدامات بین المللی به طرز ناگواری منفی است. چنانکه پیشتر گفتیم، تقریباً تمام قتل عامهای هولناکی که پس از ۱۹۴۸ به صورت نابودی گروههای ملی، قومی، دینی و نژادی رخ داده در کشورهای جهان سوم بوده است. طبیعتاً این امر را نمی توان به حساب تقدیر گذاشت. در این کشورها گروههای متخاصم، قبایل و اقوام مختلف که از دیرزمان در صدد نابودی رقیبان خود بوده اند در همزیستی بسر می برزند. مخاصمات و تنشهای اقتصادی و سیاسی، ضعف قدرت مرکزی یا به عکس تصاحب قدرت به دست یکی از گروههای رقیب، فرصت مناسب تسویه حسابهای خونین را فراهم می آورد. در این کشورها، ساختارهای اجتماعی که قادر باشد نقش میانجی را در یک درگیری ایفا کند و مخاصمات را سوق دهد و یا از شدت آنها بکاهد وجود ندارد. در این کشورها همچنین، دستگاه حکومتی یا زیرساختهای ملی که به شکلی قادر باشد شکاف میان گروههای متخاصم را پارسازد و راه حلهای مصالحه جویانه را تسهیل یا تحمیل کند دیده نمی شود. نمی توان گفت که در کشورهای دیگر کشمکشهای بین گروههای نژادی، بین «ملیتهای» بی که از لحاظ تاریخی متفاوتند ولی در یک کشور بسر می برزند کاملاً از میان رفته است. این کشمکشها در کشورهای غربی، در اتحاد جماهیر شوروی و در دیگر کشورهای اروپای مرکزی و شرقی نیز رخ می دهد. منتها، معمولاً وجود تشکیلات قدرتمند که همانند دریچه اطمینان عمل می کنند اجازه نمی دهد که اختلافها و تنشها به مرحله حذف جسمانی اعضای گروه دیگر برسد. این جدالها و کشمکشها نهایتاً ممکن است به صورت تظاهرات نژادپرستانه یا حتی نابسامانیهای

خشونت آمیز تجلی پیدا کند. در این صورت، مقامات مرکزی یا آن را سرکوب می‌کنند (حوادث ایرلند شمالی) و یا درصدد سرکوب آن برمی‌آیند (حوادثی که در اتحاد جماهیر شوروی در حال وقوع است)^{۳۶}. در موارد دیگر سعی می‌شود کینه و انزجار گروهها را از یکدیگر به دستاویزهای گوناگون کاهش دهند و به ویژه سعی می‌شود میانجیگری و شیوه گفت و شنود را به کار گیرند. همچنین، در زمینه پیشگیری از تنفر نژادی، دینی و مسلکی با توسل به تدابیر تربیتی و آگاه کننده به طور گسترده به مداخله می‌پردازند.

توانایی (نسبی) اکثر کشورهای غربی و سوسیالیستی که دست کم تا حدودی برای پیشگیری و جلوگیری از اعمال کشتار جمعی در قلمرو خود از آن برخوردارند باید آنها را برانگیزد تا در عرصه بین‌المللی به قصد کمک به گروههایی که در کشورهای در حال توسعه قربانی قتل و نابودی هستند کاری بکنند. ولی این کشورها و تمام جامعه بین‌المللی در مقابل این جنایات دست روی دست گذاشته‌اند و نگاه می‌کنند. گرایش به ارج نهادن به خواسته‌های بشر در عرصه روابط سیاسی و دیپلماتیک یعنی گرایش خصوصاً به حفظ منافع ملی در این زمینه نیز مشهود است. در نتیجه، هنجارهای بین‌المللی که دقیقاً همه کشورها به منظور حفظ همین خواسته‌ها در تکوین آن کوشیده‌اند کاملاً بلااستفاده مانده است.^{۳۷} آگاهی

۳۶. با استقلال جمهوریهای این کشور مداخله حکومت مرکزی به تدریج کمتر شد. (مترجم)
 ۳۷. واکنش بین‌المللی نسبت به حملات شدیدی که اخیراً مقامات عراقی علیه کردهای ساکن این کشور به آن دست زدند از قاعده سکوت کشورها در برابر اعمال کشتار جمعی مستثنی نیست. در واقع، اگر بعضی از کشورها نظیر فرانسه و آمریکا به این حملات اعتراض کردند یا نگرانی خود را از آن ابراز داشتند، دلیل آن صرفاً استفاده دولت عراق از سلاحهای شیمیایی بود (به روزنامه‌های انترنشنال هرالد تریبون ۱۰-۱۱ سپتامبر ۱۹۸۸ صفحات ۱ و ۲ و لوموند ۸ سپتامبر ۱۹۸۸ صفحه ۴۲ مراجعه کنید). احتیاط مفرط و عدم اشاره به اعمال کشتار جمعی در مطالبی که رئیس جمهور فرانسه به این مناسبت اظهار داشت پرمعنی به نظر می‌رسد. (رئیس جمهور نگرانی خود را نسبت به اخبار بکارگیری وسایل سرکوب کننده علیه مردم کرد در عراق و خصوصاً استفاده از ابزارهای شیمیایی ابراز داشت. رئیس جمهور اظهار داشت بی آنکه بخواهد در مسائلی که مربوط به حاکمیت دولت عراق است مداخله کند، پیوندهای

مداخله گران احتمالی از اینکه کشورهای جهان سوم در روابط خود به مداخله خارجی تن در نمی دهند و مصرأ و درحدّ وسواس برحق خود تأکید می ورزند این گرایش را در مورد کشتار جمعی تقویت کرده است. بدبختانه در مورد کشتار جمعی این وسواس ممکن است به شکلی، «وجدان نگران» کشورهای را که باید برای حمایت از حقوق گروهها خواهان رعایت هنجارهای بین المللی شوند آسوده سازد. در نتیجه، قتل عامهای مختلفی که در بیشتر کشورها ارتکاب یافته یا کاملاً بدون مجازات مانده یا به دست حکومت جدید به مجازات رسیده (در موردی که دقیقاً حکومت مسؤول واژگون شده است) و یا به مداخله یک کشور مجاور که منافع غیرشردوستانه محرک آن بوده انجامیده است.^{۳۸}

در برابر سکون مراجع بین المللی و در برابر این واقعیت که دولتهای مستقل نیز جانشین یکدیگر می شوند (با انگیزه های ذاتاً سیاسی و اقتصادی یا نظامی) تنها یک راه بیشتر باقی نمی ماند: امید به اینکه اگر قرار باشد فجایی که درباره آن سخن گفتم تکرار شود، افکار عمومی و سازمانهای غیردولتی بتوانند فشار خود را بردولتها بیشتر کنند که دست از ملاحظات ملی گرایانه و «واقع نگری سیاسی» بردارند تا نهایتاً دفاع از مصالح عالی بشری ممکن شود.

→ دوستی میان عراق و فرانسه او را مجاز می دارد تا احساس خود را درباره رویدادهایی که حقوق بشر را به مخاطره می اندازد بیان کند» لوموند، همان شماره.)
۳۸. این فرض در بنگلادش در ۱۹۷۱ (هند نیروهای مسلح خود را به این کشور اعزام کرد)، در اوگاندا در ۱۹۷۹ (حکومت ایدی امین که از ۱۹۷۱ به پایمال کردن حقوق بشر و ارتکاب اعمال کشتار جمعی پرداخته بود در پی هجوم نیروهای تانزانیا سرنگون شد)، در کامبوج در ۱۹۷۸ (حکومت پل پوت به دنبال هجوم نیروهای ارتش ویتنام مجبور به فرار شد) و در سریلانکا (کشتار بین سنگالی ها و تامول ها پس از عقد توافقنامه بین سریلانکا و هند کاهش یافت. به موجب این قرارداد اقلیت تامول از ضمانت هند برخوردار شدند) به تحقق پیوست.



اریک سوئی

ERIK SUY

ترجمه:

دکتر ابراهیم بیگ زاده

تأثیر و مفهوم
کنسانسوس
در تدوین حقوق بین الملل



● اشاره

اریک سوئی پروفیسور دانشگاه کاتولیکی لوون،
عضو انستیتوی حقوق بین الملل، معاون سابق دبیرکل و
مشاور حقوقی سازمان ملل متحد است. مقاله حاضر، که
نوشته اوست، از کتاب «Le Droit international à
L'heure de la codification» انتخاب و ترجمه شده
است. کتاب اخیر که به تجلیل از روبرتو آگو
(Roberto Ago) پروفیسور ایتالیایی و قاضی دیوان
بین المللی دادگستری اختصاص دارد در چهار جلد به
شرح زیر تدوین گردیده است.
جلد اول:

«Les principes et les sources»

جلد دوم:

«La cooperation des Etats à L'epreuve de la
Codification»

جلد سوم:

«Les différends entre les Etats et la
Responsabilité»

جلد چهارم:

«Problemes de la codification en droit international privé»

مشخصات مقاله مذکور بدین شرح است:

«Le Droit international à L'heure de la codification», ERIK SUY: «Rôle et signification du consensus dans L'élaboration du droit international» Vol.I, «Principes et les sources», Milano - Dott. A.Gioffrè, Editor, 1987, pp. 521-543.

● مقدمه

آئین کنسانسوس* که در ابتدای امر مصادیق اندکی داشت، امروزه برای حل مهمترین معضلات بین المللی بخصوص معضلات عدیده‌ای که سبب تقسیم جهان به شرق و غرب (موافقتنامه هلسینکی) و یا شمال و جنوب (کنفرانس سازمان ملل متحد برای تجارت و توسعه) شده، رواج بسیار یافته است. می‌توان گفت که در جهان نامتحد، کنسانسوس احتمالاً تنها روشی است که رسیدن به یک سری توافقات را میسر می‌سازد، اگرچه این خود نیز توافقتنامه‌ها را از دقت و صراحت عاری می‌کند. اما آیا نمی‌توان گفت که بهتر است موافقتنامه ناقصی وجود داشته باشد تا اینکه اصلاً موافقتنامه‌ای در کار نباشد؟ به نظر می‌رسد که یکی از ویژگیهای جامعه نوین بین المللی آن است که تصمیم‌گیری درخصوص مسائل کلی به وسیله رأی اکثریت بیش از پیش همچون شکستی است برای اعضای این جامعه،

* در زبان فارسی «کنسانسوس» را اجماع ترجمه کرده‌اند، ولی از آنجا که اجماع ترجمه دقیقی از کنسانسوس نیست، لذا از کلمه اخیر در ترجمه استفاده شده است.

یا، در هر حال، نوعی اقرار به ناتوانی در تحصیل راه حلی تلقی می شود. اگرچه اکثریت می تواند مدعی پیروزی سهلی گردد ولی این پیروزی در حقیقت همانند «آب در هاوان کوبیدن» است.^۱ بنابراین، تحصیل کنسانسوس امری ضروری و بررسی ابعاد مختلف این پدیده نسبتاً جدید الزامی می گردد. هدف، اجتناب از سوء تفاهمهای جدی و رستن از جریانی است که کنسانسوس را به صورت شعاری با تأثیرهای معجزآسا عرضه می دارد. این جریان می تواند القا کننده این توهم باشد که من بعد دارویی برای دردهای این جهان کشف شده است. کنسانسوس مسلماً نسبت به آئینهای متداول امتیازات فراوانی دارد و، بی شک، چهره دیپلماسی چند جانبه را دگرگون ساخته است، ولی نباید در تمجید از آن افراط کرد. وانگهی، کنسانسوس در حال تحوّل است و مطالعات زیادی نیز در مراحل مختلف تحوّل آن، به منظور درک مفهوم، ابعاد و نتایج آن انجام شده است.^۲ تحقیق حاضر در مرحله حساسی از سیر تحوّل این آئین صورت گرفته است، زیرا دیپلماتها و حقوقدانان بیش از پیش اقدام به طرح سؤالات مختلف در مورد فایده، حدود و مفهوم دقیق عمل کنسانسوس و نتایج حاصل از آن می کنند.

قبل از بررسی مسأله، تعریف دقیق کنسانسوس به طور اخص شایسته است. خاطر نشان می شود که این اصطلاح در زبان دیپلماتیک برای

1. A. CASSESE: "Le droit international dans un monde divisé" Paris, Berger-Levrault, 1986. p. 178.

۵ این کتاب تحت عنوان حقوق بین الملل در جهانی نامتحد توسط آقای دکتر مرتضی کلانتریان

ترجمه و از طرف دفتر خدمات حقوقی بین المللی منتشر شده است. (مترجم)

۲. برای اطلاع از کتابهای که در این زمینه نگارش یافته است نگاه کنید به:

M. BEDJAOUI: "pour un nouvel ordre économique international". Paris, Unesco, 1979. p. 171, Note 2, et E. SUY: "Consensus, Encyclopedia of Public International Law", vol. VII; I. SEIDL HOHENVELDERN: Consensus in den Vereinten Nationen und in den europäischen Gemeinschaften, Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco, 1984, pp. 706; K. ZEMANEK: Majority rule and consensus technique in law-making diplomacy, The Structure and Process of International Law (R. MacDonal/ D. M. Johnston, ed.) 1983, pp. 857-887; N. F. KASSJAN, Consensus in Modern International Relations (en russe), Moscow 1983; Z. HAQUANI: La conciliation et le consensus dans La pratique de La C.N.U.C.E.D., New Directions in International Law, Essays in Honour of W. Abendroth, 1983, pp. 100-117.

مشخص کردن پدیده‌های متعددی به کار گرفته شده است؛ لذا اغلب به جملاتی همچون «کنفرانس (کمیته و غیره) تصمیمات خود را با کنسائوس اتخاذ می‌کند» و یا «تمامی تلاشها برای اتخاذ تصمیمات با تراضی عمومی به کار برده خواهد شد» برمی‌خوریم. واضح است که در اینجا کنسائوس به معنای آئینی است که برای اخذ تصمیمات به کار می‌رود و در تمام مواردی که کنسائوس در مقررات داخلی [یک کنفرانس] منظور می‌گردد، آن را در بخش یا ماده‌ای که مربوط به اخذ تصمیمات است، می‌یابیم.^۳ اما بسیاری از اوقات به عباراتی برمی‌خوریم نظیر «رکن به کنسائوس رسیده است»، «کنسائوس به دست آمده است»، «کنسائوس مورد نظر ایجاد شده است» و یا عبارات دیگری که ناظر بر توافق عمومی، به عنوان ثمره مشورتها و نتیجه نهایی جریان مذاکراتی است که در طی آن روش کنسائوس به کار گرفته شده. علی‌رغم چنین تفکیکی میان این آئین و نتیجه حاصل از آن، آشکارا به نظر می‌رسد که کنسائوس قبل از هر چیز آئینی است در دیپلماسی چندجانبه برای رسیدن به نتایجی (همچون تصمیمات، توصیه‌نامه‌ها، متون و غیره) که بیان‌کننده توافق عمومی شرکت‌کنندگان است. در حقیقت، با تجزیه و تحلیل دقیق‌تر این آئین، شاید صحیح‌تر باشد که از آن به عنوان فن مذاکره و اخذ تصمیم یاد کرد^۴، که ویژگی آن، در تمام طول مذاکرات و تصمیم‌گیری، علی‌رغم

۳. برای مثال، رجوع شود به مقررات داخلی کنفرانس سازمان ملل متحد در حقوق معاهدات میان دولتها و سازمانهای بین‌المللی و میان خود سازمانهای بین‌المللی (برگزار شده در وین به تاریخ ۲۱ مارس ۱۹۸۶)، بخش یازدهم: «توسعه توافقنامه کلی»، ماده ۶۳، بندیک اشعار می‌دارد: «کنفرانس باید تمام تلاش خود را برای یافتن یک توافقنامه کلی در موضوعهای اساسی به کاربرد... و مادامی که تمام تلاشها برای رسیدن به توافق کلی عقیم نشده است در هیچ موردی رأی‌گیری به عمل نخواهد آمد». همچنین رجوع شود به پیش‌نویس مقررات داخلی موقتی کنفرانس بین‌المللی در خصوص سوءاستفاده و قاچاق مواد مخدر، بخش هشتم: «اخذ تصمیمات»، ماده ۳۲ اشعار می‌دارد: «کنفرانس باید باتمام امکانات تلاش کند که کارهایش را به نحو احسن به پایان برد و گزارش خود را با توافق عمومی به تصویب رساند».

A/ CONF. 133/ PC / 5 du 20 janvier 1986.
4. A. CASSESE: op. cit. (note 1), p. 179.

احتمال انجام نظرخواهیهای غیررسمی، عدم توسل به رأی و نیز عدم اعتراضهای اساسی است.

نادر تعاریف دیگری از کنسانسوس که در بعضی از متون رسمی ارائه شده، این تعریف را تأیید می‌کند. این متون عبارتند از: کنفرانس امنیت و همکاری اروپا (هلسینکی) که مقررات داخلی خود را در ۱۹۷۳ به تصویب رسانده و ماده ۶۰ آن مقرر می‌دارد که «کنسانسوس به معنای عدم هرگونه اعتراضی توسط یک نماینده و ارائه آن به عنوان مانعی جهت تصویب تصمیم مورد نظر است». در ۱۹۷۴ کنفرانس جهانی جمعیت در بخارست اعلام داشت که طبق رویه سازمان ملل متحد کنسانسوس به مفهوم «توافق عمومی بدون توسل به رأی گیری، اما نه الزاماً اتفاق آراء» است. کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریاها که در ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ در مونتگویی (جامائیکا) به تصویب رسیده، ضمن اینکه چندین بار به کنسانسوس اشاره کرده، آن را در ماده ۱۶۱ (بند ۸ شق ای) به مفهوم «فقدان هرگونه اعتراض رسمی» تعریف کرده است.

به دلایلی که در خلال این تحقیق ارائه خواهد شد به نظر می‌رسد نخستین تعریف به واقعیتها بسیار نزدیکتر باشد.

هر تأثیر، اهمیت و عملکردی که کنسانسوس در اخذ تصمیمات در جوامع ملی، محلی و حتی در انجمنهای خصوصی داشته باشد^۵، این پدیده بیش از پیش در روابط بین‌المللی ظاهر می‌گردد. در حقیقت، کنسانسوس به صورت عامل مهمی در تمامی روابط چندجانبه، خواه ملی و خواه بین‌المللی، درآمده است و به نظر می‌رسد بیش از پیش جانشین اخذ تصمیم با رأی اکثریت شده باشد.

برای جامعه‌شناس، کنسانسوس بی‌شک پدیده جالبی است و برای ناظر روابط بین‌المللی که کنسانسوس تقریباً دودهه است که در آن وارد

5. V. á ce sujet le remarquable ouvrage collectif "Le Consensus et la Paix", Paris, Unesco, 1980.

* chirurgie par vote.

شده این سؤال مطرح می‌شود که این شیوهٔ اخذ تصمیمات در جوامع ابتدایی چه تأثیری می‌تواند در توسعه یا حتی قبول این پدیده در روابط بین‌المللی داشته باشد. او این موضوع را تأیید می‌کند که قاعدهٔ اکثریت، این اصل بنیادین منشور ملل متحد، جانشین قاعدهٔ اتفاق آراء پیش‌بینی شده در میثاق جامعهٔ ملل شده است. در عین حال، او مشاهده می‌کند کم‌کم برای اخذ تصمیمات در سازمان ملل، شرکت‌کنندگان بیش از پیش از سیستم رأی‌گیری دوری می‌جویند و به سیستم تصویب متون با «توافق عمومی» روی می‌آورند. بنابراین سؤالهایی، هم در خصوص منشأ و هم در مورد عللی که سبب ترغیب مسؤولان (تصمیم‌گیرندگان) در ترجیح روش کنسانسوس به روش اتفاق آراء یا رأی اکثریت می‌گردد، مطرح خواهد شد: چه دلایل موجهی دولت‌ها را وامی‌دارد که چنین توافق عمومی را، به آنچه که می‌توان «عمل با رأی» نامید، ترجیح دهند؟ چه عللی باعث می‌شود که نمایندگان مختلف گروه‌های ملی، گروه‌های منافع، گروه‌های منطقه‌ای و غیره با از میان برداشتن موانع متعدد در جستجوی این توافق عمومی باشند، درحالی که راه‌حل روشنی می‌تواند با رأی اکثریت بر ضد اقلیت به دست آید؟



منشأ و علل پذیرش کنسانسوس

قبل از آنکه این علل مورد بررسی قرار گیرد، شاید بایستی کوشید منشأ کنسانسوس را به شکلی که در حال حاضر در دیپلماسی چندجانبه مورد استفاده قرار می‌گیرد پیدا کرد. در این خصوص اتفاق نظر وجود دارد که منشأ کنسانسوس به اوایل سال‌های شصت باز می‌گردد، یعنی زمانی که

مجمع عمومی سازمان ملل متحد در پی اجرای ماده ۱۹* منشور فلج شده بود.^۶ بعضی از دولتها، از جمله فرانسه و اتحاد شوروی، به علت تأخیر در پرداخت سهمیه شان از بودجه سازمان خود را در مقابل ممنوعیت استفاده از حق رأی یافتند. بعد از مذاکرات غیررسمی طولانی، سرانجام تصمیم گرفته شد که مجمع عمومی بتواند کارهای خود را تا حد امکان با تصویب قطعنامه های فاقد نظر مخالف ادامه دهد. این روش در عین حالی که مشارکت مستمر دولتها را، که از نظر فنی و حقوقی مشمول اجرای ماده ۱۹ منشور می شدند، ممکن می ساخت می توانست مسأله اقدام به رأی گیری را منتفی گرداند.

از یاد نبریم که این دوره مصادف با عصر استعمارزدایی بوده است. در این ایام جهان شاهد کسب استقلال و، در نتیجه، باز شدن درهای سازمان ملل به روی اکثر دولتهای افریقایی بود که در کشورهايشان روش کنسانسوس روشی معمولی و عرفی برای اخذ تصمیمات داخلی به شمار می آمد. بنابراین، هیچ جای تعجبی برای استفاده از فن کنسانسوس در روابط بین الملل، خصوصاً بعد از مشارکت موفقیت آمیز آن در حل معضل پیچیده اجرای ماده ۱۹ منشور، باقی نمی ماند. در حقیقت، این نکته قابل توجه است که چگونه در سالهای بعد، رؤسای مجمع عمومی و کمیسیون های بزرگ آن کوشش می کردند قطعنامه ها را «بدون رأی گیری»، «بدون اعتراض» و «با تحسین» به تصویب برسانند بدون اینکه اصطلاح

* ماده ۱۹ منشور ملل متحد اشعار می دارد:

«هر عضو ملل متحد که پرداخت سهمیه مالی اش به سازمان به تأخیر افتاده باشد در صورتی که سهمیه عقب افتاده عضو مزبور معادل و یا بیشتر از مبلغ سهمیه مربوط به دو سال قبل به طور کامل باشد در مجمع عمومی حق رأی نخواهد داشت. با وجود این، اگر مجمع عمومی تشخیص دهد که قصور در پرداخت، ناشی از شرایطی است که از حیطة اختیار عضو مزبور خارج است می تواند به چنین عضوی اجازه دهد که در رأی شرکت کند.»

6. J. CHARPENTIER: "La procédure de non-objection" Revue générale de droit international public, vol. 70 (1966), pp. 862 et ss.

کنسانسوس صراحتاً اعمال گردد. اما تمام شواهد دال بر شرایط مناسب برای تحقق آن بود. معهداً ظهور دولتهای جدید در مجمع عمومی نتیجه دیگری هم به دنبال داشت و آن اضافه شدن تدریجی این دولتها بود به اکثریتی که دیگر به بنیانگذاران منشور، یعنی اکثریت متشکل از طرفداران غرب، تعلق نداشت. در این حال، اکثریت سابق (غربی)، که باید به آن اقلیت متشکل از کشورهای شرقی را نیز افزود، در کلیه بحثها و تصمیم گیریهای مربوط به جامعه جهانی خود را در اقلیت می یافتند. بنابراین، طبیعی است که این اقلیتهای محتوم با تلاش برای اجتناب از رأی گیری ضمناً در جستجوی راه‌حلهایی باشند که هم برای خود و هم برای اکثریت قابل قبول باشد. بدین ترتیب، به دنبال استعمارزدایی و قبول دولتهای جدید متعلق به جهان سوم در سازمان ملل متحد، این مسأله قابل درک است که در مقابل این اکثریت جدید، اقلیتهای یعنی گروههای متشکل از دولتهای غربی و دیگران و نیز کشورهای شرقی از امتیاز این فن یا آئین جدید، یعنی «عدم اعتراض»، استفاده کنند تا بدین طریق از حذف و نادیده گرفته شدن سیستماتیک نظریاتشان اجتناب به عمل آید.

بدین ترتیب است که این فن به صورت یک ضرورت برای دولتهای اقلیت شرقی و غربی، که در مقابل اکثریت کشورهای جهان سوم تبدیل به اقلیتی شده‌اند، درآمده. معهداً، پی بردن به این امر درخور کنکاش بیشتر بر روی امتیازات فن کنسانسوس است. بخصوص دانستن این امر اهمیت دارد که چرا این آئین می تواند برای اکثریت دولتهای جامعه بین‌المللی جذاب باشد، در حالی که این اکثریت می تواند به آسانی نظرهای را خود با توسل به روش کلاسیک رأی گیری به کرسی بنشانند.

به نظر می رسد که حداقل دو علت مهم وجود دارد که اکثریت را به قبول آئین کنسانسوس ناگزیر می سازد. اولین دلیل آن است که اکثریت این حساب را می کند که اخذ تصمیمات از طریق رأی گیری می تواند ماهیتاً باعث مخالفت اقلیتی شود که همکاری آن برای خوب عمل کردن سازمان [ملل متحد] ضروری است. در واقع، با محروم شدن از حق

تصمیم‌گیری به علت در اقلیت بودن دائم و یا در اقلیت قرار گرفتن، ممکن است دولتهای شرقی و غربی، که بیشترین بخش از بودجه سازمان [ملل متحد] را تأمین می‌کنند، روزی در موضع خود نسبت به آن تجدید نظر کنند. بنابراین، اکثریت عددی این واقعیت را درک می‌کند که از لحاظ مشارکت مالی و اهمیت سیاسی در واقع اقلیتی بیش نیست. کسب پیروزی از طریق رأی‌گیری در صورت عدم تضمین همکاری این اقلیت مهم هیچ اهمیتی ندارد. لذا فن کنسانسوس برای حفظ گفتگو، حتی از آن طریق، حفظ حداقل تأثیر سازمان جهانی ضروری می‌گردد.

ضرورت کسب امتیاز از اقلیت دومین دلیل قبول کنسانسوس از طرف اکثریت به عنوان یک روش ثمربخش است. در واقع، قبل از نیل به استقلال دولتهای تشکیل‌دهنده اکثریت امروزی این اقلیت بود که، در مقیاس وسیع، حاکم بر سیر تحول تکوین حقوق روابط بین‌الملل بود. با توجه به این نکته که نظم موجود تقریباً در تمام زمینه‌ها نیاز به تطبیق دادن خود با تمایلات، منافع و انتظارات دولتهای جدید داشت، حفظ گفتگو با اقلیت، به منظور متقاعد کردن آن به لزوم استقرار یک نظم نوین، امری ضروری تشخیص داده شد. اصلاحات ضروری نمی‌تواند با اخذ تصمیمات ناگهانی جامعه عمل پیوشد بلکه محتاج به اتخاذ روند ملایم‌تری در تبادل نظرها، انجام مذاکرات طولانی و بده‌بستانهای زیرکانه است. در چنین روندی، اکثریت طرف «خواهان» است و اقلیت درک می‌کند که باید خود را با شرایط تطبیق و به مصالحه تن دهد. بنابراین، نظر آقای «بجاوی» که کنسانسوس را امتیاز بسیار مهمی می‌داند که از طرف دولتهای جهان سوم اعطا گردیده و هرآن ممکن است برای تصویب تصمیمی مسترد گردد^۷، به هیچ وجه با نیازهای زندگی بین‌المللی جدید مطابقتی ندارد. بدین ترتیب، به نظر می‌رسد در جامعه بین‌المللی که به مرحله جهانشمولی خود، که نهایت آرزو بوده، رسیده است کنسانسوس وسیله ایده‌آل و حتی

7. M. BEDJAOU: op. cit. (note 2), pp. 171-172.

شاید بتوان گفت وسیله‌ای ضروری می‌گردد که توسط آن تمامی اعضا، همه گروه‌ها و گروه‌بندیها می‌توانند به مؤثرترین طریق اهداف مشترکشان را در جامعه‌ای که از زمان ایجاد سازمان ملل متحد بیش از همیشه متحول شده است، تحقق بخشند. در این خصوص، کلام «آی. کلود» نقل می‌شود که می‌گوید «عقیده اکثریت‌گرایی، که علی‌رغم مخالفت اقلیت، تصمیم‌گیری با رأی اکثریت را ترویج می‌کند برای جهان سودمند نیست، درحالی که می‌توان با پیشنهاد متقابل به اقلیت، با آنها به توافق رسید»^۸. معذک، این نتیجه‌گیری به این معنا نیست که موانعی بر سر راه تحقق بخشیدن به این کنسانسوس، که تا این حد تمجید شده است، وجود ندارد. هرگونه نوآوری در روش اخذ تصمیمات مشکلات جدی در مورد تطبیقشان با آئینهای عادی ایجاد می‌کند بخصوص اگر این آئینها در اساسنامه‌ها [ی سازمانها] پیش‌بینی شده باشند. در این مورد می‌توان دو دسته مشکل را از هم تمیز داد: ابتدا مشکل مربوط به فن کنسانسوس وجود دارد که در این قلمرو، دیپلماسی چندجانبه تجربه باارزشی را در خلال دو دهه اخیر کسب کرده است. سپس، یک سری مشکلات حقوقی بسیار ظریفی هستند که هم از لحاظ تطبیق کنسانسوس با اساسنامه‌ها و هم از لحاظ شکلی مطرحند که تمامی آنها به تفکیک میان اخذ تصمیمات از طریق رأی‌گیری از یک سو و عدم رأی‌گیری از سوی دیگر، مربوط می‌شوند.

8. I. CLAUDE: "Swords into Ploughshares: The Problems and Progress of International Organization. 4^{eme} ed., 1971, p. 140.



فن کنسانسوس

چگونگی تحقق کنسانسوس با توافق عمومی در مذاکرات چندجانبه این سؤال را مطرح می‌کند که چگونه می‌توان میان اعضای یک جامعه یا یک انجمن که منافع متضاد و متباین دارند ولی به هر تقدیر شاید احساس مشترکی نیز آنان را به یکدیگر پیوند داده باشد توافقی برقرار کرد با توجه به اینکه اگر معین نشود هرج و مرج بر روابط میان آنان سایه خواهد افکند؟ بنابراین، لاجرم باید این احساس و این اعتقاد مشترک وجود داشته باشد که وجود یک توافقنامه و یک مصالحه ضروری است تا اینکه جامعه بتواند به طریق مؤثر و پویا به حیات خود ادامه دهد. به عبارت دیگر، باید اراده‌ای جهت اجتناب از برخورد وجود داشته باشد و این الزاماً به معنای آن نیست که طرفین، پیشاپیش، از مواضع اصولی خود صرف نظر کنند.

طبق قاعده کلی، روش کار براساس کنسانسوس از ابتدا توسط شرکت کنندگان در یک مذاکره چندجانبه تعیین می‌شود. این خود موجب یک تعهد است. معهداً، گاه این تعهد مشروط به این می‌گردد که در صورت عدم اخذ تصمیم از طریق کنسانسوس بتوان به رأی گیری توسل جست. مورد اخیر در تجزیه و تحلیلی که از ابعاد حقوقی آئین کنسانسوس خواهد شد، مجدداً مورد بررسی قرار خواهد گرفت. بعد از قبول کنسانسوس به عنوان روش کار، هیأت‌های نمایندگی براساس برنامه‌ای غیرمعمول و نه بر مبنای طرح عادی کنفرانس‌های دیپلماتیک، گردهم می‌آیند تا در وهله اول مواضع گروهی خود اعم از منطقه‌ای یا منافع را مشخص کنند. البته، لازم نیست که تمام هیأت‌های نمایندگی در تعیین مواضع گروه شرکت جویند. این مواضع اغلب توسط هیأت‌هایی به نمایندگی از هر گروه تدوین می‌گردد.

سپس باب مذاکرات میان نمایندگان گروههای مختلف جهت جستجو درخصوص یافتن وجه مشترکی میان مواضع مختلف باز می شود. در اینجاست که نقش مهم رئیس یا رؤسای این تجمعه نمایان می گردد، چون که انجام این وظیفه حساس یعنی یافتن یک توافق عمومی برعهده او (یا آنها)ست. با شنیدن مواضع گروهها، ریاست کنفرانس می تواند مشورتهای بیشتری را به قصد یافتن نکاتی که رویشان توافق عمومی وجود دارد به عمل آورد. هیأتهای نمایندگی نیز انتظار چنین تلاشی یعنی یافتن نکات مشترک و همسوا از طرف ریاست کنفرانس را دارند. در پرتو این مشورتهاست که ریاست کنفرانس کنسانسوس را اعلام خواهد داشت. این آئین، درعین حال، هم طولانی تر و هم پیچیده تر از آئینی است که در یک کنفرانس دیپلماتیک به کار می رود که براساس آن یک متن، بند به بند، مورد بحث قرار می گیرد و سپس در موردش رأی گیری می شود. برای دستیابی به کنسانسوس، مذاکرات، بده بستانها و تبادل نظرها، جهت حذف نظریات مخالف از متون تهیه شده بسیار طولانی است و این بدان منظور است تا امکان تنظیم نظریات و ایجاد «توافق کلی»^{*} فراهم گردد. نتیجه آنکه به طور کلی توافقی بر روی حداقل نظریات مشترک ایجاد می شود، یعنی بر روی متنی که مورد قبول همه است بی آنکه آنها را کاملاً راضی کند. در این حال، اگرچه به هدف غایی دست نیافته ایم، از هدفهای اعلام شده خود نیز پافرا تر نهاده ایم.

به محض تصویب کنسانسوس، برای حقوقدانان سؤالاتی مطرح می گردد که ما می کوشیم آنها را در قسمتهای بعدی مورد بررسی قرار دهیم.

* package deal



ابعاد حقوقی

بررسی پدیده کنسانسوس، فن و تحولش برخی سؤالات حقوقی را، هم در رابطه با انطباق این پدیده با اسناد مؤسس و هم درخصوص آثار آن، مطرح می سازد.

اول. مسائل مربوط به انطباق کنسانسوس
با اساسنامه سازمانهای بین المللی

تقریباً تمامی سازمانهای بین المللی قاعده اخذ تصمیم از طریق رأی گیری را تصویب کرده اند. همین امر درخصوص کنفرانس های بزرگ بین المللی که تحت نظر این سازمانها تشکیل می شوند نیز صادق است. اساسنامه ها، منشورها و مقررات داخلی خود گواه بر این مدعاست. بنابراین، این سؤال مطرح می شود که در چه شرایطی یکی از ارکان یک مؤسسه بین المللی می تواند اخذ تصمیماتش را موقوف به رضایت عمومی، یعنی بدون توسل جستن به رأی گیری، کند؟ آیا رکن مورد نظر می تواند علی رغم نص صریح اساسنامه تصمیم بگیرد که روش رأی گیری را به کار نبرد؟ آیا یکی از شرکت کنندگان می تواند بر اجرای اصل رأی گیری اصرار ورزد؟

الف. در یک سازمان بین المللی، همانند سازمان ملل متحد که در منشور خود اصل اخذ تصمیم با رأی گیری را پذیرفته است، هیچ چیز مانع دولتهای عضو برای اخذ تصمیمات نیست، بی آنکه این امر مستلزم توسل به رأی گیری باشد. در رویه ارکان اصلی سازمان ملل متحد یعنی مجمع

عمومی، شورای امنیت و شورای اقتصادی و اجتماعی موارد عدیده‌ای از تصویب متون بدون توسل به رأی‌گیری وجود دارد. بدین ترتیب است که پروفیسور شار پانتیه به درستی می‌نویسد:

«رأی شرط اعتبار یک قطعنامه نیست بلکه فقط فنی است که امکان بیان اراده عمومی را فراهم می‌کند. ولی این حقیقت نیز باقی است که در این ارکان اگر یکی از اعضا درخواست رأی‌گیری نماید توسل به آن الزامی خواهد بود.»⁹

ب. براساس منشور، هر یک از ارکان اصلی [سازمان ملل متحد] حق دارد که ارکانی فرعی به وجود آورد. اگر این ارکان فرعی طبق قواعد داخلی رکن اصلی فعالیت کنند راه حل پیشنهادی در بند «الف» اجرا می‌گردد. معهذاً، ممکن است رکن فرعی، با سازمان دادن کارهای خود، تصمیم بگیرد که طبق توافق عمومی و در نتیجه بدون توسل به رأی‌گیری فعالیت کند که این مسأله بسیار حساس است. آیا در صورت فقدان قواعد داخلی خاص [برای آن رکن فرعی]، که در واقع سازنده یک توافق بین‌المللی است، می‌توان تصور کرد که تصمیم احتمالی [آن رکن] مبنی بر فعالیت کردن فقط براساس کنسانسوس الزامی است؟ می‌توان استدلال کرد که چنین تصمیمی خود موجد یک تعهد بین‌المللی است و در نتیجه قاعده «اصل وفای به عهد» در مورد آن جاری است، حتی اگر میزان مشارکت در این ارکان [فرعی] متغیر باشد. پس، با عضویت در این رکن، احترام و رعایت آئینهای آن نیز پذیرفته می‌شود. معهذاً، عده‌ای ممکن است استدلال کنند که رکن فرعی فاقد مقررات داخلی خاص خود و در نتیجه تابع مقررات رکن اصلی است، و لذا تصمیمش مبنی بر عدم توسل به رأی‌گیری اعتبار ندارد. به نظر می‌رسد که در رویه [بین‌المللی] راه حل اول مورد تأیید قرار گرفته است چون که، در صورت فقدان مقررات داخلی کامل، تصمیم برای کار کردن براساس

9. J.CHARPENTIER: op. cit. (note 6), p. 868.

کنسانسوس می تواند به عنوان یک قاعده داخلی جزئی و ابتدایی در نظر گرفته شود. معذک، شایسته است که نحوه تدوین این تصمیم نیز در نظر گرفته شود، زیرا اغلب عباراتی نظیر «تا حد امکان کنسانسوس و توافق عمومی جستجو خواهد شد» استعمال می گردد، و این چیزی است که به وضوح راه را برای توسل به رأی گیری باز می گذارد. رویه [بین المللی] نمونه های زیادی در این خصوص به ما ارائه می دهد. بدین ترتیب است که کمیسیون ملل متحد در مورد حقوق تجارت بین الملل، در خلال نخستین گردهمایی خود، بر آن شد که مقررات مربوط به تصمیم گیری در کمیسیون های مجمع عمومی در مورد این کمیسیون نیز اجرا شود. در عین حال که کمیسیون، تا حد امکان، تصمیمات خود را با رضایت عمومی اخذ می کند، اما در صورت عدم کنسانسوس، تصمیمات با رأی گیری طبق مقررات داخلی مربوط به کمیسیون های مجمع عمومی اخذ خواهد شد.^{۱۰} در مورد کارهای کمیته خاص «اصول حقوق بین الملل در مورد روابط دوستانه و همکاری میان دولتها» مجمع عمومی ملل متحد، در خلال بیست و دومین جلسه خود، نظرش را این گونه تشریح نمود:

«این مهم است که تلاش جهت دستیابی به یک توافق عمومی در روند تدوین هفت اصل حقوق بین الملل به قصد تصویب یک اعلامیه که بیان کننده یک مرحله قطعی در توسعه روزافزون و تدوین این اصول است ادامه یابد، ولی این نباید به حاکمیت مقررات داخلی مجمع عمومی [عمومی] لطمه ای وارد آورد.»^{۱۱}

اما قبل از آن در ۱۹۶۲، کمیته کاربردهای مسالمت آمیز فضای ماورای جو تصمیم گرفته بود که «هدف تمام اعضای کمیته و زیر کمیته هایش انجام کار کمیته به شکلی است که بدون مبادرت به

10. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa première session, 29 janvier - 26 février 1968. Assemblée générale, Documents officiels: Vingt-troisième session, Supplément no. 16 (A/7216), paras. 16 à 18 et para. 35.

11. Résolution 2327 (XXII) du 18 décembre 1967.

رأی گیری به یک توافق نائل آید»^{۱۲}.

مجمع عمومی ملل متحد، در قطعنامه ۳۳۵۶ (۲۹) مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۷۴ خود در خصوص ایجاد صندوق خاص ملل متحد، ضمن حفظ امکان توسل به رأی گیری، پیش بینی کرده بود که تصمیمات در مورد تمام مسائل تاحداً امکان از طریق کنسانسوس اتخاذ خواهند شد (بند ۳ ماده ۴). مقررات داخلی صندوق این قاعده را در ماده ۳۴ خود در نظر گرفته است. قاعده مشابهی نیز در ماده ۳۰ اساسنامه و مقررات داخلی کمیسیون امور عمومی بین المللی* و همچنین در مواد ۲۳ و ۲۵ مقررات داخلی شورای دانشگاه ملل متحد یافت می شود. از این چند مثال می توان نتیجه گرفت که ارکان فرعی مجمع عمومی که از مقررات داخلی این مجمع تبعیت می کنند می توانند تصمیم بگیرند یا تصمیم هم گرفته اند که کارهای خود را از طریق کنسانسوس انجام دهند بسی آنکه امکان توسل به رأی گیری را نیز نفی نمایند. بنابراین، منشور ملل متحد، بسی آنکه طرق دیگر رسیدن به نتایج را ممنوع سازد، حق توسل به رأی گیری را تضمین کرده است، و ارکان فرعی، ضمن ابراز قصد خود مبنی بر عدم توسل به رأی گیری، نمی توانند کاربرد رأی گیری را درحالتی که دستیابی به رضایت عمومی (کنسانسوس) غیرممکن باشد نفی کنند.

ج. تمام کنفرانس های بین المللی که تحت نظر سازمان بین المللی که منشورش اخذ تصمیمات با رأی گیری راپیش بینی نموده است تشکیل می شوند خود مقررات داخلی شان را تصویب می کنند که این مقررات داخلی، طبق قاعده کلی، همان مقررات داخلی سازمان اصلی یا مجمع [عمومی] آن است. آیا این کنفرانس ها می توانند از مقررات داخلی سازمان که تحت پوشش آن تشکیل می شوند عدول کنند؟ پاسخ به این سؤال براساس رویه [بین المللی] مثبت است. در

12. A/AC. 105/ PV. 2.p.8.

* La commission pour la fonction publique

واقع، تمام کنفرانس‌های بین‌المللی که زیر نظر سازمان ملل متحد تشکیل می‌شوند مقررات داخلی شان را خود تصویب می‌کنند و می‌توانند آزادانه روشی را که طبق آن تصمیماتشان اتخاذ خواهد شد تصویب کنند. در این رابطه شاهد تحوّل و تنوع زیادی هستیم. به‌طور سنتی، مقررات داخلی کنفرانس‌های تدوین [حقوق بین‌الملل] پیش‌بینی می‌کند که تصمیمات کنفرانس در مورد تمام موضوعهای ماهوی با اکثریت دو سوم نمایندگان حاضر و رأی دهنده اتخاذ می‌گردد، در حالی که تصمیمات مربوط به موضوعهای شکلی با اکثریت اتخاذ می‌شود.^{۱۳} معهذاً، باید توجه کرد که سومین کنفرانس سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریاها پیش‌نویس مقررات داخلی «کلاسیک» را که توسط دبیرکل سازمان ارائه شده بود تغییر داد و این کار برای منظور کردن روش «توافق شرافتمندانه»^{*} مصوب ۱۶ نوامبر ۱۹۷۳ مجمع عمومی بود که طبق آن کنفرانس باید تمام تلاش خود را جهت دستیابی به یک توافق در موضوعهای ماهوی با استفاده از کنسانسوس به کار می‌گرفت و در آن موضوعها به رأی متوسل نمی‌شد مگر آنکه تمام تلاشها عقیم می‌ماند. سرانجام، باید به این مطلب توجه کنیم که در کنفرانس ملل متحد در مورد حقوق معاهدات میان دولتها و سازمانهای بین‌المللی و میان سازمانهای بین‌المللی، مجمع عمومی در قطعنامه شماره ۳۹/۸۶ مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۸۴ خود، شرکت کنندگان در کنفرانس را دعوت کرده بود تا به منظور تسهیل موفقیت در کارها از طریق توافق عمومی، با یکدیگر در مورد روشهای کار، از جمله مقررات داخلی، مشورت نمایند.

۱۳. ماده ۳۶ مقررات داخلی کنفرانس ملل متحد در مورد روابط و مصونیت‌های دیپلماتیک (۱۹۶۱).

ماده ۳۶ مقررات داخلی کنفرانس ملل متحد در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۸-۱۹۶۹).

ماده ۳۴ مقررات داخلی کنفرانس ملل متحد در مورد جانشینی دولتها در معاهدات (۱۹۷۷).

ماده ۳۴ مقررات داخلی کنفرانس ملل متحد در مورد قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰).

* gentlemen's agreement

این مشورتها منجر به تهیه پیش نویس مقررات داخلی گردید. معهذا، مجمع عمومی ضمن تصریح این نکته که مقررات داخلی مذکور فقط برای این کنفرانس، به دلیل ماهیت خاص آن و نوع موضوع مورد بررسی اش، تدوین شده است تصویب آن توسط کنفرانس را توصیه کرد.^{۱۴}

مادّه ۶۳ مقررات داخلی کنفرانس بدین شکل انشاء گردیده است:

تلاش برای یک توافق عمومی

مادّه ۶۳:

۱. کنفرانس، چه در جلسه عمومی با حضور همه اعضا و چه در کمیسیون با حضور همه اعضای آن، تمام تلاش خود را صرف دستیابی به یک توافق عمومی در مورد موضوعهای ماهوی بالاخص در مورد نتایج نهایی کارهایش می کند. این موضوعها نمی توانند به رأی گذارده شوند مگر آنکه تمامی این تلاشها به شکست بینجامد.
۲. تمام امکانات موجود جهت دستیابی به یک توافق عمومی به کار می رود. اعضای دفتر کنفرانس آن طور که باید مسؤولیت، هماهنگی و هدایت جلسات به منظور افزایش چشم اندازهای رسیدن به یک توافق عمومی را به عهده دارند.
۳. اگر در خلال بررسی یک موضوع ماهوی به نظر برسد که هیچ گونه توافق عمومی به دست نمی آید، ریاست کنفرانس دفتر را از این امر مطلع می سازد که تلاشهای انجام شده جهت دستیابی به یک توافق عمومی با شکست مواجه شده است. آنگاه دفتر موضوع را بررسی می کند و می تواند توصیه نماید که آن موضوع به رأی گذارده شود و طبق مورد آن را به جلسه عمومی کنفرانس یا جلسه عمومی کمیسیون با حضور همه اعضا ارجاع نماید.

به نظر می رسد که آئین کنسانسوس در خلال این کنفرانس

14. Résolution 40/70 du 11 décembre 1985.

بدین منظور به کار رفته است که مشکلات خاصی مانند ضرورت مشارکت برای سازمانهای بین المللی به طور کامل و برابر با دولتها و همچنین مشکل ناشی از این مشارکت در زمان تعیین تعداد آرائی را که هنگام رأی گیری به این سازمانها تعلق می گیرد از میان بردارد. با توجه به این مشکلات است که مجمع عمومی عبارات «ماهیت خاص» کنفرانس و «موضوع مورد رسیدگی» را به کار برده است. وانگهی، زمانی که مجمع عمومی تصریح می کند که آئین کنسانسوس فقط برای این کنفرانس تدوین شده است، باید متوجه باشد که در وضعیتهای عادی، کنفرانس های تدوین [حقوق بین الملل] سازمان ملل متحد تصمیمات خود را توسط آئین کلاسیک رأی گیری اتخاذ می کند. آنچه باید دانست این است که آیا در آینده در جهت توجیه توصل مجدد به آئین کنسانسوس در کنفرانس های تدوین سازمان ملل متحد در مورد موضوعهای به مراتب حساس تر (مانند مسؤولیت دولتها) به وجود شرایط استثنایی دیگری استناد نخواهد شد بخصوص با توجه به اینکه کنسانسوس نشان داده است برای رفع اختلاف نظرها مناسب تر از آئین سنتی رأی گیری است؟

اگر مجمع عمومی به منظور تکمیل روند توسعه مستمر و تدوین حقوق بین الملل گهگاه کنفرانس هایی را تشکیل می دهد، در عوض، این مجمع به طور منظم کنفرانس هایی را سازماندهی می کند که هدفشان ایجاد حساسیت در افکار عمومی جهان درباره یک مسأله مبتلا به روز است. عموماً این کنفرانس ها منتهی به تصویب متونی سیاسی به شکل «اعلامیه» یا «طرح عملی» می شوند. برای مثال، می توان از کنفرانس بین المللی در مورد مسأله فلسطین (۱۹۸۳)، کنفرانس جهانی برای بازنگری و ارزیابی نتایج دهه ملل متحد برای زنان (۱۹۸۵)، کنفرانس های جهانی جمعیت (۱۹۷۴، ۱۹۷۹، ۱۹۸۴)، کنفرانس بین المللی در مورد سوء استفاده و قاچاق مواد مخدر (پیش بینی شده برای ۱۹۸۷)، کنفرانس بین المللی در مورد رابطه میان خلع سلاح و توسعه (که ابتدا برای سال ۱۹۸۶ پیش بینی شده بود و بعد به سال ۱۹۸۷ منتقل گردید) نام برد.

بدین ترتیب، مقررات داخلی کنفرانس بین‌المللی در مورد مسأله فلسطین (ژنو- ۱۹ اوت تا ۷ سپتامبر ۱۹۸۳) در ماده ۳۰ خود پیش‌بینی می‌کند که «کنفرانس باید تمام تلاش خود را به کار برد تا کارهای کنفرانس و تصویب گزارش آن با توافق عمومی انجام گیرد». اما ماده ۲۳ این قاعده عمومی را تکمیل کرده و امکان اخذ تصمیمات با اکثریت دوسوم را برای موضوعهای ماهوی و با اکثریت ساده را برای موضوعهای شکلی پیش‌بینی نموده است. ۱۵ مقررات داخلی کنفرانس جهانی در مورد دهه زنان (نایروبی- ژوئیه ۱۹۸۵) نیز حاوی قواعد مشابهی بود؛^{۱۶} با وجود این، شمار چشمگیری از هیأت‌های نمایندگی را که بر کنسانسوس اصرار می‌ورزیدند راضی نکرد. بعد از دخالت شخص دبیرکل سازمان ملل متحد، آقای خاوی‌یر پریز دکوئیار، که مشورتهایی را با گروه‌های اصلی انجام داد، بیانیه زیر بعد از تصویب مقررات داخلی از طرف خانم نارگار دلیو. کنیانا رئیس کنفرانس صادر گردید:

«بدون لطمه زدن به مقررات داخلی کنفرانس که به تصویب رسیده است، به ویژه ماده ۳۴ آن، و بدون اینکه قصد ایجاد سابقه‌ای در این خصوص را داشته باشیم، به‌طور کلی می‌توان از تبادل نظرها و مشورتها این‌گونه استنباط کرد که کلیه اسناد کنفرانس، مخصوصاً سند مربوط به استراتژی‌های پیش‌بینی آینده مذکور در بند ۸ کنفرانس، باید با کنسانسوس تصویب شوند.»

همچنین، پیش‌نویس مقررات داخلی موقتی کنفرانس بین‌المللی در مورد سوءاستفاده و قاچاق مواد مخدر (وین-۱۹۸۷)، در مواد ۳۲ و ۳۴ خود، حاوی مقرراتی مشابه مقررات داخلی دو کنفرانس مذکور در بالاست. بالاخره باید پیشرفت جالبی را که اخیراً در خلال وضع مقررات داخلی کنفرانس بین‌المللی در مورد رابطه میان خلع سلاح و توسعه (که

15. A/Conf. 114/12.

16. A/Conf. 116/2.

* the forward-looking strategies

می بایستی در ۱۹۸۶ در پاریس برگزار شود ولی به سال ۱۹۸۷ منتقل گردید) رخ داده است خاطر نشان کرد. مجمع عمومی سازمان ملل متحد تصمیم گرفت که کنفرانس «باید تصمیمات خود را با آئین کنسانسوس اخذ نماید» و یک کمیته مقدماتی را مأمور تهیه و تدوین توصیه نامه هایی، با بکارگیری روش کنسانسوس، درخصوص این آئین و تقدیم آن به مجمع عمومی کرد. کمیته مقدماتی توصیه نامه های خود را که بخصوص حاوی مقررات داخلی موقتی بود به چهلمین جلسه مجمع عمومی عرضه داشت. ۱۷ مجمع عمومی گزارش کمیته مقدماتی را ثبت و به ویژه به کنفرانس توصیه کرد که پیشنهاد های مربوط به آئین را تصویب نماید. ۱۸ حال، باید دید این مقررات داخلی موقتی چه پیش بینی کرده اند؟ در قسمت هفتم که مربوط به اتخاذ تصمیمات است، فقط متن زیر به چشم می خورد:

کنسانسوس

ماده ۲۸:

«کنفرانس کارهای خود و اخذ تصمیماتش را با کنسانسوس انجام می دهد.»

با وجود این، در گزارش کنفرانس این جمله به چشم می خورد:
 «ماده ای از مقررات داخلی که مربوط به اخذ تصمیمات با کنسانسوس است... نباید به عنوان سابقه ای برای دیگر کنفرانس های بین المللی که تحت نظر سازمان ملل متحد تشکیل خواهند شد محسوب گردد.» ۱۹

17. Assemblée générale, Documents officiels: quarantième session, Supplément, no. 5, A/40/51.

18. A/RES/40/155 du 16 décembre 1985.

19. A/40/51/ partie E.p.4

معهدا، این جمله فقط ظاهراً انقلابی می نماید، زیرا نکته مهم این است که درباره گزارش کمیته مقدماتی، در کمیسیون اول مجمع عمومی که به تمام نکات موجود در دستور کار مجمع درخصوص مسائل خلع سلاح رسیدگی می کند، بحث گردیده است. در این کمیسیون نمایندگان حضور دارند که در عین حال سفیر کشورهای متبوع خود در کنفرانس خلع سلاح که در ژنو برگزار می شود نیز هستند و مقررات داخلی آن حاوی جمله مشابهی است که خود آن جمله نیز از مقررات داخلی کمیته سابق خلع سلاح گرفته شده است. ۲۰ در واقع، کنفرانس خلع سلاح تمام تصمیمات خود درخصوص مسائل ماهوی و یا شکلی را با کنسانسوس اتخاذ می کند و به نظر می رسد که بکارگیری این رویه جلب رضایت کامل کرده باشد.

در پرتو این چند مثالی که از رویه [بین المللی] بیان گردید، زمینه این نتیجه گیری مهیاست که هیچ مانعی وجود ندارد که کنفرانس های متشکله تحت نظر مجمع عمومی سازمان ملل متحد در مقررات داخلی خود کنسانسوس را، چه برای اخذ تصمیمات و چه به عنوان روش کار، تصویب نمایند. با وجود این، به طور کلی، ممکن است که کنسانسوس با توسل به رأی گیری تعدیل گردد و در آخرین مرحله و بعد از اینکه تمام راهها برای رسیدن به کنسانسوس بی نتیجه ماند می توان از روش کلاسیک رأی گیری استمداد نمود. رأی گیری در حد آخرین وسیله نه تنها باید به مثابه امتیازی برای این اصل دموکراتیک که براساس آن اکثریت تصمیم می گیرد محسوب گردد بلکه باید همچنین به عنوان تردید در صرف نظر نمودن کامل از قاعده بنیادین پیش بینی شده در ماده ۱۸* منشور ملل متحد لحاظ شود. بنابراین،

20. CD/8/Rev. I du 1 mars 1979, article 18, et CD/8/Rev. 2 du 15 février 1984, article 18.

* ماده ۱۸ مقرر می دارد:

« ۱. هر عضو مجمع عمومی دارای یک رأی خواهد بود.

۲. تصمیمات مجمع عمومی در مورد مسائل مهم با اکثریت دوثلث از اعضای

حاضر و رأی دهنده اتخاذ خواهد شد. موارد زیر از مسائل مهم محسوب می شود:

توصیه های مربوط به حفظ صلح و امنیت بین المللی، انتخاب اعضای غیر دائم ←

می‌توان در امکان اتخاذ تصمیم معتبری در مجمع عمومی و ارکان فرعی آن مبنی بر عدم استفاده از رأی‌گیری و انجام تمام امور براساس کنسانسوس علی‌رغم وجود مقررات مشخص منشور و مقررات داخلی [مجمع عمومی] تردید داشت. وانگهی، همین مسأله می‌تواند برای دیگر ارکان اصلی از جمله شورای امنیت و شورای اقتصادی و اجتماعی نیز مطرح گردد.

دوم. مسائل شکلی

اتخاذ تصمیم (در مفهوم بسیار گسترده آن) از طریق کنسانسوس که چیزی جز یک روش نیست به استثنای حالتی که هدف با وسیله یکسان لحاظ گردد (یک کنسانسوس وجود دارد)، مسائل خاصی را در مورد تفکیک میان این روش به معنای «عدم اعتراض» و روشهای دقیق‌تر و قاطع‌تر که همان تصویب یک متن «بدون رأی» و به «اتفاق آراء» است مطرح می‌سازد. به‌طور کلی، گزارش مذاکرات یا صورت‌مجلس نشستهایی که این موضوعها در آنجا مورد بحث قرار می‌گیرند نشان می‌دهد که توجهی به این مسائل نمی‌شود، که البته این دلیل آن نیست که از این مسائل غفلت گردد بلکه برعکس باید به آن توجه کرد.

الف. در عمل، مسأله فرق میان کنسانسوس و «عدم رأی» بکرات مطرح شده است. یک هیأت نمایندگی با تصویب یک متن از

شورای امنیت، انتخاب اعضای شورای اقتصادی و اجتماعی، انتخاب اعضای شورای قیمومت برطبق شق «ج» از بند ۱ ماده ۸۶، قبول اعضای جدید در سازمان ملل متحد، تعلیق حقوق و مزایای عضویت و اخراج اعضا، مسائل راجع به اجرای نظام قیمومت و مسائل مربوط به بودجه.

۳. تصمیمات راجع به سایر مسائل از جمله تعیین انواع مسائل دیگری که اکثریت دوثلث باید در آنها رعایت شود با اکثریت حاضر و رأی‌دهنده اتخاذ خواهد گردید.»

طریق کنسانسوس مخالفت می‌کند، درحالی که همین هیأت به اینکه متن موردنظر «بدون رأی گیری» تصویب شود اعتراض نمی‌کند. به نظر من، روش آخر بسیار مناسب‌تر است زیرا کمتر تعهدزاست. در واقع، شرکت کنندگان در مذاکرات و در اتخاذ تصمیمات عقیده خود را ابراز نمی‌دارند، و عدم وجود رأی می‌تواند خواه به عنوان رأی مثبت، خواه همانند رأی ممتنع و خواه به سان یک واکنش منفی، که به دلایل ارائه شده یا نشده نمی‌خواهند رسمیت یابد، تفسیر شود. در این حال، اجازه داده می‌شود که متن با مقداری علاقه یا بی تفاوتی به تصویب برسد. درحالی که اغلب اتفاق می‌افتد که هیأت‌های نمایندگی متذکر می‌شوند که اگر متن به رأی گیری گذاشته شده بود آنها ممکن بود رأی منفی یا رأی ممتنع می‌دادند در عین حالی که شروطی را نیز قید می‌کردند. تصویب متنی «بدون رأی گیری» راه را برای تفاسیر باز می‌گذارد که، اغلب، در عمل موجب قید شرط و اخذ موضع منفی می‌شود.

در عوض، کنسانسوس بیان‌کننده اخذ موضع مثبت نسبت به یک متن است. از لحاظ اصولی، اعتراض به موضوعهای ماهوی سبب از بین رفتن کنسانسوس می‌شود و قید شروط نیز مجاز نیست. اگر چه در هنگام تصویب متن با کنسانسوس، برخی از هیأت‌های نمایندگی مبادرت به صدور اعلامیه می‌کنند، ولی این اعلامیه‌ها نمی‌توانند به عنوان شرط یا عدول از نظر خود تفسیر شوند زیرا، در این صورت، ممکن است سبب قلب ماهیت کنسانسوس شوند که مستلزم تعهدی مثبت از طرف تمام شرکت کنندگان در مذاکرات است. درست است که اعلامیه‌های تفسیری می‌توانند صادر شوند، ولی نمی‌توانند حاوی اعتراضهای بنیادین باشند. کنسانسوس و شروط مباحثی هستند که یکدیگر را نفی می‌کنند. آقای آمادو در این خصوص می‌نویسد:

«این رویه (قید شروط) در عمل ارزش کنسانسوس را از بین می‌برد.... باید با تمام قدرت این رویه را از میان برداشت، زیرا می‌تواند تمام تلاشهای انجام یافته برای نافذ و معتبر گردانیدن

ب. یکی از سؤالاتی که اغلب در خصوص کنسانسوس مطرح می شود این است که آیا این روش خود را از «اتفاق آراء» متمایز می کند؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، چگونه؟ و آیا این فن اتخاذ تصمیم اجازه می دهد که تنها یک شرکت کننده با کاربرد حق وتوی خود از موفقیت مذاکرات جلوگیری کند؟

کنفرانس جهانی جمعیت ملل متحد در ۱۹۷۴ کنسانسوس را براساس رویه ملل متحد، به معنای توافق عمومی بدون رأی ولی نه الزاماً اتفاق آراء تعریف کرد.^{۲۲} اگر این تعریف همراه تعریفی که در ۱۹۷۳ توسط کنفرانس همکاری و امنیت اروپا تصویب شده که براساس آن «کنسانسوس عبارت است از عدم وجود هرگونه اعتراض رسمی توسط یک نماینده و لحاظ شدن آن توسط وی به عنوان مانعی جهت تصویب تصمیم مورد نظر» در نظر گرفته شود، باید این گونه نتیجه گیری نمود که کنسانسوس، زمانی که طرف معترض اعتراضش را چنان بنیادین می داند که می تواند مانع از تحقق توافق عمومی گردد، می تواند واقعاً به معنای اتفاق آراء تعبیر شود. رویه [بین المللی] نمونه هایی را به دست می دهد که تنها یک دولت توانسته از کنسانسوس جلوگیری نماید و آن در واقع بازگشت به حق وتو است. البته، اگر غرض از اتفاق آراء موافقت کامل از راه رأی گیری باشد، کنسانسوس به معنای اتفاق آراء نیست زیرا رأی گیری در آن وجود ندارد.

21. M. AMADEO: Le consensus dans Les relations internationales, in "Le consensus et la paix", op. cit. (note 5), p. 137. V. également les propos très pertinentes de M. BEDJAOU, op. cit. (note 2), p. 174.

با وجود این، آقای ک. زمانک (K. Zemanek) اعتقاد دارد که «امکان قید شروط یکی از بارزهای الزامی آئین کنسانسوس است و وجود شروط به اعتبار کنسانسوس لطمه ای وارد نمی کند». ولی مشارالیه می پذیرد که این شروط فقط می توانند در خصوص جزئیات باشند. رجوع شود به:

Majority Rule, cit. (note 2), p. 825.

22. E/CONF. 6/2

در عوض، کنسانسوس نوعی اتفاق آراء منفی است، بدین معنا که اعتراض بنیادینی از طرف هیچ شرکت کننده‌ای ابراز نمی‌شود. در چنین حالتی ممکن است باز مشکلی پیش آید و آن وقتی است که یکی از شرکت کنندگان، بسی آنکه به طور رسمی اعتراض بنیادینی راجع به کنسانسوس مکتسبه ابراز نموده باشد، اعلام دارد که در آن شرکت نکرده است. ارزش چنین اعلامیه‌ای تا چه حد است؟ باید اذعان داشت که چنین کنسانسوسی لغو نمی‌گردد زیرا شرکت کننده فوق اعلام نکرده که دارای چنین قصدی بوده است. بنابراین، رفتار مبهم عدم مشارکت مانع از تحقق توافق عمومی نمی‌شود ولی می‌تواند ارزش و قلمرو آن را به طور قابل توجهی تضعیف کند، بخصوص اگر آن شرکت کننده، با توجه به موضوع توافق، تأثیر مهمی در تحقق آن توافق عمومی داشته باشد. در این حالت، این شرکت کننده در هنگام اخذ تصمیم غایب محسوب می‌شود اما، با توجه به عدم وجود اعتراض ماهوی، نمی‌تواند صحت و ارزش تصمیم متخذه را مورد سؤال و تردید قرار دهد. به طور کلی، این رفتار مبهم ناشی از مسائل ثانوی یا به علت کاربرد برخی اصطلاحات در متن یا احاله به اعمال یا وضعیتهایی است که، بدون متأثر کردن اصل آن تصمیم، ممکن است مستلزم شناخت ضمنی آن باشد و این چیزی است که شاید شرکت کننده مذکور حاضر به قبول آن نباشد.

سوم. کنسانسوس و اعتبار متون

بالاخره، می‌توان تأثیری را که آئین کنسانسوس می‌تواند بر اعتبار متونی داشته باشد که بدین ترتیب به تصویب رسیده‌اند مورد سؤال قرار داد. در این مورد شاید بهتر باشد که تفکیکی میان اعتبار اخلاقی - سیاسی و اعتبار حقوقی قائل شد. ولی قبل از هر چیز بیان این مطلب به نظر ضروری می‌رسد که تفکیکی که منشورها یا اساسنامه‌های سازمانهای بین‌المللی میان تصمیمات قطعی و توصیه‌نامه‌ها قائل هستند به هیچ وجه متأثر از روشی که

براساس آن مذاکره کنندگان موفق به تصویب آن متون (تصمیمات قطعی یا توصیه نامه ها) شده اند نیست. در این خصوص آنتونیو کاسسه می نویسد:

«کنسانسوس که فقط قاعده ای برای مذاکره و اخذ تصمیم است هیچ گونه تأثیری در مورد اقتدار حقوقی تصمیمات متخذه ندارد.»^{۲۳}

به عبارت دیگر، قطعنامه ها و توصیه نامه ها، حتی اگر به اتفاق آراء هم تصویب شده باشند، دارای خصیصه الزامی نمی شوند، اگر چه در این مورد پیشنهادها و آراء مخالفی نیز به ویژه در کمیته خاص درباره منشور و در مورد تحکیم تأثیر سازمان ملل متحد ارائه شده است.

دومین مطلبی که ذکر آن ضرورت دارد مربوط به موردی از کاربرد اصطلاح کنسانسوس است که به حدّ کافی مورد بی توجهی قرار گرفته. به نظر می رسد که نمی توان و حتی نباید از کنسانسوس صحبت کرد مگر در مواردی که فن مذاکره و مشورت کردن - به گونه ای که شرحشان در پیش گذشت - برای تصویب متون اصلی به کار رفته باشد؛ متونی که یا همانند اسناد هنجارساز یا تعیین کننده خط مشی برای دولتها (مانند کنوانسیون ها، تصمیمات، اعلامیه های اصولی) باشند، یا به سان برنامه های عملی موضوعی که در توافقنامه های چندجانبه (مانند خلع سلاح، جمعیت، تجارت و اقتصاد بین المللی) به صورت رویه رایج درآمدند. در خارج از این حالات، کاربرد اصطلاح کنسانسوس سوء استفاده است و باعث تضعیف معنا و اهمیت آن می شود. در اینجا است که شاید عبارات تصویب بدون رأی یا بدون اعتراض مناسب تر خواهد بود.

در پرتو این دو مطلب است که حدود واقعی کنسانسوس و تأثیرش در خصوص اعتبار متونی که با این روش تصویب شده اند بهتر ارزشیابی خواهد شد.

مستقل از اعتبار ذاتی متون هنجارساز و تصمیمات متخذه، بدیهی است که صرف تصویب آنها از طریق کنسانسوس خود تضمینی

23. A.CASSESE: op. cit. (note 1), p. 181; D.ZEMANEK: op. cit. (note 2), p. 872.

است تا این تصمیمات واقعاً به اجرا درآیند و یا متون هنجارساز (معاهدات و کنوانسیون‌ها) خیلی سریع‌تر تصویب و اجرا شوند تا متونی که با وجود مخالفت و یا توأم با شرط و اعتراض تصویب شده‌اند. در مورد متون دیگر، اعتبار تعهدات اخلاقی و سیاسی آنان به وضوح بالا تر خواهد رفت، زیرا مذاکرات طولانی در مورد این متون منجر به یک توافق عمومی در مورد خط‌مشی‌هایی گردیده که باید از طرف شرکت‌کنندگان دنبال شود و پیروی از این مصوبات باید با رعایت اصل حسن نیت صورت گیرد.

بعلاوه، کنسانسوس تأثیر مهمی در ارزشیابی و تخمین اعتبار حقوقی متونی دارد که گرچه دارای اثر الزامی نیستند ولی، به هر حال، اصولی را به وجود می‌آورند. این عمل که جامعه بین‌المللی در مجموعه خود موفق به تدوین اصولی شده است که شرکت‌کنندگان اعتراض اساسی به آنها نکرده‌اند می‌تواند به عنوان «اعتقاد به حق بودن»^{*} آن عمل تفسیر گردد که با پیوند خوردن با رویه همشکل دولتها امکان تگون عرفی را ایجاد می‌کند که نمی‌توان آن را عرف آنی توصیف نمود، زیرا این عرف در پی این روند نسبتاً طولانی که همان کنسانسوس باشد پدید می‌آید.

دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مورخ ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶ خود در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه و علیه آن کشور (رأی صادره در ماهیت) اعلام داشت: «اعتقاد به حق بودن، با رعایت احتیاط، می‌تواند از رفتار طرفین و دولتها نسبت به برخی قطعنامه‌های مجمع عمومی نیز ناشی شود...». و ادامه می‌دهد: «اثر ناشی از رضایت به متن چنین قطعنامه‌هایی می‌تواند... به عنوان قبول اعتبار یک قاعده یا یک سری از قواعد در محدوده خودشان تفسیر گردد که توسط قطعنامه اعلام شده است»^{۲۴}.

اگرچه کنسانسوس در روند تطبیق جامعه بین‌المللی بر ضروریات زندگی بین‌المللی نوین معنایی واقعی یافته و حتی الزامی شده است، در

* opinio juris

24. Paragraphe 188 de l'arrêt.

عین حال، این حقیقت نیز وجود دارد که گاه برخی از وجوه این آئین ناامیدکننده است، بخصوص برای حقوقدان هر اندازه هم که مجذوب این نوآوری در فن مذاکرات چندجانبه شده باشد. ابتدا این مطلب را متذکر گردیم که به نظر اکثر ناظران، پدیده کنسانسوس و متونی که توسط این فن تدوین می شوند، منعکس کننده حداقلی یا، به عبارتی، «پایین ترین حد تفاهم مشترکی» است که طرفین توانسته اند بر روی آن به توافق برسند. این متون و همچنین تعهدات موجود در آنها غالباً نامشخص، کلی و مبهم اند زیرا آنها، در نهایت، باید همه را راضی کنند بی آنکه در عین حال رضایت تک تک [شرکت کنندگان] را به طور کامل تأمین نمایند. این سرنوشت اجتناب ناپذیر همه مذاکرات کلی است، یعنی مذاکراتی که درخصوص مسائل مربوط به کل جامعه بین المللی است که باید، هم مهمترین ویژگیهای هر منطقه و هم تفاوت درسیستم های سیاسی و اقتصادی و اجتماعی را که شرکت کنندگان به آنها تعلق دارند در نظر بگیرد. این کار ماهیتاً گرایشی را برای حل معضلات بر مبنای منطقه ای و توسط اسناد حقوقی دقیق تر به وجود می آورد. بدین ترتیب است که کوشش برای حل معضلات کلی از طریق کنسانسوس سبب می گردد که دولتها به لحاظ یأس ناشی از بکارگیری این روش، هم از لحاظ تلاش و هم از نظر کیفیت نتیجه، به جستجوی راه حلهای منطقه ای محدودتر پردازند که این خود لطمه ای به عمومی بودن حقوق بین الملل می زند. معهذاً، مسأله ناخوشایندی در این تحول مشاهده نمی شود، زیرا این امر مقبولی است که حقوق بین الملل عمومی چیزی جز یک حداقل پذیرفته شده برای همه نیست و هر عضو جامعه بین المللی، با الهام از این دستورالعملهای کلی، می تواند آنها را با توجه به درجه رشد سیاسی و اجتماعی و اقتصادی خود تدوین نماید. هنجارها و خط مشی هایی که توسط کنسانسوس تدوین شده اند، در یک مرحله مشخص از سیر تحول روابط بین المللی، توافق مشترکی را شکل می دهند که بر مبنای آن روابط متقابل برقرار خواهند شد، و همچنین این هنجارها و خط مشی ها حداقل قواعدی را تشکیل می دهند که براساس آن

دولتها مقررات دقیق تری را که منطبق برخواستهای ویژه در روابط متقابلشان است تدوین خواهند نمود.

همچنین، ماهیت آئین کنسانسوس با مذاکرات طولانی و مشورت‌های پایان‌ناپذیرش میان گروهها و در داخل خود گروهها که اغلب در پشت درهای بسته و به صورت غیررسمی انجام می‌شود سبب می‌گردد که تنها شرکت کنندگان حاضر [در آن جلسات] ایده و شناخت دقیقی از سیر تحوّل یک متن را داشته باشند. به عبارت دیگر، کارهای مقدماتی که در تفسیر متون نامشخص و مبهم بسیار ضروری است عموماً وجود ندارند یا آنچنانکه باید، همانند کارهای مقدماتی در یک کنفرانس دیپلماتیک کلاسیک، مدوّن و مشخص نیستند. بنابراین، مرجح است که در صورت فقدان صورت‌مجلس مذاکرات، مشروح گزارشهای رسمی به طور مرتب توسط رئیس یا رؤسا، که نقش برترشان در آئین کنسانسوس شناخته شده است، تهیه گردد. این گزارشها باید نشان‌دهنده پیشرفت کارها و تا حدّ امکان به طور کامل بیان‌کننده موضوعهای مورد بحث باشند تا بتوانند ناظر خارجی را در مورد تحوّل صحیح مذاکرات نیز روشن کنند.

● نتیجه

با بیان شاخص‌ترین وجوه آئین کنسانسوس، نتیجه‌گیری کلی از آن دشوار به نظر می‌رسد. درحالی که سیاستمداران غالباً کنسانسوس را به عنوان فتی ارزیابی می‌کنند که برای حل معضلات در جهان نامتحد مناسب‌تر است، برخی از حقوق‌دانان درخصوص سودمندی چنین آئینی در تدوین متون هنجارساز تا حدودی متردّدند. اگرچه کنسانسوس برای تصویب متون کلی که باید به عنوان خطوط راهنما به کار گرفته شود کاملاً مناسب است، ولی امکان دارد وسیله‌آییده‌آلی برای تدوین متون دقیق‌تر در قالب معاهدات و کنوانسیون‌ها نباشد و این شاید به علت وجود امکان وضع شرط در این متون باشد، اگرچه استثناءات مهمی هم درخصوص

متونی که از قبل در مورد آنها یک توافق عمومی تحصیل شده است وجود دارد. ۲۵

جستجوی راه‌حلهایی برای مشکلات کلی، همچون خلع سلاح، فضای ماورای جو، محیط زیست، روابط اقتصادی و تجاری و صلح، توافق تمام اعضای جامعه بین‌المللی را طلب می‌کند. ولی مؤثر بودن و استمرار این راه‌حلها مشروط به وجود چارچوب حقوقی دقیق‌تری است و در اینجاست که شاید آئین کنسانسوس چندان مناسب نباشد. با وجود این، احساس می‌شود که کنسانسوس به علت ویژگیهای فنی خود، حتی اگر به قیمت عدم صراحت در نتیجه تمام شود، منجر به پیدایش هنجارهای کلی، یعنی قواعد عرفی، می‌گردد که دارای اهمیت بنیادین هستند.

ریمون گسن

RAYMOND GASSIN

ترجمه:

دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی

بحران سیاستهای جنایی کشورهای غربی

* GASSIN (RAYMOND): "La crise des politiques criminelles Occidentales", in Revue de l'Institut de sociologie, Université libre de Bruxelles, 1/2/1985, pp, 47-87.

گفتنی است که: (۱) به برگردان تعداد اندکی از پانوشتهای مقاله حاضر، به لحاظ عدم اهمیت آنها برای درک متن، به فارسی اقدام نشد؛ (۲) «سیاست جنایی» در مقابل «Politique criminelle» انتخاب و گذاشته شد و با «سیاست کیفری» یا «سیاست جزایی» (Politique pénale) تفاوتهایی دارد که در متن نوشتاری که در پیش روی دارید منعکس است. (مرجم)

رئوس مطالب:

مقدمه

۱. مفهوم سیاست جنایی

۱-۱. سیاست جنایی از حقوق کیفری متمایز است.

۱-۲. سیاست جنایی به مجموعه قواعد حقوقی، یعنی حقوق کیفری و حقوق پیشگیری بزهکاری، محدود نمی شود.

۲. نقش و رسالت سیاست جنایی

۳. بحران سیاستهای جنایی غربی

۴. طرح نوشتار

مبحث نخست: جلوه های بحران سیاستهای جنایی غربی

گفتار نخست: استغراق نظامهای سیاست جنایی

الف. حقوق جزا: تورم

ب. نهادهای سرکوبگر: انسداد و وقفه

گفتار دوم: جدایی نظامهای سیاست جنایی از واقعیت جنایی

الف. جلوه های جدایی

۱. عدم کارآیی تدابیر جدید کنترل بزهکاری

۲. گسیختگی نظم کار نظامهای سیاست جنایی

ب. تبیین جدایی

۱. نظریه عدم انطباق حقوق کیفری

۲. نظریه فروپاشی ارزشهای اخلاقی

مبحث دوم: شرایط خروج از بحران سیاستهای جنایی غربی

گفتار نخست: شرایط محیطی

الف. محیط اجتماعی- اخلاقی

ب. محیط اجتماعی- سیاسی

گفتار دوم: شرایط داخلی

الف. تجدید الگوی نظام جرایم

۱. فقط آنچه اساسی است

۲. تمام آنچه اساسی است

ب. تعریفی مجدد از نظام کیفرها

پ. تجدید سازمان نهادهای میارزه علیه بزهکاری

۱. وحدت

۲. انسجام

نتیجه کلی

مقدمه

۱. مفهوم سیاست جنایی:

امروزه مفهوم سیاست جنایی، مفهومی نسبتاً شناخته شده است؛ بنابراین یادآوری تعریف آن در این نوشتار ضروری به نظر نمی رسد.^۱

۱. در خصوص تعریف سیاست جنایی رجوع کنید به: آندره دکوک (A. Decocq): حقوق کیفری عمومی، ۱۹۷۷، صص ۴۳-۴۴؛ مرل (Merle) و ویتو (Vitu): رساله حقوق جنایی، جلد اول، چاپ چهارم، ۱۹۸۱، پاراگراف شماره ۵۰؛ پرادل (Pradel): حقوق کیفری، جلد اول، چاپ سوم، ۱۹۸۱، پاراگراف شماره ۳۹؛ استفانی (Stefani)، لواسور (Levasseur) و برناربولک (B. Bouloc): حقوق کیفری عمومی، چاپ دوازدهم، ۱۹۸۳، پاراگراف شماره ۲۲؛ استفانی، لواسور و ژامبو-مرلن (Jambu-Merlin): جرم شناسی و علم اداره زندانها، چاپ پنجم، ۱۹۸۲، پاراگراف شماره ۱۲؛ جیووانوویچ (Giovanovitch): «موضوع و مفهوم سیاست جنایی»، در دوندیودو و ابرنامه (میلانز)، پاریس، انتشارات کوژاس، ۱۹۶۰، ص ۱۵؛ کورنیل (Cornil): «یک سیاست جنایی واقع گرا»، در دوندیودو و ابرنامه، ص ۲۹؛ راپاپور (Rappaport): «مفهوم یک سیاست جنایی نوین»، در دوندیودو و ابرنامه، ص ۳۷؛ لواسور: «سیاست جنایی»، در نشریه آرشیهای فلسفه حقوق، جلد شانزدهم، ۱۹۷۱، ص ۱۳۱؛ مارک آنسل (Ancel): «سهم تحقیقات در تعریف سیاست جنایی»، در نشریه بین المللی جرم شناسی و پلیس علمی، ۱۹۷۵، ص ۲۲۵؛ آنسل: «مطالعه سیستماتیک مسائل سیاست جنایی»، در نشریه آرشیهای سیاست جنایی، شماره ۱، ۱۹۷۵، ص ۱۵؛ برنات دوسلیس (Bernat de Celis): «سیاست جنایی در

اما برای درک بهتر نوشته حاضر، در مقدمه به بیان دو خصیصه مهم آن می پردازیم.

۱-۱. سیاست جنایی از حقوق کیفری متمایز است:

حقوق کیفری مسلماً یکی از ارکان اساسی سیاست جنایی است اما همه آن را تشکیل نمی دهد. سیاست جنایی علاوه بر حقوق کیفری، یعنی مجموعه قواعد (مقررات) حاکم بر واکنش اجتماعی علیه بزهکاری، شامل قواعد حقوقی دیگر، و به ویژه قوانین و مقررات اداری بسیار متنوعی که «حقوق نوحاسته» پیشگیری بزهکاری را تشکیل می دهد، نیز می شود.^۲

۱-۲. سیاست جنایی به مجموعه قواعد حقوقی، یعنی حقوق کیفری و حقوق

پیشگیری بزهکاری، محدود نمی شود:

سیاست جنایی، علاوه بر قواعد حقوقی، شامل عملکرد^۳ نهادهای مختلفی که اجرای قواعد مزبور را به عهده دارند نیز می شود. این نهادها عبارتند از پلیس، دادسراها، دادگاهها، اداره زندانها، اداره آموزش و تربیت مراقبتی مجرمان، نهادهای پیشگیری بزهکاری و ادارات خدمات

→ جستجوی جایگاه خود»، در نشریه آرشیههای سیاست جنایی، شماره ۲، ۱۹۷۷، ص ۳؛ زابو (Zabo): جرم شناسی و سیاست جنایی، انتشارات ورن (پاریس) و انتشارات دانشگاه مونترآل (کانادا)، ۱۹۷۸، صص ۱۰۸-۱۱۲؛ میری دلماس مارتی، (M. Delmas-Marty): مدلهای و جنبشهای سیاست جنایی، انتشارات اِکونومیکا، پاریس، ۱۹۸۳.

۲. پاره ای از نویسندگان تدابیر مشهور به «بهداشت و پیشگیری اجتماعی» را نیز جزو قلمرو سیاست جنایی می دانند. در این خصوص مراجعه کنید به دِکوک: همان؛ پراڈل: همان؛ لوگرو (R. Legros): «سیاست جنایی و حقوق کیفری»، در نشریه حقوق کیفری و جرم شناسی، ۱۹۸۰، ص ۲۸۷؛ دوتریکور (J.Y. Dautricourt): «از قانون جزا تا قانون سیاست جنایی»، در نشریه آرشیههای سیاست جنایی، شماره ۲، ۱۹۷۷، ص ۸۳.

اجتماعی. این عملکردها نه تنها از نظر مادی بلکه از نظر حقوقی نیز از قانون متمایز است. در بعضی موارد، قانون به نهادی که مسؤول اعمال آن است اختیارات کم یا بیش وسیعی، به منظور مصلحت سنجی، یعنی بررسی اوضاع و احوال مجرم و شرایط ارتکاب جرم، اعطا می‌کند. در این خصوص، به عنوان مثال می‌توان اعطای اختیار «فردی کردن مجازات» را به قاضی جزایی ذکر کرد.

در موارد دیگر، نهادهای مزبور به شیوه‌هایی متوسل می‌شوند که مخالف قانون است. «جنحه کردن»^۴ بعضی جرایم جنایی به هنگام رسیدگی، نمونه بارزی از این فرض است. و سرانجام، آخرین مورد مربوط به کارگزاران نظام عدالت جنایی می‌شود که به شیوه‌هایی توسل می‌جویند که گرچه مستقیماً مخالف قانون نیست اما در کنار آن قرار می‌گیرد. برای مثال، سرزنش جوانان بزهکار توسط مقامات پلیس که در ایالات متحده آمریکا و کانادا، به لحاظ وسعت اختیارات این سازمان، کاملاً قانونی است، در فرانسه کاری است در حاشیه قانون که به منظور پاسخگویی به ضرورت‌های عملی فوری در پاره‌ای موارد جاری است.

بنابراین، مجموعه‌ای از فعالیت‌های نهادی (رسمی) وجود دارد که شناخت آنها از طریق جامعه‌شناسی کیفری برای ما میسر می‌شود، و همچون خود قانون جزو سیاست جنایی قرار می‌گیرد. بالاخره شیوه عملکرد نهادها و قواعد حقوقی، نظام عدالت جنایی و نظام کیفری با هم ترکیب شده چیزی را که «نظام سیاست جنایی» می‌نامند تشکیل می‌دهد.

۲. نقش و رسالت سیاست جنایی:

وظیفه اساسی سیاست جنایی در یک کشور عبارت است از کنترل بزهکاری آن کشور یعنی مهار کردن در محدوده‌های قابل تحمل و در صورت

4. Correctionnalisation

امکان، تقلیل یک سلسله رفتارهای بسیار متنوع که شدیداً مانع پیشرفت و ترقی موزون یک جامعه می شوند، یا آن جامعه را محکوم به نوعی پس روی می کنند، یا حتی بقای آن را در معرض خطر قرار می دهند. این رفتارها شامل اعمال متنوعی چون رقابت نامشروع در بازرگانی (مانند تبانی و سوء استفاده از موقعیت و نفوذ)، کلاهبرداری، سرقت، قتل، جاسوسی، خیانت و نیز تروریسم در سطح بین المللی و غیره می شود.

ولی مسأله بسیار مشکلی که تاکنون لاینحل مانده، این است که کنترل موثر و واقعی بزهکاری در یک جامعه تا چه اندازه با سیاست جنایی آن جامعه تأمین می شود. در این زمینه، تنها دو اطمینان وجود دارد. نخست، فقدان سیاست جنایی موجب هرج و مرج و غلبه خشونت می گردد. فقدان مطلق سیاست جنایی طبیعتاً یک فرض علمی است، اما موارد فقدان موقت سیاست مزبور در بعضی کشورها پیش آمده است. مثلاً اعتصاب مأموران پلیس در بعضی شهرهای امریکای شمالی در چند سال پیش، باعث شد که پس از بیست و چهار ساعت این شهرها به قتلگاههای واقعی تبدیل شوند و نیز اعتصاب پلیس مونترآل به مدت بیست و چهار ساعت در ۱۹۷۰، موجبات ارتکاب هفت فقره حمله مسلحانه علیه بانکها، حدود هزار فقره دزدی با شکستن حرز و هفده فقره سرقت توأم با خشونت و همین طور مشاجراتی را که نتیجه آن دو فقره قتل و حدود پنجاه فقره جرح بود، فراهم ساخت. بنابراین، یک کشور نمی تواند از حقوق کیفری و نهادهایی که (پلیس، دادگاهها... و غیره) مسؤول اجرای آن هستند درگذرد. دوم، سیاست جنایی تنها عامل کنترل بزهکاری در یک جامعه نیست. در کنار و در ورای آن نظامهای کنترل مختلف فراکیفری وجود دارند که نقشی متغیر و متفاوت ولی حتمی در پیشگیری بزهکاری و تکرار جرم ایفا می کنند مانند خانواده، کلیسا، مدرسه، محیط کار و نهادهای اجتماعی مختلف دیگری که طبیعتاً برحسب نوع تشکیلات اجتماعی متفاوتند. بنابراین، اشتباه است فکر کنیم که اگر بدون سیاست جنایی هیچ کار نمی توان کرد، با وجود آن همه چیز میسر است. فرضاً، جامعه ای که نظام کنترل اجتماعی آن تنها مبتنی بر

وحشت و ترور پلیسی-قضایی است ممکن نیست «جامعه‌ای عاری از جرم» باشد. برعکس، می‌توان گفت که هرچه نظام‌های فراکیفری مؤثر برای کنترل بزهکاری بیشتر باشد، به همان اندازه نیاز به سیاست جنایی شدید کمتر می‌شود: به همین دلیل است که بزهکاری در جوامع نخستین بسیار کم رواج داشته و بی‌تردید در جوامع سنتی بسیار کمتر از جوامع معاصر بوده است.

بدین ترتیب بین رقم صفر، یعنی «فقدان سیاست جنایی»، و رقم بی‌نهایت، یعنی «همه‌گیری سیاست جنایی»، فقط می‌توان فرضهایی راجع به درجه کارایی و تأثیر سیاست جنایی در مورد کنترل بزهکاری بیان کرد. آنچه می‌توان گفت این است که به احتمال زیاد - اما نه قطعی - درجه کارایی مزبور عمدتاً به دو گروه متغیر بستگی دارد:

۱. خصوصیات نظام اجتماعی و نظام ارزشهای جاری در جامعه

موردنظر.

۲. کیفیت نهادهایی که سیاست جنایی این جامعه را مشخص می‌کند، از قانون جزای آن گرفته تا زندانها. به دیگر سخن، ارزش نظام سیاست جنایی جامعه موردنظر.

بدین ترتیب می‌توان پیچیدگی روابط میان سیاست جنایی و بزهکاری را سنجید و پی برد که، برخلاف آنچه غالباً می‌پندارند، تا چه حد باید از اختلاط بررسی بحرانهای سیاست جنایی و بررسی افزایش بزهکاری اجتناب کرد. بحرانهای سیاست جنایی، هم معلول و هم علت رشد بزهکاری هستند، ولی باید دانست که افزایش بزهکاری با عوامل دیگری که غالباً بسیار مهمترند نیز تبیین می‌گردد، بطوریکه با مطالعه بحرانهای سیاست جنایی، موضوعی که اهمیت بیشتری پیدا می‌کند این است که بحران خود بیشتر معلول افزایش بزهکاری است تا علت آن.

۳. بحران سیاستهای جنایی غربی:

موضوع نوشتار حاضر دقیقاً مطالعه بحران فعلی سیاستهای جنایی غربی است. عنوان نوشتار خود سه پرسش را برمی انگیزد: چرا فقط سیاستهای جنایی غربی؟ آیا سیاستهای جنایی غربی واقعاً در بحران بسر می برند؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، مراد چه بحرانی است؟

۳-۱. پاسخ به سؤال نخست آسان است. مطالعه حاضر به کشورهای غربی محدود می شود، نه به این لحاظ که سایر کشورها با مشکلات جدی روبرو نیستند بلکه به این دلیل که مشکلات مزبور عموماً ماهیت متفاوتی دارند. در واقع، چنین تفاوتهایی میان دموکراسی های غربی از یک سو و نظامهای سوسیالیستی^۵ و کشورهای در حال توسعه از سوی دیگر وجود دارد، ولی مسائل مطروحه و راه حل احتمالی آنها در قلمرو تحلیلهایی از نوع دیگر قرار می گیرند.^۶ بعلاوه، با محدود کردن موضوع حتی به کشورهای غربی، دامنه مطالعه همچنان گسترده است، زیرا نه فقط اروپای غربی بلکه امریکای شمالی، ژاپن و اسرائیل را نیز در برمی گیرد.^۷

۵. گفتنی است که با به قدرت رسیدن میخائیل گورباچف در مارس ۱۹۸۵ و فروپاشی نظامهای دموکراسی مردمی (سوسیالیست) در اتحاد جماهیر شوروی سابق و کشورهای اروپای شرقی (بلوک شرق) و انتخاب رژیم دموکراسی لیبرال و اقتصاد آزاد به عنوان نظام سیاسی-اقتصادی توسط این کشورها، تفاوتهای پیشین میان غرب و شرق تعدیل یافت. (مترجم)

۶. در میان این مسائل به ویژه مسأله «بزهکاری دولت» قرار دارد که در آن دولت خود همچون یک سازمان وسیع مجرمانه عمل می کند، مانند آلمان نازی، روسیه استالینی و نزدیکتر به ما از نظر تاریخی، رژیم خمرسرخ در کامبوج که ظرف چند سال، بنابر تخمینهای مختلف، بین یک و نیم الی سه میلیون نفر از یک جمعیت هفت و نیم میلیون نفری را عامداً به هلاکت رسانید [در این خصوص می توان به مورد دولت اسرائیل نیز اشاره کرد (مترجم)].

۷. تصریح می شود که به نظر نویسنده، وجود سیستم سیاسی «دموکراسی لیبرال» و نیز سیستم اقتصادی منطبق با آن، یعنی «اقتصاد آزاد»، در این کشورها وجوه مشترک بین آنها محسوب

۲-۳. و اما آیا سیاستهای جنایی کشورهای غربی واقعاً در بحران

هستند؟

طرح این پرسش به دو دلیل مهم است. ابتدا باید گفت که امروزه واژه «بحران» کلمه‌ای است که در همه جا از آن استفاده می‌شود و درباره کلیه نهادهای اجتماعی، به محض اینکه نهادی با مشکلات کاری و عملی روبرو می‌شود - حتی اگر مشکلات مزبور سبک یا صرفاً گذرا باشند - نیز به کار می‌رود: در واقع، از اعتبار و ارزش واقعی واژه «بحران» کاسته شده است. افزون بر این، در مورد خاص سیاست جنایی، یک سنت قدیمی مبنی بر سوءاستفاده از اصطلاح (یا اصطلاحات مشابه) وجود دارد، زیرا از نیمه سده نوزدهم مرتباً از بحران عدالت کیفری سخن به میان می‌آید. در پایان سده گذشته، هانری ژولی^۸، استاد حقوق کیفری در پاریس، منشوری در ۲۵ فوریه ۱۸۹۶ به چاپ رساند با عنوان «سقوط مجازات»^۹. پس از آن لوبا^{۱۰}، دادستان، به نوبه خود مقاله‌ای در ۱۹۱۱ به رشته تحریر درآورد که عنوان آن «بحران مجازات» بود و بالاخره لئون رادزینوویچ^{۱۱}، که در آن زمان استاد جوانی بیش نبود، سخنرانی در ۱۹۲۸ با عنوان «بحران و آینده حقوق کیفری» ایراد کرد. با این حال، به نظر نمی‌رسد که سرکوبی (مجازات) پیش از جنگ ۱۹۱۴ و حتی تا جنگ دوم جهانی، وضعی به این اندازه نامطلوب داشته است.

خوشبختانه امروزه علوم انسانی به کمک ما می‌آیند، زیرا باتوجهی که متخصصان از چندسال پیش به مفهوم بحران داشته‌اند، یک «علم واقعی

→ می‌شوند. و دقیقاً با لحاظ این دو معیار، آقای گسن ژاپن و اسرائیل را نیز در حکم کشورهای غربی قلمداد می‌کند. (مترجم)

8. Henri Joly

9. Le Krach de la répression

۱۰. Loubat، نشریه سیاسی و پارلمانی، ۱۹۱۱، ص ۴۳۴.

۱۱. Léon Radzinovicz: «بحرانهای تکراری عدالت کیفری» در آنسل نامه (میلان ژانویه)، جلد

دوم، ۱۹۷۵، ص ۳۲۹.

بحرانها» که «بحران شناسی»^{۱۲} نام گرفته مطرح شده است. حال اگر به نظر ادگار مُورِن^{۱۳}، جامعه شناس فرانسوی، که بی تردید بیش از همه به درک مفهوم بحران کمک کرده است - مراجعه کنیم یک بحران عمدتاً با چهار خصیصه مشخص می‌گردد:

۱. یک یا چند اختلال که موجب می شود نظام (سیستم) دیگر قادر به ارائه راه حل برای مسائلی که تا پیش از این به حل آنها قادر بوده است، نباشد؛

۲. افزایش بی نظمیها و نوسانها که نظام دیگر موفق به مهار آنها نیست؛

۳. سخت شدن نظام که دیگر موفق به انطباق خود با تحرکات پیرامون خود نمی‌گردد؛

۴. و بالاخره آغاز فعالیتهای پژوهشی به منظور یافتن راه‌حلهایی برای خروج از بحران.

حال، دقیقاً اگر نظامهای سیاست جنایی کشورهای مختلف غربی را در عناصر متنوع آنها مورد بررسی قرار دهیم، تقریباً همواره در آنها این چهار پدیده شاخص و در وهله نخست پدیده اولیه آغازگر بحران، یعنی اختلال^{۱۴} و بی‌نظمی، را می‌یابیم.

واضح است که امروزه سیاستهای جنایی کشورهای غربی از ایفای نقش اساسی که برای آن ایجاد شده‌اند ناتوان هستند و دیگر کنترل رضایتبخش بزهکاری را تأمین نمی‌کنند. اگر ژاپن و تا حدودی سوئیس را کنار بگذاریم، بزهکاری در کشورهای غربی از ۲۵ تا ۳۰ سال پیش، تقریباً در مورد همه جرایم، مرتباً افزایش یافته است. مهمترین و علمی ترین مطالعه‌ای که تا کنون پیرامون این موضوع انجام شده تحقیق جرم شناس

12. Crisologie

۱۳. Edgard Morin: «بحران شناسی»، در نشریه ارتباطات، ۱۹۷۶، ص ۱۴۹؛ مُورِن و آندره

بجین (A. BEJIN): «مقاله‌ای بر مفهوم بحران»، در نشریه ارتباطات، ۱۹۷۶، ص ۱.

14. La Perturbation

امریکایی یدِ گِر در بارهٔ بررسی گرایشهای تحول بزهکاری در هیجده دموکراسی غربی بین سالهای ۱۹۴۵ و ۱۹۷۴ است. یدِ گِر در پایان تحقیق خود چنین نتیجه گیری می کند:

«گرایشهای تحول بزهکاری که از آمارهای رسمی اکثر کشورهای غربی به دست می آید، ورای نقایص احتمالی این گونه آمارها، بیان کنندهٔ تغییرات واقعی رفتار اجتماعی، و نه تخیلات ساده آماری، در طول بیست و پنج سال گذشته چه در مورد جرایم سنتی (قتل عمد، ضرب و جرح عمدی، سرقت مسلحانه یا توأم با خشونت، سرقت منازل و سرقت ساده) و چه در خصوص جرایم بازرگانی (کلاهبرداری، خیانت در امانت، جعل و...) می باشد. افزایش جرایم با درصدهای کمی صورت نگرفته است: اکثر شاخصهای جرایم سنتی دو برابر شده، بسیاری از آنها بین ۵۰۰ درصد الی ۸۰۰ درصد و حتی بعضی بیش از ۱۰۰۰ درصد افزایش پیدا کرده اند. بدین ترتیب، افزایش جرایم سنتی به اندازهٔ کافی محرز است و بنابراین بجاست نظر آن دسته از متخصصانی را رد کنیم که با بزرگ جلوه دادن اشتباههای کوچک یا نادرست خواندن اطلاعات رسمی دربارهٔ جرم و نظارت بر آن، معتقدند هیچ واقعیت اجتماعی حاکی از افزایش ضریب بزهکاری نیست. برعکس، بزهکاری معاصر یک مسألهٔ واقعی اجتماعی با ابعاد قابل توجه و فزاینده محسوب می شود که بهتر است به جای انکار، درصدد تبیین آن برآییم.»

از ۱۹۷۴، یعنی تاریخ تحقیق یدِ گِر، پدیدهٔ رشد بزهکاری، همان گونه که بررسی آماری کشورهای مختلف غربی — به استثنای ژاپن و سوئیس — نشان می دهد، بی وقفه ادامه دارد. ۱۶

۱۵. یدِ گِر (Ted R. Gurr): «گرایشهای بزهکاری از سال ۱۹۴۵ در دموکراسی های جدید» در

سالنامهٔ بین المللی جرم شناسی، جلد شانزدهم، ۱۹۷۷، صص ۴۱ و بعد (به انگلیسی است).

۱۶. برای مثال نگاه کنید به سوزینی (Susini): «گرایشهای بزهکاری و استراتژی پیشگیری

بزهکاری در اروپای باختری»، در نشریهٔ بین المللی سیاست جنایی، شمارهٔ ۳۵، سال ۱۹۷۹،

صص ۷۷؛ والر (I. Walter): «بزهکاری در کانادا و ایالات متحدهٔ آمریکا: گرایشها و ←

فرانسه از این قاعده کلی مستثنی نیست. اگر آمارهای پلیس قضایی را که حاوی نزدیکترین ارقام به واقعیت مجرمانه، یعنی بزهکاری واقعی، است مورد بررسی قرار دهیم، ملاحظه می‌کنیم که پس از کاهش محسوس بزهکاری از پایان جنگ دوم جهانی (۱۹۴۵) تا ۱۹۵۵، تعداد جنایات و جنحه‌های مکشوفه از ۱۹۵۶ بی وقفه روبه افزایش بوده است، بطوریکه در مقابل ۶۰۴,۸۲۶ پرونده بررسی شده در ۱۹۵۵ شاهد ارتکاب ۳,۴۱۶,۶۸۲ جنایت و جنحه در ۱۹۸۲ - یعنی یک افزایش کلی برابر با ۴۶۵ درصد در طول ۲۷ سال - هستیم. بدیهی است که کلیه جرایم در نسبت‌های مشابه افزایش نداشته و حتی بعضی از آنها با کاهش روبرو بوده‌اند، اما گرایش عمومی بزهکاری در جهت افزایش است و این سیر صعودی به گونه‌ای است که تصور می‌شود در مقابل پدیده‌ای قرار گرفته‌ایم که عملاً غیرقابل کنترل است.

۳-۳. در این حال، پرسش جدیدی که پاسخ آن بسیار دشوارتر است مطرح می‌گردد: حال که بحران وجود دارد، این بحران از چه نوع و با چه ماهیتی است؟ برای درک بهتر سؤال، باید دانست که بحران‌شناسی^{۱۷}، بحران را به انواع مختلف تقسیم کرده است. از یک دیدگاه، یعنی دیدگاه مبتنی بر پویایی جوامع، بحرانهای ناشی از رشد یا توسعه که در جوامع نوپا و در حال پیشرفت به چشم می‌خورد باید از بحرانهای ناشی از تحول که، برعکس، جوامع کهن یا جوامع رشدیافته^{۱۸} را متأثر می‌کند تفکیک شود. اما در میان خود بحرانهای ناشی از تحول، باید بحرانهای ناشی از پیشرفت و ترقی و بحرانهای ناشی از زوال و افول را از هم تمیز داد. معیار اساسی این تفکیک، به نظر ما، باید در خصیصه پدیدهٔ مُخل^{۱۹} که به وجود آورندهٔ بحران

→ مطالعات تطبیقی، ۱۹۷۸-۱۹۶۴»، در نشریهٔ جرم‌شناسی، کانادا، جلد ۱۴، شماره ۱، سال ۱۹۸۱، ص ۵۱.

17. La crisologie

۱۸. این مورد شامل جوامع غربی است.

19. Le phénomène perturbateur

است جستجو شود: زمانی با بحران ترقی روبرو هستیم که بحران در جهت استحکام انسجام یا کارآیی همه جانبه نظام بحران زده متمایل باشد. و بحران افول زمانی است که پدیده یک پدیده انفجار، از هم گسیختگی، تلاشی یا فروپاشی باشد. حال، نخستین پرسش اساسی که مطرح می شود این است که: آیا بحران سیاستهای جنایی غربی یک بحران ناشی از ترقی، یا برعکس، یک بحران ناشی از افول است؟

از دیدگاه دوم، یعنی دیدگاهی که عمدتاً بر ساختار جوامع مبتنی است، علم بحران شناسی بحرانهایی را که اتفاقاتی در تاریخ یک جامعه بیش نیستند از بحرانهایی که برعکس نحوه وجود و بودن^{۲۰} جوامع در حال تحول محسوب می شوند^{۲۱}، تفکیک می کند.

به همین جهت، به پرسش بالا پرسش مهم دیگری اضافه می شود: بحران سیاستهای جنایی غربی را که در کشورهای انگلوساکسون از آغاز سالهای ۱۹۵۰ و در کشورهای اروپا قاره ای از پایان سالهای ۱۹۵۰ و شروع سالهای ۱۹۶۰ آغاز شده و از آن زمان تا کنون بی وقفه گسترش یافته است چگونه توصیف کنیم؟ آیا این یک واقعه و تصادف پیش پا افتاده در تاریخ جوامع غربی است؟ یا بیشتر نحوه واقعی وجود و بودن این جوامع است، یعنی نوعی وضعیت بحرانی مزمن که گهگاه آرامشی کاملاً گذرا آن را قطع می کند؟

پرسشهای بالا جالب ترین سؤالاتی هستند که بحران کنونی موجب طرح آنها شده است و نتیجتاً باید کوشید که خصایص این بحران را تبیین کرد.

۴. طرح نوشتار:

نخستین اقدامی که برای تجزیه و تحلیل این بحران باید معمول

20. Modes d'être

۲۱. مراد حالت و وضعیت بحرانی مزمن در چنین جوامع است. (مترجم)

گردد، احصای مهمترین جلوه‌های آن و سپس کوشش در تبیین جلوه‌های مزبور است. این اقدام اجازه خواهد داد تا محدوده‌های اصلی و مشخصات بحران روشن گردد.

لیکن اگر بخواهیم تصویر کاملی از ویژگیهای آن به دست آوریم، تنها اقدام بالا کافی نخواهد بود بلکه علاوه بر آن باید سؤالاتی درخصوص شرایط لازم به منظور خروج از بحران طرح و به آنها پاسخ داده شود، به ویژه که هر بار از بحران سخن به میان می‌آید آنچه بیشتر از همه توجه مردم را جلب می‌کند این موضوع است که از ابزارها و طرقی که امکان خروج از آن را فراهم می‌سازد آگاهی یابند. تنها مطالعه شرایط خروج از بحران است که اجازه می‌دهد تصویر بحران کامل گردد.

با توجه به همین موضوع است که در نوشتار حاضر، بخش نخست به بررسی جلوه‌های بحران سیاستهای جنایی غربی و بخش دوم به مطالعه شرایط خروج از بحران سیاستهای جنایی غربی اختصاص داده خواهد شد.



جلوه‌های بحران سیاستهای جنایی غربی

بسیاری از نویسندگان و متخصصان درخصوص بحران سیاست جنایی سخن می‌رانند، اما کم هستند کسانی که از طرح ساده این موضوع درگذرند و سعی خود را صرف تحلیل دقیق ماهیت و ترکیب این بحران کنند. در میان گروه اخیر نیز، بیشتر آنان تحقیقات خود را فقط پیرامون یک جنبه سیاست جنایی محدود می‌سازند. بعضیها به بررسی بحران حقوق کیفری اکتفا می‌کنند^{۲۲} و عده‌ای دیگر بحران عدالت کیفری را مورد تجزیه و

۲۲. به عنوان مثال، ژاک لئوته (J. Léauté): «حقوق کیفری و دموکراسی»، آنسل نامه، ۱۹۷۵،

ج ۲، صص ۱۵۱ و بعد.

تحلیل قرار می دهند.^{۲۳} نویسندگان مزبور، با این کار، اگر تصویری غلط از موضوع ارائه ندهند، حداکثر می توانند تصویری جزئی از بحران سیاستهای جنایی غربی ترسیم کنند، زیرا هر دیدگاه جزئی از یک مسأله، مآلاً و دیر یا زود، به ارائه تصویری تحریف شده منجر می گردد.

در عین حال، شماری اندک از نویسندگان کوشش در طرح کل مسأله در همه جوانب آن کرده اند^{۲۴}، اما در نوشته ها و مطالعاتشان دو جهت مخالف دیده می شود: یا آنقدر موضوع را توسعه می دهند که تبیین بحران سیاست جنایی و تبیین رشد بزهکاری را که موضوع بسیار وسیع تری است باهم مخلوط می کنند، یا برعکس، جلوه های بحران را فقط در حد یک جنبه از آن تقلیل می دهند. بدین ترتیب است که پروفیسور یشک، بحران را در شکست کیفرزندان و ژرژپیکا آن را عمدتاً در انسداد و توقف تدریجی نظام عدالت کیفری تحت تأثیر افزایش پرونده ها، که این خود ناشی از افزایش بزهکاری است، می بینند. ژرژپیکا، به افزایش تعداد پرونده ها، عامل عدم انطباق نهادهای کیفری نسبت به تحوّل بسیار سریع جامعه امروزی را نیز می افزاید.

با این حال، بحران سیاستهای جنایی غربی در قالب ویژگیهای بسیار متعدد دیگری که وسیعاً از محدوده دو پدیده فوق درمی گذرند نیز متجلی می گردد. اگر بخواهیم این ویژگیهای مختلف را حول چند محور اساسی خلاصه کنیم می توانیم بگوییم که بحران کنونی از یک سو در قالب

۲۳. به عنوان مثال، دنی زاو: «بزهکاری شهری و بحران دادگستری»، مونترآل، انتشارات دانشگاه مونترآل، ۱۹۷۳؛ رادزینویچ: «بحرانهای تکراری عدالت (دادگستری) کیفری»، آنسل نامه، ۱۹۷۵، ج ۲ صص ۲۲۹ و بعد؛ ادیت فالک (E. Fálque): «قضات و ضمانت اجرا یا تحلیل یک بحران، پاریس، ۱۹۸۰».

۲۴. یشک (H.H. Jescheck): «بحران سیاست جنایی»، نشریه آرشوهای سیاست جنایی، شماره ۴، سال ۱۹۸۰، صص ۱۵ و بعد؛ ژرژپیکا (Pica): «جرم شناسی، پاریس، ۱۹۸۳ [کتاب اخیر توسط مترجم همین مقاله به فارسی ترجمه و در انتشارات دانشگاه شهید بهشتی چاپ شده است، ۱۳۷۰].

استغراق تدریجی^{۲۵} نظامهای سیاست جنایی تا مرز انسداد و وقفه این نظامها جلومی رود (گفتار نخست)، و از سوی دیگر در قالب جدایی تدریجی^{۲۶} این سیاستها از واقعیت جنایی تا آنجا که آنها را کاملاً بی تأثیر کرده است تجلی می‌کند (گفتار دوم). از آنجا که این دو جلوه کلی بحران در حقیقت کاملاً به هم وابسته و مربوط نیستند، بنابراین مطالعه جداگانه آنها به شرحی که می‌آید قابل توجه است.

گفتار نخست

استغراق نظامهای سیاست جنایی

استغراق نظامهای سیاست جنایی، بی تردید، از شناخته شده ترین جنبه های بحران این نظامهاست که در عین حال بیشتر از سایر جوانب نیز مورد تجزیه و تحلیل واقع شده است، زیرا جنبه مزبور است که عموماً توجه را به خود معطوف می‌دارد. به همین لحاظ، تنها به بررسی مختصر داده های آن، با این توضیح که هم حقوق جزا و هم نهادهای کیفری از آن متأثرند، اکتفا می‌کنیم.

الف. حقوق جزا: توژم

در مورد حقوق جزا باید گفت که استغراق نظامهای سیاست جنایی ناشی از توژم بی اندازه تعداد جرایم در قوانین و مقررات جزایی است.

۱. این پدیده تازگی ندارد، زیرا برخی از نویسندگان، مانند بوزاوپیناتل^{۲۷}، قبل از جنگ دوم جهانی به مسأله توژم قوانین جزایی اشاره

25. La submersion progressive

26. La déconnexion

۲۷. بوزا (Bouzat)، پیناتل (Pinatel): رساله حقوق کیفری و جرم شناسی، جلد ۱، حقوق کیفری

عمومی، چاپ دوم، ۱۹۷۰، پاراگراف شماره ۲.

کرده‌اند.

اما پدیده مزبور امروزه وسعت سرگیجه‌آوری یافته است. روز یا هفته‌ای نیست که روزنامه رسمی ایجاد جرایم جدید یا توسعه جرمهای موجود را، بدون اینکه جرایم قدیمی موجود در قوانین حذف شوند، اعلام نکند.^{۲۸}

این تورّم عمدتاً شامل آنچه که امروزه «حقوق جزای فنی» نام گرفته، یعنی جرایمی که مربوط به قلمرو تخصصی ای مانند مالیات عمومی، شهرسازی، محیط زیست و غیره^{۲۹} است، می‌گردد. برای روشن شدن موضوع با رقم و عدد، باید به مطالعات پانزده سال پیش کمیسیون اصلاحات حقوق کانادا اشاره کرد که به موجب آن در هر استان کانادا، یک شهروند کانادایی می‌تواند مرتکب بیش از ۳۷,۹۶۷ عمل مختلف بشود که در قانون عنوان جرایم غیرعمدی دارند. تا آنجا که ما اطلاع داریم مانند چنین پژوهشی در فرانسه هنوز صورت نگرفته است، اما مطمئن هستیم که اگر این پژوهش انجام شود ما به نتیجه‌ای لا اقل مشابه با نتیجه مطالعات کمیسیون فوق دست خواهیم یافت.

۲. پدیده تورّم کیفری لا اقل به سه دلیل مضر است:

۲-۱. نخست پدیده مزبور موجب می‌شود که معنا و مفهوم ارزشهای اساسی برای شهروندان از میان برود، بطوریکه آنان کلیه قواعد تشکیلاتی و کاری جامعه را از نظر اهمیت در یک ردیف قرار دهند. درست است که رسالت و نقش اولیه حقوق جزا جلب نظر و توجه شهروندان است به ارزشهای

۲۸. در این مورد، به عنوان نمونه، رجوع کنید به دل‌ماس-مارتی (میری): تورّم کیفری، گزارش به ششمین کنگره فرانسوی حقوق جزا، مون‌پلیه، ۷-۹ نوامبر ۱۹۸۳؛ کاربونیه (J. Carbonnier): «تورّم قوانین»، نشریه آکادمی علوم اخلاقی و سیاسی، ۱۹۸۲، شماره ۴، صص ۶۸۷ و بعد.

۲۹. رجوع کنید به کاترین دهلانکور (C. d' Haillencourt): حقوق جزای فنی و حقوق جزا، پایان‌نامه دکتری، دانشگاه پاریس ۲، ۱۹۸۳.

اساسی جامعه از طریق تهدید به مجازات کسانی که می خواهند احتمالاً آنها را نقض کنند، اما وقتی «همه چیز حقوق جزا می‌گردد» (یعنی زمانی که همه چیز مشمول حقوق جزا می‌شود) در آن صورت، شهروند دچار سردرگمی می‌گردد، و وقتی همه چیز اساسی و مهم جلوه داده شد، در واقع شهروند همه چیز را به عنوان فرع و بنابراین پیش پا افتاده تلقی می‌کند. به همین جهت و در همین معناست که از «کاهش ارزش مجازات»^{۳۰} سخن به میان آمده است.

۲-۲. دوم، تورم کیفری موجب ایجاد یک «حقوق جزای استثنایی» و مستمراً در حال رشد می‌شود و با لطمه زدن به آزادیهای اساسی، همزمان ترسی غیرعادی و تحقیر و بی‌اعتنایی اسفباری در شهروندان برمی‌انگیزد. در واقع، معمول است که اجرای حقوق کیفری فتنی به پلیس قضایی تخصصی^{۳۱} با اختیارات بی حد و حصر حقوق عادی محول شود؛ یا از سوی دیگر، تعقیب این جرایم عمدتاً در اختیار ادارات (قوه مجریه)^{۳۲} گذاشته شود، و حتی اختیارات قضات در مرحله تعیین مجازات محدود گردد.^{۳۳} پاره‌ای مواد و مقررات قوانین مالیاتی اخیراً این شیوه کارکرد سیاست جنایی را نشان دادند.^{۳۴} بی شک، این روشها بیم و هراس خاصی نزد افراد ایجاد

30. Dévaluation de la peine

۳۱. مثلاً اختیارات استثنایی پلیس قضایی در زمینه‌های اقتصادی، مالیاتی، گمرکی و غیره و کلیه مسائلی که اجرای اختیارات مزبور در رويه قضایی ایجاد می‌کنند.

۳۲. مثلاً مالیاتهای غیرمستقیم از این قبیل موارد است. معذک، از حدود بیست سال پیش به این سو، گرایش تدریجی‌ای در جهت بازگشت و رجوع به حقوق عادی یعنی تعمیم صلاحیت آن به مواردی که سابقاً در قلمرو «حقوقهای» اختصاصی بوده‌اند، ملاحظه می‌شود (مانند زمینه‌های اقتصادی و شهرسازی).

۳۳. زمینه‌های مالیاتی و گمرکی از این قبیل است.

۳۴. ماده ۸۳ قانون مالیاتها برای سال ۱۹۸۴ به مأموران اداره مالیاتها اجازه می‌داد که، به منظور کشف و تحقیق پیرامون جرایم در زمینه مالیاتهای مستقیم و مالیاتهای (تاکس) بر رقم فروش، بتوانند فقط با مجوز صادره توسط رئیس دادگاه بدایت (گراند انستانس) و بدون هیچ تشریفات دیگری منازل افراد را مورد بازدید و تفتیش قرار دهند. این موضوع آنچنان مغایر

می‌کنند، ولی به موازات آن بی‌اعتنایی و تحقیری که نسبت به مفهوم عدالت و دادگستری در افکار عمومی به وجود می‌آورند نیز وسیع و عمیق است.

۲.۳. و سرانجام، این تورم کیفری، شهروندان را غالباً بازیچه دست ادارات و قربانی سوءاستفاده آنها، تازه اگر سیاست زده نباشند، قرار می‌دهد. در واقع، عموم شهروندان عادی و حتی کسانی که می‌توان آنان را «حقوقدانان عادی» نامید نسبت به حقوق جزای قتی در حال توسعه شناخت و آگاهی ندارند. حال آنکه، برعکس، ادارات تخصصی نسبت به آن اشرف دارند، زیرا بخشهای مختلف همین ادارات هستند که این حقوق را ایجاد و سپس نحوه اجرا و تفسیر آن را در قالب بخشنامه‌هایی به قسمت‌های دیگر این ادارات ابلاغ می‌کنند. بدین ترتیب، ادارات از تسلط و افری بر شهروندان عادی برخوردارند که گاه با زیاده‌روی، خودرأیی و حتی اخاذی توأم است. ۳۵ در هر حال، حتی زمانی که سوءاستفاده وجود ندارد، تورم کیفری به افزایش تعداد پرونده‌ها در نهادهای کیفری و بنابراین به تشدید انسداد و وقفه‌ای که از آن نتیجه می‌شود کمک می‌کند. وقفه نهادهای سرکوبگر و کیفری دومین جنبه شناخته شده تر استغراق نظام‌های سیاست جنایی کشورهای غربی محسوب می‌شود.

ب. نهادهای کیفری: انسداد و وقفه

آن جنبه از بحران سیاست‌های جنایی غربی که توجه تحلیلگران را بیشتر به خود معطوف داشته، در واقع، گرفتگی و کندی نهادهای

→ با اصول اساسی قانون آئین دادرسی کیفری فرانسه بود که شورای قانون اساسی، در قالب تصمیم ۲۹ دسامبر ۱۹۸۳، عدم انطباق ماده مزبور را با اصول قانون اساسی در خصوص آزادی فردی و مصونیت مسکن اشخاص اعلام داشت.

۳۵. مصداق بارز این موضوع، عملیات مشکوک اداره گمرکات فرانسه به منظور دستیابی به سیاهه اسامی آن دسته از فرانسویان مقیم سوئیس بود که دارای حساب‌های شماره‌دار در بانک‌های این کشور بودند.

سرکوبگر (نظام عدالت کیفری) است که این خود ناشی از افزایش بی اندازه تعداد پرونده‌ها به دنبال افزایش چشمگیر غالب صور بزهکاری است.

بدین سان، یک وقفه تدریجی نظام عدالت کیفری را فرا گرفته که می‌توان آن را، هم در مرحله دادرسی کیفری و هم در مرحله اجرای محکومیتها مشاهده کرد.

۱. در مورد دادرسی کیفری باید گفت که وقفه تدریجی نظام در سه مرحله اساسی تحقیقات پلیسی، تعقیب و بالاخره بازپرسی و محاکمه متمرکز است.

۱-۱. در خصوص تحقیقات پلیسی، افزایش قابل توجه تعداد شکایتهای کیفری که پلیس از آنها مطلع شده است از یک سو، و عدم افزایش تعداد مأموران بخشهای مختلف پلیس به موازات سیر صعودی منحنی جرایم و پرونده‌های مطروحه از سوی دیگر، موجب کاهش چشمگیر درصد موارد مکشوفه یا آنچه که گهگاه «موارد موفق» نامیده می‌شود گردیده است.

اگر مورد فرانسه را در نظر بگیریم، ملاحظه می‌کنیم که درصد موارد مکشوفه در ۱۹۵۵ بالغ بر ۶۱ درصد بوده، حال آنکه در ۱۹۸۲ به ۳۹/۵۳ درصد تقلیل پیدا کرده است.

بدیهی است که این درصد، تنها یک درصد میانگین برای کل فرانسه است. در عمل، درصد پرونده‌هایی که وضعیتشان روشن می‌شود برحسب ناحیه جغرافیایی و نیز نوع جرم در نوسان است. معذک یک مقایسه با کشور ژاپن^{۳۶}، نارسایی وضعیت فرانسه و دیگر کشورهای غربی را برای ما روشن تر می‌کند. در ژاپن، برای دوره ۱۹۶۹ تا ۱۹۷۸، میانگین

۳۶. ژاپن، به همراه سوئیس، تنها کشور غربی است که از افزایش وسیع بزهکاری در امان است. حتی به نظر می‌رسد که بزهکاری در ژاپن بیشتر روبه کاهش است.

تعیین تکلیف پرونده‌های مربوط به یک سلسله جنایات یا جنحه‌های مهم (قتل، سرقت توأم با خشونت، آتش سوزی عمدی، تجاوز به عنف، ضرب و جرح) ۸۶ درصد بوده است. این درصد در فرانسه برای جنایات و جنحه‌های مشابه (قتل عمدی، سرقت‌های مشدد، سایر جرایم خشونت‌آمیز علیه اموال، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی) در ۱۹۷۸ برابر با ۳۸/۵۰ درصد بود.

تنزل میزان کارآیی پلیس دوگونه پیامد دارد:

۱-۱-۱. در وهله اول، تنزل میزان کارآیی پلیس بر روحیه و طرز برخورد بزه‌دیدگان نسبت به اعلام جرم و طرح شکایت نزد مقامات پلیس تأثیر می‌گذارد. درست است که در پاره‌ای موارد بزه‌دیدگان بیشتر از گذشته به طرح شکایت نزد پلیس مبادرت می‌کنند، چون به ستوه آمده‌اند یا صرفاً به این لحاظ که طرح شکایت شرط لازم برای جبران خسارت توسط بیمه‌گر است، لیکن غالب اوقات مشاهده شده است که، برعکس، بزه‌دیدگان نوعی بی‌اعتنایی نسبت به پلیس از خود بروز می‌دهند، زیرا اعتقاد پیدا کرده‌اند که اقدامات پلیس متضمن هیچ فایده‌ای نیست و هیچ امیدی به اینکه پلیس مجرم را شناسایی و دستگیر کند و بدین ترتیب جبران خسارت آنان بشود، ندارند. در ایالات متحده آمریکا بنابر تحقیقات مبتنی بر اظهارات و شهادت بزه‌دیدگانی که جرایم ارتكابی علیه خود را به دلایلی به مقامات پلیس و دادگستری اعلام نکرده‌اند^{۳۷}، جرایمی که توسط بزه‌دیدگان به مقامات صالح اعلام شده، برحسب جرایم مختلف، بین ۱۹۶۷ و دوره ۱۹۷۳-۱۹۷۷ حدود ۱۰ تا ۲۰ درصد کاهش یافته است.

۱-۱-۲. ولی کاهش روزافزون کارآیی پلیس تحت تأثیر تعداد روبه

۳۷. Les enquêtes de victimisation: طی این گونه تحقیقات، پژوهشگران از طریق اظهارات بزه‌دیدگان درباره جرایمی که قربانی آنها بوده‌اند ولی به دلایلی به پلیس مراجعه نکرده و جرایم مزبور را به اطلاع مقامات صالح نرسانیده‌اند، مطلع می‌گردند. این روش تحقیقاتی در جرم‌شناسی به منظور ارزیابی و کسب اطلاعات بیشتر در مورد «رقم سیاه» بزهکاری است. (مترجم)

افزایش پرونده‌ها، بر واکنش‌های خود پلیس در مقابل پرونده‌ها نیز اثر می‌گذارد. هرچه بر تعداد جرایم اضافه می‌شود، پلیس به همان اندازه کار بیشتری دارد و بنابراین بیش از ظرفیت موجود باید کوشش کند. از این مسأله دونوع واکنش خاص ناشی از بحران نتیجه می‌شود:

از یک سو، پلیس برای شروع تحقیقات و اقدامات خود بیشتر به گزینش دست می‌زند و تازه پیرامون آن دسته از پرونده‌هایی که انتخاب کرده است، به تحقیقات گسترده و عمیق نمی‌پردازد.

از سوی دیگر، در برابر انتقادهایی که در مورد عدم کارآیی پلیس می‌شود، پلیس برای اینکه در بعضی از موارد هرطور شده موفق شود تمایل به اتخاذ تدابیر و اقدامات غیرقانونی دارد. افزایش پرونده‌هایی که به ناشیگریهای پلیسی^{۳۸} شهرت یافته و در طول سالهای اخیر در همه کشورهای غربی تکرار شده ناشی از همین امر است.

۱-۲. درخصوص تعقیب در مقابل دادگاه‌های کیفری نیز شاهد گرفتگی و گندی چرخهای دستگاه عدالت کیفری، به دنبال افزایش قابل توجه تعداد پرونده‌هایی که به مقامات تعقیب کننده اعلام می‌شود هستیم، بدون اینکه به تناسب و به موازات آن بر تعداد پرسنل موجود افزوده شود. این پدیده نه فقط کشورهای انگلوساکسون را که در آنجا تعقیب معمولاً توسط خود پلیس انجام می‌شود بلکه کشورهای لاتین و ژرمنی را نیز که تعقیب در آنجا منحصراً از وظایف دادرها^{۳۹} است فراگرفته. کافی است درباره فرانسه تصور کنیم که تعداد کل شکایتها، اعلام جرمها و عرضحالها برای کلیه جرایم (جنایات، جنحه‌ها و خلافها) از ۱۰۸،۹۷۶ فقره در ۱۹۵۵ به ۱۵،۲۳۲،۹۱۲ فقره در ۱۹۸۱ رسیده است.

۳۸. Les bavures policières یا خطاهای پلیسی.

۳۹. این موضوع مستقل از امکانی است که خود مجنی علیه، در پاره‌ای کشورها مانند فرانسه، برای به جریان انداختن دعوای عمومی از طریق اقامه دعوای خصوصی در مقابل دادگاه کیفری دارد.

این افزایش چشمگیر تعداد پرونده‌ها در مرحله تعقیب موجب سه‌نوع تغییر در رویه و رفتار و کار مقامات تعقیب کننده شده است:

نخستین تغییر، عبارت است از افزایش تعداد قرارهای منع تعقیب (بایگانی پرونده‌ها)^{۴۰} و توسعهٔ جانشینهای غیررسمی شروع به تعقیب، یعنی اختطار غیررسمی، اختطار رسمی، ملامت و سرزنش؛ آنچه که به زبان فرانسه «قضازدایی»^{۴۱} و به زبان انگلیسی «روشهای جایگزینی»^{۴۲} نامیده می‌شود.^{۴۳}

دومین تغییر، اعمال بیشتر اصل انتخاب و گزینش به هنگام تعیین پرونده‌هایی است که باید تحت تعقیب واقع شوند. معیار انتخاب پرونده‌هایی که باید تعقیب شوند، یا اهمیت پرونده‌هاست یا ساده بودن آنها که ضمناً کمی نامتعارف به نظر می‌رسد. مثلاً مقامات قضایی پرونده‌هایی را که دارای نوعی پیچیدگی است و همزمان به نظر می‌رسد چندان مهم نیستند تعقیب نمی‌کنند، زیرا چنین به نظرشان می‌رسد که بین وقت و نیروی انسانی که باید صرف تعقیب آنها شود و فایدهٔ اجتماعی مجازات تناسبی

۴۰. مثلاً در فرانسه از ۱۹۶۵ تا ۱۹۸۱، طی شانزده سال، درصد منع تعقیب از ۷۸/۴ به ۸۹/۴ (یعنی افزایشی برابر با ۱۱ درصد) رسیده است. حال آنکه از ۱۹۰۱ تا ۱۹۵۲، طی بیش از پنجاه سال، این درصد از ۶۲/۵۲ تنها به ۶۹/۸۵ (یعنی افزایشی حدود ۷ درصد) رسیده بود.

41. La dejudiciarisation.

42. Diversion

۴۳. باید یادآوری کرد که اندیشهٔ «قضازدایی» مانند اندیشهٔ «جرم‌زدایی»، در اساس، یک مفهوم مرامی (ایدئولوژیک) است که توسط جرم‌شناسی تعامل‌گرای امریکای شمالی و آموزهٔ سیاست جنایی منشعب از آن، مشهور به آموزهٔ «عدم مداخله»، به وجود آمده است، ولی «قضازدایی» بلافاصله به عنوان یک ابزار مفید به منظور تراکم‌زدایی از دادگاهها مورد استفادهٔ اهل عمل قرار گرفت. در خصوص جرم‌شناسیهای جدید مراجعه کنید به رمون گسن: «گرایشهای نو در جرم‌شناسی» ترجمهٔ علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشریهٔ دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۵؛ مارک آنسل: دفاع اجتماعی، ترجمهٔ محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۰؛ رمون گسن: مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی، ترجمهٔ مهدی کی‌نیا، ناشر: مترجم، ۱۳۷۰؛ ژرژ پیکاک: جرم‌شناسی، ترجمهٔ علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۰. (مترجم)

وجود ندارد.

و سرانجام، زمانی که در خصوص اعمال مورد تعقیب، چندین وصف مجرمانه محتمل است، غالباً آن وصف و عنوان قانونی ای انتخاب می شود که پرونده را سریع تر به نتیجه برساند. نتیجتاً، در فرانسه شاهد افزایش مستمر «جنحه سازی قضایی» [جنایات] هستیم. یا در ایالات متحده امریکا نهاد «Plea bargaining» (یعنی نوعی چک و چانه زدن و معامله میان مقام تعقیب کننده و متهم که به معامله اتهام شهرت دارد) در حال توسعه است که به موجب آن اگر متهم بپذیرد که دفاعیات را بر اساس قبول مجرمیت خود برای یک اتهام خفیف تر (مثلاً تقلب مالیاتی) انجام دهد، آن مقام از تعقیب شدیدترین اتهام او (مثلاً قتل) صرف نظر خواهد کرد. و چون در حقوق ایالات متحده امریکا، زمانی که متهم تصمیم گرفت خود را مجرم بشناسد، دیگر رسیدگی پیرامون مجرمیت متهم صورت نخواهد گرفت و تشکیل هیأت منصفه ضرورت نمی یابد، آئین دادرسی بسیار ساده تر است و محاکمه متهم خلاصه می شود به مباحثه پیرامون مجازات در مقابل یک قاضی واحد. بدین ترتیب است که نهاد «Plea bargaining» در ایالت نیویورک در ۹۵ درصد از پرونده های جنایی مورد استفاده قرار می گیرد.

۱-۳. سرانجام، در مرحله بازپرسی (تحقیقات) و دادرسی، گرفتگی و وقفه ماشین عدالت کیفری، به ویژه در قالب دو پدیده جلوه می کند. در وهله اول شاهد افزایش بی وقفه مدت حل و فصل دعاوی و تعیین تکلیف پرونده ها هستیم. به همین لحاظ، تطویل مواعد رسیدگی نهادهای کیفری مقدماتی موجب تطویل بازداشت های موقت می شود و طولانی شدن مواعد دادرسی بزه کاران باعث می گردد اثر اربابی محکومیتی که در واقع مربوط به گذشته است و متهم آن را دیگر فراموش شده تلقی می کرده زائل شود. با توسل به راهها و امکانات مختلف سعی بر تسریع در رسیدگی شده اما نتایج چشمگیری با این کار به دست نیامده است و تراکم پرونده ها

کماکان ادامه دارد. ۴۴ از سوی دیگر، در مرحله دادرسی و صدور حکم ۴۵ مشاهده می‌کنیم که، علی‌رغم اصل فردی کردن مجازات‌ها به دلیل کافی نبودن تجهیزات و امکانات در مرحله اجرای مجازات‌ها، قضات نمی‌توانند در هر مورد خاص تصمیم درست و مطلوب اتخاذ کنند. به همین جهت بود که مثلاً در ایالات متحده آمریکا شاهد اتخاذ اقداماتی به سود زندانیان در دادگاهها بودیم، که منجر به صدور اخطاریه‌هایی شدند که به موجب آنها اگر بهبودی در وضع زندانها حاصل نگردد، زندانیان باید آزاد شوند.

به‌طور خلاصه و در یک جمله می‌توان گفت که وقفه دستگاه قضایی در کلیه مراحل کیفری مشهود است. دقیقاً به همین لحاظ اندیشه مهم جرم‌زدایی از پاره‌ای جرایم به منظور حرکت دادن نظام مطرح شده است. و بدین سان است که قانونگذار فرانسه این کار را با «توقف ممنوع» شروع کرد و با «صدور چک بی محل» ۴۶ ادامه داد و امروزه از جرم‌زدایی درباره آنچه «دعاوی و جرایم عموم» ۴۷ نامیده می‌شود - به ویژه تخلفات مربوط به مقررات راهنمایی و رانندگی و پلیس راه و تصادفات رانندگی - سخن بسیار به میان می‌آید. درحقیقت، این امر خود یک طریق ظاهراً مؤثر برای سبک کردن بار دستگاه قضایی از انبوهی از پرونده‌ها محسوب می‌گردد. لیکن باید از خود پرسید که آیا این شیوه اقدام، دست کم نسبت به

۴۴. مثلاً در فرانسه با تأسیس دادگاههای جنحه که برای محاکمه بعضی جنحه‌ها با قاضی واحد تشکیل می‌شود (قانون ۲۹ دسامبر ۱۹۷۲). این موضوع، علی‌الاصول، اجازه می‌دهد در جایی که دادگاه جنحه با سه قاضی فقط می‌تواند در یک جلسه رسیدگی کند، دادگاههای جنحه با قاضی واحد بتوانند در سه جلسه به رسیدگی بپردازند.

45. Sentencing

۴۶. قانون ۳ ژانویه ۱۹۷۲ صدور چک بی محل با مبلغ کمتر از هزار فرانک را به «خلاف» (خفیف‌ترین نوع جرم در فرانسه) تبدیل کرد. سپس قانون ۳ ژانویه ۱۹۷۵ عنوان جرم را از «صدور چک بی محل» (جز در مواردی که «به قصد صدمه زدن به حقوق دیگران باشد») زدود و خود بانکها مسؤول رسیدگی به چنین مواردی، از طریق توسل به ممنوعیت بانکی صدور چک به مدت یک سال از تاریخ بروز مشکل در پرداخت، شدند.

47. Les contentieux de masse

جرایمی که نسبتاً مهم هستند، معایبش بیش از محاسنش نیست و بحران سیاست جنایی را به جای تخفیف تشدید نمی‌کند؟ این موضوع، بی تردید، در مورد صدور چک بی محل صادق است، بدین معنی که جرم زدودن آن موجب شد تا افکار عمومی این اعمال را که در عین حال همواره اعمال نادرستی هستند، به عنوان اعمالی که فاقد رنگ اخلاقی اند تلقی کند و بدین ترتیب ارتکاب آنها حتی تشدید شود. بدین سان، در پایان ۱۹۸۲ بیش از ۵۰۰,۰۰۰ نفر در فرانسه از داشتن دسته چک محروم شدند.^{۴۸}

از سوی دیگر، با توجه به اینکه صدور چک بی محل «باقصد اضرار دیگران» کماکان به عنوان جنحه در قانون حفظ شده است، تعداد پرونده‌های مربوط به چکهای بی محل که پلیس قضایی به آنها می‌پردازد و ابتدا به لحاظ «خلاف» قلمداد کردن صدور چک بی محل کمتر از ۱۰۰۰ فرانک و سپس به لحاظ جرم‌زدایی اصولی از صدور چک بی محل به هر مبلغ، به طور قابل توجهی کاهش یافته بود، در ۱۹۸۱ با ۳۳۷,۴۲۶ پرونده به سطح بالاتری نسبت به بالاترین سطح در سالهای گذشته، یعنی ۳۲۴,۲۶۷ در ۱۹۷۲، رسید. این تعداد در ۱۹۸۲ به ۳۹۷,۸۵۰ پرونده چک بی محل، یعنی افزایشی برابر با ۱۷/۹۱ درصد، بالغ گردید.^{۴۹}

۴۸. به روایت روزنامه لوموند ۱۸ مه ۱۹۸۳، این تعداد بالغ بر ۵۱۰,۰۰۰ نفر می‌شود. همین روزنامه متذکر می‌گردد که تعداد چکهای بی محل در ۱۹۸۰ با رشدی برابر ۳۳ درصد نسبت به سال ۱۹۷۹، و تعداد چکهای بی محل در ۱۹۸۲ خود با افزایشی معادل ۲۷ درصد نسبت به سال ۱۹۸۱ روبرو بوده است.

۴۹. تحویل چک بی محل بنا بر آمارهای سالیانه پلیس قضایی فرانسه بدین شرح است:

$$۲۲۶,۷۲۶ = ۱۹۷۱$$

$$۳۲۴,۲۶۷ = ۱۹۷۲$$

$$۳۰۳,۲۹۷ = ۱۹۷۳$$

$$۱۸۲,۸۵۰ = ۱۹۷۴$$

$$۱۴۲,۵۵۸ = ۱۹۷۵$$

$$۱۱۳,۵۹۰ = ۱۹۷۶$$

$$۱۷۷,۵۰۰ = ۱۹۷۷$$

۲. حال، اگر از مرحله دادرسی کیفری به مرحله اجرای حکم بیایم، ملاحظه می‌کنیم که استغراق نظام (سیستم)، به ویژه در شکل افزایش شدید تعداد زندانیان طی سالهای گذشته، نیز مشهود است، در صورتی که تجهیزات زندانها و امکانات انسانی به همان نسبت افزایش نیافته است.

۲-۱. این پدیده اغلب کشورهای اروپایی را که «درصد زندانی کردن» ۵۰ در آنها تقریباً به طور مداوم در حال افزایش است، دربر می‌گیرد. به عنوان مثال، جمعیت کیفری در فرانسه که در ۱۹۵۵ کمتر از ۲۰,۰۰۰ یعنی دقیقاً بالغ بر ۱۹,۵۴۰ زندانی بود، در اول ژانویه ۱۹۸۴ از رقم ۳۸,۰۰۰ گذشت و دقیقاً برابر با ۳۸,۶۳۴ زندانی گردید که نیمی از آنان، یعنی دقیقاً ۲۰,۰۸۰ زندانی (۵۲ درصد)، در انتظار محاکمه بسر می‌بردند.

نتیجه اینکه زندانها به جای ایفای رسالتی که به آنها محول شده است، یعنی پیشگیری از تکرار جرم، خود از فراهم کنندگان و خادمان حقیقی بزهکاران مکرر محسوب می‌شوند. به استثنای چند مؤسسه که به طور رضایتبخشی کار می‌کنند، اکثریت زندانها با تورم جمعیت، ازدحام، بی‌نظمی و ناامنی مدام روبرو هستند. نه تنها از زندانها نمی‌توان سازگار ساختن اجتماعی محکومان را انتظار داشت بلکه حتی رسالت خنثی کردن

$$194,250 = 1978$$

$$212,721 = 1979$$

$$282,018 = 1980$$

$$337,426 = 1981$$

$$397,850 = 1982$$

۵۰ درصد زندانی کردن (Le taux de prisonisation) یعنی رابطه میان تعداد زندانیان و جمعیت کل یک کشور، که معمولاً آن را برای هر یکصد هزار نفر جمعیت بیان می‌کنند.

را که وظیفه نخستین مجازات سالب آزادی است ایفا نمی‌کنند، زیرا در واقع رشد تعداد زندانیان موجب تنزل کیفیت زندانها می‌شود. زندانها چنانکه آقای لئون رادزینوویچ نوشته همواره پُر است از «بزهکاران حرفه‌ای خطرناکی که محکوم به کیفرهای طولانی شده و بسیاری از آنان سرشار از نیروی جوانی و خشن هستند و دیگر چیزی جز زنجیرهای خود ندارند که از دست بدهند». نتیجه اینکه شاهد افزایش و تشدید حوادث در دوران بازداشت از قبیل اقدام به فرار از زندان، خشونت میان خود زندانیان و علیه مأموران زندان، اعتصاب غذا و شورش زندانیان هستیم. این شورشها در اوایل دهه هفتاد میلادی (۱۹۷۰) با شورش زندانیان زندان آتیکا^{۵۱} در ایالات متحده آمریکا آغاز شد و به مرگ ۴۳ تن انجامید و سپس به زندانهای فرانسه و ایتالیا نیز سرایت کرد. در مقابل وخامت اوضاع، نگهبانان زندان نیز به نوبه خود بیش از پیش به اعتصابات اعتراض آمیز علیه وضع کار و امکانات موجود دست می‌زنند. بی‌تردید، به همین لحاظ است که پاره‌ای از نویسندگان، بحران سیاست جنایی را همان «بحران زندان» تلقی کرده‌اند.^{۵۲}

۲-۲. در برابر گسترش این وضع بحرانی، کشورهای غربی به‌دو نوع درمان متوسل شده‌اند:

نوع اول در بهبود بخشیدن وضع زندانیان در زندانها و نیز در کوشش به منظور تقلیل تعداد آنان به طرق مختلف خلاصه می‌شود. برای بازداشت قبل از محاکمه، سعی در محدود کردن آن از طریق پیش‌بینی شرایط سخت‌تری برای صدور قرارهای بازداشت موقت و همچنین کم کردن مدت این نوع بازداشتها شده است. ولی در مورد اجرای مجازات سالب آزادی نیز

51. Attica

۵۲. در مورد خود بحران سیاست زندانها مراجعه کنید به مقاله نوولون (P. Nuvolone): «سیاست زندانها: بحران اصول یا بحران اجرا»، در نشریه آرشيوهای سیاست جنایی، شماره ۳، سال ۱۹۷۸، ص ۵۹.

کوشش شده است با توسل به روشهای مختلف مانند توسعه آزادی مشروط، تقلیل خود بخود مجازات، عفو خصوصی و عفو عمومی مدت آن کاهش داده شود. لیکن تمام این روشها در نهایت مؤثر واقع نشدند. تعداد زندانیان، به سرعت، میزان قبلی خود را بازیافت و سپس به رشد خود ادامه داد. این موضوع پس از عفوهای وسیع ژوئیه ۱۹۸۱ و نتایج حاصل از اجرای قانون عفو عمومی ۴ اوت ۱۹۸۱ در فرانسه صادق بود و می توان مطمئن بود که قانون ۹ ژوئیه ۱۹۸۴ که هدفش تقلیل تعداد بازداشتهای موقت است، اثر بیشتر و بهتری نسبت به قوانین گذشته به دنبال نخواهد داشت زیرا، در واقع، اراده و عزم انسانی هنوز موفق به مهار افزایش بزهکاری نشده است.

دومین نوع درمان، در بسط جانشینهای مجازات سالب آزادی خلاصه می شود. مثلاً در فرانسه قانون ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۰، نظارت قضایی^{۵۳} را به منظور محدود کردن بازداشتهای موقت به وجود آورد و قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵، جانشینهای زیادی برای کیفرزندان ایجاد کرد، اما بجز تعلیق، این نوآوریها با استقبال زیاد دادگراها روبرو نشدند.

امروزه در فرانسه، امید زیادی در مورد دو نوآوری قانون ۱۰ ژوئن ۱۹۸۳ که پیرامون آنها سروصدای زیادی به راه افتاد وجود دارد. این دو نوآوری عبارتند از نظام «روز به جریمه»^{۵۴} و «کارعام المنفعه». این راه حلها از پاره ای حقوق خارجی، و براساس این اندیشه که این تجربه ها در خارج موفق بوده اند، اقتباس شده است. ولی باید پرسید که آیا تهیه کنندگان قانون مزبور به طور عینی و کامل در مورد واقعیت این کیفرها در کشورهای مربوط کسب اطلاع کرده اند؟

اگر «روز به جریمه» را در آلمان فدرال^{۵۵} مورد توجه قرار دهیم، ملاحظه می کنیم که این نظام در واقع موجب کاهش محسوس محکومیتهای

53. Le contrôle judiciaire

۵۴. Le système des jours-amendes یا روزهای جریمه.

۵۵. با اتحاد دو آلمان غربی و شرقی، پس از فروپاشی دیوار برلن، آلمان فدرال دیگر وجود

ندارد. (مترجم)

کوتاه مدت (کمتر از شش ماه) زندان شده است، ولی چون محکومان مُعسر باید در عوض آن متحمل زندان شوند، بنابراین هر ساله بین بیست تا بیست و پنج هزار نفر به لحاظ عدم توانایی در پرداخت جریمه به مجازات سالب آزادی محکوم می شوند. غالب این افراد در آلمان از «حاشیه نشینان»^{۵۶} جامعه هستند، یعنی دقیقاً کسانی که اگر در فرانسه می بودند مستقیماً و فوراً محکوم به مجازات کوتاه مدت زندان می شدند. بدین ترتیب، درصد «زندان‌گردن» در آلمان فدرال به طور محسوسی با فرانسه یکی است، و حتی اندکی بیشتر از آن است.^{۵۷}

و اما در مورد «کار عام المنفعه» باید گفت که بنابر نتایج پژوهشهایی که اخیراً در انگلستان انجام شده است، به نظر می رسد که این کیفر جانشین نیز اثر بیشتری نسبت به سایر کیفرها در خصوص پیشگیری از تکرار جرم نداشته و بنابراین نتوانسته پاسخگوی انتظارهایی باشد که در مورد آن وجود داشته است.^{۵۸} حال، پس از بررسی نخستین نوع از جلوه‌های بحران سیاستهای جنایی غربی، دومین نوع جلوه‌ها یعنی جدایی سیاستهای جنایی غربی از واقعیت جنایی را در گفتار دوم مورد مطالعه قرار می دهیم.

گفتار دوم

جدایی نظامهای سیاست جنایی از واقعیت جنایی

اگر پدیده استغراق نظامهای سیاست جنایی غربی عموماً شناخته شده و به طور وسیعی تحلیل نیز شده، در عوض، جدایی و دوری تدریجی این

56. Les marginaux

۵۷. مراجعه کنید به مقاله یشک: «مجازات سالب آزادی در سیاست جنایی نوین: تطبیق وضع جمهوری آلمان فدرال و فرانسه»، نشریه علوم جنایی و حقوق کیفری تطبیقی، ۱۹۸۲، صص ۷۱۹ و بعد.

۵۸. هوگ کلر (H. Klare): «مبارزه علیه بزهکاری در انگلستان»، نشریه حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۹۸۲، صص ۶۲۵ و بعد.

سیاستهای جنایی از واقعیت که جنبه‌ای از بحران است هنوز مورد توجه قرار نگرفته است. حداکثر کاری که صورت گرفته تأکید بر این موضوع است که نظامهای سیاست جنایی موفق به مهار بزهکاری در جوامع غربی نشده‌اند، حال آنکه این جنبه، مهمترین و یقیناً با معناترین جنبه بحران کنونی است. منظور ما از جدایی از واقعیت این است که نظامهای سیاست جنایی در ابعاد مختلف آن (یعنی قانون جزا، پلیس، دادسراها، دادگاهها، ادارات مجری احکام، تشکیلات پیشگیری و خدمات اجتماعی) بیش از پیش شبیه ماشین عظیمی است که بدون اینکه حقیقتاً بر بزهکاری مدام روبرو به تزايد تسلطی داشته باشد، بیهوده به دور خود می‌گردد. بدیهی است مطالعه این پدیده ایجاب می‌کند که مهمترین و پرمعناترین جلوه‌های آن و نیز ورای این جلوه‌ها دلایل اصلی این جدایی مورد بررسی قرار گیرد.

الف. جلوه‌های جدایی

از لابلای دو رشته پدیده می‌توان به جلوه‌های اصلی این جدایی پی برد: (۱) عدم کارآیی تدابیر نو مهار بزهکاری و (۲) گسیختگی نظم کار نظامهای سیاست جنایی.

۱. عدم کارآیی تدابیر جدید کنترل بزهکاری:

سیاستهای جنایی مهار بزهکاری در کشورهای غربی از پایان جنگ دوم جهانی، به طور کلی، معرف این گرایش هستند که دو سلسله تدابیر جدید را جایگزین کیفیهای کلاسیک سزادهنده و ارباب انگیز کرده‌اند: از یک سو، تدابیر درمانی به منظور پیشگیری از تکرار جرم در قالب سازگار ساختن مجدد اجتماعی مجرم^{۵۹}، و از سوی دیگر، برنامه‌های

۵۹. گفتنی است که این اقدامات قبل از جنگ دوم جهانی وارد قوانین کشورهای انگلوساکسون و اسکاندیناوی و سپس کشورهای ژرمنی و کشورهای لاتین (مثلاً فرانسه و بلژیک) شد.

پیشگیری جمعی بزهکاری به منظور جلوگیری از ارتکاب نخستین بزه. ۶۰
 بی تردید، کیفر کلاسیک از قوانین موضوعه بکلی حذف نشد ولی به تدریج
 قلمرو آن مستقیم یا غیرمستقیم، با تدابیر جدید که فلسفه آنها در دو جمله
 مشهور زیر نهفته است محدود گشت: «اصلاح و درمان بهتر از کیفر
 است» ۶۱، «پیشگیری بهتر از درمان است» ۶۲.

مدتها اعتقاد بسیار شدیدی به ارزش پیشگیرانه این اقدامات جدید کنترل
 اجتماعی وجود داشت و باید گفت که پاره ای نتایج در گذشته که عمدتاً
 جنبه احساسی و شهودی داشت، ماهیتاً طوری بود که چنین اعتقادی را
 تقویت می کرد. ۶۳ حال آنکه از دهه تا پانزده سال پیش به این سو، پژوهشهای
 سنجشی ۶۴ علمی ای که پیرامون پاره ای از این تدابیر به ویژه در ایالات
 متحده آمریکا، انگلستان و سوئد آغاز و انجام شده نشان می دهند که تدابیر
 مزبور اصلاً امید و انتظاراتی را که از آنها می رفته است برنیاورده اند.

۶۰. اندیشه توسل به پیشگیری اجتماعی بزهکاری به پیشوایان مکتب تحقیقی ربع آخر سده نوزدهم
 برمی گردد. انریکو فری معتقد بود که پیشگیری عام با تهدید کیفر، خیالی بیش نیست و
 می باید آنچه وی آنها را «جانشینهای کیفری» می نامید (یعنی تدابیر اجتماعی جایگزین
 برای کیفرها که از ارتکاب بزهکاری جلوگیری نماید) وارد سیاستهای جنایی شود (فری:
 جامعه شناسی جنایی، برگردان فرانسه ۱۹۰۵، صص ۲۳۰ و بعد). ولی تنها از آغاز سالهای
 ۱۹۳۰، و نخست در ایالات متحده آمریکا بود که برنامه های واقعی پیشگیری جمعی از
 بزهکاری کودکان و نوجوانان، به ویژه با طرح «Chicago Area» ظاهر شد (شاو،
 مک کی: بزهکاری کودکان در محیط شهری، انتشارات دانشگاه شیکاگو، ۱۹۴۲، ۴۵۱،
 صفحه). از آغاز سالهای ۱۹۶۰ این برنامه ها به طور قابل ملاحظه ای گسترش یافت و به تدریج
 غالب کشورهای غربی را دربرگرفت.

61. Mieux Vaut traiter que punir
 62. Mieux vaut prevenir que guerir

۶۳. مثلاً در انگلستان قبل از جنگ دوم جهانی، چنین به نظر می رسید که نهاد برستال
 (Borstal) یا کانون اصلاح و تربیت جوانان بزهکار به عادت موجب کاهش تعداد
 بزهکاران شده است، زیرا درصد توفیق نهاد مزبور در آن وقت حداقل هفت نفر از ده نفر
 بزهکار بود.

۶۴. Recherches Évaluatives یا تحقیقات ارزیابی کننده.

۱-۱. نتایج پژوهشهای مزبور در مورد تدابیر و اقدامات اصلاح کننده که تعدادشان نیز چشمگیر است در کتاب موريس کوسن با عنوان کنترل اجتماعی بزه چاپ ۱۹۸۳ به نحو بسیار خوبی خلاصه شده است. نویسنده در خصوص این تدابیر از «تأثیر صفر»^{۶۶} سخن به میان می آورد. یعنی با کاربرد تدابیر «اصلاحی- درمانی» نتایج بهتری در زمینه پیشگیری از تکرار جرم، در مقایسه با اجرای مجازاتهای کلاسیک، به دست نمی آید. این بدان معنا نیست که همه بزهکارانی که تحت اقدامات اصلاحی- درمانی قرار گرفته اند مرتکب تکرار جرم می شوند و نیز این به آن معنا نیست که نتایج مثبتی اینجا و آنجا به دست نیامده است و حتی ثابت شده که نمی توان بزهکاران را اصلاح کرد. این تنها بدان معناست که در وضع کنونی شناخت و نحوه عمل نتوانستیم در مجموع به پیشگیری مطلوب از تکرار جرم، علی رغم استفاده فزاینده از تدابیر و اقدامات اصلاحی، دست یازیم، و حتی جدیدترین اطلاعات در مورد تأثیر «کار عام المنفعه» در انگلستان نمی توانند نتیجه مطالعات مبنی بر شکست عملی این اقدامات و تدابیر را تعدیل کنند.

۱-۲. پژوهشهای سنجشی علمی پیرامون برنامه های پیشگیری جمعی بزهکاری، به نسبت پژوهشهای سنجشی درباره تدابیر اصلاحی- درمانی گسترش کمتری داشته اند، ولی نتایج به دست آمده در غالب موارد حاکی از آن است که برنامه های مزبور تأثیر محسوسی بر میزان بزهکاری نداشته اند.

برای درک بهتر موضوع در زمینه ای که در آغاز سروسامان یافتن است می توان گفت که برنامه های پیشگیری جمعی بزهکاری، بنا بر زمان ظهورشان، به سه دسته به شرح زیر ممکن است تقسیم شوند:

65. CUSSON (MAURICE): le contrôle social du crime, P.U.F, Paris, 1983, 342 p.

66. L'effet Zéro

۱-۲-۱. برنامه‌های پیشگیری اجتماعی بزهکاری، به ویژه پیشگیری بزهکاری کودکان و نوجوانان، که مشهورترین آنها برنامه یا طرح «ناحیه شیکاگو» است. طرح مزبور از آغاز ۱۹۳۴ در شیکاگو به اجرا درآمد، ولی از آن تاریخ به بعد برنامه‌های دیگری نیز تهیه و اجرا گردید. در فرانسه، می‌توان عمدتاً به باشگاهها و گروههای پیشگیری بزهکاری، و از ۱۹۸۱ به برنامه‌های بازسازی محله‌های مسکونی طبقه کم درآمد و نیز به عملیات مشهور به «ضد تابستان داغ»^{۶۷} سالهای ۱۹۸۲، ۱۹۸۳ و ۱۹۸۴ اشاره کرد.

۱-۲-۲. تدابیر پیشگیری انتظامی (پلیسی) بزهکاری، چه در مورد بزهکاری کودکان و نوجوانان، با ایجاد مثلاً سرای پذیرایی از جوانان، و چه در مورد بزهکاری عمومی و به موازات آن مثلاً پیشگیری انتظامی سرقت بانکها (بانک زنی) در فرانسه.

۱-۲-۳. برنامه‌هایی که هدف آنها کاهش دادن فرصتهای ارتکاب بزه است. این برنامه‌ها علی‌الاصول سه شکل به خود می‌گیرند:
— فعالیتهای تبلیغاتی مبنی بر فراخواندن قربانیان بالقوه بزهکاری در حفاظت بیشتر از خود در مقابل برخی اعمال مجرمانه؛
— احتیاطهای ویژه که افراد یا نهادها (مثلاً بانکها) در تقویت حفاظت از خود در مقابل سرقت باید اتخاذ کنند.
— سرانجام آنچه که امریکاییان «طرح محیطی»^{۶۸} می‌نامند:

۶۷. این عملیات عبارت بود از فراهم آوردن امکانات لازم به کمک دولت و شهرداریها برای فرزندان افراد کم بضاعت (عمدتاً فرزندان کارگران مهاجر افریقای شمالی و افریقای سیاه) به منظور گذراندن تعطیلات تابستانی در کنار دریا. این مسأله موجب گردید تا اولاً جو آرامش و امنیت در دوره تعطیلات تابستانی در محله‌های مزبور حاکم گردد و ثانیاً میزان بزهکاری نوجوانان در این دوره تقلیل یابد. (مترجم)

۶۸. Environmental design یا آرایش محیط.

یعنی رعایت اصول و ترتیبات شهرسازی و معماری در ساختمانها برای بهبود بخشیدن به مراقبت از مکانهای آسیب پذیر در مقابل تبهکاران احتمالی.^{۶۹}

با توجه به این تفاوتها، نتایج پژوهشهای سنجشی به شرح زیر است:

— پژوهشهایی که پیرامون برنامه های اصلی امریکای شمالی در زمینه پیشگیری اجتماعی بزهکاری کودکان و نوجوانان صورت گرفته به این نتیجه رسیده است که مبالغ و کوششهای بسیاری که تاکنون صرف تحقق این برنامه ها شده تأثیر محسوسی بر میزان این نوع بزهکاری نداشته است.^{۷۰}

این نتیجه را می توان در مورد باشگاهها و گروههای پیشگیری بزهکاری در فرانسه که ظاهراً تاکنون موضوع تحقیق سنجشی واقع نشده اند نیز تصور کرد.^{۷۱} بعلاوه، این احتمال زیاد است که برنامه های بلندپروازانه فرانسه در زمینه پیشگیری اجتماعی بزهکاری کودکان و نوجوانان که از ماه مه ۱۹۸۱ (یعنی از زمان انتخاب آقای میتران به ریاست جمهوری) به اجرا گذارده شده است دچار همین سرنوشت گردد.^{۷۲}

۶۹. ژفری (Jeffery): پیشگیری بزهکاری از طریق طرح محیطی، بوری هیلز، کالیفرنیا، سیف، ۱۹۷۱؛ نیومن (Newman): فضای قابل دفاع، نیویورک، مک میلان، ۱۹۷۲؛ گاردنر (Gardner): طرحی برای همسایگیهای نوآم با امنیت: برنامه ریزی امنیت محیطی و فرایند طرح، واشنگتن، وزارت دادگستری، ۱۹۷۸، (به زبان انگلیسی است).
۷۰. نیوتن (Newton): «پیشگیری از جرم و بزهکاری»، نشریه چکیده های عدالت جنایی، ژوئن ۱۹۷۸، صص ۲۵۷ و به بعد (به زبان انگلیسی است).
۷۱. از ۱۹۵۵ تا ۱۹۷۵، تعداد صغاری که در دادگاههای اطفال بزهکار محاکمه شده اند بیش از چهار برابر شده است. اگر تعداد صغار را با جمعیتی که در گروه سنی ۱۰-۱۸ هستند مقایسه کنیم، در این صورت، تعداد مزبور طی همین دوره سه برابر شده است. خوش بینانه ترین قضاوتی که می توان در مورد نتایج تأثیر کار باشگاهها و گروههای پیشگیری بزهکاری کرد، این است که طی همین دوره توانسته اند از رشد بیشتر بزهکاری کودکان و نوجوانان جلوگیری کنند.
۷۲. بولتن های رسمی که حاکی از توفیق برنامه های پیشگیری هستند و اعلام می دارند که تعداد دستگیریهای صغار به میزان ۲۰ تا ۴۰ درصد کاهش یافته یا اینکه منحنی شکایات مربوط به جرایم صغار سیر نزولی داشته است، ناشی از هیچ گونه پژوهش علمی پیرامون برنامه های مزبور نیست و بنابراین باید با تردید تلقی شود.

— در زمینه پیشگیری پلیسی، پژوهشهای سنجشی در ایالات متحده آمریکا پیرامون میزان کارایی گشتهای پلیس (به ویژه در کانزاس سیتی، ناش ویل، سین سیناتی) صورت گرفته است. مطالعه و آزمون در بعضی محله ها عبارت بود از سه، چهار، پنج و... برابر کردن تعداد گشتهای سنتی پلیس، یا تجدید سازمان کامل نظام گشت با استفاده از مثلاً روشهایی که یادآور روش «اداره نواحی»^{۷۳} در فرانسه است.

سنجشهایی که متعاقب این آزمون صورت گرفت منجر به دو نتیجه شده است: از یک سو، اگر بخواهیم کاهش محسوسی در بزهکاری محله مورد آزمون به دست آوریم، گشتهای پلیس را باید به نسبتهای زیادی افزایش دهیم بطوریکه بهای اقتصادی آن برای جامعه سریعاً تحمل ناپذیر می شود، و از سوی دیگر زمانی که تغییر نظام گشت موجب کاهش بزهکاری محله مورد آزمون می گردد، در واقع، ما به یک کاهش حقیقی و قطعی بزهکاری دست نیافته ایم بلکه فقط با جابجا شدن بزهکاری در مکان یا در زمان، یا در نهایت با جابجایی نوع فعالیتهای مجرمانه روبرو هستیم.^{۷۴} بدین ترتیب، ملاحظه می کنیم که نتایج پژوهشهای سنجشی تا چه اندازه با اظهارات مقامات پلیس^{۷۵} که مسؤول سازمان دهی اقدامات پیشگیری پلیسی از

۷۳. Hotage: در چنین روشی، مأموران پلیس ویژه هر محله تعیین می شوند تا به طور مستمر در آنجا حضور داشته باشند. حضور مستمر مأمور پلیس در نهایت باعث می شود تا وی با ساکنان و کسبه محل آشنا گردد و از این طریق احساس آرامش و امنیت در اذهان آنان به وجود آید. از سوی دیگر، حضور مداوم پلیس، خود عاملی پیشگیرانه برای ارتکاب جرم محسوب می گردد و از همه مهمتر همکاری اهل محل و جوامعتمادی که بر روابط میان آنها حاکم است موجب توفیق بیشتر او در این زمینه خواهد شد. (مترجم)

۷۴. نیوتن: «پیشگیری جرم و بزهکاری»، همان، صص ۲۴۶ و به بعد.

۷۵. این مقامات معمولاً در ستایش و تعریف از اقدامات خود اغراق می کنند، بطوریکه بعضی اوقات نتایج شگفت انگیزی از این اقدامات را اعلام می دارند. مثلاً نماینده پلیس فرانسه در اجلاس عمومی سازمان بین المللی پلیس جنایی (انتر پل) سال ۱۹۶۳، در مورد برنامه های فرانسه در زمینه پیشگیری پلیسی بزهکاری کودکان و نوجوانان، که از ۱۹۵۹ در قالب «عملیات تعطیلات» صورت می گیرد، اظهار داشت که بزهکاری کودکان و نوجوانان در

بزهکاری هستند عمیقاً متفاوت است.

— در مقابل شکست دوروش قبلی پیشگیری جمعی، عده‌ای از پژوهشگران به طرف راههای جدید پیشگیری بزهکاری، یعنی برنامه‌ها و اقدامات پیشگیرانه‌ای که به منظور تقلیل فرصتهای ارتکاب جرم تهیه و اجرا می‌شود، روی آورده‌اند.^{۷۶} ولی نخستین نتایج سنجش علمی چندان امیدوارکننده نیست. فعالیت‌های تبلیغاتی مبنی بر فراخواندن قربانیان بالقوه بزهکاری در حفاظت از خود در مقابل پاره‌ای اعمال مجرمانه نتیجه ملموسی به دنبال نداشته است.^{۷۷} درخصوص اقدامات احتیاطی ویژه که اشخاص به منظور حفاظت از خود اتخاذ می‌کنند، تنها یک برنامه با توفیق صریح در کوتاه‌مدت روبرو بوده و آن هم برنامه پیشگیری از سرقت منازل در سیتل^{۷۸} واقع در ایالت واشنگتن است که از سالهای ۱۹۷۴-۱۹۷۵ به مورد اجرا درآمد و، بنابه قولی، موجب کاهش نزدیک ۵۰ درصد سرقت از منازل افرادی که در برنامه مزبور شرکت کرده بودند شد.^{۷۹}

در نهایت، می‌توان ملاحظه کرد که پیشگیری جمعی غالباً نتایج بهتری نسبت به اصلاح و درمان بزهکاران به دست نداده است. در این وضع نباید از به هم خوردگی نظم کار نظامهای سیاست جنایی متعجب شد.

حساس‌ترین دوره ۱۹۶۲، بالغ بر ۸۰ درصد کاهش داشته است. نگاه کنید به نشریه بین‌المللی پلیس جنایی، دسامبر ۱۹۸۳، ص ۳۲۶. [مراد از «عملیات تعطیلات»، اعزام جوانان و نوجوانان طبقات کم درآمد محله‌های فقیرنشین به تفریحگاههای تابستانی به کمک شهرداریهای مربوط و دولت است (منزجم)].

۷۶. نگاه کنید به نورماندو (Normandeau) و هاسن پوک (Hasenpuch): «استراتژی

پیشگیری جرم در کانادا»، نشریه بین‌المللی جرم‌شناسی و پلیس فنی، ۱۹۸۰، ص ۹۷.

۷۷. میندلسون (H. Mendelsohn) و اکیف (G.O. Keffe): ارتباطات عمومی و پیشگیری جرم:

استراتژی برای کنترل، دانشگاه دنور، ۱۹۸۱، دو جلد (به زبان انگلیسی است).

78. Seattle

۷۹. سیرل (P. Cirel)، اوانز (P. Evans)، مک گیلز (D. Mc Gilles) و وایتکم

(D. Whitcomb): یک طرح نمونه: طرح پیشگیری جمعی جرم، سیتل، واشنگتن، مؤسسه ملی

اجرای قانون و عدالت کیفری، ۱۹۷۷ (به زبان انگلیسی است).

۲. گسیختگی نظم کار نظام‌های سیاست جنایی:

به موازات - و بی تردید به علت - عدم کارآیی روش‌های جدید کنترل بزهکاری، از چند سال پیش به این سو شاهد اختلال واقعی در کار و عملکرد نظام‌های سیاست جنایی کشورهای غربی هستیم که این امر گواه جدایی آنها از واقعیت مجرمانه است. وضع این نظامها همچون دستگاهی است که دیگر بر واقعیت سلطه‌ای ندارد و برای پیوند مجدد خود، کوشش‌های فراگیر در همه جهات حتی جهات انحرافی صورت می‌دهد.

۲-۱. این بی‌نظمی ابتدا در سطح قانونگذاری قابل مشاهده است. سیاست قانونگذاری کشورهای مختلف غربی در مبارزه علیه بزهکاری مدتها با یک تحوّل رویهمرفته منسجم همراه بود. تحوّل مزبور عمدتاً مبتنی بر این اندیشه بود که نظام‌های سیاست جنایی تکامل پذیرند و بهبود بخشیدن تدریجی آنها اجازه می‌دهد تا اگر نتوان به یک جامعه بدون جرم دست یافت، دست کم به جامعه‌ای برسیم که در آن بزهکاری در محدوده‌های قابل تحمل مهار شده باشد. برای حصول اطمینان از این موضوع، کافی است نگاهی به تحولات قانونگذاری در این زمینه از پایان جنگ دوم جهانی به بعد بیفکنیم. برای مثال، می‌توان گفت که سیاست جنایی فرانسه تا ۱۹۷۵، رویهمرفته، تحولی تقریباً خطی با اندک فراز و نشیبی به خود دیده است.^{۸۰} این تحوّل، در سطح وسیعی از لحاظ فکری تحت تأثیر جنبش دفاع اجتماعی نوین و با کوشش و همت مارک آنسل صورت گرفت.

ولی از نیمه دهه ۱۹۷۰، شاهد بروز اختلالات واقعی در این شکل تحوّل

۸۰. گفتنی است که طی این دوره، حوادث بسیار مهمی، گرچه اندک (مانند جنگ الجزایر، که به استقلال این کشور منجر شد، و جریان ماه مه ۱۹۶۸، که به کناره‌گیری دوگل از قدرت و سیاست انجامید) روند تحوّل سیاست جنایی فرانسه را تحت الشعاع خود قرار داد.

در همه کشورهای غربی، که گاه تا مرز گسیختگی پیش می رود^{۸۱}، هستیم. از جمله در فرانسه، جهت تحول سیاست جنایی با وضع و تصویب قانون ۲۲ نوامبر ۱۹۷۸ (مشهور به قانون ضد خرابکاران) و به ویژه قانون ۲ فوریه ۱۹۸۱ (مشهور به قانون امنیت و آزادی)^{۸۲} واژگون گردید. قانون اخیر نوعی بازگشت به افکار بنستام (فیلسوف انگلیسی) و بینش او در مورد سیاست کیفری، که به نظریه باید عمدتاً بر ارباب مبتنی باشد، بود.^{۸۳} این موضوع انکارناپذیر است که از ۱۰ مه ۱۹۸۱ با انتخاب اکثریت جدید سیاسی در مجلس شورای ملی فرانسه (متشکل از سوسیالیست ها و به میزان کمتری کمونیست ها) و نیز انتخاب آقای میتران به ریاست جمهوری، چه به لحاظ اصلاحات کیفری که از آن تاریخ تا کنون صورت گرفته (لغو کیفر اعدام، حذف دادگاههای اختصاصی، وغیره)، چه به لحاظ تصمیماتی که در زمینه پیشگیری بزهکاری اتخاذ شده^{۸۴} و بالاخره چه به لحاظ سخنان و خطابه های رسمی پیرامون سیاست جنایی، چنین می نماید که بازگشت به یک سیاست جنایی واقعاً منسجم و ملهم از اندیشه های دفاع اجتماعی نوین ممکن شده است. معذک، تحلیل عمیق گفتار و کردار مسئولانی که از مه ۱۹۸۱ روی کار آمده اند نشان می دهد که پس از آنکه دوران خوش توافق آراء سپری شد، سیاست جنایی قانونی در زمینه های متعددی که غالباً

۸۱. نگاه کنید به: آندره نورماندو: «سیاستهای کیفری و ترس از جرم»، نشریه جرم شناسی، کانادا، ۱۹۸۳، جلد شانزدهم، شماره ۱.

۸۲. هر دو قانون در جهت تقویت و تشدید گرایش سرکوبگر سیاست جنایی فرانسه وضع و تصویب شدند و با روی کار آمدن سوسیالیست ها در مه ۱۹۸۱، لغو گشتند. (مرجم).

۸۳. نگاه کنید به: رمون گسن: «جرم شناسی و گرایشهای جدید سیاست سرکوبگر»، نشریه علوم جنایی، ۱۹۸۱، ص ۲۶۵.

۸۴. مثلاً، در قالب تشکیل کمیسیون شهرداران شهرهای بزرگ فرانسه پیرامون امنیت و مبارزه

علیه بزهکاری (که نتیجه کار خود را در ۱۹۸۳ در ۲۱۲ صفحه تقدیم نخست وزیر فرانسه

کرد)، ایجاد شورای ملی پیشگیری بزهکاری و شوراهای استان و شهرستان در زمینه پیشگیری، عملیات ضد تابستان داغ و بالاخره در قالب برنامه بازسازی محله های مسکونی

طبقه کم درآمد.

مهم نیز هستند (مانند اختیارات پلیس، سیاست استرداد مجرمان یا چگونگی و شرایط اقدامات پیشگیرانه) با جریانهای متضادی که جلوه‌های آن در متون قانونی و تصمیمات دولتی مشهود است و روبرو گردید. تغییرات ناشی از لغو قانون ۲ فوریه ۱۹۸۱ مشهور به «امنیت و آزادی»، که در دوران ریاست جمهوری آقای ریسکاردستن تهیه و تصویب گردید، گواه بر این مدعاست. این قانون تنها بیش از دو سال پس از روی کار آمدن رقیب سیاسی آقای ریسکاردستن، یعنی آقای میتران و دولت او (سوسیالیست‌ها) در مه ۱۹۸۱، با تصویب قانون ۱۰ ژوئن ۱۹۸۳، که عنوان آن نیز فقط «لغو یا تجدیدنظر پاره‌ای از مواد قانون ۲ فوریه ۱۹۸۱»^{۸۵} بود، دستخوش تغییراتی شد. بدین ترتیب، ملاحظه می‌کنیم که در مقابل موج بزهکاری، که قدرت عمومی (چه دست راستی و چه دست چپی) دیگر موفق به مهار آن نیست، نوعی سرگردانی و ناتوانی وجود دارد.

۲-۲. پدیده‌ای مشابه این بی‌نظمی، در کار انتظامی و قضایی نیز به نوبه خود دیده می‌شود. در این خصوص می‌توان گفت که مدت‌ها نهادهای پلیس و دادگستری، صرف نظر از خصوصیات فردی اجتناب‌ناپذیر بعضی قضات یا مأموران پلیس، رویهمرفته یک خط کلی سیاست سرکوبگرانه را که هدف عمده آن اعمال عدالت کیفری فردی شده و مساوی برای همه بود، دنبال می‌کردند.

ولی مطالعات جدید جامعه‌شناسی عدالت کیفری نشان می‌دهد که از چند سال پیش به این سو، لااقل در پاره‌ای کشورها، در برابر گسیختگی واقعی این مشی کلی هستیم. به ویژه، صدور کیفرها گاه نشانه قطع امید دادرسان است که در این صورت آنان را به سوی نوعی گذشت نزدیک به ترک و خودداری از تنبیه سوق می‌دهد، و گاه نشانه واکنشهای

۸۵. ملاحظه می‌کنیم که در استخوان‌بندی و کل قانون ۲ فوریه ۱۹۸۱ عمیقاً تغییری داده نشده است.

هیجانیِ خشن است که باعث صدور احکام شدید به منظور عبرت آموزی می شود. بدین ترتیب، از یک سوء عدالت دیگر برای همه یکسان نیست، و از سوی دیگر فاقد جنبه فردی کننده واقعی کیفر است.

۲-۳. و سرانجام، پدیده بی نظمی افکار عمومی را نیز تحت الشعاع خود قرار داده است، زیرا طی چند سال اخیر در بیشتر کشورهای غربی احساس نا امنی (ترس از جرم)^{۸۷} به شدت گسترش یافته و، به موازات آن، اعتماد شهروندان نسبت به کارآیی پلیس و دادگستری شدیداً سلب شده است. در مقابل، پیشگیری از بزهکاری توسط بخش خصوصی چه فردی و چه جمعی، که امروزه بازار اقتصادی پر رونقی دارد، توسعه می یابد. بدین سان، در ایالات متحده آمریکا در ۱۹۷۵ یک میلیون نفر در بخش خصوصی تأمین امنیت مشغول به کار بوده اند، حال آنکه در همان سال تنها ۶۵۰,۰۰۰ نفر وابسته به پلیس رسمی (بخش عمومی) مسئولیت این امر را به عهده داشته اند. در فرانسه، گرچه رقم به نسبت ایالات متحده آمریکا زیاد نیست ولی در مذاکرات مربوط به تصویب قانون ۱۲ ژوئیه ۱۹۸۳ که موضوع آن تنظیم فعالیتهای بخش خصوصی در زمینه مراقبت، نگهبانی و حمل و نقل پول و اوراق بهادار بود رقم ۷۰,۰۰۰ نفر شاغل در بخش خصوصی در مقابل رقم کمتر از ۲۰۰,۰۰۰ پلیس و ژاندارم در بخش عمومی مطرح شد.^{۸۸}

بدیهی است که این پیشگیری خصوصی بزهکاری به لحاظ عدم کفایت فزاینده بخشهای مختلف دولتی در تأمین امنیت ضروری است، ولی پیشگیری خصوصی منجر به اقدامات غیرقانونی از جمله پدیده های

86. Le sentiment d'insecurité

۸۷. Fear of Crime در این مورد مراجعه شود به شماره ویژه نشریه کانادایی جرم شناسی، جلد شانزدهم، سال ۱۹۸۳، شماره ۱؛ اسکوگان (W. Skogan) و ماکس فیلد (M. Maxfield):

مقابله با جرم، واکنشهای فردی و همسایگی، ۱۹۸۱، ۲۸۰ ص (به انگلیسی است).

۸۸. در خصوص این ارقام و اعداد در بلژیک مراجعه شود به داریان (A. d' Arian): «سهم بخش خصوصی در خنثی کردن بزهکاری در بلژیک»، نشریه حقوق کیفری و

جرم شناسی، ۱۹۷۹، ص ۵۳۳.

مشهور به «دفاع از خود»^{۸۹} و عملیات خشونت آمیز بعضی از پلیس های خصوصی نیز می گردد. به هر حال، ما در اینجا شاهد جلوه بسیار روشن و آشکاری از جدایی نظام عدالت کیفری نسبت به واقعیت هستیم، زیرا این واقعیت به منظور تأمین امنیت خود خارج از نظام مزبور به سازماندهی می پردازد.

بنابراین، از هم پاشیدگی نظامهای سیاست جنایی در همه مراحل و عدم کارایی روشهای جدید کنترل بزهکاری، جلوه هایی از جدایی تدریجی سیاستهای جنایی غربی نسبت به واقعیت بزهکاری این کشورها محسوب می شود. حال، پس از شناسایی نشانه های جدایی به شرحی که گذشت، باید خود این پدیده نیز تبیین و تشریح شود.

ب. تبیین جدایی

نویسندگان، که به طور جدی، بحران کنونی سیاستهای جنایی غربی را مطالعه کرده اند معتقدند که این بحران ناشی از عدم انطباق قوانین کیفری نسبت به اخلاق جوامع امروزی است. تحلیل مزبور که بی تردید بیان بخشی از واقعیت است، در عین حال، مبین واقعی جدایی که در صفحات قبل به آن اشاره شد نیست. به همین لحاظ باید در قالب دیگری که به نظر ما براندیشه فروپاشی ارزشهای اخلاقی استوار است نیز به تبیین موضوع پردازیم.

۱. نظریه عدم انطباق حقوق کیفری:

این نظریه را که آقای لئوته^{۹۰} و اخیراً آقای ژرژ پیکا^{۹۱} به ویژه از آن

۸۹. Autodéfense یا دفاع شخصی.

۹۰. لئوته: «حقوق کیفری و دموکراسی»، آنسل نامه، جلد دوم، ۱۹۷۵، ص ۱۵۱.

۹۱. پیکا (G. Picca): جرم شناسی، نشر دانشگاهی فرانسه، ۱۹۸۳.

دفاع کرده اند می توان در قالب سه مطلب زیر خلاصه کرد:

۱-۱. حقوق کیفری و نهادهایی که اجرای آن را به عهده دارند باید مطابق خواسته های اخلاقی مردمی باشند که بر آنها حاکم اند. در غیر این صورت، میان نیاز به عدالت اکثریت شهروندان و واکنش اجتماعی، مندرج در قوانین کیفری که به وسیله نهادهای سرکوبگر اعمال می شود جدایی و شکاف ایجاد خواهد شد و در پی آن رفتارهای مجرمانه روبه فزونی خواهد گذاشت. بنابراین «ایجاد جرمی که مخالف با نیاز عدالت غالب شهروندان است جایز نیست».

۱-۲. در جوامع صنعتی معاصر دگرگونی سریعی در ارزشهای اجتماعی به وجود آمده است. این دگرگونی مظهر آرزوها و خواسته های جدیدی است که به موازات توزیع مجدد ثروت و اوقات فراغت شکل می گیرد. بنابراین، خواسته ها و نیازهای اخلاقی نسلهای کنونی نسبت به خواسته های نسلهای گذشته تغییر پیدا کرده است.

۱-۳. حقوق و نهادهای کیفری به اندازه کافی با تحولات جامعه منطبق نشده اند، بطوریکه امروزه ارزشهای مورد حمایت قانون جزا نه فقط به اتفاق آراء بلکه حتی غالباً به وسیله اکثریت اعضای گروه اجتماعی به رسمیت شناخته نمی شود. این اکثریت نیز به تدریج به گروههای اقلیت که هرکدام به نوبه خود از ارزشهای خُرده فرهنگی و حتی ضد فرهنگی برخوردارند تقسیم شده است. این موضوع خود سبب افزایش شدید بزهکاری معاصر و بحران کنونی سیاستهای جنایی شده است.

در مورد ضرورت این موضوع که جرم باید مطابق با خواسته های اخلاقی اکثریت مردم باشد می توان موافق بود. همچنین، می توان این اندیشه را که بنا بر آن میان وضع کنونی حقوق کیفری کشورهای غربی و خواسته های جدید بعضی از قشرهای مردم فاصله وجود دارد پذیرفت. ولی

نظریه عدم انطباق حقوق کیفری، بحران کنونی سیاستهای جنایی غربی را به دو دلیل زیر واقعاً توجیه نمی‌کند:

دلیل اول اینکه از ده تا پانزده سال پیش، یک سلسله تحولات مهم در حقوق کیفری کشورهای غربی در جهت نزدیک کردن حقوق به خواسته‌های جدید مردم صورت گرفته است. در این راستا از اعمالی، به ویژه اعمال خلاف اخلاق و عفت عمومی^{۹۲}، که در خصوص جرم بودن آنها در بین مردم دیگر توافق کافی وجود نداشته جرم‌زدایی شده است. برعکس، به آن دسته از رفتار و کردارهایی که می‌بایست جزء اخلاق جدید نسلهای معاصر قلمداد می‌شدند، عنوان جرم داده شده است.^{۹۳} با وجود همه اینها، به نظر نمی‌رسد که این تغییرات سیاست جنایی جهت تحول حجم بزهکاری را به شکلی تحت الشعاع قرار داده باشد جز، طبیعتاً، تأثیر مستقیم آنها در تفصیل آمارهای جنایی.

دلیل دوم روشن و قاطع‌تر است. نظریه عدم انطباق حقوق کیفری، برای اینکه صادق باشد، بر این فرض مبتنی است که به جای اخلاق اجتماعی یکپارچه گذشته، اخلاق اجتماعی جدیدی که با توافق بزرگترین بخش از افکار عمومی قرین است جایگزین شده و تغییری ساده در محتوای حقوق کیفری اجازه می‌دهد تا ضمن شناسایی این اخلاق جدید برای آن ضمانت اجرایی تعیین کنیم. حال آنکه مشاهده دقیق تحولات اجتماعی-اخلاقی جوامع غربی نشان می‌دهد که مسائل به هیچ وجه به این صورت متحول نشده‌اند. در واقع، به جای اخلاق اجتماعی یکدست قدیمی، نه یک اخلاق جدید واحد بلکه نظامهای ارزشی متفاوت و غالباً متضاد و مورد قبول اقلیتهای مختلف جانشین شده است. به همین لحاظ بهتر است نظریه دیگری، یعنی فروپاشی ارزشهای اخلاقی، را مطرح کنیم.

۹۲. مانند زنا، صورقبیحه، همجنس‌گرایی، وسایل ضد حاملگی، سقط جنین و... .

۹۳. مانند نژادگرایی (تبعیض نژادی)، تحقیر جنس زن و... .

۲. نظریه فروپاشی ارزشهای اخلاقی:

این نظریه را می‌توان پیرامون دورشته قضایای زیر تبیین کرد:

۲-۱. در جوامع مختلف غربی، تا همین اواخر، توافقی دربارهٔ عمده قواعد رفتاری لازم‌الرعایه بین اکثریت مردم وجود داشت و حقوق کیفری که مظهر اخلاق اجتماعی است، در سطح بسیار وسیعی، مورد توافق مردم بود. بعضی از افراد مسلماً به قانون کیفری احترام نمی‌گذاشتند ولی از یک سو، این افراد اقلیت ضعیفی بودند، و از سوی دیگر، اغلب بزهکاران اگرچه در عمل ممنوعیتهای کیفری را رعایت نمی‌کردند ولی دست کم اصل ارزش آنها را قبول داشتند.

در این اوضاع، کیفرها و تدابیر پیشگیری جمعی به کار رفته ممکن بود تأثیراتی در پی داشته باشد، زیرا در آن زمان الگوی یک جامعه منسجم با نظام واحد ارزشها را که، به عنوان یک الگوی رفتاری، قابل ارائه به بزهکاران واقعی یا بالقوه بود در اختیار داشتیم و در نتیجه این امکان وجود داشت که بتوانیم از طریق یک نظام واحد اجبار و فشار، افراد مزبور را به قبول رعایت لاقفل ظاهری قواعد اساسی رفتار اجتماعی سوق دهیم.

۲-۲. امروزه وضع اجتماعی-اخلاقی اغلب کشورهای غربی عمیقاً دستخوش تغییر شده است. زمان تغییر این وضعیت برحسب کشورها تفاوت دارد: سالهای ۱۹۵۰ برای کشورهای انگلوساکسون و سالهای ۱۹۶۰ برای کشورهای قارهٔ اروپا. ولی آنچه اهمیت دارد این است که پدیدهٔ مزبور در همه جا یکی بوده. ۹۴ جوامعی که در آنها ارزشها و هنجارهای عملی رفتار اجتماعی به طور فزاینده متنوع و بیش از پیش متضاد هستند جایگزین جوامعی شده‌اند که در آنها توافق (وفاق) عمومی در خصوص ارزشهای

۹۴. البته به استثنای ژاپن و سویس.

اساسی و مهمترین هنجارهای رفتاری لازم الرعایه وجود داشته است. اقلیتهای اجتماعی-اخلاقی مختلف امروزی جانشین اکثریت موجود در جوامع گذشته شده است.

دلایل بسیاری را می توان برای احراز این دگرگونی ارائه کرد که به نقل چند نمونه آن در اینجا اکتفا می شود. از نظر کتی، پژوهشهایی که پیرامون تصویر اجتماعی نظام کیفری انجام شده است نشان می دهد که عدم توافق عمیقی درباره اهمیت که باید به رفتارهای مجرمانه سنتی داد، وجود دارد.^{۹۵} از نظر کیفی، دو مورد سقط جنین و همجنس گرایی بسیار پُرمعناست. در آغاز سالهای ۱۹۷۵، جز مورد بسیار استثنایی قطع بارداری به لحاظ مسائل پزشکی و نجات جان مادر، سقط جنین هنوز جرمی از درجه جنحه بود. قانون ۱۷ ژانویه ۱۹۷۵، به صورت آزمایشی^{۹۶}، در مواردی و تحت شرایطی که در متن قانون پیش بینی شده بود «قطع عمدی حاملگی» را قانونی اعلام کرد. معذک، چه از کارهای مقدماتی و چه از متن خود قانون چنین استنباط می شد که «قطع عمدی بارداری»، نهایتاً نوعی اغماض و اجازه قانون بوده است و نه اعطای یک حق مطلق که در مقابل برای دیگران ایجاد تکلیف کند. ولی خیلی سریع دیدیم که انجمنهای زنان و طرفداران حقوق زن از «حق سقط جنین» سخن به میان آوردند و بدین ترتیب باعث شدند که علیه آن دسته از پزشکان که به لحاظ اعتقادات شخصی از سقط جنین خودداری کرده بودند، به اتهام «خودداری از کمک

۹۵. به عنوان نمونه مراجعه شود به واینبرگر (J. C. Weinberger) و روبر (Ph. Robert): «جامعه و اهمیت جرایم»، نشریه علوم جنایی، ۱۹۷۶، ص ۹۱۵. این نویسندگان از پژوهشهای خود چنین نتیجه می گیرند: «بحران عدالت کیفری را نمی توان به آسانی از طریق اصلاح قانون جزا و با توجه به معیار سنج افکار عمومی حل کرد... افکار عمومی وجود ندارد. افکار عمومی میانگین ظاهری و ساختگی یک احساس یا یک تحقیق بسیار سطحی است. اگر واقعاً بخواهیم تصویرهای اهمیت جرایم در جامعه را در سیاست جنایی ملحوظ کنیم، باید بپذیریم که این تصویرها، قبل از هر چیز، متنوع و متضاد است.» ص ۹۳ کتاب فوق الذکر.

۹۶. به مدت پنج سال. مقررات و مواد مندرج در قانون ۷ ژانویه ۱۹۷۵، با پاره ای تغییرات، با تصویب قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۷۹ قطعی و ابقا گردید.

رساندن به دیگران»، اعلام شکایت شود. و اما در مورد همجنس گرایی باید گفت که اخیراً قوانین ۲۳ دسامبر ۱۹۸۰ و ۴ اوت ۱۹۸۲ مواردی را که همجنس گرایی در حقوق فرانسه یا رکن تشکیل دهنده و یا از کیفیات مشدده جرم محسوب می شد، لغو کردند. لغو این موارد یادآور دوره قبل از جرم شناختن همجنس گرایی به موجب قانون ۶ اوت ۱۹۴۲ بود که به قول ویتو «به همجنس گرایی صرفاً به عنوان یک عیب که فقط مشمول قانون اخلاقی می شد می نگریستند»^{۹۷}. با این حال، طرفداران لغو همجنس گرایی، حتی خواستار شناسایی پدیده مزبور به عنوان آزادیی که باید در قلمرو مفهوم کلی «حق متفاوت بودن نسبت به دیگران» منظور گردد نیز شده اند. همجنس گرایان از این هم پا را فراتر نهاده و با برگزاری تظاهرات در خیابانهای پاریس خواستار پیش بینی مجازات برای هر نوع نوشته یا گفتار علیه همجنس گرایی، همانند تبعیض نژادی و تبعیض جنسی، شدند؛ بنابراین جرم کیفری، انحراف اخلاقی، حق متفاوت بودن نسبت به دیگران و ارزش جدیدی که باید از نظر کیفری حمایت شود برداشتهای اجتماعی- اخلاقی متعددی از همجنس گرایی است که افکار عمومی فرانسه درباره آنها یکسان قضاوت نمی کند. با چنین وضع اجتماعی- اخلاقی فروپاشیده، اندیشه بازار اجتماعی کردن مجرم و پیشگیری بزهکاری برای بسیاری از مردم چه معنا و مفهومی ممکن است در برداشته باشد؟ بازار اجتماعی کردن به چه؟ و پیشگیری از چه چیزی؟ بدین ترتیب، قانون جزا و ممنوعیتهایی که این قانون در متن خود پیش بینی کرده نه فقط برای بسیاری از جوانان بلکه حتی برای بسیاری از بزرگسالان به کلهکشانی دوردست می ماند که توجه را به خود جلب نمی کند. در عوض، توجه آنان یکسره به مرامهای اجتماعی- اخلاقی بسیار مختلف و بحث انگیز معطوف شده است. در این وضع، عدم کارآیی تدابیر کنترل اجتماعی و نیز از هم پاشیدگی نظامهای سیاست جنایی که توفیق واقعی در امر مهار

۹۷. آندره ویتو: حقوق کیفری اختصاصی، ۱۹۸۲، جلد دوم، پاراگراف شماره ۱۸۷۰.

واقعیتی که بسیار متنوع و متضاد است نداشته، تعجب آور نیست. ۹۸ مواردی که تا کنون به آنها اشاره شد امکان می دهد تا تصویری از خصوصیت‌های بحران کنونی سیاست جنایی کشورهای غربی، با عنایت به انواع مختلف بحران که در مقدمه بیان شد، ترسیم کنیم:

۱. این بحران به هیچ وجه تصادفی در زندگی جوامع غربی نیست بلکه یک نحوه وجود (بودن) پایدار زندگی در جوامع مزبور است که از بیست و پنج تا سی سال پیش بروز کرده.

۹۸. فرضیه‌ای را که در متن مطرح گردید نباید با فرضیه روبر (Ph. Robert) و فوژرون (Cl. Faugeron) اشتباه کرد. معذک، آنان در کتاب خود تحت عنوان نیروهای نهان عدالت، بحران عدالت کیفری (انتشارات لوستوریون، ۱۹۸۰) ضمن بحث از عدم وجود اجماع می نویسند: «عدالت (دادگستری) کیفری در بحران بسر می برد زیرا به طور همه جانبه‌ای مورد ظن و تردید، بحث، اختلاف و عدم توافق عمومی واقع شده است» (ص ۱۹۴). در حالی که تفسیر ما از بحران ماهیتاً اجتماعی-اخلاقی است، تعبیر این نویسندگان عمدتاً ماهیت اجتماعی-سیاسی دارد. گواه این موضوع، کتاب آنهاست که به تحلیل نظام عدالت کیفری فرانسه و بحران نظام مزبور اختصاص داده شده است. نویسندگان در کتاب خود رجوع به دادگاه‌های اختصاصی، محاکمات جنجالی و اعتراض‌های بیرونی و درونی نسبت به عدالت کیفری (صفحات ۶ تا ۱۱) را که جملگی دارای رنگ و بار سیاسی هستند، به عنوان «نشانه‌هایی» می دانند که دلالت بر وجود یک مسأله مهم در عدالت کیفری می کند. همچنین، نویسندگان مزبور در مورد تبیین خود از بحران، از «مسأله حقانیت و مشروعیت» و «گسترش بی رویه کنترل اجتماعی» که هر دو مفهوم نیز عمدتاً اجتماعی-سیاسی هستند سخن به میان می آورند. ولی تاریخ نشان می دهد که شکافها و اختلافات عمیق سیاسی لزوماً موجب بروز بحران سیاست جنایی نمی شوند مگر وقوع انقلاب که زندگی عمومی را مختل می سازد، و برعکس، توافق عمیق اکثریت عظیم شهروندان در خصوص رژیم سیاسی به هیچ وجه بروز بحران سیاست جنایی را چنانکه ایالات متحده آمریکا نشان می دهد منتفی نمی کند. بعلاوه، باید از خود پرسید که آیا از ماه مه ۱۹۸۱ (روی کار آمدن سوسیالیست‌ها و آقای میتران در فرانسه) که با حذف دادگاه‌های اختصاصی و از میان رفتن محاکمات جنجالی مصادف شد و معترضان داخلی یا خارجی دادگستری کیفری خود قدرت را به دست گرفتند، بحران رفع شده است؟ در واقع، اگر رابطه‌ای میان داده‌های اجتماعی-سیاسی و بحران سیاست‌های جنایی وجود دارد - چنانکه در مبحث دوم مقاله حاضر خواهیم دید - در سطح یک برداشت ذهنی از بحران و طرق و امکانات رفع آن است نه در سطح تبیین عمقی آن.

۲. این بحران، بحران ناشی از ترقی و پیشرفت نیست بلکه، برعکس، بحران اُفول است زیرا معلول فروپاشی اجتماعی- اخلاقی این جوامع است. این پدیده تا چه مدتی دوام خواهد داشت؟ بدیهی است که ارائه پاسخ روشن به این پرسش امکان ندارد، ولی آنچه از نمونه دو کشور ژاپن و سوئیس^{۹۹} می توان دریافت این است که چنین بحرانی لزوماً وابسته به تحولات جوامع غربی نیست. به همین لحاظ است که اکنون باید به «شرایط خروج از این بحران» پرداخت.



شرایط خروج از بحران سیاستهای جنایی غربی

از سخنان سیاستمداران، روزنامه نگاران و یا افراد عادی چنین استنباط می شود که راه حل های بسیار ساده ای برای حل و فصل بحران سیاستهای جنایی و جلوگیری از رشد بزهکاری و تکرار جرم وجود دارد. برخی از کیفر و عده ای دیگر از پیشگیری سخن به میان می آورند، ولی همگی مدعی اند که راز موفقیت در دست آنان است.

در واقع، هر چه این بحران را بیشتر مطالعه می کنیم به ویژگیها و زیرومهای آن بیشتر وارد می شویم و بیشتری می بریم که راه حل آن بسیار دشوار و حتی فرضی است. به همین جهت نمی توانیم در اینجا مدعی شویم که یک طرح آماده شده برای خروج از بحران ارائه خواهیم داد. حداکثر

۹۹. ژاپن در سال ۱۹۸۱ از نظر تولید سرانه ناخالص ملی (۵۲،۱۲۵ فرانک) بیستین مقام را قبل از انگلستان و ایتالیا، و سوئیس پنجمین مقام (۷۹،۲۸۰ فرانک) را قبل از ایالات متحده آمریکا، فرانسه، هلند و بلژیک داشته است. اگر کشورهای نفتی چون قطر، کویت و... را مستثنی کنیم، در آن صورت سوئیس به مقام اول و ژاپن به مقام پانزدهم می رسیدند.

کاری که می‌توان انجام داد، و آن هم با قیدهایی، عبارت است از پیشنهاد راه‌های مختلف به منظور تشخیص و تعیین شرایط ضروری که به نظر می‌رسد بتوانند خروج از بحران را میسر سازند.

تبیین بحران در قالب فروپاشی ارزشهای اخلاقی به این نتیجه منتهی می‌شود که راه حل برای رفع بحران تنها منوط به تنظیم (و سازمان بخشی) مجدد سیاستهای جنایی نیست. علاوه بر این تغییرات، حل بحران مستلزم ایجاد تحولاتی در محیط اجتماعی سیاستهای مزبور نیز هست. بنابراین، لازم است ابتدا به شرایط محیطی اشاره گردد (گفتار اول)، و سپس شرایط درونی نظام (گفتار دوم) مورد بحث قرار گیرد.

گفتار نخست

شرایط محیطی

محیط نظام سیاست جنایی شامل محیط اجتماعی- اخلاقی و محیط اجتماعی- سیاسی است. حال، با مشاهده تحولات و وضع کنونی این محیط مضاعف و نیز با تحلیل دلایل عمیق بحران پی می‌بریم که برای توفیق در خروج از حالت بحرانی، ضروری است محیط اجتماعی- اخلاقی و نیز بی‌تردید محیط اجتماعی- سیاسی سیاست جنایی تغییر یابند.

الف. محیط اجتماعی- اخلاقی

۱. چنانکه در صفحات پیشین اشاره شد، بحران کنونی نظامهای سیاست جنایی کشورهای غربی، یک بحران دیر پا از نوع بحران افول است و عمدتاً در قالب فروپاشی نظام ارزشهای مشترک بین بیشترین افراد و جایگزینی آن با یک سلسله اخلاقیهای گروهی نامتجانس و غالباً متضاد تبیین می‌گردد. می‌توان به جرأت پیش‌بینی کرد که اگر این وضع ادامه یابد و به طریق اولی اگر این وضع تشدید شود، بحران سیاست جنایی نیز به نوبه

خود نه تنها تداوم می یابد بلکه حتی وخیم تر نیز خواهد شد. به همین جهت، نخستین شرط یعنی در واقع مهمترین شرطی که برای خروج از بحران باید تحقق یابد، تشکل مجدد نوعی اخلاق واحد در جوامع غربی است که دوباره توافق بیشترین تعداد از مردم را جلب کند. تا زمانی که به این مقصود دست نیافته ایم، می توانیم در خصوص این یا آن جنبه بحران تا ابد بحث کنیم یا فلان تدبیر را به مناسبت اتخاذ نماییم، ولی باید مطمئن باشیم که یک گام هم در جهت رفع بحران پیشروی نخواهیم کرد.

۲. بزرگترین مشکل مسلماً این است که چگونه می توانیم به این

مقصود دست یابیم.

۲-۱. نخستین موضوعی که باید برای اجتناب از هرگونه سوء تفاهم متذکر شد، این است که تشکل مجدد یک اخلاق واحد به هیچ وجه به معنای بازگشت به اخلاق اجتماعی گذشته نیست. در میان تمایلات جدید نسلهای کنونی اگر چه پاره ای از آنها از نظر بیان و یا حتی اصول قابل بحث و تردید به نظر می رسند اما، در عوض، بسیاری از آنها مطمئناً در مجموع مایه پیشرفتهای تمدن غرب هستند. بنابراین، بیهوده است که به صرف بینشی خاص از مبارزه علیه بزهکاری، این خواسته ها کنار گذاشته شوند.

۲-۲. تفکیکی که بدین ترتیب بین خواسته های جدید قائل شدیم، دقیقاً نخستین رکن راه حل محسوب می شود. در واقع، جوامع غربی، به منظور تعیین ارزشهای جدیدی که باید حفظ گردند و خواسته هایی که برعکس باید کنار گذاشته شوند، باید دست به یک تفکر و تأمل وسیع در مورد خود بزنند. برای مثال، آیا نمایش گسترده و بی پایان صور قبیحه که خود بیان افراطی آزادی جنسی است باید به عنوان ره آورد تمدن معاصر حفظ شود؟ ایجاد توافق و اجماع درباره ترک و کنار نهادن پاره ای از تمایلات ممکن است به نوبه خود تا حدودی زمینه را نسبتاً مساعدتر و افق اجتماعی-

اخلاقی سیاست جنایی را روشن تر کند.

۳. حال، دشوارترین مسأله ای که باقی می ماند مسأله خواسته هایی است که به دلیل دارا بودن بار مثبتی از ارزشهای پیشرفت و ترقی، باید حفظ شوند، که در عین حال، به لحاظ تأثیرشان بر بزهکاری پیامدهای منفی نیز در بر دارند. برای حل آن، باید آگاهی جمعی صریحی در مورد این پیامدها، یعنی در واقع نوعی توافق اکثریت برای رفع آن، به وجود آید و امکانات واقعاً مؤثر برای خنثی ساختن این پیامدهای مضر فراهم و معمول شود. برای نمونه، می توان پدیده اتومبیل را شاهد مثال آورد: تولید و توزیع خودرو در جوامع غربی امروزی بی تردید پیشرفت مهم تمدن محسوب می شود. خودرو زندگی بسیاری از انسانها را آسان کرده و به آنان اجازه داده که با استفاده از آن به کارهایی دست بزنند که در گذشته غیر قابل تصور بوده است، ولی گسترش اتومبیل پیامدهای منفی مهمی نظیر آلودگی محیط زیست و تصادفات رانندگی منجر به مرگ یا نقص عضو نیز به دنبال داشته است. اما با همه اینها هیچ کس امروزه تقاضای حذف و کنار گذاشتن خودرو را نمی کند. به جای حذف آن مسأله عبارت است از یافتن تدابیر و اقدامات مؤثر که لا اقل آلودگی ناشی از دود یا تصادفات رانندگی را محدود سازد.

این مسأله دقیقاً در مورد همه خواسته های مترقی جوامع غربی که شامل پیامدهای ثانوی جرم زا هستند نیز صادق است: کافی است شیوه های خنثی سازی مؤثر پیامدهای مزبور کشف و اعمال شود. نمونه و مثال ژاپن در این خصوص بسیار بامعناست. جرم شناسان متفق القولند که مهمترین عاملی که فقدان بحران سیاست جنایی در این کشور را توجیه می کند تجانس جامعه ژاپن است، که خود این موضوع به لحاظ حق تقدمی است که طرز تفکر ژاپنی برای «گروه» قائل است. یک ژاپنی خود را نه تنها یک موجود فردی بلکه به مثابه جزئی از یک کل می پندارد.^{۱۰۰} تا همین اواخر

۱۰۰. هانس-هاینرگن (Hans-Heiner Kuhne): «بزهکاری و سرکوبی بزهکاری در ژاپن،

مهمترین گروه بنیادی در این کشور خانواده بود ولی در ژاپن امروزی همانند جامعه فرانسه نقش خانواده، تحت تأثیر توسعه فردگرایی، سُست شده است. معذک، از پژوهشی که اخیراً برای سازمان ملل متحد در ده کشور جهان که در مجموع کمترین میزان بزهکاری را دارا هستند انجام گرفت، چنین برمی آید که ژاپن موفق شده بزهکاری را در سطح ثابتی در جامعه خود نگاه دارد، زیرا کارگاه به عنوان عامل یگانه سازی فرد در جامعه جایگزین خانواده شده است. یک ژاپنی از هنگام تولد تا لحظه مرگ وابسته به شرکت یا مؤسسه ای است که وی را به کار خواهد گمارد یا به کار می گمارد و یا به کار گمارده است. «کارگاه جانشین خانواده»، در واقع، عاملی است برای خنثی کردن آثار اجتماعی آزادسازی نهاد خانواده از قید و بند های اخلاقی.

هرچند هدف از ذکر این مثال تعمیم این راه حل در کشورهای اروپایی نیست ولی مثال مزبور لاقلاً این مزیت را دارد که نشان می دهد سازوکار خنثی سازی پیامدهای منفی ارزشهایی که متریقی نیز محسوب می شوند چگونه است. بعلاوه، آگاهی از آن بی تردید تصویری از تغییرات در محیط اجتماعی- سیاسی نیز به همراه دارد.

ب. محیط اجتماعی- سیاسی

پروفسور رادزینوویچ در مقاله ای با عنوان «بحرانهای مکرر عدالت کیفری» - که در صفحات پیشین به آن اشاره شد- معتقد است که در دوران تنش، مانند دورانی که ما امروزه در آن زندگی می کنیم، با دو ایدئولوژی متضاد مواجه هستیم: ایدئولوژی راست که مکتب قانون و نظم^{۱۰۱} است و شدت عمل را توصیه می کند؛ ایدئولوژی چپ که تا هیچ انگاری^{۱۰۲}

تحلیل اجتماعی- فرهنگی و جرم شناختی»، در نشریه جرم شناسی، ۱۹۸۱، جلد ۱۴، شماره ۱،

101. Law and Order

ص ۳۱.

۱۰۲. Nihilisme آئینی است که هر ارزش اخلاقی را طرد، و امکان اثبات هر حقیقتی را در

این زمینه انکار می کند. (مترجم)

پیش می‌رود و پیکان حمله را به سوی اشخاصی که مسؤول اجرای قانون جزا هستند (یعنی پلیس، قضات، مسؤولان و نگهبانان زندان) گرفته است. ۱۰۳

این تضاد که مشخصه طرز تفکر مردم کشورهای انگلوساکسون است در اروپای قاره‌ای (یعنی کشورهای اروپایی غیر از انگلستان) نیز یا به شکل بنیادی و یا امروزه غالباً به صورت تضاد بین طرفداران مجازات بزهکاری و طرفداران پیشگیری بزهکاری دیده می‌شود.

در اینجا نیز باید گفت تا زمانی که چنین رهیافتهای عمدتاً مسلکی و مرامی به مسائل سیاست جنایی ادامه دارد، امید و احتمال کمی هست که بتوانیم از بحران خارج شویم. همان‌طور که آقای پیناتل در نتیجه‌گیری از گزارش خود به کنگره حقوق کیفری در مون‌پلیه (نوامبر ۱۹۸۳) متذکر شد، مسأله گسترش و رشد بزهکاری امروزه به یک مسأله واقعی جامعه تبدیل شده است، بطوریکه ایدئولوژی لیبرال و ایدئولوژی سوسیالیست، که هر دو از ایدئولوژی‌های سده نوزدهم به شمار می‌روند، دیگر قادر به رویارویی و حل آن نیستند. از این نیز می‌توان پا را فراتر نهاد و افزود که هیچ ایدئولوژی از هر نوعی، چه قدیمی و چه امروزی، توانایی حل مسأله بزهکاری را که جوامع غربی با آنها دست به گریبان هستند ندارد، زیرا در جایی که دانایی و آگاهی لازم است ایدئولوژی‌ها عموماً با پشت کردن به واقعیتها از تعصب، نادانی و ناآگاهی تغذیه می‌شوند.

در واقع، اگر بخواهیم امیدی به خروج از بحران داشته باشیم، باید رهیافت این مسائل را عمیقاً تغییر دهیم. این تغییر باید با جایگزین کردن رهیافتی عمدتاً تجربی، مبتنی بر شناخت علمی از واقعیتها و انجام دادن آزمایش کنترل شده روشهای عمل، یعنی رهیافتی جرم‌شناسانه به جای رهیافتهای نظری، صورت پذیرد.

برای نمونه می‌توان برنامه پیشگیری را مثال آورد: در وضع کنونی،

۱۰۳. نگاه کنید به صفحات ۲۳۷ تا ۲۳۸ مقاله پروفیسور رادزینویچ.

نتایج حاصل از مطالعات نشان می‌دهد که برنامه‌های پیشگیری بزهکاری، در مجموع، نتایج چشمگیری به بار نیاورده است^{۱۰۴}. حال، با علم به این موضوع چرا باید پیشگیری را نوشداروی سیاست جنایی بدانیم؟ این موضوع بدان معنا نیست که هرگونه تجربه پیشگیری را کنار نهمیم، اما وقتی که یک برنامه پیشگیری را به اجرا می‌گذاریم، باید آن را صرفاً یک تجربه و آزمایش با همه محدودیتها و قیودی که به دنبال دارد به حساب آوریم، و این مسأله را برای افکار عمومی نیز بیان کنیم. در واقع، میان طرز برخورد علمی که مبتنی بر تبعیت از واقعیتهاست و طرز برخورد عقیدتی (ایدئولوژیک) که واقعیتها را وقتی منطبق با تفکر خود نمی‌بیند مثله و نفی می‌کند^{۱۰۵}، تقابل بنیادی وجود دارد.

بدین ترتیب، خروج از بحران منوط است به پیش گرفتن طرز برخوردی عملی از یک سو، و ترک هرگونه تخیلات عقیدتی نسبت به سیاستهای جنایی ممکن از سوی دیگر. اگر محیط اجتماعی-سیاسی سیاستهای جنایی بدین سان تغییر یابد، شرایط درونی خروج از بحران بی‌تردید امکان بهتری برای تحقق پیدا خواهد کرد.

گفتار دوم

شرایط داخلی

هدف ما در اینجا ارائه طرحهای دقیق نیست بلکه می‌خواهیم جهات اصلی که خروج از بحران را از درون میسر می‌سازد متذکر شویم. به نظر ما سه جهت می‌تواند مهم و کارساز باشد: تجدید الگوی نظام جرایم، تعریفی مجدد از نظام کیفرها و بالاخره تجدید سازمان نظام عدالت کیفری به معنای خاص.

۱۰۴. به مبحث نخست مقاله مراجعه کنید.

۱۰۵. ایدئولوژی به اعتقاد خود واقعیتها را نفی نمی‌کند بلکه مدعی است آنچه می‌گوید واقعیت است.

الف. تجدید الگوی نظام جرایم

تجدید نظام جرایم، یعنی سیاهه جرایم، را می توان در این عبارت خلاصه کرد: فقط «آنچه اساسی است»، ولی «تمام آنچه اساسی است».

۱. فقط آنچه اساسی است:

در مبحث اول به این جنبه مهم بحران، یعنی پدیده تورم کیفری با تمام مشکلاتی که به دنبال دارد، اشاره کردیم. از این نظر، خروج از بحران بی تردید منوط است به نه تنها جلوگیری از رشد این پدیده بلکه همچنین حذف جرایمی که دیگر جایی در حقوق کیفری فعلی ندارد.

بدهی است که شیوه دستیابی به این هدف به نظام حقوقی خاص هر کشور بستگی دارد. در مورد فرانسه، این راه حل ممکن است عبارت باشد از پیش بینی و درج معیار صوری^{۱۰۶} و نیز معیار مادی جرم در قانون اساسی. طبیعتاً این معیار محدود کننده باید به اندازه کافی صریح قید شود تا اجرای آن به وسیله شورای قانون اساسی^{۱۰۷} نسبتاً آسان باشد.^{۱۰۸}

۲. تمام آنچه اساسی است:

از چند سال پیش، شاهد گسترش تغییرات قانونگذاری در قالب شیوه کیفرزدایی کلی یا جزئی هستیم. هدف از توسل به این شیوه

۱۰۶. یعنی تصویب قانون برای جنایات و جنحه ها و تصویب آییننامه ها برای خلافها.

۱۰۷. نهادی است در حقوق اساسی فرانسه، که تقریباً نقش شورای نگهبان قانون اساسی در حقوق ایران را ایفا می کند. (مترجم)

۱۰۸. تمام معیارهای مادی جرم به دور دو مفهوم «ضرورت» و «عدالت» می گردد. شاید بهترین معیار در جمله «نه بیش از آنچه عدالت اقتضا می کند و نه بیش از آنچه ضروری است» نهفته باشد.

تراکم زدایی از دادگاهها به منظور مقابله با استغراق نظام کیفری است. پاره‌ای از این کیفرزدایی یا جرم‌زداییها، از نظر معیارهای مادی مختلف جرم، موجه بودند ولی بعضی دیگر از آنها شدیداً قابل اعتراض به نظر می‌رسند زیرا، بدون اینکه همواره مسأله را از نظر کمی به طور قطعی حل کنند، حتی موجب تشدید محسوس ناخشنودی عمومی نیز شده‌اند. از این نظر، خلاف قلمداد کردن صدور چک بی محل در ۱۹۷۲ و سپس جرم‌زدایی جزئی از آن در ۱۹۷۵ نمونه‌های جالبی محسوب می‌شوند. دو تغییر قانونی مزبور موجب شد که استفاده کنندگان از چک، دیگر چک را نه یک وسیله پرداخت ساده بلکه آن را یک سند واقعی اعتباری تلقی کنند، به ویژه اینکه بانکها و مراکز چکهای پستی نیز مردم را به سمت چنین برداشتی کمک کرده و می‌کنند. ولی از نظر کمی باید گفت که اصلاحات قانونی مزبور بار نظام کیفری را فقط برای مدت کوتاهی سبک نمود، زیرا از ۱۹۸۱ تعداد پرونده‌های پلیس قضایی روبه افزایش گذاشت و در مقابل بالا ترین رقم در گذشته، یعنی ۳۲۴,۲۶۷ در ۱۹۷۲، به رقم ۳۳۷,۴۲۶ در ۱۹۸۱ رسید و در سال ۱۹۸۲ بیش از ۵۰۰,۰۰۰ نفر از داشتن دسته چک ممنوع اعلام شدند. این احتمال زیاد است که آمار قضایی محکومیتها نیز همین سیر تحول را طی کرده باشد.

ب. تعریفی مجدد از نظام کیفرها

دومین جهتی که برای خروج از بحران باید پیمود، تفکر مجدد و واقع بینانه در نظام ضمانت اجراهای کیفری است. دو اندیشه ممکن است به هنگام بازنگری حاکم باشد.

۱. نخستین اندیشه مربوط است به نقش و رسالت کیفرها. اکثریت قریب به اتفاق محکومان، پس از محاکمه یا در جامعه آزاد باقی می‌مانند یا حداکثر پس از مدتی بازداشت و حبس دوباره به آن

جامعه باز می‌گردند. تعداد بزهکارانی که نسبت به آنها حکم محکومیت به حبس دائم صادر می‌شود، با این فرض که این محکومیت تماماً اجرا شود، بسیار اندک است. از سوی دیگر، احیای مجازات تبعید بزهکاران پیشینه‌دار به مستعمراتِ دوردست^{۱۰۹}، اگرچہ بین المللی کنونی یک دلیل بر ممنوعیت آن باشد، تخیلی بیش نیست.

بنابراین، باید پذیرفت که اکثر محکومان روزی آزادی خود را باز می‌یابند یا حتی پس از محکومیت به زندگی آزاد خود ادامه می‌دهند. به همین لحاظ، مصلحت جامعه در این است که پس از اجرای کیفر و به ویژه پس از خروج از زندان، بزهکاران لااقل بدتر از قبل نباشند و حتی المقدور خطر آنان کمتر شده باشد. به همین دلیل، تعبیر «اجتماعی کردن» و «سازگار ساختن دوباره» را عمدتاً به دلایلی که پیش از این گفتیم به کار نبردیم. آیا روزی به این هدف خواهیم رسید؟ فعلاً بهتر است تعبیر «سودمندی مجازات» را به کار ببریم.

۲. دومین اندیشه دقیقاً مربوط به روشهایی است که باید به کار برده شود. در این خصوص باید از ضرب المثل زیر تبعیت کرد: چیزی که موفق شود خوب است و باید حفظ گردد و چیزی را که مردود است باید کنار گذاشت. یعنی برای رسیدن به کارایی، باید از هیچ وسیله‌ای فروگذاری نکرد، به شرط آنکه ضامن موفقیت باشد، و برعکس، نباید در کنار گذاشتن روشهایی که عدم کفایت آنها محرز شده است تردیدی به خود راه داد. برای مثال، چرا باید اثر ارباب‌انگیز کیفر زندان را بر پاره‌ای از بزهکاران نادیده گرفت؟ و برعکس، نباید در استفاده از جانشینهای کیفر سالب آزادی، زمانی که جانشینهای مزبور نتایج بهتری در بردارند، تردید کرد. از این گذشته، با توجه به اثر مساوی، راه حلی را باید برگزید که، در جمع، کمترین هزینه را برای جامعه داشته باشد.

پ. تجدید سازمان نهادهای مبارزه علیه بزهکاری

این تجدید سازمان قطعاً ضروری است و باید با رعایت دو اصل «وحدت» و «انسجام» صورت گیرد.

۱. وحدت:

در وضع کنونی، نظامهای عدالت کیفری معمول و جاری در غالب کشورهای غربی دارای عیب مضاعفی هستند. از یک سو، ارگان‌های مختلف (پلیس، دادگاهها، اداره زندانها و...) به وزارتخانه‌ها و بخشهای مختلفی وابسته‌اند. نتیجه این می‌شود که فضای عدم شناخت متقابل و رقابتهای شدید، حتی در داخل یک بخش، بر ارگان‌های مزبور حاکم است. از سوی دیگر، برخی از این ارگان‌ها در میان مسؤولیتهای محوله وظایف دیگری نیز غیر از مبارزه علیه بزهکاری به عهده دارند، مانند دادرسانی که هم در محاکم مدنی و هم در محاکم کیفری به دادرسی می‌پردازند. تحقق کارآیی نظام مستلزم حذف این وظایف متعدد، و از همه مهمتر، ادغام کلیه ارگان‌های کنترل بزهکاری در «وزارتخانه مبارزه علیه بزهکاری» است. ایراد اساسی این است که نتیجه چنین ادغامی ممکن است قدرت خطرناکی را برای دموکراسی به وجود آورد، ولی در قالب قوانین اساسی قطعاً می‌توان روشهایی مبنی بر کنترل و محدودیت پیش بینی کرد که نظام را، به منظور دفع این خطر، از هر نظر مصون سازد.

۲. انسجام:

در وضع کنونی، نهادهای مسؤول کنترل اجتماعی غالباً از سرنوشت «مشتریان» خود در مراحل بعدی فرایند کیفری بی‌اطلاعند. از سوی دیگر، این نهادها به ندرت بر وضع بزهکاری حوزه جغرافیایی کار خود

اشراف دارند. بنابراین، ضروری است شیوه‌هایی رسمی که این حالت را بهبود بخشند و بدین سان یک انسجام واقعی در کل نظام وارد سازند، پیش‌بینی و مستقر شوند.^{۱۱۰}

• نتیجه کلی

در پایان این بحث نتایج زیر را می‌توان به دست آورد:

۱. در وضع فعلی، سیاستهای جنایی کشورهای غربی در بحران وخیمی بسر می‌برند بطوریکه دیگر قادر به مهار بزهکاری کشورهای خود نیستند.
۲. این بحران از بیست و پنج سال پیش به این سو ادامه دارد. بنابراین، بحران سیاستهای جنایی غربی یک حالت دیرپاست نه یک پدیده تصادفی.
۳. این بحران ذاتاً با دو نوع پدیده متجلی می‌شود: استغراق تدریجی نظامهای سیاست جنایی، و دوری و جدایی این سیاستها از واقعیت جنایی.
۴. این بحران عمدتاً در قالب فروپاشی نظام ارزشها و هنجارهای رفتاری جوامع غربی معاصر تبیین می‌شود. بنابراین، بحران سیاستهای جنایی غربی یک بحران ناشی از افول و سقوط است نه یک بحران حاصل از ترقی و پیشرفت.
۵. این بحران در جوامع صنعتی دموکراتیک — چنانکه ژاپن و

۱۱۰. بعضی نویسندگان و صاحب‌نظران، از جمله آقای آر پیانژ با اشاره به «وحدت مداخله دستگاه قضایی» در سخنرانی آغاز کار جدید خود به عنوان دادستان دیوان عالی کشور فرانسه، دقیقاً به ضرورت این انسجام، پی برده‌اند.

سویس نشان می دهند- غیرقابل اجتناب نیست.

۶. خروج از بحران مشروط است به تغییر محیط اجتماعی-اخلاقی و نیز تغییر رهیافت اجتماعی-سیاسی سیاستهای جنایی.

۷. خروج از بحران همچنین منوط است به اصلاح عمیق سیاستهای جنایی که بر تعریف جرایم، بکارگیری مجازاتها و سازماندهی نظام عدالت کیفری توأماً تأثیر گذارد.



آ. د. م. فورت

A.D.M. Forte

ترجمه:

دکتر حسین میرمحمد صادقی

بررسی تطبیقی
نظریه عقیم شدن اقتصادی
قراردادهای تجاری

این مقاله توسط آ.د.م. فورت (A. D. M. Forte) استاد دانشگاه ادینبارو
Edinburgh در مجله The Judicial Review صفحات ۱-۲۴ سال ۱۹۸۴
به نگارش در آمده است. عنوان مقاله از این قرار است:
Economic Frustration of Commercial Contracts.
A comparative Analysis with Particular Reference to the United
kingdom

عواملی چون تورم، نوسانات سریع در نرخ تبدیل ارز و احتمال افزایش قیمت یا کمیاب شدن ناگهانی کالا و مواد اولیه باعث ایجاد مشکلاتی در راه مذاکره و انعقاد قراردادهای دراز مدت خدمات یا تولید می‌شوند. به عبارت دیگر، قراردادی که در ابتدا اهداف و انتظارات طرفین را برآورده می‌سازد ممکن است بعدها به دلیل تغییر شرایط اقتصادی موجب کاهش و یا حتی از بین رفتن سود مورد انتظار یکی از طرفین شود و بنابراین برای او هیچ حاصلی جز مسؤلیت به بار نیاورد.^۱ بدین ترتیب، موجب تعجب نیست که بازرگانان و مشاوران آنها برای کاستن از میزان خطرات نهفته در ذات قراردادهای بلندمدت تدابیری اندیشیده‌اند. از جمله این تدابیر درج شرایطی از قبیل شرط فورس ماژورو و شرط عسرو حرج در قراردادها است. نظریه عقیم شدن قرارداد نیز یکی از راههای کنترل نتایج وقایع

۱. منظور از عقیم شدن اقتصادی قراردادهای تجاری (Economic frustration of commercial contracts)، غیرعملی شدن اجرای آنها به دلیل تغییرات اقتصادی است. مقاله حاضر به بررسی این موضوع از نظر سیستم‌های حقوقی فرانسه، آلمان، انگلستان، اسکاتلند و آمریکا می‌پردازد. (مترجم)

پیش بینی نشده ای است که توازن اقتصادی معامله را برهم زده است. این مقاله در مقام آن نیست که تحلیل مفصلی در مورد پایه و اساس تئوریک نظریه عقیم شدن قرارداد در سیستم های مختلف حقوقی ارائه کند، لیکن در این مرحله اشاره به دو خصیصه عمده این نظریه در حقوق انگلیس و اسکاتلند ضروری است:

اولاً، به موجب هر دو سیستم نتیجه اعمال این نظریه آن است که قرارداد بلافاصله و خود بخود به پایان می رسد.^۲

ثانیاً، دادگاهها در این دو سیستم نسبت به سیستم هایی مثل سیستم حقوقی آلمان تفسیر نسبتاً مضیق تری از این نظریه را پذیرفته اند. به عبارت دیگر، دادگاههای این دو کشور هنوز به قاعده ارزش اسمی پول پای بند هستند که به موجب آن «یک پاوند بدون توجه به ارزش بین المللی آن یک پاوند محسوب می شود»^۳. بنابراین، تورم و عوامل اقتصادی دیگری که اجرای قرارداد را از لحاظ اقتصادی پر هزینه تر می سازند باعث معافیت از اجرای قرارداد نمی شوند. البته، دادگاهها در موارد مختلف به این قاعده استثناء وارد کرده اند. برای مثال، هرگاه کسی به دلیل منتفع شدن از یک قرارداد عقیم شده مجبور به پرداخت وجهی به طرف مقابل باشد و محاسبه میزان فایده ای که از قرارداد به وی رسیده است به ارزش خارجی منصفانه تر باشد، پرداخت او باید به ارزش خارجی صورت گیرد.^۴ علی رغم این موارد استثنایی، دادگاههای بریتانیا هنوز از پذیرش عام این مطلب که افزایش یا کاهش ارزش واقعی بدهی موجب به پایان رسیدن قرارداد و سقوط تعهد می گردد خودداری می کنند. به عبارت دیگر، حتی اگر تغییر حاصله در شرایط اقتصادی موجب ضرریکی از طرفین شود، قرارداد همچنان به اعتبار

2. B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt (No. 2) [1983] 2 A.C. 352.

Hirji Mulji v. Cheong ss. Co. Ltd. [1926] 2 A.C.497.

American Law Society

3. Treseder-Griffin v. Cooperative Insurance Society Ltd. [1956] 2 Q.B. 127 at p. 144.

Anderson v. Equitable Life Assurance Society [1926] 134 L.T. 557.

4. B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt (No.2) [1982] 1 All E.R. 925 at p. 971 Per Goff J.

و قوت خود باقی خواهد ماند. بنابراین، بازرگانانی که مایل به گریز از مشکلات ناشی از اجرای این نظر دادگاهها هستند باید در قراردادهای خود پیش بینی های لازمه را در این زمینه به عمل آورند. برای مثال، می توان نسبت به درج یک شرط فورس ماژور دو مرحله ای در قرارداد اقدام نمود که دو مطلب را دربر خواهد داشت: الف) پیش بینی امکان خاتمه دادن به قرارداد در مواردی که دادگاهها معافیت از عدم اجرا را به رسمیت نشناخته و یا در این امر تردید داشته باشند؛ ب) تمدید زمان اجرای قرارداد تا بعد از رفع واقعه پیش بینی شده همراه با شناسایی حق فسخ قرارداد در صورتی که شرایط تشکیل فورس ماژور پس از زمان تمدید شده نیز همچنان به قوت خود باقی باشند.⁵ شرط عسرو حرج مشابه نظریه عقیم شدن قرارداد است با این فرق که در آنجا هدف اصلی آن است که بین قرارداد و مقتضیات حادثه سازش برقرار شود و در نتیجه از خاتمه یافتن قرارداد جلوگیری به عمل آید. بنابراین، شرط عسرو حرج انجام مذاکرات مجدد را پیش بینی می کند و تحقق آن موجب به پایان رسیدن قرارداد نمی شود.

هدف از راه حلهایی که در این زمینه در قرارداد پیش بینی می شود آن است که به یک طرف اجازه دهد تا از اجرای قرارداد خودداری کند، چرا که خودداری از اجرا از نظر اقتصادی صحیح ترین موضع در قبال واقعه ای است که موجب شده وی نتیجه مورد نظر خود را از قرارداد به دست نیاورد. بدین ترتیب، نظریه عقیم شدن قرارداد به شکلی که امروزه در بریتانیا مورد تفسیر قرار می گیرد پاسخگوی نیازهای جامعه بازرگانی نیست. در این زمینه سؤالات متعددی قابل طرح است: آیا اصل حاکمیت اراده طرفین می تواند پاسخی برای مشکل عقیم شدن اقتصادی قرارداد تلقی گردد؟ آیا واقعاً دادگاههای بریتانیا نیازی به بررسی مجدد نظریه سنتی عقیم شدن قراردادها ندارند؟ سؤال اخیر به نوبه خود پرسش دیگری را پیش می آورد و آن این است که آیا دادگاهها می توانند به ابتکار خود شرایط یک

5. SCHMITTHOFF: Export Trade (7th ed. 1980) pp. 121-124.

قرارداد تجاری را به گونه‌ای تعدیل کنند که موجب بازگرداندن توازن اقتصادی آن گشته و در نتیجه از خاتمه یافتن آن جلوگیری شود؟

هدف مقاله حاضر بررسی این مشکلات در سیستم‌های حقوقی مختلف مخصوصاً انگلستان و اسکاتلند است. قبل از آغاز بحث ارائه توضیح مختصری در رابطه با واژه «عقیم شدن اقتصادی» ضروری می‌نماید.

در هر قرارداد عمده تجاری این خطر وجود دارد که بر اثر وقوع حادثه‌ای اجرای تعهد یک طرف پرهزینه‌تر از آنچه که وی از قبل تصور می‌کرده است شود. حتی آن دسته از سیستم‌های حقوقی که نظریه عقیم شدن قرارداد را به شکلی موسع پذیرفته‌اند، بین دو نوع خطر تمیز قائل می‌شوند. در مورد خطرات تجاری عادی ضرر بر همان کسی که عملاً متضرر شده است بار می‌شود، اما در مورد حوادث پیش‌بینی نشده و مشتمل بر مشکلات غیرعادی نظریه عقیم شدن اعمال می‌گردد. بنابراین، نکته اساسی در این نظریه چگونگی تقسیم خسارت بین طرفین قرارداد است و، در صورت عدم تصریح قرارداد، دادگاه‌ها باید در مورد اینکه خسارت حاصله در محدوده کدامیک از فقرات فوق قرار می‌گیرد تصمیم‌گیری کنند.

نمی‌توان تعریف دقیقی از نظریه عقیم شدن اقتصادی قراردادها ارائه داد، به همان دلیل که تعریف نظریه عام عقیم شدن قراردادها، لااقل در سیستم‌های حقوق عرفی (کامن‌لا)، دشوار است. البته، این حقیقت مانع تلاش برای شناخت خصوصیات مهم نظریه عقیم شدن قراردادها نشده ولی این تلاشها عمدتاً بی‌حاصل بوده است. مهمترین نکته‌ای که نویسنده حاضر می‌تواند مورد تأکید قرار دهد آن است که تنها واقعه‌ای موجب عقیم شدن اقتصادی قرارداد می‌گردد که ماهیتاً مهمتر و اساسی‌تر از خطرات عادی نهفته در ذات همه قراردادها باشد. فهم این نکته برای آشنایی با واژه عقیم شدن اقتصادی قراردادها ضروری است. پس از این مقدمه می‌توانیم به بررسی این نظریه در سیستم‌های حقوقی عمده جهان بپردازیم.

از میان همه سیستم های حقوقی که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته اند تنها حقوق فرانسه فاقد نظریه عام عقیم شدن قراردادهاست. این سخن بدان معنا نیست که عدم اجرای قرارداد هیچگاه از نظر حقوق فرانسه موجه نخواهد بود بلکه هرگاه وقوع وقایع غیرمترقبه اجرای قرارداد را کاملاً غیرممکن سازد می توان از نظریه فورس ماژور استفاده کرد. نظریه عام ایجاد مانع در اجرای قرارداد^۷ (یعنی منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد به دلیل شرایط غیرمترقبه) تنها در حقوق اداری فرانسه پذیرفته شده است. بنابراین حقوق فرانسه، با توجه به نوع قرارداد مورد بحث، نظریات متضادی در مورد وقایع عقیم کننده قرارداد ارائه نموده است. برای مثال، در مورد قراردادهای منعقد به وسیله بازرگانان بخش خصوصی تنها عدم امکان مطلق اجرا می تواند طرفین را از مسؤولیت مبرا سازد. از سوی دیگر، هرگاه قرارداد واجد جنبه عمومی باشد - یعنی یکی از طرفین از صلاحیت اداری برخوردار باشد - قضیه برعکس خواهد بود. اختلاف موجود بین حقوق مدنی و حقوق اداری در رویه قضایی فرانسه کاملاً مشهود است. برای مثال، در موردی^۸ یک قرارداد ارائه خدمات عمومی برای تأمین گاز و برق شهر «بوردو»^۹ در سال ۱۹۰۴ منعقد شده بود. پس از آغاز جنگ در سال ۱۹۱۴ هزینه تهیه زغال سنگ برای شرکت تقریباً به چهار برابر افزایش یافت؛ بنابراین مسؤولان شرکت سعی کردند با طرف قرارداد در مورد تعیین نرخ جدید موافقت کنند اما در این امر موفق نشدند. دادگاه عالی اداری^{۱۰} رأی داد که قیمت اولیه مندرج در قرارداد دیگر معتبر نیست، چرا که با افزایش قیمت مواد اولیه پایه و مبنای اقتصادی قرارداد کاملاً متزلزل گشته

7. Imprévision

8. Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux v. Ville de Bordeaux.

9. Bordeaux

10. conseil d'état

است. نکته مهم در این رأی آن است که به نظر دادگاه، در صورت عدم حصول توافق بین طرفین، دادگاه می‌تواند قیمت مندرج در قرارداد را تعدیل کند. این امر موجب می‌گردد که خدمات عمومی همچنان در اختیار مردم قرار گیرد و از این طریق منافع آنان تأمین شود. به نظر دادگاه: «برای از میان بردن مشکلات موقت باید راه حلی اندیشید که با قبول آن، هم منافع عامه که اقتضای تداوم ارائه خدمات به هر وسیله تولیدی ممکنه را دارد تأمین گردد و هم شرایط خاصی که اجازه اجرای قرارداد را به شکل عادی نمی‌دهد در نظر گرفته شود».

این نظر اختلاف فاحشی با رأی یکی از دادگاههای فرانسه، در مورد قراردادی که در سال ۱۵۶۰ برای آبیاری یک باغ میوه منعقد شده بود، دارد. در حدود سیصد سال پس از تاریخ انعقاد قرارداد، مبلغ مذکور در آن چنان کم ارزش شده بود که شرکت در واقع مجبور بود این خدمت را با ضرر ارائه کند. با این حال، دیوان کشور فرانسه^{۱۱} با اتخاذ یک شیوه افراطی نظر داد:

«هرچند رأی ما ممکن است مغایر با اصول انصاف به نظر آید لیکن دادگاهها در هیچ شرایطی نمی‌توانند مرور زمان یا تغییر اوضاع و احوال را مجوزی برای تغییر دادن قرارداد و جانشین ساختن شرایط جدید به جای شرایطی که طرفین قرارداد به طور آزادانه آنها را پذیرفته اند بدانند.»^{۱۲}

در سال ۱۹۴۶ پروفیسور دیوید نسبت به این مطلب که دادگاههای فرانسه شیوه انعطاف پذیرتری در این زمینه در پیش گیرند خوش بین به نظر می‌آمد، اما خوش بینی وی چندان بجا نبود چرا که دیوان کشور فرانسه هنوز از قبول نظریه عامی در این زمینه امتناع می‌کند. این دیدگاه دادگاههای فرانسه باعث شده است که تجار فرانسوی برای گریز از تعهداتی که اجرای آن به دلیل وقوع وقایع غیرمترقبه کاملاً مشقت بار می‌شود به راه حلهای

11. cour de cassation

12. De Galliffet v. Commune de Pélissane [1876] D.I. 193.

قراردادی تکیه کنند. مثلاً قرارداد می‌تواند مشتمل بر یک شرط تغییر اوضاع و احوال^{۱۳} باشد و یا به داوران حق حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف را اعطا نماید. چنین شرطهایی جایگزین قاعده مطلق و انعطاف‌ناپذیر فورس ماژور خواهند شد. بعضاً مقنن خود برای حل بحرانهای خاصی که در این رابطه ایجاد شده دست به اقداماتی زده است. برای مثال، در سال ۱۹۱۸ قانونی برای حل مشکلات ناشی از قراردادهایی که قبل از جنگ جهانی اول منعقد شده بودند تصویب شد.^{۱۴} تصویب قانون ۲۲ آوریل ۱۹۴۹ نیز برای حل مشکلات مشابهی بود که پس از جنگ جهانی دوم به وجود آمده بود. حقوق فرانسه تنها در رابطه با قراردادهای عمومی تا حدی انعطاف نشان می‌دهد. بنابراین، فقط در مورد قراردادهای عمومی در صورت وقوع واقعه‌ای که پایه اقتصادی قرارداد را کاملاً متزلزل ساخته و تکلیف آن در قرارداد مشخص نشده باشد می‌توان به نظریه "imprévision" استناد نمود و شرایط قرارداد را به قصد ایجاد موازنه مالی جدید مورد تجدید نظر قرار داد. علی‌رغم تلاشهایی که توسط برخی از دادگاههای تالی صورت گرفته است، دیوان کشور فرانسه عواملی را که موجب غیرعملی شدن اجرای قرارداد از نظر اقتصادی می‌شوند مؤثر در قرارداد نمی‌داند و حتی در صورت قابل اثبات بودن فورس ماژور از تعدیل قرارداد خودداری می‌ورزد.

آلمان

این مقاله جای آن نیست که در مورد تاریخچه نظریه عقیم شدن قرارداد در حقوق آلمان بحث شود که چگونه این سیستم حقوقی از مخالفت اولیه به سوی قبول فعلی اصل غیرممکن شدن اجرای قرارداد سیر کرده و در حالی که در ابتدا هرگونه تئوری عام تغییر اوضاع و احوال را رد می‌کرد در حال حاضر آن را به شکلی بسیار گسترده پذیرفته است. در اینجا صرفاً

13. rebus sic stantibus clause

14. loi failloit

توضیحات مختصری در مورد اجرای این نظریه و گستردگی آن در حقوق آلمان ارائه می‌شود. قبل از هرچیز ذکر این نکته ضروری است که قاعده لازم‌الاجراء بودن قرارداد^{۱۵} و اصل حاکمیت اراده طرفین^{۱۶} هیچ‌یک از زمره اصول مسلم و غیرقابل تردید در حقوق قراردادهای آلمان نیست. همان‌گونه که «هی»^{۱۷} اظهار می‌دارد: «حقوق قراردادهای وسیله‌ای برای اعمال حق حاکمیت مطلق افراد نیست بلکه وظیفه اجتماعی قرارداد تسهیل مبادلات منطقی و ایجاد توازن در منافع است». نظریه عقیم شدن قراردادهای معمولاً با دیدگاه هر سیستم حقوقی در مورد وظیفه یا نقش قرارداد ارتباطی تنگاتنگ دارد. بنابراین، در سیستمی که وظیفه حقوق قراردادهای را صرفاً احترام به اراده خودمختار طرفین قرارداد می‌داند، کمتر می‌توان به نظریه سخاوتمندانه‌ای در مورد نظریه عقیم شدن قراردادهای نسبت به سیستمی که ایده جمعی در مورد قرارداد دارد و آن را وسیله‌ای برای تقسیم امتیازات توسط دولت می‌پندارد دست یافت. همان‌گونه که حقوق فرانسه از آن بیم دارد که توسعه تئوری "imprévision" و مجاز دانستن دخالت دادگاه در جهت تغییر و تعدیل قرارداد موجب گردد که دولت عقیده خود را در مورد اینکه چه قراردادی مناسب است بر طرفین تحمیل نماید، حقوق آلمان نیز به یک فلسفه جمعی معتقد است که به موجب آن به دادگاهها اجازه می‌دهد که برای تضمین عدالت و انصاف نسبت به تقسیم مجدد منافع و مزایای قرارداد بین طرفین اقدام کنند. هدف این مقاله بررسی محتوای تئوری اراده آزاد^{۱۸} و تئوری جمعی^{۱۹} نیست بلکه صرفاً توضیحاتی در مورد گستردگی نظریه عقیم شدن قراردادهای در حقوق آلمان ارائه می‌دهد.

اساس و مبنای تئوریک نظریه عقیم شدن قراردادهای در حقوق آلمان را نمی‌توان قاعده تغییر اوضاع و احوال دانست. بعلاوه، هرچند می‌توان

15. pacta sunt servanda

16. party autonomy

17. Hay.

18. autonomous will theory

19. collectivist theory

اظهار داشت که نظریه مذکور بر تئوری ناپدید شدن یا تغییر مبنای قرارداد^{۲۰} مبتنی است لیکن این تئوری نیز قابل انتقاد است؛ زیرا: اولاً توجه فرد را از این نکته که دادگاهها عمدتاً به این مسأله از لحاظ چگونگی تقسیم خطر بین طرفین قرارداد می‌نگرند منحرف می‌سازد، و ثانیاً باید به این مطلب توجه داشت که اصل اساسی که نظریه عقیم شدن قراردادها در حقوق آلمان بر آن مبتنی است اصل حسن نیت^{۲۱} است. منشأ این اصل یکی از آراء دادگاه عصر رایش^{۲۲} (دوران جمهوری وایمار)^{۲۳} در ۲۸ نوامبر ۱۹۲۳ است. در دعوی منتهی به صدور رأی مذکور مقتضی در قبال یک قرض ۱۳,۰۰۰ مارکی مبلغ ۱۸,۹۸۰ مارک در موعد مقرر باز پرداخت نموده بود که این مبلغ عبارت از اصل بدهی بعلاوه بهره آن بود. اما در تاریخ مذکور مارک آلمان به دلیل تورم تقریباً بی ارزش شده بود و بنابراین مقرض پرداخت مبلغ ظاهری بدهی را برای تسویه بدهی کافی ندانست و تقاضای باز پرداخت بدهی را به ارزش خارجی نمود. به عبارت دیگر، درخواست خواهان از دادگاه آن بود که قاعده ارزش اسمی را نادیده بگیرد و در عوض میزان بدهی قرارداد را به شکل مقتضی تعدیل نماید. دادگاه نیز علی‌رغم وجود مقررات ارزی، که صراحتاً بر قاعده ارزش اسمی مبتنی بود، با تعدیل مبلغ بدهی موافقت کرد. زیر بنای این تصمیم اصل اساسی «حسن نیت» بود که، علی‌رغم مغایرت با قانون موضوعه، معتبر شناخته شد. این اصل در ماده ۲۴۲ قانون مدنی مورد پیش‌بینی قرار گرفته است. این ماده مقرر می‌دارد:

«مدیون (متعهد) باید «قرارداد را» با حسن نیت اجرا کند».

بدین ترتیب، به نظر می‌رسد که حقوق آلمان اصل تساوی طرفین در اجرای تعهدات قراردادی را در بُعد وسیعی پذیرفته است. بنابراین، هرگاه به دلیل تورم شدید، باز پرداخت مبلغ اسمی بدهی را نتوان به معنای دقیق کلمه اجرای تعهد متقابل تلقی کرد دادگاه می‌تواند میزان بدهی مذکور را،

20. Wegfall (Erschütterung) der Geschäftsgrundlage

21. Treu und Glauben=Good Faith

22. Reichsgericht

23. Weimar

با توجه به این واقعیت و بر مبنای اصل حسن نیت، تعدیل نماید.
با توجه به آنچه که گفته شد حتی یک بررسی شتابزده نظریه عقیم
شدن قرارداد در حقوق آلمان سه مطلب را نشان می‌دهد:

اولاً، عوامل اقتصادی از قبیل تورم، کاهش ارزش، افزایش قیمت و
حتی افزایش هزینه زندگی می‌تواند موجب عقیم شدن قرارداد در حقوق
آلمان گردد. اما تحقق این امر در عمل بستگی به چگونگی تقسیم خطر بین
طرفین توسط دادگاه دارد. به موجب برخی از تصمیمات اولیه، کاهش باید
در حدود ۸۰ درصد باشد تا دادگاهها نسبت به تعدیل مبلغ مندرج در قرارداد
اقدام نمایند. به مرور ایام، تصمیمات دادگاهها با توجه به میزان و «درصد»
کاهش اتخاذ نمی‌شد بلکه، در عوض، قاعده پیچیده تری تحت عنوان
«تساوی در اجرا» توسعه یافت که بر مبنای آن، «هرچند هر طرف معمولاً
درصد جلب منافع خود می‌باشد و حتی در صورت اشتباه یک طرف یا
طرفین در مورد وقایع گذشته یا آینده باز قرارداد به اعتبار و قوت خود باقی
خواهد ماند، لیکن اگر وقایع رخ داده آنچنان تغییری در ارزشها، به ویژه در
ارزش پول، ایجاد نمایند که متعهدله در قبال عمل خود تعهد متقابلی
دریافت دارد که به هیچ وجه مساوی با آنچه که در قرارداد پیش بینی شده
است نباشد، قضیه فرق خواهد کرد»^{۲۴}.

ثانیاً، اصرار بر اجرای قراردادی که به دلیل عدم تساوی نسبی تعهد و
تعهد متقابل فاقد ارزش اقتصادی شده است مغایر با اصل حسن نیت خواهد
بود.

ثالثاً، اصل حسن نیت نه تنها می‌تواند خاتمه یافتن قرارداد را به دلیل
عقیم شدن اقتصادی آن ایجاب نماید بلکه بعضاً تعدیل آن را در چنین
شرایطی توجیه می‌کند، چرا که حسن نیت، انصاف و عدالت ممکن است
اقتضای تداوم قرارداد را داشته باشند. به طور خلاصه، به قول دادگاه عصر
رایش «در هر مورد باید تصمیمی که با توجه به جمیع جوانب امر

24. *Marseiwerke v. H., G.Co. v. j. G.R. & S. Co.* 147 R.G.Z. 286.

منصفانه‌ترین تصمیم است اتخاذ شود». این کلمات را باید در هنگام بحث راجع به نظریه عقیم شدن اقتصادی قراردادها در حقوق بریتانیا بخوبی به یاد داشته باشیم.

بریتانیا (انگلستان و اسکاتلند)

هرچند می‌توان در ابتدا به بررسی تئوریک اختلافات موجود بین حقوق انگلستان و اسکاتلند در مورد نظریه عقیم شدن قرارداد پرداخت، لیکن بهتر است بحث را با بررسی وضعیت عملی این نظریه در این دو سیستم حقوقی آغاز کنیم. چنین برخوردی به وضوح نشان می‌دهد که هر دو سیستم نسبت به قبول این مطلب که غیرعملی شدن اجرای قرارداد از نظر اقتصادی موجب خاتمه یافتن آن می‌گردد بی‌میل هستند. برای مثال، در یک دعوی در اسکاتلند^{۲۵} خواندگان قراردادی برای تعمیر کشتی خواهانها که در سنگاپور بود منعقد کردند. مطابق قرارداد می‌بایست ابتدا برخی تعمیرات جزئی بر روی کشتی انجام می‌شد تا کشتی بتواند به هنگ کنگ منتقل شود. بعد از انعقاد قرارداد، خواندگان دریافتند که این امر هزینه‌ای بسیار بیش از آنچه که قبلاً تصور می‌کردند در بر دارد و بنابراین سعی کردند تا قرارداد را فسخ نمایند. وقتی خواهانها آنها را به دلیل نقض قرارداد تحت تعقیب قراردادند آنان مدعی شدند که اجرای تعهد از نظر تجاری غیرممکن شده است. دادگاه این ادعا را صراحتاً رد کرد. اگر نظریه عقیم شدن قرارداد را به تئوری تقسیم خطر مرتبط کنیم این تصمیم کاملاً صحیح به نظر می‌رسد، چرا که در اینجا خواندگان قصد گریز از معامله‌ای را داشته‌اند که «به نظر آنها» معامله خوبی نبوده است. ولی گزارشهای موجود نشان می‌دهد که دادگاه به نظریه عام‌تر عدم امکان اجرا از لحاظ اقتصادی پرداخته و آن را تحت عنوان «نظریه‌ای گسترده که اجرای آن آثار قابل توجهی در پی خواهد داشت»^{۲۶}

25. Hong Kong and Whampoa Dock Co. Ltd. v. Netherton Shipping Co. Ltd. 1909 S.C. 34.

۲۶. همان. بعلاوه نگاه کنید به: Davidson v. Macpherson

توصیف کرده است. حقوق انگلیس در این زمینه نظر مشابهی دارد:

«طرفین یک قرارداد اجرایی غالباً با تغییراتی مواجه می شوند که قبلاً به هیچ وجه پیش بینی نمی کرده اند مثل افزایش یا کاهش شدید قیمتها، کاهش ناگهانی نرخ ارز، ایجاد مانع غیرمترقبه ای در راه اجرای قرارداد و نظایر آن. اما این امور به تنهایی بر معامله ای که آنها منعقد ساخته اند اثری نخواهد گذاشت.»^{۲۷}

علی رغم دیدگاه کلی هر دو سیستم دایر بر رد نظریه عقیم شدن قراردادها، بعضاً به تصمیماتی در هر دو سیستم برمی خوریم که به موجب آنها عوامل اقتصادی ممکن است آنچنان در اجرای قرارداد تأثیر گذارند که موجب عقیم شدن آن گردند. برای مثال، در دعوی اخیر الذکر^{۲۸} در کنار عبارتی که در رد تأثیر تغییرات اقتصادی بر قرارداد ذکر شد می توان به عبارت دیگری برخورد که براساس آن «هرگاه شرایط و اوضاع و احوال به طور اساسی و غیرمنتظره ای تغییر کند قرارداد در آن مورد خاص اثر الزام آور خود را از دست خواهد داد».

به نظر پروفیسور تریتل^{۲۹} این گفته به وقایعی غیر از وقایع صرفاً اقتصادی اشاره دارد که رخ دادن آنها وضعیتی کاملاً دگرگون ایجاد می کند و در نتیجه قرارداد را عقیم می سازد. براساس چنین تفسیری، کاهش ارزش و یا نوسان قیمت به تنهایی قرارداد را عقیم نمی کند مگر آنکه به یک واقعه عقیم کننده قبلی مرتبط باشد. همان گونه که بعداً ملاحظه خواهیم کرد این نظر شبیه به نظری است که در قانون تجارت امریکا^{۳۰} پذیرفته شده است. اینکه آیا می توان از این هم فراتر رفت و مدعی شد که حقوق انگلیس برای مواردی که تغییرات رخ داده صرفاً اقتصادی ولی ماهیتاً گسترده باشند نیز

27. British Movietonews Ltd. v. London & District Cinemas Ltd. [1952] A.C. 166 at p. 185 Per Viscount Simon.

۲۸. همان.

29. Treitel

۳۰. منظور "Uniform Commercial Code" است که توسط کلیه ایالات به استثنای لوئیزیانا پذیرفته شده است. (مترجم)

راه حلی ارائه می‌کند سخت محل تردید است ولی احتمال آن را نمی‌توان از خاطر دور داشت.

«مک براید» در تحلیلی که راجع به جایگاه نظریه عقیم شدن قراردادهای در حقوق اسکاتلند ارائه می‌دهد معتقد است که تورم شدید می‌تواند موجب عقیم شدن قرارداد در حقوق اسکاتلند گردد. وی با اشاره به یکی از تصمیمات دادگاههای اسکاتلند سقوط کامل یک ارزش را به خودی خود و بدون تحقق هیچ عامل دیگری برای عقیم شدن قرارداد از نظر حقوق اسکاتلند کافی می‌داند. معنای این قبیل اظهارات آن است که نظریه عقیم شدن قرارداد در حقوق اسکاتلند به شکلی منصفانه‌تر و انعطاف پذیرتر از حقوق انگلیس پذیرفته شده است. این ادعا را در بخشهای آتی مقاله حاضر مورد بررسی قرار خواهیم داد، ولی در اینجا به ذکر همین نکته بسنده می‌کنیم که هیچ یک از تصمیمات اخیر حاکی از آن نیست که دادگاههای اسکاتلند تمایل بیشتری نسبت به دادگاههای انگلیس برای مؤثر دانستن تغییرات اقتصادی در عقیم شدن قرارداد دارند. با توجه به آنچه گفته شد در اینجا لزومی برای بحث راجع به تعدیل شرایط قراردادی از نظر حقوق انگلیس و اسکاتلند وجود ندارد.

ایالات متحده آمریکا

ماده ۶۱۵-۲ قانون تجارت^{۳۱} در مواردی که اجرای تعهد غیر عملی گردد فروشنده را از مسؤولیت عدم اجرا مبرا می‌داند. بعلاوه، بخش ۲۹۲ مجموعه حقوق قراردادهای^{۳۲} اشعار می‌دارد که تعدیل شرایط قرارداد یکی از راه‌حلهایی است که می‌تواند در صورت عقیم شدن قرارداد مورد استفاده قرار

۳۱. رک. پانوشت پیشین.

۳۲. منظور "Restatement of Contracts (2nd)" است که توسط مؤسسه حقوقی آمریکا تدوین شده و به توضیح حقوق قراردادهای می‌پردازد. این مجموعه پیشنهادهای نویسندگان آن را نیز در بردارد. (مرحم)

گیرد. در این رابطه دو نکته مرتبط با موضوع بحث ما قابل طرح است:
اولاً، آیا در مواردی که اجرای قرارداد از لحاظ فیزیکی امکان دارد ولی این امر به معنای تحمیل فشار اقتصادی زیادی بر یک طرف قرارداد می باشد نیز می توان اجرای قرارداد را غیرممکن دانست؟
ثانیاً، در صورتی که پاسخ سؤال اول مثبت باشد، دادگاههای امریکا تا چه حد در جهت بازگرداندن توازن اقتصادی قرارداد به پیش خواهند رفت؟

در رابطه با سؤال اول به نظر می رسد هر چند استنباط اولیه از هر دو قانون فوق الذکر آن است که اگر اجرای قرارداد از لحاظ فیزیکی امکان داشته اما قرارداد ارزش اقتصادی متفاوتی یافته باشد، اجرای آن غیر عملی تلقی خواهد شد لیکن، در عمل، دادگاههای امریکا قرارداد را به صرف افزایش قابل توجه هزینه اجرا برای یک طرف عقیم شده نمی دانند. این برخورد دادگاههای امریکا تعجب آور نیست، چرا که تفسیر رسمی شماره چهار در مورد ماده ۶۱۵-۳۲ نیز صرف افزایش هزینه را مجوزی برای عدم اجرای قرارداد ندانسته است. تنها اگر این افزایش با واقعه غیر مترقبه ای که در اساس و پایه قرارداد تغییر ایجاد کند مرتبط باشد از چنین اثری برخوردار خواهد بود. بنابراین، هر چند از بین رفتن منبع تهیه کالا موجب عقیم شدن قرارداد می گردد (چرا که بدین ترتیب اجرای تعهد غیرممکن و یا بسیار پرهزینه تر از آنچه که قبلاً تصور می گشت می شود)، لیکن صرف افزایش قیمت بازار قرارداد را عقیم نمی سازد. هرگاه تصمیمات دادگاههای کالیفرنیا را، که نسبت به دعاوی مشتمل بر افزایش هزینه برخوردی انعطاف پذیرتر دارند، مورد دقت قرار دهیم درمی یابیم که حتی این دادگاهها نیز به یک قاعده کلی که بر مبنای آن افزایش هزینه به تنهایی قرارداد را عقیم سازد معتقد نیستند. برای مثال، در دعوی بین شهرداریهای لوس آنجلس و ورنون^{۳۴} یک قرارداد عمومی بین این دو شهرداری منعقد

33. Official Comment 4 on Art. 2-615.

34. City of Vernon v. City of Los Angeles.

گشته بود که بر مبنای آن شهرداری لوس آنجلس متعهد به از بین بردن فاضلاب شهر ورنون شده بود. چند سال بعد شهرداری لوس آنجلس به موجب قانون موظف شد که روش خود را برای از بین بردن فاضلاب که تا آن زمان به دریا سرازیر می‌شد تغییر دهد و بنابراین مجبور به احداث تأسیساتی بدین منظور شد. دادگاه رأی خود دایر بر غیر عملی شدن اجرای قرارداد را صرفاً بر موضوع افزایش هزینه اجرا مبتنی نکرد بلکه رأی دادگاه بر این اساس صادر شد که در اینجا قرارداد باید به شیوه‌ای کاملاً متفاوت از آنچه که طرفین در زمان انعقاد پیش بینی می‌کرده‌اند اجرا گردد (که البته این امر به نوبه خود منجر به افزایش هزینه اجرا می‌شد). نتیجه‌ای که از این تصمیم می‌توان گرفت آن است که دادگاه‌ها عوامل اقتصادی را به تنهایی موجب عقیم شدن قرارداد نمی‌دانند مگر آنکه به وقایع دیگری مرتبط باشند.

سؤالی که در اینجا می‌تواند مطرح شود آن است که آیا دادگاه‌های امریکا که قرارداد را بر اثر وقوع وقایع اقتصادی پایان یافته تلقی نمی‌کنند تمایلی به این امر دارند که، به جای معاف کردن متعهد از اجرای تعهد، نسبت به تعدیل قراردادی که توازن اقتصادی آن برهم خورده است اقدام نمایند؟ مسلماً در دعوی فوق‌الذکر دادگاه عالی^{۳۵} همین شیوه را در پیش گرفت؛ یعنی قرارداد را خاتمه یافته ندانست بلکه اعلام داشت که قرارداد به اعتبار خود باقی است ولی شهرداری ورنون باید مبلغ بیشتری بپردازد. اما نباید از خاطر دور داشت که در این دعوی دادگاه با یک قرارداد عمومی مواجه بوده و شاید با توجه به اینکه نفع عامه مردم تداوم قرارداد را ایجاب می‌کرده است برخورد خاصی با مسأله شده باشد. علاوه بر این، به موجب مجموعه حقوق قراردادهای تعدیل رابطه بین طرفین یک قرارداد تجاری که عقیم شده و خاتمه یافته است امکان دارد. هدف از چنین تعدیلی نه تنها جلوگیری از دارا شدن غیر عادلانه بلکه حفظ حقوق و منافع طرفین از طریق تقسیم مجدد و منصفانه سود و زیانهای ناشی از انعقاد قرارداد است. اما آیا

35. The Supreme Court

می‌توان یک قرارداد تجاری را بدون اینکه خاتمه یافته اعلام گردد تعدیل نمود؟

چنین تعدیلی علی‌الاصول ممکن به نظر می‌رسد. برای مثال، تفسیر رسمی شماره ۶ در مورد ماده ۶۱۵-۲ که به مسأله ارتباط بین مفاهیم وابسته «حسن نیت» و «معیارهای تجاری» تقریباً به همان شیوه حقوق آلمان می‌پردازد، به وضوح تعدیل شرایط قرارداد را در بسیاری از موارد به عنوان یک راه حل منصفانه پذیرفته است. بخش ۲۹۲ مجموعه حقوق قراردادها نیز تعدیل شرایط قرارداد را در موارد متعددی مجاز می‌شمارد. بنابراین، دادگاه می‌تواند برای اجتناب از بی‌عدالتی شرایط معقولی را در قرارداد بگنجاند و یا شرایطی را از آن حذف کند. روح قانون نشان می‌دهد که پایان یافته تلقی کردن قرارداد و تعدیل بعدی آن همواره راه حل عادلانه‌ای به نظر نمی‌رسد بلکه بعضاً باید تداوم قرارداد بر مبنای جدیدی ترجیح داده شود.

صرف نظر از بحثهای نظری که در این زمینه می‌توان ارائه داد در عمل، همان گونه که داوسون^{۳۶} به تفصیل شرح می‌دهد، دادگاهها نسبت به تعدیل قرارداد تمایلی ندارند. تنها در یک دعوی^{۳۷} تقاضای اصلاح یا تعدیل منصفانه قرارداد مورد پذیرش دادگاه قرار گرفت. نکته قابل ذکر اینکه در این دعوی تعدیل صرفاً راه حلی برای جبران زیان یک طرف نبود بلکه به عنوان عاملی برای جلوگیری از خاتمه یافتن قرارداد (از طریق برآورده ساختن انتظارات طرفین) مورد استفاده قرار می‌گرفت. به نظر دادگاه «هرگاه تغییرات حادث شده موجب گردند که اجرای قرارداد از نظر اقتصادی بی‌معنی شود و یا هیچ هدفی را برآورده نسازد اصلاح قرارداد و تداوم آن مناسب نخواهد بود؛ اما در دعاوی از قبیل این دعوی اصلاح قرارداد و تداوم آن مناسب‌ترین راه حل است». به نظر می‌رسد که برخورد دادگاههای امریکا با موضوع عقیم شدن اقتصادی قراردادهای بسیار محتاطانه است. به عبارت دیگر، علی‌رغم توجه قانون تجارت و مجموعه حقوق قراردادها به

36. Dawson

37. Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc. (The ALCOA Case).

ابعاد اقتصادی قراردادهای اجرایی بلندمدت، دادگاهها در عمل میلی برای توسعه این استعداد بالقوه نداشته‌اند. از نظر بعضی از اشخاص، این امر ناشی از مشکلات موجود در تفسیر ماده ۶۱۵-۲ و یا در تشخیص اهمیت تفسیر رسمی شماره ۴ است. با این حال، هر دعوایی که در این زمینه مورد تصمیم‌گیری دادگاهها قرار گیرد موجب گسترش بیشتر این اصل خواهد شد و می‌توان امیدوار بود که به تدریج نظریه عقیم شدن قراردادهای مورد پذیرش کامل قرار گیرد و تعدیل قرارداد مجاز شناخته شود.

بحث تحلیلی

بررسی تطبیقی نظریه عقیم شدن اقتصادی قراردادهای آنها اطلاعات اولیه‌ای در مورد اینکه کدامیک از سیستم‌های حقوقی این پدیده را قبول یا رد کرده و یا نسبت به آن تردید دارند در اختیار ما می‌گذارد، بلکه عوامل متعددی را نیز که له یا علیه این نظریه وارد عمل می‌شوند مشخص می‌سازد. شناسایی این عوامل مارا در جهت گسترش منطقی نظریه عقیم شدن قراردادهای در حقوق بریتانیا یاری می‌دهد. مشکل عمده‌ای که در این زمینه وجود دارد دیدگاه دادگاههای بریتانیا در مورد راه‌حلهای موجود در موارد عقیم شدن قرارداد است. اما قبل از بررسی این مطلب باید به این موضوع پردازیم که آیا می‌توان نظریه عقیم شدن اقتصادی قراردادهای را جزئی از نظریه عام تر عقیم شدن قرارداد به طور کلی دانست یا خیر؟

مسئلاً بهترین شرایط برای ظهور نظریه عقیم شدن قرارداد بحرانهای اقتصادی و مالی است. بنابراین، باعث تعجب نیست که حقوق آلمان این نظریه را به واضح‌ترین و جامع‌ترین شکل آن پذیرفته است. البته، عدم توازن و ثبات اقتصادی نیز، حتی در مواردی که تا مرز بحران و سقوط کامل فاصله زیادی داشته باشد، می‌تواند لاقلاً از لحاظ نظری موجب شناسایی لزوم برخورد انعطاف‌پذیرتر نسبت به موضوع گردد. این امر در ایالات متحده آمریکا اتفاق افتاده است. بعضاً اظهار می‌شود که اصول فعلی در مورد

معاف دانستن عدم اجرای قرارداد از آنچنان گستردگی برخوردار نیستند که تاب وسعت بیشتر داشته باشند. البته، نباید از خاطر دور داشت که، در اکثر موارد، تصمیمات دادگاهها با توجه به سیاستی که در هر مورد توسط دادگاه تعیین می‌شود اتخاذ می‌گردد. برای مثال، قاعدهٔ "imprévision" از این نظر توسط دادگاههای اداری فرانسه به رسمیت شناخته شده است که می‌تواند به عنوان وسیله‌ای برای حمایت از حقوق عامه که اقتضای تداوم قراردادها را دارد مورد استفاده قرار گیرد. از سوی دیگر، دلیل عدم تمایل دادگاههای فرانسه به این نظریه، حفظ ثبات که پایه و زیربنای معاملات تجاری تلقی می‌گردد ذکر شده است.

دلایل موجود در حقوق انگلیس و اسکاتلند دال بر آن است که علی‌رغم بی‌میلی و احتیاط دادگاهها در این دو سیستم حقوقی نسبت به قبول تئوری عقیم شدن اقتصادی قرارداد، هیچ چیز در حقوق ماهوی قراردادها مبین بی‌پایگی کامل چنین تئوری در این دو سیستم نیست. بالاخص حقوقدانان اسکاتلند در نوشته‌های خود بر ماهیت گسترده، انعطاف‌پذیر و منصفانهٔ نظریهٔ عقیم شدن قراردادها تأکید ورزیده‌اند. مجلس اعیان نیز در یکی از تصمیمات اخیر خود، ضمن تأکید بر ماهیت انعطاف‌پذیر این نظریه در کامن‌لا، خاطر نشان ساخته که نظریهٔ مذکور هنوز در حال گسترش است. هدف ما در این مقاله ردّ این عقیدهٔ سنتی، که پایه‌های قضایی نظریهٔ عقیم شدن در سیستم‌های حقوقی انگلستان و اسکاتلند با یکدیگر تفاوت دارد، نیست بلکه تنها به ذکر این مطلب بسنده می‌کنیم که ظهور مفاهیمی چون تقسیم خطر در حقوق انگلیس (که پیشرفتهای اخیر نشان‌دهندهٔ آن است) موجب تحکیم این ادعا، که نظریهٔ عقیم شدن می‌تواند گسترش بیشتری پیدا کند، می‌باشد. با این حال، علی‌رغم دوری جستن حقوق انگلیس در سال ۱۹۴۳ از این اصل که «زیان برعهدهٔ کسی است که عملاً متضرر شده است»^{۳۸} باید بر این مطلب تأکید

۳۸. رک. پانوش ۶.

ورزید که حقوق اسکاتلند به موضوع تعدیل مجدد روابط بین طرفین یک قرارداد عقیم شده توجه بیشتری دارد. با این حال، همان گونه که بعداً ملاحظه خواهیم کرد، حتی حقوق اسکاتلند نیز اختیار احیای یک قرارداد عقیم شده را به دادگاهها اعطا نکرده است.

تحلیل فوق الذکر مبین آن است که وضعیت این شاخه از حقوق در بریتانیا بر اصول مسلم مثنی نیست بلکه بیشتر بر سیاستهای قضایی اتکا دارد. آنچه که می توان از حقوق اسکاتلند استنباط کرد آن است که اصل تأثیر تغییرات اقتصادی بر تعهدات قراردادی به رسمیت شناخته شده است. برای مثال، در یک مورد^{۳۹} کشاورزی به موجب یک قرارداد استخدامی متعهد شده بود که مبلغی پول به اضافه سهم معینی از محصول را که سیب زمینی بود به کارگر خود پردازد. در سال ۱۸۴۶ عرضه سیب زمینی کاهش یافت و در نتیجه قیمت آن سه برابر شد. بنابراین، کشاورز مذکور مواجه با مشکلی شد که موضوع بحث این مقاله است. وی در موقعیتی قرار گرفته بود که اجرای تعهد از لحاظ عملی غیرممکن نشده ولی هزینه اجرای آن افزایش زیادی پیدا کرده بود. در نتیجه، وی پیشنهاد کرد که مبلغی جهت خرید مقدار مساوی از کالای مشابه به کارگر پرداخت کند، ولی کارگر مذکور اجرای عین قرارداد و یا پرداخت مبلغی معادل قیمت روز سیب زمینی (یعنی قیمت افزایش یافته) را مطالبه می کرد. دادگاه در رأی خود که به نفع کشاورز صادر شد اظهار داشت که خواهان تنها مستحق دریافت مبلغی است که برای خرید همان مقدار از غذای مشابه کافی بود. دادگاه، با این تصمیم، در واقع تعهدات قراردادی خواننده را به شکل منصفانه ای تعدیل کرد. این تصمیم دادگاه به این شکل قابل توجیه است که با افزایش قابل توجه قیمت سیب زمینی دیگر نمی توان آن را وسیله ای برای جبران کار مستخدم محسوب داشت. بنابراین، حسن نیت ایجاب می کند که خواهان کارفرمای خود را مجبور به پرداخت چیزی بیش از آنچه

39. Wilkie v. Bethune

که در قرارداد پیش بینی شده است، نکند. یکی از قضاات دادگاه در این زمینه اظهار داشت:

«به نظر من قیمت سیب زمینی آنچنان افزایش یافته که دیگر یک غذای معمولی محسوب نمی‌شود و، بنابراین، با توجه به اصل حسن نیت در قراردادها حق خواهان برای مطالبه اجرای عین قرارداد محدود می‌گردد.»^{۴۰}

این تصمیم مؤید این نکته است که تغییرات اقتصادی حاصله در یک تعهد قراردادی می‌تواند مجوز مداخله قضایی برای تعدیل آن باشد. اما ماهیت چنین مداخله‌ای از اهمیت اساسی برخوردار بوده و دومین موضوع مورد بحث ما در این مقاله است.

بی شک، خواننده به این نکته توجه کرده است که دعوای فوق الذکر مستقیماً به نظریه عقیم شدن قرارداد مربوط نمی‌شود بلکه بیشتر راجع به مسأله اجبار به انجام تعهد است. این امر فی نفسه از اهمیت چندانی برخوردار نیست، چرا که از ارزش فرض اساسی این مقاله مبنی بر اینکه عوامل اقتصادی ممکن است موجب عقیم شدن قرارداد شود، نمی‌کاهد. با این حال، این خطر جدی وجود دارد که در استنباط از این تصمیم راه افراط بپیماییم و تصور کنیم که به موجب این تصمیم به دادگاهها حق انعقاد مجدد قرارداد^{۴۱} اعطا شده است. در حالی که این تصمیم مؤید آن است که دادگاه به هیچ وجه چنین تصویری نکرده بلکه با حکم به اجرای تعهد مشابه، در فکر اجرا شدن قرارداد و ممانعت از دارا شدن غیر عادلانه بوده است. بنابراین، هرگاه به پیروی از عقیده معمول، عقیم شدن قرارداد را موجب خاتمه یافتن آن بدانیم هرگونه تلاش برای تعدیل قرارداد، اگر ماهیتاً جنبه جبرانی نداشته باشد، انعقاد قرارداد جدیدی برای طرفین تلقی خواهد شد. دعوای فوق نمی‌تواند در این زمینه به ما کمکی

۴۰. همان، به نقل از لرد مکنزی (Lord Mackenzie).

41. Remaking of the Contract

کند، چرا که تصمیم دادگاه در این دعوی تنها مؤید آن است که امکان تعدیل حقوق طرفین قراردادی که بر اثر وقایع اقتصادی عقیم کننده پایان یافته است از نظر حقوق اسکا تلند وجود دارد. در واقع، «مک براید» همان چیزی را اظهار می‌دارد که دعوی به وضوح در مقام بیان آن است، یعنی اینکه در حقوق اسکا تلند توّم شدید می‌تواند قرارداد را عقیم ساخته و به پایان رساند.

به موجب حقوق انگلیس و اسکا تلند قرارداد ممکن است علی‌رغم وقوع واقعه‌ای که علی‌الاصول موجب عقیم شدن آن می‌گردد همچنان به اعتبار و قوت خود باقی بماند. این امر در صورتی رخ خواهد داد که قصد طرفین در هنگام انعقاد قرارداد همین بوده باشد. لیکن دلیلی وجود ندارد که نشان دهد دادگاه‌های بریتانیا حاضرند بدون اینکه شرطی در قرارداد وجود داشته باشد محتوای تعهد را تعدیل و در نتیجه موجبات تداوم آن را فراهم کنند. حتی به موجب اختیارات احتمالاً گسترده‌تری که در حقوق اسکا تلند به دادگاهها تفویض گردیده نیز اصلاح قرارداد، یعنی در واقع انعقاد مجدد آن توسط دادگاه، پیش‌بینی نشده است؛ در حالی که همان‌گونه که قبلاً ذکر شد در بسیاری از موارد نیازها و واقعیات تجاری و قصد و نیت طرفین ایجاب می‌کند که دادگاهها از این برخوردارند که واقعه عقیم کننده یا هیچ اثری بر قرارداد ندارد و یا آن را به طور کلی به پایان می‌رساند اجتناب نمایند و در عوض تلاش خود را معطوف به جلوگیری از خاتمه یافتن قراردادی سازند که می‌تواند بالقوه معتبر باقی بماند. البته، کشف دلیل اکراه دادگاهها از پذیرش چنین اختیارات قضایی دشوار نیست. قبول و به رسمیت شناختن چنین اختیاراتی با اصولی چون آزادی اراده طرفین و قداست قراردادها^{۴۲} در تعارض است. این اصول در موارد متعددی تکرار شده‌اند و قاضی تیتلیام^{۴۳} قاعده‌ای را که بر این اصول متکی است به این شکل توصیف کرده: «قاعده‌ای سنتی که به موجب آن دادگاهها نمی‌توانند دست به انعقاد قرارداد برای طرفین بزنند».

42. Sancity of Contract

43. Teitelbaum

در دعوی « Alcoa »^{۴۴} قاضی دلایل متعددی برای اثبات نظر خود دایر بر اصلاح قرارداد و در نتیجه جلوگیری از ورود یک زیان شصت میلیون دلاری ارائه کرد. این دلایل از قوت و استحکام مساوی برخوردار نبودند. برای مثال، این استدلال که باید تصمیم قضایی آگاهانه ای را که با تکیه بر حقایق مسلم اخذ می شود بر قرارداد منعقد بین طرفین رجحان داد، ضعیف است؛ چرا که مسلماً دادگاه نباید دیدگاههای خود را در مورد امور تجاری به عنوان معیارها و اصول قطعی تلقی و آنها را اعمال کند. اتخاذ تصمیم قضات با استفاده از معیارهایی که تخصص چندانی در مورد آنها ندارند خطرناک و مشکل زا خواهد بود. همچنین، در اعتبار و صحت تمایزی که تیتلبام در تأیید تعدیلهای غیرشبه قراردادی بین انعقاد قرارداد (یعنی موقعیتی که در آن قاعده فوق قابل اعمال است) و حل و فصل اختلافات ناشی از یک قرارداد کامل شده (یعنی موقعیتی که در آن قاعده مذکور از ارزش کمتری برخوردار است) قائل می شود، تردید وجود دارد. حقیقت آشکار آن است که تغییر شرایط اولیه قرارداد توسط دادگاه به قصد مقید کردن طرفین به آن، در واقع، انعقاد قرارداد جدیدی توسط دادگاه محسوب می شود مگر آنکه موضوع در دادگاههای کشوری طرح شده باشد که به موجب سیستم حقوقی آن (برخلاف حقوق انگلستان و اسکاتلند) وقایع عقیم کننده لزوماً و خود بخود قرارداد را به پایان نمی رسانند. به عبارت دیگر، چنین تمایزی کاملاً غیرمنطقی است و باعث می شود که دادگاهها نقش طرف قرارداد را بازی کنند.

با توجه به مباحثی که تاکنون ارائه شد ممکن است تصور شود که ادامه بحث اعطای حق تعدیل گسترده قرارداد به دادگاهها و در نتیجه فراهم آوردن امکان تداوم آن بی فایده باشد. با این حال، بحث راجع به موضوع از این جهت از اهمیت برخوردار است که لزوم توسل به استدلالهای غیرمنطقی و ادعاهای نامعقول در مورد دانش قضایی را از بین می برد. از این گذشته،

۴۴. رک. پانوش ۳۷.

به طور کلی این ادعا که دادگاههای انگلستان - و حتی امریکا - هیچگاه دست به انعقاد قرارداد نمی زنند صحیح نیست. به قول تیتلبام: «مسئلاً امروزه دادگاهها می توانند برای طرفین قرارداد منعقد کنند. با وجود کوچکترین چیزی دال بر قصد طرفین به انعقاد قرارداد، دادگاهها اصول و قواعدی را که برای تکمیل این روند ضروری است به آنها تحمیل می کنند»^{۴۵}.

رویه قضایی دلالت بر آن دارد که هرگاه طرفین در مورد تمام نکات اصلی قرارداد به توافق رسیده باشند، و به قول تیتلبام «با وجود کوچکترین چیزی دال بر قصد طرفین به انعقاد قرارداد»، دادگاهها ممکن است نسبت به گنجاندن شرایطی ضمنی یا صریح در قرارداد و یا تعدیل و تفسیر شرایط قراردادی اقدام کنند تا به نیت طرفین جامعه عمل پیوشانند. یکی از اهداف مهم حقوق آن است که برای بازرگانان (که معمولاً در مذاکرات خود توجهی به جزئیات نداشته و به انعقاد قرارداد بیش از خاتمه دادن به آن تمایل دارند) مشکلی ایجاد نشود. در عوض، حقوق باید امکان تداوم قراردادها را - حتی اگر دارای برخی نقاط مبهم و نامشخص باشند - فراهم آورد. به عبارت دیگر، قراردادهای بازرگانی بعضاً به صورت خلاصه و کلی تنظیم می شوند اما واقعیت گرایي اقتضا می کند که از ایرادگیری و قانون گرایي بیش از حد در مورد آنها پرهیز به عمل آید تا مبادا حکم به بطلان آنها داده شود. بنابراین، به جرأت می توان گفت که دادگاههای بریتانیا، علی رغم پای بندی ظاهری به این اصل که انعقاد قرارداد وظیفه آنها نیست، در عمل اولاً انتظار مواجهه با ابهامات قراردادی را در معاملات تجاری دارند، و ثانیاً پس از احراز قصد و نیت لازمه، برای جامعه عمل پیوشانیدن به آن از شیوه های گوناگونی استفاده می کنند. اگر دادگاههای بریتانیا بتوانند به طرقي وجود یک نیت قراردادی را احراز نمایند مسلماً این کار را خواهند کرد و پس از احراز نیت نیز با افزودن موارد

45. Alcoa Case, p. 91

حذف شده، رفع تضادها و یا گنجاندن شرایط ضمنی در قرارداد می‌کوشند
نیت طرفین را عملی و قابل اجرا سازند.

اخیراً یک قاضی انگلیسی در دعوی که در آن هریک از طرفین
در هنگام انعقاد قرارداد آن را تابع شرایط مندرج در فرمهای استاندارد خود
قرار داده بود، حق اعمال نظر قاضی را در قرارداد به رسمیت شناخت.^{۴۶}
به نظر قاضی مذکور باید نکات مربوط به اصل قرارداد را از نکات مربوط به
محتوای آن تفکیک کرد. دسته اول از اهمیت اساسی برخوردار است و در
صورتی که توافقی در مورد آنها وجود نداشته باشد قراردادی به وجود نخواهد
آمد، لیکن فقدان توافق در مورد دسته دوم به اصل قرارداد لطمه ای نمی‌زند.
هر چند این نظریه خالی از اشکال نیست اما با برخوردی که دادگاهها در
مورد قراردادهای مبهم دارند سازگار است. در آنجا نیز هر گاه شرایط
قرارداد آنچنان مبهم یا نامشخص باشد که اصول اساسی قرارداد را نتوان
تشخیص داد دادگاه نمی‌تواند راه حلی بیندیشد؛ اما اگر این امر ممکن بوده
و به عبارت دیگر حداقل معیار لازمه یعنی رضایت طرفین قابل احراز باشد،
دادگاه می‌تواند با افزودن شرایط اضافی به قرارداد، کارآیی تجاری آن را
تضمین و در واقع روح قرارداد را احیا کند. در دعوی دیگری^{۴۷} «لرد
دنینگ» اظهار داشته است که حتی اگر شرایط مندرج در فرمهای تجاری
طرفین قرارداد با یکدیگر تضاد داشته باشد، دادگاه می‌تواند با جایگزین
کردن شرایط معقولی به جای آنها ادامه حیات قرارداد را تضمین کند.

قبول بی قید و شرط نظر لرد دنینگ را نمی‌توان توصیه کرد، چرا که
نظروی با قواعد فعلی حقوق انگلیسی و اسکاتلند در مورد تشکیل قراردادهای
معارض است. معذک، این نظر از این لحاظ که نادیده گرفتن نیت طرفین
دایر بر انعقاد یک قرارداد لازم الاجراء را جایز نمی‌شمرد حایز اهمیت است.
این همان منطقی است که زیربنای ماده ۲۰۷-۲۰۸ قانون تجارت را در

46. Newzealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd. [1975] A.C. at P. 167
Per Lord Wilberforce.

47. Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-cell-o Corporation [1979] 1 All E.R.

امریکا^{۴۸} تشکیل می‌دهد. کمیسیون حقوقی اسکاتلند^{۴۹} نیز راه حل موقتی را پیشنهاد کرده است که، بر مبنای آن، افزودن شرایطی به قرارداد برای قابل اجرا ساختن نیت قراردادی طرفین جایز شمرده شده است.

از مثالهایی که در مورد انعقاد و ثبات قراردادها ذکر شد می‌توان استنباط کرد که سنن حقوقی بریتانیا، در قبول این نکته که خاتمه یافته تلقی کردن قرارداد معمولاً نمی‌تواند پاسخ مطلوبی قلمداد شود، با سیستم‌های حقوقی امریکا و کانادا و نیز با حقوق تجارت بین الملل هم‌رأی است. البته، نظریات مختلفی در مورد حد مجاز اختیار دادگاه برای دخالت در قراردادها وجود دارد اما بی تردید دادگاههای ما در این زمینه رو به پیشرفت هستند. ممکن است ادعا شود که باید بین دو موضوع تمیز قائل شد: یکی پر کردن شکاف موجود در نیت طرفین برای جلوگیری از سقوط قرارداد (که در این مورد دادگاهها آمادگی کامل دارند)، و دیگر تعدیل یک قرارداد عقیم شده (که دادگاهها حاضر به انجام آن نیستند)؛ چرا که در صورت عقیم شدن قرارداد تنها باید نسبت به این مطلب تصمیم‌گیری شود که آیا قرارداد به پایان رسیده است یا خیر؟ لیکن این عقیده بسیار ساده لوحانه است، زیرا از یک سو عملی و قابل اجرا ساختن قراردادهای ناقص را از جمله مقتضیات تجارت قلمداد می‌کند، و از دیگر سو، تضمین تداوم قراردادهایی را که در هنگام انعقاد نقصی نداشته‌اند از ملزومات تجارت نمی‌داند؛ در حالی که دلایل ارائه شده در تأیید لزوم فرض وجود قراردادی بین طرفین عیناً ایجاب می‌کند که قرارداد منعقد بین آنها باقی مانده و خاتمه نیابد.

نویسنده حاضر معتقد است که قضات بریتانیا باید از برخورد سنتی نظری و غیر واقع بینانه با موضوع عقیم شدن قراردادها دوری گزینند و، در عوض، توجه بیشتری به عرف و رویه تجاری مبذول دارند و دلایلی را که در این راستا اقامه می‌شود با آمادگی بیشتری بپذیرند. بدین ترتیب، وقتی دلایل مذکور نشان می‌دهد که تغییر قرارداد بر خاتمه یافتن آن ترجیح دارد، اعتقاد

۴۸. رک. پانوش ۳۰.

49. Scottish Law Commission

به اینکه عقیم شدن قرارداد تنها به معنای خاتمه یافتن آن است، با واقعیات تجاری سازگاری ندارد.

● نتیجه گیری

نویسنده این مقاله خواستار آن نیست که حقوق انگلیس و اسکاتلند با مشاهده کوچکتترین خللی که در توازن اقتصادی قرارداد ایجاد می‌شود آن را عقیم شده تلقی نمایند، بلکه نکته ای که بر آن تأکید می‌ورزد آن است که دادگاههای بریتانیا در حال حاضر نیز معتقد به نظریه ای هستند که می‌تواند تا حدودی مشکلات عدم قابلیت اجرا از لحاظ اقتصادی را، به شیوه ای که هم با اصول حقوقی و هم با ارزشهای اقتصادی منطبق باشد، حل کند. در این زمینه قبول یک نظریه مبتنی بر تئوری تقسیم خطر^{۵۰} پیشنهاد می‌شود که بهترین شیوه برای تعیین آثار و نتایج وقایع عقیم کننده است. این تئوری در حال حاضر توسط سیستم های حقوقی مختلف پذیرفته شده است و هر چند در حقوق انگلیس هنوز مراحل جنینی خود را می‌گذراند ولی علی الاصول نمی‌تواند توسط سیستمی که در غیر از موضوع عقیم شدن قرارداد معتقد به معیارهای جمعی^{۵۱} است مورد اعتراض قرار گیرد. بعلاوه، قبول تئوری تقسیم خطر در رابطه با مسأله عقیم شدن قراردادها باعث می‌شود که قاضی به جای اعمال نظر شخصی بیشتر بر عرف تجاری به عنوان مبنایی برای تصمیم گیری در مورد خاتمه یافتن قرارداد و یا مقید دانستن طرفین به آن تکیه کند.

شاید آسان ترین راه برای به پایان رسانیدن مطلب، ارائه این پیشنهاد باشد که عقیم شدن اقتصادی قرارداد را باید زمینه ای برای پایان یافتن آن تلقی کرد. لیکن خاتمه دادن به قرارداد لزوماً بهترین راه حل، حتی در موارد عام عقیم شدن قرارداد، نیست چه رسد به مواردی که انتظارات تجاری

50. Risk Allocation

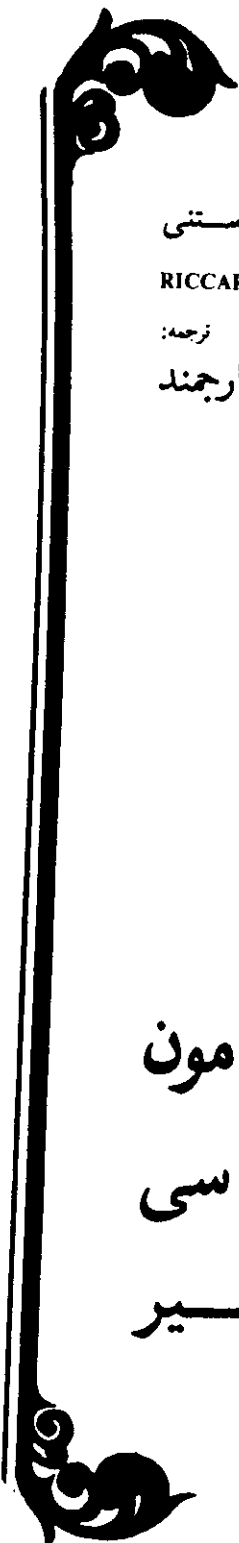
51. Collective Standards

طرفین دچار اختلال و تزلزل شده است (که در این صورت چنین راه حلی از جذابیت کمتری برخوردار خواهد بود). بدین ترتیب، تصادفی نیست که ایده تعدیل قضایی قرارداد^{۵۲} کم کم طرفداران بیشتری پیدا می‌کند. اعتقاد به اینکه قرارداد هیچگاه از لحاظ اقتصادی عقیم نمی‌شود به معنای آن است که از طرف بد شانس در قرارداد بخواهیم که با عدم اجرای آن بخش از قرارداد که مربوط به اوست، و پرداخت خسارت به طرف مقابل، از زیان خود بکاهد. چنین اعتقادی برای اشخاص ثالث نیز آثار سوئی دربر خواهد داشت. برای مثال، امکان دارد آنها را از خدماتی که در قرارداد پیش بینی شده است محروم کند. از سوی دیگر، پذیرفتن این نظر که غیرقابل اجرا شدن قرارداد از لحاظ اقتصادی (در صورت اثبات) موجب خاتمه یافتن قرارداد خواهد شد نیز به همان میزان خطرناک است، چرا که دادگاهها را در نقشی که همواره منکر ایفای آن بوده‌اند، یعنی نقش «نابودکننده معاملات»^{۵۳}، ظاهر می‌سازد. قبول نقشی برای عقیم شدن اقتصادی قراردادها، بدون اینکه حق تعدیل قرارداد را از آثار و نتایج لازمه آن بدانیم، نه تنها موجب انکار یکی از اصول اساسی حقوق تجارت ما می‌شود بلکه واقعیات بازار را نیز که در عرف تجاری امروز منعکس است نادیده می‌گیرد.

52. Judicial Adjustment of Contracts

53. The Destroyer of Bargains





ریکاردو گواستنی

RICCARDO GUASTINI

ترجمه:

دکتر اردشیر امیر ارجمند

تأملی پیرامون

ضمانتهای حقوق اساسی

و نظریه تفسیر

• مشخصات مقاله حاضر نوشته ریکاردو گواستنی از دانشکده جنوا (ایتالیا) از این قرار است:

“Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de L'interprétation”. Revue du Droit public, 1991. pp. 1979-87.

۱. «حقوق فردی اساسی»: تحلیلی مقدماتی

«حق فردی»^۱ به وضعیت مساعد یا امتیازی اطلاق می شود که به وسیله یک قاعده اساسی حقوقی به تابعان یک نظام تفویض شده باشد. البته، حق فردی ممکن است به موجب قواعدی که از نظر سلسله مراتب منابع حقوقی کاملاً متفاوت هستند اعطا شود. از این روی، اصولاً می توانیم حقوق فردی را براساس منابع آنها تفکیک کنیم. مثلاً می توانیم بین حقوق فردی «قراردادی»^۲، حقوق فردی «قانونی»^۳ و حقوق فردی «اساسی»^۴ قائل به تفکیک شویم. حق «قراردادی» حقی است که منبع آن یک قرارداد باشد، یعنی مبتنی برآزادی اراده طرفین قرارداد باشد. حق «قانونی» حقی است که به وسیله یک قاعده قانونی وضع شده باشد. به عبارت دیگر، قاعده ای است که دارای «قدرت قانون» بوده و از ضمانت

1. Droit subjectif
2. Droits subjectifs contractuels
3. Droits subjectifs légaux
4. Droits subjectifs constitutionnels.

اجرای قانونی برخوردار است. حق «اساسی» (حق منبعث از قانون اساسی) به نوبه خود حقی است که به وسیله یک قاعده اساسی یعنی قاعده‌ای که بر قوانین عادی برتری دارد وضع شده باشد.

از سوی دیگر، مسلم است که چنین تفکیکی، به ویژه بین حقوق «قانونی» و حقوق «اساسی» هیچ گونه اهمیت عملی در نظامهای حقوق اساسی انعطاف پذیر ندارد، زیرا در چنین نظامهایی، از آنجا که قانون عادی با قانون اساسی در یک رده از نظر سلسله مراتب قواعد حقوقی قرار می‌گیرد، می‌تواند اصول قانون اساسی را لغویاً اصلاح کند. پس، قانون عادی همچنانکه مجاز به تحدید یا نسخ قواعد عادی است مجاز به تحدید یا نسخ قواعد حقوق اساسی نیز هست.

برعکس، تفکیک بین حقوق قانونی و حقوق اساسی در نظامهای حقوق اساسی انعطاف پذیر دارای اهمیت اساسی است، زیرا در چنین نظامهایی قانون عادی مجاز به نسخ یا تغییر قواعد «اساسی» نیست. لذا یک حق فردی «اساسی» نمی‌تواند به وسیله قوانین عادی محدود، اصلاح یا لغو گردد، در حالی که یک حق فردی «قانونی» می‌تواند توسط یک قانون عادی نسخ شود.

به عبارت دیگر، در نظامهای حقوق اساسی انعطاف ناپذیر، حقوق فردی اعطا شده به وسیله قانون اساسی (یا قانونی که رسماً اساسی محسوب شده است) دارای این ویژگی است که از یک توان «مقاومت» خاص و از یک حمایت و پوشش کاملاً استثنایی بهره‌مند است. قواعد حقوق اساسی قواعدی است که قانونگذاری عادی (در مقابل قوه مؤسس) مجاز به تحدید، تغییر یا لغو آنها نیست.

حق فردی همانا امتیازی است که یک فرد (یا یک طبقه از افراد) نسبت به فرد دیگری (یا طبقه دیگری از افراد) که به او تکلیفی (تعهدی) متناسب تحمیل شده باشد، دارد. هنگامی می‌توانیم از حق فردی «خصوصی» صحبت کنیم که به فردی در مقابل فرد دیگر حقی اعطا شده باشد، و برعکس، حق «عمومی» حقی است که فرد در مقابل دولت

دارا می باشد. بنابراین، حقوق فردی اعطاشده به وسیله قانون اساسی عمدتاً حقوق «عمومی» است، یعنی حقوقی که به شهروندان در مقابل دولت اعطا شده است.

داشتن یک حق فردی در مقابل دیگری بدین معنی است که بتوان از وی رفتار مشخصی را انتظار داشت: این است محتوای حق فردی. محتوای یک حق چیزی نیست جز رفتاری که دارنده آن می تواند آن را از دیگران بخواهد.

تا آنجا که مربوط به حقوق عمومی «اساسی» می شود، در بیشتر موارد محتوای حق، نه فعل بلکه ترک فعلی (عدم مداخله) از جانب دولت است. برای مثال، وقتی که به شهروندان حق «اساسی» تشکیل اجتماعات اعطا می گردد، شهروندان نمی توانند از دولت انتظار انجام عملی را داشته باشند بلکه فقط می توانند از دولت بخواهند که تشکیل اجتماعات را از طریق اعمال حقوقی ممنوع اعلام نکند و نیز عملاً به وسیله عوامل مادی مانع تشکیل اجتماعات شهروندان نگردد.

حقوق عمومی «اساسی» را که محتوایش ترک فعل دولت است معمولاً «حقوق آزادی»^۵ یا «آزادیهای عمومی» می خوانند، زیرا «آزادی» (در زبان عامه) به معنای عدم وجود مانع است. دارندگان حق آزادی می توانند خواستار آن باشند که از انجام بعضی از افعال (یا ترک بعضی دیگر) ممنوع نشوند.

۲. مسأله ضمانتهای حقوق اساسی

در زبان سیاسی متداول، از ضمانتهای حقوق به صورت نوعی و کاملاً مبهم صحبت می شود. به عنوان مثال، گفته می شود که یک حق تنها وقتی به وسیله قانون اساسی تضمین می گردد که در متن قانون مزبور به طور

5. Droits de liberté

رسمی پیش‌بینی شده باشد.

اما مسلماً با چنین استفاده‌ای از زبان‌شناسی قادر به تفکیک بین اعطای یک حق و حمایت از آن نخواهیم بود. یک حق «اساسی» می‌تواند بدون اینکه حمایت یا ضمانتی را به دنبال داشته باشد اعطا گردد. به عنوان مثال، وقتی قانون اساسی مقرر می‌دارد که «هر شهروندی می‌تواند... آزادانه سخن بگوید، بنویسد و نشر دهد» (ماده ۱۰ اعلامیه حقوق بشر)، بی‌شک به شهروندان یک دسته حقوق فردی اعطا می‌کند، اما نمی‌توان تأیید کرد که این حقوق مورد حمایت نیز واقع شده است.

یک ضمانت دقیقاً یک حمایت است. ضمانتهای احترام به حقوق اساسی در واقع حمایت‌هایی است که از حقوق شهروندان در مقابل دولت صورت می‌گیرد. این ضمانتها همچون نوعی حائل و مانع بین قدرت دولت و آزادی شهروندان عمل می‌کنند.

از زمان لاک^۶ و منتسکیو (و از زمانی که ماده ۱۶ اعلامیه ۱۷۸۹ به وجود آمد) این تفکر نسج گرفته که تنها ضمانت اساسی و بنیادین آزادیهای عمومی «تفکیک قوا» است. اندیشه‌های اساسی که در نظریه تفکیک قوا مستتر هستند عبارتند از:

۱. تقسیم قدرت سیاسی. قدرت دولتی (یا سیاسی) باید تقسیم، توزیع و تفکیک شود. اگر تمام قدرت سیاسی در دست یک ارگان (یا یک فرد) متمرکز گردد، این ارگان بی‌شک سخت قدرتمند خواهد شد. برعکس، اگر قدرت سیاسی تفکیک و بین چند ارگان (یا شخص) توزیع شود، این قدرت ضرورتاً ضعیف‌تر و کم‌نفوذتر خواهد بود.

۲. «کنترل توازن را بندل دارد»، به عبارت دیگر «قدرت قدرت را متوقف می‌کند». هنگامی که قدرت سیاسی بین چند ارگان تقسیم می‌شود

امکان کنترل متقابل برای این ارگان‌ها به وجود می‌آید. این امر، اعمال قدرت یا سوءاستفاده از آن را برای هریک از این ارگان‌ها دشوارتر می‌سازد. لذا تجاوز به آزادیهای شهروندان مشکل‌تر می‌شود. بنابراین، «تفکیک قوا» ضمانتی است که آثار خود را در رابطه با مجموعه قدرت دولتی تحقق می‌بخشد. تفکیک قوا وسیله‌ای است برای محدود کردن قدرت سیاسی به طور کلی.

با وجود این، وقتی که وظایف اساسی دولت-کشور (وظایف تقنینی، اجرایی و قضایی) تفکیک و به ارگان‌های مختلف تخصیص داده می‌شود مسأله جدیدی مطرح خواهد شد که به هر صورت مسأله مهم و بنیادین «دستورگرایی»^۷ است؛ یعنی مسأله عملکرد ضمانتها در مقابل هر یک از قوا و ارگان‌هایی که عهده‌دار امور مختلف دولتی هستند. تفکیک قوا نقش خود را فی حدالذاته در مقابل دولت-کشور ایفا می‌کند، اما در مقابل هریک از قوای مقننه، مجریه و قضائیه نیز باید ضمانتهای اختصاصی و جداگانه‌ای در نظر گرفته شود.

در بخشهای بعدی (۵ تا ۳) سعی خواهد شد تا ضمانتهای آزادی موجود در قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا به طور بسیار فشرده مورد بررسی قرار گیرد و در آخرین بخش مسأله‌ای که هم شامل نظریه عمومی حقوق و هم شامل سیاست در زمینه قانون اساسی است مطرح می‌شود.

۳. ضمانتهای موجود در برابر قوه مقننه

در قانون اساسی ایتالیا چهار ضمانت عمده در مقابل قوه مقننه وجود

دارد:

۱. اولین ضمانت، همانا ممنوعیت اصلاح قانون اساسی است. علی‌الاصول، وقتی که چنین ممنوعیتی وجود دارد، قانونگذار به هیچ وجه

7. Constitutionnalisme

مجاز به لغویاً تغییر حقوق فردی «اساسی» شهروندان نیست. با وجود این، بسیار نادر است که یک قانون اساسی تجدیدنظر در اصول خود را مطلقاً ممنوع اعلام نماید. برعکس، قوانین اساسی که فقط تغییر یا اصلاح بخشی از متن قانون اساسی را ممنوع اعلام کرده‌اند بسیارند. در قانون اساسی ایتالیا (مانند قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه) تغییر شکل جمهوری حکومت ممنوع اعلام شده است (اصل ۱۳۹). واضح است که این حکم مستقیماً به حقوق فردی شهروندان مربوط نمی‌شود. اصولاً آن دسته از اصول قانون اساسی که واضح حقوق فردی برای شهروندان می‌باشد قابل نسخ یا اصلاح است (هرچند در ایتالیا دکترین حقوقی مخالفی در رابطه با تئوری «قانون اساسی مادی»^۸ در این مورد وجود دارد).

۲. دوّمین ضمانت، انعطاف‌ناپذیری خود قانون اساسی است. به عبارت صریح‌تر: پیش‌بینی مقررات و آئین ویژه‌ای برای تجدیدنظر در قانون اساسی (اصل ۱۳۸). با وجود چنین مقررات و آئین ویژه‌ای، قانونگذار «عادی» (اکثریت ساده مجلس) مجاز به لغویاً اصلاح قانون اساسی نخواهد بود. بنابراین، قانونگذار «عادی» نمی‌تواند هیچ‌یک از حقوق فردی «اساسی» را محدود یا لغو نماید.

از سوی دیگر، در فقدان یک ارگان کنترل‌کننده انطباق قوانین عادی با قواعد حقوق اساسی، دو ضمانت یاد شده فاقد هرگونه تأثیر عملی خواهد بود (آنچه در ایتالیا به آن «مشروعیت اساسی» گفته می‌شود). اگر چنین ارگانی وجود نداشته باشد، ممنوعیت تغییر قانون اساسی (خواه ممنوعیت تغییر قانون اساسی به معنای عام، خواه ممنوعیت تغییر قانون اساسی به وسیله قانون عادی) ممنوعیتی فاقد هرگونه ضمانت اجرا خواهد بود.

۳. سوّمین ضمانت در مقابل قوّه مقننه، همانا کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی است (اصل ۱۳۴ به بعد). در اینجا باید دو

تفاوت اساسی بین نظامهای مختلف مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی را خاطر نشان ساخت.

از یک سو، کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی می تواند به طریق احتیاطی (قبلی)^۹ یا به طریق تبعی (بعدی)^{۱۰} صورت گیرد. در حالت اول (که مصداق آن نظام حقوقی فرانسه است) علی الاصول قانونی که مطابق با موازین قانون اساسی تشخیص داده نشود نمی تواند به مورد اجرا گذارده شود. در این نظام کنترل، معمولاً عمل کنترل مطابقت قانون با قانون اساسی به وسیله یک ارگان غیرحقوقی یعنی ارگانی سیاسی صورت می گیرد. در حالت دوم (که مصداق آن نظام حقوقی ایتالیا و امریکا است) برعکس حالت اول، احتمال به مورد اجرا گذاردن یک قانون مغایر با قانون اساسی، حتی برای مدت زمان نسبتاً طولانی قبل از اینکه این مغایرت اعلام گردد، وجود دارد. حتی ممکن است یک قانون مغایر با قانون اساسی هرگز ملغی نگردد. معمولاً کنترل «بعدی» به وسیله ارگان های قضایی صورت می گیرد. از سوی دیگر، کنترل قضایی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی می تواند در حیطة صلاحیت کلیه قضات دادگاههای عادی قرار گیرد یا اینکه فقط در حیطة صلاحیت یک ارگان ویژه (دادگاه کنترل انطباق قوانین با قانون اساسی) باشد. در حالت اول (که امریکا از مصادیق آن است) هر قاضی مجاز به تشخیص مغایرت یک قانون با قانون اساسی و امتناع از اجرای آن است. اما تصمیم یک قاضی مانع اتخاذ تصمیمات مغایر از جانب قضات دیگر و اجرای قانون مزبور به وسیله این قضات نمی گردد. در حالت دوم (که ایتالیا از مصادیق آن است) دادگاه کنترل انطباق قوانین با قانون اساسی («دادگاه قانون اساسی») مجاز به نسخ قانون مغایر با قانون اساسی است و تصمیمات این ارگان دارای آثار «همه شمول»^{۱۱} بوده یعنی برای همگان لازم الرعایه است. نتیجتاً قانونی

9. a priori

10. a posteriori

11. erga omnes

که مغایر با قانون اساسی تشخیص داده شود نمی تواند به وسیله هیچ قاضی ای به مورد اجرا درآید.

به طور خلاصه، در قانون اساسی ایتالیا پیش بینی شده است که کنترل مطابقت قانون با قانون اساسی به روش «بعدی» (طریقه استثنایی)^{۱۲} توسط یک ارگان قضایی خاص صورت گیرد.

۳. چهارمین ضمانت با سه مورد قبلی کاملاً متفاوت است، و آن نسخ قوانین عادی از طریق انجام همه پرسی است (اصل ۷۵). از طریق همه پرسی، مردم (اکثریت رأی دهندگان) می توانند اقدام به نسخ قانونی نمایند که به تصویب قوه مقننه رسیده است. این امر می تواند به عنوان یک «نیروی توازن»^{۱۳} در دموکراسی های مستقیم محسوب شود که به وسیله آن خود مردم می توانند شخصاً نوعی کنترل سیاسی مستقیم بر قوه مقننه اعمال نمایند.

البته، باید متذکر گردید که قانون اساسی خود همه پرسی را در مورد بعضی از قوانین (مثل قوانین مالیاتی یا قوانین مربوط به بودجه) ممنوع اعلام کرده است. بنابراین، در هر مورد، قبول تقاضای انجام همه پرسی منوط به کنترل مقدماتی «دادگاه قانون اساسی» است (اصل ۲ قانون اساسی ۱۹۵۳).

۴. ضمانتهای موجود در برابر دولت

در قانون اساسی ایتالیا سه ضمانت عمده برای حمایت از شهروندان در مقابل قوه مجریه وجود دارد:

۱. نخستین ضمانت، برتری قوه مقننه بر قوه مجریه و متابعت قوه

12. par voie d'exception
13. contre-pouvoir

مجریه از قوه مقننه است. به طور کلی، این متابعت به سه شرط زیر بستگی دارد:

۱-۱. دولت باید در داخل محدوده مشخص شده به وسیله قانون عمل نماید. به عبارت دیگر، در اعمال دولت اصل «قانونی بودن در اداره» باید رعایت گردد: «اصل حاکمیت قانون»^{۱۴}. از یک سو دولت نمی تواند دست به انجام عملی بزند که مغایر با قانون باشد، و از سوی دیگر هرگونه عمل حقوقی دولت که مطابق با قانون نباشد غیرقانونی تلقی می گردد. در واقع، چنین اصلی صراحتاً در قانون اساسی ذکر نشده است، معذک یک اصل ضمنی در تمام سیستم های قانون اساسی لیبرال تلقی می گردد.

۱-۲. مقررات مصوب دولت (مقررات، آئیننامه ها، تصویبنامه ها) با توجه به سلسله مراتب منابع حقوقی، تابع قوانین است. به عبارت دیگر، انطباق با قانون شرط ضروری اعتبار مقررات اجرایی است. این اصل حتی به عنوان اصلی که به طور ضمنی در قانون اساسی پیش بینی شده است تلقی می گردد.

۱-۳. مشروعیت هرگونه عمل دولت (خواه جنبه سیاسی یا اداری داشته باشد، خواه واضع مقررات باشد) مشروط به کسب اعتماد مجلس است (اصل ۶۴). این اصل یکی از اصول شاخص قوانین اساسی کلیه رژیم های پارلمانی است. البته، در اینجا باید به تناقضی اشاره کرد که در تمام رژیم های پارلمانی وجود دارد. از یک سو، ضرورت جلب اعتماد پارلمان دولت را تحت کنترل پارلمان قرار می دهد اما، از سوی دیگر، وجود خود این اعتماد اعمال چنین کنترلی را بی اثر می سازد؛ زیرا وقتی دولت حمایت پارلمان را جلب کرده باشد این بدان معناست که دولت در پارلمان دارای یک اکثریت موافق بوده و نماینده این اکثریت پارلمانی است و بنابراین دولت به وسیله ارگانی کنترل می شود که به طریق اولی نظر مساعد نسبت به او دارد. به عبارت دیگر، این اکثریت موجود است که به کنترل

14. Rule of Law

خود مبادرت می‌کند.

۲. دومین ضمانت، مسأله احترام به «حیطه صلاحیت قانون» است؛ یعنی اینکه قانون اساسی امر وضع قوانین و مقررات در بعضی از موضوعات را در حیطه صلاحیت اختصاصی قانون (قوة مقننه) قرار می‌دهد. موضوعاتی که در حیطه صلاحیت اختصاصی قانون قرار گرفته است دقیقاً به حقوق آزادی شهروندان مربوط می‌گردد (برای مثال، دولت مجاز به وضع مقررات در زمینه حقوق کیفری، آزادیهای فردی و غیره نیست). در این موضوعات، دولت مجاز به وضع مقررات نیست. وضع هرگونه مقررات از جانب دولت در موضوعاتی که در حیطه صلاحیت اختصاصی قانون قرار داده شده غیرقانونی و بنابراین فاقد اعتبار است. در نظام حقوقی ایتالیا، هر قاضی عادی می‌تواند با تشخیص غیرقانونی بودن مقررات وضع شده به وسیله دولت از اجرای آنها امتناع ورزد. اما تنها دادگاههای اداری استانها و شورای دولتی صلاحیت ابطال مقررات اجرایی غیرقانونی را دارند، که در این صورت آثار تصمیم آنها همه شمول، یعنی برای همه لازم الاجراء خواهد بود.

باید خاطر نشان کرد که چنین ضمانتی بر خود قانونگذار نیز تأثیر می‌گذارد، زیرا قرار گرفتن موضوعی در حیطه صلاحیت اختصاصی قانون، قانونگذار را موظف به وضع مقررات کامل در موضوع مورد بحث می‌کند. بنابراین، در چنین مواردی قوة مقننه حق ندارد صلاحیت و قدرت قانونگذاری خویش را به دولت تفویض نماید.

با وجود این، باید به این مطلب اشاره کرد که ضمانت «حیطه صلاحیت قانون» به وسیله دو نظریه منتج از دکترین ایتالیایی کاملاً تضعیف شده است. از یک سو، حقوقدانان بر این نظرند که آن دسته از اعمال دولت که قدرتی معادل «قدرت» قانون دارد (مثل تصویبنامه^{۱۵}،

قانونگذاری تفویضی^{۱۶}) مجاز به وضع مقررات در مورد موضوعات مشمول حیطة صلاحیت قانون است. از سوی دیگر، حقوقدانان همچنین قائل به وجود دوگونه «تخصیص اختیار» هستند: «تخصیص اختیار مطلق» و «تخصیص اختیار نسبی». در موضوعاتی که تخصیص اختیار مطلق وجود دارد، وضع هرگونه مقررات از جانب دولت غیرقانونی است، اما در موضوعاتی که فقط تخصیص اختیار نسبی وجود دارد قوه مقننه می تواند، با قناعت به تدوین اصول اساسی، به قوه مجریه اجازه وضع مقررات خاص را اعطا نماید.

۳. سومین ضمانت، حمایت قضایی حقوق فردی می باشد و آن عبارت است از کنترل قضایی بر مشروعیت کلیه اعمال قوه مجریه (اصول ۲۴ و ۱۱۳). هر عمل اداری که مغایر با قانون اساسی یا قانون عادی باشد می تواند در مقابل قاضی مورد اعتراض قرار گیرد. اعمال اداری غیرقانونی می تواند به وسیله دادگاههای اداری ابطال گردد. با رجوع به دادگاه عادی می شود تقاضای ضرر و زیان نمود.

به دلایل، بسیار روشن، این ضمانتها به طور بسیار تنگاتنگی به یکی از ابعاد تفکیک قوا به مفهوم کلاسیک آن، یعنی به استقلال قضات در قبال قوه مجریه، بستگی دارد (اصول ۱۰۱ و ۱۰۴). اگر قضات مستقل از دولت نباشند، قطعاً نمی توانند در دعائویی که دولت یک طرف آن است بیطرفی اختیار کنند و در نتیجه ضمانت نمی تواند کار و ویژگی خود را داشته باشد.

۵. ضمانتهای موجود در برابر قوه قضائیه

در قانون اساسی ایتالیا، شهروندان از سه ضمانت اساسی در مقابل قوه قضائیه و قضات بهره می گیرند:

16. Décret législatif délégué

۱. نخستین ضمانت، الزام قضات به صدور احکام مدلل است (اصل ۱۱۱). مسلماً، این به معنای ممنوعیت قضات از اتخاذ تصمیمات خودسرانه است. لزوم مدلل ساختن تصمیمات، قضات را فی حدالذاته تحت اشکالی از کنترل اجتماعی (خصوصاً کنترلی که از طریق خود فرهنگ حقوقی اعمال می شود) قرار می دهد.

۲. دومین ضمانت، لزوم تبعیت قاضی از قانون است، یعنی اعمال اصل قانونی بودن از طرف دادگاه (اصل ۱۰۱). این اصل تصمیمات فردی قضات را تابع تصمیمات کلی قوه مقننه می گرداند. تلفیق این دو اصل (مدلل کردن تصمیمات و تبعیت از قانون) منتهی به این امر می گردد که کلیه احکام و تصمیمات باید مبتنی بر قانون باشد.

۳. سومین ضمانت عبارت است از امکان فرجامخواهی از کلیه تصمیمات قضایی که احتمال مغایرت آنها با قانون داده می شود (اصل ۱۱۱). (این اصل در تصمیمات شورای دولتی به مورد اجرا گذارده می شود)؛ یعنی اینکه تصمیمات یک قاضی به وسیله قضات دیگر کنترل می گردد، البته به استثنای تصمیمات اتخاذ شده به وسیله دیوان عالی. تصمیمات کلیه قضات از لحاظ تطبیق آنها با قانون تابع کنترل دیوان عالی است، ولی تصمیمات دیوان عالی به نوبه خود تابع هیچ گونه کنترلی نیست.

۶. آیا کنترل شونده خود کنترل کننده است؟
(آیا قاضی ناظری هم بر کار خود دارد؟)

در اینجا دو مسأله باید مورد توجه قرار گیرد:
از یک سو، غالب فنون به کار گرفته شده در قانون اساسی برای

تضمین حقوق شهروندان، در اشکالی از کنترل قضایی خلاصه می شود، یعنی کنترلی که به وسیله قضاات اعمال می گردد و آنچه را که «اجرای قانون» خوانده می شود به دنبال دارد.

از سوی دیگر، قوه قضائیه به نوبه خود تابع کنترل خارجی نیست. این قضاات هستند که انقیاد و پیروی قانونگذار نسبت به قواعد قانون اساسی را از طریق اجرای قانون اساسی کنترل می کنند. باز این قضاات هستند که انقیاد و پیروی دولت از مصوبات قوه مقننه را از طریق اجرای قانون کنترل می نمایند. و این باز نهایتاً بعضی از قضاات هستند که اطاعت و انقیاد قضاات دیگر از قانون را کنترل می کنند. اما هیچ گونه کنترلی بر قضاات دادگاه حافظ قانون اساسی و قضاات بالاترین مراجع قضایی عادی و اداری (دیوان عالی کشور و شورای دولتی) اعمال نمی گردد.

بنابراین اجرای ضمانتهای حقوقی، در نهایت، عمدتاً به قضاات سپرده شده است. این قضاات هستند که آخرین حرف را در این خصوص می زنند.

باری، اجرای چنین تکنیکی در مورد ضمانتهای حقوقی، مبتنی بر نظریه «صوری» اعمال حقوق است، یعنی نظریه ای که بر اساس آن:

الف. حقوق با قانون یا به عبارت کلی تر با منابع حقوق وحدت دارد؛ یعنی حقوق عبارت است از مجموعه ای از قواعد مندرج در متون قانونی.

ب. بنابراین، تفسیر حقوق تنها کوششی است در جهت شناخت؛ یعنی دقیقاً پی بردن به قواعدی که در منابع حقوق منعکس و متبلور شده است.

ج. و لذا اجرای حقوق، که از طریق تفسیر کنترل می شود، همانا عملی است کاملاً اتوماتیک (قیاس منطقی)^{۱۸} که هیچ گونه ارزیابی یا تصمیم سیاسی بعدی نسبت به تصمیمات ارگان های واجد صلاحیت

قانونگذاری را به دنبال نخواهد داشت.

و بالاخره قوه قضائیه دارای قدرت قانونگذاری نیست. این است مبنای نظری تئوری منتسکیو که به موجب آن «قدرت قضاوت کردن» به تعبیری هیچ است و قاضی تنها زبان قانون است. برای تضمین حقوق شهروندان، قدرت باید به وسیله قدرت محدود گردد. اما هیچ مشکلی برای محدود کردن قوه قضائیه وجود ندارد، زیرا این قوه نهایتاً یک قدرت «حقیقی» محسوب نمی شود.

این قوه قضائیه است که به عنوان ضمانت حقوق شهروندان در مقابل سایر قوا عمل می کند، اما هیچ مشکلی برای تضمین حقوق در مقابل خود قوه قضائیه وجود ندارد.

قطعاً بکارگیری یک چنین فنی برای تضمین حقوق شهروندان، تا هنگامی که اجرای حقوق به طور شکلی مورد نظر باشد، رضایتبخش خواهد بود. اما اگر، برعکس، بر این عقیده باشیم که «قدرت قضاوت کردن»، در نهایت امر، خود یک قوه صالح برای وضع قواعد و مقررات حقوقی و بنابراین یک قدرت سیاسی است، این فن دیگر نمی تواند به هیچ وجه رضایتبخش باشد. در این صورت، مسأله کاملاً جدیدی برای دست اندرکاران حقوق اساسی مطرح می شود و آن عبارت است از ابداع تکنیک هایی در حقوق اساسی برای تضمین حقوق آزادی در مقابل قوه قضائیه.



فهرست

پایان نامه های پذیرفته شده
در دانشکده حقوق
دانشگاه شهید بهشتی

تا پایان سال ۱۳۷۰



عنوان: بررسی تطبیقی مسؤلیت متصدی حمل و نقل زمینی با توجه به کنوانسیون
بین المللی جاده‌ای

دانشجو: امامعلی ابراهیمی

استاد راهنما: دکتر امیرحسین فخاری

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رؤس مطالب:

مقدمه

فصل اول: مسؤلیت متصدی حمل و نقل زمینی

فصل دوم: اسباب معافیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای از جبران

خسارت

فصل سوم: جبران خسارت و حاکمیت اراده طرفین

عنوان: پناهندگی دیپلماتیک به سفارتخانه‌ها و حمایت از اشخاص مورد

حمایت بین المللی

دانشجو: عباس احمدی

استاد راهنما: دکتر دیهیم
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رؤس مطالب:

- بخش اول: پناهندگی سرزمینی
- بخش دوم: پناهندگی دیپلماتیک برون مرزی (برون سرزمینی)
- بخش سوم: منابع حقوقی پناهندگی دیپلماتیک
- بخش چهارم: پناهندگی در اسلام
- بخش پنجم: حمایت از اشخاص مورد حمایت بین المللی

عنوان: رابطه علیت در ارتکاب جرم

دانشجو: علی اعتمادی خیای
استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

رؤس مطالب:

- فصل اول: رابطه علیت یکی از مبانی مسؤولیت کیفری
- فصل دوم: مفاهیم مختلف علت و روشهای علمی کشف آن
- فصل سوم: نقش رابطه علیت در مسؤولیت جزایی
- فصل چهارم: رویه قضایی کشورهای مختلف جهان در مورد رابطه علیت
- فصل پنجم: سببیت در فقه اسلامی (شیعه)

عنوان: اجبار به انجام عین تعهد

دانشجو: مجید رضوی

استاد راهنما: دکتر سید محمود کاشانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رؤس مطالب:

بخش اول: کلیات و قواعد اجبار

بخش دوم: شیوه‌های اجبار و موانع آن

عنوان: شرط خلاف مقتضای عقد

دانشجو: محمد تقی عابدی

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رؤس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: اقسام مقتضا

فصل سوم: صور تأثیر شرط خلاف مقتضا در عقد و مصادیق آن

عنوان: مقایسه حقوق شرکای شرکت مدنی و تجاری

دانشجو: مرتضی عادل

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رؤوس مطالب:

- فصل اول: مقایسه حقوق شرکا نسبت به اموال مشترک
- فصل دوم: مقایسه حقوق شرکا در توزیع سود و زیان
- فصل سوم: مقایسه حقوق شرکا در پایان شرکت

عنوان: روشهای تعیین ثمن در عقد بیع

دانشجو: حمیدرضا علومی بزدی

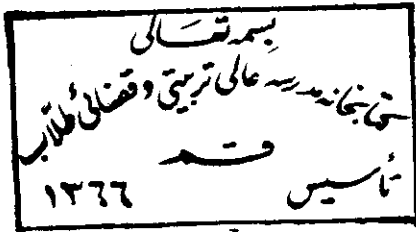
استاد راهنما: دکتر سید محمود کاشانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رؤوس مطالب:

مقدمه

- فصل اول: ثمن معین
- فصل دوم: ثمن قابل تعیین
- فصل سوم: ثمن نامعین



عنوان: بررسی تقابل اقرار و علم قاضی در امر کیفری

دانشجو: محمد جواد فنجی

استاد راهنما: دکتر رضا نوربها

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

رؤوس مطالب:

مقدمه

- فصل اول: دلیل در امر کیفری
- فصل دوم: اقرار در امر کیفری و بررسی ارزش اثباتی آن
- فصل سوم: علم قاضی در امر کیفری و بررسی ارزش اثباتی آن
- فصل چهارم: تعارض و تقابل علم قاضی با اقرار

عنوان: شرکت با مسؤولیت محدود در حقوق ایران و حقوق تطبیقی

دانشجو: احمد قلی زاده منقوای
استاد راهنما: دکتر امیرحسین فخاری
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رؤوس مطالب:

فصل اول: کلیات
فصل دوم: تشکیل شرکت
فصل سوم: فعالیت شرکت
فصل چهارم: انحلال شرکت

عنوان: زمان انتقال مالکیت کالا در بیع بین المللی

دانشجو: فرامرز کرمی
استاد راهنما: دکتر سید محمود کاشانی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رؤوس مطالب:

مقدمه و کلیات
بخش اول: زمان انتقال مالکیت کالا به اعتبار اقسام کالا در بیع
بین المللی
بخش دوم: نظریه انطباق زمان انتقال مالکیت کالا با زمان تسلیم در
عقد بیع بین المللی
بخش سوم: زمان انتقال مالکیت کالا در قراردادهای بیع بین المللی
مشروط

عنوان: شهادت در حقوق جزای ایران

دانشجو: مهدی نقوی
استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

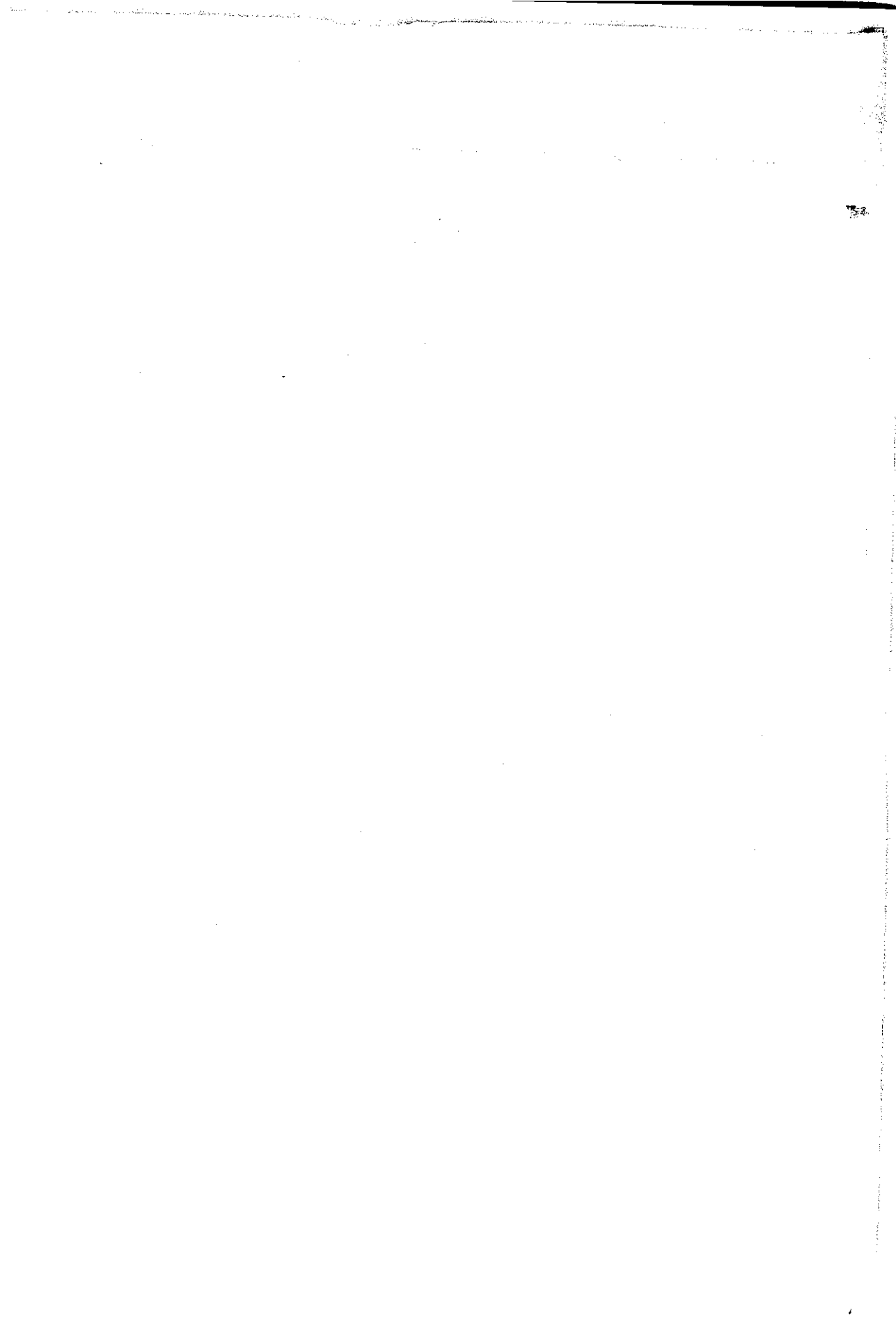
فصل اول: ادلة اثبات دعوی در امر کیفری و موقعیت شهادت
(کلیات)

فصل دوم: تعاریف شهادت در امر کیفری

فصل سوم: عناصر و خصوصیات شهادت شهود در حقوق جزای فعلی
ایران

فصل چهارم: شاهد

فصل پنجم: تشریفات و امور شکلی مربوط به شهادت





Université Chahid Boudiaoui
Faculté de Droit

پست قسالی
مجلسیہ جامعہ مدرسہ عالی تربیتی و قضائی طلبہ
ستمبر
۱۳۶۶

REVUE DE RECHERCHE JURIDIQUE

No.9
Printemps - été
1991